

Doktrin Kebebasan Berkontrak Dalam Kontrak Jualan Barang : Ketidaksesuaian Sebagai Doktrin Landasan Pembentukan Undang-undang Kontrak Pengguna

Sakina Shaik Ahmad Yusoff *

ABSTRACT

The 19th century saw the development of contract law based on the idea of freedom of contract. The influence of free market economy and laissez-faire contributed to the idea that individuals should be left free to make private arrangements. The 20th century saw great social and economic change, which heralded a swing away from the classic theory of freedom of contract. During this period it began to be realized that the notion of freedom of choice rested on many uncertain and fragile assumptions. In the realm of consumer sale of goods, there exists a fundamental inequality in terms of bargaining power, knowledge concerning the characteristics and technical components of the goods, and resources, between consumers and traders. Thus freedom of contract ceases to be appropriate as the underlying doctrine for the formulation of laws regulating consumer sale contracts.

This article is devoted to analyzing the doctrine of freedom of contract in the light of consumer contracts. The article also looks at some inroads upon the doctrine of freedom of contract and also explores some alternatives to the concept of freedom of contract as the underlying doctrine for consumer contract law.

DOKTRIN KEBEBASAN BERKONTRAK : DARI PERSPEKTIF SEJARAH

Abad ke 18 dan 19 mempamerkan puncak kegemilangan teori-teori undang-undang semulajadi dan falsafah *laissez-faire* yang menjadi akar umbi pembentukan undang-undang kontrak modern. *Laissez-faire* membabitkan andaian bahawa setiap individu dalam masyarakat adalah bebas dan berupaya mengawal dan mengatur urusan sendiri: "...all men were equal in terms of their respective bargaining positions. If men were left free and equal, it was believed, then competitive trade and industry would flourish, and the nation's economy would thrive."¹ Karya-karya Hobbes², Adam Smith³ and John Locke⁴ menekankan pentingnya kerelaan bebas atau persetujuan sebagai asas sesuatu kewajipan di segi undang-undang⁵. Karya-karya mereka telah juga mendorong kelahiran teori kehendak di kalangan

pendukung-pondokong teori klasikal, khususnya Savigny, Windshield, Pothier, Planiol, Pollock, Salmond dan Langdell. Mereka berpegang kepada idea bahawa elemen yang utama dalam sesuatu kontrak ialah persetujuan kehendak atau pertemuan minda⁶, yang lazimnya disebut *consensus ad idem*⁷.

Kepentingan peranan yang dimainkan oleh teori kehendak pada abad ke 19 merupakan petanda bagi konsep 'kebebasan berkontrak' atau kadang kalanya dikenali sebagai 'autonomi persendirian'.⁸ Memetik penulisan Cohen;

"Contractualism in the law, that is, the view that in an ideally desirable system of law all obligation would arise only out of the will of the individual contracting freely, rests not only on the will theory of contract but also on the political doctrine that all restraint is evil and that government is best which governs least".⁹

Dalam kajian historikal autoritatifnya, Patrick Atiyah¹⁰ mengesan perkembangan doktrin kebebasan berkontrak ini. Bagi Atiyah, jangkamasa 1770-1870 dianggap sebagai zaman keemasan doktrin tersebut. Walau bagaimanapun, jangkamasa ini tidaklah boleh dianggap sebagai tahun-tahun yang bebas sepenuhnya dari campurtangan perundangan, ataupun masa di mana kehakiman bersependapat mengenai doktrin ini. Di satu ekstrema, Atiyah mengenalpasti Baron Bramwell sebagai "*something of a fanatic*"¹¹ dalam menegakkan individualisme dan kebebasan berkontrak; sementara di satu ekstrema yang lain, Sir John Byles pula, bagi Atiyah, dianggap sebagai "*years ahead of his time*"¹² dalam menolak *laissez-faire* dan dalam sokongannya terhadap perlindungan perundangan bagi pihak berkontrak yang lemah. Walaupun kedua-dua hakim ini bukan mewakili pendapat kehakiman secara amnya sekitar abad tersebut; Atiyah mengatakan bahawa "*in the middle third of the century, the majority of the judges would have inclined more to Bramwell's position, though in the latter half of the century, opinion may have begun to moderate slightly.*"¹³

Konsep kebebasan berkontrak ini bukanlah satu konsep baru hasil rekaan cendekiawan undang-undang, ahli falsafah atau para hakim. Konsep ini berakar umbi dalam falsafah sosial, ekonomi dan politik abad ke 16 dan 17, yang cuba memformulasi dan mendefinisikan hak asasi asas manusia¹⁴. Peter Aronstam mengemukakan rasional di sebalik anutan terhadap kebebasan berkontrak di abad ke 16;

"It was argued during this period that man, because of his unique ability to reason, should be able to formulate a rational order in human affairs that would have a universal application. It was believed that, by means of rational argument, a universal body of rules could be developed to achieve justice in the light of the prevailing economic, political and social conditions. From this form of rational argument there evolved the belief

that man possessed certain fundamental rights, which based as they were on reason, could actively be acquired by him when an entire society, itself based on reason, was formed."¹⁵

Konsep kebebasan berkontrak sebagai salah satu hak asasi manusia seterusnya menjadi teras teori kebebasan berkontrak manusia seperti mana yang diformulasikan oleh beberapa ahli falsafah sosial dan ekonomi; paling dikenali John Stuart Mill. Dalam penulisannya Mill menggunakan konsep kebebasan bertindak dalam dua pendekatan yang berbeza. Bagi Mill, setiap individu dalam masyarakat adalah bebas untuk memenuhi kepentingannya. Urutan dari ini, adalah menjadi fungsi undang-undang untuk menjamin terlaksananya kehendak untuk mengadakan kontrak. Membicarakan peranan kerajaan pula, Mill berpendapat bahawa campurtangan kerajaan dalam kebebasan masyarakat haruslah dikekalkan pada peringkat yang paling minima bagi mengelakkan pencabulan kebebasan manusia. Walau bagaimanapun, menurut Mill, wujud satu kualifikasi ke atas kebebasan bertindak setiap individu; berdasarkan konsep 'utilitarian', kebebasan bertindak seseorang boleh dibatasi apabila tindakannya itu boleh mengakibatkan kerugian kepada orang lain.

*"That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others."*¹⁶

Konsep kebebasan memilih ini juga telah diadoptasi oleh beberapa komentator politik abad ke 16 dan 17. Pada pandangan John Locke kefahaman sebenar tentang sifat kuasa politik;

*"...required a consideration of the state in which all men were to be found, which state consisted of perfect freedom to order their actions and to dispose of their possessions and persons as they saw fit within the limits of the law of nature without first having to ask leave for having to defend upon the will of any other man. Because man was in this natural state of freedom, equality and independence, it could not be deprived of his property and subjected to the power of another without his consent. Deprivation of rights could come about by agreement with other men only."*¹⁷

Doktrin kebebasan bertindak dan berkontrak ini juga telah diadoptasi oleh pendokong ekonomi *laissez-faire* abad ke 18 dan 19. Antara pendokong utama ekonomi corak ini ialah Adam Smith yang mencadangkan sebagai "one of the

basic principles of the political economy the rule that legislation should not be used to interfere with freedom of contract because this freedom was vital for the continuance of trade and industry."¹⁸ Fahaman utilitarian yang dipelopori oleh Jeremy Bentham juga berkaitrapat dengan ekonomi politik klasik¹⁹. Berdasarkan A.W. Coats, antara tahun 1770-1870, para utilitarian dan ahli ekonomi klasikal adalah "*complementary and mutually reinforcing elements in the liberal-individualistic stream of thought and action.*"²⁰ Dalam beberapa karya permulaannya²¹, Bentham menunjukkan kesesuaian dengan falsafah ekonomi yang dipelopori oleh Adam Smith. Kedua-dua sekolah pemikiran ini percaya terhadap individualisme sebagai suatu nilai dan sebagai suatu mekanisme sosial; keduanya yakin terhadap kebebasan berkontrak sebagai suatu asas umum; keduanya menerima sebagai titik permulaan bahawa manusia pada umumnya mengetahui kepentingan mereka sendiri yang terbaik. Berdasarkan Bentham,

"No man of ripe years and of sound mind, acting freely, and with his eyes open, ought to be hindered, with a view to his advantage, from making such bargain, in the way of obtaining money as he thinks fit; nor (what is a necessary consequence) anybody hindered from supplying him, upon any terms he thinks proper to accede to."

Bagi Bentham, tidak seorang pun dapat mengetahui tentang apa yang baik untuk kepentingan dirinya, kecuali dirinya sendiri. Pembatasan terhadap kebebasan berkontrak adalah pembatasan terhadap kebebasan itu sendiri, dan semua pembatasan ini "*is an evil and needs to be justified.*"²² Jelas sekali, dalam undang-undang, pengaruh Bentham begitu pervasif. Kenyataan ini jelas diakui oleh Graveson;

*"In the law of contract Bentham's principle of extending freedom of contract as part of individual liberty became the keynote of the common law during the 19th century. It was a principle of the utmost significance in the political, social and economic, as well as in the legal, life of the 19th century. Its impact on the law of contract, in particular, had an effect far wider and deeper than would appear from the particular kinds of contractual relation to which Bentham specifically turned his attention; for, like the corresponding plea for liberty in the disposition of land, it was a far bigger thing than an element of this contract; it was a foundation of the whole law of contract."*²³

Doktrin kebebasan berkontrak merupakan doktrin ideal yang mengawal undang-undang kontrak abad ke 19. Slogan kebebasan berkontrak yang

sememangnya merupakan sependuk politik yang penting di era tersebut merupakan produk doktrin *laissez-faire* yang diamalkan oleh kerajaan di abad itu. Doktrin ini melambangkan penentangan terhadap campurtangan kerajaan dalam ekonomi dan keinginan memperluaskan kebebasan memilih setiap individu. Konsep individualisme, teras kebebasan berkontrak jelas diutarakan oleh Atiyah seperti berikut;

in the individualism
"The content of the contract, the terms and the price and the subject-matter are entirely for the parties to settle. It is assumed that the parties know their own minds, that they will calculate the risks and future contingencies that are relevant, and that all these enter into the bargain. It follows that unfairness of the bargain – gross inadequacy or excess of price – is irrelevant, and once made the contract is binding."

Dalam mencari satu pengertian bagi konsep kebebasan berkontrak, Hugh Collins mengemukakan beberapa ciri konsep ini;

OC
"The phrase 'freedom of contract' summarises well some of the cardinal principles of law: citizens enjoy a broad discretion to make contracts; law routinely respects their choice of terms; and the voluntariness of their choices is protected against coercion and fraud. ...The slogan of freedom of contract both summarised vital elements of these ideas of equality and fairness, and then added to them an interpretation of the kind of freedom which the state should establish and protect. This idea of freedom insisted that individuals should be given choice whether or not to enter contracts, which ruled out compulsory contract and other legally imposed duties, and that individual should also enjoy the freedom to choose the terms of their agreements. This idea of freedom contains a negative element, which rejects the interference of the state in the terms of market transactions, but also a positive element for it sees in the general license to enter binding contracts and enhancement of freedom, because this facility permits new forms of cooperative endeavor which last over a period of time."²⁴

thans
Dari pada teori-teori serta penghakiman yang berlegar sekitar konsep kebebasan berkontrak di abad ke 19, kedapatan empat pengertian yang berbeza tentang konsep ini²⁵. Pertama, konsep ini telah digunakan sebagai bermaksud setiap individu adalah bebas untuk merundingkan terma-terma kontrak yang bakal dibentuk tanpa campurtangan perundangan. Keduanya, konsep ini juga membawa maksud sekiranya seseorang individu telah memasuki sesuatu kontrak peruntukan yang terkandung dalam kontrak tersebut tidak harus diganggu dan haruslah

diberikan kesan undang-undang sepenuhnya. Kedua-dua pengertian kepada konsep kebebasan berkontrak ini diperihalkan dengan jelas sekali dalam penulisan E. von Hippel;

*“This freedom – a core of the so-called ‘private autonomy’ on which the legal orders of the free Western world are based – goes both to the making (or unmaking) and to the terms of [the] contract. The classical theory of contract assumes that the parties-who are thought of as physical individuals – are free to bargain out among themselves the conditions and terms of agreement. Since each of them is regarded as able to protect his interests, control over the terms of contract can be limited to a few categories of illegality.”*²⁶

Ketiganya, konsep ini juga telah digunakan sebagai membawa maksud bahawa setiap individu harus bebas untuk memilih dengan siapa untuk berkontrak; dan pengertian terakhir yang dapat disimpulkan dari karya-karya yang kedapatan ialah setiap individu harus bebas untuk tidak berkontrak²⁷.

Idea kebebasan berkontrak ini juga begitu menular di kalangan para hakim²⁸. Percubaan menformulasikan satu doktrin kebebasan berkontrak kehakiman paling unggul dapat dilihat dalam dictum Sir George Jessel M.R dalam *Printing and Numerical Registering Co. v. Sampson*;

*“If there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of Justice. Therefore you have this paramount public policy to consider – that you are not to interfere with this freedom of contract.”*²⁹

Keunggulan konsep kebebasan berkontrak dalam abad ke 19 jelas kelihatan dari penghakiman Lord Bramwell dalam *The Manchester, Sheffield and Lincolnshire Railway Co. v. H.W. Brown*;

“I am prepared to hold that unless some evidence is given to show that a contract voluntarily entered into by two parties is unjust and unreasonable, it ought to be taken that that contract is a just and reasonable one, the burden of proof being upon the man who says that it is unjust and unreasonable. First of all, its justice and reasonableness are prima facie proved against him by his being a party to it; and if he means to say that what he agreed to is unjust and unreasonable, he must show that it is so. I am prepared to hold that... However, so it is,

and I repeat that I am for my own part prepared to hold, not that an agreemtn between two people which has been voluntarily entered into by them is the strongest possible proof that it is a reasonable agreement, and that I should require the strongest possible evidence, or something more even than a possibility, to show me that that was an unreasonable agreement."³⁰

Berdasarkan Lord Devlin, adalah aksiomatik dalam pandangan klasikal bahawa urusan bebas adalah urusan yang adil;

*"Fair dealing demands that the stronger or cleverer party shall not try to subdue or outwit the other in the making of the contract; and that a man shall not exercise arbitrarily the power given him by the contract but treat it as something to be used only to secure fulfilment of the contractual purpose. The common lawyers hardly regarded the principle of fair dealing as one that needed independent support. For them free dealing was fair dealing. So long as fraud and deceit were kept out of the ring, it was up to each party to fight for the best bargain he could get; a fair fight meant that a fair bargain would result."*³¹

Teras bagi konsep kebebasan berkontrak adalah idea bahawa individu harus diberi kebebasan untuk membentuk kontrak. Ini bermakna kerajaan mempunyai peranan yang kecil dalam pasaran, sementara peranan mahkamah pula sekadar menguatkuasakan kontrak yang telah terbentuk dan campurtangan kehakiman haruslah seminima yang boleh. Berdasarkan Kessler doktrin kebebasan berkontrak merupakan *"the inevitable counterpart of a free enterprise system. As a result, our legal lore of contracts reflects a proud spirit of individualism and laissez-faire."*³²

KEBEBASAN BERKONTRAK DAN KEKANGAN DALAM KONTRAK PENGGUNA: REALITINYA

Idea bahawa kontrak adalah diasaskan daripada persetujuan, dalam kebanyakan kes, di era modern ini, hanyalah tinggal fiksyen semata-mata. Kesedaran ini telah lama timbul seawal 1873, apabila dalam kes *New York Central Railroad Company v. Lockwood*, Bradley J. mengatakan bahawa;

"The carrier and his customer do not stand of a footing of equality. The latter is only one individual of a million. He cannot afford to higggle or stand out and seek redress in the courts. He prefers, rather, to... sign any paper the carrier

presents. ...In most cases, he has no alternative but to do this, or abandon his business."³³

Pengguna kini tidak lagi bebas untuk berkontrak dalam ertikata yang sebenarnya. F. Kessler memerihalkan situasi ini seperti berikut;

*"The customer is usually not able to shop around for better terms, either because the author of the standard contracts has a monopoly (natural or artificial) or because all competitors use the same clauses. His contractual intention is but a subjection more or less voluntary to terms dictated by the stronger party"*³⁴

D. Jacobson pula menghuraikan fenomena ini dalam kata-kata berikut;

*"On the other side there stands the person who requires services or purchases the goods and he can either accept the contract as it is without any changes, or refuse to become a party thereto. In fact very often, or almost always, the supplier is the only one, or one of few, who is in a position to supply the required services or the necessary goods – and the suggested option of the customer is merely theoretical for in fact it does not exist."*³⁵

Ternyata dalam perkembangannya, doktrin kebebasan berkontrak akhirnya bukan tanpa batas. Proses pengeluaran dan agihan secara besar-besaran, secara langsungnya, telah membawa kepada pengenalan 'mass contract'. Kontrak 'adhesion' atau kontrak bentuk seragam merupakan salah satu 'alat' yang seringkali digunakan bagi satu pihak dalam kontrak untuk mengenakan termanya ke atas pihak lain. Kontrak 'adhesion', pertama kalinya dikenali sebagai sejenis transaksi oleh seorang ahli hukum Perancis, Raymond Saleilles³⁶, yang mana pada tahun 1901, mengenalpasti apa yang dipanggil sebagai *contract d'adhesion*. Bagi Saleilles, kontrak jenis ini mengandungi stipulasi yang telah dibentuk lebih awal, yang mana kehendak satu pihak mendominasi transaksi tersebut. Seperti Saleilles, Patterson³⁷ juga menganggap bahawa kontrak 'adhesion' haruslah ditafsirkan berbeza daripada kontrak-kontrak lain.

Dalam menghuraikan apakah yang dimaksudkan dengan 'kontrak bentuk seragam' atau kontrak 'adhesion', Lord Diplock dipetik sebagai mengatakan;

"Standard forms contracts are of two kinds. The first, of very ancient origin, are those which set out the terms on which mercantile transactions of common occurrence are to be carried out. Examples are bills of lading, charterparties, policies of insurance.... The standard clauses in these contracts have been settled over the years by negotiation by representatives of the

*commercial interests involved...The same presumption, however, does not apply to the other kind of standard form of contract. This is of comparatively modern origin. It is the result of the concentration of particular kinds of business in relatively few hands....The terms of this kind of standard form of contract have not been the subject of negotiation between the parties to it, or approved by any organization representing the interest of the weaker party. They have been dictated by that party those bargaining power, either exercise alone or in conjunction with others providing similar goods or services, enables him to say: 'If you want these goods or services at all, these are the only terms on which they are obtainable. Take it or leave it.'*³⁸

Dalam penulisannya Lenhoff mengenalpasti lima sifat utama kontrak 'adhesion';

*"1. The contracts are based on standard forms; 2. They are used to supply mass demands for goods and services; 3. They are drafted, for the public, that is, for an indefinite number of persons, rather than single individual; 4. Their use is entangled with the superior bargaining power of the stipulator, which is, to a certain extent, a monopolistic body; 5. The individual customer has no bargaining power; he must either adhere to the contract or refuse to contract altogether."*³⁹

Walau bagaimanapun, kekangan terhadap kebebasan berkontrak tidak semestinya membuahkan kerugian atau ketidakadilan bagi pengguna. Pengenalan kepada kontrak bentuk seragam berobjektifkan penjimatan masa, beban dan perbelanjaan dalam perundingan terma. Namun demikian, realitinya, penyalahgunaan kuasa dalam kontrak bentuk seragam seringkali berlaku. Justeru itu, timbul satu keperluan untuk melindungi pengguna dalam konteks ini. Dalam mengkritik penindasan pengguna yang lemah oleh pembekal yang lebih kuat melalui kontrak bentuk seragam, Coetzee J. dalam mahkamah Afrika Selatan dipetik sebagai mengatakan;

"It is undesirable that this form of [contracting]... should be developed without adequate safeguard in law to protect those members of the public who are in need of this type of finance. They should not find themselves in a position where they have to rely on the honesty and sense of fair dealing of the financier. One can point to a number of undesirable features of these agreements. If a [person] could read and understand them, he might very well not find the agreement, as a whole acceptable

to him....A time has arrived when a proper investigation into this form of [contracting] should be made and, if found desirable and feasible, legal provisions which are fair to both parties should then be enacted to regulate their peculiar relationship.”⁴⁰

Selain kontrak bentuk seragam yang menjadi kekangan ke atas doktrin kebebasan berkontrak, penggubalan beberapa perundangan pengguna yang menyentuh hak-hak kontraktual pengguna di negara ini dapat juga dilihat sebagai membataskan kebebasan berkontrak individu pengguna. Ini dapat dilihat melalui penggubalan akta-akta pengguna, *inter alia*;

- i. Akta Kawalan Harga 1946 – memberikan kuasa kepada kerajaan menetapkan dan mengawal harga bagi barangan tertentu seperti harga gula, tepung, daging ayam dan sebagainya.
- ii. Akta Kawalan Padi dan Beras 1994 – mengawal (menyimpan dan menyenggara) bekalan padi dan beras dalam negara serta memastikan harga padi yang berpatutan bagi peladang dan pengguna.
- iii. Akta Makanan 1983 – mengawal penjualan makanan supaya tidak mengancam pengguna, antaranya memastikan kandungan bahan-bahan tidak membahayakan.
- iv. Akta Racun Makhluk Perosak 1974 – mengawal pengimportan, pengeluaran, penjualan, penyimpanan racun perosak dengan cara pendaftaran dan permit pengimport dan pengilang.
- v. Akta Jualan Dadah 1952 – bertujuan untuk mengawal dan membuat peraturan tentang pengimportan, pengeksportan, pengeluaran, penjualan dan penggunaan opium dan lain-lain dadah merbahaya.
- vi. Akta Racun 1952 – mengawal pengimportan, pemilikan, pengilangan, penyimpanan, pengangkutan, penjualan dan penggunaan sebarang racun.
- vii. Akta Sewa Beli 1967 – mengawalselia bentuk dan kandungan perjanjian yang termasuk di bawah takrifan perjanjian sewa beli di bawah Akta dan menetapkan hak-hak dan tanggungjawab pihak-pihak kepada perjanjian.
- viii. Akta Timbang dan Sukat 1972 – memastikan yang unit-unit sukatan dan standard jisim dan sukat hendaklah berdasarkan sistem unit antarabangsa.
- ix. Akta Pelindungan Pengguna 1999 - Bahagian V dan VI memperuntukkan beberapa gerenti dan hak terhadap pembekal berkenaan dengan pembekalan barangan.

Pasaran Malaysia masih lagi merupakan pasaran dominasi penjual. Di alaf baru ini, pengguna Malaysia masih lagi merupakan kelompok masyarakat yang tidak teratur dan bersatu. Ketiadaan integrasi dalam tindakan pengguna serta keengganan mendidik diri dalam ilmu kepenggunaan mendedahkan kelompok pengguna pada eksploitasi oleh masyarakat peniaga. Kebebasan berkontrak tulen dalam perdagangan, justeru itu, tidak dapat membantu masyarakat pengguna merealisasikan perlindungan pengguna yang efektif. Justeru itu, kerajaan terpenggil untuk memainkan peranan yang lebih proaktif dalam arena perdagangan khususnya

jualan barang. Walaupun dilihat sebagai menghadkan kebebasan berkontrak pengguna, namun penggubalan akta-akta ini jelas bertujuan mengimbangi ketidakseimbangan kuasa seterusnya menerapkan ciri-ciri perlindungan pengguna yang efektif.

**KEBEBASAN BERKONTRAK & REVOLUSI PENGGUNA :
KETIDAKSESUAIAN SEBAGAI DOKTRIN LANDASAN DALAM
PEMBENTUKAN UNDANG-UNDANG PENGGUNA**

Digunakan dalam konteks empat pengertian yang kepadatan, konsep kebebasan berkontrak ini kelihatan berlandaskan pada premis bahawa kedua-dua pihak yang berkontrak berunding dari kedudukan yang sama kuatnya, setiap satu adalah bebas menerima atau menolak syarat yang mungkin dikemukakan ke dalam kontrak oleh pihak yang satu lagi. Dari segi teori, konsep ini mungkin merupakan sesuatu yang unggul tetapi, realitinya konsep ini gagal mengambilkira bahawa kesamarataan jarang sekali wujud; tampak kepincangan validiti praktikalnya. Doktrin kebebasan berkontrak serta *caveat emptor* yang menyusul dari doktrin *laissez-faire*, mungkin unggul sekiranya pihak-pihak yang berkontrak 'berdiri sama tinggi, duduk sama rendah'. Walau bagaimanapun, dalam urusan jualan barang, realitinya, "...In fact, as we have noted, there was, and still is, a fundamental inequality in terms of wealth, social position, and bargaining power between men of different positions in the social structure."⁴¹ Ketidakesesuaian konsep kebebasan berkontrak sebagai asas perundangan jelas sekali kelihatan dalam transaksi perdagangan yang melibatkan pengguna. Dalam kuliah perdananya yang disampaikan pada tahun 1956, Lord Devlin mengkritik ahli fikir abad ke 19 yang mengagungkan kebebasan politik dan kebebasan di bawah undang-undang tetapi gagal mengambilkira kebebasan ekonomi; "They failed to see that it was no use leaving a man free to make what bargain he liked if he had no bargaining power."⁴² Realitinya, kebebasan berkontrak dalam pengertian yang sebenar tidak dapat wujud kecuali dalam situasi di mana pihak-pihak yang berkontrak mempunyai kesamarataan dari segi ekonomi dan sosial. Memetik tulisan Konrad Zweigert dan Hein Kotz;

“Exponents of the principle of freedom of contract urged that no rules of law, statutory or judge made, should constrain its exercise. This was purely legalistic. What they did not realise was that freedom to contract is best seen in freedom to hire and fire. ...Thus true freedom to contract could only operate in a Utopia, in a society in which business were independent, economically equal, and fully automated, with neither labour nor management. If parties are not socially and economically equal, only the stronger party is free to determine whether and how to form a contract. Since such a society of equals does not exist anywhere, even in socialist countries, and probably never

will, since it is a dream, freedom of contract in its pure form is itself a chimera, a fantasy, and not in any way a reality."⁴³

Dalam era kebangkitan semangat konsumerisme di abad ke 21 ini, kesedaran bahawa pengguna memerlukan perlindungan yang lebih efektif terutamanya dalam konteks jualan barang, mempamerkan ketempangan dalam undang-undang jualan barang yang sedia ada. Falsafah *laissez-faire* serta produk kelahirannya *caveat emptor* dan kebebasan berkontrak yang menjadi tunggak pembentukan undang-undang kontrak tidak lagi dapat dipertahankan. Ekonomi pasaran bebas telah menyaksikan "...satu kepudaran kepercayaan bahawa individu mengetahui kepentingan dengan bijak...satu peningkatkan kesedaran tentang adanya lingkungan besar fakta-fakta yang mengurangkan pentingnya kebebasan pilihan seseorang individu. Pilihan boleh dibuat atau kerelaan boleh diberi tanpa cukup memahami dan memikirkan akibatnya; lebih mungkin kelam; atau di bawah pengaruh desakan psikologi sanubari atau di mahkamah..."⁴⁴ Ketidaksuaian konsep *caveat emptor* sebagai landasan formulasi undang-undang jelas terpapar dalam ekstrak teks ucapan Senator Hon. L. K. Murphy QC;

*"In consumer transactions unfair practices are widespread. The existing law is still founded on the principle known as caveat emptor...meaning 'let the buyer beware'. The principle may have been appropriate for transactions conducted in village markets. It has ceased to be appropriate as a general rule. Now the marketing of goods and services is conducted on an organized basis and by trained executives. The untrained consumer is no match for the business who attempts to persuade the consumer to buy goods or services on terms and condition suitable to the vendor. The consumer needs protection by the law..."*⁴⁵

Hakikatnya, mengambilkira perubahan sosio-ekonomi pengguna serta kompleksiti perdagangan era ini, pengguna didedahkan kepada pelbagai penyelewengan perdagangan hasil dari ketidakseimbangan atau 'disparity' kuasa yang wujud antara pengguna dan peniaga. Ketidakseimbangan atau 'disparity' kuasa yang wujud dalam kontrak jualan barang yang melibatkan pengguna, memetik komentari Jacob Ziegel, mempamerkan tiga ciri ketidakseimbangan kuasa;

Ziegel

*"First, a disparity of bargaining power between the supplier of goods or services and the consumer to whom they are being offered; secondly, a growing and frequently total disparity of knowledge concerning the characteristics and technical components of the goods or services; and thirdly, a no less striking disparity of resources between the two sides."*⁴⁶

Pengenalan kepada 'mass consumption' serta kecanggihan teknik produksi era ini mengakibatkan pengguna berhadapan dengan jurang maklumat apabila memasuki transaksi jualan. Realiti ini diakui oleh Ross Cranston; "*Products are now being marketed in such a number and in such a manner that it is difficult for consumers to judge their qualities adequately... Quite apart from questions of judgment, style and taste, expert knowledge is essential to appreciate the feature of many modern products which fall below threshold of perception of the ordinary consumer.*"⁴⁷

Di tahun 60an dan 70an, kedapatan banyak laporan rasmi dan tidak rasmi yang menekankan idea ketidakseimbangan atau ketidaksamarataan dalam kuasa berunding sebagai rasional primer perlindungan pengguna dalam konteks perdagangan di abad ini. Konsep ini menjadi pemangkin kepada usul-usul yang dikemukakan oleh beberapa laporan, *inter alia*, dua laporan berpengaruh, Laporan Molony dan Laporan Crowther di England. Justeru itu, bagi mengimbangi ketidakseimbangan kuasa ini pengguna memerlukan perlindungan undang-undang yang lebih mantap.

Akta Jualan Barang-barang 1957 yang digubal bagi mengawal kontrak jualan barang di Malaysia bukanlah berorientasikan perlindungan pengguna. Sekilas pandangan mungkin memberikan gambaran bahawa Akta ini membataskan kebebasan berkontrak pihak-pihak yang berkontrak dengan menyenaraikan obligasi tersirat pihak penjual dalam seksyen 14 hingga 17. Walau bagaimanapun peruntukan yang terkandung dalam seksyen 62 yang membenarkan penjual mengecualikan semua terma tersirat yang diperuntukkan oleh Akta, jelas mengembalikan semula kebebasan berkontrak pihak-pihak yang berkontrak dalam kontrak jualan. Berdasarkan penulisan J.Goldring dan L.W.Maher, peruntukan yang terkandung dalam Sale of Goods Act 1893 (U.K.) yang menjadi sampel peruntukan Akta Jualan Barang-barang 1957 dilandaskan atas andaian bahawa pihak-pihak yang berkontrak mempunyai kuasa ekonomi yang seimbang; satu andaian yang mungkin benar ketika perundangan tersebut digubal tetapi tidak lagi membayangkan realiti transaksi perdagangan yang melibatkan pengguna era ini; "*...those rules assumed equality of economic power of the parties, and the assumption was justified; merchants were generally aware and cautious, and ordinary people who did most of their trading at fairs and markets were wary of their purchases. That is no longer the case.*"⁴⁸ Keadilan yang dituntut, statutori atau sebaliknya, dalam memberikan perlindungan yang lebih mantap kepada pengguna merupakan tamparan hebat kepada konsep kebebasan berkontrak; "*...The protection of consumers is gradually becoming a recognised feature in modern law and it inevitably involves limitation upon the doctrine of freedom of contract. It is all linked with a firm moral wish to do justice in so far as possible.*"⁴⁹

Undang-undang kontrak kini berada dalam krisis; satu persimpangan antara mengekalkan pandangan klasikal atau mengubah hala ke arah penerapan konsep alternatif. Pergolakan perdagangan dengan pengenalan kepada 'mass

consumption', menimbulkan satu keperluan, dalam konteks undang-undang pengguna, untuk meninggalkan atau membataskan doktrin kebebasan berkontrak. Justifikasi membataskan doktrin ini datangnya dari ketidakadilan yang semulajadinya wujud dalam pasaran bebas. Reiter⁵⁰ menghujahkan bahawa secara persuasifnya, teori ekonomi modern telah mula mendapati bahawa *laissez-faire* diselubungi dengan kesukaran moral; paling ketara dan penting, individu bermula dengan endowmen wang dan peluang yang berbeza dan ini dengan sendirinya memanifestasi dalam bentuk ketidaksamarataan kedudukan berunding dalam pasaran. Permasalahannya;

*"The freedom of contract doctrine sanctions every transaction, however unequal the starting points and however unequal the outcome. Furthermore, the doctrine fails to distinguish between unequal outcomes which were the result of a fair bargaining procedure, and those which were the result of exploitation. In short, the freedom of contract doctrine sanctions all exercises of contract power, including exploitative exercises. It is submitted that this is unacceptable and provides an adequate justification for courts to intervene to prevent the application of the doctrine in cases of exploitation."*⁵¹

Collins⁵² pula mengemukakan tiga motif potensi bagi pengawalan terma dalam kontrak pengguna atas dasar keadilan; (i) kegagalan pasaran; *"The law will regulate contract terms in order to ensure competitive market in the terms of offer. The objective is consumer choice, and the evil is primarily small print."*⁵³; (ii) keadilan substantif; *"The law may be concerned about unfair bargains, under which the consumer receives poor value for money. ...The objective is to ensure fair prices and the fulfillment of legitimate expectations, and the evil is the rip-off of the consumer."*; dan (iii) pasaran sosial; *"The law may be concerned to achieve a public good, [such as] a market in which consumer goods and services are of good quality. ...Legal regulation can aim towards this public good by imposing compulsory terms in contracts, and invalidating contrary agreements. The objective is to achieve a particular kind of market, and the evil is freedom of contract which tends to undermine that public good."*

Meninggalkan doktrin kebebasan berkontrak dalam menghadapi cabaran realiti ekonomi modern, membawa kepada persoalan konsep alternatif apakah yang harus mengambilalih doktrin ini sebagai landasan pembentukan undang-undang kontrak pengguna? Terdapat pandangan⁵⁴ yang mengatakan bahawa mahkamah harus diberikan kuasa yang lebih luas dalam memutuskan apa yang munasabah antara pihak-pihak yang berkontrak. Ada pula yang mencadangkan diwujudkan satu mekanisme pentadbiran bagi mengawal syarat-syarat yang standard bagi kontrak-kontrak yang berbeza jenisnya.⁵⁵ Walau bagaimanapun pendekatan-pendekatan radikal ini tidak mendapat sokongan Jawatankuasa Undang-undang⁵⁶

yang dibentuk di England bagi mengkaji isu ini. Berdasarkan Konrad Zweigert dan Hein Kotz, tugas utama kini bukan lagi mengagungkan kebebasan berkontrak kerana dalam majoriti kontrak yang dibentuk, kebebasan berkontrak tidak lagi wujud. Sebaliknya apa yang perlu dilakukan kini ialah mencari kriteria dan prosedur bagi pembentukan apa yang disebut 'keadilan berkontrak'⁵⁷. Bagi maksud menentukan wujud atau tidaknya 'keadilan kontraktual' dalam urusan tertentu, dua pendekatan telah digunakan : pendekatan prosedural yang bererti sesuatu urusan itu "*hendaklah dilakukan oleh kedua-dua pihak yang bertindak pada satu tahap kebebasan tanggungjawab dan kesedaran. Apabila ciri-ciri sebegini tidak ada pada tahap yang diperlukan, maka keperluan-keperluan keadilan prosedur yang tersemat di dalam konsep kontrak tidak ditepati.*"⁵⁸ Keadilan substantif pula menekankan tentang kandungan dan pelaksanaan kontrak.

Analisa kritikal konsep kebebasan berkontrak membawa ke arah satu usul yang mengatakan bahawa kontrak harus diperlakukan berbeza sekiranya wujud ketidakseimbangan kuasa berunding antara pihak-pihak. Usul ini telah mendapat pengiktirafan formal di Amerika Syarikat⁵⁹ serta diterima oleh beberapa hakim di England⁶⁰. Dalam undang-undang kontrak klasikal, kuasa berunding pihak-pihak bukanlah merupakan satu persoalan bagi kehakiman. Ini diakui oleh P.S. Atiyah;

*"The Court's function [on the classical view] is to ensure procedural fair play; the Court is the umpire to be appealed to when a foul is alleged, but the Court has no substantive function beyond this. It is not the Court's business to ensure that the bargain is fair, or to see that one party does not take undue advantage of another, or impose unreasonable terms by virtue of superior bargaining position. Any superiority in bargaining power is itself a matter to rectify."*⁶¹

Walau bagaimanapun tindakan Lord Denning mencero bohi persoalan ini, walaupun mendapat tentangan hebat, mempamerkan kesanggupan kehakiman memformulasikan doktrin baru atas nama keadilan. Doktrin ketidaksamarataan dalam kuasa berunding, formulasi Lord Denning, mengenakan cabaran langsung kepada doktrin kebebasan berkontrak. Dalam undang-undang kontrak, kerelevanan 'fairness' kepada validiti kontrak terkandung dalam ungkapan 'kebebasan berkontrak'. Berdasarkan doktrin ini juga, 'unfairness' bukanlah satu alasan yang mencukupi bagi membolehkan mahkamah mengene pikan sesuatu kontrak⁶². Walau bagaimanapun, Lord Denning berpandangan bahawa;

"Yet, there are exceptions to this general rule. There are cases in our books in which the courts will set aside a contract, or transfer of property, when the parties have not met on equal terms – when the one is so strong in bargaining power and the other so weak – that, as a matter of common fairness, it is not

right that the strong should be allowed to push the weak to the wall."⁶³

Tentangan terhadap doktrin yang diperkenalkan oleh Lord Denning ini diterima daripada Guest. Guest, dengan merujuk pada dua kes menyokong⁶⁴, menolak kewujudan doktrin tersebut di persada undang-undang kontrak Inggeris; *"It cannot ... be said that such a general principle has yet been accepted in English law."*⁶⁵ Dalam kes *National Westminster Bank v. Morgan*⁶⁶, Lord Scarman dalam House of Lords, sekali lagi mengambil peluang untuk menyatakan keengganannya untuk menerima doktrin ketidaksamarataan kuasa berunding sebagai sebahagian daripada undang-undang kontrak Inggeris; *"The fact of an unequal bargain will of course be a relevant feature in some cases of undue influence. But it can never become an appropriate basis of principle of an equitable doctrine...and even in the field of contract I question whether there is any need in the modern law to erect a general principle of relief against inequality of bargaining power."*⁶⁷ Walau bagaimanapun, berdasarkan Collins⁶⁸, walaupun mahkamah telah menolak doktrin ketidaksamarataan kuasa berunding pada namanya, mahkamah masih terus membuat penilaian tentang 'fairness' dalam pemakaian doktrin paksaan dan pengaruh tidak berpatutan.

Dalam menggunakan konsep 'unfairness' sebagai justifikasi campurtangan mahkamah dalam kontrak pengguna atau sebagai landasan pembentukan perundangan pengguna, ungkapan 'unfairness' memerlukan takrifan yang jelas memandangkan konsep ini berupaya mengimport ke dalamnya ciri-ciri subjektif. Berdasarkan Spencer Nathaniel Thal⁶⁹, definisi 'unfairness' akhirnya akan distrukturkan oleh mahkamah melalui adjudikasi kes demi kes, tetapi pada masa yang sama pembentukan satu kerangkakerja yang analitikal sebagai panduan alasan kehakiman adalah penting bagi memastikan proses ini berterusan. Matlamatnya ialah untuk mencari jalan agar sekurang-kurangnya sebahagian daripada definisi 'unfairness' boleh distrukturkan untuk memberikan pihak-pihak yang berkontrak satu panduan tentang situasi bila mana mahkamah akan mengeneipkan kontrak atas alasan 'unfairness'. Dalam usahanya untuk menentukan had bagi doktrin ketidaksamarataan kuasa berunding, Lord Denning sendiri telah memerihalkan apa yang dipercayainya sebagai kawasan pemakaian doktrin tersebut.;

*"By virtue of it, English law gives relief to one who, without independent advice, enters into a contract upon terms which are very unfair or transfers property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs and desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with undue influences or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other."*⁷⁰

Dalam penganalisaannya, Thal⁷¹ berpendapat bahawa apabila Lord Denning merujuk pada kerelevanan terma-terma yang begitu 'unfair' atau balasan yang begitu jelas tidak mencukupi, Yang Arif sebenarnya mencadangkan bahawa 'unfairness of the outcome' merupakan teras bagi doktrin ketidaksamarataan kuasa berunding. Walau bagaimanapun, memetik kata-kata Thal, "*Unfortunately, what amounts to an unfair outcome cannot be formally defined, as the courts cannot provide any hard-and-fast rule about how disproportional an outcome must be before it will be regarded as unfair.*"⁷²

Dalam mencari alternatif kepada doktrin kebebasan berkontrak sebagai landasan pembentukan perundangan pengguna di Malaysia, perkembangan perundangan di England mungkin boleh dijadikan panduan. Di England, Parlimen sebagai badan perundangan, telah menggubal beberapa statut dalam bidang kepenggunaan, mengambilkira isu 'unfairness'; paling ketara penggubalan Unfair Contract Terms Act 1977. Matlamat utama perundangan jenis ini ialah bagi melindungi pengguna yang dianggap sebagai pihak yang lemah. Berdasarkan Atiyah⁷³, jelas sekali kini dalam praktis, keutamaan sebenar ialah tentang 'fair bargain' dan 'substantive fairness' dan bukannya mengenai 'bargaining process' itu sendiri.

Sekiranya undang-undang klasikal seringkali dikaitkan dengan doktrin kebebasan berkontrak, undang-undang kontrak modern pula menjadikan 'kemunasabahan' sebagai kayu pengukur penerapan keadilan dalam kontrak; 'kemunasabahan' merupakan teras kepada operasi doktrinal undang-undang kontrak modern. Mengungkap penghakiman Lord Denning dalam *Gillespie Bros v. Roy Bowles Transport Ltd*;

Demis

"What is the justification for the courts...departing from the ordinary meaning of the words? If you examine all the cases, you will ...find that at bottom it is because the clause...is unreasonable, or is being unreasonably in the circumstances of the particular case. The judges have, then, time after time, sanctioned a departure from the ordinary meaning. They have done it under the guise of 'construing' the clause. They assume that the party cannot have intended anything so unreasonable. So they construe the clause 'strictly'. They cut down the ordinary meaning of the words and reduce them to reasonable proportions. They use their skill and art to this end."⁷⁴

Lord Denning seterusnya mengatakan bahawa; "*The court should give effect to the clause according to that meaning (meaning which the parties understood and presumed to have intended) – provided always...that it is reasonable as between the parties and is applied reasonably in the circumstances of the particular case.*" Tiga tahun selepas *Gillespie*, penggubalan Unfair Contract Terms Act 1977, selain mengambilkira faktor 'unfairness', mengendors pemakaian kriteria kemunasabahan kepada pelbagai terma kontrak. Dalam menjadikan konsep

'kemunasabahan' sebagai doktrin landasan pembentukan undang-undang, persoalan yang sering kali berligar ialah apakah kayu pengukur kemunasabahan atau ketidakmunasabahan sesuatu terma itu. Dalam menyelesaikan kekerutan ini, kata-kata Lord Radcliffe dalam *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* jelas membayangkan praktiknya; "*And the spokesman of the fair and reasonable man, who represents after all no more than the anthropomorphic conception of justice, is and must be the court itself.*"⁷⁵

Mengalih pandangan ke persada undang-undang kontrak di kebanyakan sistem perundangan Eropah⁷⁶, mempamerkan pemakaian prinsip 'good faith' dalam penerapan nilai-nilai keadilan dalam kontrak. Artikel 1.106 Lando Commission's Principle of European Contract Law memperuntukkan prinsip am 'good faith' dan 'fair dealing' seperti berikut;

- "(I) In exercising his rights and performing his duties each party must act in accordance with good faith and fair dealing;*
*(ii) The parties may not exclude or limit this duty."*⁷⁷

Namun demikian pemakaian 'good faith' sebagai konsep asas undang-undang kontrak telah ditolak di England. Memetik kata-kata Lord Ackner dalam *Walford v. Miles*;

*"The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations ...A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party."*⁷⁸

Ringkasnya, keengganan mengadoptasi prinsip am 'good faith' ke dalam undang-undang kontrak Inggeris, berdasarkan Michael Furmston;

*"...is premised on adversarial self-interested dealing; that good faith is a vague idea, threatening to import an uncertain discretion into English law; that the implementation of a good faith doctrine would call for difficult inquiries into contracting parties' reasons in particular cases; that good faith represents a challenge to the autonomy of contracting parties; and, that a general doctrine cannot be appropriate when contracting contexts vary so much..."*⁷⁹

Pergolakan dunia barat jelas mempamerkan satu peralihan, dari pandangan klasikal yang menjadikan doktrin kebebasan berkontrak sebagai teras pembentukan kontrak serta penggubalan perundangan, ke arah penerapan ciri-ciri kontrak modern

seperti 'fairness', kemunasabahan dan 'good faith'. Dalam konteks jualan barang yang melibatkan pengguna, kebebasan berkontrak secara total adalah sesuatu yang sememangnya tidak dialu-alukan. Namun, senario perdagangan di Malaysia khususnya dalam konteks kontrak jualan barang, pada tahap yang tertentu, masih berlandaskan konsep kebebasan berkontrak. Akta Jualan Barang-barang 1957, sumber primer undang-undang jualan barang tempatan, tidak membezakan antara kontrak komersil atau kontrak jualan yang melibatkan pengguna. Walau bagaimanapun dalam arena jualan barang, terdapatnya satu keperluan yang jelas bagi mendiskriminasikan kontrak komersil daripada kontrak pengguna memandangkan doktrin asas yang menjadi landasan pembentukan undang-undang bagi kedua-dua kategori ini adalah berbeza. Satu keperluan terhadap perundangan yang berbeza bagi kategori-kategori ini jelas diutarakan oleh P.S.Atiyah;

*"More generally, the very different social and economic nature of commercial and consumer transactions, both of which are in law contracts of sale of goods, means that it is not surprising that an act devised principally for one has not always worked satisfactorily for the other. It is now noticeable that one of the principal trends of modern legislative change is to discriminate between consumer and non-consumer transactions."*⁸⁰

NOTA PENGHujung

* Pensyarah, Fakulti Undang-undang, Universiti Kebangsaan Malaysia.

¹ P. Harris, *An Introduction to Law*, Weidenfeld and Nicolson, 1980, hlm.

25.

² Hobbes, *Leviathan*, 1651.

³ A. Smith, *The Wealth of Nations*, 1776.

⁴ J. Locke, *Second Treatise on Government*, 1690.

⁵ P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford Clarendon Press, 1979, hlm. 50.

⁶ M.R. Cohen, 'The Basis of Contract' (1933) 46 *Harv L Rev* 553, hlm. 575.

⁷ Shaik Mohd Noor Alam S.M. Hussain, *Kontrak & Kewajipan Undang-undang di beberapa negara ASEAN yang dipilih*, Dewan Bahasa dan Pustaka, 1998, hlm. 33.

⁸ Fuller, 'Consideration and Form' (1941) 41 *Col Law Rev* 799, 806.

⁹ M.R. Cohen, 'The Basis of Contract', hlm. 558.

¹⁰ P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contracts*, Oxford : Clarendon Press, 1979.

¹¹ *Ibid.*, hlm. 380.

¹² *Ibid.*, hlm. 382.

¹³ *Ibid.*, hlm. 383.

¹⁴ Salah seorang penganjur utama fahaman ini adalah Hugh Grotius. (H. Grotius, *Inleidinge* 3.1.10-12.)

¹⁵ P. Aronstam, *Consumer, Freedom of Contract and The Law*, Juta & Company Ltd., 1979, hlm. 1.

¹⁶ J.S. Mill, *Three Essays*, Oxford, 1975, hlm. 15.

¹⁷ J. Locke, *The Second Treatise of Government*, Chapter II para 4 and Chapter III paras 95-8. Pendekatan undang-undang semulajadi mengenai kebebasan berkontrak sebagai kebebasan fundamental manusia juga diutarakan oleh Thomas Hobbes; "The right of nature, which writers commonly call the *jus naturale*, is the liberty each man hath, to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature...that is to say...of doing any thing, which in his own judgment, and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto." (T. Hobbes, *Leviathan*, 145-6).

¹⁸ P. Aronstam, *Consumer Protection, Freedom of Contract and The Law*, hlm. 5.

¹⁹ P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, hlm. 324.

²⁰ A.W. Coats, *Introduction to The Classical Economists and Economic Policy*, London, 1971, hlm. 24.

²¹ T.W. Hutchison, 'Bentham as an Economists' (1956) 66 *Economic Journal* 288, 292.

- ²² P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, hlm. 325.
- ²³ Graveson, 'The Restless Spirit of English Law' dalam G.W. Keeton dan G. Schwarzenberger (pnyt.), *Jeremy Bentham and the Law*, 1948, hlm. 113-114.
- ²⁴ H. Collins, *The Law of Contract*, Butterworths, 1993, hlm. 17.
- ²⁵ P. Aronstam, hlm. 13.
- ²⁶ E. von Hippel, 'The Control of Exemption Clauses : A Comparative Study' (1967) 16 *ICLQ* 591.
- ²⁷ P. Aronstam, hlm. 14.
- ²⁸ Mengalih pandangan ke Amerika Syarikat mempamerkan konsep kebebasan berkontrak ini jelas menular dalam banyak keputusan mahkamah di abad ke 19. Keunggulan konsep kebebasan berkontrak di Amerika Syarikat berpunca dari beberapa alasan; antara yang utama ialah arah haluan pemikiran undang-undang mengenai konsep keadilan individu yang menekankan kepentingan hak, termasuklah kontrak; yang mengutamakan hak persendirian dari hak awam dan yang 'hostile' terhadap perundangan dalam ertikata menganggap campurtangan undang-undang paling minima merupakan standard yang paling ideal. (Roscoe Pound, 'Liberty of Contract' (1908-9) *Yale LJ* 454, 457ff.)
- ²⁹ (1875) LR 19 Eq 462.
- ³⁰ (1883) 8 AC 703 (HL).
- ³¹ P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, hlm. 47.
- ³² F. Kessler, 'Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract' (1943) 43 *Columbia LR* 629, 630.
- ³³ 84 US 357 (1873).
- ³⁴ F. Kessler, 'Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract', hlm. 630.
- ³⁵ D. Jacobson, 'The Standard Form Contracts of Israel' (1968) 12 *JBL* 325.
- ³⁶ Saleilles, *De La Declaration de Volonte*, 1901.
- ³⁷ Patterson, 'The Delivery of a Life Insurance Policy' (1919) 33 *Harv LR* 198.
- ³⁸ *Schroeder Music Publishing Co Ltd v. Macaulay* [1974] 3 All ER 616, 624.
- ³⁹ Lenhoff, 'Contract of Adhesion and Freedom of Contract' 36 *Tul LR* 48.
- ⁴⁰ *Western Bank Ltd v. Sparta Construction Co* 1975 (1) SA 839 (W), hlm. 840.
- ⁴¹ P. Harris, *An Introduction to Law*, hlm. 25.
- ⁴² G. Borrie & A.L Diamond, *The Consumer, Society and the Law*, Penguin Books, 1981, hlm. 43.
- ⁴³ K. Zweigert and H. Kotz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press Oxford, 1987, hlm. 9.

⁴⁴ Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1963, hlm. 32-33, terjemahan Shaik Mohd Noor Alam S.M. Hussain, *Kontrak & Kewajipan*, hlm. 229.

⁴⁵ (1973) CPD Senate, Vol. 57, 1013-1014.

⁴⁶ J. Ziegel, 'The Future of the Canadian Consumers' (1973) 51 *Can Bar Rev* 190, hlm. 193.

⁴⁷ R. Cranston, *Consumers and the Law*, Weidenfeld and Nicolson, 1989, hlm. 34.

⁴⁸ J. Goldring & L.W. Maher, *Consumer Protection Law in Australia*, Butterworths, 1983, hlm. 1.

⁴⁹ D. Jacobson, hlm. 326.

⁵⁰ B. Reiter, 'The Control of Contract Power' (1981) 1 *Oxford J of Legal Stud* 347.

⁵¹ S.N. Thal, 'The Inequality of Bargaining Power Doctrine' (1988) 8 *Oxford J of Legal Stud* 17.

⁵² H. Collins, 'Good Faith in European Contract Law' (1994) 14 *Oxford J of Legal Stud* 229.

⁵³ *Ibid.*, hlm. 246.

⁵⁴ C. Grunfeld, 'Reform in the Law of Contract' (1961) 24 *MLR* 62.

⁵⁵ H.B. Sales, 'Standard Form Contracts' (1953) 16 *MLR* 333-342.

⁵⁶ Law Reform Committee's Tenth Report, 1962 (Cmnd. 1782); Molony Committee's Report on Consumer Protection, 1962, (Cmnd. 1781); Law Commission, First Report on Exemption Clauses in Contracts, 1969 (Law Com. No. 24).

⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 10.

⁵⁸ Arthur Von Mehren, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, hlm. 64 diterjemahkan dalam Shaik Mohd Noor Alam S.M. Hussain, hlm. 230.

⁵⁹ Uniform Commercial Code, seksyen 2-302.

⁶⁰ Lord Diplock, *Schroeder Music Publishing Co Ltd v. Macaulay* [1974] 3 All ER 616, 624.

⁶¹ P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, hlm. 404.

⁶² Konsep balasan yang mencukupi dan balasan yang memadai boleh digunakan sebagai ilustrasi.

⁶³ *Lloyd's Bank Ltd v. Bundy* [1975] QB 326, 336-7.

⁶⁴ *Horry v. Tate & Lyle Refineries Ltd* [1982] 2 Lloyd Rep 416- Peter Pain J. mendapati tiada alasan bagi tuntutan ketidaksamarataan dalam kuasa berunding berdasarkan fakta kes, tetapi tidak mencadangkan bahawa doktrin ini bukan sebahagian daripada undang-undang Inggeris. - "I hope I am not showing a coward reluctance to enter a fascinating avenue of new law when I put aside the plea of inequality of bargaining power in this case." ; *Pao On v. Lau Yin Long* [1980] AC 614- Lord Scraman- "...unnecessary for the achievement of justice and unhelpful in the development of the law to invoke such a rule of public policy."

⁶⁵ A.G. Guest, *Anson's Law of Contract*, Stevens & Sons, London, 1987, hlm. 249.

⁶⁶ [1985] AC 686.

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 708.

⁶⁸ H. Collins, *The Law of Contract*, hlm. 67-70.

⁶⁹ S.N. Thal, 'The Inequality of Bargaining Power Doctrine', hlm. 25.

⁷⁰ *Lloyds Bank v. Bundy* [1975] QB 326, 339.

⁷¹ S.N. Thal, hlm. 25.

⁷² *Ibid.*

⁷³ P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Edisi ke 5, hlm. 2.

⁷⁴ [1973] QB 400.

⁷⁵ [1956] AC 696, 728.

⁷⁶ Seksyen 242 German NGB (Civil Code); Art. 1134 French Civil Code; Art. 1337, 1366, 1375 Italian Civil Code.

⁷⁷ Lando and Beale (pnyt.), *The Principles of European Contract Law : Part I*, 1995. Commission mendefinisikan 'good faith' sebagai "*honesty and fairness in mind, which are subjective concepts.*" 'Fair dealing' pula sebagai "*observance of fairness in fact which is an objective test.*"

⁷⁸ [1992] 2 AC 128, 138.

⁷⁹ M. Furmston (pnyt.), *The Law of Contract*, Butterworths, 1999, hlm. 73.

⁸⁰ P.S. Atiyah, *The Sale of Goods*, Pitman Publishing, 1995, hlm. 4.