

EMIL ZUBELEWICZ

PROTOKOŁY SĄDOWE JAKO KONSTRUKCJA KULTUROWA¹

Na ostateczny kształt orzeczenia sądu ma wpływ szereg czynników występujących w trakcie rozprawy. Większość z tych czynników jest zmienna, zależy od konkretnej sprawy, stron, ich zachowania i argumentacji. Istnieją jednak czynniki stałe, determinujące niejako same warunki orzekania. Do takich czynników należy metoda protokołowania. Wdrażana obecnie przez Ministerstwo Sprawiedliwości reforma uzmysławia, jak bardzo zasady podziału informacji na istotne i nieistotne zależą od czynników kulturowo-technologicznych. Z pewnością jednak wszystkie zasady spisywania protokołu tworzą i będą tworzyć ramy dla „prawdy” stwierdzanej w procesie. W jakim kadrze mogliśmy więc oglądać dotychczas „prawdę” o zeznaniach?

*

Jak pisał Aaron V. Cicourel, dla badacza decyzja o nagrywaniu rozmowy na kasetę „tworzy ramę kontekstualną, która ogranicza to, co może zostać uznane za istotne dane, ich organizację oraz rodzaj analizy i wpływów, którym dane te będą mogły zostać poddane”². Tak samo decyzja o spisywaniu słów na bieżąco według schematu protokołu tworzy ramę, wyznaczając elementy ważne i pomijając pozostałe. Na kształt tej ramy wpływ ma wiele czynników, w większości arbitralnych.

Badając protokoły sądowe jako konstrukcję kulturową, warto odwołać się do dorobku etnometodologii, orientacji badawczej zapoczątkowanej przez Harolda Garfinkela. Etnometodologia bada metody, dzięki którym ludzie tworzą własny sensowny obraz świata. Ów obraz nie miał być zwykłym odwzorowaniem napotkanej przez nich rzeczywistości, a wręcz odwrotnie: to właśnie dzięki stworzeniu tego obrazu (np. w wypowiedzi) człowiek niejako retrospektywnie nadawał sens światu. Zatem świat nie był dany, ale każdorazowo tworzony, zawsze był chwilowym konstruktem. Garfinkela interesowała „obiektywna rzeczywistość faktów społecznych *jako* stale na nowo wytwarzana w zharmonizowanych działaniach życia codziennego oraz zwykle, pomysłowe

¹ Praca powstała pod opieką prof. Jacka Kurczewskiego w ramach tutorialu Collegium Invisibile. Za uwagi do tekstu pragnąłbym również podziękować dr Adrianie Bartnik.

² A. V. Cicourel, *The Interpretation of Communicative Process: Examples from Medical Encounters*, „Social Psychology Quarterly” 50, 1987, nr 2, s. 217.

sposoby owego wytwarzania, znane, używane i uznawane za same przez się zrozumiałe przez członków społeczeństwa”³.

Badania etnometodologów pokazywały zupełne oderwanie społecznych konstruktów, uwypuklały arbitralność decyzji o przypisywaniu znaczeń⁴. Garfinkel – analizując zachowanie sędziów przysięgłych – doszedł do wniosku, że w momencie podejmowania przez nich decyzji nie kierowali się oni zasadami określonymi w prawie, a zdrowym rozsądkiem i przekonaniami. Zasady służyły im natomiast do późniejszego usprawiedliwienia podjętych decyzji. Na fikcyjność uznanych metod wskazywał też Cicourel. Kiedy pisał książkę o przestępczości wśród młodocianych, zatrudnił dwóch doktorantów, którzy mieli kodować dane, jakie uzyskał z policji. Poprosił ich, aby podczas pracy omawiali na głos czynności, jakie wykonywali, i nagrywali je na kasetę. „Studenci często denerwowali się, gdyż ich starania, aby stosować określone zasady kodowania, kończyły się decyzjami, które często były arbitralne, bo żadna kategoria nie mogła pomieścić wariantów, które pojawiały się”⁵.

Spisywanie protokołu należałoby zatem do jednej z praktyk umożliwiających zbudowanie sensownego obrazu zeznań. Zdaniem etnometodologów, związek protokołu z zeznaniem zawsze byłby nie tyle nawet wątpliwy, ile nieistotny. O kształcie zapisu decydowałyby bowiem zachowania arbitralne, choć nazywane publicznie „wykonywaniem prawa”, stosowaniem zasad itp.

Nawiązując pośrednio do orientacji etnometodologicznej, można by zadać kolejne pytania: w jaki sposób spisyje się protokoły? Które praktyki eksponuje się, które zaś przemilcza? W jaki sposób uzasadnia się sensowność protokołów? Jakie przywołuje się założenia?

*

Interesującym materiałem do analizy, zarówno tworzącym, jak i retrospektywnie uzasadniającym zjawisko protokolowania w sądach, są przepisy prawa i komentarze doktryny. To w przepisach ustaw i rozporządzeń określone są zasady, według których powinno się spisywać protokoły sądowe. W polskim prawie z protokołów korzysta się zarówno w postępowaniu karnym, cywilnym, jak i sądowo-administracyjnym. Przepisy dotyczące sporządzania protokołu w każdym z tych postępowań nie są identyczne, niemniej nie różnią się co do

³ H. Garfinkel, *Studies in Ethnomethodology*, Prentice Hall, Englewood Cliffs 1967, s. VII, za: D. H. Zimmerman, M. Pollner, *Świat codzienny jako zjawisko*, przeł. D. Landowska, w: *Fenomenologia i socjologia*, red. Z. Krasnodębski, PWN, Warszawa 1989, s. 363.

⁴ Choć dla Garfinkela bez znaczenia było istnienie zewnętrznej, „obiektywnej” rzeczywistości, a liczyły się tylko sposoby opowiadania o świecie – stanowiące rzeczywistość, niemniej jednak, jak zauważa Jacek Tittenbrun, omawiając przypadek kliniki psychiatrycznej, Garfinkel dopuszczał „istnienie »faktycznego porządku« czynności [...] niezależnego od tego, jaki ustanowiony został za pomocą »praktycznych wnioskowań socjologicznych« opisujących jej funkcjonowanie badaczy”. J. Tittenbrun, *O etnometodologicznej koncepcji rzeczywistości społecznej*, „Studia Socjologiczne” 1981, nr 4, s. 120.

⁵ A. V. Cicourel, *I am NOT Opposed to Quantification or Formalization or Modeling, but Do Not Want to Pursue Quantitative Methods that Are Not Commensurate with the Research Phenomena Addressed* interviewed by A. Witzel, G. Mey, „Forum: Qualitative Social Research” 5, 2000, nr 3, <<http://www.qualitative-research.net/fqs-texte/3-04/04-3-41-e.htm>>.

istoty⁶. Najwięcej miejsca w doktrynie poświęca się protokołowaniu w postępowaniu karnym, być może dlatego, że w procesach karnych najczęściej pojawiają się wątpliwości dotyczące treści zeznań. W pracy tej będę koncentrował się na zagadnieniu protokołów w postępowaniu karnym oraz w postępowaniu cywilnym, jako na najlepiej omówionych w doktrynie.

Protokół w praktyce postępowania sądowego I instancji nie jest dokumentem kluczowym. Jego wartość rośnie niepomiaralnie, kiedy dochodzi do zastąpienia członka składu orzekającego przez innego sędziego oraz w przypadku apelacji. Sąd kolejnej instancji nie przywołuje ponownie świadków, żeby stwierdzać fakty z zeznań, których nikt nie kwestionuje. Korzysta z protokołu, w którym znajduje zapisany przebieg rozprawy. Analizując materiał z rozprawy w sądzie I instancji, musi traktować protokół jako bardzo ważne, acz nie jedyne źródło informacji. Możliwy jest także dowód niezgodności protokołu z rzeczywistością. Sąd Najwyższy stwierdził w 2000 r., że „wartość dowodową protokołu oceniać należy według kryteriów związanych z zasadą swobodnej oceny dowodów” (postanowienie SN z 5 stycznia 2004 r., II KK 91/03).

Jedną z podstawowych zasad, zarówno postępowania karnego, jak i cywilnego, jest zasada bezpośredniości. Oznacza ona, że sąd powinien zapoznać się z dowodami bezpośrednio: nie z relacjami dotyczącymi dowodów, ale z samymi dowodami.

Konieczność protokołowania wynika w dużej mierze z zasady ustności. Przesłuchiwany nie może wysłać zeznania zapisanego na kartce, musi ustnie odpowiadać na pytania sądu i dopiero taką wypowiedź można zapisać. Korzystanie w postępowaniu I instancji z zeznań zapisanych możliwe jest tylko w specjalnych sytuacjach. W postępowaniu karnym, jak pisał Tomasz Grzegorzczak, aby uznać, „że bezpośrednio przeprowadzenie dowodu nie jest niezbędne, musi on spełniać następujące warunki (koniunkcja): a) nie mieć zasadniczego znaczenia dla sprawy; b) nie pozostawać w sprzeczności z innymi dowodami; c) mieć charakter oświadczenia wewnątrznie niesprzecznego”⁷. Dowód taki ma z założenia niedużą wartość, o wiele niższą niż ustne zeznanie przed sądem.

Kolejną istotną regułą jest zasada prawdy materialnej, wyraźniej akcentowana w postępowaniu karnym niż w cywilnym. Mówi ona, że sąd powinien orzekać, biorąc pod uwagę faktyczny, obiektywny przebieg zdarzeń.

Zasady, które przywołuje się jako leżące u podstaw obu procedur, pozytywnie waloryzują bezpośredniość i ustność. To bezpośredniość zapewnia dostęp do prawdy, zaś zapośredniczenie kłamie. Stan bezpośredniości jest osiągalny – wystarczy przesłuchać osobę, usłyszeć jej tłumaczenia.

W zasadach postępowania sądowego można zatem rozpoznać kategorię logocentryzmu, którą Jacques Derrida stosował do opisu założeń zachodniej

⁶ „Zagadnienie protokołów sądowych należy do tych problemów, które nadają się do wspólnego omówienia, zarówno z punktu widzenia procesu karnego jak i cywilnego”. M. Cieślak, *Podstawowe zagadnienia protokołów w procesie cywilnym i karnym (O właściwą praktykę o właściwe ujęcie kodyfikacyjne)*, „Państwo i Prawo” 1955, nr 10, s. 585.

⁷ T. Grzegorzczak, *Odczytywanie protokołów przesłuchań*, „Nowe Prawo” 1979, nr 1, s. 101.

cywilizacji. Logocentryczne podejście ceni „obecność” – niezapośredniczoną, nieprzekłamaną. Logika logocentryczna opiera się, zdaniem Derridy, na wartościowaniu oryginału, początku, a niechęci do kopii, przedstawień, reprezentacji. Reguła jest jasna: im bliżej początku, tym bliżej prawdy.

Gest założycielski logocentrycznej tradycji w zachodniej filozofii Derrida upatruje w niechęci Platona do pisma. W *Fajdrose* Platon deprecjonował pismo, jako zapis mowy, czyli znak znaku, odcinający od prawdziwej „obecności”⁸.

Mogłoby się wydawać, że kategorie derridiańskie jak ułał pasują do opisu postępowania sądowego. Wyraźnie widać bowiem logocentryzm postępowania ustnego, prymat bezpośredniości, dużą niechęć do pisemnych wystąpień świadków. Należy jednak podkreślić, że to, co przez postępowanie sądowe jest waloryzowane tak pozytywnie, nie jest po prostu zwykłą obecnością świadka. Protokolanci są raczej nastawieni na oddawanie „znaczenia” wypowiedzi świadka niż jej dokładnego brzmienia. Dosłowne sformułowania, zająknięcia są niepotrzebną warstwą formy, którą przy spisywaniu protokołu należałoby zedrzeć tak, aby zapisać już samo „nieznieształcone” znaczenie. Co warto podkreślić, tworzenie protokołu odbywa się w imię wierności intencjom świadka. Jeżeli zatem – życzliwie dla Derridy – rozumieć logocentryzm jako uprzywilejowanie nie tyle tego, co zostało wypowiedziane, ile tego, co projektuje się jako „transcendentne znaczenie”, to tylko w takiej sytuacji spisanie protokołu faktycznie byłoby przejawem logocentryzmu.

*

Do języka polskiego słowo „protokół” trafiło z greki poprzez średniowieczną łacinę. Początkowo znaczyło „coś doklejonego na początek”, np. pierwszą stronę porozumienia. Potem zaczęło oznaczać pewien zestaw reguł, których należało przestrzegać. W znaczeniu tym występuje nadal w języku francuskim⁹ i angielskim; po polsku – jedynie w sformułowaniu „protokół dyplomatyczny”, oznaczającym etykietę obowiązującą w stosunkach dyplomatycznych. Znacznie częściej jednak używa się w polszczyźnie słowa „protokół”, aby określić dokument stanowiący zapis lub streszczenie pewnej czynności, np. „protokół przesłuchania”, „protokół zgromadzenia współników”, „protokół zniszczenia”. Tak rozumiany protokół jest dokumentem wymaganym przez prawo, które określa, co zasługuje na „wciągnięcie do protokołu”. Protokół stanowi więc pewnego rodzaju formularz: już nie tyle zestaw reguł obowiązujących, co potwierdzenie faktycznego wykonania obowiązków, wynikających z reguł. Warto nadmienić, że prawo polskie przewiduje sytuacje, w których protokół z rozprawy oraz z przesłuchania świadków jest dokładnie określony przez

⁸ Por. Platon, *Fajdros*, przeł. W. Witwicki, Wydawnictwo Antyk, Warszawa 2002; J. Derrida, *Farmakon*, przeł. K. Matuszewski, w: idem, *Pismo filozofii*, przeł. B. Banasiak i in., Inter Esse, Kraków 1993.

⁹ Jak pisze Małgorzata Kwietniewska w przypisie do tekstu Derridy, po francusku słowo *un protocole* „używane jest na oznaczenie zespołu konwencjonalnych reguł rządzących określonymi sytuacjami [...], słowem tym ponadto określa się wzory oficjalnych dokumentów, a w języku drukarzy odnosi się ono do zbioru znaków korektorskich”. J. Derrida, *Prawda w malarstwie*, przeł. M. Kwietniewska, Wydawnictwo słowo/obraz terytoria, Gdańsk 2003, s. 463.

obowiązujący formularz¹⁰. W postępowaniu karnym i cywilnym nie ma wzoru druku, jaki musi wypełnić protokolant, co nie znaczy, że prawo nie precyzuje, co musi znaleźć się w protokole. Stanowią o tym wprost art. 148 k.p.k. oraz art. 158 k.p.c., w których zawarte są wymagania dotyczące treści protokołu. Kwestia unormowana jest dość ogólnie, więc w praktyce pojawia się dużo wątpliwości.

Protokoły z rozprawy powinny zawierać m.in.: oznaczenie sądu, miejsca i daty rozprawy, osób w niej uczestniczących, przebieg rozprawy, wnioski uczestników, postanowienia i zarządzenia wydane w toku rozprawy oraz – jak *expressis verbis* podaje Kodeks postępowania karnego – „wyjaśnienia, zeznania, oświadczenia i wnioski”. Zdaniem doktryny, w protokole powinno się w szczególności dokładnie przytaczać „odpowiedzi oskarżonego na pytania przewodniczącego, czy zrozumiał akt oskarżenia, czy przyznaje się do winy oraz czy chce złożyć jakieś wyjaśnienia”¹¹. Wytworzyła się też „przyjęta i – jak można sądzić z analizy dziesiątków protokołów rozpraw sądowych – powszechna i trwała praktyka pomijania w protokołach treści przemówień”, która sprawia, że „nierządkiem nie są one utrwalane nawet wtedy, gdy faktycznie zawierają nowe istotne momenty, nie podnoszone w toku dotychczasowego przewodu sądowego”¹².

Odnosząc do postępowania cywilnego Sąd Najwyższy w 1970 r. stwierdził, że protokół nie musi „obejmować szczegółowego streszczenia wywodów stron, a zwłaszcza ich wywodów prawnych” (postanowienie składu 7 sędziów SN z 10 lutego 1970 r., III CRN 323/69). W 1980 r. dodał, że protokół nie musi „odzwierciedlać wszystkich oświadczeń i twierdzeń stron w ich dosłownym i szczegółowym brzmieniu. Wystarczy, jeżeli protokół zawiera istotne wnioski i twierdzenia oraz wymienienie orzeczeń i zarządzeń sądu, wydanych na posiedzeniu” (postanowienie SN z 15 grudnia 1980 r., I CR 426/79).

Kluczowym zadaniem wydaje się zatem określenie, co dokładnie należy protokołować. Przedstawiciele doktryny zdają sobie sprawę, że przy zapisywaniu zeznań dochodzi do pewnej selekcji danych. Jak twierdzi Edward Samborski, „wyjaśnienia lub zeznania **nie mogą** zawierać informacji zbędnych, odbiegających od przedmiotu sprawy [podkr. – E.Z.]”¹³. Kategoryczność sformułowania „nie mogą” jest dość charakterystyczna, zważywszy na to, że protokolant musi oceniać, czy dana informacja jest zbędna, zanim wiele okoliczności zostanie wyjaśnionych. Ponadto trudno oczekiwać od protokolanta, że precyzyjnie rozpozna, co jest zbędne, a co nie: nie ma on wcale obowiązku

¹⁰ Do rozporządzenia z 17 maja 2006 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 24 maja 2006 r.) dotyczącego prawa zamówień publicznych dodany jest załącznik z formularzem protokołu posiedzenia/rozprawy, zaś protokół przesłuchania świadka oraz protokół przesłuchania obwinionego są załącznikami do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 18 listopada 2003 r. w sprawie szczegółowego trybu wykonywania czynności związanych z postępowaniem dyscyplinarnym w stosunku do policjantów (Dz. U. z 21 listopada 2003 r.).

¹¹ R. Ponikowski, *Procesowe formy utrważeń czynności dowodowych w sprawach karnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1978, s. 75.

¹² Ibidem, s. 76.

¹³ E. Samborski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2005, s. 302.

zapoznawania się z innymi aktami w sprawie. Z kolei, jeżeli przewodniczący będzie permanentnie ingerował w treść protokołu, może poprzez swe uprzedzenia ograniczyć późniejszy materiał dowodowy.

Ze względu na ogólnikowe sformułowania ustawodawcy, protokolant oraz przewodniczący składu sędziowskiego za każdym razem decydują o tym, co jest na tyle istotne, że powinno zostać zapisane. Jak wynika z praktyki, sądy mają tendencję do bardziej skąpego protokołowania i ograniczania się wyłącznie do elementów koniecznych, zestandaryzowanych.

*

W serialu fabularno-dokumentalnym *Sędzia Anna Maria Wesołowska* – inscenizującym rozprawy rzekomo według ich rzeczywistego przebiegu – jest obecna także protokolantka. Siedzi przy laptopie na lewo od składu sędziowskiego, nigdy nie zabiera głosu; można zauważyć ją tylko w szerokich kadrach, kiedy sąd wchodzi na salę. Idea całego programu polega na przedstawianiu tylko takich kazusów, które sędzia Wesołowska perfekcyjnie i sprawiedliwie rozwiązuje. Wszystko idzie szybko i sprawnie, wszelkie wątpliwości po dwóch kwadransach są już rozwiane. Proces zapisywania nigdy nie komplikuje schematycznej sytuacji, jest przezroczysty, bezgłośny. Trudno się dziwić: problemy związane z protokołowaniem nie wypadają efektownie, ponadto mogłyby zasiać ziarno wątpliwości w nieuchronność sprawiedliwego orzeczenia.

Specyfikę protokołu – jego nie przezroczystość, a wyrazistość – można próbować uchwycić, widząc w nim swego rodzaju gatunek literacki, ściśle skonwencjonalizowany. Przy tworzeniu protokołu stosuje się różne metody, by uwiarygodnić jego autentyczność. Niekiedy sformułowany jest on przez bezstronnego narratora, który nie ujawnia się, tylko obiektywnie relacjonuje w trzeciej osobie – jak dziewiętnastowieczny narrator – zeznania świadka. Częściej jednak protokolant zapisuje zeznania w pierwszej osobie – jako słowa przesłuchiwanego – sugerując w ten sposób, że ich brzmienie jest dosłowną wypowiedzią świadka. To rozwiązanie zalecane jest przez doktrynę jako najwierniejsze¹⁴. Oczywiście, protokolant nie powinien nigdy używać pierwszej osoby w stosunku do siebie, tylko sugerować, że to świadek tak mówi. Co ciekawe, niekiedy w tekście protokołu narracja protokolanta miesza się z wypowiedzią świadka tak, że nie od razu wiadomo, do kogo należą dane słowa. Dopiero po chwili, retrospektywnie przyporządkowując przeczytane zdania do autorów, można oddzielić wypowiedzi.

Przy protokołowaniu powstają dwa obowiązki: świadek musi powiedzieć prawdę, protokolant zaś musi zapisać prawdę w sposób komunikatywny. Wysiłek protokolanta polega na opracowaniu zeznań tak, aby protokół

¹⁴ „Co do języka protokołu rozprawy głównej, to należy się opowiedzieć za tym, aby depozycje osób występujących przed sądem były odnotowywane w »pierwszej osobie« zgodnie ze sposobem ich składania przez zainteresowanych”. H. Kempisty, *Metodyka pracy sędziego w sprawach karnych*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1986, s. 253.

odpowiadał wymaganiom sztuki. Bezsensowne zeznania dosłownie zaprotokołowane mogą rzucać cień na wartość protokołu, rodzić podejrzenie, że protokolant mógł coś przeinaczyć. Dlatego efekt na papierze okazuje się niekiedy bardziej spójny niż ustna wypowiedź. W zaprotokołowanych zeznaniach brak jest też miejsca na opis zachowania przesłuchiwanego, nie relacjonuje się jego zawahań, zająknięć, milczenia.

Charakterystyczny jest wyrok sądu apelacyjnego w Krakowie (wyrok sądu apelacyjnego w Krakowie z 14 września 1995 r., II AKr 232/95). Stwierdza się w nim m.in., że „stosowany w praktyce karnoprawnej system protokołowania, polegający na streszczaniu w protokołach wypowiedzi osoby zeznającej (wyjaśniającej), jest najbardziej użyteczny w praktyce przy założeniu rzetelności protokołującego. Pozwala on formułować tekst w sposób zrozumiały, z pominięciem rozmaitych ułomności wypowiedzi, nieistotnych dla treści, a utrudniających zrozumienie jej, jak byłoby przy zapisie dosłownym”. Ten sam sąd 6 lat później stwierdził, że protokół zeznań ma oddawać „istotę rzeczy, może więc zawierać słowa czy zwroty, których wysłuchiwany nie używał, o ile są one użyteczne dla spełnienia celu protokołowania” (wyrok sądu apelacyjnego w Krakowie z 17 maja 2001 r., II AKa 100/01). Wierność sformułowaniom przesłuchiwanego jest, jak widać, sprawą drugorzędną.

Znamienny charakter ma praktyka, której istnieniu nie sposób zaprzeczyć: dyktowanie protokolantowi treści zeznań przez przewodniczącego składu sędziowskiego. W takiej sytuacji to sędzia występuje jako punkt centralny każdego zdarzenia. Żeby zdanie świadka trafiło do protokołu, musi trafić do sędziego-centrali, ten może je przydzielić protokolantowi lub wyrzucić. Nie ma komunikacji poziomej. Sędzia na bieżąco interpretuje zeznania, wybiera te istotne i tylko do nich może w każdej chwili powrócić. Podkreśla tym samym swoją pozycję: to sędzia jest tą osobą, której słowa nadają się do protokołu. Co warto podkreślić, teksty doktryny na ogół przemilczają tę praktykę. Na temat dyktowania protokołów przez przewodniczącego składu pisze się niewiele. W przypadku procedury cywilnej zjawisko dyktowania spotyka się nawet z aprobatą¹⁵, w przypadku karnej – raczej z krytyką („nieprawidłową praktyką jest dyktowanie protokolantowi zeznań lub wyjaśnień przez przewodniczącego rozprawy”¹⁶).

Groteskowy efekt mogą niekiedy przynieść niezdarne próby pisemnego zarejestrowania dokładnego brzmienia wypowiedzi. Wypowiedź pozbawiona intonacji, pauz i kontekstu sytuacyjnego, zapisana dosłownie staje się niezrozumiała, dwuznaczna¹⁷. Forma pisemna wymusza użycie interpunkcji,

¹⁵ H. Pietrzykowski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2006, s. 306.

¹⁶ E. Samborski, op. cit., s. 302. „W opisanej praktyce protokołowania tkwi też, na pewno nie zamierzony i nie pożądaný w postępowaniu sądowym, element natury śledczej. Przewodniczącemu bowiem przypada nie tylko rola sądenia sensu stricto i nie tylko rola zbierania dowodów, ale także ich utrwalania dla celów sądenia”. F. Rosengarten, *Kto sporządza protokół z rozprawy karnej*, „Nowe Prawo” 1981, nr 7-8, s. 152.

¹⁷ Józef Gurgul dzieli się takim przykładem: „W sprawie ds. 985/85 Prokuratury Rejonowej w T. o zgwałcenie siedemnastoletniej Doroty T. zanotowano w protokole: po zdjęciu spodenek położył się na mnie i włożył swojego członka po uprzednim rozłożeniu mi nóg w macię”. Niezależnie od sposobu

wydziałanie następujących zdań – mowa zaś jest znacznie mniej uporządkowana, pełna dygresji. Nawet bardzo dokładne przetransponowanie wypowiedzi ustnej na pisemną powoduje zmianę treści wypowiedzi. Pismo sprzyja bowiem linearności¹⁸, wskutek tego zapisane zeznania wyglądają na znacznie bardziej precyzyjne i logiczne niż ustna wypowiedź przesłuchiwanego. Czytelnik również spodziewa się tekstu linearnego i taki ceni wyżej.

Omawiając zasady konstruowania protokołu sądowego, nie sposób pominąć zjawiska, które Marian Cieślak nazwał w 1955 r. „pruderią procesową”¹⁹. Owa „pruderia” powoduje, że zwroty wulgarne, gwarowe, nie zawsze zostają zapisane w ich dosłownym brzmieniu. Zwroty nieprzyzwoite mają to do siebie, że samo ich wypowiedzenie obraża zasady przyzwoitości. Nawet „naukowe” przeklinanie jest w jakiejś mierze nieprzyzwoite. Nie wypada używać zwrotów wulgarnych na co dzień, a co dopiero na sali sądowej, w obliczu sędziów w togach oraz godła państwowego. Należy bowiem pamiętać o powadze sądu. W takiej sytuacji protokolant może często odruchowo nie chcieć utrwać takich słów, rozpowszechniać ich własnym piśmem. Apele doktryny, aby protokołować wulgaryzmy tak, jak zostały wypowiedziane – bez wykropkowania, omawiania – pojawiały się zarówno w latach pięćdziesiątych, jak i dziś. Wygląda jednak na to, że protokolanci nadal nie są przekonani do takiego podejścia, skutkiem czego zapisy zeznań są na ogół bardzo dyskretne, jeśli chodzi o sformułowania nieprzyzwoite. To samo dotyczy zwrotów gwarowych, żargonowych: panuje przekonanie, że tego typu wyrażenia nie licują z powagą sądu, należy więc zastąpić je mniej nacechowanymi, a niekiedy wyraźnie różniącymi się znaczeniem sformułowaniami z polszczyzny słownikowej.

Co więcej, to nie tyle nienaganna potoczna polszczyzna zostaje zapisywana w protokołach, ile polszczyzna pseudoprawnicza, siląca się na naukowość. Przypomina to często język złośliwie nazwany przez Leszka Kołakowskiego „mową parweniusza”: „jest to swoista mowa biurokratów-parweniuszy próbujących dostosować język do własnych wyobrażeń o języku inteligencji; [...] parweniusze warstwy urzędniczej wyobrażają sobie, że prawdziwie ‘inteligentny’ język polega na maksymalnej niezależności od wszelkich skojarzeń potocznych, na tym, że jest absolutnie niezdolny do wyrażania czegokolwiek osobistego, afektywnego, że nie może figurować jako obiegowy środek ekspresji”²⁰. W zeznaniach osób niewykształconych zdarzało mi się

zapisania przez protokolanta „rozłożenia nóg w macię”, warto odnotować sformułowanie „po uprzednim rozłożeniu mi nóg”, usilnie próbujące opisać zajęcie w precyzyjnych – pseudonaukowych – terminach sądowych. Można zastanawiać się, czy rzeczywiście takiego sformułowania użyła przesłuchiwana, czy też sąd lub protokolant od siebie dodali ten „urzędowy” ton. J. Gurgul, *Kryminalistyczne i psychologiczno-psychiatryczne zagadnienia dowodu z zeznań*, „Problemy Kryminalistyki” 2001, nr 233, s. 20.

¹⁸ Por. J. Goody, *Logika pisma a organizacja społeczeństwa*, przeł. G. Godlewski, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006; W. J. Ong, SJ, *Oralność i piśmienność. Słowo poddane technologii*, przeł. J. Japola, RW KUL, Lublin 1992.

¹⁹ Jak argumentował Cieślak, przekleństwa należałoby raczej traktować jako obiekt badania: tak samo bowiem, jak lekarz lub artysta, „prawnik, zarówno praktyk, jak i naukowiec, ma prawo brać pod skalpel swojej analizy zjawiska i formy, które w codziennym, »potocznym« obiegu uznane są za nieprzyzwoite czy niestosowne”. M. Cieślak, op. cit., s. 601.

wyczytać sformułowania w rodzaju: „w celu ustalenia”, „oświadczył”, „udałam się do matki mojego męża celem sprawdzenia czy go nie ma”, „posiadałem znajomych”, „zaczęliśmy spożywać alkohol”. Być może to sami przesłuchiwani tak bardzo silili się na hiperpoprawność, bardziej prawdopodobne wydaje się jednak, że protokolant lub sędzia starali się nadać ich zeznaniom sądowy polor.

Michel Foucault opisywał język, jakim biedni ludzie we Francji w XVII i XVIII w. skarżyli się królowi. Owe skargi – jako skierowane do władcy w całym jego majestacie – przybierały wyszukane formy. Ich dyskurs wymagał „języka ozdobnego, złorzeczącego i błagalnego”²¹, godnego samego króla. Jednakże w język ten wkradała się dysharmonia, zwłaszcza kiedy proszący

bądź lepiej czy gorzej zastępujący ich skryba układali, tak jak potrafili, formuły i zwroty, które, jak sądzili, są wymagane przy zwracaniu się do króla bądź możnych, łącząc je z niezręcznymi sformułowaniami i topornymi, prymitywnymi wyrażeniami, które, jak zapewne sądzili, miały przydać ich prośbom więcej siły wyrazu i prawdy²².

Foucault pisze dalej: „Nadejdzie dzień, w którym cała ta dysharmonia zniknie”, mając na myśli moment wykształcenia się dyskursu, który „dążył do tego, by być językiem neutralnej obserwacji”²³. Jak jednak widać z analizy współczesnych protokołów, „neutralna” obserwacja wykształciła zestaw form, które zostały tak samo steatralizowane, jak skargi do króla. O ile wcześniej należało odgrywać rolę pompatycznych zebraków, o tyle dziś odgrywa się rolę uczonych-urzędników.

Z ust przesłuchiwanego nie pochodzą także zwroty, które znaleźć można w większości protokołów. Są to przede wszystkim rytualne formuły w rodzaju: „zostałem uprzedzony o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań z art. 233 par. 1 k.k. i pouczony o treści art. 183 k.p.k., po czym zeznaję co następuje”, które protokolanci formułują na podstawie twierdzącej odpowiedzi zeznającego na pytanie sądu.

Tekst protokołu w rzeczywistości przypomina palimpsest powstały z zeznań świadków i stron, uwag przewodniczącego składu, odbioru protokolanta oraz ewentualnych późniejszych poprawek, dokonanych na ogół przez protokolanta lub sędziego. Co ważne, dla potrzeb procesu zeznanie zawarte w protokole traktowane jest jednak jako nienaruszone „dzieło” autorstwa przesłuchiwanego. Wkład pozostałych współautorów pomija się.

*

Protokolant podczas spisywania protokołu jest stroną wielu interakcji, które wpływają na kształt tekstu. Istotna jest hierarchiczna relacja z sędzią, który – nawet mimowolnie – może wywierać nacisk nie tylko na protokolanta, ale również na przesłuchiwanego.

²⁰ Kołakowski zauważył, że w PRL-u nastąpiła inwazja pseudobiurokratycznych form w rodzaju „dokonać otwarcia” zamiast „otworzyć”, „posiadać” zamiast po prostu „mieć”. L. Kołakowski, *Przyczynek do mowy parweniusza*, w: *Pochwała niekonsekwencji. Pisma rozproszone z lat 1955-1988*, t. 3, Niezależna Oficyna Wydawnicza, Warszawa 1989, s. 92.

²¹ M. Foucault, *Żywoty ludzi niegodziwych*, przeł. P. Pieniążek, w: idem, *Powiedziane napisane. Szaleństwo i literatura*, przeł. B. Banasiak i in., Aletheia, Warszawa 1999, s. 287.

²² Ibidem, s. 288.

²³ Ibidem, s. 289.

Oczywiście, należy pamiętać, że stronom w określonym czasie przysługuje prawo do sprostowania protokołu. W praktyce sporadycznie bywa ono wykorzystywane. Po pierwsze, jeżeli sąd w składzie orzekającym w sprawie stwierdzi, że nie należy protokołu sprostować, wówczas nie ma organu, do którego można wnieść zażalenie. Argument ten można wnieść dopiero przy apelacji. Jasne jest, że sędzia może nie być zainteresowany w uznaniu własnej pomyłki. Ponadto kwestionowanie inteligencji lub dobrej woli sędziego nie opłaca się stronie. Sędzia bowiem, chociaż w świetle ustawy powinien być osobą „nieskazitelnego charakteru” (art. 61 § 1 pkt 2 Prawa o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. 2001, Nr 98, poz. 1070), w praktyce może poczuć się urażony. Obywatel kwestionujący umiejętność rozumienia sędziego, obniża jego autorytet dany mu przez prawo.

Po drugie, trudno występować o sprostowanie drobnych przekręceń, przeinaczeń, które mogą delikatnie zmieniać sens zeznań. Na pierwszy rzut oka może zdawać się, że dane słowa są synonimami, niemniej jednak w rzeczywistości różnią się niuansami. Mało kto pilnować będzie każdego niuansu, spowalniałby bowiem postępowanie. Na ogół na skład sędziowski czeka tego dnia kolejna sprawa, a z im mniejszą liczbą spraw skład jest w stanie się uporać, tym gorsze ma statystyki.

Sala sądowa sama w sobie nie sprzyja pewnego rodzaju zachowaniom, sama ma swój „protokół” – ceremoniał, do którego niektóre wypowiedzi, gesty nie pasują²⁴. Sytuacja składania zeznań ma wpływ na ich treść. Zeznaje się twarzą do składu sędziowskiego, stojąc tyłem do publiczności. Zarówno reakcja sędziów, jak i publiczności może sugerować przesłuchiwanemu, co spotyka się z uznaniem, a co z krytyką. Jak pisze Józef Gurgul, dane dotyczące takich zachowań sędziego „powinny znaleźć się w protokole, jako istotny materiał ocenny przebiegu przesłuchania. Ale stosujący takie kompromitujące zabiegi organ procesowy nie opisze ich, nie utrwali w sporządzanej dokumentacji, bo to podpowie mu instynkt samozachowawczy”²⁵.

Sędzia na mocy ustaw jest „niezawisły”, podczas rozprawy jednak jego „niezawisłość” oznacza niemal nieograniczoną władzę²⁶. Może prowadzić to do sytuacji, w której nadużywa on swoich kompetencji co do słowa dyktując protokół protokolantowi. Nie zdarza się, żeby protokolant zapisywał wypowiedzi sędziego odnośnie do tego, co sędziemu wydawało się nieistotne – tzn. opisywał, co sędzia kazał odrzucić, a co zostawić w protokole. Wydaje się, że właśnie te fragmenty byłyby bardzo istotne przy ewentualnej apelacji – pokazywałyby ramy, w jakie sędzia i protokolant starali się zmieścić usłyszane zeznania. Należy jednak pamiętać, że protokolant jest pracownikiem administracyjnym danego sądu i jeżeli przewodniczący nie jest z niego zadowolony, ma on nikłe szanse pozostania na stanowisku. Protokolant – w zamierzeniu

²⁴ Por. J. M. Conley, W. M. O'Barr, *Rules versus Relationships: The Ethnography of Legal Discourse*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1990.

²⁵ J. Gurgul, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 22 października 2003 r.*, „Palestra” 2006, nr 1-2, s. 250.

²⁶ W sytuacji, w której nie powstało jeszcze pisemne uzasadnienie wyroku, jeżeli sędzia poda ustnie motywy wyroku stronom, nie istnieje obowiązek zapisania w protokole tych motywów. Jeżeli zatem sędzia powie coś nieuzasadnionego, nie ponosi konsekwencji. Takiego komfortu nie ma przesłuchiwany, który musi ważyć słowa, aby nie zostać pociągniętym do odpowiedzialności.

zajmujący się utrwalaniem przebiegu rozprawy (łącznie z wypowiedziami sędziego) – jest w praktyce związany z sędzią stosunkiem podobnym do podległości. Prawo nie zapewnia mu niezawisłości, dlatego nie sposób oczekiwać, że protokolant będzie przeciwstawiał się pomysłom sędziego.

Protokół – rzekome utrwalenie prawdy o zeznaniach – jest w praktyce dynamicznym procesem, palimpsestem negocjowanym przez zainteresowanych. Odzwierciedla układ sił na sali sądowej, stanowi świadectwo nie tyle dosłownego przebiegu rozprawy, co relacji władzy wpływających na „prawdę”, wytwarzaną – a w zamierzeniu „odkrywaną” – przez proces.

Technika protokolowania powinna być dostosowana do przewidzianej w przesłuchaniu roli przesłuchiwanego. Przykładowo, jeżeli widać, że przesłuchiwany nie mówi prawdy, warto zmienić tempo przesłuchania, dostosowując sposób protokolowania:

Najmniej wówczas korzystne staje się protokolowanie wypowiedzi zdanie po zdaniu lub krótkich jej fragmentów. Rozprasza to bowiem uwagę przesłuchującego, daje przesłuchiwanemu czas na zastanowienie się, opanowanie zdenerwowania, przygotowanie następnych wypowiedzi, a taki sposób protokolowania prowadzi zwykle do nagromadzenia w protokole dużej liczby zbędnych szczegółów utrudniających później korzystanie z niego. System ten powinien być stosowany wyłącznie przy przesłuchaniu osób w pełni zasługujących na zaufanie przesłuchującego (np. odebranie opinii od biegłego, przesłuchanie lekarza, który zawiadomił o przestępstwie itp.)²⁷.

Jak widać, powziąwszy przeświadczenie o nieprawdziwości zeznań przesłuchiwanego, należy utrudnić mu sformułowanie zeznań przemyślanych, spokojnych. Przejaskrawiając: spokój świadka może być zagrożeniem dla prawdy. Nie dotyczy to jednak osób „w pełni zasługujących na zaufanie”: te mogą przemawiać spokojnie, autorytatywnie, wiadomo, że i tak powiedzą prawdę. Od innych osób prawdę tę trzeba wydobywać dzięki przemyślanej strategii przylapywania ich na kłamstwie bądź niekonsekwencji.

Taka strategia przesłuchującego przywodzi na myśl psychoanalizę lacanowską, w której zadaniem psychoanalityka było „rozhisteryzować” pacjenta: „pacjent traci wówczas w jakimś stopniu panowanie nad tym, co mówi, i zamiast formułować wypowiedzi zgodnie z intuicjami, ‘jest mówiony’ przez nieświadomość”²⁸. O ile u Lacana wybity z rytmu pacjent ma dać przemawiać „sobą” nieświadomości niezależnie od swej woli, o tyle w przypadku przesłuchań ma on niejako dać przemawiać przez siebie prawdzie – zapomnieć o kłamstwach i odruchowo wyjawić prawdę. W obu przypadkach wiadomo, że pacjent/przesłuchiwany coś ukrywa i należy sprowokować ujawnienie się tego czegoś. Natomiast prawdomówny przesłuchiwany jest spokojny, nic nie ukrywa.

²⁷ R. Ponikowski, op. cit., s. 81.

²⁸ P. Dybel, *Czy psychoanaliza Lacana jest hermeneutyką?* w: H. Lang, *Język i nieświadomość. Podstawy teorii i psychoanalizy Jacques’a Lacana*, przeł. P. Piszczatowski, Wydawnictwo słowo/obraz terytoria, Gdańsk 2005, s. 27. U Lacana mówienie stanowiło „jedyne narzędzie” psychoanalityka. „Rozhisteryzowując” pacjentów, nie badał on prawdy czy fałszu ich słów, ale raczej „narodziny prawdy w mówieniu”. J. Lacan, *Funkcja i pole mówienia i mowy w psychoanalizie. Referat wygłoszony na kongresie rzymskim 26-27 września 1953 w Istituto di Psicologia della Università di Roma*, przeł. B. Gorczyca, W. Grajewski, Wydawnictwo KR, Warszawa 1996, s. 37-38.

Jak pisze Józef Gurgul, w praktyce przyjmuje się, że kłamcę zdradzają szczegóły: „zawahania, przejęzyczenia, pomyłki są traktowane jako symptomy kłamstwa”²⁹.

*

W ostatnich kilkudziesięciu latach pojawiła się coraz wyraźniejsza tendencja do docenienia pożytków z audiowizualnego rejestrowania rozprawy. Niewątpliwie jest to konsekwencją znacznego rozpowszechnienia sprzętu do nagrywania dźwięku oraz obrazu. Zarówno przepisy Kodeksu postępowania karnego, jaki Kodeksu postępowania cywilnego dopuszczają pomocnicze stosowanie nagrań z sali sądowej, niemniej jednak wyłącznie jako uzupełnienie protokołu.

Wraz ze zmianami technologicznymi pojawia się w orzecznictwie i doktrynie inna wrażliwość na okoliczności składania zeznań³⁰. Sąd Najwyższy w 1980 r. chwalił zapis na taśmie magnetofonowej jako „nie wystylizowany przez inną osobę (protokołującą)” oraz pozwalający „na gruntowniejszą ocenę spontaniczności składanych wyjaśnień” (wyrok Sądu Najwyższego z 21 lutego 1980 r., II KR 8/80). W radykalny sposób postawił sprawę sąd apelacyjny w Lublinie w 2003 r. Stwierdził nawet, że:

prawidłowo sporządzony protokół winien być wierną kopią rejestracji magnetowidowej przesłuchania, a więc zawierać treść postawionego pytania i faktyczną odpowiedź świadka. Protokół winien zawierać także, w jakich momentach świadek milczał, wahał się, czy nie udzielał jednoznacznej odpowiedzi³¹.

Pomysł nazwania protokołu „wierną kopią rejestracji magnetowidowej” spotkał się z krytyką doktryny, mówiącej, że protokół ma oddawać „z możliwą dokładnością” tylko najbardziej istotne elementy przesłuchania. Orzeczenie wywołało dyskusję, w której przypomniano o przewadze rejestracji magnetowidowej nad magnetofonową, doceniając znaczenie pozasłownych sygnałów dla przebiegu rozprawy.

Tendencja do nagrywania rozpraw znalazła wyraz w przeprowadzanej obecnie przez Ministerstwo Sprawiedliwości reformie postępowania karnego i cywilnego³². Według planowanych nowelizacji k.p.c. i k.p.k., co do zasady – jeżeli względy techniczne nie będą stać na przeszkodzie – rozprawy będą nagrywane. W przypadku nagrywania rozprawy protokół będzie mógł być ograniczony do bardzo schematycznego opisu rozprawy (oznaczenia sądu, miejsca, daty, stron itd. oraz zapisania zarządzeń i orzeczeń wydanych na posiedzeniu), bez zapisywania treści zeznań przez protokolanta. Nowelizacja

²⁹ J. Gurgul, *Kryminalistyczne i psychologiczno-psychiatryczne zagadnienia dowodu z zeznań*, „Problemy Kryminalistyki” 2001, nr 233, s. 19.

³⁰ Wyrok sądu apelacyjnego w Lublinie z 22 października 2003 r., II AKa 115/03.

³¹ Niektórzy jednak postulowali wykorzystanie nowych środków technicznych do utrwalenia *status quo*: „Dyktafon odpowiednio skonstruowany i przystosowany do nagrań przebiegu rozpraw może obsługiwać sam przewodniczący rozprawy. Powinien on dyktować do mikrofonu treść protokołu, utrwalając na taśmie w sposób dokładny i wierny istotne elementy zeznań i wyjaśnień oraz pozostałych, realizowanych podczas rozprawy, czynności procesowych”. R. Ponikowski, op. cit., s. 107.

³² Projekty nowelizacji dostępne są na: <http://www.ms.gov.pl/projekty/projekty.shtml>.

Kodeksu postępowania karnego przewiduje również, że przy przesłuchaniu osoby poniżej 15 roku życia konieczne będzie rejestrowanie zarówno obrazu, jak i dźwięku.

Według zapowiedzi, coraz większa liczba sądów ma zostać skomputeryzowana, dzięki czemu – tak jak w niektórych sądach już dziś – przewodniczący widzieć będzie na bieżąco tekst zapisywany przez protokolanta. Zmiany nie przewidują możliwości oglądania tekstu zeznania przez przesłuchiwanego.

Dostrzegając zmianę w podejściu do sposobu rejestracji rozpraw, należy pamiętać, że obowiązkowe nagrywanie dźwięku lub dźwięku i obrazu z sali sądowej będzie w Polsce nowością. Zresztą nawet rejestracja wszystkich rozpraw nie rozwiązuje wielu problemów, zmienia za to ich charakter. Korzystanie z nagrania wykształci nowe konwencje zachowania sądu i przesłuchiwanym. Po pierwsze, prawo do „udziału w nagraniu” zależeć będzie w praktyce od odległości od mikrofonów³³. Kamera również musi być gdzieś umiejscowiona: w Stanach Zjednoczonych, gdzie regularnie nagrywa się rozprawy, umieszcza się kamerę za przesłuchującym, przez co – zdaniem krytyki – faworyzuje ona jego punkt widzenia³⁴. Po drugie, zarejestrowany materiał, z jakim będzie musiał zapoznać się sąd apelacyjny, wymagać będzie poświęcenia znacznie większego czasu na odsłuchanie lub obejrzenie długich nagrań. Z kolei przykład nagrania – pozbawiony intonacji i gestykulacji przesłuchiwanego – może często prowadzić do nieporozumień. Dlatego też, nawet jeśli planowane nowelizacje wejdą w życie, praktyka ich stosowania może sprawić, że tradycyjnie spisywane protokoły nadal będą stanowić najwygodniejsze źródła informacji dla sędziów.

Mgr Emil Zubelewicz
emil@zubilewicz.pl

MINUTES OF TRIALS AS A CULTURAL CONSTRUCT

Summary

Although the minutes of trials are one of the crucial parts of the Polish penal and civil law procedure, rarely does the legal theory draw its attention to the arbitrariness of the data contained in the minutes. Using the approach of the ethnomethodologists, it is worth looking at the process of preparing the minutes (protocoling) as at a *sui generis* cultural construct, which frames the data for trials.

Minutes, supposed to express the witness' speech, are appreciated more by the legislator than the witness' writing. However, according to the legal theory, not all of the elements of a speech shall be written down. What is more, in practice, not all of the elements of a protocol, which are recommended by theorists, are present in protocols. The language written in the minutes differs from the language of oral expression in the trial. Moreover, the hierarchical relation between the judge and the person who writes down the minutes often leads to a situation in which the minutes are dictated not by a witness but by a judge.

³³ Dlatego „w każdej sali przewiduje się umieszczenie dziesięciu mikrofonów – po trzy dla składu sądującego, oskarżenia i obrony oraz jeden dla świadka”. A. Łukaszewicz, *Nagrania będą specjalnie archiwizowane*, „Rzeczpospolita” z 7 grudnia 2006 r.

³⁴ G. D. Lassiter i in., *Accountability and the Camera Perspective Bias in Videotaped Confessions*, „Analyses of Social Issues and Public Policy” 2001.