

## ZAGADNIENIE PRAWNE

W sprawie o zapłatę na skutek apelacji pozwanego od wyroku Sądu Rejonowego z dnia 2 czerwca 2015 r..

- 1. Czy sporządzony na podstawie art. 157 § 1 kodeksu postępowania cywilnego protokół utrwalający przebieg posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk umożliwia sądowi drugiej instancji kontrolę procesowo –instancyjną w rozumieniu art. 233 § 1 kodeksu postępowania cywilnego w zw. z art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji?**
- 2. Czy transkrypcja protokołu utrwalonego za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk sporządzona zgodnie z art. 158 § 4 kodeksu postępowania cywilnego ma charakter dokumentu urzędowego i jest równoznaczna z tym protokołem i czy na jej podstawie sąd drugiej instancji może dokonywać kontroli procesowo – instancyjnej orzeczenia?**
- 3. Czy § 12 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 marca 2015 r. w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego w postępowaniu cywilnym, w zakresie, w jakim umożliwia dokonywanie zmian zapisu za pomocą urządzeń korygujących lub wzmacniających dźwięk nie narusza domniemań prawdziwości i prawidłowości protokołu jako dokumentu urzędowego?**
- 4. Czy w przypadku, gdy protokół utrwalający przebieg posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk jest słabo słyszalny zachodzi konieczność powtórzenia postępowania dowodowego czy odtworzenia akt?**
- 5. Czy dla skutecznego kwestionowania w ramach zarzutu art. 233 § 1 kodeksu postępowania cywilnego oceny zeznań świadków skarżący w apelacji powinien odnieść się do konkretnych fragmentów zapisu dźwiękowego?**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 2 czerwca 2015 r. Sąd Rejonowy [...] w W. zasądził od pozwanego B. sp. z o.o. w T. na rzecz powoda E. W. kwotę 4.527,02 zł z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia 16 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty oraz zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 336,60 zł tytułem zwrotu kosztów sądowych. W uzasadnieniu Sąd wskazał, że strona powodowa udowodniła, iż powództwo jest zasadne, natomiast strona pozwana nie wykazała żadnych dowodów na poparcie swoich zarzutów a twierdzeń strony pozwanej nie można nazwać dowodami. Sąd zaznaczył ponadto, że zarzut potrącenia podniesiony przez pozwanego okazał się bezzasadny. W ocenie Sądu pozwany powinien przedstawić dowody z dokumentów w oparciu o które możliwe byłoby ustalenie istnienia przysługującej mu w stosunku do powódki wierzytelności.

Apelację od powyższego orzeczenia wniósł pozwany zaskarżając je w całości. zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie:

art: 233 § 1 k.p.c. w zw. z 227 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez pominięcie postanowień umowy z dnia 01.02.2013 r. zawartej między stronami, naruszenie prawa materialnego, tj., § 1 ust. 5 pkt. 3 oraz § 3 ust. 2, 5, 6 umowy na podstawie, której powódka była zobowiązana do gromadzenia i przechowywania dokumentacji pracowniczej oraz do przedstawiania do zatwierdzenia raportu, ewidencji czasu pracy przez Pozwanego, a następnie - dopiero po zatwierdzeniu raportu - wystawienia faktury, co skutkowało dopuszczeniem dowodu z zeznań świadków i uznaniem roszczenia Powódki za udowodnione, pomimo niespełnienia umownych wymagań w zakresie dokumentowania, a więc również udowodnienia wysokości roszczenia;

art: 233 § 1 k.p.c. poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów, polegające na dokonaniu wybiórczej oceny zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego z naruszeniem zasad logiki i doświadczenia życiowego, skutkujące uznaniem za udowodnione okoliczności faktycznych wskazywanych przez stronę Powodową a nie uznaniem okoliczności wskazywanych przez Pozwanego z powołaniem się na zapisy zawartej między stronami umowy.

Przebieg rozprawy i wyniki postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji zostały utrwalone za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk oraz pisemnie.

Rozpoznając przedmiotową apelację Sąd Okręgowy powziął poważne wątpliwości, co do tego, czy sporządzony na podstawie art. 157 § 1 kodeksu postępowania cywilnego protokół utrwalający przebieg posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk oraz pisemnie, pod kierunkiem przewodniczącego umożliwia sądowi drugiej instancji kontrolę procesowo – instancyjną wydanego orzeczenia w rozumieniu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 45 ust. 1 i 78 Konstytucji.

W postępowaniu cywilnym podstawową funkcją protokołu jest wierne odtworzenie przebiegu posiedzenia i przeprowadzonych na nim czynności, co ma umożliwić sądowi poczynienie ustaleń faktycznych zgodnych z materiałem dowodowym oraz wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia.

Z punktu widzenia sądu drugiej instancji protokół pełni ważną funkcję procesowo- kontrolną. Ma on umożliwić sądowi pierwszej instancji poczynienie ustaleń faktycznych zgodnych z materiałem dowodowym oraz wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia, a w razie odwołania umożliwić sądowi drugiej instancji oraz Sądowi Najwyższemu przeprowadzenie kontroli przebiegu posiedzenia, dokonanych na nim czynności i w konsekwencji prawidłowości rozstrzygnięcia (M. Jędrzejewska, J. Gudowski, w: Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Postępowanie rozpoznawcze, red. T. Ereciński, wyd. 4, s. 720-721, I. Gromska-Szuster (w:) H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 2010, s. 527).

Jak przyjmuje się w doktrynie protokół jest sprawozdawczym dokumentem publicznym i pisemnym. Jego istotnymi cechami jest publiczność i sprawozdawczy charakter (S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 515; M. Cieślak, *Podstawowe zagadnienia protokołów w procesie cywilnym i karnym (O właściwą praktykę i właściwe ujęcie kodyfikacyjne)*, PiP 1955, nr 7-8, s. 586). Pełni on istotną funkcję z punktu widzenia transparentności i jawności postępowania, gdyż z jego treści nieobecni uczestnicy mogą się dowiedzieć, jaki był przebieg rozprawy. Poza tym pełni on niezwykle istotną funkcję kontrolującą dla sądu odwoławczego.

W judykaturze zgodnie przyjmuje się, że protokół rozprawy jest dokumentem urzędowym, który zgodnie z art. 244 § 1 k.p.c., stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone (por. postanowienie SN z 9 kwietnia 2010r, III CSK 178/09, *LEX nr 852664*, postanowienie SN 4 grudnia 2008r, I CSK 225/08, *LEX nr 560502*). Jedynie protokół jest miarodajny dla ustalenia rzeczywistego przebiegu tego postępowania. Ten zaś przebieg odzwierciedla (art. 158 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.) protokół rozprawy. Stanowi on sprawozdawczy dokument urzędowy, którego celem jest utrwalenie przebiegu posiedzenia i innych czynności określonych w powołanym art. 158 § 1 k.p.c. Celem jego jest miarodajne stwierdzenie istnienia lub nieistnienia istotnych - dla przebiegu postępowania w sprawie - faktów. Jako dokument urzędowy korzysta on z wynikających z art. 244 k.p.c. domniemań prawdziwości oraz prawidłowości zawartych w nim stwierdzeń i oświadczeń (por. wyrok SN 21 stycznia 2005r, I CK 4/05, *LEX nr 602661*).

W końcu w uchwale z 3 grudnia 1971r. III CZP 75/71, OSNC 1972/4/64 Sąd Najwyższy podkreślił, iż zgodnie z art. 157 § 1 k.p.c. z przebiegu posiedzenia jawnego protokolant pod kierunkiem przewodniczącego spisuje protokół. Kategoryczna treść przepisu i brak jakichkolwiek wyłączeń w dalszych postanowieniach ustawy dotyczących istoty i formy protokołu wskazują na to, że kodeks ustanawia obowiązek sporządzenia protokołu z każdego posiedzenia jawnego oraz statuuje zasadę, iż w utrwalaniu przebiegu protokołowanych czynności muszą brać udział jednocześnie dwie osoby: przewodniczący posiedzenia i protokolant. Tak poważne wymagania ustawy są determinowane wagą i znaczeniem protokołu sądowego oraz wiążącymi się z jego prawidłowością gwarancjami procesowymi. Doniosłe są bowiem funkcje protokołu, jeśli zważyć, że stanowi on podstawowy dowód zachowania form postępowania i treść utrwalanych dowodów oraz podstawę kontroli rewizyjnej. Funkcje protokołu powodują, że przy jego sporządzaniu nie chodzi tylko o problem techniczny. Protokół bowiem jest sprawozdawczym dokumentem urzędowym, którego celem jest stwierdzenie istnienia lub nieistnienia istotnych dla sprawy faktów. Jako dokument urzędowy, korzysta on z wynikających z art. 244 k.p.c. domniemań prawdziwości i prawidłowości zawartych w nim stwierdzeń i oświadczeń. Doniosłość tego dokumentu wymaga pełnej bezstronności przy jego sporządzeniu. Nieprzypadkowo więc ustawa wymaga udziału protokolanta przy sporządzaniu protokołu, gdyż właśnie udział dwóch osób

czyni zadość warunkowi bezstronności. Protokolant nie jest przecież tylko osobą piszącą mechanicznie protokół, ale jest on również współautorem protokołu. Stąd protokół nie może być bez jego udziału ani zmieniony, ani sprostowany. Przyjęcie tezy, że przy sporządzeniu protokołu muszą brać udział dwie osoby, prowadzi do wniosku, iż w braku podpisu protokolanta nie ma w ogóle protokołu, istnieje zaś tylko projekt tego dokumentu.

O wadze i znaczeniu protokołu świadczy również szczególny tryb jego sprostowania lub uzupełnienia (art. 160 k.p.c.)

Praktyce sądowej znane są dwie formy protokołu sądowego – protokół chronologiczny i protokół reasumpcyjny. Protokół chronologiczny, stosowany częściej w postępowaniu karnym, jest sporządzany samodzielnie (na bieżąco) przez protokolanta, natomiast protokół reasumpcyjny (końcowy lub sukcesywny) polega na streszczaniu lub syntetycznym ujmowaniu przez przewodniczącego przebiegu zdarzeń i dyktowaniu tak ujętych kwestii protokolantowi. System reasumpcyjny, powszechnie stosowany w postępowaniu cywilnym, został uznany przez naukę i praktykę za lepszy, gdyż „czyni protokół bardziej zwięzłym, wiele bowiem kwestii, wyjaśnionych późniejszymi zdarzeniami, odpada, co przyczynia się też do większej przejrzystości protokołu” ( Z. Fenichel, *Protokół*, s. 611, T. Ereciński, *Aspekty socjologiczne sądowego postępowania cywilnego*, s.194, . Jędrzejewska, J. Gudowski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, wyd. 4, s. 720-721 ).

W dniu 29 kwietnia 2010 r. została przyjęta ustawa o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego<sup>1</sup>, która wchodząc w życie 1 lipca 2010 r., otworzyła drogę do radykalnej zmiany sposobu utrwalania przebiegu posiedzeń jawnych w sprawach cywilnych.

Zgodnie z art. 157 § 1 i 1[1] k.p.c., z przebiegu posiedzenia jawnego protokolant pod kierunkiem przewodniczącego, sporządza protokół. Protokół sporządza się, utrwalając przebieg posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk oraz pisemnie. Jeżeli ze względów technicznych utrwalenie przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk nie jest możliwe, protokół jest sporządzany wyłącznie pisemnie, pod kierunkiem przewodniczącego.

---

<sup>1</sup> Dz. U. z dnia 18 czerwca 2010 r., nr 108, poz. 684.

Elementy składowe protokołu są określone przez art. 158 § 1 k.p.c., zgodnie z którym protokół sporządzony pisemnie zawiera oznaczenie sądu, miejsca i daty posiedzenia, nazwiska sędziów, protokolanta, prokuratora, stron, interwenientów, jak również obecnych na posiedzeniu przedstawicieli ustawowych i pełnomocników oraz oznaczenie sprawy i wzmianki co do jawności. Ponadto protokół sporządzony pisemnie powinien zawierać wymienienie zarządzeń i orzeczeń wydanych na posiedzeniu oraz stwierdzenie, czy zostały ogłoszone, a także czynności stron wpływające na rozstrzygnięcie sądu (ugoda, zrzeczenie się roszczenia, uznanie powództwa, cofnięcie, zmiana, rozszerzenie lub ograniczenie żądania pozwu) oraz inne czynności stron, które według szczególnych przepisów ustawy powinny być wciągnięte, wpisane, przyjęte, złożone, zgłoszone lub wniesione do protokołu. Jeżeli sporządzenie odrębnej sentencji orzeczenia nie jest wymagane, wystarcza zamieszczenie w protokole treści samego rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 158 § 1<sup>1</sup> k.p.c. protokół, o którym mowa w § 1, może zawierać wnioski i twierdzenia stron, streszczenie wyników postępowania dowodowego oraz inne okoliczności istotne dla przebiegu posiedzenia; zamiast wniosków i twierdzeń można w protokole powołać się na pisma przygotowawcze. Protokół sporządzony za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk protokolant podpisuje podpisem elektronicznym gwarantującym identyfikację osoby protokolanta oraz rozpoznawalność jakiegokolwiek późniejszej zmiany protokołu. Protokół sporządzony pisemnie podpisują przewodniczący i protokolant (art. 158 § 3 k.p.c.).

Czynność protokołowania, jakkolwiek bez wątpienia pomocnicza, ma jednak niezwykle istotne znaczenie dla samego biegu procesu. Zagadnienie protokołu ściśle wiąże się bowiem z fundamentalnymi kwestiami dla procesu cywilnego, to jest poznaniem prawdy, zasadą bezpośredniości, kontrolą instancyjną, zasadami ustności i pisemności, prawem do obrony, w końcu zasadą kontradyktoryjności czy jawności. Tym samym prawidłowe utrwalenie przebiegu rozprawy oraz utrwalenie treści przeprowadzonych dowodów ma wpływ na metodykę pracy sędziego oraz przede wszystkim na prawa procesowe stron, zwłaszcza związane z realizowaniem obrony przy pomocy środków odwoławczych. Z tych więc przyczyn protokół ma rangę dokumentu urzędowego i korzysta z wynikających z art. 244 k.p.c. domniemań prawdziwości i prawidłowości zawartych w nim stwierdzeń i oświadczeń.

Protokół jest sporządzony przede wszystkim dla celów kontroli odwoławczej. Niezwykle doniosła jest ta funkcja protokołu, albowiem protokół stanowi podstawowy dowód zachowania form postępowania i treść utrwalonych dowodów oraz podstawę kontroli odwoławczej. Protokół umożliwia przede wszystkim kontrolę odwoławczą i jest głównym substratem faktycznym dla kontroli odwoławczej bądź innych postępowań sądowych, np. wznowienia czy innych postępowań kasacyjnych.

Dla realizacji gwarancji rzetelnego procesu istotną rolę odgrywa funkcja kontrolna protokołu. Zagadnienie protokołów łączy się bowiem ściśle z poznaniem prawdy, obecnie traktowanym jako element sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporu (A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 564). Nie w innym celu aniżeli zabezpieczenia ustaleń zgodnych z badaną w procesie rzeczywistością i dla zapobieżenia możliwym w tym względzie pomyłkom, wprowadzony został obowiązek protokolowania czynności dowodowych i całego niemal przebiegu postępowania (M. Cieślak, *Podstawowe zagadnienia...*, s. 595). Aby proces ustny mógł być w przyszłości skontrolowany, trzeba go utrwalić w myśl paremii „*verba volant, scripta manent*”.

Realizacja tego obowiązku podporządkowanego zasadzie prawdy jest ściśle sprzężona z zasadą kontroli procesowej, zgodnie z którą nie tylko sam przebieg, ale i wiążące rezultaty – decyzje procesowe - są kontrolowane pod kątem widzenia prawidłowości. Kontrola instancyjna zaś jest niemożliwa do zrealizowania bez protokołów ((M. Cieślak, *Podstawowe zagadnienia...*, s. 595).

Kontrola ta ze swej istoty ma ograniczony charakter ze względu na fakt, że protokół jest dowodem pochodnym. Ten model postępowania, kontrolny w swojej istocie, ma wpisane ograniczenie zasady bezpośredniości. Sąd drugiej instancji dokonuje bowiem oceny materiału procesowego na podstawie m. in. sporządzonych protokołów.

Obowiązek protokolowania czynności dowodowych i całego przebiegu postępowania ma na celu zabezpieczenie ustaleń zgodnych z badaną w procesie rzeczywistością i ma zapobiegać pomyłkom. O ile jednak sąd pierwszej instancji ma zapewnioną możliwość bezpośredniego zetknięcia się z materiałem procesowym, o tyle sąd drugiej instancji dokonuje oceny zebranego materiału dowodowego z reguły na podstawie materiału dowodowego utrwalanego za pomocą protokołów.

W związku z wprowadzeniem zaś e-protokołu wyłania się zagadnienie prawne, czy protokół utrwalający przebieg posiedzenia za pomocą urządzenia

rejestrującego obraz i dźwięk oraz pisemnie, pod kierunkiem przewodniczącego umożliwi sądowi drugiej instancji kontrolę procesowo –instancyjną w rozumieniu art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji.

Podstawową formą kontroli orzeczeń sądowych jest kontrola procesowa – instancyjna. Jej cechami charakterystycznymi jest to, że jest ona kontrolą na wniosek, przedmiotem jej są wyłącznie decyzje procesowe i ma ona w zasadzie charakter reformacyjny, to znaczy, że jej celem jest usunięcie nieprawidłowości kontrolowanych decyzji. Stronom przysługują ściśle określone środki zaskarżenia podejmowanych decyzji. Kontrola ta może być również nazwana nadzorem instancyjnym.

Nadzór instancyjny ma swoje zakotwiczenie już w Konstytucji. Zgodnie z art. 176 ust. 1 Konstytucji postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne, za kolei art. 78 Konstytucji stanowi, że każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydawanych w pierwszej instancji, a wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżenia określa ustawa. Konstytucja poręcza zatem instancyjność postępowania sądowego rozumianą jako możliwość zaskarżenia co najmniej orzeczeń sądu pierwszej instancji. Chodzi tu przede wszystkim o orzeczenia orzekające o samej sprawie i kończące postępowanie( tak przykładowo F. Zedler, Zagadnienia instancyjności postępowania cywilnego, w : Prace z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Janusza Pietrzykowskiego, s. 379-380). Nie można bowiem pomijać, że instancyjność postępowania wydłuża tok postępowania i możliwość zaskarżenia każdego rozstrzygnięcia sądowego bez względu na jego znaczenie dla istoty sprawy prowadzić by mogło w praktyce do paraliżu postępowania sądowego.

Instancyjność postępowania jest gwarancją rzetelnego procesu (art. 45 ust.1 Konstytucji). Instancyjność postępowania jest mechanizmem procesowym, który umożliwia eliminowanie z procesu orzeczeń dotkniętych błędami, pomyłkami i wszelkiego rodzaju uchybieniami sądu pierwszej instancji. Chodzi tu o drogę proceduralną zwracania się do innego sądu o skontrolowanie prawidłowości orzeczenia wydanego przez sąd pierwszej instancji, zwłaszcza orzeczenia kończącego postępowanie (T. Wiśniewski, Problematyka instancyjności postępowania sądowego w sprawach cywilnych, Ars et Usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego, Warszawa 2005, s. 296).

Prawo do zaskarżenia orzeczeń wydanych w pierwszej instancji jest czynnikiem gwarantującym urzeczywistnienie prawa do sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Instancyjność postępowania jest uznawana za mechanizm procesowy, przy pomocy którego państwo zapewnia wydawanie prawidłowych i zarazem sprawiedliwych orzeczeń. Zgodnie z art. 78 Konstytucji każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, zaś wyjątki od tej zasady i tryb zaskarżania określa ustawa. Zakres normowania art. 78 Konstytucji obejmuje wszystkie postępowania bez względu na to, czy toczą się przed sądem czy przed niesądowym organem władzy publicznej, jak i bez względu na ich główny lub uboczny charakter (zob. wyrok TK z 30 października 2012 r., sygn. SK 20/11, cz. III, pkt 3.4.1). Z art. 78 zdanie pierwsze Konstytucji jednoznacznie wynika skierowany do prawodawcy postulat takiego kształtowania procedur, aby było przewidziane w nich prawo wniesienia przez stronę środka zaskarżenia.

Zgodnie z orzecznictwem TK, do istoty analizowanego prawa należy możliwość uruchomienia weryfikacji orzeczenia i decyzji zapadłych w pierwszej instancji. Ustawodawca ma zatem obowiązek nie tylko umożliwić zainteresowanej stronie prawo do wniesienia środka zaskarżenia od orzeczenia lub decyzji wydanych w pierwszej instancji, ale i umożliwić organowi rozpatrującemu środek zaskarżenia merytoryczną ocenę prawidłowości uprzednio rozstrzygniętej sprawy. Trybunał uznał, że "konstytucyjna kwalifikacja konkretnych środków zaskarżenia pozostawionych przez prawodawcę do dyspozycji strony, uwzględniać musi całokształt unormowań determinujących przebieg danego postępowania. W szczególności konieczne jest zarówno odniesienie do rodzaju sprawy rozstrzyganej w danym postępowaniu, struktury i charakteru organów podejmujących rozstrzygnięcie, jak i wreszcie konsekwencji oddziaływania innych zasad i norm konstytucyjnych, w szczególności zaś konstytucyjnej zasady prawa do sądu". W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że celem tej zasady jest "zagwarantowanie jednostce, której statusu prawnego dana sprawa dotyczy (tj. stronie), prawa do zaskarżania orzeczeń i decyzji do organu wyższej instancji w celu sprawdzenia (skontrolowania) prawidłowości orzeczenia" (wyrok TK z dnia 15 maja 2000 r., SK 29/99, OTK 2000, Nr 4, poz. 110).

Konstytucyjny standard postępowania odwoławczego nie ogranicza się jednak do samego tylko dostępu do instancji odwoławczej. Trybunał sformułował bowiem także pewne wymagania merytoryczne pod adresem apelacji. Między innymi

w uzasadnieniu wyroku z 12 czerwca 2002 r. Trybunał podkreślił, że "z punktu widzenia regulacji zawartych w Konstytucji środek zaskarżenia powinien być skuteczny w tym sensie, iż powinien umożliwiać merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy w postępowaniu odwoławczym. Gwarancje takie zapewnia postępowanie apelacyjne a nie kasacyjne. Dotyczy to w szczególności możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego" (P 13/01, OTK ZU nr 4/A/2002, poz. 42). Chodzi o zapewnienie "obiektywnej i realnej kontroli" orzeczeń wydanych w pierwszej instancji; "celem reguły instancyjności jest zapobieganie pomyłkom i arbitralności" (tamże). Z cytowanych fragmentów uzasadnienia wynika, że - w ocenie Trybunału - postępowanie odwoławcze od wyroku sądu I instancji nie powinno mieć charakteru wyłącznie kasacyjnego; apelacja powinna gwarantować ponowne, merytoryczne zbadanie sprawy. Osiągnięcie celu tego postępowania nie jest bowiem możliwe, gdy kontrola ograniczy się do prawidłowości zastosowania przepisów przez sąd pierwszej instancji.

Protokół odgrywa zaś zasadniczą rolę w postępowaniu odwoławczym, jest on warunkiem sine qua non prawidłowego orzekania przez sąd drugiej instancji. Jak wskazał SN w wyroku z 22 października 1951r. (Zb. O. nr 40/52) zasadniczą podstawą do przeprowadzenia przez Sąd Najwyższy kontroli rewizyjnej jest protokół.

Jak podkreślił SN w uchwale 7 sędziów SN z 23 marca 1999r. III CZP 59/98 z mocy art. 382 in princ. k.p.c. w związku z art. 391 i 233 § 1 k.p.c. przeprowadzone w postępowaniu w pierwszej instancji dowody są każdorazowo przedmiotem swobodnej oceny sądu drugiej instancji, albowiem sąd ten musi dokonać ustaleń faktycznych (patrz: uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 1998 r. II CKN 704/97 - OSNC 1998, z. 12, poz. 214).

Sąd drugiej instancji w żadnym razie nie może poprzestać na ustosunkowaniu się do zarzutów apelacyjnych. Jako sąd orzekający merytorycznie ma bowiem obowiązek poczynić własne ustalenia i samodzielnie je ocenić z punktu widzenia prawa materialnego. Wówczas, gdy podziela pogląd sądu niższego rzędu, może co najwyżej ograniczyć się do stwierdzenia, że przyjmuje ustalenia i wnioski tego sądu jako swoje. SN w cytowanej uchwale zaakcentował swoistość oceny dowodów przez sąd odwoławczy (zetknięcie się wyłącznie lub głównie z dowodami pochodnymi), i założenia oraz funkcje kontroli odwoławczej. Kontrola ta z natury swej nie obejmuje sfery przekonania sędziowskiego, jaka łączy się wyłącznie z bezpośredniością przesłuchania i polega przede wszystkim na sprawdzeniu, czy

pierwszoinstancyjna ocena dowodów z zeznań świadków lub przesłuchania stron nie wykazuje błędów natury faktycznej (niezgodności z treścią dowodu) lub logicznej (błędności rozumowania i wnioskowania) albo czy nie koliduje z doświadczeniem życiowym lub wskazaniem wiedzy. W sytuacji gdy sąd drugiej instancji dochodzi do przekonania o trafności ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego orzeczenia (wynik kontroli jest pozytywny), nie tylko nie jest konieczne, ale i niepożądane przeprowadzanie na nowo postępowania dowodowego w całości lub w jakiejś części. W powyższym wypadku wyłom w zasadzie bezpośredniości oraz prymat zasad ekonomii procesowej i szybkości postępowania nie powinny negatywnie rzutować na realizację postulatu poznania prawdy w procesie. Z przyzwolenia ustawodawcy sąd drugiej instancji może wówczas rozstrzygnąć sprawę jedynie na podstawie materiału zebranego w pierwszej instancji.

Rolą zatem sądu drugiej instancji jest przede wszystkim sprawdzenie, czy pierwszoinstancyjna ocena dowodów z zeznań świadków lub przesłuchania stron nie wykazuje błędów natury faktycznej (niezgodności z treścią dowodu) lub logicznej (błędności rozumowania i wnioskowania) albo czy nie koliduje z doświadczeniem życiowym lub wskazaniem wiedzy. Jak to trafnie zaś wywiódł SN w wyroku z 22 stycznia 1997r, I CKN 34/96 kodeks postępowania cywilnego - w art. 233 § 1 - stanowi, że sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Nie wskazując sposobów dokonania oceny dowodów wymieniony przepis art. 233 § 1 zawiera: po pierwsze, jednoznaczny, i nie doznający wyjątku nakaz, aby ocena wyrażana w aspekcie wiarygodności dokonana była na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału; po drugie, nakazuje uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu; po trzecie, wymaga skonkretyzowania okoliczności towarzyszących przeprowadzeniu - poszczególnych dowodów mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności - nie wyłączając odpowiednio utrwalonych okoliczności związanych z postawą, sposobem zachowania się i reakcją świadka (biegłego) w toku jego przesłuchania; po czwarte, omawiany przepis wymaga przytoczenia jednoznacznego kryterium oraz merytorycznych i rzeczowych argumentów mających w sposób przekonywujący potwierdzać trafność dokonanej oceny w przedmiocie uznania zeznań za wiarygodne bądź ich zdyskwalifikowanie. Ustawa zatem eliminuje w tej decyzyjnej fazie postępowania schematyzm, automatyzm, ogólnikowość i inne pozaustawowe kryteria oceny wiarygodności

zeznań świadków (biegłych). Zawiera nakaz zachowania samodzielności i niezależności w toku badania, ustalania, rozumowania oraz wyciąganiu końcowych wniosków rozstrzygających o ocenie dowodów.

Nie budzi w doktrynie i orzecznictwie zastrzeżeń zapatrywanie, że przysługujące sądowi prawo swobodnej oceny dowodów powinno być tak stosowane i przedstawione w uzasadnieniu orzeczenia, by zarówno prawidłowość doboru jak i stosowania kryteriów oceny a także realizacji tego doniosłego uprawnienia w konkretnej sprawie mogła być - w toku instancji - sprawdzona. Sposób i prawidłowość realizacji tego uprawnienia wynika z uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia. Jest oczywistym, że instancja kasacyjna nie jest powołana ani uprawniona do przeprowadzenia dowodów i ustalenia stanu faktycznego sprawy, który w prawidłowy sposób ustalony jest wiążący także dla tej instancji. Nie pozostaje jednakże w sprzeczności z charakterem i celem postępowania kasacyjnego poddanie kontroli kasacyjnej zarówno kryteriów zastosowanych przez sąd przy ocenie mocy i wiarygodności zeznań świadków, jak i innych okoliczności mających znaczenie dla tej oceny.

Stosownie do art. 233 § 1 k.p.c. Sąd I instancji ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, przy czym winien to jednak czynić na podstawie wszechstronnego rozważenia całego zebranego materiału dowodowego. Sprawdzianem tego, czy sąd należycie wykonał obowiązek wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego jest uzasadnienie orzeczenia, w którym winien się on m.in. wypowiedzieć co do faktów, które uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn dla których innym dowodem odmówił wiarygodności i mocy dowodowej (art. 328 § 2 kpc).(wyrok SN z 4 kwietnia 1974r, I CR 117/74)

Prawidłowe wywiedzenie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 kpc wymaga wykazania dowolności przeprowadzonej przez Sąd oceny, w szczególności nieliczenia się z regułami logicznego myślenia lub życiowego doświadczenia. Do tego niezbędne jest odniesienie się przez stronę skarżącą do konkretnie określonych środków dowodowych poddanych ocenie sądu (postanowienie SN z dnia 23 lutego 1998 r., III CKN 380/97, LEX nr 78207).

E-protokół znacząco utrudnia sądowi drugiej instancji sprawdzenie czy pierwszoinstancyjna ocena dowodów z zeznań świadków lub przesłuchania stron nie wykazuje błędów natury faktycznej (niezgodności z treścią dowodu) lub logicznej

(błędności rozumowania i wnioskowania) albo czy nie koliduje z doświadczeniem życiowym lub wskazaniem wiedzy. Wynika to głównie z formy zapisu e-protokołu.

Dotychczas bowiem „usystematyzowany, skomponowany według reguł typografii, przejrzysty i czytelny, zawierający opis najistotniejszych czynności i wydarzeń procesowych protokół pisemny, został zastąpiony płytą CD zapisaną plikami audio, czyli praktycznie nagraniem dźwiękowym.

Zapis CD to nie jest protokół rozprawy; to nagranie dźwiękowe rejestrujące całą rozprawę, „jak leci”, z szumem tła, zgiełkiem, z wierzchołkami, dłużącymi się pauzami, nierzadko niewyraźnymi, źle artykułowymi, nakładającymi się głosami nieprzypisanymi do konkretnych osób. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie nagranie „to po prostu kalka rozprawy, jej wynaturzone odwzorowanie, nieoddające w pełni jej atmosfery i klimatu. Przydatność takiego nagrania, być może mającego jakąś wartość archiwalną, jest do pracy nad sprawą oraz retrospektywnego poznawania jej przebiegu wysoce wątpliwa. Słuchacz odsłuchujący „protokół”, zwłaszcza ten, który nie brał udziału w nagranej rozprawie, ma trudności w odnalezieniu poszukiwanych fragmentów, zrozumieniu ich, skojarzeniu z innymi istotnymi fragmentami oraz, co najważniejsze, zapamiętaniu. Umysł ukształtowany w epoce druku, nastawiony na „myszkowanie” po tekście, sformatowany na szybkie wychwytywanie zakodowanego w literach sensu, z ogromnym trudem – i bez oczekiwanego skutku – próbuje przestawić się na wrażliwość audio. Nie sposób obejść się bez notatek, zapisków, a niekiedy przepisywania całych fragmentów ledwo usłyszanego dźwięku. Można szacunkowo przyjąć, że czas odsłuchiwania „protokołu” dźwiękowego dziesięciokrotnie przekracza czas czytania – przeszukiwania i, gdy to zasadne, wertowania – protokołu pisanego” (por. J. Gudowski, *Protokół elektroniczny, czyli próba zamachu na Jana Gutenberga, w: E-protokół a wymiar sprawiedliwości, Materiały z konferencji Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”, Warszawa 2015r.*).

Taki zapis dźwiękowy w praktyce uniemożliwia przede wszystkim odtworzenie treści zeznań świadków, a tym samym uniemożliwia on kontrolę procesowo-instancyjną w rozumieniu art. 233 § 1 k.p.c.

W okolicznościach tej sprawy treść nagrania protokołu rozprawy z 27 marca 2015 r. jest ledwo słyszalna, jak wynika już z wypowiedzi sędziego przewodniczącego sam fakt chodzenia po sali rozpraw, odsunięcia się przez mówiącego od mikrofonu, czy nawet cichego mówienia wypowiedzianego się

zakłócał proces nagrywania. Wypowiedzi sędziego Przewodniczącego na nagraniu są praktycznie w ogóle niesłyszalne. W trakcie nagrania pojawiały się szумы, które utrudniały odsłuchanie nagrania (min 19). W czasie przesłuchania świadka słabo słyszalne były pytania sędziego, co w praktyce utrudniało zrozumienie odpowiedzi świadka. To samo dotyczy zapisu CD z 22 maja 2015 r. Wypowiedzi sędziego Przewodniczącego oraz pełnomocników stron (w znacznej części) są w ogóle niesłyszalne.

Każdorazowo jakość dźwięku na nagraniu jest bowiem zależna od odległości mówiącego od mikrofonu i poziomu głośności mówiącego i przede wszystkim komputera, którego używa się do odsłuchania nagrania. Na jakość nagrania ma też sąsiedztwo budynku sądu przy ruchliwej ulicy czy innym miejscu, w którym hałas dochodzący z zewnątrz może zakłócać jakość nagrania. Mikrofony zaś mają kierunkowy charakter, tj. gdy mówiący ma mikrofon skierowany wprost do ust. Wszelkie jego odchylenia powodują drastyczny spadek jakości nagrania- jego głośności i zrozumiałości. W trakcie rozpraw zdarza się, że pełnomocnicy ustawiają mikrofony pionowo, aby się nagrała ich rozmowa z klientem podczas rozprawy, co i tak nie eliminuje przypadków, kiedy i tak dochodzi z naruszeniem zasad tajemnicy zawodowej do nagrania się treści rozmowy. Nagranie wyłącza również możliwość porozumiewania się sędziów w czasie rozprawy. Na słabą jakość nagrań wielokrotnie wskazywali prezesi sądów okręgowych i apelacyjnych w odpowiedzi na pismo pełnomocnika koordynatora krajowego ds. wdrożeń systemów internetowych (pismo z 18 września 2013r. w sprawie zgłoszenia uwag i propozycji zmian w zakresie funkcjonowania protokołu elektronicznego). Z odpowiedzi prezesów sądów wynika, że jakość nagrań dokonanych na płytach CD wypada gorzej w porównaniu z nagraniami zapisanym na serwerze. Zrozumienie wypowiedzi protokołu jest możliwe dopiero za pomocą słuchawek i w oparciu o nagrania zapisane na serwerze komputerowym.

W przypadku, gdy nagranie jest niesłyszalne zaleca się stosowanie procedury opisane w § 12 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 marca 2015 r. w sprawie zapisu dźwięku albo obrazu i dźwięku z przebiegu posiedzenia jawnego w postępowaniu cywilnym. Zgodnie z § 12 ust. 1 i 2 Rozporządzenia dozwolone jest wyłącznie dokonywanie takich zmian zapisu, które są konieczne dla jego prawidłowego odtworzenia, przechowywania lub udostępniania, w szczególności za pomocą urządzeń korygujących lub wzmacniających utrwalony dźwięk lub obraz.

Zmiany dokonuje się na zarządzenie przewodniczącego. Zmiany utrwała się w kolejnej wersji zapisu. Pierwotnie utwaloną wersję zapisu zachowuje się niezmienną. Przewodniczący odnotowuje w aktach sprawy sporządzenie kolejnej wersji zapisu. Zgodnie z § 12 ust. 3 Rozporządzenia zmiana nie może wpływać na treść utwalonych czynności procesowych dokonanych podczas posiedzenia jawnego.

Oznacza to, że na podstawie przywołanego rozporządzenia możliwa jest ingerencja w treść zapisu dźwiękowego. O ile jeszcze zrozumiałe jest odtworzenie przy pomocy urządzeń wzmacniających dźwięk, o tyle rozporządzenie nie wyjaśnia, na czym ma polegać ingerencja za pomocą urządzeń korygujących dźwięk. Stosowanie tych urządzeń korygujących niewątpliwie może wpływać na treść nagranych wypowiedzi, gdyż taki jest sam w sobie cel korygowania. Przy czym rozporządzenie nie mówi o korygowaniu np. zaszumienia, lecz ogólnie o korygowaniu prawidłowego odtworzenia, przechowywania lub udostępniania zapisu. Taka regulacja stanowi niewątpliwie naruszenie art. 160 k.p.c., gdyż statuuje inny, pozaustawowy tryb korekty protokołu, który jest a limine wyłączony przez art. 160 § 2 k.p.c. Zgodnie z art. 160 § 1 k.p.c. strony mogą żądać sprostowania lub uzupełnienia protokołu, nie później jednak jak na następnym posiedzeniu, a jeśli idzie o protokół rozprawy, po której zamknięciu nastąpiło wydanie wyroku - dopóki akta sprawy znajdują się w sądzie. Od zarządzenia przewodniczącego strony mogą odwołać się do sądu w terminie tygodniowym od doręczenia im zarządzenia. § 2. Zapis dźwięku albo obrazu i dźwięku nie podlega sprostowaniu.

Przez sprostowanie protokołu należy rozumieć zmianę lub usunięcie treści określonego fragmentu protokołu po to, ażeby naprawić, skorygować nieścisłości, przez uzupełnienie zaś - wprowadzenie do protokołu niezbędnej, pominiętej treści, odpowiadającej według strony, przebiegowi posiedzenia lub rozwinięciu zbyt skrótowo lub niejasno zapisanego twierdzenia strony [por. *Z. Fenichel*, Protokół sądowy, s. 659; zob. także *M. Szymczak* (red.), Słownik języka polskiego, t. III, Warszawa 1985, s. 306 i 642). Jak wskazuje się w doktrynie z oczywistych względów nie podlega sprostowaniu protokół w postaci nagrania. Może jednak powstać sytuacja, że protokół mający formę zapisu będzie zawierał wady np. w postaci nieczytelnych zapisów. Wówczas na podstawie z § 12 ust. 1 i 2 Rozporządzenia dozwolone jest wyłącznie dokonywanie takich zmian zapisu, które są konieczne dla jego prawidłowego odtworzenia, przechowania lub udostępnienia, w szczególności

za pomocą urządzeń korygujących dźwięk (por. J. Gudowski, w Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz, s. 725). W uzasadnieniu zaś projektu ustawy zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego wskazano, że możliwe będzie jednak jego uzupełnienie w wypadkach, w których zapis dźwięku (obrazu i dźwięku) z przyczyn technicznych jest nieczytelny bądź w razie przerwania zapisu lub zapisu nieczytelnego (zob. uzasad. projektu ustawy z 29.4.2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego, Druk sejmowy Nr 2870, Sejm VI Kadencji).

W konsekwencji z § 12 ust. 1 i 2 Rozporządzenia de facto umożliwia ingerencję w treść protokołu za pomocą urządzeń korygujących. Przepisy rozporządzenia bliżej nie precyzują zakresu i charakteru tej korekty. W uzasadnieniu projektu ustawy jest nawet mowa o uzupełnieniu zapisu nieczytelnego. Z informacji uzyskanych zaś od informatyków wynika, że oprogramowanie pozwala nawet na usunięcie fragmentów nagrań. Powstaje zatem istotne zagadnienie prawne, czy e-protokół jest w istocie wiernym odzwierciedleniem przebiegu rozprawy, skoro możliwa jest pozaprocesowa ingerencja informatyczna w treść zapisu dźwiękowego. Nie zmienia tej oceny okoliczność, iż zmiany dokonuje się na zarządzenie przewodniczącego (§ 12 ust. 1 Rozporządzenia) albowiem zmiana taka sama w sobie stanowi pozaprocesową ingerencję w treść protokołu. Poza tym regulacja ta pozostaje w sprzeczności art. 160 § 2 k.p.c., który stanowi, że zapis dźwięku albo obrazu i dźwięku nie podlega sprostowaniu.

Jak już wskazano w judykaturze zgodnie przyjmuje się, że protokół rozprawy jest dokumentem urzędowym, który zgodnie z art. 244 § 1 k.p.c., stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone (por. postanowienie SN z 9 kwietnia 2010r, III CSK 178/09, *LEX nr 852664*, postanowienie SN 4 grudnia 2008r, I CSK 225/08, *LEX nr 560502*). Jedynie protokół jest miarodajny dla ustalenia rzeczywistego przebiegu tego postępowania. Ten zaś przebieg odzwierciedla (art. 158 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c.) protokół rozprawy. Stanowi on sprawozdawczy dokument urzędowy, którego celem jest utrwalenie przebiegu posiedzenia i innych czynności określonych w powołanym art. 158 § 1 k.p.c. Celem jego jest miarodajne stwierdzenie istnienia lub nieistnienia istnych - dla przebiegu postępowania w sprawie - faktów. Jako dokument urzędowy korzysta on z wynikających z art. 244 k.p.c. domniemań prawdziwości oraz prawidłowości zawartych w nim stwierdzeń i oświadczeń (por. wyrok SN 21 stycznia 2005r, I CK 4/05, *LEX nr 602661*). Możliwość

zaś dowolnej ingerencji w treść zapisu może podważać domniemanie prawdziwości i prawidłowości protokołu jako dokumentu urzędowego.

Może się jednak zdarzyć i tak, że odtworzenie zapisu także przy użyciu urządzeń i środków technicznych korygujących lub wzmacniających utrwalony dźwięk lub obraz nie przyniesienie oczekiwanych rezultatów. Wówczas brak będzie całości bądź znacznych fragmentów zapisu dźwiękowego, a tym brak protokołów.

Walor dowodowy treści nagrania dźwiękowego zależy zatem od stanu płyty CD, treści zapisu, okoliczności i sposobu nagrania wypowiedzi. W konsekwencji funkcja zabezpieczająca protokołu może być upośledzona, gdy nagranie dźwiękowe ma złą lub bardzo słabą jakość lub sąd bądź strona nie dysponuje dobrym urządzeniem do odsłuchu.

W niektórych wypadkach odtworzenie w ogóle treści zeznania jest praktycznie niemożliwe, znajduje to swój wyraz w transkrypcji w postaci oznaczenia „NS”. Jak wynika z dołączonych do akt protokołów są one w kilku miejscach nieczytelne. Okazuje się więc, że nawet wyspecjalizowane jednostki zajmujące się transkrypcją nie są w stanie odtworzyć zapisu nagrania dźwiękowego.

W rezultacie sąd drugiej instancji na podstawie tak sporządzonego protokołu nie ma faktycznej możliwości zweryfikowania zarzutu skarżącego dotyczącego naruszenia art. 233 k.p.c., gdyż ma trudności z prawidłowym odtworzeniem treści utrwalonych w protokole wyników postępowania dowodowego. Co więcej w przypadku wypowiedzi oznaczonych jako niesłyszalne „NS” w ogóle nie jest możliwe pełne odtworzenie treści zeznań. W takim wypadku wskazuje się na dwa rozwiązania. Dowód taki powinien być powtórzony. Jeśli bowiem protokół ma wady odbierające mu cechy protokołu niezbędne jest powtórzenie czynności, które miał od dokumentować (por. J. Gudowski, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, s. 725).

Według innego stanowiska należy rozważyć konieczność przeprowadzenia postępowania analogicznego jak przy odtwarzaniu zaginionych lub zniszczonych akt (art. 716 k.p.c.).

Zgodnie z art. 241 k.p.c. sąd orzekający może zarządzić powtórzenie lub uzupełnienie postępowania dowodowego. W literaturze jako przyczyny uzasadniające powtórzenie postępowania dowodowego wskazuje się w szczególności: podniesienie przez stronę zastrzeżeń co do zeznań świadka, w sytuacji gdy bez swej winy nie brała ona udziału w postępowaniu dowodowym;

niejasność, niedokładność bądź nieczytelność protokołu dowodowego. W świetle wyrażanego w doktrynie poglądu sąd odwoławczy jest w pełni uprawniony do zastosowania art. 241 k.p.c. Postępowanie przed tym sądem stanowi bowiem kontynuację postępowania dowodowego i dlatego uprawnienia sądu odwoławczego w omawianym zakresie powinny być identyczne. Jediną normą ograniczającą prawo sądu odwoławczego do powtórzenia postępowania dowodowego jest art. 386 § 4 k.p.c.

Z drugiej jednak strony, jak wskazał to Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 23 marca 1999 r. w sprawie III CZP 59/98, OSNC 1999 Nr 7-8, poz. 124 możliwość powtórzenia postępowania dowodowego jest ograniczona. Należy bowiem uwzględnić zarówno treść art. 217 § 1 k.p.c., jak i to, że muszą być jednak wówczas zachowane zarówno "ogólne (art. 227 - 315 k.p.c.) jak i szczególne (art. 381 - 392 k.p.c.) reguły postępowania dowodowego." Szczególnymi przepisami, otwierającymi wyjątkową możliwość przeprowadzania dowodów w postępowaniu apelacyjnym (art. 382 k.p.c.), są art. 368 pkt 4 i art. 381 k.p.c. Wynika z nich wyjątkowe uprawnienie przekroczenia zamkniętego terminu "przytaczania" okoliczności faktycznych i dowodów określonego w art. 217 § 1 k.p.c. z zastrzeżeniem negatywnych skutków działania na zwłokę. Istnienie tych regulacji wyłącza możliwość dowolnego przedstawiania w drugiej instancji nowych faktów i (lub) nowych dowodów tak jak przed sądem pierwszej instancji. Przeprowadzenie z urzędu nowego dowodu lub powtórzenie albo uzupełnienie postępowania dowodowego przeprowadzonego przed sądem pierwszej instancji (art. 232 zd. drugie, art. 241 czy art. 286 lub 303 k.p.c.) jest dopuszczalne tylko w szczególnie wyjątkowej sytuacji.

Niemniej w orzecznictwie Sądu Najwyższego wypowiedane są także poglądy odmienne, w których nacisk kładziony jest na potrzebę wyjaśnienia i zakończenia sprawy w drugiej instancji. Nawet jednak jeśli uznać, że - mimo istnienia takiej szczególnej regulacji - sąd drugiej instancji może odpowiednio wykorzystać przepisy przewidziane dla postępowania dowodowego przed sądem pierwszej instancji, to ich zastosowanie musi być oparte na tych samych zasadach, jakie wówczas obowiązują. Sąd odwoławczy nie został bowiem wyposażony w jakiegokolwiek dalej idące uprawnienia do działania z urzędu. Oznacza to, że przeprowadzenie z urzędu nowego dowodu lub powtórzenie albo uzupełnienie postępowania dowodowego przeprowadzonego przed sądem pierwszej instancji (art.

232 zd. drugie, art. 241 czy art. 286 lub 303 k.p.c.) jest dopuszczalne - tak samo - tylko w szczególnie wyjątkowej sytuacji (por. wyrok SN z 12 grudnia 2000r, VCKN 160/00, LEX nr 536986).

Zgodnie zaś z art. 716 k.p.c. odtworzeniu ulegają akta zaginione lub zniszczone w całości lub części. W sprawie prawomocnie zakończonych odtworzeniu podlega orzeczenie kończące postępowanie w sprawie oraz ta część akt, która jest niezbędna do ustalenia jego treści i do wznowienia postępowania. Niewątpliwie nieczytelny protokół jest dokumentem urzędowym.

Dodatkowo w postępowaniu uproszczonym (art. 505<sup>1</sup>-505<sup>14</sup> k.p.c.) apelacja została ukształtowana w sposób istotnie odbiegający od ujęcia zawartego w przepisach ogólnych o apelacji. Zgodnie z art. 505(9) § 2 k.p.c., apelację w postępowaniu uproszczonym można oprzeć na zarzutach naruszenia prawa materialnego (przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie) oraz zarzutach naruszenia przepisów postępowania, (jeżeli mogło ono mieć wpływ na wynik sprawy). Konsekwencją tego jest związanie sądu odwoławczego sformułowanymi w apelacji zarzutami. Wyznaczają one zakres rozpoznania sprawy na skutek apelacji. W postępowaniu uproszczonym znacznie zacieśnione zostały także kompetencje sądu drugiej instancji w zakresie prowadzenia postępowania dowodowego. W zasadzie - z wyjątkiem przypadków oparcia apelacji na późniejszym wykryciu okoliczności faktycznych lub środkach dowodowych, z których strona nie mogła skorzystać przed sądem pierwszej instancji - ograniczają się one do prowadzenia dowodów z dokumentu (art. 505<sup>11</sup> k.p.c.). Przełożeniem rozwiązań przyjętych w art. art. 509<sup>9</sup> i art. 505<sup>11</sup> k.p.c. na sposób orzekania przez sąd drugiej instancji jest odejście w postępowaniu uproszczonym od - sformułowanej w przepisach ogólnych o apelacji (art. 386 § 1 k.p.c.) - zasady orzekania reformatoryjnego na rzecz zasady orzekania kasatoryjnego. Wyrazem tego jest art. 505<sup>12</sup> § 1 k.p.c., który stanowi, że jeżeli sąd drugiej instancji stwierdzi, iż zachodzi naruszenie prawa materialnego, a zgromadzone dowody nie dają wystarczających podstaw do zmiany wyroku, sąd ten uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania. Tylko więc wtedy sąd drugiej instancji zmienia w postępowaniu uproszczonym zaskarżony wyrok i orzeka co do istoty sprawy, gdy zachodzi zarzucane w apelacji naruszenie prawa materialnego, a zgromadzone dowody dają wystarczające podstawy do zmiany wyroku.

W świetle zatem przedstawionych regulacji odpowiedzi wymaga pytanie, czy słaba jakość protokołu uzasadnia powtórzenie postępowania dowodowego przez sąd pierwszej instancji czy też odtworzenie akt. Wydaje się, że nieczytelność fragmentów uzasadniać powinna powtórzenie postępowania dowodowego i skutkować uchycieniem przez sąd drugiej instancji wyroku sądu pierwszej instancji w postępowaniu uproszczonym i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania. Niemniej powtórzenie postępowania dowodowego przy zastosowaniu niezmiennego sposobu protokołowania może prowadzić do podobnego rezultatu, gdyż powtórzenie postępowania dowodowego nie daje pewności, że jakość protokołu przy ponownym nagraniu będzie umożliwiała kontrolę instancyjną. Nawet bowiem przy ponownym nagraniu mogą występować fragmenty niesłyszalne, które się nie nagrają i z tej przyczyny protokół również będzie uniemożliwiał kontrolę instancyjną.

Z tej przyczyny e-protokół co do zasady wyklucza rzetelną kontrolę instancyjną, gdyż jest oparty na czynniku niepewności co jakości nagrania oraz rzetelności oceny sądu drugiej instancji posługującego się bądź niewyraźnym nagraniem bądź nieautoryzowaną transkrypcją. Po drugie, nawet użycie urządzeń korygujących nie daje pewności co do wierności zapisu dźwiękowego. Co więcej pozwala ono na ingerencję informatyczną w treść zapisu dźwiękowego.

Tymczasem gwarancja rzetelnego postępowania sądowego wymaga dla strony pewności i przewidywalności, że ocena sądu drugiej instancji nie jest arbitralna, lecz oparta na transparentnym materiale procesowym. Transparentność ta odnosi się nie tylko do rodzaju, zakresu materiału procesowego, ale i sposobu jego utrwalenia przez sąd pierwszej instancji dla potrzeb kontroli instancyjnej. Innymi słowy strona ma prawo do wiedzy, jaki konkretnie materiał procesowy jest przedmiotem oceny sądu drugiej instancji.

Te same problemy dotyczące złej jakości nagrań odnoszą się do e-uzasadnienia (art. 328 § 1<sup>1</sup> k.p.c.). Jak wynika z wyjaśnień pełnomocnika ds. wdrożeń systemów informatycznych w Sądzie Okręgowym w W. przedstawionych w piśmie z 17 grudnia 2014r. w wielu przypadkach tzw. ustne uzasadnienie nie jest dobrze słyszalne dla transkrybenta. W związku z tym zaleca się, aby sędziowie wygłaszający uzasadnienia robili to głośno, wyraźnie i do mikrofonów.

Poza samym problemem złej jakości nagrania e-protokół uniemożliwia kontrolę procesowo-instancyjną z innej też przyczyny. Jak wskazano nagranie dźwiękowe nie jest protokołem, lecz zapisem dźwiękowym rejestrującą całą

rozprawę, „jak leci”, z szumem tła, zgiełkiem, zwischenrufami, dłużącymi się pauzami, nierzadko niewyraźnymi, źle artykułowanymi, nakładającymi się głosami nieprzypisanymi do konkretnych osób. W rezultacie protokół taki jest pozbawiony waloru reasumpcyjności, co sądowi drugiej instancji w praktyce uniemożliwia ocenę zebranego materiału dowodowego z reguły na podstawie materiału dowodowego utrwalanego za pomocą protokołów, jak również utrudnia w razie takiej potrzeby dokonywanie samodzielnych ustaleń faktycznych.

Istotną trudność w kontroli procesowo-instancyjnej orzeczenia rodzi bowiem konkretne odniesienie się do kwestionowanych fragmentów wypowiedzi czy zeznań świadków.

Zazwyczaj przy zachowaniu dotychczasowej formy protokołu skarżący wskazywali, przytaczali fragmenty zeznań, odnosząc się do konkretnych kart, na których były utrwalone wyniki postępowania dowodowego. Sąd pierwszej instancji zaś uzasadniając swoje stanowisko ustalając stan faktyczny i oceniając dowody również przywoływał konkretne karty, na podstawie których można było odtworzyć sporne fragmenty zeznań świadków czy stron. Zastąpienie pisemnego protokołu nagraniem dźwiękowym w praktyce uniemożliwia konkretne wskazanie kwestionowanego fragmentu zeznań. Wprowadzenie zatem nagrania dźwiękowego jak protokołu skutkuje zmianą metodyki pracy sędziego. Nie można bowiem oczekiwać skutecznej kontroli instancyjnej orzeczeń, w sytuacji, gdyby sędzia sądu II instancji miał odsłuchiwać wielogodzinne nagrania protokołów. W konsekwencji powstaje istotne zagadnienie prawne, czy dla skutecznego postawienia zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. skarżący powinien w apelacji powinien odnieść się do konkretnych fragmentów zapisu dźwiękowego.

Przeprowadzenie efektywnej kontroli instancyjnej orzeczenia wymagałoby bowiem precyzyjnego wskazania minuty nagrania, jako że niejednokrotnie w wielu miejscach nagrania zdania, czy wypowiedzi są urwane, nie tworzą uporządkowanego ciągu wypowiedzi. Z drugiej jednak strony wymaganie od strony precyzyjnego wskazania minut nagrania, w związku z którymi kwestionowana jest ocena zeznań świadków stanowiłoby zbyt znaczące utrudnienie, a nawet ograniczenie dla wniesienia środka odwoławczego. Nie można zatem nakładać na stronę aż takich wymagań, gdyż mogłoby to ograniczyć prawo do obrony strony.

Problem ten dotyczy jednak i samego uzasadnienia orzeczenia. Zgodnie z art. 328 § 2 k.p.c. uzasadnienie wyroku powinno zawierać ustalenie faktów, które sąd

uznał za udowodnione oraz wskazywać dowody, na których się oparł i przyczyny, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Ustalenie stanu faktycznego musi więc być stanowcze oraz poparte wyraźnym i nadającym się do skontrolowania w trybie rewizyjnym, ustosunkowaniem się do materiału dowodowego, którego swobodna ocena nie może być dowolna (wyrok z dnia 18 lutego 1971 r. I CR 656/70, LEX nr 6874). Cała jednak trudność związana z e-protokołem wynika z rozdźwięku między formą ustną nowego e-protokołu oraz dotychczasowa tradycyjną w większości przypadków pisemną formą – uzasadnienia. Istnienie pisemnej formy protokołu jest niejako konieczną konsekwencją praktyczną obowiązku pisemnego uzasadnienia wyroku. Trudno bowiem uzasadnić pisemnie uzasadnienie orzeczenia, jeśli protokół przybiera jedynie postać nagrania dźwiękowego.

Przy dotychczasowej formie e-protokołu trudno spełnić sądowi drugiej instancji warunek wyraźnego ustosunkowania się do materiału dowodowego, którego swobodna ocena nie może być dowolna. Sąd drugiej instancji zaś jak wynika z przytoczonego orzecznictwa powinien ustalić na podstawie przede wszystkim protokołów, czy sąd pierwszej instancji prawidłowo określił wartość każdego źródła dowodu i wiadomości dostarczonych przez te źródła, tj. czy są dostateczne podstawy do uznania za udowodnione tych faktów, które sąd pierwszej instancji przyjął za udowodnione, czy prawidłowo określono wagę i znaczenie każdego z faktów, w końcu czy taka ocenę ma swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniu wydanego orzeczenia. Z zasady więc rola sądu drugiej instancji polega na badaniu materiałów znajdujących się w aktach sprawy. Zasadniczym więc przedmiotem kontroli sądu drugiej instancji są protokoły czynności procesowych dokonanych we wcześniejszym etapie. Protokoły te stanowią substrat faktyczny dla kontroli odwoławczej, gdzie przepisy prawa tworzą substrat prawny.

Niewskazanie zaś konkretnego fragmentu spornego nagrania skutkuje koniecznością zapoznania się przez sąd drugiej instancji z treścią całego nagrania.

W praktyce więc sądy, aby uniknąć konieczności odsłuchiwania całego nagrania korzystają z transkrypcji nagrania, ale tu wyłania się dalszy jednak problem albowiem korzystanie z transkrypcji może również prowadzić do naruszenia prawa do rzetelnego postępowania.

Wyłania się bowiem zagadnienie prawne, czy transkrypcja protokołu utrwalającego przebieg posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i

dźwięk jest dokumentem urzędowym, czy jest ona równoznaczna z tym protokołem i czy na jej podstawie sąd drugiej instancji może dokonywać kontroli procesowo – instancyjnej orzeczenia. Chodzi przy tym nie tylko o określenie charakteru prawnego transkrypcji, ale też i oceny jej mocy.

Zgodnie z art. 158 § 4 k.p.c. jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia prawidłowego orzekania w sprawie, przewodniczący może zarządzić sporządzenie transkrypcji odpowiedniej części protokołu sporządzonego za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk. Zgodnie § 126 z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 czerwca 2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych przewodniczący posiedzenia lub prezes sądu zarządzając sporządzenie transkrypcji wskazuje fragment protokołu podlegający transkrypcji oraz oczekiwany termin wykonania transkrypcji.

Jak wskazuje w doktrynie J. Gołaczyński „funkcjonalność i efektywność pracy z zapisem została zapewniona również dzięki temu, że w razie niezbędnej potrzeby, w szczególności dla zapewnienia prawidłowego orzekania w sprawie, istnieje możliwość sporządzenia transkrypcji odpowiedniej części protokołu utwalonego w postaci zapisu audio lub audio-wideo. Taka sytuacja może mieć przykładowo miejsce, gdy koniecznym będzie przekazanie sprawy do dalszego rozpoznania do sądu, w którym nowa postać protokołu nie została wdrożona bądź gdy zajdzie potrzeba spisania obszernych zeznań kluczowego dla sprawy świadka (J. Gołaczyński *Protokół elektroniczny – jak jest naprawdę Materiały z konferencji Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”, Warszawa 2015r.*).

Przyjmuje się, że „dokonana transkrypcja nie stanowi jednak protokołu, którym wciąż pozostaje zapis dźwięku albo dźwięku i obrazu oraz ta część protokołu, która sporządzona została w postaci pisemnej, a tym samym nie będzie ona podlegać reżimowi prawnemu charakterystycznemu dla tej instytucji prawnej. Przyjęcie opisanej konstrukcji w przypadku transkrypcji stanowi kompromis pomiędzy dążeniem do zapewnienia ekonomiki postępowania i ułatwieniem procedowania sądowi a nakładem pracy związanym z jej dokonaniem. Kolejna zmiana art. 158 § 4 k.p.c. polega na skreśleniu tej części przepisu, który nadaje transkrypcji charakter załącznika do protokołu. Załącznik do protokołu jest częścią protokołu posiedzenia i ma na celu uzupełnienie jego treści, przez doprecyzowanie wniosków oraz oświadczeń strony składającej załącznik. Transkrypcja nie powinna być natomiast utożsamiana z częścią protokołu, którym jest zapis elektroniczny wraz z pisemnym

protokołem”. (J. Gołaczyński, *Protokół elektroniczny – jak jest naprawdę Materiały z konferencji Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”, Warszawa 2015r.*).

Powstaje zatem pytanie, jaki charakter ma transkrypcja protokołu, czy jest ona jedynie ona czynnością techniczną spisania treści nagrania dźwiękowego, czy też ma ona walor dokumentu równoznacznego z protokołem, czy może aktu procesowego pomocniczego względem protokołu. Jeśli nie ma ona waloru dokumentu urzędowego, to czy w ogóle sąd może posługiwać się transkrypcją. Skreślenie przepisu, który nadaje transkrypcji charakter załącznika do protokołu wskazywałoby, że transkrypcja nie jest protokołem, ani też jego częścią. Ustawodawca skreślając ten przepis uniknął niejasności, która się pojawiła w związku z pokrywaniem się pojęć załącznika w postaci transkrypcji i załącznika do protokołu, który ma na celu uzupełnienie jego treści, przez doprecyzowanie wniosków oraz oświadczeń strony składającej załącznik. Chodziło więc o załącznik w rozumieniu art. 161 k.p.c.

Skreślając jednakże przepis ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił statusu transkrypcji i nie unormował jej mocy dowodowej. W konsekwencji założenia, iż „funkcjonalność i efektywność pracy z zapisem została zapewniona również dzięki temu, że w razie niezbędnej potrzeby, w szczególności dla zapewnienia prawidłowego orzekania w sprawie, istnieje możliwość sporządzenia transkrypcji odpowiedniej części protokołu utrwalonego w postaci zapisu audio lub audio-wideo” są pozbawione podstaw normatywnych.

Dopóki nie zostanie ustawowo dookreślony status i wiarygodność transkrypcji sąd nie może korzystać z transkrypcji w celu prawidłowego orzekania. Po pierwsze, żaden bowiem przepis nie upoważnia sądu do odstąpienia od odsłuchania nagrania dźwiękowego. Po drugie, sąd nie może ograniczyć się jedynie do odczytania transkrypcji, gdyż ma obowiązek zapoznania się z treścią nagrania. Po trzecie, sąd nie ma żadnej pewności, jeśli nie odsłucha nagrania, że treść transkrypcji jest zgodna z nagraniem dźwiękowym. Tym samym oparcie orzeczenia przez sąd drugiej instancji na transkrypcji nie zapewnia standardów rzetelnego postępowania.

Naruszenie rzetelnego postępowania wynika z niepewności, którą wprowadza rzeczona regulacja. Niepewność ta polega na tym, że strona nie wie, czy sąd drugiej instancji kontrolując wyrok oprze się na zapisie CD czy też skorzysta z nieautoryzowanej transkrypcji.

Brak normatywnej regulacji dotyczącej transkrypcji skutkuje niepewnością co do jej waloru procesowego. Nie można wykluczyć, że treść transkrypcji nie odpowiada

treści rzeczywistego nagrania. Co może wynikać nie tylko z celowej manipulacji treścią nagrania, ale także być konsekwencją trudności z transkrypcją treści nagrania i niesłyszalnością nagrania. Trudności te zazwyczaj na co już wskazuje praktyką są konsekwencją złej jakości nagrania, co uniemożliwia osobie dokonującej transkrypcji pełne odtworzenie przebiegu rozprawy i wypowiedzi osób składających zeznania. Jak wynika choćby z porównania treści zapisu CD i transkrypcji występują rozbieżność pomiędzy nagraniem i zapisem transkrypcji (przykładowo brak pełnej wypowiedzi min.12.19 protokół z 27 marca, min. 24;03 protokół z 22 maja), ponadto występują wielokrotnie urwane zdania, czy słowa z powodu słabej jakości nagrania (przykładowo min.14 nagrania).

Zasadniczym mankamentem transkrypcji jest też brak autoryzacji transkrypcji przez sędziego i protokolanta, czy nawet pracownika sądu.

Sam zaś zapis zeznań świadków z transkrypcji uniemożliwia pełną percepcję treści zeznań świadka. Sąd drugiej instancji, aby ze zrozumieniem zapoznać się z materiałem dowodowym musi odsłuchiwać nagrania, wracać wielokrotnie do odpowiednich fragmentów nagrania.

Jak wskazuje się w doktrynie „Urzędowa transkrypcja – zadanie niełatwe, bo praca transkryptora to sztuka – możliwa tylko wyjątkowo, na zarządzenie prezesa sądu (sic!) wydane na wniosek przewodniczącego, niczego nie rozwiązuje. Czytanie tekstu transkrybowanego także bywa męką; dodatkowo nasila się zjawisko asynchroniczności polegające na występowaniu dokuczliwych różnic kontekstów, w których znajdują się uczestnicy rozprawy i czytelnik. Bez znajomości atmosfery rozprawy i jej dynamiki odczytanie ze zrozumieniem wypowiedzi poszczególnych osób, spisanych in extenso, z błędami językowymi i niedoskonałościami retorycznymi, jest bardzo utrudnione. Czytanie więc protokołu transkrybowanego to także po prostu marnotrawienie czasu, niezależnie od tego, że bardzo wątpliwa jest moc dowodowa dokumentu transkrypcyjnego” ( J. Gudowski, *Protokół elektroniczny, czyli próba zamachu na Jana Gutenberga*).

Mając na uwadze powyższe stwierdzenia nie można abstrahować, że kontrola sądowo- instancyjna orzeczenia odbywa się w określonych ramach czasowych wyznaczonych przez system organizacji pracy danego sądu, wydziału, składu orzekającego. Innymi słowy sądy i sędziowie funkcjonują w określonych warunkach, a sędziowie rozpoznają w danym tygodniu, miesiącu czy roku określoną liczbę spraw.

Prawo do rzetelnego procesu zawiera gwarancje dla strony sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy i bez nieuzasadnionej zwłoki. Obowiązkiem sądu drugiej instancji jest rzetelna ocena zgłoszonych zarzutów, odniesienie się do zarzutów apelacji. Sądy drugiej instancji nie mogą działać pod presją czasu przy analizie zebranego materiału dowodowego. Aby jednak sprostać dotychczasowym oczekiwaniom sądy zaczęły ograniczać się jedynie do odczytania transkrypcji. W ten sposób prawo do rzetelnego postępowania doznaje wyraźnego naruszenia, albowiem strona ma prawo do rozpatrzenia jej sprawy na podstawie nie tylko prawidłowo zebranego, ale i utrwalonego materiału procesowego.

Ograniczenie się przez sądy jedynie do pracy z transkrypcją, co zresztą niejako sam narzuca ustawodawca (ze względów funkcjonalnych) wbrew jego intencji jest zaprzeczeniem określonego w art. 158 § 4 k.p.c. prawidłowego orzekania. Nie może być bowiem mowy o prawidłowym orzekaniu przez sądy, gdy kontrolując przebieg postępowania opierają swoje orzeczenia na podstawie nieautoryzowanej i pozbawionej waloru urzędowego transkrypcji. Jak zostało wskazane już w uchwale III CZP 75/71 przez Sąd Najwyższy sam akt protokołowania i dokument protokołu ma moc dokumentu urzędowego. Musi spełniać one poważne wymagania, determinowane ochroną gwarancji procesowych.

Tymczasem dotychczasowe trudności związane z pracą z e- protokołem skutkują w praktyce sądów niejako „zastąpieniem” e-protokołu przez transkrypcję. To transkrypcja staje się głównym substratem kontroli sądu odwoławczego, a nie dokument urzędowy, jakim jest protokół. Co więcej w doktrynie aprobeuje się takie właśnie wykorzystanie transkrypcji, która ma zastąpić dotychczasową funkcję protokołu pisemnego.

Z ankiety przeprowadzonej przez Stowarzyszenie Sędziów Iustitia wynika, że po wprowadzeniu e- protokołu czas zapoznawania się z dowodami przez sąd II instancji, to zarówno ogół, jak i sędziowie orzekający w sprawach II instancji (a więc SO I i II instancja równocześnie, SO II instancja, SA oraz SN), uległ wydłużeniu. Taki sam obraz kształtuje się zresztą ze zbiorczego wyniku ankiety, a więc zebrania głosów sędziów II i I instancji. Miażdżąca większość sędziów I instancji (SR oraz SO I instancja i SO I i II instancja) wskazała, że czas zapoznawania się z dowodami przez sąd I instancji wydłużył się. Łączne wyniki ankiet, a więc z głosami sędziów orzekających tylko w sprawach II instancji, zresztą dają taki sam wynik.(...) Zwłaszcza Sędzia II instancji nie ma jednak zwykle dużego odstępu czasu między

poszczególnymi czynnościami. Z materiałem dowodowym zapoznaje się w zasadzie w jednym ciągu czynności i co za tym idzie nie ma zasadniczych problemów z przypominaniem sobie rozpraw w tej sprawie sprzed kilku miesięcy, co ma miejsce w I instancji. O ile zatem notatki pomogą sędziemu co do decyzji, czy odsłuchiwać całe swoje e-protokoły sprzed pół roku, tylko ich części, czy też jest to zbędne, to sędzia II instancji teoretycznie powinien zapoznać się z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie. Ze wszystkich tych odpowiedzi wydaje się jednak wyłaniać zasadniczy problem, jaki wiąże się z wprowadzeniem instytucji e-protokołu. Dość oczywistą prawdą jest bowiem stwierdzenie, iż zdecydowanie szybsze jest zapoznanie się z tekstem pisany niż odsłuchanie nagrania. Ma to szczególne znaczenie wtedy, gdy chodzi o zrozumienie utrwalonych twierdzeń zeznających osób. Przy zapisie pisemnym przeczytanie ich jest daleko szybsze niż odsłuchanie. Przy odsłuchaniu daleko trudniejsze jest przy tym porównanie różnych zeznań. Biorąc pod uwagę wskazaną wyżej prawidłowość, nie dziwi chyba, że z ocen zawartych w ankietach wynika dla efektywności postępowania wniosek, iż pisemne utwalenie wyników postępowania dowodowego jest bardziej pożądane z uwagi na szybkość zapoznawania się z materiałem. Wniosek taki nie jest przy tym chyba zaskakujący. Gdyby w końcu odsłuchiwanie było tak łatwe, to zapewne Sejm czy Senat poprzestałyby na publikowaniu w Internecie nagrań z posiedzeń komisji czy też obrad plenarnych. Nie poprzestają jednak i publikują zapis tych wydarzeń w formie pisemnej, a na te pisemne zapisy wszyscy oczekują, bowiem odsłuchanie nagrań jest zdecydowanie trudniejsze i bardziej pracochłonne niż przeczytanie zapisu pisemnego (W. Łukowski, *Znaczenie e-protokołu dla efektywności procesu cywilnego z uwzględnieniem zmiany kodeksu postępowania cywilnego w zakresie protokołu elektronicznego i jego skutków. Analiza na tle wyników przeprowadzonych ankiet*).

Również prezesi sądów okręgowych i apelacyjnych w odpowiedzi na pismo pełnomocnika koordynatora krajowego ds. wdrożeń systemów internetowych wielokrotnie wskazywali na drastyczne wydłużenie czasu pracy sędziów po wprowadzeniu e-protokołu (pismo z 18 września 2013r. w sprawie zgłoszenia uwag i propozycji zmian w zakresie funkcjonowania protokołu elektronicznego).

W tym więc również kontekście organizacyjno- funkcjonalnym może się okazać, że e-protokół uniemożliwi rzetelną kontrolę sądowo-instancyjną w ramach przyjętego modelu organizacji pracy. Co w praktyce może skutkować odracaniem

wyznaczonych rozpraw, a z pewnością opóźnieniem w przygotowaniu i wyznaczaniu terminów rozpraw. Przede wszystkim e-protokół uniemożliwia rzetelne zapoznanie się z materiałem procesowym, a tym samym efektywną kontrolę instancyjną przez sąd drugiej instancji.

Trudności związane z orzekaniem na podstawie e-protokołu i niemożnością korzystania z transkrypcji mogą prowadzić do naruszenia gwarancji rzetelnego postępowania przed sądem drugiej instancji. Sąd drugiej instancji chcąc sprostać wymaganiom związanym z organizacją pracy bądź pominięciem części zebranego w sprawie materiału dowodowego i wyda orzeczenie wyłącznie na podstawie części materiału zebranego przed Sądem pierwszej instancji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2005 r., III CKN 674/04, niepublikowany). Takie działanie sądu drugiej instancji stanowi niewątpliwie naruszenie postulatu dążenia do prawdy. Dociekanie do prawdy jest procesem poznawczym, którego zasadniczym czynnikiem jest ocena całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w toku całego postępowania sądowego o charakterze merytorycznym. Tym samym dążenie sądu, aby rozstrzygnięcie sprawy pozostawało w zgodzie z rzeczywistym stanem rzeczy, musi być wsparte wynikami postępowania sądowego, nie tylko na wyodrębnionych wynikach poszczególnych jego etapów (por. T. Wiśniewski, Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz, t.II, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, s. 103). Cech rzetelności pozbawiony jest proces, w którym ocena sądu drugiej instancji ma charakter wybiórczy i naruszający postulat dążenia do poznania prawdy. Regulacja dotycząca e-protokołu prowadzi w konsekwencji do ograniczenia konstytucyjnego prawa strony do rzetelnego postępowania.

Na marginesie zaś należy zauważyć, że przedstawionych powyżej problemów nie rozwiązuje nowelizacja art. 158 § 1<sup>1</sup> k.p.c. Obecnie zgodnie z tym przepisem protokół, o którym mowa w § 1, może zawierać wnioski i twierdzenia stron, streszczenie wyników postępowania dowodowego oraz inne okoliczności istotne dla przebiegu posiedzenia; zamiast wniosków i twierdzeń można w protokole powołać się na pisma przygotowawcze. Uchwalona zaś dnia 10 lipca 2015r. ustawa z o zmianie ustawy - Kodeks cywilny, ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw i wchodząca w życie 8 września 2016r zakłada obligatoryjnie zamieszczenie w skróconym protokole streszczonych wyników postępowania dowodowego.

Nowela nie rozwiązuje problemu dublowania się protokołów. Pozostawia ona bowiem dwa protokoły równoległe, tj. pisemny ze streszczeniem wyników postępowania dowodowego oraz w postaci zapisu dźwiękowego. Jak trafnie zwrócono uwagę w doktrynie sąd II instancji stanie przed dylematem, gdy sąd I instancji powoła się na streszczenie wyników postępowania dowodowego zawarte w protokole pisemnym, a ewentualna apelacja będzie podnosiła, iż sąd I instancji nie odniósł się do pełnych zeznań zawartych w nagraniu. O ile apelacja doprecyzuje zarzut rozbieżności, wskazując, na czym polegają, sytuacja jest jeszcze możliwa do opanowania, bowiem można uznać za wystarczające odsłuchanie określonej części nagrania. O ile jednak zarzut ten podniesiony będzie ogólnie, to zapewne sąd II instancji będzie zmuszony odsłuchać całość nagrań. Zmiana k.p.c. zagadnienia tego w żaden sposób wprost nie rozstrzyga. Pozostaną zatem do rozstrzygnięcia praktyce orzeczniczej kwestie przez ustawodawcę przemilczane, a zatem to, czy sąd I i II instancji może oprzeć się tylko na streszczeniu postępowania dowodowego i nie odsłuchiwać całości nagrań (dotyczy to głównie sądu II instancji) (...) Problemem jednak jest to, że wszyscy co do zasady zgadzają się, że kognicja sądów w Polsce jest zbyt rozbudowana. Kognicja ta szeroko pojmowana, to także wszystkie czynności sądów związane z prowadzeniem postępowania. Wydaje się zatem, że względ na efektywność postępowania wymaga takiego ukształtowania czynności sądów, aby unikać nadmiernie pracochłonnych i zbędnych czynności. Oczywiście można uznać, że sąd II instancji powinien dokładnie odsłuchiwać wszystkie nagrania. Problem w tym, że takie podejście w rezultacie może zmniejszyć ilość spraw rozpoznawanych przez sądy. Wiele godzin odsłuchiwania (w czasie rzeczywistym) istotnie taką efektywność sądu może pogorszyć” (W. Łukowski, *Znaczenie e-protokołu dla efektywności procesu cywilnego z uwzględnieniem zmiany kodeksu postępowania cywilnego...* ).

Dodać należy, że streszczenie ze swej natury zawsze będzie odbiegać od nagranej treści wypowiedzi. Streszczenie oznacza bowiem przekład wypowiedzi na język protokołu. W konsekwencji więc należy postawić tezę, że nowelizacja wprowadzając obligatoryjność równoległych protokołów zamiast ułatwić utrudni kontrolę sądowo -instancyjną. O wiele bowiem łatwiej dokonywać takiej kontroli gdy jest tylko samo nagranie aniżeli nagranie i obok protokół pisemny ze streszczeniem wyników postępowania dowodowego.

Z tych względów odpowiedź na przedstawione zagadnienie prawne będzie miała istotne znaczenie dla praktyki sądowej. Niezależnie bowiem od regulacji ustawowej i uchwalonej nowelizacji konieczne zdaje się jest przesądzenie, czy nagranie dźwiękowe umożliwi efektywną kontrolę procesowo- instancyjną orzeczenia, czy też taką kontrolę umożliwi jedynie dotychczasowy protokół pisemny. Ponadto niezwykle doniosłe z uwagi na ograniczenia funkcjonalności e- protokołu jest wyjaśnienie, w jakim zakresie sąd drugiej instancji może posługiwać się transkrypcją i jaki ma ona charakter.

Odpowiedź na postawione zagadnienie przez Sąd Najwyższy ma jeszcze jedno istotne znaczenie, uniwersalne znaczenie. Chodzi mianowicie o refleksję nad kierunkiem tej i kolejnych zmian oblicza postępowania cywilnego związanego z tzw. informatyzacją i cyfryzacją. Ustawodawca decydując się na wprowadzenie tak radykalnej zmiany sposobu protokołowania zignorował w przeważającym zakresie głos środowiska sędziowskiego. Oczywiście jest, że tak jak się zmienia świat, następuje rozwój nowoczesnych form techniki, tak również proces cywilny musi się rozwijać i zmieniać. Proces cywilny jednak od czasów najdawniejszych wsparty jest na fundamencie, jaki współtworzą uzupełniające się zasady pisemności i ustności procesu cywilnego. Wprowadzenia tak radykalnych zmian w postępowaniu cywilnym wymagało zachowania odpowiedniej proporcji oraz refleksji, jak wprowadzenie e- protokołu wpłynie na metodykę pracy sędziego, zachowanie gwarancji rzetelnego procesu oraz prawa stron i uczestników procesu. Po drugie, zmiany takie muszą być też obliczone na możliwości przeciętnego człowieka. Powinny uwzględniać czas konieczny na dostosowania się człowieka do tych zmian.

Mając na uwadze powyższe wątpliwości, sąd postanowił na podstawie art. 390 k.p.c. przedstawić Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia.