

JUHLAJULKAISU

ANTTI SUVIRANTA

1923 • 30/11 • 1993

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Gummerus Kirjapaino Oy
Jyväskylä 1993

ISSN 0356-7222
ISBN 951-855-132-4

Outi Suviranta

Perusoikeuksien ulottuvuudesta virkamiesten virkatoimintaan

1. Kysymyksenasettelu

Perusoikeuksien yleisten oppien ongelmia ovat muun muassa perusoikeuksien henkilöllinen ulottuvuus ja perusoikeuksien rajoittamismahdollisuudet. Perusoikeuksien henkilöllisellä ulottuvuudella ymmärretään tällöin niiden henkilöiden piiriä, joille perusoikeussäännökset tuovat etuja tai suojaa. Rajoitusmahdollisuudet puolestaan viittaavat tilanteisiin ja menettelyihin, joissa tai joita noudattaen pääsäännön mukaisesta perusoikeussuojasta saatetaan oikeusjärjestyksen mukaan tinkiä.

Suomen perusoikeusjärjestelmän kokonaisuudistusta pohtineen perusoikeuskomitean mietinnössä nykyisen perusoikeusjärjestelmän pääpiirteiden selostaminen on tiivistetty neljään lyhyeen jaksoon. Nämä jaksot koskevat perusoikeussuojan henkilöllisen ulottuvuuden ja perusoikeuksien rajoittamisen ohella perusoikeuksien sitovuuden kohdistumista ja perusoikeuksien valvontaa. Samankaltaista jaottelea käytetään myös ehdotetun perusoikeusuudistuksen yleistä rakennetta esitellessä.¹

Perusoikeuskomitean mietinnössä eräiden henkilöryhmien perusoikeuksien rajoittamista käsitellään perusoikeuksien henkilöllisen ulottuvuuden tarkastelemisen yhteydessä. Nykyisen perusoikeussuojan henkilöllisestä ulottuvuudesta todetaan ensin, että perusoikeudet ovat luonteeltaan yleisiä ja että kaikilla kansalaisilla on yhtäläinen oikeus nauttia niiden tarjoamasta suojasta. Tämän jälkeen otetaan esille se, että sotapalveluksessa olevat ovat hallitusmuodon 16 §:n

¹ Ks. Komiteanmietintö 1992:3 Perusoikeuskomitean mietintö (KM 1992:3) s. 60–64 ja 88–154.

perusteella muista kansalaisista poikkeavassa asemassa. Heidän perusoikeuksiansa välttämättömistä *rajoituksista* on mahdollista säätää lailla.²

Komitean uudistusehdotusta esiteltäessä erityistä vallanalaisuussuhdetta ja laitosaltaa tarkastellaan puolestaan omana jaksonaan perusoikeuksien henkilöllistä ulottuvuutta käsiteltäessä. Tuossa jaksossa todetaan, että Suomessakin on aikaisemmin pidetty mahdollisena rajoittaa tietyn ihmisryhmän perusoikeuksia erityisen vallanalaisuussuhteen perusteella. Yhtenä tällaisena henkilöryhmänä mainitaan virkamiehet. Komiteanmietinnön mukaan sekä oikeuskäytännössä että oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin jo 1960-luvun lopulta asti varsin yksimielisesti torjuttu perusoikeusrajoitusten perustuminen erityiseen vallanalaisuussuhteeseen. Yhteenvetona nykyisestä tilanteesta todetaan: "Siten esimerkiksi vankien ja virkamiesten perusoikeuksien rajoittaminen edellyttää nykyisen käsityksen mukaan lakia, jonka säätämisjärjestys riippuu rajoituksen sisällöstä ja asteesta." Myös ehdotetun perusoikeusuudistuksen mukaan kaikki henkilöryhmät olisivat perusoikeusturvan suhteen periaatteessa yhdenvertaisessa asemassa. "Jos rajoituksia joiltakin osin tarvitaan, tulee niiden hyväksyttävyyden arvioitavaksi tavanomaisten rajoitusedellytysten mukaan," komiteanmietinnössä todetaan.³

Perusoikeuksien siis tulisi sekä nykyisen että ehdotetun perusoikeusjärjestelmän mukaan ulottua virkamiehiin samalla tavalla kuin muihinkin ihmisiin. Virkamiesten perusoikeuksien kaventaminen puolestaan olisi mahdollista vain siinä järjestyksessä ja samankaltaisilla edellytyksillä kuin muidenkin henkilöiden perusoikeuksien rajoittaminen tai niistä poikkeaminen.

Oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin ollut esillä tilanteita ja tapauksia, jotka tekevät edellä esitetyt yleiset lausumat ongelmallisiksi. Näissä tapauksissa näyttäisi nimittäin siltä, että joko virkamiehen perusoikeudet eivät sittenkään ulotu kaikkeen hänen toimintaansa tai että virkamiehen perusoikeuksia voidaan ainakin kaventaa tavanomaisesta poikkeavalla tavalla. Tapaukset liittyvät lähinnä virkamiehen toimintaan virassa, johon tässä artikkelissa on myös tarkoitus keskittyä.⁴

2 KM 1992:3 s. 60.

3 KM 1992:3 s. 109.

4 Yleisesti virkamiehen perusoikeuksista oikeuskäytännössä, -kirjallisuudessa ja valtion virkamieslakia valmistelleen julkishenkilöstön oikeusasemakomitean mietinnössä ks. *Paavo Reinikainen*: Eräitä näkökohtia virkamiehen perusoikeuksista. Oikeus 1980 s. 30–34. Ks. myös *Niklas Bruun – Olli Mäenpää – Kaarlo Tuori*: Uusi virkamiesoikeus. Keuruu 1988, erityisesti s. 109–114 ja 120–121.

Esimerkki ehkä selventää asiaa: Helsinki-Vantaan lentoasemalla nauhoitettiin rutiininomaisesti lennonjohtopuhelimista, yleisölle tarkoitetuista tiedustelupuhelimista ja pelastuspalvelupuhelimista puhutut ja näihin puhelimiin otetut puhelut. Ohjeet nauhoittamisesta ja nauhojen kuuntelemisesta olivat ilmailuhallituksen antamia. Puhelimet oli tarkoitettu virkapuheluille, mutta nauhoitetuiksi saattoi tulla sekä virkapuheluja että yksityispuheluja. Tällainen tilanne oli valtioneuvoston oikeuskanslerin päätöksen N:o 1375/7.3.1983 taustalla.⁵

Oikeuskanslerin päätöksen perusteluissa todetaan, että kuunnellut puhelimet olivat virkapuhelimia. Perustelut jatkuvat seuraavasti: "Koska yksityisiä asioita kaikesta huolimatta puhutaan lentoaseman puhelimista ja puhelimiin, on ilmailuhallitus antanut ohjeet sen varmistamiseksi, ettei nauhoituksia asiattomasti kuunnella ja puhelinsalaisuutta siten loukata."⁶ Lainauksen alkuosasta voitaneen tehdä se vastakohtaispäätelmä, ettei virkapuheluja nauhoittamalla ja kuuntelemalla voitaisi oikeuskanslerin mukaan lainkaan loukata puhelinsalaisuutta. Vain "yksityisiä asioita" sisältäviä puheluja nauhoittamalla ja kuuntelemalla saatetaan loukata puhelinsalaisuutta. Näyttäisi myös siltä, että virkapuhelujen jäämistä perustuslaillisen suojan ulkopuolelle on tässä oikeuskanslerin päätöksessä pidetty itsestään selvänä tai jollakin tavoin asian luonnosta johtuvana.

Mikael Hidén on tätä oikeuskanslerin ratkaisua kommentoidessaan ohimennen todennut lähtevänsä siitä, että myös virkapuhelut ovat puhelinsalaisuuden suojan piirissä. Hidén lisää, että "tästä ehkä voitaisiin olla eri mieltä". Kysymykseen ei ole tuossa Hidénin artikkelissa sen enempää paneuduttu.⁷

Tässä artikkelissa tarkastellaan kolmen esimerkin avulla eräitä tapoja, joilla tämänkaltaisia virkamiehen perusoikeuksien ja hänen virkatoimintansa välisiä jännitteitä on suomalaisessa ja saksalaisessa lainopissa lähestytty. Artikkelin lopussa hahmotellaan sitä, miten perusoikeusjärjestelmän ehdotetun kokonaisuudistuksen toteuttami-

5 Päätöstä ei ole otettu oikeuskanslerin vuosikertomukseen. Päätös selostetaan tekstissä esitettyä tarkemmin ja sitä arvioidaan kriittisesti artikkelissa *Mikael Hidén: Perusoikeuksien ottamisesta vakavasti*. Juhlajulkaisu Jaakko Pajula I. Keuruu 1989, s. 129–136.

6 Ks. mas. 131.

7 Mas. 131. Toisissa yhteyksissä Hidén tarkastelee laitosvallan, jota käsitettä hän käyttää erityisen vallanalaisuussuhteen synonyymina, merkitystä tai oikeastaan merkityksettömyyttä perusoikeuksien ulottuvuudelle. Ks. *Mikael Hidén: Kirjeenvaihdon vapaus ja laitokset*. I. JFT 1969 s. 244–258; *sama: Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa*. Oikeustiede Jurisprudentia I 1971 s. 1–117 (*Hidén, Oikeustiede*), erityisesti s. 44–48. Virkamiesten virkatoimintaa ei havaitakseni näissä yhteyksissä tarkastella.

nen mahdollisesti vaikuttaisi tilanteeseen ja millaisista aineksista voitaisiin koota malli, jonka avulla jännitteitä olisi mahdollista lainopissa käsitellä.

2. Kotimaiset esimerkit

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa virkamiehen perusoikeuksien ja hänen virkatoimintansa tai virkatehtäviensä välisiä jännitteitä on tarkasteltu lähinnä tiettyyn perusoikeuteen liittyen. Eniten lienee käsitelty virkamiehen uskonnonvapauteen ja vakaumuksensuojaan sekä virkamiehen ilmaisuvapauteen liittyviä kysymyksiä.

Ensimmäiseksi esimerkiksi kotimaisesta lainopista otetaan *Timo Konstari*n monografia virkamiehen ilmaisuvapaudesta.⁸ Miten Konstari tutkimuksessa käsitellään virkamiehen virkatoiminnan ja perusoikeuksien välistä jännitettä?

Pääpaino tutkimuksessa on virkamiehen viran ulkopuolisen toiminnan tarkastelussa ja sen selvittelyssä, miten laajasti virkamies voi kritisoida oman virastonsa toimintaa. Perusoikeuksien ja virkamiehen varsinaisten virkatehtävien väliset jännitteet jäävät vähemmälle huomiolle.

Konstari toteaa virkamiehen perusoikeuksista yleisesti, ettei esimerkiksi virkamiesasema merkitse jäämistä perusoikeussuojan ulkopuolelle. Yleisellä tasolla tuodaan kuitenkin edelleen esille, että virkamiehen virkamiesominaisuuden ja kansalaisominaisuuden yhteensovittaminen on vaikeaa. Virkamiehen vakaumuksen suojaan liittyviä tulkintakysymyksiä käsiteltäessä todetaan vielä, että "(k)äytännössä jouduttaisiin ilmeisesti kestävämpiin tilanteisiin, mikäli virkamiehet vakaumukseensa vedoten voisivat kieltäytyä milloin minkäkin virkatehtävän suorittamisesta".⁹

Konstari siis selvästi toteaa, että virkamiesten virkatehtävien ja perusoikeuksien yhteensovittamiseen liittyy ongelmia. Hän tuo myös esille joitakin konstruktioita tai oppeja, joilla lainopissa ja oikeuskäytännössä on pyritty selittämään perusoikeuksien väistymistä (muun muassa) tämäntapaisissa tilanteissa. Tällaisia oppeja ovat yleisesti hylätyn erityisen vallanalaisuuden konstruktion lisäksi suostumuskonstruktio ja laintasoiseen tavanomaiseen oikeuteen vetoaminen.

⁸ *Timo Konstari*: Virkamiehen ilmaisuvapaus. Vammala 1986.

⁹ Ks. mts. 19, 21 ja 49.

Konstari kritisoi näitä selitystapoja, vaikka ei perusoikeuden väistymisestä tai kaventamisesta välttämättä olekaan eri mieltä. Tämä käy ilmi esimerkiksi Konstarin käsitellessä korkeimman hallinto-oikeuden päätöstä, joka koski kaupunginsairaalan synnytys- ja naistentautien osaston apulaislääkärin erottamista virasta sillä perusteella, että hän uskonnolliseen vakaumukseensa vedoten kieltäytyi suorittamasta sosiaalisin perustein myönnettyjä raskauden keskeytyksiä. KHO katsoi, ettei sairaalalautakunta ollut irtisanomisesta päättäessään mennyt toimivaltaansa ulommaksi. Tapausta oikeuskirjallisuudessa kommentoitaessa sen oli nähty heijastavan oppia perusoikeuksista luopumisesta: suostuessaan virkaan nimittämiseen virkavelvollisuuksista tietoisena virkamies olisi samalla luopunut perusoikeuksistaan tältä osin. Konstari toteaa ”tällaisen perustelun valtiosääntöoikeudelliselta kannalta ongelmalliseksi, vaikka KHO:n ratkaisussaan omaksuma kanta sinänsä vaikuttaakin tarkoituksenmukaiselta”.¹⁰

Miten sitten ”tarkoituksenmukaiselta vaikuttavia” ratkaisuja, jotka merkitsevät esimerkiksi virkamiehen jonkin perusoikeuden väistymistä, tulisi tai voitaisiin lainopissa perustella? Tähän kysymykseen Konstari ei vastaa. Hän ei ilmeisesti näe vastauksen antamista edes lainopin tehtäväksi. Värikkääseen tapaansa Konstari kirjoittaa: ”Oikeustieteen tehtävänä ei ole etsiä uusia perusteluja kestävämmän laitosaltaopin sijaan. Kun tämä perusoikeussuojan perivihollinen on kerran saatu upotetuksi syvyyksiin, ei ole paikallaan, että heti perään lasketaan pelastusvene, jonka kylkeen on tekstattu ’tapaoikeus’.”¹¹

Virkamiehen perusoikeuksien ulottuvuuteen olisi Konstarin tutkimuksessa saatettu yleisellä tasolla ottaa kantaa myös tarkasteltaessa virastojen tiedotustoiminnasta huolehtivien virkamiesten oikeusasemaa. Ministeriöiden työjärjestyksissä on määräyksiä, joiden mukaan tiedotteista, joilla ministeriön tärkeä kannanmääritys julkaistaan, on neuvoteltava etukäteen ministerin tai kansliapäällikön kanssa. Käytännössä tämä merkitsee etukäteisen hyväksymisen vaatimista. Konstari toteaa, että työjärjestysmääräykset eivät tavallisesti ”koske virkamiehen oikeutta esittää julkisuudessa henkilökohtaisia käsityksiään ja mielipiteitään”. Työjärjestysmääräysten ensisijaisena tarkoituksena on sen turvaaminen, että ”virallista kannanmuodostusta

10 Ks. mts. 42–54, lainaus s. 49, viittaus oikeustapaukseen KHO 17.1.1977 T 107.

11 Mts. 54.

koskevan ulkoisen tiedotustoiminnan langat pysyvät viraston johdon käsissä". Konstari jatkaa: "Vaikka määräykset merkitsevätkin virkamiehen ilmaisuvapauden sääntelyä, ne eivät ole yksioikaisesti katsottavissa HM 10 §:n vastaisiksi." Määräysten perustuslainmukaisuutta arvioitaessa huomiota on kiinnitettävä siihen, säännelläänkö viranomaisen kannanotoista tiedottamista vai virkamiehen omien käsitysten ja mielipiteiden esittämistä.¹²

Virkamiehen ilmaisuvapaus ulottuu siten selvästi virkamiehen omien käsitysten ja mielipiteiden esittäminen. Näyttäisi lisäksi siltä, että Konstarin mukaan virkamiehen (perusoikeutena suojattu) ilmaisuvapaus ulottuu myös virkamiehen toimintaan hänen muotoillessaan viraston virallisia kantoja: myös tähän liittyvät määräykset merkitsevät virkamiehen ilmaisuvapauden sääntelyä. Se, että kysymys on virkatoiminnasta eikä virkamiehen henkilökohtaisista kannanotoista, tekee kuitenkin mahdolliseksi toiminnan sääntelyn ja samalla ilmaisuvapauden kaventamisen työjärjestysmääräysten tasolla. Rajoitusmahdollisuuden perusteita Konstari ei sen enempää analysoi. Taustalla lienee jälleen tarkoituksenmukaisuus. Hyväksyttyinä tarkoituksena puolestaan lienee juuri viraston virallista kannanmuodostusta koskevien lankojen pitäminen viraston johdon käsissä.

Toiseksi esimerkiksi kotimaisesta lainopista otetaan *Martin Scheininin* tapa tarkastella yksilön oikeutta kieltäytyä vakaumuksensa perusteella jostakin hänelle muutoin kuuluvasta velvollisuudesta ja erityisesti virkamiehen oikeutta kieltäytyä tällä perusteella virkatehtävistään. Pääpaino Scheininin tarkasteluissa on toisaalta asevelvollisuuden ja vakaumuksen välisessä ristiriidassa ja toisaalta uskonnonvapauden toteutumisessa kouluissa. Virkamiesten oikeusasemaa lähinnä vain sivutaan joissakin kohdissa.¹³

Scheininin tarkastelujen taustalla tai niiden lähtökohtana on useita korkeimman hallinto-oikeuden ja eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisuja, joissa henkilön vakaumuksen ei ole katsottu vaikuttavan hänen velvollisuuksiinsa, vaikka velvollisuudet ovat olleet ristiriidassa henkilön vakaumuksen kanssa. Virkamiehen virkavelvollisuuksiin liittyneet tapaukset koskivat lähinnä uskonnollisen va-

12 Mts. 68–70.

13 *Martin Scheinin: Aseistakieltäytymisoikeus*. 2. painos. Helsinki 1988 (*Scheinin*), erityisesti s. 58–60; *sama: The Right to Say "No"*, ARSP Vol. 1989 LXXV/Heft 3, s. 345–356 (*Scheinin ARSP*); *sama: Uskonnonvapaus Suomen kouluissa*, Oikeustiede Jurisprudencia XXII 1989 s. 283–331 (*Scheinin, Oikeustiede*), erityisesti s. 304–305 ja 322–323.

kaumuksen suhdetta toisaalta lääkäreiden tai muun terveydenhuoltohenkilöstön virkatehtäviin kuuluneisiin velvollisuuksiin suorittaa raskauden keskeytyksiä tai antaa ehkäisyneuvontaa ja toisaalta opettajien ja lastentarhanopettajien velvollisuuksiin osallistua aamuhartauksiin ja koululaisjumalanpalveluksiin tai jouluun ja muihin uskonnollisiin juhlisiin valmistautumiseen.

Scheinin on pyrkinyt kehittämään oikeudellisesti kestäviä kriteerejä, joiden perusteella tai avulla vakaumuksen suojaan perustuvan kieltäytymisoikeuden rajoja voitaisiin vetää yksittäisissä ratkaisutilanteissa. Tarkastelujen tuloksena ei esitetä mitään yhtä yleistä sääntöä, jonka perusteella vakaumuksen ja velvollisuuksien välinen ristiriita voitaisiin ratkaista. Sen sijaan esitetään seikkoja, jotka konkreettisissa tilanteissa puhuvat kieltäytymisoikeuden puolesta tai sitä vastaan.

Toisten henkilöiden oikeuksien turvaaminen, velvollisuuksien johtuminen asemasta, joka perustuu vapaaehtoisuuteen, ja velvollisuuden säädösperustan selkeys puhuvat sen vaatimuksen puolesta, että velvollisuus tulee täyttää. Kieltäytymisoikeuden puolesta puolestaan puhuvat Scheinin mukaan "mahdollisuus ratkaista omantuntonkonflikti hallinnollisin järjestelyin, henkilön aseman tai vaaditun teon eettinen herkkyys sekä teon korkea omakohtaisuuden aste ja kiinteä yhteys vakaumukseen". Lisäksi jos vaadittu teko on luonteeltaan uskonnon harjoittamista tai velvollisuus perustuu vain lakia alemmanasteisiin normeihin, punnintaa ei tarvittaisi, vaan yksin tämä seikka riittäisi oikeuttamaan velvollisuudesta kieltäytymisen. Virkamiehen kieltäytymisoikeudesta Scheinin toteaa erikseen, että "virkamiehellä voi olla hallitusmuodon uskonnonvapaussäännösten (8 ja 9 §) ja kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen omantunnonvapausartiklan (18 art.) nojalla oikeus kieltäytyä vakaumustaan loukkaavista virkatehtävistä silloin, kun nämä eivät ole pysyvästi olennainen ja keskeinen osa itse viran hoitoa."¹⁴ Myös virkamiehen virkaan nimitettäessä antamalla suostumuksella näyttäisi Scheininin tarkasteluissa olevan merkitystä perusoikeuksien syrjäytymisen perusteena, milloin vakaumus joutuu ristiriitaan keskeisten virkatehtävien kanssa.¹⁵

Mitä Konstarin ja Scheininin tavoista lähestyä virkamiehen virkavelvollisuuksien ja hänen perusoikeuksiensa välisiä jännitteitä sitten voitaisiin yleisesti sanoa?

¹⁴ Scheinin s. 59-60; sama, Oikeustiede s. 305 alaviite 70.

¹⁵ Ks. Scheinin ARSP s. 349.

Konstarin tutkimuksessa havaitaan, että lainopissa vakiintuneena pidetty käsitys, jonka mukaan perusoikeudet ulottuvat virkamiehiin, ei ehkä täysin vastaa todellisuutta. Tätä havaintoa ei kuitenkaan nimenomaisesti tuoda julki. Konstari näyttää vain hyväksyvän sen, että virkamiehen perusoikeudet väistyvät eräiden virkamiehen velvollisuuksien tieltä, vaikka velvollisuudet eivät perustu sillä tasolla ja tarkkuudella annettuihin säännöksiin, jolla perusoikeuksien rajoituksista yleensä edellytetään säädettävän. Ratkaisujen hyväksyttävyyttä ei erityisesti pyritä perustelemaan. Niitä vain pidetään esimerkiksi tarkoituksenmukaisina. Yleisempien lainopillisten perustelujen esittämistä vierastetaan. Upotetun erityisen vallanalaisuuden konstruktion rippeitä ei tule minkään pelastusveneen avulla ryhtyä pelastamaan. Konstarin kielikuvaa jatkaen lainopilliseksi ongelmaksi on kuitenkin jäänyt se, että nämä rippeet ovat jääneet kellumaan: Konstari hyväksyy sen, että velvollisuudet syrjäyttävät eräissä tilanteissa perusoikeudet. Yleisten oppien tasolla nämä kelluvat osaset säilyttävät helposti luonteensa erityisen vallanalaisuuden jäänteinä, ellei niitä käytetä toisten oppien rakennuspuiksi.

Scheinin puolestaan etsii virkamiehen vakaumuksensuojan ja virkatehtävien yhteensovittamista koskevaan ongelmaan pragmaattista ratkaisua¹⁶, joka korostaisi tämän perusoikeuden merkitystä enemmän kuin aikaisempi oikeuskäytäntö. Tulkinnan lähtökohtana on perusoikeudelle annettava suuri painoarvo. Perusoikeuden suojan rajoja konkretisoidaan sitten todellisuuteen ja tosiasiallisiin mahdollisuuksiin liittyvin eikä esimerkiksi systemaattisin, oikeusjärjestelmän rakenteeseen liittyvin perustein.

3. Saksalainen esimerkki

Saksalaisessa lainopissa erilaisilla opeilla ja oikeudellisilla konstruktiolla on tunnetusti huomattavasti keskeisempi asema kuin meillä. Myös oikeusjärjestelmän esillä olevan osan – siis virkamiehen perusoikeuksien ja hänen virkavelvollisuuksiensa ”leik-
kausalueen” – rakennetta on Saksassa yleisellä tasolla pyritty jä-

16 Scheinin puhuu itse omatuntokonfliktien pragmaattisesta ratkaisusta, ks. *Scheinin* s. 3 ja 58–59.

senttämään eri tavoin. Seuraavassa otetaan esille *Josef Isenseen* virkamiehen perusoikeuksien ulottuvuudesta esittämä malli.¹⁷

Isensee tarkastelee perusoikeuksien vaikutusta virkamiehen oikeudelliseen asemaan erikseen kolmella alueella. Nämä alueet ovat *der Bereich des Amtes, das Dienstverhältnis* ja *der Privatbereich*. Oikeudelliset ongelmat, joissa virkamiehen velvollisuudet ja perusoikeudet näyttävät joutuvan ristiriitaan, voidaan siis ryhmitellä kolmeen ryhmään tai sijoittaa kolmelle alueelle: a) virkaan tai virkatehtäviin liittyviin, b) virkasuhteeseen liittyviin ja c) virkamieheen yksityishenkilönä liittyviin ongelmiin.

Ensimmäiselle alueelle kuuluvat ongelmat, jotka liittyvät kiinteästi itse virkaan tai virkamieheen julkisten tehtävien täytäntöpanijana. Tähän ryhmään kuuluisi esimerkiksi Konstarinkin tutkimuksessa sivuttu kysymys, mikä on virkamiehen ilmaisuvapauden merkitys hänen laatiessaan tiedotteita viraston kannanotoista. Virkasuhteeseen liittyvillä ongelmilla puolestaan viitataan sellaisiin tilanteisiin, joihin virkamies voi joutua nimenomaan virkasuhteensa vuoksi, mutta joissa hän ei kuitenkaan toimi sillä tavoin organisaationsa puolesta, että hänen toimintansa (automaattisesti) luettaisiin kyseisen organisaation "tiliin". Esimerkki voidaan jälleen ottaa virkamiehen ilmaisuvapauden liittyvistä ongelmista. Mikä on virkamiehen ilmaisuvapauden merkitys tilanteessa, jossa virkamies esittää julkisuudessa omia kriittisiä käsityksiään virastonsa tai esimiestensä toiminnasta tai päätöksistä? Virkamiehen "yksityisalueella" puolestaan liikutaan silloin, kun virkamiehen toiminnalla ei näytä olevan lainkaan yhteyttä hänen virkaansa. Onko virkamiesasemalla mitään merkitystä esimerkiksi sellaisen tilanteen perusoikeudelliselle arvioinnille, jossa opetusministeriön virkamies arvostelee yleisönosastokirjoituksessa hallituksen toimettomuutta alkuperäisluonnnon säilyttämiseksi?

Toisen ja kolmannen ryhmän tilanteiden osalta Isenseen käsitykset eivät rakenteellisesti poikenne meillä yleisesti esitetyistä käsityksistä: Virkamies on näillä alueilla perusoikeuksien subjekti. Perusoikeuksien ja virkamiehelle virkasuhteesta johtuvien velvollisuuksien välisiä jännitteitä oikeudellisesti tarkasteltaessa joudutaan suoritta-

17 Lähteenä on käytetty teoksessa *Ernst Benda – Werner Maihofer – Hans-Jochen Vogel* (herg): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin 1983, olevaa Isenseen kirjoittamaa julkishenkilöstöä koskevaa osuutta (*Öffentlicher Dienst*), erit. s. 1187–1190 (*Isensee*). Ks. myös *Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III/1*. München 1988, s. 1385–1387.

maan punnintaa eri intressien välillä ja arvioimaan perusoikeuksien rajoitusmahdollisuuksia.¹⁸

Ensimmäisen ryhmän tilanteet, joissa siis perusoikeusnormit näyttäisivät soveltuvan virkamiehen toimintaan hänen hoitaessaan virkatehtäviään, eivät ole perusoikeuksien ulottuvuuden kannalta yhtä yksiselitteisiä. Isensee on sillä kannalla, että virkamies ei tällä alueella olisi Saksan oikeuden mukaan lainkaan perusoikeusnormien subjektina. ("Der Beamte als Amtswalter ist nicht grundrechtsfähig.") Siten esimerkiksi puhelinsalaisuus ei perusoikeussäännösten takaa- mana ulottuisi lainkaan virkapuheluihin, perustuslain mukainen kotirauhan suoja ei voisi aktualisoitua virkamiehen työhuoneeseen liittyen ja virkamiehen mielipiteenvapaus jäisi kokonaan syrjään hänen laatiessaan virastonsa virallisia kannanottoja.¹⁹

Isenseen jaottelua ei luonnollisesti voida sellaisenaan siirtää Suomen oikeuteen. Suomalaisesta oikeuskäytännöstä on kuitenkin löydettävissä kannanottoja, jotka näyttäisivät vastaavan käsitystä, jonka mukaan virkamiehen perusoikeudet eivät ulotu virkamiehen toimintaan virassa, siis Isenseen jaottelun ensimmäiselle alueelle. Artikkelin alussa oli jo esillä puhelujen nauhoittamiseen lentoasemalla liittynyt tapaus. Oikeuskanslerin perustelut saattoi tuossa tapauksessa ymmärtää siten, ettei virkapuheluita nauhoittamalla ja kuuntelemalla voitaisi lainkaan loukata puhelinsalaisuutta.

Myös eduskunnan oikeusasiamiehen erään vuonna 1977 antaman päätöksen²⁰ perusteluissa on jakso, jonka taustalla lieenee Isenseen mallia vastaavia ajatuksia. Tapauksessa oli kysymys kirkkoon kuulumattoman opettajan velvollisuudesta osallistua aamuhartauksiin, päivänavauksiin ja koululaisjumalanpalveluksiin. Nämä virkatehtävät olivat opettajan käsityksen mukaan hänen uskonnollisen vakauksensa vastaisia. Tarkasteltuaan toisaalta kouluja koskevaa lainsäädäntöä ja toisaalta uskonnonvapauteen liittyvää lainsäädäntöä oikeusasiamies päätyy siihen kantaan, ettei opettaja voinut uskonnonvapautta koskeviin säännöksiin vedoten kieltäytyä virkatehtävistään.

Tämän kannan toteamisen jälkeen päätöksen selostaminen oikeusasiamiehen kertomuksessa jatkuu seuraavasti: "Tästä kannan-

18 Näiden ryhmien eroja ja näihin ryhmiin liittyviä tilanteita ei tässä yhteydessä käsitellä tämän enempää. Tämän artikkelin kohde, virkamiesten virkatoiminta, liittyy nimienomaan ensimmäiseen ryhmään.

19 Isensee s. 1188.

20 EOAK 1977 s. 107–110.

otostani erillinen oli kysymys siitä, voitiinko sellaisten lainsäädännössä asetettujen virkavelvollisuuksien, jotka sisälsivät osallistumisen jonkin uskonnollisen yhdyskunnan tilaisuuksiin, katsoa olevan sopusoinnussa uskonnonvapauden kanssa, sellaisena kuin tämä käsite yhteiskunnassamme nykyisin ymmärrettiin. Niin kuin olin edellä jo todennut, hallitusmuoto turvasi uskonnonvapauden vain uskonnon harjoittamisen osalta ja siten, että uskonto ei saanut vaikuttaa kansalaisten oikeuksiin ja velvollisuuksiin *kansalaisina*. *Se, haluttiinko uskonnollista vakaumusta kunnioittaa myös sillä tavoin, että virkamiehen virkavelvollisuuksiin ei liitetä tehtäviä, jotka saattoivat olla ristiriidassa hänen vakaumuksensa kanssa, oli lainsäätäjän harjinnasta riippuva asia*, mihin en toimivaltani puitteissa voinut ottaa kantaa.²¹

Edellä olevan lainauksen kursivoidun osan taustalla voitaneen nähdä seuraavan kaltaisia oikeusjärjestelmän rakenteeseen liittyviä ajatuksia: Hallitusmuoto turvaa uskonnonvapauden kansalaisille. Tämä perusoikeussuoja ulottuu virkamiehiin kansalaisina, ei virkamiehinä. Siten virkamiehen virkaan liittyvät velvollisuudet ovat eri asemassa kuin kansalaisen velvollisuudet. Hallitusmuodon uskonnonvapautta koskevat säännökset eivät vaikuta siihen, millaisia tehtäviä ja missä järjestyksessä virkamiehelle virkaan liittyvinä voidaan säätää tai määrätä. – Tällaiset ajatukset sopivat yhteen sen Isenseen käsityksen kanssa, etteivät perusoikeudet ulotu virkamiehen toimintaan virassa.²²

4. Ulottuvatko virkamiehen perusoikeudet hänen virkatoimintaansa?

Perusoikeuksia yleisesti tarkasteltaessa kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ja komiteanmietinnöissä on korostettu perusoikeuksien ulottumista virkamiehiin. Olisiko edellä esillä olleiden oikeuskäytän-

21 EOAK 1977 s. 110, kursivointi lisätty.

22 Oikeusasiamiehen kannanottoa on tässä luettu pitäen silmällä vain perusoikeuksien henkilöllistä ulottuvuutta. Vähintään yhtä merkittävä lienee kannanoton taustalla ollut käsitys uskonnonvapauden laajuudesta. Tämän käsityksen mukaan oikeus harjoittaa uskontoa kuului perusoikeutena turvattuun uskonnonvapauteen, ei sen sijaan oikeus olla sitä harjoittamatta. Esillä olleissa tilanteissa ei ollut ollut lainkaan kysymys siitä, että opettajia olisi kielletty harjoittamasta uskontoa. Tämän oikeusasiamiehen päätöksen jälkeen perustuslakivaliokunta on selvästi tulkinnut uskonnonvapautteen kuuluvan myös oikeuden olla harjoittamatta uskontoa. Ks. PeVL 12/1982 vp ja esim. *Scheinin* s. 48–50.

nön ja osittain oikeuskirjallisuudenkin kannanottojen perusteella kuitenkin tehtävä se johtopäätös, että virkamiehen toiminta virassa muodostaa "perusoikeusvapaan vyöhykkeen"? Vastaukseni tähän kysymykseen on selvä ei. Virkamies ei ole jaettavissa kahteen toisistaan riippumattomaan osaan, joista toinen muodostaisi vain hallintokoneiston rattaan, ilman omaatuntoa, kunniaa ja ehkä henkeäkin. Perusoikeuksien yleisyyden korostaminen on aiheellista. En siis ole valmis vastaamaan yksiselitteisen kielteisesti kysymykseen, ulottuvatko virkamiehen perusoikeudet hänen virkatoimintaansa.

Perusoikeuksien virkamiehiin ulottuvan laajan sovellettavuuden ja merkittävyyden puolesta puhuvat myös perustuslakivaliokunnan ja toisen lakivaliokunnan valtion virkamieslain eduskuntakäsittelyn yhteydessä esittämät käsitykset. Toinen lakivaliokunta korosti sitä, että virkamieslainsäädäntöä uudistettaessa huomiota on kiinnitettävä valtionhallinnon suorituskyvyn ohella virkamiesten perusoikeuksiin ja oikeusturvaan. Perustuslakivaliokunta puolestaan tarkasteli lausunnossaan useita hallituksen esityksen virkamiesten velvollisuuksiin liittyneitä säännösehdotuksia perusoikeuksien kannalta ja kiinnitti huomiota perusoikeussuojaa vaarantaviin tai säännösten tarkoituksen huomioon ottaen tarpeettoman väljiin ja laajoihin sanamuotoihin.²³

Tulisiko perusoikeuksien ulottuvuutta koskevaan kysymykseen sitten vastata yksiselitteisen myönteisesti? Ilmeisesti ei. Edellä esitetystä lieenee jo käynyt ilmi, ettei käsitys, jonka mukaan perusoikeudet ulottuvat virkamiesten virkatoimintaan samalla tavoin kuin mihin tahansa kansalaisten toimintaan, vastaa todellisuutta.

Erittelemättömän myönteisen vastauksen antaminen tähän kysymykseen voisi ymmärtääkseni johtaa myös uusiin ongelmiin, jos perusoikeusuudistus toteutetaan perusoikeuskomitean ehdottamalla tavalla. Perusoikeuskomitean ehdotuksessa näyttäisi nimittäin korostuvan toisaalta perusoikeussuojan ulottuvuus "jokaiseen" ja toisaalta perusoikeuksien rajoittamisen ja niistä poikkeamisen varsin yksityiskohtainen sääntely. Perusoikeuksien rajoittaminen olisi nimellisen säännöksen mukaan mahdollista vain lain tasolla. Ehdotus näyttäisi edellyttävän sitä, että perusoikeuden *prima facie* sisältö ja ulottuvuus erotetaan sen rajoituksista ja rajoitusmahdollisuuksista selkeämmin kuin kirjallisuudessa ja käytännössä on meillä

23 Ks. II LaVM 2/1986 vp s. 2 ja PeVL 13/1985 vp s. 4–6. Myös Bruun – Mäenpää – Tuori s. 110 ja 120–121 korostaa perusoikeuksien merkitystä virkamiehen virkavelvollisuuksista ja virkatehtävistä määrättäessä.

ollut tapana. Jos lainopissa virkamiehen perusoikeuksien katsottaisiin ulottuvan kaikkeen siihen virkamiehen virkatoimintaan, johon niillä näyttää olevan jonkinlainen liittymäkohta, jouduttaisiin vaatimaan ehkä isonkin virkatoiminnan osan melko tarkkaa säätelemistä lain tasolla, koska toiminta saattaisi rajoittaa perusoikeuksia.

Miten sitten virkamiehen kaksinaisen roolin aiheuttamia ongelmia voitaisiin lainopissa lähestyä toisaalta virkamiehille ihmisinä kuuluvaa perusoikeussuojaa loukkaamatta ja toisaalta "juristerialta" vaikuttaviin virkatoiminnan säännöstämistasoa ja -tapaa koskeviin vaatimuksiin ajautumatta? Miten perustella se, että virkatehtävät joissakin tapauksissa syrjäyttävät virkamiehen perusoikeudet, vaikka virkatehtävien säännöstämistapa ei säädöstason ja säännöstimisen tarkkuuden puolesta täytäkään perusoikeusrajoitukselle asetettavia vaatimuksia ja että toisissa samankaltaisissa tapauksissa saatetaan kuitenkin perustellusti esittää kanta, jonka mukaan virkamiehellä on perusoikeuksiinsa vedoten oikeus kieltäytyä tällaisista virkatehtävistään tai esimerkiksi niiden perusoikeuksien kanssa ristiriidassa olevasta suorittamistavasta?

Osa perusoikeuksien ja virkatoiminnan välisistä jännitteistä voitaneen lainopissa jäsentää perusoikeuksien ulottuvuuden avulla. Tällaisissa tilanteissa virkatoiminta näyttää tosin liittyvän perusoikeuksiin, mutta voidaan kysyä, onko tilanteella kuitenkaan varsinaista yhteyttä virkatoimintaa suorittavan virkamiehen perusoikeuksiin. Esimerkiksi viraston kannanottojen julkistamiseen liittyvät virkatehtävät näyttävät liittyvän ilmaisuvapauteen. Kuitenkin viraston kannanotoiksi tulkittavien tiedotteiden sisällön etukäteinen, viraston sisäisiin määräyksiin perustuva kontrolli ei käsitykseni mukaan liity tiedotteen laatineen virkamiehen ilmaisuvapauteen, vaan viraston sisäiseen toimivallanjakoon, siihen, kenellä on toimivalta päättää tällaisista viraston kannanotoista. Virkamiehen perusoikeudet eivät ulottune tällaiseen virkatoimintaan.

Toisaalta esimerkiksi edellä useaan otteeseen esillä ollutta tapausta, jossa oli kysymys apulaislääkärin velvollisuudesta suorittaa sosiaalisin perustein myönnettyjä raskauden keskeytyksiä, voidaan pitää oikeudelliselta rakenteeltaan samankaltaisena kuin viraston tiedotustoiminnasta huolehtimista. Käsitys, jonka mukaan perusoikeussäännökset olisivat tilannetta arvioitaessa merkityksettömiä tai että virkamiehen perusoikeudet eivät ulotu tällaiseen virkatoimintaan, ei kuitenkaan vaikuta hyväksyttävältä.

Miten sitten arvioida tai ratkaista olisiko "perusoikeusrelevantilta" vaikuttavaa virkatoimintaa pidettävä sellaisena, jossa on kysy-

mys myös virkamiehen "omista" perusoikeuksista, vai sellaisena, jossa virkamiehen perusoikeudet eivät sittenkään aktualisoidu ja jonka sääntelytapaan ja -tasoon perusoikeuskytkennällä ei siten ole ainaakaan suoraa vaikutusta? Ymmärtääkseni tässä erottelussa voidaan käyttää hyväksi sen kaltaisia jo edellä esillä olleita kriteerejä, joita Scheinin esitti käytettäväksi arvioitaessa yksilön oikeutta kieltäytyä vakaumuksen perusteella hänelle muutoin kuuluvasta velvollisuudesta. Sen puolesta, että virkamiehen perusoikeuden vaikutukset ulottuvat myös hänen virkatehtäviinsä puhuisi tällöin esimerkiksi "vaaditun teon eettinen herkkyys sekä teon korkea omakohtaisuuden aste ja kiinteä yhteys" esillä olevaan perusoikeuteen. Jos virkatoininnan yhteys virkamiehen henkilöön ja hänen "omiin" perusoikeuksiinsa sen sijaan jää näennäisestä perusoikeuskytkennästä huolimatta lähinnä muodolliseksi, voidaan mielestäni hyvin perustella kantaa, jonka mukaan virkamiehen perusoikeuden vaikutukset eivät ulotu kyseiseen toimintaan.

Mutta tulisiko sitten esimerkiksi kaikesta eettisesti herkästä virkatoininnasta, jonka kanssa jonkun virkamiehen uskonnonvapaus voisi jossakin tilanteessa joutua ristiriitaan, säätää samoin kuin perusoikeusrajoituksista? Käsittääkseni tällaisia vaatimuksia ei ole syytä asettaa. Sen sijaan vesille jouduttaneen laskemaan pelastusvene, jonka kylkeen on tekstattu "mahdollisuus luopua perusoikeuksista tai niiden käyttämisestä; suostumus".²⁴ Uskonnonopettajana toimivalta voidaan edellyttää uskonnon opettamista. Pelastusvene kantaa ilmeisesti lähinnä virkatehtävien "olennaisen ja pysyvän osan"²⁵ ja se lienee suurin piirtein samoin ehdoin käytettävissä niin valtion ja virkamiehen välisessä virkasuhteessa kuin yksityisen työnantajan ja sen työntekijän välisessä työsuhteessakin. Veneen tarkempaa rakennetta ja kantavuutta tai ylipäänsä sen merikelpoisuutta ei tässä yhteydessä ole kuitenkaan mahdollista ryhtyä tutkimaan.

24 Mahdollisuudesta luopua perusoikeuksista tai suostua niiden kavennuksiin sekä tällaisiin mahdollisuuksiin ja ajatustapoihin liittyvistä ongelmista ks. *Hidén*, Oikeustiede s. 61–68 ja *Olli Mäenpää*: Hallintosopimus. Vammala 1989, s. 152–158.

25 Ks. *Bruun – Mäenpää – Tuori* s. 121 ja *Scheinin*, Oikeustiede s. 305 alaviite 70.