ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2011, № 7, с. 5–13

АКТ О НАЗНАЧЕНИИ НА ДОЛЖНОСТЬ КАК ОСНОВАНИЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ СЛУЖЕБНОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ НА ГОСУДАРСТВЕННОЙ ГРАЖДАНСКОЙ СЛУЖБЕ

© 2011 г. Сергей Евгеньевич Чаннов[1]

Краткая аннотация: *в статье рассматриваются вопросы возникновения служебных правоотношений на примере государственной гражданской службы. На основании анализа нормативных документов и правовой доктрины автор делает вывод, что наиболее важным основанием возникновения служебных правоотношений является акт о назначении на должность.*

Annotation: *in the article the questions of appearance service law relation on the example of the state civil service is considered. On the basement of the analyses of the normative papers and legal doctrine, the auther comes to the conclusion, that the most famous basement for appearance service law relation is the act about the designation on a position.*

Ключевые слова: *акт о назначении на должность, государственная гражданская служба, нормативные документы, правовая доктрина.*

Key words: *the act about the designation on a position, the state civil service is considered, the normative papers, legal doctrine.*

Одним из наиболее дискуссионных вопросов в науке трудового и административного права является вопрос о том, на основании чего – простого юридического факта или сложного фактического состава – возникают служебные правоотношения.

Некоторые специалисты считают, что единственное основание возникновения трудового правоотношения на государственной службе – трудовой договор[2]. Акт назначения в рамках данного подхода есть возникновение административного правоотношения, в содержание которого включаются полномочия и обязанности государственного служащего, реализуемые в отношениях с третьими лицами[3].

Представители науки административного права, напротив, исходят из того, что основанием возникновения государственно-служебных отношений является акт государственного органа (государственного должностного лица) о назначении гражданина на должность государственной службы. Так, А.Б. Агапов полагает, что государственно-служебные отношения возникают в момент издания приказа по государственному органу о назначении гражданина на государственную должность государственной службы[4]. По мнению А.П. Алехина, государственно-служебные отношения возникают на основе одностороннего решения государственного органа (должностного лица)[5]. А.А. Гришковец отмечает, что отношения на гражданской службе императивны. Эти отношения возникают между гражданином и государством только после издания уполномоченным органом локального правового акта установленной формы: обычно это приказ или распоряжение[6].

Наконец, большинство ученых, рассматривающих отношения государственной и муниципальной службы как разновидность трудовых правоотношений, указывают, что основанием их возникновения является сложный (фактический) юридический состав, включающий в себя в качестве составных элементов акт о назначении на должность и служебный контракт (трудовой

---

[1] Заместитель заведующего кафедрой административного права и государственного строительства Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина (г. Саратов), доктор юридических наук (Тел.: (8452) 33-92-55).

[2] Эта позиция была высказана до замены трудовых договоров у государственных гражданских служащих на служебные контракты. Однако с точки зрения принципиального соотношения договора и административного акта как оснований возникновения служебных правоотношений сохраняет свое значение и сегодня.

[3] См.: *Холодова Е. В.* Правовое регулирование труда государственных служащих. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1995. С. 91, 92.

[4] См.: *Агапов А.Б.* Административное право. Учебник. М., 2004. С. 165.

[5] См.: *Алехин А.П.* Административное право Российской Федерации. М., 2001. С. 157.

[6] См.: *Гришковец А.А.* Правовое регулирование государственной гражданской службы в Российской Федерации. М., 2003. С. 53.

договор) с государственным (муниципальным) служащим. Причем более важный для возникновения правоотношения – последний[7].

Для рассмотрения данного вопроса, по нашему мнению, необходимо сравнить порядок возникновения служебного правоотношения и схожего с ним (но не тождественного) трудового правоотношения.

В теории трудового права общепризнано, что трудовой договор является "обязательным основанием возникновения трудового правоотношения и может быть как самостоятельным правообразующим фактом, так и элементом сложного юридического состава"[8]. "Иными словами, в том случае, если в основе возникновения трудового отношения лежит трудовой договор, он, соответственно, оформляет его, благодаря чему последнее становится трудовым правоотношением"[9].

Трудовой кодекс РФ при этом закрепляет, что прием на работу оформляется приказом (распоряжением) работодателя, изданным на основании заключенного трудового договора. Содержание приказа (распоряжения) работодателя должно соответствовать условиям заключенного трудового договора (ст. 68). Таким образом, возникновение трудового правоотношения связано именно с заключением трудового договора. Приказ (распоряжение) же о приеме на работу имеет значение технической детали, фиксирующей возникновение данного правоотношения.

Возникновение служебных (в частности, государственно-служебных) отношений основывается не на одном, а на нескольких последовательно совершаемых действиях: вначале проводится конкурс (в определенных случаях возможно и внеконкурсное замещение должности), затем издается акт о назначении гражданина на должность государственной службы, и лишь после этого заключается служебный контракт[10]. Исходя из этого, последний никак не может (по аналогии с трудовым договором) являться единственным основанием возникновения государственно-служебного правоотношения.

Именно это позволяет большинству представителей науки трудового права сделать вывод о том, что основанием возникновения государственно-служебных отношений является сложный фактический (юридический) состав. Так, Л.А. Чиканова аргументирует это следующим образом: "Акт назначения на должность сам по себе не является основанием для возникновения служебного отношения. Для возникновения служебного отношения необходимо наличие как акта назначения на должность, так и договора (служебного контракта), т.е. необходим сложный юридический состав… Согласно ст. 13 Закона о государственной гражданской службе гражданский служащий осуществляет свою профессиональную деятельность в соответствии с актом о назначении на должность и со служебным контрактом"[11].

На первый взгляд, данная модель возникновения служебных правоотношений выглядит внутренне непротиворечиво и позволяет конституировать правоотношения государственной и муниципальной службы в рамках трудовой концепции. Однако более детальный анализ законодательства показывает ошибочность изложенного подхода. Для обоснования этого представляется необходимым обратиться непосредственно к положениям Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации" и выяснить, с каким конкретно юридическим фактом законодатель связывает возникновение государственно-служебных отношений.

В соответствии с ч. 1 ст. 22 указанного Закона "поступление гражданина на гражданскую службу для замещения должности гражданской службы или замещение гражданским служащим другой должности гражданской службы осуществляется по результатам конкурса, если иное не установлено настоящей статьей". Как видно из приведенной нормы, поступление на гражданскую службу связывается с результатами конкурса, но организационно эти процедуры друг от друга отделены. Кроме того, ст. 22 устанавливает

[7] См., например: *Кеник К.И.* Основания возникновения трудовых отношений с участием государственных служащих // Правовое регулирование труда в современной России: общие положения, отраслевые институты, эффективность реализации права / Отв. ред. В.А. Абалдуев. Саратов, 2007. С. 171; *Ершова Е.А.* Правовая природа служебных отношений: вопросы теории и практики // Трудовое право. 2006. № 5; *Чиканова Л.А.* Правовое регулирование служебных отношений на государственной гражданской службе: вопросы теории и практики // Журнал росс. права. 2005. № 4; *Зайцева Г.* Служебный контракт в свете меняющегося законодательства // Бизнес-адвокат. 2005. № 15; *Афанасьев А.В.* Правовое регулирование служебно-трудовых отношений с участием сотрудников органов внутренних дел. Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 10 и др.

[8] *Бондаренко Э.Н.* Основания возникновения трудовых правоотношений. Дисс. ... доктора юрид. наук. М., 2004. С. 113, 114.

[9] Трудовое право России. Учебник / Под ред. С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова. М., 2002. С. 260, 261.

[10] В данном случае мы рассматриваем возникновение служебных правоотношений на государственной гражданской службе, так как в настоящее время реформа, намеченная в Концепции реформирования государственной службы, нашла свое законодательное закрепление только здесь.

[11] *Чиканова Л.А.* Указ. соч.

перечень случаев, когда поступление на государственную гражданскую службу допускается во внеконкурсном порядке. Следовательно, результаты конкурса на замещение вакантной должности гражданской службы или на зачисление в кадровый резерв хотя и являются обязательными для представителя нанимателя, сами по себе не становятся предпосылкой возникновения служебных отношений.

В случае замещения должности государственной гражданской службы по конкурсу он становится лишь первой частью сложного фактического состава, являющегося основанием возникновения служебного правоотношения. Поэтому вполне уместно сделать вывод, что служебные правоотношения (по крайней мере применительно к гражданской службе) могут возникать на основании либо сложных фактических составов (при замещении должности по конкурсу), либо простых юридических фактов (при внеконкурсном замещении должности).

Таким образом, непосредственно момент возникновения служебного правоотношения увязывается законодателем либо с изданием акта о назначении на должность, либо с заключением служебного контракта. Чтобы выяснить, какой же юридический факт является определяющим, рассмотрим, могут ли существовать служебные отношения на гражданской службе в отсутствие одного из них.

В целом законодатель принципиально увязывает прохождение государственной гражданской службы именно с наличием служебного контракта. В соответствии со ст. 13 вышеуказанного Закона гражданский служащий осуществляет профессиональную служебную деятельность на должности гражданской службы в соответствии с актом о назначении на должность и со служебным контрактом. Служебный контракт заключается на основе акта государственного органа о назначении на должность гражданской службы (ч. 1 ст. 26). В то же время прекращение служебного контракта неразрывно связано с прекращением государственно-служебных отношений (ст. 33). Более того, законодатель указывает ряд случаев, когда служащий на определенный период прекращает исполнение своих должностных обязанностей, однако контракт при этом не прерывается, а приостанавливается (ч. 1 ст. 39).

Правда, некоторые авторы приводят примеры, когда отношения государственной службы могут существовать и в отсутствие служебного контракта. Так, Л.А. Чиканова считает, что “прекращение служебного контракта не всегда влечет за собой прекращение гражданской службы. Например, служебный контракт может быть прекращен в связи с сокращением штата государственного органа, а служебные отношения с гражданским служащим сохранены (в частности, при направлении его на переподготовку, переквалификацию или переобучение, в кадровый резерв)”[12]. Однако представляется, что данное мнение (по крайней мере в части, касающейся направления на переподготовку или повышение квалификации) основано на неверном толковании положений Федерального закона “О государственной гражданской службе Российской Федерации”. Часть 1 ст. 31 данного Закона, допускающая возможность продолжения государственно-служебных отношений при сокращении должностей гражданской службы, ничего не говорит о необходимости при этом прекращения служебного контракта. А ч. 4 той же статьи прямо указывает, что “в случае отказа гражданского служащего от предложенной для замещения иной должности гражданской службы, в том числе в другом государственном органе, либо от профессиональной переподготовки или повышения квалификации гражданский служащий освобождается от замещаемой должности гражданской службы и увольняется с гражданской службы. В этом случае служебный контракт прекращается в соответствии с пунктом 6 части 1 статьи 33 настоящего Федерального закона”. В свою очередь, п. 6 ч. 1 ст. 11 Закона в качестве основания прекращения служебного контракта указывает именно “*отказ* гражданского служащего от предложенной для замещения иной должности гражданской службы либо от профессиональной переподготовки или повышения квалификации в связи с сокращением должностей гражданской службы”. Таким образом, прекращение служебного контракта при сокращении должностей государственной гражданской службы с одновременным направлением служащего на переподготовку или повышение квалификации невозможно по причине отсутствия оснований для этого.

Более сложен вопрос о нахождении служащего в кадровом резерве. В соответствии с ч. 1 ст. 3 вышеуказанного Закона государственная гражданская служба Российской Федерации определяется как вид государственной службы, представляющей собой профессиональную служебную деятельность граждан Российской Федерации

[12] *Чиканова Л.А.* Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика. Автореф. дисс. … доктора юрид. наук. М., 2005. С. 9.

на должностях государственной гражданской службы Российской Федерации по обеспечению исполнения полномочий федеральных государственных органов, государственных органов субъектов РФ, лиц, замещающих государственные должности Российской Федерации, и лиц, замещающих государственные должности субъектов РФ (*включая нахождение в кадровом резерве* и другие случаи). Таким образом, законодатель действительно рассматривает нахождение служащего в кадровом резерве в качестве элемента государственно-служебной деятельности. Однако возникает вопрос: как это может быть реализовано на практике и к каким ведет последствиям?

По общему правилу, включение гражданского служащего (гражданина) в кадровый резерв государственного органа для замещения должности гражданской службы осуществляется по результатам конкурса в порядке, предусмотренном ст. 22 рассматриваемого Закона. В то же время он предусматривает и иные случаи зачисления служащего в кадровый резерв.

Во-первых, согласно ст. 48 (аттестация гражданских служащих) по результатам аттестации гражданского служащего аттестационной комиссией может быть принято решение о том, что гражданский служащий соответствует замещаемой должности гражданской службы и рекомендуется к включению в установленном порядке в кадровый резерв для замещения вакантной должности гражданской службы в порядке должностного роста.

Во-вторых, служащий включается в кадровый резерв при приостановлении служебного контракта по основаниям, предусмотренным ст. 39 Закона.

И наконец, в-третьих, при освобождении гражданского служащего от замещаемой должности гражданской службы в связи с дисциплинарным взысканием он включается в кадровый резерв для замещения иной должности гражданской службы на конкурсной основе (ч. 10 ст. 58).

Существуют ли служебные правоотношения в указанных случаях? Как представляется, ответ на этот вопрос будет различным применительно к каждому из них. Так, совершенно очевидно, что служебное правоотношение имеет место при зачислении гражданского служащего в кадровый резерв по итогам аттестации. Однако в данном случае оно никак не увязывается с фактом его нахождения в резерве и обусловлено его назначением на должность государственной гражданской службы, исполнение обязанностей по которой он не прекращает и после зачисления в резерв.

В случаях, указанных в ст. 39 и 58 данного Федерального закона, служебное правоотношение также уже возникло. Прерывается ли оно в связи с приостановлением служебного контракта или при освобождении гражданского служащего от замещаемой должности? Представляется, что ответ на данный вопрос должен быть отрицательным. Смысл нормы, приведенной в ст. 39, как раз и заключается в сохранении служебного правоотношения на определенный срок и прекращается только в случаях, указанных в ч. 4 ст. 39. При освобождении служащего от замещаемой должности прекращения служебного правоотношения также не происходит. Имеет место лишь временное прекращение исполнения им своих должностных обязанностей. Однако необходимо отметить, что и в указанных случаях не прекращается не только служебное правоотношение, но и служебный контракт. Это однозначно вытекает из положений как ст. 39 и 58, так и ст. 33, 37 и 57 вышеуказанного Закона.

Принципиально иная ситуация имеет место при зачислении гражданина, не являющегося гражданским служащим, в кадровый резерв по итогам конкурса, проведенного в соответствии со ст. 22 Закона. В отличие от всех предыдущих случаев в данном случае в кадровый резерв зачисляется не гражданский служащий, а гражданин, не состоящий на государственной службе. По нашему мнению, служебное правоотношение при этом не возникает, так как сам факт зачисления гражданина в резерв еще не гарантирует ему поступления на государственную службу. Безусловно, указанное обстоятельство имеет важное, но в данном случае лишь потенциальное значение для возникновения служебного правоотношения, которое можно будет считать существующим лишь в том случае, если впоследствии указанный гражданин будет принят на гражданскую службу в соответствии с ч. 7 ст. 64 Закона.

Как же тогда быть с прямым указанием Закона на то, что под государственной службой понимаются и периоды нахождения гражданина в кадровом резерве? Полагаем, что в данном случае речь идет все же о неточности законодателя. Данное указание, на наш взгляд, призвано подчеркнуть, что служебное правоотношение не прерывается в случаях, предусмотренных ст. 39 и 58, однако оно никак не может распространяться на случаи, когда гражданин статуса государственного служащего еще не приобрел, поскольку не был назначен на конкретную должность гражданской службы. Иное толкование способно привести к абсурдным выводам, например о том, что стаж государствен-

ной гражданской службы исчисляется с момента зачисления в кадровый резерв и гражданин, пробывший в кадровом резерве 14 лет, а затем проработавший на государственной службе один год, имеет право на получение пенсии в соответствии с Федеральным законом "О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации".

По нашему мнению, в связи с этим стоило бы уточнить формулировку ч. 1 ст. 3 Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации", указав, что государственной службой считаются в том числе "*отдельные периоды* нахождения в кадровом резерве и другие случаи".

Таким образом, служебный контракт всегда прекращает действие одновременно с прекращением служебного правоотношения. Иная ситуация – с моментом заключения служебного контракта. Федеральный закон "О государственной гражданской службе Российской Федерации" совершенно четко разграничивает во временных рамках момент издания акта государственного органа о назначении на должность и момент заключения срочного служебного контракта. Хотя конкретный период времени, в течение которого представитель нанимателя обязан с момента издания акта о назначении на должность заключить с гражданским служащим служебный контракт, в Законе не обозначен (что вызвало обоснованную критику в литературе)[13], содержание ч. 1 ст. 26 свидетельствует, что служебный контракт всегда заключается *после* издания акта, одновременное совершение данных юридических действий невозможно.

Л.А. Чиканова в связи с этим задается вопросом: как поступить, если гражданский служащий, получивший назначение на должность по результатам конкурса, откажется заключать служебный контракт с тем государственным органом (представителем нанимателя), который обозначен в административном акте о назначении на должность, или вообще откажется от прохождения гражданской службы?[14] Закон о гражданской службе никакого ответа на данный вопрос не содержит. Сама же Л.А. Чиканова разрешает его следующим образом. Для начала, отказ от заключения контракта сам по себе не может повлечь прекращения возникшего государственно-служебного отношения. Для этого необходимо решение соответствующего государственного органа[15]. С этим тезисом, безусловно, можно согласиться. Кроме того, по ее мнению, в данной ситуации возможны несколько решений: "при наличии уважительной причины гражданскому служащему могла бы быть предложена соответствующая должность гражданской службы в другом государственном органе или при ее отсутствии включение его в кадровый резерв. При отказе занять соответствующую должность в другом государственном органе – уволить с гражданской службы или при наличии соответствующих оснований включить в кадровый резерв... При отсутствии уважительной причины – уволить с гражданской службы"[16].

С нашей точки зрения, предлагаемое решение ни в коей мере не соответствует логике законодательства о государственной гражданской службе.

Во-первых (и самое главное), непонятно, какая, собственно говоря, причина незаключения служебного контракта может быть признана уважительной? В приведенном примере гражданский служащий, победивший в конкурсе на замещение конкретной должности государственной службы в конкретном государственном органе, отказывается заключать служебный контракт, обязательность заключения которого предусмотрена федеральным законодательством. Никаких препятствий для исполнения им своих служебных обязанностей и заключения служебного контракта *именно в этой ситуации* не имеется. Л.А. Чиканова считает, что гражданский служащий имеет право отказаться от заключения служебного контракта, ссылаясь на ст. 37 Конституции РФ. Полагаем, что данная трактовка указанной статьи является неверной. В рассматриваемой ситуации гражданский служащий реализовывает принцип свободы труда, гарантированный ст. 37 Конституции РФ, путем участия в конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы. В силу той же статьи он имеет право отказаться от прохождения гражданской службы уже после победы в конкурсе и издания акта о назначении на должность и в таком случае подлежит увольнению[17]. Если же гражданский служащий не отказывается от прохождения граж-

[13] См.: *Осин А.А.* Содержание, форма и особенности заключения служебного контракта // Трудовое право. 2007. № 5.

[14] См.: *Чиканова Л.А.* Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика. Дисс. … доктора юрид. наук. С. 178.

[15] См.: там же.

[16] Там же. С. 178, 179.

[17] Л.А. Чиканова в своей работе не указывает, по какой именно статье Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации" в данном случае подлежит увольнению гражданский служащий. Полагаем, что наиболее подходящей является ст. 36 Закона, хотя, безусловно, буквально речь в ней идет именно о расторжении служебного контракта, а не об увольнении с гражданской службы в отсутствие такового.

данской службы, но не желает заключать служебный контракт, это его деяние, по нашему мнению, должно расцениваться как дисциплинарный проступок.

Во-вторых, не вытекающим из положений Закона является, на наш взгляд, назначение гражданского служащего, отказавшегося от заключения служебного контракта, на иную должность гражданской службы или включение его в кадровый резерв. В соответствии с п. 1 ст. 22 рассматриваемого Закона конкурс заключается в оценке профессионального уровня претендентов на замещение должности гражданской службы, их соответствия установленным квалификационным требованиям к должности гражданской службы. Вполне очевидно, что конкурс заключается в оценке соответствия претендента *конкретной* должности гражданской службы. Признание того, что гражданин соответствует конкретной должности государственной гражданской службы, отнюдь не означает, что гражданин соответствует иной должности гражданской службы, даже если речь идет об аналогичных должностях. К тому же в данной ситуации отсутствуют правовые основания назначения гражданского служащего на вакантную должность гражданской службы, так как конкурс на ее замещение вообще не проводился[18]. Что же касается включения указанного государственного служащего в кадровый резерв, то оно может осуществляться только по основаниям, строго предусмотренным Федеральным законом "О государственной гражданской службе Российской Федерации". Такого основания, как "отказ от заключения служебного контракта по уважительным причинам", Закон не предусматривает, поэтому для включения его в кадровый резерв не имеется никаких правовых оснований.

Несмотря на то что описанную Л.А. Чикановой ситуацию следует признать возможной, на практике возникновение ее, с нашей точки зрения, все же крайне маловероятно. Гораздо больший в практическом плане интерес, представляет, на наш взгляд, иная ситуация, связанная не с отказом гражданского служащего от заключения служебного контракта, а с невозможностью по причинам субъективного или объективного характера сделать это в разумные сроки после издания акта о назначении на должность. Речь может идти, в частности, о ситуации, когда гражданский служащий не успел приступить к исполнению обязанностей по должности, на которую был назначен, например, в связи с полученной в результате несчастного случая травмой.

Трудовое законодательство решает эту ситуацию однозначно: "Если работник не приступил к работе в день начала работы, установленный в соответствии с частью второй или третьей настоящей статьи, то работодатель имеет право аннулировать трудовой договор. Аннулированный трудовой договор считается незаключенным" (ч. 4 ст. 61 ТК РФ). В отличие от старой редакции ТК РФ новая не требует от работодателя выяснять уважительность причин невыхода на работу[19].

Применима ли данная норма субсидиарно к отношениям, возникающим на государственной гражданской службе? Полагаем, что нет. Акт о назначении на должность носит административно-правовой характер в том смысле, что свидетельствует о наделении гражданина особым правовым статусом, включающим в себя право действовать от имени и по поручению государства. Издание такого акта устанавливает правовую связь не только между гражданином и государственным органом, но и между гражданином и государством в целом. Поэтому отмена его возможна только по основаниям, предусмотренным гл. 6 Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации". В приведенном примере служащий может быть освобожден от замещаемой должности и уволен с гражданской службы только при наличии к тому предусмотренных Законом оснований (например, причина его невыхода на службу была неуважительной). В такой ситуации представитель нанимателя, по нашему мнению, должен издать акт об освобождении служащего от замещаемой должности гражданской службы и увольнении с гражданской службы в соответствии с п/п. "а" п. 3 ч. 1 ст. 37 вышеуказанного Закона. Служебный контракт в таком случае с ним не заключается и, соответственно, не расторгается.

Исходя из вышеизложенного, моментом возникновения служебного правоотношения в данном случае следует признать момент издания акта государственного органа о назначении гражданина на должность гражданской службы. Как совершенно справедливо отмечает А.В. Гусев, "юридическое значение правового акта государственного органа, на основе которого заключается служебный контракт, состоит в допуске

[18] Разумеется, исключением являются все те ситуации, когда должности государственной гражданской службы могут замещаться на внеконкурсной основе (п. 2–4 ст. 22 Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации").

[19] См.: *Журавлева И.В.* Комментарий последних изменений к Трудовому кодексу Российской Федерации. М., 2007.

гражданина, соответствующего законодательно установленным требованиям и прошедшего конкурсный отбор, к государственной службе"[20].

Именно с момента этого допуска он приобретает весь комплекс прав и обязанностей, закрепленных за любым гражданским служащим. Служебный контракт в данном случае призван лишь уточнить его права и обязанности по должности, особенности прохождения службы и другие условия служебной деятельности. Е.А. Ершова верно указывает, что "незаключение служебного контракта по вине работодателя может быть оспорено в суде"[21]. По нашему мнению, право требовать заключения с ним служебного контракта возникает у гражданина в силу того, что он уже является государственным служащим с момента издания акта о назначении на должность и основывается на п. 2 ч. 1 ст. 14 Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации".

Помимо вышеприведенных можно привести и другие доказательства, свидетельствующие о том, что моментом возникновения государственно-служебных отношений на государственной гражданской службе является момент издания соответствующего акта о назначении на должность, но не момент заключения служебного контракта. Как отмечалось ранее, трудовой договор – обязательное основание возникновения трудового правоотношения. В то же время трудовое законодательство в одном случае допускает возникновение трудовых правоотношений и без заключения трудового договора. В соответствии со ст. 67 ТК РФ трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. В таких случаях, хотя формально трудовой договор с работником отсутствует, фактически имеется согласие обеих его сторон, выраженное конклюдентными действиями (со стороны работодателя либо его представителя – допуск к работе; со стороны работника – начало ее выполнения). Двусторонняя правовая связь между указанными субъектами считается установленной, и у них возникают права и обязанности по отношению друг к другу.

А можно ли применить норму, предусмотренную ст. 67 ТК РФ, к служебным правоотношениям? Мы совершенно согласны с Л.А. Чикановой, которая считает, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным[22]. Служебное правоотношение (в отличие от трудового) затрагивает интересы не только его субъектов (нанимателя и служащего), но и всего общества в целом, что предопределяется публичным характером государственной (и муниципальной) службы. Конечно, не каждый государственный служащий непосредственно осуществляет функции государства, однако каждый является агентом публичной власти, и его действия в этом качестве носят общесоциальный характер. Если гражданин не был назначен на должность государственной службы в установленном законом порядке, его действия, связанные с осуществлением полномочий по данной должности, не могут считаться совершенными от имени и по поручению государства и, следовательно, не должны вызывать никаких юридических последствий. Несмотря на то что, как и в случае с трудовым договором, в данной ситуации имеется выраженное конклюдентными действиями сторон служебного контракта согласие, возникновение государственно-служебных отношений невозможно. Для их оформления необходимо, чтобы гражданин был наделен статусом государственного служащего и полномочиями действовать от имени и по поручению государства, а это возможно сделать только путем издания административного акта, но никак не путем заключения служебного контракта.

Таким образом, именно акт о назначении на должность является основанием для заключения служебного контракта. Сам же служебный контракт играет второстепенную роль. Как справедливо отмечает Э.В. Кудис, "из содержания указанной нормы нетрудно сделать вывод о соотношении акта и договора в механизме возникновения служебного правоотношения: второй носит явно подчиненный характер"[23].

В связи с этим уместно вспомнить, что Р.О. Халфина призывала отличать сложные фактические составы "от последовательных этапов, необходимых для завершения формирования модели правоотношения, его возникновения и развития"[24]. Применительно к государственной гражданской службе в настоящее время эти этапы выглядят следующим образом: 1) издание акта

[20] *Гусев А.В.* Служебный контракт на государственной гражданской службе // Южно-Уральский юрид. вестник. Архив журналов // http: // www.urvest.informpravo.ru/Uuv6(50)06/06.htm

[21] *Ершова Е А.* Указ. соч.

[22] См.: *Чиканова Л.А.* Правовое регулирование служебных отношений на государственной гражданской службе: вопросы теории и практики.

[23] *Кудис Э.В.* Государственная гражданская служба как форма реализации публичных интересов. Автореф. дисс. … канд. юрид. наук. Ростов-н/Д., 2006.

[24] *Халфина Р.О.* Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 299.

государственного органа о назначении гражданина на должность государственной гражданской службы; 2) заключение служебного контракта.

Важно отметить, что именно такой порядок возникновения служебного правоотношения является не случайным, а диктуется всей логикой государственно-служебной деятельности. Так, К.И. Кеник, обращаясь к законодательству Республики Беларусь, которое устанавливает иную (по сравнению с Федеральным законом "О государственной гражданской службе Российской Федерации") последовательность юридических фактов, являющихся основаниями для возникновения государственно-служебных отношений[25], отмечает: "Предписание Закона о госслужбе о том, что контракт является основанием для издания решения, приказа, распоряжения, иного акта соответствующего государственного органа, должностного лица, фактически не может быть реализовано… На практике акт о назначении на должность имеет место ранее, чем последующее заключение контракта"[26].

Несмотря на вышеизложенное, некоторые ученые отрицают решающее значение акта о назначении на должность для возникновения служебного правоотношения.

Так, например, Л.А. Чиканова, критикуя позицию Ю.Н. Старилова о возникновении государственно-служебных правоотношений исключительно из одностороннего административного акта, обращает внимание на следующее: "Как можно считать, что правоотношение возникает в одностороннем порядке, если на это необходимо согласие другого субъекта? Фактически в данном случае речь может идти только о соглашении, т.е. договоре, а учитывая его предмет – выполнение определенной трудовой функции (осуществление профессиональной деятельности), – именно о трудовом договоре"[27]. Нельзя не согласиться с тем, что служебное правоотношение не может возникнуть из одностороннего волеизъявления. Вместе с тем административное право, которое является базовой отраслью для служебного права, допускает существование правоотношений, основанных на двустороннем волеизъявлении и не носящих при этом договорного характера. Административно-правовые отношения "могут возникать по инициативе любой из сторон, и согласие второй стороны не является обязательным условием их возникновения"[28]. Однако это не означает, что для определенных административно-правовых отношений обязательность получения согласия второй стороны невозможна. Как отмечает Ю.М. Козлов, "определенный элемент соглашения сторон вовсе не исключается при возникновении административных правоотношений. И органы управления, и граждане, и иные участники административно-правовых отношений – активные волеизъявители, но только в процессе возникновения этих отношений"[29]. Так, например, при обращении предпринимателя в орган государственной власти с заявлением о выдаче ему лицензии на осуществление определенного вида деятельности имеет место одностороннее волеизъявление этого предпринимателя. Принятие государственным органом одностороннего административного акта о выдаче лицензии свидетельствует о возникновении административно-правового (в данном случае лицензионного) правоотношения, основанного на двустороннем волеизъявлении (предпринимателя и государственного органа). При этом данное правоотношение не носит договорного характера. Аналогичная ситуация имеет место при возникновении служебного правоотношения из акта о назначении на должность – издание такого акта возможно только при согласии обоих его субъектов. Акт о назначении на должность, бесспорно, носит властный характер, однако "властный характер административного акта нельзя понимать в том смысле, что будто бы он игнорирует волю того лица, к которому он адресован. Напротив, в подавляющем большинстве случаев административные акты совершаются с согласия или даже по прямому ходатайству тех лиц, которых они касаются"[30]. Именно такая ситуация имеет место в рассматриваемом случае.

Л.А. Чиканова приводит следующий довод с целью обоснования необходимости заключения служебного контракта для возникновения служебного правоотношения: "Заключив служебный контракт, гражданский служащий становится служащим конкретного государственного органа и приобретает дополнительные права и обязанности в соответствии с занимаемой должностью, в

[25] В соответствии со ст. 30 Закона Республики Беларусь "О государственной службе в Республике Беларусь" с гражданином, поступающим на государственную службу, заключается контракт, на основании которого должен издаваться акт о назначении на должность.

[26] *Кеник К.И.* Указ. соч. С. 171, 172.

[27] *Чиканова Л.А.* Правовое регулирование труда государственных служащих: перспективы развития // Журнал росс. права. 2000. № 3.

[28] *Солдатов А.П., Мельников В.А.* Административное право Российской Федерации. Ростов-н/Д., 2006. С. 31.

[29] Административное право. Учебник / Под ред. Л.Л. Попова. М., 2005.

[30] *Александров Н.Г.* Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 247.

том числе предусмотренные этим контрактом"[31]. Однако, во-первых, акт представителя нанимателя содержит указание на конкретную должность, на которую назначается служащий, соответственно, права и обязанности, связанные с конкретной должностью, возникают у служащего уже после издания акта о назначении (поскольку они определены должностным регламентом); во-вторых, для возникновения служебного правоотношения, собственно, не требуется быть служащим определенного государственного органа и занимать конкретную должность – это вытекает из ст. 3 Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации".

Таким образом, по нашему мнению, основанием возникновения служебного правоотношения является именно акт о назначении на должность либо сложный фактический состав, включающий в себя акт о назначении на должность, а также иные юридические факты (в частности, победу в конкурсе). При этом, с нашей точки зрения, сложный фактический состав отсутствует при назначении служащего на должность из кадрового резерва. Принципиальная разница между назначением служащего на должность по итогам конкурса (основанием возникновения служебного правоотношения является сложный фактический состав) и назначением из кадрового резерва (основанием возникновения служебного правоотношения является административный акт государственного органа) заключается в том, что в первом случае имеется непосредственная связь между конкурсом на должность и изданным актом, во втором же эта связь носит косвенный характер. В соответствии с п. 21 Положения о конкурсе на замещение вакантной должности государственной гражданской службы Российской Федерации от 1 февраля 2005 г. "решение конкурсной комиссии... является основанием для назначения его (кандидата. – *Прим. авт.*) на вакантную должность гражданской службы либо отказа в таком назначении". Указанная норма имеет императивный характер, и рассматриваемые события основываются на едином волевом основании. В случае же с назначением гражданина на должность из кадрового резерва имеются два автономных события: решение о зачислении в кадровый резерв и решение о назначении его на конкретную должность.

Так или иначе административный акт о назначении на должность – обязательное и наиболее важное основание возникновения служебного правоотношения. Это вполне соответствует всей концепции административно-правового регулирования. Р.О. Халфина отмечала, что "для отношений, регулируемых различными отраслями права, характерно и соотношение отдельных видов юридических актов в возникновении и развитии соответствующих правоотношений. Так, для административного, финансового, земельного права характерно преимущественное значение административного акта. Отношения трудового права возникают на основании трудового договора, хотя и здесь в некоторых случаях известную роль играет административный акт"[32].

Указанная позиция была нами обоснована на примере государственной гражданской службы, но, представляется, принципиально она верна и для других видов служебной деятельности. Федеральный закон "О государственной гражданской службе Российской Федерации" – первый из принятых в рамках реформирования системы государственной службы и, несмотря на свои недостатки, он наиболее полно отражает перспективную модель регулирования служебных правоотношений. В настоящее время некоторые действующие нормативные акты о государственной службе устанавливают иной порядок замещения государственных должностей. Однако, по нашему мнению, новые законодательные акты о государственной правоохранительной и государственной военной службе, принятие которых планируется в ближайшие годы, должны базироваться на тех же принципах.

[31] *Чиканова Л.А.* Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика. Автореф. дисс. … доктора юрид. наук. С. 10.

[32] *Халфина Р.О.* Указ. соч. С. 294.