

The Halakhic Process: A (Brief) History
Class 2: Why do we Rule like the Talmud? And Why the Bavli?
Why is Precedent So Important in Halachic Argumentation?
Rabbi Jonathan Ziring: jjiring@migdalthatorah.org
Drisha, Spring 2021

1. רמב"ם הלכות ממרים פרק ב הלכה א- ב

ב"ד גדול שדרשו באחת מן המדות כפי מה שנראה בעיניהם שהדין כך ודנו דין, ועמד אחריהם ב"ד אחר ונראה לו טעם אחר לסתור אותו הרי זה סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו, שנאמר אל השופט אשר יהיה בימים ההם אינך חייב ללכת אלא אחר בית דין שבדורך בית דין שגזרו גזרה או תקנו תקנה והנהיגו מנהג ופשט הדבר בכל ישראל, ועמד אחריהם בית דין אחר ובקש לבטל דברים הראשונים ולעקור אותה התקנה ואתה הגזרה ואתו המנהג, אינו יכול עד שיהיה גדול מן הראשונים בחכמה ובמנין

When, using one of the principles of exegesis, the Supreme *Sanhedrin* derived a law through their perception of the matter and adjudicated a case accordingly, and afterwards, another court arose and they perceived another rationale on which basis, they would revoke the previous ruling, they may revoke it and rule according to their perception. This is reflected by [Deuteronomy 17:9](#): "To the judge who will be in that age." This indicates that a person is obligated to follow only the court in his own generation. The following rules apply when a court issued a decree, instituted an edict, or established a custom and this practice spread throughout the Jewish people and another court arose and sought to nullify the original order and eliminate the original edict, decree, or custom. The later court does not have this authority unless it surpasses the original court in wisdom and in its number of adherents. (Translation from Chabad online translation)

2. תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף קל עמוד ב - קל עמוד א

אמר להו רבא רבא פפא ולרב הונא בריה דרב יהושע: כי אתי פסקא דדינא דידי לקמייכו וחזיתו ביה פירכא, לא תקרעוהו עד דאתיתו לקמאי, אי אית לי טעמא אמינא לכו, ואי לא - הדרנא בי; לאחרא מיתה, לא מיקרע תקרעוהו ומגמר נמי לא תגמרו מיניה, לא מיקרע תקרעינהו - דאי הואי התם דלמא הוה אמינא לכו טעמא מגמר נמי לא תגמרו מיניה - דאין לדיין אלא מה שענינו רואות.

Rava said to R. Papa and to R. Huna the son of R. Joshua: 'When a legal decision of mine comes before you, and you see any objection to it, do not tear it up before you have seen me. If I have a reason [for my decision], I will tell [it to] you; and if not, I will withdraw. After my death, you shall neither tear it up nor infer [any law] from it. "You shall neither tear it up" since, had I been there, it is possible that I might have told you the reason; "nor infer [any law] from it" — because a judge must be guided only by that which his eyes see. (Soncino)

3. כסף משנה הלכות ממרים פרק ב הלכה א

ואם תאמר אם כן אמאי לא פליגי אמוראי אתנאי דהא בכל דוכתא מקשינן לאמורא ממתניתין או מברייתא וצ"ל אנא דאמרי כי האי תנא ואם לא יאמר כן קשיא ליה וכפי דברי רבינו הרשות נתונה להם לחלוק על דברי התנאים. ואפשר לומר שמיום חתימת המשנה קיימו וקבלו שדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים וכן עשו גם בחתימת הגמ' שמיום שנחתמה לא ניתן רשות לשום אדם לחלוק עליה

If so, why did the Amoraim not argue on the Tanaaim, as it is common to challenge an Amora based on a Mishna or Beraita, and he must respond "I rule like this Tanna", and if he does not say that, it is considered a challenge? According to [Rambam], he has permission to argue on the words of the Tanaaim?! Perhaps we can say that from the day the Mishna was sealed they accepted that the later generations would not argue on the earlier ones, and they did the same when the Talmud was sealed – that from that day no one would have permission to argue on it.

4. ספר מצוות גדול לאוין הקדמה כללית

רב אשי היה ראש ישיבות גליות ישראל, ומימות ר' עד רב אשי לא מצינו תורה וגדולה במקום אחד, ונתן לו הקדוש ברוך הוא חן בעיני מלך פרס ושלה וקיבץ כל חכמי ישראל שבכל הארצות והעמידו פירוש המשנה על מתכונתו, והוא הנקרא תלמוד בבלי, וסדרוהו בהסכמת כל חכמי הדור.

Rav Ashi was the head of the Academy of the Jews in the Diaspora and since the days of Rebbe until Rav Ashi, Torah and greatness were not found in the same place, and G-d gave him grace in the eyes of the Persian king, so he gathered all the sages of Israel in all the lands and established the interpretations of the Mishna, which is called the Talmud Bavli, and arranged it with the agreement of all the sages of the generation.

5. קובץ שעורים קונטרס דברי סופרים סימן ב

וצ"ע להבין קבלה [של הכסף משנה] זו מה טיבה ובמה כחה יפה שלא יהיה אפשר לחלוק גם על הקבלה הזאת בעצמה כמו שהיה אפשר לחלוק על התלמוד בלא קבלה זו אבל לפי הנ"ל קושית הכ"מ לא קשיא דחתימת המשנה היה ג"כ בקיבוץ כל חכמי ישראל או רובן אשר להן הכח של ב"ד הגדול ואסור לשום אדם לחלוק עליהן בלתי אם יש גם להחולקין כח של ב"ד הגדול ואפשר שבשעת חתימת התלמוד הי' להן כח לחלוק גם על המשניו' כמו בכל ב"ד גדול שיכול לחלוק על ב"ד גדול שקדם לו אפילו אם הוא קטן מהראשון בחכמה ובמנין אבל בין חתימת המשנה לחתימת הגמרא בין הזמנים האלו לא נמצא קיבוץ כל חכמי ישראל ביחד ולא היה להן כח של ב"ד הגדול וממילא אי אפשר להן לחלוק על המשניות שנשנו בהסכמת רוב חכמי ישראל.

6. קובץ שעורים בבא בתרא אות תרלג

וד"ז שאלתי מכר' מו"ר הגר"ח הלוי זצ"ל מבריסק, והשיב, דבאמת גם אמורא יש בכוחו לחלוק על תנא, והא דמותבין תיובתא מתנאי לאמוראי, הוא משום דאמורא אינו חולק על תנא, ואילו ידע דברי התנא לא היה חולק עליו, אבל במקום שחולק להדיא, אפשר להיות הלכה כמותו עכ"ד, ונראה מוכח כן ממה שנמצא בגמ' בכמה מקומות שאמרו האמוראים על משנה זו אינה משנה...
 וחידוש גדול נמצא בחידושי הרמב"ן - ב"ב קל"א - דהא דמותבין תיובתא מתנא לאמורא הוא רק אם דברי התנא נשנו במשנה או בברייתא, אבל אם הן בלשון מימרא אפשר לחלוק על דברי התנא, וכן כתב שם בשיטה בשם רבינו יונה "וואף על פי שאין דרך האמוראי לחלוק על התנאים, הני מילי בדבר שסיימו אותו במשנה או בברייתא

I asked this of my teacher, Rabbi Chaim of Brisk zt"l, and he responded that in truth, an Amora also has the authority to argue on a Tanna. [The reason] that we challenge the Amoraim based on the Tanaaim is because an Amora **wouldn't** argue on a Tanna, and if he had known the position of the Tanna he would not have argued. However, if he explicitly argues, it could be the law is like him. This seems clear from that which we found in many places where the Amoraim say about a Mishna "this is not a Mishna."

A great novelty is found in the Ramban – that we only challenge an Amora based on the words of a Tanna if those words are in a Mishna or Beraita, but if they are in another saying, he can argue on the Tanna. R. Yonah also writes "even though it is not the way of Amoraim to argue on Tanaaim, this is only those things that were included in the Mishna or Beraita.

7. שו"ת מלמד להועיל חלק ג (אבן העזר וחושן משפט) סימן סא (מצטט מהקדמת פאת השלחן בשם הגר"א)

והיה יודע כל חסורי מחסרא שבתלמוד משיטותיו דלא חסרא כלל בסדר שסידר רבינו הקדוש המתני ולא אורחא שחיסר דבר רק דרבי ס"ל כחד תנא דאליביה סתמה ולא חסר כלל אליב"ו וגמרא ס"ל כאידך תנא ואליביה קאמרה הגמ' חסורי מחסרא והכי קתני, עכ"ל.
רד"צ הופמן : אמנם נ"ל דלאו בכל חסורא מחסרא אמר הגאון להדא מילתא, כי באמת יש מקומות שחיסר התנא כמה מלות

Know that all "these are missing words" in the Talmud – it is not that anything is missing in that which Rebbe HaKadosh arranged, as it is not normal for him to miss something. Rather, it means that Rebbe ruled like one Tanna without attribution and did not miss anything according to his position. The Gemara rules like the other Tanna, and for him there is something missing. **RDZH**: However, it seems that the Gra did not say this in all cases of missing words, for in truth there are some places where a Tanna is missing a few words.

8. רי"ף מסכת עירובין פרק י - המוצא תפילין [דף לא עמוד א]

ואנן לא סבירא לן הכי דכיון דסוגיין דגמרא דילן להתיירא לא איכפת לן במאי דאסרי בגמרא דבני מערבא דעל גמרא דילן סמכינן דבתרא הוא ואינהו הוי בקיאי בגמ' דבני מערבא טפי מינן ואי לאו דקים להו דהאי מימרא דבני מערבא לאו דסמכא הוא לא קא שרו ליה אינהו :

We do not rule lie this, for since our Talmud permits this, we don't care that the Yerushalmi forbids it, because we rely on our Talmud as it was later, and they were greater experts in the Yerushalmi than us, and if they did not rule like the Yerushalmi, it should not be relied on, and they did not permit it.

9. חזון איש על הרמב"ם ממרים ב:א

האמת בזה שדור שאחר המשנה ראו את מיעוט הלבבות נגד בעלי המשנה וידעו לבטח שהאמת לעולם עם הראשונים, ואחרי שידעו אמתת הדבר שאי אפשר שישגיגו הם האמת מה שלא השיג אחד מן התנאים לא היו רשאים לחלוק והיו רק שונים כל דברי התנאים שקדמום, וגם מחתימת התלמוד בטלו דברי אמורא שאמר מחמת העלמת דברי בתנא... ומזה שכתב מרן שקבלו כן, לא טובה וחסד עשו עם הראשונים אלא האמת חייב אותם, כי איך נעשה על דעתנו אם ידענו שדעתנו קצרה ואמת אין אתנו... אבל בסוף משנה כבר נתגלה על מה שראוי להתגלות ולא יתגלה דבר מחדש

The truth is in the generation after the Mishna, they say the minimizing of the hearts compared to the authors of the Mishna and knew for sure that the truth is always with the early ones. Once they knew that the truth could not be reached by them if it was not grasped by one of the Tanaaim, they had no permission to argue. Therefore, they just studied the words of the early Tanaaim. Thus, from the closing of the [Mishna?], they nullified the words of the Amora if he missed the words of a Tanna... That which [Kesef Mishna] said that they accepted it – it is not the case that they were kind towards the earlier ones; rather the truth obligated them, for how can we act on our accord if our intellect is narrower and the truth is not with us... Rather, at the end of the Mishna, all that was to be revealed had been revealed, and new things will not be revealed.

Other opinions as to why Bavli vs. Yerushalmi

10. Derashot Beit Yishai 15 (after concluding, like Kesef Mishna, that the power of the Bavli comes from consensus)

והתלמוד היירושלמי, הואיל ואינו מתוקן אצלנו כל
 צרכו ואינו מספיק כל הצורך (ל' הראב"ד
 בפ"א מהל' מע"ש ה"י), ורבו בו השכרשים למיעוט
 הלומדים בו, ואין עומדין עליו רק אחד בדור (ל'
 הרשב"א במיוחדסות ס"י צ"א), ולא היה בידי הראשונים
 בקביעות מפני העניית ומפני שאר סיבות (ל' החזו"א
 אר"ח ס"י י"ג סק"א), וכל מנהגינו אחר בני כבל שמשם
 קבלנו את התלמוד ולא מא"י (ל' הרא"ש כלל ד' אות
 י' גבי תענית גשמים), נמצא שלא קבלוהו עליהם
 ישראל באותה מדה שקבלו עליהם את התלמוד הבבלי.

11. Empires and Neighbors: Babylonian Jewish Identity in its Local and Imperial Context, Simcha Gross (Dissertation, 2017) on the polemical letter of Pirqoi ben Bavoi (8th-9th century)

Pirqoi's Rhetoric of Persecution

Pirqoi has a fairly straightforward series of arguments:

1. Palestinian Judaism, under Rome (and Greece, and even earlier with the destruction of the First Temple), experienced persecution, whereas Babylonian Judaism did not;
2. This persecution interrupted the transmission of Oral Torah in Palestine, whereas in Babylonia the transmission continued uninterrupted;
3. As a result, Babylonian Torah is authentic and reliable while Palestinian Torah is not.

Pirqoi outlines his basic attitude towards Palestinian tradition in the same breath as

he explains his reason for writing:

We have heard that students from the yeshiva came to you, among them those who were beforehand in the land of Israel, and they learned the customs of Israel and practiced the customs of persecution (*minhagei shmad*) that the people of Israel practiced...
 שמענו שבאו אצלכם תלמידים משיבה ומהן שה[יו קודם באר]ץ ישראל ולמדו מנהג ארץ ישראל [ונהגו מנ]הגי השמד [שנהגו בהן בני אר]ץ ישראל²⁵...

Pirqoi relates that he has heard of students who have come from Palestine to Qayrawan and spread Palestinian customs, which he characterizes as *minhagei shmad*, customs of persecution.²⁶

These differing customs emerged, according to Pirqoi, as part of a broad historical pattern in which Palestinian Jews, under Rome, were persecuted:

And Torah didn't cease from Israel in Babylonia, as it says "And three ribs were in his mouth between his teeth" (Daniel 7:5), R. Yoḥanan says, 'this refers to Harran, Adiabene and Nisibis,²⁷ which the evil Rome sometimes swallowed, when they rule over these cities, and sometimes they spat them out when the Persians chase them out. The kings of Persia rule over Edom, but the Evil Kingdom never ruled over Babylonia, and never crossed the Euphrates. And [thus] the two yeshivot never forgot the Oral Torah nor *Halakha LeMa'aseh* up till the present, as it is written "or it shall not be forgotten out of the mouths of their seed" (Deut. 31:21)...²⁸

...ובבבל לא פסקא תורה מישראל שנאמר ותלת עלעין בפומה בין שיניה ואמר ר' יוחנן זו חרן חדייב ונציבין שפעמים פלטתן רומי הרשעה שהן מוליכין במדינות הללו ופעמים פולטתן שהן באין פרסיים וטורדין אותם ושולטין מלכי פרסיים על אדום ולא שלטה מלכות הרשעה על בבל ולא עבר פרת מעולם. ולא שכחו תורה שבעל פה ולא הלכה למעשה שתי ישיבות מימות עולם ועד עכשיו שכך כת' כי לא תשכח מפי זרעו...

While Pirqoi portrays a persecution-riddled past for Jews in Palestine, he paints an almost diametrically opposed portrait of Babylonian Jewish history as experiencing nothing but tranquility and continuity.²⁹ This can be seen from a long exposition he offers on the history of the Oral Torah in Babylonia.³⁰

And also the Holy One, Blessed be He, made a covenant with Israel that the Oral Torah would not be forgotten by their mouths, or the mouths of their children, until the end of all the generations...³¹

ואף הקב"ה כרת ברית עם ישראל שלא תשכח תורה שבע"פ מפיהם ומפי זרעם עד סוף כל הדורות ...

Therefore, the Holy One, blessed be He, established two academies for Israel that they recite Torah day and night, and gather twice a year, in [the months of] Adar and Elul, from everywhere, and give and take in the 'battles of Torah,' until they fully clarify the matter and establish the truth of the Halakha, and bring proof from scripture, Mishnah and Talmud so as not to trip up Israel in matters of Torah.

ולפיכך קבע הקב"ה שתי ישיבות לישראל שהוגין בתורה יומם ולילה ומתקבצין שתי פעמים בשנה באדר ובאלול מכל מקומות ונושאים ונותנים במלחמתה של תורה עד שמעמידין דבר על בוריו והלכה לאמתה ומביאין ראיה מן המקרא ומן המשנה ומן התלמוד כדי שלא יכשלי ישראל בד"ת וכו'.

And those two yeshivot did not experience deportation or persecution [or plundering] and neither Greece nor Edom [i.e. Rome] ruled over them.³²

ואותן ב' ישיבות לא ראו לא שבי ולא שמד [ולא שלל] ולא שלט בהן לא יון ולא אדום

And the Holy One, Blessed be He, removed them 12 years before the destruction of the [First] Temple, with their Torah and their teaching/Talmud, as it says "He exiled all of Jerusalem: all the commanders and all the warriors [*gibborim*] – ten thousand exiles – as well as all the craftsmen and smiths; only the poorest people in the land were left." (2 Kings 24:14). Now what strength [*gevurah*, from the warriors, or *gibborim*] do people going into exile possess?! Rather, these are the warriors [*gibborey*] of Torah [and thus it says about them that they are all warriors who make war, [namely] the wars of Torah], for so it says in it [the Torah] "therefore the Book of the Wars of the Lord speaks of..." (Numbers 21:14) [meaning,

והוציאן הקב"ה י"ב שנה קודם חורבן הבית בתורתן ובתלמודן שכך כתיב והגלה את כל ירושלים ואת כל השרים ואת כל גבורי החיל עשרת אלפים גולה וכל החרש והמסגר ולא נשאר זולת דלת עם הארץ. וכי מה גבורה יש בבני אדם ההולכים בגולה. אלא אלו גבורי תורה [שכן נאמר בהן הכל גבורים עושי מלחמה עושים מלחמתה של תורה] שכך נאמר בה על כן יאמר בספר מלחמות יי

the Torah is referred to as the “Book of the Wars,” so we see Torah and Wars are equated with one another].

And among them [the exiles] were “the craftsmen and smiths” (2 Kings 24:14). [They were called] *harash*/craftsmen, because when one of them spoke, everyone became [silent] like mutes (*hereshin*). [They were called] *masgēr*/smiths, because when one of them closes (*sogēr*) a matter of impurity and purity or what is prohibited and what is permitted, there is no one in the world able to [re]open [the matter] and declare clean...³³...And it is written, “The Lord has kept ready the calamity and has brought it upon us, for the Lord our God is righteous...” (Daniel 9:14). Now, is it because God is righteous that he “kept ready the calamity and... brought it?”³⁴

Rather, the Holy One, Blessed be He, acted righteously for Israel by moving up for them the exile of Jeichonia 12 years before the exile of Zedekiah, so that the Oral Torah would not be forgotten from Israel, nor the *halakha le-ma'aseh* that is in their mouths that they learned from their rabbis, and their rabbis from their rabbis, all the way till our teacher Moses, *halakha le-moshe misinai*.

ומתוכן החרש והמסגר. חרש שבשעה שא' מהן מתיר נעשו הכל כחרשין. מסגר כיון שא' מהן סוגר דברי טומאה וטהרה או איסור והיתר אין בעולם מי שיכול לפתוח ולטהר לקיים מה שנא' ונתתי מפתח בית דוד על שכמו ופתח ואין סוגר וסגר ואין פותח. ואת אילי הארץ לקח אלו חורי יהודה ובנימין שעליהן נאמר כה אמר יי' וגו' כתאנים הטובות האלה כן אכיר את גלות יהודה אשר שלחתי מן המקום הזה ארץ כשדים לטובה. וכתוב וישקוד יי' על הרעה ויביאה עלינו כי צדיק יי' אלהינו. [וכי] משום דצדיק יי' אלהינו וישקוד ויביא את הרעה.

אלא צדקה עשה הקב"ה עם ישראל שהקדים להן גלות יכניה לגלות צדקיה כדי שלא תשתכח (מהן) תורה שבעל פה מישראל והלכה למעשה שבפיהם שלמדו מרבותם ורבותם מרבותם עד משה רבינו הלכה למשה מסיני.

In Pirqoi's schema, there is therefore never a moment of rupture in the Babylonian tradition. Torah escapes Palestine before the destruction of the first temple and travels, untainted, to Babylonia. Babylonia's preservation of the Oral Torah will, with divine guidance, continue until the end of days. Pirqoi's narrative essentially takes *halakha le-moshe mi-sinai* to mean, quite literally, an unbroken chain of tradition dating back to Sinai.⁴²

But maybe...

12. מאירי, סדר הקבלה (הוצאת מכון אופק עמוד 103) – ועיין בהערות של ש.ז. הבלין

ועם כל זה נתמעטו הלבבות מרוב הצרות והצרכו האחרונים לחבר אחריו דרך ביאור והרחבה, לפעמים דרך סתירה ותיקון, כשהיו חכמי הדור מסכימים לכך ממה שרואים מה קושיא חזקה כמו שאמרו... מתניתין יחידאה היא... סמי מכאן... אינה משנה... חסורי מחסרה... שאין השלימות נמצא בנבראים אף במובחרים שבהם, עד שלא יהו אחרונים רשאים לחלוק עמהם בקצת דברים.

With all this, the hearts were minimized from all the afflictions and the later ones had to compile an explanation and elucidation. Sometimes they tore down and fixed. When the scholars of the generation agreed that something was a strong question, as they said “this Mishna is according to only one position”, “remove from here”, “it is not a Mishna”, “it is missing words”, for perfection is not found among creations, even the best of them, to the point where the later ones could not argue with them even on some things.

13. Introduction to Dor Revii, R. Moshe Shmuel Glasner (Translation: R. Yaakov Elman, Tradition Spring 1991)

...whoever has due regard for the truth will conclude that the reason the (proper) interpretation of the Torah was transmitted orally and forbidden to be written down was not to make (the Torah) unchanging and not to tie the hands of

the sages of every generation from interpreting Scripture according to their understanding. Only in this way can the eternity of Torah be understood (properly), for the changes in the generations and their opinions, situation and material and moral condition requires changes in their laws, decrees and improvements. Rather, the truth is that this (issues from) the wonderful wisdom (and) profound insight of the Torah, (which teaches) that the interpretation of Torah (must be) given over to the sages of each generation in order that the Torah remain a living force with the nation, developing with it, and that indeed is its eternity.... Written Torah can be called "truth" because it is absolutely true... The Oral Torah, its interpretation, however, is not called absolute truth, but rather conventional truth which depends on the "judge in your days" (i.e., based on the agreement of the sages)... Only that which the sages of the generation agree upon is true (in this sense). When they contradict that which was accepted as true until then, their new interpretation becomes the true one (for their generation) . . . (when) the Temple is rebuilt (speedily in our times!), and the "children return to their boundary," and the crown is returned to its former condition in that the Oral Torah will be transmitted orally and it will be forbidden to write it down-then the sages of each generation will have the right to interpret the Torah (according to their own understanding) without reference to the interpretations of their predecessors, for the Oral Torah will not have been written down in an "iron pen" to be unchanging. But from the time that Rabbenu Haqadosh and the sages of his generation uprooted the prohibition of writing down matters hitherto transmitted orally it is obvious that it is forbidden to us to dispute what generations before us have set down in writing in order to remain authoritative for many days. The intent of permitting the writing down of oral traditions was to prevent later generations from disputing the views of their predecessors. Only in this way may we understand the great controversy surrounding the permissibility of writing (oral traditions), to the point that (the sages of the Talmud) said that whoever writes down halakhot is as one who burns them (Temurah 14b). But they held that it is better to uproot (part of) the Torah than the Torah be forgotten by Israel.

14. ש"ך פלפול בהנהגת הוראות באיסור והיתר (בסוף סי' רמב)

ועוד תימה על דבריו [הב"ח] כיון דביחיד נגד רבים סומכים בהפסד מרובה אף על גב דהלכה כרבים דאורייתא ... שכבר כתבת בתורה אחרי רבים להטות ...

I am also astonished that [Bach] said, that when a single person argues on a majority we can rely on it when there is a great loss, even though the law is the like the majority biblically... as the Torah already said "go after the majority"

15. שו"ת שאילת יעבץ חלק א סימן קנז

דנהיגי האידינא למיזל בתר רובא דפוסקי ומחבריה דליתא קמן ולא חיישינן למיעוטא... אלא שיש להרהר במוסכם זה שנהגו בו הפוסקים האחרונים לילך אחר רוב הדיעות. כי מי קבצם כעמיר גורנה, ומי העלה מספרם אם לא נפקד מהם איש וכי מי ראה כל ספרי הפוסקים שחוברו יחדיו ומי מנה. או איה שוקל וסופר לידע רוב מנין או רוב בנין. איזה יותר מכריע בענין. זוהי שקשה עלינו, מ"מ ברוב המקומות כשסמכו רבותינו ז"ל לילך אחר הרוב, יש להם ראיות חזקות ...

The custom is to follow the majority of poskim and authors that are not before us, and we do not worry about the minority... though we must wonder about this custom of poskim to follow the majority of positions, because who collected them like a pile of grain, and who counted their number to consider the people (loose translation), and who saw all the books that were written, wo counting them. How can you eight and count to know the majority of number and size? Which is better to rule like? This bothered us, but still, most of the time, when the rabbis follow the majority, they have strong proofs...

16. שו"ת משפטים ישרים חלק א סימן רלח

נראה ברור דלא מיקרו רבים אלא בהיותם בועד אחד זה לעומת זה וכלשון חכמים בכל מקום נמנו וגמרו... והמנהג שנהגו הפוסקים לפסוק כרבים במקום יחיד אף אם הם דברי הרבים בספרים אינו מחמת הדין של אחרי רבים להטות שהרי כמה פעמים פוסק הפוסק כא' במקום רבים... ומ"מ כשרואה הפוסק המחפש לקבוע הלכה כמאן והדבר בעיניו מצד עצמו אין לו הכרע אומר שאחר שרבים גלו דעתם בדין זה וא' גלה דעתו להיפך טוב לפסוק כרבים דהוי כעין אחרי רבים להטות ואפילו לא נצטוינו מצוה זו בתורה

It seems obvious that it is not called a majority unless they were together at one meeting, face to face, as the sages say "they voted and decided" ... and the custom of arbiters to rule like the majority against a single position if the majority are in books is not because of the law of "follow the majority," for often the posek will rule like a single person against the majority... However, when a posek researches to see who the halacha follows, and has not conclusion himself, he says that if many have opined in one direction and one person in the other, it is better to rule like the majority, for it is like "following the majority", even if we were not commanded by the Torah to do so.

17. תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף ו עמוד א

אמר ליה רב ספרא לרבי אבא: דטעה במאי? אילימא דטעה בדבר משנה - והאמר רב ששת אמר (רבי אמי) רב אסי, טעה בדבר משנה - חוזר, אלא דטעה בשיקול הדעת. היכי דמי בשיקול הדעת? אמר רב פפא: כגון תרי תנאי ותרי אמוראי דפליגי אהדדי, ולא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, וסוגיין דעלמא אליבא דחד מינייהו, ואזל איהו ועבד כאידך - היינו שיקול הדעת .

Rav Safra said to Rabbi Abba: What kind of mistake? If he erred in a *devar Mishna*, Rav Sheshet said in the same of Rav Asi that if one errs in a *devar Mishna*, it is revoked. Rather, he erred in *shikkul hadaat*. What is *shikkul hadaat*? Rav Papa said: when two Tanaaim or two Amoraim disagree with each other, and the law has not been determined according

to either opinion, but the general practice follows one of the positions, and the judge acted according to the other. That is *shikkul hadaat*.

18. בעל המאור יב"ע"א בדפי האילפס

- ושמעתי משם אחד מחכמי הדור שלפנינו שהאידנא לית לן טועה בשיקול הדעת, שכל ההלכות פסוקות בידינו או מן התלמוד או מן הגאונים שאחרי התלמוד... אלא כל הטועין, בדבר משנה הם טועים
- כל מי שאין טעותו מתבררת מן המשנה או מן התלמוד מפורש בלא שום ספק, לא טועה בדבר משנה הוא, אלא טועה בשקול הדעת הוא... ומה שפסקו הגאונים מאחרי סתימת התלמוד מדעת מכרעת ולא מהלכה ברורה ופסוקה מהתלמוד, כסוגיין בעלמא הוי, ומאן דטעי ביה טעי בשקול הדעת הוי.

I have heard in the name of one of the sages of the generation before us that we no longer have the category of error in *shikkul hada'at*, for all laws are now authoritatively determined for us either from the Talmud or from the Geonim who followed the Talmud.... Rather, all who err, err in a *devar Mishnah*.

(BHM himself): Rather, anyone whose error cannot be clearly demonstrated from the Mishnah or the Talmud explicitly, beyond all doubt, is not erring in a *devar mishnah*, but in *shikkul hada'at*... And any decision rendered by the Geonim, after the closing of the Talmud, as an expression of preference for one view over another not based upon clear and authoritative law from the Talmud, is like a general position and one who errs in it has erred in *shikkul hada'at*.

19. ראב"ד כתוב שם (שם)

- דאמת אמר החכם, שאם טעה בפיסקי הגאונים, שלא שמע דבריהם, ואילו שמע היה חוזר בו באמת וברור, זהו טועה בדבר משנה.
- וקרוב אני לומר שאפילו אם היה חולק על פסק הגאון מטעם שנראה לו לפי דעתו, שלא כדעת הגאון ולא כפירושו, גם זה טועה בדבר משנה; שאין לנו עתה לחלוק על דברי גאון מראיית דעתנו לפרש הענין בדרך אחר כדי שישתנה הדין מדברי הגאון אם לא בקושיא מפורסמת, וזהו דבר שאין נמצא."

In truth, the sage said that if one errs in one of the decisions of the Geonim because he did not hear what they said, and had he heard what they said he would have retracted clearly and truthfully that is an error in *devar Mishna*.

I think that even if he would have argued on the Gaon's decision based on a reason that appeared correct to him, unlike the interpretation or opinion of the Gaon, this is also an error in *devar Mishna*, for we can't argue on the Geonim based on our opinions, to explain the issue in a different way to change the law from that of the Gaon, without a convincing question, which is not [usually] found.

20. רא"ש סנהדרין א:ו

- אני אומר: ודאי כל מי שטעה בפיסקי הגאונים ז"ל שלא שמע דבריהם, וכשנאמר לו פסק הגאונים ישרו בעיניו, טועה בדבר משנה הוא. ולא מבעיא טועה בפיסקי הגאונים, אלא אפילו חכמים שבכל דור ודור שאחריהם לאו קטלי קני באגמא הן, ואם פסק הדין שלא כדבריהם וכששמע דבריהם ישרו בעיניו והודה שטעה – טועה בדבר משנה הוא וחוזר.
- אבל אם לא ישרו בעיניו דבריהם ומביא ראיות לדבריו המוקבלים לאנשי דורו – יפתח בדורו כשמואל בדורו, אין לך אלא שופט אשר יהיה בימים ההם, ויכול לסתור דבריהם....
- והיכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה, לא יאמר הדיין אפסוק כמי שארצה, ואם עשה כן זהו דין שקר. אבל אם חכם גדול הוא גמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות, הרשות בידו....
- ואם לא ידע הפוסק במחלוקת הגאונים ואחר כך נודע לו, והוא לאו בר הכי הוא שיוכל להכריע, או שאין יודע להכריע, אם נראין דברי האחד לרוב החכמים ואיהו עבד כאידך, היינו טעה בשקול הדעת. ואם אי אפשר לעמוד על הדבר, אין כאן טעות, אלא מה שפסק פסק.

I say: Certainly anyone who erred in one of the positions of the Geonim because he did not hear their words, and when he is told about the ruling of the Geonim they are correct in his eyes, it is an error in a *devar Mishna*. This is not only the decisions of the Geonim, but even the sages every generation are not cutters in the marsh, and if he ruled against them and when he heard their words they seemed correct and he admitted that he was mistaken, he has erred in a *devar Mishna* and it is revoked.

But if their words are not correct in his eyes and he brings evidence – Yiftach in his generation is like Shmuel in his generation, and you only have the judge in your generation, and he can contradict him. All things that are not clear in Shas set by Rav Ashi and Ravina, a person can contradict and build, even to disagree with the words of the Geonim...

When two great scholars argue about a Halacha, the judge should not say "I will judge as I please". If he did that is a false judgment. However, if he is learned and knows how to analyze and knows how to decide like one of them with clear proofs, he is allowed to.

If he did not know about the dispute of the Geonim and then is told about it, and he is not able to decide or does not know how to rule, if he the words of one seem correct and he ruled like the other, that is an error in *shikal hadaat*. If there is no way to decide, there is no error and his decision stands.

21. שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צז

- כללו של דבר, אומר אני שדיין שאינו הולך בפסקיו אלא אחר מה שכתוב ומפורש הוא חלש ורפה, ולפי זה יתבטל מה שאמרו אין לדיין אלא מה שעיניו רואות. ואין הדבר כן, אלא הדברים הכתובים הם העיקר, וצריך הדין או המורה הוראה לשקול אותם לפי כל מעשה ומעשה הבא לפניו, ולהקיש את הדין לדומה לו ולהוציא ענפים מן העיקרים ההם. ולא נכתבו המעשיות המרובות הכוללות מקצת דינים בתלמוד חנם, וגם לא שיעשה הדין בענין ההוא לפי מה שנזכר שם, אלא כדי שישגל החכם, בשמעו אותם הרבה פעמים, כח של שקול דעת ודרך טובה בהוראה למעשה.

The rule: A judge who only decides by following that which is written and explicit is weak and soft, and this will nullify what they said “a judge only has what his eyes see.” However, it should not be this way. Rather, the things that are written are the basis and the one judging a case or making a halachic decision should weigh them in every matter that comes before him, to compare the case to those which are similar, and to extrapolate from those principles. The precedents, which include some of the laws, were not recorded in the Talmud for naught, but were also not for the judge to rule based on them. Rather, they make the sage, who has heard them many times, to use his discretion to make correct decisions.