

Architektura umysłu prawniczego

Jeden z najważniejszych amerykańskich prawników pierwszej połowy dwudziestego wieku, Thomas Reid Powell, miał powiedzieć: „Jeśli myślisz, że potrafisz myśleć o rzeczy nierozdzielnie związanej z inną rzeczą, nie myśląc o tej drugiej rzeczy, to masz umysł prawniczy”¹. Gdy już wybrzmi nasz śmiech z tego żartu, być może zorientujemy się, że sarkazm Powella skrywa coś więcej niż stereotypowy obraz nudnawego, żonglującego abstrakcjami prawnika. Może okazać się, że wcale nie chodzi o stereotyp, ale o standard, z którego się wyśmiewamy, równocześnie w pełni go akceptując.

Spójrzmy do klasycznych podręczników metodologii prawniczej. W typowym dziele niemieckiej jurysprudencji poświęconym *juristische Methodenlehre* odnajdziemy drobiazgową analizę struktury przepisów prawnych, dywagacje o sylogizmie prawniczym, zbiór reguł wykładni językowej, systemowej i teleologicznej, definicje i klasyfikacje luk prawnych, reguły kolizyjne, opis struktury systemu prawa itd.² Podobne problemy poruszane są w podręcznikach metodologii pisanych w tradycji *common law*: doktryna *stare decisis*, odróżnienie *ratio*

¹ Cyt. za L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven – London 1969, s. 4.

² Por. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg – New York 1991.

decidendi od *obiter dictum*, wertykalny i horyzontalny wymiar precedensu, *distinguishing* i *overruling*, znaczenie literalne i interpretacja funkcjonalna, ciężar dowodu itd.³ Wszystko to są bardzo abstrakcyjne kwestie. Co więcej, podręczniki metodologii prawniczej niedwuznacznie sugerują, że umysł prawniczy zajęty jest głównie przeprowadzaniem rozumowań: ustalaniem obowiązującego prawa, interpretacją przepisów prawnych, stosowaniem ich do konkretnych przypadków, dowodzeniem faktów. Są to czynności umysłowe, które toczą się w języku. Jeśli chcemy ustalić, jakie prawo nas wiąże, musimy sprawdzić, które przepisy prawa zostały w odpowiedni sposób uchwalone (i nie zostały dotąd derogowane z systemu prawa), albo – w tradycji *common law* – odróżnić w precedensach *ratio decidendi* (wiążąca część precedensu) od *obiter dicta* (części niewiążącej). Gdy dokonujemy interpretacji prawa, zajmujemy się wypowiedziami językowymi – to do nich stosujemy skomplikowane reguły wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej. Akt stosowania prawa zwykle przedstawiany jest jako zabieg o charakterze logicznym, polegający na dokonaniu subsumpcji danego stanu faktycznego pod ogólną normę prawną. Wreszcie dowodzenie faktów sprowadza się do określenia, który zbiór zdań stanowi prawdziwy (lub najlepiej uzasadniony przez świadectwa) opis rzeczywistych zdarzeń. Wydaje się, że świat prawnika to świat językowy, a umysł prawniczy jest wytrawnym analizatorem tekstu.

Odrobina nieuprzedzonego namysłu musi doprowadzić do konkluzji, że w tak zarysowanym obrazie umysłu prawniczego

³ Por. I. McLeod, *Legal Method*, Palgrave MacMillan, London – New York 2013; F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2009.

kryje się jakiś ogromny błąd. Czy naprawdę prawnik zajmuje się (niemal) wyłącznie analizą tekstu? Czy w jego myśleniu nie ma miejsca na działanie intuicji? Czy prawnicy – jak zdają się utrzymywać autorzy dowcipów prawniczych – naprawdę pozbawieni są wyobraźni? Przecież nawet matematycy nie mogą ograniczać się do manipulacji abstrakcyjnymi symbolami, bo nikt nigdy nie dowiódł w ten sposób żadnego nowego twierdzenia. Jak zauważa J.B. Roberts, „istotą matematycznego myślenia jest zgadywanie i demonstracja. Nie istnieją tu żadne raz na zawsze określone procedury. Próbuujemy tego i owego. Zgadujemy. Próbuujemy uogólnić wynik, by sprawić, żeby dowód był prostszy. Przyglądamy się szczególnym przypadkom poszukując inspiracji i wglądu. Wreszcie – ktoś to wie, w jaki sposób? – udaje nam się znaleźć dowód”⁴. Matematycy, fizycy, biologowie, psycholodzy, artyści, literaci, a nawet przeciętny Kowalski nie myślą wyłącznie w języku⁵. Polegają na swojej intuicji, zapuszczają się w fantazyjne światy stworzone w wyobraźni i robią wiele innych rzeczy, byle jakoś radzić sobie z napotkanymi problemami. Dlaczego prawnik miałby być inny?

Można oczywiście przekonywać, że zarzut sformułowany przeze mnie pod adresem metodologów prawa jest przerysowany. Fakt, że podręczniki prawnicze skupiają się na językowych i formalnych aspektach rozumowań, wcale nie oznacza, że cała praca umysłowa prawnika polega wyłącznie na analizie tekstu. Narzędzia formalno-językowe są jednak tym, co jest szczególnie charakterystyczne dla myślenia w prawie.

⁴ Cyt. za R. Feynman, *New textbooks for the 'new' mathematics*, „Engineering and Science” XXVIII(6), 1965, s. 10.

⁵ Por. B. Brożek, *Myślenie. Podręcznik użytkownika*, Copernicus Center Press, Kraków 2016, s. 60 i n.; B. Magee, *Wyznania filozofa*, tłum. B. Chwedeńczuk, Prószyński i S-ka, Warszawa 2000, s. 91.

Owszem, prawnicy korzystają na pewno z pozajęzykowych sposobów rozwiązywania problemów, ale są to procesy w dużej mierze idiosynkratyczne, przez co nie mogą stanowić przedmiotu systematycznej refleksji metodologicznej. Cokolwiek dzieje się w umyśle prawniczym, publicznie dostrzegalnym i dyskusyjnym tego efektem są wyłącznie wypowiedzi językowe; to im należy poświęcać świadomą uwagę. Wszystko inne – czymkolwiek by było – toczy się w niewidocznym tle.

To zepchnięcie pozajęzykowych mechanizmów poznawczych gdzieś na peryferie metodologicznej refleksji nad prawem ma wysoką cenę. Nie chodzi tylko o to, że rezygnujemy w ten sposób ze wspólnego rozwijania narzędzi, które mogłyby się okazać niezwykle skuteczne w zmaganiach z problemami prawnymi. Zmieniamy przez to same te problemy i generujemy nowe, których łatwo można by uniknąć. Niech za ilustrację posłuży raz jeszcze matematyka. Przesadny nacisk na precyzję językową i formalizację myślenia prowadzić może do prawdziwych absurdów. Przykładem tego zjawiska był ruch tzw. „nowej matematyki”, który miał znaczny wpływ na edukację matematyczną w Stanach Zjednoczonych w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku. Podejście to w sposób mistrzowski – choć bardziej anegdotyczny niż systematyczny – skrytykował Richard Feynman, któremu zdarzyło się oceniać powstałe w tamtych czasach podręczniki matematyki. Pomysł, że dzieci uczyć trzeba dokładnych definicji i używania precyzyjnego języka zbyt łatwo prowadzi, zdaniem Feynmana, do nieporozumień. Weźmy polecenie z jednego z podręczników: „Pokoloruj na czerwono obraz piłki!”. Dlaczego autorzy nie napisali po prostu: „Pokoloruj piłkę na czerwono!”? Jak zauważa Feynman: „Wzrost precyzji w tym przypadku ro-

dzi jedynie wątpliwości, podczas gdy zwykły sposób mówienia jest całkowicie zrozumiały. Obraz piłki zawiera zarówno okrąg, jak i tło. Powinniśmy zatem pokolorować cały obszar, w którym pojawia się obraz piłki, czy tylko część wewnątrz okręgu? ‘Pomaluj piłkę’ – to jasne polecenie; ‘Pokoloruj obraz piłki’ wprowadza jedynie konfuzję”⁶. Weźmy inny przykład. Można powiedzieć, kontynuuje Feynman: „Odpowiedzią jest liczba całkowita mniejsza niż 9 i większa niż 6”;⁷ nie powiemy jednak: „Odpowiedzią jest element zbioru, który jest częścią wspólną zbioru tych liczb, które są większe niż 6 i zbioru tych liczb, które są mniejsze niż 9”. Taka komplikacja jest niepotrzebna: nie sprzyja rozumieniu matematyki, generując tylko problemy. Po co mówić: „Sprawdź, czy zbiór lizaków jest równoliczny ze zbiorem dziewczynek”, skoro chodzi o to, czy lizaków jest wystarczająco dużo, żeby wystarczyło dla każdej dziewczynki⁷. Narzędzia myślowe, którymi dysponujemy – tak w matematyce, jak i w prawie – powinny być dostosowane do problemów, które z ich pomocą chcemy rozwiązać, a nie tak precyzyjne, jak to tylko możliwe.

Myślenie prawnicze nie jest wyjątkowe⁸; w każdym razie nie jest bardziej wyjątkowe niż sposoby rozwiązywania problemów w innych dziedzinach refleksji. Powód po temu jest prosty: prawnik jest tylko człowiekiem i ma do dyspozycji ludzkie narzędzia poznawcze. Nie ma nic wyjątkowego w sylogizmie prawniczym, argumentach *a simile* i *a contrario*, ani w teoriach, które dogmatycy prawa wytrwale konstruują, by pomóc sędziom

⁶ R. Feynman, *New textbooks for the 'new' mathematics*, dz. cyt., s. 14.

⁷ Por. tamże, s. 14–15.

⁸ Por. L. Alexander, E. Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge – New York 2008.

i adwokatom we właściwej wykładni przepisów prawa. Są to twory zwykłych umysłów, ze wszystkimi ich słabymi i mocnymi stronami. Tym, co różni umysł prawnika od umysłu matematyka, jest rodzaj problemów, z którymi się zmagają – prawnik ma doświadczenie w interpretacji i stosowaniu prawa, a matematyk w dowodzeniu twierdzeń. Obaj dysponują podobnymi umysłami, ale wprawionymi w udzielaniu odpowiedzi na inne pytania. Prawniki intuicyjnie oceni, czy pozew Kowalskiego ma szansę na powodzenie; matematyk w tej sprawie okaże się bezradny, ale za to będzie miał silną intuicję co do prawdziwości lub fałszywości twierdzenia z zakresu geometrii nieprzemiennej. Prawniki zna wiele skomplikowanych teorii dogmatyczno-prawnych i orzeczeń sądowych, ale nie ma nawet małej części wiedzy matematyka o świecie struktur algebraicznych. Umysł prawniczy i matematyczny korzystają z tych samych mechanizmów poznawczych, ale mechanizmy te karmione są różnymi treściami⁹.

Jak zatem opisać architekturę umysłu prawniczego? W kontekście spektakularnego rozwoju nauk kognitywnych (neurobiologii, psychologii eksperymentalnej, badań nad sztuczną inteligencją)¹⁰, który miał miejsce w ostatnich kilkadziesiąt latach, nie ma innego wyjścia, jak tylko odwołać się do ustaleń tych nauk. Trwanie na stanowisku skrajnego antynaturalizmu, wrogiego wszelkim badaniom empirycznym, powiązanego z wiarą w to, że myślenie prawnicze można zrekonstruować siedząc w wygodnym fotelu i prowadząc głębokie analizy językowo-

⁹ Por. B. Brożek, M. Hohol, *Umysł matematyczny*, Copernicus Center Press, Kraków 2015.

¹⁰ Por. M. Hohol, *Podstawy neuronauki poznawczej*, [w:] B. Brożek, Ł. Kurek, J. Stelmach (red.), *Prawo i nauki kognitywne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 13–36.

-logiczne, jest raczej objawem strachu niż przemyślaną strategią poznawczą¹¹. Strach ten jest łatwy do wyjaśnienia: czujemy się bezpiecznie, korzystając z wielokrotnie sprawdzonych nawyków myślowych i dobrze znanych, szeroko akceptowanych teorii¹². Wizja myślenia prawniczego zaklęta w klasycznych podręcznikach i wielokrotnie powtarzana przez najważniejszych przedstawicieli jurysprudencji, stanowi oazę pewności i bezpieczeństwa. Porzucić ją jest trudno, a przemyślenie podstawowych założeń epistemologii prawniczej w świetle osiągnięć nauk kognitywnych do tego właśnie może nas zmusić. Próba nowego spojrzenia na umysł prawniczy wymaga, byśmy zabili, a przynajmniej uciszyli, swego wewnętrznego epistemologicznego konserwatystę.

Korzystanie z ustaleń nauk empirycznych w filozofii prawa związane jest też z innym niebezpieczeństwem. Zerwawszy z tradycją, miewamy skłonność do rewolucyjnego zapału. Jak neofici dostrzegamy potrzebę zmiany wszędzie, nawet tam, gdzie nie ma ku temu podstaw. Tymczasem nie jest możliwe, by ustalenia nauk kognitywnych mogły całkowicie odmienić nasze rozumienie myślenia w prawie¹³. Co więcej, badania empiryczne dotyczą zwykle dobrze określonych mechanizmów poznawczych, które testowane są w specyficzny sposób.

¹¹ Por. J. Stelmach, *Co może zaoferować neuroscienze nauce prawa i praktyce prawniczej?*, [w:] B. Brożek, Ł. Kurek, J. Stelmach (red.), *Prawo i nauki kognitywne*, dz. cyt., s. 165–166.

¹² Por. B. Brożek, *Myślenie...*, dz. cyt., s. 136–138; M. Kosowska, *Umysł niezmienny. Poznawcze mechanizmy sztywności*, Wydawnictwo UJ, Kraków 2005.

¹³ Por. J. Stelmach, *Co może zaoferować neuroscienze nauce prawa i praktyce prawniczej?*, dz. cyt.; M.S. Pardo, D. Patterson, *Minds, Brains, and Law. The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford University Press, Oxford 2013.

Psychologowie wymyślają zazwyczaj pewien paradygmat badawczy, na przykład jakiś rodzaj zadania poznawczego, które uczestnicy eksperymentu rozwiązują w kontrolowanych warunkach laboratoryjnych¹⁴. Wyniki takich eksperymentów nie dają się w związku z tym łatwo uogólnić, a przy tym podlegają różnym, często wykluczającym się interpretacjom. Psychologia eksperymentalna i neurobiologia nie dostarczają nam zatem spójnej wizji mechanizmów poznawczych, a raczej obraz dość sfragmentaryzowany. Taką spójną wizję konstruuje się wykorzystując argumentację teoretyczną, a wymaga to dużej dozy ostrożności metodologicznej. W efekcie nie istnieje jedno, powszechnie akceptowane wyjaśnienie ludzkich zdolności poznawczych, tylko wiele wyjaśnień konkurencyjnych. Trzeba o tym wszystkim pamiętać, podejmując próbę rekonstrukcji umysłu prawniczego, z dużą rozważą wsłuchując się w głos wewnętrznego epistemologicznego rewolucjonisty.

W poniższych rozważaniach wykorzystywać w związku z tym będę nie tylko ustalenia nauk kognitywnych, ale i argumentację filozoficzną. Opierać się przy tym będę na wizji mechanizmów umysłowych wyłaniającej się równocześnie z kilku paradygmatów badawczych w neurobiologii i psychologii eksperymentalnej. Uwzględnię badania poświęcone nieświadomemu podejmowaniu decyzji¹⁵, wglądowi¹⁶, koncepcji symulacji mentalnych (wypracowanej w paradygmacie tzw. ucieleśnionego po-

¹⁴ Por. M. Hohol, *Wyjaśnić umysł. Struktura teorii neurokognitywnych*, Copernicus Center Press, Kraków 2017.

¹⁵ Por. D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, tłum. P. Szymczak, Media Rodzina, Poznań 2012; G. Gigerenzer, W. Gaissmaier, *Heuristic decision making*, „The Annual Review of Psychology” 62, 2011, s. 51–82.

¹⁶ Por. R.W. Weisberg, *Creativity*, John Wiley and Sons, Hoboken 2006.

znania)¹⁷, oraz ewolucji języka¹⁸. W moim przekonaniu koncepcje te składają się na spójny obraz funkcjonowania ludzkiego umysłu; ale nie jest to teoria psychologiczna, tylko filozoficzna. Choć jest głęboko zakorzeniona w badaniach empirycznych, nie sposób jej przetestować w serii prostych eksperymentów. Uważam, że trzeba ją zaakceptować – albo przynajmniej na serio rozważyć – nie dlatego, iż narzucają nam ją dane empiryczne, ale dlatego, że jest pod wieloma względami lepsza od alternatywnych koncepcji filozoficznych. Jedną, ale nie jedyną z tych pozytywnych cech mojej teoretycznej propozycji jest fakt, że jest ona zgodna z wieloma ustaleniami nauk kognitywnych¹⁹.

Główną tezę, której bronię w tej pracy, w dużym skrócie ująć można następująco: *myślenie prawnicze opiera się na równoczesnym wykorzystaniu i współpracy trzech mechanizmów poznawczych – intuicji, wyobraźni i rozumowania w języku*. Przyjrzyjmy się bliżej temu stwierdzeniu. Po pierwsze, jak zaznaczyłem, ma ono charakter skrótowego sloganu. Gdy mówię, że jednym ze sposobów poznania prawniczego jest intuicja, mam na myśli wszelkie nieświadome procesy podejmowania

¹⁷ Por. B.K. Bergen, *Latające świnię. Jak umysł tworzy znaczenie*, tłum. Z. Lamża, Copernicus Center Press, Kraków 2017; L.W. Barsalou, *Perceptual symbol systems*, „Behavioral and Brain Sciences” 22(4), 1999, s. 577–660; tenże, *Grounded cognition*, „Annual Review of Psychology” 59, 2008, s. 617–645; tenże, *Situating concepts*, [w:] P. Robbins, M. Aydede (red.), *The Cambridge Handbook of Situated Cognition*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 236–263.

¹⁸ Por. M. Tomasello, *Kulturowe źródła ludzkiego poznawania*, tłum. J. Rączaszek, PIW, Warszawa 2002; tenże, *Origins of Human Communication*, MIT Press, Cambridge, MA 2008; tenże, *Constructing a Language. A Usage-Based Theory of Language Acquisition*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2003.

¹⁹ Por. B. Brożek, *Philosophy and neuroscience. Three modes of interaction*, [w:] J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek (red.), *Philosophy in Neuroscience*, Copernicus Center Press, Kraków 2013, s. 16–57.

decyzji, a w szczególności to, co w psychologii nazywa się intuicją oraz wglądem. Tezę, że umysł prawniczy korzysta z wyobraźni, rozwinę odwołując się do teorii symulacji mentalnej, która może być procesem świadomym (i wtedy w pełni zasługuje na miano wyobraźni) lub nieświadomym. Głosząc, iż prawnik przeprowadza rozumowania w języku, nie chcę odnosić się wyłącznie do stosowania poprawnych logicznie schematów rozumowań, ale do wszelkich sposobów wykorzystania konstrukcji językowych w myśleniu prawniczym.

Po drugie, moja teza głosi, że myślenie prawnicze polega na *równoczesnym* korzystaniu z trzech wymienionych mechanizmów poznawczych. Chcę przez to wyrazić silne przekonanie, iż bez którejkolwiek z tych zdolności – intuicji, wyobraźni i języka – myślenie prawnicze byłoby po prostu niemożliwe. Umysł prawniczy nie mógłby istnieć wyłącznie jako intuicyjna wyroczenia, generator wyobrażeń, albo maszyna syntaktyczna.

Po trzecie wreszcie, podkreślam, że trzy mechanizmy składające się na architekturę umysłu prawniczego nie działają osobno, ale współpracują, wchodząc ze sobą w rozmaite interakcje. Intuicja dostarcza nam automatycznie odpowiedzi, jak rozwiązać stojący przed nami problem; ale korzystając z wyobraźni i rozumowań językowych, odpowiedź tę możemy zignorować lub zmodyfikować. Wyobraźnia pozwala nam ewokować intuicje, otwiera przestrzeń dla działania wglądów, ale też pozwala lepiej zrozumieć wypowiedzi językowe. Konstrukcje pojęciowe i formalne rozumowania stanowią zaś osnowę, którą wypełniać trzeba intuicjami i wyobrażeniami. Wszystkie te kwestie będę omawiał i rozwijał poniżej. Na tym etapie chciałbym zwrócić uwagę na jedną sprawę. Kolejne rozdziały tej książki poświęcone są opisowi poszczególnych elementów

strukturalnych umysłu prawniczego. Będę zatem pisał o intuicji, wyobraźni i myśleniu w języku, tak jakby dało się łatwo rozdzielić ich działanie. Jest to jednak tylko zabieg analityczny. Gdy będziemy skupiać swą uwagę na sposobach wykorzystania jednego z tych mechanizmów, dwa pozostałe, choć zepchnięte do tła rozważań, będą stale obecne. Główna teza tego studium powinna nam zatem towarzyszyć na wszystkich etapach poniższych analiz.

Prezentację architektury umysłu prawniczego rozpocznę od dokładniejszego przyjrzenia się nieświadomym procesom podejmowania decyzji. W Rozdziale I przypomnę najpierw słynny artykuł J.C. Hutchesona *The judgment intuitive*²⁰. Sędzia Hutcheson broni w nim tezy, że dobrych prawników charakteryzuje zdolność do rozstrzygania sporów prawnych poprzez *hunch* – rodzaj pozaracjonalnego przeczucia, które zwykle podpowiada najlepsze rozwiązanie rozważanego problemu. W mojej interpretacji Hutchesonowski *hunch* to efekt działania dwóch mechanizmów poznawczych: intuicji oraz wglądu, którym przyglądam się dokładniej w dalszej części rozdziału. Definiuję najpierw intuicję jako oparty na doświadczeniu mechanizm poznawczy działający nieświadomie, szybko i automatycznie. Dostarcza on nam nieustannie odpowiedzi, jak rozwiązać stojący przed nami problem. Intuicja ma istotne ograniczenia, a najlepiej obrazują to badania nad tzw. heurystykami. Efekt zakotwiczenia, poleganie na heurystyce reprezentatywności lub dostępności, a także innych „skrótach myślowych” prowadzić może – również w myśleniu prawniczym – do popełniania systematycznych błędów. Błędy te, jak będę przekonywał, są niewielką

²⁰ J.C. Hutcheson, *The judgment intuitive. The role of the 'hunch' in judicial decision*, „Cornell Law Review” 14(3), 1929, s. 274–288.

ceną, którą płacimy za dostęp do relatywnie niezawodnego i „taniego” w stosowaniu narzędzia myślenia. W Rozdziale I zastanawiam się też, jaką rolę w myśleniu prawniczym spełniają wglądy. Wgląd zdefiniować można jako niespodziewane rozwiązanie problemu, które polega na jego restrukturyzacji lub ujęciu w nowy sposób. Badania neurobiologiczne sugerują, że wglądy mają wiele wspólnego z intuicjami: w obu przypadkach aktywują się z grubsza te same obszary mózgu; obszary, dodajmy, które nie mają nic wspólnego z myśleniem w języku. Jednak podczas gdy intuicja jest mechanizmem „heavy duty”, nieustannie dostarczającym nam podpowiedzi, jak rozwiązać napotkany problem, wgląd jest narzędziem do zadań specjalnych – wykorzystujemy go wtedy, gdy brak nam wyraźnej intuicji. I jeszcze jedno: zarówno intuicja, jak i wgląd, bazują w dużej mierze na emocjach. Można w związku z tym przekonywać, że umysł prawniczy jest u swych nieświadomych podstaw umysłem emocjonalnym.

W Rozdziale II zajmuję się wyobraźnią. Tym razem punktem wyjścia są dla mnie uwagi Leona Petrażyckiego – jednak nie jego słynne koncepcje dotyczące roli emocji w prawie, a trudniej dostrzegalne, ale może jeszcze ciekawsze obserwacje poświęcone znaczeniu wyobraźni (przedstawię) w myśleniu prawniczym. W mojej interpretacji Petrażycki kreśli przed nami intrygujący obraz struktury umysłu prawniczego, w którym wyobraźnia stanowi pomost łączący reakcje emocjonalne z dyskursywnym myśleniem wykorzystującym język. Myśl tę rozwijam w dalszej części rozdziału. Najpierw podejmuję próbę zinterpretowania pojęcia wyobraźni w świetle ustaleń współczesnych nauk kognitywnych. Twierdzę, że mechanizm wyobrażania sobie czegoś najlepiej rozumieć jako zdolność do mentalnej

symulacji rzeczy i zdarzeń. Symulacje mentalne – wykorzystujące te same obszary mózgu, które aktywują się przy faktycznym dokonywaniu pewnej czynności lub obserwowaniu jakiegoś przedmiotu – mogą być uświadomione (i wtedy zasługują na miano wyobrażeń) lub nieuświadomione. Ich podstawową cechą jest multimodalność: mogą obejmować elementy wzrokowe, słuchowe, motoryczne, dotykowe, emocjonalne itd. Równocześnie podkreśla się, że symulacje mentalne odgrywają szczególną rolę w rozumieniu języka, przede wszystkim konkretnego. Pewien kłopot pojawia się wtedy, gdy chcemy zrozumieć, jak wyobraźnia może być pomocna przy przetwarzaniu języka abstrakcyjnego. Choć zaproponowano wiele rozwiązań tego problemu – na przykład teorię metafor pojęciowych – uważam, że najlepszym z nich jest teoria podwójnego kodowania, która dobrze wyjaśnia konkretno-abstrakcyjną naturę myślenia w języku. Na koniec Rozdziału II dokonuję bardziej systematycznej analizy dwóch funkcji symulacji mentalnych w myśleniu prawniczym: heurystycznej i hermeneutycznej. Z jednej strony, prawnik może wykorzystać symulacje mentalne do ewokowania intuicji i poszukiwania wglądów; z drugiej – służą one lepszemu rozumieniu wypowiedzi językowych. W tym sensie wyobraźnia jest „brakującym ogniwiem” między dwoma mechanizmami umysłu prawniczego: intuicją i rozumowaniem w języku.

Jako „prolog” do rozważań zawartych w Rozdziale III, poświęconym językowi, wykorzystuję analizy Alfa Rossa z jego słynnego artykułu *Tù-tù*²¹. Ross zastanawia się w nim nad naturą pojęć prawnych i dochodzi do zaskakujących wniosków – że wiele z tych pojęć, w tym tak kluczowe, jak „własność”, są

²¹ A. Ross, *Tù-tù*, „Harvard Law Review” 70(5), 1957, s. 812–825.

semantycznie puste. Ich jedyną rolą jest lepsze uporządkowanie wiedzy prawniczej. W moim przekonaniu Ross popełnia szereg błędów, nie dostrzegając, jak wielki jest wpływ abstrakcyjnego języka na myślenie prawnicze. By określić zakres tego wpływu, staram się najpierw pokazać, w jaki sposób język służy obiektywizacji myślenia, jak wprowadza je na wyższy poziom abstrakcji, umożliwia konstrukcję zunifikowanych teorii oraz otwiera pole do dialogizacji, czyli rozważania alternatywnych rozwiązań napotykanym problemom. Wszystko to sprawia, z jednej strony, że dysponując językową aparaturą pojęciową lepiej rozumiemy świat, w którym przyszło nam żyć, i problemy, z którymi się zmagamy; z drugiej zaś – język radykalnie zmienia naturę ludzkiego poznania, wprowadzając nas w nową niszę poznawczą. Nisza ta generuje nieznane wcześniej typy problemów (teoretyczne, interpretacyjne oraz perswazyjne), ale równocześnie wyposaża nas w niezwykle instrumentarium myślowe – teorie, typy argumentów, schematy rozumowań itd. Dzięki nim myślenie prawnicze wykracza poza konkret i sięga abstrakcji.

Ostatni, czwarty rozdział książki nie dotyczy już bezpośrednio architektury umysłu prawniczego, a poświęcony jest próbie odpowiedzi na pytanie, jak z niej korzystać. Tym razem rozpoczynam od omówienia dyskusji dotyczącej roli logiki w prawie, która w pierwszej połowie dwudziestego wieku przetoczyła się przez amerykańską naukę prawa. Realiści prawni, tacy jak Holmes, Pound, Dewey, Llewellyn i inni przypuścili atak na ideę, zgodnie z którą prawnik – a w szczególności sędzia – podejmuje decyzje zgodnie z poprawnymi logicznie schematami rozumowań. Twierdzili oni, że świat regulowany przez prawo jest zbyt złożony, by dało się go zamknąć w doskonały, uporządkowany system reguł prawnych. Atak realistów

był do pewnego stopnia skuteczny. W dalszej części rozdziału próbuję jednak pokazać, że choć – zgodnie z ich postulatami – myślenie prawnicze nie może korzystać wyłącznie ze strategii *top-down* (tj. opierać się tylko na abstrakcyjnych regułach), niewydolna jest także strategia przeciwna, *bottom-up*. Można to wykazać stosując relatywnie proste argumenty natury logicznej i semantycznej. Okazuje się zatem, że umysł prawniczy nie może korzystać wyłącznie z abstrakcyjnych narzędzi językowych; ale nie poradzi też sobie z żadnym problemem, jeśli oparcia szukać będzie tylko w konkretnych przypadkach prawnych. Prawnicy muszą korzystać równocześnie z intuicji, wyobraźni i języka. Zrobią to skuteczniej, jeśli kierować się będą sześcioma zasadami: doświadczenia, ostrożności, egzemplifikacji, wariacji, unifikacji i kontrastu, które omawiam w drugiej części rozdziału. Dopelnieniem tych rozważań jest analiza dwóch koncepcji racjonalności: konstruktywistycznej i ekologicznej. Pierwsza z nich to idea, zgodnie z którą prawnik myśli racjonalnie, jeśli kieruje się pewnymi abstrakcyjnymi regułami (np. imperatywem kategorycznym, albo nakazem maksymalizacji dobrobytu społecznego). Okazuje się jednak, że racjonalność konstruktywistyczna to pewien ideał, którego umysł prawniczy nie może nigdy w pełni zrealizować. Z kolei racjonalność ekologiczna mierzona jest stopniem dopasowania nieświadomych decyzji podejmowanych przez jednostki do wymogów środowiska. Zależy zatem ona od jakości naszej intuicji. W tym kontekście wydaje się, że na pełny obraz racjonalnego myślenia prawniczego składają się obie wspomniane wizje racjonalności: konstruktywistyczna i ekologiczna.

Na koniec muszę sformułować trzy ważne zastrzeżenia. Po pierwsze, w literaturze filozoficznoprawnej odróżnia się dwa

typy modeli rozumowań prawniczych: deskryptywne i normatywne²². Te pierwsze mają za zadanie opisać faktyczne procesy myślowe rzeczywistych prawników (choć, biorąc pod uwagę dostępne metody badawcze, poprzestać muszą na rekonstrukcji tego, jak myśli „statystyczny prawnik”). Te drugie, z kolei, ustanawiają kryteria normatywne, mówiąc nam, kiedy przeprowadzone przez prawnika rozumowanie uznać można za dobre i uzasadnione. Przedsięwzięcie teoretyczne, którego podejmuję się w tej książce, nie polega ani na konstrukcji modelu deskryptywnego, ani normatywnego. Cel, który przed sobą stawiam, jest inny: chciałbym określić, jakimi narzędziami myślowymi dysponuje prawnik. Nie przesądzam natomiast, że użycie ich w pewien sposób jest bardziej racjonalne niż w inny; nie próbuję też ustalić, z których narzędzi prawnicy zwykle korzystają, bądź jakie są statystyczne tendencje w tej kwestii. Gdybym miał w jednym zdaniu określić, co zamierzam zrobić na kartach tej książki, musiałbym odpowiedzieć – *toutes proportions gardées* – że odpowiadam na pytanie kantowskie: jak możliwe jest myślenie w prawie?

Po drugie, struktura umysłu prawniczego, którą staram się zrekonstruować, jest niezależna od roli, jaką prawnik spełnia w kontekście sporów prawnych. Nie portretuję umysłu sędziowskiego ani adwokackiego; nie skupiam się na takim wykorzystaniu mechanizmów umysłowych, które jest charakterystyczne dla procesu tworzenia prawa; nie tworzę wreszcie metodologii dogmatyki prawniczej. Uważam, że moje wnioski odnoszą się do wszystkich ról prawnych i wszelkich typów problemów prawnych. Oczywiście między myśleniem sę-

²² Por. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, PWN, Warszawa 1988.

dziego i adwokata istnieją zasadnicze różnice: mają oni różne cele, inny rodzaj odpowiedzialności, całkiem odmienne uwarunkowania instytucjonalne. Ale nie zmienia to faktu, że zarówno sędzia, jak i adwokat – a także osoba uczestnicząca w procesie ustawodawczym, dogmatyk prawa czy mediator – korzystają z tych samych narzędzi myślenia: intuicji, wyobraźni i języka.

Po trzecie wreszcie, trzeba pamiętać, że myślenie prawnicze toczy się „w cieniu obowiązującego prawa”. Sformułowanie to rozumiane może być na różne sposoby. W kręgu prawa anglosaskiego obowiązującym prawem – przynajmniej w dużej części – będą *rationes decidendi* przeszłych precedensów; w tzw. systemach kontynentalnych – reguły prawne wprowadzone w ramach odpowiedniej procedury i nieusunięte z systemu prawa²³. Ale filozofia prawa dostarcza wielu dowodów na to, że „obowiązujące prawo” rozumieć można też inaczej: jako (potencjalny) wynik racjonalnego dyskursu praktycznego, normy prawa stanowionego zgodne z prawem natury, predykcje co do zachowań sądów itd. W myśleniu prawniczym idea „obowiązującego prawa” przejawiać się będzie na dwóch poziomach: intuicyjnym i teoretycznym. Z jednej strony, prawnik wykształcony w tradycji kontynentalnej, mający przy tym doświadczenie orzecznicze, będzie dysponował „intuicją obowiązywania prawa” w tym sensie, że w większości przypadków automatycznie oceni, czy określone przepisy ustawy lub rozporządzenia są elementem systemu prawa. Podobnie prawnik z kręgu *common law* będzie miał intuicyjną wiedzę o tym, co

²³ Por. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2009.

jest wiążącym precedensem. Z drugiej strony, obaj będą także dysponować teoriami obowiązywania prawa; teorie te będzie można przywołać i wykorzystać w rozstrzygnięciu problemów prawnych, ilekroć okaże się, że są wątpliwości co do obowiązywania takich lub innych reguł prawnych.

Intuicja

1. Hunch

W 1929 r. roku amerykański sędzia J.C. Hutcheson opublikował wykład zatytułowany *The judgement intuitive: The role of the 'hunch' in judicial decision*²⁴. Jest to niezwykle pouczająca, kilkunastostronicowa obrona roli intuicji – określanej przez Hutchesona mianem *hunchu* – w rozumowaniach sędziowskich. Hutcheson przyznaje, że rolę tę docenił późno, dopiero wtedy, gdy sam został sędzią. Ukończywszy uniwersytet, był zwolennikiem innej wizji stosowania prawa, w której intelekt sędziowski jest „zimną maszyną logiczną”, a samo prawo postrzegane jest jako „system reguł i precedensów, kategorii i pojęć”, którymi wystarczy w odpowiedni sposób „administrować”²⁵, by uzyskać rozwiązanie dowolnego problemu prawnego. Rzeczywistość prawnicza jest jednak inna:

Gdy sprawa jest trudna lub wymaga dużego zaangażowania, a ustalenia faktyczne lub prawne zależą od dostrzeżenia różnic o grubości włosa (...), po przejrzaniu całego dostępnego materiału i odpowiednim namyśle nad nim, pozwalam sobie na grę wyobraźni, i dumając nad sprawą czekam na odpowiednie odczucie,

²⁴ J.C. Hutcheson, *The judgement intuitive...*, dz. cyt.

²⁵ Tamże, s. 274–276.

na *hunch* – ten intuicyjny przeblysk rozumienia, który umożliwia przeskok między pytaniem i odpowiedzią, oświetlając najciemniejszy fragment ścieżki, po której stąpa sędzia²⁶.

Hutcheson spieszy przy tym dodać, że *hunch* nie jest czymś, co charakteryzuje wyłącznie dobrych sędziów – wszyscy wybitni prawnicy rozumują w ten sposób, choć adwokat będzie intuicyjnie poszukiwał rozwiązań korzystnych dla swego klienta, podczas gdy celem sędziego będzie rozstrzygnięcie sprawiedliwe i zgodne z obowiązującym prawem. Ale rola intuicji nie ogranicza się wyłącznie do prawa:

Ta zdolność umysłu, potrafiącego odczuć *hunch* i podążać za nim, charakteryzuje nie tylko najlepszych szulerów, detektywów, prawników i sędziów, a więc ludzi zajmujących się dziedzinami, w których rządzi prawdopodobieństwo, bo mamy w nich do czynienia z ludzkimi problemami (...), uwikłanymi w niepewność i poddającymi się jedynie przybliżonym rozwiązaniom; ta sama zdolność zawsze prowadziła i prowadzić będzie wielkich uczonych, a nawet tych dostojnych szafarzy pewności – samych matematyków – do ich najbardziej skomplikowanych twierdzeń; to ona otwierała i będzie nadal otwierać ukryte drzwi, tak jak poszerzała i poszerzać będzie horyzonty człowieczeństwa²⁷.

Hunch jest zatem czymś więcej, niż niejasno określoną zdolnością do rozstrzygania trudnych przypadków w prawie; to raczej charakteryzująca największych ekspertów umiejętność do osiągnięcia stanu, w którym przeblysk rozumienia pozwala rozwią-

²⁶ Tamże, s. 278.

²⁷ Tamże, s. 279.

zać najbardziej złożone problemy w dowolnej dziedzinie życia. Detektyw, matematyk czy prawnik, jeśli tylko są naprawdę dobrzy w tym, co robią, mogą liczyć na *hunch*. Detektyw połączy dwie – zdawałoby się – niezwiązane ze sobą informacje, co pozwoli mu wyjaśnić przebieg zbrodni. Matematyk nagle dostrzeże związek między problemem algebraicznym, którym się zajmuje, a dobrze znanym twierdzeniem z teorii kategorii, co da szansę na sformułowanie odpowiedniego dowodu. Wytrawny sędzia, mierząc się z trudnym przypadkiem, znajdzie takie rozstrzygnięcie, które będzie zarówno zgodne z poczuciem sprawiedliwości, jak i da się wybronić wedle zasad sztuki prawniczej.

Te sformułowania są jednak ciągle cokolwiek ogólnikowe. Na pewno zgodzimy się, że niektórzy detektywi, matematycy czy sędziowie są lepsi od innych przedstawicieli swych profesji; że często potrafią znaleźć rozwiązanie nurtującego ich problemu, które jest zaskakujące, a może wręcz zasługuje na miano „genialnego”. Być może zgodzimy się nawet z Hutchesonem, że te przejawy niezwyklej przenikliwości określać powinno się jako *hunch*, rodzaj przecucia, które charakteryzuje tylko najlepszych. Nie posuniemy się jednak daleko na naszej drodze do zrozumienia, czym jest intuicja w prawie, jeśli nie poddamy *hunchu* bardziej szczegółowej analizie.

Pierwszym krokiem tej analizy musi być próba zmierzenia się z pytaniem, czy *hunch* jest rzeczywiście zdolnością jednorodną, czy też raczej przejawem działania kilku różnych umiejętności. By rozważyć ten problem, warto przyjrzeć się bliżej konkretnym sprawom, których rozwiązanie wymagało czegoś więcej niż zastosowania dobrze znanych sposobów rozstrzygnięcia sporów prawnych. Hutcheson przez wiele lat był sędzią sądu federalnego w Houston w Teksasie. W 1928 r., a więc ledwie

kilkanaście miesięcy przed wygłoszeniem odczytu *The judgment intuitive*, przyszło mu rozstrzygać sprawę Hornby Castle. Hornby Castle był okrętem parowym, który płynął w górę Kanału Houstońskiego. W tym samym kierunku, nieco z przodu, powoli przemieszczała się barka, zaś z naprzeciwka nadpływał parowiec Cody. Hornby Castle, zgodnie z przyjętymi zwyczajami, zasygnalizował, że wyprzedzi barkę po lewej, a następnie przepłynie na drugą stronę kanału, by przepuścić Cody'ego. Niestety, kapitan Hornby Castle popełnił błąd i opłynął barkę zbyt szeroko, po czym w obawie, że uderzy w brzeg kanału, dokonał nieuzgodnionych manewrów i spowodował kolizję z parowcem Cody. Żadna ze stron sporu nie kwestionowała tych faktów, ale przyjmowała odmienne kwalifikacje prawne zaistniałego zdarzenia. Właściciele Cody twierdzili, że wypadek był wynikiem błędu kapitana Hornby Castle, który nie postąpił zgodnie z poczynionymi wcześniej ustaleniami. Z kolei armator Hornby Castle powoływał się na zwyczaj, który głosi, że ustalenia takie stają się nieważne w chwili, gdy któryś z manewrujących statków znajdzie się w niebezpieczeństwie; w takiej sytuacji obowiązek adekwatnej reakcji spoczywa na drugiej stronie²⁸.

Rozstrzygając tę sprawę Hutcheson uznał, że w sytuacji, w której istnieje konflikt praw, wina leży po tej stronie, która zachowując się nieodpowiedzialnie doprowadziła do niebezpieczeństwa, i zasądził odszkodowanie na rzecz właściciela Cody'ego²⁹. Jeśli przyjąć, że decyzja ta oparta była na *hunchu*, to dookreślić go można jako zdolność do znalezienia rozwiązania

²⁸ Por. Ch. Zelden, *Regional growth and the federal district courts. The impact of judge Joseph C. Hutcheson, Jr., on Southeast Texas, 1918–1931*, „The Houston Review” 11, 1989, s. 67–94.

²⁹ Por. tamże, s. 87.

skomplikowanej sprawy, które respektuje poczucie sprawiedliwości. Takie rozumienie *hunchu* jest zgodne z wyraźnymi deklaracjami Hutchesona. Zauważa on choćby, że „sędzia w rzeczywistości decyduje na podstawie uczuć, a nie poprzez wydawanie sądu; przez *hunch*, a nie przez racjonalizację, która pojawia się dopiero w uzasadnieniu wyroku”. I dodaje: „wszyscy znamy sędziów, którzy wydają najbardziej trafne decyzje, ale piszą dla nich najgłupsze uzasadnienia (...). Ich problem polega na tym, że choć dysponują przeblyskiem rozumienia i posiadają zdolność do wydawania intuicyjnych sądów, nie potrafią ich w przekonujący sposób uzasadnić”³⁰. Z tej perspektywy posługiwanie się *hunchem* polega na wyczekiwaniu podpowiedzi nieświadomości: gdy zastanawiamy się nad skomplikowanym problemem prawnym, w końcu – można powiedzieć: znikąd – pojawia się odpowiedź, co do której jesteśmy przekonani, że jest właściwa, bo zgodna z naszym poczuciem sprawiedliwości. Odpowiedź taka nie musi być racjonalna; nie przychodzi do nas wyposażona w gotowe uzasadnienie. Bazuje raczej na odczuciu, że „tak być powinno”, niekoniecznie zaś dostarcza wiedzy, dlaczego jest tym właściwym rozwiązaniem.

Hunch można jednak rozumieć inaczej. Spójrzmy tym razem na słynny precedens z prawa angielskiego³¹. Wieczorem 26 sierpnia 1928 r. pani Donoghue spędzała wieczór z przyjaciółką w Wellmeadow Café w Paisley, gdzie przyjaciółka zamówiła jej *Scotsman ice cream float* – piwo imbirowe z lodami, które podane zostały oddzielnie. Pani Donoghue dołała połowę piwa do lodów i zjadła ich część. Gdy później chciała dołać resztę piwa, z butelki wypłynął rozkładający się ślimak. Zdarzenie to doprowadziło

³⁰ J.C. Hutcheson, *The judgment intuitive...*, dz. cyt., s. 287.

³¹ <http://e-lawresources.co.uk/Donoghue-v-Stevenson.php>.

panią Donoghue do problemów zdrowotnych: przez dłuższy czas była w szoku, cierpiała także na niezbyt żołądka. W związku z tym wystąpiła na drogę sądową przeciwko producentowi piwa, panu Stevensonowi, żądając odszkodowania w wysokości 500 funtów. Z prawnego punktu widzenia sytuacja była skomplikowana, gdyż pani Donoghue nie była związana umową ani z właścicielem Wellmeadow Café (to przyjaciółka kupiła jej *Scotsman ice cream float*), ani z producentem piwa Stevensonem, a wedle obowiązującego prawa odszkodowania za szkody wyrządzone przez wadliwą rzecz dochodzić można było jedynie od strony wiążącej umowy sprzedaży. Sprawa ostatecznie trafiła do Izby Lordów, która większością głosów 3 do 2 przyznała rację pani Donoghue i zasądziła odszkodowanie. Jeden z sędziów, Lord Atkin, uzasadniał tę decyzję w następujący sposób:

w prawie angielskim musi istnieć, i istnieje, jakaś ogólna koncepcja relacji prawnych odnosząca się do obowiązku troski (*duty of care*), której jedynie poszczególne przejawy odnaleźć można w księgach. Odpowiedzialność za niedbalstwo (...) jest niewątpliwie oparta na przekonaniu ogółu o moralnej szkodzie, za którą krzywdziciel musi zapłacić. Ale działania i zaniechania, które są przedmiotem oceny w jakimś systemie moralnym, nie mogą w praktyce stanowić podstaw do domagania się zadośćuczynienia przez osobę pokrzywdzoną. W ten sposób powstają reguły prawne, które ograniczają zakres takich żądań. Reguła nakazująca kochać bliźniego, w prawie staje się nakazem niewyrządzania bliźnim krzywdy. A pytanie prawnika: „Kim jest mój bliźni?” otrzymuje ograniczoną odpowiedź. Powinieneś wykazać rozsądną troskę (*reasonable care*) w odniesieniu do działań i zaniechań, co do których możesz przewidywać, że mogą wyrządzić

szkodę twemu bliźniemu. Kim zatem, w oczach prawa, jest mój bliźni? Odpowiedź wydaje się być następująca: to osoby, które są tak blisko i bezpośrednio związane z moim działaniem, że powinienem zgodnie z wymogami rozsądku brać je pod uwagę, gdy kieruję swoją myśl ku działaniom lub zaniechaniom, mogącym na osoby te wpłynąć³².

Lord Atkin stwierdza zatem, że odpowiedzialność deliktowa pana Stevensona wobec pani Donoghue jest głęboko zakorzeniona w zasadach prawa angielskiego, a konkretnie w (nigdzie niespisanej) regule, nakazującej okazywać odpowiednią troskę osobom, które mogą być dotknięte skutkami naszych działań. Jaką rolę w sprawie Donoghue vs. Stevenson mógł odegrać sędziowski *hunch*? Niewątpliwie ważne było odczucie, że ktoś powinien odpowiedzieć za krzywdę doznaną przez panią Donoghue. Zauważmy jednak, że w wyroku Izby Lordów kluczowe było co innego: dostrzeżenie, że odpowiedzialność pana Stevensona wpisuje się w strukturę zasad prawa angielskiego; że orzeczenie na korzyść pani Donoghue „pasuje” do większej układanki zasad, reguł i precedensów. To także rodzaj odczucia czy *hunchu*: poczucie spójności między konkretną decyzją a szeroko rozumianą wiedzą prawniczą. Tak samo zresztą musi przebiegać rozumowanie wybitnego matematyka lub detektywa: nie wystarczy „poczuć”, że jakieś twierdzenie jest prawdziwe – musi ono jeszcze „pasować” do wcześniej dowiedzionych twierdzeń; nie wystarczy najmocniejsze przekonanie, że morderstwa dokonał pan X – hipoteza taka musi odpowiednio porządkować dostępne informacje, by stworzyć poczucie spójnej całości. Dodać wypada, że takie

³² Tamże.

odczucie nie stanowi jeszcze uzasadnienia podjętej decyzji. Jak każde odczucie, ma ono charakter subiektywny i musi dopiero zostać włączone w strukturę racjonalnej argumentacji.

Podsumujmy dotychczasowe ustalenia. Gdy Hutcheson mówi o *hunchu*, ma na myśli zdolność, która charakteryzuje wybitnych ekspertów: prawników, matematyków, hazardzistów, detektywów itd. Skoro tak, to można założyć, że jakiś rodzaj *hunchu* ma każdy z nas: nawet najsłabszy sędzia czy matematyk, zmagając się z jakimś problemem, „poczuje”, że warto zastanowić się nad pewnym jego rozwiązaniem. Wybitni eksperci będą po prostu mieć lepsze „przecucia”. Co więcej, jakość *hunchów* musi zależeć od wykształcenia i praktyki. Nawet najbardziej uzdolniony matematyk nie rodzi się z umiejętnością dowodzenia skomplikowanych twierdzeń z geometrii nieprzemiennej, podobnie jak wybitny student prawa – i być może przyszły sędzia Sądu Najwyższego – nie będzie umiał bez zastanowienia udzielać odpowiedzi na skomplikowane pytania prawne. *Hunch* jest czymś, co w sobie wykształcamy. Wreszcie wydaje się, że gdy Hutcheson przedstawia sposób działania *hunchu*, mówi o dwóch różnych, choć pokrewnych sobie zdolnościach. Z jednej strony chodzi o umiejętność szybkiego, niemal automatycznego wydania trafnego sądu odnośnie do danej kwestii, np. która ze stron sporu sądowego ma rację; z drugiej – o znalezienie takiego nieoczekiwanego rozwiązania problemu, które „pasuje” do znanych faktów, teorii czy systemów normatywnych, a zatem do posiadanej wiedzy. Pierwszą z tych zdolności psychologowie określają zwykle mianem intuicji, a drugą – wglądu³³.

³³ Por. J. Dorfman, V.A. Shames, J.F. Kihlstrom, *Intuition, incubation, and insight. Implicit cognition in problem solving*, [w:] G.D.M. Underwood (red.), *Implicit Cognition*, Oxford University Press, New York 1996, s. 257.

2. Co to jest intuicja?

„Intuicja” to słowo po przejściach. Pochodzi od łacińskiego *intu-eri* (patrzyć, rozważać). Aż do XVIII w. używane było na określenie mentalnego ujęcia pewnego zjawiska, „patrzenia na rzeczy okiem duszy”. Z czasem jednak jego użycie – najpierw w filozofii i teologii, a później w innych dziedzinach refleksji – ode-rwało się od tych etymologicznych źródeł³⁴. Dziś mianem intuicji określa się zwykle niepoprzedzone rozumowaniem bezpośrednie poznanie, albo narzucające się przekonanie, którego nie można w pełni uzasadnić³⁵. Te semantyczne perypetie „intuicji” mogą łatwo stać się przyczyną potężnych nieporozumień i zamętu pojęciowego. Mówi się na przykład o istnieniu intuicji analitycznej (racjonalnej)³⁶, szczególnie w odniesieniu do takich sfer poznania, jak matematyka czy logika. Na pytanie, skąd wiemy, że w każdym trójkącie suma długości dowolnych dwóch boków jest większa od długości trzeciego boku, odpowiedzieć możemy jedynie, że „to widać”, bądź „to oczywiste”. Ten sam mechanizm zdaje się jednak operować także w przypadku bardziej skomplikowanych problemów. Każdy spotkał się w szkole podstawowej z dowodem twierdzenia Pitagorasa; dowód ten przeprowadzany jest zwykle w ten sposób, że towarzyszy mu odpowiedni diagram, na którym „widać”, że kwadrat długości przeciwprostokątnej jest równy sumie kwadratów długości przyprostokątnych. Nie ma tu mowy o przeprowadzaniu złożonych rozumowań, wyraźnym przechodzeniu od przesłanek do wniosków (nawet jeśli

³⁴ Por. *The Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, Oxford 1989.

³⁵ Por. <https://sjp.pwn.pl/sjp/intuicja;2466771.html>.

³⁶ Por. J. Stelmach, *Uporczywe upodobanie*, Wydawnictwo BOSZ – Kluwer Polska, Olszanica – Warszawa 2013.

konstrukcja diagramu pozwalającego dowieść twierdzenie Pitagorasa wymaga kilku kroków). Prawdziwość tezy, że w każdym trójkącie suma długości dowolnych dwóch boków jest większa od długości trzeciego boku, podobnie jak prawdziwość twierdzenia Pitagorasa, poznajemy intuicyjnie, w tym sensie, że „widzimy”, iż tak musi być; sądy te są „oczywiste”.

Mówi się też czasem o intuicji fenomenologicznej³⁷. W pewnym uproszczeniu zdefiniować ją można jako zdolność do wychwytywania tego, co istotne w fenomenach, czyli w tym, co jawi się w świadomości – czy będzie to mebel (np. trójnogi stół), relacja międzyludzka (np. miłość), czy instytucja prawna (np. umowa sprzedaży samochodu zawarta między panem X i panią Y). Wedle fenomenologów, w każdym zjawisku odkryć można to, co aprioryczne, czyli niezależne od doświadczenia. Rozpoznajemy stół jako stół, bo „wpisuje się” on w aprioryczną formę stołu: gdyby nie miał na przykład blatu, uznalibyśmy go za coś innego. Podobnie relację między dwojgiem ludzi, która opiera się na egoizmie i niechęci poświęcania się dla drugiej osoby, trudno będzie uznać za miłość, bo i to uczucie ma swą aprioryczną formę. Formę taką ma też umowa – jeśli pani Y żartowałaby jedynie z pana X, mówiąc, że sprzedaje mu swoje porsche za piętnaście tysięcy złotych, nie uznalibyśmy, że zostało złożone jakiejkolwiek przyrzeczenie, a zatem nie byłoby też wiążącej pana X z panią Y umowy. Dobrze wytrenowana intuicja fenomenologiczna pozwala odkrywać to, co w zjawiskach jest *a priori*, stanowi ich niezmienną formę³⁸.

³⁷ Por. tamże.

³⁸ Por. A. Kaufmann, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie*, „Rechtstheorie” 17(3), 1986, s. 257–276; J. Stelmach, *Die Hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, R. Gremer, Ebelsbach 1991.

Ci, którzy mówią o „intuicji” analitycznej lub fenomenologicznej, odwołują się do etymologicznych źródeł tego pojęcia; w ich rozumieniu intuicja jest zdolnością do dostrzeżenia czegoś „okiem umysłu”, czy chodzić będzie o prawdziwość (oczywistość) jakiegoś sądu, czy o aprioryczne struktury zjawisk. Dla psychologa, a nawet dla zorientowanego naturalistycznie filozofa, takie stanowisko jest niezrozumiałe. Być może – powiedzą oni – istnieje coś takiego, jak intuicja analityczna, ale lepiej nadać jej inną, mniej mylącą nazwę; być może – będą kontynuować – da się mówić o intuicji fenomenologicznej, ale jest to zdolność cokolwiek tajemnicza, podobnie zresztą jak aprioryczne struktury, o których rozprawiają fenomenologowie. Psychologom i filozofom-naturalistom można jednak odpowiedzieć, że z poglądami swych przeciwników powinni obchodzić się nieco ostrożniej i patrzeć na nie z większą sympatią. Przecież zarówno obrońcy intuicji analitycznej, jak i fenomenologowie, próbują – z wykorzystaniem wyrafinowanej siatki pojęciowej – uchwycić pewne aspekty naszego codziennego doświadczenia. Mogą czynić to nazbyt pochopnie, bez respektu dla reguł metodologii empirycznej, a zatem i bez wystarczającego uzasadnienia. Nie zmienia to jednak faktu, że mówiąc o intuicji analitycznej czy fenomenologicznej, starają się odkryć jakąś prawdę o ludzkich procesach poznawczych.

Z drugiej strony, zamęt pojęciowy nie może być uznany za symptom dobrze skonstruowanej teorii. Pogląd, wedle którego prawnik posługiwać się może różnymi rodzajami intuicji – analityczną, fenomenologiczną i psychologiczną – da się wybronić na poziomie rozważań metateoretycznych, ale już nie przy próbie konstrukcji spójnej wizji myślenia prawniczego. W związku z tym będę poniżej posługiwał się pojęciem intuicji w jego

psychologicznym rozumieniu, nie tracąc jednak z pola widzenia tych zdolności ludzkiego umysłu, które określane są mianem intuicji analitycznej lub fenomenologicznej, choć nie będą ich tak nazywał³⁹.

Czym zatem jest intuicja rozumiana psychologicznie? Zważywszy na wielość koncepcji poznania intuicyjnego, które odnaleźć można we współczesnych naukach kognitywnych, trudno liczyć na to, że uda się sformułować jedną, niebudzącą wątpliwości definicję „intuicji”. Byłaby to zresztą taktyka krótkowzroczna, łatwo prowadząca do uproszczeń i błędnych wniosków. Wydaje się, że rozsądniejsza będzie próba scharakteryzowania poznania intuicyjnego w sposób bardziej ogólny, poprzez wskazanie niektórych charakteryzujących je cech. W tak sformułowany schemat wpisać będzie można różne, nieraz dosyć odmienne sposoby rozumienia „intuicji”.

Psychologowie zdają się być zgodni, że intuicja jest mechanizmem nieświadomym. Jednak „nieświadomość” jest pojęciem niejednoznacznym. W dużej mierze przyczynił się do tego Sigmund Freud. W swych wczesnych pismach używał on zamiennie dwóch terminów – „podświadome” (*das Unterbewusste*) oraz „nieświadome” (*das Unbewusste*) – na określenie wspomnień, uczuć i innych zjawisk psychicznych, które pozostają poza świadomą kontrolą, uznając przy tym, że stanowią one główne źródło chorób psychicznych. Z czasem, dla uniknięcia nieporozumień, porzucił pierwsze z tych sformułowań i posługiwał się wyłącznie pojęciem nieświadomości⁴⁰. Gdy psychologowie mó-

³⁹ Por. Rozdział II niniejszego studium, gdzie analizuję rolę wyobraźni w myśleniu prawniczym.

⁴⁰ Por. J.A. Bargh, E. Morsella, *The unconscious mind*, „Perspectives on Psychological Science” 3(1), 2008, s. 73–79.

wią o nieświadomej naturze intuicji, nie odwołują się, oczywiście, do teorii Freuda. Przeczucie, które pozwala matematykowi rozwiązać skomplikowane zadanie arytmetyczne, a sędziemu rozstrzygnąć trudny przypadek prawny, nie ma wiele wspólnego z głęboko ukrytymi wspomnieniami, które nawiedzają nas w koszmarach sennych.

Inne, rozpowszechnione w naukach kognitywnych rozumienie procesów nieświadomych, uznaje, że operują one na bodźcach podprogowych⁴¹. Są to bodźce za słabe, za mało intensywne i zbyt krótkie, by mogły zostać dostrzeżone i stać się przedmiotem świadomej refleksji, a które wpływają na nasze zachowanie. Początki dyskusji nad poznaniem podprogowym sięgają 1957 r., gdy specjalista od marketingu James Vicary ogłosił, że udało mu się zwiększyć sprzedaż coca coli i popcornu w kinie w Fort Dix (New Jersey), poprzez wyświetlanie przez niezwykle krótką chwilę napisów „Pij coca colę” i „Jedz popcorn”⁴². Dziś uważa się powszechnie, że „badania” Vicary’ego były oszustwem; równocześnie jednak wiele replikowalnych eksperymentów wskazuje, że – w szczególnych okolicznościach – bodźce podprogowe mogą wpływać na podejmowane przez ludzi decyzje⁴³. Jasne jest jednak, że intuicja nie może być mechanizmem operującym na takich bodźcach. Natura problemów, które wybitni sędziowie albo zdolni matematycy rozwiązują intuicyjnie, nie pozostawia miejsca na występowanie relewantnych sygnałów subliminalnych. Rozstrzygnięcie trudnego przypadku prawnego, takiego jak Hornby Castle, w niczym nie przypomina ogląda-

⁴¹ Por. tamże.

⁴² J.C. Karremans, W. Stroebe, J. Claus, *Beyond Vicary's fantasies. The impact of subliminal priming and brand choice*, „Journal of Experimental Social Psychology” 42, 2006, s. 792.

⁴³ Por. tamże, s. 793 i n.

nia w kinie filmu, w który genialny marketingowiec wmontował niedostrzegalne świadomie napisy „Pij coca colę”.

Trzeci sposób rozumienia nieświadomych procesów psychicznych uznaje je za takie, których sobie nie uświadamiamy, ale które – przynajmniej potencjalnie – mogłyby stać się przedmiotem świadomej refleksji. W znanej książce *The User Illusion* Tor Nørretranders twierdzi, że w każdej sekundzie świadomie przetwarzamy jedynie szesnaście bitów informacji z jedenastu milionów, które za pomocą zmysłów docierają do naszego mózgu⁴⁴. Nawet jeśli szacunki te są oparte na niepewnych danych eksperymentalnych i pomysłowych uproszczeniach, nie ulega wątpliwości, że uświadamiamy sobie niewiele procesów, które nieustannie toczą się w naszych mózгах. Świadczą o tym niezliczone badania i teorie, które wskazują, że nieświadomy umysł ma wszechobecny, potężny wpływ na ludzką psychikę, od procesów uczenia się, aż po podejmowanie decyzji⁴⁵. Intuicja jest mechanizmem nieświadomym w tym właśnie sensie – nie kontrolujemy jej działania, choć potencjalnie realizowane przez nią zadania moglibyśmy wykonać świadomym wysiłkiem. Innymi słowy, intuicja nie operuje na bodźcach, które są nieuświadamialne, ale na takich, które nie zostały uświadomione. Nie jest tajemniczą zdolnością, potrafiącą więcej, niż wyrafinowane rozumowanie; jest całkiem zwykłym procesem, który toczy się w tle świadomych deliberacji i dostarcza im podpowiedzi w zmaganiach z napotkanymi problemami.

Oczywiście, między mozolnie prowadzonym rozumowaniem a intuicją istnieją ważne różnice. Świadome myślenie

⁴⁴ Por. T. Nørretranders, *The User Illusion. Cutting Consciousness Down to Size*, Penguin, New York 1999.

⁴⁵ Por. J.A. Bargh, E. Morsella, *The unconscious mind...*, dz. cyt.

jest relatywnie powolne, wymaga skupienia, ale towarzyszy mu poczucie swobodnego wyboru⁴⁶. Tymczasem intuicja „działa w sposób szybki i automatyczny, bez wysiłku lub niewielkim wysiłkiem, [i] nie mamy przy [niej] poczucia świadomej kontroli”⁴⁷. By zilustrować te różnice, warto posłużyć się tzw. zadaniem selekcyjnym Wasona⁴⁸. Na stole leżą cztery karty. Każda z nich z jednej strony ma nadrukowaną informację, czy dana osoba jest pełnoletnia, a z drugiej – czy pije piwo, czy lemoniadę. Karty ułożone są w taki sposób, że widzimy tylko to, co znajduje się po jednej stronie:



Zastanówmy się teraz nad regułą:

„Jeśli ktoś pije piwo, to powinien być pełnoletni”.

Którą z przedstawionych czterech kart – lub które karty – należy odwrócić, żeby sprawdzić, czy reguła ta została złamana? Odpowiemy bez wahania, że odwrócić należy kartę z napisem ‘piwo’ i kartę z napisem ‘niepełnoletni’. Osobami pełnoletnimi i tymi, które piją lemoniadę, w ogóle nie będziemy się przejmować. Natomiast będziemy chcieli sprawdzić, czy ten, kto pije piwo, jest pełnoletni, i czy osoba niepełnoletnia przypadkiem nie pije piwa.

⁴⁶ D. Kahneman, *Pułapki myślenia*, dz. cyt., s. 31.

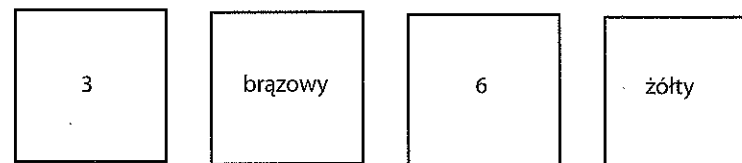
⁴⁷ Tamże, s. 30.

⁴⁸ Por. P.C. Wason, D. Shapiro, *Natural and contrived experience in a reasoning problem*, „Quarterly Journal of Experimental Psychology” 23, 1971, s. 63–71.

Zauważmy, że zadanie to jest problemem natury logicznej, a jego rozwiązanie wymaga rozumienia własności tzw. implikacji materialnej, „Jeśli p , to q ”. Implikacja jest fałszywa tylko w jednym przypadku – wtedy, gdy jej poprzednik (p) jest prawdziwy, a następnik (q) fałszywy. Skoro reguła głosi: „Jeśli ktoś pije piwo, to powinien być pełnoletni”, to będzie ona fałszywa (niespełniona) jedynie wtedy, gdy po jednej stronie karty pojawi się informacja, że dana osoba pije piwo, a po drugiej – że jest niepełnoletnia. Dlatego w naszym zadaniu trzeba spojrzeć na drugą stronę karty, która ma napis ‘piwo’ (bo jeśli nie ma tam ‘pełnoletni’, to reguła nie jest spełniona) oraz na odwrotną stronę karty, która ma napis ‘niepełnoletni’ (bo jeśli jest tam ‘piwo’, to reguła nie jest spełniona).

Rzecz w tym, że rozwiązując przedstawioną powyżej wersję zadania selekcyjnego Wasona nie przeprowadzamy świadomie żadnego wnioskowania! Nie wychodzimy od obserwacji, iż reguła „Jeśli ktoś pije piwo, to powinien być pełnoletni” ma postać implikacji materialnej; nie ustalamy, co jest jej poprzednikiem, a co następnikiem; nie zastanawiamy się, kiedy implikacja taka jest fałszywa; nie konkludujemy wreszcie, że reguła będzie niespełniona jedynie wówczas, gdy jej poprzednik („Ktoś pije piwo”) będzie prawdziwy, a następnik („Ktoś jest pełnoletni”) fałszywy. Przekonanie, że odwrócić należy dwie karty – tę z napisem ‘piwo’ i tę z napisem ‘niepełnoletni’ – nie jest efektem rozumowania: pojawia się poza świadomą kontrolą, szybko i automatycznie, w zasadzie bez wysiłku. Jest to sąd intuicyjny.

Spójrzmy teraz na inną wersję zadania selekcyjnego. Załóżmy, że mamy do czynienia z kartami, które po jednej stronie są pokolorowane na żółto lub brązowo, a po drugiej mają liczbę parzystą bądź nieparzystą. Układ kart jest następujący:



zaś reguła rządząca przykładem brzmi: „Jeśli po jednej stronie karta jest brązowa, to po drugiej ma liczbę parzystą”. I tym razem intuicja szybko podsunie nam odpowiedź. Problem w tym, że – statystycznie w ok. 90% przypadków – będzie to odpowiedź błędna⁴⁹. Większość z nas uzna, że odwrócić należy jedynie kartę z napisem ‘brązowy’ lub dwie karty: ‘brązowy’ i ‘6’. Tymczasem poprawne rozwiązanie tego problemu – analogicznie do pierwszej wersji zadania selekcyjnego – nakazuje odwrócić karty ‘brązowy’ i ‘3’, gdyż reguła okaże się fałszywa jedynie wtedy, gdy po jednej stronie karty będzie kolor brązowy, a po drugiej – liczba nieparzysta. Tę pomyłkę intuicji można oczywiście naprawić, ale jedynie na drodze powolnego, wymagającego skupienia rozumowania.

Szybkość intuicji tłumaczyć można tym, że działa ona w oparciu o procesy afektywne. Osąd intuicyjny jest emocjonalną reakcją na zaistniałą sytuację, na przykład na napotkany problem. Choć nie ma powszechnej zgody co do kształtu mechanizmu odpowiadającego za takie reakcje, istnieją przekonujące koncepcje, które podejmują wyzwanie opisanego. Zapewne najślynniejszą z nich jest hipoteza markerów somatycznych Antonia Damasia. Hipoteza Damasia sformułowana została w kontekście badań nad procesem podejmowania decyzji społecznych przez pacjentów z uszkodzeniami brzuszno-

⁴⁹ Por. tamże.

-przysiódkowej kory przedczołowej. Pacjenci tacy zachowują się często w sposób ‘społeczny’, pomimo tego, że funkcjonują normalnie pod względem intelektualnym (takie funkcje jak pamięć, język czy percepcja mieszczą się u nich w normie). Nie potrafią natomiast wykorzystać odpowiednio emocji i uczuć do kierowania swym postępowaniem. Damasio tłumaczy ten fenomen tym, że pacjenci tacy mają zaburzony dostęp do tzw. markerów somatycznych. Normalnie funkcjonujący mózg, w sytuacji, w której trzeba podjąć złożony proces decyzyjny, aktywuje stany somatyczne, które „kategoryzują” możliwe sposoby działania jako dobre lub złe. Informacja ta wykorzystywana jest (świadomie lub nieświadomie) przez organizm i pozwala na podjęcie działania, które najlepiej nam służy⁵⁰. Co ważne, markery somatyczne wykształcają się wraz z doświadczeniem, które nabywamy w interakcjach społecznych: są czymś wyuczonym, a nie wrodzonym. Mechanizm markerów somatycznych pozwala na podejmowanie nieświadomych, intuicyjnych decyzji, które mogą być racjonalne:

Jakość czyjejś intuicji zależy od tego, jak poprawne rozumowania przeprowadzał w przeszłości, jak dobrze klasyfikował przeszłe wydarzenia w relacji do emocji, które je poprzedzały lub po nich następowały, i jak dobrze analizował sukcesy i porażki przeszłych intuicji. Intuicja to po prostu szybkie poznanie, w którym część wymaganej wiedzy została „zamięciona pod dywan” dzięki emocjom i przeszłym doświadczeniom⁵¹.

⁵⁰ Por. A.R. Damasio, D. Tranel, H. Damasio, *Somatic markers and the guidance of behaviour. Theory and preliminary testing*, [w:] H.S. Levin, H.M. Eisenberg, A.L. Benton (red.), *Frontal Lobe Function and Dysfunction*, Oxford University Press, New York 1991, s. 217–229.

⁵¹ A. Damasio, *Descartes' Error*, Vintage, London 2006, s. xix.

Damasio podkreśla tu ważną kwestię: dobra intuicja jest wynikiem treningu. W zadaniu selekcyjnym Wasona, które opierało się na regule „Jeśli ktoś pije piwo, to powinien być pełnoletni”, większość ludzi udziela szybko trafnej odpowiedzi. Wyjaśnić to można faktem, że korzystają oni z dobrze wyćwiczonej intuicji. Przecież od najmłodszych lat stykamy się z normami społecznymi, takimi jak zakaz spożywania alkoholu przez osoby niepełnoletnie, a w związku z tym ‘automatycznie’ je rozumiemy i potrafimy wskazać, kiedy są łamane. Tymczasem reguła „Jeśli po jednej stronie karta jest brązowa, to po drugiej ma liczbę parzystą” nie ma wiele wspólnego z naszym codziennym doświadczeniem. Nabywana przez lata wiedza o świecie, „zamięciona pod dywan świadomości”, nie zawiera po prostu informacji o związkach między kolorem i parzystością, koduje natomiast relacje między spożywaniem alkoholu i pełnoletniością.

Fakt, że intuicja opiera się na przeszłych doświadczeniach, ma niebagatelne znaczenie dla dyskusji wokół intuicyjnych decyzji w takich dziedzinach, jak prawo. Przeciętny Kowalski, który nie przeszedł odpowiedniego treningu prawniczego, nie będzie potrafił szybko i trafnie rozstrzygać nawet niezbyt skomplikowanych problemów prawnych. Z jego perspektywy będą one – w mniejszym lub większym stopniu – przypominać niezrozumiałe zadanie selekcyjne Wasona oparte o regułę „Jeśli po jednej stronie karta jest brązowa, to po drugiej ma liczbę parzystą”. Oczywiście – podobnie jak w przypadku zadania selekcyjnego – intuicja dostarczy mu *jakiejś* podpowiedzi, ale nie może spodziewać się, że będzie ona właściwa. Tymczasem doświadczony prawnik, który nie tylko zdobył odpowiednie wykształcenie, ale ma za sobą wiele lat praktyki prawniczej, będzie

w dużo lepszej sytuacji: intuicja dostarczy mu zwykle poprawnego rozwiązania. Mówiąc inaczej, doświadczony prawnik jest ekspertem w swej dziedzinie, podobnie jak lekarz z odpowiednim stażem lub parkieciarz, który od lat zajmuje się układaniem drewnianych podłóg. W ich przypadku wiedza ekspercka – dotycząca odpowiednio kwestii prawnych, diagnozowania i leczenia ludzi oraz kładzenia parkietów – została w drodze długotrwałego treningu „zamieciona pod dywan świadomości”: stała się intuicyjna⁵².

Z powyższych analiz wyłania się obraz intuicji jako zjawiska, które jest *nieświadome* (procesy prowadzące do sformułowania odpowiedzi na dany problem toczą się poza świadomością, a odpowiedź ta pojawia się „znikąd”), *szybkie* (w porównaniu ze świadomym rozumowaniem), *automatyczne* (osądy intuicyjne pojawiają się spontanicznie, nie można ich intencjonalnie kontrolować), oraz *oparte na doświadczeniu* (intuicja bazuje na wiedzy nabytej w naszych interakcjach ze środowiskiem). Dwie wersje zadania selekcyjnego Wasona, którym przyglądaliśmy się powyżej, sugerują coś jeszcze: intuicja może być myląca. Fakt, że dostarcza ona niepoprawnych odpowiedzi w kwestiach, w których nie nabyliśmy odpowiedniego doświadczenia – na przykład wtedy, gdy zastanawiamy się nad regułą „Jeśli po jednej stronie karta jest brązowa, to po drugiej ma liczbę parzystą” lub w sytuacji, w której laik staje przed skomplikowanym problemem prawnym – jest mało zaskakujący. Trudno się przecież dziwić, że w dziedzinie, w której brak nam wiedzy i doświadczenia, intuicja często prowadzi nas na manowce. Jak jednak pokazują wieloletnie badania,

⁵² Por. D. Kahneman, G. Klein, *Conditions for intuitive expertise*, „American Psychologist” 64(6), 2009, s. 515–526.

w pewnych okolicznościach osąd intuicyjny zawodzić może nawet ekspertów. Przyjrzyjmy się bliżej tej kwestii.

3. Intuicyjne błędy

Ludzki umysł jest narzędziem, które mierzyć się musi z niezwykle złożonym światem. Jest to podwójnie trudne wyzwanie: z jednej strony, podejmując decyzje, nie sposób wziąć pod uwagę wszystkich relewantnych informacji, które udało nam się zgromadzić; z drugiej – możemy z góry założyć, że do wielu danych, które mają znaczenie dla podejmowanej przez nas decyzji, w ogóle nie mamy dostępu. Mówiąc inaczej, daleko nam do wszytkowiedzącego demona Laplace’a, i to w podwójnym sensie: nie możemy wiedzieć wszystkiego, ani nie możemy aktywnie korzystać z wszystkiego, co wiemy lub wiedzieć możemy. Przekracza to po prostu nasze zdolności poznawcze.

Wyobraźmy sobie na przykład sędziego, który musi wydać orzeczenie w prostej sprawie dotyczącej odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie umowy. Sędzia taki musi najpierw odpowiedzieć na pytanie, czy umowa między stronami w ogóle została zawarta. W wielu przypadkach może to wydawać się proste, na przykład wtedy, gdy powód przedstawia kopię umowy podpisaną przez obie strony. Ale dociekliwemu sędziemu Laplace’a wypada zastanowić się, czy podpis pozwanego na umowie nie został sfalszowany. By to zrobić, musi powołać biegłego, który posiada odpowiednią wiedzę, by ekspertyzy takiej dokonać. Kłopot w tym, że biegli czasem się mylą – są wszak tylko ludźmi, podatnymi na ludzkie błędy i mającymi ludzkie słabości, którzy korzystają przy tym

z niedoskonałych teorii i zawodnej technologii. Sędzia Laplace'a musiałby to wziąć pod uwagę: ale nawet powołanie nie- skończonej liczby biegłych i dogłębna analiza wszystkich istnie- jących teorii grafologicznych, z ich ukrytymi założeniami, nie na wiele by się zdała. Pewność, której poszukuje nasz sędzia, jest nieosiągalna. Nawet gdyby powód i pozwany jednocześnie przyznali, że zawarli umowę, Laplace'owski rozjemca mógłby powziąć wątpliwość, czy deklaracja jednego z nich nie jest przy- padkiem spowodowana przymusem psychicznym. I tym razem mógłby powołać biegłego lub biegłych, ale z równie kiepskim skutkiem. To samo można powiedzieć o innych kwestiach, które musiałyby stać się przedmiotem rozważań naszego sędziego: ustaleniu treści umowy, fakcie jej niewykonania, określeniu wy- sokości szkody itd. Na żadne z tych pytań – niezależnie, czy ma charakter faktyczny, czy normatywny – nie można odpowiedzieć z absolutną pewnością; zawsze istnieć będą dodatkowe informa- cje, których jeszcze nie posiadamy, a które mogłyby się okazać relewantne dla rozstrzyganego przez nas problemu⁵³.

Sędziowie – choć daleko im do Laplace'ańskich demonów – są mimo wszystko w tej dobrej sytuacji, że nikt nie oczekuje po nich, by swe decyzje podejmowali w okamgnieniu. Owszem, wolelibyśmy, żeby procesy sądowe trwały krótko, ale nikt roz- sądny nie mógłby żądać natychmiastowych wyroków, wyda- nych bez postępowania dowodowego i odpowiedniej deliberacji. Tymczasem większość decyzji, które podejmujemy na co dzień, ma inny charakter. Robiąc zakupy w sklepie spożywczym, wy- bierając restaurację, w której zjemy kolację z przyjaciółmi, de-

⁵³ Sędzia Laplace'a jest innym tworem niż Dworkinowski sędzia Herkules; ten pierwszy wie wszystko o faktach, ten drugi zaś – o prawie. Por. R. Dwor- kin, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Wolters Kluwer, Warszawa 2006.

cydując, czy na spotkanie jechać tramwajem, czy może udać się na nie na piechotę, albo oceniając wiarygodność przypadkowo spotkanego przechodnia, który wskazuje nam drogę w niezna- nym mieście, nie będziemy prowadzić dogłębnych, wielodnio- wych analiz, wymagających gromadzenia wielu informacji. De- cyzje takie musimy podejmować relatywnie szybko, bo tylko w ten sposób możemy sprawnie funkcjonować w środowisku społecznym.

Ewolucja poradziła sobie z tym wyzwaniem, wyposaża- jąc nasze umysły w heurystyki, czyli pewnego rodzaju „skrótó- myślowe”. Zamiast brać pod uwagę wszelkie informacje, które mogłyby okazać się przydatne dla rozstrzygnięcia danego pro- blemu, tracąc przy tym czas na ich poszukiwanie i analizę, opie- ramy swe decyzje na kilku wybranych faktach⁵⁴. Jest to stra- tegia stosowana bardzo szeroko, zarówno świadomie, jak i na poziomie nieświadomym. Nie jest obca także prawu i to w da- lece zinstytucjonalizowanej formie: zarówno wzruszalne, jak i niewzruszalne domniemania są przecież przykładami heury- styk. Uznanie za zmarłego, domniemanie ojcostwa lub dobrej wiary, prowadzą do akceptacji pewnego stwierdzenia, pomimo tego, że nie ustala się wszystkich potencjalnie relewantnych fak- tów (np. nie przeprowadza się testu DNA na ojcostwo), opierając się tylko na niektórych z nich (np. że dziecko urodziło się przed upływem 300 dni od ustania lub unieważnienia małżeństwa). Ale są to przykłady heurystyk wysoce abstrakcyjnych i wyko- rzystywanych świadomie. Tymczasem ludzki umysł, dysponując

⁵⁴ Por. H.A. Simon, *Rational choice and the structure of environments*, „Psy- chological Review” 63, 1956, s. 129–138; G. Gigerenzer, *The adaptive tool- box*, [w:] G. Gigerenzer, R. Selten (red.), *Bounded Rationality. The Adaptive Toolbox*, The MIT Press, Cambridge, MA – London 2001, s. 37–50.

ograniczonymi zasobami czasu i energii, musi wykorzystywać heurystyki także w podejmowaniu decyzji nieświadomych, na bardziej elementarnym poziomie doświadczenia.

Z ewolucyjnego punktu widzenia rozsądne jest na przykład opieranie sądów na tych danych, które łatwo przywołać z pamięci. Badania pokazują, że pamiętamy szczególnie dobrze m.in. zdarzenia powtarzające się (niezależnie, czy jedynie obserwowane, czy też takie, w których uczestniczymy), ale także i te, które związane są z silnymi reakcjami emocjonalnymi⁵⁵. Łatwo dostrzec, że muszą to być sytuacje szczególnie ważne dla organizmu. Z tym, co się powtarza, musimy radzić sobie dużo częściej, niż z wydarzeniami nietypowymi. Z kolei sytuacje, które wywołują w nas silne reakcje emocjonalne, są z definicji kluczowe dla naszego dobrostanu. Z tej perspektywy informacje, które bez problemu wydobywamy z pamięci, powinny odgrywać szczególną rolę w podejmowanych przez nas szybko i nieświadomie decyzjach, bo związane są albo z tymi problemami, na które natrafiamy najczęściej, albo też z tymi, które są szczególnie ważne dla przetrwania organizmu. W literaturze psychologicznej taki mechanizm podejmowania decyzji określany jest mianem heurystyki dostępności⁵⁶. Innym mechanizmem, którego działanie da się wytłumaczyć w kontekście ewolucyjnym, jest opieranie nieświadomych decyzji na tym, co jest reprezentatywne dla pewnego typu działań lub przedmiotów. Znow – z definicji – zwykle stykamy się z sytuacjami typowymi, a zatem statystyka podpowiada, iż pierwsza, nieświadoma reakcja na dowolny problem powinna bazować na założeniu, że jest to

⁵⁵ Por. J.H. Byrne (red.), *Learning and Memory. A Comprehensive Reference*, Academic Press, New York 2017.

⁵⁶ Por. D. Kahneman, *Pułapki myślenia*, dz. cyt.

problem standardowy, nieodbiegający zbyt od prototypowych sytuacji. W psychologii ta struktura decyzyjna nazywana jest heurystyką reprezentatywności⁵⁷. Wreszcie można przekonywać, że szybkie, nieświadome decyzje nie mogą ignorować tego, co znajduje się w „bezpośrednim otoczeniu” napotkanego problemu. Wydaje się bowiem, że informacje takie są – z dużą dozą prawdopodobieństwa – relewantne dla poszukiwanego rozwiązania. Jeśli pewne dane docierają do mózgu (niemal) równocześnie, trzeba założyć, że nie jest to przypadek. W literaturze pewna szczególna wersja tego mechanizmu określana jest mianem heurystyki zakotwiczenia i dostosowania⁵⁸.

Nieświadoma intuicja działa w oparciu o heurystyki (dostępności, reprezentatywności, zakotwiczenia i dostosowania, i inne), dlatego może dostarczać nam szybkich odpowiedzi na problemy, z którymi się stykamy. Za tę szybkość płaci się jednak pewną cenę. Badania psychologów, a w szczególności Amosa Tversky'ego i Daniela Kahnemana pokazały, że zaufanie do intuicyjnych osądów może skutkować popełnianiem systematycznych błędów⁵⁹. Pierwszy z nich to tzw. efekt zakotwiczenia (*anchoring effect*). Przejawia się on w tym, że dokonując szacunków liczbowych ludzie w sposób nieświadomy opierają się na „kotwicy” – łatwo dostępnej liczbie, która nie musi mieć żadnego związku z rozwiązywanym problemem. W swych klasycznych badaniach Kahneman i Tversky poprosili uczestników eksperymentu, by oszacowali, jaki procent krajów należących do ONZ to kraje afrykańskie. Wcześniej jednak mieli oni określić,

⁵⁷ Por. tamże.

⁵⁸ Por. tamże.

⁵⁹ Por. A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under uncertainty. Heuristics and biases*, „Science” 1185(4157), 1974.

czy procent ten jest mniejszy, czy większy od liczby, która wypadła na „kole fortuny”. Urządzenie to było tak skonstruowane, że wypadła na nim albo liczba 10, albo 65. Okazało się, że ci uczestnicy eksperymentu, którzy „wykręcali” na kole liczbę 10, uznawali średnio, że wśród państw należących do ONZ ok. 25% to kraje afrykańskie; tymczasem ci badani, którzy na kole fortuny „wykręcali” liczbę 65, mieli znacznie wyższą średnią – ok. 45%. Te i podobne badania sugerują, że nasze intuicyjne oceny mogą być w dużej mierze uzależnione od przypadkowej i nierelevantnej informacji liczbowej⁶⁰.

Efekt zakotwiczenia działa także w prawie. Guthrie, Rachlinski i Wistrich przedstawili grupie sędziów następujący kasus. Powód został potrącony przez ciężarówkę należącą do pozwanej spółki. Ustalono, że przyczyną wypadku były niesprawnie działające hamulce; co więcej, strona pozwana nie dokonywała okresowych przeglądów swoich ciężarówek. Pozwany po wypadku był hospitalizowany przez kilka miesięcy, a od tego czasu poruszał się na wózku inwalidzkim. Wcześniej był szanowanym elektrykiem, z dużą grupą stałych klientów. W pozwie zażądał odszkodowania za utracony zarobek, pokrycia rachunków za opiekę medyczną oraz zadośćuczynienia za cierpienia, których doznał. Nie określił jednak dokładnie kwoty, której żąda od strony pozwanej. Zadaniem sędziów biorących udział w eksperymencie było określenie wysokości odszkodowania, które należy się powodowi. Badani zostali podzieleni na dwie grupy: jedna z nich otrzymała przedstawiony powyżej opis stanu faktycznego; w drugiej grupie opis ten uzupełniony został o informację, że strona pozwana wniosła o odrzucenie po-

⁶⁰ Por. tamże, s. 1128.

wództwa ze względu na fakt, iż szkody powoda nie przekraczają kwoty 75 tys. dolarów, a przez to jego sprawa powinna być rozpatrywana przez sąd niższej instancji. Ten wniosek pozwanej spółki był w oczywisty sposób bezzasadny, gdyż straty poniesione przez powoda z całą pewnością przekraczały kwotę 75 tys. dolarów. Okazało się jednak, że dodanie do opisu stanu faktycznego informacji zawierającej tę liczbę miało istotny wpływ na średnią wysokość odszkodowania „zasądzonego” przez uczestników eksperymentu. Podczas gdy pierwsza grupa sędziów była skłonna przyznać powodowi uśrednioną kwotę 1 249 000 dolarów, druga – najwyraźniej „zakotwiczona” na liczbie 75 000 – wskazała średnie odszkodowanie w wysokości 882 000 dolarów⁶¹.

W swojej klasycznej pracy z 1974 r., *Judgment under uncertainty. Heuristics and biases*, Kahneman i Tversky, oprócz efektu zakotwiczenia, wskazali na jeszcze dwa inne typy systematycznych błędów, do których prowadzi opieranie się na osądach intuicyjnych⁶². Pierwszy z nich wynika ze stosowania heurystyki reprezentatywności. Uczestnicy jednego z eksperymentów przeprowadzonych przez Kahnemana i Tversky’ego mieli uszeregować wedle stopnia prawdopodobieństwa scenariusze przyszłości pewnej młodej kobiety, Lindy, która ma trzydzieści jeden lat, jest niezamężna, wygadana i bardzo inteligentna. Skończyła filozofię. Na studiach bardzo się angażowała w zwalczanie dyskryminacji i promowanie sprawiedliwości społecznej, a także brała udział w demonstracjach przeciw energii jądrowej. Scenariusze, które należało ocenić, obejmowały

⁶¹ Por. C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich, *Inside the judicial mind*, „Cornell Law Review” 86, 2018.

⁶² Por. A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under uncertainty...*, dz. cyt.

następujące wersje przyszłości: (a) Linda działa w ruchu feministycznym; (b) Linda jest pracownicą opieki społecznej i pomaga osobom z zaburzeniami psychicznymi; (c) Linda jest członkinią Wyborczej Ligi Kobiet; (d) Linda jest kasjerką bankową; (e) Linda jest agentką ubezpieczeniową; (f) Linda jest kasjerką bankową i działa w ruchu feministycznym⁶³. Kahneman i Tversky byli w szoku, gdy okazało się, że *wszyscy* uczestnicy eksperymentu uznali prawdopodobieństwo tego, że Linda będzie kasjerką działającą w ruchu feministycznym za większe od tego, iż będzie tylko kasjerką. Jest to oczywisty błąd, gdyż prawdopodobieństwo łącznego wystąpienia dwóch niezależnych zdarzeń jest mniejsze niż prawdopodobieństwo wystąpienia tylko jednego z nich. Wyjaśnienie, skąd błąd ten się bierze, opiera się na założeniu, że intuicja działa w oparciu o heurystykę reprezentatywności: cechy Lindy są reprezentatywne dla działaczki ruchu feministycznego, a nie dla kasjerki bankowej, dlatego ten scenariusz jej przeszłego życia, w którym działa ona w ruchu feministycznym, narzuca nam się z taką siłą, że ignorujemy elementarne zasady rachunku prawdopodobieństwa.

Błędy tego typu popełniają także prawnicy w odniesieniu do problemów natury prawnej. W jednym z badań poproszono adwokatów, by ocenili szanse, w jaki sposób zakończy się pewna konkretna sprawa (Jones kontra Clinton): wyrokiem sądowym, oddaleniem pozwu, ugodą, wycofaniem pozwu itd. Jedną z opcji było „inaczej niż wyrokiem sądowym”. Okazało się, że badani szacowali, że prawdopodobieństwo ugody przedsądowej jest większe niż szanse na zakończenie sprawy „inaczej niż wyrokiem sądowym”, w sytuacji, gdy to drugie rozstrzygnięcie obej-

⁶³ Por. D. Kahneman, *Pułapki myślenia*, dz. cyt., s. 211.

muje ugodę i inne rozwiązania (oddalenie pozwu, wycofanie go itd.)⁶⁴. Można domniemywać, że błąd ten wynika z faktu, iż pewne cechy sprawy Jones kontra Clinton są reprezentatywne dla sporów, które zwykle kończą się ugodą; nie istnieją natomiast reprezentatywne cechy spraw, które rozstrzygane są „inaczej niż wyrokiem sądowym”.

Kolejny wskazany przez Kahnemana i Tversky’ego typ intuicyjnych błędów wynika z użycia heurystyki dostępności. Jak już wspominałem, z jej pomocą oceniamy prawdopodobieństwo pewnego typu zjawisk na podstawie tego, jak łatwo przypominamy sobie przypadki ich wystąpienia. Na przykład użytkownicy języka angielskiego zapytani, czy więcej jest słów, które zaczynają się na literę „r”, czy też posiadających literę „r” na trzecim miejscu, wskazują zwykle – niepoprawnie – tę pierwszą ewentualność, zapewne dlatego, że łatwiej przywołać z pamięci te słowa, w których „r” jest pierwszą literą⁶⁵. I ten typ błędów popełniać mogą – w kontekście swej działalności zawodowej – prawnicy. Spójrzmy na przykład⁶⁶. Uczestnicy eksperymentu otrzymali opis sprawy sądowej dotyczącej wypadku samochodowego spowodowanego pod wpływem alkoholu. Opis zawierał zarówno argumentację prokuratora, jak i obrońcy, z tym, że połowa badanych zapoznawała się z materiałem, w którym stanowisko oskarżenia przedstawione było w sposób żywy, bogaty i pełen konkretów, a argumenty obrony sformułowano w języku

⁶⁴ E. Peer, E. Gamliel, *Heuristics and biases in judicial decisions*, „Court Review” 49, 2013, s. 116.

⁶⁵ Por. A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under uncertainty...*, dz. cyt., s. 1127.

⁶⁶ R.M. Reyes, W.C. Thompson, G.H. Bower, *Judgmental biases resulting from differing availabilities of arguments*, „Journal of Personality and Social Psychology” 39, 1980, s. 2–12.

bardziej abstrakcyjnym, zaś druga połowa – odwrotnie. Okazało się, że poproszeni o wydanie wyroku niezwłocznie po zapoznaniu się z opisem sprawy, uczestnicy należący do obu grup nie różnili się w swoich ocenach; jednak gdy pytanie ponowiono po 48 godzinach, badani wykazali tendencję do rozstrzygnięcia na korzyść strony przedstawiającej argumentację bardziej żywym i konkretnym językiem. Innymi słowy, osoby, które miały okazję zapoznać się z sugestywną wersją stanowiska prokuratora, skłonne były skazać podsądnego, podczas gdy osoby, które przeczytały bardziej plastyczną wersję argumentacji obrony, były bardziej skłonne, by go uniewinnić⁶⁷. Efekt ten bywa tłumaczony działaniem heurystyki dostępności – łatwiej przywołać z pamięci żywy i konkretny opis pewnego zdarzenia niż relację wykorzystującą abstrakcyjne sformułowania, pełną technicznych sformułowań czy statystyk.

Obok trzech wymienionych typów błędów – związanych z efektem zakotwiczenia oraz heurystykami reprezentatywności i dostępności – w literaturze wskazuje się jeszcze inne rodzaje zjawisk, w których intuicyjny osąd nas zwodzi, także w kontekście rozumowań prawniczych. Są to, m.in., efekt pewności wstecznej (*hindsight bias*), efekt obramowania (*framing effect*), czy skrzywienie egocentryczne (*egocentric bias*)⁶⁸. Czy oznacza to, że prawnik nie może ufać swojej intuicji? Twierdząca odpowiedź na to pytanie byłaby sporym nieporozumieniem. Można

⁶⁷ Por. tamże.

⁶⁸ Por. R. Hastie, D.A.Schkade, J.W. Payne, *Juror judgments in civil cases. Effects of plaintiff's requests and plaintiff's identity on punitive damage awards*, „Law and Human Behavior” 23, 1999; E.J. McCaffery, D. Kahneman, M.L. Spitzer, *Framing the jury. Cognitive perspectives on pain and suffering awards*, „Virginia Law Review” 81(1341), 1995; D.C. Langevoort, *Behavioral theories of judgment and decision-making in legal scholarship. A literature review*, „Vanderbilt Law Review” 51, 1998.

bowiem zaryzykować tezę, że opisywane w literaturze błędy w podejmowaniu prawnie relewantnych decyzji – popełniane zarówno przez laików, jak i osoby z wykształceniem prawniczym i wieloletnim doświadczeniem w zawodach sędziego czy adwokata – mówią więcej o naturze zadań stawianych przed uczestnikami eksperymentów, niż o (nie)zawodności poznania intuicyjnego. Zastanówmy się bowiem przez chwilę nad opisanymi przez Kahnemana i Tversky’ego mechanizmami poznawczymi, na przykład nad heurystyką dostępności. Gdy ktoś zada nam pytanie, które z miast – Chicago czy Baltimore – jest większe, bez namysłu odpowiemy, że Chicago. Powód po temu jest prosty: Chicago jest bardziej „dostępne”, dużo o nim słyszeliśmy, wiemy, że jest to wielomilionowa metropolia z długimi tradycjami, podczas gdy Baltimore to dla większości z nas jedynie nazwa, za którą nie kryje się żadna rozbudowana wiedza. Powtórzmy raz jeszcze: taki skrót myślowy jest całkiem rozsądny – większe jest to z miast, o którym słyszeliśmy częściej, które w kulturze popularnej opisywane jest jako stolica bluesa i jazzu, miejsce przestępczej działalności Ala Capone, z wieżą Sears Tower i Chicago Bulls Michaela Jordana. Innymi słowy – łatwiej nam przywołać z pamięci to, co w naszym doświadczeniu żywsze, a dla naszych działań w świecie ważniejsze.

Podobnie rzecz się ma z innymi „skrótnymi myślowymi”, na których bazują nasze intuicyjne osądy. Na przykład heurystyka reprezentatywności udziela nam odpowiedzi w oparciu o pewne wzorce czy też prototypy: jeśli pewna sytuacja jest wystarczająco podobna do typowych okoliczności, w których grozi nam niebezpieczeństwo, intuicja podpowie nam, że powinniśmy zachować szczególną ostrożność. Jeśli ktoś ma cechy charakterystyczne dla osób przyjaznych i sympatycznych – jest

uśmiechnięty, pomocny i kulturalny – ocenimy intuicyjnie, że nie grozi nam z jego strony żadne niebezpieczeństwo. Owszem, w obu przypadkach możemy się pomylić. „Groźna” sytuacja może się okazać żartem naszych znajomych (zresztą żartem wykorzystującym nasze intuicyjne reakcje), zaś sympatyczny nieznajomy – psychopatycznym mordercą. Rzecz w tym, że pomyłki takie zdarzać się będą stosunkowo rzadko; częste i systematyczne będą jedynie w odniesieniu do problemów, które same będą nietypowe, przynajmniej z perspektywy ewolucji ludzkiego umysłu: gdy mierzyć się będziemy z kwestią wymagającą analizy statystycznej lub z innym zadaniem niemającym wiele wspólnego z problemami, z którymi stykamy się na co dzień. Mówiąc inaczej: intuicja to bardzo przydatny mechanizm poznawczy, który zwykle dostarczać nam będzie pożytecznych, jeśli nawet nie doskonałych podpowiedzi, jak rozwiązać stojący przed nami problem.

Trzeba raz jeszcze podkreślić, że dobra intuicja jest efektem doświadczenia i treningu. Po kimś, kto z prawem miał do czynienia niewiele, nie możemy spodziewać się trafnych intuicyjnych sądów w odniesieniu do problemów prawnych, podobnie jak ktoś, kto o układaniu parkietów nie wie prawie nic, nie może liczyć na podpowiedź intuicji w kwestii tego, jak najlepiej odnowić stary dębowy parkiet. W tym sensie można powiedzieć, że istnieje intuicja prawnicza; nie jest to jednak żadna tajemnicza zdolność: prawnik ma intuicję prawniczą tak jak matematyk – matematyczną, a lekarz – medyczną. Korzystają one z tej samej architektury neuronalnej, ale wypełnionej – na drodze wieloletniej edukacji i doświadczenia – różną treścią.

4. Wgląd

„*Eureka!*” to zapewne jeden z najśłynniejszych okrzyków w dziejach. Historię tę dobrze znamy ze szkoły. Król Syrakuz Hieron zlecił wykonanie korony, którą chciał złożyć w ofierze. Złotnikowi zarzucono, że wykonując zlecenie ukraść część złota, zamieniając je na srebro. „Hieron wściekły, że być może został oszukany, zażądał, aby Archimedes zastanowił się nad tą sprawą. Ten, rozmyślając o całej historii, udał się do łaźni i wchodząc do wanny zauważył, że im bardziej jego ciało zanurza się w wodzie, tym więcej wody wylewa się z wanny. (...) Uniesiony radością wyskoczył z wanny i pobiegł nagi do domu wołając gromkim głosem: *eureka, eureka!*”⁶⁹ W domu Archimedes przygotował dwa przedmioty – jeden ze złota, drugi ze srebra – o tym samym ciężarze, co korona, i zaobserwował, ile każdy z nich wypiera wody. Okazało się, że ilość wody wypartej przez koronę była większa od ilości wody wypartej przez próbkę złota, a mniejsza od tej wypartej przez przedmiot srebrny. Oto bezsporny dowód oszustwa.

Łatwo wykazać, że nic takiego nie mogło mieć miejsca. Typowa starogrecka korona miała objętość ok. 37 cm³. Zanurzona w naczyniu o średnicy 20 cm spowodowałaby podniesienie się poziomu wody o ok. 1,2 mm. Korona o takiej samej wadze, która ma 80% złota i 20% srebra zajmowałaby ok. 43 cm³ i podnosiła poziom wody o ok. 1,4 mm. Biorąc pod uwagę menisk (zakrzywienie powierzchni wody), różnica ta nie przekracza błędu pomiaru. Archimedes po prostu nie mógł użyć tej metody do wykrycia oszustwa dokonanego przez złotnika; zresztą,

⁶⁹ Cyt. za A. Smólski, *Prawo Archimedesów? – ależ to bardzo proste!*, „Foton” 75, 2001, s. 45.

jak przekonują historycy nauki, dysponował dużo lepszymi sposobami, by zadanie to wykonać⁷⁰.

Jest zatem więcej niż prawdopodobne, że historia Archimedes, biegającego nago po Syrakuzach i wołającego „*eureka!*”, nigdy się nie wydarzyła. Nie ma to jednak wielkiego znaczenia, bo Archimedes wykrzykujący „*eureka!*” to piękna metafora, opisująca te chwile olśnienia, w których wyrywamy przyrodzie jej największe tajemnice. Może i Archimedes nie biegał nago po Syrakuzach; może Newtonowi jabłko wcale nie spadło na głowę; ale w historii nauki wiele jest dobrze potwierdzonych opowieści o tym, jak przełomowe idee pojawiały się w umysłach ich twórców w nagłym, olśniewającym przypiływie rozumienia. Nie trzeba chyba przypominać, jak Friedrich August Kekulé odkrył pierścieniową budowę benzenu po tym, gdy przyśnił mu się wąż pożerający własny ogon; jak Henri Poincaré znalazł rozwiązanie nekającego go problemu matematycznego stawiając stopę na stopniach omnibusu; i jak Werner Heisenberg sformułował mechanikę kwantową, gdy męczony katarem siennym przemierzał wyspę Helgoland.

Takie chwile olśnienia czy wglądu przydarzają się też prawnikom. Na początku tego rozdziału przywołałem decyzję Izby Lordów w sprawie Donoghue vs. Stevenson, w której – pomimo braku wyraźnych reguł prawnych – uznano odpowiedzialność pana Stevensona za szkody poniesione przez panią Donoghue, bo rozstrzygnięcie takie wpisywało się w szerszy kontekst zasad prawa angielskiego. W orzeczeniu tym zrywano z długą praktyką, która umożliwiała przypisanie odpowiedzialności za wady rzeczy jedynie wtedy, gdy strony sporu związane były umową.

⁷⁰ Por. tamże, s. 46.

Nie byłoby to możliwe bez zasadniczej rewizji zastanego sposobu myślenia, a ta z kolei wymagała niewątpliwie spojrzenia na rozważany problem z całkiem nowej perspektywy. Mówiąc językiem psychologii, sędziowie orzekający w tej sprawie mieli intuicyjne poczucie, że odrzucenie pozwu pani Donoghue byłoby niesprawiedliwe. By jednak ten moralny osąd stał się prawem, trzeba było czegoś więcej: potrzebny był wgląd wpisujący takie orzeczenie w złożoną „układankę” zasad, reguł i precedensów.

Prawie wszystkie przełomowe wyroki sądowe dostarczają przykładów tego, jak działa wgląd w myśleniu prawniczym. Spójrzmy choćby na sprawę kluczową dla rozwoju prawa europejskiego, Van Gend en Loos z 1963 r.⁷¹ Sprawa ta dotyczyła holenderskiego przedsiębiorstwa Van Gend en Loos, które importowało z Niemiec mocznik formaldehydowy. Holenderskie służby celne, opierając się na zmienionej klasyfikacji tej substancji, naliczyły podwyższoną opłatę. Spółka Van Gend en Loos opłatę tę uiszczała, ale podjęła kroki prawne w celu dochodzenia jej zwrotu. Przed sądem powołała się na sprzeczność holenderskich regulacji celnych z art. 12 Traktatu EWG, głoszącym, że „Państwa Członkowskie powstrzymują się we wzajemnych stosunkach handlowych od wprowadzania nowych ceł przywozowych i wywozowych lub opłat o skutku równoważnym oraz od podwyżek takich ceł i opłat między nimi obowiązujących”.

Rozpatrując tę sprawę Europejski Trybunał Sprawiedliwości stanął przed poważnym problemem. Uświęcona długą tradycją doktryna głosiła, że traktaty międzynarodowe wiążą

⁷¹ Por. J. Barcz, A. Pudło, *Wybór orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, KSAP, Warszawa 2009, s. 8–24.

państwa będące ich stronami, nie mają natomiast bezpośredniego zastosowania do obywateli tych państw. Z drugiej strony, gdyby przyjąć, że na art. 12 Traktatu powołać może się jedynie państwo członkowskie EWG występując przeciw innemu państwu, przepis ten pozostać mógłby w bardzo wielu przypadkach jedynie pustym sformułowaniem. Przekładając tę sytuację na język psychologii, można powiedzieć, że sędziowie Trybunału musieli się zmierzyć z dwoma sprzecznymi intuicjami: tą wspartą wykształceniem prawniczym i podpowiadającą, że firma *Van Gend en Loos* nie może powołać się bezpośrednio na art. 12 Traktatu, oraz tą moralną, która nakazuje uznać zachowanie holenderskich służb celnych za niesprawiedliwe.

Trudno z jakąś większą dozą pewności stwierdzić, jak faktycznie wyglądało rozumowanie sędziów Trybunału w tej sprawie. Skazani jesteśmy na rekonstrukcję w oparciu o uzasadnienie, w które zaopatrzone został wyrok. Trybunał zwraca w nim uwagę, po pierwsze, że odpowiedź na pytanie, czy art. 12 Traktatu jest bezpośrednio skuteczny w prawie wewnętrznym, „wymaga wzięcia pod uwagę ducha, systematyki i brzmienia [tej umowy międzynarodowej]”⁷². Intrygująca jest przyjęta w tej wypowiedzi kolejność racji, na które powołuje się Trybunał; stanowi ona odwrócenie zwykle przyjmowanej hierarchii, w której punktem wyjścia wykładni prawa jest język, a jedynie w razie wątpliwości odwołać się można do argumentów systemowych, a wreszcie do „ducha”. Już ten wybór sugeruje, że Trybunał zdecydował się przyjąć nową, rewolucyjną perspektywę. Potwierdzenie tego faktu znajdujemy w kolejnych akapitach orzeczenia, podkreślających choćby, że „cel Traktatu EWG (...) wymaga, by

⁷² Tamże, s. 14.

(...) był [on] czymś więcej niż tylko umową ustanawiającą wzajemne zobowiązania umawiających się państw”⁷³. Argumentacja Trybunału prowadzi do wniosku, że „Wspólnota [EWG] stanowi nowy porządek prawny w prawie międzynarodowym, na rzecz którego państwa ograniczyły, jakkolwiek tylko w wąskich dziedzinach, swoje prawa suwerenne, i którego normy znajdują zastosowanie nie tylko do państw członkowskich, ale i pochodzących z nich jednostek”, przez co „art. 12 należy interpretować w ten sposób, iż jest on bezpośrednio skuteczny i stanowi źródło uprawnień indywidualnych podlegających ochronie sądów krajowych”⁷⁴. Argumentację tę musiał poprzedzić odpowiedni wgląd, który pozwolił sędziom Trybunału dostrzec, jak pogodzić intuicyjne odczucie sprawiedliwości z wymogami wyrażającymi z zachodnioeuropejskiej kultury prawnej. Wgląd ten doprowadził do zasadniczej rewizji sposobu, w jaki rozumiane było prawo wspólnotowe.

Powyższe przykłady mogą sugerować, że wglądu doświadczają jedynie ci, którzy dokonują niezwykłych odkryć, albo podejmują przełomowe decyzje. Taki pogląd byłby jednak daleki od prawdy. Trudno przecież przypuszczać, by pewne zjawisko psychiczne odnaleźć można było jedynie u niektórych osób i to w bardzo rzadkich sytuacjach. Trzeba raczej przyjąć, że wglądy są czymś powszechnym, a tylko niektóre z nich – dotyczące szczególnie ważnych problemów i podpowiadające szczególnie rewolucyjne rozwiązania – trafiają do podręczników historii. Mówiąc inaczej, mechanizmy umysłowe, które tak skutecznie służyły sędziom w sprawach *Donoghue vs. Stevenson* czy *Van Gend en Loos*, wykorzystywane muszą być także

⁷³ Tamże.

⁷⁴ Tamże, s. 12.

w mierzeniu się ze znacznie mniej spektakularnymi, codziennymi problemami. Student, rozwiązujący egzaminacyjny kasus z prawa cywilnego, może nagle zorientować się, że roszczenie powoda powinno być oparte o przepisy dotyczące bezpodstawnego wzbogacenia, zamiast tych regulujących nienależyte wykonanie umowy. Nie ma powodu, by tego „błysku rozumienia” nie określić mianem wglądu, nawet jeśli dla wytrawnego cywilisty taka kwalifikacja prawna byłaby oczywista na pierwszy rzut oka. Wgląd może dotyczyć wszelkiego typu problemów – zadań matematycznych, rozwiązywania krzyżówki, kompozycji eseju, rozumienia pomysłowego dowcipu, albo sposobu postępowania z niesfornym psem. Takie „małe chwile *Eureka*” są naszym codziennym doświadczeniem.

Czym zatem jest wgląd? Jak go zdefiniować? Podobnie jak w przypadku intuicji, można by przywołać rozmaite, nie zawsze spójne ze sobą sposoby rozumienia tego pojęcia. Większość, choć nie wszyscy psychologowie, zgadza się, że wgląd ma – w takim lub innym stopniu – trzy cechy. Po pierwsze, wgląd pojawia się niespodziewanie i towarzyszy mu subiektywne doświadczenie zaskoczenia lub zachwyty. Po drugie, typowy wgląd ma miejsce w sytuacji impasu, tj. po okresie nieskutecznych prób rozwiązania jakiegoś problemu. Wreszcie po trzecie, rozwiązanie problemu oparte o wgląd polega na jego restrukturyzacji, ujęciu go w nowy sposób⁷⁵. Trzeba jednak zaznaczyć, że charakterystyka ta bywa kwestionowana, bo wyklucza z kategorii wglądu pewne ważne zjawiska psychiczne, w szczególności takie, w których nie występuje poznawczy impas. Wyobraźmy sobie na przykład, że rozwiązanie problemu pojawia się nagle

⁷⁵ S.J. Shettleworth, *Do animals have insight, and what is insight anyway?*, „Canadian Journal of Experimental Psychology” 66(4), 2012, s. 217–218.

w świadomości, pomimo tego, że nie skupiamy się w danym momencie na poszukiwaniu go; albo że uświadamiamy sobie rozwiązanie w trakcie analitycznego opracowywania problemu, jeszcze przed tym, nim zorientujemy się, że można mówić o jakimkolwiek impasie; albo wreszcie, że wpadamy na pomysł w sytuacji, gdy nie zmagaliśmy się z żadnym jasno postawionym problemem⁷⁶. Zdarzenia takie występują często i nie mielibyśmy pewnie wątpliwości, żeby określić je mianem wglądu. Co więcej, istnieją silne przesłanki, by przyjąć, że aktywne są w tych przypadkach te same struktury neuronalne, co w innych, bardziej typowych przypadkach wglądu⁷⁷.

Ze względów metodologicznych neurobiologiczne badanie wglądu – podobnie jak każdego innego mechanizmu psychicznego – nie może dotyczyć zjawisk rzadkich i w zasadzie niepowtarzalnych. Przeprowadza się je wykorzystując stosunkowo proste zadania, które jednak bez większych wątpliwości uznać można za wymagające skorzystania z wglądu. Dobrym przykładem jest test odległych skojarzeń (ang. *remote associates test*, RAT). Ten paradygmat badawczy polega na przedstawieniu uczestnikom eksperymentu listy trzech wyrazów; zadaniem osoby badanej jest wymyślenie czwartego słowa, które kojarzy się z trzema pozostałymi. Jeśli zastanowimy się nad triadą „brew – broń – architektura”, po chwili namysłu uznamy zapewne, że każdy z tych terminów połączyć można ze słowem „łuk”. Gdy rozważać będziemy zestaw „owoc – kolor – wybuch”, szybko zorientujemy się, że „pasuje” do nich słowo „granat”. Widać od razu, że rozwiązanie testu RAT następować musi na drodze

⁷⁶ Por. J. Kounios, M. Beeman, *The cognitive neuroscience of insight*, „Annual Review of Psychology” 66, 2014, s. 73.

⁷⁷ Por. tamże.

wglądu, bo poprzedza je impas poznawczy, odpowiedź pojawia się niespodziewanie i wywołuje zadowolenie lub inne pozytywne emocje, a przy tym można utrzymywać, że dokonuje się tu pewnego typu restrukturyzacja poznawcza, gdyż dzięki wglądowi uświadamiamy sobie związki pojęciowe, które nie są od razu widoczne⁷⁸.

Badania z wykorzystaniem technik obrazowania pracy mózgu, w szczególności zaś funkcjonalnego obrazowania rezonansem magnetycznym (fMRI) pokazały, że zjawisko wglądu związane jest z nagłym wzrostem aktywności neuronów w prawym przednim płacie skroniowym. Z kolei bezpośrednia stymulacja prawej kory czołowo-skroniowej połączona z hamowaniem aktywności lewej kory czołowo-skroniowej zwiększa zdolność do rozwiązywania problemów takich jak zadania RAT. Także badania osób z uszkodzeniami mózgu niedwuznacznie wskazują, że wglądy opierają się głównie na strukturach neuronalnych prawej kory przedczołowej. Jest to niezwykle ciekawy zestaw obserwacji, szczególnie dlatego, że w normalnie (w sensie statystycznym) zlateralizowanym mózgu prawa półkula – w przeciwieństwie do lewej – odgrywa niewielką rolę w procesie korzystania z języka. Równocześnie to prawej półkuli przypisuje się wiodącą rolę w takich wyzwaniach poznawczych, jak kreatywność, działania artystyczne (muzyczne, plastyczne), percepcja przestrzeni czy mimika twarzy⁷⁹. Mówiąc inaczej, wgląd to mechanizm, który – choć prowadzi do rekonceptualizacji rozważanego problemu – toczy się w dużej mierze poza językową kategoryzacją świata.

⁷⁸ Por. A. Sobków, A. Połec, C. Nosal, *RAT-PL – konstrukcja i walidacja polskiej wersji testu odległych skojarzeń*, „Studia Psychologiczne” 54(2), 2016, s. 1–13.

⁷⁹ Por. J. Kounios, M. Beeman, *The cognitive neuroscience of insight*, dz. cyt.

Podobne uwagi odnieść można do intuicji. Także ona korzystać ma głównie z zasobów prawej półkuli mózgu, w szczególności zaś ze ścieżki neuronalnej biegnącej od kory oczodołowo-czołowej po korę skroniową dolną i wykorzystującej pęczek potyliczno-czołowy dolny⁸⁰. Przez dziesięciolecia badania nad intuicją i wglądem prowadzone były oddzielnie i korzystały z różnych metodologii i siatek pojęciowych. Ostatnio spekuluje się jednak, że muszą między nimi istnieć związki strukturalne i funkcjonalne. Wydaje się, że interakcja ta przebiega głównie w obszarze jądra ogoniastego i kory oczodołowo-czołowej⁸¹. Wglądy nie tworzą nowego ujęcia problemu *ex nihilo*, ale wykorzystują lub modyfikują schematy percepcyjno-motoryczne, na których opierają się osądy intuicyjne. W tak zwanej fazie inkubacji, która poprzedza rekombinację pojęciową prowadzącą do wglądu, dochodzi zapewne do nieświadomego „testowania” rozmaitych rozwiązań rozważanego problemu w oparciu o istniejące schematy intuicyjne. Wgląd następuje zaś wtedy, gdy któryś z tych schematów użyty w nietypowy sposób lub odpowiednio zmodyfikowany dostarcza poszukiwanej odpowiedzi⁸².

Jeśli te spekulacje są trafne, intuicja i wgląd uznane być mogą za dwa podstawowe i współpracujące ze sobą mechanizmy nieświadomego rozwiązywania problemów. Intuicja jest w tej parze „wyrobnikiem” – niezwykle wydajnym i nieustan-

⁸⁰ Por. S.M. McCrea, *Intuition, insight, and the right hemisphere. Emergence of higher sociocognitive functions*, „Psychology Research and Behavior Management” 3, 2010, s. 1–39; K.G. Volz, D.Y. von Cramon, *What neuroscience can tell about intuitive processes in the context of perceptual discovery*, „Journal of Cognitive Neuroscience” 18(12), 2006, s. 2077–2087.

⁸¹ Por. T. Zander, M. Öllinger, K.G. Volz, *Intuition and insight. Two processes that build on each other or fundamentally differ?*, „Frontiers in Psychology” 7, 2016, article 1395.

⁸² Por. tamże.

nie wykorzystywanym narzędziem, udzielającym szybkich i w miarę niezawodnych odpowiedzi na standardowe problemy, przed którymi stajemy. Ale intuicja nie zatrzymuje się, gdy problem jest niestandardowy – także i w tym przypadku pojawiają się podpowiedzi, ale mogą być one wzajemnie sprzeczne lub na tyle słabe, że dochodzi do poznawczego impasu. Wtedy na scenę wkracza wgląd – „mechanizm do zadań specjalnych”, pozwalający na wyrwanie się z dość sztywnych ram dobrze wytrenowanych intuicyjnych reakcji i – czasem znaczną – restrukturyzację posiadanych wzorców percepcyjno-motorycznych. Skomplikowane przypadki prawne, w których nie wystarcza „wyrobnicza intuicja”, takie jak *Donoghue vs. Stevenson* czy *Van Gend en Loos*, nie mogą się obejść bez wglądu.

5. Prawnik emocjonalny

Zgodzimy się zapewne, że prawo jest jedną z tych dziedzin życia społecznego, które powinny charakteryzować się obiektywnością i racjonalnością. Filozofowie od dawna podkreślają, że nie sposób zbudować sprawiedliwego ładu społecznego, jeśli nie oderwiemy się od targających nami emocji. Taka „deafektyzacja” ma być receptą na rozumne, wyważone opinie i skuteczne, a zarazem słuszne działania. Najważniejsze koncepcje filozoficzne, w szczególności te podążające drogą wyznaczoną przez Kanta, uczyniły wręcz cnotę ze zdolności do obiektywnej, wyzbytej z emocji oceny ciążących na nas powinności prawnych i moralnych. Oczywiście dopuszczam się tu pewnego uproszczenia: gdy wczytamy się uważnie w dzieła największych myślicieli, okaże się, że nie ignorują oni, ani nie deprecjonują cał-

kowie roli afektu w ludzkim życiu. Rozkład akcentów w ich koncepcjach jest jednak taki, że racjonalność przeciwstawiana jest emocjonalności, nawet jeśli nie jest to ścisła opozycja. Niestety, w bardziej popularnych czy mniej zniuansowanych ujęciach, ten rozkład akcentów zostaje jeszcze wyostrozony i zamienia się w rodzaj dogmatu, wedle którego rozum i emocje są całkowicie niekompatybilne, przy czym to rozumność jest wartościowa, a emocjonalność sprowadza nasze wysiłki poznawcze na manowce.

Tymczasem obraz działania umysłu, który wyłania się ze współczesnych badań psychologicznych, jest zgoła odmienny. Dwa opisywane przeze mnie powyżej mechanizmy poznawcze – intuicja i wgląd – działają w dużej mierze w oparciu o struktury neuronalne odpowiadające za reakcje emocjonalne. Nie są one tylko „dodatkiem” do wyrafinowanych umiejętności abstrakcyjnego myślenia, podążającego za prawami logiki. Wręcz przeciwnie: można bronić tezy, że te „wyższe” funkcje poznawcze nie tylko wyłoniły się ze starszych ewolucyjnie mechanizmów emocjonalnych, ale – całkiem dosłownie – ciągle im służą⁸³.

By spojrzeć na architekturę ludzkiego umysłu z tej nowej perspektywy, trzeba najpierw uzmysłwić sobie, że działanie intuicji i wglądu to nie jedyne przejawy roli emocji w ludzkich zabiegach poznawczych. Rozwiązywanie problemów – czy to teoretycznych, czy praktycznych – związane jest z dużym wysiłkiem (mówiąc językiem biologii: z wydatkowaniem przez organizm dużych nakładów energetycznych), a pozytywne efekty tych działań są często niepewne i znacznie odłożone w czasie. Dotykamy tu

⁸³ Por. M.M. Hurley, D.C. Dennett, R.B. Adams, Jr., *Filozofia dowcipu. Humor jako siła napędowa umysłu*, tłum. R. Śmietana, Copernicus Center Press, Kraków 2016, s. 111 i n.

niezwykle interesującej kwestii: jak to się dzieje, że potrafimy przezwycięzać zmęczenie i nudę, i mimo wszystko ponawiać nasze próby poznawczego opanowania świata? Ewolucjoniści twierdzą, że jest to możliwe dzięki emocjom epistemicznym⁸⁴. Sprzeczność, albo inna niezgodność, która pojawia się w naszym doświadczeniu – czy będzie nią obserwacja, że faktyczny ruch Merkurego minimalnie odbiega od przewidywań teorii Newtona, czy poczucie, że coś byłoby „nie tak”, gdybyśmy sprawę Van Gend en Loos rozstrzygnęli w standardowy sposób, czy wreszcie niespójność między tym, co widzimy (pies), a tym, co słyszymy (miauczenie) – nieodmiennie powoduje w nas uczucie zaciekawienia, albo wręcz niepokoju i dezorientacji. Motywuje ono do podjęcia jakichś działań, do próby wyjaśnienia, skąd wziął się dysonans poznawczy. Uczucie, że „coś się nie zgadza”, i że trzeba coś z tym zrobić, to główna siła napędowa w procesie, który prowadził Einsteina do sformułowania ogólnej teorii względności; ale ta sama siła pozwala nam dążyć do bardziej zadowalającego rozstrzygnięcia sprawy Van Gend en Loos, albo do odkrycia, że „miauczący pies” to najnowsza zabawka naszego siostrzeńca. Bez emocji epistemicznych nie byłoby naszych mniejszych i większych odkryć: pozbycie się niepokoju i dezorientacji, zaspokojenie ciekawości, a czasem rozbawienie lub olśnienie, to nagrody, które dostajemy, uspójniając nasz obraz świata⁸⁵.

Myliliby się jednak ten, kto uznałby, że emocje wpływają na proces poznawczy wyłącznie w pozytywny sposób, motywując nas do poszukiwania coraz lepszych odpowiedzi na nurtujące nas

⁸⁴ Por. tamże, s. 131 i n.

⁸⁵ Por. A. Gopnik, *Explanation as orgasm and the drive for causal understanding*, [w:] F. Keil, R. Wilson (red.), *Cognition and Explanation*, MIT Press, Cambridge, MA 2000.

problemy. Emocje potrafią też w istotny sposób zaburzyć proces myślowy; i nie odnoszą się tu do sytuacji ekstremalnych, w których silne reakcje afektywne sprawiają, że „nie myślimy w sposób jasny”. Chodzi o całkiem zwyczajne procesy decyzyjne, toczone się w optymalnych warunkach poznawczych. Otóż trudno jest na przykład przez dłuższy czas pracować z dwoma alternatywnymi i wzajemnie sprzecznymi hipotezami – umysł skłonny jest raczej szybko rozstrzygnąć taki konflikt, niż badać, do jakich konsekwencji prowadzi każda z hipotez i systematycznie je porównywać. Wiąże się to z faktem, że emocjonalnie dążymy do pewności i nagradzamy się za nią. Trudno przyznać, że opieramy swe sądy i działania na lepiej lub gorzej uzasadnionych domysłach, a nie na trwałych fundamentach; łatwiej wierzyć, że osiągnęliśmy pewność nawet wtedy, gdy obiektywnie daleko nam do tego⁸⁶.

Jedną z bardziej kompleksowych prób opisanego zjawiska jest sformułowana po raz pierwszy przez Arie Kruglanskiego koncepcja potrzeby domknięcia poznawczego⁸⁷. W potrzebie tej chodzi o pragnienie uzyskania ostatecznej odpowiedzi w danej kwestii – jakiegokolwiek odpowiedzi, byle tylko uniknąć niejasności. Kruglanski twierdzi, że osoby z wysoką potrzebą domknięcia poszukują w swym życiu porządku i struktury, uciekają od sytuacji chaotycznych, pragną wiedzy, na której można polegać niezależnie od okoliczności, doświadczają nagłego pragnienia domknięcia, co przejawia się w stanowczości ich sądów i wyborów, zaś sytuacje pozbawione domknięcia

⁸⁶ Por. M. Kosowska, *Umysł niezmienny*, dz. cyt., wraz z przywoływaną tam literaturą.

⁸⁷ A.W. Kruglanski, *The psychology of being „right”. The problem of accuracy in social perception and cognition*, „Psychological Bulletin” 106, 1989, s. 395–409.

odczuwają jako dyskomfortowe i nie pragną konfrontować swej wiedzy z alternatywnymi wyjaśnieniami⁸⁸.

Wyobraźmy sobie na przykład, że grupie badanych, którzy mają zdecydować o wysokości kary dla podsądnego skazanego za niegroźne przestępstwo, przedstawiamy zarówno okoliczności obciążające, jak i łagodzące, z tym, że połowa badanych najpierw wysłuchuje tych pierwszych, a następnie drugich, zaś pozostali uzyskują te same informacje, ale w odwrotnej kolejności. W takim badaniu okazałoby się zapewne, że osoby z wysoką potrzebą domknięcia poznawczego szybko wyrobiłyby sobie pogląd na temat wysokości kary: jeśli najpierw wysłuchałyby okoliczności obciążających, pozytywne informacje nie wpłynęłyby na ich osąd. Z kolei ci z badanych, którzy mieliby mniejszą potrzebę domknięcia, byłiby w stanie oceniać prezentowany materiał dowodowy w bardziej wyważony sposób, uwzględniając jego całość⁸⁹. Można też spekulować, że osoby o wysokiej potrzebie domknięcia poznawczego będą bardziej skłonne do stosowania wykładni literalnej, nie próbując dostosować rozumienia przepisów prawnych do zmieniającej się rzeczywistości społecznej⁹⁰.

⁸⁸ D.M. Webster, A.W. Kruglanski, *Individual differences in need for cognitive closure*, „Journal of Personality and Social Psychology” 67(6), 1994, s. 1049–1062.

⁸⁹ Webster i Kruglanski nie przeprowadzili niestety tego eksperymentu, ale bardzo podobny. Przedstawili badanym nagrania rozmów z kandydatami do pracy. Rozmowy ukazywały zarówno pozytywne, jak i negatywne cechy kandydatów, przy czym nagrania były tak zmontowane, że jednej grupie uczestników eksperymentu pokazywano rozmowy prezentujące najpierw cechy negatywne, a potem pozytywne, zaś drugiej – odwrotnie. Por. tamże, s. 1060.

⁹⁰ Pewną wskazówką, że tak może istotnie być, są badania ukazujące korelację między silnie konserwatywnymi poglądami a wysokim poziomem potrzeby domknięcia. Por. M. Kosowska, A. Van Hiel, *The relationship between need for closure and conservative beliefs in Western and Eastern Europe*, „Political Psychology” 24(3), 2003, s. 501–518.

Próbując podać teoretyczne wyjaśnienie takich zjawisk, Kruglanski i Webster wskazują na działanie dwóch mechanizmów: chwywania (*seize*) i zamrażania (*freeze*). Chwywanie prowadzi do akceptacji pierwszego jednoznacznego wyjaśnienia danej sytuacji, bez przeprowadzenia oceny jego jakości. Z kolei zamrażanie polega na szybkim włączeniu takiego poglądu do istniejącej struktury wiedzy, co sprawia, że staje się on odporny na zmianę – później uzyskane dane, podobnie jak alternatywne wyjaśnienia, są po prostu ignorowane⁹¹. Nie trzeba długiego namysłu, by skonstatować, że wysoka potrzeba domknięcia poznawczego jest cechą utrudniającą podejmowanie trafnych decyzji; więcej nawet, prowadzić może do popełniania błędów w sposób systematyczny i utwierdzania się w nich. Jak pamiętamy, systematyczne błędy wynikać też mogą ze zbytniego zaufania do osądów bazujących na heurystykach. Trzeba jednak zaznaczyć, że heurystyki prowadzą do błędów w sytuacjach nietypowych, tj. takich, do których heurystyki nie są przystosowane (np. wymagających analizy statystycznej, albo zastosowania reguł logiki formalnej). Tymczasem wysoka potrzeba domknięcia poznawczego jest „błędotwórcza” w znacznie większym zakresie: może prowadzić do wydawania nietrafnych sądów także w typowych sytuacjach, a przy tym jest mechanizmem zwiększającym prawdopodobieństwo utrwalenia się takich błędów.

Myślenie prawnicze – podobnie jak każdy inny typ myślenia – jest głęboko zakorzenione w naszej emocjonalności. To emocje epistemiczne sprawiają, że w ogóle podejmujemy wysiłek poznawczy, napędzając naszą ciekawość świata i nagradzając nas za udane próby rozwiązania problemów. Emocje mogą

⁹¹ D.M. Webster, A.W. Kruglanski, *Individual differences in need for cognitive closure*, dz. cyt., s. 1060–1062.

też przeszkadzać nam w skutecznym myśleniu, szczególnie wtedy, gdy dążenie do poczucia pewności skłania nas do akceptacji tez, które nie zostały poddane wystarczająco wszechstronnej ocenie. Emocje leżą także u podstaw dwóch kluczowych mechanizmów poznawczych, które działają na poziomie nieświadomym: intuicji i wglądu. Intuicja, nabywana wraz z doświadczeniem, pozwala na szybkie i zwykle poprawne rozwiązywanie typowych problemów. Wgląd z kolei jest narzędziem przydatnym w szczególnych wyzwaniach – sprawdza się wtedy, gdy problem jest nietypowy, a jego rozwiązanie wymaga rekonfiguracji posiadanych schematów poznawczo-behawioralnych. Mamy przy tym prawo mówić, że istnieją intuicja i wgląd prawniczy, ale tylko w tym sensie, że działanie obu mechanizmów uzależnione jest od nabytej w drodze treningu wiedzy, jak rozwiązywać problemy prawne.

Na koniec trzeba rozważyć jeszcze jedną kwestię. Nie ulega wątpliwości, że mechanizmy oparte na emocjach – a szczególnie intuicja – mają ogromny wpływ na myślenie prawnicze. Pozostaje jednak sprawą otwartą, jaki jest zakres tego wpływu. Niektórzy zdają się twierdzić, że emocje rządzą nami do tego stopnia, iż racjonalne deliberacje są jedynie ozdobnikiem, który niewiele wnosi do naszych procesów decyzyjnych. Tak uważa Jonathan Haidt – choć czyni to w odniesieniu do decyzji moralnych, a nie prawnych (zważywszy na podobieństwa między myśleniem moralnym i prawniczym, sformułowane przez niego wnioski można jednak próbować przenosić na grunt epistemologii prawniczej). W swym słynnym eseju *The emotional dog and its rational tail* (Emocjonalny pies i jego racjonalny ogon) Haidt wzywa do odrzucenia tezy, iż „wiedza moralna i sąd moralny osiągnane są, przede wszystkim, na drodze rozumowania

i refleksji”⁹². Twierdzi w zamian, że sąd moralny pojawia się w świadomości w sposób automatyczny i bez wysiłku, jako wynik działania intuicji moralnej, zaś rozumowania moralne są procesem związanym z wysiłkiem, i następują zwykle już po podjęciu decyzji, wspierając ją jedynie *ex post*. Co ważne, celem takiego rozumowania jest próba uzasadnienia wobec innych wcześniej przyjętego, intuicyjnego sądu moralnego. Oczywiście Haidt przyznaje, iż zdarza się, że to rozumowanie moralne prowadzi do powstania sądu moralnego. Jest to jednak możliwe jedynie w tych rzadkich sytuacjach, w których pierwotna intuicja jest słaba, a okoliczności umożliwiają podjęcie czasochłonnej i energochłonnej deliberacji⁹³.

Jeśli Haidt miałby rację, opasłe tomy poświęcone modelom rozumowań, formom wnioskowań, czy regułom dyskursu prawnego nie zawierałyby żadnych informacji na temat metod myślenia w prawie, a jedynie zbiór chwytów retorycznych, które pozwalają prawnikom bronić swych intuicyjnych sądów i wywierać wpływ na – również intuicyjne – decyzje innych prawników. Wydaje się jednak, że Haidt w swej koncepcji idzie za daleko. Podnosi się choćby, że szybkie i automatyczne intuicje moralne są zwykle kształcone przez wcześniej przeprowadzone rozumowania, a w sytuacji prawdziwych dylematów moralnych czy prawnych ludzie zwykle oddają się głębokiej refleksji⁹⁴. Zwraca się także uwagę, że fakt, iż procesy prowadzące do sformułowania sądu moralnego (prawnego) są zwykle aracionalne, nie oznacza, że sam sąd moralny (prawny) powinniśmy

⁹² Por. J. Haidt, *The emotional dog and its rational tail. A social intuitionist approach to moral judgement*, „Psychological Review” 108, 2001, s. 815.

⁹³ Por. tamże, s. 816 i n.

⁹⁴ Por. D.A. Pizarro, P. Bloom, *The intelligence of the moral intuitions. A reply to Haidt*, „Psychological Review” 110, 2003, s. 193–196.

uznać za aracyjny, jako że jest on dyskutowalny⁹⁵. Twierdzi się wreszcie, że ludzie są zdolni do deliberatywnej korekcji intuicyjnego sądu częściej, niż to sugeruje Haidt⁹⁶.

W kolejnych rozdziałach zajmiemy się właśnie tymi narzędziami rozumowań prawniczych, które pozwalają nam wyjść poza obszar nieświadomych, intuicyjnych decyzji: wyobraźnią i myśleniem w języku.

⁹⁵ Por. N. Levy, *The wisdom of the pack*, „Philosophical Explanations” 9(1), 2006, s. 99–103.

⁹⁶ Por. C. Fine, *Is the emotional dog wagging its rational tail, or chasing it? Unleashing reason in Haidt's social intuitionist model of moral judgment*, „Philosophical Explorations” 9(1), 2006, s. 83–98.

Wyobraźnia

1. Śladami Petrażyckiego

Leon Petrażycki był bez wątpienia jednym z najciekawszych teoretyków prawa przełomu dziewiętnastego i dwudziestego wieku. Polak z pochodzenia, wykształcony na uniwersytetach niemieckich, swoje najważniejsze dzieła pisał po rosyjsku, pracując na uniwersytecie w Petersburgu. Ale to nie życiowe losy Petrażyckiego – tak przecież typowe dla wykształconego mieszkańca Europy Środkowej przed stu laty – a treść głoszonych przez niego teorii stanowić powinny przedmiot naszego szczególnego zainteresowania.

Petrażycki był jednym z pierwszych teoretyków, który – na trzydzieści lat przed Hutchesonem i jeszcze kilka dziesięcioleci przed współczesnymi psychologami – bronił roli emocji w poznaniu prawniczym. Sam w sobie fakt ten nie jest może zaskakujący – przecież odrobina nieuprzedzonej introspekcji pozwala każdemu z nas wykryć, że decyzje prawne uwikłane być muszą w rozmaite, skomplikowane reakcje emocjonalne. Zdumienie i podziw budzi coś innego: rozległość teoretycznej konstrukcji przedstawionej przez Petrażyckiego, a jeszcze bardziej odwaga i niezwykła przenikliwość stawianych przez niego tez.

Petrażycki, całkiem dosłownie, podjął próbę zasadniczej przebudowy znanej mu psychologii; było to przedsięwzięcie