

TOIVO MIKAEL
KIVIMÄKI

1886 · 5 · 6 · 1956

Juhlajulkaisu

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

TÄTÄ JULKAISUA ON PAINETTU
1400 NUMEROIMATONTA JA 100
NUMEROITUA KAPPALETTA



ISBN 978-951-855-880-7 (PDF)

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
C-SARJA N:o 4

TOIVO MIKAEL KIVIMÄKI

Juhlajulkaisu

TOIMITUSKUNTA

AARNE REKOLA

A. R. HEIKONEN A. K. IKKALA

REINO ERMA

V. Merikoski

Harkintavalta nimitysasioissa

I.

Valtio pyrkii monin eri tavoin siihen päämäärään, että se saisi palvelukseensa kunnollisia, tunnollisia ja kykeneviä virkamiehiä. Virkamiesten taloudellisia oikeuksia ja työoloja koskevat järjestelyt kuten myös virassapysymisoikeussäännöstö tarkoittavat kaikki, ainakin osaksi, tämän päämäärän toteuttamista. Tärkeitä ovat myös virkakelpoisuutta ja nimittämismenettelyä koskevat säännökset, joilla on erityinen merkitys selviteltäessä nimittävän viranomaisen harkintavallan laatua ja ulottuvuutta.

Täsmällissisältöisten virkakelpoisuusehtojen voidaan sanoa muodostavan »muodollisen pätevyuden» tai »muodollisen kelpoisuuden» (esim. Suomen kansalaisuus, ikä, lain vaatima kielitaito sekä määrätyt opinnot ja tutkinnot). Muodollinen kelpoisuus ei kuitenkaan yksin riitä tekemään henkilöä täysin kelpoiseksi virkaan. Lisäksi vaaditaan ominaisuuksia, jotka tekevät hänet kulloinkin kysymyksessä olevaan virkaan sopivaksi. Näiden muodollista kelpoisuutta epämääräisemmiksi jäävien ominaisuuksien kokonaisuutta voidaan nimittää »sopivaisuudeksi» virkaan. Sopivaisuuden arvosteluun vaikuttavat mitä moninaisimmat seikat, kuten virkaan pyrkijän ikä ja kypsyneisyys, käytös, kokemus, terveydentila jne. Myös virkaan pyrkijän luonteen ja yleisen kykeneväisyyden arvosteleminen kuuluu »sopivai-

suuden» piiriin. — Henkilö, jolla on virkaan vaadittava muodollinen kelpoisuus ja sopivaisuus, on siihen kelpoinen.¹

Kelpoisuusehtoihin liittyen on syytä ottaa jo tässä kohden puheeksi ns. virkaylennysperusteet. Hallitusmuodon 86 §:n mukaan ovat yleiset ylennysperusteet valtion virkaan taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto. Taidolla katsotaan yleensä tarkoitettavan tutkinnoilla ja niihin verrattavilla suorituksilla osoitettua tietopuolista perehtymistä viranhoitoon kuuluviin asioihin ja kyvyllä lähinnä luontaista lahjakkuutta. Koeteltu kansalaiskunto sisältää perusvaatimuksena nuhteettoman käytöksen. Kansalaiskuntoa tehostavana pidetään erityisesti ansioitumista valtion palveluksessa tai muuten yhteiskunnallisessa elämässä.² Kielellisesti näyttäisi termi »ylennysperusteet» viittaavan niiden soveltamiseen vain silloin kun virkamies pyrkii siirtymään alemmasta ylemmänasteiseen virkaan. Näin ahtaasti ei tätä termiä kuitenkaan ole ymmärrettävä, vaan tarkoitetaan ylennysperusteilla yleisesti niitä perusteita, joiden mukaan virkaan tarjolla olevia henkilöitä on vertailevasti arvosteltava.³

Nimittämismenettelyn muodoista on yksinkertaisin ns. suora nimitys. Siinä se viranomainen, joka on julistanut viran haettavaksi, toimittaa nimittämisen ilman minkään toisen viranomaisten myötävaikutusta. Kahden viranomaisasteen yhteistoimintaa tarvitaan nimittämisessä virkaehdotuksen ja virkaesityksen perusteella. Edellisessä menettelymuodossa alemmanasteinen viranomainen asettaa ehdolle kolme taidon, kyvyn ja koetellun kansalaiskunnan puolesta ansioituneinta. Nimittävä viranomainen ei ole velvollinen nimittämään ensimmäiselle ehdokassijalle asetettua, mutta ei myöskään voi nimittää henkilöä, jota ei ole ollenkaan pantu ehdolle. Myös virkaesityksenmenettelyyn osallistuu kaksi eriasteista viranomaista. Virkaesityksessä ehdotetaan yksi määrätty henkilö nimitettäväksi virkaan. Esityksen tarkoi-

¹ Ks. tarkemmin Merikoski, Suomen julkisoikeuden oppikirja I, s. 154—163. — Rytkölä, Virkamiesoikeus, s. 23—27.

² Merikoski I, s. 164—165; Rytkölä, s. 28—35. Vrt. myös kirkkolain 172—176 §.

³ Erich, Suomen valtio-oikeus II, s. 130.

tuksena on vain osoittaa, ketä esityksen tehnyt viranomaisen puoltaa virkaan nimitettäväksi, mutta esitys ei millään tavoin sido sitä viranomaista, jolle nimittämisoikeus kuuluu.⁴

Kahden viranomaisasteen osallistuminen nimitysmenettelyyn on omiaan vähentämään sitä vaaraa, että nimittävänä viranomaisena toimivan taikka nimitysvaltaa käyttävän kollegion jäsenenä olevan henkilön subjektiiviset käsitykset ja mielijohteet voisivat saada ratkaisevan merkityksen virkanimityksiasiassa ja suosikkijärjestelmä pääsisi valtaan. Nämä näkökohdat puoltavat virkaehdotusjärjestelmän noudattamista. Kaikissa tapauksissa ei tämä järjestelmä kuitenkaan sovellu käytettäväksi. Yhtenä tärkeänä poikkeuksena ovat eräät valtion ylimmät virat, joihin tasavallan presidentti nimittää. Lainsäätäjä on katsonut, että ylimmän toimeenpanovallan haltijalla täytyy virkamiesnimityksissä olla laajempi valintavalta kuin alemmilla nimittävillä viranomaisilla. Häntä ei ole sidottava virkaehdotuksella. Toisena poikkeuksena tulevat kysymyksen suurimpana ryhmänä eräät alimmat virat. Niiden osalta on kahdessa virka-asteessa tapahtuvaa käsittelyä edellyttävää virkaehdotus- ja esitysjärjestelmää pidetty tarpeettoman monimutkaisena ja raskaana sekä katsottu tällaisten menettelymuotojen olevan epäsuhteessa näiden alempien virkojen merkitykseen. Asian luonteesta johtuu, että virkaehdotusjärjestelmä ei sovellu myöskään sotilaallisissa nimityksasioissa noudatettavaksi.

Kelpoisuussäännöstö, ylennysperusteet ja määrämuotoihin sidottu nimittämisjärjestys tarkoittavat antaa takeita siitä, että nimityksiasiassa päädytään objektiivisesti katsoen parhaaseen tulokseen. Näistä säännöstöistä tulevat seuraavassa — käytäessä selvittelemään nimittävän viranomaisen harkintavaltaa nimityksasioissa — huomion kohteeksi lähinnä kaksi ensiksi mainittua. Nimittämismenettely jää tässä toissijaiseen asemaan.

⁴ Vrt. KHO 1946 II 460: Vaikka kaupunginhallituksen johtosäännön mukaan oli valittava apulaissatamakapteeni satamalautakunnan esityksestä, sillä oli oikeus valita virkaan muukin kuin lautakunnan esittämä henkilö. — Satamalautakunta oli pannut ehdolle merikapteenit G:n, A:n ja R:n. Kaupunginhallitus valitsi H:n, joka myös oli virkaa hakenut. KHO pysytti kph:n päätöksen.

Tutkittaessa kelpoisuussäännöstöä ja ylennysperusteita nimittävän viranomaisen harkintavallan laatua ja ulottuvuutta silmällä pitäen joutaan monien oikeudellisesti mielenkiintoisten ja käytännöllisesti merkityksellisiksi osoittautuvien kysymysten eteen. Niinpä joudutaan selvittämään, ovatko kelpoisuussäännöt ja ylennysperusteet kiinteäsisältöisiä vai ns. joustavia oikeusnormeja vai sisältyykö niihin ehkä sellaista, mitä ei ollenkaan voida pitää oikeusnormeina? Kuuluuko nimitysasiasa tehtävä ratkaisu ns. sidotun hallintotoiminnan piiriin vai onko se vapaaharkintainen? Tai jos asiaa katsotaan enemmän käytännöllisen hallintotoiminnan kannalta, voidaan esim. asettaa kysymys, voidaanko virka jättää täyttämättä, jos sitä on hakenut siihen kelpoinen henkilö? Ja miten on valinta useiden kelpoisten hakijain kesken tapahtuva?

Ennenkuin näihin ja näiden rinnalla esille tuleviin kysymyksiin käydään vastaamaan, on välttämätöntä lyhyesti selvittää, mitä jo mainituiksi tulleilla sidotun ja vapaaharkintaisen hallintotoiminnan sekä kiinteäsisältöisen ja joustavan oikeusnormin käsitteillä tässä tarkoitetaan.

II.

Hallintoviranomaisten toiminta on, suureksi osaksi, järjestetty niin, että laki tai muu velvoittava säädös tarkoittaa selvän ohjeen antaen osoittaa, miten mikin asia on ratkaistava. Tämä (esim. veromäärän vahvistaminen ja yhdistyksen rekisteröiminen) on ns. sidottua hallintotoimintaa. Mutta hallintoviranomaisille uskotaan tämän ohessa oikeus tietyissä puitteissa käyttää ns. vapaata harkintavaltaa. Mielivaltaan ei vapaa harkintavalta oikeuta. Eräät hallintoviranomaisten kaikessa toiminnassa noudatettavat periaatteet vaikuttavat myös vapaata harkintaa ohjaavasti ja rajoittavasti.

Laintulkinta ei luonnollisestikaan ole vapaata harkintaa hallintoviranomaisen yhtä vähän kuin se on sitä tuomarin toimittamana. Vapaata harkintaa ei myöskään ole todistusharkinta eikä yleensäkään asian tosiasia pohjan arvosteleminen eli sen selvittäminen, mitä asiassa on pidettävä »näytettynä». Edelleen voidaan todeta, että

vapaata harkintaa ei ole sellainen hallintoviranomaisten toiminta, joka on rinnastettavissa »tuomarin harkintaan» kokemussääntöjen soveltamiseksi sekä erilaisten arvo- ja astearvostelmien luomiseksi niissä tapauksissa, joissa tällainen harkintavalta on ns. joustavien oikeusnormien soveltamisena tuomioistuimelle uskottu.

Myönnettävä on, että kaikenlaisessa kokemussääntöjen soveltamisessa (esim. että määrätynlainen teknillinen laite on vaarallinen) sekä arvo- ja astearvioinnissa (esim. että rakennus täyttää kauneusaistin vaatimukset) raja vapaaseen harkintaan saattaa käytännössä useinkin käydä vaikeasti osoitettavaksi. Onkin lähdettävä siitä, että tämä raja ei ole tarkka, vaan että joustavan normin soveltamisala ja vapaan harkinnan ala eivät käytännössä ole toisistaan kaikissa tapauksissa tarkoin eroitettavissa. Mutta ei myöskään kiinteiden ja joustavien normien välillä ole täysin tarkkaa rajaa. Ja on syytä huomata, etteivät edes ne oikeusnormit, joita »joustavien» rinnakkaiskäsitteenä nimitämme »kiinteäsisältöisiksi» tai »kiinteiksi»,⁵ ole sisällöltään täysin täsmällisiä. Jo monien yleisessä ja oikeudellisessa kielenkäytössä esiintyvien käsitteiden epämääräisyydestä johtuu, että myös kiinteitä normeja sovellettaessa saattaa tulla kysymykseen samantapainen kokemuksesta johtoa hakeva tai arvoarvostelmia luova ajattelu, kuin joustaviksi luonnehdittavia normeja käytettäessä.

Mutta teoreettisesti katsoen on ero toiselta puolen kiinteiden ja joustavien normien sitoman toiminnan ja toiselta puolen vapaaharkintaisen toiminnan välillä selvä ja suoraviivainen. Sidotussa toiminnassa voidaan yleensä, periaatteessa, vain yhtä ainoata ratkaisua pitää oikeana ja lainmukaisena. Ja tämä koskee myös kokemussääntöjen soveltamista sekä arvo- ja astearvostelmia. Tässä suhteessa ovat joustavat normit kiinteihin verrattavassa asemassa. Useiden vaihtoehtoisten lainmukaisten ratkaisujen mahdollisuutta ei sidotussa toiminnassa teoreettisesti katsoen ole. Toisin on asianlaita vapaaharkintaisessa hallintotoiminnassa. Siinä saa asian ratkaiseva viranomainen vapaana

⁵ Alanen (Yleinen oikeustiede, s. 57) puhuu ankarista oikeuslauseista.

oikeudellisesta sitovista ratkaisu- ja toimintaohjeista tehdä valinnan kahden tai useamman ratkaisuvaihtoehdon välillä, joita on pidettävä keskenään oikeudellisesti katsoen samanarvoisina. Uskoessaan viranomaiselle vapaata harkintavaltaa lainsäätävä tunnustaa kykenemättömyytensä järjestää yksityiskohtaisin säännöksin kaikki vastaisuudessa esiintyvät tapaukset. Se ei toiselta puolen tahdo asettaa yleiseksi oikeussäännöksi julkisen edun kannalta katsoen »tarkoituksenmukaisimman», »parhaan», »järkiperäisimmän» tms. ratkaisun vaatimista, koska tällainen yleisperiaate olisi liian epämääräinen soveltuakseen edes joustavana oikeusnormina sovellettavaksi. Tämän vuoksi lainsäätävä valitsee vapaan harkinnan systeemin ja vain asettaa ne rajat, joissa hallintoviranomaisen on valta käyttää vapaata valintavaltaansa. Näiden rajojen sisäpuolella on hallintoviranomainen vapaa oikeudellisesta sidonnaisuudesta, vaikkakin se kyllä saattaa olla eräänlaisten varsinaisia oikeudellisia sanktioita vaille olevien velvoitusten alainen. Jos hallintoviranomainen ei vapaaharkintaisen toiminnan alaan kuuluvassa ratkaisussa osu parhaaseen ratkaisuun, ei päätöstä voida oikeusvalituksen johdosta muuttaa eikä kumota, eikä asian päättänyttä virkamiestä voida saattaa hänelle vahingollisten seuraamusten kuten rikosoikeudellisen tai kurinpidollisen rangaistuksen taikka vahingonkorvausvelvollisuuden alaiseksi. Kun tarkoituksenmukaisuuskysymyksen saattaminen muutoksenhakuteitse ylemmän viranomaisen tutkittavaksi on tehty mahdolliseksi, ei tällaisen valituksen käsittely ole oikeudenkäyttöä. Siinä on kysymys asteellisen toimivallan siirrosta. Se on hallintotoimintaa, jossa ylempi viranomainen voi muuttaa aikaisemman, alemman viranomaisen antaman päätöksen oman käsityksensä mukaiseksi leimaamatta aikaisempaa päätöstä lainvastaiseksi tai muutoin oikeudellisesti katsoen virheelliseksi.

Vapaa harkintaoikeus ei merkitse sitä, että asian ratkaiseva viranomainen saisi toimia mielivaltaisesti. Viranomaisen velvollisuutena on pyrkiä objektiivisesti katsoen parhaaseen, yleistä etua ja hallinnon tarkoituksia paraiten edistävään ratkaisuun. Mutta hallintoviranomaisen »subjektiiviselle» käsitykselle asiasta on vapaaharkintaisissa toimitaissa annettu sellainen merkitys, että ratkaisu on jääpä tämän

käsityksen varaan, jos se on tehty vapaalle harkinnalle asetettujen rajojen puitteissa. Tällaisia rajoja muodostavat ensinnäkin hallintoviranomaisten toimivaltaisuutta ja hallintomenettelyn muutosidonnaisuutta koskevat säännökset. Nämä säännökset tulevat sovellettaviksi myös sellaisissa hallintotoimissa, joita nimitämme vapaaharkintaisiksi sen vuoksi, että niissä asiallisesti keskeisen peruskysymyksen ratkaisu on vapaan harkinnan varassa. Edelleen on vapaaharkintaiseen hallintotoimeen ryhtyminen usein sidottu eräisiin asiallisiin edellytyksiin, joiden tulee olla täytetyt, ennenkuin itse peruskysymyksen harkinnanvarainen ratkaiseminen voi tapahtua. Vielä rajoittavat vapaan harkinnan käyttöä tarkoitussidonnaisuuden periaate ja objektiviteetti-periaate. Edellisellä tarkoitamme sitä, että viranomaisen tehtävälle ja toimivaltuuksille vieraat tarkoituserät eivät saa päästä vaikuttamaan vapaaharkintaisessa ratkaisussa. Niin ei esim. peruspalkkaista virkaa ole lupa lakkauttaa siinä tarkoituksessa, että päästäisiin eroon epämieluisesta virkamiehestä. Objektiviteetti-periaate taas tarkoittaa asiaan kuulumattomien sivuvaikuttimien poissulkemista laajemmalti kuin mihin ulottuu tarkoitussidonnaisuuden periaate, joka koskee vain toimenpiteen tarkoituserää. Virkamiehen voidaan katsoa ratkaisussaan poikenneen objektiivisuuden vaatimuksista, jos ei ole ajateltavissa, että toinen virkaan vaaditun pätevyyden omaava, huolellinen henkilö olisi vastaavassa virka-asemassa ollen voinut tehdä samanlaisen ratkaisun. Ja lopuksi on vapaan harkinnan rajoja asetettaessa otettava huomioon yhdenvertaisuuden periaate: hallintoalamaisia on keskenään samankaltaisissa tapauksissa kohdeltava samalla tavoin.⁶

III.

Kun nimittävän viranomaisen harkintavaltaa käydään tarkemmin tutkimaan esitettyjen yleishallinto-oikeuden alaan kuuluvien selvittelyjen valossa, on nähdäksemme lähdettävä siitä ajatuksesta, että nimitämistoimi perusolemukseltaan on vapaaharkin-

⁶ Tarkemmin Merikoski, *Användningen av fri prövning inom förvaltningen*, NAT 1952, s. 247—276.

tainen. Toin havaitaan siinä hallinnollisten toimenpiteitten sarjassa, joka edeltää varsinaista nimityspäätöstä, melkoista sidonnaisuutta mm. menettelymuotojen suhteen (esim. viran haettavaksi julistaminen, ehdollepano, esitys, viranomaista koskevien päätöksentekomuotojen noudattaminen jne.). Onpa todettava, että itse nimityspäätös on osaksi myös asiallisesti sidottu sikäli, että muodollisen kelpoisuuden ja sopivaisuusvaatimuksen tulee olla täytetyt, jotta nimittäminen voisi tulla kysymykseen. Mutta varsinainen nimitysratkaisu eli nimitysvalinta on vapaaharkintainen. Vapaasti harkiten on ratkaistava, onko kelpoinen hakija virkaan nimitettävä, samoin kuin sekin, kuka useista kelpoisista tarjokkaista on siihen otettava.

Tämä kannanotto kaipaa tarkempaa perustelua. Tarkastelemme sitä ensiksi silmällä pitäen yksinkertaisinta tapausta eli sitä, että virkaan on vain yksi muodolliset kelpoisuusehdot ja sopivaisuusvaatimuksen täyttävä hakija. Onko hänet nimitettävä virkaan? Vai voidaanko virka — kuten kannanottomme edellyttää — jättää täyttämättä?

Vertailu yksityisoikeudellisiin työsuhteisiin puhuu jälkimmäisen vaihtoehdon puolesta. Mutta se ei tietenkään voi asiaa ratkaista, sillä virkasuhde eroaa monissa suhteissa tavallisesta työsuhteesta. Ja sellainen järjestely, että lainsäätäjä tekee virkanimityksen kokonaan sidotuksi hallintotoimeksi, on kyllä hyvin ajateltavissa.

Nimittävän viranomaisen sidonnaisuus on eräiden nimitysasiain osalta viety varsin pitkälle mm. Ranskassa. Siellä ovat käytännöllisesti tärkeimmät virkanimitysmuodot harkinnavarainen nimitys (la nomination discrétionnaire) ja virkaan nimittäminen kilpailun perusteella (la nomination sur concours). Ero näiden nimittämismuotojen välillä on juuri nimittävän viranomaisen harkintavallan laadussa. Ensimmäisessä nimitysmuodossa on nimittävällä viranomaisella vapaa harkintavalta. Sensijaan on nimittävän viranomaisen harkintavalta varsin rajoitettu nimittämisessä kilpailun perusteella. Tässä nimittämismenettelymuodossa kilpailulautakunta, joka yleensä on kokoonpantu kulloinkin kysymyksessä olevaa virkamiesryhmää edustavista jäsenistä, toimit-

taa valinnan tarjokkaiden joukosta ja asettaa heidät paremmuusjärjestykseen. Nimittävä viranomainen ei voi ottaa virkoihin muita kuin lautakunnan ehdottamia henkilöitä eikä myöskään sivuuttaa lautakunnan paremmuusjärjestyksessä etusijalle asetettua huonommalla sijalla olevan hyväksi. Nimittävällä viranomaisella on kuitenkin valta yleisen edun niin vaatiessa sulkea pois kilpailusta määräämänsä henkilöt, sekä valta — luopuen viran täyttämisestä — jättää nimitys toimittamatta. — Vallitsevana suuntauksena on Ranskassa viime vuosisadan loppupuolelta alkaen ollut kilpailujärjestelmän yhä laajeneva käyttö. Nytemmin onkin virkain täyttäminen kilpailun perusteella pääsääntönä. Poikkeuksina eli kokonaan harkinnanvaraisen nimityksen varassa ovat mm. ylimmät virat (lähettiläät, prefektit yms.).⁷

Kilpailujärjestelmän äärimmäisenä vastakohtana voidaan esittää amerikkalainen ns. *spoil-system*. Sille on ominaista virkapaikkojen täyttäminen vallassaolevan puolueen kannattajilla täysin vapaaharkintaisen systeemin puitteissa. Spoil-system on kuitenkin viime vuosikymmeninä saanut yhä useammilla hallintoaloilla väistyä *merit-systemin* tieltä. Tämä viimeksimainittu järjestelmä rajoittaa nimitävän viranomaisen valintavallan niihin virkain tavoittelijoihin, jotka erityinen Civil Service komissioni on todennut kelpoisiksi. Nimittävä viranomainen saa ottaa kenen tahansa komissionin kolmelle ensi sijalle asettamista. Se voi myös kieltäytyä hyväksymästä jo kolme kertaa hylkäämäänsä kandidaattia.⁸

Suomen oikeuden kannalta on kysymystä hakijan oikeudesta viran saamiseen käsitellyt mm. *Ståhlberg*. Hän on katsonut, että viran haettavaksi julistaminen ei tuota hakijoille ehdotonta oikeutta, että joku heistä olisi siihen nimitettävä, vaan virka voidaan julistaa uudelleen haettavaksi.⁹

⁷ André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1953, s. 681.

⁸ Ks. tark. Roger Grégoire, *La fonction publique*, Paris 1954, s. 190—203.

Yhdysvalloissa arvioidaan nykyisin noin kymmenennen osan hallinnollisista viroista vielä jäävän merit-systemin ulkopuolelle.

⁹ *Ståhlberg*, Suomen hallinto-oikeus, Yleinen osa, 2 pain. Hki 1928, s. 156.

*Tarjanne*¹⁰ kirjoittaa, että viranhakemus ei nyttemmin tuota hakijalle ehdotonta oikeutta viran saamiseen. »Vaikkapa virkaan olisi ilmoitautunut vain yksi hakija, ei hän voi katsoa tulleensa oikeudessaan loukatuksi, jos häntä ei virkaan nimitetä. Yhtä vähän voivat useammat hakijat yhteisesti tai jokainen heistä, joka pitää itseään ansioituneimpana, väittää, että jos ei ketään virkaan nimitetä vaan se julistetaan uudelleen haettavaksi, heidän oikeutensa olisi tullut loukatuksi. Sellaista oikeudellisesti suojattua vaadetta ei hakijoilla katsota olevan. Mutta sen sijaan on heillä oikeus vaatia, että m i k ä l i virka täytetään avoimeksi julistamisen perusteella, siinä menetellään laillisesti ja ansioitunein hakijoista nimitetään virkaan» (aliviit. main. t. s. 141—142). Hakuajalla on hänen mielestään preklusiivinen merkitys: virkaan ei saa nimittää ketään muuta kuin se, joka on hakuajan kuluessa muodollisesti oikeassa järjestyksessä hakenut virkaa. Nimittää ei voida henkilöä, joka ei ole virkaa hakenut, vaikkakin hän olisi ansioituneempi kuin viran hakijat ja vaikka valtion ilmeinen etu vaatisi päinvastaista menettelyä. »Kun kuitenkin nimittävällä viranomaisella on valta jättää nimittäminen toimittamatta ja julistaa virka uudelleen haettavaksi, jonka kautta se kandidaatti, jota ei ensimmäisellä kerralla ole voitu ottaa huomioon, saa tilaisuuden hakea virkaa ja tulla laillisessa järjestyksessä siihen nimityksi, näyttää olevan vähemmän tarkoituksenmukaista pitää voimassa hakemusajan nykyistä preklusiivista luonnetta». Edelleen hän jatkaa: »Kiistämätöntä on, että nämä kaksi periaatetta eivät sovellu yhteen. Mutta kuinka kysymystä arvosteltaneenkin, on muistettava, että viran avoimeksi julistaminen toisen kerran yllä mainitusta syystä tulee vain harvoin kysymykseen ja on puolustettavissa vain painavilla objektiivisilla syillä. Uudistettua avoimeksi julistamista, joka perustuisi vain siihen, että henkilö, joka ei ole virkaa hakenut, on ansioituneempi kuin virkaa hakenneet ja siihen kelpoiset henkilöt, olisi pidettävä lainvastaisena menettelynä» (s. 144).

Ei myöskään *Rytkölän* mielestä hakijalla ole oikeutta vaatia, että virka ehdottomasti täytetään.¹¹

¹⁰ *Tarjanne*, Nimittämismenettely valtion virkoja täytettäessä, Kirjoituksia ja lausuntoja, Vammala 1943, s. 130—160.

¹¹ *Rytkölä*, Virkamiesoikeus, s. 34.

Kun valitukset nimitysasioissa pysähtyvät valtioneuvostoon eikä valtioneuvoston nimittävänä viranomaisena antamasta päätöksestä saa tehdä valitusta, ei varsinaista oikeudenkäyttöraikaisua ole syntynyt kysymyksestä, voidaanko kelpoinen henkilö jättää virkaan nimittämättä. Mutta oikeuskansleri ja eduskunnan oikeusasiamies ovat kanteluasioissa joutuneet ottamaan kannan kysymykseen, onko nimittävällä viranomaisella ehdoton velvollisuus viran täyttämiseen kun sitä on hakenut siihen »muodollisesti pätevä» henkilö. Kysymykseen on vastattu kieltävästi. Selostettakoon tässä tarkemmin oikeuskanslerin 7. 10. 1929 antama päätös (Oikeuskanslerin kert. v:ltä 1929, s. 70—71):

Insinööri G. oli oikeuskanslerille antamassaan kirjoituksessa esittänyt, että sittenkun hän oli asianmukaisessa järjestyksessä hakenut avoimeksi julistettua K:n teollisuuskoulun kulkulaitosastoston lehtorin virkaa, oli virka, siitä huolimatta, että G. täytti laissa virkaa varten asetetut kelpoisuusehdot, jätetty täyttämättä ja julistettu uudelleen haettavaksi. Kun tällainen menettely ei voinut olla lainmukaista, G. oli anonut oikeuskanslerin toimenpidettä siihen, että G. pääsisi laillisiin oikeuksiinsa ja tulisi virkaan nimitetyksi.

Oikeuskanslerin päätös: Koska avoimeksi julistetun viran hakeminen ja muodollinen pätevyys eivät sinänsä oikeuta viran saamiseen eikä viran avoimeksi julistaminen tuota nimittävälle viranomaiselle ehdotonta velvollisuutta viran täyttämiseen jollakin hakijoista, sen tähden ja kun ministeriöllä on voinut olla päteviä syitä päätökseensä julistaa puheenalainen lehtorinvirka uudelleen haettavaksi, kirjoitus ei aiheuta toimenpidettä puoleltani.

Asiallisesti samansisältöisiä ovat oikeusasiamiehen päätökset 2. 4. 1932 ja 14. 7. 1933 (Oikeusasiamiehen kert. v:ltä 1932 s. 26 ja kert. v:ltä 1933 s. 38).

Näitä päätöksiä tarkasteltaessa on otettava huomioon, että ne ovat peräisin ajalta, jolloin Suomen hallinto-oikeudessa ei yleensä tehty selvää eroa muodollisen virkakelpoisuuden ja sopivaisuuden välillä. Näinollen saattavat oikeuskanslerin ja oikeusasiamiehen päätökset olla ymmärrettävissä niin, että niissä on vain katsottu muodollisen kelpoisuuden arvostelun kuuluvan nimittävän viranomaisen valtuuksien piiriin. Mutta vaikka päätökset selitettäisiin näin, ei niistä missään tapauksessa saada

tukea sille ajatukselle, että muodolliset kelpoisuusehdot ja sopivaisuusvaatimukset täyttävällä hakijalla olisi ehdoton oikeus viran saamiseen.

Samaa kuin näistä päätöksistä voidaan sanoa vanhemmassa tieteissä esiintyvistä kannanotoista. Mitä erityisesti tulee edellä siteerattuun *Tarjanteen* lausumaan, on huomattava, että se koskee nimenomaisesti juuri hakemuksen perusteella täytettäviä virkoja. Niidenkin osalta hän asettaa pääsäännöksi sen, että virkaa ei ole pakko täyttää. Mutta — hän jatkaa — viran uudelleen auki julistaminen on puolustettavissa vain painavilla objektiivisilla syillä eikä perusteena missään tapauksessa saa olla se, että nimittävä viranomainen tahtoo saada virkaan jonkun määrätyn henkilön, joka ei ole virkaa hakenut.

Itse asiassa eivät nämä *Tarjanteen* lopputulokset — kuten jäljempänä tulee osoitettavaksi — ole yhteensopeutumattomia sen käsityksen kanssa, että virkaan nimittäminen on vapaaharkintainen hallintotoimi.

Oman kantamme perusteluksi viittaamme ensiksi siihen, että on olemassa suuri joukko virkoja, joihin nimittäminen ei missään tapauksessa voi olla sidottua hallintotoimintaa. Ajateltakoon esim. virkoja, joihin nimitettäville on annettava avoin kirje. Tasavallan presidentin avoimella kirjeellä nimitettäviin kuuluvat valtakunnan ylimmät virkamiehet, jotka nimitetään hakemuksetta ja jotka ovat viroistaan vapautettavissa »kun yleinen etu vaatii». Tasavallan presidentillä täytyy ylimpiä virkamiehiä valitessaan olla vapaat kädet. Mitä taas tulee moniin alempiin virka-asteisiin kuuluviin virkoihin, ei niitä myöskään ole tarpeen julistaa haettaviksi. Jos virka kuitenkin pannaan haettavaksi, ei tästä voi syntyä hakijalle suurempia oikeuksia kuin kysymyksen ollessa yksityisen työnantajan toimittamasta toimen haettavaksi ilmoittamisesta. Estettä ei ole siihen, että toimi jätetään tämän hakuilmoituksen perusteella täyttämättä. Vielä on huomattava, että toimikirjalla nimitetyt virkamiehet eli toimen haltijat ovat toimistaan vapautettavissa »jos syyt siihen on». Kuten jäljempänä tulee tarkemmin esitettäväksi, on tämä vapauttaminen, samoin kuin avoimella kirjeellä nimitetyn vapauttaminen yleisen edun sitä vaatiessa, vapaaharkintainen hallintotoimi. Kun ei ole järjellistä ajatella, että viranomainen olisi oikeudellisesti velvoitettu

nimittämään virkaan henkilön, jonka se sitten heti voisi harkinnanvaraisesti vapauttaa, ei nähdäksemme voida tulla muuhun tulokseen kuin siihen, että ainakin näiden virkain täyttäminen tai täyttämättä jättäminen on vapaasti harkittavissa. Ratkaistavaksi jää tällöin vain, onko vapaaharkintaisuus näissä tapauksissa poikkeuksellista, vai onko virkaan nimittäminen aina vapaan harkinnan varassa.

Yleensä on ulkomaisissa oikeusjärjestyksissä pidetty asian luonteesta johtuvana perussääntönä sitä, että virkaan nimittäminen on vapaa-harkintainen toimi. Tästä säännöstä tehtäville poikkeuksille täytyy voida osoittaa selvät perusteet. Edellä on ollut puhetta siitä, kuinka mm. Ranskan oikeus, joka on vienyt nimittävän viranomaisen sidonnaisuuden varsin pitkälle, kuitenkin antaa sille vallan jättää hyväksymättä kilpailulautakunnan asettama kandidaatti ja luopua viran täyttämisestä.

Mitä tulee Suomen oikeuteen, on osa nimitystoimista — kuten yllä on osoitettu — epäilyksettömästi vapaaharkintaisia. Kun muidenkaan nimitysasioiden osalta ei ole selviä perusteita sille, että niitä olisi pidettävä sidottuina hallintotoimina, jää pääsäännöksi se, että nimitystoimion vapaaharkintainen. Tukea tälle päätelmälle antaa myös nimitysasian erityisasema Suomen hallinto-oikeudellisessa muutoksenhakujärjestelmässä: viimeinen valitusaste hallinto-oikeudellisissa lainkäyttöasioissa on yleensä riippumaton tuomioistuin, korkein hallinto-oikeus, mutta nimitysasioissa ylin hallintoviranomainen, valtioneuvosto. Tämä järjestely lienee ymmärrettävä johtuvaksi siitä ajatuksesta, että nimitysvalituksessa eivät keskeisinä ole oikeuskysymykset vaan harkinnanvaraisesti ratkaistava tarkoituksenmukaisuuskysymys.

Kun tässä valossa tarkastellaan Suomen oikeusjärjestyksessä muodoiltaan tiukimmin sidottua nimitysmenettelyä — nimitystä hakemuksen ja virkaehdotuksen pohjalla — päädytään käytännöllisissä sovellutustapauksissa, vapaan harkintavallan yleiset rajoitukset huomioon ottaen, seuraaviin tuloksiin: Muodollisen kelpoisuuden ja sopivaisuusminimin täyttävää hakijaa ei ole pakko nimittää virkaan. Viran uudelleen

haettavaksi julistamisen motiivina ei kuitenkaan saa olla se, että nimitävä viranomainen tahtois kelpoiset hakijat syrjäyttäen saada virkaan määrätyn henkilön, joka ei ole ensimmäisessä viranhaussa virkaa hakenut. Viran täyttämättä jättämistä olisi näet tällöin — huomioonottaen hakemus- ja ehdollepanomenettelyn tarkoituksen — pidettävä tarkoitussidonnaisuuden periaatteen loukkaamisena. Mielivaltaisesti ei uudelleen avoimeksi julistaminen saa tapahtua, silä eihän vapaa harkintaoikeus oikeuta mielivaltaan. Objektiviteettiperiaate oikeuttaa ja velvoittaa nimittävän viranomaisen vain yleisen edun ja hallinnon yleisten tarkoituserien toteuttamisen sitä vaatiessa panemaan viran uudelleen haettavaksi. Karkeahko ja ilmeinen objektiviteettiperiaatteen loukkaus tai muiden vapaan harkinnan käytölle yleensä asetettavien rajojen ylittäminen voi tehdä hallintotoimen oikeudenvastaiseksi. Mutta ellei vapaan harkintavallan käytölle yleisesti asetettavia oikeudellisia rajoja ole ylitetty, ei viran täyttämättä jättämistä voida pitää lainvastaisena ja saada viranomaisen päätös oikeudellisin keinoin muutetuksi. Kokonaan toinen asia on se, että tällaista päätöstä jättää virka täyttämättä voidaan luonnollisesti arvostella kuten muitakin vapaaharkintaisia toimia sanomalla sitä epätarkoituksenmukaiseksi tai »vääräksi» siinä mielessä, että se ei parhaalla mahdollisella tavalla edistä hallinnon tarkoituserien toteuttamista.

Ehdollepanon (ja vastaavasti esityksen) pohjalla täytettävien virkojen osalta herää kysymys, onko ehdollepano toimitettava, kun muodollisesti kelpoinen ja sopivaisuusminimin täyttävä henkilö on virkaa hakenut? Kysymykseen ei ole helppo vastata. Myönteisen vastauksen puolesta puhuu erittäinkin se, että asian luonteesta johtuen on vapaan harkintavallan nimitysasiassa katsottava kuuluvan nimenomaan juuri nimittävälle viranomaiselle. Jos ehdollepanoaste voi olla panematta ehdolle kelpoisen hakijan, voidaan ehkä sanoa sen tulevan käyttämään nimittävälle viranomaiselle uskottavaksi tarkoitettua valtaa. Toiselta puolen voidaan sanoa, että jos ehdollepanossa noudatettaisiin toisia sääntöjä, kuin varsinaisessa eli lopullisessa nimitystoimessa, ei tämäkään johdaisi tyydyttäviin tuloksiin. Silloin ei näet ehdollepanosta voisi olla nimit-

tävälle viranomaiselle sellaista johtoa kuin lainsäätäjä on kaksiasteisella nimittämismenettelyllä tarkoittanut. Oikeinta näyttää näinollen olevan omaksua se kanta, että ehdollepanevan viranomaisen harkintavalta ei sekään ole sidottua vaan vapaata. Tämän kannan puolesta puhuu sekin, että »sopivaisuuden» rajat ovat varsin epämääräiset. Vielä on myös tässä otettava huomioon peruste, joka muissakin kohden tukee edellä omaksettua linjaa: valtion täytyy minä ajankohtana tahansa voida ryhtyä virkakoneistonsa uudestijärjestämiseen mm. virkoja lakkauttamalla ja siinä tarkoituksessa keskeyttää jo alullepantu virantäyttämismenettely.

Esitetyt kannatukset rakentuvat sille ajatukselle, että muodolliset kelpoisuusehdot ovat kiinteäsisältöisiä normeja ja sopivaisuuden minimivaatimus on joustava oikeusnormi. Kelpoisen hakijan virkaan nimittäminen on vapaaharkintainen toimi, jota suorittaessaan nimittävän viranomaisen on pysyttävä vapaan harkinnan käytölle yleensä asetettavien oikeudellisten rajojen puitteissa. Mutta miten on asianlaita silloin kun virkaan on useita kelpoisia hakijoita? Onko ylennysperusteiden soveltaminen »oikeusharkintaa»? Vai ovatko ne tarkoitetut jonkinlaisiksi oikeudellista sitovuutta vailla oleviksi harkintaohjeiksi?

On kyllä ajateltavissa, että ylennysperusteita pidettäisiin joustavina oikeusnormeina, kuten sopivaisuusvaatimustakin. Tämä merkitsisi asian järjestymistä ehdollepanon pohjalla täytettävien virkojen osalta seuraavasti. Ehdollepanevan viranomaisen olisi pantava kelpoisiksi toteamansa viranhakijat ehdolle ylennysperusteitten mukaisessa järjestyksessä. Nimittävällä viranomaisella olisi oikeus jättää virka tämän ehdollepanon nojalla täyttämättä taikka nimittää kuka tahansa ehdollepannuista riippuen siitä, mikä käsitys nimittävällä viranomaisella itsellään on ehdokaiden paremmuusjärjestyksestä ylennysperusteiden mukaan. »Nimitysvalinta» muodostuisi tällöin puhtaaksi oikeuskysymykseksi muilta osin kuin viran täyttämättä jättämistä koskevan ratkaisun osalta. Vastaa- vasti olisi nimitysvalinta ilman ehdollepanoa täytettäviin virkoihin nimitettäessä ymmärrettävä oikeusharkinnaksi, jossa vapaasti harkittavaksi jäisi vain viran täyttämättä jättäminen.

Nythän on asianlaita kuitenkin niin, että avoimella kirjeellä nimitetyn virkamiehen virasta vapauttaminen »kun yleinen etu sitä vaatii» ja toimikirjavirkamiehen vapauttaminen »kun harkitaan syytä siihen olevan» ovat vapaaharkintaisia toimia.¹² Kun näin on, ei näytä olevan ajateltavissa, että nimitysvalinta ainakaan nyt puheena olevien virkojen osalta olisi puhtaasti oikeusharkintainen toimi. Vapautettavissa olevien virkamiesten osalta on nimittämisvalinnassa kuten vapauttamisessakin kysymys nimittävän viranomaisen luottamuksesta. Ajateltakoon erityisesti tasavallan presidentin avoimella kirjeellä nimittämiä valtakunnan ylimpiä virkamiehiä. Presidentti voi vapauttaa virkamiehen, johon hän ei enää luota. Näin ollen hänen täytyy myös voida nimittää virkaan kelpoinen henkilö, joka nauttii hänen luottamustaan. Vastaavasti hänellä täytyy myös olla oikeus jättää nimitys toimittamatta. Ylennysperusteet eivät voi hänen valintavapauttaan rajoittaa. Selventääksemme tätä esimerkillä voimme yksinkertaisuuden vuoksi ajatella, että »ylennysperusteeksi» olisi säädetty vain »taito» ja että se tarkoittaisi vain virkavuosia. Jos virkaan olisi kaksi tarjokasta, joista toisella olisi 3 ja toisella 23 virkavuotta, voisi presidentti nimittää virkaan tuon virkaiältään nuoremman ilman, että nimittämistointa voitaisiin tämän vuoksi pitää oikeudellisesti katsoen virheellisenä.

Tällä tavoin voidaan nimitysvalinnan vapaaharkintaisuutta perustella vapautettavissa olevien virkamiesten osalta. Nyt kysymyksessä olevassa

¹² Vrt. *Tarjanne*, Virkasuhteen lakkaaminen, s. 196: »Vapauttaminenhan voi lain mukaan perustua asianomaisen viranomaisen vapaaseen harkintaan, mikä hänen on toimitettava hoitaessaan sitä erikoista tarkkailua, jonka alaisena toimenhaltijoiden on oltava, ja käyttäessään tästä johtuvaa erikoista määräämisvaltaansa.»

KHO on 3.3.1933 esittänyt Tasavallan Presidentille sellaiseen lainsäädäntötoimeen ryhtymistä, että muutoksenhaku kiellettäisiin toimesta vapauttamista koskevista päätöksistä. Esityksen perusteluksi esitettiin mm., »että viranomaisilla, joiden tehtävänä on ratkaista toimesta vapauttamista koskevia asioita, tulee, kuten lain sanamuodostakin käynee ilmi, olla asiassa varsin laaja harkintavalta».

Oikeuskäytännössä on vapauttamisasiota lopullisesti ratkaistu KHO:ssa niitä hallitukselle siirtämättä (ks. esim. KHO 1933 I 4). Syistä, joiden tässä esittäminen veisi liian etäälle pääaiheesta, mutta joihin tämän kirjoittaja toivoo voivansa palata myöhemmin toisessa yhteydessä, ei KHO:n omaksumaa linjaa voida pitää selvänä kannanottona tekstissä esitettyä käsitystä vastaan.

suhteessa voidaan määrääjäksi otetut tai irtisanomisen varassa olevat ylimääräiset virkamiehet ja tilapäiset toimihenkilöt ilman muuta rinnastaa vapautettavissa oleviin avoimella kirjeellä tai toimikirjalla nimitettyihin virkamiehiin (asetus valtion ylimääräisistä toimenhaltijoista ja tilapäisistä toimihenkilöstä, AsK N:o 755/1949). Sensijaan ei esitetty perustelu ulotu valtakirjavirkamiehiin, sillä heidän eivät ole harkinnanvaraisin hallintotoimin vapautettavissa. Tuomarin virkasuhde voidaan vastoin viranhaltijan tahtoa katkaista vain tuomioistuimen päätöksellä ja lain asettamien edellytysten ollessa täytetyt. Valtakirjalla muuhun kuin tuomarinvirkaan asetettu viran haltija taas voidaan ns. nimittämiskirjalain (AsK N:o 202/1926) mukaan panna viralta tämän lain järjestämää kurinpitomenettelyä käyttäen, kun hän on toiminnallaan tai käyttäytymisellään virassa tai sen ulkopuolella tahi virkatehtäviensä laiminlyömisellä osoittanut, että hän ei ansaitse sitä luottamusta ja kunnioitusta, jota hänen asemansa valtion viran haltijana edellyttää. Tässä järjestyksessä annetusta kurinpitopäätöksestä saa valittaa virkaylioikeuteen. Sensijaan ei avoimella kirjeellä nimitetyn virkamiehen vapauttamisessa »kun yleinen etu sitä vaatii» eikä toimikirjavirkamiehen vapauttamisessa »kun katsotaan syytä siihen olevan», käytetä kurinpitomenettelyä. Vapauttaminen tapahtuu ilman kurinpitomenettelylle ominaista määrämuotoista menettelyä tavallisessa hallintomenettelyssä, tavallisella hallintotoimella. Avoimella kirjeellä nimitetyn virkamiehen virasta vapauttaminen on aina lopullinen päätös, sillä asiasta päättää tasavallan presidentti, jonka päätöksistä ei voida valittaa. Toimenhaltijan vapauttamista koskeva päätös on, jos sen on tehnyt ministeriön osaston tai keskusviraston alainen viranomainen tai keskusviraston jäsen, alistettava ministeriön osaston tai keskusviraston vahvistettavaksi. Muutoksenhausta toimenhaltijan vapauttamista koskevissa asioissa ei ole mitään säännöksiä nimittämiskirjalaissa. Selvänä on pidettävä, että tällaisista vapauttamispäätöksistä ei voida valittaa virkaylioikeuteen. Mutta vakiintuneen käsityksen mukaan niistä kyllä voidaan valittaa säännöllistä valitustietä käyttäen, mikäli valittaminen vapauttamisesta päättäneen viranomaisen päätöksistä yleensä on mahdollista.

Nimittämiskirjalain säännöksistä voidaan näin ollen päätellä, että valtakirjavirkamiehen vapauttaminen, kun siihen saa hakea muutosta riippumattomassa tuomioistuimessa, on tarkoitettu sidotun hallintotoiminnan piiriin kuuluvaksi. »Luottamuksen» ja »kunnioituksen» puuttuminen on arvosteltava oikeuskysymyksenä. Mutta toisissa puheena olleissa vapauttamistapauksissa näyttää lainsäätäjät tarkoittaneen — jättäessään muutoksenhaun järjestämättä — antaa viranomaisille vapaa-harkintaista liikkuma-alaa. Laadullista eroavaisuutta prosessinmuotoisessa kurinpitomenettelyssä käsiteltävien viraltapanoasiain ja tavallisessa hallintomenettelyssä käsiteltävien toimesta vapauttamisien välillä ei v:n 1950 laki muutoksenhausta hallintoasioissa (154/1950) ole voinut poistaa. Vaikka valittaminen valtioneuvoston vapauttamisasiassa antamasta päätöksestä nyt on käynyt mahdolliseksi, on vapauttamistoimen luonne jääpä lainsäätäjän alkuperäisen tarkoituksen mukaiseksi. Valituksen vapauttamisasiassa annetusta päätöksestä voi tehdä vain oikeusperusteella.¹³ Vapaaharkintaiselta osaltaan ei asia voi tulla KHO:ssa ratkaistavaksi.

Tällaisia eroavaisuuksia voidaan siis havaita toiselta puolen vapautettavissa olevien ja toiselta puolen valtakirjalla nimitettyjen virkamiesten virkasuhteen katkaisemisessa kysymykseen tulevan harkintavallan suhteen. Onko niistä pääteltävä, että eroavaisuus harkintavallan laadun suhteen ulottuu myös nimitykseen? Onko toisin sanoen katsottava, että vaikka nimitysvalinta vapautettavissa olevia virkamiehiä nimitettäessä on vapaaharkintaista, »ylennysperusteita» olisi valtakirjavirkamiehiä nimitettäessä sovellettava oikeussääntöinä?

Tähän kysymykseen lienee vastattava kieltävästi. Onhan näet nimitysvalinta perusolemukseltaan vapaaharkintaista. Sen tekeminen sidotuksi täytyisi tapahtua selvin ja nimenomaisin säännöksin. Mutta sellaisia ei Suomen oikeudessa ole. Huomautettakoon vertauksen vuoksi

¹³ Asetuksella 623/1950 on kielletty valittaminen ministeriön sekä valtioneuvoston kanslian päätöksestä virkanimitysasiassa samoin kuin asiassa, joka koskee ylimääräisen toimenhaltijan toimeen ottamista. Vapauttamispäätöksen osalta ei valituskieltoa ole annettu, joten valittaminen valtioneuvoston ja ministeriön ensiasteena ja alistusasiassa antamasta päätöksestä nyttemmin on mahdollista.

V. Merikoski

siitä, ettei Ranskassakaan, missä nimitysvallan käytön säännöstyksessä on menty varsin pitkälle, nimitysvalintaa kuitenkaan ole tehty täysin sidotuksi.

Erikseen tarkastelemme vielä kysymystä, onko ylennysperusteita ehdollepanoasteessa sovellettava oikeussääntöinä vai ei.

Myönteinen vastaus merkitsisi sitä, että HM 86 §:n ylennysperuste-säännökset, tulisivat ehdollepanoasteessa, toisin kuin varsinaisessa nimitysviranomaisessa, sovellettaviksi (joustavina) oikeusnormeina. Kun tähän anomaliaan vielä lisätään se, että ehdollepanomenettelyn hyöty voisi käydä kyseenalaiseksi, jos eri portaissa seurattaisiin erilaisia sääntöjä ja periaatteita, päädytään kysymykseen vastaamaan kielteisesti. Tämä on yhdenmukaista sen kanssa, mitä edellä on esitetty ehdollepanijan harkintavallan laadusta siinä tapauksessa, että virkaan on vain yksi kelpoinen hakija.

Mutta vaikka vapaaharkintaisuus näin tunnustetaan pääsäännöksi ehdollepanomenettelyssä, voi eri virkaryhmien kesken erityissäännöstyksestä johtuen olla suuria eroavaisuuksia. Sidonnaisuus on voitu joissakin tapauksissa viedä niin pitkälle, että eroa sidottuun hallintotoimintaan tuskin on nähtävissä.

Ottakaamme esimerkiksi professorinvirkain täyttäminen Helsingin yliopistossa. Ehdollepanon toimittaa tiedekunta. Sen on ensin tutkittava ja ratkaistava hakijan kelpoisuus ja sen jälkeen pantava kelpoisiksi julistetut hakijat, ei kuitenkaan kolmea useampaa, ehdolle siinä järjestyksessä, kuin heidät virkan taitaviksi ja kykeneviksi katsotaan. Hakijan taitoa ja kykyä arvosteltaessa on otettava huomioon hänen julkaisemansa, täytettävänä oleva viran opetusalaan kuuluvat tieteelliset teokset ja hänen suorittamansa tutkinnot sekä opettajakyky ja käytännöllinen perehtyminen haetun viran alaan, sikäli kuin se on tärkeätä viran hoitamiseksi, ynnä muu, mikä luotettavasti todistaa hakijan taitavuutta virkaan (yliopiston sääntöjen 36 §, AsK N:o 228/1924). Ehdollepanopäätöksestä saa valittaa yliopiston kanslerille, jonka toimivaltaan kuuluu lopullisesti ratkaista tällainen valitusasia. Nimityksen toimittaa tasa-

vallan presidentti. Hän ei tietenkään voi nimittää ketään ehdollepanon ulkopuolelta. Toiselta puolen hän ei ole sidottu ehdollepanojärjestykseen, vaan voi nimittää virkaan toiselle tai kolmannelle sijalle pannun hakijan.

Kun selostetuista yliopiston sääntöjen 36 §:n säännöksistä ilmenee, on professorinviran hakijain kelpoisuuden tutkimisessa ja keskinäisessä paremmuusvertailussa huomioon otettavat seikat osoitettu asetuksessa varsin yksityiskohtaisesti. Lainsäätäjän tarkoituksena on ollut saattaa arvostelu mahdollisimman objektiiviselle pohjalle ja rajoittaa sitä vapaaharkintaisuutta, mitä nimitysasian ratkaisuun valtionhallinnossa sisältyy. Kelpoisuuskysymys on tehty sillä tavoin muodolliseksi edellytykseksi, että vain yliopiston omien elinten päteväksi toteama hakija voi tulla virkaan nimitetyksi. Valinnassa kelpoisiksi julistettujen ja ehdolle pantujen hakijain kesken on tosin viimeinen sana valtionpäämiehellä, mutta poikkeaminen yliopiston ehdollepanosta ei yleensä voi tulla kysymykseen.

Kannanottomme merkitsevät sen käsityksen omaksumista, että hallitusmuodon 86 §:n »ylennysperusteet» eivät ole tarkoitettut varsinaisina, kansalaisille oikeuksia perustavina kiinteäsisältöisinä eivätkä edes joustavina oikeusnormeina sovellettaviksi. Ne ovat vain harkintaperiaatteita, joihin virkaan pyrkijä ei voi välittömästi perustaa mitään oikeudellisia vaatimuksia, koska ne eivät luo hänelle mitään subjektiivisia oikeuksia.¹⁴

¹⁴ Vertauksen vuoksi selostettakoon tässä yhteydessä virkamiesoikeuden ulkopuolelta erästä toista säännöstöä, jossa »taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto» esiintyvät.

Apteekkilaitoslain (AsK N:o 4/1928) 4 §:n mukaan annetaan apteekkioikeus hakemuksesta. Jos hakijoita on useita, on apteekkioikeus annettava sille, jonka taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto huomioonottaen katsotaan ansiokkaimmaksi. Apteekkioikeuden myöntää valtioneuvosto. Laki muutoksenhausta hallintoasioissa (AsK N:o 154/1950) on tehnyt mahdolliseksi valittaa po. laatua olevissa asioissa oikeusvalituksin KHO:teen. KHO näyttää asettuneen sille kannalle, että apteekkioikeuden hakijain keskeinen ansiokkuusvertailu ei ole vapaaharkintaista. Ks. esim. KHO 1953 II 224. Se on jaostopäätös, josta äänestettäessä yksi jäsen omaksui sen käsityksen, että apteekkioikeuden myöntäminen on vapaaharkintainen toimi.

Saattaa olla niin, että apteekkioikeuden myöntämistä KHO:n linjan mukaisesti voidaan pitää sidottuna hallintotoimenä, vaikkakin samasanaiseen säännökseen pe-

Tarjanne (ed. main. teos s. 137) pitää kysymyksessä olevaa hallitusmuodon säännöstä oikeusnormina, joka — kuten hän sanoo — perustaa valtion puolesta toimiville elimille velvollisuuden noudattaa säädettyjä ylennysperusteita: jos ne poikkeavat näistä perusteista, ne tekevät itsensä syypäiksi virheelliseen menettelyyn. Mutta — hän jatkaa — tuo säännös luo sellaisenaan kuitenkin vain objektiivista oikeutta, se ei perusta subjektiivisia oikeuksia. »Luonnollisesti merkitsee säännös etua yksityisille, niille, jotka on ylennysperusteitten mukaisesti asetettava kanssahakijoittensa edelle. Mutta näillä ei yksistään kysymyksessä olevan säännöksen perusteella voida katsoa olevan omaa subjektiivista oikeutta, joka tulisi loukatuksi jos ylennysperusteista poikettaisiin». *Tarjanne* kirjoittaa edelleen, että saavutettua virkakelpoisuutta ei enää nykyisin pidetä ns. saavutettuna oikeutena. Ylennysperusteet ovat olemassa etusijassa valtion tarkoituksiperiä varten ja tarkoittavat nimenomaan valtion etujen huomioon ottamista. Kun kuitenkin lainsäätäjä on perustuslain pyhyydellä säätänyt, että ylennysmahdollisuus on riippuvainen ylennysperusteista, ovat virkaan nimitetyt saaneet eräänlaisen »oikeuden ylennykseen», mikä refleksioikeus ei tosin sisällä mitään subjektiivista oikeutta, mutta jolla tosiasiallisesti on suuri merkitys niinhyvän valtion kuin virkamiehen kannalta.

Tarjanteen käsitykseen ylennysperusteinstituutin tarkoituksesta voimme täysin yhtyä. Mutta se hänen ajatuksensa, että HM 86 §:n säännös olisi varsinainen oikeusnormi, ei edellä esitettyttä varauksitta käy yksiin omaksumamme käsityksen kanssa, joskin subjektiivisen oikeuden puuttumisesta aiheutuvat käytännölliset seuraamukset ovat samat. Täydentävää selvittelyä kaipaava se, että hän katsoo »oikeuden ylennykseen» oleva refleksioikeuden luonteisen.

Lähdemme seuraavasta käsityksestä: Lain säännöksestä johtuu yksilölle subjektiivinen oikeus silloin, kun säännöksen varsinaisena tarkoituksena on suojata yksilöä ja kun hänellä ko. säännökseen perustuvan

rustuva harkintavallan käyttö virkamiesoikeuden alalla on vapaaharkintaista. Apteekkioikeutta myönnettäessä eivät näet ole vaikuttamassa ne tärkeimmät syyt, joihin nimitysvalinnan vapaaharkintaisuus on edellä perustettu. Ensisijaisena on apteekkioikeudesta päätettäessä kysymys intressiristiriidan ratkaisemisesta hakijain kesken, eikä valtion luottamusmiehen asettamisesta.

vaatimuksensa toteuttamiseksi on oikeuskeinoja käytettävänä. Muussa tapauksessa voi kysymyksessä olla vain objektiivisen oikeuden tai ehkä paremminkin oikeusjärjestyksen olemassaolon heijastus- (refleksi-) vaikutus. Tällöin yksilölle tosin koituu etuja ja turvaa oikeusjärjestyksen olemassaolosta, mutta hän ei voi omissa nimissään esittää vaatimuksia ja ajaa kannetta julkista valtaa vastaan päästäkseen tavoittelemastaan edusta osalliseksi.

On ajateltavissa, että oikeusjärjestyksen heijastusvaikutukset ymmärretään hyvin laajasti. Voidaan katsoa, että tällaista vaikutusta on kaikki etu, mitä hallintoalamaisille koituu siitä, että taitavat ja tunnolliset virkamiehet toimivat hallintotehtävissä yleistä etua parhaiten edistävällä tavalla. Jos refleksivaikutus ymmärretään näin laajasti, on sen piiriin tietenkin luettava myös ylennysperusteiden olemassaolosta viran hakijoille koituva etu. Jos taas refleksivaikutuksen alaa ei käsitetä näin laveaksi, tullaan päinvastaiseen tulokseen. Kumpaa linjaa seuraten refleksivaikutusten ala on määrättävä, saa jäädä yleisen oikeusteorian tutkijain selvitettäväksi. Asennoituminen tämän teoreettisen kysymyksen suhteen ei muuta niitä lopputuloksia, joihin edellä on päädytty.

Lyhyt yhteenveto edellä esitetystä:

Nimitysasian käsittely valtionhallinnossa on osaksi sidottua, osaksi taas vapaaharkintaista hallintotoimintaa. Nimittävä viranomainen on sidottu eräisiin oikeudellisiin edellytyksiin ja määrättyjen menettelymuotojen noudattamiseen. Sen on voimassa olevaa oikeutta soveltaen tutkittava, ketkä virkaan tarjolla olevista henkilöistä täyttävät asetetut muodolliset kelpoisuusehdot ja ovat henkilökohtaisten ominaisuuksiensa puolesta virkaan sopivia. Tältä osalta kuuluu nimitysasian käsittelyssä tapahtuva harkinta sidotun hallintotoiminnan alaan. Mutta harkittaessa, onko virka täytettävä, on ratkaisu vapaan harkinnan varassa. Samoin on nimittävällä viranomaisella vapaa harkintavalta toimitettaessa valintaa kahden tai useamman virkaan muodollisesti kelpoisen ja sopivaisuusvaatimuksen täyttävän hakijan kesken. Ehdollepanosta päättävä viranomainen käyttää vapaata harkintavaltaa samoissa puitteissa kuin nimittävä viranomainen.

Y. W. Puhakka

Omaisuu den turvaa ja työvoiman suojelua koskevat säännökset hallitusmuodossa

Hallitusmuodon 6 §:n 1 momentin mukaan Suomen kansalainen on lain mukaan turvattu mm. omaisuuden puolesta, ja saman pykälän 2 momentin mukaan kansalaisten työvoima on valtakunnan erikoisessa suojeluksessa. Näiden säännösten sisällyksestä ja keskinäisestä suhteesta on ollut jonkin verran epävarmuutta, ja niistä on lausuttu toisistaan poikkeavia mielipiteitä.

Omaisuu den turvaa koskevaan säännökseen nähden on epävarmuus koskenut yhdeltä puolen itse omaisuuden käsitettä, toiselta sitä, kuinka pitkälle omaisuuden turva ulottuu, erittäinkin mihin rajaan saakka hallitusmuoto turvaa omaisuuden mahdollisia loukkauksia vastaan valtiollan taholta.

Mitä ensiksi mainittuun kysymykseen tulee, ei liene epäilystä siitä, etteikö omaisuuden käsite hallitusmuodossa olisi laajempi kuin esineoikeudessa. *Hermanson* lausuu tästä: »'Omaisuu della' täytyy katsoa tarkoitettavan kaikkea, mitä voidaan pitää varallisuusoi keutena».¹ *Erich* taas rajoittaa omaisuuteen luettavat varallisuusoi keudet kannekelpoi siin lausuessaan: »Perustuslain suoma turva ei tarkoita ainoastaan omistusoikeutta varsinaisessa merkityksessä, vaan myöskin rajoitettuja esineoikeuksia, samoin esim. n.s. kirjallista omistusoikeutta, vieläpä yleensä varallisuusoi keudellisia intressejä, jotka ovat oi keuskeinoin

¹ Suomen valtiosääntö pääpiirteittäin, 2. p. s. 31.