

KRYMINALISTYKA – JEDNOŚĆ NAUKI I PRAKTYKI

Przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości

Redakcja naukowa: Mieczysław Goc Tadeusz Tomaszewski, Remigiusz Lewandowski
Warszawa 2016, s. 141-162.

Tim J. Wilson¹

Nauki sądowe, a system kontradiktoryjny w okresie neo-liberalnego eksperymentowania i oszczędności

Wstęp

Ważną cechą dobrego sympozjum bądź konferencji jest to, że treść prezentacji ulega zmianie po tym, co Autor wysłucha podczas obrad od innych prelegentów. Czasami ma to miejsce nawet przed prezentacją, a na pewno nieuchronnie zdarza się w publikacji pokonferencyjnej. I tak jest w tym przypadku. Poniższy artykuł opiera się na prezentacji wygłoszonej podczas VI Sympozjum Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego w Toruniu w czerwcu 2015 r., jednak w nieznacznym stopniu odchodzi od tego, co było wówczas wygłoszone. Autor bardziej szczegółowo odnosi się do kwestii sprzecznego traktowania wiarygodności dowodów naukowych i klinicznych w indywidualnych sprawach w ramach kontradiktoryjnego systemu prawa w Anglii i Walii (tj. jurysdykcji brytyjskiej).

Poniższy artykuł został nakreślony głównie z myślą o odbiorcach z Polski, gdzie niedawno wprowadzono system nazwany „quasi kontradiktoryjnym”, by ułatwić porównanie między Wielką Brytanią a systemem prawnym wcześniej lub obecnie obowiązującym w Polsce. Artykuł może być również przyczynkiem do dyskusji na temat postępowania polskich sądów z w obliczu dwóch sprzecznych opinii biegłych w świetle znowelizowanego kodeksu postępowania karnego.

Autor wyjaśnia sytuację w Anglii i Walii głównie poprzez przedstawienie dwóch rodzajów ryzyka, z którymi spotykają się biegli w dochodzeniach i postępowaniach sądowych: (a) z punktu widzenia pozytywistycznego - ryzyka systemowego (z natury nieodzownego elementu praktyki naukowej i klinicznej) oraz (b) z punktu widzenia relatywistycznego - ryzyka finansowego (wspomnianego w tytule pod pojęciem neo-liberalizmu i oszczędności finansowych).

¹Professor prawa karnego, Northumbria Centre for Evidence and Criminal Justice Studies (NCECJS), Uniwersytet Northumbria, Newcastle-upon-Tyne, United Kingdom; email tim.wilson@northumbria.ac.uk. Autor pragnie podziękować Dr Michaelowi Stockdale, dyrektorowi NCECJS, za cenne uwagi i sugestie do wcześniejszej wersji artykułu.

Pragnę w tym miejscu przybliżyć polskim czytelnikom cztery fundamentalne zasady, jakimi kieruje się brytyjski wymiar sprawiedliwości i które warunkują kontekst przedstawiania dowodu z opinii biegłego:

1. Kontrydiktoryjność w procesie sądowym oznacza autonomiczność stron. Oskarżony jest „aktywnym uczestnikiem postępowania, mogącym podejmować decyzje w sprawie, która jego dotyczy”². W konsekwencji, dowody mogą być przeprowadzone przez biegłych działających na rzecz poszczególnych stron oraz, o ile nie jest to ograniczone ze względów praktycznych, każda ze stron może mieć dostęp do zabezpieczonego materiału dowodowego by móc zlecić własne badania kryminalistyczne.
2. Zasada „równości stron” teoretycznie ma służyć wyeliminowaniu braku równego dostępu do informacji, profesjonalnych usług i środków przymusu, jakie przysługują oskarżycielowi w porównaniu z oskarżonym i jego adwokatami. W praktyce przedstawia się to jako wymóg (cytując Europejski Trybunał Praw Człowieka), by „każdej ze stron zapewnić odpowiednie warunki do przedstawienia swojej sprawy tak, by nie stawały jej w sytuacji prawnie niekorzystnej...”.³
3. Oskarżyciel występuje w podwójnej roli, tj. jako strona sporu i jako „minister sprawiedliwości”.⁴Oznacza to, że ma prowadzić sprawę zarówno bezstronnie jak i powściągliwie. Oskarżyciele podlegają również określonym zasadom prawnym nakładającym obowiązek ujawnienia materiału nie wykorzystanego do wniesienia oskarżenia, a który może osłabić oskarżenie lub dopomóc obronie.⁵
4. Podczas procesu w sprawach karnych sąd ma stosunkowo bierną rolę, którą można porównać do roli arbitra piłkarskiego.⁶ W ostatnim jednak czasie, rola ta uległa zmianie, kiedy to rozprawy karne stały się w dużej mierze “zarządzane od sprawy do sprawy”, np. sąd może teraz zarządzić przedprocesowe spotkania biegłych, by ustalić obszary zgodności i rozbieżności, skoncentrować się na dowodzie z opinii biegłego podczas rozprawy i ułatwić ławie przysięgłych jego zrozumienie⁷.

W takim kontekście (zwłaszcza w kontraście do tradycji kontrydiktoryjności w Stanach Zjednoczonych, gdzie nie występują podobne ograniczenia w stosunku do prokuratorów, ze szkodą dla oskarżonych), nie jest zaskoczeniem fakt, że brytyjskie prawo karne nakłada na

² P. Roberts i A. Zuckerman *Criminal Evidence*, wyd. II (Oxford University Press: Oxford, 2010) str.25.

³Tamże, str. 59: por. str. 75 cytata ze sprawy *Salov vs Ukraina* (załącznik nr 65518/01), Wyrok ECHR z dn. 6 września 2005 r. na str. 87.

⁴Tamże, str. 62n.88 cytata Lorda Steyna w sprawie *Lobban vs R* [1995] 1 WLR 877,887 PC.

⁵ ‘Każda rzecz, która może osłabić akt oskarżenia bądź która nie pozostaje w zgodzie z zasadniczą częścią oskarżenia stanowi materiał, który musi zostać ujawniony oskarżonemu’ *CPS Disclosure Manual*, 12.10, dostępny na stronie

internetowej http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/disclosure_manual/disclosure_manual_chapter_12/ accessed 26.07.15.

⁶ P. Roberts i A. Zuckerman op.cit. str. 53-54.

⁷ Zob. CrimPR 33.6 dostępny na stronie internetowej <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/docs/2012/crim-proc-rules-2013-part-33.pdf> dostęp do tekstu dn. 27.07.15 i *R vs Henderson* [2010] 2 Cr App R 24.

biegłych, tj. ekspertów kryminalistyki bądź lekarzy medycyny sądowych wymogi osobowe i zawodowe, a mianowicie by

... zapewniali sądom niezależne wsparcie w formie obiektywnej, bezstronnej opinii w zakresie posiadanej wiedzy specjalistycznej. Jest to obowiązek w stosunku do organu wymiaru sprawiedliwości, który przeważa wszelkie powinności w stosunku do strony, którą biegły reprezentuje –por. R vs Harris i in. [2005] EWCA Crim.1980'.⁸

Obowiązek ten został obecnie zawarty w zasadach prowadzenia postępowania karnego (Criminal Procedure Rules - CrimPR)⁹.

Dla niektórych (środowisko prawne jest podzielone co do tej kwestii) wadą system brytyjskiego jest podejście oparte na relatywnym 'laissez faire'¹⁰ w stosunku do jakości lub ważności opinii prezentowanej przez biegłego. Podstawa dopuszczenia tego, co jest często właściwie i precyzyjnie opisywane jako „dowód z opinii biegłego” sprowadza się do dwóch zasadniczych pytań: czy biegły posiada umiejętności (w tym kompetencje metodyczne), które sprawiają, że jest ekspertem w danej dziedzinie oraz czy informacja, którą biegły może przedstawić wykracza poza wiedzę i kompetencje sądu. Wprawdzie dowód z opinii biegłego nie może być dopuszczony, o ile nie jest dostatecznie wiarygodny do przedstawienia ławie przysięgłych, to jego dopuszczenie aż do ostatnich zmian w CrimPR¹¹ nie było poddane żadnej zwiększonej próbie dopuszczalności, a znowelizowanym przepisom nadal brak specyfiki miarodajnej analizy naukowej zawartej w decyzji *Dubert* i Federalnych Zasad Dowodowych (Federal Rules of Evidence) obowiązujących w Stanach Zjednoczonych.¹² Z drugiej strony, zasady postępowania karnego w części 33 A (CrimPR PD 33A) zawierają wskazówki ułatwiające rozpoznawanie mało wiarygodnych opinii biegłych, zatrudnianych przez sądy na podstawie próby dopuszczalności w ramach prawa zwyczajowego. Próba ta polega na tym, iż 'sąd musi być przekonany, że istnieją wystarczające i wiarygodne podstawy naukowe do dopuszczenia dowodu'. W wyniku wprowadzenia CrimPR PD 33A Sąd Apelacyjny zaproponował, że 'należy przyjąć nowe, bardziej rygorystyczne podejście do dopuszczania dowodów z opinii biegłego przez obrońców i sądy'.¹³

Problem może leżeć w tym, jak skomentowali autorzy raportu nt. kryminalistyki Amerykańskiej Rady ds. Badań Naukowych z 2009 r., że ocena sędziowska "sama w sobie nie uleczy ułomności środowiska związanego z kryminalistyką".¹⁴ Alternatywnie

⁸*Crown Prosecution Service: Guidance on Expert Evidence* 5 (CPS: Londyn, 2014), dostępny na stronie internetowej http://www.cps.gov.uk/legal/assets/uploads/files/expert_evidence_first_edition_2014.pdf dostęp do tekstu dn. 26.07.15.

⁹Zob.: CrimPR 33.2.

¹⁰Law Commission, *Expert Evidence in Criminal Proceedings*, Law Com Report No. 325 (2011) w par. 1, dostępny na stronie http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/lc325_Expert_Evidence_Report.pdf dostęp do tekstu dn. 27. 07.15.

¹¹ Zob.: CrimPR 33.4.

¹²Przydatne streszczenie prawa federalnego Stanów Zjednoczonych można znaleźć w raporcie National Research Council pt. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* (National Academies Press: Washington DC, 2009) str.9-13.

¹³*H vs R* [2014] EWCA Crim 1555, str. 44.

¹⁴National Research Council op. cit. str. 12.

zasugerowano dalej w artykule, że od biegłych wymaga się przyznania do możliwości popełnienia błędów systemowych, które są nieodłączne w ich profesji.

Istnieje niebezpieczeństwo, że jakiegokolwiek odniesienie do raportu Amerykańskiej Rady ds. Badań Naukowych lub podkreślenie potrzeby ostrzegania sądów przed ryzykiem systemowym występującym w kryminalistyce i medycynie sądowej, może być błędnie rozumiane jako poddanie w wątpliwość podstaw naukowych i umiejętności biegłych kryminalistyki. Tak nie jest. Można to wyjaśnić opierając się na dwóch obserwacjach. Po pierwsze, zarówno kryminalistyka jak i medycyna sądowa ma znaczący (choć nie mierzony) i solidny wkład w prowadzone dochodzenia kryminalne i postępowania sądowe w Wielkiej Brytanii. Po wtóre, wprowadzenie w ostatnich latach systemów zapewnienia jakości (QA) pozwala na identyfikację błędów oraz ustalenie ich przyczyn. To z kolei przekłada się na większe zaufanie do takich dyscyplin jak kryminalistyczne badania genetyczne, identyfikacja daktyloskopijna czy patologia sądowa, co może stwierdzić autor na podstawie własnej wiedzy, pod warunkiem (i) zapewnienia wystarczających środków finansowych oraz (ii) rygorystycznego i etycznego przestrzegania zasad naukowych i klinicznych; sporządzenia opinii szybko i ekonomicznie.

W 2011 r. ankieta parlamentarna dotycząca ryzyka i zagadnień związanych z kryminalistyką w Anglii i Walii (zob. kolejny rozdział niniejszego artykułu) ujawniła relatywne atuty kryminalistyki w tej jurysdykcji. Porównano ostatnie niepowodzenia laboratoriów sektora publicznego i duże zastoje w profilowaniu DNA w Stanach Zjednoczonych. Odnotowano, że w Niemczech czas wykonania prostych badań genetycznych (DNA) wynosił sześć tygodni, natomiast w Anglii i Walii – 3 dni.¹⁵

Ostatnio opublikowane dane wykazują, że badania kryminalistyczne nadal (o ile mierzone proporcjonalnie do liczby ludności), nawet w trudnych ekonomicznie czasach, są częścią rutynowego dochodzenia. Najnowsze dane wskazują, że 12.5% mężczyzn oraz 3% kobiet w Wielkiej Brytanii ma swoje profile porównawcze DNA lub odciski palców w kryminalnych bazach danych.¹⁶ W ciągu roku - licząc do marca 2013 r. - do Krajowej Bazy DNA (National DNA Database - NDNAD)¹⁷ wprowadzono 362,000 profili porównawczych DNA oraz 33,000 śladów. Nawet naukowcy – sceptycy w stosunku do “ekspansywnych”, jak sami określają, regulacji prawnych dotyczących wprowadzania i przechowywania profili DNA w bazach danych opublikowali badania, które wskazują na stosunkowo większą skuteczność wykrywania sprawców poprzez kryminalistyczne badania genetyczne w Anglii i Walii, niż

¹⁵ TJ Wilson i AMC Gallop 'Criminal Justice, Science and the Marketplace: The Closure of the Forensic Science Service in Perspective' *The Journal of Criminal Law* (2013) 77 str.57.

¹⁶Raport Commissioner for the Retention and use of Biometric Material, Annual Report 2014 (Commissioner for the Retention and use of Biometric Material: Londyn, 2014) str. 5
dostępna na stronie internetowej https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/387573/BiometricsAnnualReport201314Print.pdf dostęp do tekstu dn. 29.07.15.

¹⁷Raport National DNA Database Strategy Board *Annual Report 2012-13* (Home Office: Londyn, 2014) str. 8
dostępny na stronie internetowej https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/252885/NDNAD_Annual_Report_2012-13.pdf dostęp do tekstu dn. 29.07.15.

ma to miejsce w innych krajach unijnych.¹⁸ Niestety w ostatnich latach Home Office nie publikuje już szczegółowych danych, pozwalających na porównanie wskaźników wykrywalności przy zabezpieczaniu DNA na miejscu zdarzenia w Anglii i Walii, jednak przykładowo statystyka wykrywalności z lat 2004-5 podaje: włamania do domów - 41% (16% - przy braku zabezpieczenia DNA); kradzież mienia z pojazdów - 63% (8% - przy braku zabezpieczenia DNA) oraz uszkodzenie mienia - 51% (14% odpowiednio).¹⁹

W Anglii i Walii na przestrzeni ostatniej dekady uzyskano znaczne postępy w sferze zapewniania jakości i zarządzania, zapewne dzięki powołaniu Forensic Science Regulator tj. jednoosobowego ciała zarządczego w zakresie kryminalistyki (przy czym jeszcze nie w sposób statutowy, a z powodów historycznych) oraz Komisarza ds. Przechowywania i Wykorzystywania Danych Biometrycznych (Commissioner for the Retention and use of Biometric Material.) Ten drugi urząd, o charakterze quasi sądowym utworzono w ramach legislacji uchwalonej w 2012 r. w odpowiedzi na niekorzystne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie wcześniejszego "powszechnego i masowego" przechowywania kryminalistycznych danych biometrycznych.²⁰ Legislacja ta sprawiła, że dwie główne dziedziny badań biometrycznych, tj. DNA i daktyloskopia znalazły się pod kompleksowym, aczkolwiek elastycznym rygiem zarządzania statutowego i regularnej kontroli parlamentarnej.

Zamknięcie FSS; historia neo-liberalnego eksperymentowania i powracających problemów budżetowych

Forensic Science Service (FSS), laboratorium kryminalistyczne utrzymywane ze środków publicznych, wykonujące zlecenia głównie dla formacji policyjnych Anglii i Walii, było instytucją o światowej renomie. Do wielu sukcesów FSS zalicza się włączenie kryminalistycznych badań DNA do standardowych procedur dochodzeniowych, nawet w przypadku tzw. przestępstw pospolitych, a także rozwój infrastruktury informatycznej leżącej u podstaw utworzenia krajowej bazy danych DNA. Bodajże najbardziej trwałą spuścizną FSS (będącą w centrum uwagi Autora) jest model CAI (Case Assessment and Interpretation – Analiza i Interpretacja Spraw), wprowadzony w latach 90. ubiegłego wieku i mającym pomóc jednostkom zlecającym badania, tj. policji w ustalaniu priorytetów budżetowych przeznaczonych na badania kryminalistyczne. Model polegał na tym, że eksperci kryminalistyki mieli zwiększony wgląd w sprawę po to, by informować funkcjonariuszy dochodzeniowo-śledczych o najbardziej obiecujących opcjach analizy kryminalistycznej oraz wynikach zastosowania poszczególnych opcji do wytypowania podejrzanego lub zwiększenia wartości dowodowej materiału zgromadzonego pod kątem znanego sprawcy. Działania te zmierzały do wyeliminowania ryzyka fragmentarycznego rozumienia kontekstu sprawy, związanego z brakiem lub niewłaściwą interpretacją postanowienia o dopuszczeniu opinii z dowodu biegłego.

¹⁸ F SantosH Machado i S Silva 'Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance?' *Life Sciences, Society and Policy* 2013 9:12 str. 7.

¹⁹ Home Office *DNA Expansion Programme 2000-2005: Reporting achievement* (Home Office; Londyn, 2006) str. 16.

²⁰ *S I Marper vs United Kingdom* (2008) 48 EHRR 1169.

FSS miał wieloletnie problemy związane z niedostatecznym dofinansowaniem wykonawstwa masowej liczby zleceń Policji. Ideę wprowadzenia opłat za zapewnienie usług dla Policji by racjonalizować liczbę zleceń zaproponowano już w 1981 r. podczas rządów M. Thatcher, tym samym podejmując próbę zastosowania myślenia neoliberalnego do usług sektora publicznego. FSS pozostał w administracji publicznej do roku 1991, kiedy to przeobraził się w agencję wykonawczą, umożliwiającą pobieranie opłat od policji za wykonywanie badań. Teoretycznie, sytuacja ta powinna była zaowocować utworzeniem konkurencyjnego rynku świadczenia usług kryminalistycznych. Do tego jednak nie doszło, a tym czasem FSS eksploatował i umacniał swoją monopolistyczną pozycję wykonywania badań dla policji. Działania te osiągnęły kulminację na początku XXI wieku wraz z intratnym planem (bardziej charakterystycznym dla planowanej gospodarki niż dla wolnego rynku), kiedy policja i FSS zabezpieczyli dodatkowe i bardzo wysokie dofinansowanie rządowe na rutynowe badania DNA w przypadku przestępstw pospolitych, jak np. włamania czy kradzież mienia z pojazdów. Suma dofinansowania wynosiła ponad 300 milionów funtów brytyjskich (przy obecnym kursie wymiany, to równowartość blisko 1.745 mln złotych) na lata 2000-2005. Początkowo, FSS nie udało się zaspokoić zapotrzebowania na badania DNA w przypadku przestępstw pospolitych, w następstwie czego pojawiły się liczne problemy techniczne. W obliczu zaległości w wykonawstwie badań genetycznych, policja zaczęła wspierać konkurencję. Z kolei, z tej sposobności skwapliwie skorzystały firmy komercyjnie, które już w tym czasie czerpały zyski ze zleceń na badania kryminalistyczne, w tym sprywatyzowane niedawno Laboratorium Chemików Rządowych (Laboratory of the Government Chemist – LGC). Otwierały się nowe prywatne laboratoria, wyniki badań stawały się dostępne w przeciągu kilku dni, a ceny wykonania ekspertyzy spadały w związku z redukcjami budżetu w policji. Laboratorium FSS z trudem starało się przystosować do funkcjonowania na konkurencyjnym rynku.

W tej historii jest jednak pewna zawilość, wiążąca się z tematem przewodnim niniejszego artykułu, tj. obiektywizmem nauki i, ogólniej rzecz ujmując, uczciwością i zrównoważeniem wymiaru sprawiedliwości. Eksperci FSS przyczynili się do pomyłek w orzecznictwie sądu (w takich sprawach jak: Birmingham Six, Guildford Four, MauireSeven i Ward) poprzez błędną analizę lub też, i tu policji oraz prokuraturze również należy się ostra krytyka, zaniechanie przekazania materiału dowodowego, który mógł być pomocny dla obrony lub mógł oczyścić z zarzutów oskarżonych. Wina leżała po stronie błędnych decyzji, mimo braku równoważnego obowiązku jawności prawnej w stosunku do ujawnienia wyników badań zleconych przez obronę. To sprawiło, że FSS przestał być dostawcą utowarowionych usług dla policji, zaś model CAI został przechwycony przez innych profesjonalistów z branży w celu poprawy epistemicznego autorytetu kryminalistyki. Z wprowadzeniem CAI wiązały się jednak dwie sprzeczności; po pierwsze: potencjalny konflikt komercyjny między określeniem najbardziej opłacalnego zastosowania kryminalistyki, a optymalizacją sprzedaży standardowych usług widniejących na liście FSS, i po drugie: sprzeczność co do politycznych oczekiwań.

Rosnące niezadowolenie z FSS spowodowało liczne odejścia ekspertów do takich firm, jak na przykład Forensic Alliance, którą utworzono dla zapewnienia wszechstronnego i

obiektywnego wsparcia dla prowadzących dochodzenie. W tym samym czasie kiedy FSS zaczął odczuwać poważniejsze problemy z realizacją masowej liczbą zleceń, laboratorium zostało również daleko w tyle za konkurencją w kwestii kompleksowych, dobrze płatnych ekspertyz. FSS doświadczył utraty reputacji wynikającej z porażek przy badaniu ważniejszych spraw zabójstw, w tym sprawy Damilola Taylor. Sprawa Taylor została natomiast rozwiązana, kiedy policja zwróciła się do Forensic Alliance. Ta sama grupa ekspertów, po tym jak ich firma została wchłonięta przez LGC, ujawniła i przedstawiła dowody kluczowe do skazania dwóch sprawców zabójstwa Stephen’a Lawrence’a.²¹

W obliczu tych przeciwności, w marcu 2012 r. rząd podjął decyzję o zamknięciu Forensic Science Service, wciąż największego „dostawcy” usług kryminalistycznych, jednak nie przynoszącego zysków. W konsekwencji tego działania, wyłonił się dość wąty i fragmentaryczny rynek i nastąpił znaczny przepływ zleceń na badania kryminalistyczne do laboratoriów policyjnych.²²

Z drugiej strony, istnieje parę optymistycznych przesłanek co do szybkiego rozwiązania tych problemów i obaw. Przyszłe zagrożenia zostały wskazane w najnowszym raporcie National Audit Office (NAO) na temat zrównoważonej strategii, którego adresatem był Parlament. Raport wykazywał, że oszczędności finansowe ostatniej kadencji Parlamentu sięgały 25% poziomu redukcji w finansowaniu centralnym w latach 2010/12 i 2014/15. To z kolei spowodowało obniżenie wydatków policyjnych średnio rządu 18%, ze zmniejszeniem budżetu od 12% do 23% w zależności od garnizonu. Wydatkowanie środków budżetowych na policję w Anglii i Walii pozostaje na wysokim poziomie, jeśli porównamy je ze standardami międzynarodowymi. O ile teraz dochodzenia w sprawach karnych stanowią jedynie 22% zdarzeń, to raport ten historycznie uwzględniał niższe zapotrzebowanie na zasoby policyjne niż zostało to założone. Wprawdzie liczba odnotowanych zdarzeń kryminalnych w Anglii i Walii spada, daje się jednak dostrzec rosnącą liczbę poważniejszych przestępstw (np. przemoc domowa, przemoc wobec dzieci, nielegalny handel, oszustwa, przestępstwa w cyberprzestrzeni), bądź też skala tych przestępstw jest bardziej zauważalna. Dalsze cięcia budżetowe planowane przez administrację rządową mogą spowodować znaczne redukcje liczby badań kryminalistycznych zlecanych w przypadku przestępstw przeciwko mieniu oraz życiu i zdrowiu. Jeśli chodzi o przyszłość policyjnych laboratoriów kryminalistycznych, raport NAO wskazywał, że w ciągu pięciu lat najwyższych cięć budżetowych można się spodziewać w czterech głównych garnizonach policyjnych, w

²¹Raport dotyczący FSS jest streszczeniem dokładnej analizy tego tematu w: Tim J. Wilson i Angela M. C. Gallop op. cit. Str. 56–77. Dodatkowe informacje dotyczące wspomnianych w artykule pomyłek sądowych w: C. Walker i K. Starmer (Wyd.) *Miscarriages of Justice: A Review of Justice in Error* (Blackstone Press: London, 1999) and M. Mansfield *Memoirs of a Radical Lawyer* (Bloomsbury: London, 2009).

²²TJ Wilson, MW Stockdale, AMC. Gallop i B Lawler, ‘Regularising the Regulator: the Government’s Consultation about Placing the Forensic Science Regulator on a Statutory Footing’, *The Journal of Criminal Law* (2014) 78 at 139-140 and 142-149.

tym w Londynie, przy czym wszystkie cztery posiadają własne policyjne laboratoria kryminalistyczne.²³

Medycyna sądowa: odmienny model wsparcia organizacyjnego, a kwestia regulacji ryzyka systemowego

Spadek zainteresowania medycyną sądową na uniwersytetach spowodował, zwłaszcza w Anglii, że tego typu usługi są coraz częściej podejmowane przez praktyki prywatne²⁴ i są prawie w całości finansowane przez policję (w ramach indywidualnych śledztw) i Home Office (w zakresie administracji, szkoleń i regulacji).²⁵ Rezultaty tych zmian były o wiele bardziej korzystne dla lekarzy medycyny sądowej niż strategię przyjęte dla badań kryminalistycznych. Policja zawsze traktowała niezależny, zawodowy status medyków sądowych z największym szacunkiem, co więcej, wyrażała zgodę na model finansowania obejmujący każde zlecenie, co z kolei miało zabezpieczyć lekarzom medycyny sądowej roczny dochód odpowiadający wynagrodzeniu starszego konsultanta w służbie zdrowia. W zamian za to lekarze medycyny sądowej zobowiązali się do utrzymywania swojej wiedzy specjalistycznej na wysokim poziomie, aktywnie włączali się w rozwój własnej ścieżki zawodowej, postępowali zgodnie z obowiązującymi w tej profesji standardowymi procedurami (zarówno w pracy klinicznej, jak i w prowadzonej dokumentacji, pisaniu sprawozdań), a także uczestniczyli we wzajemnym sprawdzaniu opinii i systemie auditów w ramach lokalnej struktury (to ostatnie zadanie miało formułę dobrowolnej współpracy w branży i wiązało się przykładowo z szybką reakcją na pilne wezwania policji w celu wykonania oględzin wstępnych ofiar zabójstwa na miejscu znalezienia ciała).

Do najbardziej uciążliwego obowiązku spełnianego przez lekarzy medycyny sądowej należało przestrzeganie kodeksu postępowania i standardów wydajności, dokumentów wydanych wspólnie przez Królewskie Kolegium Lekarzy Medycyny Sądowej – Royal College of Pathologists (w zakresie branżowym) i Pathology Delivery Board (Rady reprezentującej rząd, sądownictwo i CPS – Koronną Służbę Prokuratorską, jak również samych patologów). Spełnianie wymogów jest egzekwowane przed podgrupę działającą w ramach Pathology Delivery Board, na czele której stoi przewodniczący, przedstawiciele Towarzystwa Koronerów Sądowych,²⁶ Koronnej Służby Prokuratorskiej, policji, Królewskiego Kolegium oraz stowarzyszenia patologów (dla Wielkiej Brytanii i Republiki Irlandii), Brytyjskiego Stowarzyszenia Medycyny Sądowej (British Association of Forensic Medicine - BAFM). Wszelkie zastrzeżenia co do pracy patologów sądowych skutkują podjęciem szybkich, wstępnych działań i, za zgodą związku patologów sądowych, sprawy w

²³NAO *Financial Sustainability of Police Forces in England and Wales*(London:NAO)HC 78 Session 2015-16 dostępne na stronie internetowej <http://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2015/06/Financial-sustainability-of-police-forces.pdf>(NAO: London,2015) dostęp do tekstu dn. 28.07.15.

²⁴ Nie jest to rozwiązanie nietypowe. W brytyjskiej służbie zdrowia (NHS - National Health Service) większość usług medycznych zapewniają lekarze w ramach samozatrudnienia, jako partnerzy w gabinetach praktyki lekarskiej, które mogą zatrudniać początkujących lekarzy, pielęgniarki oraz personel administracyjny.

²⁵ Por: S leadbetter 'Forensic Pathology in England and Wales since 1971' w Madea, B., Saukko, S. (Wyd.) *Forensic Medicine in Europe* (Lübeck: Schmidt-Römhild, 2008).

²⁶ Koroner to urzędnik sądowy prowadzący śledztwo w sprawie ustalenia przyczyn zgonu, działający na szczeblu lokalnym w Anglii i Walii .

toku są rozpatrywane przez innego lekarza medycyny sądowej o większym doświadczeniu, by nie dopuścić do ewentualnych problemów na etapie prezentacji dowodu z opinii w sądzie i uniknąć oskarżeń o stronniczość; ponadto, istnieje możliwość wynajęcia zewnętrznego patologa sądowego, który ocenia kliniczną poprawność i przestrzeganie kodeksu postępowania. Podgrupa posiada kompetencje do rekomendowania zawieszenia praktyki lub czasu wykonywania praktyki „pod nadzorem”, a także wszczęcia działań poprzez trybunał dyscyplinarny. Trybunał z kolei może zarekomendować zawieszenie (na czas określony lub na stałe) prawa do świadczenia pracy przez patologa sądowego w sektorze wymiaru sprawiedliwości. W porównaniu z regulacjami rządzącymi normalną praktyką medyczną oraz sektorem usług kryminalistycznych, jest to kompleksowy, kosztowny i wymagający reżim.

Kodeks postępowania służy jako model ujednolicenia prezentacji określonego typu materiału dowodowego w postępowaniu karnym, ale i tak pozwala patologom sądowym wykonującym autopsję na dostosowanie treści raportu z autopsji do okoliczności każdej sprawy. Lekarz praktyk ma również obowiązek metodycznego przedstawienia wszelkich problemów, niepewności czy ograniczeń nauk medycznych, własnych umiejętności i doświadczeń. Powyższe wynika z ważnej zasady, którymi kierują się biegli w angielskim systemie prawnym, tj. w pierwszej kolejności obowiązku wobec Sądu, a nie wobec strony, która zleca badania.²⁷ Podstawowe wymogi kodeksu w tym zakresie można streścić w następujących punktach:

1. Informację pozyskaną na dowolnym etapie dochodzenia należy udokumentować i zabezpieczyć: wszelkie materiały (np. notatki sporządzane na bieżąco czy udokumentowanie przebiegu autopsji) powinny być potencjalnie udostępnione obronie.
2. Opinia musi być przedstawiona w sposób bezstronny i wyważony.
3. Opinia musi być oparta na własnej wiedzy specjalistycznej, odnosząc się do pracy innych ekspertów w danej dziedzinie, o ile jest to uzasadnione.
4. W momencie pojawienia się nowych faktów - nawet na etapie postępowania sądowego - co oznacza, że poprzednio sformułowane wnioski tracą uzasadnienie, należy bezzwłocznie i jednoznacznie poinformować o zmianie opinii.
5. W przypadku konieczności przeprowadzenia konsultacji z innymi specjalistami (np. w zakresie zagadnień pozostających poza zakresem kompetencji patologa lub dla uzyskania kolejnej, niezależnej opinii), patolog powinien poinformować o tym fakcie policję i sporządzić odpowiednią notatkę. O ile patolodzy nie mogą nalegać na taką formę pomocy, to fakt odmowy zlecenia tego typu czynności jest jawny dla obrony.
6. Opinia patologa sądowego powinna zawierać:

²⁷Home Office, The Forensic Science Regulator, Department of Justice and The Royal College of Pathologists *Code of practice and performance standards for forensic pathology in England, Wales and Northern Ireland*, dostępny na stronie internetowej: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/115698/code-practice-forensic-pathology.pdf, dostęp do tekstu dn. 27.07.15.

- a) wnioski i wyjaśnienia; w przypadku kiedy ujawniono nietypowe cechy ale stwierdzono, że nie mają znaczenia dla sprawy, patolog jest zobowiązany do wyjaśnienia powodów, dla których zostały pominięte;
- b) stosowną argumentację; jeśli wnioski są narażone na inne, alternatywne wyjaśnienia, należy wybrać jedno uzasadnienie; oraz
- c) uzasadnienie dla wniosków, które wyczerpująco odnosi się do odpowiednich materiałów i aktualnej literatury przedmiotu.

7. Różnice w opiniach patologów sądowych powinny podlegać następującemu schematowi postępowania:

- a) Jeśli występuje zakres opinii nt. spraw zawartych w raporcie (i) patolog sądowy musi dokonać podsumowania tych opinii oraz (ii) podać przyczyny swojego wnioskowania, a jeśli nie można wydać opinii bez zastrzeżeń, fakt ten musi być odnotowany; oraz
- b) Jeśli przygotowywany raport określa obszary zgodności i niezgodności między ekspertami, a jest napisany przez jednego z ekspertów, dopuszczalne jest omówienie opinii innych ekspertów pod warunkiem, że jest ona dokładnym odzwierciedleniem ich poglądów.

Potrzeba takiej jawności i skuteczna procedura ujawniania informacji może być zilustrowana przez decyzję Tajnej Rady (Privy Council) w sprawie z Nowej Zelandii, gdzie apelant próbował, m.in. podważyć ważny dowód kliniczny²⁸. Pan Lundy został skazany w 2002 r. za podwójne zabójstwo w Nowej Zelandii. W 2000 r. w jego domu rodzinnym znaleziono martwe ciała żony i córki. Wniesienie rewizji w Nowej Zelandii przyniosło w konsekwencji podniesienie minimalnego okresu pozbawienia wolności (z 17 do 20 lat). Początkowy werdykt został jednak w 2013 r. unieważniony przez Privy Council .

W pierwotnym procesie, opinia biegłego stwierdzająca, że na koszuli męża ujawniono tkankę ośrodkowego układu nerwowego, została uznana przez Sąd Apelacyjny Nowej Zelandii jako “najbardziej przekonujący dowód w sprawie” na korzyść oskarżyciela.²⁹

Wyrok Privy Council ujawnił problemy i pytania związane z tym materiałem dowodowym, o których wiedziała policja (i najprawdopodobniej również prokurator) i które były poruszone przez neuropatologów z Nowej Zelandii, Stanów Zjednoczonych oraz Wielkiej Brytanii.³⁰ Pierwsze zastrzeżenie zaniepokoiło sąd w sposób szczególny:

Identyfikacja próbki pobranej z koszuli pana Lundy jako tkanki ośrodkowego układu nerwowego jego żony miała nadrzędne znaczenie. Istniały jasne dowody na to, że w

²⁸*Lundy vs R* [2013] UKPC 28; być może była to ostatnia sprawa w Nowej Zelandii, gdzie Londyn złamał wieloletnie pozostałości kolonialne. Sprawa ta nadal może znaleźć się na drodze sądowej w Nowej Zelandii i dlatego też powyższy opis i komentarz są oparte wyłącznie na wyroku Privy Council.

²⁹Tamże, str. 29 i 151.

³⁰Tamże, str. 22-26.

rezultacie neuropatolog twierdził, że nie było możliwości zidentyfikowania materiału jako tkanki ośrodkowego układu nerwowego; że komórki uległy dużej degradacji i że pan Lundy nie powinien zostać skazany za zabójstwo biorąc pod uwagę moc tego materiału dowodowego... Jest rzeczą niepojętą, że (advokat) gdyby zobaczył to, co (neuropatolog z Nowej Zelandii) stwierdził, nie zidentyfikowałby potrzeby zlecenia opinii innemu neuropatologowi o odpowiednich kwalifikacjach. Jeśli (jeden neuropatolog) uznał, że komórki uległy dużej degradacji, istniała szansa, że inny neuropatolog mógł wyrazić taką samą opinię. W ostateczności, mogłoby to uczulić obronę na potrzebę zbadania możliwości podważenia opinii (biegłego powołanego przez oskarżyciela), że wystarczająca ilość próbek pozostała niezdegradowana w stopniu umożliwiającym identyfikację tkanki ośrodkowego układu nerwowego.³¹

Problematyczny charakter zeznania biegłego powołanego przez prokuraturę został później przywołany podczas rozprawy Privy Council. Badania naukowe opublikowane przed pierwszą rozprawą sądową wykazały, że jeden z markerów kluczowych do wydania opinii tego biegłego nie daje się wykryć po upływie 75 godzin.³² Czas, jaki upłynął między zabójstwem a ujawnieniem tkanki, na czym oparte były dowody oskarżyciela tj. 58 lub 59 dni, był stanowczo za długi.

Wnioski

Niniejszy artykuł jest jedynie wprowadzeniem w bieżące prace odpowiednich środowisk zawodowych, prawników, pracowników administracji publicznej i środowiska akademickiego, mające na celu poprawę zarządzania ryzykiem systemowym w niektórych kategoriach dowodów naukowych i klinicznych z opinii biegłego w Anglii i Walii. Zaprezentowane podejście zostało oparte na połączeniu zasady jawności prawnej, wymagań ekspertów wobec samych siebie względem wszelkich ograniczeń wiedzy i metodologii oraz pracy organów sądowych ukazującej jak sprzeczne opinie biegłych pojawiają się w postępowaniach karnych. Niewykluczone, że zawarte w artykule tezy posłużą jako model do stosowania w dowolnym systemie prawnym, mającym spełniać wymogi „rzetelnego procesu sądowego” zawarte w Artykule 6 Konwencji. Ponadto, autor zwrócił uwagę na bardziej relatywistyczne aspekty, opisane jako ryzyka finansowe, przy czym sugeruje by kwestie związane z wydatkami były postrzegane bardziej jako tylko pewna część całej historii. Istotne jest opracowanie takich form zarządzania, które byłyby kompatybilne z krajowymi przepisami i systemami politycznymi, co zapewni reżim naukowy oraz etyczną postawę naukową w wykonywaniu badań kryminalistycznych i medyczno-sądowych.

³¹Tamże, str. 131.

³²Fountoulakis M, i wsp.. 'Postmortem changes in the level of brain proteins' *Exp Neurol.* 2001; 167(1):86-94.

Tim J. Wilson³³

Forensic Science in an Adversarial System during a Period of Neo-Liberal Experimentation and Fiscal Austerity

Introduction

The hallmark of a good symposium or conference is that presentations change as authors reflect on what was said by colleagues during the proceedings. Sometimes this happens even before delivery and inevitably in many of the subsequently published papers. All of those considerations apply to this paper. It is based on a presentation given at the 6th Polish Forensic Symposium held in Toruń in June 2015, but departs slightly from what was said at that event in order to provide more detail about how conflicting views about the reliability of scientific and clinical evidence in individual cases are handled in the adversarial criminal justice system of England and Wales (the UK jurisdiction in which English law applies).

The paper has been written principally for Polish colleagues, who have recently been faced by the introduction of what has been described to the author as a ‘quasi-adversarial’ system of criminal justice, in order that they can make comparisons between England and the previous or current Polish systems. It might have some relevance for discussions about how Polish courts might deal under with conflicting expert opinions under the new criminal procedure code.

The position in England and Wales is explained chiefly by focusing on two types of risk faced by scientific and clinical expert witnesses in criminal justice investigations and proceedings: (a) from a positivist perspective, systemic risks (inherent in the nature of the science or clinical practice itself) and (b), in a more relativist mode, fiscal risks (hinted in the title references to neo-liberalism and fiscal austerity).

It might be helpful to Polish readers to begin by mentioning four fundamental aspects of English criminal justice that determine the context in which forensic scientists and pathologists give evidence as expert witnesses:

5. The adversarial system of criminal justice respects the autonomy of the parties. The accused is an ‘active, decision making participant in his own trial’.³⁴ It follows from this that conflicting evidence may be presented by expert witnesses acting for the parties and that, subject to practical constraints, each party may have access to original material to undertake scientific tests.
6. The concept of ‘equality of arms’ is in theory intended to address the imbalance in access to information, professional services and the coercive powers of the state available to the prosecution compared with the defendant and his legal team. In practice the results are more modest and might be better stated (quoting ECtHR) as a requirement that ‘each party should be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage ...’.³⁵
7. Prosecutors have a dual role as adversarial party and ‘minister of justice’.³⁶ That is they are expected to both conduct a case with fairness and restraint. They are also placed under a specific legal duty to disclose material not used for prosecution purposes that might damage their case or assist the defence.³⁷
8. Judges have traditionally exercised a relatively passive role during the trial of more serious offence, - if a sporting metaphor is acceptable - something akin to that of a referee.³⁸ In recent years, however, this has changed to some extent as criminal trials have become increasingly ‘case-managed’, for example, the judge may now require pre-trial meetings between experts to attempt to identify areas of agreement

³³ Professor of Criminal Justice Policy, Northumbria Centre for Evidence and Criminal Justice Studies (NCECJS), Northumbria University, Newcastle-upon-Tyne, United Kingdom; email tim.wilson@northumbria.ac.uk. The author wishes to thank Dr Michael Stockdale, the Director of NCECJS, for helpful comments and suggestions on an earlier draft.

³⁴ P. Roberts and A. Zuckerman *Criminal Evidence*, 2nd edn (Oxford University Press: Oxford, 2010) at 25.

³⁵ *Ibid.* at 59: see n. 75 quoting from *Salov v Ukraine* (app. No. 65518/01), ECHR Judgment 6 September 2005 at 87.

³⁶ *Ibid.* at 62n.88 quoting Lord Steyn in *Lobban v R* [1995] 1 WLR 877,887 PC.

³⁷ ‘Anything that has potential to weaken the prosecution case or which is inconsistent with an essential part of it will amount to material that must be disclosed to the accused’ CPS *Disclosure Manual* at 12.10, accessible at http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/disclosure_manual/disclosure_manual_chapter_12/ accessed 26.07.15.

³⁸ P. Roberts and A. Zuckerman *op.cit.* at 53-54.

and disagreement, focus the expert evidence given during a trial and assist the jury to understand the expert evidence³⁹.

Within this context (particularly in contrast to the adversarial tradition of the United States with the absence of similar restraints on prosecutors and greater inequality of arms for poorer defendants) it may be no surprise to read that English criminal law places a personal and professional requirement on expert witness, such as forensic scientists or forensic pathologists,

... to provide independent assistance to the court by way of objective, unbiased opinion in relation to matters within their expertise. This is a duty that is owed to the court and overrides any obligation to the party from whom the expert is receiving instructions - see *R v Harris and others* [2005] EWCA Crim.1980⁴⁰.

This duty is now embodied in the statutory Criminal Procedure Rules (CrimPR)⁴¹.

For some (on this issue legal scholars are divided) the downside of the English system is the relatively 'laissez faire'⁴² approach to the quality or validity of the evidence that an expert may present. The basis for admitting what is often correctly and accurately described as 'expert opinion evidence' comes down to two primary questions: whether the witness possesses the skill (including methodological competency) to make him or her an expert in the relevant field and whether the information that the witness can provide falls outside the knowledge and experience of the court. Whilst expert evidence should not be admitted if it is not sufficiently reliable to be put before a jury, its admission until recent changes in the CrimPR⁴³ has not been subject to any kind of enhanced admissibility test, and the new rules still lack the specificity of authoritative scientific scrutiny in the *Daubert* decision and the Federal Rules of Evidence in the USA.⁴⁴ CrimPR PD 33A, however, now provides guidance to English courts intended to assist them in identifying unreliable expert evidence which the courts can deploy when applying the developing reliability limb of the common law admissibility test. The common law test is that, 'the court must be satisfied that there is a sufficiently reliable scientific basis for the evidence to be admitted.'. The Court of Appeal has suggested that, following the introduction of CrimPR PD 33A, 'a new and more rigorous approach on the part of advocates and the courts to the handling of expert evidence must be adopted'.⁴⁵

The problem, however, may be, as the authors of the 2009 US National Research Council report on forensic science have commented is that judicial review, 'by itself, will not cure the infirmities of the forensic science community'.⁴⁶ Or alternatively, as is suggested later in this paper, what is required is candour from expert scientific and clinical witnesses about the systemic risks inherent in their work.

There is a danger that any reference to the US National Research Council report or by emphasising the need for experts to alert the courts to systemic risks inherent in forensic science and medicine could be misunderstood as casting doubt on the scientific foundations and skill of experts working in forensic disciplines. This is not the case. This can be made clear by two sets of observations. Firstly about the extent to which every day, the forensic sciences and medicine make major (though generally unmeasured) and highly reliable contributions to the investigation of crime and judicial proceedings in the United Kingdom. Secondly about initiatives in recent years to introduce quality assurance systems and both identify errors and deal with their causes. This offers confidence for the disciplines (forensic DNA analysis, fingerprint comparison and forensic pathology) of which the author has sufficient knowledge to express the view that – subject to (i) adequate funding and (ii) rigorous and ethical scientific or clinical management –expert evidence is generally highly reliable; and is prepared reasonably quickly and cost-effectively.

In 2011 the overall balance of academic evidence to a Parliamentary inquiry into the acknowledged problems of and risks facing forensic science in England and Wales (see the next section of this paper) was clear about the

³⁹ See CrimPR 33.6 accessible at <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/criminal/docs/2012/crim-proc-rules-2013-part-33.pdf> accessed 27.07.15 and *R v Henderson* [2010] 2 Cr App R 24.

⁴⁰ *Crown Prosecution Service: Guidance on Expert Evidence* 5 (CPS: London, 2014), accessible at http://www.cps.gov.uk/legal/assets/uploads/files/expert_evidence_first_edition_2014.pdf accessed 26.07.15.

⁴¹ See: CrimPR 33.2.

⁴² Law Commission, *Expert Evidence in Criminal Proceedings*, Law Com Report No. 325 (2011) at para. 1, available at http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/03/lc325_Expert_Evidence_Report.pdf accessed 27. 07.15.

⁴³ See: CrimPR 33.4.

⁴⁴ A useful summary of the US Federal rules can be found in National Research Council, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* (National Academies Press: Washington DC, 2009) at 9-13.

⁴⁵ *H v R* [2014] EWCA Crim 1555 at 44.

⁴⁶ National Research Council op. cit. at 12.

comparative strength of forensic science in this jurisdiction. Comparisons were made with recent public sector laboratory failures and massive DNA typing backlogs in the USA. In Germany, it was noted, the processing period for the simplest type of DNA analysis was six weeks, compared with three days in England and Wales.⁴⁷

More recently published data demonstrates forensic science work continues (if measured proportionately to population size), even in fiscally difficult times, to be part of standard investigative routines. The latest data indicates that 12.5% of male and 3% of female UK residents have their DNA reference profiles and/or fingerprints on criminal justice databases.⁴⁸ The annual level of activity is such that during the year ending in March 2013 some 362,000 DNA reference samples and 33,000 crime scene traces were added to the National DNA Database (NDNAD)⁴⁹. Even academics with major reservations about what they term ‘expansive’ legislative rules for the inclusion and retention of DNA reference profiles have published an analysis which indicates - on what they admit is a rather basic measure - comparatively greater efficacy in detecting suspects through the use of forensic DNA in England and Wales than elsewhere in the EU.⁵⁰ Regrettably the responsible ministry, the Home Office, has not published more detailed data in recent years comparing detection rates when DNA is recovered from crime scenes in England and Wales with results obtained in 2004/05: domestic burglary 41% (16% when not recovered); theft from vehicle 63% (8%) and criminal damage 51% (14%).⁵¹

Considerable, if sometimes faltering, progress has been achieved over the last decade in England and Wales to improve both quality assurance and governance, notably with the appointment of a Forensic Science Regulator (but not yet statutory or mandatory, and for historical reasons with forensic medicine limited to forensic pathology) and a Commissioner for the Retention and use of Biometric Material. The latter quasi-judicial office was created under legislation enacted in 2012 in response to an adverse judgment by ECtHR about the previously ‘blanket and indiscriminate’ retention of forensic biometric data.⁵² This legislation brought the two key forensic biometrics, DNA and fingerprints, under a comprehensive but flexible regime of statutory governance with opportunities ultimately for regular Parliamentary scrutiny.

Looking beyond the FSS closure and a history of neoliberal experimentation and recurrent budgetary problems

Primarily serving police forces in England and Wales, the publicly owned FSS (Forensic Science Service) enjoyed world renown as a scientific institution. Among its many achievements was the embedding of forensic DNA within standard investigative procedure even for volume crime and the development of the IT infrastructure needed to support this through the creation of the first national forensic DNA database. Perhaps the FSS’s most enduring epistemological legacy (and central to this paper) was CAI (Case Assessment and Interpretation). This was introduced during the 1990s with the aim of enabling the police to prioritise forensic science budgets better. To do so scientists would be allowed to gain a better understanding of each case in order to advise investigators on the most promising options for scientific analysis and the likely contribution each option might have for identifying potential suspects or the strength of the added probative value to a case against a known suspect. This was intended to reduce the risk of a fragmented understanding of the investigative context resulting in significant lines of inquiry being missed or misunderstood.

The FSS was handicapped historically by inadequate funding for the volume of work required by the police. The concept of using fees for the supply of largely commoditised services to ration demand from the police was originally proposed in 1981 during some of the earliest attempts under the Thatcher Government to apply neoliberal thinking within core public services. The FSS did not become an executive agency until 1991 and thereafter charged the police for its services. In theory that should have resulted in a competitive market for the supply of forensic science services. Instead the FSS exploited and consolidated its monopoly of police work. This culminated at the beginning of the century in a hugely successful act of plan bargaining (representative of a planned economy rather than a free market) when the police and the FSS secured additional major government funding to extend the regular use of DNA to volume crime such as burglary and theft from cars. This amounted

⁴⁷ TJ Wilson and AMC Gallop ‘Criminal Justice, Science and the Marketplace: The Closure of the Forensic Science Service in Perspective’ *The Journal of Criminal Law* (2013) 77 at 57.

⁴⁸ Commissioner for the Retention and use of Biometric Material, Annual Report 2014 (Commissioner for the Retention and use of Biometric Material: London, 2014) at 5 accessible at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/387573/BiometricsAnnualReport201314Print.pdf accessed 29.07.15.

⁴⁹ National DNA Database Strategy Board *Annual Report 2012-13* (Home Office: London, 2014) at 8 accessible at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/252885/NDNAD_Annual_Report_2012-13.pdf accessed 29.07.15.

⁵⁰ F Santos H Machado and S Silva ‘Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance?’ *Life Sciences, Society and Policy* 2013 9:12 at 7.

⁵¹ Home Office *DNA Expansion Programme 2000-2005: Reporting achievement* (Home Office: London, 2006) at 16.

⁵² *S and Marper v United Kingdom* (2008) 48 EHRR 1169.

to over £300 million (at nominal value and approximately at current exchange rates, PLN 1,745 million or €420 million) between 2000 and 2005. The FSS initially failed to meet the demand for volume crime DNA analysis and then encountered a series of technical problems. Faced with delays in DNA analyses the police finally encouraged competition. This opportunity was successfully exploited by commercial companies that already undertook high volume commoditised scientific analytical work, including the recently privatised, Laboratory of the Government Chemist (LGC). New private laboratories opened, results became available in days and, encouraged by police budget reductions, prices fell. The FSS struggled to adjust itself to life in a competitive market.

There is a twist to this story, however, relating to central issues of this paper: scientific objectivity and, more generally, fairness and balance in criminal justice. FSS scientists had contributed to miscarriages of justice (including the Birmingham Six, the Guildford Four, the Maguire Seven and the Ward cases). Its forensic scientists had been responsible for erroneous scientific analysis or, in this respect the police and prosecutors equally deserved censure, had failed to pass on evidence which might have been helpful to the defence or might have exonerated convicted defendants. This was compounded by mistaken decisions, despite the absence of equivalent legal disclosure obligations to those placed upon the prosecution, to disclose the results of any defence commissioned work to the police. This left the FSS boxed in as the supplier of commodified services to the police. CAI had been seized upon by professionals within the organisation to improve the epistemic authority of forensic science. Its introduction, however, was beset by two contradictions. First: a potential commercial conflict between identifying the most cost-effective use of forensic science rather than maximising the sale of standard services from a standard list of commoditised FSS products. Secondly: it might conflict with political expectations of increased prosecutions.

Dissatisfaction with what the organisation had become resulted in some scientists leaving FSS to create independent practices. For example, Forensic Alliance, which had been created to offer comprehensive, exemplary and objective assistance to investigators, including when all other approaches had failed. At the same time as the FSS began to have major problems with high volume work it was also being outperformed by its competitors in complex and well remunerated casework. It suffered considerable reputational damage from failures in high-profile murder investigations, including the Damilola Taylor case. This investigation was resolved when the police turned to Forensic Alliance. Members of the same team, after their company had been acquired by LGC, were subsequently given the opportunity, instead of the FSS, to find and present the evidence critical for convicting two of the killers of Stephen Lawrence.⁵³

The FSS, then still the largest forensic science provider but losing money, was closed by the Government in March 2012. The result was a highly fragile market, a significant transfer of forensic science work to police force in-house laboratories and concerns about the fragmentation of forensic science casework.⁵⁴

There are few grounds for optimism about an early resolution of these problems and concerns. Future threats were signposted in a recent NAO (National Audit Office) report to Parliament about the sustainability of policing. This demonstrated that fiscal austerity during the last Parliament saw a 25% (real value) reduction between 2010/12 and 2014/15 in central government funding. This had resulted in an average fall in police expenditure of 18%, with reductions of between 12% and 23% in individual forces. Police expenditure in England and Wales is high by international standards. However, now that criminal investigation is estimated to account for only 22% of incidents, that such work accounted historically for a smaller call on police resources than had been assumed. Recorded crime in England and Wales may be falling, but the volume of known complex cases rising (e.g. child or domestic abuse, trafficking, fraud and cybercrime) is rising or the scale of such crimes is becoming more apparent. The further budget reductions planned by the Government could result in major reductions in forensic science work undertaken on some offences against the person and property. As for the future of police force forensic laboratories, the NAO report indicated that the biggest proportionate cuts over the next five years are likely to be made in the four biggest police forces, including London. All four were in the lead in creating in-house forensic laboratories.⁵⁵

Forensic pathology: a different model of organisational support and the professional regulation of systemic risks

⁵³ The above account of the FSS summarises extensive analysis of this topic in Tim J. Wilson and Angela M. C. Gallop op. cit. at 56–77. For information about the miscarriages of justice cited in this paper see: C. Walker and K. Starmer (eds.) *Miscarriages of Justice: A Review of Justice in Error* (Blackstone Press: London, 1999) and M. Mansfield *Memoirs of a Radical Lawyer* (Bloomsbury: London, 2009).

⁵⁴ TJ Wilson, MW Stockdale, AMC. Gallop and B Lawler, 'Regularising the Regulator: the Government's Consultation about Placing the Forensic Science Regulator on a Statutory Footing', *The Journal of Criminal Law* (2014) 78 at 139-140 and 142-149.

⁵⁵ NAO *Financial Sustainability of Police Forces in England and Wales* (London: NAO) HC 78 Session 2015-16 accessible at <http://www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2015/06/Financial-sustainability-of-police-forces.pdf> (NAO: London, 2015) accessed 28.07.15.

With the decline in interest in forensic pathology in universities, this work – especially in England -has been increasingly undertaken from private practice⁵⁶ and is almost entirely funded by the police (individual investigations) and the Home Office (governance, training and regulation).⁵⁷ The results of these changes have been more beneficial for forensic pathologists than the policies adopted for forensic science. The police have always treated the pathologists' independent professional status with the utmost respect. They also agreed to a funding formula for each case that was intended to provide pathologists with an annual income equivalent to the salary of a senior NHS hospital consultant. In return pathologists accepted an obligation to ensure that their personal expertise is up to date, including actively pursuing relevant continuing professional development (CPD) programmes, to follow standardised procedures (both when undertaking the clinical work and documenting/reporting that work) and to participate in the peer review of individual cases and audit within a regional group practice structure. (The latter takes the form of a voluntary professional association and cooperation, for instance, in managing responses to urgent requests by the police to initially examine suspected murder victims at the location where the body has been found.)

The most onerous obligation accepted by forensic pathologists is to comply with a code of practice and performance standards issued jointly by the Royal College of Pathologists (professional) and the Pathology Delivery Board (forensic and representing government the judiciary and the CPS (Crown Prosecution Service), as well as the pathologists themselves). Compliance is enforced through a Pathology Delivery Board sub-group consisting of a lay chair, with representatives of the Coroners' Society,⁵⁸ the CPS, the police, the Royal College and the pathologists' own representative association (for the whole of the UK and the Republic of Ireland), the BAFM (the British Association of Forensic Medicine). Concerns about a pathologist's work will result in a timely initial investigation, where appropriate and with the agreement of the pathologist's medical defence union pending cases will be reviewed by another and more experienced pathologist to avoid potential future problems with evidence heard at a trial and, to avoid accusations of bias, a foreign forensic pathologist may be commissioned to assess clinical competency and adherence to the code of practice. The sub-group is empowered to recommend suspension or a period of supervised practice. It may alternatively initiate action by a legally chaired disciplinary tribunal. The tribunal may recommend the termination (either permanently or for a period) of a forensic pathologist's right to work in the criminal justice system. Compared with normal medical regulation and the professional regulation of forensic science, it is a comprehensive, tough and expensive regime.

The code of practice is a valuable template for standardising the presentation of a specific type of evidence in criminal proceedings. Yet it does so in a manner that allows the pathologist undertaking the autopsy to tailor the content of the report to the circumstances of each particular case. The clinician is also required to methodically expose any problems, uncertainties and limitations in medical science, skill or experience. All this stems from the essential principle for expert witnesses in the English legal system, that of his or her overriding duty to the Court, not the party from whom instructions to undertake the work were received.⁵⁹ The basic requirements of the code in this respect can be summarised as follows:

8. Information gained or generated at any stage of the investigation must be recorded and safeguarded: all material (such as contemporaneous notes and recordings made during an autopsy) is potentially disclosable to the defence.
9. Opinions must be presented in a balanced and impartial manner.
10. Opinions must be based on personal expertise, referring to the work of other experts in the field where appropriate.
11. Should new facts emerge - even during the course of the trial - that mean previously held conclusions can no longer be substantiated, the change of opinion must be reported promptly and unambiguously.

⁵⁶ This is not an uncommon arrangement in British medicine. Within the NHS (National Health Service) most primary medical care is provided by self-employed physicians working as partners in group practices that might employ more junior doctors, nurses and support staff.

⁵⁷ See: S leadbetter 'Forensic Pathology in England and Wales since 1971' in Madea, B. and Saukko, S. (eds.) *Forensic Medicine in Europe* (Lübeck: Schmidt-Römhild, 2008).

⁵⁸ Coroners are judicial officers responsible for determining the cause of death in local districts within England and Wales.

⁵⁹ Home Office, The Forensic Science Regulator, Department of Justice and The Royal College of Pathologists *Code of practice and performance standards for forensic pathology in England, Wales and Northern Ireland*, accessible at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/115698/code-practice-forensic-pathology.pdf, accessed 27.07.15.

12. When it is necessary to seek advice from other specialists (because issues that need to need to be investigated are outside the pathologist's clinical competence or, alternatively, for a second opinion), the pathologist should make the police aware that such assistance is needed and record the request. While the pathologist cannot insist on such assistance, a refusal to commission such work is potentially disclosable to the defence.
13. The forensic pathologist's evidence must indicate :
 - d) conclusions and an explanation for those conclusions - where unusual features are found but are concluded not to be relevant - the pathologist must explain why the finding has been discounted;
 - e) the reasoning underlying why, where findings are susceptible of alternative explanations, one explanation is favoured; and
 - f) the foundations for conclusions reached, detailing all material drawn upon to support that reasoning, including sufficient reference to relevant and current academic or professional literature.
14. Differences of opinion between pathologists are required to be dealt with as follows:
 - c) where there is a range of opinion on the matters dealt with in the report (i) the pathologist must summarise the range of opinion, and (ii) give reasons for his or her own opinion, and if the opinion cannot be given without a caveat or qualification it must be stated; and
 - d) Where a report is prepared setting out areas of agreement and disagreement between experts that is written by one of the experts, it is acceptable to discuss the views of the other experts involved – as long as it is an accurate representation of their views.

The need for such candour and effective disclosure arrangements can be illustrated by a Privy Council decision about a New Zealand case where the appellant, among other matters, wished to challenge important clinical evidence⁶⁰. Mr Lundy had been convicted in 2002 of a double murder in New Zealand. In 2000 his wife and daughter had been found dead at the family home. His appeal in New Zealand had resulted in an increase in the minimum custodial period (from 17 to 20 year). The original verdict was quashed, however, by the Privy Council (sitting as a judicial body) in 2013.

The central medico legal issue in the original trial – an expert opinion that Mrs Lundy's CNS [(central nervous system)] tissue had been found on her husband's shirt – had been described by the New Zealand Court of Appeal as 'the most cogent piece of evidence' in support of the prosecution's case.⁶¹

The Privy Council's judgement exposed problems and questions about this evidence known to the police (possibly also the prosecutor) prior to the trial by neuropathologists from New Zealand, the USA and the UK.⁶² It was first of those reservations that most troubled the court:

The identification of the specimen from Mr Lundy's shirt as his wife's CNS tissue was of overwhelming significance. Here was clear evidence of a neuropathologist saying, in effect, that it was impossible to identify the material as CNS tissue; that the cells had degenerated badly; and that Mr Lundy should not be convicted of murder on the strength of this evidence. ... It is inconceivable that [defence counsel], if he had seen what [the New Zealand neuropathologist] had said, would not have recognised the need to get some other, suitably qualified, neuropathologist involved. If [one neuropathologist] considered that the cells had degenerated badly, there was every prospect that another neuropathologist might express the same opinion. At the very least, it would have alerted defence counsel to the need to investigate the possibility of presenting a direct challenge to [the prosecution expert's] claim that sufficient of the specimen had not degenerated to allow it to be identified as CNS tissue.⁶³

⁶⁰ *Lundy v R* [2013] UKPC 28; this may have been the last New Zealand case to be Zealand referred to London breaking a long-standing relic of the Pacific country's colonial origins. The case is still potentially justiciable in New Zealand and for this reason this account and commentary are solely based on the Privy Council judgment.

⁶¹ *Ibid.* at 29 and 151.

⁶² *Ibid.* at 22-26.

⁶³ *Ibid.* at 131.

The problematic nature of the prosecution expert's claims was underlined further at the Privy Council hearing. Academic research published prior to the original trial had shown that one of the markers critical for the prosecution expert's claims is undetectable after 72 hours.⁶⁴ The time lapse, 58 or 59 days, between the murder and the recovery of tissue prior to the preparation of the slides on which most of this prosecution evidence was based had been far too long.

Conclusions

This short paper cannot do more than provide an introduction to ongoing work by the relevant professions, legal professionals, government and academia to improve the management of systemic risks in some categories of expert scientific and clinical evidence in England and Wales. The approach followed is based on a combination of legal disclosure rules, requirements for candour by experts themselves about any limitations in their knowledge and methodology, and work by the higher judiciary to improve how conflicting expert statements are handled in criminal proceedings. Possibly this might provide models that could be utilised elsewhere in legal systems that are also required to conform to the 'fair trial' principles of article 6 ECHR. In addition the paper has drawn attention to more relativist issues. This has been described as fiscal risk, but it is suggested that expenditure issues should be seen to be only part of the story. It is important to devise forms of governance compatible with national legal and political systems that ensure both scientific rigour and professionally ethical behaviour in the delivery of the forensic sciences and medicine.

With the financial support of the Prevention of and Fight against Crime Programme European Commission – Directorate General Home Affairs (HOME/2012/ISEC/AG/4000004396 - UKPFE Project)



The views expressed in this article are those of the author and not necessary those of the research funder or the organisers and sponsors of the 6th Polish Forensic Symposium.

⁶⁴ Fountoulakis M, *et. al.* 'Postmortem changes in the level of brain proteins' *Exp Neurol.* 2001; 167(1):86-94.