

**М. В. ВІНЦИСЛАВСЬКА**

*Марія Валеріївна Вінциславська, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ ЕКСПЕРТА ТА СПЕЦІАЛІСТА У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

Згідно ст. 13 Закону України «Про виконавче провадження», передбачено, що для з'ясування та роз'яснення питань, що виникають під час здійснення виконавчого провадження і потребують спеціальних знань, державний виконавець з власної ініціативи або за заявою сторін призначає своєю постановою експерта або спеціаліста (у разі необхідності – кількох експертів або спеціалістів), а для оцінки майна – суб'єктів оціночної діяльності – суб'єктів господарювання<sup>1</sup>. Одразу звертає на себе увагу той факт, що вказаний вище Закон не розмежовує статус експерта та спеціаліста, а також підстав їх залучення у виконавчий процес. Враховуючи те, що результати діяльності таких суб'єктів прямо відображаються на правах та законних інтересах сторін виконавчого провадження, вважаємо за необхідне висвітлити питання участі експерта і спеціаліста у виконавчому процесі та регламентувати процесуальне становище кожного з них.

У процесуальній науці багато вчених приділяло уваги проблемам участі у процесі експерта та спеціаліста. Зокрема, С. Я. Фурсою досліджено правовий статус експерта і спеціаліста у цивільному<sup>2</sup>, нотаріальному<sup>3</sup> та у виконавчому процесі<sup>4</sup>. Т. М. Кучером досліджено співвідношення висновків експерта та спеціаліста у цивільному процесі<sup>5</sup>. Крім того, ці питання розглядалися у працях таких вчених, як С. М. Абрамова<sup>6</sup>, С. С. Бичкова<sup>7</sup>, Ж. В. Васильєва-Шаламова<sup>8</sup>, М. Й. Штефан<sup>9</sup> та багато інших. Проте, участь експертів та спеціалістів саме у виконавчому процесі залишається мало дослідженою.

Якщо звернутися до Закону України «Про судову експертизу», у ст. 1 йдеться про поняття судової експертизи, під якою розуміється дослідження експертом на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що перебуває у провадженні органів дізнання, досудового та судового слідства<sup>10</sup>. З аналізу даної правової норми можна зробити висновок, що Закон не містить положення стосовно того, чи може судовий експерт брати участь у виконавчому провадженні. На нашу думку, враховуючи те, що державний виконавець наділений владними повноваженнями і має право попереджати експерта про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивого висновку або за відмову дати такий висновок, вбачається, що державний виконавець має право залучати судового експерта з власної ініціативи для участі у виконавчому провадженні. Крім того, ч. 4 ст. 7 Закону передбачає, що для проведення деяких видів експертиз, які не здійснюються виключно державними спеціалізованими установами, за рішенням особи або органу, що призначили судову експертизу, можуть залучатися, крім судових експертів, також інші фахівці з відповідних галузей знань. Отже, Закон допускає участь інших осіб, які не є працівниками державних спеціалізованих установ, але, які мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшли відповідну підготовку в державних спеціалізованих установах Міністерства юстиції України, атестовані та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності в порядку, передбаченому законом.

Таким чином, можна стверджувати, що у виконавчому процесі можуть брати участь як судові експерти, так і фахівці з інших галузей знань, які мають право на проведення експертної діяльності, але при цьому державний виконавець повинен перевірити документи, що підтверджують їх освіту та кваліфікацію.

У ч. 1 ст. 13 Закону України «Про виконавче провадження» йдеться лише про призначення експерта, але нічого не сказано про призначення експертизи. Оскільки у процесі виконавчого провадження можуть виникати випадки, коли необхідно здійснення саме експертизи, наприклад, коли передається майно професійному зберігачу для зберігання, а останній потребує письмового висновку експерта стосовно процедури збереження майна. У даному випадку необхідно провести технологічну експертизу для того, щоб знати технологію збереження певного виду майна. Або при зверненні стягнення на майно юридичної особи, проводиться аудиторська експертиза або експертиза, яка визначає дебіторську заборгованість. Така експертиза може бути проведена поза межами виконавчого провадження, якщо для цього потрібно проведення додаткових досліджень, застосування спеціальних технологій або спеціального обладнання.

Із викладеного слідує, що спочатку державний виконавець зобов'язаний визначитися з видом експертизи (товарознавча, технічна, технологічна, аудиторська тощо), а потім визначитися з експертом, який у державній виконавчій службі визнається на тендерній основі, але при цьому повинен відповідати вимогам встановленим Законом України «Про судову експертизу».

Потребує і загального вирішення питання строку, протягом якого призначається експертиза, оскільки, як справедливо зауважує С. Я. Фурса: «Інакше одна із сторін може звернутись з клопотанням про призначення експертизи, а державний виконавець не має обов'язку реагувати на таку заяву протягом місяця і продовжувати вчинення виконавчих дій, посилаючись на те, що Законом такий строк не встановлено»<sup>11</sup>. Тому, на на-

шу думку, десятиденний строк для призначення експертизи є оптимальним, і надасть час державному виконавцю визначитися з експертною установою, видом експертизи та переліком питань, які мають бути поставлені експертові.

Варто звернути увагу на те, що ст. 13 Закону України «Про виконавче провадження» не передбачено можливості оскарження постанови про призначення експерта, спеціаліста, суб'єкта оціночної діяльності (суб'єкта господарювання) для участі у виконавчому провадженні, проте, їм може бути заявлений відвід відповідно до ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження». На сьогодні існує нагальна потреба встановити у законодавстві можливість оскарження постанови про призначення експертизи. По-перше, тому що на практиці, досить часто виникають сумніви в упередженості експерта та правильності експертного висновку, по-друге, постає запитання чому боржник має платити за те, що державний виконавець сам зі своєї ініціативи залучає експерта? Тому пропонуємо передбачити в законодавстві можливість сторін оскаржити постанову про призначення експертизи в десятиденний строк з дня її винесення.

Таким чином, вважаємо, що ці питання повинні бути врегульовані в законодавстві і викладені окремою статтею в Законі України «Про виконавче провадження»:

#### **Порядок призначення експертизи**

*«Для з'ясування обставин, які мають значення для вчинення виконавчого провадження та потребують дослідження матеріальних об'єктів та документів в області науки, мистецтва, техніки, ремесла та інших сферах, державний виконавець, з власної ініціативи або за заявою однією із сторін, зобов'язаний своєю постановою у десятиденний строк призначити проведення експертизи.*

*Як експерт може бути запрошена будь-яка дієздатна особа, яка не зацікавлена у вчинюваному виконавчому провадженні, не має родинних стосунків із сторонами виконавчого провадження, та не перебуває у службовій та іншій залежності від державного виконавця.*

*Експерт, якому доручається провести експертизу, повинен відповідати вимогам, встановленим Законом України «Про судову експертизу», та бути внесеним до Державного реєстру атестованих судових експертів або бути фахівцем з відповідних галузей знань.*

*Копії постанови державного виконавця про призначення у виконавчому провадженні експерта надсилаються сторонам у триденний строк. Постанова про призначення експерта може бути оскаржена сторонами у десятиденний строк, в порядку встановленому законом».*

Існує думка, що під час проведення виконавчих дій необхідна допомога саме спеціаліста, а не експерта, тому немає необхідності включення в число учасників виконавчого провадження експерта (наприклад, як у Російській Федерації). Свого часу В. В. Худенко наголошував на необхідності виключити експерта зі складу суб'єктів виконавчого провадження, оскільки, на думку автора, експерт реалізує спеціальні знання лише при судовому провадженні, у той час як питання оцінки майна в необхідних випадках вирішує спеціаліст-товарознавець<sup>12</sup>. Однак, автором досліджувались процесуальні дії спеціаліста та експерта ще до реформи виконавчого провадження.

На сьогоднішній день, якщо проаналізувати Закон України «Про виконавче провадження», то в ст. 13 спеціаліст згадується як альтернатива експертові, і таким чином він має такі самі процесуальні права і може вчиняти такі ж дії, які притаманні експертові. З цього приводу Т. М. Кучер слушно зазначає, що у процесі здійснення виконавчого провадження права та обов'язки експерта та спеціаліста є зрівняними, і зі сполучника «або», вживаного при формулюванні ст. 13 вищевказаного закону, виходить, що коло їх повноважень та процесуальний статус є ідентичним<sup>13</sup>.

Якщо звернутися до інших процесуальних кодексів, то наприклад, у ст. 54 ЦПК України спеціалістом може бути особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками застосування технічних засобів і може надавати консультації під час вчинення процесуальних дій з питань, що потребують відповідних спеціальних знань та навичок. Спеціаліст у нотаріальному процесі за визначенням С. Я. Фурси: «...це особа, яка володіє лише спеціальними знаннями та навичками застосування технічних засобів, тобто його діяльність зводиться суто до технічних дій і його висновки не замінює собою висновок експерта»<sup>14</sup>.

Вбачається, що і у цивільному й нотаріальному процесі компетенція спеціаліста чітко визначена, а саме володіння навичками застосування технічних засобів, а також надання консультацій в усній чи письмовій формі, якщо для цього не потрібно проведення спеціальних досліджень. У господарському процесі така процесуальна фігура, як спеціаліст, взагалі не виділяється, хоча згідно ст. 11 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» йдеться про аудиторський висновок, який за своєю суттю є висновком спеціаліста<sup>15</sup>.

Таким чином, з урахуванням цього можна стверджувати, що у виконавчому процесі діяльність спеціаліста, та його висновок не зводиться лише до суто технічних знань, як наприклад в ЦПК України, в даному випадку ми спеціаліста розуміємо більш широко, оскільки спеціаліст у виконавчому процесі може здійснювати оцінку майна, брати участь в розшуку і встановленні майна, описі та його арешті, визначенні умов і способів збереження майна, визначенні способів вилучення майна і документів, визначенні дебіторської заборгованості, оцінці дійсності та ліквідності вказаної заборгованості, інших випадках, передбачених законом. Тобто, у всіх випадках, коли експертизу проводити не потрібно, залучається спеціаліст.

Враховуючи вищевказане, на нашу думку, необхідно чітко розмежовувати статус спеціаліста і статус експерта, оскільки в Законі України «Про виконавче провадження» немає єдиного підходу до їх розуміння, ці

поняття змішуються, хоча вони не є тотожними. По-перше, їх діяльність здійснюється в різній процесуальній формі, зокрема, експерт надає в обов'язковому порядку висновок експерта, який повинен відповідати встановленим законом вимогам, бути здійснений за визначеною методикою, від якої він не може відступити, а письмові пояснення спеціаліста не мають суворої форми викладення питання, і можуть оформлюватися як письмовими, так і усними поясненнями. По-друге, ця діяльність має неоднакове правове значення, оскільки висновок експерта є засобом доказування, на відміну від письмового пояснення спеціаліста, яке не має доказового значення і залучається до матеріалів справи.

По-третє, до експерта пред'являються більш високі професійні вимоги ніж до спеціаліста, зокрема експерт повинен бути внесений до реєстру судових експертів Міністерства юстиції, або бути фахівцем з відповідних галузей знань та пройти підвищення кваліфікації раз у три роки. На відміну від експерта, знання спеціаліста підтверджуються не включенням його до реєстру, а досягненнями його у відповідній професії, що може бути підтверджено дипломами, відзнаками, нагородами, ліцензіями тощо.

І нарешті, дані суб'єкти мають різну відповідальність, експерт несе кримінальну відповідальність, передбачену ст. 384 та ст. 385 КК України, а спеціаліст несе відповідальність, передбачену договором.

Отже, спеціалістом може бути будь-яка особа, яка в силу свого фаху, професії володіє необхідними знаннями для надання консультацій у виконавчому провадженні, а у разі необхідності володіє навичками застосування технічних засобів. Можна припустити, що як спеціалісти можуть залучатися педагоги або психологи, наприклад, при вчиненні таких виконавчих дій, як відібрання дитини, виселення, вселення, або бухгалтери чи аудитори при визначенні дебіторської заборгованості та в інших випадках.

У зв'язку з цим пропонуємо регламентувати участь спеціаліста у виконавчому процесі шляхом викладення в Законі України «Про виконавче провадження» окремої статті в наступній редакції:

*«Для з'ясування питань та надання консультацій під час проведення виконавчих дій, які потребують глибоких знань, а у разі необхідності навичок застосування технічних засобів, державний виконавець з власної ініціативи або за заявою однієї із сторін призначає у десятиденний строк своєю постановою спеціаліста (у разі необхідності – кількох спеціалістів).*

*Як спеціаліст може бути запрошена будь-яка дієздатна особа, не заінтересована у вчинюваному виконавчому провадженні, яка не має родинних стосунків із сторонами виконавчого провадження і володіє необхідними знаннями для надання кваліфікованих консультацій та роз'яснень».*

З огляду на викладене, можна зробити висновок, що існує необхідність розмежування в Законі цих понять, оскільки незважаючи на певну схожість експерт та спеціаліст є різними процесуальними фігурами у виконавчому процесі та мають різні підстави залучення.

<sup>1</sup> Про виконавче провадження: Закон України від 21 квітня 1999 р. № 606 XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999.

<sup>2</sup> Фурса С. Я. / Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: у 2 т. / За заг. ред. С. Я. Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2010. – Т. 1. – 1044 с.

<sup>3</sup> Правовий статус експерта і спеціаліста у нотаріальному процесі: новий погляд на його нормативне закріплення / С. Я. Фурса // Юриспруденція: теорія і практика. – 2011. – № 3. – С. 37–44.

<sup>4</sup> Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: науково-практ. коментар / С. Я. Фурса [и др.]; заг. ред. С. Я. Фурса; Центр правових досліджень Фурси. – К.: Видавець Фурса С. Я.; К.: КНТ, 2008. – 1172 с. – (Серія «Процесуальні науки»).

<sup>5</sup> Кучер Т. М. Співвідношення висновків експерта та спеціаліста як засобів доказування в цивільному процесі: питання теорії та практики // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 2 (10). – С. 31–40.

<sup>6</sup> Абрамов С. Н. Советский гражданский процесс: учеб. / С. Н. Абрамов. – М.: Госюриздат, 1952. – 420 с.

<sup>7</sup> Бичкова С. С. Експертиза в цивільному процесі України: дис. ... канд. юрид. наук / С. С. Бичкова; Ін-т держ. і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2003.

<sup>8</sup> Васильєва-Шаламова Ж. В. Судова експертиза в цивільному процесі: дис. ... канд. юрид. наук / Ж. В. Васильєва-Шаламова. – К., 2009.

<sup>9</sup> Штефан М. Й. Цивільний процес: підручн. / М. Й. Штефан. – К.: Ін Юре. – 1997. – 595 с.

<sup>10</sup> Про судову експертизу: Закон України від 25 лютого 1994 р. № 4038 XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994.

<sup>11</sup> Фурса С. Я., Фурса Є., Щербак С. В. Вказана праця. – С. 263.

<sup>12</sup> Худенко В. В. Учасники исполнительного производства: Автореф. дисс...канд. юрид. наук. – Саратов, 1992. – 21 с.

<sup>13</sup> Кучер Т. М. Вказана праця – С. 38.

<sup>14</sup> Фурса С. Я. Вказана праця. – С. 37–44.

<sup>15</sup> Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14 квітня 1992 р. № 2343-III // Відомості Верховної Ради України. – 1992.

### Резюме

Розглядаються проблемні питання участі експерта та спеціаліста у виконавчому процесі. Автором обґрунтовується необхідність розмежування статусу цих суб'єктів у виконавчому процесі, а також розмежування підстав залучення їх у процес. Запропоновані конкретні пропозиції до законодавства про виконавче провадження.

**Ключові слова:** експерт, спеціаліст, виконавчий процес, правовий статус, експертиза.

## Резюме

Рассматриваются проблемные вопросы участия эксперта и специалиста в исполнительном процессе. Автор обосновывает необходимость разграничения статуса этих субъектов и разграничения оснований привлечения их в процесс. Предложены конкретные изменения в законодательство об исполнительном производстве.

**Ключевые слова:** эксперт, специалист, исполнительный процесс, правовой статус, экспертиза.

## Summary

In the article the problem issues of participation of expert and specialist in the executive process are considered. The author proves the necessity of distinction of status of these entities and distinction the grounds of their impleading in the process. The specific changes to the legislation on enforcement proceedings are proposed.

**Key word:** expert, specialist, executive process, legal status, expertise.

Отримано 3.12.2012

**Н. С. ГОРБАНЬ**

*Наталія Сергіївна Горбань, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## НОВИЙ ПІДХІД ДО РОЗУМІННЯ ПРИНЦИПУ НОТАРІАЛЬНОЇ ТАЄМНИЦІ В НОТАРІАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Принцип нотаріальної таємниці як невід'ємна засада нотаріальної діяльності є одним із основоположних нотаріального процесу. Хоча науковці у своїх роботах приділяли увагу вивченню цього принципу, але він потребує подальшого дослідження з метою однозначного розуміння його сутності та правильного застосування усіма учасниками нотаріальних процесуальних правовідносин.

Аналіз історичних джерел, результати досліджень вітчизняних та зарубіжних науковців, присвячених становленню та розвитку нотаріату, серед яких слід зазначити роботи В. Баранкової, М. Долгова<sup>1</sup>, М. Дякович<sup>2</sup>, В. Комарова<sup>3</sup>, М. Комарова<sup>4</sup>, М. Ляпідевського<sup>5</sup>, А. Олейнкової<sup>6</sup>, Я. Панталієнко<sup>7</sup>, Л. Сміян<sup>8</sup>, С. Фурси<sup>9</sup>, В. Черниша<sup>10</sup>, Л. Шаповалової<sup>11</sup>, Л. Ясінської<sup>12</sup>, дають поштовх для кропіткої роботи у цьому напрямі. Але подальший розвиток думок, гіпотези, концепцій зазначених авторів потребує обґрунтування та доведення.

Положення статті 1 Закону містить законодавче визначення нотаріату як системи органів і посадових осіб, на яких покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності. Із даного визначення та аналізу положень Закону слідує, що посвідчення прав і фактів визнається нотаріальними діями. У пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вчинення нотаріальних дій та надання нотаріальних послуг» міститься інформація, що загалом по 22 напрямках у сфері нотаріату вчиняється понад 100 видів нотаріальних дій. Отже, із положень Закону слідує, що сучасна законодавча термінологія визначає нотаріальну дію змістом нотаріальної діяльності.

Автор акцентує увагу, що, не дивлячись на наукове обґрунтування необхідності закріпити на законодавчому рівні поняття «нотаріальна дія»<sup>13</sup>, у чинній редакції Закону його дефініція відсутня, хоча порядок вчинення нотаріальних дій, органи та особи, які вчиняють нотаріальні дії, обмеження у праві вчинення нотаріальних дій, оплата вчинюваних нотаріальних дій, повноваження щодо вчинення нотаріальних дій мають визначену правову урегульованість. Така невідповідність, на думку автора, потребує внесення відповідних змін до нормативно-правових документів, що в період реформування законодавства, яке регулює нотаріальну діяльність є актуальним. Зокрема, розглядаючи нотаріальну діяльність відповідно до вимог Закону України «Про нотаріат» ми не повною мірою усвідомлюватимемо зміст нотаріальної діяльності, оскільки в разі звернення особи за консультацією і її надання нотаріус, консультант державної нотаріальної контори отримують відомості про волю особи, але така дія не може розцінюватися буквально як нотаріальна дія, оскільки не входить до ст. 34 Закону України «Про нотаріат», а відноситься до прав нотаріуса. Знаючи волю особи і зміст консультації не важко встановити, що зробить така особа в наступному. Тому зміст волі особи, навіть не відображений у нотаріально посвідченому правовині, має складати нотаріальну таємницю.

На думку А. В. Хворостянкіної, проблема «використання визначень окремих понять у текстах нормативно-правових актів є значно ширшою і охоплює, окрім суто технічних правил конструювання дефініції, ще і проблему доцільності та необхідності законодавчих дефініцій, значення таких дефініцій для ефективної реалізації правових приписів...»<sup>14</sup>.

Щодо доцільності та необхідності дефініції «нотаріальна дія», то відсутність законодавчого закріплення визначення нотаріальної дії, та в той же час, багаточисельне його застосування в частині викладення правил