Никола Мицковски, PhD[1]
Ристо Речкоски, PhD[2]

UDC:
343.148:174

SFIDAT ETIKE PËR EKSPERTIZË OBJEKTIVE NË PROCEDURËN E REFORMUAR PENALE

ЕТИЧКИ ПРЕДИЗВИЦИ ЗА ОБЈЕКТИВНО ВЕШТАЧЕЊЕ ВО РЕФОРМИРАНАТА КРИВИЧНА ПОСТАПКА

ETHICAL CHALLENGES FOR OBJECTIVE EXPERTISE IN THE REFORMED CRIMINAL PROCEDURE

Abstract

Passing of the new Law on criminal procedure meant fundamental changes of many institutes that for a long period existed as almost constant category in the previous criminal procedure legislative. Nevertheless, the changes of the model often means that by the excepting of the comparative advantages of the new model, often in the package come the inherent disadvantages, too. Thus, the acceptance of the accusatory model as a paradigm of the Macedonian criminal procedure meant acceptance of the basic postulates of the concept of the contradictory of the expertise, too, with all the advantages and disadvantages of this solution. Therefore, minimizing of the already reviewed disadvantages of this expertise concept as a main goal, new solutions have to be provided and the existing solutions have to be adjusted, so disadvantages inherent with this model of expertise would be efficiently avoided.

As one of the most frequent and most serious disadvantages of the contradictory concept of expertise is the so called party bias. Namely, in the cases when the expert witnesses are engaged from the parties themselves, from different reasons, the aims of the party that engaged

[1] МИТ Универзитет Скопје, nmickovski@gmail.com
[2] Универзитет „Св. Климент Охридски“ Битола, reckoice@t-home.mk

the expert witness are identified with the expert witness himself. The aim of this paper is to investigate the causes and consequences of this identification of expert witnesses and to check the possible outcomes, that is, whether through establishing of the new solid normative boundaries combined with establishing and revival of the solid ethical and professional standards, identified inconsistency of the party model od expert witnessing may be overpassed.

Key words: expert witness, ethics, law, criminal procedure

1. Вовед

Секоја човечка активност и однесување може и мора да биде предмет на оцена и самооцена во смисла на тоа дали таквото дејствување и однесување е морално и етички исправно. Неминовно, и во дејствувањето на вештакот во кривичната постапка, покрај стручните и интелектуалните компетенции, до израз доаѓаат и неговите морални карактеристики. Моралот претставува форма на човечка активност преку која човекот го насочува своето делување и ја преобликува својата природа спрема општоприфатените позитивни вредности, а бидејќи и вештачењето е еден вид на човечко делување, неминовно е и дека тоа го носи со себе печатот на моралноста и моралната оцена.

2. Морално етички предизвици

Морално етичките аспекти на личноста на вештакот и нејзиното реализирање во кривичната постапка треба да се посматраат како функција од неговата процесна улога и овластувања од една стана, но, од друга страна, треба да се разгледува и низ призмата на интерперсоналните односи со индивидуите со кои остварува меѓусебна комуникација во вршењето на дејноста на вештачење. Секако, мора да се има предвид и еден поекстензивниот пристап, односно мора да се одреди и нејзината специфична реализација кога вештото лице е поставено пред сериозниот предизвик објективно и адекватно да одговори на барањата кои ги поставува неговата процесната улога и функција согласно со значењето на ова доказно средство во современата кривична постапка. Личноста на вештакот, неговите морално – етички обрасци на општествено комуницирање, како и влијанието на микро и макро средината во корелација со општоприфатените законски и морални норми на однесување, се значајни детерминанти во одредувањето на

стандардите на однесување и одговорната задача пред кој е исправен овој процесен субјект.

Законски заснованиот, морално – етички одмерениот и строго професионалниот однос на вештакот кон довереното вештачење е предуслов кој возвраќа со мултидимензионални ефекти согледани од аспект на гносеолошко – спознајниот процес кој претставува основа и идеја водилка на целокупното кривично постапување. Оттука произлегува и делумната можност но и целосна обврска законодавецот максимално можно да ги постави нормативните услови кои ќе овозможат реално заживување и остварување на морално - етичките основи на вештачењето како општествено корисна дејност, што обично го прави преку предвидување на определени процесни принципи тесно асоцирани со ова доказно дејствие како барањето за непристрасно изнесување на мислењето од страна на вештакот во согласно со правилата на науката и вештината, понатаму вештакот внимателно да го разгледа предметот на вештачењето, совесно да изнесе сè што ќе забележи, предвидување на обврската за полагање заклетва итн.

Ваквиот начин на вградување на етичките норми во правните постулати не значи и ограничување на етичките стандарди од страна на правната норма. Евидентно е, во случајот на вештакот и вештачењето воопшто, дека моралната норма, иако се поклопува со правната норма, поставува поширoки барања и стандарди од вештакот од барањата и стандардите кои ги стипулира правната норма. Така моралната норма не бара од вештакот да е само добар стручњак, туку да е и личност од високи морални квалитети, личност која во својата работа не се раководи само од барањата и стандардите на законски пропишаната кривична постапка или стандардите на научно методолошката постапка на која се заснова експертизното испитување, туку и спрема општите морално – етички норми и стандарди и својата свест и совест.

Тргнувајќи од овие постулати, во сите околности и ситуации, од вештакот се очекува да биде свесен но и совесен кон своите обврски и одговорности кои произлегуваат од процесната функција и улога, потоа за значењето на дејноста која ја извршува, како и за тоа дека секоја негова грешка и пропуст можат да предизвикаат тешки и понекогаш неотстранливи последици, со што круцијално тангира нечии интереси, било тоа да е на нечија неоправдана

штета или во нечиј неоправдан интерес.[3] Ваквиот морално етички однос на вештакот спрема барањата кои произлегуваат од исполнувањето на неговата дејност мора да претставуваат функција првенствено од моралните стандарди кои произлегуваат од општото културно ниво, критичност и самокритичност, морална храброст, вистинољубивост, трудољубивост, љубов и лична сатисфакција од професионалната реализираност, тежнеење кон континуирано усовршување и упорност, а не да биде исклучиво условена од надворешната процесна принуда и страв од санкција. Ваквите прерогативи на личноста на вештакот се од особено значење во ситуациите кога вештакот е "доведен" во ситуација да даде наод и мислење спротивно од очекувањата на јавноста или одредени интересни групи, кога особено значење добиваат освен стручноста и личната храброст и отпорност спрема таквите влијанија.

Од друга страна, и погрешната пракса на преценување на значењето на вештачењето, поврзано со избегнувањето на стручна контрола и ревизија, кај вештакот создава плодна почва да се развие комплекс на супер его, што е на директна штета на поставените барања и стандарди за критичност и самокритичност.

Значаен испит на совесноста на вештакот и неговите морални квалитети претставуваат барањата за таканаречена сталешка независност, што е особено изразено кај кривичните дела ко ги извршиле лекари во рамките на професионалните капацитети. Сталешката и еснафската припадност, колегијалноста и наводното чување на угледот на професијата, не би смееле ни во најмала мера да влијаат врз професионалност, објективноста и воопшто на работата на вештакот.

3. Нормативни предизвици

Акузаторниот тип на кривична постапка е базиран на претпоставката дека најправедниот и најефикасниот метод на утврдување на вистината во одреден кривичен предмет ќе се постигне преку доверување на изборот на начинот на презентирање на сопственото гледиште на случајот на самите странки во кривичната постапка. Валидноста на оваа претпоставка зависи пред сѐ од можноста и способноста на самите странки да ги идентификуваат своите интереси и самите да ги водат сопствените "битки", при што

[3] Soković, стр. 310.

обемот во кој одредена страна ќе може да го реализира претпоставениот стандард, зависи од личните квалитети и ресурси, како на станката, така и на нејзините правни застапници и ангажирани експерти. На овој начин акузаторната кривична постапка се набљудува како своевиден натпревар помеѓу противници, во кој судијата претставува независен и неутрален арбитер, при што правилата кои го детерминираат и одредуваат односот помеѓу процесните субјекти, произлегуваат од нормите на доказното право.

Како главни аргументи кои противниците на ваквата поставеност на вештачењето во акузаторната кривична постапка ги истакнуваат, ги издвојуваме:

- Начинот на ангажирање на вештаци од страна на самите странки
- Преовладувањето на материјално – лукративните мотиви за инволвирање на вештакот во кривичната постапка
- Клиентелистичкиот однос на вештакот спрема странката која го ангажирала
- Пасивноста на судот во процесот на докажување на вистината и негово задоволување со докажаната, а не материјалната вистина

Во однос на идентификуваните слабости на ваквото нормативно опкружување, а во тесна корелација со вештачењето се истакнува дека вештачењето од средство за утврдување на вистината во кривичната постапка, заради специфичната природа и начин на организирање на акузаторниот тип на кривична постапка, ефективно се трансформира во средство за финансиско трошење на ресурсите на спротивната страна, осигурувајќи ја со тоа победата на онаа странка која поседува доволно финансиски ресурси за ангажирање на експерти за докажување во сè поголем број на области[4], со што "полесниот" пат во докажувањето на сопствените тврдења би го имала онаа страна која има пристап до поголеми финансиски ресурси (читај обвинението – државата), со што сериозно се загрозува и темелното начело и претпоставка за правична постапка – еднаквост на оружјето.

[4] Langbein, стр. 823.

Сепак, како можеби најопасно во ваквиот начин на ангажирање на експертите во кривичната постапка се издвојува можноста од појава на пристрасност. Идентификувани се три вида и извори на евентуалната пристрасност на странечки ангажираниот експерт и тоа:[5]

1. Свесна пристрасност
2. Несвесна пристрасност
3. Изборна пристрасност

Проблемот на таканаречената свесна пристрасност се јавува во случаи кога ангажирањето на странечки експерт значи и адаптација на неговите експертски мислења соодветно на потребите на странката која го ангажирала. Иако во американската процесна теорија[6] но и во секојдневната пракса судиите постојано го повторуваат ставот дека професионалната обврска на научните сведоци не е кон странката која ги ангажирала, туку спрема судот и процесот на утврдување на вистината[7], сепак, проблемот на "наемна работна сила" реално егзистира и претставува сериозен проблем на акузаторниот тип на постапување. Проблемот на свесната пристрасност може да се јави и кај обичните или лаички сведоци[8], меѓутоа во овој случај не станува збор за толку акутен проблем, од причини што обичните сведоци, за разлика од вештаците, не се платени за нивниот ангажман, со што се елиминира можноста од сведочење за пари. Од друга страна, лаичките сведоци сведочат врз основа на непосредните забележувања и можат да го презентираат само сопственото поимање на набљудуваната појава, со што се намалува сферата на појави за која што можат да сведочат. Понатаму, за разлика од случајот кај лаичките сведоци,

[5] Bernstein, стр. 104
[6] Мицковски Н, Речкоски Р, 2016
[7] Frankel, стр. 764-765. Види и кај Richmond, стр. 486-487. Интересни се и забелешките на судот во случајот Selvidge v. United States, 160 F.R.D. 153, 156, каде судијата го изложил своето мислење дека „иако една страна го ангажирала и платила за учеството и услугите на научниот сведок, научните сведоци би требало да сведочат непристрасно во областа за која се експерти. Експертите не се застапници и адвокати во постапката, туку претставуваат извор на информации и мислења. Научниот сведок треба да биде застапник и адвокат на вистината, при што неговото сведочење му помага на судот и на поротата да стигнат до крајната вистина... која би требало да биде основа на секоја пресуда.".
[8] Sanchirico, стр. 371.

чиј број во одреден случај е секогаш ограничен, со оглед на специфичниот процес кој стои во позадина на нивното ангажирање во кривичната постапка, што се однесува за експертите, странките речиси имаат речиси неограничен избор на експерти на располагање за “купување”. Конечно, постои поголема веројатност дека поротата повеќе би верувала во претпоставката за непристрасност на научник, ангажиран како стручен сведок, отколку на странечки предложен обичен сведок.

Кон ваквата ситуација, а со цел целосно разбирање на проблемот со свесната пристрасност на вештаците во акузаторниот тип на кривична постапка мораме да имаме предвид уште еден факт кој дополнително го усложнува начинот на нивното ангажирање. Имено, иако кај обичните, лаички сведоци е реално можна, ако не и честа, ситуацијата, да бидат дискредитирани од противничкиот адвокат врз основа на нивната свесна пристрасност, заради нивниот материјален интерес или лична поврзаност со странката чиј сведок се. Но, во случајот со вештаците како научни сведоци, противничките застапници се исправени пред тежок предизвик да докажат дека противничкиот експерт го формирал своето мислење врз основа на свесна пристрасност, заради материјалниот надомест кој го зема за извршените експертски услуги на странката која го ангажирала, пред сѐ, заради што истиот тој застапник, исто така, ангажирал, со материјален надомест, научни сведоци – експерти.

Вториот тип на пристрасност – несвесната пристрасност е следниот проблем на листата кој ги загрижува проучувачите на положбата на вештачењето во акузаторната постапка. Иако е карактеристичен за различни видови на експертизна дејност, според теоретичарите[9], проблемот е најизразен кај криминалистичките вештачења, од причини што криминалистичките експерти (форензичари) најчесто работат во државни криминалистички лаборатории и се дел од тимот на обвинителот, па оттука, природно е да се идентификуваат себе си со целта на обвинителот да се осуди определено лице.

Несвесната пристрасност на вештакот, од друга страна, лесно може да влијае на заклучоците кои тој ги донесува, особено во случаите кога ваквите заклучоци зависат од личната процена и

[9] Gross, стр. 1139.

мислење на експертот, особено при формулирањето на т.н. веројатен заклучок. Ваквата опасност е уште поприсутна, ако се земе предвид фактот дека најчесто оцената за работата на определен форензички експерт ја носи самиот обвинител, како раководител на тимот, па оттука не зачудува, свесната или несвесната пристрасност, да се дојде до наод и мислење кој би му помогнал на случајот на обвинителот.

Третиот тип на експертска пристрасност, изборната пристрасност, се смета дека е резултат на начинот на регрутирање и ангажирање на вештаците во акузаторната кривична постапка. Станува збор за квази пристрасност, бидејќи странките, односно нивните правни застапници, настојуваат да ги ангажираат оние експерти, за кои претпоставуваат дека нивното научно гледиште на определен проблем, одговара на потребите за случајот кој го застапуваат. Негативните последици од овој вид на пристрасност особено се изразени во случаите кога таквото научно гледиште на ангажираниот експерт, иако искрено, претставува малцинско или неафирмирано гледиште или мислење во научната јавност, па имаме ситуација поротата во определена смисла да биде “измамена” дека тоа претставува доминантен став на научната мисла по определен проблем, кој на некој начин станал актуелен во конкретниот кривичен предмет.

Оттука, нормативното и реалното заживување на стандардите кои го димензионираат етичко – деонтолошкиот модус на учество на вештакот во кривичната постапка се подигнуваат на ниво на императив. Иако и самиот ЗКП содржи низа на одредби кои преку предвидувањето на процесна одговорност за несоодветно постапување и се насочени кон своевидно “дисциплинирање” на вештакот, низа на формулации се насочени кон постигнување на повисоко ниво на морално – етички квалитети на личното однесување на вештакот, при што законодавецот користи одредници и поставува барања како барањето за непристрасно изнесување на мислењето од страна на вештакот во согласно со правилата на науката и вештината, понатаму барањето вештакот внимателно да го разгледа предметот на вештачењето, совесно да изнесе сè што ќе забележи итн., сепак за постигнување на бараното ниво, сметаме е потребно усвојување и практично заживување на посебен етички кодекс.

Секако дека не смее да се заборави, дека ваквото однесување на вештакот не претставува само кршење на морално – етичките принципи кои го димензионираат процесот на вештачењето како доказно средство во кривичната постапка, туку, пречекорувањето на границата на она што значи овластување на вештакот во кривичната постапка и завлегувањето во “сивата” зона на морално – етичко несоодветно постапување, често значи и потенцијално исполнување на законското битие на низа на дела од главата за кривични дела против службената положба.

4. Кодекс

Тргнувајќи од ваквата природата и процесните овластувања и дејноста на вештаците согледана е потребата од востановување и на професионален морално – етички кодекс со кодифицирани правила и насоки за однесување на вештаците при секојдневното исполнување на нивните задолженија во врска со оваа нивна активност. Имено, иако формалната страна на вештачењето е регулирана со кривично – процесните закони и одредбите на одделни lex specialis закони, при што вештакот мора да ја почитува пропишаната форма, сепак од карактерот на работата на вештакот нужно произлегува потребата од постоење на посебен кодекс кој би го регулирал односот на вештаците спрема судот, јавниот обвинител, странките и другите процесни субјекти.

Етичкиот кодекс на судските вештаци треба да претставува своевиден “бон-тон”, кој би им соодветствувал на сличните постојни професионални и морални кодекси што ги имаат некои други стручни работници (лекари, адвокати, новинари и други занимања), при што, ваквите кодекси за вршење на одредени, најчесто дејности од јавен интерес, содржат одредени стандарди на однесување, кои можат во одреден аспект да послужат и како модел за создавање на кодекс за етичко однесување на вештаците.

Донесувањето на етички кодекс е обврска и од Законот за вештачење[10], кој во членот 31 став 4 е нормиран како еден од актите на Комората на вештаци. Со Кодексот на етика на вештаците во Законот е предвидено да се уредат правата и обврските на вештаците, правата и обврските за континуирана обука, професионал-

[10] Сл. весник 115 / 2010, Сл. Весник 12/2014, Сл. Весник 43/2014, Сл. Весник 104/2015, Сл. Весник 148/2015, Сл. Весник 192/2015

но однесување и одговорност, конфликт на интереси, професионалниот однос кон нарачателот на вештачењето и други прашања од интерес на вештаците. За жал, 6 години по неговото донесување, ваков кодекс не е донесен од страна на Комората.

Во секој случај еден таков кодекс би требало да ги исполнува следните задачи и да обезбедува:

- Јасни правила на однесување;
- Повисоко квалитативно ниво на вештачењето;
- Морални квалитети на вештакот;
- Подобра соработка со правосудните органи и странките;
- Градење на општествениот углед на професијата и разбирање на улогата на вештакот;
- Подобра соработка со другите вештаци;
- Поголема ефикасност;
- Јасно дефинирана и ефектуирана одговорност.;

Само на овој начин, односно преку донесување но и практично заживување, применување и почитување на кодекс кој би бил поставен на споменативе принципи ќе се обезбеди целосно остварување на идејата за функционално надградување и зголемување на веродостојноста, а со тоа и практичната применливост на вештачењето како доказно средство во кривичната постапка. Структурно, идниот Кодекс задолжително би морал да ги регулира следните областите:

- Општи начела за спроведување на вештачењето
- Однос на вештакот спрема нарачателот на вештачењето
- Однос на вештакот спрема другите субјекти во кривичната постапка
- Односот на вештакот кон објектот на вештачењето
- Постапување со информациите од сензитивен карактер до кои дошол или ги дознал за време на неговото ангажирање како стручно лице
- Услови, постапка и надлежен орган за утврдување на евентуалните прекршувања на поставените принципи на Кодексот

Conclusion

In the modern criminal procedure, due to the rising number of facts that are established through non- legal expertise, the role of the expert witness as a mean of evidence is accented. Having in mind the character of the expertise, legal solutions should be based as well as the moral and ethical boundaries that the expert witness, adequately to the meaning of his/her role in the criminal procedure, should accomplish his/her procedure authorizations and tasks.

Starting from the premise that the moral and ethical paradigm of the expert witness in the contemporary and reformed criminal procedure is in direct correlation with his role in it, criteria that guarantee maximal professional and meticulous completion of the given task should be created. The beginning point lies in forming normative standards which have to be strengthened and at the same time upgraded with almost flawless human, moral and professional qualities of the expert witness personality to whom the expertise is trusted. Hence, even though the responsibility legal frame on abuses cannot be overpassed, still the frame has to be filled with the content that are based by the professional standards of conduct.

The code of ethics, as a kind of a bon-ton of rules of conduct for expert witnesses, is a suitable mean of execution of the afore mentioned goal. With its passing and what is more important, with its complete acceptance and implementation, a higher quality of the expertise will be reached, as well as a higher self-confidence in the righteous and efficient functioning of the legal system.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

1. Soković Snežana, Veštačenje kao dokaz u krivičnom postupku, Pravni fakultet, Kragujevac, 1997
2. Langbein John H., The German Advantage in Civil and Criminal procedure, 52 U. CHI. L. REV. 823 (1985)
3. Bernstein, David E., The Unfinished Daubert Revolution (March 6, 2009). Engage, Vol. 10, No. 1, George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-18. , 2009
4. Мицковски Н, Речкоски Р, Центрум, бр.5, 2016
5. Frankel, Mark S., Ethics and the Forensic Sciences: Professional Autonomy in the Criminal Justice System, 34 J. FORENSIC SCI. 763, 764–65 (1989)

6. Richmond Douglas R., Regulating Expert Testimony, 62 MO. L. REV. 485, 486–87 (1997)

7. Sanchirico William C., Evidence, Procedure, and the Upside of Cognitive Error, 57 STAN. L. REV. 291, 2004

8. Gross, Samuel R., Expert Evidence, 1991 WIS. L. REV. 1113, 1991

9. Cheng, Edward K. and Albert H. Yoon, Does Frye or Daubert Matter? A Study of Scientific Admissibility Standards. *Virginia Law Review* 91:471-512, 2005

10. Cohen K. S., Expert Witnessing and Scientific Testimony, CRC Press, New York, 2008

11. Faigman David L., Legal Alchemy: The Use and Misuse of Science in the Law (W.H. Freeman & Co. 2009, 2000)

12. Sabol, Z., Eticki postulati u sveri vjestacenja, Vjestak, 1/85, 1985