

Go pay him a proper axe

זיל שלים ליה נרגא מעליא –

OVERVIEW

ruled regarding one who broke a borrowed axe, that he is required to pay for a proper axe. There is a dispute between רש"י and תוספות as to this ruling.

פירוש בקונטרס¹ נרגא מעליא אחרת יתן לו והשברים יהיו של שואל -
explained; the שואל should give the משאיל another proper axe, and the broken pieces of the borrowed axe belong to the שואל.

disagrees:

ואין נראה לרבינו שמואל דאפילו גנב וגזלן משמע שיכולין לפרוע סובין כמו מזיק -
And the רשב"ם disagrees, for it seems that even a thief or a robber can pay with bran, just like one who damages -

כדאמרינן בפרק קמא דבבא קמא (דף ה,א) כולן כאבות³ הן לשלם ממיטב -
As ר' אבהו stated in the first פרק of מסכת ב"ק that they are all like the אבות to pay from the choicest -

פירוש עשרים וארבע אבות וגנב וגזלן בכללן -
The explanation of כולן refers to the twenty four אבות of ר"ה; and a גנב וגזלן are included in these twenty four אבות -

אלמא מדמה תשלומי גנב וגזלן לתשלומי נזק ואם כן יפרע סובין⁵ -
It is evident that ר' אבהו compares the payments of a גו"ג to the payments of damages, so therefore (even a גו"ג and certainly) a שואל can pay even with bran!

נרגא מעליא offers an alternate explanation of תוספות:

ומפרש הרב רבינו שמואל דמשלם נרגא מעליא היינו –
And the רשב"ם explains that נרגא מעליא means -

¹ See צו,א ד"ה דינא on רש"י.

² We obviously should be stricter with a גו"ג (who stole) than with a שואל (who was [merely] careless).

³ The first משנה in ב"ק stated that there are four primary categories of damagers (אבות נזיקין). The גמרא (on ד,ב) adds that according to אושעיא ר' there are thirteen נזיקין, and according to חייא ר' there are twenty four נזיקין. ר' אבהו explained that they are called אבות נזיקין even though they have no תולדות, because they are like אבות נזיקין that the מיטב pays מזיק.

⁴ The תורה writes regarding the מזיק of שן ורגל (כב,ד) (in שמות [משפטים]) that קָשָׁם וּמִיטֵב פָּרָמוֹ וְשָׁלַם. We derive from this that if the מזיק wants to pay for his damages with land, he must offer the נזק the choicest of his properties. However if he wishes to pay with מטלטלין he can pay with any מטלטלין since all מטלטלין are considered מיטב (they can be sold easily). See 'Thinking it over'.

⁵ See footnote # 4 that if one pays with מטלטלין, one can pay with anything, even bran; therefore the שואל can pay back the משאיל (partly) with the broken pieces, and the rest with whatever he chooses. He certainly does not need to buy him a new axe!

שהפחת שהזל משעת השבירה עד שעת העמדה בדין הוי דשואל⁶ -

That the depreciation which the broken pieces of the axe became cheaper from the time of the breaking until coming to ד בי"ד, that loss is on the שואל -

ומוסיף על השבירה כשעת העמדה בדין עד שישווה נרגא מעליא דמדמי ליה רב לגנב וגזלן -
So the שואל adds additional payment to the value of the broken axe as it is worth at the time of the breaking, until it is worth the price of a מעליא, for רב compares the שואל to a גו"ג -

דאמר שמואל בפרק קמא דבבא קמא (דף יא,א) דאין שמין⁷ לא לגנב ולא לגזלן אלא לניזקין -
For שמואל ruled in the first פרק of מסכת ב"ק; that we so not assess neither for a גנב nor for a גזלן, only for damages -

ורב אית ליה דאף לשואל אין שמין⁸ והתם מייתי מילתא דרב אמילתיה דשמואל -
And גמרא there maintains that we do not assess even for a שואל, and the שמואל's ruling (that זיל שלים ליה אגרא מעליא) in the context of רב ruling that אין שמין לא לגו"ג -

וכל ההלכה איירי התם לעיל מיניה בפחת נבילה דניזק⁹ הוי¹⁰ -
And the all the rulings there, were previously discussing that the depreciation of the carcass is on the ניזק.

In summation; according to רש"י when רב ruled מעליא ליה נרגא שואל, it meant that the שואל keeps the broken axe, and must pay the משאיל a new axe. According to תוספות it means that he may return the broken pieces as partial payment, but will receive credit only for its current value,

⁶ Let us assume the axe was worth ten dollars; the broken pieces were worth initially (at the time it was broken) three dollars. At the time of העמדה בדין it is worth two dollars. The שואל can return the broken pieces for a two dollar payment and must add another eight dollars for the total payment. The שואל loses the dollar which the axe depreciated between שעת השבירה and שעת העמדה בדין.

⁷ דאין שמין means that if someone stole something and the item broke and then depreciated in the possession of the גו"ג, we do not assess (אין שמין) the current value of the stolen item and allow the גו"ג to return the depreciated item plus the depreciation, but rather the גנב keeps the depreciated item and must pay the owner for the full value of stolen item. However by ניזקין we are שמין as the תורה writes (in כא, לד) that והמת יהיה לו, that the ניזק keeps the נבילה and also suffers the loss of depreciation from the time of the ניזק until the שעת העמדה בדין.

⁸ זיל did not say so explicitly in the גמרא there, rather the גמרא there (initially) cited the ruling of רב here saying זיל (the גמרא there reverses its view). אף לשואל אין שמין as proof that רב maintains שלים ליה נרגא מעליא.

⁹ The גמרא there (beginning on יב, א) explains that the והמת יהיה לו of פסוק (see footnote # 7) teaches that not only that the carcass belongs to the ניזק (meaning that the ניזק only pays the difference between the value of the live animal and the נבילה), but additionally if the נבילה loses value from the time of the ניזק until the שעת העמדה בדין, that loss is also suffered by the ניזק. So if the live animal was worth one hundred זוז and the נבילה at the time of the ניזק was worth forty זוז, and בשעת העמדה בדין it was worth thirty זוז the ניזק pays only sixty זוז (100-40), but not seventy זוז (100-30); the ניזק loses the extra ten זוז of depreciation.

¹⁰ תוספות is saying that since the גמרא leading up to שמואל and רב was discussing נבילה (see footnote # 9), presumably שמואל and רב are also discussing the פחת. Therefore when רב rules אין שמין (not like ניזקין), it means that the שואל suffers the loss of depreciation (if the cow died and it depreciated until שעת העמדה בדין); the שואל may return the נבילה, but he will only be given credit for its current value (not for its former value when it died).

but not for its (higher) value at the time of breakage.

גמרא continues to explain the תוספות:

ואמרו ליה רב כהנא ורב אסי דינא הכי דשברים ברשות משאיל הוולג¹¹ -

And רב said to רב, 'is this the ruling' (that the שואל should suffer the loss of depreciation)?! For these broken pieces depreciated in the possession of the lender, so the משאיל should suffer the depreciation -

דשואל לא הוי כגזלן דגזלן קני לגמרי גזילה בשינוי מיתה ושבירה¹² -

Since a שואל is not like a גזלן (where we say אין שמין, but he has to repay the entire item completely), for a גזלן acquired the stolen item through the change of either dying or breaking, however a שואל is not קונה the שאלה if it dies -

ולהכי מהדר ליה שואל תברי ושמין לו כמה היו שברים שוין בשעת שבירה -

So therefore concludes the גמרא, the שואל returns to the משאיל the broken pieces and we assess how much were they worth at the time of breaking -

וממליא ליה דמי מאני והוי פחת דמשאיל כמו דניזק -

And he pays the difference up to the original value of the utensil, so the loss of depreciation is on the משאיל just like it is on the ניזק.

תוספות offers a slightly differing opinion:

וכן פירש רבינו יצחק בן מאיר אלא שהוסיף ופירש דפליגי אפילו היכא דליכא פחת¹³ -

And the רשב"ם also explained it so (like the רשב"ם), however he added and explained that רב and רב אסי argue even when there is no depreciation -

דלרב שנשבר כלי ברשות שואל פותחין לו שישלם לו דמי נרגא מעליא -

So that according to רב, since the utensil broke in the רשות of the שואל, we advise him initially that he should pay the value of a new axe -

ואין מלמדין אותו לשלם השברים ומכל מקום אם רצה לשלם השברים בחשבון ישלם -

But we do not teach him to pay partially with the broken pieces. Nevertheless, if he wants to pay on account with the broken pieces, he can pay with them -

אבל לרב כהנא ולרב אסי מלמדין אותו לשלם השברים כיון שהם ברשות משאיל -

However according to רב כהנא ורב אסי we inform him to pay with the pieces,

¹¹ A שואל has no intention of acquiring the object as his own, he is merely borrowing it for its usage; as soon as he can no longer use it (it broke) it goes back to the רשות of the משאיל, therefore the depreciation is the loss of the משאיל.

¹² A גנב intends to keep the item for himself, so granted that it is not completely his if the item is intact; he must return it to the owner, however as soon as its status changes; it dies or is broken, it belongs completely to the גנב (he cannot return it to the owner as is, but rather he must pay for the full value of the item), therefore the loss of depreciation is on the גנב.

¹³ Presumably it is not usual that the broken pieces of an axe should depreciate between the היזק and העמדה בדין (as opposed to a נבילה where it is a given).

since they are משאיל ברשות.

¹⁴ anticipates a difficulty: תוספות

והא דאמר בירושלמי מנין שאין שמין לא לגנב ולא לגזלן -

And this which it states in ירושלמי 'from where do we know that אין שמין
not for a גנב and not for a גזלן -

ואמר רבי אבא בר ממל חיים שנים ישלם¹⁵ ולא מתים¹⁶ -

So ר"א בר ממל said it is written חיים שנים ישלם, but not dead ones -

עד כאן בגניבה בגזילה מנין אמר רבי בון והשיב [את] הגזלה אשר גזל¹⁷ -

So far we know that by אין שמין, גניבה, from where do we know that
by גזילה? answered it is written and he shall return the גזילה which he robbed' -

responds: תוספות

לאו היינו שישלם לו חיים ממש בהמה אחרת ולא סובין -

This does not mean that he must actually pay him with another live animal
and cannot pay him with bran -

אלא הכי קאמר חיים שנים ישלם שאם עודם חיים והוזלו יחזירם כמו שהם -

But rather this is what ירושלמי teaches that the פסוק means חיים שנים ישלם;
that if the stolen animals are still alive and they depreciated in value (because
of market conditions), he may return them as is -

אבל הוזלו מתים¹⁸ צריך ליתן פחת -

However if they depreciated while dead, he must pay for the depreciation -

ירושלמי offers an alternate explanation of the תוספות:

אי נמי חיים¹⁹ שישלם הכל משלם בלא פחת כמו (בבא קמא דף סה, א) אחייה לקרן כעין שגנב -

Or you may also say that חיים שנים [ישלם] means he pays everything without
deducting for depreciation, like the גמרא states elsewhere, 'restore the principal

¹⁴ תוספות taught us that one can always pay with מטלטלין even סובין. The rule of אין שמין לגזל according to תוספות applies only to the פחת, that the גזלן accepts the depreciation loss. However he can always return the broken or dead item for partial credit at the current price.

¹⁵ אם המצא תמצא קידו הגנבה משור עד חמור עד פשה חיים שנים ישלם; reads; שמות (משפטים) כב, ג in פסוק.

¹⁶ The simple meaning is that he must return to the owner a live animal, but not a dead one; indicating that he cannot use the נבילה as a partial payment. This contradicts the view of תוספות (see footnote # 14),

¹⁷ The ויהי פי יחטא ואשם והשיב את הגזלה אשר גזל וגו'; reads; ויקרא ה, כג in פסוק; indicating that he must return the actual item which he took, again indicating that he cannot return a broken item as partial payment,

¹⁸ The גמרא by writing חיים שנים ישלם is teaching that only if they are still alive does the גנב avoid paying for the market depreciation (he may return the animals as is and be exempt from paying anything else), however if the animal died, then the גנב must pay for the difference in their value (but he can return the נבילה for partial credit).

¹⁹ The גמרא mends this to read חיים שנים ישלם הכל (not חיים שישלם הכל).

as it was worth when he stole' it.²⁰

וכן משמע בירושלמי דקדושין דהתם קאמר מנין שאין הבעלים מטפלים בנבילה²¹ -

And it also seems so in the תלמוד ירושלמי where he states there, 'from where do we derive that the owners do not occupy themselves with the נבילה -

אמר רבי אבא בר ממל חיים שנים ישלם ולא מתים משמע דבפחת נבילה איירי²² -

responded it is written חיים שנים ישלם but not dead'; indicating that we are discussing the פחת נבילה.

continues on a related matter:

ולפי זה²³ הא דפליג רבי אלעזר בפרק קמא דבבא קמא (דף יא, א) דקאמר שמין לגנב ולגזלן -

And according to this explanation; this which ר"א argues in the first פרק of (שמואל not like) שמין לגזלן²⁴ where he maintains מסכת ב"ק

יש להוכיח דשינוי אינו קונה ולהכי הוי פחת לבעלים²⁵ -

We can prove that ר"א maintains that a change in a stolen item does not acquire it for the thief, so therefore the depreciation loss is to the owners.

asks:

ואם תאמר דרבי אלעזר גופיה במרובה (בבא קמא דף סח, א) קאמר -

And if you will say; but ר"א himself states in פרק מרובה -

תדע שסתם גניבה הוי יאוש בעלים כולי -

You should know that by stealing we generally assume that there is יאוש בעלים, etc. ר"א proves it in the following manner -

מה טביחה דאהנו מעשיו אף מכירה דאהנו מעשיו²⁶ -

²⁰ The case there is when one stole an animal and it depreciated by the גזלן and then it died; the גזלן must pay the value it had at the time of the theft, not the lower value it had before it died. Similarly in the ירושלמי when we say חיים שנים it means that he has to pay the price it was worth when he stole it, regardless if it depreciated afterwards (unless it is in the same condition, where he can return it as is, even though it is worth less now). [The difference between the two interpretations is that according to the first interpretation we derive that the ג"ג must pay the פחת from the דיוק of the פסוק (only if חיים he can return it as is but not if מתו); however according to the second interpretation the word חיים (which means אחייה לקרן) means that he must pay for the depreciation.]

²¹ This is referring to a ג"ג who stole an animal and it died.

²² See footnote # 9. In ב"ק יב, it appears from the גמרא that גמרא בנבילה is referring to the בעלים מטפלים בנבילה. Therefore when in the ירושלמי he asks (and ר"א answers) פחת נבילה, we are discussing פחת נבילה.

²³ העמדה בדין פחת נבילה until פחת נבילה אין שמין לגזלן maintains תוספות.

²⁴ See footnote # 7.

²⁵ See footnote # 12. If קונה the item for the גזלן, he therefore (may enjoy the profit if the value increased, but) must suffer the loss of depreciation. However since קונה אינו שינוי the depreciation is the loss of the owner.

²⁶ Presumably ר"א means to say that just as by טביחה it is אהנו מעשיו that he is קונה the cow (and pays ד' וה' so too by מכירה it is a valid sale through this רשות. In order to be ד' וה' it must leave the רשות of the owner. The only way שינוי רשות can be קונה is if there is יאוש (so יאוש ושינוי רשות קונה); however if סתם גניבה is not יאוש בעלים, how can the buyer acquire it that it should be considered a valid מכירה. This proves סתם גניבה יאוש בעלים.

Just as by slaughtering his actions accomplished, so too by selling his action accomplished -

והיכי אהנו מעשיו דטביחה אי שינוי אינו קונה²⁷ -

But what did he accomplish by טביחה if א"ר maintains that שינוי אינו קונה -

אלמא משמע דאהני מעשיו שקנאה בשינוי מעשה -

It seems that א"ר evidently assumes that אהני מעשיו that he acquires the cow with the מעשה of טביחה; not like we derived from his ruling that שמיך לגו"ג -

answers: תוספות

ויש לומר דאהנו מעשיו לאו דאהנו לענין קנין -

And one can say that when א"ר said אהנו מעשיו by טביחה, he did not mean that it accomplished in regards to קנין, that he acquired the cow, for שינוי אינו קונה -

אלא דאהנו לענין לקלקל ולהפסיד ממון בטביחת הבהמה²⁸ -

But rather it means that אהנו מעשיו regarding destroying and causing a loss of money by slaughtering the cow (the טביחה was effective practically; it cannot be undone) -

offers an alternate solution: תוספות

אי נמי הא דאית ליה דשינוי לא קני היינו במתה מאליה או נרגא דאיתבר מאליו -

Or you may also say, this which א"ר maintains that קני שינוי לא קני that is only when it died by itself or the axe which broke by itself (there was no intention that the cow should die or to break the axe) -

אבל בידים כגון טביחה קני בשינוי מעשה:

However, when it was done deliberately with his hands, for instance by טביחה, in that case even א"ר agrees that he is קונה with מעשה.

SUMMARY

According to רש"י when רב ruled מעליא ליה נרגא מעליא רב, it meant that the שואל keeps the broken axe, and must pay the משאיל a new axe. According to תוספות it means that he may return the broken pieces as partial payment, but will receive credit only for its current value, but not for its (higher) value at the time of breakage.

THINKING IT OVER

asks on רש"י; how can רב rule that he pays him a מעליא, since all the תוספות

²⁷ How can א"ר say that by טביחה there is מעשיו; it accomplished no קנין, since שינוי (alone) is not קונה?!

²⁸ Therefore also מכירה is מעשיו that it is a valid sale (it cannot be undone) and the cow is removed from the owner, just like טביחה definitely removes the cow from the owner, by destroying it.

כולן כאבות לשלם ר' אבהו stated מיטב (including a שואל) can pay with מיטב, which means that they can pay even with טובין.²⁹ However one may argue that when ר' אבהו stated מיטב, he meant only the חומרא of מיטב that if (he has no money with which to pay and he) pays with קרקע, he must pay מיטב. However if he does not pay with קרקע, he must pay with money (and if he has no money he must sell the מטלטלין for money and pay with money³⁰)?!

²⁹ See footnote # 4.

³⁰ See תוס' ב"ק ט, א ד"ה רב הונא.