

Intuice v soudním rozhodování

Linda Tvrdíková*

Abstrakt: V rámci právní teorie a právní filosofie se téměř nesetkáme s tím, že by se někdo blíže zabýval intuicemi, city nebo emocemi. Tyto naše lidské „schopnosti“ jsou často odbyty tím, že pouze zatemňují úsudek a jsou nikoli objektivní, ale zcela subjektivní. I pokud se podíváme do historie, setkáváme se s těmito tématy spíše zřídka – výjimkou jsou právní realisté, jejichž pracím není v rámci naší tradice a právní teorie věnována příliš velká pozornost, ať už se jedná o americký právní realismus, či skandinávský právní realismus. Právě otázce intuicí byla věnována pozornost u amerických právních realistů, a jelikož se v tomto textu budeme touto problematikou zabývat, jejich myšlenky si v první části představíme. Cílem tohoto textu je seznámit čtenáře s myšlenkami amerického právního realismu v jejich nekarikované formě, zejména ve vztahu k ústřednímu tématu, tedy intuicím, a následně ukázat, že jejich postřehy jsou víceméně v souladu s tím, jak na ně dnešní věda nahlíží a jak nám je představuje. Americký právní realismus tak může být označen jako poměrně úspěšná deskriptivní teorie, což bylo jeho aspirací, a je tedy s podivem, že se mu nevěnuje i v rámci teorie a filosofie práva více pozornosti a sklízí spíše kritiku. Další věcí, na kterou poukážeme, je to, že intuice nejsou pouze zdrojem zkreslení, ale i naší velice silnou stránkou. Podle autorky pak není na místě odbývat je konstatováním toho, že v právním myšlení nemají co dělat. Jsou součástí každého myšlení, tedy i toho právního, a proto by jim měla být věnována pozornost.

Klíčová slova: intuice, myšlení, rozhodování, právní realismus, kognitivní věda

Úvod

Pokud se podíváme na literaturu, která se zabývá interpretací práva a soudním rozhodováním, bezpochyby narazíme na texty, které se věnují problematice právní argumentace, rozebírají jednotlivé argumenty nebo se věnují logice. Pokud totiž hovoříme o soudním rozhodování a právním myšlení, nezřídka je zdůrazňován rozum, logické¹ a racionální myšlení.² Interpretace a aplikace práva je velice často vyličena jako logická operace, kdy pouze subsumujeme nějaká fakta pod obecnou právní normu, tu analyzujeme skrze její jazykové vyjádření, kdy se nám pak z těchto pojednání může zdát, že práce soudce spočívá pouze v důkladné analýze textu. Jak uvádí Bartosz Brożek, po přečtení metodologických

* Mgr. Bc. Linda Tvrdíková. Doktorandka na katedře právní teorie Masarykovy univerzity v Brně. E-mail: Linda.Tvrdikova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9115-1052>. Tento text vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Role intuice v soudním rozhodování* číslo MUNI/A/1524/2020 podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2021.

1 Může se zdát, že právě tyto naše schopnosti logického myšlení by nás mohly odlišovat od zvířat. Pokud se však podíváme do zvířecí říše, pak zjistíme, že u vyšších primátů (minimálně u nich) nalezneme podobné schopnosti. Tomasello hovoří o protologice. Viz např. TOMASELLO, Michael. *A Natural History of Human Thinking*. Cambridge: Harvard University Press, 2014, s. 19.

2 Jak uvádí například Diana Richardsová, už samotný název současného paradigmatu právní myšlení (v angličtině *legal reasoning*) svádí k tomu, abychom uvažovali o racionálním aktu. Podle ní, stejně jako podle Brožka, je to ale v současné době, kdy dochází k rozvoji poznatků v oblasti kognitivních věd, neudržitelná pozice, neboť tyto výzkumy naznačují, že lidé často uvažují intuitivně. Těto problematice se budeme i my v tomto textu věnovat. “[N]owadays one major paradigm in legal theory is that of “legal reasoning” – even its title suggests a paradigm where one considers the act of judging a rational act [...]” RICHARDS, Diana. When Judges Have a Hunch: Intuition (and Some Emotion) in Judicial Decision Making. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. 2016, Vol. 102, No. 2, s. 245–260.

učebnic můžeme nabýt dojmu, že svět práva je čistě lingvistický a právníci jsou výbornými analyzátoři textu.³

S čím se v rámci právní teorie a právní filosofie setkáme méně často, je pak to, že by se někdo blíže zabýval intuicemi, city nebo emocemi. Tyto naše lidské „schopnosti“ jsou často odbyty tím, že pouze zatemňují úsudek a jsou nikoli objektivní, ale zcela subjektivní.⁴ Pokud se podíváme i do historie, pak se s těmito tématy setkáváme spíše zřídka – výjimkou jsou pak právní realisté, jejichž pracím není v rámci naší tradice a právní teorie věnována příliš velká pozornost,⁵ ať už se jedná o americký právní realismus,⁶ či skandinávský právní realismus.⁷ Právě otázce intuicí byla věnována pozornost u amerických právních realistů, a jelikož se v tomto textu budeme touto problematikou zabývat, tak si jejich myšlenky v první části představíme.

V podání amerických právních realistů se může zdát, že se jedná o jakousi mystickou schopnost, nějaký soudcovský šestý smysl. Ostatně i sám Joseph C. Hutchenson tak tento

³ BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 1–2. „[Z] metodologických učebnic jasně vyplývá, že právní uvažování se věnuje zejména [...] výkladu jednotlivých ustanovení, jejich aplikaci na konkrétní případy [...]. Jedná se tak o myšlenkové operace, které vyžadují jazyk. Když člověk potřebuje vědět, co je platným právem, je třeba ověřit [...], která zákonná ustanovení byla řádně přijata [...]. Když člověk vykládá právo, zabývá se jazykovými výrazy a zvažuje jejich doslovný, nebo funkční význam. Aplikace práva je často zobrazována jako logický postup spočívající v „podřazení“ daných skutečností pod obecnou právní normu. [...] Zdá se, že právní svět je lingvistický a že právníci jsou skvělí v analýze textů.“ Překlad vlastní. To, že se zaměřujeme zejména na „racionální“ stránku a argumentaci, samozřejmě dává jistý smysl, neboť soudce po tom, co rozhodne nějaký případ, musí své rozhodnutí odůvodnit. Pokud však chceme jít více do hloubky a analyzovat a explikovat samotné rozhodnutí, pak je dle mého názoru vhodné zaměřit se i na ony „skryté“ stránky a motivy soudních rozhodnutí, kterými jsou například intuice. Samozřejmě je otázkou, jak tyto odhalovat a zkoumat, ovšem samotná náročnost zkoumání není dle mého názoru důvodem k tomu, abychom o těchto věcech nepojednávali a diskutím o těchto fenoménech se vyhýbali. Tento text lze chápat jako seznámení se s danou problematikou, kde může sloužit jako základ pro další zkoumání. Samotná autorka textu se hodlá touto problematikou i nadále zabývat. Po vytvoření teorie má v úmyslu tuto ověřit i prostřednictvím empirických výzkumů.

⁴ Wright uvádí ve svém článku příklady vyjádření amerických soudců, kde je debata ohledně intuicí celkem živá. Na tomto místě uvedu pouze „negativní“ hodnocení zaznívající na adresu intuicí. V případě „*State v. Martini*, 651 A.2d 949, 997-1000 (N.J. 1994) (Handler, J., disenting judge) (na několika místech spojuje intuici s pouhou subjektivitou při kritice přezkumu přiměřenosti trestu smrti a odkazuje také na „nevysvětlitelné intuitivní morální reakce“ soudců na konkrétní trestné činy). [...] *Shaffer v. Farm Fresh, Inc.*, 966 F.2d 142, 145-46 (4th Cir. 1992) (zastává názor, že „je zapotřebí nějakého silnějšího objektivního důvodu [...] než pouhé soudcovské intuice [...]“). *Squires v. Squires*, 854 S.W.2d 765, 775 (Ky. 1993) (Leibson, J., disenting judge) (uvádí, že „stanovisko většiny [...] je spíše intuitivní než objektivní“).“ Překlad vlastní. WRIGHT, George R. *The Role of Intuition in Judicial Decisionmaking*. *Houston Law Review*. 2006, Vol. 42, Iss. 5, 2006 [cit. 2021-06-08]. Dostupné z: <<https://houstonlawreview.org/article/4799-the-role-of-intuition-in-judicial-decisionmaking>>.

⁵ Samozřejmě existují výjimky. Například skandinávskému právnímu realismu věnovali kapitolu v knize *Filosofie práva* Tomáš Gábriš a Marek Káčer. GÁBRIŠ, Tomáš – KÁČER, Marek. *Právní realismus*. In: SOBEK, Tomáš – HAPLA, Martin a kol. *Filosofie práva*. Iurium Handbook Series, 2020, 485 s.

⁶ V současné době však dochází alespoň v angloamerické literatuře k „renesanci“ myšlenek amerických právních realistů, kde se jejich myšlení věnuje například Brian Leiter. Dále se zde začíná tvořit „směr“, kde sami sebe nazývají novými právními realisty. Případně zájemce o literaturu ohledně amerického právního realismu mohou odkázat na: LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, 275 s. K novému právnímu realismu jsou pak zejména sborníky. Můžeme uvést například: MERTZ, Elisabeth – MACAULAY, Stewart – MITCHELL, Thomas W. (eds). *The New Legal Realism: Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

⁷ Zde zase můžeme uvést, že myšlenky těchto realistů inspirují současné italské právní teoretiky, kde například Chiassoni ve své knize přímo zmiňuje jméno Karla Olivecrony, kterého považuje za předchůdce pragmatického realismu, což byl pohled, který prezentoval ve své knize *Interpretation without Truth*, kterou mohu vřele doporučit. CHIASSONI, Pierluigi. *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry*. Springer, 2019.

„cit“ nazývá.⁸ My si však v tomto textu ukážeme, že je můžeme vysvětlit za pomoci kognitivních věd. A pokud se na ně podíváme touto optikou, pak nám nebudou připadat vůbec záhadné. V posledních letech se spousta kognitivních vědců věnovala právě otázce intuicí, citů a emocí a začíná se ukazovat, že naše myšlení je možná úplně jiné, než jsme si mysleli, že je mnohem více zakořeněné právě v citech a emocích⁹ a že intuice jsou nevyhnutelnou součástí našeho myšlení.¹⁰ Bude představen model, který tvrdí, že intuice vycházejí z našich zkušeností¹¹ a z toho důvodu je pak důležitá i zpětná vazba,¹² aby se formovaly co nejpřesněji.

V poslední části textu se zaměříme na to, co se v souvislosti s nimi často uvádí, což je, že mohou často vést ke zkreslením a nesprávným výsledkům. Pokud si někdo přečte například práce Kahnemana a Tverského,¹³ může nabýt dojmu, že intuice jsou opravdu spíše přítěží. Kahneman a Tversky se totiž zaměřovali právě na tato selhání. Některá tato selhání intuic si představíme. Uvidíme, o jaká „zkreslení“ se jedná, a čtenář může zhodnotit, zda je v rámci práva můžeme označit jako zásadní. Další věcí je, že se jich lze vyvarovat, pokud si jich budeme vědomi, k tomuto vědomí může přispět právě i tento text.

Cílem tohoto textu je tak seznámit čtenáře s myšlenkami amerického právního realismu v jejich nekarikované formě, zejména ve vztahu k ústřednímu tématu, tedy intuicím, a poukázat na to, že tyto postřehy a myšlenky jsou relevantní i pro naši právní kulturu. Dále pak ukázat, že postřehy amerických právních realistů jsou víceméně v souladu s tím, jak na intuice dnešní věda nahlíží a jak nám je představuje. Americký právní realismus tak může být označen jako poměrně úspěšná deskriptivní teorie, což bylo jeho aspirací,

⁸ “I recognized, of course, that in the preparation of the facts of a case there was room for intuition, for feeling, that there was a sixth sense which must be employed in searching for the evidence [...]” (s. 275). “[...] would hunch out just verdict after verdict by the use of that sixth sense, that feeling, which flooding the mind with light, gives the intuitional flash necessary for the just decision.” (s. 277). HUTCHENSON, Joseph C., Jr. The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision. *Cornell Law Review*. 1929, Vol. 14, Iss. 3, April [cit. 2021-06-08]. Dostupné z: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=clr>>.

⁹ “[L]egal reasoning, just as any other kind of thinking is deeply rooted in our emotionality”. BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 37.

¹⁰ Jak zdůrazňují i kognitivní vědci. Viz např. KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. Penguin, 2012, KLEIN, Gary. *The Power of Intuition: How to Use Your Gut Feelings to Make Better Decisions at Work*. Currency, 2004.

¹¹ Viz např. EPSTEIN, Seymour. Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory. In: PLESSNER, Henning – BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*. London: Routledge, Taylor and Francis Group, 2014, BETSCH, Tilmann. The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making. In: PLESSNER, Henning – BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*. London: Routledge, Taylor and Francis Group, 2014. Stejně tak přistupuje k intuicím ve své knize i Bartosz Brożek, který uvádí, že považuje intuici za mechanismus, který je založen na zkušenostech. BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 6.

¹² HOGARTH, Robin M. On the Learning of Intuition, s. 101–103. In: PLESSNER, Henning – BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*.

¹³ Např. TVERSKY, Amos – KAHNEMAN, Daniel. Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*. 1974, Vol. 185, No. 4157, s. 1124–1131 [cit. 2021-06-08]. Dostupné z: <<https://science.sciencemag.org/content/185/4157/1124>>. Naopak třeba Gary A. Klein ukazuje zcela opačnou stránku intuic ve své knize *Sources of Power: How People Make Decisions*, kde uvádí, že byla napsána spousta knih o tom, jaké jsou naše limity, kde naše schopnosti selhávají a jak toto můžeme vylepšit a vyvarovat se chyb a selhání. Jsou popisovány metody, které nás naučí přemýšlet více „čistě“, byly vyvíjeny i podpůrné systémy, které by nám měly pomoci při našem rozhodování se, a expertní systémy, které měly nahradit nás – nedokonalé lidi – v rozhodování. Gary Klein uvádí, že tuto svou knihu napsal, aby tuto literaturu trochu vyvážil a ukázal nám jinou perspektivu. Chce nám ukázat, že my – nedokonalí lidé – máme schopnosti, které jsou naopak našimi silnými stránkami. Takovou schopností je podle něho právě i intuice. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*. Cambridge: The MIT Press, 2017, úvod ke kap. 1.

a je tedy s podivem, že se mu nevěnuje i v rámci teorie a filosofie práva více pozornosti a sklízí spíše kritiku. Další věcí, na kterou poukážeme, je to, že intuice nejsou pouze zdrojem zkreslení, ale i naší velice silnou stránkou, a že jsou mnohem běžnější, než si myslíme. Podle autorky pak není na místě obdivovat je konstatováním toho, že v právním myšlení nemají co dělat. Jsou součástí každého myšlení, tedy i toho právního, a proto by jim měla být věnována pozornost.

1. Intuice a americký právní realismus

Myšlení amerických právních realistů se v našem právním prostředí nevěnuje příliš velké pozornosti. Pokud už ano, je podáván poměrně zjednodušený, někdy až karikující obraz. Nutno podotknout, že k tomu přispěl právě jeden z jejich členů,¹⁴ a to Jerome Frank, což je poměrně paradoxní. My sice dnes, pokud hovoříme o americkém právním realismu, sem řadíme právě i Jeroma Franka, ovšem každé takovéto škatulkování s sebou nese jistá úskalí a nepřesnosti. Samotný Frank o sobě totiž nesmyslel tak, že by byl jedním z realistů. Pokud hovoří o realitech, tak jako o nějaké skupině, jejíž součástí spíše není, na což upozornil například Neil Duxbury ve svém článku *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*.¹⁵ Brian Leiter pak hovoří o tom, že dochází k „frankifikaci“ myšlenek amerických právních realistů, i když třeba myšlenky jiných členů byly odlišné.¹⁶

Leiter shrnuje Frankovy myšlenky takto: „*Jak soudci rozhodují případy? Podle Franka nejprve vyberou řešení, které chtějí, které se jim líbí, a pak hledají premisy, kterými by je podložili.*“¹⁷ Soudci jsou tak zaměřeni na nějaký svůj závěr, který se jim zalíbil, a až následně vyhledávají nějaké skutečnosti, nějaká fakta a nějaká pravidla, kterými by svůj závěr justifikovali. Při této justifikaci dochází z jejich strany k tomu, že s těmito fakty a pravidly manipulují zcela podle svého a nejsou ničím omezeni – mají tak ničím neomezenou dis-

¹⁴ „Frank se totiž považoval za člověka, který stojí mimo ‚hlavní proud‘ realismu. [...] Pokoušel se zřejmě zaútočit nejen na Langdella [...], ale i na realismus jako takový. [...] Psal o těchto myslitelích do značné míry spíše jako pozorovatel [...] jejich intelektuálního prostředí. Pro Franka to byli spíše ‚oni realisté‘, než ‚my realisté‘.“ (s. 178). Překlad vlastní. DUXBURY, Neil. Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism. *Journal of Law and Society*. 1991, Vol. 18, No. 2, Summer, s. 175–205 [cit. 2021-06-08]. Dostupné z: <https://www.jstor.org/stable/1410136?seq=1#metadata_info_tab_contents>.

¹⁵ K odkazu Jeroma Franka např. DUXBURY, Neil. *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*. I Duxbury zde, podobně jako Leiter ve svých esejích (viz poznámka pod čarou č. 17 tohoto textu), zmiňuje nepřilíš pozitivní úlohu, kterou Jerome Frank v dějinách amerického právního realismu sehrál.

¹⁶ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 16–17. Rozdílnost Frankova myšlení a myšlení dalších právních realistů rozebírá i Duxbury ve svém článku o Frankovi a jeho odkazu. Frank byl totiž skeptikem *par excellence*, nebyl skeptický jen ohledně pravidel, ale i ohledně faktů. Viz DUXBURY, Neil. *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*, zejména s. 178 an. To souvisí pak i s tím, kde spatřovali zdroje neurčitosti práva. Leiter ve své poznámce *A Note on Legal Indeterminacy* uvádí, že pokud chceme říct, že právo je neurčité, pak to může být ze čtyř hlavních důvodů. Prvním je to, že řekneme, že prameny práva jsou neurčité, druhou možností je říci, že legitimní metody interpretace práva jsou neurčité, třetí možností je říci, že legitimní způsoby charakteristiky faktů vzhledem k jejich právní relevanci (důležitosti) jsou neurčité, a čtvrtou možností pak může být neurčitost legitimních cest odůvodňování právními pravidly a právně kvalifikovanými fakty. Frank se od ostatních právních realistů lišil tím, že zdůrazňoval neurčitost vyplývající zejména z třetího zdroje neurčitosti – tedy faktů, zatímco ostatní právní realisté zdůrazňovali neurčitost zejména ve vztahu k možnosti druhé – tedy legitimních metod interpretace práva. Zde existují, jak víme, různé teorie, ať se již jedná o intencionalismus, originalismus, purposivismus a další. Viz LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 9.

¹⁷ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, poznámka č. 12 k první esejí.

kreci.¹⁸ K tomuto závěru dospěl svou vlastní dedukcí a interpretací tvrzení Josepha C. Hutchensona, který ve svém článku zmínil, že soudce, který je na cestě za spravedlivým řešením, bude následovat své tušení (intuici, *hunch*), kamkoli ho povede.¹⁹ Frank z toho dovodil, že cokoli, co vytváří tato soudcova tušení, vytváří i právo.²⁰ Právo tak není vůbec jisté, ale je ponecháno na milost, či nemilost ničím neomezené soudcovské diskreci.²¹

My se dále touto frankifikovanou verzí amerického právního realismu nebudeme zabývat,²² i když většina kritiky, která se vznáší proti americkému právnímu realismu, míří právě proti této jeho verzi,²³ ale zaměříme nyní svou pozornost, vzhledem k našemu ústřednímu tématu, zejména na Josepha C. Hutchensona, Jr. Ten napsal v roce 1929 kratičkový článek *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*.²⁴ Jak uvidíme v druhé části, i když se samotný Hutchenson neopíral o dnešní vědecké teorie (což objektivně nemohl), tak to, co ve svém kratičkém článku popisuje, zapadá do obrazu myšlení a rozhodování tak, jak je dnes přijímáno vědeckou komunitou, a na základě nejrozumnějších experimentů se jeví jako skutečný popis toho, jak přemýšlíme a jak činíme rozhodnutí.

Na tomto místě si tedy představíme Hutchensonův článek. Začíná tím, že popisuje, jak jako mladý absolvent opustil školu a měl jasné představy o tom, jak právo funguje. Uvádí, že byl na univerzitě vyškolen tak, aby dodržoval právo, přičemž se o právu hovořilo jako o systému pravidel a precedentů, kategorií a pojmů. Obraz soudce, který si z univerzity odnesl, byl takový, že se jedná o úředníka, který je strohý a chladný, je to spíše takový logický stroj, který svým logickým uvažováním určoval vztah mezi fakty jednotlivých případů a předešlými precedenty.²⁵ Byl pak udiven, když mu při rozhodování jednoho velmi složitěho případu soudce sdělil, že počká na své „tušení“ (anglicky *hunch*), a považoval to pouze za vtip, a to ještě hodně špatný, jelikož ctil právo kvůli jeho logické rigiditě a přesnosti, které předpokládal.²⁶

Přitom už například Oliver Wendell Holmes v roce 1881 ve své knize *The Common Law* napsal, že život práva není logika, ale zkušenost, pocit – soudce a jeho rozhodování ovlivňuje to, co pocituje jako potřeby doby, je ovlivněn i převládajícími morálními a politickými teoriemi,²⁷ intuicemi, a to ať už vědomě či nevědomě. Holmes uvádí, že soudci kromě

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*, s. 278.

²⁰ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. 1949, s. 112.

²¹ DUXBURY, Neil. *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*, s. 184.

²² Případné zájemce pak odkazují na již výše citovaný článek Neila Duxburyho *Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism*.

²³ Když se např. podíváme na „charakteristiku“ amerického právního realismu Ronalda Dworkina, který tvrdí, že podle realistů soudci ve skutečnosti rozhodují případy na základě svých vlastních politických nebo morálních názorů a až posléze vybírají nějaké právní pravidlo, které by sloužilo jako racionalizace jejich rozhodnutí. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, s. 3. Nebo například když Frederick Schauer popisuje realisty jako někoho, kdo tvrdí, že soudci jsou do značné míry neomezení a neovlivnění vlivy a silami, které jsou externí jejich vlastním názorům. SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Oxford University Press, 1991, s. 191.

²⁴ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*, s. 278.

²⁵ Ibidem, s. 274. Na tomto místě si dovolím poznamenat, že podobný výklad a představu podle Brožka nalezneme v našich metodologických učebnicích. Viz pozn. pod čarou 3 tohoto textu, nebo přímo BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 1–2.

²⁶ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*, s. 274.

²⁷ Tento pohled je v souladu se současným působením kultury a společnosti na jednotlivce. Některé faktory máme zděděné, máme tedy inklinaci k nějakému uvažování a smýšlení, ale spoustu věcí se učíme ze svého prostředí, a to ať už

tohoto ovlivnění teoriemi a intuicemi sdílí s ostatními spoluobčany dokonce i předsudky.²⁸ A toto všechno má podle něho větší podíl na určování toho, jakými pravidly by se měl člověk řídit, než nějaký sylogismus.²⁹ Sám Hutchenson uznává, že moudrost těchto mužů, kteří hovořili o pocitu a intuicích, začal poznávat až postupem času, když získával více zkušeností.³⁰

Když začínal, tak právo viděl jako něco, co už je plně vytvořené, plně „dospělé“, a že veškeré procesy jsou již plně ustálené. Zcela odmítal to, že by právo stále mělo mít nějaký „svůj život“, mělo by se vyvíjet a růst. Uvádí, že si byl samozřejmě vědom, že v minulosti

explicitně, nebo implicitně. Tato naše schopnost je ostatně velmi důležitá právě i pro intuice. Díky tomu, že jsme takto skvělími „napodobiteli“, podle kognitivních vědců u lidí dochází ke vzniku a vývoji kultury, kde se v posledních dekáдах hovoří o kulturní evoluci. Na tomto místě nebudeme kulturní evoluci blíže rozebírat, neboť není ústředním tématem našeho textu, mohu ovšem doporučit následující literaturu, kde se může čtenář s tímto konceptem seznámit: např. PEREGRIN, Jaroslav. Rules as the Impetus of Cultural Evolution. *Topoi*. 2013, No. 33 [cit. 2020-09-03]. Dostupné z: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11245-013-9219-2>>. TOMASELLO, Michael. *The Cultural Origins of Human Cognition*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. PINKER, Steven. *The Blank Slate: Modern Denial of Human Nature*. New York: Penguin Books, 2003. BLACKMORE, Susan. *The Meme Machine*. Oxford: Oxford University Press, 2000. RAKOCZY, Hannes – TOMASELLO, Michael. The Ontogeny of Social Ontology: Steps to Shared Intentionality and Status Function. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (ed.) *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*. Springer, 2007, s. 120 an. Toto souvisí i s tím, že jsme velice dobří v objevování vzorců a pravidel v našem prostředí, které následně následujeme a i vynucujeme. Této naší schopnosti si všímá už například Ludwig Wittgenstein a v této souvislosti hovoří o „Form of Life“ – formě života, kde si např. v § 241 všímá, že komunální shoda není shodou v názorech, ale ve formě/způsobu života. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. New York: Prentice Hall, 1973, § 241. Tato forma života může být spatřována tím způsobem, že je vytvářena prostřednictvím nějakých vzorců chování, zvyků a praktik, které nějaká komunita sdílí. Tyto formy života jsou pak kontingentní, my si je nevybíráme, ale rodíme se do nějaké společnosti, která tyto formy života sdílí. Mohly by být jiné, kdybychom byli jinak biologicky konstruováni, nebo kdyby například historické okolnosti byly jiné. My jsme těmito vzorci a svým okolím ovlivnění a ovlivňováni. BROŻEK, Bartosz. *Rule-following. From Imitation to the Normative Mind*. Krakow: Copernicus Center Press, 2013, s. 41.

²⁸ Jelikož samotnému tématu předsudků se v následujících částech textu nebudeme explicitně věnovat, byť s intuicemi a implicitním učením se souvisejí, na tomto místě uvedeme několik postřehů a poznámek z dnešní doby. Předsudky – sociální stereotypy jsou tak běžnou součástí našeho života a našeho vnímání, že je někteří kognitivní psychologové a neurovědci označují jako „chronicky přístupné“. Viz např. BARGH, John A. – LOMBARDI, Walter J. – HIGGINS, Tory E. Automaticity of person X Situation effects on impression formation: It's just a matter of time. *Journal of Personality and Social Psychology*. 1988, Vol. 55, No. 4 [cit. 2021-06-10]. Dostupné z: <<https://pdfs.semanticscholar.org/b549/1d6400ac794c2d24c4c93ce84e2009c54cc.pdf>>. To znamená, že často tyto stereotypy, které přijmeme z našeho okolí v raném věku, fungují implicitně. Dochází k tomu, že si nejsme vědomi zkreslení našeho hodnocení stereotypem. Viz BREST, Paul – KRIEGER, Linda Hamilton. *Problem solving, decision making and professional judgment: A Guide for Lawyers and Policymakers*, s. 306–307. Toto probíhá na intuitivní úrovni, je velice těžké to ovlivnit. Vědci zjistili, že dokonce i některým členům takto stereotypizovaných skupin se toto stereotypické schéma aktivuje. Viz BREST, Paul – KRIEGER, Linda Hamilton. *Problem solving, decision making and professional judgment: A Guide for Lawyers and Policymakers*, s. 334–335. Pro právníky může být mimo jiné zajímavé i to, že aby došlo k aktivaci tohoto systému, stačí pouze použít slova, která jsou s těmito sociálními stereotypy spojena. K tomuto zjištění dospěli John A. Bargh, Mark Chan a Lara Burrows. Ti prováděli experiment, kdy měli skupinu lidí, kterým řekli, že mají za úkol dešifrovat nějaké věty. Těmto byly opravdu předloženy věty, kde v některých byla použita slova, která si lidé v Americe asociují se staršími – například „bingo“, „Florida“ – a jiným byla předkládána slova s neutrálním významem – například „písek“, „obyčejný“. Po tom, co rozšiřovali věty, věřili, že experiment a jejich úkol již skončil, a mohli jít k výtahu. Ti, kteří měli věty, kde se vyskytovala slova, která si asociují se staršími lidmi, šli k výtahu mnohem pomaleji než ti, kterým byla předkládána slova neutrální. Proto se můžeme domnívat, že tato schémata aktivovaná těmito sociálními stereotypy v naší mysli ovlivňují dokonce i naše vlastní chování a jednání. Viz BARGH, John A. – CHEN, Mark – BURROWS, Lara. Automaticity of social behavior: Direct effects of trait construct and stereotype activation on action. *Journal of Personality and Social Psychology*. 1996, Vol. 71, No. 2 [cit. 10. 6. 2021]. Dostupné z: <https://www.psychologytoday.com/files/attachments/5089/bargh_chenburrows1996.pdf>.

²⁹ HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law* 1. 1881, citováno podle WRIGHT, George R. *The Role of Intuition in Judicial Decisionmaking*, s. 1382–1383.

³⁰ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the "Hunch" in Judicial Decision*, s. 278 an., nebo BROŻEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 12.

bylo právo tvořeno soudci, byl si vědom i toho, že soudci musí rozhodnout ve všech případech, ale myslel si, že veškerá kreativní činnost soudců a evoluce práva³¹ je již u konce a že v moderním právu má své místo pouze dedukce a soudci musí rozhodovat pouze na základě toho, jak rozhodovali jejich předchůdci.³²

Když se ale dostal víc do praxe, tak se jeho názor začal měnit. Začal si uvědomovat, že je to jinak, než si jako mladičkový absolvent myslel. Potkával skvělé právníky, kteří byli úspěšní právě díky svým intuitivním schopnostem, které nabyli prostřednictvím své praxe, trénování a kultivování jejich imaginace. Začal přicházet na to, že právo se opravdu mění a modifikace je „životem“ práva. Díky svým zkušenostem už nepochyboval o tom, že opravdu dobrý soudce „cítí“, jak má případ rozhodnout.³³ Jak uvedl Oliver Wendell Holmes: „*obecné propozice nerozhodují konkrétní případy. Rozhodnutí závisí na úsudku, nebo intuici, která je mnohem jemnější než jakákoli hlavní premisa.*“³⁴ Samozřejmě, nejen dobří soudci jsou obdařeni touto schopností, ale například i advokáti. Ti se však od soudců liší tím, že mají jasný cíl, a to vyhrát pro svého klienta soudní spor. Nebudou tedy následovat své intuice, které je vedou směrem opačným. Soudci na rozdíl od nich nemají takto stanovený směr, soudci mají rozhodnout spravedlivě v souladu s právem, proto mohou následovat své intuice, kamkoli je zavedou.³⁵

Intuice je pak světlem, které soudce vede cestou, „*když je případ obtížný, [...] když je mnoho závaží na jedné i druhé straně.*“³⁶ V tom případě pak Hutchenson popisuje, že „*[...] po tom, co jsem prozkoumal všechny dostupné materiály a řádně jsem nad nimi rozvažoval a přemýšlel, tak jsem nechal prostor své imaginaci [...] a čekal na ten pocit, na to tušení – ten intuitivní záblesk porozumění, který spojí otázku s rozhodnutím, a v místě, které je pro soudcovy nohy nejtemnější, vrhá světlo na jeho cestu.*“³⁷ Hutchenson si je jistý tím, že intuice jsou naší špičkovou schopností, kterou disponují nejen ti nejlepší soudci a právníci, ale i ti nejlepší hráči, detektivové, nebo i vědci a matematici. Intuice podle něho otevírají

31 Jako příklad toho, že tato kreativní činnost soudců a evoluce práva nekončí, může být spatřováno to, že i v dnešní době se neustále judikatorně vyvíjejí některé doktríny, a to nejen v rámci *common law*, ale i v naší právní kultuře. V našem prostředí můžeme uvést například doktrínu „prozařování“ základních lidských práv. Ostatně toto bude diskutováno v části 1.1 tohoto textu, kdy se budeme snažit poukázat na to, že myšlení právních realistů, byť se vztahovalo k jiné právní tradici, má svou relevanci i pro naši právní kulturu.

32 Hutchenson zde hovoří i o slibu, který soudci skládají. Ten, jak víme, skládají i soudci v České republice. K tomuto slibu se ještě v textu dostaneme, ale i na tomto místě si dovoluji upozornit, že soudce slibuje to, že se bude řídit právním řádem České republiky, tedy nikoli výslovným zněním toho kterého ustanovení, ale právním řádem jako celkem, a bude ho vykládat nikoli podle jeho jazykového znění, ale podle „*svého nejlepšího vědomí a svědomí*“ a v souladu s tímto jeho výkladem bude rozhodovat „*nezávisle, nestranně a spravedlivě.*“ Slib viz § 62 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

33 HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 276–277.

34 HOLMES, Oliver. Wendell dissenting in the case *Southern Pacific v. Jensen*, 244 U. S. 205, 221, 37 Sup. Ct. 524 (1917) citováno podle HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 277. Překlad vlastní. Holmes zde naráží opět na to, že životem práva není logika a sylogismus, kde právě v sylogismu máme hlavní premisu (“major premise”), ale spíše zkušenost a cit.

35 HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 278. Jak bylo uvedeno výše, tak této Hutchensonovy poznámky využil Jerome Frank k tomu, aby dovodil, že právo je absolutně nedeterminované a není možné určit, jak bude soudní spor rozhodnut, neboť to záleží čistě na osobě soudce. Domnívám se však, že až takto extrémně to Hutchenson nemyslel. Chtěl pouze poukázat na to, že právní zástupci zastupující některou ze stran mají pevně daný směr, kterým se jejich argumentace má ubírat, zatímco soudce takto daný směr nemá, jeho cílem není výhra jedné, nebo druhé strany, ale spravedlivé vyřešení případu.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

dveře, které byly předtím zavřené. Díky nim dochází k rozšiřování našich obzorů.³⁸ Z člověka, který si myslel, že pocity a intuice nemají v právu své místo, že právo je jisté a předem determinované, se tak stal člověk, který dospěl k tomu, že intuice jsou velice užitečné a v soudním rozhodování přítomné.

1.1 Jsou tyto postřehy relevantní i pro naši právní kulturu?

V předchozím textu jsme se seznámili se základními myšlenkami právního realismu, které se dotýkají tématu intuic v soudním rozhodování. Někteří by si mohli říci: „Dobře, ale to jsou myšlenky *common law* soudců, a proto je nemusíme brát v potaz, neboť my v České republice, nebo celkově zde na kontinentě, máme jinou právní kulturu.“ V této části se proti takovéto skeptické poznámce pokusíme „bránit“, aby i takovýto skeptik uznal, že nás intuice i v rámci naší právní kultury, konkrétně pak v prostředí České republiky, mohou a mají zajímat.

Už v rámci poznámek pod čarou bylo uvedeno, že ani v našem prostředí není ukončena ona evoluce práva, ke které dochází prostřednictvím soudního rozhodování a judikatury. Pokud se podíváme, tak i dnes soudy vytvářejí doktríny, které jsou pro vývoj práva a judikatury zcela zásadní. Jako příklad můžeme uvést „prozařování“ ústavy, zejména pak základních lidských práv a svobod, celým právním řádem České republiky. S odkazem na toto „prozařování“ se můžeme setkat v judikatuře Ústavního soudu, který „[...] *konstatuje [stejně jako v mnoha předchozích rozhodnutích], že jednou z funkcí Ústavy, zvláště ústavní úpravy základních práv a svobod, je její „prozařování“ celým právním řádem. Smysl Ústavy spočívá nejen v úpravě základních práv a svobod, jakož i institucionálního mechanismu a procesu utváření legitimních rozhodnutí státu (resp. orgánů veřejné moci), nejen v přímé závaznosti Ústavy a v jejím postavení bezprostředního pramene práva, nýbrž i v nezbytnosti státních orgánů, resp. orgánů veřejné moci, interpretovat a aplikovat právo pohledem ochrany základních práv a svobod. V posuzované věci to znamená povinnost soudů interpretovat zákonná ustanovení a právní principy v první řadě z pohledu účelu a smyslu ochrany ústavně garantovaných základních práv a svobod [...]*“.³⁹ Tuto evoluci práva prostřednictvím doktríny vytvářené judikatorně můžeme sledovat nejen v rámci právních řádů národních, ale i v prostředí evropském, kde mohou být uvedeny doktríny *acte claire* a *acte éclairé*.⁴⁰ Ostatně nemusíme hovořit pouze o doktrínách, ale dochází i k vývoji obsahu pojmů a jednotlivých práv, například v oblasti lidských práv je otázka jejich obsahu stále živá. Zdá se tedy, že tato evoluce a jistá „kreativní“ činnost soudců, o které se zmiňoval Hutchenson,⁴¹ stále probíhá, tento jeho postřeh je tak stále relevantním.

Další věcí, která může podpořit relevanci myšlenek a postřehů amerických právních realistů i pro naši právní kulturu, je to, co opakovaně zdůrazňuje i náš Ústavní soud, totiž

³⁸ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 279, nebo BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 13.

³⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 24. dubna 2014, sp. zn. IV. ÚS 2265/13.

⁴⁰ K tomu například ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 31–33, kde Žák Krzyžanková tyto doktríny nejen popisuje a vysvětluje jejich obsah, ale zároveň poukazuje na jejich limity a nedostatky. Například to, že tím Soudní dvůr Evropské unie zatěžuje vnitrostátní soudy, které jsou už tak mnohdy dosti zatížené, když mají porovnávat všechna jazyková znění a mají rovněž zohlednit „cíle a celkový stav vývoje [...] práva Evropské unie“. Ibidem, s. 33.

⁴¹ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 276–277.

že „[...] naprosto neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace, vycházející pouze z jeho jazykového výkladu. Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad *e ratione legis* atd.). Mechanická aplikace abstrahující, resp. neuvědomující si, a to buď úmyslně, nebo v důsledku nevzdělanosti, smysl a účel právní normy, činí z práva nástroj odčizení a absurdity.“⁴² Na tomto místě Ústavní soud zdůrazňuje, že existuje poměrně široká škála postupů, jak lze v případě interpretace a aplikace práva postupovat. Na tomto místě si dovolím upozornit na to, že ani v praxi, ani v teorii se nedospělo k nějaké shodě, který postup by byl nějak obecně tím privilegovaným a jediným správným.⁴³ Existuje více možných postupů, které jsou uznávány jako přípustné.⁴⁴ V závislosti na zvoleném postupu (interpretační metodě) se může dospět i k velice odlišným závěrům. To se může zdát jako problém, ale na stranu druhou to umožňuje rozhodnout každý jeden případ tak, aby dané řešení bylo co nejpriléhavější danému případu.⁴⁵ Rozhodnutí je pak na samotném interpretovi.

Přesně tohoto faktu si všímají už i američtí právní realisté, z nichž, jak bylo uvedeno už výše v textu, většina spatřovala neurčitost práva právě v tom, že legitimní způsoby interpretace práva jsou neurčité,⁴⁶ a mnohdy pak může být rozhodujícím faktorem onen

⁴² Nález Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

⁴³ Což není jediný problém. V podstatě každý z těchto uznávaných postupů má své vlastní problémy. Například pokud při interpretaci práva hovoříme o úmyslu zákonodárce, tak se můžeme snažit zkonstruovat úmysl historického zákonodárce – v takovém případě je pak otázkou, do jaké míry a jak je legitimní to, že bychom my dnes měli být vázáni úmysly lidí, kteří žili před několika lety, nebo i před několika desítkami let? Například Andrei Marmor si pokládá otázku, zda má úmysl zákonodárce hrát nějakou roli při interpretaci práva, nebo spíše jestli vůbec takovou roli hrát může. K této problematice viz např. MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford – Portland: Oregon, 2005, kapitola 8, Legislative Intent and the Authority of Law, s. 119 an. V souvislosti s touto problematikou jde například ještě dál například Brian Leiter, který se zabývá samotnou otázkou legitimacy zvolených zástupců, tedy zákonodárce. Uvádí, že sice žijeme v tom, že žijeme v demokracii, kde si vládne lid sám sobě, kdy projevuje lid svou vůli ve svobodných, rovných volbách – to ovšem není podle Leitera a některých výzkumů zaměřených na chování a rozhodování voličů tak zcela pravda. Voliči jsou ovlivňováni spoustou irelevantních faktorů, kdy v důsledku toho jejich volba není ta, že by zvolili někoho, kdo by nejlépe odpovídal jejich preferencím a vůli. Viz LEITER, Brian. *The Role of Judges in Democracies: A Realistic View*. In: CHIASSONI, Perluigi – SPAIČ, Bojan. *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*. Switzerland: Springer Nature Switzerland, 2021, s. 7 an. Tato otázka mně osobně přijde jako poměrně dost zásadní a musím přiznat, že podobné úvahy mě rovněž napadly, byť v souvislosti s trochou jinými aspekty a příčinami toho, že by zvolená reprezentace vůbec nemusela odpovídat „vůli“ lidu, rovněž jsem své úvahy neměla podloženy nějakými většími empirickými výzkumy (prováděla jsem pouze několik rozhovorů s lidmi ve svém okolí). Na tomto místě není prostor se této otázce věnovat. Tato poznámka může být spatřována jako námět na zamyšlení se i nad dalšími aspekty, které by mohly pohled nejen na interpretaci a aplikaci práva posunout a možná i změnit, ale celkově i na postavení soudců a jejich úlohy, kdy nejčastějším argumentem proti „právo tvorbě“ soudců je to, že nejsou voleni lidem. Pokud by ani zákonodárce nebyl volen tak, aby to odpovídalo vůli lidu, pak by dle mého skromného názoru byl tento argument poměrně dost oslaben.

⁴⁴ BURAZIN, Luka – RATTI, Giovanni Battista. *Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation*. In: CHIASSONI, Perluigi – SPAIČ, Bojan. *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, s. 134.

⁴⁵ James Kent prohlásil, že se nejprve musel stát mistrem faktů a následně viděl, kde je spravedlnost. Podle něj ho často při rozhodnutích vedl morální cit. Pak si sedl a hledal, čím své rozhodnutí odůvodnit, a téměř vždy nalezl nějaký princip, který jeho rozhodnutí podporoval. LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 22. Podobně Hutchenon napsal, že intuice, onen cit byl impulsem pro jeho rozhodnutí, díky němu věděl, co je správné a co špatné pro ten konkrétní případ, pro tu konkrétní „příčinu“. HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 285.

⁴⁶ Viz LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 9. Výjimkou byl například výše zmíněný Jerome Frank, který byl i skeptikem ohledně faktů, ten se tak svým pohledem

„pocit“, kdy pak víme, že tak je to správně. Následně je napsáno odůvodnění, které je přesvědčivé a znělé, neboť je v souladu s přesvědčeními ostatních. Ústavní soud pak v této souvislosti uvádí, že *„při výkladu a aplikaci právních předpisů nelze opomíjet jejich účel a smysl. Ústavní soud považuje za samozřejmé a určující pro nalézání práva, že vždy je nezbytné vycházet z individuálních rozměrů každého jednotlivého případu, které jsou založeny na zjištěných skutkových okolnostech. Mnohé případy a jejich specifické okolnosti mohou být – jako v dané věci – značně komplikované a netypické; to však nevyvazuje obecné soudy z povinnosti udělat vše pro spravedlivé řešení, jakkoliv se to může složitě jevit. Psané právo je třeba vykládat tak, aby plnilo svoji funkci spočívající v rozumném a spravedlivém vyřešení problému, aby obstálo měřítky tzv. zdravého rozumu a podle fundovaných představ spravedlnosti panujících ve společnosti.“*⁴⁷ Ústavní soud zde krom rozumného a spravedlivého řešení zdůrazňuje i to, že je velice důležité vycházet z individuálních rozměrů každého jednotlivého případu. To, že řešení a rozhodnutí závisí právě na jednotlivých okolnostech případu, spíše než na nějakém obecném pravidlu, američtí právní realisté rovněž zdůrazňovali.⁴⁸

Pokud se dále podíváme na judikaturu Ústavního soudu, tak zdůrazňuje, že soudy nemají postupovat přehnaně formalisticky. Pokud tak postupují, pak jde podle Ústavního soudu o sofistikované odůvodňování zřejmě nespravedlnosti. Obecný soud není *„absolutně vázán doslovným zněním zákona, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit, pokud to vyžaduje účel zákona, historie jeho vzniku, systematická souvislost nebo některý z principů, jež mají svůj základ v ústavně konformním právním řádu jako významovém celku, povinnost soudů nalézat právo neznámá pouze vyhledávat přímé a výslovné pokyny v zákonném textu [...]. Při výkladu a aplikaci právních předpisů nelze opomíjet jejich účel a smysl, který není možné hledat jen ve slovech a větách toho kterého předpisu, ve kterém je třeba vždy nalézat i principy uznávané demokratickými státy.“*⁴⁹ Na toto se lze podívat i v kontextu slibu soudce, kde soudce slibuje nejen to, že se bude řídit právním řádem České republiky, ale i to, že ho bude vykládat podle svého nejlepšího vědomí a svědomí a v souladu s ním bude rozhodovat nezávisle, nestranně a spravedlivě.⁵⁰ V žádném případě pak neslibuje to, že se bude řídit doslovným zněním toho kterého ustanovení bez ohledu na cokoli jiného. Ústavní soudci pak slibují, že budou chránit *„neporušitelnost přirozených práv člověka*

značně liší od velké části amerických právních realistů, ale i přes to je mnohými současnými teoretiky, filozofy, nebo praktiky spatřován jako typický představitel amerického právního realismu. Opět odkazují na tento text výše, kde naleznete i odkazy na relevantní literaturu k tomuto tématu.

⁴⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 24. dubna 2014, sp. zn. 2265/13.

⁴⁸ *“The Core Claim of Legal Realism consists of the following descriptive thesis about judicial decision-making: judges respond primarily to the stimulus of the facts. Put less formally – but also somewhat less accurately – the Core Claim of Realism is that judges reach decisions based on what they think would be fair on the facts of the case, rather on the basis of the applicable rules of law.”* LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 21–22. Oliphant pak uvádí, že soudy reagují právě spíše na stimuly, které jsou jim zprostředkovány fakty/skutečnostmi v tom kterém konkrétním případě, spíše než na stimuly, které by jim zprostředkovaly příliš obecné a ořeptané abstrakce. OLIPHANT, Herman. *A Return to Stare Decisis. American Bar Association Journal*. 1928, s. 75, cit. podle LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 22.

⁴⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 16. 11. 2020, sp. zn. II. ÚS 1648/10.

⁵⁰ *„Slibuji na svou čest a svědomí, že se budu řídit právním řádem České republiky, že jej budu vykládat podle svého nejlepšího vědomí a svědomí a že v souladu s ním budu rozhodovat nezávisle, nestranně a spravedlivě.“* § 62 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

*a práv občana, řídit se ústavními zákony a rozhodovat podle svého nejlepšího přesvědčení nezávisle a nestranně.*⁵¹ Jejich úkolem tak není „chránit“ zákonodárce a jeho vůli, ať je, jaká je, ale zejména chránit přirozená práva člověka a práva občana. Za povšimnutí rovněž stojí to, že slibují nikoli, že budou rozhodovat v souladu s vůlí zákonodárce, ale že budou rozhodovat podle nejlepšího přesvědčení, či vědomí a svědomí, nestranně a spravedlivě.

1.2 Intuice v rozhodování soudů – demonstrace, že i v rámci rozhodování českých soudů hrají roli

V předchozích řádcích bylo poukázáno na to, že by argument ohledně jiné právní kultury nemusel a neměl obstat, že i v naší právní kultuře by měli být právní realisté reflektováni a s jejich myšlenkami by mělo být pracováno, neboť se můžeme domnívat, že intuice hraje svou roli i v rozhodování našich soudců, což bude v následujících řádcích demonstrováno. Když Bartosz Brożek diskutuje intuice a snaží se poukázat na jejich roli, uvádí velice dobře známý precedent z anglického prostředí *Donoghue v. Stevenson* z roku 1932, tedy přibližně z téže doby, kdy Hutchenson napsal svůj článek. V tomto případě byla dovozena objektivní odpovědnost výrobce.

Jednalo se o to, že paní Donoghue navštívila podnik *Wellmeadow Café*. Byla tam společně se svou kamarádkou a tato kamarádka si objednala zázvorové pivo. Paní Donoghue si od ní část odlila a když dolívala, tak z láhve vypadl šnek. Paní Donoghue to způsobilo zdravotní potíže. Paní Donoghue se tak rozhodla podat žalobu na výrobce piva a žádala kompenzace. Z právního hlediska to bylo poměrně komplikované, protože paní Donoghue nebyla v právním vztahu ani s prodejcem, to byla její kamarádka, která pivo koupila, ani s výrobcem. V té době bylo možno žádat kompenzaci pouze tehdy, pokud zde existoval právní vztah, pokud tedy existovala právně závazná obchodní smlouva. Paní Donoghue nakonec soudní spor i přes to vyhrála, ale nutno říci, že velmi těsně (z 5 možných hlasů získala paní Donoghue 3). Brożek argumentuje, že v tomto případě hrála intuice svou roli, že soudci „cítili“, že někdo musí být odpovědný za potíže, které paní Donoghue vznikly, jelikož to zapadá do celkového většího obrazu anglického práva, pokud se berou v potaz principy, pravidla a precedenty. K tomuto rozhodnutí tak byla potřeba velká znalost práva jako takového, nikoli pouze jednotlivých ustanovení.⁵²

Obdobnou situaci, kde soudci musí mít velkou znalost práva jako takového, můžeme vysledovat i v judikatuře našich soudů. Na tomto místě uvedeme příklad nabývání vlastnického práva k nemovitým věcem od neoprávněného,⁵³ k čemuž existuje z režimu zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, bohatá judikatura. Dle ustanovení § 123 zákona č. 40/1964 Sb. bylo možno nabýt vlastnické právo pouze od vlastníka.⁵⁴ Docházelo k situa-

⁵¹ Čl. 85 odst. 2 Ústavy České republiky.

⁵² BROŽEK, Bartosz. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*, s. 15–16.

⁵³ Někdy též označováno jako „nabytí vlastnického práva od nevlastníka“. To, že někdo, kdo věc nevlastní, nemůže převést vlastnické právo na další osobu, je v souladu se zásadou, že nikdo nemůže na jiného převést více práv, než sám má. Tedy se zásadou známou již z římského práva: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

⁵⁴ Výjimkou bylo ust. § 486 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, kde byl chráněn ten, kdo nabyt od nepravého dědice: „Kdo v dobré víře něco nabyt od nepravého dědice, jemuž bylo dědictví potvrzeno, je chráněn tak, jako by to nabyt od oprávněného dědice.“ Dále jsme mohli nalézt výjimky v ust. § 656 a 773 tohoto zákona. „Nový“ občanský zákoník, tedy zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, již explicitně upravuje nabytí vlastnického práva k věcem movitým, které nejsou zapsány do veřejného seznamu, v ust. § 1109–1113. Tím došlo oproti zákonu č. 40/1964 Sb. k posunu.

cím, kdy byly vedeny spory, zda třetí osoba vlastnické právo nabyt od neoprávněného mohla a nabyla, či nikoli. Ústavní soud navzdory „chybějícím“ zákonným ustanovením nakonec dovedl, že pokud byla třetí osoba, tedy nabyvatel, v dobré víře, pak je třeba k této přihlížet a nelze chránit pouze vlastnické právo původního vlastníka, „*jelikož princip ochrany dobré víry nového nabyvatele působí proti principu ochrany vlastnického práva původního vlastníka [...]*“.⁵⁵ Z toho důvodu je pak „*nutno najít praktickou konkordaci mezi oběma protikladně působícími principy tak, aby zůstalo zachováno maximum z obou, a není-li to možné, pak tak, aby výsledek byl slučitelný s obecnou představou spravedlnosti*“.⁵⁶

Je vhodné podotknout, že tento právní názor Ústavního soudu byl v rozporu s judikaturou Nejvyššího soudu. Nejvyšší soud například ve svém rozsudku ze dne 21. 8. 2000, sp. zn. 22 Cdo 536/2000, řešil případ, kdy byl žalovaný povinen vyklidit nemovitosti a ty předat navrhovateli. Jednalo se o to, že na žalovaného nemohlo dle Nejvyššího soudu přejít vlastnické právo k předmětným nemovitostem. Žalovaný uzavřel dne 5. 3. 1992 kupní smlouvu (dále „kupní smlouva 2“) s firmou, která nemovitosti koupila dne 5. 4. 1991 (uzavřela kupní smlouvu – dále „kupní smlouva 1“) od T. s. města H. Problém byl v tom, že kupní smlouva 1 byla rozsudkem Krajského soudu v Ostravě ze dne 9. 11. 1995, sp. zn. 13 Co 756/95, určena za absolutně neplatnou. Tím pádem nebyla firma, s kterou žalovaný uzavřel kupní smlouvu 2, nikdy vlastníkem předmětných nemovitostí, ale pouze oprávněným držitelem. Nejvyšší soud tak dospěl k závěru, že jelikož neexistuje ustanovení, které by nabytí vlastnického práva od neoprávněného umožňovalo, tak se žalovaný vlastníkem nikdy nestal.

Co je na tomto místě důležité zmínit, je to, že podle Nejvyššího soudu na tomto závěru nic nemění ani případná dobrá víra žalovaného (nabyvatele na základě kupní smlouvy 2). Nejvyšší soud uvádí, že „*otázka, zda žalovaný byl v dobré víře ohledně vlastnického práva prodávajícího, může mít vliv jen na posouzení oprávněnosti jeho držby, jako námitka proti vlastnické žalobě je však právně nevýznamná*“.⁵⁷ Nejvyšší soud zde řešil zejména otázku prolomení zásady, že nikdo nemůže na druhého převést více práv, než on sám má. To ostatně zdůraznil, když tvrdil, že „*za právní otázku, na jejímž řešení spočívá napadené rozhodnutí a která z něj činí rozhodnutí zásadního významu, považuje dovolací soud [...] otázku, zda osoba, která je se zřetelem ke všem okolnostem v dobré víře, že převodce je vlastníkem věci, může od převodce, který je oprávněným držitelem, nabytí vlastnické právo k věci*“.⁵⁸ Dospěl k tomu, že tuto zásadu neměl zákonodárce v úmyslu prolomit, neboť se o této možnosti nezmiňuje ani v důvodové zprávě, a že ani odborná literatura s prolomením této zásady nepočítá.⁵⁹ Na základě toho dospívá k závěru, že dobrá víra není relevantní ve vztahu k otázce nabytí vlastnického práva na základě kupní smlouvy 2.

⁵⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11.

⁵⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11.

⁵⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 21. 8. 2000, sp. zn. 22 Cdo 536/2000.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*. „*Dovolací soud dospívá k závěru, že zákonodárce v § 130 odst. 2 obč. zák., ani v obdobném ustanovení § 146 obč. zák. z roku 1950, nesledoval prolomení zásady, že nikdo nemůže na jiného převést více práv, než má sám, tak, aby oprávněný držitel měl právo převést vlastnictví k věci. Lze poukázat na důvodové zprávy ke shora uvedeným ustanovením, které se o opuštění této zásady nezmiňují; je nepochybné, že tak zásadní průlom by důvodová zpráva neponechala bez komentáře. Ze zmíněných učebnic občanského práva, jejichž autory jsou přední odborníci, se též podává, že s prolomením této zásady nepočítá ani právní věda. Konečně je třeba poukázat na skutečnost, že ani vlastník, který má podle § 123 obč. zák. právo s věcí nakládat, nemůže převádět více práv, než kolik jich sám má. Je-li například k jeho*

Jak ale bylo zmíněno výše, Ústavní soud se od tohoto názoru odklání, když kromě explicitních ustanovení zákona bere v potaz i další principy, zásady a právo jako celek. Kromě zásady, že nikdo nemůže na jiného převést více práv, než sám má, upozorňuje právě i na dobrou víru třetí osoby (konečného nabyvatele). Ústavní soud na rozdíl od Nejvyššího soudu považuje otázku toho, „zda stěžovateli jakožto nabyvateli nesvědčí v dané věci dobrá víra, byť nabytí předmětné nemovitosti od nevlastníka,“⁶⁰ za stěžejní. Spatřuje totiž princip dobré víry, který chrání účastníky soukromoprávních vztahů, „jako jeden z klíčových projevů principu právní jistoty, který je odvoditelný z normativního principu právního státu (čl. 1 odst. 1 Ústavy)“.⁶¹

Ústavní soud argumentuje vývojem judikatury (zejména Ústavního soudu), která se posunuje od absolutní ochrany vlastnického práva původního nabyvatele k tomu, že se rozšiřuje i ochrana dobré víry nabyvatelů dalších. Je si vědom i toho, že s tímto posunem a právním názorem Ústavního soudu nesouhlasí Nejvyšší soud, což v odůvodnění zmiňuje, ale uvádí, že tato praxe Ústavního soudu je v souladu s tím, jakým způsobem jsou tyto záležitosti upraveny v právních řádech vyspělých, demokratických zemí. Uvádí německou úpravu, kde je poskytována ochrana dobré víře nabyvatele a původní vlastník se pak hojí na převodci za pomoci námitky bezdůvodného obohacení. Ústavní soud zdůrazňuje, že toto řešení je vhodnější, neboť „by v případech nabytí od nevlastníka bylo krajně nespravedlivé neposkytovat ochranu právům nabytým v dobré víře. Osoby, jimž dobrá víra svědčí, totiž nenesou žádný díl odpovědnosti za neplatnost smlouvy uzavřené mezi právními předchůdci [...]. Osobě, která učinila určitý právní úkon s důvěrou v určitý, jí druhou stranou prezentovaný skutkový stav, navíc potvrzený údaji z veřejné, státem vedené evidence, musí být v materiálním právním státě poskytována ochrana.“⁶²

Na tomto místě tak vidíme, že tento názor byl ovlivněn mimo jiné tím, že soudci „cítili“, že je krajně nespravedlivé, aby osoba, která nabyla nemovitost od neoprávněného v dobré víře, byla následně „potrestána“ tím, že přijde jak o nemovitost, tak případně i o své peníze, které za ni vydala. Toto je posíleno navíc tím, že tato osoba jednala s důvěrou v údaje zapsané v katastru nemovitostí, tedy ve veřejné evidenci. Tím spíše by následně měla být její dobrá víra chráněna a neměla by nést odpovědnost za něco, co nemohla zcela objektivně žádným způsobem ovlivnit, tedy za neplatnost smlouvy, kterou uzavřeli její právní předchůdci. V tomto příkladu kromě toho, že Ústavní soud nezohledňoval pouze ustanovení zákona, ale i principy a právo jako takové, spatřujeme i onu kreativní činnost soudců, o níž hovořil Hutchenson, kdy dochází k evoluci práva prostřednictvím soudních rozhodnutí.

domu zřízeno věcné břemeno, které oprávněnému zaručuje bezúplatné a výlučné užívání celého domu, nemůže vlastník převést na jiného neomezené vlastnické právo, zahrnující i právo věc užívat. Nemůže-li vlastník převádět více práv, než sám má, nemá takové oprávnění ani oprávněný držitel. Proto je na místě restriktivní výklad § 130 odst. 2 obč. zák. Skutečnost, že oprávněný držitel má k věci stejná práva jako vlastník, který má též právo nakládat s předmětem vlastnictví (§ 123 obč. zák.), je tedy třeba vykládat v souladu s uvedenou zásadou tak, že oprávněný držitel má právo na takovou dispozici s věcí, při které nedochází ke změně vlastnického práva. Pokud oprávněný držitel věc prodá, může nabyvateli vzniknout jen právo oprávněné držby, nikoliv právo vlastnické (nejde-li o výjimky výslovně stanovené zákonem – např. § 446 obchodního zákoníku).“

⁶⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Nález Ústavního soudu ze dne 11. 5. 2011, sp. zn. II. ÚS 165/11. Problémem bylo i to, že zde byla velice nedostatečně upravena i zásada materiální publicity. Zákonodárce byl na toto upozorňován odbornou veřejností i soudy, ale mnoho let s tím nic nedělal.

2. Intuice očima vědy

V podkapitolách 1.1 a 1.2 jsme se snažili ukázat, že myšlenky právních realistů jsou relevantní i pro naši právní kulturu. Na tomto místě uvedeme poslední a dle mého názoru nikterak kontroverzní argument, a to, že nejen soudci v angloamerickém prostředí jsou lidé, ale i soudci u nás na kontinentě jsou lidmi. Pokud toto uznáme, pak můžeme přikročit k dalšímu kroku, tedy k poukázání na to, že intuice jsou v našem životě a v našem rozhodování všudypřítomné. Díky tomu, že jde o automatický proces, nelze se mu vyhnout. Následující část textu se tak bude věnovat této problematice perspektivou kognitivní vědy. Rovněž poukážeme na to, že intuice nemusíme spatřovat pouze jako zdroje zkresení, ale i jako naši velice silnou stránku.

Jak bylo uvedeno, například Hutchenson o intuicích a onom „pocitu“ hovoří jako o jakémsi šestém smyslu,⁶³ nějaké mystické schopnosti. Domnívám se, že i dnes mnozí lidé, kteří se intuicemi nezabývají, mají podobnou představu. Tilman Betsch uvádí definici intuice z *Encyclopaedia Britannica*, kde je intuice definována jako „*schopnost získávat znalosti, které nelze získat ani pomocí inferencí nebo pozorování, ani prostřednictvím rozumu nebo zkušenosti*“.⁶⁴ V *Oxford English Dictionary* můžeme nalézt, že intuice znamená dívat se na věci prostřednictvím duše.⁶⁵ Pokud se podíváme na tyto definice, pak rovněž nabudeme dojmu, že se jedná o mystickou schopnost. Betsch vysvětluje, že tento „tradiční“ pohled má náboženské kořeny, kdy intuice jsou něčím, co nás spojuje s „tím nahoře“ a jedná se o nějakou nadpřirozenou schopnost.⁶⁶ Podle mého názoru je právě i tento pohled na intuice zdrojem toho, že je v rámci teorie a filosofie povětšinou nebereme příliš vážně a moc se jimi nezaobíráme.

V rámci kognitivních věd je tomu právě naopak. V posledních dekadách se mnoho vědců zabývá právě touto problematikou. Začíná se měnit pohled na to, jak funguje lidské myšlení. Ukazuje se, že intuice, ale i city nebo emoce⁶⁷ hrají velice důležitou roli. Mnohem důležitější, než jsme si byli schopni připustit a než si mnozí i dnes jsou schopni připustit.⁶⁸

⁶³ Viz HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 275 nebo 277.

⁶⁴ *Encyclopaedia Britannica*. 15th edition. 1989, cit. podle BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*. In: PLESSNER, Henning – BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilman (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*. New York: Routledge, 2014, s. 3. Překlad vlastní. V originále: „*the power of obtaining knowledge that cannot be acquired either by inference or observation, by reason or experience*“.

⁶⁵ *The Oxford English Dictionary*. 1989, cit. podle BROŽEK, Bartosz. *The Architecture of Legal Mind*. In: BROŽEK, Bartosz – HAGE, Jaap – VINCENT, Nicole (eds). *Law and Mind: A Survey of Law and the Cognitive Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, s. 124.

⁶⁶ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 3.

⁶⁷ Poměrně podrobně se úlohou emocí zabývá ve své knize například Edmund T. Rolls. Případně zájemce tak odkazují na jeho zajímavou knihu *The Brain and Emotion*. Pokládá si otázky, co to emoce jsou, proč je máme, jaká jsou pravidla, na základě nichž emoce fungují, jaké mechanismy v mozku můžeme spojovat s emocemi, jak rozumět poruchám emocí a další. Na tyto otázky se snaží ve své knize odpovědět. ROLLS, Edmund T. *The Brain and Emotion*. Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 1. Dalším autorem, který píše poměrně srozumitelně i pro zainteresované laiky je například Antonio Damasio. Od tohoto autora mohou čtenáře odkázat na velice zajímavé knihy. DAMASIO, Antonio. *Descartes's Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*. New York: Penguin Books, 2005, DAMASIO, Antonio. *The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness*. Mariner Books, 2000, DAMASIO, Antonio. *Looking for Spinoza: Joy, Sorrow, and the Feeling Brain*. Mariner Books, 2003, nebo DAMASIO, Antonio. *Self Comes to Mind: Constructing the Conscious*. Cornrstone Digital, 2011.

⁶⁸ To ovšem v žádném případě neznamená, že jsme iracionální, pouze to, že nemůžeme naše myšlení a rozhodování pospat prostřednictvím modelu racionálního aktéra. KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 594.

V následujících řádcích si představíme základní poznatky v této oblasti a uvidíme, že intuice nejsou žádná mystická schopnost, že nás opravdu nespojují s něčím nebo někým nadpřirozeným,⁶⁹ ale že se vyvinuly zcela přirozeně a jsou úzce spojeny s našimi zkušenostmi.⁷⁰ Tím se intuice odlišují od ostatních automatických a vrozených procesů, od kterých je nutno je rozlišovat. Těmito procesy, které nejsou intuicemi, ale mohli bychom je s nimi zaměnit, jsou reflexy a instinkty – ty jsou ale vrozené.⁷¹

Tilmann Betsch shrnuje základní rysy intuice takto: „*intuice je procesem myšlení. Vstup [orig. ‚input‘] do tohoto procesu je získáván prostřednictvím znalostí, které jsou uloženy v dlouhodobé paměti a které byly předtím získány prostřednictvím asociativního učení se.*⁷² *Jedná se o automatický proces, který probíhá na nevědomé úrovni. Výstupem tohoto procesu je pak pocit, který může sloužit jako základ pro náš úsudek a naše rozhodnutí.*“⁷³ Vědci se totiž shodují na tom, že musíme rozlišovat mezi dvěma mody našeho myšlení,⁷⁴ a to právě intuitivním a deliberativním. Tyto jsou pak nazývány většinou jako „Systém 1“ (intuitivní) a „Systém 2“ (deliberativní),⁷⁵ Seymour Epstein je pak nazývá jako „zkušenostní systém“ a „racionální systém“.⁷⁶ Deliberativní systém je poměrně pomalý, verbální, abstraktní, analytický, náročný na energii a čas a probíhá vědomě.⁷⁷

Oproti tomu je zde systém intuitivní, zkušenostní (dále jen „intuitivní“), který je naopak velice rychlý, automatický, neverbální, nenáročný na energii, holistický a probíhá nevědomě.⁷⁸ Daniel Kahneman uvádí, že se začíná ukazovat, že právě tento automatický proces, tedy intuice, má větší vliv na naše rozhodování, než bychom si mohli myslet a myslíme. Označuje intuice za tajného autora mnoha našich výběrů, úsudků a rozhodnutí.⁷⁹ Jak píše Seymour Epstein „*zkušenostní systém může ovlivnit racionální systém, aniž by si toho byl racionální systém vědom*“.⁸⁰ To ovšem nemusí být spatřováno jako nějaký lidský

⁶⁹ Jak uvádí Daniel Kahneman, intuice nejsou spojeny s žádnou magií (tedy nadpřirozenem, něčím mystickým). KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 21.

⁷⁰ Např. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 5 a 6. EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 24, 25, 29. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, s. 19, 21, 24 aj.

⁷¹ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 5.

⁷² Asociativní učení je schopnost organismů vnímat vztahy mezi událostmi v jejich prostředí. Jedná se o poměrně kognitivně sofistikovanou schopnost, dnešní pohled se tak liší od původního čistě behavioristického pojetí, které zde bylo do 70. let. Viz JOZEFOWIEZ, Jeremie. Associative learning. In: SEEL, N. M. (ed.) *Encyclopedia of the Sciences of Learning* [online]. Boston: Springer, 2012 [cit. 2021-06-15]. Dostupné z: <https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-1-4419-1428-6_703>.

⁷³ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 4.

⁷⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, část I.

⁷⁵ Viz např. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 4, nebo KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 24. Tyto dva mody myšlení jsou rozlišovány nejen na základě jejich různých funkcí, ale jsou spojovány s různými částmi mozku, a to s limbickým systémem (Systém 1) a kortexem (Systém 2). TALEB, Nassim Nicolas. *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*. Londýn: Penguin Books, 2008, s. 82–83. Limbický systém je pak evolučně starší. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 5. To, že je evolučně starší, ovšem automaticky neznamená, že ho můžeme označit za „horší“. Jedná se o velice složitý, vzájemně propojený komplex různých struktur.

⁷⁶ V originále „*experiential system*“ a „*rational system*“. EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 24.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 25.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 24.

⁷⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 24.

⁸⁰ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 27. Daniel Wegner uvádí, že zřejmě nemůžeme vědět, jaké neskutečné množství mechanismů ovlivňuje naše jednání a chování, protože obýváme

nedostatek,⁸¹ neboť například už Herbert Alexander Simon nevyklučoval to, že intuice mohou být naší silnou stránkou a že „nevědomí může být lepší tvůrce rozhodnutí než vědomí“.⁸² Pokud se totiž podíváme na deliberativní systém, tak ten je nejen pomalejší, ale je rovněž omezený tím, že nejsme schopni věnovat pozornost všemu a zaměřit se na všechno, co se kolem nás děje, nebo na všechny informace, které jsou nám vědomě dostupné. Tak je toto „myšlení vyššího řádu“ omezeno kapacitou naší pozornosti a rovněž paměti. Nejsme schopni se vědomě zaměřit v jeden jediný okamžik na všechny relevantní informace, ale v rámci deliberativního procesu je musíme postupně procházet jednu po druhé, jsou tedy zpracovávány sekvenčně.⁸³ Další věcí je, že někdy může být řešený problém „natolik komplexní, nebo strukturovaný tak, že není možné objektivně analyzovat všechny jeho komponenty, že holistické, zkušenostní/intuitivní úsudky můžou být tím jediným možným přístupem“.⁸⁴

Intuitivní systém oproti tomu funguje jinak, zde nejsou informace zpracovávány sekvenčně, ale paralelně. Díky tomu je tento systém schopen zpracovat obrovské množství informací. Tyto informace jsou získávány prostřednictvím zkušeností a ty pak vytvářejí velice bohatou databázi. Tyto informace jsou ukládány v dlouhodobé paměti. Pokud jsou předchozí zkušenosti dostatečně reprezentativní, tedy podobné problému, který je řešen, pak jsou intuice velice přesné.⁸⁵ Z tohoto je zřejmé, že intuice nejsou něco, co by nám bylo vrozené, ale naopak se je musíme naučit, vznikají až na základě našich zkušeností. Jejich kvalita pak „závisí na tom, jak dobře jsme v minulosti uvažovali, [...] a také na tom, jak jsme reflektovali úspěšnost či neúspěšnost našich předešlých intuicí. Intuice je prostě rychlá kognice, kde jsou potřebné znalosti tak trochu schované (nejsme si jich vědomi), s laskavým svolením emocí a spoustou minulých zkušeností (praxe)“.⁸⁶

velice složitý mechanismus. WEGNER, Daniel. *The Illusion of Conscious Will*. Cambridge: MIT Press, 2002, s. 27. Tvrdí, že náš pocit toho, že máme vůli, je způsob, jakým nám naše mozky zobrazují své operace, ale nejsou to samy tyto operace. Ibidem, s. 96. Daniel Dennett pak tvrdí, že náš přístup k zjištění toho, jak skutečně myslíme, není o nic lepší, než náš přístup k tomu, jak funguje náš zažívací systém. Musíme se spoléhat na poměrně přímocáré a upravené poznatky, na jejichž základě si vytváříme *user-friendly* teorie. DENNETT, Daniel. *From Bacteria to Bach and Back. The Evolution of Minds*. New York: W. W. Norton and Company, 2017, s. 348–349. Tedy, náš racionální systém si není vědom toho, že byl ovlivněn systémem intuitivním/zkušenostním, ale dokáže si vytvořit teorii, na základě čeho dospěl k rozhodnutí, k jakému dospěl, aniž by si tedy byl vědom, že rozhodl intuitivní systém.

⁸¹ A rovněž se zdá, že bez emocí a zkušenostního systému bychom nemohli fungovat tak, jak fungujeme ve společnosti, neboť se zdá, že například empatie a mezilidské vztahy závisí právě na těchto. Ibidem, nebo pak knihy od Antonia Damasia uvedené v poznámce pod čarou č. 57.

⁸² SIMON, Herbert Alexander. *A Behavioral Model of Rationality Choice*, 1950, s. 104, cit. podle BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 18. Seymour Epstein se pak nepřiklání na stranu ani jednoho systému a upozorňuje na to, že každý z nich má své silné a slabé stránky. EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 26.

⁸³ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 6.

⁸⁴ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 33.

⁸⁵ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 6. Zde si dovoluji upozornit na tvrzení Douglase Hofstadtera a Emmanuela Sander, kteří tvrdí, že tím, co je v našem myšlení nejdůležitější, je to, že jsme schopni myslet analogicky. Tvrdí, že kognice je možná díky stálému toku kategorizací, jejichž základem ovšem není klasifikace, která se snaží rozřadit věci do zafixovaných a rigidních mentálních krabic, ale kategorizace probíhá právě díky tvoření analogií, díky kterému je naše myšlení pozoruhodně fluidní. Právě díky analogickému myšlení jsme schopni najít podobnosti a využívat toho k tomu, abychom byli schopni řešit nové a neznámé. Využíváme našich minulých zkušeností, které máme uloženy v paměti, k tomu, abychom se orientovali v současnosti. HOFSTADTER, Douglas – SANDER, Emmanuel. *Surfaces and Essences: Analogy as the Fuel and Fire of Thinking*. New York: Basic Books: A Member of the Perseus Books Group, 2013, s. 34. Hofstadter a Sander tak rovněž zmiňují důležitost našich zkušeností ve vztahu k našemu myšlení.

Dobré intuice jsou výsledkem tréninku a praxe.⁸⁷ V takovém případě pak záleží i na tom, zda jsou tento trénink a tato praxe vedeny dobře, zde hraje důležitou roli i zpětná vazba,⁸⁸ které se nám dostává, a prostředí, ve kterém své zkušenosti získáváme. Pokud chceme formovat naše intuice, pak je důležité, abychom vědomě byli v prostředí, kde získáme potřebné zkušenosti a informace.⁸⁹ Dostatek relevantních zkušeností a výběr vhodného prostředí se zdá být o to důležitější, když vezmeme v potaz to, že intuitivní systém je poměrně rezistentní ve vztahu k nějakým změnám. Změní se pouze, pokud máme opakovaně zkušenosti, které přebijí ty původní, nebo pokud máme nějakou velmi intenzivní zkušenost.⁹⁰

Pokud je praxe dostatečně dlouhá a získáme dostatek zkušeností, pak se z nás mohou stát experti v tom kterém oboru, kdy díky těmto zkušenostem vidíme velice rychle věci, které začátečníci nevidí,⁹¹ nebo dokážeme udělat rozhodnutí, které by začátečník nebyl schopen učinit, nebo alespoň nikoli tak rychle.⁹² Začátečníci využívají spíše deliberativního systému a potřebují si srovnat různé možnosti.⁹³ V této souvislosti můžeme uvést často uváděný příklad šachových velmistřů, s nimiž prováděl výzkumy Herbert Simon a ukázal, že po tisících hodinách hraní⁹⁴ (tedy praxe) vidí šachové figurky na šachovnici jinak než zbytek hráčů. Simon pak popisuje tuto expertní intuici tak, že „*situace poskytla náповědu [orig. ‚cue‘], tato náповěda poskytla expertovi přístup k informacím uloženým v paměti a tyto informace mu poskytly odpověď. Intuice není ničím více a ničím méně než rekognicí.*“⁹⁵ Čeho si ovšem musíme všimnout, je to, že k tomu, aby někdo dosáhl úrovně „experta“, je většinou potřeba dlouhá doba praxe a získávání zkušeností. Daniel Kahneman to vysvětluje tím, že stát se expertem v nějaké oblasti neznámá, že získáme a osvojíme si nějakou jednu schopnost, ale spíše to, že si osvojíme velkou spoustu minischopností.⁹⁶

⁸⁶ DAMASIO, Antonio. *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain*. Revised edition with a new preface. London: Vintage Books, 2006, s. XVIII–XIX. Překlad vlastní.

⁸⁷ BROŽEK, Bartosz. *The Architecture of Legal Mind*, s. 145.

⁸⁸ “One important form is paying attention to feedback and particularly, understanding whether it is relevant.” HOGARTH, Robin M. On the Learning of Intuition. In: PLESSNER, Henning, BETSCH, Cornelia – BETSCH, Tilmann (eds). *Intuition in Judgment and Decision Making*, s. 102.

⁸⁹ Ibidem, s. 101–103.

⁹⁰ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 26. Oproti tomu je racionální/deliberativní systém vůči změnám mnohem méně rezistentní.

⁹¹ KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, s. 238.

⁹² Například Gary Klein se věnuje ve své knize velitelům hasičů, kteří byli schopni učinit velmi rychlé rozhodnutí, které zachránilo život celé jednotce. Velitel pak popisuje situaci tak, že vůbec nevěděl, co se děje, ale věděl, že je něco špatně. Tak zavelel k tomu, aby se jednotka z hořícího domu stáhla. Chvilí po tomto rozkazu se zborčila podlaha. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, kapitola 2.

⁹³ Gary Klein uvádí, že ještě než začali provádět své výzkumy, kde se zaměřovali na rozhodování expertů a nováčků, měli hypotézu, že experti budou zvažovat různé možnosti a využívat spíše deliberace a nováčci impulzivně „skočí“ po první možnosti, která jim přijde na mysl. Když pak ovšem začali provádět výzkumy, tak se ukázalo, že je tomu spíše opačně, že experti dokáží vygenerovat jednu jedinou možnost, zatímco nováčci porovnávají různé možnosti a zvažují je. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, s. 52.

⁹⁴ Uvádí se 10 000 hodin, tedy 6 let po 5 hodinách denně, zasvěcených praxi, kdy se seznamuje se stovkami různých konfigurací figurek, které jsou ještě v nějaké konfiguraci s figurkami dalšími, které je mohou ohrozit, nebo které si navzájem brání v postupu. KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 336.

⁹⁵ Ibidem, s. 24.

⁹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 336. “The acquisition of expertise in complex tasks [...] is intricate and slow because expertise in a domain is not a single skill but rather a large collection of miniskills.”

Náš intuitivní systém nám pak poskytuje odpovědi na řešené problémy, a to zcela automaticky a nevědomě. Není to ovšem tak, že by v našem myšlení neměl místo i deliberativní systém, ten totiž kontroluje kvalitu těchto řešení – může je „*schválit, upravit, nebo zamítnout*“.⁹⁷ Steven Sloman však upozorňuje na to, že díky tomu, že je intuitivní systém tak rychlý a automatický, tak je jeho „*názor vždy vyslyšen [...] a díky své rychlosti často předchází a neutralizuje odpověď*“⁹⁸ deliberativního systému.

2.1 Krátké shrnutí – americký právní realismus a dnešní věda

Když jsme si nyní představili intuice tak, jak je vnímá dnešní věda, konečně můžeme porovnat myšlenky a tvrzení amerických právních realistů právě se zjištěními vědců. Čtenář jistě mohl vypožorovat spojnice, ale pro větší přehlednost je zde v krátkosti uvedeme, abychom to měli na jednom místě. Jak bylo uvedeno, američtí právní realisté zdůrazňovali důležitost zkušeností, ať už si vezmeme výrok Olivera Wendella Holmese, že životem práva není logika, ale zkušenost,⁹⁹ nebo když James Kent prohlásil, že se musí stát nejprve mistrem faktů, aby následně viděl, kde se nachází spravedlnost.¹⁰⁰ Z toho je tedy zřejmé, že zkušenosti jsou pro něj velice důležité. Jak bylo uvedeno v části, která se intuicemi zabývala z pohledu současné vědy, vědci se shodují na tom, že zkušenosti tvoří základ intuicí.¹⁰¹ Ostatně například Seymour Epstein intuitivní systém označuje za zkušenostní.

Tento systém se odlišuje od druhého, deliberativního systému v tom, že k operacím v něm dochází nevědomě a automaticky,¹⁰² výsledkem tohoto procesu je pak pocit,¹⁰³ že něco je tak a tak. O tomto pocitu pak hovoří například Joseph C. Hutchenson, když píše, že „*[...] po tom, co jsem prozkoumal všechny dostupné materiály a řádně jsem nad nimi rozvažoval a přemýšlel, tak jsem nechal prostor své imaginaci [...] a čekal na ten pocit, na to tušení – ten intuitivní záblesk porozumění, který spojí otázku s rozhodnutím, a v místě, které je pro soudcovy nohy nejtěmnější, vrhá světlo na jeho cestu.*“¹⁰⁴ V tomto Hutchensonově výroku můžeme nalézt i další tvrzení, které vědci potvrzují, a to, že když je případ velice komplexní a není v našich schopnostech objektivně analyzovat všechny jeho komponenty, pak je právě intuice to jediné, co nám zbývá.¹⁰⁵

⁹⁷ KAHNEMAN, Daniel – FREDERICK, Shane. Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment. In: GILOVICH, Thomas – GRIFFIN, Dale W. – KAHNEMAN, Daniel (eds). *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, s. 51.

⁹⁸ SLOMAN, Steven. Two Systems of Reasoning. In: GILOVICH, Thomas – GRIFFIN, Dale W. – KAHNEMAN, Daniel (eds). *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, s. 391.

⁹⁹ HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law* 1, 1881, cit. podle WRIGHT, George R. *The Role of Intuition in Judicial Decisionmaking*, s. 1382–1383.

¹⁰⁰ LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, s. 22.

¹⁰¹ Např. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 5–7, 16 aj., EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 24, 25, 29 aj., HOGARD, Robin M. *On the Learning of Intuition*, s. 93, 98.

¹⁰² Např. BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 4, 6, EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 24, 29, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 24, 77, 82 aj.

¹⁰³ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 4.

¹⁰⁴ HUTCHENSON, Joseph C., Jr. *The Judgment Intuitive: The Role of the “Hunch” in Judicial Decision*, s. 278.

¹⁰⁵ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 33.

Zdá se tak, že američtí právní realisté, kteří chtěli popsat, jak soudní rozhodování probíhá, šlo jim tedy o deskriptivní teorii, byli poměrně úspěšní, pokud vezmeme v potaz výsledky a teorie dnešní vědy. Tyto poznatky jim samozřejmě nebyly dostupné, takže jich nemohli využít. Nám dnes však dostupné jsou, a proto můžeme i prostřednictvím nich některé fenomény vysvětlit. A lépe pochopit, jak některé procesy probíhají.

2.2 Zkreslení a selhání intuice

V předchozích řádcích byly popsány intuice a vysvětlili jsme si jejich fungování, bylo uvedeno, že je lze považovat nejen za zdroj zkreslení, jak bývají označovány, ale lze je vidět i jako naši silnou stránku. V této části, aby to bylo vyvážené, si představíme i některá „selhání“ intuic, kde ve vztahu k těmto konkrétním selháním provedli Chris Guthrie, Andrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski i empirický výzkum, kterého se účastnilo několik desítek soudců. Přišli na to, že i soudci jsou intuitivními úsudky ovlivněni,¹⁰⁶ což vlastně není překvapivé zjištění, jelikož, jak bylo uvedeno, každý člověk uvažuje prostřednictvím intuitivního systému a není důvod se domnívat, že zrovna mozky soudců nebo právníků se odlišují od mozků ostatních lidí.

Pokud se hovoří o intuitivním versus deliberativním myšlení, pak se můžeme setkat s takzvaným CRT¹⁰⁷ testem. Tento test má ověřit schopnost, nebo dispozici člověka odolat odpovědi, která mu jako první přijde na mysl.¹⁰⁸ Jinými slovy, zda člověk inklinuje spíše k intuitivnímu, nebo deliberativnímu myšlení. Test se skládá ze tří otázek, na něž nám náš intuitivní systém dá rychlé odpovědi, které se ovšem po zapojení deliberativního systému ukáží jako nesprávné.¹⁰⁹ Těmito otázkami jsou následující (čtenář si může vyzkoušet, jak na tom on konkrétně je):

- 1) Pálka a balónek stojí dohromady \$ 1,10. Pálka stojí o \$ 1,00 více než balónek. Kolik stojí balónek?
- 2) Pokud výroba 5 produktů trvá 5 strojům 5 minut, jak dlouho by trvala výroba 100 výrobků 100 strojům?
- 3) V jezeře se nachází místo plné leknínů. Velikost tohoto místa se každý den zdvojnásobuje. Pokud trvá 48 dní, než lekníny pokryjí celé jezero, jak dlouho bude trvat, než bude lekníny pokryta polovina jezera?

Řešení těchto otázek není nikterak složité, ale k tomu, abychom byli schopni správně odpovědět, musíme potlačit chybnou odpověď, která většinu lidí vytane jako první na mysli.¹¹⁰ Těmito intuitivními odpověďmi jsou u první otázky odpověď, že balónek stojí 10 centů (správně je 5 centů), u druhé otázky je chybnou intuitivní odpovědí 100 minut (správně je 5 minut) a u poslední otázky je chybná intuitivní odpověď 24 dní (správně je 47 dní).¹¹¹

¹⁰⁶ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition* [online], [cit. 2021-06-21]. Dostupné z: <https://law.vanderbilt.edu/files/archive/Judicial_Intuition.pdf>.

¹⁰⁷ CRT je zkratka pro *Cognitive Reflection Test*.

¹⁰⁸ FREDERICK, Shane. *Cognitive Reflection and Decision Making* [online]. *Journal of Economic Perspectives*. 2005, Vol. 19, No. 4, s. 27 [cit. 2021-06-21]. Dostupné z: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/089533005775196732>>.

¹⁰⁹ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 11.

¹¹⁰ FREDERICK, Shane. *Cognitive Reflection and Decision Making*, s. 27.

Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski použili tento test a nechali ho zodpovědět 295 soudci.¹¹² Došli k tomu, že i soudci obecně používají spíše intuitivní, než deliberativní myšlení – pouze asi 1/7 z nich odpověděla na všechny 3 otázky za použití deliberativního myšlení.¹¹³ Jak však správně uvádějí, to, že soudci takto uvažují při řešení běžných, každodenních problémů, ještě automaticky neznamená, že tak postupují i v případech řešení problémů právních, proto uvádějí i své další výzkumy, které indikují, že používají intuitivní úsudky i v právním kontextu.¹¹⁴ Některé z nich si stručně představíme v dalších řádcích.

2.2.1 Statistické inference

V případě statistických inferencí se jedná o to, že lidé upřednostňují své intuitivní úsudky před deduktivní logikou a statistickými inferencemi v případě, kdy mají usoudit, co je nejpravděpodobnější.¹¹⁵ Asi nejznámějším, podle Daniela Kahnemana i nejkontroverznějším experimentem, který prováděli s Amosem Tverským, je takzvaný *Linda problem*.¹¹⁶ V tomto experimentu představili Lindu – fiktivní postavu, kterou popsali následovně:

„Lindě je 30 let, je svobodná, otevřená, upřímná a velice bystrá. Vystudovala filosofii. Když byla studentkou, tak se zabývala hlavně otázkami diskriminace a sociální spravedlnosti, rovněž se účastnila antinukleárních demonstrací.“¹¹⁷

Účastníci experimentu pak dostali na výběr z 8 možností, co Linda dělá. Linda mohla být:

- 1) učitelkou na základní škole,
- 2) pracovat v knihkupectví a účastnit se lekcí jógy,
- 3) aktivní ve feministickém hnutí,
- 4) psychiatrickým sociálním pracovníkem,
- 5) členkou League of Women Voters,
- 6) bankovním poradcem,
- 7) pojišťovacím zprostředkovatelem, nebo
- 8) bankovním poradcem a být aktivní ve feministickém hnutí.

Zajímavé na výsledcích bylo, že více lidí odhadovalo, že Linda je bankovní poradkyně, která je aktivní ve feministickém hnutí, než že je pouze bankovním poradcem. Přitom, pokud to vezmeme čistě statisticky, pak je větší pravděpodobnost, že bude pouze bankovním poradcem, než že bude bankovním poradcem aktivním ve feministickém hnutí.¹¹⁸

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 15.

¹¹³ Ibidem, s. 17.

¹¹⁴ Ibidem, s. 18.

¹¹⁵ Např. KAHNEMAN, Daniel – TVERSKY, Amos. Subjective Probability: A Judgment of Representativeness, 1972, s. 430, cit. podle GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 18.

¹¹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 230.

¹¹⁷ Ibidem, s. 230.

¹¹⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 231–233.

I po tom, co tento experiment „zjednodušili“ a nechali pouze dvě možnosti, a to bankovní poradkyni a feministickou bankovní poradkyni, kdy si mysleli, že si lidé lépe uvědomí logické pravidlo, byl výsledek víceméně stejný.¹¹⁹ Kahneman uvádí, co na tento problém řekl Stephen Jay Gould. Ten prohlásil, že i když věděl správnou odpověď, uvnitř jeho hlavy neustále skákal malý homunculus a křičel na něj: „Ale Linda nemůže být pouze bankovním poradcem – přečti si její popis!“¹²⁰

Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski převedli tento experiment do právního kontextu, kde se inspirovali případem *Byrne v. Boadle*. Jednalo se o to, že žalobce procházel kolem skladu, který vlastnil žalovaný, a byl zraněn sudem, který spadl. Zaměstnanci žalovaného si nejsou jisti, jak je možné, že sud spadl, ale shodují se na tom, že buď byl nedbale zajištěn, nebo bylo vadné lano. Ve skladu tak byla provedena inspekce a výsledkem bylo, že:

- 1) pokud jsou sudy nedbale zajištěny, pak existuje 90% šance, že se uvolní,
- 2) pokud jsou sudy dobře zajištěny, šance, že se uvolní, je pouze 1%,
- 3) pracovníci zabezpečují nedbale sudy pouze v 1 z 1000 případů.

Tyto informace poskytli soudcům a zeptali se jich, jaká je pravděpodobnost, že sud, který spadl na žalobce, spadl kvůli nedbalosti některého z dělníků. Na výběr měli ze 4 odpovědí: 0–25 %, 26–50 %, 51–75 %, nebo 76–100 %. Většina soudců odpověděla špatně, protože předpokládali, že když dojde k nějakému zranění, tak to musí být něčí nedbalost (správnou odpověď zvolilo pouze 40 % z nich). Nejvíce z nich odhadovalo pravděpodobnost kolem 90 %, i když ve skutečnosti je na základě těchto dat pravděpodobnost pouze 8,3 %.¹²¹

2.2.2 Rámování (Framing)

Dalším příkladem, který se v souvislosti se selháním intuic uvádí, je takzvaný *framing effect* – rámování. Zde se jedná o to, že lidé často hodnotí výsledky svého rozhodování v termínech zisků a ztrát a pokud mají vybrat z nabízených možností, tak se snaží vybrat takové, které se zdají být nejméně riskantní, neboť máme averzi k riziku.¹²² U tohoto efektu je pak důležitým faktorem i to, jak lidem podáme možné výsledky nebo jak prezentujeme různé možnosti – je tak důležitý rámec, do kterého jsou tyto možnosti zasazeny. Důležitou roli hraje to, zda je tento rámec pozitivní, nebo negativní.

Daniel Kahneman uvádí, že pokud stejnou informaci prezentujeme jiným způsobem, pak to může mít efekt na emoce, které tato informace evokuje, a tedy i na naše rozhodnutí a jednání. Pokud lidem řekneme, že „šance na přežití jeden měsíc po operaci je 90%“, tak je to pro ně více uklidňující a spíše operaci podstoupí, než když jim sdělíme totéž, pouze zasazené do negativního rámce. Tedy, když jim řekneme, že „úmrtnost do jednoho měsíce po operaci je 10%“. Stejně tak je tomu například u uzenin nebo dalších výrobků. Pokud je na nich napsáno „90 % bez tuku“, tak jsou pro lidi více atraktivní, než když je na nich

¹¹⁹ Ibidem, s. 233.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 20–21.

¹²² Ibidem, s. 21.

napsáno „10 % tuku“. To, že jsou tyto informace v podstatě ekvivalentní, je podle Kahnemana zřejmé, ale lidé obvykle vidí jen jednu z těchto alternativ. A to, co vidí, je vše, co tu je.¹²³

Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski pak hovoří o tom, že pokud to převedeme do právního kontextu, jde o to, že žalobce je většinou v pozici toho, kdo si vybírá z možností, které se zdají být jako zisky, a to buď přijmout nabídku nějakého mimosoudního vypořádání, nebo přistoupit k soudnímu sporu, kde mohou doufat v ještě více příznivý výsledek. Oproti tomu žalovaní jsou většinou v pozici, kdy vybírají spíše z možností, které se jeví jako ztráty, a to buď nabídnout nějaké mimosoudní vypořádání, nebo riskovat a účastnit se soudního sporu, kde mohou doufat, že se tato suma sníží. I v tomto případě provedli experiment se soudci, kteří měli posoudit, zda je rozumné přijmout mimosoudní vypořádání, jedna skupina z pozice žalobce a druhá z pozice žalovaného. Výsledky naznačují, že i soudci jsou tímto efektem ovlivněni.¹²⁴

2.2.3 Ukotvení (Anchoring)

Posledním příkladem zkreslení, který si v tomto textu uvedeme, je tzv. ukotvení. V tomto případě jde o to, když lidé mají dělat nějaké číselné odhady, tyto odhady jsou ovlivněny sumou nebo číselnou informací, která je jim před tím uvedena,¹²⁵ tedy „číslo, které zahajuje generování nějakého úsudku, má silnější dopad než následné číselné informace“.¹²⁶ Daniel Kahneman pak uvádí, že se nemusí jednat ani o číselné informace, které jsou nějakým způsobem relevantní pro danou otázku. Jako příklad uvádí opět experiment, který prováděli s Amosem Tverským. Připravili si kolo štěstí, na kterém byla čísla od 0 do 100. Toto kolo bylo zkonstruováno tak, aby se zastavilo pouze na hodnotách 10, nebo 65. Účastníci přišli do místnosti a kolo štěstí bylo roztočeno. Poté se účastníků zeptali, jaký je jejich nejlepší odhad toho, jaké je procento afrických národů v OSN. Ti, kteří viděli na kole štěstí 10, odpovídali v průměru, že 25 %, ti, kteří viděli na kole číslo 65, odpovídali v průměru, že 45 %. Stejně tak uvádí, že pokud se někoho zeptáme, jestli Gandhímu bylo 134 let, když zemřel, tak jeho odhad, kolika let se skutečně dožil, bude mnohem vyšší, než pokud bychom se ho zeptali, zda zemřel v 35 letech.¹²⁷

Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski opět převedli i toto do právního prostředí, když rozdělili soudce do dvou skupin – jedna kontrolní skupina a druhá, kde se měl tento efekt projevit. Představili soudcům případ, kdy žalobce, muž, 31 let, učitel ve škole, utrpěl mnohonásobná zranění při automobilové nehodě, kterou z nedbalosti způsobil řidič nákladního vozidla, které patří velké dopravní firmě. Žalobce měl tři zlomená žebra a následkem zranění mu musela být amputována pravá ruka (byl pravák). Strávil týden v nemocnici a 6 týdnů nemohl do práce. Soudci měli vyřešit otázku náhrady škody. Soudcům z kontrolní skupiny bylo sděleno, že právní zástupce žalobce jim sdělil, že

¹²³ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 132.

¹²⁴ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 23–24.

¹²⁵ *Ibidem*, s. 29.

¹²⁶ STRACK, Fritz – MUSSWEILER, Thomas. *Heuristic Strategies for Estimation Under Uncertainty: The Enigmatic Case of Anchoring*, s. 79–80, cit. podle GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 29.

¹²⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 177.

bude žádat velice vysokou náhradu bez uvedení sumy. Oproti tomu druhé skupině bylo sděleno, že právní zástupce žalobce uvedl, že bude žádat 10 000 000 dolarů. Uvedení sumy mělo dost velký efekt na rozhodnutí soudců. Soudci v kontrolní skupině průměrně přiznali náhradu škody ve výši 808 000 dolarů, v druhé skupině by přiznali v průměru 2 210 000 dolarů.¹²⁸

2.2.4 Dílčí zhodnocení

Představili jsme si tři základní „zkreslení“, která se v souvislosti s intuicemi uvádějí a je na ně upozorňováno. Rovněž jsme si představili i výsledky empirického výzkumu, který prováděli Chris Guthrie, Andrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski. Jak bylo uvedeno, zjistili, že i soudci jsou při svém rozhodování a formaci svých úsudků intuicemi ovlivňováni. To samozřejmě pro nás, po tom, co jsme se seznámili s intuicemi i prostřednictvím kognitivní vědy, není překvapivé, neboť jsme se dozvěděli, že intuitivní myšlení probíhá nevědomě, automaticky a velmi rychle. Samozřejmě že výše uvedená zkreslení se mohou zdát jako problém, ale pokud o nich víme, tak si na ně můžeme dát pozor a těchto „chyb“ se vyvarovat a své rozhodnutí v těchto případech více rozmyslet.

Znamená to však, že máme na intuitivní myšlení zanevít a nemůžeme mu věřit? Společně s Bartoszem Brożkem se domnívám, že afirmativní odpověď by byla chybou.¹²⁹ A věřím, že skoro nikdo, kdo přečetl tento text, by neodpověděl kladně. Jak jsme si ukázali, tak intuice jsou i naší silnou stránkou, nejsou žádným šestým smyslem, ale jejich základním stavebním kamenem jsou naše zkušenosti. Jak uvádí Seymour Epstein, tak „*nikdo nemůže reagovat na nějakou situaci nezávisle na svých minulých zkušenostech. Navíc, lidé mohou existovat pouze se zkušenostním systémem, jak nám potvrzují zvířata, ale nemožou existovat pouze s racionálním systémem.*“¹³⁰ Pokud bychom neměli tento zkušenostní systém, tak by naše schopnost dělat efektivní rozhodnutí byla vážně ohrožena.¹³¹ Takže „*je možná těžké žít se zkušenostním systémem, ale bez něj by to bylo nemožné*“.¹³²

2.3 Implikace pro právo

V této části se zamyslíme nad tím, co poznatky kognitivních věd znamenají pro nás jakožto pro právníky. Pokud budeme vycházet z jejich zjištění, pak nám může být zřejmé, že intuice jsou v rozhodování, i tom soudním rozhodování, mnohem více běžné a přítomné, než jsme si mysleli. Jak bylo napsáno, tak intuice využívají předešlé zkušenosti jako databázi pro rozhodování¹³³ a jedná se o rychlý, automatický proces. Pokud se na ně podíváme touto optikou, pak je možné o intuicích hovořit nejen v souvislosti s rozhodováním vyšších a nejvyšších soudů, kde toto rozhodování popisovali američtí právní realisté,

¹²⁸ GUTHRIE, Chris – WISTRICH, Andrew J. – RACHLINSKI, Jeffrey J. *Judicial Intuition*, s. 30.

¹²⁹ BROŹEK, Bartosz. *The Architecture of Legal Mind*, s. 148.

¹³⁰ EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 32.

¹³¹ Ibidem. Více k tomu například Antonio Damasio, na kterého odkazuje i Seymour Epstein ve svém textu, v knize *Descartes' Error* (DAMASIO, Antonio. *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*), kde rozebírá případ Phinease Gage, jehož mozek byl poškozen a zcela se mu změnila osobnost. Mohl mluvit, psát, ale nebyl schopen činit společensky akceptovatelná rozhodnutí.

¹³² EPSTEIN, Seymour. *Intuition from the Perspective of Cognitive-Experiential Self-Theory*, s. 32.

¹³³ BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 6.

neboť to byli zejména soudci těchto soudů, ale i v případech soudů nižších,¹³⁴ kde je pro formování intuicí ještě mnohem vhodnější prostředí, neboť se zde rozhodují většinou případy, které si jsou dosti podobné a je tak jednodušší rozeznat podobnost jednotlivých případů.

Jak bylo uvedeno, tak intuice nejsou vrozené, ale musíme je trénovat. Abychom se stali experty v oboru, je potřeba poměrně dlouhá doba praxe.¹³⁵ Stejně tak jako se šachovým mistrem nestaneme jen díky tomu, že se naučíme pravidla šachu, tak se výborným soudcem nebo právníkem nestaneme jen díky tomu, že budeme znát nebo si umět vyhledat právní pravidla. Ostatně, pokud se podíváme na to, jak se lidé, kteří hrají šachy na vyšší úrovni, učí a připravují na své hry, tak je to i prostřednictvím toho, že si procházejí hry šachových velmistrů a dívají se na to, jak hráli a jak reagovali na jednotlivé situace. V právu bychom za takové hry velmistrů mohli považovat judikaturu nejvyšších soudů a Ústavního soudu. Samozřejmě, vždy je co zlepšovat, ale mohou sloužit k vytříbení argumentace a k tréninku zjišťování toho, co je v jednotlivých případech právně relevantní.

Jako by si toho byl zákonodárce vědom. Pokud se totiž podíváme na požadavky, aby se někdo mohl stát soudcem, pak je praxe vyžadována. Justiční čekatelé mají přípravnou službu, jejímž „účelem [...] je odborně připravit justiční čekatele pro výkon funkce soudce“¹³⁶ a tato „přípravná služba trvá 36 měsíců“.¹³⁷ Pro přeřazení ke krajskému, vrchnímu, nebo nejvyššímu soudu je pak vyžadována praxe ještě delší,¹³⁸ což dává smysl, neboť, jak bylo uvedeno výše, k těmto vyšším soudům se mohou dostat případy, které jsou více komplexní, a je složitější hledat podobnosti s předešlými kauzami.

Při získávání této praxe je důležité i to, v jakém prostředí k získávání zkušeností dochází a jak kvalitní máme zpětnou vazbu, jestli vůbec nějakou.¹³⁹ Pokud se nad tím zamyslíme, tak v rámci naší soustavy soudů by se dalo hovořit o zpětné vazbě, kterou mohou soudci nižších soudů získat prostřednictvím rozhodnutí soudů vyšších, ty zase mohou získat zpětnou vazbu prostřednictvím soudů nejvyšších a všichni tito následně prostřednictvím nálezů Ústavního soudu. Tato zpětná vazba je však poměrně omezená a často k ní může docházet i po několika letech. V tomto momentě spatřuji jako velice důležité to, že zde máme odbornou veřejnost, která vývoj judikatury sleduje, komentuje a kriticky reflektuje.¹⁴⁰ To je podle mého názoru velice důležitá úloha právní vědy a soudci by měli tyto debaty, alespoň ty, co se nějakým způsobem týkají jejich rozhodování, sledovat. Problémem však může být, že tyto odborné debaty a odborná kritika rozhodnutí se týká právě rozhodnutí nejvyšších soudů a Ústavního soudu, soudci nižších soudů si tak musejí

¹³⁴ Toho si všímá například i Diana Richards. Viz RICHARDS, Diana. *When Judges Have a Hunch: Intuition (and Some Other Emotion) in Judicial Decision Making*, s. 8–9.

¹³⁵ Např. KLEIN, Gary. *Sources of Power: How People Make Decisions*, s. 238, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*, s. 336.

¹³⁶ § 109 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

¹³⁷ § 110 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

¹³⁸ § 71 odst. 2 a 3 zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích.

¹³⁹ HOGARTH, Robin M. *On the Learning of Intuition*, s. 101–103.

¹⁴⁰ Kdy může docházet k cenné kritice, na což jsem upozornila již v článku *Důležitost kontextu při používání judikatury: „Na správnost, či nesprávnost interpretace pak může být poukazováno prostřednictvím kritiky ze strany akademiků, praktiků či veřejnosti. Odlišný názor může být vyjádřen i prostřednictvím disentu. Všechny tyto formy konstruktivní kritiky mají své opodstatnění a své místo.“* TVRDÍKOVÁ, Linda. *Důležitost kontextu při používání judikatury. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2020, roč. 28, č. 4, s. 591, 592 [cit. 2021-06-21]. Dostupné z: <<https://journals.muni.cz/cpvp/article/view/13649>>.

počkat na zpětnou vazbu skrze možné zrušení jejich rozhodnutí, kde tím, co je důležitou zpětnou vazbou, není samotné zrušení rozhodnutí, ale měli by věnovat pozornost tomu, jak je odůvodněno to, že rozhodli nesprávně. Dalším způsobem, jak je možné získat zpětnou vazbu, je neformální dotaz u svých kolegů, jak by případ řešili a proč, tak se mohou učit od sebe navzájem.¹⁴¹

Se získáním dostatečně dlouhodobé praxe a expertízy se však pojí riziko, a to, že čím více máme zkušeností, tím sice máme větší databázi a můžeme snadněji vyhledávat podobnosti, ale na stranu druhou hrozí to, že přehlédneme nějaké nápovědy, které by nás mohly nasměrovat jinam. Jak upozorňuje Tilmann Betsch „*čím větší je předchozí vzorek našich zkušeností, tím větší mají lidé tendenci být ve svých úsudcích a rozhodnutích konzervativní a podceňují pak nové indicie a skutečnosti*“.¹⁴² To, že dochází k tomu, že jsme konzervativnější v našich rozhodnutích a úsudcích, můžeme spatřovat jako poměrně příznivou zprávu pro soudní rozhodování, neboť soudní rozhodnutí by měla být předvídatelná. Na stranu druhou, každý případ se má posuzovat zvlášť, aby nedocházelo k tomu, že je aplikována norma nepřiléhající na daný případ. Pokud pak nebudeme obezřetní, může nás právě tento konzervatismus vést nesprávným směrem. Je tedy třeba každému případu věnovat náležitou pozornost.

Závěr

V tomto textu jsme se zaměřili na myšlení amerického právního realismu zejména ve vztahu k ústřednímu tématu, tedy intuicím v soudním rozhodování. Byly představeny základní myšlenky v jejich nefrankifikované podobě. Argumentovali jsme, že tyto postřehy jsou relevantní i pro naši právní kulturu. Představili jsme si i případy z judikatury, kde se můžeme domnívat, že intuice hrály svou roli. Byl představen případ, který diskutoval Bartosz Brożek (*Donoghue v. Stevenson*), kde se snažil demonstrovat, že k rozhodnutí případu bylo potřeba více než jen znát zákonná ustanovení. Bylo potřeba brát právo jako celek včetně principů a zásad, na kterých spočívá. Ukázali jsme si, že obdobně můžeme nahlížet i na některá rozhodnutí našich soudů, kde byla uvedena judikatura Ústavního soudu k problematice nabytí vlastnického práva od neoprávněného. Zdá se tak, že i v našem právním prostředí hrají intuice důležitou roli v rámci soudního rozhodování. Můžeme tak tvrdit, že naše tvrzení, že bychom je neměli ignorovat a měli bychom se jimi zabývat, můžeme považovat za oprávněné.

Následně byly intuice představeny očima moderní vědy, kde v posledních dekadách dochází k velkému posunu a přichází se na nové poznatky, které mohou změnit náš pohled na to, jak funguje naše myšlení. V rámci prezentace těchto poznatků bylo vysvětleno, že intuice nejsou nějakým naším šestým smyslem, který by nám byl vrozený a prostřednictvím něhož bychom byli nějak napojeni na nějaké nadpřirozeno či jiný svět. Naopak, ukázalo se, že intuice jsou úzce spjaty s našimi zkušenostmi. Nejsou nám vrozené, ale musíme se jim učit. V rámci tohoto učení je důležitým faktorem i to, v jakém prostředí získáváme naše zkušenosti a jakou máme ke svým rozhodnutím zpětnou vazbu. Rovněž jsme

¹⁴¹ Diana Richards uvádí, že soudci ani nechtějí, aby jejich rozhodnutí byla zrušena, a proto u nich dochází k neformálnímu způsobu získávání zpětné vazby, a to tak, že se zeptají svých kolegů soudců, jak by případ řešili. Viz RICHARDS, Diana. *When Judges Have a Hunch: Intuition (and Some Other Emotion) in Judicial Decision Making*, s. 12.

¹⁴² BETSCH, Tilmann. *The Nature of Intuition and Its Neglect in Research on Judgment and Decision Making*, s. 16.

zjistili, že intuicím se v podstatě nelze vyhnout, jsou automatické a nevědomé. Odlišili jsme tento mód myšlení od myšlení deliberativního a ukázali si, že mnohdy náš racionální systém nemusí ani vědět, že je ovlivněn systémem zkušenostním.

Po představení poznatků kognitivní vědy jsme si ukázali spojnice mezi myšlenkami právních realistů a zjištěními vědy. Na základě tohoto srovnání se ukázalo, že teorie amerických právních realistů může být alespoň v souvislosti s touto problematikou spatřována jako poměrně úspěšná deskriptivní teorie, což bylo jejich aspirací. Aby byl text vyvážený, zaměřili jsme se i na selhání intuic. V této části jsme si představili nejzákladnější z nich, a to prostřednictvím experimentů Daniela Kahnemana a Amose Tverského a následně byly představeny i experimenty, které provedli Chris Guthrie, Adrew J. Wistrich a Jeffrey J. Rachlinski v právních kontextech s 295 soudci. I jejich experimenty se soudci potvrdily, že soudci inklinují k intuitivnímu myšlení.

Na závěr jsme se zamysleli nad možnými implikacemi těchto zjištění pro právo, přičemž jsme se zaměřili zejména na otázku získávání těchto zkušeností, kde je důležitým faktorem prostředí, ve kterém zkušenosti získáváme, a rovněž zpětná vazba. Poukázali jsme na to, že zpětná vazba je možná něco, co může při získávání zkušeností soudcům chybět. Pokud soudci chtějí své intuice formovat co nejlépe a nejpřesněji, pak je třeba, aby sledovali rozhodování jiných soudců, ale rovněž i kritickou reflexi těchto rozhodnutí, ke které dochází v rámci odborných diskusí.

Intuition in Judicial Decision-Making

Linda Tvrdíková (<https://orcid.org/0000-0002-9115-1052>)

Abstract: Within legal theory and legal philosophy, we hardly ever see anyone dealing with intuitions, feelings, or emotions. These human “faculties” of ours are often disposed of by merely clouding judgment and are not objective but entirely subjective. If we also look at history, we rather rarely encounter these topics – the exception being legal realists whose work has not received much attention within our tradition and legal theory, whether it be American legal realism or Scandinavian legal realism. It is the question of intuitions that has received attention from the American legal realists, and since this text will deal with this issue, we will introduce their ideas in the first part. The aim of this paper is to introduce the ideas of the American legal realism in its uncaricatured form, particularly in relation to the central theme of this paper, therefore intuitions and then show that the observations of American legal realists are consistent with how modern science views intuition and how intuition is presented. Thus, American legal realism can be seen as a successful descriptive theory, which was its aspiration, and it is therefore surprising that it does not have more attention within the theory and philosophy of law and that it rather reaps criticism. Another thing we will point out is that intuitions are not only a source of bias but they are also our very strong capability. According to the author, it is not appropriate to ignore them or just say intuitions have nothing to do in legal thinking. They are part of every thought, including the legal one, and should therefore be given room and attention.

Keywords: intuition, thinking, decision-making, legal realism, cognitive science