



Pesänjakajana toimivan asianajajan mahdollinen esteellisyys vapaamuurarijärjestön jäsenyyden perusteella

**Muistio oikeuskanslerille, laati nuorempi oikeuskanslerinsihteeri Laura Pyökäri
7.5.2013**

1 KYSYMYKSENASETTELU

Viitaten Suomen Asianajajaliiton valvontalautakunnan 26.9.2011 antamaan ratkaisuun valvonta-asiassa Dnro 17811 sekä eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen 12.8.2002 antamaan ratkaisuun Dnro 2709/2/00) oikeuskansleri pyysi Suomen Asianajajaliitolta lausuntoa siitä, olisiko hyvää asianajajatapaa koskevia ohjeita tai muuta asianajajia koskevaa ohjeistusta mahdollisesti aiheellista joiltain osin tarkentaa ainakin sellaisten tilanteiden varalta, joissa vapaamuurarijärjestöön kuuluva asianajaja toimii pesänjakajana.

Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisun mukaan jäsenyys vapaamuurarijärjestössä tai muussa vastaavassa aatteellisessa yhdistyksessä on sellainen sidonnaisuus, josta tuomarin virkaan nimitettäväksi esitettävän tai virkaan nimitetyn olisi tehtävä lain mukainen ilmoitus. Ratkaisun mukaan tuomari on ainakin lähtökohtaisesti esteellinen käsittelemään asiaa, jossa hän ja jompikumpi oikeudenkäynnin vastapuolista kuuluu vapaamuurarijärjestöön. Korkeimman oikeuden 24.5.2011 antaman ennakkopäätöksen 2011:31 mukaan pesänjakajan tehtävä voidaan rinnastaa tuomarin tehtävään. Päätöksen mukaan tuomaria koskevat esteellisyysperusteet antavat hyvän lähtökohdan arvioida pesänjakajaksi esitetyn henkilön sopivuutta silloin, kun häntä vastaan on esitetty esteellisyysväite.

Suomen Asianajajaliitto on antanut 2.2.2012 saapuneeksi kirjatun lausuntonsa, jonka mukaan Suomen Asianajajaliitto ei pidä mahdollisena, että liiton ammattieettisillä ohjeilla voitaisiin pesänjakajaksi ilmoitettu asianajaja velvoittaa aina ilmoittamaan tuomioistuimelle tai toimituksen asianosaisille jäsenyytensä vapaamuurarijärjestössä tai muissakaan yhdistyksissä. Jäsenyyttä vapaamuurarijärjestössä saatetaan kuitenkin pitää hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden 6.4 -kohdassa tarkoitettuna henkilökohtaisena liityntänä.

2 ASIAN ARVIOINTIA

2.1 Oikeusohjeista

Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden (jäljempänä tapaohjeet) 6.4 kohdan mukaan asianajaja ei saa ottaa vastaan tehtävää, jos hänellä, hänelle läheisellä henkilöllä tai samassa toimistossa tai toimistoyhteisössä toimivalla henkilöllä on tehtävään sellainen taloudellinen tai henkilökohtainen liityntä, joka saattaa haitata asianajajan kykyä täysipainoisesti valvoa asiakkaansa etua. Asiakkaan suostumus oikeuttaa asianajajan ottamaan tehtävän vastaan, ellei liityntä ole olennainen.

Tapaohjeiden 6.8 kohdan mukaan jos asianajaja pitää itseään esteettömänä, mutta asianajajan tiedossa on seikkoja, jotka voivat aiheuttaa perusteltuja epäilyksiä hänen esteettömyydestään, asianajajan on ilmoitettava näistä seikoista asiakkaalle. Ilmoitusvelvollisuus on täytettävä rikkomatta asianajajan salassapito- ja vaitiolovelvollisuutta.

Oikeudenkäymiskaaren (jäljempänä OK) 13 luvun 6 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaan tuomari on esteellinen, jos tuomarilla on palvelussuhteen perusteella tai muuten asianosaiseen sellainen suhde, että se, erityisesti käsiteltävänä olevan asian laatu huomioon ottaen, antaa perustellun aiheen epäillä tuomarin puolueettomuutta asiassa. Saman lainkohdan 3 momentin mukaan tavanomaisena pidettävään asiakkuuteen, omistukseen tai niihin verrattavaan seikkaan perustuva suhde asianosaiseen ei aiheuta 1 momentin 2 kohdassa tarkoitettua esteellisyyttä.

OK 13 luvun 7 §:n 3 momentin mukaan tuomari on esteellinen myös, jos jokin muu tässä luvussa tarkoitettuun seikkaan rinnastettava seikka antaa perustellun aiheen epäillä tuomarin puolueettomuutta asiassa.

Ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen (jäljempänä Euroopan ihmisoikeussopimus) 6 artiklan 1 kappaleen mukaan jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin laillisesti perustetussa riippumattomassa ja puolueettomassa tuomioistuimessa silloin, kun päätetään hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan tai häntä vastaan nostetusta rikossyytteestä.

Perintökaaren (jäljempänä PK) 13 luvun 4 §:n 1 momentin mukaan oikeus määrätköön hakemuksesta sopivan henkilön pesänjakajaksi.

2.2 Oikeuskäytännöstä

2.2.1 Pesänjakajan esteellisyys

Korkein oikeus on ratkaisussaan 2011:31 katsonut, että pesänjakajan perintökaarella tarkoitettua sopivuutta tehtäväänsä on arvioitava ”nyt tarkasteltaessa on otettava huomioon paitsi pesänjakajan toimivallan laajuus myös yleisten esteellisyyttä koskevien käsitysten tiukentuminen ja sitä ilmentävä uusi lainsäädäntö.” Ratkaisussa luonnehditaan pesänjakajan toimivaltaa laajaksi ja yksinomaiseksi sekä todetaan pesänjakajalla olevan runsaasti harkintavaltaa asianosaisten erimielisyyksien ratkaisemisessa. Lisäksi huomioon on otettu, että osituksen on tarkoitus jäädä lopulliseksi ratkaisuksi asiassa, ja toimituksessa tehtyihin ratkaisuihin voidaan hakea muutosta vasta osituksen päätyttyä. Näistä syistä ”on edellytettävä, että pesänjakajaksi määrätävä henkilö on asiantunteva ja ettei perusteltuja epäilyksiä hänen puolueettomuudestaan ole.” Korkeimman oikeuden mukaan ”pesänjakajan tehtävä voidaan rinnastaa tuomarin tehtävään. Kummassakin ratkaisijan on oltava riippumaton ja ratkaisun lakiin perustuva sekä oikeuden-

mukainen. Tuomaria koskevat esteellisyysperusteet antavat siten hyvän lähtökohdan arvioida pesänjakajaksi esitetyn henkilön sopivuutta silloin, kun häntä vastaan on esitetty esteellisyysväite.”

2.2.2 Tuomarin esteellisyys vapaamuurarijäsenyyden perusteella

2.2.2.1 Kotimaiset tuomioistuimet

Tietävästi sellaisia korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä, joissa olisi otettu kantaa tuomarin tai pesänjakajana toimivan asianajajan vapaamuurarijärjestön jäsenyyteen perustuviin esteellisyysväitteisiin, ei ole.

Itä-Suomen hovioikeus on kahdessa ratkaisussaan ottanut kantaa käräjätuomarin vapaamuurarijärjestön jäsenyyteen perustuviin esteellisyysväitteisiin. Päätöksessään I-SHO:2005:10 hovioikeus kumosi käräjäoikeuden tuomion rikosasiassa, jossa käräjätuomari ja toisen syytetyn vastapuolena olleen osakeyhtiön edustaja kuuluivat vapaamuurarijärjestöön ja palautti asian käräjäoikeuteen uudelleen käsiteltäväksi. Huomioon ottaen asian vakavuus ja asiassa tuomitun vahingonkorvauksen suuri määrä hovioikeus katsoi, että syytetyllä oli noissa olosuhteissa objektiivisesti arvioiden aihetta epäillä käräjätuomarin puolueettomuutta. Käräjätuomari oli esteellinen käsittelemään asiaa OK 13 luvun 6 §:n 2 kohdan sekä 7 §:n 3 momentin nojalla.

Päätöksessä I-SHO:2005:9 kysymys oli siitä, että yleisen tiedon mukaan käräjätuomari oli tai oli ainakin vuoteen 2002 ollut saman vapaamuurarijärjestön jäsen kuin riita-asiassa vastapuolena olevan pankin entinen pääjohtaja ja muut kanteen perustana olleita oikeustoimia järjestelleet henkilöt. Käräjätuomari on selvityksessään lausunut kuuluneensa vapaamuurarijärjestöön mutta sittemmin eronneensa siitä. Ratkaisussa on viitattu OK 13 luvun 7 §:n 3 momenttiin ja todettu, että käräjätuomari on kuulunut vapaamuurarijärjestöön. Järjestön jäsenyys valituksessa kerrotuissa olosuhteissa ei tehnyt käräjätuomaria esteelliseksi käsittelemään ja ratkaisemaan riita-asiaa.

2.2.2.2 Ylimmät laillisuusvalvojat

Ylimpien laillisuusvalvojen käytännössä eduskunnan oikeusasiamies on käsitellyt kysymystä tuomarin ja asianajajan vapaamuurarijärjestön jäsenyyteen perustuvasta esteellisyydestä.

Oikeusasiamies on vuoden 1996 ratkaisussaan (Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus 1996) todennut, että järjestön toimintaan liittyvä salaperäisyys sekä jäseniltä vaadittavat keskinäiset avunantovakuutukset ovat omiaan antamaan ulkopuoliselle sellaisen kuvan, että järjestön jäsenillä on poikkeuksellisen sitova velvollisuus pitää kaikessa toisen jäsenen puolta. Oikeusasiamies toteaa, että muussa yhdistystoiminnassa ei hänen tietojensa mukaan ole yhtä voimakasta jäsenten keskinäisen solidaarisuusvelvoitteen korostumista. Oikeusasiamiehen mukaan tuomari on ainakin lähtökohtaisesti esteellinen käsittelemään asiaa, jossa hän ja jompikumpi oikeudenkäynnin vastapuolista kuuluu vapaamuurarijärjestöön ainakin tapauksessa, jossa riita-asian jompikumpi osapuoli on joko järjestön henkilöjäsen tai käytännössä samaistuu vapaamuurarijärjestön jäseneksi, kuten pienyhtiössä. Lisäksi myös oikeudenkäynnin laji voi oikeusasiamiehen näkemyksen mukaan vaikuttaa esteellisyysarvioon. Virallinen syyttäjä on tuomarin näkökulmasta siinä määrin verrattavissa riita-asian vastapuoleen, että esteellisyysperiaate koskee häntäkin ja myös hakemusasioita ratkaisevan tuomarin tulisi ottaa esteellisyysperuste huomioon, vaikka aina hakemusasioissa ei ole sellaista vastapuoliasetelmaa, joka voisi saattaa tuomarin objektiivisen puolueettomuuden epäilyksen alaiseksi.

Oikeudenkäyntiavustajan tai -asiamiehen vapaamuurarijäsenyyden osalta oikeusasiamies totesi yhtäältä, että avustajan tai asiamiehen tehtävä antaa vastapuolelle aiheen samaistaa tämä päämieheensä. Toisaalta lähtökohtana on, että asianajaja saa palkkionsa päämiehensä voitosta tai häviöstä riippumatta, minkä vuoksi jutun lopputulos koskettaa lähinnä päämiestä eikä hänen avustajaansa tai asiamiestään, minkä voi olettaa olevan keskiwertokansalaisen tiedossa. Näistä syistä tuomarin suhde päämiehen avustajaan tai asiamieheen ei ole yhtä herkkä kysymys kuin tuomarin suhde oikeudenkäynnin jompaankumpaan vastapuoleen. Silti on mahdollista, että puolueettomuuden uskottavuus voi joskus kärsiä myös asiamiehen tai avustajan ja tuomarin vapaamuurariveljeydestä, minkä vuoksi kyseisenkaltaista asetelmaa tulisi mahdollisuuksien mukaan välttää.

Eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen ratkaisussa 12.8.2002 (Dnro 2709/2/00) todetaan eräaseen vapaamuurareita koskevaan tutkimukseen viitaten, että sen valossa epäilylle tuomarin subjektiivisen, tosiasiallisen puolueettomuuden vaarantumisesta siinä tilanteessa että oikeudenkäynnin asianosainen saa kuulla sekä vastapuolensa että tuomarin kuuluvan samaan vapaamuurarijärjestöön, ei ainakaan yleisesti näyttäisi olevan aihetta. Sen sijaan tuomarin objektiivisen puolueettomuuden arvioinnin kannalta oikeusasiamiehen yllä mainitussa ratkaisussa esittämät näkökohdat ovat apulaisoikeusasiamiehen näkemyksen mukaan keskeisiä. Myös sittemmin voimaantulleiden tuomarin esteellisyyttä koskevien säännösten valossa oikeusasiamies katsoi voivansa yhtyä siihen oikeusasiamiehen jo aiemmin esittämään käsitykseen, että tuomari on ainakin lähtökohtaisesti esteellinen käsittelemään asiaa, jossa hän ja jompikumpi oikeudenkäynnin vastapuolista kuuluu vapaamuurarijärjestöön. Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisussa kiinnitettiin huomiota myös siihen, että perustuslain mukainen yhdistymisvapaus kuuluu myös tuomareille, sekä siihen, että viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain (jäljempänä julkisuuslaki) 24 §:n 1 momentin 32 kohdan mukaan salassa pidettäviä ovat, jollei erikseen toisin säädetä, muun ohella asiakirjat, jotka sisältävät tietoja henkilön osallistumisesta yhdistystoimintaan. Apulaisoikeusasiamiehen käsityksen mukaan sidonnaisuusselvityksiä koskevat lainkohdat ovat sellaisia poikkeussäännöksiä, joiden nojalla muutoin salassa pidettävät tiedot ovat julkisia.

Oikeuskansleri Jaakko Jonkka on 8.12.2009 antamassaan ratkaisussa kanteluun (Dnro OKV/31/31/2008), joka koski muun ohella käräjätuomarin esteellisyyttä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevassa asiassa sen vuoksi, että tuomari on kantelijan lehdestä lukeman perusteella kuulunut vapaamuurarijärjestöön samoin kuin erään asiaan osallisen avustaja, todennut viitaten OK 13 luvun 6 §:n 1 momentin 2 kohtaan sekä 7 §:n 3 kohtaan, että käytettävissä olleista asiakirjoista ei ilmennyt sellaista, mikä viittaisi siihen, että käräjäoikeuden ratkaisulla sen käsiteltävänä olevassa hakemusasiassa olisi ollut erityistä merkitystä kantelijan tietojen mukaan vapaamuurarijärjestöön kuuluneelle asiaan osallisen avustajalle. Ottaen huomioon esteellisyyttä koskevan sääntelyn avoimuuden ei ollut aihetta epäillä käräjätuomarin syyllistyneen virkarikokseen jättäessään omasta aloitteestaan jääväämättä itsensä asian käsittelystä.

Lisäksi oikeuskansleri Nikula on 27.2.2006 antamassaan ratkaisussa (Dnro 772/1/03), joka koski muun ohella Suomen Asianajajaliiton pääsihteerin väitettyä esteellisyyttä hänen vapaamuurarijärjestön jäsenyytensä perusteella eräässä kurinpitoasiassa, todennut asiaan soveltuvan OK 13 luvun 7 §:n 3 momentin säännöksen. Asiassa kysymyksessä olleen valvontamenettelyn kohteena ollut asianajaja oli kantelun mukaan kuulunut myös vapaamuurarijärjestöön samoin kuin pääsihteerin, joka tuolloisen käytännön mukaan oli läsnä valvonta-asioita ratkaistaessa ja allekirjoitti ratkaisusta laaditut pöytäkirjan otteet kokouksen sihteerinä. Oikeuskansleri Nikula totesi, että pääsihteerin ei ollut varsinaisesti osallistunut hallituksen valvonta-asian käsittelyyn eikä ole edes väitetty, että hän läsnäolollaan olisi pyrkinyt vaikuttamaan sen ratkaisuun. Pääsihteerin vapaamuurarijärjestön jäsenyys oli hänen kertomansa mukaan ollut passiivista vuodesta 1996 lukien, eikä asiassa ollut ilmennyt, että pääsihteerillä olisi aiemman toimintansa perus-

teella ollut muuta suhdetta valvontamenettelyn kohteena olleeseen asianajajaan, valvontasiaan tai sen taustalla olleeseen oikeudenkäyntiasiaan. Näin ollen asiassa ei ollut perusteita katsoa pääsihteerin menetelleen virkavelvollisuuksiensa vastaisesti tai muuten moitittavasti.

2.2.2.3 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen eräissä ratkaisuissa on käsitelty tuomarin tehtävän ja vapaamuurarijärjestön jäsenyyteen liittyviä kysymyksiä. 1.6.1999 tehdyssä ratkaisussa Kiiskinen ja Kovalainen (26323/95) ihmisoikeustuomioistuin totesi eräässä riita-asiassa tuomarin olleen vapaamuurari, mutta valittaja ei ollut esittänyt näyttöä sen väitteensä tueksi, jonka mukaan vastapuolena olleen yhtiön eräät johtajat olisivat vapaamuurareita. Tuomioistuin totesi, että sen tehtävänä ei ollut ratkaista sitä kysymystä, seuraako tuomarin esteellisyys in abstracto tuomarin ja osapuolen välisestä sidonnaisuudesta (bond). Koska näyttöä ei ollut yhtiön johtajien vapaamuurarijäsenyydestä, tuomioistuin katsoi, että valituksesta ei ilmene, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 1 kohtaa olisi rikottu.

Asiassa Salaman (43505/98) tuomioistuin totesi 15.6.2000 annetussa ratkaisussaan riidatonta olleen, että tuomari sekä vainaja, jonka testamentin pätevydestä oli kysymys, olivat vapaamuurareita. Vaikutti myös siltä, että kaksi valittajan vastapuolen todistajaa olivat vapaamuurareita. Vastapuolen vapaamuurarijäsenyys oli kuitenkin kysymyksenalainen. Tuomioistuimen mielestä tämän seikan paikkansapitävyys ei kuitenkaan ollut keskeistä, koska mistään ei ilmennyt, että tuomari olisi tiennyt vastapuolen vapaamuurariudesta, eikä muutoinkaan ollut ilmennyt mitään sellaista, minkä perusteella tuomarin vapaamuurarijärjestön jäsenyys olisi ollut merkityksellistä niiden kysymysten suhteen, jotka asiassa oli ratkaistava. Tällaisissa olosuhteissa ei siten ollut objektiivisesti arvioiden sellaista, minkä vuoksi puolueettomuuden olisi katsottava vaarantuneen. Tuomioistuin totesi vielä viitaten eräisiin Yhdistyneiden kuningaskuntien viranomaisten (Lord Chancellor's Department ja Home Affairs Select Committee) selvityksiin ja johtopäätöksiin, ettei ollut näytetty, että tuomarin vapaamuurarijäsenyys Yhdistyneissä kuningaskunnissa sinänsä herättäisi epäilyjä hänen puolueettomuudestaan tilanteessa, jossa myös todistaja tai osapuoli on vapaamuurari. Kysymys siitä, seuraisiko ongelma tilanteessa, jossa tuomari tuntee henkilökohtaisesti toisen vapaamuurarin tai jossa vapaamuurari-instituution edut olisivat kysymyksessä, riippuisi tapauksen olosuhteista.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on myös ratkaisussaan 31.5.2007, Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani, pitänyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan mukaisen syrjintäkiellon vastaisena Italian lakiin perustuvaa vaatimusta siitä, että korkeiden virkojen hakijoiden on ilmoitettava mahdollinen kuulumisensa vapaamuurarijärjestöön. Tuomioistuin katsoi, että lailla kohdeltiin vapaamuurarijärjestöjä eri tavalla kuin muita järjestöjä. Lain mukaan kuuluminen vapaamuurarijärjestöön ei automaattisesti estänyt nimitystä asianomaiseen virkaan. Nimittäjäviranomaisen oli lain mukaan harkittava, vaikuttiko jäsenyys yhdessä mahdollisten muiden seikkojen kanssa siihen, että hakijaa ei tullut valita virkaan. Vaikka näillä näkökohdilla saattoi olla merkitystä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kokoontumis- ja yhdistymisvapautta koskevan 11 artiklan kannalta erikseen tarkasteltuna, ne menettivät osan merkityksestään, kun tapausta tutkittiin syrjintäkiellon kannalta. Oli lukuisia toisia järjestöjä, joihin kuuluminen saattoi tuoda esille kansalliseen turvallisuuteen ja järjestyksen säilyttämiseen liittyviä ongelmia asianomaisen henkilön toimiessa julkisissa viroissa. Nyt ilmoitusta vaadittiin vain vapaamuurarijärjestöjen jäseniltä. Tälle erilaiselle kohtelulle ei ollut esitetty hyväksyttäviä objektiivisia perusteita. Siten Euroopan ihmisoikeussopimuksen syrjintäkieltoa koskevaa 14 artiklaa oli rikottu yhdessä sopimuksen 11 artiklan kanssa.

2.3 Valtiopäiväasiakirjat

Tuomarin esteellisyysäännösten uudistamista koskevassa hallituksen esityksen (HE 78/2000 vp) OK 13 luvun 6 §:n 1 momentin 2 kohdan perustelujen mukaan lojaalisuus asianosaista kohtaan, asianosaisena olevan yhteisön omistaminen tai muunlainen yhteisöön samastuminen taikka voimakas kielteinen tai myönteinen tunne asianosaista kohtaan voivat antaa perustellun aiheen epäillä tuomarin kykyä tasapuoliseen harkintaan. Asian laatu vaikuttaa puolestaan siihen, missä määrin tällaiselle erityiselle suhteelle tulee antaa painoarvoa esteellisyyсарvioinnissa.”

Edelleen mainitussa hallituksen esityksessä on katsottu, että ”tuomarin puolueettomuus voi ulkopuolisen tai vastapuolen silmissä kuitenkin vaarantua, jos hän kuuluu asianosaisen kanssa yhteisöön, jolle on luonteenomaista yhteisön päämäärien velvoittavuus ja jäsenten keskinäinen lojaalisuus. Jos yhteisön jäsenyys perustuu toisen jäsenen suositukseen tai yhteisön esittämään kutsuun tai jos yhteisö pieni ja toimii tiiviisti ulkopuolisilta suljettuna, epäily tuomarin puolueettomuudesta voi olla perusteltu, jos hän käsittelee esimerkiksi kutsujansa tai pienen yhteisön jäsenen asiaa. Tällaisten kytkentöjen merkitystä esteellisyysperusteena on luonnollisesti tarkasteltava yksittäistapauksittain kuten esteellisyyttä kyseessä olevan kohdan perusteella muutenkin. Tällöinkin käsiteltävänä olevan asian laadulla on ratkaiseva merkitys arvioitaessa, voiko kytkentä vaikuttaa haitallisesti tuomarin kykyyn käsitellä asia tasapuolisesti. Vastaavasti muun muassa asian laatu on otettava huomioon arvioitaessa sitä, voiko sinänsä tavanomaisena pidettävä seurakunnan, puolueen, urheiluseuran tai muun järjestön jäsenyys aiheuttaa tuomarin esteellisyyden kyseistä yhteisöä koskevassa asiassa.”

Eduskunnan lakivaliokunta on hallituksen esityksestä tuomareiden nimittämistä koskevaksi lainsäädännöksi antamassaan mietinnössä (LaVM 1/2000 vp) todennut, että ”erityisesti tuomareiden kohdalla on huomattava, että julkisuudessa on noussut esiin tuomarin jäsenyys ristiriitaista keskustelua herättävissä yhdistyksissä ja jäsenyyden mahdollisesti aiheuttamasta puolueettomuuden vaarantumisesta ja esteellisyydestä. Läpinäkyvyyden takaamiseksi valiokunta katsoo, että tuomareiden on ilmoitettava myös tällaisten yhdistysten jäsenyyksistä.”

Eduskunnan lakivaliokunta on hallituksen esityksestä tuomarin esteellisyyttä koskevaksi lainsäädännöksi antamassaan mietinnössä (LaVM 6/2001 vp) OK 13 luvun 6 §:n 1 momentin osalta todennut käsitelleensä sekä syyttäjäilaitoksen uudistamista koskevassa mietinnössään että mietinnössä hallituksen esityksestä tuomareiden nimittämistä koskevaksi lainsäädännöksi tilannetta, jossa esteellisyys aiheutuu tuomarin kuulumisesta sellaiseen yhteisöön, jolle on tyyppillistä jäsenten välinen voimakas lojaalisuus. Tähän viitaten valiokunta katsoi, että tuomarin puolueettomuutta on arvioitava ehdotetun 2 kohdan mukaan.

Tuomarin esteellisyysäännösten uudistamista koskevassa hallituksen esityksessä (HE 78/2000 vp) todetaan OK 7 §:n 3 momentin osalta, että ”säännöstä sovelletaan tilanteissa, joissa tuomarin puolueettomuuden voidaan objektiivisesti arvioiden katsoa vaarantuvan muulla perusteella kuin luvussa aikaisemmin on mainittu. Tuomari on esteellinen, jos ulkopuolinen henkilö ei voi vakuuttua tuomarin kyvystä käsitellä asiaa puolueettomasti.”

Esteellisyyttä on harkittava kussakin tapauksessa erikseen ja tuolloin on otettava huomioon, minkälainen suhde tuomarilla on käsiteltävään asiaan, asianosaisiin tai asiassa muutoin esiintyviin henkilöihin. Tuomari on esteellinen vain, jos jokin selvästi yksilöitävissä oleva olosuhde voi vaarantaa hänen puolueettomuutensa käsitellä tiettyä asiaa.”

2.4 Asian arviointia

2.4.1 Pesänjakajan rinnastumisesta tuomariin

Korkeimman oikeuden ennakkopäätös KKO:2011:31 ei koske pesänjakajan jäsenyyttä vapaamuurarijärjestössä. Toisaalta siinä asetetaan pesänjakajien esteellisyyden tarkastelun ”lähtökohdaksi” tuomarin esteellisyyttä koskevat säännökset ja todetaan pesänjakajan tehtävän ”rinnastuvan” tuomarin tehtävään. Ratkaisussa ei tältä osin näy rajoitettavan sitä, miltä osin tuomarin esteellisyyttä koskevat säännökset ja niiden tulkinta olisi otettava pesänjakajia koskevan esteellisyyden pohdinnan perustaksi. Näin ollen PK 13 luvun 4 §:n 1 momentissa tarkoitettua henkilön sopivuutta pesänjakajaksi voidaan tarkastella myös siitä näkökulmasta, onko pesänjakajan jäsenyydellä vapaamuurarijärjestössä asiassa merkitystä.

2.4.2 Vapaamuurarijäsenyyden vaikutus pesänjakajan puolueettomuuteen

Tuomioistuimien ja tuomareiden puolueettomuutta ja riippumattomuutta kohtaan tunnettava luottamus on tärkeää lainkäytön legitimitietin kannalta. Sen ohella, että tuomioistuimet toimivat lainkäytössään tosiasiallisesti riippumattomasti, on merkitystä myös tuomioistuimen riippumattomuudesta syntyvällä vaikutelmalla (ks. esim. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu *De Cubber v. Belgia* 26.10.1984 kohta 26), sillä miltä ne ja niiden toiminta näyttävät ulospäin. Vastaava päätelmä soveltuu nähdäkseni myös tuomariin rinnastuvan pesänjakajaan.

Pesänjakajana toimivan asianajajan sekä esimerkiksi pesän osakkaan vapaamuurarijäsenyyden merkitystä on arvioitava nimenomaan objektiivisen puolueettomuuden näkökulmasta. Kuten apulaisoikeusasiamies on ratkaisussaan todennut tuomarin osalta, pesänjakajana toimivan asianajajan subjektiivisen, tosiasiallisen puolueettomuuden vaarantumista ei ainakaan yleisesti ole syytä epäillä.

Yllä olevasta oikeuskäytännöstä ja virallislähteistä esitetyn perusteella vaikuttaa yleisellä tasolla siltä, että meillä kansallisesti on suhtauduttu jossain määrin ankarammin tuomarin vapaamuurarijäsenyyteen tuomarin riippumattomuutta vaarantavana tekijänä kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä. Oikeuskirjallisuudessa on jopa katsottu, että ihmisoikeustuomioistuin suhtautuisi tuomarin vapaamuurarijäsenyyteen vähättelevästi (Tapanila, Tuomarin esteellisyys. Jyväskylä 2007, s. 189).

Tiukkaan suhtautumiseen ovat ilmeisesti johtaneet vapaamuurareiden toiminnan tietty salaperäisyys, mukaan lukien kysymys jäsenten henkilöllisyydestä sekä käsitykset jäsenistönvälisistä, muiden yhdistysten jäseniin verrattuna erityisistä lojaalisuusvelvoitteista ja epäilyt heidän ”kullissien takaisesta” vaikutusvallastaan. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että nimenomaisesti epätietoisuus tuomarin ”salaisista” sidoksista järjestöihin on omiaan vaarantamaan tuomarin puolueettomuutta (Tapanila, Tuomarin esteellisyys, s. 191-192).

Lievemmän suhtautumisen perusteina näyttäisivät olevan muun ohella näytön puuttuminen siitä, että tuomarin vapaamuurarius olisi jossain tietyssä tilanteessa voinut aiheuttaa tuomarin esteellisyyden sekä ylipäänsä siitä, ovatko oikeudenkäyntiasian asianosaiset vapaamuurareita. Lisäksi eräät vapaamuurareita erityisesti koskevat säännöt on katsottu ihmisoikeussopimuksen syrjintäkiellon vastaisiksi.

Tältä osin voidaan todeta, että käytännössä esteellisyyden olemassaolon arviointi voi osoittautua hankalaksi sen vuoksi, että pesänjakajana toimivan asianajajan ja jonkun osakkaan tai hänen edustajansa vapaamuurarijäsenyyden objektiivinen toteaminen on vaikeaa ja jäänee käy-

tännössä riippumaan henkilöiden omasta ilmoituksesta. Henkilön vapaamuurarijäsenyyden selvittäminen ei yhdistysmuodossa toimivissa vapaamuurarilooseissa ole pelkästään pyynnön perusteella mahdollista muutoin kuin sen loosin osalta, jossa itse on jäsenenä. Yhdistyslain 11 §:n 2 momentin mukaan yhdistyksen jäsenelle on pyydettyä varattava tilaisuus tutustua 1 momentissa tarkoitettuihin tietoihin. Nämä tiedot ovat jäsenen täydellinen nimi ja kotipaikka. Lakia koskevassa hallituksen esityksessä (HE 64/1988 vp) todetaan nimenomaisesti, ettei muilla kuin yhdistyksen jäsenillä ole oikeutta vaatia jäsenluetteloa nähtäväkseen ja viitataan siihen, että jäsentietojen täydellinen julkisuus saattaisi eräissä tapauksissa loukata yksityisyyden suojaa. Myöskään henkilötietolain perusteella jäsenistön tietojen luovuttaminen ei tulle yleensä kysymykseen ainakaan ilman rekisteröidyn suostumusta.

Suomen Asianajajaliitto katsoo lausunnossaan, että pesänjakajana toimivan asianajajan jäsenyys vapaamuurarijärjestössä saattaa edellä mainittujen eduskunnan oikeusasiamiehen ja apulaisoikeusasiamiehen ratkaisujen perusteella olla sellainen henkilökohtainen liityntä, jota tarkoitetaan tapaohjeiden 6.4 kohdassa tai tapaohjeiden 6.8 kohdassa tarkoitettu seikka. Esteellisyyskysymys on arvioitava kussakin tapauksessa erikseen. Henkilökohtaisen liitynnän olemassaolo ja olennaisuus voivat tulla arvioitavaksi tuomioistuimessa toimituksen moitteen yhteydessä, Suomen Asianajajaliiton valvontamenettelyssä tai liiton hallituksen yleisvalvonnan perusteella.

Lausunnon mukaan vapaamuurarijärjestöön kuuluvan asianajajan esteellisyys voi syntyä ensinnäkin tilanteessa, jossa hän harkitsee suostumuksensa antamista pesänjakajan tehtävään ja hän tietää jonkun pesän osakkaista olevan vapaamuurarijärjestön jäsen tai toiseksi tilanteessa, jossa hän pesänjakoa tai ositusta toimittaessaan tulee tietämään jonkun osakkaista olevan vapaamuurarijärjestön jäsen. Yhdyn tähän näkemykseen.

Sikäli kuin lausunnossa tarkoitetaan pesänjakajana toimivan asianajajan esteellisyyden voivan syntyä vain silloin kun sekä pesänjakajana toimiva asianajaja että pesän osakas ovat vapaamuurareita, totean vielä, että tätä näkemystä tukevat OK 13 luvun 6 §:n 1 momentin 2 kohdan sanamuoto sekä yllä kuvatut lainkohtaa koskevat hallituksen esityksen perustelut, joissa molemmissa viitataan tuomarin ja asianosaisen väliseen suhteeseen. Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tuomarin ja asianosaisen avustajan vapaamuurarius ei aiheuta ilman erityistä perustetta tuomarin esteellisyyttä (Tapanila, Tuomarin esteellisyys, s. 192).

Toisaalta oikeusasiamies Lehtimajan yllä kuvatussa ratkaisussa – joka on tosin annettu ennen OK:n tuomarin esteellisyyttä koskevien säännösten uudistamista – on pidetty mahdollisena, että tuomarin puolueettomuuden uskottavuus voi joskus kärsiä myös asiamiehen tai avustajan ja tuomarin vapaamuurariveljeydestä, mistä syystä myös tällaista asetelmaa olisi mahdollisuuksien mukaan vältettävä. Suomen Asianajajaliiton hallituksen lausunnon mukaan käytännössä asianajaja useimmiten antaa suostumuksensa pesänjakajaksi määräämiseen jonkin toisen asianajajan tiedusteltua häneltä tätä mahdollisuutta. Kun asianajaja, joka pyytää toista ryhtymään pesänjakajaksi lienee useimmiten jonkun pesän osakkaan asiamies tai avustaja, ei ole täysin poissuljettua, että myös sellainen tilanne, jossa sekä pesänjakajaksi ryhtyvä asianajaja että mainittu osakkaan asiamiehenä tai avustajana toimiva asianajaja ovat vapaamuurarijärjestön jäseniä, voisi tilannekohtaisesti muodostaa tapaohjeiden 6.4 kohdassa tarkoitettua liitynnän tai ainakin tapaohjeiden 6.8 kohdassa tarkoitettua seikan, joka voi aiheuttaa perusteltuja epäilyksiä hänen esteettömyydestään.

Suomen Asianajajaliiton hallitus katsoo edelleen lausunnossaan, että hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden muuttamiseen ei ole tarvetta. Tapaohjeita tai muuta asianajajia sitovaa ohjeistusta ei voida hallituksen käsityksen mukaan kirjoittaa niin yksityiskohtaisesti, että ammat-

tieettisissä säännöissä erikseen säänneltäisiin siitä, millaisiin yhdistyksiin kuuluminen tuo mukanaan esteellisyysoongelmia.

Hallitus ei pidä mahdollisena, että ammattieettisillä ohjeilla voitaisiin pesänjakajaksi ehdotettu asianajaja aina velvoittaa ilmoittamaan jäsenyytensä vapaamuurarijärjestössä tai muissakaan yhdistyksissä. Hallitus on lausunnossa viitannut tältä osin siihen, että yllä kuvatun apulaisoikeusasiamiehen ratkaisun mukaan henkilön yhteiskunnallista, poliittista tai uskonnollista vakaumusta tai ammattiliittoon kuulumista pidetään henkilötietolain 11 §:n 2 kohdan mukaan arkaluonteisina tietoina ja viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain 24 §:n 1 momentin 32 kohdan mukaan salassa pidettäviä ovat asiakirjat, jotka sisältävät muun muassa tietoja henkilön osallistumisesta yhdistystoimintaan.

Pelkästään Helsingin käräjäoikeudessa pesänselvittäjän/ -jakajan määräyksiä on käräjäoikeudesta saatujen tietojen mukaan vuonna 2012 ollut 197. Tarkempia tietoja siitä, kuinka moni pesänjakajamääräyksen saanut on asianajaja, ei ollut vaikeuksitta saatavissa, mutta voitaneen arvioida, että määräyksenvaraiset pesänjakajan tehtävät ovat yleisesti asianajajien hoitamia tehtäviä, joiden lukumäärä ei ole vähäinen. Näin ollen ja kun otetaan huomioon määräyksenvaraisen pesänjakajan tehtävän KKO:n tapauksesta ilmenevä rinnasteisuus tuomarin tehtävään ja tähän liittyvä puolueettomuuden vaatimus, ei liene estettä sille, että ammattieettisissä ohjeissa muutoin, esimerkiksi tapaohjeita koskevassa kommentaarissa, tuotaisiin esiin myös yhdistyksiin, joihin liittyy jäsenten välinen erityinen lojaliteettivelvoite ja muut esimerkiksi hallituksen esityksessä 78/2000 vp kuvailut olosuhteet, kuulumisesta aiheutuvan esteellisyyden mahdollisuus pesänjakotilanteissa.

Siltä osin kuin lausunnossa on tuotu esiin kysymys pesänjakajaksi ryhtyvän asianajajan mahdollisesta velvoittamisesta ammattieettisissä ohjeissa ilmoittamaan jäsenyydestään yhdistyksessä, Suomen Asianajajaliiton hallituksen lausunnossa mainitut lainkohdat sinällään koskevat yhtäältä rekisterinpitäjän ja toisaalta viranomaisten velvoitteita laeissa tarkoitettujen tietojen käsittelyssä. Kyseisistä lainkohdista ei sinänsä voitane tehdä johtopäätöksiä sen suhteen, millaisia velvoitteita vapaamuurarijärjestöön kuuluvalle asianajajalle itselleen voitaisiin asettaa ammattieettisissä ohjeissa, vaikka kysymys yhdistyksen jäsenyydestä on yksityisyyden suojan piiriin lähtökohtaisesti kuuluva asia. Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO:2009:10 ilmenevällä tavalla asianajajan sananvapauttakin on voitu ammattieettisin ohjein rajoittaa. Näin ollen voitaneen kyseenalaistaa sellainen tulkinta, jonka mukaan ammattieettisissä ohjeissa pesänjakajaksi suostumista harkitsevan ei voitaisi edellyttää ilmoittavan pesän osakkaille tai heidän asiamiehilleen tämänkaltaisen yhdistyksen jäsenyydestä.