Экспертиза в общей теории экспертизы

Нестеров А. В., профессор Национального Исследовательского Университета Высшая Школа Экономики\*

Аннотация. Дана дефиниция термина «экспертиза», а также наиболее часто используемые значения данного слова в различных областях знания. В соответствии с экспертикой показаны основные отличия юридического инструментария экспертизы от экспертных опросов (оценок), которые часто не корректно именуют словом «экспертиза».

Ключевые слова. Дефиниция экспертизы, экспертика, экспертные опросы (оценки).

Expertise in the General theory of expertise

Nesterov A. V., Professor of the National Research University Higher School of Economics

Abstract. Given the definition of the term «examination», as well as the most commonly used meaning of the words in different fields of knowledge. In accordance with the expertics shows the main differences of the legal phenomenon examination of expert surveys (assessments), which are often not correctly referred to as the word «expertise».

The key words. Definition of expertise, expertics, expert surveys (evaluation).

/\* В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0014, реализованного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012-2013 гг.

Экспертиза как сложный объект исследуется во многих науках. В философии – как категория, в общественных науках – как общественное явление, в юридических науках – как юридический инструмент и нормы, с помощью которых регулируется его применение, а в экспертике – как единица практической экспертной деятельности и как элемент экспертного дела [1].

Поэтому вне зависимости от того, в какой отрасли деятельности применяются специальные знания, в том числе в экспертной форме (в виде экспертизы), экспертиза всегда должна рассматриваться как юридически значимый инструмент. Экспертиза возникла в юриспруденции и экспертизы без юридических свойств не бывает [2]. Если в какой-либо науке при исследовании экспертизы как объекта не учитываются юридические свойства экспертизы, то такие исследования являются неполными, а полученные данные не будут объективно отображать исследуемый объект. Это связано с тем, что продукт экспертизы всегда имеет потенциальное или действительное юридическое значение [3].

В экспертике экспертиза исследуется как система и как элемент более крупной системы, что позволяет получить полную и объективную картину того, что называется термином «экспертиза». Выявление и исследование инструментальных свойств экспертизы дают возможность людям не только легально, но и легитимно пользоваться этим важным, наукоемким и сложным инструментом и сформулировать юридические требования по его применению, а также к субъектам, которые их используют.

За последние шестьдесят лет возможности экспертных субъектов значительно выросли, а представления об экспертизе у лиц, регулирующих применение экспертизы, остаются на уровне середины прошлого века [4].

Такая ситуация сложилась за счет того, что, хотя экспертиза в начале прошлого века применялась только в юриспруденции, начиная с середины прошлого века, слово «экспертиза» стало применяться во многих отраслях деятельности, а свойства экспертизы стали исследоваться в различных науках. Отдельная самостоятельная наука, исследующая экспертизу, в это время не появилась.

Наибольший прогресс в исследовании свойств экспертизы произошел в науках, исследующих следственную и судебную деятельность, в частности, появилась общая теория судебной экспертизы [5, 6, 7, 8]. Однако юридическое научное сообщество настороженно отнеслось к данному научному направлению и только в 2012 г. среди специальностей научных работников была образована специальность 12.00.12 с областью «судебно-экспертная деятельность». Хотя данная квалификационная научная область, отображает только один род экспертной деятельности, такое решение является весьма своевременным, учитывая сильное отставание квалификационной науки от современных требований образования и практики.

Образовательные программы магистратур также существенно отстают от таких требований. Программы юридических магистратур не содержат дисциплин, посвященных применению специальных знаний в юридической деятельности, а программы иных магистратур не содержат дисциплин, посвященных изучению деятельности эксперта и требований к лицам, выступающим в юридической роли эксперта.

Экспертика призвана устранить имеющиеся пробелы в научном знании об экспертизе, экспертной деятельности и экспертном деле, а также стать базой для экспертного права и сформировать научно-обоснованные требования к экспертной деятельности и экспертным субъектам для их применения в экспертном кодексе [9].

Если в неюридических отраслях деятельности еще допустимо применение слова «экспертиза» для обозначения действий человека, несвязанных с выполнением экспертных функций, то в юридической деятельности такое не должно существовать. Однако как законодатели, так и некоторые юристы, используют это слово для обозначения контрольных, проверочных и иных юридических действий, не предусматривающих экспертных функций, что является недопустимым.

Хотя идея эксперта – научного судьи была отвергнута правовой доктриной СССР в области судебной экспертизы в начале шестидесятых годов, апологеты этой идеи до сих пор внедряют ее в законодательство России и юридическую практику.

Поэтому опять настало время более четкого формирования правовой доктрины России в части экспертной деятельности по отношению к этой идее. А, именно, по выявлению и установлению требований, как к функциям эксперта, так и применению юридического инструментария – экспертизы. Отсутствие таких требований позволяет неофитам использовать в законах России такие словосочетания как «независимая экспертиза», что приводит к искажению правосознания, как у граждан, так и правоприменителей.

За последние двадцать лет российское законодательство значительно пополнилось нормами, в которых упоминается или регулируется экспертиза, в значении, не соответствующем требованиям правовой доктрины в области экспертной деятельности. Как правило, данные нормы инициируются в законопроектах чиновниками министерств и ведомств, которые отстаивают ведомственные интересы путем введения экспертных норм, для придания научности своим решениям. Однако эти нормы не базируются на научно-обоснованных рекомендациях юридической науки и, как правило, содержат коррупциогенные факторы [10].

Так как в рамках экспертизы осуществляется специальное исследование объектов, представленных на экспертизу, то при исследовании экспертизы выделяют юридические требования, предъявляемые к объектам экспертизы и методикам исследования, используемым в рамках экспертизы.

Поэтому дефиниция термина «экспертиза» должна содержать все вышеуказанные характеристики. Возможны три вида дефиниции термина «экспертиза»:

- легальная дефиниция, установленная в дефинитивной статье закона,

- энциклопедическая (легитимная) дефиниция, базирующаяся на научно обоснованных рекомендациях науки (экспертики), исследующей экспертизу [1],

- дефиниция, так называемой, экспертизы, раскрывающая значение исторически сложившегося тривиального понимания экспертизы в массовом сознании.

Легальное определение понятия экспертизы

Легальная дефиниция термина «экспертиза» в законодательстве России отсутствует, но известны легальные определения некоторых видов экспертизы, которые характеризуют видовые свойства экспертизы, но не раскрывают значение самого юридического явления экспертизы.

Приведем некоторые из них. «Экологическая экспертиза - установление соответствия документов и (или) документации, обосновывающих намечаемую в связи с реализацией объекта экологической экспертизы хозяйственную и иную деятельность, экологическим требованиям, установленным техническими регламентами и законодательством в области охраны окружающей среды, в целях предотвращения негативного воздействия такой деятельности на окружающую среду» [11].

Косвенное определение антикоррупционной экспертизы имеется в законе [12] «Настоящий Федеральный закон устанавливает правовые и организационные основы антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов в целях выявления в них коррупциогенных факторов и их последующего устранения».

Анализ данных определений показывает, что, так называемая, экологическая или антикоррупционная экспертиза фактически представляют собой проверку на соответствие законодательным требованиям юридических свойств объектов экспертизы, включающую их специальное исследование.

Определение судебной экспертизы, хотя и более конкретное, но характеризует только процессуальные свойства экспертизы, в частности: «судебная экспертиза - процессуальное действие, состоящее из проведения исследований и дачи заключения экспертом по вопросам, разрешение которых требует специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла и которые поставлены перед экспертом судом, судьей, органом дознания, лицом, производящим дознание, следователем, в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу» [13].

Также широко известны такие понятия как правовая или юридическая экспертиза нормативных правовых актов и их проектов. В частности, «Методические рекомендации по проведению правовой экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации (далее - Методические рекомендации) разработаны для использования в центральном аппарате и территориальных органах Министерства юстиции Российской Федерации (далее - территориальные органы) при проведении правовой экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации на предмет их соответствия Конституции Российской Федерации и федеральным законам (далее - правовая экспертиза)» [14].

Аналогом правовой экспертизы является юридическая экспертиза, отличие которой от правовой экспертизы не приводится, в частности статьей 70. Экспертиза и визирование актов Совета Федерации [15] предусмотрено, что «1. Проекты актов, вносимых на рассмотрение Совета Федерации, проходят юридическую и лингвистическую экспертизы в Правовом управлении Аппарата Совета Федерации и визируются их должностными лицами».

Отметим, что во всех этих документах понятие экспертизы используется для обозначения проверки объекта экспертизы на соответствие законодательным требованиям.

В законе г. Москвы можно найти определение правовой экспертизы, которое расшифровывает ее как специальное оценочное исследование качества, требования которого не указаны, и вынесение предположительного мнения о возможных последствиях принятия проекта правового акта. В частности, "...Экспертиза проектов правовых актов - исследование, проводимое лицами, обладающими специальными познаниями, в целях оценки качества проектов правовых актов и определения возможных последствий их принятия (издания) и реализации..." [16]. Фактически это очередное упоминание, так называемой, экспертизы, как дань модному направлению в юриспруденции в последнее время.

Таким образом, можно утверждать, что нормотворцы не дают легального определения юридическому инструментарию, который широко применяется в деятельности всех ветвей власти. При этом в большинстве законов такой инструментарий только упоминается, а в специальных законах, посвященных экспертизе, фактически очень поверхностно осуществляется регулирование экспертизы и экспертной деятельности.

Легитимная дефиниция термина «экспертиза»

Как уже отмечалось, ученые юристы исследовали правовые свойства экспертизы, но в основном только одного вида экспертизы – судебной экспертизы. Поэтому известны, как энциклопедическое определение судебной экспертизы [17, 18, 19, 20], так и иные монографические определения экспертизы [3, 21], которые базируются на понятиях экспертного дела и экспертной деятельности.

Для правильного понимания сложного и наукоемкого юридического инструментария – экспертизы, необходимо определить входит ли понятие экспертизы в более крупное понятие. Такое понятие существует. Это применение специальных знаний в случаях, требующих специальных знаний.

К таким случаям относятся случаи, когда субъекту недостаточно своих собственных знаний, имеется отсутствие необходимых фактических данных или такие случаи предусмотрены законодательством. Субъект, обращаясь к компетентностному субъекту, получает возможность расширить свою компетентность за счет специальной компетентности компетентностного субъекта.

Категорию применения специальных знаний можно разложить на категории гласного применения специальных знаний или негласного применения специальных знаний [22].

Категорию применения специальных знаний можно разложить на категории применения специальных знаний в форме специальных исследований или в форме специального содействия. Специальные исследования необходимы в случаях, когда собственные исследования не дают необходимых данных или в неочевидных случаях. С помощью специальных исследований компетентностный субъект выявляет неочевидные свойства объекта исследования и предоставляет их субъекту, принимающему решения.

Специальное содействие не подразумевает специального исследования и требуется только для оказания содействия в выше указанных случаях.

Категорию специальных исследований можно разложить на категории специальных исследований в экспертной форме (экспертизы), процедурно-юридической форме (исследование, предусмотренное в законодательстве, назначаемое уполномоченным субъектом (официальное исследование)) и/или в юридически значимой форме (альтернативное исследование, инициируемое любым субъектом, например, в виде, так называемой, независимой экспертизы или общественной экспертизы).

При применении специальных знаний участвуют три вида субъектов: субъекты, уполномоченные на применение специальных знаний, компетентностные субъекты, которым направляется решение о назначении выполнения одной из форм применения специальных знаний, и заинтересованные субъекты.

Экспертизы и/или процедурно-юридические специальные (официальные) исследования могут быть назначены в обязательных случаях, предусмотренных законом, по инициативе уполномоченного субъекта в случаях, требующих специальных знаний, и/или по ходатайству заинтересованных субъектов.

К заинтересованным субъектам относятся субъекты, чьи конституционные свободы, права и/или законные интересы затрагивает решение о назначении экспертизы и/или официального исследования, а также субъекты, отстаивающие общественные и/или государственные интересы. В качестве субъектов, отстаивающих общественные интересы, могут выступать общественные организации, СМИ и/или граждане, отстаивающие общественные интересы.

Применение гласного специального исследования подразумевает не только назначение такого исследования, но и уведомление заинтересованных субъектов об этом, а также использование продуктов такого исследования.

Логическое пересечение категорий назначения и уведомления определяет то, что заинтересованные субъекты могут ходатайствовать о назначении, как экспертизы (официального исследования), так и определенного компетентностного физического лица на юридическую роль эксперта (официального исследователя). Кроме того, они могут просить включить в такое назначение определенные вопросы.

Логическое пересечение категорий уведомления и использования определяет то, что если продукт специального исследования, по мнению заинтересованного субъекта, не соответствует процессуальным (процедурно-юридическим) и/или методическим требованиям, то тогда заинтересованный субъект может ходатайствовать о назначении повторного специального исследования.

Заинтересованные субъекты, если им было отказано в ходатайстве, могут инициативно (самостоятельно) обращаться к альтернативным специальным субъектам для выполнения юридически значимых альтернативных исследований. В этих случаях продукт такого исследования может быть использован в качестве письменного доказательства при рассмотрении юридических ситуаций.

Субъекты, отстаивающие общественные интересы, могут в инициативном порядке применять специальные знания путем обращения к компетентностным субъектам для проведения юридически значимых альтернативных исследований.

Кроме того, уполномоченным субъектам в необходимых случаях, например, для осуществления негласного специального исследования, ничто не запрещает применять форму альтернативного исследования для получения ориентирующей информации.

В общей теории экспертизы были сформулированы требования к экспертизе. В частности, экспертиза может применяться уполномоченным законодательством субъектом, путем принятия решения о назначении экспертизы в соответствии с нормативным правовым актом (НПА), регулирующим такое назначение, и выполняться компетентностным лицом, назначенным на юридическую роль эксперта, в соответствии с НПА о производстве (выполнении) экспертиз и установленным нормативно-техническим документом (НТД) в виде методики исследования.

Если при назначении и/или выполнении конкретной экспертизы были нарушены требования соответствующего НПА и/или НТД, то заключение эксперта может быть поставлено под сомнение. В этой связи принятие экспертного кодекса можно считать обоснованным, т.к. от законодательных требований к экспертной деятельности зависит правомерность использования заключений эксперта. В юридической практике наблюдаются многочисленные нарушения легитимных требований, как при назначении, так и при производстве экспертиз.

Так называемая, экспертиза

Необходимо различать понятия экспертизы и, так называемой, экспертизы. С помощью слова «экспертиза» обозначаются как минимум два значения. Так называемая, экспертиза представляет собой юридически значимое альтернативное исследование, проводимое компетентностным физическим лицом в юридической роли альтернативного исследователя. Также с помощью этого слова могут обозначать юридически значимое специальное содействие, осуществляемое компетентностным физическим лицом в юридической роли специалиста, например, так называемый, эксперт, может высказать свое экспертное мнение или дать экспертную оценку при экспертном опросе, не проводя альтернативного исследования, предоставленного ему объекта.

Заинтересованные субъекты в случаях, требующих специальных знаний, в соответствии с законодательством могут обратиться в соответствующую организацию с просьбой провести, так называемую, «независимую экспертизу». Введение в законодательство понятия «независимая экспертиза» породило юридическое явление «независимой экспертизы», которое не имеет определения и не урегулировано законодательством. Фактически, так называемая, независимая экспертиза не является экспертизой, а представляет собой альтернативное исследование, осуществляемое работником, в юридической роли специального исследователя, так называемой, независимой экспертной организации на платной основе.

Вышеописанные ситуации в юриспруденции России показывают, что нормы законодательства России, не упорядочивают правовые отношения в области применения экспертизы, а наоборот, только затрудняют применение специальных знаний в необходимых случаях.

Экспертиза как элемент экспертного дела и экспертного права

В подавляющем количестве случаев экспертиза исполняется в государственных экспертных и/или исследовательских структурах. При этом государственные судебно-экспертные учреждения имеют право оказывать, так называемые, экспертные исследования, а фактически экспертные услуги на платной основе. В последние двадцать лет возник, так называемый, рынок экспертных услуг, на котором действуют коммерческие (частные) предприятия, выполняющие разнообразные экспертные услуги. Также появились, так называемые, государственные экспертные услуги, которые возникли в рамках предоставления государственных услуг. Кроме того, получили развитие, так называемые экспертные опросы, которые выполняются на безвозмездной основе и фактически представляют экспертную помощь, оказываемую на общественных началах. Таким образом, в России появилось экспертное дело.

В экспертное дело входят как его элементы: экспертизы, так называемые, экспертизы (независимые, общественные экспертизы и т.п.) и/или, так называемые, экспертные исследования, а также все иные формы деятельности при применении специальных знаний.

Единицами экспертного дела являются государственная (ведомственная) экспертиза, экспертная услуга и/или экспертная помощь. Единицей деятельности экспертной структуры является единица деятельности по организации выполнения единицы экспертного дела. Единицей деятельности компетентностного физического лица в юридической роли эксперта или, так называемого, эксперта является исследование в рамках единицы экспертного дела, которое заканчивается продуктом деятельности эксперта или, так называемого, эксперта.

Основным элементом экспертного права, как позитивного права, является закон [13], в котором имеются не только элементы процессуального права, в части применения судебной экспертизы, но и элементы, регулирующие государственную судебно-экспертную деятельность, а также деятельность государственных судебно-экспертных учреждений в части выполнения, так называемых, экспертных исследований на платной основе. Таким образом, данный закон фактически стал регулировать экспертное дело в России.

Заключение

Необходимо различать экспертизу и, так называемую, экспертизу. Известно два основных значения слова «экспертиза»: научно обоснованное (легитимное) значение или тривиальное, исторически сложившееся в массовом сознании значение, как недостаточно обоснованный перевод иностранного слова «expert». Не всякий эксперт выполняет экспертизу.

Так называемая, экспертиза - это слово, сформировавшееся в массовом сознании для обозначения двух форм применения специальных знаний и выполняемых, так называемым, экспертом:

- специального содействия, в том числе в виде информирования (например, в виде, так называемого, экспертного опроса),

- альтернативного исследования, в том числе умственного, часто основанного на субъективном мнении.

Так называемая, независимая экспертиза упоминается в законодательстве России и служит для легализации применения альтернативного исследования, а ее юридические свойства не соответствуют легитимным требованиям экспертизы.

В самом общем случае, экспертиза - это юридический инструментарий, применяемый в случаях требующих специальных знаний, реализуемый в виде единицы практической экспертной деятельности, и являющийся элементом экспертного дела, которое подвергается законодательному регулированию.

Литература

1. Нестеров А. В. Теоретические и прагматические проблемы экспертики // Эксперт-криминалист. – 2011. - №2.

2. Нестеров А. В. Проблемы экспертной деятельности //   
Право. Журнал Высшей школы экономики. - 2009. - № 2. - С. 67-71.

3. Нестеров А. В. Основы экспертной деятельности. – М.: Изд. дом ВШЭ, 2009. – 156 с.

4. Нестеров А.В. О зарождении и развитии некоторых категории экспертики // Эксперт-криминалист. – 2012. - №2.

5. Винберг А. И., Малаховская Н. Т. Судебная экспертология. – Волгоград: 1979.

6. Эксперт. Руководство для экспертов органов внутренних дел / Под ред. Т. В. Аверьяновой, В.Ф. Статкуса. – М.: Кнорус, 2003. - 593 с.

7. Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. – М.: Норма, 2005. – 656 с.

8. Смирнова С. А. Судебная экспертиза на рубеже 21 века. – М.: Питер, 2004. – 235 с.

9. Nesterov А. Expertics (general theory of expertise), SSRN, 04/2012. - 14 с.

10. Нестеров, А. В. Поможет ли антикоррупционная экспертиза   
противодействию коррупции в России ? // Государство и право. - 2011. - № 6. - С. 87 – 91.

11. Федеральный закон от 23.11.1995 N 174-ФЗ (ред. от 25.06.2012) "Об экологической экспертизе" // СПС КонсультантПлюс.

12. Федеральный закон от 17.07.2009 N 172-ФЗ (ред. от 21.11.2011) "Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов" // СПС КонсультантПлюс.

13. Федеральный закон от 31.05.2001 N 73-ФЗ (ред. от 06.12.2011)  
"О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" (в ред. от 24.07.2007 N 214-ФЗ) // СПС КонсультантПлюс.

14. Приказ Минюста России от 31.05.2012 N 87  
"Об утверждении Методических рекомендаций по проведению правовой экспертизы нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации" // СПС КонсультантПлюс.

15. Постановление СФ ФС РФ от 30.01.2002 N 33-СФ (ред. от 28.03.2012) "О Регламенте Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации" // СПС КонсультантПлюс.

16. Закон г. Москвы от 08.07.2009 N 25 "О правовых актах города Москвы" // СПС КонсультантПлюс.

17. Энциклопедия судебной экспертизы. – М.: Юрист, 1999. – 552 с.

18. Малый энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона / В современной орфографии. - Петербург: Издательское общество "Ф.А. Брокгауз - И.А. Ефрон", 1907-1909.

19. Советский энциклопедический словарь. – М.: Советская энциклопедия, 1983.

20. Большой энциклопедический словарь. – М.: Норинт, 2000.

21. Нестеров А. В. Экспертное дело. – Ростов-на-Дону: Книга, 2003. - 352 с.

22. Нестеров А. В. Применение специальных знаний в оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). – 2011. - №1. – С. 1-5.