

**Renne Pulkkinen**

**VIRKAAN ANSIOITUNEIN**

**TUTKIMUS VIRKANIMITYSPERUSTEIDEN  
MERKITYKSESTÄ, HIERARKIASTA JA PAINOTUKSESTA  
ANSIOITUNEISUUDEN JA KUNNAN HARKINTAVALLAN  
NÄKÖKULMASTA**

Oikeustieteellinen opinnäytetyö

Renne Pulkkinen

Lapin yliopisto

Oikeustieteiden tiedekunta

Hallinto-oikeuden projekti

Syksy 2007

# Sisällysluettelo

LÄHDELUETTELO.....	IV
LYHENNELUETTELO .....	XV
<b>I JOHDANTO.....</b>	<b>1</b>
1 TUTKIMUKSEN LÄHTÖKOHDAT.....	1
2 TUTKIMUSONGELMA JA TUTKIMUKSEN TAVOITTEET.....	4
3 KESKEISET TUTKIMUSKYSYMYKSET.....	6
4 TUTKIMUSONGELMAN RAJAUKSIA.....	7
4.1 Ajalliset rajaukset.....	7
4.2 Asialliset rajaukset.....	7
5 TUTKIMUSMETODISTA JA TEORIAPERUSTASTA.....	11
6 LÄHDEAINEISTO.....	13
7 TUTKIMUKSEN ETENEMINEN.....	15
<b>II YLEISTEN VIRKANIMITYSPERUSTEIDEN LAINSÄÄDÄNNÖLLISET LÄHTÖKOHDAT .....</b>	<b>17</b>
1 HISTORIAA.....	17
2 PERUSTUSLAIN 125.2 §:N YLEISET NIMITYSPERUSTEET JULKISIIN VIRKoiHIN.....	21
2.1 Säännöksen sanamuoto ja soveltamisala.....	21
2.2 Nimitysperusteiden merkitys lain esitöiden valossa.....	23
<b>III YLEISET VIRKANIMITYSPERUSTEET OIKEUSKIRJALLISUUDESSA .....</b>	<b>26</b>
1 YLEISTÄ.....	26
2 SOVELTAMISALA.....	26
2.2 Yleinen kriteeri ja tarkentavat perusteet.....	29
3 NIMITYSPERUSTEIDEN MERKITYS.....	30
3.1. Taito.....	30
3.2 Kyky.....	32
3.3 Koeteltu kansalaiskunto.....	33
4 NIMITYSPERUSTEIDEN SITOVUUS JA NIIDEN MUODOSTAMAT OIKEUDET.....	36
5 NIMITYSPERUSTEIDEN PAINOTUS.....	38
6 ANSIOITUNEISUUDEN KÄSITE.....	40
7 NIMITYSPERUSTEET SUHTEESSA KUNNALLISEEN ITSEHALLINTOON.....	41
8 NIMITYSPERUSTEIDEN SUHDE KELPOISUUTEEN JA NIMITYSHARKINTAAN.....	42
<b>IV YLEISET VIRKANIMITYSPERUSTEET OULUN HALLINTO-OIKEUDEN JA KORKEIMMAN HALLINTO-OIKEUDEN OIKEUSKÄYTÄNNÖN VALOSSA.....</b>	<b>44</b>
1 YLEISTÄ.....	44
1.1 Valitusoikeuskysymyksistä.....	44
1.2 Päätösheuristiikasta.....	46
2 NIMITYSPERUSTEET JA ANSIOITUNEISUUS.....	46
2.1 Taito.....	46
2.1.1 Koulutus.....	47
2.1.1.1 Koulutuksen laatu.....	47
2.1.1.2 Koulutuksen määrä.....	50

2.1.1.3 Koulutuksen merkitys virkatyypeittäin.....	50
2.1.2 Työkokemus.....	51
2.1.2.1 Työkokemuksen pituuden merkitys.....	52
2.1.2.2 Työkokemuksen laadun merkitys.....	55
2.1.2.3 Työkokemuksen saavuttamisajankohta.....	57
2.1.2.4 Työkokemuksen sivutoimisuus ja päätoimisuus.....	59
2.1.2.5 Työkokemuksen merkitys virkatyypeittäin.....	60
2.1.2.6 Yhteenveto taidon osalta.....	60
2.2 Kyky.....	61
2.2.1 Kyky ja binaarinen perusteluvollisuus.....	62
2.2.2 Kyvyn merkitys virkatyypeittäin.....	68
2.2.3 Yhteenveto kyvyn osalta.....	70
2.3 Koeteltu kansalaiskunto.....	71
2.3.1 Koeteltua kansalaiskuntoa kohottava kansalaistoiminta.....	71
2.3.2 Koetellun kansalaiskunnan kannalta merkityksettömät ansiot.....	73
2.3.3 Koetellun kansalaiskunnan merkitys virkatyypeittäin.....	74
3 NIMITYSPERUSTEET HIERARKKISUUDEN, PAINOTUKSEN JA KUNNAN HARKINTAVALLAN NÄKÖKULMASTA.....	74
3.1 Nimitysperusteiden keskinäinen hierarkkisuus ja kunnan harkintavalta.....	74
3.1.1 Koetellun kansalaiskunnan suhde taitoon ja kykyyn.....	74
3.1.2 Taidon ja kyvyn välinen hierarkkisuus.....	75
3.2 Nimitysperusteiden sisäisten komponenttien hierarkkisuus.....	80
3.2.1 Taidon komponenttien hierarkkisuus.....	80
3.2.2 Kyvyn komponenttien hierarkkisuus.....	81
3.2.3 Koetellun kansalaiskunnan komponenttien hierarkkisuus.....	82
3.3 Nimitysperusteet ja kunnan harkintavalta.....	84
3.4 Yhteenveto nimitysperusteiden hierarkiasta, painotuksesta ja suhteesta kunnan harkintavaltaan.....	85
4 Todistustaakasta.....	86
5 NIMITYSPERUSTEIDEN SUHDE KELPOISUUSEHTOIHIN.....	88
6 YHDEN KUMOAMISEN OPPI .....	90
7 YKSIMIELISYYS PERUSTELUNA ANSIOITUNEISUUDESTA POIKKEAVALLE VIRKAVALINNALLE.....	91
8 NIMITYSPERUSTEET JA TASA-ARVOLAIN ANSIOITUNEISUUS.....	92
8.1 ERI SUKUPUOLTA OLEVIEN ANSIOITUNEISUUSVERTAILUUN SOVELLETTAVAT LAINSÄÄNNÖKSET..	92
8.2 TASA-ARVOLAIN ANSIOITUNEISUUSKÄSITE.....	93
8.3 NIMITYSPERUSTEET TASA-ARVOLAIN MUKAISESSA ANSIOITUNEISUUSARVIOINNISSA.....	94
8.4 EROT VALITUSTEN MENESTYMISSÄ JA TODISTUSTAAKASSA.....	95
<b>V JOHTOPÄÄTÖKSIÄ JA HAVAINTOJA.....</b>	<b>97</b>
1 OIKEUSKÄYTÄNNÖN KEHITYKSESTÄ 2000-LUVULLA.....	97
1.1 Uusi perustuslaki - Uusi doktriini.....	97
1.2 Paluu perustuslakia edeltäneeseen doktriiniin?.....	98
1.3 Subjektinäkökulmasta systeeminäkökulmaan?.....	101
1.4 Sitovia normeja vai periaatteita?.....	103
1.5 Kyky vai taito?.....	104
1.6 Kuinka suorittaa ansiovertailu valitusvaiheessa?.....	105
1.7 Tulevaisuuden doktriini - Ansioituneisuuden käsite romukoppaan?.....	106
1.8 Kuka hakijoista on virkaan ansioitunein?.....	107
1.9 Kunnan harkintavallan primäärisyys.....	108
2 TULEVAISUUDESTA.....	109

## Lähdeluettelo

### KIRJALLISUUS JA ARTIKKELIT

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989. (*Aarnio* 1989).
- Aikio, Annukka*: Uusi sivistyssanakirja. Uusinut Rauni Vornanen. 14.painos. Otava. Keuruu 1994. (*Sivistyssanakirja* 1994)
- Arajärvi, Pentti*: Koululainsäädännön käsikirja. Kustannusosakeyhtiö Tammi. Jyväskylä 1985.
- Bruun, Niklas - Koskinen, Pirkko K.*: Tasa-arvolaki. Toinen uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus. Kauppakaari Oy. Helsinki 1997. (*Bruun - Koskinen* 1997).
- Bruun, Niklas - Mäenpää, Olli - Tuori, Kaarlo*: Uusi virkamiesoikeus. Otava. Helsinki 1988. (*Bruun - Mäenpää - Tuori* 1988)
- Bruun, Niklas - Mäenpää, Olli - Tuori, Kaarlo*: Virkamiesten oikeusasema. Otava. Helsinki 1995. (*Bruun - Mäenpää - Tuori* 1995).
- Erich, Rafael*: Suomen valtio-oikeus II. Porvoo 1925. (*Erich* 1925).
- Hakkila, Esko*: Suomen tasavallan perustuslait. Porvoo, Helsinki 1939. (*Hakkila* 1939).
- Hallberg, Pekka*: Hallinto-oikeudellisen valituksen käyttöalasta. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, A-sarja N:o 124. Vammala 1978. (*Hallberg* 1978).
- Hallberg, Pekka*: Hallintolainkäytön linjanvetoa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1990. (*Hallberg* 1990)
- Hallberg, Pekka - Ignatius, Pirkko - Kanninen, Heikki*: Hallintolainkäyttölaki. Lakimiesliiton kustannus. Kauppakaari Oy. Helsinki 1997.
- Hannus, Arno - Hallberg, Pekka*: Kuntalaki. Werner Söderström Lakitieto Oy. Porvoo 2000. (*Hannus - Hallberg* 2000).
- Heuru, Kauko*: Kuntalaki käytännössä. Helsinki 2001. (*Heuru* 2001).
- Hirvonen, Kalervo - Mäkinen, Eija*: Kunnallinen viranhaltija. Oikeudellisen aseman sääntely. Edita Prima Oy. Helsinki 2006. (*Hirvonen - Mäkinen* 2006).
- Häyhä, Juha (toim.)*: Minun metodini. Werner Söderström Lakitieto Oy. Porvoo 1997.
- Iisa, Katariina - Oittinen, Hannu - Piehl, Aino*: Kielenhuollon käsikirja. Uudistetun ja

päivitetyn laitoksen 1.painos (5. laajennettu ja muutettu painos). Yrityskirjat Oy. Jyväskylä 2002.

*Jukarainen, Heikki; Tarukannel, Veijo*: Oikeudenkäynti hallintotuomioistuimessa. Tampereen yliopisto. Julkisoikeuden laitos 1999. Saarijärvi 1999. (*Jukarainen - Tarukannel* 1999).

*Koskinen, Seppo - Kulla, Heikki*: Virkamiesoikeuden perusteet. Talentum Media Oy. Helsinki 2005. (*Koskinen - Kulla* 2005).

*Kulla, Heikki*: Kansalaiskunto ja kelpoisuus. Helsinki 1987.

*Kulla, Heikki*: Virantäyttö. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1991. (*Kulla* 1991).

*Kulla, Heikki*: Oikeudenloukkaus ja intressit - Valitusoikeuden määräytymisestä hallintolainkäytössä, s.237-247. Kaarlo Tuori 50 vuotta -juhlakirja. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos. Helsinki 1998.

*Laakso, Seppo*: Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta. Valtion painatuskeskus. Helsinki 1990. (*Laakso* 1990).

*Laakso, Seppo - Suviranta, Outi - Tarukannel, Veijo*: Yleishallinto-oikeus. Tampereen yliopiston oikeustieteiden laitos 2006. Gummerus Kirjapaino Oy 2006. (*Laakso - Suviranta - Tarukannel* 2006)

*Lahtinen, Matti - Lankinen, Timo - Penttilä, Antero - Sulonen, Arto*: Koulutuksen lainsäädäntö käytännössä. Tietosanoma. WSOY. Juva 1999.

*Lahtinen, Matti - Lankinen, Timo - Penttilä, Antero - Sulonen, Arto*: Koulutuksen lainsäädäntö käytännössä. 4. uudistettu painos. Tietosanoma. Gummerus Kirjapaino Oy. Jyväskylä 2005. (*Lahtinen - Lankinen - Penttilä - Sulonen* 2005).

*Laine, Jarmo*: Kyky, taito vaiko koeteltu poliittinen kunto. Jyväskylä 1993.

*Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Kauppakaari. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2001. (*Lappalainen* 2001).

*Merikoski, Veli*: Vapaa harkinta hallinnossa. Helsinki 1958. (*Merikoski* 1958).

*Merikoski, Veli*: Vapaa harkinta hallinnossa. Toinen muuttumaton uusintapainos. Vammala 1968.

*Merikoski, Veli*: Hallinnon politisoituminen. Porvoo 1968. (*Merikoski* 1968a)

*Merikoski, Veli*: Hallinto-oikeuden oikeussuojajärjestelmä. Toinen uusittu painos. Vammala 1968. (*Merikoski* 1968b).

*Merikoski, Veli - Vilkkonen Eero*: Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin I. Juva 1982. (*Merikoski - Vilkkonen* 1982.).

*Miettinen, Tarmo* (toim.): Oikeustieteellinen opinnäytetyö. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja. Joensuun yliopistopaino. Joensuu 2004.

*Miettinen, Tarmo - Muukkonen, Matti*: Perustuslain 125.2 §:n nimitysperusteet ja kunnallinen virantäyttö. Lakimies 4/2006, s. 511-535. (*Miettinen - Muukkonen* LM 4/2006)

*Modeen, Tore*: Virkamiesoikeus pääpiirteittäin 2.uudistettu painos. Porvoo, Helsinki, Juva 1987. (*Modeen* 1987)

*Modeen, Tore*: Om beaktande av skicklighet vid befordran till statstjänst - bidrag till tolkningen av RF 86 §. Juhlajulkaisu Olavi Rytkölä 1914-4.2.1984. Turku 1984. s. 13-21.

*Mäenpää, Olli*: Hallintoprosessin funktiot. Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 - 12/6 - 2004, s.217-237. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. C-sarja N:o 35. Helsinki, Jyväskylä 2004. (*Mäenpää* 2004).

*Mäenpää, Olli*: Hallintoprosessioikeus. WSOYpro. Porvoo 2005. (*Mäenpää* 2005).

*Niemivuo, Matti*: Valtio ja kunnallinen itsehallinto. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1991.

*Pöyhönen, Juha*: Oikeustieteellisen tutkimuksen kehityspiirteitä, s.13-25.Oikeustieteen ylioppilaiden yhdistys Artikla ry 15-vuotisjuhlajulkaisu. Artikla ry:n kustannus Pandecta oy. Kitee 1994. (*Pöyhönen* 1994).

*Ruuhimäki, Paavo - Toivonen, Esko*: Peruskoulun hallinto. WSOY. Juva 1985. (*Ruuhimäki - Toivonen* 1985).

*Rytkölä, Olavi*: Virkamiesoikeus 4.painos. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja n:o 48. Helsinki 1978. (*Rytkölä* 1978)

*Ryynänen, Aimo*: Hyvän hallinnon periaatteet kunnallishallinnossa. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1991.

*Saipio, Heikki*: Kunnallisen viranhaltijan oikeusasema. Gummerus Oy Kirjapaino. Jyväskylä 1987. (*Saipio* 1987).

*Saipio, Heikki - Niittylä, Lauri - Vartiainen-Hynönen, Elina*: Kunnallisen viranhaltijan oikeusasema. Helsinki 1996. (*Saipio - Niittylä - Vartiainen-Hynönen* 1996).

*Saraviita, Ilkka:* Hallintolaki ja hallintolainkäyttölaki hallinto-oikeudellisten oikeustapausten ratkaisemisessa (2006).

*Silenti, Timo:* Tuomioistuimen toimivallan riippuvuus asianosaisen vaatimuksesta hallintolainkäytössä. (Von der Einwirkung des Parteiantrages auf die Zuständigkeit des Gerichts im verwaltungsgerichtlichen Verfahren). Lakimies 4/1984, s.373-387. Helsinki 1984. (*Silenti* 1984).

Suomen kielen perussanakirja. Ensimmäinen osa: A-K. 1.-2.painos. Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksen julkaisuja 55. Helsinki 1990.

*Ståhlberg, K. J.:* Suomen hallinto-oikeus. Yleinen osa. Toinen, uudistettu painos. Otava. Helsinki 1928. (*Ståhlberg* 1928).

*Tarjanne, Tapio:* Kirjoituksia ja lausuntoja. Vammala 1943. (*Tarjanne* 1943).

*Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri:* Pro&Contra. Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä. Helsinki 2003. (*Virolainen – Martikainen* 2003).

## **VIRALLISLÄHTEET**

### **Hallituksen esitykset**

#### ***Kotimaiset***

Hallituksen esitys Eduskunnalle Valtion virkamieslainsäädännön uudistamisesta (HE 238/1984 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi (HE 57/1985 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta (HE 291/1993 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntalaiksi (192/1994 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kunnallisen viranhaltijan palvelussuhdeturvasta ja siihen liittyviksi laeiksi (HE 44/1996 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuntalain muuttamisesta (HE 110/1996 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle koulutusta koskevaksi lainsäädännöksi (HE 86/1997 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi (HE 1/1998 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle hallinto-oikeuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi (HE 114/1998 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta (HE 17/2002 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta (HE 196/2002 vp)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta (HE 195/2004 vp)

### *Ulkomaiset*

Regeringens proposition 1973:90

Regeringens proposition 1985-86:116

### **Valiokunta-asiakirjat**

#### *Lausunnot*

Hallintovaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä koulutusta koskevaksi lainsäädännöksi (HaVL 8/1998 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä Valtion virkamies lainsäädännön uudistamisesta (PeVL 13/1985 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto liittyen hallituksen esitykseen valtion virkamieslaiksi ja laiksi valtion virkaehtosopimuslain muuttamisesta (PeVL 5/1994)

Perustuslakivaliokunnan lausunto liittyen hallituksen esitykseen kuntalain muuttamisesta (PeVL 31/1996 vp)

Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi kunnallisesta

viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta (PeVL 64/2002 vp)

Valtionvarainvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä Valtion virkamieslain lainsäädännön uudistamisesta (VaVL 1/1985 vp)

Valtiovarainvaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä koulutusta koskevaksi lainsäädännöksi (VaVL 18/1998 vp)

### ***Mietinnöt***

Hallintovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä kuntalaiksi (HaVM 18/94 vp)

Hallintovaliokunnan mietintö liittyen hallituksen esitykseen kuntalain muuttamisesta (HaVM 18/1996 vp)

Hallintovaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi kunnallisesta viranhaltijasta ja laiksi kuntalain muuttamisesta (HaVM 31/2002 vp)

II Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä Valtion virkamies lainsäädännön uudistamisesta (II LaVM 2/1986 vp)

Lakivaliokunnan mietintö liittyen hallituksen esitykseen eduskunnalle hallinto-oikeuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi (LaVM 19/1998 vp)

Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi (PeVM 10/1998 vp)

Sivistysvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä koulutusta koskevaksi lainsäädännöksi (SiVM 3/1998 vp)

Suuren valiokunnan mietintö hallituksen esityksestä Valtion virkamieslain lainsäädännön uudistamisesta (SuVM 49/1986 vp)

### **Komitean mietinnöt**

Komitean mietintö 1979:26. Julkishenkilöstön oikeusasemakomitean I osamietintö. Helsinki 1979.

## SÄÄDÖKSET

Asetus korkeakoulun professorin ja apulaisprofessorin viran täyttämisestä 20.12.1991/1581

Asetus opetustoimen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksista 14.12.1998/986

Hallintolaki 6.6.2003/434

Hallintolainkäyttölaki 26.7.1996/586

Hallinto-oikeuslaki 26.3.1999/430

Hallitusmuoto 17.7.1919/94 (kumottu Suomen perustuslailla 731/1999)

Kuntalaki 17.3.1995/365

Laki korkeakoulun professorin ja apulaisprofessorin viran täyttämisestä 24.5.1991/856

Laki korkeimmasta oikeudesta 22.12.2006/1265

Laki kunnallisesta viranhaltijasta 11.4.2003/304

Laki kunnallisen viranhaltijan palvelussuhdeturvasta 28.6.1996/484 (kumottu kunnallisesta viranhaltijasta annetun lain 304/2003 nojalla)

Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 8.8.1986/609

Laki valtion virkojen täyttämisestä eräissä tapauksissa ja eräiden asetusten toimittamisesta eduskunnalle 24.10.1986/726

Lukiolaki 27.5.1983/477 (kumottu lukiolailla 629/1998)

Lukiolaki 21.8.1998/629

Peruskoululaki 27.5.1983/476 (kumottu perusopetuslailla 628/1998)

Perusopetuslaki 21.8.1998/628

Suomen perustuslaki 11.6.1999/731

Valtion virkamieslaki 24.10.1986/755 (kumottu valtion virkamieslailla 750/1994)

Valtion virkamieslaki 19.8.1994/750

Valtion virkamiesasetus 21.8.1987/723

Valtion virkamiesasetus 14.11.1994/971

Yhdenvertaisuuslaki 20.1.2004/21

## VUOSIKERTOMUKSET

Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2000. Oulu 2001.

Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2001. Oulu 2002.

Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2002. Oulu 2003.

Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2003. Oulu 2004.

Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2004. Oulu 2005.

Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2005. Toimittanut Riitta Arjas. Aune Jaara.

Multiprint Oy. Oulu 2006.

Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2006. Toimittanut Harri Westerholm. Aune Jaara. Tiina Kosamo. Multiprint Oy. Oulu 2007.

## **SÄHKÖISET LÄHTEET**

[www.edilex.fi/virallistieto/mt/](http://www.edilex.fi/virallistieto/mt/)  
[www.eduskunta.fi/valtiopaivaasiat/he](http://www.eduskunta.fi/valtiopaivaasiat/he)  
[www.finlex.fi](http://www.finlex.fi)  
[www.kho.fi](http://www.kho.fi)  
[www.kko.fi](http://www.kko.fi)  
[www.oikeus.fi](http://www.oikeus.fi)  
[www.oikeusasiamies.fi](http://www.oikeusasiamies.fi)  
[www.okv.fi](http://www.okv.fi)  
[www.riksdagen.se](http://www.riksdagen.se)  
[www.regeringen.se](http://www.regeringen.se)

## **OIKEUSTAPAUKSET**

### **KHO, julkaistut ja vuosikirjaratkaisut**

KHO 11.7.1979/3069 (KHO:1979-A-II-3)  
KHO 1980 A II 22  
KHO 1982 I 1  
KHO 14.2.1983/532 (KHO:1983-A-I-1)  
KHO 1983 A II 49  
KHO 8.4.1987/1314 (KHO:1987-A-12)  
KHO 1990 A 26  
KHO 5.3.1991/752 (KHO:1991-A-16)  
KHO 28.6.2005/1609 (KHO:2005:44)  
KHO 29.11.2005/3142 ( KHO:2005:82 )  
KHO 30.11.2005/3200 (Lyhyt ratkaisuseloste [www.kho.fi](http://www.kho.fi))  
KHO 16.5.2006/1247 ( KHO:2006:28)  
KHO 1.12.2006/3238 (KHO:2006:93)

### **KHO, jatkovalitusratkaisut OHaO:n ratkaisuihin**

KHO 17.8.2001 T 1868  
KHO 19.11.2001 T 2863  
KHO 27.2.2002 T 424  
KHO 27.2.2002 T 425  
KHO 23.9.2002 T 2261  
KHO 28.11.2002 T 3113  
KHO 13.1.2003 T 57  
KHO 1.4.2003 T 778  
KHO 1.4.2003 T 780  
KHO 1.4.2003 T 786  
KHO 2.6.2003 T 1342  
KHO 24.9.2004 T 2437  
KHO 17.1.2006 T 56  
KHO 1.3.2006 T 418

KHO 12.5.2006 T 1228  
KHO 10.6.2006 T 1422  
KHO 15.6.2006 T 1570  
KHO 17.10.2006 T 2734  
KHO 17.10.2006 T 2737  
KHO 15.11.2006 T 3067  
KHO 21.12.2006 T 3572  
KHO 5.2.2007 T 264  
KHO 24.8.2007 T 2126

### **KKO**

KKO:1991:26  
KKO:2005:25

### **OHaO:n ratkaisut**

#### ***Vuosi 2000***

OHaO 29.8.2000 T 00/0303/1  
OHaO 29.8.2000 T 00/0304/1  
OHaO 29.8.2000 T 00/0308/1  
OHaO 24.10.2000 T 00/0413/1  
OHaO 24.10.2000 T 00/0415/1  
OHaO 7.11.2000 T 00/0437/1  
OHaO 9.11.2000 T 00/0442/1  
OHaO 21.11.2000 T 00/0463/1

#### ***Vuosi 2001***

OHaO 24.1.2001 T 01/0013/1  
OHaO 27.3.2001 T 01/0114/1  
OHaO 10.4.2001 T 01/0128/1  
OHaO 10.4.2001 T 01/0130/1  
OHaO 11.4.2001 T 01/0133/1  
OHaO 6.7.2001 T 01/0277/1  
OHaO 27.8.2001 T 01/0319/1  
OHaO 31.8.2001 T 01/0334/1  
OHaO 12.9.2001 T 01/0359/1  
OHaO 29.10.2001 T 01/0438/1  
OHaO 7.12.2001 T 01/0499/1

#### ***Vuosi 2002***

OHaO 25.1.2002 T 02/0019/1  
OHaO 13.3.2002 T 02/0099/1  
OHaO 13.3.2002 T 02/0102/1  
OHaO 13.3.2002 T 02/0103/1  
OHaO 14.5.2002 T 02/0182/1  
OHaO 6.6.2002 T 02/0230/1  
OHaO 25.6.2002 T 02/0258/1  
OHaO 8.7.2002 T 02/0305/1  
OHaO 8.7.2002 T 02/0306/1  
OHaO 17.8.2002 T 02/0310/1  
OHaO 29.8.2002 T 02/341/2

OHaO 23.8.2002 T 02/0350/1  
OHaO 23.8.2002 T 02/0351/1  
OHaO 23.8.2002 T 02/0355/1

### ***Vuosi 2003***

OHaO 11.6.2003 T 03/0264/1  
OHaO 11.6.2003 T 03/0265/1  
OHaO 26.8.2003 T 03/0365/1  
OHaO 19.9.2003 T 03/0415/1  
OHaO 1.10.2003 T 03/0433/1  
OHaO 23.12.2003 T 03/0603/1

### ***Vuosi 2004***

OHaO 6.2.2004 T 04/0069/1  
OHaO 6.2.2004 T 04/0070/1  
OHaO 3.3.2004 T 04/0115/1  
OHaO 19.3.2004 T 04/0144/1  
OHaO 2.4.2004 T 04/0164/1  
OHaO 26.5.2004 T 04/0253/1  
OHaO 14.6.2004 T 04/0299/1  
OHaO 8.7.2004 T 04/0341/1  
OHaO 8.7.2004 T 04/0342/1  
OHaO 12.8.2004 T 04/0358/1  
OHaO 21.10.2004 T 04/0491/1  
OHaO 28.10.2004 T 04/0501/1

### ***Vuosi 2005***

OHaO 13.5.2005 T 05/0221/1  
OHaO 8.6.2005 T 05/0252/1  
OHaO 8.6.2005 T 05/0253/1  
OHaO 5.7.2005 T 05/0310/1  
OHaO 26.8.2005 T 05/0382/1  
OHaO 19.9.2005 T 05/0435/1  
OHaO 6.10.2005 T 05/0464/1  
OHaO 18.11.2005 T 05/0532/1  
OHaO 18.11.2005 T 05/0533/1  
OHaO 5.12.2005 T 05/0563/1

### ***Vuosi 2006***

OHaO 31.1.2006 T 06/0055/1  
OHaO 18.5.2006 T 06/0217/1  
OHaO 17.7.2006 T 06/0324/1  
OHaO 15.8.2006 T 06/0353/1  
OHaO 13.9.2006 T 06/0416/1  
OHaO 6.10.2006 T 06/0488/1

### ***Vuosi 2007***

OHaO 16.2.2007 T 07/0080/1  
OHaO 21.2.2007 T 07/0082/1  
OHaO 21.2.2007 T 07/0083/1

OHaO 24.8.2007 T 07/0391/1

OHaO 27.8.2007 T 07/0399/1

### **Lailisuusvalvojat**

OAO 20.12.2006 n:o 1975/4/05

EOA 20.3.1991 n:o 1473/4/90

EOA 29.12.2006 nrot 2687/4/04, 205/4/05, 542/4/05, 1542/4/05, 2004/4/05, 2016/4/06

OKa 4.12.1990 n:o 1085

### **MUU TUTKIMUSMATERIAALI**

Helsingin yliopiston Koulutus- ja kehittämiskeskus Palmenia. Kunnallisasioiden kurssi. Täydennyskoulutus hallintotuomioistuimille 5.-6.9.2005. Erityisesti osio virkamiesoikeudellisia oikeustapauksia, tapaukset 4-7. Osion pitäjä hallinto-oikeustuomari Ismo Räisänen, Helsingin HaO. (*Kunnallisasioiden kurssi 2005*)

## Lyhenneluettelo

A	asetus
AOA	apulaisoikeusasiamies
av.	alaviite
Dnro	diaarinumero
entinen LukL	lukiolaki (477/1983) (kum.)
EOA	eduskunnan oikeusasiamies
HaO	hallinto-oikeus
HaOL	hallinto-oikeuslaki
HaVM	hallintovaliokunnan mietintö
HE	hallituksen esitys
HL	hallintolaki (434/2003)
HLL	hallintolainkäyttölaki (586/1996)
HM	Suomen hallitusmuoto (94/1919) (kum.)
KHO	korkein hallinto-oikeus
KHOL	laki korkeimmasta hallinto-oikeudesta
KKO	korkein oikeus
KM	komitean mietintö
kum.	kumottu (laista)
KunL	Kuntalaki (365/1995)
KunVirhL	Laki kunnallisesta viranhaltijasta (304/2003)
L	laki
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
LM	Lakimies (Suomalaisen lakimiesyhdistyksen aikakauskirja)
LukL	Lukiolaki (629/1998)
OHaO	Oulun hallinto-oikeus
OKa	valtioneuvoston oikeuskansleri
OpToimKelpA	asetus opetustoimen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksista
PeKL	peruskoululaki (476/1983) (kum.)
PeOL	perusopetuslaki (628/1998)
PeV	perustuslakivaliokunta
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
PL	Suomen perustuslaki (731/1999)
SiVM	Sivistysvaliokunnan mietintö
SuVM	Suuren valiokunnan mietintö
T	taltionumero
Tnro	taltionumero
Tasa-arvoL	Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (609/1986)
Tasa-arvolaki	Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta (609/1986)
VaVL	Valtionvarainvaliokunnan lausunto
Viranhaltijalaki	Laki kunnallisesta viranhaltijasta (304/2003)
VVirkamL	Valtion virkamieslaki (750/1994)
vp.	valtiopäivät
YVK	Vuoden 1789 yhdistys- ja vakuuskirja



# I JOHDANTO

## 1 Tutkimuksen lähtökohdat

Kunnilla on ollut hallitusmuodon aikana ja on edelleenkin perustuslain (731/1999) 121 §:n takaama kunnallinen itsehallinto, johon kuuluu muun muassa oikeus valita kunnalliset viranhaltijat. Kunnallista virkavalintaa koskeva harkintavalta on pitkään ollut kunnissa laaja. Kunta on voinut itsehallintoperiaatteen mukaisesti valita virkaan kenet tahansa sopivaksi katsomansa kelpoisuusvaatimukset täyttävistä henkilöistä, kunhan valinta ei ole ollut syrjivä. Perustuslain virkanimitysperusteiden – taidon, kyvyn ja koetellun kansalaiskunnan – säättäminen koskemaan myös kunnallisia virkoja on kaventanut merkittävästi itsehallinnollista harkintavaltaa virkanimitysasioissa.<sup>1</sup> Kunnan tulee tehdä virkavalintansa nimitysperusteiden asettamissa rajoissa niin, että niiden perusteella ansioituneimman valitsematta jättäminen on perusteltava. Viranhaltija valitaan virkaan joko toimielimen tai jopa yksittäisen viranhaltijan päätöksellä. Toimielimen ottaessa virkaan, valinta tapahtuu virkavaalissa.<sup>2</sup> Vaalista säädetään kuntalain (365/1995) 60 §: ssä. Lainkohdan mukaan vaalissa valitaan kerrallaan vain yksi henkilö. Varalle valittavasta suoritetaan oma vaali. Vaalissa tulee valituksi eniten ääniä saanut ja äänten mennessä tasan valinta ratkeaa arvalla. Vaali on erotettava äänestyksestä eikä vaali ole äänestyksen alakäsite.<sup>3</sup> Virkavaali toimitetaan lainkohdan pääsäännön mukaan avoimena nimenhuutoäänestyksenä, jollei sitä vaadita toimitettavan suljetuin lipuin.

Kuntien harkintavallan käyttöä valitessaan viranhaltijansa onkin katsottu tarpeelliseksi valvoa mahdollisuudella tehdä kuntalain (365/1995) 90 §:n mukaisilla perusteilla<sup>4</sup> kunnallisvalitus virkavaalipäätöksistä ja viranhaltijan tekemistä virkanimityspäätöksistä.<sup>5</sup> Valitusmahdollisuutta on korostanut nimitysperusteiden

<sup>1</sup> *Hirvonen - Mäkinen* 2006, s.93-94.

<sup>2</sup> *Hirvonen - Mäkinen* 2006, s.97.

<sup>3</sup> *Hannus - Hallberg* 2000, s.419.

<sup>4</sup> KunL 90 § 1 mom.: Valtuuston ja kuntayhtymän 81 §:n 1 momentissa tarkoitetun toimielimen päätökseen ja kunnanhallituksen ja lautakunnan oikaisuvaatimuksen johdosta antamaan päätökseen haetaan muutosta kunnallisvalituksella hallinto-oikeudelta. (muut. 26.3.1999/435). Mainitun pykälän 2 mom. mukaan valituksen saa tehdä sillä perusteella, että: 1) päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä; 2) päätöksen tehnyt viranomais on ylittänyt toimivaltansa; tai 3) päätös on muuten lainvastainen.

<sup>5</sup> *Mäenpää* 2004, s.231. Kyse on hänen mukaansa hallintoprosessin valvonnallisesta funktiosta: valvonta ei ole yleistä eikä kattavaa, vaan konkreettista ja sen vireille muutoksenhakijan aloitteesta.

ulottaminen koskemaan myös kunnallisia virkoja, kun nimitysperusteet on katsottu kunnan harkintavallan rajoja kaventavaksi normiksi. Virkavaalin laillisuuden tutkii valituksen johdosta ensiasteena alueellinen hallinto-oikeus, jonka päätöksestä on kuntalain 97 §:n nojalla rajoittamaton jatkovalitusoikeus korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Virkavaalista ja viranhaltijan virkanimityspäätöksestä, lukuun ottamatta kunnanvaltuuston tai kuntalain 81.1 §:n tarkoittaman kuntayhtymän toimielimen päätöksiä, ei voi kuitenkaan suoraan valittaa hallinto-oikeuteen, vaan valittaminen edellyttää ensin kuntalain 89 §:n mukaisen oikaisuvaatimuksen tekemistä tapauskohtaisesti vaihtelevalle kunnan oikaisuvaatimuksen käsittelevälle viranomaiselle. Virkavaalivalitus on kunnallisvalituksena laillisuusvalitus, joten hallintotuomioistuimet eivät voi tutkia virkavaalia siltä osin kuin on ollut tarkoitus valittaa vaalin tarkoituksenmukaisuudesta. Sen sijaan oikaisuvaatimusvaiheessa oikaisua vaativalla on mahdollisuus vedota myös tarkoituksenmukaisuusperusteisiin. Kunnallisesta itsehallinnosta johtuen virkavaalivalitus on *kassaatioluonteinen*, mikä tarkoittaa, ettei hallintotuomioistuin valitusviranomaisena voi virheelliseksi katsomansa päätöksen sijaan yleensä antaa uutta toisensisältöistä päätöstä vaan laiton virkavaali tai virkanimityspäätös on kumottava tai kumottava ja palautettava uudelleen käsiteltäväksi.<sup>6</sup> Ensin mainittu vaihtoehto on virkavaali ja -nimityspäätöksissä säännönmukainen ratkaisu, koska kunnalla on oikeus päättää täyttääkö se viran vai ei. Valitus ei siis tarkoita menestyessäkään valittajan ottamista virkaan valituksen johdosta, vaan kunta voi kumotunkin päätöksen jälkeen valita virkaan parhaaksi katsomansa hakijan. Kenelläkään kun ei ole oikeutta tulla valituksi julkisiin virkoihin.<sup>7</sup>

Virkavaalivalitukset ovat usein moniongelmaisia. Valitukset perustuvat nimittäin yleisimmin paitsi väitteisiin valmistelun virheellisyydestä myös päätöksen tehneen viranomaisen harkintavallan ylittamisestä<sup>8</sup> ja päätöksen tasa-arvolain,

Virkanimityksissä valvonnallista funktiota vahvistaa kuntalaisten oikeus tehdä valitus.

<sup>6</sup> *Tarukannel - Jukarainen* 1999, s. 61.

<sup>7</sup> Perustuslaki 18 § ja sen perustelut HE 1/1998 vp., s.80, jossa viitataan hallitusmuoto 15 §:ään ja sen perusteluihin HE 309/1993 vp., s 67-69, PeVM 25/1994 vp., s.10. *Hannus ja Hallberg* toteavat, että virkavaalien osalta virkaa hakeneella henkilöllä ei ole oikeutta saada hakemaansa virkaa, eikä päätös toisaalta vaikuta myöskään hakijan velvollisuuteen (*Hannus - Hallberg* 2000, s.603).

<sup>8</sup> *Laakson, Suvirannan ja Tarukanteleen* mukaan harkintavallan ylitys merkitsee sitä, että viranomaisen päätöksenteossaan sivuuttaa harkinnan käyttöä ohjaavat oikeusperiaatteet ja menee sen kehyksen ulkopuolelle, jonka puitteissa harkinnan tulee pysyttäytyä. Heidän mukaan harkintavallan alitus puolestaan liittyy sellaiseen tilanteeseen, jossa säännökset nimenomaisesti edellyttävät tapauskohtaista eli yksilöllistä arviointia ja harkinnan käyttämistä eikä tapauskohtaiselle harkinnalle jää sijaa. Jos viranomaisen ei toimi tämän kehyksen mukaan, harkintavalta alitetaan. Harkintavalta ei ole Suomessa kuitenkaan vakiintunut erillisenä virheperusteena, vaan se perustellaan yleensä sisällöllisenä lainvastaisuutena (*Laakso - Suviranta - Tarukannel* 2006, s.314-315).

yhdenvertaisuuslain, viranhaltijain tai perustuslain vastaisuudesta. Valitukset perustellaan monesti myös sillä, että virkaan valittu ei täytä erityisen kelpoisuussäännöksen tai kunnan asettamien kelpoisuusehtojen vaatimuksia, ja virkavaali on tämän vuoksi lainvastainen. Hallintotuomioistuimen tulee ottaa kaikkiin näihin väitteisiin kantaa, mutta yleisimmin valituksen menestymisen tai menestymättömyyden ratkaisee lopulta hallintotuomioistuimen tekemä ansiovertailu käyttäen apunaan yleisiä virkanimitysperusteita.

KunVirhL 4 §:n 2 momentin mukaan virkasuhteeseen ottamisesta päättävä viranomais voi perustellusta syystä päättää muun muassa viransuhteen täyttämättä jättämisestä. Pykälä antaa siis kunnalle mahdollisuuden jättää täyttämättä virka myös niissä tapauksissa, joissa vähintään yhdellä hakijoista on ollut kelpoisuus virkaan. Huomionarvoista on se, että korkein hallinto-oikeus on katsonut tällaisen päätöksen valituskelvottomaksi.<sup>9</sup> KHO:n mukaan päätös virkasuhteen täyttämättä jättämisestä eli *nimityspäätöksen valmistelun lopettamisesta* on oikeudellisesti rinnastettavissa nimityspäätöksen valmistelutoimiin, minkä vuoksi päätös ei sisällä sellaista ratkaisua, josta huomioon ottaen kuntalain 91 §:n, saisi tehdä oikaisuvaatimuksen tai kunnallisvalituksen. KHO:n päätös on kunnallista itsehallintoa kunnioittava ja antaa kunnalle hyvät mahdollisuudet sopivimman henkilön saamiseen viranhaltijaksi. Samoin käyttökelpoinen täyttämättä jättämispäätös ilman valituskelpoisuutta on silloin, kun virkaan ei ole hakenut kuin yksi kelpoisuusehdot täyttävä hakija, ja kunta haluaa laittaa viran uudelleen haettavaksi saadakseen suuremman määrän kelpoisuusvaatimukset täyttäviä hakijoita. Toisaalta KHO:n linjaus saattaa antaa mahdollisuuden erittäin pätevienkin hakijoiden syrjäyttämiseen virkaa täytettäessä. Valitsija voi tekemällä tässä tarkoitetun päätöksen jättää valitsematta virkaa hakeneen ja ansiovertailun perusteella ansioituneimman hakijan ja odottaa, että virkaan esimerkiksi ikänsä tai poliittisen tai uskonnollisen vakaumuksen perusteella mielekkäämpi hakija saavuttaa riittävän kelpoisuuden ja/tai kokemuksen virkaan. Kuntahan voi päättää, että virkaa hoidetaan määräaikaisena, kunnes siihen saadaan sopiva viranhaltija. Ansioituneisuuden huomioon ottaminen ja syrjivien perusteiden kitkeminen pois virantäytöstä vaatisi myös täyttämättä jättämispäätöksen valituskelpoisuutta. Ansioituneempi ja syrjäytetty voi valittaa mahdollisesti määräaikaiseen virkasuhteeseen ottamisesta valittamisen yhteydessä myös valmistelussa tapahtuneista virheistä, mutta voidaan kysyä, antaako

<sup>9</sup> KHO 29.11.2005/3142 ( KHO:2005:82 )

tämä hänelle riittävästi oikeussuojaa. KHO:n päätös vaikuttaa kuitenkin kuntien toiminnan ja tuloksellisuuden parantamisen kannalta oikealta, sillä se mahdollistaa kunnan toiminnan kannalta soveliaimman ja tehokkaimman viranhaltijan saamisen virkoihin. Siinä missä virkaylennysperusteiden voi jossain määrin rajoittaneen kunnallista harkintavaltaa virantäytyksissä, KHO:n päätös on sitä puolestaan laajentanut.

## 2 Tutkimusongelma ja tutkimuksen tavoitteet

Virkanimitysperusteet ovat olleet käytössä jo hallitusmuodon aikana, ja ne pysytettiin lähes sellaisinaan myös uudessa 1.3.2000 voimaan tulleessa perustuslaissa. Valtion virkojen lisäksi nimitysperusteet tulivat koskemaan kaikkia julkisia virkoja, mukaan lukien kuntien virat, vasta perustuslain voimaan tulosta lähtien<sup>10</sup>. Tämä muutos on tuonut ne merkittäväksi osaksi hallintotuomioistuinten virkavaalivalituspäätösten perusteluja, mutta hallintotuomioistuinten tulkintoja nimitysperusteista ei ole liiemmin tutkittu.<sup>11</sup> Nimitysperusteiden merkitys valtion virkojen osalta on aikalailla vakiintunut, mutta niiden merkitys kunnan virantäytyksissä on vielä kiistanalainen kysymys. Niiden painottaminen, hierarkkisuus ja suhde kunnan harkintavaltaan virantäytyksissä oikeuskäytännön valossa on jäänyt vaille kommentaariteoksia. Tähän on ollut omiaan vaikuttamaan KHO:n asiasta antamien ennakkopäätösten vähäisyys. Itse nimitysperusteiden sisältöä muutoin kuin oikeuskäytännön valossa on oikeuskirjallisuudessa käsitelty useammassa tutkimuksessa aivan hallitusmuodon voimassa olon alkuajoista lähtien ja sisältö on merkityksen osalta vakiintunut, joten niihin ei ole kiinnitetty suurta huomiota, vaan tutkimuksessa on keskitytty vielä oikeustieteessä kiistanalaisiin kysymyksiin.

Tutkimukseni ydintavoite on *empiirisen tutkimuksen* perusteella etsiä PL:n 125.2 §:n yleisille nimitysperusteille annettuja merkityksiä ja niiden asemaa hallinto-oikeuden perusteluissa. Tutkimuksessa tehdään myös suppeahko katsaus lainsäätäjän tarkoitukseen ja oikeuskirjallisuuden kantoihin, jotta johtopäätösoSION pohdintoihin saadaan *analyttisempi* ote. Merkittävin tutkimusongelma on yleisille virkanimitysperusteille annetun merkityksen ja aseman kartoittaminen ja niiden välisen

<sup>10</sup> He 1/1998 vp, s.180.

<sup>11</sup> Miettinen ja Muukkonen ovat käsitelleet artikkelissaan hyvin lyhyesti nimitysperusteita eri hallinto-oikeuksien käytäntöjen mukaan. (LM 4/2006), s.528-531.

hierarkian selvittäminen Oulun hallinto-oikeuden 2000-luvulla virkavaalivalitusten johdosta antamien ratkaisujen pohjalta. Lisäksi tutkimuksella pyritään etsimään hallinto-oikeuden käsitys kunnan itsehallinnollisen ja nimitysperustepohjaisen harkintavallan suhteesta.

Tutkimusongelman ratkaisemiseksi on pyrittävä etsimään Oulun hallinto-oikeuden ja KHO:n virkavaaleja ja virkanimityspäätöksiä koskevista ratkaisuista *linjaus (doktriini)*, jonka pohjalta voidaan tehdä yleistyksiä virkanimitysperusteille annetuista merkityksistä ja asemasta sekä valitusten menestymisestä eri tyyppisissä ansioituneisuustilanteissa. Eli milloin mikäkin nimitysperuste on saanut toistaan suuremman painoarvon (jos näin on tapahtunut) ja milloin valittaja on katsottu valittua ansioituneemmaksi. Minkälaiset rajat hallintotuomioistuimet ovat kunnan harkintavallalle suhteessa nimitysperusteisiin asettaneet ja millä edellytyksillä harkintavallan rajat on katsottu ylitetyn. Tämä tapahtuu tutkimalla nimitysperusteet yksitellen ikään kuin ne olisi irrotettu kokonaiisharkinta-aspektista ja vertaamalla sitten niiden painoarvoa ratkaisujen hylkäämis- ja hyväksymistapauksissa ja niiden asemaa kokonaiisharkinnan kannalta. Lopuksi vertaan hallinto-oikeuden doktriinia suhteessa KHO:n doktriinin ja toisaalta oikeuskäytännön doktriineja suhteessa lainsäätäjän tarkoitukseen ja oikeuskirjallisuudessa luotuihin teorioihin. Lisäksi pyrin selvittämään, onko doktriini pysynyt samana vai onko doktriinissa tapahtunut muutoksia.

Lähtökohtaisesti lähdän tutkimustulosten kriittisestä pohdinnasta, joten pyrin löytämään linjauksista epäkohtia ja -johdonmukaisuuksia ja arvioimaan niitä kriittiseltä kannalta. Tutkimusongelmaan vastaaminen on tärkeää, koska oikeustieteen käsitys nimitysperusteista on pitkään perustunut ainoastaan teoreettisiin rakennelmiin. Lisäksi keskustelu virkanimitysperusteiden painottamisesta on suomalaisessa oikeustieteessä edelleen kesken, erityisesti kunnan virantäyttäjien osalta, eikä selvää tulkintakantaa tai edes välineistöä ole löytynyt käytännön hallintopäätöksiä tekeville viranomaisille, mikä on omiaan johtamaan nimitysperusteiden epäyhdenmukaiseen tulkintaan. Käytettävissä ei ole ollut laajaa oikeuskäytäntöä, kun valtion virkanimityksistä ei ole perinteisesti voinut valittaa, eikä kunnallisiin virkoihin ole hallitusmuodon voimassa olon aikana välittömästi sovellettu nimitysperusteita. Nyt kun nimitysperusteet ulottuvat ehdottomasti myös kunnallisiin virkoihin, jolloin ne ovat tulleet osaksi valituksia, voidaan tehdä linjauksia niiden painoarvosta suhteessa toisiinsa ja kunnan

harkintavaltaan.

Aiheen valinta ja rajausta ovat tutkimuksen liiallisen laajentumisen vuoksi väistämättömiä. Pro gradu-tutkielma ei anna mahdollisuutta aiheen perinpohjaiseen valottamiseen, vaan se jää mahdollisten lisätutkimusten tehtäväksi. Tutkimuksen nimi "virkaan ansioitunein" kuvaa mielestäni osuvasti hallinto-oikeuden tutkimusprosessia tutkittaessa virkavaalivalitusta: Suurin osa valituksista ratkeaa nimitysperusteiden pohjalta tehtävään ansiovertailuun, jossa tuomioistuin tekee päätelmänsä, kuka on ansioitunein (tai oikeastaan kumpi, valittaja vai valittu, on ansioituneempi) virkaan. Hallinto-oikeus käy nimitysperusteet yksi kerrallaan läpi, siirtyy sen jälkeen kokonaisarviointiin ja päättää tämän pohjalta, onko harkintavallan rajat pysyneet lain säätämässä rajoissa.

### 3 Keskeiset tutkimuskysymykset

Tutkimuksellani pyrin vastaamaan seuraaviin tutkimusongelmani kannalta keskeisiin kysymyksiin:

- 1) Mitä oikeuskirjallisuudessa ja lain esitöissä on ymmärretty nimitysperusteilla: niiden merkityksellä, painotuksella ja hierarkialla sekä suhteella kunnan itsehallintoon? Mitkä ovat kiistanalaisia kysymyksiä? Ja edelleen ovatko OHaO:n ja KHO:n käsitykset yksissä lainsäätäjän tarkoituksen ja oikeustieteen käsitysten kanssa?
- 2) Mitä Oulun hallinto-oikeus ja KHO ovat virkanimitysperusteilla ymmärtäneet ja milloin ansioituneisuuksissa on katsottu olleen niin merkittävä ero, että se on johtanut virkavaalin kumoamiseen ja milloin taas ansioituneisuuksien ero on pysynyt lainkohdan tarkoittamissa päätöksen tehneen viranomaisen harkintavallan rajoissa?
- 3) Milloin hakija on katsottava työkokemuksen / koulutuksensa / kansalaistoimintansa/ muiden ansioittensa / henkilökohtaisten ominaisuuksiensa perusteella ansioituneemmaksi? Ja edelleen onko muodostunut laskennallisia raja-arvoja? Vaikuttaako tähän viran hierarkkinen asema?
- 4) Kuinka perustuslain 125.2 §:n yleiset virkanimitysperusteet<sup>12</sup> vaikuttavat

<sup>12</sup> PL 125.2 §: Yleiset virkanimitysperusteet julkisiin virkoihin ovat taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto. Aikaisemmin hallitusmuodon (94/1919, kumottu) 86 §:n yleiset virkaylennysperusteet, jotka vastaavat sanamuodoltaan ja pääasiassa sisällöltään uusia nimitysperusteita, koskivat vain valtion virkoja.

ansioituneisuusvertailussa valituksia ratkaistaessa? Ja onko niiden välille muodostunut etusijajärjestystä? Voidaanko niitä painottaa ja millä edellytyksillä?

5) Onko ansioituneisuuden arvioimisessa nimitysperusteiden pohjalta ollut eroja riippuen siitä ovatko valittaja ja vastapuoli samaa vai eriä sukupuolta?

6) Mikä on kunnallisen harkintavallan ja nimitysperusteiden suhde oikeuskäytännön perusteella? Onko nimitysperusteet oikeuskäytännössä katsottu niin velvoittaviksi että rajoittavat kunnan harkintavaltaa virantäytöissä?

7) Kuinka oikeuskäytännön doktriini on kehittynyt ja mikä on sen nykyinen tila?

## **4 Tutkimusongelman rajauksia**

### **4.1 Ajalliset rajaukset**

Käytännöllis-teknisistä ja lainsäädännöllisistä syistä tutkimukseni keskittyy tarkastelemaan OHaO:n ja KHO:n kunnallisiin ja kuntayhtymien virantäyttöihin liittyviä ratkaisuja ajalla 1.1.2000-27.8.2007. Tutkimuksen empiirisenä aineistona tärkeimmässä roolissa ovat sellaiset OHaO:n päätökset, joihin KHO on antanut jatkovalituksen johdosta ratkaisunsa. Näihin olen päässyt tutustumaan toimiessani harjoittelijana OHaO:ssa kesinä 2006 ja 2007. Lisäksi olen tutkinut KHO:n virkavaaleista antamat julkaistut ennakkopäätökset, joita voi todeta annettun hyvin niukasti. Aikaisempaa käytäntöä on tutkittu hyvin yleisluontoisesti vain doktriinin selvittämiseksi, mikä on tarpeen johtopäätösovosassa tarkasteltaessa doktriinin kehitystä 2000-luvulla ja suhdetta aiempaan käytäntöön. Nimitysperusteiden soveltaminen ei näy vielä ensimmäisistä 2000-luvulla annetuista ratkaisuista, mutta rajauksen asettaminen 2000-luvun alkuun on perusteltua, koska se valottaa erityisesti eri sukupuolta olevien hakijoiden välisen ansioituneisuuden käsitettä. Lisäksi rajaus on tutkimuksen kannalta tärkeä: nähdään kehitys, kuinka nimitysperusteiden merkitys suhteessa kunnan virantäyttöihin alkoi muuttua perustuslain voimaan tulon jälkeen.

### **4.2 Asialliset rajaukset**

Tutkimus rajoittuu asiallisesti kuntien ja kuntayhtymien virkavaaleista ja

virka-valintapäätöksistä Oulun hallinto-oikeudelle tehtyjen valitusten tutkimiseen nimitysperusteiden ja kunnan harkintavallan valossa. *Hallintoprosessuaaliselta* kannalta kiinnitetään huomiota erityisesti virantäyttötilanteissa hakijoiden ansioituneisuuseron vaikutuksiin valitusten menestymisessä ja todistustaakan jaossa.

Tutkimusaineistona on otettu huomioon myös sellaiset ratkaisut, joissa on ollut kyse eri sukupuolta olevien henkilöiden välisistä prosesseista ja valitusperusteena on ollut perustuslain 125.2 §:n lisäksi tasa-arvoL 7 ja 8 §:t. Se, onko kyseessä tasa-arvolain mukaan selvästi ansioituneempi toista sukupuolta oleva hakija, arvioidaan perustuslain 125.2 §:n nimitysperusteita hyväksi käyttäen, joten katson perustelluksi sisällyttää myös nämä tapaukset tutkimusaineistoon. Näin saadaan laajempi otos virkanimitysperusteiden soveltamiskäytännöstä. Lisäksi se on tarpeen sen selvittämiseksi, onko tasa-arvolain syrjintää selvitettäessä sovellettu nimitysperusteita tiukemmin kuin samaa sukupuolta olevien välisessä vertailussa, ja onko tämä vaikuttanut valitusten menestymiseen.

Tutkimuksessa ei valoteta virkavaalivalitusratkaisujen laajemmin kuin sen selvittämiseksi, mikä on nimitysperusteiden rooli kunnan harkintavallan ja ansioituneisuuden valossa. En siis tutki ratkaisuja muilta osin; myöhempien tutkimusten varaan jäävät virkavaalivalitusratkaisujen muut tyypit: kelpoisuusvaatimusten ohittaminen, yhdenvertaisuuslain ja viranhaltijalain syrjintä, virheellinen järjestys sekä muut lainvastaisuudet. Kelpoisuusehtojen noudattaminen -perustetta on tutkittu vain valotettaessa niiden suhdetta nimitysperusteisiin.

Virkavaalivalitusten määriin on alkanut vaikuttaa viime vuosina se, että yhä useammat kunnan tehtävät hoidetaan yksityisoikeudelliseksi katsottavien ja näin ollen työsuhteen soveltamisalaan kuuluvien toimien tai tehtävien muodossa<sup>13</sup>. Tällöin, kun kyse on yksityisoikeudellisesta työsuhteesta, jonka täyttämisen virheellisyyteen liittyvät väitteet kuuluvat yleisen alioikeuden tutkittavaksi, hallinto-oikeuksien on jätettävä ne hallinto-oikeuslain 3 §:n mukaan toimivaltaansa kuulumattomana asiana tutkimatta.<sup>14</sup> Sen sijaan valitukset on tutkittava siltä osin kuin niissä on valitettu

<sup>13</sup> KunL 44 § 1 mom.: "Kunnan palveluksessa oleva henkilöstö on virkasuhteessa tai työsuhteen suhteessa kuntaan. Virkasuhteesta ja työsuhteen suhteesta on voimassa, mitä niistä erikseen säädetään."

<sup>14</sup> HaOL 3 §:n mukaan hallinto-oikeus käsittelee ja ratkaisee ne hallinto-oikeudelliset valitukset, hallintoriita-asiat ja muut asiat, jotka säädetään kuuluviksi sen toimivaltaan hallintolainkäyttölaissa (586/1996) tai muussa laissa. Kunnallisvalitusten ratkaiseminen kuuluu hallinto-oikeuden

kuntalain mukaisilla valitusperusteilla (virheellinen järjestys, toimivallan ylitys ja muu lainvastaisuus). KHO:n tuoreen kannan mukaan myös kysymys siitä, onko työsopimussuhteisen toimen täyttämisen yhteydessä noudatettu säädettyjä tai kunnan päättämiä kelpoisuusehtoja, tutkitaan hallintolainkäytön järjestyksessä.<sup>15</sup> Hallintolainkäytön järjestyksessä tutkimatta jäävät toimivalituksissa nykyisinkin kuitenkin väitteet, jotka perustuvat siihen, että toimen täyttäminen on ollut perustuslain virkanimitysperusteiden, viranhaltijalain, tasa-arvolain tai työsopimuslain vastainen. Tästä johtuen rajaan tutkimukseni ulkopuolelle toimiin kohdistuvat valitukset myös niiltä osin kuin ne on tutkittu kuntalain mukaisilla perusteilla. Toimivalintapäätöksistä tehdyt valitusratkaisut eivät tuo lisäarvoa tutkimusongelmani kartoittamiseen, kun niitä ei ole hallintotuomioistuimissa tutkittu perustuslain virkanimitysperusteiden noudattamisen kannalta ja kun en tutki tässä tutkimuksessa virkavalintavalitusratkaisujen hallintoprosessuaalisia ulottuvuuksia valmistelu- ja päätöksentekojärjestysvirheiden osalta.

Tutkimukseni ulkopuolelle olen rajannut myös kunnallisten tai kuntayhtymien ammattikorkeakoulujen tekemät virkavalintapäätökset, koska niistä tehdyt valitukset on tuoreen KHO:n oikeuskäytännön perusteella katsottu tietyin edellytyksin hallintolainkäyttölain mukaan ratkaistaviksi hallintovalituksiksi eivätkä ne näin luonteeltaan vastaa aitoja kunnallisia virkavaaleja, joista valittaminen tapahtuu kunnallisvalituksin, esivaiheena oikaisuvaatimus.<sup>16</sup> Tämä rajanvetokysymys siitä, katsotaanko valitus hallinto- vai kunnallisvalitukseksi, on itsessään niin laaja ongelma, että sen vuoksi olen katsonut tarkoituksenmukaisemmaksi rajata nämä valitusratkaisut tutkimukseni ulkopuolelle.<sup>17</sup> Ratkaisuilla ei ole merkitystä myöskään kunnan

---

toimivaltaan KunL 90 §:n nojalla. Vastaavasti KHO:n osalta KHOL 2 § ja KunL 93 §.

<sup>15</sup> KHO 16.5.2006/1247 ( KHO:2006:28)

<sup>16</sup> KHO 30.11.2005/3200, samoin OHaO 12.12.2006 taltionumero 06/0629/1. KHO katsoi, että ammattikorkeakoululla on ammattikorkeakoululain nojalla oikeus nimittää tai ottaa opettajat. Mikäli nimityksen tekee ammattikorkeakoulun sisäisten määräysten mukaan määräytyvä ammattikorkeakoulun viranomainen, tapahtuu se ammattikorkeakoululain nojalla ja päätöksestä valitetaan suoraan hallintolainkäytön järjestyksessä ensiasteena hallinto-oikeuteen, jolloin valitustyyppi on hallintovalitus. Jos taas kyse on ammattikorkeakoulun ylläpitäjänä toimivan kunnan toimielimen päätöksistä, siis myös ammattikorkeakoulujen henkilöstön valinta-asiassa, valitustyyppi on kunnallisvalitus. Koska ammattikorkeakoulun opettajien valinnasta valitetaan hallintovalituksin, poikkeaa niiden luonne olennaisesta tutkimuksen kannalta keskeisistä virkavaaleista. Hallintovalitus kun mahdollistaa myös tarkoituksenmukaisuusperusteella valittamisen, mikä ei ole virkavaalien osalta mahdollista. Ne ammattikorkeakoulujen henkilöstövalinnat, jotka on tehty kunnan toimielimissä eli ylläpitäjätasolla ja joissa valitustyyppi on kunnallisvalitus, on otettu mukaan tutkimusaineistoon.

<sup>17</sup> Tältä osin rajaus ei ole tutkimuksessani täydellinen, sillä olen sisällyttänyt tutkimusaineistoon yhden tällaisen ratkaisun sen sisältämien, aiheen kannalta merkittävien oikeuskysymysten vuoksi. Tapaus on OHaO 6.10.2005 05/0464/1, jonka KHO päätöksellään 15.11.2006 T 3067 muutti. Tapausta

harkintavallan ja nimitysperusteiden välisen suhteen valottamisessa, kun hallintotuomioistuin tutkii ammattikorkeakoulun eikä siis sitä ylläpitävän kunnan harkintavaltaa.

Vaikka nimitysperusteita sovelletaan myös valtion kirkkojen virkoihin, ei niitä koskevia valituksia ole sisällytetty tutkimusaineistoon. Tutkimusongelmana on nimenomaan nimitysperusteiden sisällön selvittäminen kunnallisten virkanimitysvalitusten perusteella ja kunnallisen harkintavallan ja nimitysperusteiden välisen suhteen selvittäminen eivätkä kirkon virkanimityksistä tehdyt valitukset kuulu tähän kategoriaan. Kirkon virkoihin kohdistuvat valitukset valottavat kirkon harkintavaltaa, eivät siis kunnan harkintavallan rajoja.

Sen sijaan tutkimusaineistona on huomioitu myös kunnallisten viranhaltijoiden tekemät virkanimityspäätökset, vaikkeivat ne täysin virantäyttömenettelyltään vastaakaan virkavaaleja. Ne on kuitenkin perusteltua ottaa mukaan etsittäessä vastauksia tutkimusongelmaan, sillä niissä sovelletaan virkanimitysperusteita vastaavasti kuin virkavaaleissa, ja ne ovat kuitenkin kunnallisia virantäyttöjä virkavaalien tapaan. Näin käytettävissä oleva aineisto on laajempi, mikä mahdollistaa pontevampien johtopäätösten tekemisen. Tutkimuksen pääpaino ei ole menettelyllisissä seikoissa, joten erot menettelyissä virkavaalien ja viranhaltijan nimityspäätösten välillä eivät tuota ongelmaa. Lisäksi viranhaltijoiden virkavalintapäätösten sisällyttäminen aineistoon on perusteltua sen vuoksi, että valitustie on oikaisuvaiheinen joka tapauksessa sama ja harkintavallan käyttöä arvioidaan virkavaaleja vastaavasti.

Tarkastelun ulkopuolelle jäävät pääosin myös valtion viranomaisten virkanimitykset, sillä niistä ei ole mahdollista tavanomaisilla muutoksenhakukeinoilla valittaa eikä niistä ole juuri hallinto-oikeudellista oikeuskäytäntöä. Valituskiellosta säädetään VVirkamL:n 59 §:ssä. Valtion viranomaisen nimitysasioissa voidaan valittaa ainoastaan muussa laissa olevan erityissäännöksen perusteella, mutta tällaisia ei juuri ole.<sup>18</sup> Valituskiellon vuoksi ei ole saatavissa tietoa virkanimitysperusteiden soveltamiskäytännöstä valtion virkavalintojen osalta. Valtion virkanimitysten laillisuus voidaan saattaa

käsitellään tarkemmin kohdissa IV.2.1.2.3 sekä IV.4.

<sup>18</sup> Valituksen sijasta virkaehdotuksesta korkeakoulun professorin virkaan voidaan nykyisin tehdä *muistutus*. Laki korkeakoulun professorin ja apulaisprofessorin viran täyttämisestä (24.5.1991/856) 12 § sekä asetus korkeakoulun professorin ja apulaisprofessorin viran täyttämisestä 20-22 §:t. Asiasta tarkemmin esim. *Bruun- Mäenpää - Tuori* 1995, s.117-121.

hallintotuomioistuimen tutkittavaksi kuitenkin ylimääräisellä muutoksenhaulla, pääasiassa KHO:lle tehtävällä purkuhakemuksella.<sup>19</sup> Lisäksi ansioituneemmalla, syrjäytetyllä eri sukupuolta olevalla hakijalla on mahdollisuus vaatia yleisessä alioikeudessa tasa-arvolain 11 §:n mukaista hyvitystä.<sup>20</sup> Näiltä osin on hyödynnetty KHO:n päätöksiä, mikäli niissä on tuotu esille seikkoja, jotka ovat hyödyksi tutkimusongelman kartoittamisen kannalta. Oikeuskirjallisuuden kannanotot ylimääräisen muutoksenhaun johdosta annettujen ratkaisujen ohella perustuvat pääosin nimitysperusteiden soveltamiseen valtion virantäytöissä, joten niitä on syytä hyödyntää, kun selvitetään tutkimuksen alkupuolella nimitysperusteiden merkitystä yleensä – sekä valtion että kuntien virantäytöissä.

## 5 Tutkimusmetodista ja teoriaperustasta

Tutkimus on luonteeltaan pääosin *oikeuspraktinen, oikeuskäytäntöä valottava*. Nimitysperusteita tutkitaan *praktis-analyttisen* tulkinnan avulla. Siltä osin kuin tutkimuksessa perehdytään nimitysperusteiden lainsäädännöllisiin lähtökohtiin ja oikeuskirjallisuuden kantoihin, on tutkimus luonteeltaan *oikeusdogmaattinen*, ja lainsäätäjän tarkoituksen kartoittaminen tapahtuu normatiivis-analyttiseltä kannalta. Tutkimusongelmaa pyritään tarkastelemaan myös jossain määrin hallinto-oikeuden ja KHO:n *päätösheuristiikan* valossa.

Päätutkimusmetodina on käytetty *empiirisyyttä*, jonka avulla saatujen tulosten pohjalta pyritään *yleistyksellä* tekemään johtopäätöksiä oikeuskäytännön doktriinista. Tutkimuksen kannalta merkityksellistä on löytää päätöksistä oikeudellisesti relevantit

<sup>19</sup> Ks. esim. KHO 5.3.1991/752 (KHO:1991-A-16), KHO 8.4.1987/1314 (KHO:1987-A-12), KHO 11.7.1979/3069 (KHO:1979-A-II-3)

<sup>20</sup> Ks. KKO:2005:25. Kuopion hallinto-oikeuden hallinto-oikeussihteerin virkoja hakenut henkilö A, jonka KKO katsoi tulleen ansioituneempina syrjäytetyksi, oikeutettiin yhteen tasa-arvolain 11 §:n mukaiseen hyvitykseen. (Ei siis molempien haettujen virkojen osalta niin kuin A oli vaatinut.) Myös silloin, kun KHO oli hylännyt virkavaalivalituksen sillä perusteella, ettei valittaja A ollut virkaan ansioituneempi niin, että viran täyttäminen olisi aiheuttanut tasa-arvolain 8 §:ssä tarkoitetun oletaman syrjinnästä sukupuolen perusteella (Ään.), voitiin tuon perustelun estämättä harkita yleisessä tuomioistuimessa, oliko viran täyttämisen seurauksena A:lle suoritettava hyvitystä sukupuoleen perustuvan syrjinnän johdosta. Hyvitystä tuomittiin. (Ään.) (KKO:1992:161). Ratkaisun perusteella näyttäisi siltä, että hyvityksen tuomitsemisen edellytykset kulkevat eri reittiä suhteessa virkavaalin tasa-arvolain vastaiseksi katsomiseen ja toiseksi että hyvityksen tuomitsemisen edellytykset ovat löyhemmät virkavaalin kumoamiseen nähden. Vaikka ansioituneisuuseroja ei katsottaisikaan riittävän suuriksi päätöksen kumoamiseksi hallintotuomioistuimessa, voi tasa-arvolain syrjinnän edellytykset täytyä niin riittävässä määrin, että syrjäytetty on oikeutettu saamaan tasa-arvolain hyvitystä. Oikeus hyvitykseen ja päätöksen lainvastaisuus eivät näyttäisi olevan yhteismitallisia.

oikeusohjeet, *ratio decidendi* ja erottaa ne oikeudellisesti ei-relevanteista ainesosista, *obiter dicta*. Kun *ratio decidendi* on löydetty, niistä muodostetaan analyttisellä yleistämällä sääntöjä, joiden avulla saadaan hahmotettua hallinto-oikeuden doktriini. Apumetodeina on käytetty analyttistä kyseenalaistamista ja punnintapohdintaa<sup>21</sup>.

Tutkimus ei ole yleishallinto-oikeudellinen, vaan teoreettiselta perustaltaan kytköksissä enemminkin kunnallisoikeudellisiin, virkamiesmiesoikeudellisiin ja työoikeudellisiin doktriineihin. Vielä tarkemmin määriteltynä tutkimus on *kunnallisvirkamiesoikeudellinen*. Siinä mielessä, kun tutkimuksessa valotetaan nimitysperusteiden suhdetta kunnan harkintavaltaan virantäytössä (itsehallinnolliseen harkintavaltaan), tutkimuksella on liityntöjä *itsehallinto-oikeuteen*. Tutkimus ei ole yleishallinto-oikeudellinen siinäkään mielessä, että se keskittyy pääosin *alempaan hallintolainkäyttöön* ja *ylimpään hallintolainkäyttöön*. Tutkimuksessa on perehdytty tuomioistuinten heuristiikkaan ja nimitysperusteisiin todistustaakan ja valitusten prosessuaalisen menestymisen kannalta. Tutkimusongelma painottuu juuri *hallintolainkäytöllisen doktriinin etsimiseen*, mikä tekee siitä vahvasti hallintoprosessioikeudellisiin oppeihin sitoutuneen. Itse asiassa näissä kysymyksissä on ulotettu myös yleisen prosessioikeuden puolelle, mikä on perinteisesti pidetty erillään hallintoprosessioikeudesta.

Tutkimuksella on erityishallinto-oikeudellisen perustansa lisäksi liityntöjä myös hallinto-oikeuden ulkopuolelle. Nimitysperusteet on säädetty perustuslaissa, joten tutkimuksella on tämän vuoksi myös vahva *valtiosääntöoikeudellinen* liityntä. Tutkimus ei kuitenkaan ole valtiosääntöoikeudellinen, koska pääpaino on nimitysperusteiden oikeuspraktisessa, ei valtiosääntöoikeudellisia perusteita valottavassa analyysissä. Lisäksi analyysin apuvälineitä on haettu *oikeushistoriallisista, oikeusteoreettisista ja oikeus- ja yhteiskuntapoliittisista* näkökulmista.

Oikeuslähteet voidaan jakaa *Aulis Aarnion* mukaan vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin.<sup>22</sup> *Seppo Laakso* puolestaan katsoo voitavan erottaa oikeuslähteet ja oikeudelliset päätösperusteet toisistaan. Oikeuslähteet ovat

<sup>21</sup> Punnintamallista oikeustieteessä *Pöyhönen* 1994, s. 21-25.

<sup>22</sup> *Aarnio* 1989, s.220-247. Suomessa vahvasti velvoittavia ovat laki ja maantapa, heikosti velvoittavia lainsäätäjän tarkoitus ja tuomioistuinratkaisut sekä sallittuja kaikki muut eli mm. oikeustieteen kannanotot ja oikeusvertailevat argumentit.

auktoritatiivisia eli tyypistä riippuen käyttöön vahvasti velvoittavia tai käyttöön heikosti velvoittavia. Muita, ei-auktoritatiivisia oikeuslähteitä, Laakso kutsuu oikeudellisiksi päätöspäätöksiksi, joita ovat erilaiset asia-argumentit.<sup>23</sup> Tutkimuksessa tarkastellaan perustuslain virkanimitysperusteita lainsäädännön, oikeuskirjallisuuden ja erityisesti oikeuskäytännön valossa. Tuomioistuinratkaisuilla on tärkeä merkitys lainsäädännön sisällön selventäjänä, erityisesti KHO:n ennakkopäätöksillä. Vaikka Laakso ja Aarnio pitävätkin tuomioistuinratkaisuja yleisesti vain heikosti velvoittavina, hallintotuomioistuinyöskentelyyn tutustuneena olen saanut käsityksen, että ainakin KHO:n ratkaisuilla on lähes velvoittavan oikeuslähteen asema hallinto-oikeuden ratkaisun teossa. Eritoten kunnallisissa virkavalinta-asioissa, joissa on ehdoton jatkovalitusoikeus, hallinto-oikeudessa tulee harvoin kyseeseen KHO:n linjan haastaminen. Vaikka tapauskohtaisesti siihen voidaankin päätyä, KHO:n ratkaisuilla, erityisesti ennakkopäätöksillä, on asema, joka sijoittuu tosiasiallisessa hallintotuomioistuinpäätöksenteossa heikosti velvoittavien ja vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden välimaastoon, enkä olisi valmis lokeroimaan KHO:n päätöksiä hallinto-oikeuden näkökulmasta ehdottomasti heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin. KHO:lla kun on ehdottoman jatkovalitusoikeuden ollessa käytössä aina mahdollisuus pitää linjansa kumoamalla hallinto-oikeuden päätös. Sitovuus hallintotuomioistuintasolla tuntuu olevan vahvempi kuin oikeusteoreettisella tasolla. Tässä tutkimuksessa on KHO:n päätöksillä on katsottu olevan edellä selostetun kaltainen vahvempi oikeuslähteellinen asema, ja oikeusasteiden ristiriitaiset tulkinnat on tarkoituksellisesti nostettu esille. Tutkimuksessani olen pyrkinyt nostamaan esiin erityisesti sellaisia KHO:n ratkaisuja, jotka poikkeavat aikaisemmasta linjasta, jolloin voidaan nähdä niiden vaikutus HaO:n myöhempään ratkaisukäytäntöön.

## 6 Lähdeaineisto

Läpikäyty tutkimuksen oikeuspraktinen lähdeaineisto koostuu 107:stä Oulun hallinto-oikeuden antamista kunnalliseen tai kuntayhtymän virkaan tai toimeen ottamisasiassa annetusta päätöksestä. Kuten edellä olen todennut, toimiin ottamisvalitukset olen rajannut tutkimuksen ulkopuolelle, jolloin varsinaisia virkavaali- tai

<sup>23</sup> Laakso 1990, s.63-74. Auktoritatiiviset oikeuslähteet jaetaan legalisoituihin ja institutionalisoituihin oikeuslähteisiin. Legalisoituja ovat laki ja maantapa, ja niillä on käyttöön vahva velvoittavuus. Institutionalisoituja ovat oikeuskäytäntö ja lainsäätäjän tarkoitus. Asia-argumentteja muina oikeudellisina päätöspäätöksinä on sallittua käyttää oikeudellisen päätöksenteon apuna.

virkaavalintapäätöksiä on tutkimusta varten ollut käytettävissä 71 kappaletta, joista 23:een KHO on antanut ratkaisunsa jatkovalituksen johdosta. Tutkimuksen kannalta niistä tärkeimpiä ovat ratkaisut, jotka koskevat ansioituneisuutta (52 kpl) ja kelpoisuusehtoja (8 kpl). Lisäksi tutkimusaineistona on käytetty KHO:n julkaistuja virkavaali- ja valintapäätöksiä.

## TAULUKKO 1.

### OHAO:N 1.1.2000-27.8.2007 RATKAISEMAT VIRKAVALINTAVALITUKSET

Huomioon otettu ainoastaan hyväksymisen tai hylkäämisen päävalitusperuste. Eri sukupuolta olevien virkaan valitun ja valittajan välisen ansiovertailun lopputulokset on sijoitettu taulukossa tasa-arvolain syrjintälokeroon ja samaa sukupuolta olevien lopputulokset nimitysperusteet-nimiseen lokeroon. Tämä on perusteltua tutkimuksen jatkoa ajatellen, sillä jäljempänä tarkastellaan kohdassa IV.8 samaa ja eri sukupuolta olevien välillä tapahtuneita ansiovertailuja ja niissä olevia mahdollisia eroavaisuuksia ratkaisulinjoissa. Lisäksi nimitysperusteet ja tasa-arvolaki-perusteet on yhdistetty yhdeksi kokonaisuudeksi ansioituneisuus-valitusperusteeksi, jota hyödynnetään yhtenäisenä ansioituneisuutta ja kunnan harkintavaltaa selvitettäessä.

VALITUSPERUSTE	HYVÄKSYTTY	HYLÄTTY	YHT.	HYV-%	VALITETTU KHO:EN (lkm ja %)
1) nimitysperusteet	6	27	33	18	11 / 32 %
2) tasa-arvolaki	7	12	19	39	7 / 37 %
3)ansioituneisuus (= 1 ja 2 yhteensä)	13	39	52	25	18 / 35 %
4) virheellinen järjestys	4	4	8	50	1 / 12,5 %
5) kelpoisuusehdot	4	4	8	50	3 / 38 %
6) toimivallan ylitys	1	0	1	100	0
7) KunVirhIL	0	2	2	0	1 / 50 %
YHTEENSÄ	22	49	71	31	23 / 32 %

OHaO:n 2000-luvun virkavaali- ja valintavalituksista kaksi kolmasosaa on hylätty ja hieman alle kolmasosa hyväksytty. Hyväksytyjen lukumäärä on moniin muihin hallinto-oikeuden asiaryhmiin nähden kohtuullisen korkea<sup>24</sup>, mikä osoittaneekin, etteivät kunnat ole vielä täysin omaksuneet virkanimitysperusteiden tuleamista koskemaan myös niiden virkanimityksiä. Viimeisen kahden täyden vuodeen aikana ei suurta poikkeamaa 2000-luvun keskiarvoon ole havaittavissa.<sup>25</sup>

## TAULUKKO 2.

### KHO:N 1.1.2000-27.8.2007 RATKAISEMAT JATKOVALITUKSET

VALITUSPERUSTE	VALITUKSIA YHTEENSÄ	EI MUUTOSTA	MUUTETTU	MUUTOS - %
1) nimitysperusteet	11	8	3	27
2) tasa-arvolaki	7	5	2	29
3) ansioituneisuus	18	13	5	28
4) virheellinen järjestys	1	1	0	0
5) kelpoisuusehdot	3	2	1	33
6) toimivallan ylitys	0	0	0	0
7) KunVirhIL	1	1	0	0
YHTEENSÄ	23	17	6	26

## 7 Tutkimuksen eteneminen

<sup>24</sup> Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2006. Esimerkiksi kansalaisuusasioissa ja eläinsuojeluasioissa ei vuonna 2006 hyväksytty yhtään valitusta, asemakaavavalituksia hyväksyttiin ainoastaan yksi 23:sta, samoin muissa kaavavalituksissa on vähän hyväksytyjä ja televisiomaksuvalituksista hyväksyttiin vain noin 9 %. Myös mielenterveysasioissa hyväksyttiin valituksia hyvin harvoin. Toisaalta hallinto-oikeudessa on monia asiaryhmiä, joissa hyväksymisprosentti on virkavalintavalituksia suurempi: toimeentulotuen takaisinperintä ja verotusmenettely 75%, pysäköintivirhemaksuvalitukset noin 50%, maa-ainesasiat 43% ja elinkeinotulonverotus 50 %.

<sup>25</sup> Oulun hallinto-oikeuden vuosikertomus 2005 ja vuosikertomus 2006. Hallinto-oikeuden vuonna 2006 ratkaisemista 12:sta virkavaalista 6 hylättiin ja 3 (30 % tutkituista valituksista) hyväksyttiin, 3 jäi tutkimatta tai raukesi. Vuonna 2005 ratkaistusta 25:stä valituksesta 13 hylättiin, 4 (24% tutkituista valituksista) hyväksyttiin ja 8 jäi tutkimatta tai raukesi.

Luvussa II käsitellään virkanimitysperusteita perustuslain säännöksen ja sen esitöiden valossa. Tarkoituksena on valottaa, mitä lainsäätäjä on virkanimitysperusteilla tarkoittanut. Liikkeelle on hyvä lähteä lyhyesti virkanimitysperusteiden historiasta ja kehityksestä ennen perustuslain voimaan tuloa.

Luvussa III käsitellään virkanimitysperusteiden osa-alueita oikeuskirjallisuuden valossa ja luvussa IV tarkastellaan nimitysperusteita perusteellisesti oikeuskäytännön pohjalta sekä vertaillaan, onko ansiovertailussa virkanimitysperusteiden pohjalta eroja samaa ja eri sukupuolta olevien välisissä valituksissa. Luvussa V vedetään langat yhteen, tarkastellaan doktriinien eroja ja tehdään lukua IV analyttisempi tarkastelu nimitysperusteista oikeuskäytännössä.

## II YLEISTEN VIRKANIMITYSPERUSTEIDEN LAINSÄÄDÄNNÖLLISET LÄHTÖKOHDAT

### 1 Historiaa

Virkamiesoikeuden, erityisesti valtionvirkamiesoikeuden, sääntely on ollut jo Ruotsin vallan ajoista lähtien perustuslakikeskeistä. Niin ikään virkaylennysperusteista säädettiin jo Ruotsin vallan aikana perustuslaissa. Vuoden 1789 yhdistys- ja vakuuskirjan (YVK) mukaiset ylennysperusteet olivat taito, ansio, kokemus ja koeteltu kansalaiskunto.<sup>26</sup> Autonomian ajalla taidolla haluttiin korostaa kelpoisuusehtojärjestelmän kiinteyttä, mutta etusijalla taitoa arvioitaessa oli byrokraattisilla taidoilla. Ansiota arvioitaessa painotettiin jatkuvuuden vaatimusta, ja se oli kokemuksen rinnalla virkaikäjärjestelmän tae perustuslaissa. Koetellun kansalaiskunnan sisältö oli sen sijaan vaikeaselkoisempi ja aatetaustaltaan yleiseurooppalaisesti vallankumouksellinen. Sitä tulkittiin vain negaation kautta: koetellulle kansalaiskunnolle annettiin hyvän maineen ja nuhteettomuuden vaatimus.<sup>27</sup>

YVK:n virkaylennysperusteet olivat voimassa aina perustuslakia edeltäneen, Suomen itsenäisyyden ajan ensimmäisen perustuslain, Hallitusmuodon (94/1919) säätämiseen saakka. Hallitusmuodon 86 §:ssä yleiset ylennysperusteet valtionvirkoihin olivat taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto. Hallitusmuodon 86 § sisälsi edeltäjiinsä verrattuna huomattavan linjamuutoksen, kun perinteiset, tulkinnallisesti aikaisempaan virkapalveluun sidotut perusteet "ansio" ja "kokemus" korvattiin arvionvaraiseen henkilökohtaisiin ominaisuuksiin viittaavalla "kyvyllä"<sup>28</sup>. Ylennysperusteet koskivat jo nimensäkin perusteella vain valtionvirkoja, eikä niitä sovellettu kunnallisiin saati sitten

<sup>26</sup> Kulla 1991, s.145. YVK sääti ylennysperusteista seuraavasti: "Valtakunnan korkeihin ja arvoisimpiin virkoihin ja niihin, jotka ovat kuninkaan hovissa, määrätään miehiä ainoastaan Ritaristosta ja Aatelistosta, mutta muutoin tulevat taito, ansio, kokemus ja koeteltu kansalaiskunto olemaan ainoana ja oikeana perustana korotettaessa kaikkiin valtakunnan virkoihin ja ammatteihin, ylhäisimpään ja alhaisimpaan, syntymään tai erinäisiin säätyyn katsomatta...".

<sup>27</sup> Kulla 1991, s.145-146 ja 153 sekä Koskinen - Kulla 2005, s.80. Koeteltu kansalaiskunto on käsitteenä vanhahtava ja monimerkityksinen. Sen syntytausta liittyy 1700-luvun valitusajatteluun ja se on sidoksissa ranskalaiseen termiin siviililyhye (vertu civile). Alun perin se ilmensi välillisesti myös 1789 YVK:aan otettuna uusia ideoita ihmisten tasavertaisesta mutta ansioiden mukaisesta kohtelusta valtion jäsenenä, kansalaisina. Kunnan koettelemisen katsottiin viittaavan ensisijaisesti perusvaatimukseen, kunnan säilyttämiseen eli nuhteettomuuteen.

<sup>28</sup> Kulla 1991, s.146.

muihinkaan ei-valtiollisiin julkisiin virkoihin. Oikeuskirjallisuudessa kanta ei ollut kuitenkaan aivan ehdoton, vaan ainoastaan välitön soveltaminen kunnallishallintoon katsottiin mahdottomaksi.<sup>29</sup> Hallitusmuodon analoginen soveltaminen on voitu hyväksyä siten, että kunnallishallinnossa otetaan huomioon perusteiden sisältämät periaatteet.<sup>30</sup> Tällä on tarkoitettu lähinnä sitä, että ylennysperusteissa mainitut periaatteet ovat apuna pyrittäessä tarkoituksenmukaiseen valintaan. Mainittujen yleisten perusteiden soveltuvuutta perusteltiin sillä, että myös kunnan virat ovat julkisia virkoja, joiden täytössä tasapuolisuuden ja objektiivisuuden vaatimukset korostuvat. Lisäksi päätöksenteon järkevyyttä yleensä edellytti, että virat täytettiin yleisin eikä tapauskohtaisin perustein ja kiinnittämällä huomiota ensisijaisesti hakijoiden taitoon ja kyvykkyyteen.

Ylennysperusteiden sanamuoto ei ollut koko niiden voimassaoloajan vailla muutospaineita. Hallitusmuodon 86 §:n ylennysperusteiden sanamuodoksi ehdotettiin valtion vuoden 1986 valtion virkamieslain uudistusta valmistelleessa julkishallinnon oikeusasemaa pohtineessa komiteassa seuraavaa: "Valtion virkoihin nimittämisen tulee perustua asiallisiin syihin, ensisijaisesti hakijoiden taitoon ja kykyyn".<sup>31</sup> Komitea ei pitänyt koetellun kansalaiskunnan säilyttämistä perusteltuna vanhentuneisuutensa ja vaikeaselkoisuutensa vuoksi. Vuosien 1986 ja 1994 valtion virkamieslakeja valmisteltaessa ei hallitus esityksissään kuitenkaan halunnut kajoja yleisten virkaylennysperusteiden sanamuotoon. Perusteena oli pelko muutosten tuomista mahdollisista epäselvyyksistä ja tulkinnanvaraisuuksista. Näin hallituksen esitys, jossa säilytettiin yhtenä virkaylennysperusteena edelleen koeteltu kansalaiskunto, vastasi pääosin myös virkamiesjärjestöjen näkemyksiä.<sup>32</sup> Hallitusmuodon virkaylennysperusteet säilyivät sanamuodoltaan alkuperäistä vastaavana perustuslain voimaantuloon 1.3.2000 saakka.

Kuntien virkamiesten (vuoden 1948 kunnallislaita asti käsite viranhaltija) asemaan ei ole kiinnitetty niin suurta huomiota kuin valtionvirkamiesten asemaan, joka on ollut jo pitkään perustuslain tasolla säännelty. Kuntien itsehallintoa uudistettiin 1860-1870-luvuilla, mutta silloinkaan ei kiinnitetty sanottavasti huomiota kuntien virkamiesten

<sup>29</sup> Kulla 1991, s.144, jossa viitataan Merikosken teokseen Hallinnon politisoituminen (1968).

<sup>30</sup> Kulla 1991, s.144. alaviite 127.

<sup>31</sup> KM 1979:26, s.42.

<sup>32</sup> Koskinen - Kulla 2005, s.78 ja Miettinen - Muukkonen (LM 4/2006) s.512 sekä Kulla 1991, s.146.

ottamiseen tai asemaan, vaan kuntien virkamiesten asema on pitkään ollut kunnan sisäisten sääntöjen ja myöhemmin virkasääntöjen<sup>33</sup> varassa.<sup>34</sup> Näihin sisältyi myös määräykset viran kelpoisuusehdoista ja virkanimitysperusteista. Virkasääntöä ei kuitenkaan sovellettu, mikäli se oli ristiriidassa lain tai sen nojalla annetun asetuksen säännösten taikka virkaehtosopimuksen tai lakiin perustuvien ohjesäännön määräyksien kanssa.<sup>35</sup> Tutkimusaiheen kannalta merkityksellisiä tällaisia virkasäännön syrjäyttäviä säännöksiä ovat/ ovat olleet muun muassa yleisistä ja erityisistä kelpoisuusehdoista annetut asetukset tai ministeriön päätökset. Tällaisia ylennysperusteisiin verrattavia säädännöllisiä valintaperusteita on ollut kuntien osalta ainoastaan kouluhallinnossa.<sup>36</sup> Kunnille hallitusmuodossa taatun itsehallinnon vuoksi lakiin otettiin vain pääperiaatteet viranhaltijan asemasta eikä virkavalintakysymyksiä laissa liiemmin säännelty. Itsehallintonsa puitteissa kunnat saattoivat melko vapaasti päättää viranhaltijoiden valinnasta ottamalla kuitenkin huomioon kelpoisuusehtojen asettamat vähimmäisvaatimukset.<sup>37</sup> Virkasäännöissä oli yleensä maininta virkaan valittavalta

<sup>33</sup> Kunnallislain ( 10.12.1976/953 ) 75 § 1 mom. säädettiin, että viranhaltijoiden palvelussuhteen ehdoista annetaan voimassa olevien säännösten ja virkaehtosopimuksen lisäksi tarpeelliset määräykset virkasäännössä. Siinä annetaan myös yleiset määräykset viranhaltijoiden ottamisesta ja erosta sekä kurinpidollisesta rankaisemisesta.

<sup>34</sup> Koskinen - Kulla 2005, s.4.

<sup>35</sup> Ks. tarkemmin *Saipio* 1987, s. 29 sekä OHaO 9.11.2000 taltionumero 00/0442/1. KHO ei päätöksellään 23.9.2002 T 2261 muuttanut OHaO:n ratkaisua. Sivutoimisen tuntiopettajan valinta katsottiin lainvastaiseksi, koska hallitusmuodon 15.1 §:n vastaisen virkasäännön määräyksen perusteella oli jätetty ottamatta huomioon virkaa hakenut, virkaan kelpoinen valittaja. Tapaus selostettu tarkemmin alaviitteessä 61.

<sup>36</sup> *Kulla* 1991, s. 143-144. PeKL (476/1983) 58 §:n ja entisen LukL (477/1983) 32 §:n 1 momentin mukaan opettajan virkaan tuli nimittää kelpoisuusvaatimukset täyttävistä hakijoista *taitavin ja soveliaain*. Sitten molemmat lait on kumottu. Nykyisin myös opettajan virkoihin sovelletaan yleisiä virkanimitysperusteita ja opettajien kelpoisuutta säätelee opetustoimen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksista annettu asetus (986/1998). Asetus on annettu peruskoululain tilalle annetun PeOL:n (628/1998) ja aikaisemman lukiolain tilalle annetun LukL:n (629/1998) antamisen yhteydessä, koska ko. laeista poistettiin kelpoisuutta koskevat säännökset.

<sup>37</sup> *Koskinen - Kulla* 2005, s.83 ja KHO 1990 A 26 ( KHO 5.2.1990 t 417 ) Tapauksessa KHO kumosi lääninoikeuden päätöksen, jolla se oli hyväksyen valituksen kumonnut päiväkodinjohtajan virkavaalin. Lääninoikeus perusteli kumoamista sillä, että valittaja oli perusteettomasti asetettu vaalissa valittua huonompaan asemaan otaksutun puoluepoliittisen kantansa ja eettisen vakaumuksensa vuoksi, ja tämä oli ollut virkaan kuuluvat tehtävät huomioiden perusteetonta. Lautakunta oli ylittänyt toimivaltansa. KHO:n hyvin niukasti perusteltu näkemys: lautakunta on voinut harkintansa mukaan valita virkaan kelpoisuusehdot täyttävistä hakijoista virkaan valitun. Kun otetaan huomioon vaalia koskevan päätöksen lopputulos sekä asian käsittelystä lautakunnassa ja asiakirjoista muutoinkin saatava selvitys, lautakunta on pysynyt harkintavaltansa rajoissa. (ään. 3-2). Vähemmistö oli lääninoikeuden kannalla. KHO:n päätöksestä selviää, että kunnan on tullut tehdä valinta kelpoisuusehtojen rajoissa, mutta harkintavalta on ollut vielä vuonna 1990 hyvin laaja. Tapauksessa KHO 1982 I 1 sen sijaan KHO katsoi, että kaupunginhallitus oli käyttänyt väärin harkintavaltansa sosiaalitarkkailijaa valitessaan (ään. 4-3). Ainakin osa valitun valintaan kannattaneista kaupunginhallituksen jäsenistä oli asettanut valittajan virkavaalissa puoluepoliittisen kannan perusteella valittua huonompaan asemaan, kun huomioitiin selvitys valittajan työkokemuksesta, koulutuksesta ja virkaan kuuluvien tehtävien laadusta. Päätöstä selostettu tarkemmin *Hallberg* 1990, s.174.

edellyttävästä taidosta ja kyvystä. Virkasääntöjen tällaisilla maininnoilla oli merkitystä virkavalintoja tehtäessä siten, että noihin ominaisuuksiin tuli kiinnittää huomiota myös valittaessa usean virkasäännöissä tai erityislaeissa säädetty kelpoisuusvaatimukset täyttävän hakijan välillä.<sup>38</sup>

Viimein perustuslain voimaan tulosta 1.3.2000 lähtien yleisiä virkanimitysperusteita on sovellettu suoraan myös kunnallisiin virkoihin ja 1.11.2003 voimaan tulleessa viranhaltijalain 6 §:n 1 momentissa todetaan, että virkasuhteeseen ottamisen perusteista säädetään perustuslaissa. Ehdoton sääntö niiden soveltamisesta vasta perustuslain voimaan tulosta ei kuitenkaan ole ollut. Oulun hallinto-oikeus sovelsi nimittäin ratkaisussaan 10.4.2001 tnro 01/0128/1<sup>39</sup>, jonka KHO on päätöksellään 27.2.2002 T 424 on pysyttänyt, PL 125.2 §:n yleisiä virkanimitysperusteita virkavaaliin, joka oli toimitettu ennen perustuslain voimaan tuloa (9.2.2000). OHaO:n mukaan hallitusmuodon vasta virkavaalin toimittamisen jälkeen voimaan tulleet perustuslain 125.2 §:n virkanimitysperusteet, jotka vastaavat virkavaalin aikaan voimassa olleita hallitusmuodon 86 §:n virkaylennysperusteita, ovat jo ennen voimaan tuloansa täsmentäneet myös kunnallista virkaa täytettäessä käytettävissä ollutta harkintavaltaa.<sup>40</sup> *Miettinen ja Muukkonen* ovat katsoneet päätöksen olleen osoitus siitä, että tuomioistuimien hyväksyi virkaylennysperusteiden analogisen soveltamisen itsehallinnon rajoittajana.<sup>41</sup> Näkemykseni mukaan tapausta ei ole välttämättä tulkittava edellä mainitulla tavalla, vaan voidaan katsoa, että virkanimitysperusteiden tulkinta on ollut lainsäädännöllisen aukon täyttämiseksi välttämätöntä. Merkityksen tulkinnassa ei ole syytä unohtaa tapauksen taustoja ja lainsäädännön historiallista tilaa. Onkin lähdeävä liikkeelle opettajan valintojen *historiallisesta taustasta*. Perusteluissa nimittäin todetaan, että kaupunginhallitus oli soveltanut 1.1.1999 voimaantulleella lukiolaila (629/98) kumotun aikaisemman lukiolain 32 §:n 1 momentin säännöstä, jonka mukaan virkaan tuli nimittää säädetty kelpoisuusvaatimukset täyttävistä hakijoista *taitavin ja soveliaim*.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> *Koskinen - Kulla*, s.83.

<sup>39</sup> Ratkaisu ei ole ainutkertainen, sillä ratkaisussa 10.4.2001 taltionumero 01/0130/1 käytettiin samaa rakennelmaa. Myös tämän ratkaisun KHO on pysyttänyt ratkaisullaan 27.2.2002 T 425.

<sup>40</sup> Vrt. Saipio 1987, s.81. Hän on katsonut ehdottomaksi säännöksi, ettei kumoamisperusteena ole voinut olla HM:n voimassa ollessa se, että joku hakija olisi ollut virkaan pätevämpi, ansioituneempi tai sopivampi kuin virkaan valittu. Saipio ei hyväksynyt siis edes nimitysperusteiden välillistä soveltamista kunnallisiin virkoihin.

<sup>41</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.529 alaviite 52.

<sup>42</sup> *Arajärvi* 1985, s.353. Taitavuus on opinnäytteisiin ja muodollisiin suorituksiin ja kokemukseen perustuvaa kykyä hoitaa virkaa. Soveliaisuus on persoonallisuudesta riippuvaa luontaista taipumusta opettajana toimimiseen. Näiden kahden tekijän painotus tulee kussakin tapauksessa arvioitavaksi ja molemmat ovat yhtä tärkeitä.

Uudessa lukiolaissa ei ole vastaavaa pykälää eikä siirtymäsäännöstä, jonka mukaan vanhan lukiolain 32.1 §:ää sovellettaisiin edelleen virkaan valittaessa. Lukiolain kumoamisen jälkeen ja ennen perustuslain voimaan tuloa opettajien valinnassa tapahtuvaa harkintavaltaa ei rajoittanut mikään laintasoinen säännös, joten oli perusteltua soveltaa hallitusmuodon virkaylennysperusteita ennakoiden perustuslain voimaan tuloa. Mikäli näin ei olisi tehty, olisi muodostunut aikaisempaan käytäntöön nähden perin kummallinen tilanne, jossa opetustoimen kelpoisuudesta annetun asetuksen erityiset kelpoisuusvaatimukset (koulutuksellinen kelpoisuus) täyttävistä hakijoista olisi voitu valita kunnan rajoittamattomalla harkintavallalla parhaaksi katsottu ilman, että kunnan olisi tullut arvioida hakijoiden ansioituneisuutta. Kuten aikaisemmasta lukiolaista voidaan todeta, opettajien nimitystä on säännelty muita kunnallisia virkoja tarkemmin jo opetustehtävien tärkeyden vuoksi, opettajaksihan on tullut valita hakijoista taitavin ja soveliaain. Tätä on erityisesti painotettu.<sup>43</sup> OHaO onkin todennut päätöksessään, *ettei* virkaan ole ollut nimitettävissä kelpoisuuden täyttävistä hakijoista *kuka tahansa*, vaan hakijoiden ansioituneisuus on tullut ottaa huomioon ja soveltanut tämän vuoksi PeL 125.2 §:ää. Analogiseksi itsehallintoa rajoittavaksi tulkinnaksi OHaO:n päätös olisi ollut tulkittavissa pikemminkin, jos kyse olisi ollut muuntyyppisestä virasta, joihin valintaa on pitkän perinteen johdosta säännelty vain virkasäännöin, eikä niiden osalta ole ollut nimitysperusteisiin rinnastettavia valintaa rajaavia normeja.

## **2 Perustuslain 125.2 §:n yleiset nimitysperusteet julkisiin virkoihin**

### **2.1 Säännöksen sanamuoto ja soveltamisala**

Suomen perustuslaki (11.6.1999/731) tuli voimaan 1. päivänä maaliskuuta 2000. Perustuslain 125 § on otsikkonsa mukaan perussäännös virkojen kelpoisuusvaatimuksista ja nimitysperusteista. Pykälän 1 momentin mukaan lailla voidaan säätää, että määrättyihin virkoihin tai tehtäviin voidaan nimittää vain Suomen

---

<sup>43</sup> *Ruuhimäki - Toivonen* 1985, s.317-332. Opettajien kelpoisuuksien vertailuun annettiin yksityiskohtaisia ohjeita, joiden mukaan pisteytettiin opettajien tutkintotodistusten arvosanat. Esim. Kansakoulunopettajien ja peruskoulun opettajien tutkintotodistusten vertailu (Kouluhallituksen yleiskirje KH Y 17/83). Opettajien koulutuksessaan saamalla arvosanoilla oli suuri merkitys ansiovertailussa ja ne luettiin osaksi taitoa.

kansalainen. Tutkimuksen kannalta keskeisin lainkohta on kuitenkin perustuslain 125.2 §. Sen mukaan *yleiset nimitysperusteet julkisiin virkoihin* (tutkimuksessa käytetty myös nimeä yleiset virkanimitysperusteet ja virkanimitysperusteet) ovat *taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto*.

Perustuslain säätämisestä on annettu hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi (HE 1/1998 vp.), jossa on perustelut myös 125.2 §:n osalta. Hallituksen esityksen perustuslain 125.2 §:ää koskevissa yksityiskohtaisissa perusteluissa<sup>44</sup> todetaan ensinnäkin, että 125 §:n 2 momenttiin otettaisiin hallitusmuodon 86 §:n yleisiä ylennysperusteita koskeva säännös lähes sellaisenaan. Erona aikaisempaan käytäntöön kuitenkin on se, että ehdotettu säännös laajeni koskemaan myös kaikkia julkisia virkoja, ja siten myös esimerkiksi kuntien virkoja. Vaikkei lain esitöissä mainitakaan, mitä termillä *kaikki julkiset virat* tarkoitetaan, käsite tulee ymmärtää laajasti<sup>45</sup>. Myös perusteiden nimi muutettiin yleisistä ylennysperusteista yleisiin nimitysperusteisiin, mutta perustuslain nimitysperusteet olisivat edelleenkin ylennysperusteiden sanamuotoa vastaavasti taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto. Nimitysperusteiden soveltamisalan laajentamista kaikkiin julkisiin virkoihin ei kuitenkaan tarkemmin perusteltu hallituksen esityksessä eikä asiaan viitattu myöskään perustuslakivaliokunnan mietinnössä. Perustuslakivaliokunta ei ole mietinnössään ottanut yksityiskohtaisissa perusteluissa mitään kantaa 125.2 §:n merkitykseen perustuslailliselta kannalta.<sup>46</sup> Miettinen ja Muukkonen arvelevat sen johtuneen siitä, ettei hallintokäytännön kannalta olennaista muutosta ilmeisesti pidetty oikeuspoliittisesti olennaisena kysymyksenä.<sup>47</sup>

Nähdäkseni asiaa ei ole ilmeisesti katsottu tarpeelliseksi perustella tarkemmin, koska momentin soveltamisen ulottaminen on jo perustuslain 80 §:n mukaankin perusteltua. PL 80 §:ssä annetaan vaatimus muun muassa kunnallisten viranhaltijoiden aseman sääntelystä vähintään lain tasolla, ja vaatimuksen voidaan tulkita koskevan myös virantäyttöä, onhan sen tarkoitus kattaa koko viranhaltijan oikeusaseman sääntely ja

<sup>44</sup> HE 1/1998 vp., s.180.

<sup>45</sup> Julkiseksi viroiksi tulee nimitysperusteiden kannalta ymmärtää valtion virat, kunnan ja kuntayhtymän virat ja kirkolliset virat valtion kirkkojen osalta. Mikäli julkisoikeudellisella laitoksella on virkoja myös niihin nimitettäessä tulevat nimitysperusteet sovellettaviksi ainakin, jos lainsäädännössä on tästä nimenomainen säännös.

<sup>46</sup> HE 1/1998 vp. s.180 ja PeVM 10/1998 vp.

<sup>47</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.511.

jättää virkasäännöt historiaan. Näin ollen on luonnollista, että virantäyttöä ylimpänä säännöksenä säätelevä PL 125.2 § tulee koskemaan myös kunnallisia ja muitakin virkoja, jotta kaikkia julkisia virkoja voidaan arvioida yhtäläisin yleisin ansioperustein. Lisäksi lisääntynyt vaatimus virantäyttöjen tasapuolisuuden takaamisesta ja syrjinnän estämisestä on luonut tarpeen yleisten perusteiden ulottamisesta koskemaan muitakin kuin vain valtion virkoja, sillä virantäyttö on ollut kunnittain vaihtelevaa riippuen kunnan virkasäännöstä eikä yleisiä takeita objektiivisuudesta ole PL 125.2 §:n tapaan ole ollut.<sup>48</sup>

## 2.2 Nimitysperusteiden merkitys lain esitöiden valossa

Perustuslakia koskevan hallituksen esityksen mukaan *taidolla* tarkoitetaan lähinnä koulutuksen ja työkokemuksen avulla hankittuja tietoja ja taitoja. Vanhaa valtion virkamieslakia koskevassa hallituksen esityksessä<sup>49</sup> esitetään taidosta yksityiskohtaisempi tulkinta. Sen mukaan virkaylennysperusteista taidolla tarkoitetaan lähinnä koulutuksen avulla hankittuja tietoja ja taitoja sekä tutkinnoilla, julkaisuilla tai muulla tavoin osoitettua tietopuolista perehtymistä virkaan kuuluviin tehtäviin. Teoreettisten opintojen ohella ja lisäksi hakija voi käytännön virkatoiminnassa saavuttamallaan kokemuksella osoittaa hankkineensa tarvittavia tietoja ja taitoja. Tällaista kokemusta voi saavuttaa virkatoiminnan lisäksi myös yksityisessä ja muussa sellaisessa toiminnassa, joka kehittää kyseiseen virkaan tarvittavaa ammattitaitoa.

*Kyvyllä* viitataan perustuslain esitöissä yleisesti tuloksellisen työskentelyn edellyttämiin henkilön ominaisuuksiin, kuten luonnolliseen lahjakkuuteen, järjestelykykyyn, aloitteellisuuteen ja muihin vastaaviin tehtävien hoitamisen kannalta tarpeellisiin kykyihin. Vanhan valtion virkamieslain valmistelussa kyvystä esitetty luonnehdinta näkyy korostavan kokonaisarvion tarpeellisuutta erona mekaaniseen mittaamiseen.<sup>50</sup> Puheena olevassa hallituksen esityksessä *kyvyllä* ymmärretään luontaista lahjakkuutta, työkykyä, järjestelykykyä, johtamiskykyä, aloitteellisuutta sekä muita viraston tai

<sup>48</sup> Hallitusmuodon aikaan ylennysperusteiden soveltamisesta kunnallisiin virkoihin ks. jakso II.1 ja Kulla 1991, s.144.

<sup>49</sup> HE 238/1984 vp., s.13.

<sup>50</sup> HE 238/1984 vp., s.13 ja siitä *Kulla* 1991, s.153.

laitoksen toiminnan tavoitteiden toteuttamiseksi tarpeellisia kykyjä.

Perustuslain valmistelutöissä *koetellulla kansalaiskunnolla* tarkoitetaan yleisessä kansalaistoiminnassa saatuja viran hoidon kannalta merkityksellisiä ansioita sekä nuhteetonta käytöstä. Tärkeää on huomata, että hallituksen esityksen mukaan sanalla kansalaiskunto ei viitata Suomen kansalaisuuteen. Vanhaa valtion virkamieslakia koskevassa hallituksen esityksessä kansalaiskunnan määritelmässä torjutaan pääosin poliittisiin perusteisiin nojaava ansioituneisuus.<sup>51</sup> Esityksen mukaan koetellulla kansalaiskunnolla ei tarkoiteta poliittisessa toiminnassa saatuja ansioita vaan yleisessä kansalaistoiminnassa saatuja viran hoidon kannalta merkityksellisiä ansioita sekä nuhteetonta käytöstä. Esimerkiksi valtiollisessa, kunnallisessa tai jonkin poliittisen puolueen luottamustehtävässä toimiminen ei useimpien virkojen osalta lisää, mutta toisaalta ei vähennäkään henkilön edellytyksiä viran menestykselliseen hoitamiseen, eikä sitä näissä tapauksissa tule virkanimityksissä ottaa huomioon. Edelleen esityksessä todetaan, että useat valtion virat edellyttävät pitkälle kehitettyä teknistä, taloudellista tai muuta erityistä ammattitaitoa ja tietoja. Virkanimityksissä voidaan antaa merkitystä vain sellaisille hakijoiden aikaisemmalle toiminnalle, joka lisää heidän edellytyksiään virkatehtävien asianmukaiseen suorittamiseen.

Hallituksen esityksessä mainitaan vielä täsmennyksenä, että yleisiä nimitysperusteita on tulkittava yhteydessä asianomaisen viran yleisiin ja erityisiin kelpoisuusehtoihin, joihin liittyen on otettava huomioon myös viran nimi ja tehtäväpiiri sekä virkaan kuuluvat konkreettiset työtehtävät.

Nimitysperustemomentin sanamuodosta ja esitöiden perusteluista voi päätellä lähinnä vain sen, että nimitysperusteet on haluttu säilyttää sanamuodoltaan ja sisällöltään täysin hallitusmuodon 86 §:n ylennysperusteita vastaavina. Ainoiksi huomionarvoiseksi muutoksiksi voi lukea vain sen, että nimitysperusteet on saatettu koskemaan *ehdottomana* kaikkia julkisia virkoja eikä niiden soveltaminen muihin kuin valtion virkoihin ole enää analogiatulkinnasta riippuvaista. Lisäksi perusteiden nimi on muuttunut yleisistä ylennysperusteista valtionvirkoihin *yleisiksi nimitysperusteiksi julkisiin virkoihin*, mikä vastaa niiden laajentunutta soveltamisalaa. Esityöt ovat siltäkin osin puutteellisia, ettei niissä määritellä nimitysperusteiden soveltamisalaa siltä

<sup>51</sup> HE 238/1984 vp., s.13-14 ja siitä *Kulla* 1991, s. 156-157.

kannalta, mihin eri virantäytön vaiheisiin niitä sovelletaan. Oikeuskäytännössä niiden on katsottu soveltuvan ainakin valtion virkojen ehdollepanoihin tietysti itse nimitysharkinnan lisäksi.<sup>52</sup> Kuntien virantäytöissä nimitysperusteet soveltunevat valmisteluun, virkavalintapäätöstä tehtäessä kunnan viranomaisessa (myös yhteenvetoa tehtäessä) ja edelleen oikaisuvaatimusta tutkittaessa. Johtuen perustuslain esitöiden niukkuudesta, vanhan valtion virkamieslain aikaisia esitöitä on syytä käyttää hyödyksi määriteltäessä nimitysperusteiden tarkempaa sisältöä ja merkitystä. Kun nimitysperusteet on perustuslaissa pidetty sisällöltään samoina kuin aikaisemmat ylennysperusteet, joita virkamieslain esityöt ensi sijassa koskevat, ei ole estettä niiden hyödyntämiselle myöskään perustuslain nimitysperusteita tarkasteltaessa tässä tutkimuksessa.

---

<sup>52</sup> KHO 14.2.1983/532 (KHO:1983-A-I-1). Tapauksesta tarkemmin *Hallberg* 1990, s.161-169.

### III YLEISET VIRKANIMITYSPERUSTEET OIKEUSKIRJALLISUUDESSA

#### 1 Yleistä

Hallituksen esityksen pohjalta ei nimitysperusteiden sisällöstä voi tehdä pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Tämän vuoksi oikeuskirjallisuudessa on pyritty täsmentämään, mitä konkreettisesti nimitysperusteilla tarkoitetaan. Säännösteksti on siinä määrin epämääräinen ja esityön tekstit niukat, että nimitysperusteita on pidetty ongelmallisina ja laajasta oikeustieteellisestä keskustelusta huolimatta ei säännöksen synnyttämistä oikeuksista ole päästy yksimielisyyteen. Edes käsitteiden sisällön kirjaus perustuslakiin kokonaisuuden täsmentämiseksi ei ole yksin pystynyt ratkaisemaan ongelmavyöhyhtiä, ja siksi tilanne on edelleen avoin.<sup>53</sup> Erimielisyys oikeuskirjallisuudessa jakaantuu kuuteen kysymykseen: 1) Mikä on nimitysperusteiden soveltamisala?, 2) Mitä kolmella nimitysperusteella tarkoitetaan?, 3) Mikä on säännöksen sitovuus ja sen perusteella syntyvät ongelmat?, 4) Miten nimitysperusteita on painotettu? ja 5) mikä on nimitysperusteiden vaikutus suhteessa kunnalliseen itsehallintoon? sekä 6) Mitä tarkoitetaan ansioituneisuuden käsitteellä?

#### 2 Soveltamisala

Yhtä mieltä oikeuskirjallisuudessa on oltu nimitysperusteiden soveltamisesta kaikkien julkisten virkojen osalta kilpailutilanteeseen eli silloin, kun virkaan on vähintään kaksi kelpoisuusehdot täyttävää hakijaa.<sup>54</sup> Nimitysperusteiden on perinteisesti katsottu sitovan ainoastaan positiivista toimintaa, muttei toimimatta jättämistä. Näin ollen niitä ei ole

<sup>53</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.513 ja *Kulla* 1991, s.147-148.

<sup>54</sup> *Ståhlbergin* mukaan perusteiden pohjalta arvioidaan samaa virkaa hakeneiden, siihen kelpoisten keskinäinen "etevämmys". *Ståhlberg* 1928, s.151-152. *Erichin, Hakkilan ja Rytkölan* näkemys on, että ylennysperusteet (nimitysperusteet) ovat perusteita, joiden mukaan samaan virkaan pyrkivien ehdokkaiden keskinäinen etusija määrätään ja heidän kelpoisuuttaan vertailevasti arvostellaan. *Erich* 1925, s.130; *Hakkila* 1939, s.327; *Rytkölä* 1978, s.25. *Merikosken ja Vilkkosen* näkemyksen mukaan virkaylennysperusteista on haettava johtoa silloin, kun ratkaistaan etusija hakijoiden välillä (*Merikoski - Vilkkonen* 1982, s.231). *Bruun, Mäenpää ja Tuori* näkevät nimitysperusteet hakijoiden keskinäisessä vertailussa sovellettaviksi periaatteen luonteisiksi oikeusnormeiksi. *Bruun - Mäenpää - Tuori* 1995, s.96. *Kulla* pitää niitä periaatteen tyyppeinä sääntöinä, jotka sitovat päätöksentekijää vertailtaessa virkaa hakeneita keskenään (*Kulla* 1991, s.162).

tulkittu voitavan soveltaa viran täyttämättä jättämisiin ja viran uudelleen haettavaksi julistamiseen. Käsitys on perustettu siihen, että vanhassa valtion virkamieslaissa on vaadittu pätevää syytä siihen, että nimitysperusteet tulisivat sovellettaviksi toimimatta jättämispäätöksiin.

Nimitysperusteiden on katsottu sitovan samalla voimalla nimitysmenettelyn eri vaiheissa. Niitä sovelletaan kaikissa niissä nimitysmenettelyn vaiheissa, joissa vertaillaan hakijoita keskenään.<sup>55</sup> Näin ollen se, mikä on nimitysmenettelyn muoto, ei vaikuta perusteiden soveltamiseen.<sup>56</sup> Nimitysperusteiden on katsottu soveltuvan myös koeaikaisten ottamiseen, koska koeaika ei oikeuta välttämään normaalimuotoisia menettelyjä. Tilapäisten virkamiesten osalta nimitysperusteet eivät tule sovellettavaksi ainakaan silloin, kun virkaa ei laiteta julkisesti haettavaksi, koska kyse ei ole tällöin virantäytöstä sen varsinaisessa merkityksessä.<sup>57</sup> Sen sijaan vakinaisten virkojen täyttämässä ilman hakumenettelyä niitä tulee soveltaa.<sup>58</sup> Nimitysperusteet soveltuvatkin ensi sijassa valtion virkamieslain ja viranhaltijalain perustilanteeseen eli vakinaisten virkojen täyttämiseen. Tällöin niitä on sovellettava poikkeuksetta.

Yhdyn kaikkien edellä mainittujen oikeustieteilijöiden näkemykseen siitä, että virkanimitysperusteet on tarkoitettu sovellettavaksi *ensisijaisesti* silloin, kun kelpoisuusehdot täyttäviä hakijoita on useampia, ja heidän välinen ansioituneisuus ja soveltuvuus virkaan ratkaistaan nimitysperusteita apuna käyttäen. Nimitysperusteiden ulottaminen myös kunnallisiin virkoihin on korostanut entisestään jo virkasääntöjen voimassaoloaikana painotettua tasapuolisuuden vaatimusta (objektiveettia) virantäytössä. Näin ollen nimitysperusteet vaikuttavat ainakin *välillisesti* myös sellaisiin virantäyttötilanteisiin, joissa on vain yksi kelpoisuusehdot täyttävä hakija ja virka päätetään jättää ko. hakukierroksella täyttämättä ja virka laitetaan uudestaan haettavaksi. Tällainen nimitysperusteiden *välillinen tulkintavaikutus* on johdettavissa nimitysperusteiden soveltamisalan laajentamisen tarkoituksesta yhdenmukaistaa perusteet, joiden pohjalta voidaan onnistuneemmin saada virkoihin taitavin ja

<sup>55</sup> Näin myös KHO 14.2.1983/532 (KHO:1983-A-I-1). Ks. jakso II.2.2.

<sup>56</sup> Nimitysperusteet tulevat sovellettaviksi niin suorassa nimityksessä ja esityksestä nimityksessä kuin nimityksessä ehdollepanon pohjalta.

<sup>57</sup> Kulla 1991, s.139-143; Tarjanne 1943, s.141-144; Merikoski 1968, s.178-181; Rytkölä 1978, s.31; Bruun- Mäenpää - Tuori 1995, s.72-73.

<sup>58</sup> Bruun - Mäenpää - Tuori 1995, s.96. Heidän mukaansa viran täyttävän viranomaisen on tällöinkin vertailtava tiedossa olevia, virkaan halukkaita ja päteviä henkilöitä nimitysperusteiden ilmaisemien periaatteiden nojalla.

kyvykkäin hakijoista valtion ja kunnan virantäytöissä. Myös valmistelussa ja täyttämättä jättämisisä nimitysperusteista ja kelpoisuusehdoista poikkeamisissa tulee *perustellun syyn vaatimus*<sup>59</sup> täytyä.<sup>60</sup> Tällainen perusteltu syy voisi olla, että julistetaan virka uudelleen haettavaksi, jotta saadaan yhden hakijan lisäksi muita kelpoisuusehdot täyttäviä hakijoita ja näin taataan po. tilanteessa parhaan mahdollisen henkilön saaminen virkaan. Tämänkin tulee perustua ei-syrjiviin, objektiivisiin perusteisiin. Ainoata kelpoisuusehdot täyttävää, nimitysperusteiden pohjalta arvioituna hyvin ansioitunutta hakijaa ei tule jättää valitsematta syrjivillä tai epäkorrekteilla perusteilla, esim. poliittisen tai uskonnollisen vakaumuksensa vuoksi taikka sisäisessä haussa määräaikaista viranhaltijoita syrjivillä perusteilla.<sup>61</sup> Nimitysperusteiden noudattaminen voisi tulla käsiteltäväksi täyttämättä jättämisen osalta siinä vaiheessa, kun valitetaan myöhemmin lopullisesta valintapäätöksestä. Täyttämättä jättämispäätös on valmistelua ja sen lainmukaisuuden kyseenalaistamiselle valintapäätöksestä valitettaessa ei pitäisi olla estettä, näihinän valittaja vetosi alaviitteessä 60 ja 61 selostetuissa tapauksissa menestyksellisesti. Yhden hakijan subjektiivista oikeutta virkaan nimitysperusteetkaan eivät takaa, mutta takaavat välillisesti jokaisen hakijan objektiivisen kohtelun ja toimivat syrjintäkiellon noudattamisenvelvollisuuden tukena myös viran täyttämättä jättämisisä.

<sup>59</sup> KunVirhL 4.2 §:Virkasuhteeseen ottamisesta päättävä viranomainen voi perustellusta syystä päättää hakuajan jatkamisesta, uudesta hakumenettelystä tai virkasuhteen täyttämättä jättämisestä. Uutta hakumenettelyä koskevassa ilmoituksessa on mainittava, otetaanko aikaisemmat hakemukset huomioon.

<sup>60</sup> Ks. KHO 1980 A II 22. Tapauksessa kaupunginhallitus oli valinnut kirjanpitäjän virkaa väliaikaisesti hoitamaan henkilön H, kunnes virka saataisiin vakinaisesti täytetyksi. Tämän jälkeen kunta järjesti uuden hakukierroksen. H ei täyttänyt kelpoisuusvaatimuksia. Ensimmäisellä hakukierroksella, jonka jälkeen H määrättiin viranhoitajaksi, oli ollut useampia kelpoisuusehdot täyttäviä hakijoita, mutta virka oli siitä huolimatta julistettu uudelleen haettavaksi. Kun virkaan oli saatavilla kelpoisuusehdot täyttäviä henkilöitä, kaupunginhallitus oli mennyt harkintavaltansa rajojen ulkopuolelle ottaessaan H:n hoitamaan virkaa ja julistamalla viran uudelleen haettavaksi. Päätös kumottiin lainvastaisena. Ratkaisu osoittaa, että viran uudelleen julistamisen yhteydessä perustellun syyn vaatimus rajaa kelpoisuusehtojen ja nimitysperusteiden pohjalta nimittävän viranomaisen harkintavaltaa. Huomionarvoista on myös, että valittaminen on mahdollista vasta viran täyttämispäätöksestä, ei vielä toimimatta jättämispäätöksestä. Näin myös. KHO 1983 A II 49 sekä KHO 2005:82.

<sup>61</sup> OHaO 9.11.2000 tnro 00/442/1. KHO ei päätöksellään 23.9.2002 T 2261 muuttanut HaO:n ratkaisua. Hallinto-oikeus katsoi määräaikaisten sivutoimisen tuntiopettajan valinnan lainvastaiseksi, mutta aika, joksi virkaan oli valittu, oli kulunut umpeen ja enempi lausuminen raukesi. Tapauksessa ma. virka oli täytetty sisäisessä haussa ja siihen oli valittu kelpoisuutta vailla oleva A siten, että hän täyttäisi virkatehtäviä hoitaessaan kelpoisuusvaatimukset. Valittaja B oli jätetty huomiotta sisäisessä haussa, koska kaupungin virkasäännön mukaan sisäisessä haussa otettiin huomioon ainoastaan vakinaisessa palveluksessa olevat ja pitkäaikaiset viranhaltijat. Perustelujen mukaan HM 15.1 §:stä johtui, että toista palvelukseen otettaessa on noudatettava tasapuolisen kohtelun vaatimusta. Pykälästä seuraa myös, että hakijoilla on ainoastaan kelpoisuusvaatimusten tai lailla säädettyjen poikkeusten rajoittama oikeus tulla otetuksi huomioon virkaan valittaessa. Kun virkasäännön määräys oli hallitusmuodon 15.1 §:n vastainen, virkavalinnan tehneen rehtorin olisi tullut jättää se soveltamatta ja ottaa B huomioon hakijana. Menettely oli vastoin tasapuolista kohtelua virantäytössä.

Nimitysperusteiden rinnalla *virantäytön poikkeuksellisena perusteena* voinee tulla kyseeseen palvelussuhteen jatkuvuuden turvaaminen, josta on säädetty valtionhallinnon osalta erikseen ( Laki valtion virkojen täyttämisestä eräissä tapauksissa ja eräiden asetusten toimittamisesta eduskunnalle 762/1986). Palvelussuhteen jatkamisperuste voi tulla sovellettavaksi lähinnä tilanteessa, jossa virasto on velvollinen ottamaan takaisin palvelukseensa aikaisemmin irtisanotun virkamiehen. Perusteella voi olla merkitystä lisäksi sijoitettaessa virkamies uudelleen VML 27.4 §:n nojalla. On kuitenkin huomattava, ettei perusteen soveltamisalaa saa tulkinnalla laajentaa, koska se on nimitysperusteena poikkeus yleisistä perusteista.<sup>62</sup> Ei pitäisi olla estettä soveltaa samaa poikkeusnimitysperustetta myöskään kunnallisten viranhaltijoita uudelleen sijoitettaessa KunVirhL 24 §:n nojalla tai otettaessa aikaisemmin irtisanottu viranhaltija takaisin palvelukseen KunVirhL 46 §:n nojalla. Tämä siksi, että myös viranhaltijalain tarkoituksena on ollut parantaa kunnan palveluksessa aikaisemmin olleiden henkilöiden oikeutta saada mahdollisuus palata aikaisempiin tehtäviinsä (aikaisemmin tämä oikeus on otettu työsopimuslakiin ja valtion virkamieslakiin), ja toisaalta parantaa kunnan mahdollisuuksia sijoittaa viranhaltijan virka uudelleen tarkoituksenmukaisten toimintajärjestelyjen takaamiseksi kuitenkin siten, että viranhaltijan asema on siirtojen yhteydessä turvataan.

## 2.2 Yleinen kriteeri ja tarkentavat perusteet

Konkreettisessa virantäytössä joudutaan ratkaisemaan, mitä nimitysperusteilla juuri siinä tilanteessa on ymmärrettävä. Nimitysperusteet ovat sen verran yleisluontoisia ja tulkinnanvaraisia, että oikeuskirjallisuudessa on haluttu painottaa tapauskohtaista tulkintaa. Tulkinta ei ole kuitenkaan täysin vapaata, vaan tulkinnan avuksi on luotu pätevyyttä ja ansioita tarkentavia kriteerejä: *yleinen kriteeri ja tarkentavat perusteet*. Lähtökohtana on yleinen kriteeri, jossa selvitetään, *mitä menestyksellinen viranhoito edellyttää*.<sup>63</sup> Viranhoidon edellytykset on luonteeltaan standardi, eräänlainen tulkintaperiaate, joka sitoo vaiheittain eri painolla. Nimitysperusteiden sisällön määrittämisessä oikeudellisella sitovuudella on etusija. Sen sijaan perusteita keskenään

<sup>62</sup> Koskinen - Kulla 2005, s.78 ja PeVL 5/1994, s.1.

<sup>63</sup> Kulla 1991, s.148-149, samoin myös Koskinen - Kulla 2005, s.79.

painotettaessa joustavuus on etusijalla. Yleisen kriteerin pohjalta nimitysperusteiden merkitys yksittäistapauksessa ei yleensä ratkea, vaan avuksi tarvitaan tarkentavat kriteerit. Tarkentavia kriteerejä ovat ensi sijassa *viran kelpoisuusehdot*, *viran nimi*, *tehtäväpiiri* ja *konkreettiset työtehtävät*. Perusteiden on katsottu lisäksi olevan löyhästi hierarkkisia keskenään. Tehtäväpiiriä ja konkreettisia työtehtäviä arvioidaan kelpoisuusehtojen puitteissa. Viran nimikkeellä puolestaan on välitöntä merkitystä silloin, kun virkaan ei ole erikseen vahvistettu kelpoisuusvaatimuksia. Yleisen kriteeri ja tarkentavien perusteiden sisältö (mutta ei käytetä kuitenkaan po. termejä) mainitaan myös perustuslakia koskevassa hallituksen esityksessä (1/1998 vp., s.180), joten niiden sisältö oikeustieteessä näyttää vakiintuneelta.

### 3 Nimitysperusteiden merkitys

#### 3.1. Taito

Perustuslakia koskevassa hallituksen esityksessä *taidolla* tarkoitetaan lähinnä koulutuksen ja työkokemuksen avulla hankittuja tietoja ja taitoja. Oikeuskirjallisuudessa vallitseva yleinen käsitys taidon merkityksestä vastaa perustuslain esitöiden käsitystä. Suomalaisen oikeuskirjallisuuden käsitys taidon sisällöstä on jonkin verran eriytynyt yleiskielen mukaisesta merkityksestä. Oikeustieteessä taito on perinteisesti luonnehdittu tutkinnoilla tai muilla opinnäytteillä osoitetuksi tietopuoleiseksi perehtymiseksi virkaan kuuluviin asioihin. Myöhemmin oikeuskirjallisuudessa on taitojen ja tietojen hankkimistavaksi on hyväksytty myös käytännön virka- tai muussa toiminnassa hankittu kokemus. *Taito* viittaa yleiskielessä harjaantumisen ja oppimiseen perustuvaan *kykyyn, hallintaan ja taitamiseen*.<sup>64</sup> Tämän ohella taito on käsitettävissä sellaiseksi kyvyksi, joka johtuu pääasiassa luontaisiksi katsottavista ominaisuuksista. Taidon vanhahtava merkitys puolestaan viittaa ymmärrykseen ja järkeen.

*Kulla* käsittää taidon enemmänkin hankittujen ominaisuuksien liittämisenä tietopuoleiseen perehtymiseen. Jos tieto laventaa taidon sisältöä, mikäli niitä käytetään yhdessä. Taidot viittaavat pikemminkin käytännölliseen harjaantumiseen kuin teoreettiseen opiskeluun. Käytännön kokemusta korostetaan vastaavuuskriteerin

---

<sup>64</sup> *Kulla* 1991, s.149.

puitteissa ja uutta on tosiasiallinen ammattitaidon vaatimuksen korostaminen ja samoin kokemuksen huomioonottamisen perusteen laantumisen. Hän erottaa siis taidosta opillisen ja kokemuksellisen puolen. Taidon opillinen puoli karttuu tutkintojen ja muiden opintojen muodossa ja kokemuksellinen puoli taas käytännön työssä. Ansioita lisäävää taitoa on kaikki sellainen kokemus, joka kehittää kyseiseen virkaan vaadittavaa ammattitaitoa. Merkitystä ei ole sillä, onko kokemus saatu julkiselta sektorilta vai yksityisen palveluksessa, vaan koko aiempi työhistoria katsotaan kokemusta kerryttäväksi. Kiellettyä on antaa merkitystä ainoastaan samassa virastossa tai samalla hallinnon alalla saadulle kokemukselle. Lisäksi on muistettava, etteivät taidon sisällä käytännöllinen ja teoreettinen kokemus ole yhteismitallisia.<sup>65</sup>

*Modeenin* mukaan suomalaisen oikeustieteen tulkinnat ovat liialti eriytyneet vuoden 1789 yhdistys- ja vakuuskirjan alkuperäismerkityksestä, joka oli suomennettuna lähinnä "pätevyys"-sanaa vastaava. Ruotsissa Suomen "taitoa" vastaavaksi on vakiintunut juuri "skicklighet" eli "pätevyys".<sup>66</sup> Ruotsissa "skicklighet" ymmärretään lähinnä soveltuvuudeksi, joka perustuu opintosuoritukseen ja käytännölliseen perehtymiseen sekä aikaisempaan kokemukseen.<sup>67</sup> *Modeen* on edelleen korostanut ylennysperusteiden kokonaisvaltaista tulkintaa juuri pätevyyden ja ansioiden näkökulmasta mielivallan mahdollisuuden poissulkemiseksi. *Rytkölä* on hyväksynyt ajatuksen ainakin siinä mielessä, että virantäytön yleinen tarkoitus on juuri mahdollisimman pätevän henkilön rekrytointi.<sup>68</sup> *Kulla* ei ole ollut asiassa samalla kannalla, vaan pitänyt Suomen oikeustieteessä vakiintunutta käytäntöä parempana, sillä myös "pätevyys" on yhtä lailla semanttisesti epäselvä kuin mitä vakiintunut "taito". Vakiintunut käytäntö on perusteltua johtuen nimitysjärjestelmämme erityispiirteistä, jonka mukaan virkakelpoisuuden erillinen arviointi on Suomessa edelleen keskeisellä sijalla. Pätevyys virkakelpoisuudeksi ymmärrettynä selvitetään aina ennen nimitysharkintaa. Ruotsissa pääpaino sen sijaan on juuri ansioiden yleisessä mittaamisessa (meritvärdering), joka ajoittuu nimitysharkintaan.<sup>69</sup> Suomessa erityinen kelpoisuus, joka on määritelty

<sup>65</sup> *Kulla* 1991, s.149-151 ja *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.513, jossa viitataan Kullan kirjoituksiin. Kullan käsitys perustuu vanhan valtion virkamieslain esitöihin, HE 238/1986, s.13. (ks. ed. jakso 2.2.1.2)

<sup>66</sup> *Modeen*, Juhlajulkaisu *Rytkölä*, s.16-21 ja *Kulla* 1991, s.150. *Modeenin* mukaan "skicklighet" viittaa taitavuuteen, taitoon, pysyvyyteen, kyvykkyyteen ja pätevyyteen. "Taito" on semanttisesti väljärajainen ja sen vuoksi erilaisia tulkintoja mahdollistava.

<sup>67</sup> Regeringens proposition 1973:90, s.405-406; 1985-86:116, s.4.

<sup>68</sup> *Rytkölä* 1978, s.29.

<sup>69</sup> *Kulla* 1991, s.150.

erillisessä kelpoisuussäännöksessä tai hakuilmoituksessa, arvioidaan ensin, ja vasta sen täyttymisen osoittamisen jälkeen voidaan jatkaa nimitysperusteiden mukaiseen ansiovertailuun hakijoiden välillä.

### 3.2 Kyky

Perustuslain esitöiden mukaan *kyvyllä* tarkoitetaan lähinnä työn tuloksellisuuden edellyttämiin luontaisiin lahjoihin tai muihin viran hoidon kannalta tarpeellisiin kykyihin. Myös kyvyn osalta oikeuskirjallisuuden kannat vastaavat pääosin lain esitöissä mainittua. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa yleisesti *kyvyllä* on tarkoitettu lähinnä *luontaisia ominaisuuksia*, yleisesti ilmaistuna *älykkyyttä* ja *lahjakkuutta*, joita osoittavat menestys opinnoissa ja tutkinnoissa tai tieteellisessä tuotannossa taikka käytännöllisessä toiminnassa. Taitoa osoittavia opinnollisia suorituksia ja käytännön kokemusta voidaan käyttää hyödyksi kyvykkyysarvioinnissa.<sup>70</sup>

*Kullan* mukaan kyky tarkoittaa yleiskielessä lähinnä laadullisia eli *kvalitatiivisia* edellytyksiä tehdä jotain. Pystyvyys on kyvykkyuden synonyymi. Kyse voi olla luontaisista tai hankituista ominaisuuksista. Kyky pelkästään tiettyihin työsuorituksiin ilmentää määrällistä työkykyä.<sup>71</sup> *Rytkölä* puolestaan ymmärtää kyvyn etevyytenä, jota on voitu osoittaa sekä opinnoissa ja tutkinnoissa menestymisen että aikaisemman käytännöllisen toiminnan ansiokkuuden kautta. Hänen mukaansa myös kykyä arvosteltaessa virkavuosilla on vieläkin tietty merkityksensä. Virkavuodet ovat osoituksena sellaisesta toiminnasta, joka on ollut omiaan edistämään ja tekemään entistä käyttökelpoisemmaksi viran hoidossa kulloinkin tarvittavaa lahjakkuutta ja samalla tekevät lahjakkuuden olemassa olon entistä käyttökelpoisemmaksi. *Rytkölä* kuitenkin pitää kyvykkyuden osoittamista mahdollisena myös ilman kokemusta virkaa vastaavista tehtävistä tai julkisyhteisön palveluksessa työskentelemisestä osoittamalla luonnollista lahjakkuutta ja älykkyyttä esimerkiksi opinnoissaan.<sup>72</sup>

Kyvykkyuden mittaaminen ratkaistaan kokonaisarviolla. Yksistään tutkinnolla mitattava sivistys tai virkaikä eikä toisaalta sopivuusarvioon nojaava ennuste tulevasta

<sup>70</sup> *Ståhlberg* 1928, s.151-152; *Erich* 1925, s.131; *Hakkila* 1939, s.328; *Merikoski - Vilkkonen* 1982, s.231 sekä *Kulla* 1991, s.152-153.

<sup>71</sup> *Kulla* 1991, s.152, samoin *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.513.

<sup>72</sup> *Rytkölä* 1978, s.27.

toiminnasta voi olla perusteena kyvykkyyden osalta ansioituneimmaksi katsomiseen. Kyvykkyyttä on mitattava nimitysperusteiden valossa tasapuolisesti ja perusteiden pitää ilmetä valmisteluasiakirjoista, yleensä esittelymuistiosta. Muiden selvitysten osalta nimenomaan henkilökohtaisen soveltuvuuden mittaamisen voidaan käyttää lausuntoja, haastatteluja ja soveltuvuuskokeita.<sup>73</sup> *Miettisen* ja *Muukkos* mukaan kokonaisarvio on tärkeä myös kyvyn osalta, vaikka kykyjen yhteismitallisuus onkin taitoja ja koeteltua kansalaiskuntoa parempi. He erottavat kyvystä *positiivisen* ja *negatiivisen* puolen. Kyvyn positiivisella puolella ovat itse hankitut tai tiedostamatta opitut tekijät, jotka voivat lisääntyä. Kyvykkyyden negatiivisena puolena on mahdollisuus sen vähentymiseen vuosien saatossa. Tämän johdosta kyvykkyyden osalta on syytä tehdä jako *prima facie* kyvykkyyteen ja todelliseen kyvykkyyteen.<sup>74</sup> Näkemykseni mukaan tämä voisi tulla kyseeseen silloin, kun henkilö ei ympäristön asettamista muutospaineista huolimatta uudelleen- tai lisäkouluta itseään, vaan hänelle muodostuu ajan mittaan puutteita viranhoidon kannalta keskeisiin taitoihin, esimerkiksi tarpeellisiin atk-taitoihin. Kyvykkyys siis vaatii ylläpitoa ja esimerkiksi kauan ennen viranhakua saadulle kyvykkyyden osoitukselle ei voida antaa samaa arvoa kuin myöhemmin osoitetulle kyvykkyydelle. Henkilön todellinen kyvykkyys ei ole *prima facie* yhtä ajantasainen ja viranhoidon kannalta hyödyllinen kuin mitä todistukset kertovat. Siksi on syytä tapauskohtaisesti arvioida henkilön kyvykkyyden ajantasaisuus ja arvo viran menestyksellisen hoitamisen kannalta.

Kyvykkyys on nähty myös sopivuutena virkaan, erotuksena muodollisesta kelpoisuudesta eli lainsäädännössä täsmällisesti määritellyistä ominaisuuksista, kuten opillisista vaatimuksista. Tällöin sopivuus tarkoittaisi lähinnä tosiasiallista kelpoisuutta ja kykyä hoitaa viran tehtäviä, kuten riittävää terveydentilaa.<sup>75</sup>

### 3.3 Koeteltu kansalaiskunto

Perustuslain valmistelutöissä *koetellulla kansalaiskunnolla* tarkoitetaan yleisessä kansalaistoiminnassa saatuja viran hoidon kannalta merkityksellisiä ansioita sekä nuhteetonta käytöstä. Kansalaiskunto poikkeaa taidosta ja kyvystä siinä mielessä, ettei

<sup>73</sup> *Kulla* 1991, s.153. Samoin myös *Koskinen - Kulla* 2005, s.79-80.

<sup>74</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.513.

<sup>75</sup> *Koskinen - Kulla* 2005, s.44.

sillä ole oikeastaan yleiskielen merkitystä, vaan käsite yhdistetään suoraan virkaylennys- ja nykyisin virkanimitysperusteisiin.<sup>76</sup> Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa koeteltu kansalaiskunto on perinteisesti liitetty nuhteettomuuteen.<sup>77</sup> Koeteltu kansalaiskunto on suomalaisen oikeustieteen kummajainen eikä sitä ole muissa maissa käytössä.<sup>78</sup>

*Nuhteettomuus* koetellun kansalaiskunnan *negatiivisena puolena* on liitetty yleensä kielteiseen käyttäytymiseen, ja sen on katsottu vaarantuvan helpommin kuin sopivuus kelpoisuusvaatimuksena. Sopivuuden on katsottu voivan vaarantua ainoastaan tietyistä rangaistuksista, kun taas nuhteettomuus voidaan katsoa puuttuvan jo pelkästään yleisen käytöksen moitittavuuden vuoksi. Toki on syytä huomata, että juuri rötökset ja rikokset ovat helpoiten havaittavissa olevia nuhteettomuutta heikentäviä käytöksen moitteita. Arviointiperusteen tulee olla samalla tavalla objektiivinen kuin sopivuusarviointissa, ja kun kyse ei ole luotettavuusarviosta, yleinen mielipide tai julkinen sana ei ole nuhteettomuusarvion perusteena hyväksyttävä. Nuhteettomuuden käsite on oikeustieteessä vakiintunut.<sup>79</sup>

*Miettisen ja Muukkosen* mukaan koetellun kansalaiskunnan *positiivinen puoli, kunnostautuminen kansalaisena* on sen sijaan oikeustieteessä vakiintumaton ja kiistanalainen käsite. Sillä on yleisesti ymmärretty kansalaistoiminnalla hankittua lisäarvoa. Oikeuskirjallisuudessa asiaan on usein otettu varovasti kantaa, ja sitä on kommentoitu niukkasanaisesti. Erimielisyys koskee lähinnä poliittisen toiminnan arvioimiseen osana kansalaiskunnan käsitettä ja siihen, mitkä ansiot kartuttavat kansalaiskuntoa.<sup>80</sup> Yleisimmin on kansalaiskuntoa kartuttavilla ansioilla on viitattu sanan koeteltu mukaisesti *kvalifioituu, tehostettuun* kuntoisuuteen.<sup>81</sup> *Olavi Rytkölen* mukaan poliittista kansalaistoimintaa ei voida katsoa positiivista kansalaiskuntoa kerryttäväksi, vaan pääpaino on sellaisissa kansalaisvelvollisuuksissa, joiden

<sup>76</sup> Kulla 1991, s.153 ja Nykysuomen sanakirja osa 1, 6.painos 1978. Pelkkä sana *kansalaiskunto* tarkoittaa *kykyä toimia yhteiskunnan jäsenenä*. Suomen kielen perussanakirja, ensimmäinen osa A-K 1990, s.389.

<sup>77</sup> *Ståhlberg* 1928, s.152; *Erich* 1925, s.131; *Hakkila* 1939, s.328; *Merikoski - Vilkkonen* 1982, s.231, *Rytkölä* 1978 s.27 sekä *Kulla* 1991, s.153-155.

<sup>78</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.514 ja *Laine* 1993, s.83. Laineen mukaan koeteltu kansalaiskunto on tietävästi voimassa ainoastaan Suomessa, sillä Ruotsin vuosien 1809 ja 1974 hallitusmuodoissakaan käsitettä ei esiinny.

<sup>79</sup> Ks. esim. *Kulla* 1991, s.154 sekä *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.514.

<sup>80</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.514.

<sup>81</sup> *Kulla* 1991, s.154.

täyttäminen osoittaa erityistä ponnistusta ja näin ollen koeteltua kansalaiskuntoa. Kansalaiskuntoa kartuttavat muun muassa valtiollisissa tai muissa julkisissa taikka yhteiskunnallisissa tehtävissä toimiminen (esimerkiksi kansanedustajana ja kunnan luottamustehtävissä toimiminen) sekä asevelvollisuuteen liittyvät ansiot. Erityisiä ansioita eivät sen sijaan ole veroilmoituksen tai oppivelvollisuuden täyttäminen. Rytkölä perustelee asiaa sillä, ettei puoluepoliittinen toiminta suoranaisesti hyödytä kaikkia eikä pyri ensisijaisesti yhteiskunnan tai yhteisen hyvän edistämiseen, vaan puoluepoliittisten etujen ajamiseen.<sup>82</sup> Suhtautuminen muuhun kuin puoluepoliittiseen järjestötoimintaan on ollut yleisestikin oikeuskirjallisuudessa myönteisempää.<sup>83</sup>

*Kullan* mukaan ongelmana on, että hyväksyttävään yhteiskunnalliseen ansioitumiseen liittyy usein välttämätön poliittinen elementti, koska valtiollinen ja kunnallinen edustusjärjestelmä perustuu pitkälti puolueiden toimintaan. Toisaalta puolue toiminta voi olla puoluepoliittista toimintaa, jossa puolueeseen kuuluva henkilö ajaa puolueen etua ilman mitään yhteyttä vallan käyttöön tai muuhunkaan yleisen edun edistämiseen. Pelkkä puolueeseen kuulumisen tai puolueen palkattuna työntekijänä toimimisen ei voi katsoa lisäävän virantäytössä huomioon otettavia ansioita, sen sijaan yhteiskunnallisten tehtävien hoitamisen puolue toiminnankin piirissä voi olla huomioon otettava ansio. Poliittisen puolueen luottamustehtävissä toimiminen ja yleisestikään kansalaistoiminnalla hankituilla ansioilla ei ole useimmissa viroissa relevanssia. Etusija on useimmiten niin selvästi tiedollisissa ja ammatillisissa valmiuksissa, että yleisen ansioitumiselle ei jää virantäytön ansiovertailussa juurikaan tilaa. Itse asiassa sen huomioon ottaminen voi olla jopa lainvastaista. Sen sijaan kansalaistoiminnan ansioilla voi olla merkitystä erityisesti viraston johtavissa viroissa, joiden hoidossa esimerkiksi julkisen vallan ja yksityissektorin välisen vuorovaikutuksen käytännön tuntemisesta on usein hyötyä.<sup>84</sup> Nähdäkseni muun muassa kunnan johtaviin virkoihin hakevien pitkä kokemus kunnan luottamustehtävissä tuo huomattavaa lisäarvoa koeteltua kansalaiskuntoa arvioitaessa ja voisi tulla arvioiduksi jopa johtotehtävien työkokemuksena, erityisesti jos hakija on toiminut puheenjohtajana

<sup>82</sup> Rytkölä 1978, s. 28 sekä *Kulla* 1991, s.154 ja *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.514. *Heuru* (Heuru 2001, s. 266.) ymmärtänyt koetellun kansalaiskunnon henkilön yhteiskunnallisena kokemuksena. *Ståhlbergin* mukaan koeteltuun kansalaiskuntoon kuuluu kunnan kansalaiselta vaadittava nuhteeton käytös ja siihen vaikuttaa myös erityinen ansioituminen julkisessa, yhteiskunnallisessa ja jopa yksityisessäkin toiminnassa (*Ståhlberg* 1928, s.152)

<sup>83</sup> Ks. *Bruun - Mäenpää - Tuori* 1995, s.88-89.

<sup>84</sup> *Kulla* 1991, s.155-157. Käsitys pohjautuu huomattavissa määrin vanhan virkamieslain esitöihin, HE 238/1984 vp., s.13-14, ks. ed. jaksossa 2.2.2 mainittua.

kunnan/kaupunginvaltuustossa, -hallituksessa tai lautakunnassa (myös jaostot ja johtokunnat). En sulje pois myöskään rivijäsenyyden kokemuksen huomioon ottamista johtotehtävien kokemuksen lisäksi, kun se on saatu edellä mainituista kunnan viranomaisissa, ja haettavana oleva virka on kunnallinen. Kunnan luottamustehtävissä toimiminen on ansio kunnan johtaviin virkoihin haettaessa, koska muodostuneet suhteet ja kunnan toiminnan aikaisempi tuntemus tehostavat työskentelyä.

*Merikoski ja Vilkkonen* katsovat kunnostautumiseksi erityisen ansioitumisen valtion palveluksessa tai muuten yhteiskunnallisissa tehtävissä, kun taas *Modeen* viittaa julkisten luottamustehtävien hoitamiseen.<sup>85</sup>

#### 4 Nimitysperusteiden sitovuus ja niiden muodostamat oikeudet

Perustuslakiin kirjattujen nimitysperusteiden sitovuutta ei ole suomalaisessa oikeustieteessä yleensä kiistetty, mutta käsitykset sitovuuden asteesta, luonteesta ja merkityksestä ovat vaihdelleet. On olemassa kaksi toisistaan selvästi erottuvaa valtalinjaa, suora ja välillinen subjektiivisen oikeuden konstruktio sekä oppi hallinnollista harkintavallasta (vapaasta harkinnasta).<sup>86</sup> Vapaampaa sitovuutta edustaa *Veli Merikosken* jo hallitusmuodon ylennysperusteiden aikaan luoma linja, jonka mukaan nimitysperustesäännös on luonteeltaan vapaan hallinnollisen harkinnan alaan kuuluva tulkintaohje, joka ei missään tapauksessa voi olla edes oikeusnormi. Merikosken näkemys lähentelee jo sitovuuden kiistämistä kokonaisuudessaan. Hänen mielestään juuri itse henkilövalinta tekee virkanimityksestä vapaaharkintaisen, ja sen tekeminen sidotuksi edellyttäisi nimenomaista sääntelyä. Koska nimitysperustesäännös ei ole oikeudellisesti sitova, vaan pelkästään tulkintaohje, säännös ei aiheuta kenellekään mitään oikeuksia tai velvollisuuksia.<sup>87</sup> *Kullan* mukaan Merikosken yleisten lähtökohtien perusteella nimitysperustenormi voidaan silti lienee luokitella eräänlaiseksi kompetenssinormiksi eli oikeusnormiksi, joka sitovasti asettaa harkinnan perusteet. Pakotteena tähän on virkavastuu. Tällöin lopputuloksen ero sitovuutta painottavaan kantaan ei ole suuri.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> *Merikoski - Vilkkonen* 1982, s.231; *Merikoski* 1986, s.73; *Modeen* 1987, s.41.

<sup>86</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s. 514-516.

<sup>87</sup> *Merikoski* 1958, s.174-190, josta myös *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.514-515.

<sup>88</sup> *Kulla* 1991, s.158-159

Toinen päälinja on ensi kädessä *Tapio Tarjanteen* ja *Olavi Rytköjän* kannattama käsitys. Sen lähtökohdat ovat päinvastaiset. Nimitysperustesäännöksillä on huomattavampia vaikutuksia virantäyttöön. Tarjanteen mukaan nimitysperusteet tulevat sovellettaviksi, kun hakijoita on enemmän kuin yksi, ja silloin viranomaisella on velvollisuus kiinnittää huomiota nimitysperusteisiin. Nimitysperusteet eivät kuitenkaan luo kenellekään *subjektiivisia oikeuksia*, vaan ainoastaan *objektiivisia oikeuksia*. Objektiivisilla oikeuksilla Tarjanne tarkoitti sitä, että viranomaisen on tarkasti noudatettava kyseistä oikeussäännöstä eli nimitysperustesäännöstä. Nimitysperustesäännös muodosti harvoja poikkeuksia lukuun ottamatta viranomaiselle velvollisuuden toimia nimitysperusteiden mukaisesti. Objektiivisilla oikeuksilla oli heijastusvaikutus myös subjektiivisten oikeuksien suuntaan suojatun oikeudellisen intressin muodossa, joka tarkoitti oikeutta vaatia lainmukaista käsittelyä ja ylennysperusteiden huomioon ottamista.<sup>89</sup> *Rytkölä* korosti velvoittavuutta vielä Tarjannettakin pidemmälle ja painotti nimitysperusteita vertailuaspektina, jonka pohjalta etusijan määrittäminen suhteessa muihin hakijoihin tapahtui. Nimitysperusteet sitoivat kuin mitkä tahansa muutkin normit. Merkki tasa-arvoisesta hallintotoiminnasta oli se, että kaikkia hakijoita arvioitiin samojen perusteiden pohjalta keskenään. Jokaisessa virantäytössä pyritään nimittämään aina paras mahdollinen hakija, jolloin kysymys on sidotusta, ei vapaaharkintaisesta hallintotoiminnasta. Muita hakijoita ei voida asettaa pätevemmän hakijan edelle virantäytössä. Rytköjän mukaan nimitysperusteiden perusteella muodostui sekä objektiivinen velvollisuus viranomaiselle että pätevimmälle subjektiivinen oikeus haettuun virkaan.<sup>90</sup>

*Vallitsevan näkemyksen* mukaan nimitysperusteita pidetään kaksivaiheisen prosessin vertailuvälineinä. Kaksivaiheisessa prosessissa nimitysperusteet sitovat sekä kelpoisuusarviointia tehtäessä että nimitysvertilussa.<sup>91</sup> *Bruun, Mäenpää ja Tuori*

<sup>89</sup> *Tarjanne* 1943, s.136-142, josta myös *Kulla* 1991, s.161 sekä *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.515. Olen kohdassa III.2 esittänyt teoreettista mahdollisuutta soveltaa nimitysperusteita myös silloin, kun virkaa on hakenut vain yksi kelpoinen hakija, ja virka päätetään jättää täyttämättä. *Tarjanteen* oppi suojatusta oikeudellisesta intressistä tukee ajatusta, että hakijalla olisi tällaisessa tilanteessa oikeus vaatia lainmukaista käsittelyä ja ylennysperusteiden huomioon ottamista. Tällä taattaisiin tasapuolinen ja objektiivinen virantäyttö.

<sup>90</sup> *Rytkölä* 1978, s.25-32, josta myös *Kulla* 1991, s.161 sekä *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.515.

<sup>91</sup> KHO 14.2.1983/532 (KHO:1983-A-I-1). Tapauksessa oikeuskansleri haki purkua ylennysperusteiden noudattamatta jättämisen vuoksi valtion viran ehdollepanossa. KHO katsoi, että HM 86 §:n virkaylennysperusteita oli sovellettava paitsi ehdolle panoa ja siitä tehtyä valitusta ratkaistaessa myös suoritettaessa nimitys ehdollepanon pohjalta. KHO:n kanta sopii kaksivaiheiseen prosessiin, kun sen mukaan ylennysperusteita tulee soveltaa sekä ehdollepanossa (valmistelussa, jossa tulee ratkaistavaksi

erottavat oikeusdogmaattisin keinoin toisistaan PL 125.2 §:n (HM 86 §:n) ja nimitysperusteet toisistaan, jolloin pykälä on oikeusnormi ja nimitysperusteet ovat periaatteita. Oikeusperiaatteet eivät ehdottomasti, toisin kuin oikeusnormit, ilmaise, kuinka tapaus tulee ratkaista vaan ainoastaan ilmaisevat siinä huomioon otettavia perusteita. Kun ne ovat periaatteita, mikään niistä ei kilpailutilanteessa menetä pätevyyttään, vaan joku niistä saattaa osoittautua painoarvoltaan muita vähäisemmäksi. Toisaalta oikeudellinen sitovuus tulee kysymykseen silloin, kun joku hakijoista on ilmeisen selvästi muita ansiokkaampi.<sup>92</sup> *Kulla* määrittelee nimitysperusteet Aarnion oppeja hyväksi käyttäen *periaatteen tyypisiksi säännöiksi*, joille on tyypillistä kognitiivinen tai evaluatiivinen avoin sovellusalue samaan tapaan kuin arvoperiaatteille. Nimitysperusteet ovat lain mukaisia nimitysharkinnan perusteita. Ne ovat tulkinnanvaraisia ja vasta tulkittuna mahdollistavat joko- tai ratkaisun. Nimittäjällä on varaa harkintaan, mutta vain näiden perusteiden puitteissa eli kysymyksessä on niin sanottu vahva harkintatilanne. Lain mukainen perustekehikko kaventaa harkintaa muttei kuitenkaan varsinaiseksi sidotuksi harkinnaksi. Harkinta ei ole varsinaisesti tarkoituksenmukaisuusharkintaa eikä sidottu harkintaa vaan sisältää kummankin tyyppisiä elementtejä.<sup>93</sup>

## 5 Nimitysperusteiden painotus

Nimitysperusteiden painottaminen edellyttää vertailua, sillä on ratkaistava, mitä perusteista painotetaan kussakin tapauksessa ja kuinka voimakkaasti. Ensisijaisena lähtökohtana on, minkälaisia valmiuksia viranhoito edellyttää. Virka-asema vaikuttaa siten, että johtamistehtäviin ja suorittajatasen tehtäviin nimitysperusteita voidaan ja tuleekin painottaa eri tavalla. Johtajan virkoihin arvionvaraisilla henkilökohtaisilla ominaisuuksilla on suurempi painoarvo kuin suorittajatasen virkoihin, joissa koulutus ja käytännön kokemus saavat enemmän painotusta. Nimitysperusteita ei voida painottaa siten, että joku niistä syrjäytyisi kokonaan, vaan ne on aina otettava virkakelpoisuudenkin selvittyä harkinnan pohjaksi. Virkaan kun vaaditaan aina

---

myös kelpoisuus) ja varsinaisessa nimitysasiassa ehdollepanon pohjalta. KHO kuitenkin hylkäsi purkuhakemuksen, vaikka ehdollepanoa käsiteltäessä oli ollut väärä käsitys ylennysperusteiden soveltamisesta, kun kysymys nimitysperusteiden soveltamisesta virkanimitysmenettelyn eri vaiheissa oli oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa tulkinnanvarainen. Tämän vuoksi kyse ei ollut ilmeisen väärästä lain soveltamisesta.

<sup>92</sup> *Bruun - Mäenpää - Tuori* 1988, s.36-37 ja 86.

<sup>93</sup> *Kulla* 1991, s.161-162.

vähimmäismäärä taitoa ja kykyä. Näitä nimitysperusteita vähemmän painotetaan ainakin koetellun kansalaiskunnan positiivista ulottuvuutta, mutta negatiivisen ulottuvuuden saa jonkin tasoista painoa nimitysharkinnassa, ainakin kun hakijoiden nuhteettomuudessa on eroja.<sup>94</sup> Painottamisen mahdollisuus ei tarkoita samaa kuin vapautuminen ansioiden objektiivisesta ja huolellisesta selostamisesta.<sup>95</sup> Objektiivisuuden vuoksi painotus olisi ratkaistava jo ennen kuin hakijoiden ansioita käydään läpi ja vertaillaan; näin voidaan varmistua, ettei painotus perusteetta suosi ketään hakijoista.<sup>96</sup> Painotus on kuitenkin tärkeää, koska ilman sitä nimitysperusteet jäävät kovin yleiseksi ja jopa merkityksettömiksi. Niitä on painotuksella sisällöllisesti täsmennettävä, jotta niiden pohjalta voidaan ratkaista ansioituneisuuserot.<sup>97</sup>

Hakijoiden ansioista laaditaan yhteenveto, ja valinta tehdään *kokonaisarvion* pohjalta riippuen painotuksesta. Yhteenvedosta ilmi käyvän ansiovertailun tulee olla puolueeton eikä painotusta saa muodostaa sellaiseksi, että se tosiasiasa suosii tiettyä/tiettyjä hakijoita. Samoin kiellettyä on toiminta, jossa hakijoita kohdellaan eri tavalla valitun painotuksen puitteissa. Kokonaisarvion pohjalta sitten valitun painotuksen mukaan asetetaan hakijat paremmuusjärjestykseen. Ansioista ja henkilökohtaisista ominaisuuksista ei voida luoda tarkkoja laskentasääntöjä paremmuuden laskemiseksi, mutta mm. käytännön kokemuksen laskeminen kaavamaisesti on mahdollista. Kuitenkaan pelkät vuodet eivät ratkaise, vaan kokemusvuosien lisäksi vaikuttaa kokemuksen laatu.<sup>98</sup>

Nimitysperusteiden painottamista virantäytössä voidaan tarkastella Miettisen ja Muukkosen mukaan vähintään kolmesta näkökulmasta: *hakijanäkökulmasta* (*subjektinäkökulma*), *järjestelmänäkökulmasta* (*systeminäkökulma*) ja *käyttäjänäkökulmasta* (*objektinäkökulma*).<sup>99</sup> Hakijanäkökulmassa painotetaan hakijan oikeuksia, kuten perusoikeuksia. Vain objektiivinen hakijoiden arviointi voi taata pätevimmän hakijan oikeudet. Järjestelmänäkökulmassa tarkoituksenmukaisuudelle

<sup>94</sup> Ks. *Kulla* 1991, s.166-171.

<sup>95</sup> Ks. EOA 1989, s.76, 20.3.1991 n:o 1473/4/90. Samoin oikeuskansleri on arvostellut nimitysperusteiden painotusta valtioneuvoston nimitysvalmistelussa: OKa 4.12.1990 n:o 1085.

<sup>96</sup> *Rytkölä* 1978, s.30.

<sup>97</sup> Miettinen - Muukkonen (LM 4/2006), s.523-528.

<sup>98</sup> Ks. tarkemmin *Kulla* 1991, s.169-171.

<sup>99</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.516. He toteavat, että keskustelu virkanimitysperusteiden painottamisesta on suomalaisessa oikeustieteessä edelleen kesken, eikä oikein selvää tulkintakantaa tai edes välineistöä ole löytynyt käytännön hallintopäätöksiä tekeville viranomaisille.

annetaan suurin painoarvo, ja punninnan tavoitteena on saada järjestelmän, esimerkiksi kunnan kannalta optimaalinen tulos. Nimitysperusteiden sijaan painotetaan yleistä sopivuutta virkaan. Käyttäjänäkökulma suuntaa hallinnon palvelujen käyttäjien suuntaan ja painottaa sellaisen hakijan valitsemista virkaan, joka pystyy parhaiten palvelemaan hallinnossa asioivaa asiakaskuntaa.

Se, miten nimitysperusteita tulisi painottaa ei ole ollenkaan selvää, vaikkakin vaatimus perusteellisesta ja huolellisesta kokonaisarvioon pohjaavasta vertailusta on vakiintuneesti hyväksytty. Sen voi kuitenkin oikeuskirjallisuuden näkemyksen pohjalta sanoa, että painottamiseen vaikuttavat ainakin viran hierarkkinen asema, toiveet kokeneesta viranhaltijasta tai uudistusta tuovasta nuoresta voimasta ja viran tehtävien sisältö. Myös kelpoisuusvaatimusten tarkkuudella on vaikutusta nimitysperusteiden merkitykseen: Yleensä nimitysperusteiden merkitys kasvaa, kun kelpoisuusvaatimukset ovat väljät.<sup>100</sup> Samoin väljyys vaikuttaa nimitysperusteiden painotukseen. Voidaan tulkita, että väljyydellä on haluttu antaa painoarvoa eniten henkilökohtaisille ominaisuuksille ja sopivuudelle. Jos kelpoisuus on määritelty hyvin tarkasti, vaikuttaisi, että henkilökohtaisille ominaisuuksille ei haluta antaa niin suurta painoa. Tutkinto ja työkokemus ratkaisevat. Taustalla näkymättömissä piileviä *kvasivaikuttimia* lienee useita. Ainakin poliittinen ja uskonnollinen vakaumus, henkilösuhteet (erityisesti ristiriidat), hakijoiden ikä ja sukupuoli, ovat kirjoittamattomina vaikuttamassa virkavaalien tuloksiin. Kyse on kuitenkin pohjimmiltaan poliittisesta päätöksestä, jossa kvasivaikuttimet nousevat huomattavaan arvoon, ja tällöin nimitysperusteiden painotuksella voidaan pyrkiä muokkaamaan valintaa. Tätä pyritään torjumaan oikeuskirjallisuudessa nimitysperusteiden sääntelytavasta johtuvalla hierarkialla, jolloin nimitysperusteiden rinnalle ei ilman lainsäätäjän myötävaikutusta voida nostaa muita vaikuttimia, kuten ikää, sukupuolta tai vakaumusta.

## 6 Ansioituneisuuden käsite

Ansioituneisuuden tulisi selvittää virkanimitysmenettelyn aikana tehdystä ansiovertailusta ja eikä ansioituneisuus ole vain yhden perusteen pohjalta tehtävä johtopäätös.<sup>101</sup> Ansioituneisuus muodostuu, kun otetaan huomioon hakijan nimitysperusteiden kannalta

<sup>100</sup> Bruun - Mäenpää - Tuori 1995, s.96.

<sup>101</sup> Kulla 1991, s.171-176.

merkitykselliset ansiot ja henkilökohtaiset ominaisuudet kokonaisuudessaan ja laaditaan näistä käsitys hakijan etevyydestä. Näin saatua ansioituneisuutta verrataan kilpahakijoiden etevyyksiin. Ansioituneisuudelle annettava merkitys on mukaillen nimitysperusteiden sitovuutta nähty oikeuskirjallisuudessa kahdella tavalla: Toiset ovat hyväksyneet hakijalle annettavaksi subjektiiviset oikeudet, jolloin ansioituneisuus ratkaisee valinnan, ja toiset taas eivät ole hyväksyneet subjektiivisia oikeuksia eivätkä ansioituneisuuden merkittävää asemaa.<sup>102</sup> Nimitysperusteet on kuitenkin yksimielisesti katsottu vaikuttavan niin, että ansioituneisuus ei ole yleensä johdettavissa suoraan pelkästään kelpoisuusvaatimusten mukaisesta pätevyydestä. Näin suppeaa ansioituneisuuden käsitettä ei ole hyväksytty.<sup>103</sup>

## 7 Nimitysperusteet suhteessa kunnalliseen itsehallintoon

Aivan kuten sitovuuden ja painotuksen osalta, myös nimitysperusteiden suhde kunnalliseen itsehallintoon on oikeustieteessä kiistanalainen. Nimitysperusteiden on katsottu joko rajaavan kunnallista itsehallintoa tai sitten kunnalliselle itsehallinnolle on katsottu jäävän reilummin sijaa.

*Miettisen ja Muukkosen* mukaan paradigma kunnan oikeudesta valita kenet hyvänsä kelpoisista viranhaltijoista on hylättävä, kun nimitysperusteista on säädetty aina perustuslain tasolla ja vielä samassa luvussa kunnan itsehallintoa säättävän pykälän kanssa. Ainoastaan kunnan julkisoikeudellisen vallan valita viranhaltijansa siirtäminen viranomaisille olisi loukkaus kunnallista itsehallintoa vastaan. Virkavaalissa tämän pidemmälle menevä kunnallisen itsehallinnon kunnioitus ei ole tarpeen, kun nimitysperusteet on tarkoitettu sitoviksi ja sisältävät itsessään riittävästi harkintavaltaa. Kunnallisen itsehallinnon mukainen harkintavalta voisi tulla kyseeseen vain kunnanjohtajaa tai vastaavaa merkittävää toimivaltaa käyttävää viranhaltijaa valittaessa. Valinta on poliittinen ja viranhaltija valtuuston luottamuksen varassa, joten tällaisiin

---

<sup>102</sup> Ks. aiemmin jaksossa III.4 nimitysperusteiden sitovuudesta ja niiden muodostamista oikeuksista mainittua.

<sup>103</sup> OKa 4.12.1990 n:o 1085. Myös oikeuskansleri on painottanut päätöksessään, että hakijan ylivoimaiset opilliset ja käytännössä hankitut kokemukset on otettava nimityksen perusteeksi, jollei hakijan arvionvaraista henkilökohtaisista ominaisuuksista eli soveliaisuudesta muuta johdu. Lisäksi päätöksessä on tähdennetty poikkeamisen ansioituneisuudesta olevan mahdollinen vain tarkasti perustellen.

nimityksiin ei yhtä tiukkaa tulkintaa nimitysperusteiden sitovuudesta voi soveltaa.<sup>104</sup>

*Hirvonen ja Mäkinen* katsovat kunnallisen itsehallinnon kaventuneen virkavalinnoissa, sillä tarkoituksenmukaisuusharkinnan osuus on supistunut nimitysperusteiden myötä. Lainmukaista ei ole enää valita ketä tahansa kelpoisuusehdot täyttävää hakijaa, vaan kunnan on lähtökohtaisesti valittava hakijoista se, joka on taidon, kyvyn ja koetellun kansalaiskunnan perusteella pätevin. Kunnalliselle itsehallinnolle jää kuitenkin hivonen sijaa virkavalinnoissa, kun kunnalla on mahdollisuus perusteiden painottamiseen tavoitteidensa mukaisesti.<sup>105</sup> *Koskinen ja Kulla* näkevät nimitysperusteiden soveltamisalan laajentamisen johtaneen muutokseen kunnallisia virkoja täytettäessä. Ennen harkintavaltaa rajoittivat ainoastaan kelpoisuusehtojen asettamat vähimmäisvaatimukset, nykyisin kunnan harkintavalta on edelleen mahdollinen, mutta vain säädettyjen nimitysperusteiden ohjaamana.<sup>106</sup>

## 8 Nimitysperusteiden suhde kelpoisuuteen ja nimitysharkintaan

Kelpoisuusarvioinnissa nimitysperusteet *sitovat välillisesti* siten, että ne tulevat sovellettavaksi vasta erityisen kelpoisuuden selvittyä täytyneeksi. Nimitysperusteet ovat luonteeltaan sellaisia, että niiden tullessa sovellettavaksi, oletetaan hakijoista jo tiputetuiksi erityistä kelpoisuutta vailla olevat hakijat, joten nimitysperusteet sitovat tätä kautta kelpoisuusarviointia.<sup>107</sup> Erityisen kelpoisuuden täyttäminen on *ennakkoluontoisuussuhteessa*<sup>108</sup> yleisiin nimitysperusteisiin nähden, jolloin niitä ei tarkoitettu sovellettavaksi, jos kelpoisuudessa on puute. Hakijahan on jo tämän

<sup>104</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.527-528. Heidän käsityksensä perustuu vahvasti sitovuuden subjektinäkökulmaan ja he pitävät systeeminäkökulmaa vanhentuneena perustuslain voimaan tulosta lähtien. Se oli käyttökelpoinen aikana, jolloin virkanimityksiä sääntelivät pelkästään virkasäännöt.

<sup>105</sup> *Hirvonen - Mäkinen* 2006, s.97.

<sup>106</sup> *Koskinen - Kulla*, s.83. *Heikki Saipio, Lauri Niitylä ja Elina Vartiainen-Hynönen* ovat todenneet ennen nimitysperusteiden soveltamisalan laajentamista kunnan itsehallinnollisesta harkintavallasta virantäytöissä, että viranhaltijan valintapäätöksestä tehty valitus on menestynyt muotovirheen tai muun laillisuusperusteen nojalla, mutta parempaan kokemukseen tai koulutukseen vetoaminen ei ole johtanut päätöksen kumoamiseen. (*Saipio - Niitylä - Vartiainen-Hynönen* 1996, s.138-139)

<sup>107</sup> *Kulla* 1991, s. 168. "Nimitysharkinta alkaa siitä, mihin pätevyysarvio päättyy."

<sup>108</sup> *Hallberg* 1978, s.163-169. Hän on käyttänyt termiä *ennakkoluonteisuusjärjestys* valitusedellytysten käsittelyn yhteydessä. Valitusedellytysten asettaminen ennakkoluonteisuusjärjestykseen, jonka mukaan valituksen jättäminen tutkimatta osoittaisi samalla järjestyksessä aikaisempien edellytysten olleen olemassa, näyttää mahdolliselta. Tässä tutkimuksessa on käytetty Hallbergin ideaa niin, että *ennakkoluontoisuussuhde* merkitsee, että nimitysperustetutkintaan pääsemisen edellytyksenä on kelpoisuuden selvittäminen ennakkokysymyksenä. Eli nimitysperustetutkintaan siirtyminen osoittaisi hakijoiden kelpoisuusehdot täyttäväiksi (aikaisemmat edellytykset ovat täytyneet). Hallintotuomioistuimen on otettava tämä ennakkoluontoisuussuhde huomioon viran puolesta.

perusteella kelvoton virkaan, eikä ansioituneisuudella ole tällöin väliä. Tästä huolimatta ne toimivat sitovana normina jo yleistä kelpoisuutta osoittavan sopivuuden arvioinnissa. Sopivuuttahan arvioidaan muun muassa henkilökohtaisten ominaisuuksien ja kyvykkyyden pohjalta, johon arviointiin on soveltuvien osin hyödynnettävä nimitysperusteissa mainittua. Nimitysvertailussa nimitysperusteet vaikuttavat *välittömämmin*, kun ei tarvitse enää ratkaista kysymystä kelpoisuudesta. Nimitysharkintaan asti päässeet ovat kaikki kelpoisia, ja heidän välinen "ansioituneisuus" ratkaistaan nimitysperusteiden pohjalta, jolloin ne toimivat oikeuskirjallisuuden eri kantojen pohjalta pelkkinä ohjeina, periaatteen luontoisina sääntöinä tai jopa sitovina normeina.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Ks. tarkemmin sitovuudesta kohdassa III.4 mainittua.

## **IV YLEISET VIRKANIMITYSPERUSTEET OULUN HALLINTO-OIKEUDEN JA KORKEIMMAN HALLINTO-OIKEUDEN OIKEUSKÄYTÄNNÖN VALOSSA**

### **1 Yleistä**

#### **1.1 Valitusoikeuskysymyksistä**

Valitusoikeus on virkavaaleista ja muista kunnallisista virkavalinnoista on aina kaikilla virkaa hakeneilla. Virkaa hakeneiden valitusoikeus ei ole hallintolainkäytön yleisten oppien mukainen, sillä muulla hakijalla kuin ko. kunnan jäsenellä ei olisi perinteisen tulkinnan mukaan valitusoikeutta, koska kellekään ei ole oikeutta päästä virkaan, siis päätös ei koske hänen etuaan, oikeuttaan tai velvollisuuttaan. Hakijalla on kuitenkin vakiintuneen käytännön mukaan aina valitusoikeus. Tämän lisäksi on luonnollisesti tutkittu valitukset, jotka on tehnyt virkavalinnan tehneen kunnan jäsen. Kunnan jäsenen valitusoikeus perustuu kuntalain perussääntöön kuntalaisten oikeudesta tehdä kunnan päätöksistä kunnallisvalitus.

Perustuslain 125.2 §:n nimitysperusteita hallinto-oikeus on käsitellyt päätöksissään 2000-luvulla aina silloin, kun valittaja on niihin joko *suoraan* tai *välillisesti* vedonnut. Suoralla vetoamisella tarkoitan nimitysperusteiden nimenomaisen maininnan, joko kirjoittamalla valitukseen perustuslain pykälä, nimitysperusteiden nimet tai muu tapa, jolla valittaja on osoittanut ymmärtäneensä nimitysperusteiden soveltuvuuden tapaukseen ja osoittanut haluavansa vedota niihin. Välillisellä vetoamisella tarkoitan tässä tapauksia, joissa valittaja ei ole yksilöinyt nimitysperusteita tai pykälää, johon vetoaa, vaan ainoastaan tuonut esiin valituksessa yleisen ansioituneisuuseron. Siis vaatinut itsensä nimittämistä virkaan, koska kokee olevansa virkaan taitavampi. Lisäksi on tutkittu nimitysperusteiden pohjalta sellaiset tapaukset, joissa valittaja on pyytänyt tutkimaan, onko kunnan viranomaisen noudattanut laissa sille asetettuja harkintavallan rajoja nimittämällä valitun eikä valittajaa. Mikäli valitusperusteeksi ei ole ymmärrettävissä suoraan tai välillisesti nimitysperusteet, hallinto-oikeus ei ole tutkinut valitusta nimitysperusteiden kautta. Tällöin on yleensä tullut kuitenkin kyseeseen

valituksen tutkiminen valmistelun lainmukaisuus- ja lainmukaisen päätöksentekojärjestyksen perusteella.

Lisäksi on syytä huomata, että valittajan tulee esittää virkavalintavalitusten (virkavaali- ja viranhaltijoiden virkanimityspäätökset) valitusperusteet kuntalain 90 §:n 3 momentin mukaan *ennen valitusajan päättymistä*. Koska valitusaika on kuntalain 93 §:n mukaan kunnallisvalitukselle 30 päivää päätöksen tiedoksisaannista ja kun kunnalle varataan valituksen johdosta noin kuukausi aikaa lausunnon antamiseen, valittajan on käytännössä tuotava esiin kaikki sellaiset perusteet, joihin haluaa vedota, jo valituksessaan.<sup>110</sup> Vastaselityksessä, olettaen että se on saapunut valitusajan jälkeen, annettuna uudet valitusperusteet jätetään tutkimatta.

On syytä todeta heti alkuun, että tapausten yksityiskohdat ovat aina ainutlaatuisia eikä yleisten sääntöjen luominen tämän vuoksi ole helppoa. Tapauksissa on kuitenkin sellaisia yhtäläisyyksiä, että uskon niistä voitavan tehdä jonkinasteisia yleistyksiä oikeuskäytännön valottamiseksi. Valitukset ratkeavat yleisimmin seuraavan arvioinnin tuloksena: Onko valitun ja valittajan ansioituneisuuden ero pysynyt nimitysperusteiden harkintavallan rajoissa? Tähän kysymykseen vastaamiseksi on ensin tutkittava, mitä virkanimitysperusteilla on tarkoitettu ja mikä on niiden etusijajärjestys. Olen lisäksi tutkinut, onko muodostunut laskennallisia raja-arvoja tai muita yleisiä sääntöjä ansioerojen lainvastaisuuksien tulkintaan valituksia ratkaistaessa.

Hallinto-oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuksien päätöksissä ansioanalyysi perustuu siihen, että ensin listataan kaikkien hakijoiden ansiot, jonka jälkeen tarkastellaan jokaisen perusteen osalta ansioita ja tehdään pohjalta niistä jokaisesta erikseen ansiovertailu ja lopulta kootaan tehdyt ansiovertailut yhteen kokonaisarvioksi. Käytän samaa analyttistä menetelmää myös tutkiessani tässä jaksossa nimitysperusteiden merkitystä, asemaa päätöksissä sekä niiden välistä ja niiden sisäisten osa-alueiden hierarkiaa.

---

<sup>110</sup> Mahdollista on lain sanamuodon mukaan se, että valittaja toimittaa lisävalitusperusteensa myöhemmin kuin valituksensa, kunhan se saapuu hallintotuomioistuimelle ennen valitusajan päättymistä. Pykälä kieltää uuden valitusperusteen esittämisen, mutta mahdollistaa uusien perustelujen ja selvitysten esittämisen valitusperusteen tueksi (*Hannus - Hallberg* 2000, s.576-578).

## 1.2 Päätösheuristiikasta

Hallinto-oikeuden ja KHO:n päätöksissä on kirjoitettu säännönmukaisesti auki perustuslain 125.2 § ja siihen liittyvä hallituksen esitys 1/1998 vp. siltä osin kuin on haluttu valottaa lainsäätäjän tarkoittamaa nimitysperusteiden merkitystä.<sup>111</sup> Lisäksi päätöksiin sisältyy pääsääntöisesti seuraava vakiolauselma: *"Viranhaltijan valinta perustuu kokonaisharkintaan siitä, ketä kelpoisuusvaatimukset täyttävistä hakijoista on yleiset virkanimitysperusteet huomioon ottaen pidettävä täytettävänä olevaan virkaan ansioituneimpana. Näin ollen koulutuksen ja työkokemuksen ohella on otettava huomioon hakijan viranhoidon kannalta merkitykselliset henkilökohtaiset ominaisuudet"*. Tällä hallinto-oikeus haluaa tuoda esille, että kokonaisharkinta on ratkaisevin. Näin lienee onkin, mutta seuraavassa tutkitaan nimitysperusteet yksitellen ikään kuin ne olisi irrotettu kokonaisharkinta-aspektista. Näin voidaan saada vastauksia niiden merkityksestä suhteessa ansioituneisuuteen. Nimitysperustekohtainen tarkastelu valottaa lisäksi, minkälaiset harkintavallan rajat oikeuskäytännössä on ensinnäkin yksittäisten nimitysperusteiden kohdalla ja toiseksi kokonaisarvion pohjalta kunnalliselle virantäytölle muodostanut.

## 2 Nimitysperusteet ja ansioituneisuus

### 2.1 Taito

Taidolla on tarkoitettu Oulun hallinto-oikeuden oikeuskäytännössä koulutuksen ja työkokemuksen ansioita. Jaottelu vastaa lähinnä Heikki Kullan jaottelua taitoon eli kokemukselliseen (käytännöllinen) ja tietoon eli opilliseen (teoreettiseen) osaan (Kulla 1991, s.149-151, tarkemmin jaksossa III.3.1). Koulutuksen ja työkokemuksen mukaiseen ansioituneisuuteen viitataan valituksissa lähes säännönmukaisesti, kun valittajana on syrjäytetty hakija. Taitoansioiden erot ovat kyvyn ansioiden eroja selvemmin konkretisoitavissa, ja niistä voidaan muodostaa yleistäviä laskennallisia arvoja. Paremmuus on mitattavissa suoraan virkavuosina tai koulutustason pohjalta eikä arvio ole inhimillisestä arviosta riippuva. Ainoastaan kelpoisuutta arvioitaessa saattaa vaadittavaa koulutusta säätevien normien tulkinnanvaraisuudesta johtua, että syntyy

---

<sup>111</sup> Ks. tarkemmin HE 1/1998 vp. sisällöstä jaksosta II.2.1.

toisistaan poikkeavia lopputuloksia.<sup>112</sup>

### 2.1.1 Koulutus

Koulutus on taidon osa-alue, joka on hankittu oppilaitoksessa tai muussa vastaavassa koulutuslaitoksessa suoritetuilla opinnoilla ja niistä muodostuvalla tutkinnolla/tutkinnoilla. Koulutukseen luetaan sekä ammatin perusopinnot, erilaiset lisäopinnot sekä muut ammattitaidon kannalta oleelliset opinnot ja kurssit. Koulutuksesta taidon osana voidaan ensinnäkin todeta oikeuskäytännön pohjalta, *ettei* se ole koskaan *yksinään* johtanut valituksen hyväksymiseen. Tarkoitin tällä tietysti tilanteita, joissa valittajalla on ollut korkeampi tai monipuolisempi koulutus kuin virkaan valitulla. Hallinto-oikeus on katsonut, *ettei* paremmalla koulutuksella ole *viran tehtävien hoidon kannalta niin olennaista merkitystä*, että valittajaa olisi pidettävä *pelkästään koulutuksensa perusteella* ansioituneempaan valituksenalaiseen virkaan.<sup>113</sup> Parempi koulutus on tuonut valittajalle *arvoa vain mikäli* hänellä on ollut sen lisäksi huomattavasti pidempi työkokemus. Yksistään koulutus on voinut merkitä parempaa ansioituneisuutta, jos se on ollut laadultaan huomattavasti sopivampi viran tehtäviä silmällä pitäen.

Koulutusta nimitysperusteena valotettaessa on syytä jakaa käsittely seuraavasti: a) koulutuksen laatu, b) koulutuksen määrä ja c) koulutuksen merkitys virkatyypeittäin.

#### 2.1.1.1 Koulutuksen laatu

Määrän arviointia enemmän koulutuksessa merkitsee koulutuksen laatu. Erityisesti ns. *täsmäkoulutus* on katsottu antavan koulutuksen osalta paremmat ansiot. Täsmäkoulutukseksi on ymmärretty ensisijainen viranhakuilmoituksessa mainittu koulutusvaatimus, jolloin parempaan asemaan ansioituneisuutta arvioitaessa on päässyt

<sup>112</sup> Näin muun muassa opetustoimen henkilöstön kelpoisuusvaatimuksista annettu asetus 13 §:n 1 momentin 3 kohdassa on asetettu ammatillisten opintojen opettajalle kelpoisuusvaatimukseksi *vähintään 3 vuoden pituinen työkokemus tehtävää vastaavalla alalla*, mikä on aiheuttanut erimielisyyttä. Ks. esim. OHaO 6.10.2005 taltionumero 05/0464/1, jonka KHO kumosi päätöksellään 15.11.2006/3067. Tapaus selostettu tarkemmin alaviitteessä 187.

<sup>113</sup> Näin esim. tapauksessa OHaO 19.9.2005 taltionumero 05/0435/1, KHO 17.10.2006 T 2737: ei muutosta. Hallinto-oikeuden perustelut koulutuksen osalta: "Molemmat koulutukseltaan kelpoisia. Valittajan hieman laajemmalla koulutuksella ei ole luokanopettajan viranhoidon kannalta sellaista merkitystä, että valittajaa tämän vuoksi olisi pidettävä ansioituneempaan."

tämän ensisijaisen koulutuksen omaava valittaja tai valittu.

Näin esim. tapauksessa OHaO 11.6.2003 taltionumero 03/0265/1. Kaupunginjohtaja oli valinnut lomasihteerin viransijaiseksi agrologi A:n. Viranhakuilmoituksen mukaan kelpoisuusehtona oli "agrologin tutkinto tai muu tehtävään soveltuva tutkinto". Valittaja B oli koulutukseltaan agronomi. B katsoi olevansa koulutuksensa ja työkokemuksensa perusteella virkaan ansioituneempi. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen. Hallinto-oikeuden perusteluista: Kun viran kelpoisuusehtona on ollut agrologin tutkinto tai muu tehtävään soveltuva tutkinto, ei B:tä suorittamansa agronomin tutkinnon tai muista kuin lomasihteerin työtehtävistä hankkimansa pitkän työkokemuksen perusteella voida pitää virkaan A:ta ansioituneempana. Vaikka lopputulokseen vaikutti myös työkokemuksen laatu, nähdäkseni koulutuksen laadullakin oli painava merkitys. Hallinto-oikeus piti A:n agrologin tutkintoa yhdistettynä hänen merkonomin tutkintoonsa virkaan paremmin sopivana ja A:n koulutus teki hänestä näin ollen virkaan koulutuksen puolesta ansioituneemman.

Koulutuksen laatu voi toimia virkaan valitun hyväksi, mutta oikeuskäytännöstä ei löydy tapausta, jossa valittaja olisi vetoamalla laadullisesti parempaan koulutukseensa pystynyt osoittamaan olevansa ansioituneempi virkaan. Koulutuksen laadulla ja määrällä voi olla siis ainoastaan valitsijan *valintapäätöksen lopputulosta tukeva funktio*, mutta *valitusta tukevaa funktiota* sillä ei vaikuttaisi olevan. Oikeuskäytännön näkemystä on aiheellista kritisoida, koska valittajan koulutuksen laadulla tai määrällä on painavampaa merkitystä ainoastaan, jos hän on työkokemukseltaankin ansioituneempi. Sen sijaan virkaan valitun koulutuksen laatu voi saada painavamman merkityksen niissäkin tapauksessa, joissa hänellä on lyhyempi työkokemus. Parempaan koulutukseen on helpompi tällöin tukeutua. Ratkaisulinja asettaa ehdottomuudellaan valittajan ja virkaan valitun vastapuolena eriarvoiseen asemaan viran hakijoina. Toisaalta ratkaisulinja on tulee ymmärrettävämmäksi, kun halutaan korostaa valitsijan mahdollisuutta painottaa parhaaksi katsomiaan ominaisuuksia. Pelkästään koulutuksen laatuun tai määrään pohjaava kumoaminen valittajan hyväksi ei olisi loppujen lopuksi kokonaisarvioon perustuvan nimitysharkinnan kannalta hyväksyttävää. Koulutus kun ei vielä itsessään osoita henkilön taitoja menestykselliseen viranhoitoon, vaan sen pohjalta saadaan työvälineitä tehtävistä selviämiseen. Työkokemus tuo lopulta varmuutta ja taitoa käytännössä hoitaa viran tehtäviä. Jos taas virkaan valittu on koulutuksensakin puolesta ansioituneempi, hänen valintansa on entistä perustellumpi, kun hänet voidaan useammalla nimitysperusteella arvioituna katsoa ansioituneemmaksi. Tuomion perusteluissa olisi syytä kuitenkin avoimemmin tuoda esille erot ansioituneisuudessa

koulutuksen osalla niin, että todetaan toisen olevan sen puolesta varteenotettavampi (myös kun valittajalla on parempi koulutus), mutta sitten todeta, että kaikki muut nimitysperusteet ja kunnan harkintavalta huomioiden, ei pelkkä koulutus tee hänestä siinä mielessä virkaan ansioituneempaa, että kunta olisi ylittänyt harkintavaltansa.

Myös saman koulutuksen omaavien hakijoiden erilaisella suuntautumisella opinnoissaan voi olla sellaista merkitystä, että se tukee parempaa ansioituneisuutta viran tehtävien kannalta.<sup>114</sup> Erikoistuminen opinnoissa tiettyihin kysymyksiin voi tuoda hakijalle sellaista koulutuksen kautta saatavaa erityistaitoa ja -tietoa, jonka vuoksi häntä on pidettävä ansioituneempana virkaan koulutuksensa osalta.

Aivan kuten henkilökohtaiset ominaisuudet, myös kunnassa aikaisemmin työskennelleen (mahdollisesti hoitanut haettavana olevaa tehtävää) hakijan koulutus voi osoittautua riittämättömäksi tai laadultaan puutteelliseksi haettavana olevan viran tehtäviin. Kyseessä on erikoistapaus, joka voi oikeuttaa erityisenä syynä poikkeamaan ansioituneisuudesta. Näin voi osoittautua erityisesti sellaisten virkojen osalta, joihin ei ole säädetty erityistä tutkintovaatimusta, vaan kelpoisuusehtona on ollut soveltuva tutkinto. Virkasuhteessa olleen hakijan tutkinto ei ole kuitenkaan *in casu* osoittautunut antamaan riittävää tietotaitoa viran hoitamisen kannalta keskeisten tehtävien hoitamiseksi. Tällöin oikeuskäytännössä on hyväksytty kunnan harkintavallan rajoissa pysyväksi mahdollisuuden poiketa koulutuksen ja työkokemuksen pohjalta ansioituneemman hakijan valitsemisesta virkaan. Kunta ei ole ylittänyt harkintavaltansa, kun on jättänyt valitsematta virkaa hoitaneen toisia hakijoita ansioituneemman hakijan, jonka koulutuksen kautta saadut tiedot ovat osoittautuneet selvästi puutteellisiksi.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> Näin tapauksessa OHaO 8.7.2004 taltionumero 04/0341/1. Tapauksessa valituksenalainen virka oli lomituspäalvelujohtajan virka. Sekä valittaja että virkaan valittu olivat koulutukseltaan agrologeja, valittaja oli suuntautunut opinnoissaan nuorisoneuvonta-liitännäis-elinkeinolinjalle ja valittu pääaineena yritystalous ja sivuaineina kasvitutanto ja kotieläintalous. Molemmilla oli viranhakuilmoituksessa edellytettyä johtamiskokemusta ja tuntemusta karjanhoidosta. Kunnalla on ollut oikeus valita heistä sopivammaksi katsovansa henkilö. KHO 17.1.2006 T 56: hallinto-oikeuden päätöstä ei muuteta. Vaikka hallinto-oikeus on ottanut valituksen hylkäämisperusteeksi myös henkilökohtaiset ominaisuudet, näkemykseni mukaan valituksen lopputulosta on tukenut virkaan valitun tehtävää paremmin vastaava koulutuksen suuntautuminen. Kunta on voinut painottaa jompaa kumpaa suuntautumisvaihtoehtoa, kun hakijat ovat muutoin olleet liki yhtä ansioituneet.

<sup>115</sup> Näin mm. myöhemmin kohdassa IV.2.2.1 selostetussa tapauksessa OHaO 16.2.2007 taltionumero 07/0080/1. Aiemmin kunnan palveluksessa olevan hakijan koulutuksen avulla saatujen taitojen puute oli henkilökohtaisten ominaisuuksien ohella syynä siihen, että hänet voitiin syrjäyttää kykenemättömänä hoitamaan kaikkia viranhoidon kannalta merkityksellisiä tehtäviä.

### 2.1.1.2 Koulutuksen määrä

Koulutuksen määrän osalta voidaan todeta, että valittajan *ylempi oppiarvo, viran tehtävien hoidon kannalta tarpeettomat, mutta muuten oppineisuutta lisäävät lisäopinnot*<sup>116</sup>, *korkeakoulututkinto* tapauksissa, joissa on vaihtoehtona joko ammattikorkeakoulu- tai korkeakoulututkinto, eivät ole johtaneet itsenäisesti ansioituneemmaksi katsomiseen. Myöskään korkeampi korkeakoulututkinto, vaikka se olisikin viran tehtävien hoidossa tärkeä tutkinto, ei ole johtanut ansioituneemmaksi katsomiseen. Ansioituneisuutta kohottavaa arvoa ei ole annettu suoritetulle lisenssiaatin tai tohtorin tutkinnolle. Maisteri on asetettu näiden kanssa yhtä hyvät edellytykset antavaksi koulutukseksi. On vain todettu, että valittaja on koulutuksensa puolesta varteenotettavampi, mutta henkilökohtaisten ominaisuuksien ja hankitun työkokemuksen pohjalta valittu on voitu ottaa virkaan. Aina ei ole edes todettu, että valittaja on varteenotettavampi koulutuksensa puolesta, vaan todettu suppeasti: *"huomioiden viran tehtävien sisältö, ei valittajaa voida pitää pelkästään suorittamansa korkeamman tutkinnon vuoksi virkaan ansioituneempana"*.<sup>117</sup> Sama koskee myös *kielitaitoa* tai *paikallistuntemusta osoittavaa oma-aloitteista tutkimusta*.<sup>118</sup> Myöskään *keskimäärin* tai *kaikkiaan korkeammat tutkinnon arvosanat* eivät ole sellaisia seikkoja, jotka tekisivät hakijasta ansioituneempaa virkaan.<sup>119</sup> Ansioituneemmaksi koulutuksen osalta ei ole katsottu myöskään sen perusteella, että virkaan vaadittavan tutkinnon suorittamisen ajankohta on aikaisempi.<sup>120</sup>

### 2.1.1.3 Koulutuksen merkitys virkatyypeittäin

Koulutuksen laadulla ja määrällä on ollut erilainen merkitys riippuen haettavan viran hierarkkisesta asemasta. Johtajaviroissa koulutuksen määrän ja laadun painoarvo on saattanut muodostua suorittaja- ja opettajavirkoja selkeämmin ansioituneisuuseroja muodostavaksi tekijäksi. Syvä perehtyminen tehtäviä vastaavaan teoriaan voi osoittautua hyvinkin tarpeelliseksi, kun johtava virkamies suunnittelee esimerkiksi pidemmän ajan strategioita johtamalleen virastolle. Laaja ja korkea koulutus tuo myös

<sup>116</sup> Esim. OHaO 26.8.2003 taltionumero 03/0365/1.

<sup>117</sup> Opettajien kohdalla laajempia kasvatustieteellisiä opintoja ei ole katsottu aiheuttavan valituksen hyväksymiseen tarvittavaa eroa ansioituneisuuksissa.

<sup>118</sup> Esim. OHaO 26.8.2003 taltionumero 03/0365/1.

<sup>119</sup> OHaO 6.6.2002 taltionumero 02/0230/1, jonka KHO on vahvistanut päätöksellään 1.4.2003 T 786.

<sup>120</sup> OHaO 27.8.2007 T 07/0399/1.

sellaista viranhoidon kannalta merkityksellistä tietotaitoa, jota tarvitaan muun muassa viran asiantuntijaulottuvuuden vuoksi. Kunnan johtavissa viroissa myös opintojen kautta saatu perehtyminen kunnan hallintoon voi olla ansioituneemmaksi tekevää tietotaitoa. Rehtorin viroissa taas koulutuksen painottuminen kouluhallintoon voinee olla ansioituneisuutta lisäävä tekijä. Suorittaja- ja opettajaviroissa koulutuksen määrä ei sen sijaan saa samantasoista arvoa, koska tehtävät ovat sisällöltään sellaisia, ettei niiden hoitamiseen tarvita syvää perehtymistä ja asiantuntemusta. Pitkä virkaura on koulutuksen määrää tärkeämpää eikä ylikouluttautumista ole pidetty erityisenä ansiona – sitä voisi kutsua jopa taakaksi.

Koulutuksen laatu on johtavissa viroissa merkityksellisempää, koska niissä on harvemmin määritelty koulutuksellista kelpoisuutta. Joudutaan tapauskohtaisesti arvioimaan, onko hakijan koulutus ollut virkaan soveltuva, jolloin arviointi perustuu koulutuksen laatuun.<sup>121</sup> Viranhakuilmoituksessa on voitu antaa arvoa tietyn tyyppiselle koulutukselliselle taidolle, jolloin sitä parhaiten sisällöltään vastaava koulutus tekee ansioituneemmaksi. Suorittaja- opettajaviroissa ei sitä vastoin ole koulutuksen laadulla ainakaan kelpoisuuden kannalta merkitystä, koska niissä on yleensä määritelty tarkemmin koulutuksellinen kelpoisuus.

### 2.1.2 Työkokemus

Taidon toinen komponentti on työkokemus. Työkokemuksen mittaaminen ratkaisuihin on kaikkein konkreettisin osa. Vuodet voidaan laskea yhteen ja verrata sen jälkeen hakijoiden hankkimaa työkokemusta. Aivan kuten koulutuksen osalta, myös työkokemus on arvioitu oikeuskäytännössä pituuden (määrä) ja laadun pohjalta.

---

<sup>121</sup> Valtion virkojen osalta tätä valaisee ratkaisu KHO 8.4.1987/1314 (KHO:1987-A-12): Asetuksella oli säädetty, että Helsingin yliopiston hallintojohtajalta vaaditaan kelpoisuusehtona, että hän on suorittanut virkaan soveltuvan ylemmän korkeakoulututkinnon ja on hyvin perehtynyt hallintotehtäviin. Samassa asetuksessa oli säädetty, että hallintojohtajan tulee rehtorin apuna johtaa ja valvoa yliopiston hallintoa sekä rehtorinviraston toimintaa, tehdä aloitteita yliopiston toimintaa koskeviksi uudistuksiksi sekä huolehtia konsistorin ja rehtorinviraston käsiteltävien asioiden valmistelusta ja täytäntöönpanosta. Hallintojohtajan virkaan ehdollepanu ja virkaan nimitetty henkilö oli suorittanut yliopistossa filosofian kandidaatintutkinnon, jonka aineyhdistelmänä oli: kemia, fysiikka ja matematiikka sekä filosofian lisensiaatin tutkinnon radiokemiassa ja väitellyt filosofian tohtoriksi radiokemiassa. Hänen tutkintonsa eivät olleet, kun otettiin huomioon niihin sisältyvät aineet yliopiston hallintojohtajan tehtävät, hallintojohtajan virkaan soveltuva ylempi korkeakoulututkinto. Ehdollepanopäätös, siitä tehtyyn valitukseen annettu päätös sekä nimityspäätös perustuivat näin ollen ilmeisesti väärään lain soveltamiseen. Päätökset purettiin virkaa hakeneen henkilön hakemuksesta.

Työkokemusta tutkittaessa on syytä kiinnittää huomiota: a) pituuteen erityisesti harkintavallan kannalta, b) laadun merkitykseen, c) saavuttamisajankohdan merkitykseen työkokemuksen huomioon ottamisen kannalta, d) sivu- ja päätoimisuuden merkitykseen ja e) työkokemuksen merkitykseen virkatyypeittäin.

### 2.1.2.1 Työkokemuksen pituuden merkitys

Oikeuskäytännöstä löytyy hahmotettavissa olevia raja-arvoja työkokemuksen liian suurille eroavuuksille ansioarvion kannalta. Olennaista on tietää, että työkokemus on johtanut ansioituneemmaksi katsomiseen, kun valittajan työkokemus on ollut *ylivertainen* verrattuna virkaan valitun työkokemukseen. Työkokemuksissa on tullut olla *räikeä, huomiota herättävän suuri* eroavaisuus. Oikeuskäytännön perusteella tällaiseksi räikeäksi on katsottu tilanteet, joissa valitulla on ollut suhteessa pitkän työkokemuksen omaavaan valittajaan hyvin lyhyt työura, alle kolmen vuoden mittainen. Tämä *kolmen vuoden sääntö* tarvitsee kuitenkin täsmennyksiä. Se tulee sovellettavaksi sellaisissa tapauksissa, joissa valitulla on alle kolme vuotta työkokemusta virkaa vastaavista tehtävistä ja valittajalla vastaavaa työkokemusta on selvästi enemmän. Selvästi enemmän on tarkoittanut *vähintään 10-15 vuoden* kokemusta.<sup>122</sup> Sääntö on selvemmin voimassa eri sukupuolta olevien prosesseissa, kun taas samaa sukupuolta olevien välillä vaikuttaisi linjauksen olevan menossa kohti vaatimusta vieläkin räikeämmistä eroista. Vaaditaan vieläkin selvempää ylivertaisuutta.

OHaO 13.9.2006 taltionumero 06/0416/1. Haettavana ollut virka oli perusopetuksen matematiikan, fysiikan ja kemian lehtorin virka. Virkaan valitun opettajankokemus vastaavista tehtävistä oli n.3vuotta. Valittajalla oli opettajankokemusta vastaavista tehtävistä yli 12 vuotta. Hallinto-oikeus kumosi virkavaalin, koska valittajan oli katsottava olleen huomattavasti pidemmän työkokemuksen vuoksi virkaan valittua ansioituneempi ja hänet oli syrjäytetty tasa-arvolain vastaisesti toista sukupuolta olevana ansioituneempana hakijana eikä syrjäyttämiseen ollut työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja

<sup>122</sup> OHaO 28.10.2004 taltionumero 04/0501/1, jonka KHO on päätöksellään 1.3.2006 T 418 pysyttänyt. Kyse oli kielten opetuksen lehtorin virasta. Valittajalla oli monipuolisempi koulutus ja yli 20 vuoden työkokemus opetustehtävistä. Valitulla oli n. 4 vuoden työkokemus opetustehtävistä. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, kun valitun työkokemusta ei voitu pitää niin vähäiseksi, että valittajaa olisi sen perusteella tullut pitää virkaan ansioituneempana. Myöskään monipuolisempi koulutuksella ei ollut niin suurta merkitystä viran tehtävien kannalta, että valittajaa olisi pidettävä sen vuoksi ansioituneempana. Kun valitun työkokemus ylitti kolmen vuoden rajan, oli hänen potentiaalistaan voitu saada riittävä kuva eikä tapauksessa ollut kyse riittävän räikeästä työkokemuserosta, jotta päätös olisi tullut kumota. Samalla tavoin n. 4 vuoden työkokemus katsottiin riittäväksi siihen, ettei taitoansioissa katsottu olevan harkintavallan ylittämisen aiheuttavaa eroa tapauksessa OHaO 26.8.2003 taltionumero 03/0365/1.

hyväksyttävää syytä.

Työkokemus on räikeissä tapauksissa katsottu johtaneen huomattavasti ansioituneemmaksi katsomiseen, koska alle kolmen vuoden työkokemuksen ei ole katsottu vielä olevan tarpeeksi pitkä aika luomaan riittävää kuvaa hakijan potentiaalista hoitaa virkaan kuuluvia tehtäviä.<sup>123</sup> Ei ainakaan niin riittävää potentiaalia, että kunta voisi harkintavaltansa rajoissa syrjäyttää työkokemukseltaan huomattavasti ansioituneempaa hakijaa.

Jos valitun työkokemus virkaa vastaavista tehtävistä on *alle vuoden mittainen*, siis *kuukausissa mitattavissa*, valittajan työkokemuksen ei ole tarvinnut ylittää edes edellä vaadittuun kymmeneen vuoteen, jotta hänet on katsottu ylivertaisesti ansioituneemmaksi.<sup>124</sup>

Vieläkin vähemmät erot ovat voineet johtaa räikeäksi katsottavissa oleviin työkokemuseroihin, mikäli valittajan työkokemuksen laatu on ollut virkatehtävien kannalta *osuvampaa*: hänellä on ns. *täsmätyökokemusta eli ammattikokemusta*. Vaikka valitun työura (sinällään virkaan soveltuvista tehtävistä, mutta ei kuitenkaan täsmäkokemusta) täyttäisikin kolmen vuoden pituuden, viran tehtäviä hoidettaessa on arvioitu täsmäkokemus niin paljon arvokkaammaksi, että kyseessä on ollut räikeä ansioero.

Tapauksessa OHaO 25.1.2002 taltionumero 02/0019/1, jonka KHO pysytti päätöksellään 28.11.2002 T 3113, oli kyse kotitalouden lehtorin virasta. Sekä valitulla että valittajalla oli usean vuoden pituinen työkokemus opettajan tehtävissä yläasteelta, mutta valitulla oli vain vähäinen kokemus kotitalousopettajan tehtävistä. Kun valittajalla oli 6,5 vuoden työkokemus kotitalousopettajan tehtävistä juuri yläasteella, häntä oli pidettävä kotitalousopettajan viran tehtävien sisältö huomioon ottaen virkaan valittua ansioituneempana. Arvoa annettiin myös valittajan laajemmille kasvatustieteellisille opinnoille. Virkavaali kumottiin.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Näin muun muassa tapauksessa OHaO 5.4.2007 taltionumero 07/0175/1. Virkaan valitulla oli opettajan kokemusta ainoastaan yhden lukukauden verran, kun taas valittajalla kokemusta oli noin 15 vuotta. Hallinto-oikeus katsoi virkavaalin lainvastaiseksi, mutta asia raukesi määräaikaaisuuden ajan kuluttua umpeen.

<sup>124</sup> Esim. OHaO 8.7.2002 02/0306/1. Hallinto-oikeus hyväksyi valituksen ja kumosi kunnan virkavaalipäätöksen, koska valittajalla oli rehtorin työstä n. 9 vuoden kokemus ja virkaan valitulla ainoastaan vajaan vuoden viransijaisuus rehtorin tehtävissä. Lopputulosta vahvistivat lisäksi valittajan koetellun kansalaiskunnan ansiot.

<sup>125</sup> Vrt. Työkokemuksen laatu ratkaisi tapauksessa OHaO 13.5.2005 taltionumero 05/0221/1. Haettavana

Tapaukset, joissa täsmäkokemus on saatu siten, ettei se ole ollut ainoa aikaisempaan työkokemukseen liittyvä tehtävä, vaan yksi osa-alue hakijan tehtävistä, sen arvo on saattanut jäädä yksinomaisen täsmäkokemuksen arvoa vähäisemmäksi.<sup>126</sup> Jotta tällainen työkokemus voitaisiin laskea yhtä arvokkaaksi kuin yksinomainen työkokemus, olisi lienee kaivattu selvitystä siitä, että tällainen *ei-yksinomainen* työkokemus on kuitenkin ollut merkittävin ja pääasiallinen tehtävä ja vastannut tämän vuoksi riittävästi kokoaikaista tehtävien hoitoa.

Myös tapauksissa, joissa viranhakuilmoituksessa ei ole asetettu työkokemuksen laadusta toivomuksia, mutta viran tehtävistä johtuen niiden hoitaminen vaatii riittävää työkokemusta ja perehtyneisyyttä, on voitu päätyä katsomaan työkokemusero liian räikeäksi, vaikkakin virkaan valitun työkokemus on ollut yli kolmen vuoden pituinen ja vastannut viran tehtäviä. Näin erityisesti silloin, jos kunta on painottanut valinnan perusteluissaan tietynlaista kokemusta, jossa kuitenkin valittajan ansiot ovat osoittautuneet valitun ansioita paremmiksi. Painottamisen tulee tapahtua objektiivisesti ketään suosimatta.<sup>127</sup>

OHaO 8.7.2004 taltionumero 04/0342/1, Dnro 00694/03/2300, jonka pysytti päätöksellään 10.6.2005 T 1422. Haettavana ollut virka oli rehtorin virka koulussa, jonka oppilasmäärä oli 350 ja viranhakuilmoituksen mukaan oli vireillä muutoksia, jotka vaikuttaisivat tehtävänkuvaan laajentavasti. Virkaan valitulla oli 2 vuoden kokemus pienten koulujen johtamisesta sekä vuosi kansainvälistä työkokemusta. Lisäksi hänellä oli n. 4 vuoden

---

oli sosiaaliterveystyön johtajan virka. Valittajalla oli työkokemusta kunnansihteerin tehtävistä 5 vuotta, kaupunginjohtajan tehtävistä 5 vuotta sekä 1,5 vuotta sosiaali- ja terveystyön johtajan tehtävistä. Valitulla oli kokemusta perusturvajohtajana 1,5 vuotta, palveluyksikköpäällikkö 1,5 vuotta sekä 2,5 vuotta sosiaali- ja terveystyönjohtajana. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, vaikka valittajan työkokemus johtamistehtävistä oli pidempi, sillä valitun työkokemus oli viran tehtävät huomioon ottaen lähempänä viran tehtäväaluetta. Samoin OHaO 17.8.2002 taltionumero 02/0310/1. Haettavana oli ollut vanhus- ja vammaistyön johtajan virka. Valittajalla oli työkokemusta hoitajana 3,5 vuotta ja usean vuoden opettajan kokemus. Virkaan valitulla oli 2,5 vuoden kokemus hoitajana ja 2,5 vuoden kokemus virkaa vastaavista tehtävistä. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, kun viran tehtävät huomioon ottaen valittu oli katsottu työkokemukseltaan ansioituneemmaksi virkaan.

<sup>126</sup> OHaO 27.8.2007 T 07/0399/1. Hallinto-oikeus katsoi, että huomattavan pitkä (n. 10 vuotta) työkokemus erityisopettajan tehtävistä niin, että erityisopetus on ollut vain osa työtehtäviä, ei johtanut päätöksen kumoamiseen työkokemuksen laadun paremmuuden vuoksi, vaikka valitun työkokemus varsinaisista erityisopettajan tehtävistä oli vain 2 vuotta, kun valittajan erityisopettajan kokemuksensa oli kertynyt vain osana työtehtäviä eikä siis yksinomaisesti. Jos kokemus olisi ollut yksinomaista, olisi päätöksen kumoaminen ollut todennäköinen. Vrt. yllä selostettu tapaus OHaO 25.1.2002 taltionumero 02/0019/1, jonka KHO vahvisti päätöksellään 28.11.2002 T 3113.

<sup>127</sup> Linjaus vastaa *Kullan* käsitystä (*Kulla* 1991, s.166-171). Hänen mukaansa yhteenvedosta ilmi käyvän ansiovertailun tulee olla puolueeton eikä painotusta saa muodostaa sellaiseksi, että se tosiasiaa suosii tiettyä/tiettyjä hakijoita. Samoin kiellettyä on toiminta, jossa hakijoita kohdellaan eri tavalla valitun painotuksen puitteissa. Ks. tarkemmin jakso III.5.

opettajan kokemus. Valittajalla oli kymmenien vuosien opettajankokemuksen lisäksi runsaasti kokemusta koulun kehittämistä koskevista työryhmistä ja kansainvälisestä toiminnasta sekä pitkäaikaisen luottamustehtävien hoidon kautta saatu monipuolinen kokemus kunnan johtamisesta ja eri toimialojen toimintatavoista. Valintatilanteessa oli kiinnitetty huomiota valitun kielitaitoon ja hänen työskentelyynsä ulkomailla sekä johtamiskokemukseensa. Hallinto-oikeus kumosi virkavaalin, koska valittaja oli monipuolisen työkokemuksen ja kansainvälisen kokemuksen perusteella valintatilanteessa painotetuilla kriteereillä arvioituna niin paljon valittua ansioituneempi, että valintapäätös oli lainvastainen.

Tapauksissa, joissa molemmilla on lyhyt työkokemus (alle kolme vuotta), ei valitus menesty työkokemukseen vetoamalla, koska ei ole olemassa räikeää eroa taitoansioissa. Näissä tapauksissa kunta voi valita henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan paremmaksi katsomansa hakijoista. Samoin, jos molemmilla on vähintään kolmen vuoden työkokemus, ei valitus menesty työkokemuksen taitoansioiden eron vuoksi, vaan tarvitaan tehtävästä tai hakuilmoituksesta johtuva lisäisy.<sup>128</sup> Myös sellaiset paremmat ansiot kansalaistoiminnassa, jotka ovat tuoneet viran tehtävien hoidon kannalta merkityksellistä perehtyneisyyttä voivat johtaa huomattavan suuriin ansioeroihin, vaikka valitun työkokemus ylittääkin kolmen vuoden rajapyykin. Jos työkokemusten erot eivät mene räikeän puolelle, kunnan on kuitenkin selvítettävä, miksi virkaan valittua on tullut pitää virkaan ansioituneempana siitakin huolimatta, että hänen työkokemuksensa on katsottava riittäväksi, mutta huomattavasti lyhyemmäksi kuin valittajan.

### **2.1.2.2 Työkokemuksen laadun merkitys**

Jos kunta on ilmoittanut viranhakuilmoituksessa virassa vaihtoehtoisesti painotettavia työkokemuksen kautta saatuja taitoja, ei ole voitu katsottu syntyneen räikeää taitoansioeroa, mikäli valittu on ollut ansioituneempi jollakin vaihtoehtoisella painotusalueella, vaikkakin valittajalla olisi ollut jollakin toisella painotusalueella tai yleisesti arvioituna pidempi ja monipuolisempi työkokemus. Halutulle työkokemukselle on voitu asettaa vaihtoehtoja, jotka ovat objektiivisia. Vaihtoehtoistenkin painotusalueiden tulee olla sellaisia, että niitä on relevanttia painottaa viran tehtävien

<sup>128</sup> OHaO 19.9.2005 taltionumero 05/0435/1, jonka KHO on vahvistanut päätöksellään 17.10.2006 T 2737. Valitulla oli 4 vuoden kokemus ja valittajalla 6 vuoden kokemus virkaa vastaavista tehtävistä. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, kun molemmilla oli kokemusta opettajan työstä ja heitä oli pidettävä virkaan molempia ansioituneina.

sisältö huomioon ottaen.

OHaO 5.12.2005 taltionumero 05/0563/1. Tapauksessa Kuhmon kaupunginjohtajan virasta. Valittajalla pitkä työkokemus kunta-alan työkokemus (mm. yli 10 vuotta kunnanjohtajana). Valitulla pitkä johtajakokemus ja paljon kokemusta Kainuun hallintomallista (hallintomallin ohjausryhmän jäsen ja johtoryhmän asiantuntija). Hallinto-oikeuden perustelujen mukaan virankelpoisuusvaatimusten määrittelemisestä, valtuuston suorittamasta virkavaalista ja valitusten johdosta annetusta lausunnosta ilmenee, että Kuhmon kaupunki on hakenut vaihtoehtoisesti kaupunginjohtajan tehtävään henkilöä, jonka koulutus ja työkokemus ei välttämättä ole hankittu kunnalliselämän alalta. Syynä tähän on ollut mm. Kainuun maakuntakokeilusta johtuvat muutokset Kuhmon kaupungin toimintoihin ja kaupunginjohtajalta tämän vuoksi haluttu kyky elinkeinoelämän kehittämiseen. Maakuntahallintokokeilun myötä kaupunginjohtajan tehtävälle asettamat painopistealueet ovat myös vaikuttaneet valintaan. Hallinto-oikeus katsoi, ettei valittajaa voitu pitää virkaan huomioon ottaen viran tehtävät ja ne valmiudet, joita kaupunginjohtajalta oli edellytetty, ansioituneempana hänen kunnallisalan tutkintojen ja kunta-alalta saamansa pitkäaikaisen työkokemuksen perusteella. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, kun katsoi, että kunta oli voinut vaihtoehtoisesti painottaa ansioita Kainuun hallintomallin tuntemuksesta.

Vaikka siis kunnan johtaviin virkoihin yleensä edellytetään laajaa kokemusta kunta-alalta sekä johtamiskokemusta, kunta voi määrittelemällä kelpoisuusvaatimuksiin vaihtoehtoisia tai tarkentavia ehtoja laajentaa asiassa harkintavaltaansa ja valita sopivan hakijan tarkoituksenmukaista painotusta käyttäen. Tällaisten painotusten tulee pysyä viralle lainsäädännössä säädettyjen kelpoisuusehtojen rajoissa, sillä kunnalla ei ole oikeutta näitä kelpoisuusehtoja ehdoillaan kaventaa. Sen sijaan kunta voi asettaa kelpoisuusasetuksen lisäksi sitä tarkentavia ehtoja muun muassa työkokemuksen laadun osalta. Erityisesti tällaisella tarkennuksella on merkitystä sellaisten virkojen osalta, joihin ei ole säädetty kelpoisuusvaatimukseksi tiettyä tutkintoa. Painotusten tulee olla objektiivisesti arvioituja ja sellaisia, etteivät ne syrji hakijoita perusteettomasti.<sup>129</sup> Sellaisissa viroissa, joissa normin tasolla on säädetty tarkat koulutukselliset vaatimukset ja tutkintoa vastaavista tehtävissä hankittu työkokemus on usein homogeenistä<sup>130</sup>, vaihtoehtoisten painotusten merkitys ei ole niin suuri eikä usein ansioituneisuuden näkökulmasta relevanttiakaan.

<sup>129</sup> Jos kunta on painottanut tietynlaista kokemusta, mutta siltikin valinnut virkaan tällä painotusalueella vähemmän ansioituneen hakijan, hallinto-oikeus on kumonnut virkavaalin. Näin esim. OHaO 8.7.2004 taltionumero 04/0342/1, jonka KHO on päätöksellään 10.6.2005 T 1422 vahvistanut.

<sup>130</sup> Esim. luokanopettajan virat. Aine- ja erityisopettajien virkojen kohdalla sen sijaan laadullisella täsmäkokemuksella voi olla suurempi merkitys.

Muun kuin viran tehtäviä vastaavan työkokemuksen osalta voidaan sanoa hallinto-oikeuskäytännöstä seuraavaa. Pitkään työkokemus (vaikka valittajalla olisi huomattavasti pidempi työura) ei tee valittajasta valittua ansioituneempaa, jos työkokemus ei ole virkaa vastaavista tehtävistä hankittua.<sup>131</sup> Tällaiselle yleiselle työkokemukselle ei ole annettu, vaan merkittävää on ainoastaan viran tehtäviä vastaava työkokemus. Silloin kun tällainen yleisluontoinen työkokemus on monipuolisuudessaan hyödyksi viranhoidossa, on sille voitu antaa painokkaampaa merkitystä.<sup>132</sup>

Sillä, onko työkokemus saatu virasta vai yksityisen palveluksesta ei näyttäisi olevan oikeuskäytännössä merkityksellistä ansioituneisuuden kannalta. Työkokemuksessa on painotettu sen laatua suhteessa viran tehtäviin, joten virassa toimimisesta saatu työkokemus ei ole työkokemuksena yksittäisen palveluksesta saatua työkokemusta arvokkaampaa. Tapauksissa, joissa toisella hakijalla on kokemusta juuri haettavana olevaa virkaa vastaavasta viranhoidosta (saman tai lähes niminen ja tehtäviltään täysin tai pääosin vastaava virka) voi kuitenkin saada suuremman arvon työkokemuksena, ainakin tapauksissa, joissa tällaista laadultaan parempaa täsmätyökokemusta on huomattavasti toista hakijaa enemmän.<sup>133</sup>

### 2.1.2.3 Työkokemuksen saavuttamisajankohta

Hallinto-oikeuskäytäntöä tutkittaessa vaikuttaisi siltä, että merkityksellisenä työkokemuksena otetaan nimitysperusteiden ansioituneisuutta arvioitaessa huomioon virkakelpoisuuden antavaan koulutukseen liittyvä työkokemus ensisijaisesti valmistumisen jälkeiseltä ajalta. Asiasta oikeuskäytännössä ei kuitenkaan vallitse yksimielisyyttä, vaan KHO ja OHaO ovat tulkinneet asian välillä vastakkaisilla tavoilla.<sup>134</sup> Nähdäkseni työkokemuksen huomioon ottaminen ennen tutkinnon

<sup>131</sup> OHaO 8.7.2004 taltionumero 04/341/1, jonka KHO on päätöksellään 17.1.2006 T 56 pysyttänyt. Valittajan työkokemus oli yhteensä n.20 vuotta ja valitun n. 6 vuotta. Hallinto-oikeus katsoi, ettei valittajan huomattavasti pidempi työkokemus kuitenkaan tehnyt hänestä virkaan ansioituneempaa, koska työkokemus koostui lomasihteerin ja kaupapuutarhan johtajan työnjohtajan tehtävistä eikä näin vastannut suoraan lomituspääläjohtajan viran tehtäviä. Valittajan työkokemus oli haettavana ollut virkaa ajatellen enemmänkin yleisluontoista työkokemusta.

<sup>132</sup> Näin muun muassa aikaisemmin jaksossa IV.2.1.2.1 selostetussa tapauksessa OHaO 8.7.2004 taltionumero 04/0342/1, jonka KHO pysytti päätöksellään 10.6.2005 T 1422.

<sup>133</sup> Ks. tarkemmin työkokemuksen laadun ja pituuden yhteisvaikutuksesta ansioituneisuuden näkökulmasta kohdasta IV.2.1.2.1.

<sup>134</sup> Tapauksessa OHaO 6.10.2005 taltionumero 05/0464/1 hallinto-oikeus katsoi, ettei virkaan valitulla ollut kelpoisuusasetuksessa vaadittua vähintään 3 vuoden työkokemusta tutkintoa vastaavasta työstä *tutkinnon suorittamisen jälkeiseltä ajalta*. Hallinto-oikeuden esittelijä jätti eriävän mielipiteensä, koska katsoi, että työkokemus tuli ottaa huomioon myös tutkinnon suorittamista edeltävältä ajalta.

suorittamista tulisi KHO:n mukaan kyseeseen *ainakin silloin*, kun arvioidaan kelpoisuusnormeissa vaadittujen työkokemusten määrän täyttymistä, mutta niin varmasti asian ei voi todeta olevan nimitysperusteiden mukaista työkokemuksen pituutta arvioitaessa. Perinteisestihän virkavalintoja tehtäessä on hakijoiden työkokemus otettu huomioon ainoastaan virkaan vaadittavan tutkinnon suorittamisen jälkeiseltä ajalta.<sup>135</sup> Ainakin opettajanvirkojen osalta näen tällaisen jaottelun tarpeettomana, sillä opettajille kertyy opiskeluajalta monesti runsaasti opettajankokemusta erilaisista viransijaisuuksista, ja tämä työ vastaa täysin opettajan tekemää työtä tutkinnon saamisen jälkeenkin. Myös muiden virkojen osalta tällainen ennen valmistumista hankittu, mutta täysin myöhempiä viran tehtäviä vastaava työkokemus olisi syytä ottaa huomioon, kun se kuitenkin lisää henkilön valmiuksia hoitaa vastaavia työtehtäviä valmistumisensa jälkeen. Se toimii tutkintokoulutusta syventävänä momenttina, mikä on huomioon otettava osa ansioituneisuutta virkaan.

Vaikka on epäselvää, otetaanko työkokemus aina huomioon myös tutkintoa edeltävältä ajalta, voidaan hallinto-oikeuskäytännöstä todeta, että valmistumisen jälkeen hankittu työkokemus näyttäisi olevan merkityksellisempää jo *tuoreutensakin* vuoksi.<sup>136</sup> *Työhistorian rikkonaisuus*, erityisesti, jos rikkonaisuus on ajoittunut viimeisimpiin vuosiin ennen virkavalintapäätöstä, voi johtaa siihen, että hakijan työkokemuksen merkitys katsotaan heikommaksi kuin jos se olisi yhtäjaksoisesti viranhakua lähimpinä vuosina hankittua. Eli mitä lähemmäs yhtäjaksoinen työkokemus virkaa vastaavista tehtävistä ajoittuu, sitä arvokkaammaksi se on arvioitu.<sup>137</sup>

---

KHO kumosi päätöksellään hallinto-oikeuden päätöksen, koska sen mielestä työkokemuksena tuli ottaa huomioon myös tutkinnon saavuttamista edeltävältä ajalta hankittu työkokemus tutkintoa vastaavista tehtävistä. (Ään. 3-2). Eri mieltä olevat jäsenet olisivat pysyttäneet hallinto-oikeuden ratkaisun. Ratkaisun valossa vaikuttaisi siltä, että työkokemuksena tulisi ottaa huomioon *sekä ennen valmistumista että valmistumisen jälkeen saavutettu sellainen työkokemus, joka vastaa viran tehtäviä.*

<sup>135</sup> Tämän näkemyksen omaksumiseen hallinto-oikeudessa viittaa useissa tapauksissa tehty erottelu tutkinnon valmistumista edeltävään ja sen jälkeiseen työkokemukseen. Toisaalta erottelu voitaisiin ymmärtää tarkoittavan tutkintoa edeltävän työkokemuksen olevan toissijaista tutkinnon jälkeiseen työkokemukseen nähden. Tutkintoa edeltävä työkokemus huomioitaisiin ainoastaan *kokonaisharkinnassa vaikuttavana* tekijänä, mutta se ei tutkinnon jälkeisen työkokemuksen tapaan kasvattaisi työkokemusta konkreettisesti vuosina nimitysharkinnassa työkokemuksen pituutta arvioitaessa.

<sup>136</sup> Tämä viittaisi siihen, että hallinto-oikeus pitäisi työkokemuksen kautta saatua taitoa kyvykkyyden lisäksi sellaisena ominaisuutena, joka voi ajan myötä vähentyä. Tuorempi ja yhtäjaksoinen työkokemus osoittaisi hakijan olevan ajantasaisemmin perillä viran tehtävistä kuin hakija, jonka työkokemus koostuu pidemmältä ajalta, on *pätkittäistä* ja hankittu pääasiassa *ajallisesti etäämpänä* viranhakuhetkestä. Vrt. *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006) s. 513 prima facie ja todellisen kyvyn erottelusta.

<sup>137</sup> OHaO 21.2.2007 taltionumero 07/0083/1. Virkaan valitun työkokemus oli yhtenäistä ja painottunut lähivuosiin. Hallinto-oikeus totesi, että vaikka valittajan työkokemus yhteenlaskettuna olikin virkaa vastaavista tehtävistä valitun työkokemusta selvästi pidempi (10 vuotta vs. 3,5 vuotta), ei valittajaa

Hallinto-oikeus on hyväksynyt työkokemukseksi myös ajan, joka saavutettu määräaikaisena viranhoitajana valitusprosessi(e)n aikana. Vaikka päätöksessä, jolla virkaan on valittu vähemmän ansioitunut ja joka on sittemmin kumottu, on todettu, ettei valitulla ole ollut riittävää työkokemusta verrattuna vastahakijaan, on hän voinut hoitaa virkaa jopa toista vuotta valituksen ollessa vielä ratkaisematta. Edellytyksenä on tietenkin, ettei valittajan hakemus täytäntöönpanon kieltämisestä määräaikaisen viran osalta ole menestynyt. Vähemmän ansioitunut hakija on voitu valita hoitamaan virkaa uuden valintapäätöksen lainvoiman saamisen ajaksi. Jos valittaja ei ole huomannut – näin helposti käy, kun hän ei saa automaattisesti tietoa määräaikaisvalinnasta, vaan se on hänen oman aktiivisuutensa varassa – valittaa tästä väliaikaismääräyksestä, voi käydä niin, että vähemmän ansioitunut hakija on saanut kerrytettyä työkokemusta prosessien aikana niin paljon, että hänen katsotaan toisella valituskierröksellä saavuttaneen jo riittävän määrän työkokemusta vastaavista tehtävistä eikä työkokemusansioissa ole enää räikeäksi katsottavan suuruista eroa.<sup>138</sup>

#### 2.1.2.4 Työkokemuksen sivutoimisuus ja päätoimisuus

Se, onko työkokemuksen sivutoimisuudella eri asema kuin päätoimisella työkokemuksella on työkokemuksen huomioonottamisajankohdan tavoin oikeuskäytännössä kiistanalainen kysymys. Alaviitteessä 134 selostettu tapaus OHaO 6.10.2005 taltionumero 05/0464/1, jonka KHO kumosi päätöksellään 15.11.2006/3067, osoittaa työkokemuksen ajankohdan arvioinnin erimielisyyden lisäksi erimielisyyden vallinneen sivutoimisen työkokemuksen arvosta. Hallinto-oikeus ei olisi pitänyt sivutoimista työtä huomioon otettavana, kun se oli hankittu ennen valmistumista eikä välttämättä aivan tutkintoa vastaavista tehtävistä.<sup>139</sup> KHO kuitenkin hyväksyi tällaisen

---

voitu hänen työhistoriansa rikkonaisuus ja varsinkaan viimeksi kuluneen 10 vuoden aikana kertyneen työkokemuksen pituus huomioon ottaen pitää työkokemuksen osalta ansioituneempana. Muutoinkin valittaja olisi voitu mitä ilmeisimmin katsoa jo riittävän työkokemuksen omaavana (yli kolme vuotta) niin ansioituneeksi virkaan, ettei harkintavallan ylittämiseen johtavaa räikeää taitoansioeroa ole ollut olemassa.

<sup>138</sup> Näin tapauksessa OHaO 16.3.2007 taltionumero 07/0136/1. Hallinto-oikeus oli ratkaisullaan 8.7.2004 taltionumero 04/0342/1, jonka KHO päätöksellään 10.6.2005 T 1422 pysytti, kumonnut rehtorin virkavaalin, koska valittaja oli valittua ansioituneempi muun muassa työkokemuksen pituuden vuoksi. Uudemmassa päätöksessä hallinto-oikeus kuitenkin hylkäsi saman valittajan uutta virkavaalia, jossa oli sama henkilö kuin ensimmäisellä kerralla, koskevan valituksen, koska valittu oli valitusprosessien aikana saavuttanut riittävän kokemuksen ko. koulun rehtorin tehtävistä ja oli osoittautunut työssään olevansa henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan virkaan sovelias. Samoin tapausparissa OHaO 8.7.2002 T 02/0306/1 ja OHaO 2.4.2004 T 04/0164/1.

<sup>139</sup> Hallinto-oikeus ei pitänyt ekonomin tutkintoa vastaavana työkokemuksena yksityisessä firmassa

sivutoimisenkin työkokemuksen otettavaksi huomioon työkokemusvaatimusta laskettaessa. Vaikuttaisi siltä, että *sivutoiminen* työkokemus *tulee ottaa yhtä lailla huomioon* kuin *päätoiminenkin* työkokemus, ja tämä sääntö koskee lisäksi ennen valmistumista hankittua sivutoimista työkokemusta.

### 2.1.2.5 Työkokemuksen merkitys virkatyypeittäin

Työkokemuksen arvostaminen ja sen painokkuus vaihtelee virkatyypeittäin oikeuskäytännössä. Johtavissa viroissa on painotettu enemmän kunnan mahdollisuutta painottaa tietynlaista, johtamiskykyä osoittavaa työkokemusta ja toisaalta henkilökohtaisia ominaisuuksia työkokemuksen sijasta. Arviointi työkokemuksen pituuden ja laadun suhteen ei ole ollut yhtä tiukkaa kuin suorittajataso tai opetustoimen virkojen kohdalla. Erityisesti johtavien virkojen kohdalla on hyväksyty vaihtoehtoiset painotukset edellytetyn työkokemuksen ja johtajakokemuksen suhteen, kunhan se on tuotu ilmi viranhakuilmoituksessa.<sup>140</sup> Suorittajataso ja opetustoimen viroissa on syynätty tarkemmin juuri viran tehtäviä vastaavan kokemuksen määrää ja pidetty tarkemmin kiinni räikeän taitoansioeron raja-arvoista.<sup>141</sup> Näissä virkatyypeissä ei työkokemuksen painottaminen tule usein kyseeseen, koska virkaan on säädetty monesti erityinen koulutusvaatimus ja sitä vastaava työkokemus on viranhoidon kannalta merkityksellistä. Lisäksi opettajanvirat ja monet suorittajataso virat on hoidettu perinteisesti viranomaistoimintana, jolloin ainoa laadultaan kelpaava työkokemus on vastaavista viroista hankittua. Johtavissa viroissa ei ole yleensä tällaista aspektia, vaan eri tyyppinen johtamiskokemus, joka voi olla jopa arvostetumpaa yksityispuolelta hankittuna, on merkityksellistä.

### 2.1.2.6 Yhteenveto taidon osalta

Työkokemuksen osalta merkitsee työkokemuksen (virkauran) pituus, jonka erot ovat

---

hankittua osaksi osa-aikaista kokemusta työnohjaajan, toimistotyöntekijän ja puhelinmyyjän tehtävistä. KHO piti näitä ekonomin tutkintoa vastaavana tehtävänä, joka voitiin ottaa huomioon yritystoiminnan lehtorin virkaa täytettäessä.

<sup>140</sup> Ks. tarkemmin kohdassa IV.2.1.2.2 mainittua.

<sup>141</sup> Vrt. kohdassa "kyvyn merkitys virkatyypeittäin" sanottua kumoamisprosentteista. Työkokemuksen merkitystä arvioitaessa soveltuvat samat prosentit. Kyvynpainottaminen ja työkokemuksen painottaminen ovat käänteisesti riippuvaisia toisistaan: koska kyvynpainotus hyväksytään useammin johtavissa viroissa, työkokemusansioiden raja-arvot saavat vähemmän ehdottoman merkityksen ja jos taas työkokemuksen merkitys nousee suuremmaksi, raja-arvoja tulkitaan tiukemmin ja kyvynpainotusta ei hyväksytä niin usein.

muotoutuneet harkintavaltaa rajoittavaksi tekijäksi. Koulutuksen osalta määrää enemmän merkitsee koulutuksen laatu suhteessa viran tehtävien sisältöön, sillä korkea koulutus ei yleensä tuo niin merkittävää määrää ansioituneisuutta, kun koulutus ei vielä tarkoita taitoa soveltaa opittua käytännön työhön. On voitu painottaa tietynlaista työkokemusta ja koulutusta, mutta silloin objektiivisuuden vaatimus saa suuremman merkityksen kuin normaalisti taidon osalta. Painottamisen ja pidemmästä/laajemmasta koulutuksesta ja työkokemuksesta poikkeamisen tulee pysyä harkintavallan rajoissa, jolloin räikeistä eroista ei voida ilman erityistä syytä poiketa. Erityisenä syynä on pidetty ainakin objektiivisesti hyväksyttävää ja riittävän painavaa negatiivista selvitystä aikaisemmasta suoriutumisesta, jonka pohjalta on mahdollista arvioida mm. koulutuksen riittävyttä in casu.

## 2.2 Kyky

Kyvillä tarkoitetaan hallinto-oikeuden ja KHO:n ratkaisussa *henkilökohtaisia ominaisuuksia* niitä kuitenkin sen tarkemmin erittelemättä. Henkilökohtaiset ominaisuudet on nähty selvästi kokonaisuutena eikä sitä ole yleensä pilkottu oikeuskirjallisuuden tavoin esimerkiksi luonnolliseen lahjakkuuteen, järjestelykykyyn, tulokselliseen toimintaan ja niin edelleen. Henkilökohtaiset ominaisuudet ovat tarkoittaneet kaikkia näitä asioita, mutta mitään niistä ei ole ilman nimenomaista vetoamista käsitelty päätöksen perusteluissa erillisenä. Mikäli valinta-asiakirjoista ja vastapuolten kirjelmöinnin pohjalta on tullut esille tarkemmin eriteltynä henkilökohtaisten ominaisuuksien osa-alueita, on niitä voitu käsitellä perusteluissa tarkemmin.

Kyvyn merkitys painavimpana nimitysperusteena on jatkuvasti lisääntynyt, tähän on vaikuttanut korkeamman hallinto-oikeuden ratkaisut<sup>142</sup> ja tarve saada painottaa niitä

<sup>142</sup> KHO 2.6.2003 T 1342, jolla muutettiin Oulun hallinto-oikeuden päätöstä 23.8.2002 taltionumero 02/0355/1. Hallinto-oikeus olisi hyväksynyt valituksen, koska katsoi valittajan koulutuksen huomattavasti monipuolisemmaksi ja erityisesti terveystarkastajan viran kannalta laajemmaksi. Lisäksi valittajalla oli pidempi työkokemus terveystarkastustyössä ja ympäristönsuojelussa ja -valvonnassa. Hallinto-oikeus katsoi valittajan näin ansioituneemmaksi virkaan. KHO kumosi hallinto-oikeuden päätöksen ja painotti *kokonaisarviota*, siis myös henkilökohtaisten ominaisuuksien tarkempaa huomioimista. Hakijoiden soveltuvuutta oli arvioitu työryhmässä, joka yhteyksiensä vuoksi pystyi arvioimaan hakijoiden kyvykkyyttä terveystarkastajan työssä ja ympäristönsuojelutehtävissä. Tällaisen arvion perusteella on voitu valita kyvykkyydeltään

tuloksellisen toiminnan ja henkilötyypiltään etevimmän henkilön virkaan saamisen takaamiseksi. Toinen hakija voi olla taitojen osalta arvioituna huomattavasti ansioituneempi, toinen taas henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan kunnan tavoitteiden kannalta parempi ratkaisu. Kyky on nimitysperusteista tulkinnanvaraisin eikä sitä ole esimerkiksi taidon tavoin mahdollista määritellä matemaattisin keinoin. Kyky ei ole yhtä konkreettisesti vuosien määrällä mitattavissa vaan perustuu inhimilliseen arviointiin hakijalla olevista henkilökohtaisista ominaisuuksista.<sup>143</sup>

Kyvyn osalta ansioituneisuutta ei voida mitata konkreettisilla eroilla, vaan kyvykkyydensansioituneisuus on sidoksissa aina kunnan painottamiin enemmän tai vähemmän objektiivisiin ominaisuuksiin ja toisaalta taidon ja koetellun kansalaiskunnan ansioituneisuuteen. Hakijoiden kyvykkyydessä voi olla huomattaviakin eroja, mutta kyvykkyyks heijastuu aina suhteessa muiden nimitysperusteiden ansioituneisuuteen. Ensin selvitetään erot taidon ja koetellun kansalaiskunnan osalta, jonka jälkeen arvioidaan voidaanko niissä olevista eroista poiketa painottamalla kykyä.

Kyvyn kannalta keskeisiä kysymyksiä ovat: a) binaarinen perusteluvollisuus eli objektiivisuuden vaatimus ja b) kyvyn merkitys virkatyypeittäin.

### 2.2.1 Kyky ja binaarinen<sup>144</sup> perusteluvollisuus

Hallinto-oikeus on kyvyn luonteen vuoksi asettanut *kyvyn osoittamiselle* selkeitä *vaatimuksia*. Valitsijalle on asetettu selvittämisvelvollisuus siitä, mihin

---

(kokonaisarvio kyvystä hoitaa tehtävää). Lisäksi perusteluna oli valinnan yksimielisyys. Tämä KHO:n päätös on vaikuttanut hallinto-oikeuden perusteluihin siten, että päätöksissä on enemmän arvioitu henkilökohtaisia ominaisuuksia eikä ensisijainen paino ole ollut taitojen arvioinnissa. Samoin julkaistu tapaus KHO 28.6.2005/1609 (KHO:2005:44).

<sup>143</sup> Tosin oikeuskirjallisuudessa on oltu sillä kannalla, että myös opillisia ansioita ja käytännön kokemusta voitaisiin hyödyntää arvioitaessa kyvykkyyttä. (Ståhlberg 1928, s.151-152; Erich 1925, s.131; Hakkila 1939, s.328; Merikoski - Vilkkonen 1982, s.231 sekä Kulla 1991, s.152-153). Kyvyllä on kuitenkin tarkoitettu ainakin oikeuskäytännössä enemmänkin henkilön luontaisia ominaisuuksia, jotka käyvät ilmi muutoin kuin opillisista tai käytännöllisistä ansioista. Kyvyn ymmärretään selviävän haastatteluilla tai testeillä, ei tutkinto- tai työtodistuspapereista. Oikeuskäytännössä siis taito ja kyky on oikeuskirjallisuuden perinteisiä kantoja selvemmin erotettu toisistaan. Toisaalta aikaisemmasta työskentelystä saatujen selvitysten huomioon ottaminen lähentää oikeuskäytännön kantaa oikeuskirjallisuuteen nähden. Sehän on taidon käytännöllisen puolen arvottamista kykynä.

<sup>144</sup> *Sivistysanikirja* 1994, s.88. *Binaarinen* tarkoittaa kahdesta yksiköstä koostuvaa tai kahdenkertaista. Tässä tutkielmassa sitä on käytetty tarkasti ottaen merkityksessä *kahdesta komponentista muodostuva; kaksiosainen*.

kyvynpainottaminen perustuu ko. tapauksessa.<sup>145</sup> Selvittämisvelvollisuus on asetettu *binaariseksi (kaksiosaiseksi)*. Ensinnäkin on vaadittu, että kykyä on arvioitu esimerkiksi *haastatteluilla, soveltuvuuskokeilla, psykologisilla testeillä tai aikaisemmalta työnantajalta hankituilla lausunnoilla*. Eihän valitsijalla voi olla tietoa valitun henkilökohtaisista ominaisuuksista, jos niitä ei ole vähintään haastatteluissa arvioitu. Näin todettiin esimerkiksi tapauksessa OHaO 5.4.2007 taltionumero 07/0175/1. Velvollisuus selvittää, minkälaisia henkilökohtaisia ominaisuuksia hakijalla on, on ollut ehdoton erityisesti niissä tapauksissa, joissa valitsija on perustellut taitoansioiden mukaisesta paremmuudesta poikkeamista virkaan valitun henkilökohtaisten ominaisuuksien paremmuudella.

Silloin, kun virkaan valittu on ollut viran täyttävän kunnan palveluksessa aiemmin, hänen henkilökohtaisia ominaisuuksia on voitu arvioida muun muassa sen kannalta, miten tehokkaasti hän on työstään selviytynyt kuinka aloitteellinen, itsenäinen ja tunnollinen hän on työntekijänä. Aikaisemmasta palvelusta tehdyt havainnot onkin hyväksytty tavaksi osoittaa kyvyn tulleen arvioiduksi (esim. OHaO 16.2.2007 taltionumero 07/0080/1). Tällaisen työntekijän haastattelemine ei ole ollut välttämätöntä. Jos virkaan valittua ei ole voitu aikaisemman palveluksen tai selvitysten pohjalta arvioida, hallinto-oikeus ei ole hyväksynyt kyvyn painottamista taidon edelle, vaan valintapäätös on kumottu.

Valitsijan on siis aina osoitettava, että se on *jollakin uskottavalla tavalla voinut todeta virkaan valitun hakijan henkilökohtaisten ominaisuuksien hyvyyden ja paremmuuden muihin hakijoihin nähden*. Ehdotonta tämä on vain valitun osalta, muiden hakijoiden osalta yhtä ehdotonta velvollisuutta ei ole asetettu. Kellään kun ei ole oikeutta tulla valituksi virkaan tai päästä haastatteluun. Toki valmistelun riittävyden vuoksi hakijoista haastatellaan useampia, joista valitaan sitten sopivin. Haastattelut eivät ole näin tarpeellisia, jos kaikki hakijat ovat kunnalle entuudestaan tuttuja vanhoja työntekijöitä. Jos hakijoina on useita "ulkopuolisia", on haastattelua pidettävä lähes välttämättömänä riittävän selvityksen ja vertailun osoittamiseksi virkaan valitun hakijan henkilökohtaisten kykyjen sopivammuudesta.

<sup>145</sup> Oikeuskirjallisuudessa nimitysperusteita painotettaessa on korostettu, että painottaminen ei vapauta ansioiden objektiivisesta ja huolellisesta selostamisesta. Objektiivisuuden painotus olisi ratkaistava jo ennen kuin hakijoiden ansioita käydään läpi ja vertaillaan, näin voidaan varmistua, ettei painotus perusteetta suosi ketään hakijoista (*Kulla* 1991, s.168). Kaksiosaisella perusteluvelvollisuudella pyritään takaamaan juuri oikeuskirjallisuudessa edellytetty *painottamisen objektiivisuus*.

*Toiseksi* hallinto-oikeuden käytännössä on vaadittu, että valitsija on tuonut esille ne perusteet, joiden pohjalta valittua on pidetty henkilökohtaisilta ominaisuuksilta virkatehtävät huomioon ottaen ansioituneimpana. Ensi sijassa viranhakuilmoituksesta tai valinta-asiakirjoista on tullut käydä ilmi ne henkilökohtaiset ominaisuudet, joita valitsija on halunnut erityisesti virkaan valittavalla olevan.<sup>146</sup> Riittävää ei ole ollut vain toteamus, että hakija on katsottu haastattelun perusteella henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan sopivimmaksi virkaan, vaan kunnan tärkeänä pitämät ja painotetut henkilökohtaiset ominaisuudet tulee käydä selväksi. Hallinto-oikeus on kumonnut valitsijan päätöksen, jos se ei ole voinut päätellä, miten valitsija on pitänyt valitun henkilökohtaisia ominaisuuksia sopivimpana. Aivan tuoreen kannan mukaan KHO ei ole välttämättä hyväksynyt OHaO:n uusinta linjaa, jossa vaaditaan binaarinen perusteluvollisuus, vaan kunnan harkintavaltaa ei ole katsottu KHO:ssa tarpeelliseksi rajoittaa edes objektiivisten perustelujen vaatimuksella.

KHO 24.8.2007 T 2126, jolla KHO kumosi OHaO:n päätöksen 21.2.2007 T 07/0028/1. HaO oli ratkaisussaan päätenyt kumoamaan terveystarkastajan virkavaalin, koska valittajalla oli selvästi pidempi ja laajempi koulutus ja työkokemus. Lisäksi, kun viranhakuilmoituksesta, valituksenalaisesta päätöksestä tai lausunnoista ei ilmennyt, mitkä olivat ne henkilökohtaiset ominaisuudet, joita oli pidetty tehtävähoidon kannalta merkittävänä eikä myöskään miten vertailu hakijoiden välillä tehty ja mitkä seikat ovat johtaneet pitämään valittua ansioituneempaan virkaan huolimatta valittajan paremmista taitoansioista, HaO päätyi kumoamaan vaalin kaksiosaisen perusteluvollisuuden jäätyä täyttymättä. KHO:n vastakkaisuunlaiseen lopputulokseen on nähtävästi vaikuttanut lautakunnan KHO:lle toimittama lisäselvitys. Lautakunta on todennut KHO:lle muun muassa, että valintaa valmistelleelle haastattelijoiden oli tullut näkemys valittajan osalta pitkäjänteisyyden ja suunnitelmallisuuden puutteesta. Valittaja oli antanut haastatteluissa kokonaisuutena epävarman kuvan henkilökohtaisista ominaisuuksistaan, ja häneltä puuttui näkemys siitä, miten terveystarkastajan virkaa pitäisi menestyksekkäästi hoitaa Kainuun maakuntayhtymän erikoislaatuissa työympäristössä. Haastattelussa valittu osoitti koko haastattelun ajan aktiivisuutta, oma-aloitteisuutta ja antoi valittajaa paremman kuvan henkilökohtaisista ominaisuuksistaan. Valitun aikaisemmasta työpaikasta saatu palaute oli positiivista ja tuki haastattelussa saatua kuvaa hänen henkilökohtaisista ominaisuuksistaan. Haastatteluryhmä päätyi yksimielisesti esittämään valitun valintaa terveystarkastajan

<sup>146</sup> Tapauksessa OHaO 16.3.2007 taltionumero 07/136/1 hallinto-oikeus hyväksyi kunnan päätöksen valita henkilökohtaisten ominaisuuksien painottamisen vuoksi vähemmän taidon puolesta ansioitunut henkilö rehtorin virkaan, kun kunnalla oli mahdollisuus painottaa viranhakuilmoituksessaan mainittuja ansioksi katsottavia hallinnollista kokemusta rehtorin työstä, näyttöjä onnistuneesta henkilöjohtamisesta ja kehittämishankkeista, tietoteknistä osaamista ja soveltamista sekä valmiutta muutosjohtamiseen.

virkaan. KHO:n perustelut: Asiakirjoista ilmenee, että valintapäätös on tehty hakemusasiakirjoista ja haastattelusta saadun selvityksen, sekä hakijoiden aikaisemmasta työkokemuksesta saatujen tietojen perusteella. Valittajan ja valitun ominaisuuksia on punnittu ja saatujen selvitysten perusteella valittu on katsottu ominaisuuksiltaan soveliaimmaksi tehtävään. Lautakunta ei ole ylittänyt harkintavaltaansa.

Lautakunta on antanut KHO:lle laajemmin selvitystä valinnan taustoista ja painotetuista henkilökohtaisista ominaisuuksista kuin mitä se oli antanut OHaO:lle. Voi olla, että KHO on hyväksynyt OHaO:n tarkempien selvitysten vaatimuksen, mutta lautakunnan toimitettua lisäselvitystä katsonut sen prima facie riittäväksi täyttämään kaksiosaisen perusteluvollisuuden. KHO ei ole siis välttämättä tyrmännyt OHaO:n uutta linjaa, vaan on päätenyt kumoamaan HaO:n päätöksen muuttuneen selvitystilanteen vuoksi. Toinen vaihtoehto on, että KHO ei ole hyväksynyt ensinkään OHaO:n linjaa, vaan halunnut korostaa kunnan harkintavaltaa virantäytöissä objektiivisuudenkin kustannuksella. Lautakunnan KHO:lle esittämät perustelut täyttävät binaarisen perusteluvollisuuden (objektiivisuuden) vaatimukset, joten varmaa johtopäätöstä KHO:n linjauksesta suhteessa OHaO:n linjaan (jolle toimitettu selvitys oli puutteellista) ei voida tehdä.

Oikeuskäytännössä näytettäisiin annetun hakijan aikaisemmasta työskentelystä tehdyille havainnoille suurempi merkitys kuin virkaan ottamisen valmistelussa hankituille "arvioille" hakijan henkilökohtaisista ominaisuuksista. Aikaisemman työnantajan negatiiviset lausunnot tai aikaisemmin saadut negatiiviset kokemukset saman kunnan palveluksessa voivat johtaa siihen, että jopa räikeiden työkokemuserojen tapauksissa tällaisen selvityksen on katsottu voineen johtaa virkavaalin pysyttämiseen, kun negatiivinen lausunto on osoittanut valittajan vähemmän ansioituneeksi virkaan. Selvityksen tulee kuitenkin olla *riittävän painavaa* ja sellaista, että sen perusteella valittaja on katsottava *kelvottomaksi* hoitamaan viran tehtäviä. Tämä voi johtua esimerkiksi hänen yhteistyökyvyttömyydestä, laiminlyönneistä ja/tai heikosta työtahdistä. Selvityksenä voi olla siis aikaisempia varoituksia tai huomautuksia, negatiivista palautetta oppilaiden vanhemmilta tai negatiivinen lausunto esimieheltä. Tällaiselle aikaisemmasta työskentelystä saadulle selvitykselle on perusteltua antaa painokkaampi arvo, koska se on konkreettinen havainto henkilön henkilökohtaisista ominaisuuksista ja sopivuudesta virkaan, kun taas valintatilanteessa tehty *tulevaa kartoittavat* selvitykset perustuvat hakijan *tulevan toiminnan ennakointiin* hänen

henkilökohtaisten ominaisuuksiensa pohjalta.<sup>147</sup> Arviointi on tällöin huomattavasti epävarmempaa, koska kyseessä on vain arvio, ei havainto henkilön tosiasiallisesta työskentelystä. Toisaalta positiiviset arvioinnit aikaisemmista töistä ja saman kunnan palveluksesta voivat olla tukemassa kumoamis- tai pysyttämispäätöstä ainakin silloin, kun asian muut seikat viittaisivat samaan lopputulokseen. Silloin, jos kunta on pitänyt yhtenä valitsematta jättämisperusteena huonoja henkilökohtaisia ominaisuuksia, mutta selvitykset valittajan ominaisuuksista osoittavat päinvastaista, voi tämä tukea vastakkaista lopputulosta.<sup>148</sup>

Binaarinen perusteluvollisuus joutuu mielenkiintoiseen valoon, kun sitä tarkastellaan HL 45 §:n 2 momentin 2 ja 3 kohdan valossa.<sup>149</sup> Näiden kohtien mukaan nimittäin kunnalla ei olisi velvollisuutta perustella virkavaalipäätöstään, koska se tapahtuu monijäsenisessä toimielimessä suoritettavalla vaalilla (2k.) ja toisaalta kyse on edusta (virasta), ja sen saaminen perustuu henkilökohtaisten ominaisuuksien arviointiin (3k.). Siis kunnan ei olisi pakko perustella päätöstään vielä valintavaiheessa, vaan HL 45 §:stä ja binaarisesta perusteluvollisuudesta johtuen perusteluvollisuus on asetettu vasta valitusvaiheeseen. HL 45 §:n kohdat ja kaksiosainen perusteluvollisuus näyttäisivät olevan ristiriitaiset oikeusohjeet. HL:n poikkeuksella pyritään suojaamaan toimielimen jäsenten vaalisalaisuutta ja toisaalta arkaluontoisten henkilökohtaisten arviointitietojen salassapitoa.

Kunnan perusteluvollisuus tuomioistuinvaiheessa on kuitenkin mielestäni hyvin perusteltu, jotta valitusprosessin pääfunktio eli objektiivisuuden ylläpitäminen voi toteutua, vaikka se hetkellisesti johtaisikin siihen, että hallintotuomioistuimelle toimitaan sellaista perustelumateriaalia, johon valittaja ei ole päässyt käsiksi. Vaikka valittaja ei vielä ensivaiheessa saakaan tietoonsa perusteluja, kuulemisella voidaan

<sup>147</sup> Vrt. *Kulla* 1991, s.153. Hän on todennut, että yksistään tutkinnolla mitattava sivistys tai virkaikä eikä toisaalta sopivuusarvioon nojaava ennuste tulevasta toiminnasta voi olla perusteena kyvykkyyden osalta ansioituneemmaksi katsomiseen. Oikeuskäytännössä tällainen tulevaisuuteen sopivuusarvioon nojaava ennuste tulevasta toiminnasta on Kullan kantaa vastoin hyväksytty perusteeksi kyvykkyyden osalta ansioituneemmaksi katsomiseen (binaarinen perusteluvollisuus on täytynyt), mutta aikaisemmasta työskentelystä saatu konkreettinen näyttö on painavampi argumentti kyvykkäämmäksi katsomiseen.

<sup>148</sup> OHaO 5.4.2007 taltionumero 07/0175/1.

<sup>149</sup> HL 45 § 2 mom.: päätöksen perustelut voidaan jättää esittämättä, jos: 2) päätös koskee kunnallisen monijäsenisen toimielimen päätöstä ja 3) päätös koskee vapaaehtoiseen koulutukseen ottamista tai sellaisen edun myöntämistä, joka perustuu hakijan henkilökohtaisiin ominaisuuksiin.

hoitaa se, että valittaja voi ottaa kantaa lausunnossa esitettyihin seikkoihin ja muutoinkin kaksiosainen perusteluvelvollisuus käy yleensä valittajan eduksi. Näin ollen tuomioistuin voi perustaa päätöksensä myöhemmin annettuun selvitykseen. Voidaan kuitenkin pohtia HL 45 §:n 2 ja 3 kohdan tarkoituksenmukaisuutta, kun arvioidaan sitä suhteessa kaksiosaiseen perusteluvelvollisuuteen. Siis varsinaisen päätöksenteon vaiheessa perusteluja ei vielä tarvitse antaa, vaan niitten antaminen tulee ajankohtaiseksi vasta valitusvaiheessa, jolloin perustelut menevät ensisijassa tuomioistuimelle eikä valittajalle, jolle perusteluilla kuitenkin olisi huomattavan tärkeä merkitys valittamisesta päättäessään. Se, että perustelut puuttuvat, on omiaan lisäämään valitusalttiutta, joten perustelujen julkituominen jo aiemmin voisi ehkäistä valituserkkyyttä.

Siinä missä hakijan henkilökohtaiset ominaisuudet voidaan kunnan palveluksessa havaita viranhoidon kannalta edullisiksi, voivat kunnan palveluksessa työskentelevän ominaisuudet osoittautua myös sillä tavalla *puutteellisiksi*, että hänet jätetään valitsematta aikaisemmin määräaikaisena hoitamaansa virkaan sitä vakinaistettaessa.

Tapauksessa OHaO 16.2.2007 taltionumero 07/0080/1 hallinto-oikeus hyväksyi taidoiltaan selvästi ansioituneemman valittajan syrjäyttämisen sähköalan ammatillisten aineiden lehtorin virkaa täytettäessä. Hallinto-oikeus totesi perusteluissaan, että valittajaa oli pidettävä työkokemuksensa vuoksi varteenotettavampana hakijana virkaan, mutta hänen hoitaessaan ko. virkaa vuosina 2004-2005 huomattiin, ettei valittajalla ollut kyseisten osa-alueiden tarvittavaa osaamista käytännön opetustyössä. Tällainen ammattitaidon puute voidaan lukea puutteelliseksi koulutukselliseksi taidoksi tai kyvykkyyden puutteeksi. Tässä tutkimuksessa sitä on käsitelty molemmilta kannoilta. Valittajalla oli selvästi pidempi ja laajempi ammatillinen työkokemus, jonka pohjalta hänen olisi tullut hallita sähköalan osa-alueet kattavasti. Koska hänen opettavien aineiden hallinta ei kuitenkaan vastannut hänen työkokemuksen tuomaa oletamaa asioiden hallinnasta, hänen kyvykkyytensä selvitä tehtävästä oli osoittautunut riittämättömäksi. Hän on ehkä hallinnut asiat käytännön työssä, mutta ei ole pystynyt soveltamaan niitä opetustyöhön riittävällä tavalla henkilökohtaisten ominaisuuksiensa vuoksi. Kyse on tosiasiallisen ja oletetun kyvykkyyden erosta.

Hakijoiden kyvyt voidaan todeta joissakin tapauksissa niin yhtäläisiksi ja virkaan sopiviksi, että konsultti voi suosittaa haastattelun ja soveltuvuustestien jälkeen virkaan molempia/useampia hakijoita. Näissä tapauksissa hallinto-oikeus on antanut kunnalle laajimman harkintavallan, edellyttäen, että hakijat ovat myös taitonsa puolesta miltei

tasavertaiset.<sup>150</sup> Jos kunta on asianmukaisesta täyttänyt kaksiosaisen perusteluvollisuutensa kyvynpainotuksesta, valittajan menestymismahdollisuudet vetoamalla omien henkilökohtaisten ominaisuuksien paremmuuteen, ovat olemattomat. Valittajanhan tulisi ensin osoittaa kunnan käyttämät kyvynarviointiperusteet virheellisiksi ja sen jälkeen uskottavalla tavalla osoittaa olevansa henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan valittua ansioituneempi. Tapauksissa, joissa perusteluvollisuus on täytetty ja valittu osoitettu ansioituneemmaksi, valittajan valitus voi menestyä ainoastaan, mikäli taidon osalta löytyy huomattavan suuri poikkeama valittajan hyväksi.

## 2.2.2 Kyvyn merkitys virkatyypeittäin

Kyvyn merkitys nimitysperusteena vaihtelee riippuen virkatyypistä. Erityisesti viran hierarkkinen asema vaikuttaa kyvyn painoarvoon. Nähdäkseni oikeuskäytännössä on hyväksytty helpoiten henkilökohtaisten ominaisuuksien painottaminen tapauksissa, joissa on ollut kyse *johtavista viroista*.<sup>151</sup> Johtavien viranhaltijoiden valinnassa tämä henkilökohtaisten ominaisuuksien painottamismahdollisuus on perusteltua, koska johtamiskyky on näissä viroissa tietysti olennainen. Se, että henkilö on taitonsa puolesta ansioitunein, ei tarkoita hänen olevan samalla henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan kykenevin johtavaan asemaan. Johtamiskyky on ominaisuus, jota ei välttämättä pysty koulutuksen avulla hankkimaan. Aivan kuten lahjakkuutta ja johtamiskykyä joko on luonnostaan tai sitten sitä ei ole. Johtavien virkojen osalta on korostuneen tärkeää löytää hakijoista henkilökohtaisilta ominaisuuksilta paras, jota turhan tiukka harkintavallan rajoittaminen epäilemättä vaikeuttaisi.

<sup>150</sup> Näin esim. OHaO 13.5.2005 taltionumero 05/0221/1. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, joka koski sosiaali- ja terveystyönjohtajan virkaa, vaikka valittajalla oli pidempi työkokemus johtamistehtävistä. Sekä valittua että valittajaa oli päädytty suosittamaan soveltuvuustestien perusteella, joten hallinto-oikeus katsoi, että kunnalla oli oikeus valita heistä jompi kumpi eikä pelkästään pidempi työkokemus tehnyt valittajasta ansioituneempaa, kun valitun työkokemuksen katsottiin kuitenkin olevan riittävän pitkä.

<sup>151</sup> Tutkituista tapauksista 13:ssa oli kyse sellaisesta tilanteesta, jossa valittaja oli ansioituneempi taidon osalta, mutta valittu otettiin virkaan paremmaksi arvioidun kykynsä puolesta. Hallinto-oikeus hyväksyi valituksista ainoastaan 2 (15%). Jos rehtorin virkoja koskevat valitukset on huomioidaan johtavien virkojen arvioinnissa, nousee hyväksymisprosentti 24:ään (5/21). Rehtorinvirkoja koskevien valitusten hyväksymisprosentti on peräti 37,5% (3 valitusta 8:sta). Ne on sisällytetty johtaviin virkoihin, koska se vastaa tuoreinta KHO:n tulkintalinjaa (KHO:2005:44). Aikaisemmin niiden osalta arviointi on ollut siis huomattavasti ankarampaa. Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että kyvyn painottaminen tulee helpommin kyseeseen johtavissa viroissa, mutta tällöinkään ei voida syrjäyttää vaatimusta taidon vähimmäistasosta. Suorittajatason viroissa puolestaan painotetaan enemmän taitoa. Näin mm. Kulla 1991, s.166-171 ja *Miettinen – Muukkonen* (LM 4/2006), s.523-528. Ks. tarkemmin jaksosta III.5.

Rehtorin virkojen osalta, jotka olen tutkimuksessa laskenut johtaviin virkoihin, kyvynpainottamista ei ole hyväksytty yhtä helposti kuin muissa johtavissa viroissa. Arviointi on päinvastoin ollut aikaisemmin lähempänä suorittaja- ja opettajanvirkojen arviointia.<sup>152</sup> Rehtorin virkaan on katsottu muita johtavia virkoja tärkeämmäksi kokemus opettajan tehtävistä, hallinnollinen kokemus (johon on hyväksytty muun muassa kunnallisissa luottamustehtävissä saadut ansiot, kun hakijan tehtävät ovat liittyneet opetustoimeen) ja työkokemus joko rehtorin tai vararehtorin tehtävistä. Eli aiemmalla kokemuksella *kouluelämästä* on katsottu olleen rehtorin työssä *koulun johtajana* painavampi merkitys, kun hakijan henkilökohtaisilla ominaisuuksilla. Rehtorin virkoihin tosin vaikuttavat tarkat kelpoisuusvaatimukset, joten tulkintaan niiden asettamiseen muihin johtaviin virkoihin nähden eri asemaan on syytä suhtautua tästäkin näkökulmasta hieman varovasti.<sup>153</sup>

Sen sijaan selvästi tiukempaan on ollut arviointi *suorittajataso*n virkojen osalta, joissa kyvynpainotusta ei ole niin useasti taitoansioiden kustannuksella hyväksytty. Näissä viroissa henkilön henkilökohtaisilla ominaisuuksilla ei ole samanlaista merkitystä kuin johtavissa viroissa, vaan koulutuksella ja käytännön kokemuksella on viranhoidon kannalta huomattavasti suurempi merkitys. Se, että henkilö on taitava on tärkeämpää kuin että hän olisi johtajatyyppejä. Paljon kokemusta hankkinut puurtaja, joka ei ole räiskyvä persoona, voi olla parempi ratkaisu suorittajatasolle.<sup>154</sup>

Yllättävää on, että *opetustoimen henkilöstön* virkavalintavalituksien hyväksymisprosentti hyvin matala verrattuna suorittajataso n virkoihin.<sup>155</sup>

<sup>152</sup> Tosin tämä tulkinta ei ole enää varma johtuen KHO:n ennakkopäätöksestä KHO:2004:55. Ks. tarkemmin luvusta V. Vaikuttaisi siltä, että doktriini on tältä osin muuttunut johtavia virkoja vastaavaksi.

<sup>153</sup> Asetus opetustoimen kelpoisuusvaatimuksista 2 § (rehtorin pätevyys): 1) ylempi korkeakoulututkinto; 2) tässä asetuksessa säädetty asianomaisen koulutusmuodon opettajan kelpoisuus; 3) riittävä työkokemus opettajan tehtävissä; sekä 4) opetushallituksen hyväksymien perusteiden mukainen opetushallinnon tutkinto, vähintään 25 opintopisteen tai vähintään 15 opintoviikon laajuiset yliopiston järjestämät opetushallinnon opinnot taikka muulla tavalla hankittu riittävä opetushallinnon tuntemus. (3.11.2005/865)

<sup>154</sup> Tutkituista tapauksista 15:ssä oli kyse sellaisesta tilanteesta, jossa valittaja oli ansioituneempi taidon osalta, mutta valittu otettiin virkaan paremmaksi arvioitun kykynsä puolesta. Hallinto-oikeus hyväksyi valituksista 5 (33%). Kuten nähdään, hyväksymisprosentti on selvästi johtavien virkojen vastaavaa suurempi.

<sup>155</sup> Tutkituista tapauksista 16:ssa oli kyse sellaisesta tilanteesta, jossa valittaja oli ansioituneempi taidon osalta, mutta valittu otettiin virkaan paremmaksi arvioitun kykynsä puolesta. Hallinto-oikeus hyväksyi valituksista 3 (19%). Opetustoimen virkoina tähän on laskettu ainoastaan normaalit opettajan virat, rehtorin virat otettu huomioon johtavien virkojen yhteydessä, jossa niitä on käsitelty alaryhmänä.

Opettajatoimeen nimittäminen on perinteisesti ollut hyvin tiukasti määriteltyä lain tasolla ja nimittäminen on perustunut jopa piiruntarkkaan suoritettujen opintojen ja virkavuosien vertailuun eikä henkilökohtaisten ominaisuuksien arviointia ole harrastettu juuri ollenkaan.<sup>156</sup> Tässä valossa tulos on huomiota herättävä, sillä näyttäisi siltä, että kunnan suorittajataso viroissa kyvynpainottaminen olisi vähemmän sallittua kuin opettajan viroissa. Yllättävää havaintoa selittänee se, että opettajien virkoja koskevissa valituksissa vastapuolet ovat useammin työkokemukseltaan ja koulutukseltaan tasaisempia ja molemmilla on pitkäkö kokemus opetustehtävistä. Suorittajataso virkoihin näyttää hallinto-oikeuskäytännön perusteella yritetyn valita nuoria, vastavalmistuneita ja vähän kokemusta omaavia henkilöitä ansioituneempien hakijoiden kustannuksella. Kunnat lienee painottaneet enemmän kokemuksen kautta saatua taitoa opettajan virkoja täyttäessään, kun taas muissa suorittajataso viroissa henkilön tuore tutkinto, nuori ikä ja henkilökohtaiset ominaisuudet on haluttu laittaa etusijalle. Lisäksi opettajanvirkoja koskevat prosessit ovat olleet pääasiallisesti samaa sukupuolta olevien välisiä, mikä vaikuttaa pienempään kumoamisasteeseen. Opettajavirkavalitusten matalampaan kumoamisasteeseen vaikuttanee myös aikaisemman oikeustilan tiukkuus, jonka johdosta opettajien valinnassa kunta oli muita virkoja enemmän sidottu taitoansioihin. Vaikka tämä tiukkuus on poistunut, sen jäänteet edelleen näkyvät ylilyöntien vähäisemmässä määrässä opettajia virkaan otettaessa.

### 2.2.3 Yhteenveto kyvyn osalta

Yhteenvetona voisi kyvystä sanoa, että oikeuskäytännössä kyvyn osalta ansioituneisuus on ollut vahvasti sidoksissa objektiivisiin perusteisiin ja niiden selvittämiseen. Objektiivisuus on tärkeää, sillä kyky ei ole mitattavissa vuosina tai laadullisestikaan samalla tavalla kuin taito. Kyvyllä on Miettisen ja Muukkosen käsityksen mukaisesti sekä positiivinen että negatiivinen puoli eli se voi huonontua ajan myötä, jos hakija ei pidä huolta kyvykkyytensä ajanmukaisuudesta. Sama käsitys on mitä ilmeisimmin

<sup>156</sup> Vanhan lukiolain ja peruskoululain mukaan opettajan virkaan tuli valita *taitavin* ja *soveltavin*. Pelkästään korkeammat arvosanat ja erilaiset lisäkurssit saattoivat ratkaista valinnan. Perustuslain nimitysperusteiden voimassa olon ajalla on hallinto-oikeuskäytännössä selvästi todettu, etteivät pelkästään korkeammat arvosanat tee hakijasta toista ansioituneempaa. Näin esim. OHaO 6.6.2002 taltionumero 02/0230/1, jonka KHO on vahvistanut päätöksellään 1.4.2003 T 786. Oikeustilassa on tapahtunut selvä muutos, mikä on huomattavasti vähentänyt menestyvien valitusten määrää. Toisaalta *Lahtisen, Lankisen, Penttilän ja Sulosen* mukaan uusi OpToimKelpA on tiukentanut opettajien koulutuksellisen kelpoisuuden vaatimustasoa verrattuna lukiolain ja peruskoululain voimassa olo ajan koulutuskelpoisuusvaatimukseen (*Lahtinen - Lankinen - Penttilä - Sulonen* 2005, s.300-302).

hyväksytty myös oikeuskäytännössä. Kyvyn osalta saadaan arvionvaraisia eroja ansioituneisuuteen, mikä tekee siitä helposti *epäobjektivisen* arviointiperusteen. Se on myös nimitysperuste, jonka rajat kunta voi harkintavaltansa rajoissa parhaiten määritellä, kun se binaarisesti perustellen voi painottaa haluamiaan kyvykkyyttä osoittavia ominaisuuksia. Kyvyn merkitys vaihtelee virkatyypeittäin, mikä johtuu virkatehtävissä tarvittavista henkilökohtaisista ominaisuuksista. Kyvyn osoittamiseksi saadun selvityksen painoarvo vaihtelee sen mukaan, onko se *tulevaa ennustavaa* vai *aikaisempaa havainnollistavaa*, joista jälkimmäistä on pidetty arvokkaampana selvityksenä.

## 2.3 Koeteltu kansalaiskunto

Koeteltu kansalaiskunto on esiintynyt oikeuskäytännön kansalaistoiminnasta saatuina ansiona. Varsinaisesti nuhteettomuusaspektia ei ole yhdessäkään 2000-luvun ratkaisussa käsitelty, vaan koeteltua kansalaiskuntoa on päästy arvioimaan pelkästään positiivisen ulottuvuutensa kannalta.<sup>157</sup>

### 2.3.1 Koeteltua kansalaiskuntoa kohottava kansalaistoiminta

Oikeuskäytännössä kansalaiskuntoa kohottavaksi ansioksi on hyväksytty kaikki sellainen kansalaistoiminta, josta on ollut hyötyä virantehtävien hoitamisessa tai jonka on katsottu tuoneen henkilölle taitoa selviytyä ansiokkaammin viran velvollisuuksista.

Huomattavan suuri paino hankitulle kansalaistoiminnalle on annettu silloin, kun on ollut haettavana kunnan johtava virka, ja valittajalla on ollut huomattavan pitkä kokemus kunnan johtamisesta erilaisten kunnan luottamustehtävien kautta. Tällainen luottamustehtävistä saatu kokemus on katsottu myös rehtorin viroissa merkitykselliseksi johtamiskokemukseksi, joka on saattanut olla ratkaiseva tekijä ansioituneemmaksi

---

<sup>157</sup> Tämä ei tietenkään tarkoita, etteikö nuhteettomuus voisi tulla arvioitavaksi tapauksissa, joissa valittajalla tai valitulla on tuomittu rikosoikeudelliseen rangaistukseen lähiaikoina virantäyttöä tai muulla objektiivisella tavalla on osoitettu hänen nuhteettomuudessaan olevan kiistetty. Rikosoikeudellinen rangaistus saattaa osoittaa nuhteettomuuden puutetta. Arvioinnissa on otettava huomioon sekä viran tehtävät ja rikoksen laatu ja se, onko rikos tehty yksityiselämässä vai aikaisempaan työtehtävään liittyen. Lisäksi aikaisemmista tehtävistä saatu kiitettävä palaute voi vaikuttaa siten, ettei yksityiselämään liittyvä teko aiheuta (ainakaan niin suurta) nuhteettomuuden puutetta (*Kunnallisasioiden kurssi* 2005).

katsomisessa.<sup>158</sup> Tällainen koetellun kansalaiskunnan ansioituneisuus on arvioitu ikään kuin muutettuna työkokemukseksi kunnan johtamistyöstä, jolloin pitkäaikaisena se on voinut johtaa huomattaviin eroihin viran kannalta merkityksellisessä työkokemuksessa hakijoiden välillä.<sup>159</sup>

Kunnallisten luottamustehtävien kautta saatu kokemus kunnan hallinnosta, johtamisesta ja muodostuneet yhteistyöverkostot voivat olla niin merkittäviä asioita erityisesti johtavissa kunnallisissa viroissa, että niiden huomioon ottaminen koetellun kansalaiskunnan ansioina on perusteltua. Usein lisävaatimuksena on ollut se, että kansalaistoiminta on liittyneet läheisesti viran tehtäväalueeseen, esimerkiksi siten, että opettajan tai rehtorin virkaan hakevan kunnan luottamustehtävät ovat liittyneet opetushallintoon (toiminut opetuslautakunnassa) tai hän on ollut mukana opetusta kehittämissä työryhmissä.<sup>160</sup>

Oikeuskäytännön kanta näyttäisi osoittavan, että kunnan luottamustehtävissä toimiminen, vaikkakin se tapahtuisi puolueen riveissä, on koeltua kansalaiskuntoa kohottavaa. Näkemys on mielestänikin perusteltu, sillä Suomessa myös kunnallishallinto ja kunnallisten luottamustehtävien menestyksellinen hoito perustuu ensisijaisesti poliittisten puolueiden kautta tapahtuvaan päätöksentekoon eikä olisi järkevää laskea koetellun kansalaiskunnan ansioksi ainoastaan sitoutumattomana luottamustehtävässä toimimisesta saatuja ansioita. Näkemys poikkeaa ainakin vanhan valtion virkamieslain esitöiden näkökulmasta, jossa suhtauduttiin hyvin varauksellisesti poliittisen toiminnan kautta saatuihin ansioihin. Samoin muun muassa Rytkölä on pitänyt poliittisten ansioiden huomioon ottamista ensisijassa kiellettyinä (*Rytkölä 1978*,

<sup>158</sup> OHaO 8.7.2002 02/0306/1. Hallinto-oikeus piti valittajan kunnallisista ja maakunnallisista luottamustehtävistä saatua hallinnollista kokemusta yhdistettynä valittua pitempiaikaiseen rehtorikokemukseen osoituksena hänen niin merkittävästi suuremmasta ansioituneisuudesta, että kumosi virkavaalin.

<sup>159</sup> OHaO 8.7.2004 taltionumero 04/0342/1, jonka pysytti päätöksellään 10.6.2005 T 1422. Valittajan yliveritaisuus nimenomaan koulutustoimeen liittyvissä luottamustehtävistä saaduissa ansioissa oli painavimpia tekijöitä valituksen hyväksymiselle. Nähdäkseni OHaO arvioi erilaisissa koulutoimenkehittämistyöryhmissä ja kunnan kouluhallinnossa toimimisen rehtorin tehtäviin ansioita tuovaksi työkokemukseksi ja johtamiskokemukseksi, jonka pohjalta valittaja oli selvästi ansioituneempi johtamis- ja kouluelämään liittyvissä tehtävissä (joita myös hakuilmoituksessa painotettiin), vaikka hänellä ei varsinaista rehtorin työkokemusta juuri ollutkaan.

<sup>160</sup> OHaO 23.8.2002 taltionumero 02/0351/1. Hallinto-oikeus katsoi, ettei rehtorin virkaan valittu täyttänyt rehtorin viran kelpoisuusvaatimuksia, kun hänellä ei ollut riittävää tuntemusta opetushallinnosta. Hallinto-oikeus ei hyväksynyt riittäväksi opetushallinnon tuntemukseksi valitun kunnallisten luottamustehtävien (kaupunginvaltuuston pj ja valtuutettu) ja muiden luottamustehtävien (mm. opettajien ammattiyhdistyksen paikallisosaston pj ja OAJ:n valtuuston jäsen) hoitamista, koska ne eivät olleet liittyneet opetushallintoon.

s.28). Toki oikeuskäytännön näkemystä tukeviakin mielipiteitä on esitetty oikeustieteessä (ks. tarkemmin jakso III.3.3). Perustuslain esityöt ovat tässä mielessä neutraaleja.

Tiettyihin virkoihin, kuten opettajien virkoihin on katsottu kansalaiskuntoa kohottavaksi julkaisutoiminta, kuten oppimateriaalien (esim. oppikirjojen) ja luentomateriaalien tuottaminen.<sup>161</sup> Myös yleinen kansalaistoiminta, kuten toimiminen asukasyhdistysten edustustehtävissä, ammattiliiton edustustehtävät, urheiluseurojen johtotehtävät on huomioitu kansalaiskuntoa kohottavina tekijöinä, mutta niille ei ole annettu "täsmä" koeteltua kuntoa (kansalaistoimintaa, jonka ansiosta hakijalla on katsottava olevan erityisiä taitoja viran hoitoon) vastaavaa painoarvoa.<sup>162</sup> Näin ollen kansalaiskunnonkin osalta *laatu* vaikuttaa sen merkittävyyteen.

### 2.3.2 Koetellun kansalaiskunnon kannalta merkityksettömät ansiot

Koetellun kansalaiskunnon kannalta ei ole hyväksytty ansioksi sellaista toimintaa, jolla ei ole merkitystä viran tehtävistä selviämisen kannalta. Oikeuskäytännön ajattelutapaa voisi kuvata kysymyksellä siitä, onko koeteltuun kansalaiskuntoon ansioksi haluttu toiminta tuonut lisätaito(j)a viran hoitoon.

Kansalaiskunnon ansioksi ei ole hyväksytty hallinto-oikeudessa kunnan syntyperäistä jäsenyyttä tai tämän pohjalta syntyneitä ylivoimaista kunnan maantieteellistä tuntemusta, opettajien virkojen osalta vanhempien tai opetettavien lasten aikaisempaa tuntemista, eikä myöskään pitkäaikaista kunnallisten virkojen nuhteetonta hoitamista sellaisenaan.<sup>163</sup> Kansalaiskuntoa kohottavaksi ei ole katsottu myöskään oma-aloitteista ja jatkuvaa lisäkoulutautumista, vaan se on voitu katsoa vain saadun koulutuksen osalta – eikä siis toiminnan osalta – taitoa lisääväksi ansioksi.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> OHaO 28.10.2004 taltionumero 04/0501/1, jonka KHO on vahvistanut päätöksellään KHO 1.3.2006 T 418.

<sup>162</sup> OHaO 23.8.2002 taltionumero 02/0351/1.

<sup>163</sup> OHaO 29.8.2001 taltionumero 02/0341/2.

<sup>164</sup> OHaO 26.8.2003 taltionumero 03/0365/1.

### **2.3.3 Koetellun kansalaiskunnan merkitys virkatyypeittäin**

Koeteltu kansalaiskunnan merkitys vaihtelee virkatyypeittäin siten, että sen merkitys on suurempi johtavien virkojen kuin suorittaja- ja opettajanvirkojen osalta. Tämä siksi, että kunnan johtavissa viroissa arvostetaan yleensä kokemusta kunnan toimielimistä saadusta johtamiskokemuksesta, joka voidaan arvioida johtamistyökokemuksena. Samoin on rehtorin viroissa, jos kokemus on saatu nimenomaan opetustoimeen liittyvistä toimielimistä. Sen sijaan suorittajaviroissa tällainen kunnallispolitiikassa toimimista ei ole pidetty yhtä merkittävänä ansioina, kun arvostettu kokemus on kuitenkin luottamustehtävistä saatu yleisluontoista kunnan johtamiskokemusta, jolla ei ole tärkeää merkitystä sellaisissa viroissa, joiden tehtäviin ei sisälly lainkaan johtamista. Opettajaviroissa voi julkaisutoiminta toiminta olla ansioita tuova tekijä, sillä se osoittaa tutkintoa laajempaa perehtymistä oman viran tehtävän alaan.

## **3 Nimitysperusteet hierarkkisuuden, painotuksen ja kunnan harkintavallan näkökulmasta**

### **3.1 Nimitysperusteiden keskinäinen hierarkkisuus ja kunnan harkintavalta**

#### **3.1.1 Koetellun kansalaiskunnan suhde taitoon ja kykyyn**

Oikeuskäytännön ratkaisuheuristiikassa nimitysperusteiden järjestys noudattaa vakiintunutta kaavaa. Päätöksen perusteluissa kirjoitetaan ensiksi auki valitun/valittujen ja valittajan koulutus sekä työkokemus. Jos jommallakummalla tai kummallakin on olemassa koeteltua kansalaiskuntoa kasvattavaa ansioituneisuutta, myös se/ne kirjataan esiin. Yleensä koetellun kansalaiskunnan kirjaamisen lisäedellytyksenä on ollut se, että valittaja on valitusperusteenaan vedonnut koetellun kansalaiskuntonsa paremmuuteen. Koetellun kansalaiskunnan käsitteleminen valitusperusteluissa ei ole läheskään yhtä yleistä kuin säännönmukainen taidon ja kyvyn vertaileminen. Tämä siksi, että koeteltuun kansalaiskuntoon vedotaan valituksissa harvemmin eikä se käy ilman vetoamista yleensä ilmi asiakirjoista. Toisaalta hallinto-oikeus on jättänyt koetellun kansalaiskunnan käsittelemisen perusteluosiosta kokonaan pois, kun on selvää, että asia voidaan ratkaista jo taidon ja kyvyn pohjalta tehtävän arvion perusteella. Koeteltu

kansalaiskunto on "*hätävaraperuste*", jonka antia on hyödynnetty vain, mikäli siihen on vedottu tai se on ollut tukemassa taidon ja kyvyn arvioinnin osoittamaa ratkaisulinjaa.<sup>165</sup>

Edellä mainitun valossa vaikuttaisikin siltä, että hallinto-oikeus on asettanut koetellun kansalaiskunnan nimitysperusteena jossain määrin *toissijaiseksi* suhteessa taitoon ja kykyyn ja sen asema nimitysperusteena on *selvästi vähäisempi*. Koeteltu kansalaiskunto nimitysperusteena *ei* ole ollut oikeuskäytännössä *automaattisesti arvioitava peruste*, kun valittaja ylimalkaisesti viitannut ansioituneisuuseroon. Näin ollen sen asema nimitysperusteena huomattavasti eroaa taidon (työkokemuksen ja koulutuksen) ja kyvyn (henkilökohtaiset ominaisuudet) asemasta ratkaisujen perusteluissa. Taito ja kyky tulevat nimittäin arvioitua myös niissä tapauksissa, joissa valittaja valitusperusteenaan vain viittaa ylimalkaisesti perustuslain 125.2 §:n nimitysperusteisiin kuitenkin tarkemmin erittelemättä perustettaan.

### 3.1.2 Taidon ja kyvyn välinen hierarkkisuus

Entä onko etusijajärjestyistä olemassa taidon ja kyvyn välillä? Taidon ja kyvyn välistä etusijaa ratkaistaessa voidaan erottaa neljä eri tyyppiä: a) *taidon räikeän ansioituneisuuseron tapaukset*, b) *kyvyn ensisijaisuuden tapaukset*, c) *tasavertaisten taidon tapaukset* sekä d) *valittajan vähempien taidon tapaukset*. Eri tyyppien kohdalla oikeuskäytännössä on annettu eri perusteelle etusija tai ne on katsottu yhtä painaviksi.

Räikeiden eroavuuksien tapauksissa valittaja on selvästi taitonsa puolesta ansioituneempi kuin valittu. Ansioituneisuuseron on tullut olla erittäin merkittävä, huomiota herättävä. Kyvyn ensisijaisuustilanteita on kahdenlaisia. Ensimmäisessä kyvyn ensisijaisuustapauksessa kyvylle arvioidulle paremmuudelle on annettu ratkaiseva merkitys, vaikka taitoansiot ovat olleet valittajalla selvästi valittua paremmat. Ero taidoissa valittajan hyväksi ei ole saanut kuitenkaan olla räikeä. Lisäksi on vaadittu, että painotetut henkilökohtaiset ominaisuudet on tuotu jossain vaiheessa esille. Toisessa kyvyn ensisijaisuustapauksessa valitsijalle tärkeitä henkilökohtaisia ominaisuuksia ei ole tuotu missään esille, vaan perustelut ovat *puutteelliset ja/tai kvasityyppiset*. Joskus

<sup>165</sup> Myös oikeuskirjallisuudessa on hyväksytty koetellun kansalaiskunnan (ainakin sen positiivisen puolen = kansalaistoiminnan ansioiden) vähempiarvoisuus, mutta ei ole hyväksytty sen kokonaisvaltaista syrjäyttämistä, kuten oikeuskäytännössä on toisinaan käynyt. Esim. *Kulla* 1991, s.166-171.

hakijoiden ansiot ovat niin yhtäläisiä, että niiden perusteella kumpikin on yhtä ansioitunut. Kyseessä on tasavertaisen taidon tapaukset, jossa on yleensä käytetty tasavertaista taidon ja kyvyn painotusta. Eri tyyppiseen on mahdollista erottaa vielä tapaukset, joissa valittaja on taitonsa perusteella valittua vähemmän ansioitunut, mutta on katsonut valituksessaan olevansa sopivampi valinta virkaan.

Taidon ja kyvyn välinen hierarkia on monimutkaisempi asiakokonaisuus kuin koetellun kansalaiskunnan ja taidon ja kyvyn välinen hierarkia. Koeteltu kansalaiskunto on ehdottomasti muita perusteita matalammalla hierarkiaportaalla. Taito ja kyky eivät sen sijaan taivu yhtä selvästi hierarkiatasoiille toisiinsa nähden. Taito ja kyky ovat samassa yhteydessä arvioituna siinä mielessä ongelmallisia nimitysperusteita, että ne niiden arviointi erikseen näyttäisi usein johtavan vastakkaisiin tuloksiin. Tämä on näkynyt monesti myös ratkaisuihin. Kun arvioidaan taitoa eli työkokemusta ja koulutusta, saattaa valittaja näyttää virkaan ansioituneemmalta. Kyvyn arvioimisen jälkeen voi olla perustellumpaa päätyä hylkäämään valitus valitun kykyä koskevan ansioituneisuuden vuoksi. Erityisen suuri ongelma tämä on silloin, kun ansiot taidon osalta ovat toisella ylivertaiset, mutta toinen on osoittautunut haastatteluissa ja soveltuvuuskokeissa selvästi kyvyltään sopivammaksi ja ylivertaisen taidon omaavan henkilökohtaisissa ominaisuuksissa on havaittu jotain viranhoidon kannalta heikkoa.

Taidon ja kyvyn hierarkkisuuteen vaikuttavat seuraavat seikat. Ensin arvioidaan perusteellisemmin taidon osa-alueet ja niissä olevat eroavaisuudet hakijoiden välillä. Saadaan ensivaikutelma siitä, onko nimitysperusteiden taitoperustetta arvioitu virantäytön yhteydessä lainmukaisesti harkintavallan rajoissa. Tämän toteamisen jälkeen tuomioistuin arvioi hakijoiden kykyä (henkilökohtaisia ominaisuuksia) asiakirjoista käyvän selvityksen pohjalta. Se, annetaanko kyvyille ratkaiseva merkitys puolestaan ratkeaa taitoansioiden erotason ja kaksiosaisen perusteluvollisuuden perusteella. Perustuslain virkanimitysperusteet on tarkoitettu takaamaan riittävän taidokkaiden, kyvykkäiden ja ansioituneiden hakijoiden valitsemisen virkoihin, joten täysin vapaa harkintavalta ja nimitysperusteiden mukaisista ansioista poikkeaminen on oikeuskäytännössä katsottu lainvastaisena kumottavaksi toiminnaksi.

Taito ja kyky vaikuttaisivat olevan oikeuskäytännön pohjalta ovat *toisistaan riippuvasti etusijajärjestyksessä*. Mikäli kilpahakijoiden taidot eivät ole *huomiota herättävässä*

*epäsuhdassa*, kyky on ollut yleensä ratkaiseva tekijä. Ja *e contrario*, jos kilpahakijoiden taidoissa on räikeitä eroja, kunnalla on ollut lähes mahdotonta perustella taidon mukaisesta ansioituneisuudesta poikkeaminen ja valitukset on hyväksytty eli taito on saanut kykyyn nähden etusijan. Oikeuskäytännössä ei ole siis hyväksytty kyvyn etusijaa, jos se on tarkoittanut poikkeamista ylivertaisuudesta taidossa. Myös jos binaarinen perusteluvollisuus on jäänyt täyttämättä, on annettu etusija taidolle.<sup>166</sup> Hallinto-oikeuden ja KHO:n voi katsoa kuitenkin yleensä, lukuun ottamatta räikeimpiä tapauksia, antaneen lopullisen etusijan kyvyille taitoon nähden, kunhan hakijoiden kyvykkyyttä on objektiivisesti ja avoimesti arvioitu.<sup>167</sup> Kyvyn kannalta olennaiseksi katsotut osa-alueet selviävät kunnan viranhakuilmoituksesta, virkavaalipäätöksestä tai sen valmisteluasiakirjoista tai viimeistään valitukseen annetusta lausunnosta.<sup>168</sup> Kykyä on saanut painottaa myös, kun valittaja on ollut taitonsa puolesta ansioituneempi, mutta vähemmän kuin räikeästi (ei rikota kolmen vuoden sääntöä), kunhan se on perustunut asianmukaiseen kykyvertailuun.

Viimeaikaisesta käytännöstä voisi vielä sanoa, että kyvyn ja taidon väliseen hierarkiaan on muodostunut vielä yksi erityinen poikkeustapaus. Silloin, kun hallinto-oikeus on todennut, että työkokemusten ero on liian räikeä ja päätös on tämän vuoksi

<sup>166</sup> OHaO 21.2.2007 taltionumero 07/0028/1. Selostettu aiemmin jaksossa IV.2.2.1.

<sup>167</sup> Myös oikeuskirjallisuudessa nimitysperusteita painotettaessa on korostettu, että painottaminen ei vapauta ansioiden objektiivisesta ja huolellisesta selostamisesta. Objektiivisuuden painotus olisi ratkaistava jo ennen kuin hakijoiden ansioita käydään läpi ja vertaillaan, näin voidaan varmistua, ettei painotus perusteetta suosi ketään hakijoista (*Kulla* 1991, s.168). Kaksiosaisella perusteluvollisuudella pyritään takaamaan juuri oikeuskirjallisuudessa edellytetty *painottamisen objektiivisuus*.

<sup>168</sup> Näin esim. tapauksessa OHaO 5.4.2007 taltionumero 07/0175/1. Tapauksessa hallinto-oikeus katsoi uskonnon päätoimisen tuntiopettajan määräaikaisen viran täyttämisen lainvastaiseksi, mutta enemmän lausunnon antaminen asiassa raukesi, kun valitus ratkaistaan vasta määräaikaisuuden kuluttua umpeen. Perusteena oli valittajan syrjäyttäminen selvästi nimitysperusteet huomioon ottaen ansioituneempina hakijana. Valitun työkokemus oli vain yksi lukuvuosi ja valittajan n. 15 vuotta, joista 5 viimeistä lukukautta haettavana olleessa tehtävässä. Kunta oli perustellut valintaa valitun henkilökohtaisilla ominaisuuksilla ja koulutuksen paremmalla sopivuudella. Valittajan ja valitun henkilökohtaisista ominaisuuksista oli annettu erilaisia lausuntoja rehtorin, kunnan ja oppilaiden vanhempien toimesta. Lausunnot ovat pääasiassa olleet kielteisiä valittajan osalta ja myönteisiä valitun osalta. Koululautakunnan puheenjohtaja oli kuitenkin yläasteen rehtorin esityksen mukaisesti esittänyt tehtävään valittajaa. Hallinto-oikeus perusteli henkilökohtaisten ominaisuuksien (kyvyn) arviointia seuraavasti: "Hallinto-oikeus katsoo, etteivät lausunnoissa esitetyt seikat yksin riitä osoittamaan valittua henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan valittajaa sopivammaksi tehtävään, kun otetaan erityisesti huomioon se, ettei lautakunta ollut haastattelemalla valittua tai muutoinkaan etukäteen selvittänyt hänen sopivuuttaan tehtävään. Myös se, että yläasteen rehtori on esittänyt valittajan valitsemista, osoittaa, etteivät lausunnossaan mainitsemansa laiminlyönnit ja oppilaiden vanhemmilta saatu palaute ole olleet niin merkityksellisiä, ettei valittajaa sen vuoksi voitaisi pitää tehtävään henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan sopivana." Itseasiassa valituksen hyväksymisen perusteena ovat olleet tässä sekä *räikeän työkokemusansioituneisuuseron syy* että *perustelematon kyvyn ensisijaisuus*.

katsottavissa lainvastaiseksi, on jouduttu vielä aikaisemmasta käytännöstä poiketen pohtimaan valittajasta annettujen negatiivisten palautteiden arvoa. Valittaja on työskennellyt aiemmin kunnan palveluksessa ja hänet on havaittu heikoksi työntekijäksi tai on käytettävissä aiemman työntekijän negatiivinen lausunto työskentelystä.<sup>169</sup> Valittaja on osoittautunut aikaisemman työskentelynsä pohjalta täysin sopimattomaksi virkaan, esimerkiksi jättänyt työtehtäviä hoitamatta, saanut useampia varoituksia, hänen työtahtinsa on osoittautunut huomattavan hitaaksi verrattuna keskivertotyöntekijään tai hänen yhteistyökykynsä on niin heikkoa, ettei hän sen vuoksi ole suoriudu virkatehtävistään. Tällöin näyttäisi olevan mahdollista, että päätös räikeästä työkokemuserosta huolimatta pysytettäisiin, koska valittaja on osoittautunut käytöksensä, yhteistyökykynsä tai työtahtinsa vuoksi kelvottomaksi virkaan. Näin tällaisen aikaisemmasta työskentelystä saatu selvitys on painokkaampaa viranhakutilanteessa haastatteluilla tai soveltuvuuskokeilla saatu henkilön tulevaa työkykyä arvioiva selvitys. Tulevaa arvioivan selvityksen pohjaltahan ei ole ollut mahdollista poiketa liian räikeän työkokemuksen erosta.

Tapauksissa, joissa valittajan ja valitun taidot ovat miltei yhtäläiset on toki selvää, ettei valitus menesty, kun ei olemassa erittäin huomattavaa eroa ansioituneisuuksissa. Sen sijaan se, onko hylkäämisperusteena ensi sijassa *taitojen yhtäläisyys* vai perustellaanko ratkaisu *henkilökohtaisiin ominaisuuksiin* vetoamalla, on tulkinnallisesti vaikeampi kysymys. Tulkintani mukaan tällaisissa tilanteissa on käytetty taitoa ja kykyä perusteina tasavertaisina ja rinnakkain eikä kummallekaan ole annettu etusijaa samalla tavalla kuin räikeissä ansioituneisuuserotapauksissa tai henkilökohtaisten ominaisuuksien etusijan tapauksissa. Painotetaan näiden yhteisvaikutusta eikä henkilökohtaisten ominaisuuksien arviointia juuri perusteluissa käsitellä, vaan niiden osalta noudatetaan hyvin suppeaa mallia. Taidon osalta todetaan vain, että hakijat ovat sen perusteella yhtä ansioituneet. Nimitysperusteiden taito-osio ei nyt rajoita päätöksentekoa, eikä kaksiosaisen perusteluvollisuuden täyttymiseen kiinnitetä niin suurta huomiota, vaan haastattelun tai muun selvityksen pohjalta kunnalla on vapaa mahdollisuus valita kumpi tahansa. Tällöin hallinto-oikeuden tehtäväksi jää vain tutkia menettelyllinen oikeellisuus ja kelpoisuusehtojen noudattaminen esikysymyksenä.

Etusijan selvittäminen ei ole kovin oleellista myöskään tapauksissa, joissa valittajan

---

<sup>169</sup> OHaO 5.4.2007 taltionumero 07/0175/1. Ks.av.168.

taito- ja koetellun kansalaiskunnan ansiot voidaan katsoa virkaan valitun vastaavia ansioita vähäisemmiksi.<sup>170</sup> Oikeastaan tällaisissa tapauksissa kunnan harkintavalta on kaikkein laajin, kun jo nimitysperusteiden pohjalta arvioituna valittu on ansioituneempi eikä harkintavalta voi ylittyä ainakaan nimitysperusteiden ollessa valitusperusteina. Valittajalle muodostuu raskas todistustaakka sen osoittamiseksi, että hänet on paremman kyvyn eli henkilökohtaisten ominaisuuksien omaavana hakijana syrjäytetty ja että hänet on katsottava vähäisemmistä taitoansioistaankin huolimatta kykynsä vuoksi virkaan. Käytännössä tällöin ainoa varteenotettava menestymismahdollisuus syntyy, jos valittaja pystyy osoittamaan nimitysmenettelyssä tapahtuneen menettelyvirheen (esteellisyys, väärä päätöksentekomuoto, päätöksen epäselvyys), puutteellisen valmistelun virheen, toimivallan ylityksen tai syrjinnän virkaan ottamisessa.<sup>171</sup> Valittajan todistustaakkaa vaikeuttaa näissä asioissa se, jos hän ei ole ollut edes haastateltavien joukossa. Parantaakseen mahdollisuuksia selvittää todistustaakasta valittaja voi tietysti yrittää vedota syrjintään ja yhdenvertaisuuden loukkaamiseen haastatteluun kutsuttaessa.<sup>172</sup> Valittajalla, joka ei ole ollut haastateltujen joukossa, ei ole varteenotettavia mahdollisuuksia osoittaa henkilökohtaisten ominaisuuksien paremmuutta, paitsi jos hänet tunnetaan aiemmin saman kunnan palveluksesta.

<sup>170</sup> Esim. OHaO 6.2.2004 taltionumero 04/0070/1, jossa valittaja ja valittu katsottiin kehitysvammaisten ryhmäkodin johtajan virkaan koulutuksen pohjalta yhtä ansioituneiksi, mutta valitulla oli hieman pidempi työkokemus. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, kun katsoi, että haastatteluissa oli saatu tieto henkilökohtaisista ominaisuuksista ja ettei kellekään ollut oikeutta tulla valituksi virkaan. Tapauksessa OHaO 5.7.2005 taltionumero 05/0310/1 hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, koska virkaan valittu oli voitu katsoa pidemmän virkauransa perusteella virkaan ansioituneemmaksi ja valita virkaan.

<sup>171</sup> Esim. OHaO 18.5.2006 taltionro 06/0217/1. Tapauksessa hallinto-oikeus kumosi Kainuun maakuntayhtymän hallituksen koulutustoimen toimialajohtajan virkaa koskevan virkavaalin. Kuntayhtymän hallitus oli siirtänyt apulaisrehtori A:n koulutustoimialan toimialajohtajan virkaan ja valinnut samalla B:n virkaan kesästä 2006 lähtien A:n eläkkeelle jäännin johdosta. Kun kuntayhtymän hallitus oli siirtänyt virkaan A:n, virka oli jo täytetty ja kuntayhtymän hallitus oli ylittänyt toimivaltansa päättäessään, että tähän *jo täytettyyn* virkaan siirretään myöhemmin B. Tapauksessa OHaO 7.12.2001 taltionumero 01/0499/1, hallinto-oikeus kumosi terveydenhoitajan toimeen valinnan virheellisessä järjestyksessä tehtynä. Lautakunta oli äänestäessään oikaisuvaatimuksen hyväksymisestä pitänyt samaa äänestystä uutena vaalina. Hallinto-oikeus katsoi, että olisi ensin tullut äänestää kuntalain 59 §:n mukaisesti oikaisuvaatimuksen kohtalosta ja sen jälkeen toimittaa kuntalain 60 §:n mukainen vaali siitä, kuka valitaan toimeen. Kun näin ei oltu toimittu, oli päätös tehty virheellisessä järjestyksessä.

<sup>172</sup> Ks. KHO 1.12.2006/3238 (KHO:2006:93). Rakennustarkastajan virkaa haki muun muassa valittaja A, joka oli hakijoiden keskimääräistä ikää vanhempi. KHO: Työhaastattelut ovat osa nimityspäätösten valmistelua. Päätöksenteon valmistelussa asiat on selvitettävä tasapuolisesti, syrjimättömästi ja riittävästi. Virkanimitysten valmistelussa vaatimukset merkitsevät muun ohessa sitä, että hakemukset käsitellään kaikissa valmistelun vaiheissa tasapuolisesti ja yhdenmukaisin perustein ottaen huomioon virkanimitysperusteet sekä sitä, että ketään ei syrjitä. Se, että useista hakijoista vain osa kutsuttiin haastatteluun, kuului viranhakumenettelyn luonteeseen. Haastatteluun kutsuttujen iän poikkeaminen suuntaan tai toiseen kaikkien hakijoiden keskimääräisestä iästä ei sellaisenaan anna aihetta olettaa ikäsyrjintää. Valmisteluvaiheista ei ole ilmennyt sellaisia seikkoja, joiden perusteella voitaisiin olettaa, että kaupunginhallitus olisi jättänyt A:n kutsumatta haastatteluun hänen ikänsä johdosta.

Mielenkiintoista on huomata myös tapa, jolla hallinto-oikeus on perustellut taidon ja toisaalta kyvyn pohjalta tehtävät päätökset. Taidon osa-alueet työkokemus ja koulutus on arvioitu ratkaisun perusteluosassa aina avoimemmin ja ihan omana osanaan, kun taas henkilökohtaisten ominaisuuksien arviointi on sijoitettu kokonaisarvion yhteyteen. Sitä on paljon harvemmin arvioitu laajemmin *pro & contra*<sup>173</sup>, vaan siitä on tyydytty lausumaan ainoastaan lyhyesti: "*Virkaan valinta perustuu kokonaisuutensa perusteella. Hakijoita on haastateltu, jonka pohjalta on voitu muodostaa käsitys hakijoiden henkilökohtaisista ominaisuuksista viran tehtävien hoidon kannalta. Huomioon ottaen valittajan ja valitun työkokemus ja koulutus, ei valittu ole vähemmän ansioitunut virkaan/ valittajaa ei voida pitää ansioituneempina virkaan .*" Näin suppeat perustelut on esitetty tapauksissa, joissa taitoansioissa ei ole ollut huomattavaa eroa tai ne ovat olleet miltei yhtäläiset. Ainakin viimeisimpinä tarkasteluvuosina on perusteltu laajemmin sitä, miksi valittu on voitu katsoa henkilökohtaisten ominaisuuksiensa vuoksi sopivammaksi virkaan, vaikka hänen taitonsa onkin ollut valittajaa vähäisempi.<sup>174</sup>

## 3.2 Nimitysperusteiden sisäisten komponenttien hierarkkisuus

### 3.2.1 Taidon komponenttien hierarkkisuus

Entä sitten nimitysperusteiden komponenttien eli sisäisten osatekijöiden etusijajärjestys? Onko sellaista muodostunut? Taitoa sinällään ei mainita hallinto-oikeuden päätöksissä, mutta taidon osatekijät koulutus ja työkokemus arvioidaan perusteluissa yleensä tarkkaan. Niiden välisestä vaikutussuhteesta voisi todeta ensinnäkin sen, että *työkokemuksen painoarvo on suurempi*. Koulutuksen osalta voi sanoa, että sillä on suuri merkitys hakijoiden virkakelpoisuutta määriteltäessä, sillä suurimpaan osaan virkoja on säädetty lain tai asetuksen tasolla erityisiä koulutuksellisia kelpoisuusvaatimuksia. Vain kelpoisuusehdot täyttävät hakijat voidaan hyväksyä nimitysharkintaan. Sen sijaan koulutuksen merkitys taidon osatekijänä ei ole yhtä

<sup>173</sup> Ks. tarkemmin *Virolainen - Martikainen* 2003.

<sup>174</sup> OHaO 21.2.2007 taltionro 07/0083/1. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen, vaikka katsoikin valittajan taitonsa puolesta virkaan ansioituneempina. Perusteluissa todettiin, että ratkaisevaksi tekijäksi ovat kunnan valinnassa muodostuneet hakijoiden henkilökohtaiset ominaisuudet. Henkilökohtaisten ominaisuuksien ja erityisesti yhteistyö- ja vuorovaikutustaitojen osalta valittu on arvioitu selvästi ansioituneemmaksi hakijaksi kuin valittaja, jonka mainitut ominaisuudet ovat olleet tiedossa aikaisemmista työpaikoista saadun palautteen ja henkilökohtaisen tuntemuksen perusteella. Näin ollen kunta on voinut valita valitun virkaan kokonaisarvion perusteella.

merkittävä kuin käytännön kokemuksen kautta saadut ansiot vastaavista työtehtävistä. Hakijoilla on oltava kelpoisuusvaatimusten vuoksi sama peruskoulutus, ja lisäopintoja ei ole yleensä katsottu sellaiseksi eduksi, että pelkästään sen pohjalta henkilö olisi tullut katsoa ansioituneemmaksi virkaan. Sen osalta on yleensä *platonisesti* vain todettu, ettei pidemmälle viedyllä koulutuksella tai lisäkoulutuksella ole viran tehtävien hoidon kannalta ansioituneemmaksi tekevää vaikutusta. Koulutus kun antaa vasta perustiedot, joita työkokemus syventää, ja tekee niistä käytännössä paremmin hyödynnettäviä. Koulutusta voidaanakin kutsua *epäitsenäiseksi taitoansioksi*. Koulutuksella on voinut ollut itsenäistä merkitystä ainoastaan silloin, kun virkaan ei ole säädetty ehdotonta koulutusvaatimusta, vaan kelpoisuusehtona on ollut "tietty tutkinto tai muu tehtävään soveltuva tutkinto". Näissä tapauksissa kelpoisuusehdoissa mainittu ensisijainen tutkinto on voinut saada merkittävän painoarvon, kun valitulla on ollut tämä tutkinto ja valittajalla eri tutkinto.<sup>175</sup>

Koulutuksen asemasta poiketen tulkitsen hallinto-oikeuden pitäneen työkokemusta selvemmin *itsenäisenä taitoansiona*, jonka pohjalta on pelkästään ilman lisäperusteluitakin kumottu virkavaaleja. Valitusten hyväksyminen on pääsääntöisesti perustunut taidon osa-alueita arvioitaessa juuri työkokemuksen pituuksissa oleviin räikeisiin poikkeavuuksiin.<sup>176</sup> Taitoa arvioitaessa hallinto-oikeus näyttää antaneen työkokemukselle selvän etusijan koulutukseen verrattuna, vaikkakin perusteluissa todetaan taidonkin arvioinnin perustuvan kokonaisarviointiin.

### 3.2.2 Kyvyn komponenttien hierarkkisuus

Kyky on kirjoitettu hallinto-oikeuden perusteluihin henkilökohtaisina ominaisuuksina. Niitä on arvioitu kokonaisuutena eikä hallinto-oikeus ole yleensä eritellyt perusteluissaan hakijoiden ansioita esimerkiksi tuloksellisen työskentelyn tai

<sup>175</sup> Esim. OHaO 11.6.2003 taltionumero 03/265/1. Kaupunginjohtaja oli valinnut lomasihteerin viransijaiseksi agrologi A:n. Viranhakuilmoituksen mukaan kelpoisuusehtona oli "agrologin tutkinto tai muu tehtävään soveltuva tutkinto". Valittaja B oli koulutukseltaan agronomi. B katsoi olevansa koulutuksensa ja työkokemuksensa perusteella virkaan ansioituneempi. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen. Hallinto-oikeuden perusteluista: Kun viran kelpoisuusehtona on ollut agrologin tutkinto tai muu tehtävään soveltuva tutkinto, ei B:tä suorittamansa agronomin tutkinnon tai muista kuin lomasihteerin työtehtävistä hankkimansa pitkän työkokemuksen perusteella voida pitää virkaan A:ta ansioituneempana. Vaikka lopputulokseen vaikutti myös työkokemuksen laatu, nähdäkseni koulutuksen laatu oli asiassa ratkaiseva. Hallinto-oikeus piti A:n agrologin tutkintoa yhdistettynä hänen merkonomin tutkintoonsa virkaan paremmin sopivana ja A:n koulutus teki hänestä näin ollen virkaan taitonsa puolesta ansioituneemman.

<sup>176</sup> Ks. tarkemmin räikeistä poikkeavuuksista työkokemuksen osalta kohdassa IV.2.1.2.1 mainittua.

luonnollisen lahjakkuuden osalta. Kyvyn arviointi perustuu soveltuvuusarvioista, haastatteluista ja lausunnoista mainittuun selvitykseen, mikä ei yleensä ole kovinkaan yksityiskohtaista. Kykyä on vaikea pilkkoa osiin taidon tavoin, eikä siitä ole löydettävissä sillä tavalla yhtä konkreettisesti arvioitavia osa-alueita kuin taidosta.

Kokonaiskykyarvioinnissa hallinto-oikeus on sidottu viranhakuilmoitukseen ja kunnan toteamukseen hakijoiden henkilökohtaisten ominaisuuksien eroista. Tämän vuoksi hallinto-oikeuden on ollut keskityttävä selvittämään kykyarvioinnin asianmukaisuutta valmisteluvaiheessa sekä tärkeänä pidettyjen henkilökohtaisten ominaisuuksien riittävää esiintuomista. Kuten nimitysperusteiden hierarkkisuuksia arvioitaessa todettiin, kyvyille on annettu yleensä painavin merkitys nimitysperusteista, mutta sen sisältämistä komponenteista ei ole tehtävissä hallinto-oikeuden käytännön perusteella hierarkiajärjestystä. Kyky = henkilökohtaiset ominaisuudet kokonaisuudessaan.

Mikäli kyky halutaan oikeuskirjallisuuden tavoin jakaa *luontaisiin henkilökohtaisiin ominaisuuksiin ja opillisten ja käytännöllisten ansioiden kautta saavutettuun kykyyn*, luontaiset henkilökohtaiset ominaisuudet ovat olleet painavammissa asemassa oikeuskäytännössä. Taito ja kyky on haluttu selvemmin erottaa niin, että kyky selviää haastatteluilla ja soveltuvuustesteillä eikä tutkimalla menestymistä opinnoissa tai työelämässä. Tosin merkittävän painoarvon antaminen aikaisempien työnantajien lausunnoille viittaisi siihen, että käytännöllisten ansioiden kautta saavutetulle kyvyille ollaan antamassa entistä enemmän sijaa.

### **3.2.3 Koetellun kansalaiskunnan komponenttien hierarkkisuus**

Myös koeteltu kansalaiskunto on ymmärretty taitoa kokonaisvaltaisemmin oikeuskäytännössä arvioiduksi nimitysperusteeksi. Oikeuskäytännön mukaan voidaan todeta sen tarkoittavan yleensä koetellun kansalaiskunnan positiivista puolta: ansioita kansalaistoiminnassa, negatiivinen puoli, nuhteettomuus tulee valitusprosesseissa hyvin harvoin käsiteltäväksi. Jo tästä nuhteettomuuden harvasta esiintymisestä prosesseissa voidaan tehdä johtopäätös, että kansalaistoiminnasta hankitut ansiot nousevat *hierarkkisesti ensisijaisiksi* verrattuna nuhteettomuuteen.

Nuhteettomuuden poissaoloon ja merkityksen hiipumiseen lienee vaikuttanut

nuhteettomuuskäsitteen epämääräisyys ja merkityksen väheneminen jo yhteiskunnallisen kehityksenkin vuoksi. Useinkaan sillä ei ole merkitystä, koska hakijoilla on harvoin nuhteettomuutta alentavaa, esim. rikollista taustaa, vaan suurin osa virkaa hakeneista on tässä mielessä yhtä nuhteettomia. On myös muistettava, että nykyisin vain harvoihin virkoihin rikostausta säädännöllisesti asetettu esteeksi virkaan nimittämiseksi. Ja toisaalta työnantaja opettajanvirkoja lukuun ottamatta harvoin saa tietoonsa henkilön rikostaustoja, jollei hakija niitä itse halua ilmoittaa.

Mikäli virantäyttömenettelyn asiakirjoista löytyisi tietoja hakijoiden nuhteettomuutta horjuttavista rikoksista, hallinto-oikeus lienee ottaisi nämä huomioon arvioitaessa hakijan koeteltua kansalaiskuntoa kokonaisuudessaan. Tärkeää olisi myös ratkaista, olisiko rikoksella sen laatuun nähden katsottava olevan vaikutusta henkilön viranhoitoon ja sen jälkeen riippuen arvion lopputuloksesta, olisiko rikostausta otettava erityisesti huomioon henkilön nuhteettomuutta arvioitaessa. Tällöin olisi ratkaistava lisäksi, kummalle komponentille, nuhteettomuudelle vai kansalaistoiminnan ansioille annetaan painavampi arvo koetellun kansalaiskunnan mittaamisessa valituksia ratkaistaessa.<sup>177</sup>

Nuhteettomuuden painoarvolla lienee merkitystä myös riippuen viran tehtävien laadusta: kunnallisesti merkittävässä johtavissa viroissa, rahankäyttöön liittyvissä viroissa ja opettajan viroissa ollaan tekemisissä julkisen vallan käytön tai lasten kanssa, joten törkeisiin rikoksiin, seksuaalirikoksiin tai varkausrikoksiin syyllistyneen hakijan nuhteettomuus voidaan katsoa niin puutteelliseksi, ettei häntä voida valita virkaan. Tällöin nuhteettomuus voinee toimia jopa itsenäisenä komponenttina siten, että estää selvästi ansioituneemman, mutta nuhteettomuuden puutteita kantavan hakijan valinnan virkaan. Näin ollen nuhteettomuus voisi olla tietyissä tapauksissa hierarkkisesti painavampi komponentti. Muissa viroissa kaikilla edellä mainituilla rikoksilla ei ole välttämättä yhtä painavaa merkitystä nuhteettomuusarviossa.

---

<sup>177</sup> Kulla 1991, s.166-171. Hän on katsonut, että koetellun kansalaiskunnan negatiivinen ulottuvuus saa jonkintasoista painoa, siis huomattavasti suurempaa kuin positiivinen puoli, jonka huomioon ottaminen voi olla jopa lainvastaista, muiden nimitysperusteiden rinnalla, ainakin kun hakijoiden nuhteettomuudessa on eroja.

### 3.3 Nimitysperusteet ja kunnan harkintavalta

Kuinka ansioituneisuuserot ja nimitysperusteiden hierarkkisuus suhtautuvat kunnan harkintavaltaan? Ääripäissä ovat ansioituneisuustilanteet, joissa kunta ei voi harkintavaltansa rajoissa painottaa muita kuin yhtä nimitysperustetta ja toisessa päässä tilanteet, joissa painottaminen on täysin kunnan harkinnassa.

*Sitovimmin* harkintavalta rajattu tapauksissa, joissa hakijoiden taitoansiot ovat huomattavassa epäsuhdassa, tällöinhän kunnalla ei ole käytännössä mahdollisuutta olla valitsematta yliveraista, kelpoisuusehdot täyttävää hakijaa. Mikäli se painottaa muita perusteita kuin sitä, jossa ylivertaisuus ilmenee (siis lähinnä kykyä), harkintavallan rajat mitä ilmeisimmin ylittyvät. Tällöin nimitysperusteiden sitovuus ja vaikuttavuus ovat suurimpia, ja nimitysperusteet vaikuttavat ehdottomilta norminluonteisilta periaatteilta.

*Keskitason sitovuus* tulee kyseeseen, kun hakijoiden ansioissa ei edellä mainitun tasoista räikeää eroa, mutta kuitenkin taitoansiot ovat valittajalla paremmat. Tällöinhän kunta voi huolellisella valmistelulla ja painotettujen henkilökohtaisten ominaisuuksien julkituomisella pysyä harkintavallan rajoissa painottaessaan hyväksyttävällä tavalla kykyä. Harkintavalta tällöin lähenee vapainta tyyppiä, mutta olen kuitenkin sijoittanut tapauksen keskitasolle, koska velvollisuus esittää riittävä selvitys painotuksesta ei mahdollista rajoittamatonta harkintavaltaa.

*Suurimmat harkintavallan rajat* ovat tapauksissa, joissa hakijat ovat tasavertaiset. Tällöin riittää, että asia on valmisteltu riittävästi ja että haastattelujen ja selvitysten perusteella on katsottu valittu sopivimmaksi virkaan. Kun valittaja ja valittu ovat ansioiltaan yhdenvertaiset (tai ainakin lähes) ja kunnalla on kuitenkin oikeus ottaa sopivaksi katsomansa viranhaltijat virkoihinsa, ei hallinto-oikeus voi puuttua objektiivisesti perusteltuun ja lain mukaisesti muutoinkin tehtyyn kunnan virkavalintapäätökseen. Tasavertaisten hakijoiden välillä kunnalla on oikeus painottaa halumaansa nimitysperustetta ilman että se milloinkaan tarkoittaisi harkintavallan ylittämistä, kunhan painotus pohjautuu objektiivisiin perusteisiin.

Nimitysperusteiden hierarkkisuus ja harkintavallan ylitys ratkaisevat myös valitusten menestymisen. Nimitysperusteiden hierarkkisuuuden ja siihen sidotun kunnan

harkintavallan ja sen ylityksen pohjalta valitustilanteet voidaan jakaa *valituksen hylkäämiseen johtaviin* ja *valituksen hyväksymiseen johtaviin*. Hylätyksi tulevat valitukset, joissa on kyse tasavertaisten ansioiden tapauksista, sellaiset kyvyn ensisijaisuustapaukset, joissa on esitetty riittävä selvitys tärkeänä pidetyistä henkilökohtaisista ominaisuuksista (eikä ole poikettu ylivertaisuudesta) sekä valittajan vähemmän taidon tapaukset. Nimitysperusteiden hierarkiaa on noudatettu ja pysytty siten harkintavallan rajoissa. Hyväksymiseen johtavia valituksia ovat puolestaan sellaiset, joissa on kyse taidon räikeistä ansioituneisuuksista tai sellaisista kyvyn ensisijaisuustapauksista, joissa ei ole täytynyt kaksiosainen perusteluvollisuus. Tällöin ei ole noudatettu hierarkiaa tai objektiivisuutta, jolloin harkintavalta on ylitetty.

### **3.4 Yhteenveto nimitysperusteiden hierarkiasta, painotuksesta ja suhteesta kunnan harkintavaltaan**

Yhteenvetona voidaan todeta, että *kyky* on pienellä varauksella *hierarkkisesti painavin nimitysperuste*, taito painavuudeltaan keskitasoa ja koeteltu kansalaiskunto vähämerkityksinen. Näin tilanteissa, joissa taito- tai koetellun kansalaiskunnan ansioissa ei ole huomiota herättävän suuria eroja. Mikäli tällaisia eroja löytyy erityisesti taitoansioista, taito ohittaa hierarkiassa kyvyn. Myös tällöin koeteltu kansalaiskunnan merkitys on vähäisin. Kyky ja taito ovat nimitysperusteina *itsenäisiä mutta toisistaan riippuvaisia*, mutta koeteltu kansalaiskunto olisi paremmin sijoitettavissa *epäitsenäiseksi* nimitysperusteeksi. Koeteltu kansalaiskunto on joko kykyä tai taitoa tukeva peruste, joka rajatilanteissa voi ratkaista tapauksen paremman koetellun kansalaiskunnan omaavalle osapuolelle.

Hierarkkisyyden voi todeta olevan sidoksissa kunnan harkintavaltaan virantäytössä. Kyky on hierarkkisesti korkein nimitysperuste, kunhan se perustuu objektiivisiin perusteisiin eikä ole olemassa räikeitä eroja minkään muun nimitysperusteen kohdalla. Harkintavaltaa rajaa *kielto poiketa ylivertaisuudesta* yhden nimitysperusteen kohdalla<sup>178</sup>.

<sup>178</sup> Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että nimitysperusteet rajoittavat kunnan harkintavaltaa niin, että kunnan on valittava ensisijassa hakijoista se, joka on nimitysperusteiden pohjalta ansioitunein. Miittisen ja Muukkosen mukaan nimitysperusteiden lainsäädännöllisestä asemasta ja tarkoituksesta johtuu, että ne sitovat ja rajoittavat mahdollisuutta poiketa ansioituneimman virkaan ottamisesta. (Miittinen – Muukkonen (LM 4/2006), s.527-528). Hirvonen ja Mäkinen pitävät nimitysperusteita myös kunnan harkintavaltaa rajaavina, mutta näkevät niiden sitovuuden vähäisempänä, koska kunta voi päättää painotuksesta. (Hirvonen - Mäkinen 2006, s.97)

Jos ylivertaisuutta esiintyy, nimitysperusteiden sitovuus rajaa kunnan harkintavallan, jolloin ylivertaisista ansioista poikkeaminen on harkintavallan ylitystä ilman erityisen painavaa syytä (lähinnä negatiivista selvitystä aikaisemmasta suoriutumisesta). Oikeuskäytännön käsitys hierarkkisuudesta vaikuttaa tiukemmalta kuin oikeuskirjallisuuden ”löyhä” hierarkkisuus. Oikeuskäytännössä on selvemmin muodostunut säännönmukaisuuksia hierarkiajärjestykseen eikä kunnan ole annettu poiketa käytännössä syntyneestä hierarkialinjauksista.

Komponenteista itsenäisiä eli *yksistään harkintavallan ylittämiskompetenssin omaavia* ovat *kyky* kokonaisuudessaan sisältäen kaikki elementit ja *työkokemus*. Epäitsenäisiä eli *ei-yksistään harkintavallan ylittämiseen johtavia* ovat puolestaan koulutus, nuhteettomuus pienellä varauksella sekä kansalaistoiminnan ansiot. Kansalaistoiminnan ansiot voivat nousta yksistään kompetenssin omaaviin perusteisiin, mikäli kansalaistoiminnan ansiot arvioidaan ikään kuin työkokemuksena.<sup>179</sup> Epäitsenäiset komponentit toimivat ratkaisua puoltavina tai vastustavina seikkoina, joten niiden painoarvo ratkeaa in casu.

Samana jaottelun pohjalta tulee myös ymmärrettäväksi se, että kyvyn osalta ei voida erottaa selväpiirteisiä komponentteja, jotka sitten voitaisiin asettaa hierarkkiseen järjestykseen. Taidon itsenäinen komponentti työkokemus on luonnollisesti epäitsenäistä koulutusta hierarkkisesti merkityksellisempi ansioituneisuutta ja erityisesti kunnan harkintavallan rajoja arvioitaessa. Koetellun kansalaisikunnan ansioista nuhteettomuus ja kansalaistoiminnan ansiot ovat yleisesti arvioituna epäitsenäisiä, mutta niiden merkitys voi tapauskohtaisesti nousta itsenäisen tasolle, mikäli kansalaistoiminnan ansiot ovat täsmäansioita tai nuhteettomuus on rikollisena taustana virantehtävien kannalta liian raskauttava tekijä. Kansalaistoiminta on kuitenkin käytännössä ensisijainen verrattuna nuhteettomuuteen, koska nuhteettomuuden erot ovat nykyisin äärimmäisen harvinaisia.

#### 4 Todistustaakasta

<sup>179</sup> Tästä tarkemmin kohdassa IV.2.3.1. Olen todennut, että kunnan luottamuselimien johtotehtävät tai esim. kouluhallintoon liittyvät luottamustehtävät on voineet saada kunnan johtamistyökokemuksen arvoisen merkityksen kunnan johtavien viranhaltijoiden ja rehtorien vaaleissa.

Todistustaakasta (Mäenpää: hallintoprosessissa selvitysvastuu)<sup>180</sup> (*onus probandi*) voidaan sanoa, että se on pääosin asetettu valittajan harteille.<sup>181</sup> Valittajan tulee osoittaa, että hänet on syrjäytetty ansioituneempuna hakijana ja kunta on näin ylittänyt virkavalinnassa harkintavaltansa. Tätä on kuitenkin täsmennettävä niin, että räikeiden taitoerojen tapauksissa todistustaakaan ei voida katsoa olevan yhtä selvästi valittajan harteilla, vaan kunnalle muodostuu ainakin osittainen käännetty todistustaakka siitä, että se on voinut harkintavaltansa rajoissa poiketa selvistä eroista taidoissa. Jos valittaja pystyy osoittamaan olevansa ansioituneempi (ansioissa ei kuitenkaan räikeää eroa), syntyy ikään kuin *olettama* ansioituneisuudesta poikkeamisesta ja näin ollen harkintavallan ylittämistä, joka kunnan tulee objektiivisilla perusteilla kumota.<sup>182</sup> Jos kunta ei pysty osoittamaan, mitkä ovat olleet ne henkilökohtaiset ominaisuudet, joiden vuoksi valittua on pidetty ansioituneempuna virkaan ja miten ne on selvitetty, kunta ei ole selvinnyt sille olettamien muodossa asetetusta käännetystä todistustaakasta.<sup>183</sup>

Koska kyseessä on kunnallisvalitus, hallintotuomioistuimen on pysyttävä valittajan vaatimuksissa, minkä rajat vetää hyvin tiukaksi KunL:n 90.3 §:n vaatimus esittää valitusperusteet ennen valitusajan päättymistä.<sup>184</sup> Hallinto-oikeus on tutkinut valituksen

<sup>180</sup> Todistustaakaan merkityksestä hallintoprosessissa. Ks. *Mäenpää* 2005, 365-368. Mäenpää kutsuu todistustaakkaa hallintoprosessissa selvitys vastuuksi. Hänen mukaansa hallintoprosessissa ei ole merkitystä jäykästi määräytyvällä todistustaakalla tai todistelua koskevilla tiukoilla muotovaatimuksilla. Tämä käy ilmi HLL 33 §:stä, jossa myös selvitys vastuun määräytymiseen vaikuttavat tekijät on määritelty varsin joustavasti. Tämä vuoksi on perusteltua käyttää hallintoprosessissa termiä selvitys vastuu. Selvitys vastuu jakautuu asianosaisten ja tuomioistuimen välillä ensisijaisesti HLL 33 §:n mukaisesti.

<sup>181</sup> *Miettinen - Muukkonen* ( LM 4/2006), s.531. He ovat toteavat todistustaakaan olleen kokonaan valittajalla tutkimissaan eri hallinto-oikeuksien ja KHO:n ratkaisuihin virkavaalivalitusasioissa.

<sup>182</sup> ”Olettama” kunnan kaksiosaisen perusteluvelvollisuuden yhteydessä näyttäisi syntyneen jonkinlaisena *heijastusvaikutuksena* tasa-arvolain olettamien kautta. Tasa-arvolaisahan taidoista poikkeamiseen vaaditaan objektiivinen perustelu, joka on yleensä vetoaminen parempaan kykyyn. Tämä rakennelma on lienee vuosien saatossa juurtunut hallintotuomioistuimen päätöksentekojateluun, jolloin se otettu myös nimitysperuste prosessiin *olettamana* siitä, että taidoiltaan parhaan valitsematta jättäminen on osoitus harkintavallan ylittämistä, jonka voi kumota kyvynpainottamisella täyttäen kaksiosaisen perusteluvelvollisuuden.

<sup>183</sup> Ks. Lappalainen 2001, s.314-315, jossa on selostettu todistustaakaan siirtymisilmioistä. Hän jakaa todistustaakaan aitoon ja epäaitoon (tai väärä tai toissijainen). Mikäli aidon todistustaakaan kantava osapuoli esittää tuomioistuimen harkinnan mukaan riittäväksi katsottavan näytön, on epäaidon taakan kantavan vastapuolen etu esittää vastanäyttöä, jotta todistustaakka siirtyisi takaisin aidon todistustaakaan kantavalle vastapuolelle. Puheena olevassa tilanteessa valittajalla on alkuperäinen todistustaakka, joka voi siirtyä osaksi kunnalle, jonka on kaksiosainen perusteluvelvollisuus täyttäen esitettävä vastanäyttöä = objektiivinen peruste kyvynpainottamiseen taidon kustannuksella, jotta todistustaakka palaisi uudelleen valittajalle. Valittajan olisi tällöin esitettävä näyttöä siitä, etteivät perusteet ole objektiivisia, kuten esimerkiksi, että negatiivisten lausuntojen painoarvo ei ole uskottava, koska on olemassa niiden kanssa ristiriitaisia positiivisia lausuntoja ja muita tosiseikkoja. Lopulta tuomioistuin arvioi kumman näyttö on painavampaa.

<sup>184</sup> *Silenti* (LM 4/1984), s. 377. Hänen mukaansa myös hallintolainkäytössä voi tuomioistuin puuttua asiaan vain siinä tapauksessa ja laajuudessa, että asianosainen saattaa asian sen tutkittavaksi (*nemo iudex sine actore*). Hallintotuomioistuin siis tutkii (kunnallis-)valituksen vain valittajan esittämien

nimitysperusteiden pohjalta, jos valittajan on voitu ymmärtää tarkoittaneen vedota/vaatia virkavaalin tutkimista nimitysperusteiden kannalta.

## 5 Nimitysperusteiden suhde kelpoisuusehtoihin

Tärkeää on myös huomata se, että ansiovertailuperusteluun ei ole tarvetta, mikäli valittaja ja/tai virkaan valittu eivät täytä viran kelpoisuusehtoja. Nämä yleensä laissa tai asetuksessa säädettyt koulutukselliset vaatimukset tai viranhakuilmoituksesta muuten ilmi käyvät erityisesti kelpoisuusvaatimukset ovat *ennakkoluonteisuussuhteessa* nimitysperusteiden tutkimiseen nähden.<sup>185</sup> Kun valittaja tai valittu ei ole ollut kelpoinen lain mukaan, ei hallinto-oikeus ole ottanut kantaa nimityksen lainmukaisuuteen siltä osin kuin se merkitsisi hakijoiden ansioiden arviointia nimitysperusteiden valossa.

Kelpoisuusehtojen noudattamatta jättäminen on aina ensisijainen päätöksen kumoamisperuste, kun virkaan valittu ei ole kelpoisuusehtoja täyttänyt, ja ensisijainen päätöksen pysyttämisperuste, kun valittaja ei ole täyttänyt kelpoisuusehtoja. *Kelpoisuusehtojen noudattamatta jättäminen* on siinä mielessä *ehdoton virhe*, että se johtaa aina lainvastaisuuteen ja päätöksen kumoamiseen, mikäli virkaan valittu ei ole täyttänyt kelpoisuusvaatimuksia, ja joku hakijoista on ne täyttänyt. Poikkeamismahdollisuutta ei yleensä ole.<sup>186</sup> Oikeuskäytännössä ei kuitenkaan ole ollut aina selvää, ovatko kelpoisuusehdot valitun osalla täyttyneet, mikä tekee ymmärrettävämmäksi myös kelpoisuusehtoja vailla olevien valitsemisen kunnissa

---

valitusperusteiden pohjalta eikä voi mennä tutkimaan kysymystä ansioituneisuudesta, mikäli valittajan ei voi ymmärtää esittäneen (ainakin yhtenä) valitusperusteenaan PL 125.2 §:n nimitysperusteista poikkeamista virkavalintapäätöstä tehtäessä.

<sup>185</sup> Myös oikeuskirjallisuudessa kelpoisuusehtoja on pidetty ensisijaisina suhteessa nimitysperusteisiin. Esim. *Kulla* 1991, s.168.

<sup>186</sup> Sääntö ei ole aivan ehdoton, sillä viranhaltijalain 6 §:n 2 momentin mukaan henkilö voidaan ottaa määräaikaiseen virkasuhteeseen erityisistä kelpoisuusvaatimuksista riippumatta, jos siitä *erikseen säädetään* tai kunta *erityisestä syystä yksittäistapauksessa toisin päättää*. Pääsääntö on se, että mikäli hakijoiden joukossa on kelpoisia hakijoita, ei tätä poikkeussäännöstä voi soveltaa. Näin ollen erityinen syy voisi olla se, ettei tehtävään ole saatavissa kelpoisuusehdot täyttäviä hakijoita tai että määräaikainen virka on niin lyhyt, ettei ehditä julistaa sitä haettavaksi. Näkemystäni mukaan siitäkin huolimatta, että on olemassa erityinen syy, virkakelpoisuutta säätevissä erityislaeissa (*lex specialis*) olevia kelpoisuuden poikkeamista koskevia säännöksiä on noudatettava ensisijaisesti viranhaltijalain (*lex generalis*) 6.1 §:ään nähden. Ks. esim. sosiaalihuollon kelpoisuusvaatimuksista annetun lain 12 § 1 momentti, jossa poikkeaminen kelpoisuudesta tehdään mahdolliseksi vain mikäli on selvitetty (esim. julkisella haulla), ettei virkaan ole saatavissa kelpoisuusehdot täyttävää hakijaa. Sen sijaan sellaisten virkojen osalta, joista ei ole säädetty vastaavaa erityistä kelpoisuuslakia, viranhaltijalain 6.1 §:n erityisen syyn-poikkeussääntö on kunnalla käytettävissään, mutta tällöin kunnan on osoitettava tämä erityinen syy.

tulkinnallisuuden vuoksi.<sup>187</sup>

Sen lisäksi, että kelpoisuusehtojen arviointi on etusijalla nimitysharkintaan nähden, ne ovat luonteeltaan erilaisia. Kelpoisuusehtoarviointiin ei sisälly yleensä harkintavaltaa, joka taas on nimitysharkinnassa selvä asia.<sup>188</sup> Kelpoisuusehtojen noudattamatta jättäminen tutkitaan valitusvaiheessa automaattisesti viran puolesta, kun taas nimitysperusteisiin tulee yleensä vedota valituksessa. Kelpoisuusehtona olevan työkokemuksen arviointi ja huomioon ottaminen näyttäisi perustuvan kelpoisuusarvioinnissa oikeuskäytännön mukaan poikkeaviin sääntöihin verrattuna työkokemuksen huomioon ottamiseen nimitysharkinnan yhteydessä.<sup>189</sup>

Kelpoisuusehtojen ja nimitysperusteiden väliseen rajanvetoon liittyy vielä kysymys hakuilmoituksen ehdoista. Onko ne ymmärrettävä kelpoisuutta täsmentäväksi vai muiksi virantäyttötilanteissa huomioon otettaviksi seikoiksi vai kenties vaadittua kykyä täsmentäväksi tekijäksi? Oikeuskäytännössä hakuilmoituksen ehdoille on annettu johtavissa viroissa selvästi enemmän painoa, kun taas suorittaja- ja opettajanviroissa hakuilmoituksen ehdot on saatettu taka-alalle. Johtavissa viroissa hakuilmoituksen ehdot toimivat sekä kelpoisuutta määrittävinä tekijöinä (kelpoisuusehtoina), jonka

<sup>187</sup> OHaO 3.3.2004 taltionro 04/0115/1, jonka KHO muutti päätöksellään 15.6.2006/1570. Hallinto-oikeus hylkäsi valituksen arvioituaan, että valittu täytti sivistystoimenjohtajan viran kelpoisuusvaatimukset ja oli kokonaisharkinnan pohjalta myös ansioitunut virkaan. KHO kumosi hallinto-oikeuden ja valtuuston päätöksen, koska katsoi, ettei valittu ollut täyttänyt viran kelpoisuusehtoja. Kelpoisuusehtojen tulkinta tuli perustaa viranperustamis päätöksen tulkintaan, jolloin kelpoisuusvaatimukseksi oli katsottava kansalaisopiston rehtorin pätevyysvaatimukset. Kun virkaan valitulla ei ollut opetustoimen kelpoisuusasetuksen 2 §:n mukaista rehtorin pätevyyttä, päätös ottaa hänet virkaan oli lainvastainen. KHO:n mukaan nyt, kun valittu ei täytä viran edellä mainittuja kelpoisuusehtoja, asiassa ei ole merkitystä, miten hän olisi virkanimitysperusteiden pohjalta arvioituna täyttänyt tehtävän asettamat vaatimukset. Nähdäkseni KHO halusi painottaa kelpoisuusehtojen ehdotonta etusijaa virkanimitysperusteisiin nähden.

Tapauksessa OHaO 6.10.2005 taltionnumero 05/0464/1, jonka KHO päätöksellään 15.11.2006/3067 muutti, hallinto-oikeus kumosi ammattikorkeakoulun yrittäjätoiminnan lehtorin virkavalinnan, koska katsoi, ettei valitulla ollut kelpoisuusasetuksen mukaista 3 vuoden käytännön kokemusta tutkintoa vastaavasta työstä ja näin kelpoisuutta virkaan. Valitun työkokemus katsottiin ilmeisesti sivutoimisuutensa vuoksi riittämättömäksi. Hallinto-oikeuden esittelijä olisi hylännyt valituksen katsoen työkokemuksen riittäväksi ja valitun kelpoiseksi. KHO piti työkokemusta riittävänä laskien mukaan myös sivutoimisen työkokemuksen ja kumosi hallinto-oikeuden päätöksen, koska valittu oli täyttänyt vaaditut kelpoisuusehdot.

<sup>188</sup> Pöyhönen 1994, s.23, jossa viitataan *Bruunin, Mäenpään ja Tuorin* erotteluun viran kelpoisuusehtojen ja nimitysperusteiden luonteen välillä (*Bruun - Mäenpää - Tuori* 1988, s.75-87). Viran kelpoisuusehtojen täyttämiseen verrattuna nimitysperusteet toimivat eri logiikalla: kelpoisuusehdot noudattavat kaksijakoista kyllä/ei -logiikkaa kun taas nimitysperusteet ovat enemmän tai vähemmän merkityksellisiä. Kyllä/ei -logiikka merkitsee tunnistamisongelman keskeisyyttä: täyttääkö jokin saatu koulutus pätevyysvaatimukset vai ei. Sen sijaan enemmän tai vähemmän -punninta edellyttää ratkaisijalta toisenlaista kykyä mitata vastakkain erilaisia tekijöitä: keskeistä on tällöin kyetä painottamaan asioita niiden edellyttämällä tavalla.

<sup>189</sup> Ks. tarkemmin kohdassa IV.2.1.2.3 työkokemuksen saavuttamisajankohdasta selostettua.

pohjalta muutoin yleensä määrittelemätöntä tehtävään sopivaa koulutusta arvioidaan, että edellytettyjen kykyjen ilmi tuojina. Suorittaja- ja opettajaviroissa ne ovat ennemminkin muita nimitysharkinnassa huomioon otettavia seikkoja, jotka voivat määrittää tehtävään vaadittavan koulutuksen laatua tai joskus myös täsmentää vaadittavaa kykyä tai antaa suuntaa tehtävän kannalta merkittävästä huomioon otettavasta kansalaistoiminnasta.

## **6 Yhden kumoamisen oppi**

Oikeuskäytännössä näyttäisi muodostuneen linjaus, jossa samojen henkilöiden välisissä prosesseissa ei yleensä kumota virkavaalia kahdesti harkintavallan ylityksenä. Jos on valittu kumoamisen jälkeen sama hakija ja valittajana on sama ansioituneempi hakija kuin ensimmäisellä kerralla, virkavaali toisella kerralla yleensä pysytetään. Tällä halutaan korostaa kunnan itsehallinnosta lähtevää lopullista harkintavaltaa virkavaaleissa ja sitä, ettei kukaan ole subjektiivista oikeutta päästä virkaan.

Linjaan, jonka KHO on vahvistanut, vaikuttanee se, että ensimmäisellä kerralla valittu on saattanut saada riittäväksi katsottavan määrän työkokemusta virkaa vastaavista tehtävistä hitaan valitusprosessin aikana eikä uusi vaali ole enää muutaman vuoden päästä ainakaan liiallisten ansioerojen vuoksi lainvastainen.<sup>190</sup> Toiseksi uudella kierroksella kunnalla on mahdollisuus valmistella asia huolellisemmin ja laatia perusteellisemmat lausunnot ja selvitykset henkilökohtaisista ominaisuuksista, joita on haluttu painottaa. Kunta voi edellyttää uudessa hakuilmoituksessa hakijoilta sellaisia uusia ominaisuuksia, jotka ovat objektiivisia, mutta sellaisia, joissa virkaan halutulla hakijalla on parhaat ansiot.

Tuomioistuimen päätöksenteko on toisella valituskierroksella kaikkea muuta kuin helppoa, kun asiakirjojen perusteella on selvää, että kunta ei ole selvästikään halunnut valittajaa virkaan esimerkiksi vaikean henkilöpersonan vuoksi, mutta toisaalta nimitysperusteita tutkittaessa valittaja on taitoansioiltaan ja koetellulta kansalaiskunnoltaan ylivertainen valittuun verrattuna. OHaO ja KHO on mitä

---

<sup>190</sup> Näin tapausparissa OHaO 8.7.2002 T 02/0306/1 ja OHaO 2.4.2004 T 04/0164/1 sekä tapausparissa OHaO 8.7.2004 taltionumero 04/0342/1, jonka KHO päätöksellään 10.6.2005 T 1422 pysytti ja OHaO 16.3.2007 taltionumero 07/0136/1.

ilmeisimmin pyrkinyt *yhden kumoamisen opin* perusteella välttämään tilanne, jossa valitusprosesseja voisi tulla useita eikä kunta saisi jatkuvan kumoamisen vuoksi virkaan vakituista hoitajaa, mikä on kuitenkin virantäytön päätavoite. Kun kunnalla kerran on *fiinaalinen* valta ottaa viranhaltijansa, *ei* hallintotuomioistuin ole saman valittajan valituksen johdosta *samalla perusteella* enää kumonnut uusintavirkavaalia. Valitus voinee kuitenkin menestyä vetoamalla toisella kerralla eri perusteeseen, kuten virheelliseen päätöksentekojärjestykseen.

### **7 Yksimielisyys perusteluna ansioituneisuudesta poikkeavalle virkavalinnalle**

Kritisoin tapaa, jolla hallinto-oikeus ja KHO ovat aika ajoin perustelleet päätöstään pysyttää kunnan viranomaisen virkavalintapäätökset. *Yksimielisyys ei* ole näkemykseni mukaan *oikeudellisesti relevantti* perustelu oikeuttaa taidokkaamman hakijan syrjäyttäminen eikä se osoita myöskään kykyarvioin objektiivisuutta. Päinvastoin se voi antaa kunnallisille päättäjille mahdollisuuden mielivaltaiseen päätöksentekoon, jonka vain päätöksen yksimielisyys sinetöi. Tällainen yksimielisyyden sinetti voi tehdä mahdolliseksi esimerkiksi poliittisen tai uskonnollisen syrjinnän sellaisissa kunnissa, joissa suurin osa päättäjistä/kaikki kuuluvat yhteen poliittiseen puolueeseen tai uskontokuntaan. Tasapuolinen kohtelu virkaan otossa ei toteudu, jos poliittisesti tai uskonnollisesti epämiellyttävä, mutta selvästi ansioituneempi henkilö syrjäytetään virkavaalissa ja kunta voi perustella päätöstään vain yksimielisyydellä.

Henkilökohtaiset ominaisuudet tulisi tuoda päätöksissä selvästi esille eikä yksimielisyys voi olla perusteena niiden peittämiseksi. Eihän nimitysperusteiden funktio tasapuolisen nimitysmenettelyn takaajana toteudu, jos kunnallisen itsehallinnon nimiin voidaan "yksimielisyydellä" ohittaa perustuslaintasoinen nimitysperustesäännös. Yksimielisyys voi toki toimia jonkinlaisena lisäperusteena, joka osoittaa kunnan tahdon, mutta sen käyttöä osoituksena päätöksen vahvuudesta ja kyvynpainotuksen objektiivisuudesta tulisi ehdottomasti varoa. Mikäli kykyä halutaan painottaa taidon edelle, tulee kaksiosaisen kyvynpainottamisperustelun näkyä asiakirjoista, yksimielisyys ei poista vaatimusta sen tekemisestä. Yksimielisyys voi toimia hyväksyttävänä lisäperusteena valituksen hylkäämiselle silloin, kun valittaja ja valittu ovat tasavertaisia ansioiltaan, ja kunta on tällöin päätenyt valitsemaan yksimielisesti toisen heistä. Se osoittaa, että kunnassa ollaan vakuuttuneita hänen paremmasta kyvystään. Tällöinkin olisi syytä

käydä ilmi objektiiviset perusteet valinnalle.

## 8 Nimitysperusteet ja tasa-arvolain ansioituneisuus

### 8.1 Eri sukupuolta olevien ansioituneisuusvertailuun sovellettavat lainsäännökset

Tässä jaksossa selvitetään, onko eri sukupuolta olevien valitun ja valittajan välisten prosessien lopputuloksissa eroavaisuuksia samaa sukupuolta olevien välisiin valitusprosesseihin. Huomionarvoinen seikka tasa-arvolain säätämistarkoituksesta on se, että tasa-arvolaki on säädetty alunperin parantamaan naisten asemaa erityisesti työelämässä, mukaan lukien työhönotto.<sup>191</sup> Oikeuskäytännössä lakiin ovat vedonneet jopa naisia useammin sellaiset miehet, jotka ovat kokeneet tulleet syrjäytetyksi ansioituneempina hakijana ilman hyväksyttävää perustetta. Koska laki on kuitenkin säädetty parantamaan yleensä naisten ja miesten välistä tasa-arvoa, oikeuskäytännössä on kumottu tasa-arvolain vastaisena sellaisia valituksia, joissa ansioituneempi miesvalittaja on syrjäytetty. Tässä mielessä tasa-arvolain alkuperäinen lainsäätäjän tarkoitus ei toteudu, mutta toki laki näinkin päin tulkittuna parantaa naisten ja miesten tasapuolista kohtelua työhön tai virkaan otettaessa.

Tutkimusaiheen kannalta tasa-arvolaisissa on kaksi keskeistä pykälää, joita valituksia ratkaistaessa sovelletaan. Tasa-arvolain 7 §:ssä kielletään sukupuoleen perustuva välillinen ja välitön syrjintä. Tasa-arvolain 8 §:n 1 momentin 1 kohdassa puolestaan säädetään syrjinnän kiellosta työhön otettaessa.

Tasa-arvolaki 8 § 1 mom. 1 k: "Työnantajan menettelyä on pidettävä tässä laissa kiellettyinä syrjintänä, jos työnantaja työhön ottaessaan taikka tehtävään tai koulutukseen valitessaan syrjäyttää henkilön, joka on ansioituneempi kuin valituksi tullut toista sukupuolta oleva henkilö, jollei työnantajan menettely ole johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta taikka jollei menettelyyn ole työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja hyväksyttävää syytä.

<sup>191</sup> Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 1 §: "Tämän lain tarkoituksena on estää sukupuoleen perustuva syrjintä ja edistää naisten ja miesten välistä tasa-arvoa sekä tässä tarkoituksessa parantaa naisten asemaa erityisesti työelämässä". *Bruunin ja Koskisen* (Bruun - Koskinen 1997, s.2) mukaan säännös osoittaa, että erityiset toimenpiteet naisten ja miesten parantamiseksi työelämässä tai muussa yhteiskunnallisessa toiminnassa ovat sallittuja ja lain mukaisia, kunhan ne palvelevat lain päätarkoitusta eli sukupuoleen kohdistuvan syrjinnän estämistä ja tasa-arvon edistämistä.

## 8.2 Tasa-arvolain ansioituneisuuskäsite

Eri sukupuolta olevien välillä ansioituneisuusarviointi tehdään ensisijaisesti tasa-arvolain perusteella, mutta perustuslain nimitysperusteita on käytettävä arviointikriteerinä tutkittaessa, onko valittaja tullut syrjäytetyksi ansioituneempana eri sukupuolta olevana hakijana ilman painavaa ja hyväksyttävää syytä. Samoin vielä hallitusmuodon voimassa ollessa sen 86 §:n virkaylennysperusteiden on katsottu määrittelevän myös tasa-arvolain mukaista ansioituneisuusarviota valtion virkojen osalta.<sup>192</sup> Kun perustuslailla ei haluttu muuttaa vakiintunutta oikeustilaa nimitysperusteiden merkityksen osalta, nähdäkseni tasa-arvolain ansioituneisuus arvioidaan edelleen nimitysperusteiden pohjalta ja nimitysperusteiden soveltamisalan laajennuttua koskee nykyisin valtion virkojen lisäksi kaikki muitakin julkisia virkoja, kuten kunnan virkoja. Tämä käsitys on havaittavissa myös oikeuskäytännön perusteella. Tasa-arvolain 8.1 §:n ansiokäsite on luonnehdittavissa kehykseksi, joka saa sisältönsä kussakin virantäytössä sovellettavista kelpoisuusvaatimuksista sekä yleisistä nimitys- ja valintaperusteista. Lisäksi ansiokäsitettä määrittävät viran nimi, virkatehtävät ja mahdollinen toimenkuva.<sup>193</sup> Hallinto-tuomioistuinten on aivan kuten samaa sukupuolta olevien välisissä valitusprosesseissa ensin arvioida valitun ja valittajan virkakelpoisuudet, ennen kuin heidän ansioituneisuuttaan voidaan nimitysperusteiden ja tasa-arvolain pohjalta arvioida. Aivan kuten nimitysperusteiden arvioinnissa, tulee tasa-arvolain ansioituneisuuden arvioinnin perustua *objektiivisiin* perusteisiin.<sup>194</sup>

OHaO 23.8.2002 taltionumero 02/0350/1. Hallinto-oikeus hyväksyi valituksen ja kumosi ympäristötarkastajan virkavaalin tasa-arvolain 7 §:n vastaisena, koska piti valittajaa koulutukseltaan ja työkokemukseltaan (7,5 vuotta virkaa vastaavissa tehtävissä) valittua (työkokemus virkaa vastaavista tehtävistä 2,5 kk) selvästi ansioituneempana ja koska ei pitänyt menettelylle painavana syynä valittajan työhistorian katkonaisuutta ja sekavuutta (jonka kunta oli katsonut painavaksi perusteeksi). On merkittävää huomata, että työhistorian katkonaisuus voi olla perusteena työkokemuksen arvon vähentymiselle (OHaO

<sup>192</sup> Ks. tarkemmin *Bruun - Koskinen* 1997, s. 100-111.

<sup>193</sup> Ks. tarkemmin *Kulla* 1991, s.219-221 sekä *Koskinen - Kulla* 2005, s.92-97. Tasa-arvolakia koskevan hallituksen esityksen HE 57/1985 vp.(s.18) mukaan ansiovertailussa kiinnitetään huomiota koulutukseen, aikaisempaan työkokemukseen sekä sellaisiin ominaisuuksiin, tietoihin ja taitoihin, jotka ovat eduksi tehtävän hoitamisessa ja voidaan siten katsoa lisäansioksi. Tällaisia ansioita voidaan mitata suhteellisen objektiivisesti mm. tutkinto- ja työtodistuksin osoitettavista ansioista. (HE 57/1985 vp. s. 21-22.)

<sup>194</sup> *Bruun - Koskinen* 1997, s. 105. Sopivuus, soveltavuus, työkyky ja muut arvionvaraiset henkilökohtaiset ominaisuudet eivät ole tasa-arvolain tarkoittamia ansioita. Ne on otettavissa huomioon ainoastaan työnantajan oikeuttamisperusteina.

21.2.2007 taltionumero 07/0083/1), muttei painava syy ansioituneisuudesta poikkeamiselle eri sukupuolta olevien hakijoiden välillä.

Eri sukupuolta olevien välisissä ansiovertailuissa on siis sovellettava perustuslain 125.2 §:n lisäksi tasa-arvolain 7 ja 8 §:iä. Arviointi hieman poikkeaa samaa sukupuolta olevien hakijoiden välisestä vertailusta, sillä hallinto-oikeuden tulee arvioida ensin henkilöiden ansioituneisuus nimitysperusteiden perusteella ja sen jälkeen toiseksi arvioida, onko valittaja ansioituneempina hakijana tullut syrjäytetyksi ja onko ansioituneisuusero räikeä ja kolmanneksi, onko työnantajan menettely johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta taikka onko menettelyyn ollut työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja hyväksyttävää syytä. Arviointi on normaalia ansioituneisuusarviointia monisyisempi. Sen lisäksi on syytä todeta, että vaikka ansioituneisuus arvioidaan perustuslain nimitysperusteikään mukaan, virkavaali katsotaan perusteluissa ensisijaisesti tasa-arvolain vastaiseksi eikä siis perustuslain vastaiseksi. Eri sukupuolta olevien välisessä prosessi ensisijainen valituksen hyväksymisperuste on tasa-arvolain syrjintä (harkintavallan ylitys -> tasa-arvolain vastaisuus) ja samaa sukupuolta olevien välillä perustuslain nimitysperusteiden (harkintavallan ylitys -> perustuslain) vastaisuus.

### **8.3 Nimitysperusteet tasa-arvolain mukaisessa ansioituneisuusarvioinnissa**

Eri sukupuolta olevien välisissä prosesseissa, joissa sovelletaan tasa-arvolakia, ansioituneisuusvertailussa taidolle ja koetellulle kansalaiskunnolle on annettu painokkaampi merkitys kuin samaa sukupuolta olevien välistä arviointia nimitysperusteiden pohjalta arvioitaessa. Tasa-arvolain mukainen arviointi lähtee liikkeelle ansioituneisuuden arvioimisesta vertailemalla valittajan ja valitun ansioita työkokemuksen, koulutuksen ja koetellun kansalaiskunnan pohjalta. Kyvyn arviointi tulee kyseeseen vasta silloin, jos henkilöiden taidoissa on niin merkittävät erot, että ilman hyväksyttävää perustetta virkavaali tulisi kumotuksi. Työkokemuksen ja koulutuksen sekä kansalaistoiminnan ansioiden arvioinnin jälkeen syntyy mahdollisesti *syrjintäoletta*ma, jonka virkaan valitsija voi kumota käyttäen hyväksi haastattelujen tai soveltuvuuskokeiden jne. avulla esille tulleita henkilökohtaisia ominaisuuksia, joita objektiivisesti perustellen painottaa. Myös tällöin tulee täyttyä binaarinen perusteluvollisuus eli valitsijan on osoitettava sekä henkilökohtaisten ominaisuuksien

tulleen selvitettyksi hyväksyttävällä tavalla että se, mitä nämä ratkaisevaksi muodostuneet henkilökohtaiset ominaisuudet ovat valitulla olleet.

Samaa sukupuolta olevien välillä arviointi on enemmän kokonaisarviointia eikä tällaisia selviä vaiheita ole havaittavissa. Toki tällöinkin arvioidaan ensin ansioituneisuutta työkokemuksen, koulutuksen ja kansalaiskunnan näkökulmasta, ja mikäli huomataan eroavaisuuksia, tulee henkilökohtaisten ominaisuuksien arvioinnista valituksen kohtalon ratkaiseva nimitysperuste. Sillä joko pystytään osoittamaan oikeutus poiketa taitoansioerosta tai sitten tällainen poikkeaminen katsotaan joko liian räikeän ansioeron tai puutteellisen selvityksen vuoksi harkintavallan ylitykseksi.

Eroa arviointien välillä on myös siinä, miten tuomioistuin räikeän taitoansioneron tultua esille päätyy lopputulokseensa. Samaa sukupuolta olevien välisessä arvioinnissa räikeät erot ovat yleensä johtaneet siihen, ettei ole edes arvioitu asiaa henkilökohtaisten ominaisuuksien kautta, koska hallinto-oikeus ei ole pitänyt niidenkään avulla mahdollisena poiketa taitoansioiden ylivertaisuudesta.<sup>195</sup> Sen sijaan eri sukupuolta olevien välisessä arvioinnissa on aina arvioitu räikeiden erojen ilmennyttyä, onko valitsijalla ollut esittää hyväksyttävää tai painavaa syytä ansioituneemman syrjäyttämiseksi tai että syrjäyttäminen on johtunut muusta, hyväksyttävästä perusteesta kuin sukupuolesta.

#### **8.4 Erot valitusten menestymisessä ja todistustaakassa**

Lisäksi mielenkiintoisen huomion voi tehdä siitä, että virkavaali- ja -valintavalitukset, joissa valittaja ja virkaan valittu ovat eri sukupuolta, ovat tulleet useammin hallinto-oikeudessa kumotuksi kuin ne valitukset, joissa vastapuolet ovat samaa sukupuolta.<sup>196</sup> Vertailtaessa näitä keskenään, ei kuitenkaan voida löytää merkittävää eroa siinä, miten virkanimitysperusteita on näissä tapaustyypeissä arvioitu. Samat säännöt taitoansioiden raja-arvoista näyttäisivät pääasiassa pitävän (tosin kolmen vuoden säännöstä on lähdetty menemään kohti vaatimus vieläkin räikeämmistä eroista samaa sukupuolta olevien

<sup>195</sup> Poikkeuksena oikeastaan viimeaikaisessa käytännössä aiemmasta työskentelystä saatu selvitys. Ks. tarkemmin kohdassa IV.2.2.1 asiasta selostettua.

<sup>196</sup> Valittajan vedottua valitusperusteena tasa-arvolakiin (valittaja ja valittu eri sukupuolta) on virkavalintapäätöksistä kumottu 39 %, kun kumoamisprosentti on ollut samaa sukupuolta olevien välisissä prosesseissa vain 18 %.

välisissä prosesseissa), jolloin kumoamisasteen erot on selitettävissä sillä, että tasa-arvolain tapauksissa hieman pienempienkin taitoansioerojen ollessa kyseessä valitsijan on ollut hankalampi selvittää kyvynpainotuksessa sille asetetusta todistustaakasta. Samaa sukupuolta olevien välisissä prosesseissa oletama ansioituneisuudesta poikkeamisesta ei ole yhtä vahva kuin syrjintäoletama, joten kunta voi selviytyä siitä helpommin.

Koska kyky on tasa-arvolain tapauksissa sama asia kuin painava tai hyväksyttävä syy, sen painottamiseksi on vaadittu pidemmälle menevää selvitystä hakijoiden henkilökohtaisista ominaisuuksista. Toisaalta tasa-arvolain tarkoituksena on parantaa eri sukupuolten välistä yhdenvertaisuutta työhön otossa, jolloin sukupuolisyryntä konkretisoituu helpommin, kun valitaan taidoiltaan vähemmän ansioitunut. Samaa sukupuolta olevien välillä vedottaessa viranhaltijalain tai yhdenvertaisuuslain<sup>197</sup> vastaiseen syrjintään, menestyminen on ollut huomattavasti vähäisempää.<sup>198</sup> Viranhaltijalaissa ei yhtä selkeästi määritellä työhönottajan käännettyä todistustaakkaa syrjintäolettaman muodossa, joten menestymismahdollisuudet eivät ole yhtä hyvät kuin tasa-arvolakiin vetoamalla. Lisäksi syrjinnän määritelmä on yleisempi eikä se ole sidottu ansioituneisuuteen, joten sen osoittaminen on vaikeampaa.

---

<sup>197</sup> Laki kunnallisista viranhaltijoista 12 § ja yhdenvertaisuuslaki 6 § ja 7 §.

<sup>198</sup> Hallinto-oikeus ei ole hyväksynyt yhtään valitusta sillä perusteella, että valittaja olisi vedonnut viranhaltijalain (tai sitä edeltäneen palvelussuhdeturvalain) syrjintään.

## V JOHTOPÄÄTÖKSIÄ JA HAVAINTOJA

### 1 Oikeuskäytännön kehityksestä 2000-luvulla

#### 1.1 Uusi perustuslaki - Uusi doktriini

Perustuslain voimaantulo ja samalla nimitysperusteiden tuleminen koskemaan myös kunnallisia virkoja alkoi vaikuttaa huomattavissa määrin hallinto-oikeuden ja KHO:n ratkaisukäytäntöön heti 2000-luvun alkupuolilta lähtien. Aikaisemmin, kun kunnallisten virkojen yleisestä kelpoisuudesta ja nimityksessä huomioon otettavista perusteista säädettiin pääosin – opettajan virkoja lukuun ottamatta – kunnallisissa virkasäännöissä, hallinto-oikeus ja KHO olivat valituksia käsitelleessään aikalailla *kumileimasimen* asemassa, ja kunnan harkintavalta katsottiin virka täytettäessä hyvin laajaksi. Kunnalla oli oikeus ottaa haluamansa hakijat viranhaltijoiksi, kunhan päätös tehtiin lainmukaisessa järjestyksessä. Ainoastaan opettajan viroissa arviointi oli erittäin muodollista ja tiukkaa, eikä hallinto-oikeuden roolia voinut kutsua kumileimasimeksi, aina vuoteen 1999 asti, jolloin vanha lukiolaki ja peruskoululaki kelpoisuuspykäläinen kumottiin.

Kun nimitysperusteet sitten tulivat koskemaan kunnallisiakin virkoja, hallintotuomioistuimet ottivat pian rohkean linjan ja jättivät kumileimasiman asemansa taakseen. Vaikuttaisi, että hallinto-oikeus omaksui nimitysperusteiden vahvan sitovuuden, ja niiden pohjalta alettiin tarkemmin syynätä kunnan virkavalintoja. Erityisesti 2000-luvun alussa tehdyt ratkaisut perustuslain nimitysperusteiden soveltamisesta ennen niiden voimaan tuloa tehtyihin virkavaaleihin oli rohkea osoitus perustuslain ja nimitysperusteiden merkityksen kasvusta virkanimitysvalituksia tutkittaessa.<sup>199</sup> KHO:n hallinto-oikeuden ratkaisut vahvistavat päätökset olivat omiaan pitämään yllä valittua vahvan sitovuuden linjaa. Siinä, missä ennen 2000-lukua hallinto-oikeus oli ollut kumileimasin, 2000-luvun alussa se valvoi vahvasti nimitysperusteiden mukaisen ansioituneisuuden noudattamista ja kunnalle jäävä harkintavalta oli selvästi kaventunut. Toisaalta kunnan harkintavalta oli lisääntynyt opettajien virkojen osalta,

---

<sup>199</sup> Tapaukset selostettu kohdassa II.1.

sillä ennen hyvin tiukat säännöt oli kumottu, ja tuomioistuimet sovelsivat myös opettajien virkoihin uutta rohkeaa, mutta siltikin opettajien virkoja arvioitaessa entistä lievempää linjaansa.

2000-luvun alkupuolella henkilökohtaisten ominaisuuksien (kyvyn) merkitys ei ollut vielä erityisen merkittävä, vaan taito oli etusijalla ja se näkyi myös kuntien virkavalintapäätöksistä.<sup>200</sup> Jo tällöin hallinto-oikeudessa muodostui rajat muun muassa työkokemuksen räikeisiin eroavuuksiin. Toisaalta tapauksissa, joissa työkokemuserot eivät olleet räikeitä mutta kuitenkin valittajan eduksi, hallinto-oikeus ei vaatinut erityistä selvitystä kunnan vedottua henkilökohtaisiin ominaisuuksiin. Myös KHO vahvisti useissa tapauksissa hallinto-oikeuden linjan, jossa taitoansioille oli annettu nimitysperusteista merkittävämpi painoarvo.

## **1.2 Paluu perustuslakia edeltäneeseen doktriiniin?**

KHO:n linjan muutosta enteili päätös 2.6.2003 T 1342, jossa se muutti hallinto-oikeuden ratkaisun 23.8.2002 taltionumero 02/0355/1 lopputuloksen. Hallinto-oikeus oli päätenyt pitämään terveystarkastajan-ympäristönsuojelusihteerin virkavaalia perustuslain 125.2 §:n vastaisena, koska valittajan työkokemus (vastaavissa tehtävissä 7,5 vuotta) virkaan valitun työkokemusta (hieman alle vuosi vastaavista tehtävistä) huomattavasti laajempi ja pidempi ja koulutus tehtävät huomioon ottaen monipuolisempi. Hallinto-oikeuden mukaan henkilökohtaisten ominaisuuksia painottamalla ei voitu poiketa taitoansioissa olevista eroista. Hallinto-oikeuden päätös vastasi aiemmin KHO:ssakin vahvistettua linjaa (työkokemuksissa on liian räikeä ero, vaikka valittajalla ei ole yli 10 v. työkokemusta, kun valitun työkokemus on alle vuoden). KHO kuitenkin nyt muutti linjaa ja totesi, että viranhaltijan valinta perustuu kokonaisarviointiin ja halusi päätöksessään tuoda esille entistä painokkaammin henkilökohtaiset ominaisuudet (kyvyn) nimitysperusteena. Kun valittu oli hoitanut haettavana ollutta virkaa ennen virantäyttöä hieman alle vuoden verran ja hänet oli valittu työryhmän valmistelun jälkeen kokonaisarviolla mitattuna kykynsä perusteella ansioituneempana virkaan ja kun virkavaali oli ollut yksimielinen, KHO pysytti

<sup>200</sup> Hallinto-oikeuden päätöksistä, joissa kyse oli ansioituneisuuskysymyksestä ajalta 1.1.2000-2.6.2003 kuusi valitusta 18:sta hyväksyttiin eli 33 %. Ajanjaksolla 3.6.2003 ansioituneisuuskysymyksen pohjalta on hyväksytty ainoastaan 7 valitusta 34:sta eli hyväksymisprosentti on 20,5 %.

virkavaalin.

Viimeistään julkaistu päätös KHO 28.6.2005/1609 KHO:2005:44 vahvisti KHO:n muuttaneen linjaansa nimitysperusteiden sitovuuden ja painotuksen osalta. Vaikka päätöksessä painotetaan kokonaisarvion merkitystä, päätös (myös yllä selostettu tapaus) osoittavat, että henkilökohtaisten ominaisuuksien painoarvoa on haluttu kohottaa ja samalla palata lähemmäs ennen 2000-lukua vallinnutta linjausta. KHO on halunnut toisaalta painottaa hallinto-oikeuksille, että myös henkilökohtaiset ominaisuudet on otettava huomioon käytännössä painavimpana nimitysperusteena eli nimitysperusteita on painotettava eri tavalla kuin niitä alettiin painottaa perustuslain voimaan tulon jälkeen. Ilmeisesti aikaisemman linjan nähtiin rajoittaneen liikaa kunnille itsehallintonsa ja nimitysperustenormin pohjalta taattua harkintavaltaa valitessaan viranhaltijoitaan.<sup>201</sup>

KHO:2004:55. X:n kaupungin opetustoimessa haettavana olleeseen perusopetusta (vuosiluokat 7-9) antavan koulun rehtorin virkaan edellytettiin säädettyjen kelpoisuusvaatimusten lisäksi viranhakuilmoituksen mukaan vahvaa osaamista pedagogisessa johtamisessa, koulun hallinnossa ja taloudenhoidossa. Virkaan etsittiin koulukulttuurin kehittäjää, jolla oli koulun johtamiseen ja muuhun opetustoimen yhteistyöhön tarvittavia sosiaalisia taitoja. Opetuslautakunnan haastatteluun valituista kolmesta kelpoisuusvaatimukset täyttäneestä kärkihakijasta filosofian maisteri A:lla oli hakuajan päättymiseen mennessä kokemusta koulun johtamisesta kolme kuukautta, filosofian maisteri B:llä noin 13 vuotta ja kasvatustieteiden maisteri C:llä noin 20 vuotta. Opetuslautakunnan päätös valita kysymyksessä olevaan virkaan A oli perustunut hakijoiden vertailuun, jossa koulutuksen ja työkokemuksen lisäksi oli otettu huomioon opetuslautakunnan suorittamassa haastattelussa esille tulleet seikat sekä A:n, B:n ja C:n henkilökohtaiset ominaisuudet. Tähän nähden ja vaikka B:llä ja C:llä olikin pitempi kokemus peruskoulun johtamisesta, opetuslautakunta ei päättäessään kokonaisarvion perusteella valita kysymyksessä olevaan rehtorin virkaan A:n ollut menetellyt yleiset virkanimitysperusteet sisältävän perustuslain 125 §:n 2 momentin vastaisesti. Korkein hallinto-oikeus kumosi tämän vuoksi hallinto-oikeuden päätöksen, jolla opetuslautakunnan päätökset oli kumottu.

Aikaisemman, 2000-luvun vaihteessa omaksutun, nimitysperusteiden painotuslinjan

<sup>201</sup> Myös Miettinen ja Muukkonen (LM 4/2006, s.520-530) näkevät KHO:n ratkaisun osoituksena virantäyttöparadigman muutoksesta. Heidän mukaansa KHO päätyi ratkaisuunsa objektiivisistä kriteereistä eli hallinnon palvelujen käyttäjien näkökulmasta. Prejudikaatin ratio decidendi he näkevät kolmena osana: 1) KHO:n mukaan hakuilmoituksessa annetuille lisäehdoille on annettava merkitys, 2) nimitysperusteiden mukainen hakijoiden vertailu kuuluu ottavan viranomaisen toimivaltaan ja 3) kyky potentiaalina voi korvata, ainakin esimiestehtävissä, vähemmän ansioituneisuuden taidossa.

mukaan ei olisi saanut poiketa edes kaksiosaisen perusteluvollisuuden täytyessä näin merkittävän räikeistä työkokemuseroista (3 kk vs. 13 tai 20 vuotta koulun johtamisesta), vaikka valittu olisikin osoittautunut henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan ansioituneemmaksi. Ei ollut esitetty myöskään selvitystä toisten hakijoiden negatiivisesta suoriutumisesta aikaisemmissa tehtävissä tai henkilökohtaisten ominaisuuksien puuttumisesta johtuvaa kelvottomuutta, jonka pohjalta räikeän taitoansioerosta poikkeaminen olisi voinut tulla kyseeseen.

Edellä mainittujen tapausten jälkeen hallinto-oikeuden linjaus muuttui niin, että henkilökohtaiset ominaisuudet saivat entistä suuremman painoarvon ja taitojen pohjalta tehdystä ansioituneisuudesta poikkeaminen hyväksyttiin yhä useammin. Tätä on syytä täsmentää niin, että tämä muutos on ollut nähtävissä erityisen vahvasti johtavien virkojen osalta. Näin selvästi ei henkilökohtaisia ominaisuuksia ole hyväksytty painotettavan kuitenkaan suorittajatason virkojen tai opettajanvirkojen osalla, vaan aikaisempi linjaus näyttäisi niissä pysyneen ainakin vielä.

Ihan viimeaikaisimmasta hallinto-oikeuskäytännöstä voi todeta, että on alettu vaatia entistä tarkempia ja objektiivisempia perusteluja kyvynpainottamiselle taidon kustannuksella. Tästä on osoituksena valitsijalle asetettu binaarinen (*kaksiosainen*) *perusteluvollisuus*, kuten sitä olen tässä tutkimuksessa kutsunut. Tulee käydä ilmi sekä tapa, jolla henkilökohtaiset ominaisuudet on selvitetty, myös mitkä nämä ratkaisevat painotettavat henkilökohtaiset ominaisuudet ovat olleet edellä luvussa IV tarkemmin selostetulla tavalla. Hallinto-oikeus on siis asettunut pienen välivaiheen jälkeen jälleen rohkeammalle linjalle, kun se on kumonnut päätöksiä puutteellisen kaksiosaisen perusteluvollisuuden nojalla. Tähän on vaikuttanut KHO:n päätöksen 2004:55 jälkeen kuntien virkavalinnoissa tapahtunut muutos, joissa kunnat ovat alkaneet vain vedota valitun henkilökohtaisiin ominaisuuksiin kuitenkin tuomatta esille, mihin tämä on painotus on perustunut. Jotta virkavalintapäätös ja valitsijan harkintavalta pysyisivät objektiivisina ja lainmukaisina, hallinto-oikeus on alkanut vaatia objektiivisten perustelujen julkituomista. Näin ainakin silloin, kun taitoansioerot ovat menneet aikaisemman linjan mukaan räikeän puolelle.

Hallinto-oikeuden uusi linjaus on perusteltu, koska muutoin hallinto-oikeus olisi 1990-luvun linjaa vastaavasti täysin kumileimasimen asemassa eikä kunnan

nimitysperusteiden painotuksen objektiivisuutta voitaisi riittävästi arvioida. KHO:n linjaus ainakin johtavien viranhaltijoiden osalta näyttäisi vahvasti viittaavan 1990-luvun linjauksen palauttamistarkoitukseen. Siinä missä KHO on halunnut lisätä valittajan todistustaakkaa, OHaO on uudella linjauksellaan jakanut sitä osaksi myös kunnalle.

KHO:n julkaistun ratkaisun *ratio decidendi* voidaan asettaa hieman kyseenalaiseksi, kun KHO on antanut juuri aikaisempaa linjaa puoltavan ratkaisun vain paria viikkoa ennen tätä julkaistua ratkaisua. KHO nimittäin pysytti päätöksellään 10.6.2005 T 1422 OHaO:n päätöksen 8.7.2004 T 04/0342/1, jossa OHaO kumosi rehtorin virkavaalin selvästi pidemmän työkokemuksen ja ylivertaisen kansalaiskunnan ansioiden perusteella. Myös tässä tapauksessa kunta oli perustellut valitun henkilökohtaisten ominaisuuksien olevan soveliaammat viran tehtävien kannalta ja täyttänyt kaksiosaisen perusteluvollisuutensa. Kunnan virkavaali kuitenkin katsottiin myös KHO:ssa lainvastaiseksi. Tosin on huomattava, että tapauksessa oli kyse eri sukupuolta olevista valittajasta ja valitusta, mikä lienee vaikuttanut kumoamisherkkyyteen. Syrjintäolettama siirtää kunnalle nimitysperustetapauksia suuremman taakan sen osoittamiseksi, että on voitu objektiivisesti painottaa nimitysperusteita juuri valitulla tavalla. Taitojen pohjalta ansioituneemman syrjäyttämiseen on esitettävä lähinnä henkilökohtaisista johtuva hyväksyttävä tai painava syy. Lisäksi päätöksen painoarvo on julkaistua päätöstä pienempi, koska julkaistut päätökset saavat vahvemmin ennakkopäätös- ja linjanvetomerkituksen. Toiseksi julkaistu päätös on uudempana painavampi osoitus KHO:n voimassa olevasta doktriinista.

### **1.3 Subjektinäkökulmasta systeeminäkökulmaan?**

Oikeuskäytännön kehitystä voitaisiin kuvata Miettisen ja Muukkosen tavoin painottamisen eri näkökulmista.<sup>202</sup> 1990-luvun puolella oli vallalla selvästi vielä systeeminäkökulma eli hallinto-oikeudet, opettajien virkoja lukuun ottamatta pysyttivät kunnan virkavalintapäätökset pääosin ja kunnalla oli oikeus päättää painottamistaan perusteista. Opettajien virkojen osalta käytäntö taas vastasi vahvasti subjektinäkökulmaa, kun taitavin ja soveliaain hakijoista tuli valita virkaan.

---

<sup>202</sup> Mieltinen - Muukkonen (LM 4/2006), s.516. Ks. kohdassa III.5 mainittua.

Ansioituneimmalla hakijalla oli lähes subjektiivinen oikeus päästä virkaan eikä kunnalla ollut juuri harkintavaltaa asiassa.

2000-luvun alun innostus toi subjektiivisyyden myös muihinkin kuin opettajanvirkoihin, mutta toisaalta subjektiivisyyden vaikutus opettajanviroissa väheni selvästi, kun niissä ansioituneisuutta alettiin arvioida samalla tavalla kuin muissakin viroissa. Alkuun subjektiivisyys koski niin suorittajavirkoja kuin johtaviakin virkoja, ja aikaisemmin vallinnut systeeminäkökulma menetti aikaisempaa merkitystään. Toki sen merkitys oli edelleen vahvin, sillä subjektiivisyys tuli koskemaan vain räikeimpiä tapauksia. KHO kuitenkin muutti doktriinia hiljalleen uudelleen kohti systeeminäkökulmaa ja otti mukaan myös objektiivisyyden ja julkaistussa ratkaisussaan 2004:55 palautti linjan johtavien virkojen osalta 1990-luvun lopun hyvin systeemipainotteiseen doktriiniin.

On kuitenkin huomattava, että KHO:n päätöksessä tulee esille myös objektiivisyyden jonkinasteinen painotus. Objektiivisyyden ja systeeminäkökulman painottaminen käyvätkin ymmärrettäväksi kuntien toiminnan muutoksista johtuvista syistä. Kun määrärahoja ja kunnan itsenäistä taloutta on alettu painottaa, kunnilla ei ole varaa pitää "tehottomia" viranhaltijoita, vaan virkoihin pyritään valitsemaan entistä tarkemmin henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan kykenevimät ja kunnan taloustavoitteiden kannalta työtahdiltaan ripeimmät hakijat. Taitoansioiden 2000-luvun ensimmäisten vuosien mukainen painotus ei ole enää ainakaan johtavien virkojen osalta perusteltua. Kun kuitenkin nimitysperusteet on säädetty sitäkin varten, että virkoihin valittaisiin taidoiltaan parhaimmat hakijat, ei kyvynpainottaminen tapauksissa, joissa hakijalla on hyvin vähäinen kokemus virkaa vastaavista tehtävistä verrattuna muihin hakijoihin, jätä päätöksestä objektiivisesti perusteltua kuvaa. Vaikka nimitysperusteiden sitovuus ymmärrettäisiin vapaimmalla tavalla pelkästään ohjeelliseksi, on nimitysperusteilla oltava silloinkin sellainen virkavalintoja ohjaava vaikutus, että räikeimmät tapaukset voidaan eliminoida muutoksenhakuvaiheessa. Muutenhan nimitysperusteista merkityksen saa ainoastaan kyky eli henkilökohtaiset ominaisuudet eikä taidolla tai koetellulla kansalaiskunnolla ole missään tapauksessa merkitystä.

Systeeminäkökulma yhdistettynä objektiivisyyden näkökulmaan on perusteltu silloin kun hakijoiden taitoerot eivät ole räikeät, mutta subjektiivisyyden näkökulmalle on annettava vaikutus,

kun näyttää ettei taitoansioista voida yksinkertaisesti rationaalisella tavalla henkilökohtaisillakaan ominaisuuksilla perustellen kunnalle annetun harkintavallan rajoissa poiketa. Vaikka harkintavalta laajaksi hyväksyttäisiinkin, ei sen voi katsoa ulottuvan ylivertaisen hakijan syrjäyttämiseen nimitysharkinnassa. Jos tämä hyväksytään, nimityspäätöksistä valittaminen menettäisi kokonaan funktionsa eli kunnan harkintavallan rajojen valvonnan. Säättämällä nimitysperusteet koskemaan kuntien virkoja oli niille tarkoitus antaa merkitys harkintavaltaa rajaavana tekijänä, mutta jos kunnan harkintavallan rajojen ei katsota yhdessäkään tapauksessa millään edellytyksillä ylittyneen, tuomioistuinkäsittely on vain *muodollinen, merkityksetön prosessi*. Tässä valossa KHO:n julkaistu tapaus on erittäin *kritiikille altis*, ja olisi tärkeä saada linjaus myös siihen, koskeeko tällainen virantäyttöparadigman muutos myös suorittajatason- ja opettajanvirkoja.

#### 1.4 Sitovia normeja vai periaatteita?

Oulun hallinto-oikeuden ja KHO:n linjauksia verrattaessa voi todeta hallinto-oikeuden ottaneen enemmän subjektilähtöisen näkökulman, kun tarkastellaan koko ajanjaksoa 2000-2007. Hallinto-oikeus on tulkinnut perustuslain 125.2 §:n vahvasti sitovaksi normiksi (*kunnille asetetuiksi valintaperusteiksi*), jonka pohjalta ansioituneisuus tulee ratkaista, ja katsoneen sen estävän kunnan rajoituksettoman harkintavallan virantäytöissä. Räikeisiin tapauksiin on pitänyt puuttua, jotta harkintavallan rajat eivät veny liian laajoiksi. OHaO:n käsitys vastaa huomattavasti *Bruunin, Mäenpään ja Tuorin* käsitystä nimitysperusteiden merkityksestä.<sup>203</sup>

KHO on puolestaan nähnyt nimitysperusteet enemmänkin *periaatteina*, jotka ohjaavat kunnallisten virkojen täyttöä eikä ole halunnut antaa niille yhtä suurta sitovuutta.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> *Bruun - Mäenpää - Tuori* 1988, s.36-37 ja 86. Heidän mukaansa nimitysperusteet ovat oikeusperiaatteita, jotka eivät ehdottomasti, toisin kuin oikeusnormit, ilmaise, kuinka tapaus tulee ratkaista vaan ainoastaan ilmaisevat siinä huomioon otettavat periaatteet. Kun ne ovat periaatteita, mikään niistä ei kilpailutilanteessa menetä pätevyyttään, vaan joku niistä saattaa osoittautua muita vähäisemmäksi. Toisaalta oikeudellinen sitovuus tulee kyseeseen silloin, kun joku hakijoista on ilmeisen selvästi muita ansioituneempi.

<sup>204</sup> KHO:n käsitys vastaa lähinnä *Merikosken* käsitystä nimitysperusteiden sitovuudesta. Hänen mukaansa nimitysperusteiden sääntö on luonteeltaan vapaan hallinnollisen harkinnan alaan kuuluvia tulkintaohje, joka ei aiheuta kenellekään mitään oikeuksia tai velvollisuuksia (*Merikoski* 1958, s.174-190). Kunnalla on valta harkintansa mukaan päättää nimitysperusteiden soveltamisesta tulkintaohjeena ja se voi myös päättää nimitysperusteiden välisen etusijan ja painottamisen.

KHO on hallinto-oikeutta enemmän painottanut nimitysperusteiden rinnalla kunnan hakuilmoituksessa asettamia edellytyksiä ja toivomuksia, joiden painoarvo on ainakin julkaistussa ratkaisussa 2004:55 noussut hierarkkisesti jopa nimitysperusteiden yläpuolelle.

### 1.5 Kyky vai taito?

Hallinto-oikeus on KHO:ta enemmän antanut painoa taidolle, vaikkakin perustellut arvioineensa asiaa kokonaisharkinnalla. Jos hallinto-oikeus on antanut kyvyllä painavamman merkityksen, se on vaatinut KHO:tta selvemmin julkituodut objektiiviset perusteet sille, miksi taitojen eroista on virantäyttötilanteessa poikettu. Hallinto-oikeus on antanut varovaisemmin arvoa yksimielisyydelle relevanttina perusteena kyvynpainottamiselle. Vaikka KHO on hallinto-oikeuden päätöksistä valtaosan pysyttänyt, niissä tapauksissa, joissa se on kumonnut OHaO:n päätökset oikeudellisena perusteena ansioituneisuus, KHO ei ole hyväksynyt yhtä vahvasti taitojen painottamista, vaan nostanut kyvyn etusijalle. KHO on ymmärtänyt kyvyn *potentiaalina*<sup>205</sup>, joka voi korvata vähemmät ansiot taidoissa. Hallinto-oikeus ei ole tällaista näkemystä hyväksynyt. Ehdottoman varmasti voi asian todeta olleen näin suorittaja- ja opettajanviroissa. Hallinto-oikeus on myös rehtorin viroissa pitänyt taitoa painavampana perusteena, kun valittaja on ollut taidoiltaan ylivoimainen eikä ole nähnyt kykyä taitoa korvaavana potentiaalina. Rehtorin viroissa on huomioitu enemmän objektiivisyyttä ja pidetty oppilaiden kannalta parempana, että rehtorilla on määrällisesti riittävästi aikaisempaa kokemusta kouluelämästä, eivätkä henkilökohtaiset ominaisuudet hyvän johtamisen kannalta ole olleet hallinto-oikeuden näkemyksen mukaan liialti painotettavissa. Sen sijaan muissa johtavissa viroissa hallinto-oikeus on ollut lähempänä KHO:n käsitystä ja henkilökohtaiset ominaisuudet ovat olleet selvästi painavampia.

KHO:n julkaistu ratkaisun yhdeksi *ratio decidenci* voidaan ymmärtää tässä asetelmassa myös tarve asettaa rehtorin virat johtavina virkoina samaan asemaan muiden johtavien virkojen osalta, kun koulujen yhdistämisen yleistyttyä yhä

<sup>205</sup> *Miettinen – Muukkonen* (LM 4/2006). He käyttävät artikkelissaan ilmausta potentiaali, kun arvioivat KHO:n uuden linjauksen pohjalta kyvyn merkitystä.

useammalla rehtorilla on johdettavanaan satoja oppilaita ja yhä enemmän opettajia. Johtamiskyvyn ominaisuudet nousevat entistä tärkeämpään rooliin eikä rehtorin tehtäviä voi verrata monessakaan nykykoulussa pienempien kouluyksikköjen rehtorin tehtäviin, joissa taidot ja kouluelämän tuntemus olivat perustellusti painokkaampia seikkoja. Tältä kannalta KHO:n ratkaisu vaikuttaa rationaalisemmalta, mutta edelleen suhtautuisin hyvin varovaisesti harkintavallan ulottamiseen näin laajaksi, koska se veisi pohjan nimitysperusteiden kokonaisarvion ja muiden nimitysperusteiden merkitykseltä.<sup>206</sup>

### 1.6 Kuinka suorittaa ansiovertailu valitusvaiheessa?

KHO:n ja OHaO:n tavassa arvioida nimitysperusteita päätöksissään on myös eroavaisuuksia. KHO on arvioinut perusteita enemmänkin *yhtenäisenä, jakamattomana* vertailukokonaisuutena, kun taas hallinto-oikeus on systemaattisemmin ensin suorittanut jokaisen nimitysperusteen kohdalla erikseen ansiovertailun, jonka sitten yhdistänyt kokonaisarvioksi. Kun perusteet arvioidaan näin yksittäin, käy selvemmin ilmi erojen merkittävyys eri nimitysperusteiden osalla, ja niiden pohjalta on helpompi hahmotella kunnan harkintavallan rajoja. Jos perusteet nähdään ja arvioidaan yhtenä kokonaisuutena ilman sitä edeltävää nimitysperustekohtaista ansiovertailua, räikeät erot yksittäisen perusteen osalla hämärtyvät ja lopputulokseksi muodostuu helposti vain kyvyn painottaminen ja kunnan harkintavallan liian laajaksi leviäminen. Vaikka nimitysperusteita tuleekin soveltaa kokonaisuutena, ei se tarkoita, että kokonaisuus *puuromaiseksi rakenteeksi* muotoiltuna oikeuttaisi kunnan räikeät poikkeamiset yksittäisen nimitysperusteen osalta.

Liikkeelle lähteminen nimitysperustekohtaisesta arvioinnista ja päätyminen tämän kautta kokonaislopputulemaan takaa sen, että kunnan harkintavallan rajat on arvioitu perusteellisemmin jokaisen nimitysperusteelle hyväksyttävän harkintavallan näkökulmasta ja että nimitysperusteista jokainen on samanarvoisena vaikuttamassa lopputulokseen. Nimitysperustepykälän *rationa* on kokonaisvaltaisen hakijoiden ansioituneisuuden selvittäminen eikä se toteudu, jos kaikkia perusteita ei arvioida erikseen saati sitten, jos vain yhdelle niistä annetaan painoarvoa. Tietynasteinen

<sup>206</sup> Samoin *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s. 534-535. He toteavat, että koulutusta ja kokemusta ei voida suhteuttaa yksioikoisesti hakijan ikään, sillä pelkän potentiaalain painottaminen veisi pohjan nimitysperusteiden kokonaisarviolta.

painottaminen tulee kuitenkin hyväksyä, mutta sillä ei tule voida perustella toisen nimitysperusteen kohdalla ansioissa olevaa räikeää eroa. Ensin on hyväksyttävä harkintavallan rajat jokaisen perusteen osalta ennen kuin voidaan hyväksyä sen rajat kokonaisuuden osalta. Nimitysperusteiden tarkoitus on taata virantäyttäjien objektiivisuus ja ansioituneimman hakijan nimittäminen virkaan, eivätkä nämä normin vaatimukset täyty, mikäli hyväksytään kunnan rajoittamaton harkintavalta= kunnan mahdollisuus valita virkaan kenet tahansa kelpoisuusehdot täyttävä hakija. Hallinto-oikeuden linja näyttää vastaavan enemmän lainsäätäjän tarkoitusta kuin KHO:n uusi linjaus, joka päinvastoin näyttäisi pyrkivän irti lainsäätäjän tavoitteesta saada nimitysperusteet rajaamaan kunnan harkintavaltaa virkanimityksissä.

### 1.7 Tulevaisuuden doktriini - Ansioituneisuuden käsite romukoppaan?

Nähtäväksi jää, jatkaako KHO muodostamaansa uutta linjaa myös laajentamalla kyvynpainotuksen merkitystä myös suorittaja- ja opettajaviroissa.<sup>207</sup> Mikäli näin tapahtuu, on syytä miettiä, mikä rooli nimitysperusteilla on sen jälkeen. Ovatko ne sama asia kuin potentiaali suoriutua viran tehtävistä, joka arvioidaan hakijan iän ja siihen suhteutetun työkokemuksen ja muiden ansioiden pohjalta, eivätkä pitkäaikaisen työkokemuksen kautta saadut taidot ole enää entiseen tapaan osoittamassa hakijan potentiaalia selviytyä viran tehtävistä. Siis ansioituneisuus arvioitaisiin entistä selvemmin kyvyn perusteella ja näin ollen soveltuvuuden arvioinnille annettaisiin ratkaiseva painoarvo. Tämä näyttäisi selvästi viittaavan tarkoitukseen irtautua vanhastaan painotetusta virkaikäjärjestelmästä, jossa pitempi virkaura on tarkoittanut samaa asiaa kuin suurempi ansioituneisuus, ja hylätä ansioituneisuus virantäytön johtavana periaatteena.<sup>208</sup>

<sup>207</sup> Uuden doktriinin ulottaminen myös suorittajatason virkoihin voisi olla tulkittavissa KHO:n ratkaisusta 24.8.2007 T 2126. Selostettu tarkemmin jaksossa IV.2.2.1. Tapauksen ratio decidendi ei ole kuitenkaan selvä, koska lautakunnan KHO:lle toimittama lisäselvitys on saattanut vaikuttaa KHO:n päätöksen lopputulokseen. KHO olisi voinut vahvistaa OHaO:n linjan, mikäli selvitys olisi jäänyt yhtä puutteelliseksi kuin HaO:ssa. Toisaalta KHO:n päätöksen ratio decidendi voi olla kunnan harkintavallan etusija myös suorittajavirkojen osalta niin ettei kaksiosaista perusteluvollisuutta HaO:n tarkoittamassa laajuudessa vaadita.

<sup>208</sup> *Miettinen - Muukkonen* (LM 4/2006), s.533-534, av. 73. He toteavat KHO:n ratkaisusta 2005:44, että siinä KHO:n potentiaalia painottava näkemys on poikkeama aikaisemmasta hyvin *meritokratisesta* virantäyttöparadigmasta. Heidän mukaansa voidaankin kysyä, onko korkein hallinto-oikeus tämän ratkaisun yhteydessä valmis luopumaan ansioituneisuusperiaatteesta, vaikka juuri nimitysperiaatesäännöksen soveltamislaajennuksen myötä ansioituneisuusperiaatteen voisi katsoa tulleen yhä selvemmäksi lainsäätäjän tahtoa.

Nimitysperusteita tulisi tulkita kokonaisuutena, joka tarkoittaisi niiden erittelemätöntä arviointia abstraktina, puuromaisena massana. Myös kunnan mahdollisuutta määritellä harkintavaltaansa hakuilmoitukseen liitetyillä edellytyksillä ja toivomuksilla on nähtävästi haluttu lisätä. Ollaan menossa uudelleen kohti aikaisempaa oikeustilaa, jossa jokaisella kunnalla on itsenäinen valta päättää viran kelpoisuusehdoista ja nimityksen perusteina käytettävistä perusteista. Perustuslain nimitysperusteet nähdään suhteessa kunnan hakuilmoituksessa esiin tuomiin kelpoisuusehtoihin, eikä niiden merkitys ole tätä suurempi. Uusi linja näyttäisi vievän kohti yhä subjektiivisemmilla perusteilla tehtävää virantäyttöä, kun arvioille annetaan konkreettisesti havaittavissa olevaa ainesta enemmän painoarvoa. Kyvyn ja potentiaalın arvostaminen perustuu aina arvioon eikä ole taitoansioiden tapaan objektiivisesti asiakirjoista arvioitavaa ansioituneisuutta. Jos tällaista subjektiivista linjausta päätetään jatkaa, on hallinto-oikeuden muodostama kaksiosaisen perusteluvollisuuden vaatimus ehdottomasti otettava laajemmin käyttöön, jotta virantäytöissä säilyy edes jonkinasteinen objektiivisuus. Muutoin virantäyttö alkaa muistuttaa liikaa tavalliseen työsuhteeseen ottamista, mikä ei sovi viran luonteeseen julkisesti merkittävänä ja vallankäyttöäkin sisältävänä instituutiona. Työsopimussuhteisen paikan täyttämässä tällaisia аспекteja ei ole eikä näin ole samalla tavalla perusteltua valvoa objektiivisuuden toteutumista. Virantäytöissä objektiivisuutta nimenomaan muun muassa perustuslain 125.2 §:n nimitysperusteilla halutaan korostaa.

### **1.8 Kuka hakijoista on virkaan ansioitunein?**

*Nykydoktriinista* voitaisiin kiteyttää nimitysperusteiden mukainen ansioituneisuus seuraavasti eri virkatyypeittäin:

*a) Johtavat virat (mukaan lukien rehtorin virat KHO:n uuden linjauksen perusteella):*

Virkaan on ansioitunein kelpoisuusvaatimukset täyttävistä hakijoista se, joka objektiivisesti perustellen (kaksiosainen perusteluvollisuus täytetty) on henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan (ymmärretään potentiaalina) kunnan hakuilmoituksessa painottamalla ja siis julkituoduilla osa-alueilla parhaaksi arvioitu tai aikaisemmin ko. kunnan palveluksessa todettu. KHO:n uuden doktriinin mukaan

johtavien virkojen osalla ei siis edes räikeät taitoansioerot ole enää este kyvynpainottamiselle, ja kunnalla on valitsijana oikeus päättää, mitä perustetta painottaa. Tuomioistuimen rooli vastaa käytännössä kumileimasinta, jos ei ole tapahtunut menettelyvirhettä päätöksenteossa tai ei ole kyse laittomasta syrjinnästä, ja valmistelu on hoidettu riittävän huolellisesti.

b) *Suorittajataso virat ja opettajan virat:*

Virkaan on ansioitunein kelpoisuusvaatimukset täyttävistä hakijoista se, joka omaa riittäväksi katsottavan työkokemuksen (vähintään 3 vuoden pituinen, myös laadulla merkitystä) virkaa vastaavista tehtävistä ja joka objektiivisesti perustellen (kaksiosainen perusteluvelvollisuus täytetty) on henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan kunnan hakuilmoituksessa painottamalla tai siis julkituoduilla osa-alueilla parhaaksi arvioitu tai aikaisemmin kunnan palveluksessa todettu, eikä hänestä ole annettu asiaan vaikuttavaksi katsottavaa negatiivista lausuntoa. Taidolla on painavampi merkitys arvioinnissa. Hallinto-oikeus ei ole niin selvästi kumileimasin kuin johtavien virkojen osalla, vaan räikeät erot taitoansioissa (erityisesti työkokemuksen osalla) johtavat virkavaalin kumoamiseen. Tosin KHO:n linjauksesta ei voi sanoa täysin varmasti, onko binaarinen perusteluvelvollisuus vaadittu vai onko myös näiden virkatyyppien osalta menty kunnan harkintavallan laajentamisen myötä vahvaan kyvyn hallitsevuuteen<sup>209</sup>

*Ansioituneisuus voidaan pelkistää yleisellä tasolla seuraavasti:*

Vieläkin pelkistetympin voidaan sanoa, että virkaan on ansioitunein hakijoista *sovelian* eli henkilökohtaisilta ominaisuuksiltaan ansioitunein. Virkanimitysperusteet rajoittavat on ymmärrettävä vain ohjeiksi, jotka ohjaavat, *mutta eivät* sido soveliainta hakijaa valittaessa. Valitsijan harkintavaltaan kuuluu nimitysperusteiden painotus eikä tuomioistuimen tule tätä kyseenalaistaa.

## **1.9 Kunnan harkintavallan primäärisyys**

KHO:n päätöksillä on palattu takaisin kunnallisen itsehallinnon korostavalle linjalle, josta poikettiin 2000-luvun alun perustuslaki-innostuksen ensi vaiheissa. Kunnallisen itsehallinnon asema on vahvempi kuin hakijoiden objektiiviset tai subjektiiviset

<sup>209</sup> KHO 24.8.2007 T 2126.

oikeudet virantäytössä. PL 121 § saa etusijan PL 125.2 §:n nimitysperusteisiin, virantäytön ohjeenluontoiisiin periaatteisiin, nähden. Nimitysperusteet väistyvät kunnan harkintavallan tieltä jopa niissä tapauksissa, joissa jollakin nimitysperusteella mitattuna on havaittavissa räikeänsuuruisia eroja. Kunnan itsehallintoon kuuluva valta ottaa omat viranhaltijat on niukkojen budjettien aikana noussut niin merkittäväksi, että nimitysperusteiden *virantäytön objektiivisuutta ylläpitävä funktio* on peittynyt laajan harkintavallan varjoon. Tämä on vahvasti vastoin nimitysperusteiden soveltamisalan laajentamisen tausta-ajatusta rajata kunnan harkintavalta virantäytössä yleisillä nimitysperiaatteilla, jottei valinta olisi mahdollista ainoastaan kelpoisuusehtojen säätämässä, hyvin laveissa rajoissa. Kun kyse on viroista, ei harkintavallan tulisi vastata rajoittamattomuudessaan työsopimussuhteisten tehtävien täyttämisen harkintavaltaa.

## **2 Tulevaisuudesta**

Tulevaisuudessa olisi ehdottomasti tarpeen saada lisääntyvässä määrin julkaistuja ratkaisuja KHO:lta koskien virkanimitysperusteiden soveltamista ja painottamisesta. Tälläkin hetkellä on oikeustilassa epäselvyyttä siitä, onko uusi doktriini tullut koskemaan ainoastaan johtavia virkoja ja sovelletaanko samaa suorittajataso- ja opettajatoimen virkoihin. Tulkintaa vaikeuttaa se, että kunnat heräävät monesti vasta KHO:ssa ja toimittavat huomattavasti laajemmin selvitystä kuin mitä hallinto-oikeudelle on ensivaiheessa esitetty. Tämä on omiaan muuttamaan asian arviointia ja vaikuttamaan hallinto-oikeuden päätösten kumoamiseen KHO:ssa. Lisäksi se vaikuttaa KHO:n linjauksen selvittämistä, koska uusi selvitys – olettaen ettei selvitys ole ollut vielä HaO:ssa riittävää – on nyt saattanut olla ainoa tekijä, jonka vuoksi HaO:n ratkaisu on jouduttu kumoamaan. KHO ei välttämättä ole hylännyt HaO:n ratkaisulinjaa, mutta olosuhteiden muututtua katsonut oikeammaksi kumota HaO:n ratkaisu.

Doktriinin laajuusongelman lisäksi on kiistanalaista, tulisiko binaarista perusteluvollisuutta asettaa ja millä edellytyksillä se tulee katsoa täytyneeksi. Myös tähän ongelmaan tarvittaisiin sellainen KHO:n ratkaisu, jossa selvitys olisi molemmissa oikeusasteissa toisiaan vastaavaa. Vain tällöin voitaisiin varmalta pohjalta sanoa, kuinka KHO on suhtautunut OHaO:n doktriiniin binaarisesta perusteluvollisuudesta.

Tärkeää uusien ennakkoratkaisujen antaminen olisi myös sen vuoksi, että KHO:n doktriini saataisiin vahvistettua. KHO kun antoi julkaistun ennakkoratkaisun 2005:44 aikoihin julkaisemattomassa ratkaisussa juuri vastakkaiseen suuntaan menevän ratkaisun 10.6.2005 T 1422, joka olisi pysyttänyt voimassa aikaisemman doktriinin. Tällaiset samaan aikaan annetut vastakkaiset ratkaisut eivät ole omiaan vahvistamaan hallinto-oikeuksien linjojen yhtenäisyyttä.

Jatkossa on myös mielenkiintoista nähdä, kuinka tullaan suhtautumaan tilanteisiin, joissa on esitetty negatiivisia lausuntoja valittajasta tai valittajan persoonallisuus havaitaan kunnissa niin vaikeaksi, ettei häntä yksinkertaisesti haluta virkoihin. Asiakirjoista käy ilmi, ettei häntä haluta, vaikkei sitä suoraan tuodakaan ilmi, mutta ansioiden mukaan hän on ylivertainen verrattuna muihin. Tuomioistuimella on edessään vaikea päätös, koska tällaisen hakijan taidot näyttäisivät vievän kohti päätöksen kumoamista ja ominaisuudet puolestaan kohti pysyttämistä. Tämä on yleensä hoidettu niin, että päätös on ensimmäisellä kerralla kumottu harkintavallan ylityksenä, mutta toisella kerralla ei ole katsottu mahdolliseksi kuin pysyttää päätös. Viitteitä siitä, että pysyttäminen jo ensimmäisellä kerralla voisi tulla kyseeseen on ollut nähtävissä, mutta tulevan oikeuskäytännön varaan jää, koska vakiintunutta kantaa ei ole syntynyt.