
Kimmo Nuotio – Casper Herler
– Johan Boucht (toim./red.)

Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i förändring

r.f. Justus ry. 10 vuotta/år

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen kuva: Oikeuden tunnuksia esittävä korkokuva vuodelta 1786.

Vaasan hovioikeus. Valokuva: Unto Heinonen.

(Julkaistu Vaasan hovioikeuden luvalla.)

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-192-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001

Sisälllys – Innehåll

Esipuhe – Företal	7
<i>Kimmo Nuotio – Casper Herler</i>	
1 Muuttuuko oikeus todella? Oikeuskehityksen syvyys muutoksen vuosikymmenellä	11
<i>Kimmo Nuotio</i>	
2 Kiinnostaako enää pohjoinen?	53
<i>Pia Letto-Vanamo</i>	
3 Maailman oikeusperheiden luokittelu 2000-luvulla	67
<i>Jaakko Husa</i>	
4 Nautintaoikeus Sananvapaus ja sensuuri psykoanalyttisen lainopin tarkastelussa	83
<i>Ari Hirvonen</i>	
5 Seksuaalirikosten muutokset ja sukupuolittunut subjekti	113
<i>Johanna Niemi-Kiesiläinen</i>	
6 En legalstrategi för 2000-talet	141
<i>Lars D. Eriksson</i>	
7 Havaintoja hallinnollisten säädösten antovallan puitteista uuden perustuslain järjestelmässä.	153
<i>Mikael Hidén</i>	
8 Hyvä hallinto – aito perusoikeus?	177
<i>Olli Mäenpää</i>	
9 Kohti uuden talouden juridiikkaa	191
<i>Juha Pöyhönen</i>	
10 Osakkeenomistajan oikeudesta osallistua yhtiökokoukseen	207
<i>Heikki Toiviainen</i>	
11 Anspråk och säkringsåtgärd	223
<i>Marcus Norrgård</i>	

DEN JURIDISKA UTBILDNINGEN

12 Pedagogiska utmaningar för juristutbildningen	237
<i>Johan Bärlund</i>	
13 Behövs det en ny examensreform – juridik i småbitar eller som helheter?	249
<i>Thomas Wilhelmsson</i>	
14 Om sätten att utbilda jurister	257
<i>Dan Frände</i>	
15 Den juridiska utbildningen – ett genmäle	263
<i>Johan Boucht</i>	
16 Justus r.f. 10 år – Justus ry. 10 vuotta	281
<i>Katriina Kuusniemi – Sanna-Maria Jokinen</i>	
Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan Vaasan koulutusyksikössä aloittaneet opiskelijat vuosina 1991–2001	295
Justus r.f.:s styrelser åren 1991–2001	298
Kirjoittajaluettelo – Förteckning över författare	299

9 Kohti uuden talouden juridiikkaa

1 Kertomus oikeusajattelun historiasta:

Saksan siviililaki ja puhelin

Saksan siviililakia eli *Bürgerliches Gesetzbuchia* (BGB) oli 1800-luvun lopulla valmisteltu laajasti ja perusteellisesti toistakymmentä vuotta, kun valmistelijoita kohtasi ikävä yllätys. Eräs nuorempi tekniikasta innostunut mutta valmistelun ulkopuolelle jätetty oikeustieteilijä väitti, että koko valmistelutyö oli mennyt hukkaan. Tekniikka oli ajanut roomalaiseen oikeuteen pohjautuvan juridiikan ohitse ja tehnyt ehdotetuista yksityisoikeuden perustavista normeista vanhentuneita jo ennen säätämistään.

Konkreettisesti oli kysymys puhelimen keksimisestä ja käyttöönotosta. Kritiikin mukaan tällä oli kohtalokkaat seuraukset siviililain sopimusten syntyä koskevien normien systematiikalle. Tämän systematiikan oli suunniteltu rakentuvan kahtiajaolle *inter presentes* / *inter absentes*.

Inter presentes -tilanteella tarkoitettiin tilannetta, jossa sopimus syntyy kahden läsnäolevan kesken. Läsnäolo ymmärrettiin samassa tilassa olemiseksi. Koska osapuolet olivat samassa tilassa, lähdettiin oletuksesta, että heidän välinen kommunikaationsa tapahtui välittömin viestein. Normaalin ja siten *inter presentes* -tilannetta sääntelevien oikeudellisten normien lähtökohtana pidettiin sitä, että viestintä läsnäolevien kesken oli suullista.

Inter absentes -tilanteella taas viitattiin esimerkiksi kirjeitse tai lähettien toimittamien viestien pohjalta syntyviin sopimuksiin. Niissä oli kysymys poissaolevien välille muodostuvista sopimuksista. Koska henkilöt eivät olleet toistensa välittömässä läheisyydessä, tapahtui viestintä kirjallisesti. Normaalisti osapuolet kävivät kirjeenvaihtoa, jossa puolin ja toisin vastattiin vastapuolen viesteihin. Siksi *inter absentes* -tilannetta sääntelevien oikeusnormien lähtökohtana oli välittömyyden sijasta ajatus käytetyn viesti-

kanavan mukaisesta rytmistä. Esimerkiksi kirjeen saapumiseen ja lukemiseen kului aina aikaa eikä sopimusta solmivien osapuolten kommunikatiolta siksi voitu edellyttää välittömyyttä.

Erottelu inter presentes / inter absentes näkyy havainnollisesti BGB:n § 147:ssä, jossa erotellaan läsnäolevalle tehty tarjous (der einem Anwesenden gemachte Antrag) ja poissaolevalle tehty tarjous (der einem Abwesenden gemachte Antrag). Läsnäolevalle tehty tarjous voidaan hyväksyä vain välittömästi (kann nur sofort angenommen werden), kun taas poissaolevalle tehty tarjous voidaan hyväksyä koko sen ajan minkä normaalisti voidaan olettaa kuluvan vastauksen antamiseen (kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf). Samantapainen säännös sisältyy myös oikeustoimilain 3 §:ään.

Nuoren saksalaiskriitikon mukaan puhelimitse tehtävät sopimukset eivät sovi kumpaankaan luokkaan. Puhelimessa toistensa kanssa puhuvat henkilöt eivät ole samassa tilassa. Puhelinta tarvitaan juuri sen vuoksi, että poissaolevat voisivat keskustella keskenään. Siviililakiin ehdotetut poissaolevien välille tarkoitetut normit eivät kuitenkaan sovellu puhelimitse tehtäviin sopimuksiin. Viestintä puhelimessa on suullista, ja lausumiin vastataan välittömästi. Puhelimitse tehtävät sopimukset näyttävät siksi putoavan kahden luokan, inter presentes ja inter absentes, väliin.

Kriitikon mielestä tilanne oli kuitenkin paljon vakavampi. Luokittelu ei ollut käymässä hyödyttömäksi minkä tahansa syyn takia. Hänen mukaansa kysymys oli uuden toiminnoiltaan vilkastuvan yhteiskunnan yhdestä keskeisestä elementistä. Puhelin oli pian kaikkien ulottuvilla, ja siitä oli muodostumassa osa arkipäivää niin liike-elämässä kuin yksityisten ihmistenkin välisissä suhteissa. Pitkäikäiseksi tarkoitetun siviililain normien ote todellisuudesta kirposi neitsytkeudessaan. Jos näin kävi heti ensimmäisen merkittävän kommunikaatio-tekniisen keksinnön, puhelimen, suhteen, haaveet pitkäikäisyydestä oli syytä unohtaa. Tekniikka tulisi kehittämään vielä paljon puhelinta tehokkaampia viestintävälineitä. Siviililain normien vika oli niiden sisältämässä vanhentuneessa yhteiskuntamallissa itsessään.

Nuorille kriitikoille käy harvoin hyvin, ainakaan omana aikanaan. Tälläkin kertaa kriitikkoa vastassa oli koko asemansa vakiinnuttanut juristien ammattikunta. Pelissä oli juridisen osaamisen itsenäisyys ja uskottavuus. Monilla kritiikin kohteeksi joutuneella oli kysymys myös ammattiylpeydestä. Siksi vastaisku oli tarpeellinen. Vastaiskun täytyi kuitenkin olla myös uskottava. Ongelman vähättely ei tullut kysymykseen.

Kritiikin ydin oli väite siitä, että luokittelu ei sovellu. Paras vastaus olisi siksi ollut, että luokittelun sittenkin osoitetaan soveltuvan. Tämä ei kuitenkaan ollut mahdollista, koska ajatus läsnäolevuuden oikeudellisesta määrittelystä samassa tilassa olemisena oli normien perustelujen kautta tullut lyödyksi lukkoon. Osapuolen esittämän tahdonilmaisun ymmärtäminen oli erehdysnormiston perusteluissa kytketty ilmaisun antajan ilmeisiin ja eleisiin. Oli esimerkiksi luotu pohja kuuluisalle ongelmalle siitä, tulee-ko henkilö sidotuksi huutokaupassa ostamaan huutokaupattavan esineen, jos hän tilannetta tajuamatta kesken nousevien huutojen nostaa käteensä vain tervehtiäkseen ystäväänsä. Tämänätyypiset esityölausumat olivat mielekkäitä esimerkkejä vain, jos henkilöillä oli näköyhteys toisiinsa. Olennainen osa valmisteluaineistoa uhkasi käydä merkityksettömäksi, jos samassa tilassa olemisen tunnusmerkistä täydellisesti luovuttaisiin.

Kun paras vastaustapa ei ollut käytettävissä, täytyi valmistelijoiden valita toiseksi paras. Mutta miten perustavanlaatuiseksi tarkoitetun kahtiajaon väliin putoava ilmiö saadaan oikeussysteemin hallintaan? Jos nuori kritikko olisi oikeassa uskossaan tekniikan edistymiseen, tällainen hallintaan saaminen olisi sitä paitsi jatkuvasti tarpeellista tulevaisuudessakin. Hallintaan saaminen pitäisi siksi tehdä kestäväällä tavalla, joka olisi toistettavissa myöhemminkin, tulevaisuuden teknisten keksintöjen suhteen.

Ratkaisu oli yksinkertainen: tehtiin *poikkeus pääsäännöstä*. Saksan siviililain BGB:n edelleenkin voimassa oleva säännös kuuluukin kokonaisuudessaan eli vuonna 1900 voimaan tulleessa muodossaan:

§ 147. (1) Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. *Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage.* (2) Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. (korostus JP)

Säännöksessä puhelimitse toistensa kanssa kommunikoivien henkilöiden katsotaan poikkeuksellisesti olevan läsnäolevia, vaikka he eivät olekaan samassa tilassa. Siksi puhelimitse tehty tarjous täytyy hyväksyä välittömästi, jos sopimus halutaan saada aikaan. Ongelma näyttää tulleen hoide- tuksi ja systeemin peruserottelu pelastettua. ”Kolme sanaa lainsäätäjältä” palautti asiat päiväjärjestykseen ja kritiikki voitiin unohtaa.

Mutta olivatko ”tekniset roskat” sittenkin vain tulleet lakaistuksi ”juri- disen maton” alle?

2 Tekniseltä näyttävän ongelman taustalla ovatkin sosiaalisen vuorovaikutuksen uudet muodot

Pohdittaessa sitä, saatiinko ”puhelinongelma” poikkeusnormilla todella kestävästi hallintaan, kannattaa aluksi kiinnittää huomiota kielellisiin seikkoihin eli siihen, miten poikkeukset ylipäänsä voidaan *kielellisesti* ilmaista? Eurooppalaisten laaja-alaisen lakikodifikaatioiden lähtökohtia oli ja on pyrkimys yleisiin sääntöihin. Jos lain säännösten halutaan kattavan koko sääntelyalansa, yksittäisten säännösten sisältämien termien ja ilmausten tulisi olla yleisiä. Muutoin joudutaan Preussin vuodelta 1794 peräisin olevan, vanhakantaisena pidetyn maanlain tapaan aina kulloinkin erikseen toteamaan oikeussääntöjen soveltuminen. Itseään modernina pitävänä aikakautena olisi ollut kauhistus, jos vieläkin olisi jouduttu kirjoittamaan sentyyppisiä maanlaissa tavanomaisia pykälää kuin, että ”lauta-aitaa koskevat säännökset soveltuvat myös risuaitaan”!

Mutta poikkeussäännöksessä siitä, että puhelimitse tehtyä tarjousta on pidettävä läsnäolevien kesken tehtynä, jouduttiin ottamaan askel tuohon suuntaan. Elegantimpi ratkaisu olisi ollut jättää asia oikeuskäytännön varaan. Oikeuskäytännössä puhelintilanteet olisi sijoitettu joko läsnäolevia tai poissaolevia varten annettujen säännösten alle sen mukaan, kummalle normistolle kulloinkin olisi ollut paremmat perustelut. Kun puhelin on erikseen mainittu säännöksessä, avautuu tulkinnallinen riski siitä, mitkä tekniset laitteet rinnastuisivat poikkeuksessa mainittuun puhelimeen. Jos esimerkiksi olisi ensin kehitetty näköpuhelin ilman ääntä, olisiko sekin sisältynyt poikkeukseen? Ja entäpä jos tieteiskirjojen mukaisesti ihmiset olisivat oppineet toimivia telepatian muotoja?

Jatkuvasti muodostuvat uudet poikkeukset ovat hankala systeemiongelma. Jokaisessa oikeussysteemissä vallitsee sisäinen tulkintaperiaate, jonka mukaan poikkeussääntöjä on tulkittava suppeasti. Kun on tehty poikkeus siitä legaalinmääritelmästä, että läsnäolevia ovat samassa tilassa olevat henkilöt, jokainen uusi poikkeus on ylimääräisen kynnyksen takana. Lähtökohtaisesti sitä, mitä on säädetty (ääni)puhelimesta, ei tulisi soveltaa (pelkään) näköpuhelimeen ja telepatiaan. Jos puhelin ei jää ihmiskunnan viimeiseksi teknisen kehityksen tuomaksi laitteeksi, on poikkeuksen varaan tehty ratkaisu vaarassa sittenkin johtaa siihen, että juridiikka ajautuu ”tek-niseen paitsioon”. Mitä tahansa tekniikassa kehitetäänkin, sille ei ole lähtökohtaista paikkaa juridisessa sääntelyssä. Poikkeuksien varaan rakentuvan sääntely näyttäisi vähitellen väistämättä etääntyvän ja lopulta irtaantuvan jatkuvasti muuttuvasta todellisuudesta.

Tosiasiassa ongelma on tätäkin suurempi. Pohjimmiltaan se ei ole vain juridiikan ja tekniikan välinen pulma. Läsnaolo ja poissaolo ovat inhimillisen vuorovaikutuksen ominaisuuksia. Kun inhimillistä vuorovaikutusta kuvataan kielen avulla, on aivan ymmärrettävä ilmaisu: ”hän oli läsnä poissaolevana” tai ”hän loistaa poissaolollaan”. Ymmärrämme vaivatta, mistä oli kysymys, kun jonkun henkilön kerrotaan olleen seurassa poissaoleva, vaikka olikin paikalla. Läsnaoloa ja poissaoloa ei voidakaan inhimillisen vuorovaikutuksen muotoina vangita pelkkiin fyysistä olotilaa koskeviin määritelmiin. Poissaoloa ja läsnaoloa on aktiivista ja passiivista lajia, ja sen päättelemisen, kummasta on kysymys, edellyttää tilanteen taustalla vaikuttavien sosiaalisten vuorovaikutussuhteiden tuntemista. Poissaolon määrittää aktiiviseksi jokin aiempi tapahtumainkulku, jonka pohjalta henkilön läsnaoloon on jo etukäteen kiinnittynyt sosiaalisia merkityksiä. Nämä merkitykset aktivoituvat tilanteessa riippumatta siitä, tuleeko henkilö paikalle vai ei. Marcel Proustin ”Kadonnutta aikaa etsimässä” on aarreaitta sellaiselle, joka haluaa tarkemmin perehtyä tähän sosiaaliseen dynamiikkaan.

Kun oikeusnormistossa käytetään läsnaoleva / poissaoleva -erottelua, liikutetaan juuri sosiaalisten merkitysten maailmassa. Tämä on luonnollista, sillä eihän sopimukseen ole samastettavissa siihen fyysiseen alustaan, jolle sopimusehdot kiinnittyvät. Kauppakirja paperinpalana on eri asia kuin kaupan oikeudellisesti muodostavat myyjän ja ostajan väliset oikeussuhteet. Velkakirja fyysisenä asiakirjana on eri asia kuin velkojan ja velallisen välille muodostuva oikeudellinen velkasuhde. Tämän eron ymmärtämiseksi riittää havaita, että kauppa tai velka oikeudellisina suhteina eivät lakkaa, vaikka kauppakirja tai velkakirja fyysisinä asiakirjoina häviäisivät.

Puhelin kommunikaatiovälineenä ei sekään ole sosiaalinen vuorovaikutussuhde. Puhelin on fyysisen maailman tekninen väline, jolla ihmiset voivat kommunikoida keskenään. Oikeussäännös, jossa kirjoitetaan rinnakkain läsnaolosta ja puhelimesta, viittaisi siten säännöksen laatijoilla olleeseen ”esineellistävään virhepäätelmään”. Juuri esineellistävästä virhepäätelmästä on kysymys, jos sopimus samastetaan sopimusasiakirjaan tai läsnaolo / poissaolo -erottelu ihmisten fyysiseen sijaintiin toisiinsa nähden. Tapa, jolla Saksassa ”puhelinkritiikkiin” reagoitiin, tuo näkyviin sen, että Saksan siviililakikirjan oikeussääntöjä on mahdollista lukea esineellistävästi. Tämä ei kuitenkaan ole tuon lakikirjan ”hengen” mukainen lukutapa, sillä sen laatijat olivat hyvin selvillä oikeussuhteiden erosta fyysisestä reaali maailmasta.

Jos Saksan siviililain laatijat eivät syyllistyneet esineellistävään virhepäätelmään, puhelintilanne luokiteltiin läsnäolevien väliseksi jollakin muulla perusteella kuin vain päättämällä, että puhelimessa puhuvat henkilöt ovat fyysisesti läsnäolevia. Kun meidän modernin oikeuden aikakautemme oikeuskäsitys on tavoitteellinen, ei liene yllättävää hakea tuota muuta, varsinaista perustetta säännöksen tarkoituksesta.

Säännöksellä, jossa edellytetään, että läsnäolevien välillä tehtyyn tarjoukseen annetaan heti vastaus, on luonnollinen taustansa ja tarkoituksensa. Tarkoituksiksi voidaan olettaa varallisuusoikeudellisen normiston yleiset tarkoitukset kuten ennakoitavuus ja selkeys. Näitä tavoitteita palvelee sääntö, joka ei jätä epäselväksi, kummat normit, läsnäolevien vai poissaolevien välille asetetut, tilanteessa kulloinkin ovat voimassa. Kun suupuheiden varassa käydystä keskustelusta myöhemmin usein esitetään monia tulkin-toja, selkeyttää tilannetta se, että sitovia sopimuksia voi syntyä vain heti annettujen vastausten varassa. Jos taas toimitaan kirjallisesti, jää kirjeenvaihto dokumenteiksi esimerkiksi myöhempää todistelua varten.

Tällainen perustelu olikin ymmärrettävä ja järkevä ratkaisu ”puhelinongelmaan” oloissa, joissa nauhuria ei vielä ollut keksitty. Puhelinkeskusteluja ei voitu fyysisesti kiinnittää mihinkään alustalle, vaan ne katosivat kirjaimellisesti ”etteriin”. Mutta jos tuo viestinnän katoavuus oli varsinainen peruste sijoittaa puhelintilanteet läsnäolevien välisiksi, miten olisi tuon perusteen valossa suhtauduttava esimerkiksi tekstiviestein syntyvään sopimukseen. Sellainenhan tehdään (matka)puhelimella, mutta tilanteessa on mahdollisuus säilyttää dokumentaatiota. Toisaalta puhelinten muistitila ei (vielä) riitä täysimittaisen kirjeenvaihdon mapittamista vastaavaan tallentamiseen. Olisiko tekstiviestitarjousta pidettävä läsnäolevien vai poissaolevien välillä tehtynä?

Jos selkeyttämistavoitteen saavuttamisen perusteena edellä esitetyn mukaisesti on todistelumahdollisuuksien silmällä pitäminen, ovat kummatkin vastaukset tekstiviestitarjouksen ongelmaan huonoja. Jos tekstiviestejä pidetään läsnäolevien välisenä ”kirjoitettuna puheena” sillä perusteella, että puhelinten muistitila on rajallinen verrattuna paperin rajattomiin varastoimis-mahdollisuuksiin, jää juridinen merkitys ennakoimattomalla tavalla riippu-maan käytettyjen laitteiden teknisistä ominaisuuksista. Jos taas katsotaan tekstin vain kiinnittyvän paperin sijasta magneettisesti toimiville alustoille, ja tekstiviestitarjousta pidetään siksi poissaolevien välillä tehtynä, joudutaan erottamaan puhelimen erilaisia käyttömuotoja toisistaan. Kun samalla puhelimella kommunikoidaan ääniviestein, sovellettaisiin toisia normeja kuin jos

kommunikaatio tapahtuisi tekstiviestein – vaikka viestien sisältö olisi sanasta sanaan sama. Ja miten olisi sitten oikeudellisesti arvioitava tilannetta, jossa on käytetty hyväksi erilaisia teksti <-> puhe syntetisaattoreita, joilla voidaan kirjoitettu teksti muuttaa puheeksi ja päinvastoin?

Selkeyden sijasta saadaan *kumman tahansa vaihtoehdon valinnalla*, läsnäolevia koskevien normien ja poissaolevia koskevien normien valinnalla, aikaan epävarmuutta ja ennakoimattomuutta. On vaikeaa tai jopa mahdollonta ennakolta päätellä, minkä linjan mukaisesti ratkaisut tultaisiin antamaan. Tämä viittaa siihen, että peruspulma on pintaa syvemmällä.

Ongelman ytimessä ei olekaan itse tekninen laite, vaan se, mitä nykyisin kutsutaan käyttöliittymäksi. Puhelimessa on merkityksellistä se tapa, jolla ihmiset voivat käyttää sitä oman aikakautensa kommunikaatiossa. Samaan tapaan kuin höyrykone keksittiin jo Antiikissa eli ”ennen aikojaan”, puhelimen etäisyyksiä poistava pikaisuus ei olisi ollut sopusoinnussa aikaisempien aikakausien ihmisten elämänrytmin kanssa. Puhelimen suosio nykyaikana perustuu sen käytössä ilmeneviin ja sen käytön luomiin sosiaalisen vuorovaikutuksen muotoihin. ”Puhelinongelman” erittelyssä keskeistä on pystyä kohtaamaan sentyyppinen yllätyksellisyys, minkä tekstiviestien suosio sai aikaan mobiiliteknologiaa suunnittelevien insinöörin ja ekonomien keskuudessa.

Siksi tapa paikata oikeussysteemiä poikkeuksilla johtaa sosiaalisen irrallisuuden vaaraan. Oikeussäännöt pakottavat individualisoimaan ja atomisoimaan ihmisten sosiaalisen vuorovaikutuksen varaan muodostuvan yhteiskunnan. Sellaisen juridiikan avulla ei enää saada otetta maailman menosta. Pelkästään oikeussääntöjen ulkoasu ei kaipaa remonttia, vaan myös niiden perusta olisi päivitettävä. Oikeusnormeihin sisältyvien sääntelykohteiden tulkintakeemojen olisi jatkuvasti oltava relevantteja ja kuvastettava asianmukaisesti eri tilanteita. Kun systeemin luokitteluongelmien paikkaaminen on aloitettu poikkeuksin, joudutaan jatkamaan ”paikka paikan päälle” linjalla.

Luokittelun ongelmaksi paljastuu itse luokittelevuus, jossa todellisuudelle joudutaan tekemään väkivaltaa. Todellisuus ei ole luokitteluidean mukaisesti kaksijakoinen vaan asteikollinen. Kaksijakoiset luokittelut puhe / kirjoitus; läsnäoleva / poissaoleva; heti annettu vastaus / myöhemmin annettu vastaus ovatkin muuttuneet asteikolliseksi ja voivat muuntua toisikseen. Modernin aikakauden sosiaalisen vuorovaikutuksen tarpeet ovat purkaneet luokittelun eri ulottuvuuksiksi.

Erottelu läsnäolevat / poissaolevat on vain yksi Saksan siviililakikirjan peruserotteluista. Se on kuitenkin edustava juuri kaksijakoisuudessaan.

Siviililakikirjaan sisältyvä ajattelu kuvastaa kokonaisuudessaan ajatusta siitä, että selkeys saavutetaan vahvistamalla juridisesti tietyt asiat joko - tai -asioiksi. Tämä pätee erityisesti sellaiseen perustavaan asiaan kuin sopimus. Normit on kirjoitettu täsmällisesti määrittelemään, onko sopimusta syntynyt, milloin se on syntynyt ja milloin se lakkaa. Jos osapuolet tarvitsevat joustavuutta, joustavuus on haettava muista asioista kuten sopimusten sisällöstä tai sopimuskumppanin valinnasta.

Jos kuitenkin sosiaalinen vuorovaikutus synnyttää pikemminkin ulottuvuuksia kuin kaksijakoisuuksia, korostuu riski siitä, että juridiikka ajaa toimintoja vanhoihin kaavoihin. Uusi elävä todellisuus karkaa juridiikan käsistä, koska uuden talouden peruskuvio ei enää ole kahden erillisen osapuolen välinen yksittäinen sopimus. Uusi perustilanne on useiden toimijoiden verkottunut kokonaisjärjestely. Erilaisista verkostoista on monesti vaikea sanoa, miten laajalle ne ulottuvat. Eri verkostot vaikuttavat dynaamisesti toisiinsa, ja kunkin toimijan toimintamahdollisuudet määrittyvät tässä verkostojen vuorovaikutuksessa. Jotta sopimus voisi toimia tällaisessa ympäristössä, on sopimus perustaltaan hahmotettava toisin kuin perinteisesti. Tarvitaan uusi sopimuskäsite.

3 Uusi talous tarvitsee tuekseen uutta juridiikkaa: jäykästä sopimuksesta ketterään sopimukseen (*agile contract*)

Perinteisillä luokittelevuuteen perustuvilla oikeussäännöillä koetettiin lyödä lukkoon joustamattomat raamit ja jättää jousto osapuolten päätettävissä olevan sisällön varaan. Sopimuksesta tehtiin oikeudellisena instrumenttina puitteiltaan jäykkä, jotta voitiin turvata näiden puitteiden varassa tehtyjen sopimusten sitovuus. Joustavuus puolestaan sijoitettiin, kaksijakoisen luokitteluidean mukaisesti, täydellisesti sopimusten sisältöön. Sopimuksen idea oli näin jäykänjoustava. Jäykkyys oli sopimuksen muodon piirre, joustavuus taas sisällön.

Verkostoissa toimiminen perustuu joustavuuteen. Siksi myös toimintaraamien joustavuus on nähtävä perustilanteeksi. Vastaavasti sisältöä ei voida enää jättää täysin määrittämättä, vaan myös sisällöllisesti on tiettyjä kiinni lyötyjä ulottuvuuksia. On siirryttävä jäykästä sopimuksesta ketterään sopimukseen. Ketterä sopimus on joustavanjäykkä. Siinä joustavuus on (myös) sopimuksen muodon piirre, ja vastaavasti jäykkyys (myös) sopimuksen sisällön piirre. Ketterä sopimus edustaa siten toisenlaista sääntelyarkkitehtuuria kuin perinteinen sopimus.

Puitteiden eli sopimusinstrumentin muodon joustavoittaminen tapahtuu omaksumalla sopimuksen pistekäsityksen sijaan sopimuksen prosessikäsit-
tys. Prosessikäsitksessä sopimusta ei enää yritetä jäykistävästi raamittaa on/
ei -logiikalla toimiviin normeihin siitä, milloin sopimus vallitsee, ketkä ovat
sopimuskumppanit ja milloin sisältö on tullut osapuolia sitovaksi. Näiden
sijasta sopimuspuitteita joustavoitetaan ajallisessa, henkilöllisessä ja asialli-
sessa suhteessa. Toiminnot jäsenyivät sopimukselliseen suuntaan sekä ennen
”varsinaista” sopimusta että sopimussuhteen muodollisen päättymisen jäl-
keen. Sopimusta pidetään eräänlaisena kytkeytymisalustana, johon voi jatku-
vasti tulla uusia osapuolia ja josta aikaisemmat osapuolet voivat jatkuvasti irta-
taantua. Sopimuksen velvoittavuus on omaksutussa kokonaisjärjestelyssä
muodostuneiden vastavuoroisten riskipositioiden kunnioittamista ja ylläpitä-
mistä. (Ks. tarkemmin Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, 4. luku.)

Sisällön jäykistäminen puolestaan tapahtuu vahvalla yhteydellä varalli-
suusoikeuden kantaviin periaatteisiin. Sopimuksen sisällön määrittämisessä
keskeisen pohjan muodostavat varallisuus oikeuden sisäiset *ordre public*
intern -instituutit kuten oikeuden väärinkäytön kieltö, hyvän tavan vastai-
suuden kieltö ja kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen kiel-
to. Näiden instituuttien vahva mukana olo antaa pelkkää sopimusvapaus-
ideaa sidotumman suuntiman sopimuspuolten järjestelyjen sisällölle. Niis-
tä ei kuitenkaan tule korviketta sille, että osapuolet lopulta omalla toimin-
nallaan valitsevat yhteistyönsä tarkat toteutustavat.

Ketterän sopimuksen keskeiset erot perinteiseen sopimus käsitteeseen
voidaan tiivistää seuraavaan taulukkoon.

OMINAISUUS	PERINTEINEN SOPIMUS	KETTERÄ SOPIMUS
Tarkastelun perspektiivi	Ex post	Ex ante
Arvioinnin fokus	Häiriösuuntautunut	Menestysuuntautunut
Arvioinnin juridinen kiinnityskohta itse toimintaan	Yksittäiset toimenpiteet; valmiit ja täydelliset oikeudet ja velvollisuudet	Hallintajärjestelmät; välttämättä epätäydelliseksi jäävät riskipositiot
Toiminnan logistisen muodon kiinne kohta	Dokumentit	Oliot
Joukkomittaisesti tehtävien sopimusten hallinnan tapa	Vakioehdot	Käyttäjakohtainen profilointi

3.A. Perspektiivi: jälkikäteisyystä etukäteisyyteen

Perinteisen sopimusjuridiikan normit on hahmotettu silmällä pitäen sitä, miten osapuolten välille muodostunut riita saadaan ratkaistuksi. Normit on tehty riitakysymystä ratkaisevaa puolueetonta kolmatta tahoa varten. Perspektiivi on tilannetta ratkaisuhetkellä taaksepäin (*ex post*) tarkastelevan tuomarin näkökulma. Sopimusta tarvitaan sen vuoksi, ettei sopimuspuoli sopimuksen solmimisen jälkeen pysty välttämään sopimuksen asettamia raskaita. Ajatus on, että solmimalla sopimuksen osapuoli rajoittaa toimintamahdollisuuksiaan.

Ketterän sopimuksen idea on, että sopimuksilla osapuolet luovat ja realisoivat toimintamahdollisuuksia. Sopimukseen sitoutumisen tarkoitus on suunnitelmallinen yhteisen tavoitteen saavuttaminen. Koska olosuhteet muuttuvat jatkuvasti, sopimuksen tehtävä on antaa suuntaviivoja konkreettisille toimenpiteille, joiden avulla yhteinen tavoite voidaan saavuttaa muuttuneissa olosuhteissa. Perspektiivi on toimenpidettä harkitsevan sopimuspuolen näkökulma, ja perspektiivin suunta on eteenpäin (*ex ante*). Sopimusoikeuden normit on muodostettu sopimuspuolia varten. Sopimusta tarvitaan siksi, että sopimuspuolet pystyvät valitsemaan erilaisista toimintavaihtoehtoista yhteisen tavoitteen saavuttamista parhaiten palvelevat mahdollisuudet.

3. B. Arvioinnin fokus: rankaisevista palkitseviin sanktioihin

Perinteisen sopimusjuridiikan normit sisältävät julkilausumattomana oletuksenaan, että oikeudellisesti sopimus voidaan täyttää vain yhdellä tavalla oikein, mutta monin eri tavoin vajaasti. Jos sopimuspuoli täyttää sopimuksen sovittua paremmin, tämä on itse asiassa usein ongelma. On keskusteltu esimerkiksi siitä, onko osapuolella lainkaan velvollisuutta ottaa vastaan ”liian aikaisin” tehtyä suoritusta silloinkin, kun saava osapuoli itsekin hyötyy siitä. Oikeustaloustieteellisesti virittyneessä keskustelussa on muodostettu erityinen ns. tehokkaan sopimusrikkomuksen ongelma kuvaamaan niitä tilanteita, joissa osapuoli pystyy sekä hyvittämään sopimus-kumppaninsa että hyötymään itse jättämällä sopimuksen osaksi tai kokonaan täyttämättä. Se, että tehokkaan sopimusrikkomuksen tilanteesta tulee ongelma, aiheutuu osaksi siitä, että perinteisen sopimuskäsitteen mukaisessa järjestelmässä pidetään annettuna, ettei suoritukseen oikeutettu sopimuspuoli ole velvollinen kanavoimaan ”liian hyvästä” suorituksesta saamaansa ”ylimääräistä” etua edes osaksi suorittavalle sopimuspuolelle. Suo-

rittavaan sopimuspuoleen kohdistettu positiivinen sanktio eli palkinto olisi tapa toimia kummankin sopimuspuolen riskipositioiden mukaisesti. Perinteisen sopimusjuridiikan normit eivät kuitenkaan tällaista mahdollisuutta tunne.

Kun ketterän sopimuksen perusidea on, että sopimuksen mukainen yhteistoiminta luo erilaisia mahdollisuuksia yhteiselle menestykselle, on luonnollista, että sopimus voidaan myös täyttää oikein monella tavalla. Tehokkaan sopimusrikkomuksen ongelma poistuu, koska tehokas sopimusrikkomus jäsentyy vain yhdeksi sopimuksen vaihtoehtoiseksi täyttötavaksi. Kysymystä osapuolen toimintamahdollisuuksien käytöstä ei voida ratkaista taloudellisella laskelmalla sen edullisuudesta yksittäiselle sopimuspuolelle, vaan selvittämällä, millä tavoin tehokkaan sopimusrikkomuksen aikaan saava toimenpide toteuttaa yhteisen tavoitteen saavuttamiseksi asetettuja suuntaviivoja. Esimerkiksi projektitoiminnassa saatetaan tietyn toiminnan toteuttamiseksi löytää projektin tavoitteiden toteutumista paremmin varmistava toimintatapa, joka kuitenkin lisäävät yhden projektin osapuolen panostuksen tarvetta alun perin arvioidusta. Projektissa muodostuvat riskipositiot sisältävät suuntaviivana tällöin sen, että tämä osapuoli saa myös palkinnoksi alun perin kaavailtua isomman osan kokonaisyhöstä. Kun osapuolen *"down side"* kasvaa, kasvaa myös *"up side"*.

3. C. Tilannearvioinnin juridinen kiinnityskohta

Perinteinen sopimuskäsite tukeutui ajatukseen siitä, että sopimuksen täyttäminen on yksittäisten velvoitteiden noudattamisen summa. Juridista arviointia varten sopimus ikään kuin purettiin osiin, joita jokaista tarkasteltiin erikseen. Näitä osia luokiteltiin ao. sopimustyyppille olennaisiin, luonnollisiin ja satunnaisiin ainesosiin. Esimerkiksi kaupalle pidettiin olennaisina ainesosina kaupan osapuolia ja kaupan kohdetta, luonnollisena ainesosana hintaa ja satunnaisena ainesosana vaikkapa toimitustapaa. Koko sopimus muodostui eri ainesosien aritmeettisena summana. Kun sopimusvelvoitteita haluttiin määrittää, oli aina valmiina eräänlainen juridinen luettelo, joka vain käytiin läpi kohta kohdalta.

Perinteisessä käsityksessä ideaalittyyppisenä sopimusehtona oli velvoite, jossa A tekee jotakin määrättyä B:lle tietyssä ajankohtana. Sen selvittäminen, oliko sopimus täytetty oikein, oli tehtävissä kysymällä, oliko A tehnyt tuon määrätyn asian ao. ajankohtana. Velvoitteet tulivat näin täydellisesti päätetyiksi sopimuksen solmimishetkellä, ja sopimuksen merkitys

pelkistyi eräänlaiseksi toiminnan muistilistaksi. Kun tätä muistilistaa noudatettiin kohta kohdalta, sopimus tuli täytetyksi.

Perinteisen käsityksen ongelmia on näin yksinkertainen kiinnittyminen toiminnan yksittäisiin ilmenemismuotoihin. Kun olosuhteiden muuttuminen on tullut normaaliksi, johtaa sopimussitovuuden palauttaminen ”ehto ehdolta” sitovuudeksi monesti ilmiselvästi huonosti perusteltuihin lopputuloksiin. Esimerkiksi pitkäaikaisissa toimitussopimuksissa käy usein niin, että olenaisissa osissa toiminnan puitteita tapahtuu muutoksia. Jos sopimuksen juridinen lukemistapa ei pysty antamaan niille merkitystä, voi sopimuksen ”kirjaimellisella noudattamisella” olla osapuolten riskipositioden kannalta hyvin epätasapainoisia seurauksia. Viime aikojen esimerkkinä voi viitata siihen, että osa suomalaisista liiketoimintakumppaneista halusi maksaa pitkäaikaisiin toimitussopimuksiin perustuvia tavaraeriä ruplamääräisin suorituksin venäläiselle toimittajalleen senkin jälkeen, kun ruplan arvo entisen Neuvostoliiton alueella tapahtuneiden mullistusten jälkeen oli romahtanut. Muuttuneissa olosuhteissa tämä olisi kuitenkin johtanut hyötyjen ja haittojen satunnaiseen kohdistumiseen yhteistoimintakumppanien kesken eikä olisi ollut alun perin muodostuneiden riskipositioden mukaista.

Jos olosuhteiden muuttuminen on normaalia, tämän tulee näkyä myös sopimuskäsitteessä. Sopimuskäsitteen sisäisen tunnusmerkistön on sisällettävä elementtejä, jotka auttavat tunnistamaan merkityksellisiä muutoksia sekä ohjaavat antamaan niille asiaan kuuluvat vaikutukset sopimuksen sisällössä. Yksittäisten velvoitteiden tunnistamisen sijasta keskeisiksi tulevat ne osapuolten yhteisestä toiminnasta muodostuvat prosessit, joilla yhteisen tavoitteen toteutumista hallinnoidaan (*governance*). Tällaisia prosesseja ovat erilaiset hallintajärjestelmät, joista voi mainita esimerkkeinä toiminnan hallinnan, informaation hallinnan ja häiriön hallinnan.

Toiminnan hallinta ilmenee verkottuneessa projektityyppisessä yhteistoiminnassa omaksuttuna logistisena järjestelmänä. Kysyttäessä tietyn toimenpiteen oikeudellista merkitystä se on sijoitettava osaksi tuota järjestelmää. Kun uuden talouden logistisille järjestelmille on tyypillistä jatkuva kehittyminen ja muuttuminen, on tästä seurauksena, että sama toimenpide voi saada eri aikoina erilaisia ”logistisia” arvoja. Siksi esimerkiksi sen päätteleminen, mitä on juridisesti pidettävä asianmukaisena sopimuksen täyttämisenä, voi vaihdella sopimusprosessin eri vaiheissa. Myös oikeudellinen asianmukaisuus muuttuu toimenpiteen logistisen arvon muuttuessa.

Keskeisimpiä muutoksia perinteisestä ketterään sopimuskäsitteeseen tapahtuu informaation asemassa. Perinteisessä sopimuksessa sopimuksen

kohteen esikuva, paradigma, on fyysinen esine kuten irtain tavara tai maa. Siksi informaation merkitys pelkistyy tätä fyysistä esinettä koskeviksi erityisiksi tiedonannoiksi. Informaatio jää sopimuksen sisällön kannalta ulkoiseksi, ja tiedonantovelvollisuus vain yhdeksi sopimuksen olennaisia ja luonnollisia ainesosia koskevien päävelvoitteiden täyttämistä tukevaksi sivuvelvoitteeksi. Sen sijaan uuteen talouteen sopivassa sopimuskäsitteessä informaatio sisäistetään osaksi kaikkia sopimuksia. Informaatio on aina olennainen osa sopimuksen kohdetta, ja tapa, jolla informaatiotilannetta hallinnoidaan, keskeisiä sopimuksen piirteitä.

Perinteisen sopimuskäsitteen mukainen esikuvanomainen häiriönhallintajärjestelmä on ulkopuolisen jälkikäteen tekemä riidan ratkaisu. Ketterä sopimus puolestaan painottaa etukäteen suunnitelmallisten riskienhallintakeinojen asemaa. Häiriönhallintajärjestelmä ei ole enää sopimuksen kannalta jokin ylimääräinen lisä, vaan sekin on olennainen osa sopimusta. Eri-laiset häiriöt muuttuvat sopimuksen täyttämistä uhkaavista kriiseistä normaaliksi ja etukäteen suunnitelmallisella tavalla käytettäväksi tavoitteen saavuttamistapojen jatkuvan kehittämisen välineeksi.

3.D. Juridiikan kiinnittymiskohta toiminnan logistiseen muotoon

Perinteinen sopimuskäsitys ei, edellä kuvatulla tavalla, sisältänyt ”esineellistä virhepäätelmää”, jossa fyysisen tason ilmiöt kuten asiakirja olisi suoraan samastettu oikeudellisen tason ilmiöihin kuten sopimuksen kaltaiseen juridiseen instrumenttiin. Tästä huolimatta perinteistä juridista tarkastelua hallitsi eräänlainen epäsuora asiakirjasidonnaisuus. Perinteisen sopimuksen sisällön määrittämisen lähtökohdaksi oli tapana asettaa sopimusasiakirja ja sen ehdot. Vaikka itse asiakirjaa ei samastettu sopimussuhteeseen, sopimukseen perustuvien oikeuksien ja velvollisuuksien päättelämisen ensisijaiseksi oikeudellisenä lähteeksi määriteltiin asiakirjaan sisältyvä teksti.

Tämä sopimuksen sisällön määrittämisen oikeuslähdeoppi johti siihen, että erilaisten projektityyppisten kokonaisjärjestelyjen kuten esimerkiksi laajojen rakennushankkeiden tai pitkäaikaisten tuotekehittelyprojektien juridinen arviointi tehtiin asiakirjasuuntautuneesti. Tärkeäksi tuli muodostaa arviointi kulloinkin asianmukaisena pidetyn dokumenttiin sisältyvän tekstin varaan. Erityisen korostuneena tämä tendenssi vaikuttaa anglo-amerikkalaisessa sopimusoikeudessa, jossa eri toimintojen mallisopimukset ovat usein kymmenien sivujen mittaisia siinä missä pohjoismaissa selvittää muutamalla sivulla. Jos tällaista laajaa tekstimassaa eritellään sisällöllisesti

havaitaan, että pääosin on kysymys erilaisista varmistusilmaisuista (*representations and warranties*) sekä erilaisia varsin epätodennäköisiä tilanteita koskevista vastuunrajoituksista (*disclaimers*). Syynä tällaisten kirjaamiseen on mahdollisuus myöhemmässä mahdollisessa häiriötilanteessa joko vedota ao. tekstiosuuteen tai sen puuttumiseen, aina sen mukaan mikä on oman aseman kannalta edullisinta.

Uuden talouden toimintojen suunnitellaan säännönmukaisesti erilaisia oliopohjaisia malliajattelutapoja käyttäen. Toiminnoista määritetään niiden ydinelementit (*core components*) ja kunkin ydinelementin koko toimintakonseptissa tarvitsemat protokollat. Usein tavoitteena on päästä sellaiseen toiminnan jäsentämiseen, josta voisi tulla ao. alan standardi. Milloin standardeja jo on vahvistettu, on tärkeää käyttää niitä. Joustavan sopimuskäsitteen jatkokehittelyn haasteita onkin pystyä muodostamaan sopimuskäsitemiten, että siinä on kiinnittymiskohdat tällaiselle oliopohjaiselle ajattelutavalle. Yksi vielä jatkokehittelyä vaativa alku voisi olla siinä, että projektityyppisten kokonaisjärjestelyjen oikeudellisesti relevantiksi tavoitteeksi katsotaan tietyn palvelukonseptin ylläpitäminen. Tällöin yhteisesti hyväksytyksi kriteeriksi tavoitteen saavuttamiselle tulee esimerkiksi loppukäyttäjän tyytyväisyys saamaansa palveluun.

3.E. Joukkomittaisesti tehtävien sopimusten hallinnan tapa: vakioehdoista käyttäjäkohtaiseen profilointiin

Yhtenä konkreettisena ongelmana, johon perinteisen sopimuskäsitteen varassa jouduttiin antamaan poikkeukseen perustuva ratkaisu, voidaan mainita joukkomittaisesti tehtävien sopimusten hallinnan pulma. Perinteinen käsitys piti normaalina yksilöllisesti neuvoteltua sopimusta, ja vakioehdoista katsottiin tulevan sopimuksen osia vain erityisehtojen täyttyessä. Vakioehdot olivat muodostumisaikanaan vuosisata sitten tapa välttää liian korkeiksi muodostuvat sopimuksen neuvottelu- ja hallinnointikustannukset. Jos jokaisen joukkomittaisesti valmistetun ja samanlaiseen kulutukseen tarkoitettun hyödykkeen ostajan kanssa olisi jouduttu neuvottelemaan yksilöllisesti, olisivat nämä sopimuskontaktikustannukset nousseet korkeiksi monien hyödykkeiden arvoon nähden. Vakioehtojen hyväksyminen oli kuitenkin poikkeus, koska ostajataho ei voinut vaikuttaa niiden sisältöön eikä monesti edes tutustunut niihin.

Kun sopimusjuridiikka kuitenkin tunnusti sitovan vaikutuksen myös vakioehdoille, tuli niistä yritysten laajalti käyttämä sopimuskannan hallin-

tatapa, siis tapa oikeudellisesti hallinnoida yrityksen tekemiä kaikkia sopimuksia. Vakioehtoja käytettiin niin yritysten välisissä sopimuksissa kuin kuluttajasopimuksissakin. Yrityksille tuli näin omaksutun hallintajärjestelmän vuoksi tärkeäksi huolehtia siitä, että juuri niiden omat vakioehdot omaksuttiin mahdollisimman laajasti niiden solmimissa sopimuksissa. Tämä puolestaan johti ns. *battle of forms* -ongelmana tunnettuun kysymykseen siitä, kumman osapuolen vakioehdot tulivat sopimuksen osaksi tilanteessa, jossa molemmat olivat tehneet viittauksia omiin ehtoihinsa.

Vakioehtojen käyttämisen aloittamisen taustana olivat tiettyjen kommunikaatiotapojen käyttämisestä aiheutuneet kustannukset. Sopimustoiminnan ideaalityyppinä oli vielä sata vuotta sitten torikaupassa tyypillinen myytävien tuotteiden laadun tutkiminen ja hinnasta tinkiminen. Sopimuspuolten noudattama kommunikaatiotapa oli välitön suullinen kommunikaatio. Informaatioyhteiskunnassa uutta ovat nimenomaan kehittyneet kommunikaatiomuodot. Ne ovat tehneet mahdolliseksi yhtälön, joka vielä sata vuotta sitten oli mahdottomuus:

Sopimuskommunikaatio voi olla yksilöllistä samaan aikaan kun sitä pystytään taloudellisestiärkevin panoksin hallinnoimaan.

Yksinkertainen esimerkki sähköisen kaupankäynnin liiketoimintamalleista on paljastava: nettikirjakauppa Amazon.com käyttää järjestelmää, jossa vakioasiakkailla on mahdollisuus tehdä tilauksensa yhdellä käyttöliittymän komentojärjestelmän näpytyksellä (ns. *one click* -malli). Sen selvittäminen, onko käyttäjä vakioasiakas, voidaan helposti tehdä selvittämällä saman asiakkaan aikaisemmat ostokset. *One click* -malli on yksinkertainen prototyyppi ketterän sopimuskäsitteen tarkoittamasta uudenlaisesta sopimuskannan hallintamenetelmästä, jota voidaan kutsua profiloinniksi. On mahdollista vakioehtojen sijasta antaa sopimuksen muodostua erilaiseksi kunkin käyttäjän käyttöhistorian mukaisesti, mutta silti pystyä hallinnoimaan koko sopimuskantaan sisältyviä vastuu- ja muita riskejä.

On totta, että tietoverkoissa tapahtuvan kaupankäynnin pohjaksi on kauppapaikan muodostavilla sivustoilla tarjolla vakioehtoja. Allekirjoituksen sijasta niiden on tarkoitus tulla sopimuksen osaksi erilaisilla klikkauksilla. Tietoverkkoihin perustuvan ”pehmeän” käyttöliittymän sopimusjuridinen arkkitehtuuri on siten perinteisen sopimuskäsitteen mukainen. Tälle toimintatavalle ei kuitenkaan ole enää sen hyväksymistä aikanaan tukeneita reaalisia näkökohtia taustanaan. Siksi tällaisella ”*disclaimer* -arkkitehtuurilla” itse asiassa luodaan ja jätetään avoimeksi sopimuksista aiheutuva riski sen sijaan että niitä pystyttäisiin suunnitelmallisesti hallinnoi-

maan. Tekemättä jätetty asianmukainen käyttäjäkohtainen profilointi on ketterän sopimuskäsitteen valossa sähköistä kauppapaikkaa ylläpitävien tahojen laiminlyönti, jonka johdosta niille ei tule antaa juridisia etuja esimerkiksi tehokkaiden vastuunrajoitusten pohjalta. Mitä tarkemmin voidaan tarkoittaa profiloinnin asianmukaisuudella, jää riippumaan tietoverkoissa tapahtuvassa toiminnassa vakiintuvista toimintatavoista. Kysymys on laadultaan saman tyyppisestä ongelmasta kuin ongelmassa siitä, milloin vakioehtojen sisältämälle toimintatavalle on olemassa toiminnan luonteesta johtuvat asialliset perusteet.

4 Lopuksi

Oikeusjärjestelmään sisällytettävää sopimuskäsitettä ei voi vaihtaa siten, että ensin täysin puhdistettaisiin oikeusnormit perinteisestä ja sitten vaihdettaisiin uusi käsite entisen tilalle. Muutoksen pohja on löydetty perinteisen käsitteen sisältä. Tässä kirjoituksessa tällaisen sisältä lähtevän murtumakohdan ovat tarjonneet kaksijakoiset luokittelut, jotka on muutettu ulottuvuuksiksi. Yhtenä uuden sopimuskäsitteen pohjana ovat myös ne oikeudelliset periaatteet, jotka perinteisen sopimusajattelun puitteissa on kehitetty ns. muuttuneiden olosuhteiden ongelman ratkaisuiksi. Kolmantena perinteisen käsityksen sisältä lähtevänä kosketuskohtana ovat ns. *ordre public intern* -instituutiot eli oikeuden väärinkäytön, hyvän tavan vastaisuuden ja kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen kieltonormistot.

Mikään mainituista kolmesta lähtökohdasta ei kuitenkaan ole valmis resepti. Niihin sisältyvän kehitysresurssin hyödyntäminen vaatii jatkuvaa sovittamista käytännön sopimustoiminnan muuttuviin toimintarakenteisiin. Tämän sovitustyön onnistuminen taas edellyttää vuoropuhelua sopimusjuridiikan käytännön ja yliopistollisten ammattilaisten välillä.