

## Korpus Teori Pembentukan Kontrak (*The Theoretical Corpus of Contract Formation*)

AZIMON ABDUL AZIZ  
SAKINA SHAIK AHMAD YUSOFF

### ABSTRAK

*Secara simboliknya, kontrak umpama nadi yang berdenyut dalam setiap nyawa manusia. Kehidupan harian manusia bergantung kepada kontrak. Pelbagai aspek kehidupan manusia di muka bumi ini memerlukan kepada kontrak dalam mengatur dan memudahkan urusan seharian tidak kira dari aspek sosial, politik, undang-undang dan ekonomi. Kesedaran kepada kepentingan kontrak telah tersemai seawal abad ke 13 lagi. Teori-teori kontrak telah diwujudkan dengan meletakkan prinsip undang-undang semulajadi sebagai landasan perjuangannya. Ahli-ahli falsafah juga telah tampil dengan teori masing-masing mengenai kontrak. Akibatnya, ideologi mula berkembang dengan berpusatkan persoalan berhubung kontrak dan kesannya kepada masyarakat dan kehidupan manusia. Walau bagaimanapun, prinsip-prinsip asas undang-undang kontrak yang bertunjangkan teori-teori asas dan teori-teori pembentukannya dilihat sebagai tercabar ekoran daripada bentuk dan jenis transaksi moden yang mengancam masyarakat dunia. Dengan menggunakan analisis legalistik tulen yang menerapkan metod analisis kandungan, rencana ini mengupas dan menganalisis korpus teori yang mendasari perkembangan dan pembentukan sesuatu kontrak.*

**Katakunci:** undang-undang kontrak; pembentukan kontrak; ideologi pasaran; individualisme pasaran; kebajikan pengguna; teori kontrak.

### ABSTRACT

*Symbolically, contract resembles the human pulse. Our daily life depends on contracts. Various aspects of life depend on contracts to arrange and facilitate daily activities, whether from the aspects of social, politics or economics. Awareness on the importance of contracts existed as early as the 13th century. Contract theories existed with natural law as its underlying cause. Philosophers propounded their own theories on contract. Consequently, ideologies developed centred around the questions of the relationship and impact of contract on society and life. The basic principles of the law of contract derived from the basic theories of contract and contract formation are seen to be challenged by the introduction of various forms and types of modern transactions invading the world. Applying a pure legalistic analysis, based purely on literature review, this article analyses the theoretical corpus underlying contract development and formation.*

**Keywords:** law of contract; contract formation; market ideology; market individualism; consumer welfarism; contract theories.

## PENGENALAN

Pembentukan kontrak yang berdasarkan set undang-undang yang terdapat di serata pelosok dunia adalah dirangka dan dilandaskan daripada teori dan falsafah yang telah diterokai dan diperhalusi semenjak berkurun lamanya. Undang-undang kontrak pada masa ini telah terbentuk sebagai satu peraturan fundamental yang mempunyai pengaruh yang sangat kuat dalam segala bentuk transaksi di pasaran. Bagi masyarakat yang mengutamakan pasaran sebagai mekanisme utama dalam meraih pengeluaran dan pengagihan kekayaan sesebuah negara, undang-undang kontrak merupakan alat dan teras utama yang mana kebanyakan persoalan dan perancangan ekonomi, sosial dan politik negara berkenaan adalah didokong, dibentuk dan diakar-umbikan daripada kontrak. Dalam ertikata lain, undang-undang kontrak tampil sebagai mekanisme yang digunakan oleh sesebuah negara untuk mencorakkan masyarakatnya ke arah masyarakat yang lebih berdisiplin dan bermoral jika memenuhi tuntutan kontrak yang asas seterusnya memikulkannya sebagai perkara yang tidak boleh dipandang remeh, khususnya dengan peningkatan dan kemajuan perdagangan di era globalisasi serta perluasan lingkungan aktiviti ekonomi yang melangkaui sempadan. Shaik Mohd Noor Alam<sup>1</sup> berpendapat bahawa titik tolak hubungan sosial dalam masyarakat adalah satu kesedaran bahawa rangka hubungan dan susunan masyarakat menjadi erat dan teguh serta mantap demi adanya pengiktirafan undang-undang terhadap kontrak antara individu. Menurut Atiyah<sup>2</sup> pula, kontrak bukan sahaja mewujudkan masyarakat, malahan salah satu fungsi masyarakat itu adalah, bila sahaja diwujudkan, ia adalah untuk mengiktiraf dan menguatkuasakan kontrak. Dalam cuba mengkorelasikan perkaitan antara undang-undang dan kontrak dengan melihat di manakah letaknya kontrak dalam konteks undang-undang, tidak dinafikan bahawa undang-undang telah dilahirkan dalam satu korpus jurisprudens yang merangkaikan ideologi, teori, doktrin dan konsep. Justeru itu, kontrak adalah terangkum dalam spesifikasi ini yang memiliki ideologi, teori, doktrin dan konsepnya yang tersendiri dalam jurisprudens.

### IDEOLOGI PASARAN DALAM PEMBENTUKAN KONTRAK

Dalam mengupas maksud 'ideologi', terminologi ini merupakan terma yang pertama kalinya digunakan oleh Destutt de Tracy dalam *Elements d'ideologie 1796* untuk menunjukkan suatu 'projected science of ideas' yang diterangkan oleh beliau sebagai satu cabang zoologi yang dikhususkan kepada penyiasatan berhubung asal usul idea dan hubungan antara keduanya.<sup>3</sup> Objektif praktikal sains ini adalah untuk menyediakan asas yang baharu kepada pendidikan, bebas daripada sebarang agama dan metafizikal yang prejudis. Ia juga merujuk kepada sejenis halangan kepada suatu pemikiran rasional dan persepsi jelas yang sepatutnya mempengaruhi pemikiran orang lain khususnya pihak yang

<sup>1</sup> Shaik Mohd Noor Alam, *Undang-Undang kontrak dan kewajipan*, Dewan Bahasa dan Pustaka, Kuala Lumpur, 2000, hlm. 30.

<sup>2</sup> P.S. Atiyah, *Rise and fall of freedom of contracts*, Oxford Clarendon Press, 1979, hlm. 71.

<sup>3</sup> *Dictionary of Philosophy*, Penguin Books Ltd, 1996, hlm. 226.

berlawanan.<sup>4</sup> Ideologi bagi maksud ini dianggap bukan sahaja sebagai satu set kekeliruan atau kesalahan alasan tetapi sebagai satu '*systematically distorting factor*' yang menyebabkan kekeliruan dalam pemikiran mangsanya dan dari segi penggunaannya, ideologi kadangkala dilihat sebagai mewakili kepentingan sesuatu kelas atau kelompok.<sup>5</sup>

Ideologi juga menurut Cotterrell,<sup>6</sup> adalah sistem atau idea terkini yang diterima berhubung masyarakat dan ciri-cirinya, berkenaan hak dan tanggungjawab, undang-undang, moral, agama, politik dan beberapa perkara lain yang menentukan ketentuan dan keselamatan, asas kepercayaan dan panduan tingkah laku. Selain itu, ideologi juga adalah satu konsep yang mempunyai skop yang luas dan menyediakan suatu rangka kerja pemikiran dalam mana setiap individu dan kumpulan sosial dapat menterjemahkan asas kepada konflik yang dialaminya dan mengakui serta memahami kepentingan yang mereka harapkan.<sup>7</sup> Justeru itu, ideologi undang-undang boleh difahami sebagai satu bentuk kesedaran sosial iaitu sistem mengenai nilai dan andaian kognitif yang diimbaskan dan dizahirkan melalui doktrin undang-undang.<sup>8</sup> Undang-undang kontrak secara dasarnya telah diungguli oleh sejarah yang menyaksikan penyerlahan dua jenis ideologi penting yang memberi kesan kepada susur galur perundangan kontrak dan perlindungan pengguna iaitu ideologi individualisme pasaran (*market individualism*) dan kebajikan pengguna (*consumer welfarism*).

### INDIVIDUALISME PASARAN (MARKET INDIVIDUALISM)

Undang-undang barat menekankan idea umum sesebuah masyarakat sebagai terbina dari kebebasan, keterasingan dan kebertanggungjawaban secara individu dalam banyak bentuk meskipun tidak pernah keseluruhannya konsisten.<sup>9</sup> Ideologi kontrak sebagai suatu rundingan bebas individu telahpun menjadi isu signifikan secara sosial dan politik di England semenjak dahulu lagi. Seperti mana aspek-aspek lain dalam masyarakat, ideologi disesuaikan mengikut tindakan atau proses perubahan social. Contohnya, ideologi kontrak menurut undang-undang melihat kontrak sebagai produk sesuatu perjanjian, tetapi doktrin undang-undang perlulah menjadikan perjanjian itu diiktiraf dalam keadaan-keadaan tertentu.<sup>10</sup> Undang-undang telah meletakkan keupayaan perundingan kedua-dua pihak berkontrak demi menjaga kepentingan mereka meskipun dalam keadaan perkembangan perdagangan.<sup>11</sup>

Ideologi individualisme pasaran ini bergerak selaras dengan idea model undang-undang klasikal kontrak yang mementingkan ikatan janji dalam jalinan hubungan pada persekitaran abad ke 19. Landasan kepada ideologi ini adalah meletakkan pasaran sebagai agenda pentingnya. Pasaran dilihat sebagai memudahkan sesuatu pertukaran di mana undang-undang yang digubal perlu mengikut arus pasaran dan bukannya pasaran

<sup>4</sup> *Dictionary of Philosophy*, Penguin Books Ltd, hlm. 226.

<sup>5</sup> *Dictionary of Philosophy*, hlm. 226.

<sup>6</sup> R. Cotterrell, *The sociology of law: an introduction*, Butterworths, 1992, hlm. 114.

<sup>7</sup> R. Cotterrell, *The sociology of law: an introduction*, hlm. 115.

<sup>8</sup> R. Cotterrell, hlm. 119.

<sup>9</sup> R. Cotterrell, hlm. 119.

<sup>10</sup> R. Cotterrell, hlm. 120.

<sup>11</sup> Prinsip ini bagaimanapun amat berlawanan dengan perundangan yang luas mengenai perdagangan dan perindustrian di Eropah barat pada zaman-zaman pertengahan. Andaian perundingan bebas ini hanya terhad kepada keadaan-keadaan yang bersesuaian dengan keadaan ekonomi dan sosial.

yang mengikut arus undang-undang yang digubal. Pasaran juga tidak memerlukan kepada sebarang campurtangan luaran dan perlu dibiarkan atas landasannya sendiri. Menurut Stone,<sup>12</sup> *market individualism* mengikrifik kebebasan berkontrak sebagai prioriti utamanya dan menyerahkan kepada seseorang itu untuk menentukan perundingannya sendiri, meskipun ianya ketara beroperasi dengan agak keras pada salah satu pihak. Dalam situasi ini, mahkamah telah menggunakan peranannya sebagai 'pengadil' dengan melihat dan menentukan obligasi-obligasi yang telah dipersetujui dan kemudiannya cuba mengaplikasikannya dalam situasi tersebut.<sup>13</sup> Ideologi ini berkait rapat dengan falsafah *laissez-faire* yang memberi andaian bahawa setiap individu dalam masyarakat adalah bebas dan berupaya mengawal dan mengatur urusannya sendiri. Menurut Adams dan Brownsword,<sup>14</sup> *market individualism* itu sendiri adalah ideologi yang memperlihatkan kepentingan ideologi pasaran dan ideologi individualistik.

#### i. Ideologi pasaran

Ideologi pasaran meletakkan pasaran setempat sebagai satu gelanggang untuk kegiatan pertukaran dan perdagangan yang bersaing. Ideologi ini yang bertonggakkkan kebebasan berkontrak dan '*caveat emptor*' mempercayai bahawa pasaran merupakan arena pertukaran persaingan. Fungsi kontrak tidak hanya sebagai memudahkan pertukaran, tetapi lebih kepada memudahkan persaingan. Kontrak telah menjadi satu dasar dan landasan peraturan di mana berlangsungnya perdagangan-perdagangan yang bersaing. Pihak-pihak yang berkontrak secara tidak langsungnya terlibat dalam situasi-situasi pasaran yang bersaing dan mencabar. Collins<sup>15</sup> berpendapat bahawa pasaran dan kontrak hendaklah diterima sebagai satu kemudahan yang dapat meluaskan lagi pilihan-pilihan yang bernilai dan sebagai menyediakan jaminan yang bersesuaian dalam meneruskan perancangan-perancangan terperinci dalam kehidupan.

Dalam menegakkan prinsip-prinsip pasaran, setiap pihak dalam kontrak adalah bergantung kepada kemahiran dan penghakimannya sendiri dalam pasaran serta berunding mengenainya. Menurut Cooke dan Oughton,<sup>16</sup> prinsip pasaran ini menjadi cermin kepada elemen kontrak seperti tawaran dan penerimaan yang diiktiraf sebagai elemen penting dalam pembentukan kontrak yang menjadi teras teori kontrak klasikal. Apabila kedua-dua pihak telah mencapai kata sepakat dan bersetuju dengan kontrak mereka, maka sebarang kesilapan adalah tidak relevan lagi melainkan ia melibatkan persoalan kebebasan semasa memberi persetujuan. Prinsip pasaran ini juga menolak campurtangan mahkamah untuk membuat perundingan bagi kedua-dua pihak ataupun mempersoalkan keadilan kontrak tersebut memandangkan hal ini hanya akan mengganggu dan mempengaruhi pasaran. Jika dianalisis, prinsip pasaran adalah cukup sempurna dalam mementingkan dan mengutamakan kestabilan pasaran yang mana bagi pihak-pihak yang memainkan peranan

<sup>12</sup> R. Stone, *The modern law of contract*, Cavendish Publishing Limited, 2002, hlm. 16.

<sup>13</sup> Pendekatan ini telah digunakan dalam kes *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827.

<sup>14</sup> J. Adams & R. Brownsword, *Understanding contract law*, Sweet & Maxwell, 2004, hlm. 189.

<sup>15</sup> H. Collins, *The law of contract*, Butterworths, London, 1993, hlm. 105.

<sup>16</sup> P.J. Cooke & D.W. Oughton, *The common law of obligations*, Butterworths, 1999, hlm. 24.

dalam pasaran, jika berlaku kemungkiran dalam melaksanakan perundingan di pihaknya, maka prinsip ini dengan jelas mengkehendaki pihak tersebut membayar gantirugi. Lord Ackner dalam kes *Walford v Miles*<sup>17</sup> telah membuat ulasan bahawa tiadanya pendedahan beberapa maklumat penting dalam transaksi di pasaran menyebabkan perundingan menjadi berhati-hati, pihak-pihak yang berkontrak telah dilibatkan dalam situasi yang kompetitif yang mana mereka tidak boleh diharapkan untuk mendedahkan setiap kebenaran atau berunding dengan suci hati.

## ii. Ideologi individualistik

Kamus falsafah<sup>18</sup> telah mendefinisikan individualistik sebagai satu pandangan dan sikap yang memberi kedudukan yang tinggi (keutamaan) kepada setiap individu. Menurut Ehrlich,<sup>19</sup> keadilan ideal dalam individualisme adalah individu dan hartanya, individu yang memiliki kuasa yang tidak boleh dihalang ke atas hartanya, yang mengakui tidak ada yang lebih berkuasa selain kerajaan, dan tidak terikat dengan sesuatu selain kontrak yang dimasukinya. Dengan meletakkan undang-undang semulajadi sebagai dasarnya, ideologi ini bergerak seiring dengan teori kontrak sosial yang menekankan kebebasan dan kesamarataan sesama manusia. Individualisme dalam undang-undang moden menekankan bahawa semua individu adalah penentu kepada nasibnya; berdiri dengan sendirinya untuk memikul tanggungjawab ke atas tindakan dan ketinggalan yang diakibatkan oleh tindakannya. Sebagai ideologi, individualisme mencadangkan pendapat mutlak berhubung kehidupan sosial dan individu.<sup>20</sup> Ideologi individualistik memaparkan satu idea iaitu mana-mana individu adalah bebas untuk memasuki kontrak dalam pasaran, bebas untuk memilih pasangan kontraknya, mewujudkan terma-terma yang membentuk isi kandungan kontraknya, melakukan perundingan dan mengatur pelaksanaannya serta berpegang kepada segala apa yang telah dicapai dan dipersetujui.<sup>21</sup> Ideologi ini berdiri kukuh sebagai payung kepada doktrin kontrak yang tidak asing lagi iaitu 'kebebasan dan keutuhan kontrak'. Penekanan terhadap doktrin kebebasan berkontrak ini menjadi refleksi kepada ideologi ini berasaskan kepada dua kategori kebebasan iaitu kebebasan pasangan berkontrak dan kebebasan terma kontrak.<sup>22</sup> Kebebasan berkontrak yang dilaungkan oleh ideologi ini adalah pada dasarnya terbit dari teori kontrak sosial yang muncul di abad ke 17 dan 18. Teori ini telah meletakkan manusia sebagai satu individu dalam masyarakat yang hanya wujud melalui pilihan bebas individu itu sendiri. Menurut Cooke dan Oughton,<sup>23</sup>

<sup>17</sup> [1992] 2 AC 128.

<sup>18</sup> *Dictionary of Philosophy*, Penguin Books Ltd, 1996, hlm. 272.

<sup>19</sup> E. Ehrlich, *Fundamental principles of the sociology of law*, Arno Press, 1975, hlm. 235.

<sup>20</sup> R. Cotterell, *The sociology of law: an introduction*, hlm. 119.<sup>21</sup> J. Adams & R. Brownsword, *Understanding contract law*, hlm. 192.

<sup>22</sup> Kebebasan yang dimaksudkan adalah kebebasan memilih iaitu memilih pasangan kontrak dan memilih terma-terma kontrak. Kebebasan memilih pasangan kontrak menjadi asas kepada pembentukan kontrak yang tidak melibatkan campurtangan perundangan. Mana-mana pihak yang ingin memasuki kontrak bebas untuk memilih pasangannya dalam kontrak tanpa paksaan dan ketetapan mana-mana pihak. Begitu juga dengan kebebasan memilih terma kontrak di mana kedua-dua pihak yang berkontrak bebas untuk merundingkan terma-terma kontrak yang mereka persetujui memandangkan merekalah orangnya yang akan melaksanakan kontrak tersebut menurut terma-termanya.

<sup>23</sup> P.J. Cooke & D.W. Oughton, *The common law of obligations*, hlm. 14 (terjemahan).

Perniagaan dan perdagangan telah meningkat secara mendadak semasa abad ke 17 dan 18. Teori-teori falsafah berhubung kontrak sosial pada abad ini memaparkan satu asas teoretis kepada '*glorious revolution*'. Situasi ini telah membuka jalan kepada perkembangan undang-undang kontrak persendirian yang berdasarkan 'pilihan bebas'.

Doktrin keutuhan kontrak mencerminkan peranan kebebasan memilih terma ini oleh pihak-pihak yang berkontrak. Atas alasan kedua-dua pihak bebas memilih terma-terma kontrak mereka, maka mereka adalah terikat kepada terma tersebut untuk memastikan keutuhan kontrak yang terbentuk, lantas memastikan mereka melaksanakan terma tersebut dengan relanya. Jika teori undang-undang semulajadi berhubung kebebasan berkontrak ini ingin terus dijunjung, peredaran masa dan perubahan persekitaran perdagangan haruslah terus menjunjung norma-norma kebebasan seperti mana pendapat Locke,<sup>24</sup> "Keadaan semulajadi mewujudkan satu suasana yang penuh dengan kebebasan dan kesamarataan di antara manusia." Walau bagaimanapun, hakikat perubahan ketara dunia perdagangan pada masa ini telah mengiyakan pendapat Rousseau<sup>25</sup> bahawa manusia secara semulajadinya adalah bebas, tetapi peredaran tamadun telah mengakibatkan kehilangan kebebasan tersebut. Justeru itu, tidak dinafikan bahawa dari segi amalan, kebebasan memilih yang diungguli dalam ideologi individualistik ini semakin terhakis dengan bertambah meriahnya transaksi kompetitif yang tidak memerlukan perundingan terhadap terma kontrak dan tidak juga memberi kebebasan memilih pasangan kontrak. Amalan ini dilihat semakin berleluasa dengan kewujudan kontrak bentuk seragam dalam pasaran dan bercambahnya kuasa monopoli dalam perdagangan yang rata-ratanya menjadikan sesuatu yang mustahil bagi pihak yang lemah untuk menerimapai kebebasan mereka dalam semua keadaan.

### **KEBAJIKAN PENGGUNA (CONSUMER WELFARISM)**

Bertentangan pemikiran dengan ideologi '*market-individualism*', ideologi '*consumer-welfarism*' yang melanda abad ke 20, lebih menekankan 'pendirian campurtangan', terutamanya perlindungan ke atas kebajikan pihak yang lemah dalam pasaran dengan isu keadilan dan kesaksamaan dalam sebarang urusan kontrak. Menurut Stone,<sup>26</sup> '*consumer welfarism*' beroperasi apabila mahkamah mengiktiraf bahawa seseorang itu adalah dalam posisi yang lemah apabila bertransaksi dengan organisasi yang besar. Ia menyerlahkan keperluan kepada membangunkan perundangan dan peraturan kontrak yang lebih berkesan dalam melindungi golongan lemah ini. Jika dianalisa fahaman ini, ideologi ini mempunyai persamaan dengan ideologi *realism* apabila kedua-duanya memberikan perhatian dan menitik beratkan persoalan budibicara dan pertimbangan kehakiman, keanjalan doktrin serta meletakkan kepentingan terhadap ketepatan keputusan

<sup>24</sup> Badariah Sahamid, *Jurisprudens dan teori undang-undang dalam konteks Malaysia*, hlm. 21.

<sup>25</sup> Badariah Sahamid, hlm. 22.

<sup>26</sup> R. Stone, *The modern law of contract*, hlm. 16.

penghakiman dalam sesuatu kes itu. Yang membezakan keduanya hanyalah dari segi peranan yang dimainkan oleh badan penghakiman di mana dalam pendekatan 'consumer-welfarism', campurtangan mahkamah adalah dipraktikkan dalam memastikan keadilan diberikan kepada golongan lemah dalam setiap hubungan kontraktual di pasaran manakala dalam pendekatan 'realism', campurtangan mahkamah pula menjadi ketara dalam memberi keadilan yang sebaik-baiknya ke atas setiap kes tanpa mengambil kira persekitaran hubungan kontraktual yang terjalin.

Para pejuang ideologi ini lebih tertarik kepada fahaman 'suci hati' dan perdagangan adil. Adams dan Brownsword<sup>27</sup> berpendapat:

Jika abad ke 19 selalunya dikatakan sebagai zaman klasikal bagi kemunculan doktrin-doktrin seperti *market-individualism*, maka abad ke 20 pula adalah untuk *consumer-welfarism* (terutamanya bermula dari tahun 1945 dan seterusnya). Perkembangan ideologi 'consumer-welfarism' baru-baru ini tidak begitu memeranjatkan. Polisi perlindungan pengguna terpaksa menunggu dan bergantung kepada perkembangan kesedaran masyarakat pengguna dan polisi kepenggunaan pula dijangka akan berkembang sebaik pihak kerajaan mengambilalih tanggungjawab ke atas program-program kepenggunaan.

Adams dan Brownsword seterusnya telah menyenaraikan sebelas prinsip yang menjadi teras perjuangan ideologi *consumer-welfarism* ini, iaitu:

- i. Prinsip kebergantungan yang munasabah (*reasonable reliance*) yang menerangkan bahawa pihak-pihak yang berkontrak tidak sepatutnya menggalakkan atau mengaturkan pihak yang lagi satu dalam kontrak itu supaya bertindak menurut cara-cara tertentu atau merangka sesuatu tindakan menurut caranya supaya kontrak tersebut dapat dimaterialisasikan menurut jangkannya. Prinsip ini juga dilihat sebagai berpotensi untuk bergerak dengan berdiri di belakang bayang-bayang 'perjanjian berdasarkan pertukaran' dalam paradigma kontrak-kontrak moden.
- ii. Prinsip keseimbangan (*proportionality*) di mana remedi yang diberikan kepada pihak yang tidak bersalah dalam kontrak perlulah seimbang dengan keseriusan kesan yang dialaminya akibat daripada kemungkiran kontrak tersebut.<sup>28</sup> Secara tidak langsung, prinsip ini dengan sendirinya menafikan penggunaan fasal penalti memandangkan ia tidak mempunyai sebarang hubungkait dengan kerugian sebenar yang dialami oleh pihak yang tidak bersalah.
- iii. Prinsip suci hati dan niat jahat (*good faith and bad faith*) di mana mana-mana pihak dalam kontrak yang mengamalkan sebarang prinsip yang baik dalam perundangan dengan mempunyai niat jahat di sebaliknya tidak sepatutnya dibenarkan untuk bergantung kepada prinsip tersebut dalam kontrak yang dimasukinya.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> J. Adams & R. Brownsword, *Understanding contract law*, hlm. 172 (terjemahan).

<sup>28</sup> *Schuler (L.G.) A.G. v Wickman Machine Tool Sales Ltd.* [1972] 1 W.L.R 840.

<sup>29</sup> *Nicolene Ltd v Simmonds* [1953] 1 Q.B 543.

iv. Prinsip tiada sesiapa yang mendapat untung akibat dari kesalahannya sendiri (*no one will benefit from his own wrong*).

v. Prinsip '*unjust enrichment*' di mana tidak ada mana-mana pihak yang tidak bersalah boleh dibenarkan untuk memperkayakan dirinya atas kemungkiran yang dilakukan oleh pihak yang lagi satu dalam kontrak. Dalam maksud yang lain, adalah amat tidak berpatutan bagi pihak yang tidak bersalah dalam kontrak untuk mengambil kesempatan kesan dari pecah kontrak yang dilakukan oleh pihak yang lain dalam kontrak berkenaan.<sup>30</sup>

vi. Prinsip '*better loss-bearer*' di mana faktor kerugian perlulah diperuntukkan kepada salah satu pihak yang tidak bersalah dalam kontrak iaitu secara munasabahnyanya ditujukan kepada pihak yang lebih mampu dijangkakan dapat mengalas kerugian tersebut.

vii. Prinsip eksploitasi di mana pihak-pihak yang lebih kukuh dalam kontrak tidak sepatutnya dibenarkan berkontrak dengan mana-mana pihak yang lemah kedudukannya disebabkan tiadanya perundingan yang saksama ke atas kontrak berkenaan.<sup>31</sup>

viii. Prinsip urusan yang berpatutan ke atas pengguna. Pengguna perlukan perlindungan daripada sebarang urusan-urusan yang tidak patut yang menjadi amalan semasa di pasaran seperti perlindungan daripada promosi-promosi pemasaran barangan yang keterlaluan,<sup>32</sup> kenyataan-kenyataan yang mengelirukan pengguna<sup>33</sup> dan kenyataan-kenyataan salah.<sup>34</sup>

ix. Prinsip 'keuntungan maklumat' (*informational advantage*) di mana jika terdapat wakil kepada suatu kontrak itu (*representor*) yang membuat sebarang kenyataan mempunyai maklumat yang memberi kelebihan kepada kontrak, maka beliau adalah bersandar kepada kenyataan yang dibuatnya tetapi jika pihak yang menerima kenyataan tersebut (*representee*) juga mempunyai maklumat yang serupa, beliau tidak mendapat sebarang perlindungan,

x. Prinsip tanggungjawab atas kesalahan (*responsibility for fault*) meletakkan kesalahan yang dilakukan oleh mana-mana pihak dalam kontrak perlulah dipertanggungjawabkan ke atasnya. Secara tidak langsung prinsip ini merupakan langkah terbaik dalam menangani persoalan perundangan berhubung kes-kes fasal pengecualian dan fasal indemniti yang lebih terkenal dengan ciri-cirinya yang meletakkan risiko kecuaiian sebagai perlu ditanggung oleh pihak yang lain dalam kontrak.

<sup>30</sup> *White & Carter (Councils) Ltd. v McGregor* [1962] A.C. 413.

<sup>31</sup> *Llyods Bank Ltd. v Bundy* [1975] Q.B. 326.

<sup>32</sup> *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co. Ltd* [1893] 1 QB 256.

<sup>33</sup> *Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co.* [1951] 1 KB 805.

<sup>34</sup> *Dick Bentley Productions Ltd. v Harold Smith (Motors) Ltd* [1965] 1 W.L.R. 623.



xi. Prinsip '*paternalistic*' di mana mana-mana pihak yang memasuki sebarang kontrak tidak berhemah (*imprudent contracts*) boleh dilepaskan daripada terikat dengan perundingan tersebut atas dasar keadilan. Prinsip ini diserapkan dalam kes-kes kontrak di mana salah satu pihak yang berkontrak itu didapati lemah dan tidak berupaya berbanding dengan pihak yang satu lagi.<sup>35</sup> Jika digandingkan dengan prinsip eksplotasi, maka pihak yang mempunyai kuasa perundingan yang kuat adalah dilarang daripada berkontrak dengan pihak yang lemah disebabkan tiadanya kesaksamaan dalam hubungan antara keduanya.

Dalam meluaskan skop *consumer-welfarism* sebagai ideologi yang berkonsepkan perlindungan pengguna, idea berhubung 'keadilan berkontrak' (*contractual justice*) turut diketengahkan sebagai suatu konsep yang perlu dalam memperjuangkan perlindungan pengguna. Zweigert dan Kotz<sup>36</sup> berpendapat bahawa konsep kebebasan berkontrak hanyalah merupakan satu mimpi, fantasi dan bukannya satu realiti. Menurutnya, dalam kebanyakan kontrak zaman moden ini, kebebasan berkontrak tidak lagi wujud disebabkan pembekal-pembekal telahpun menetapkan syarat-syaratnya yang tidak membolehkan pengguna meminda atau mengubahnya. Justeru, tugas utama pada hari ini adalah untuk mengetahui kriteria dan prosedur-prosedur 'keadilan berkontrak' bagi mengambil tempat kebebasan berkontrak yang dilihat semakin asing dalam menegakkan keadilan ke atas pengguna. Zweigert dan Kotz<sup>37</sup> telah mencadangkan supaya prosedur yang bersifat melindungi pengguna diwujudkan bagi menebusrugi ketidakseimbangan yang semakin tidak boleh diterima dan mewujudkan bentuk baru kebebasan berkontrak.

Selain itu, ideologi *consumer-welfarism* ini pada hakikatnya adalah bergantung kepada kewujudan polisi perlindungan pengguna dan prinsip-prinsip keadilan dan kemunasabahan dalam kontrak. Fahaman yang dibawa oleh ideologi ini ternyata bertentangan dengan fahaman *market-individualism* yang lebih menekankan kepentingan pasaran dan peranan yang dimainkan oleh individu dalam pasaran dengan meletakkan penguatkuasaan perundangan pada tahap yang paling minima. Sebaliknya ideologi *consumer-welfarism* pula meletakkan penguatkuasaan perundangan sebagai idea yang perlu direalisasikan dalam semua kontrak pengguna. Fahaman yang dibawa oleh ideologi ini juga mengandaikan bahawa penguatkuasaan perundangan perlu lebih ditekankan dalam kontrak-kontrak komersial yang melibatkan pengguna melebihi daripada penguatkuasaan perundangan yang terdapat dalam pasaran. Maka, jika ideologi ini dilontarkan kepada permasalahan pengguna berhubung kebanyakan kontrak pada masa ini, amat jelas lagi tersuluh bahawa amalan kontrak-kontrak tersebut adalah menyimpang dari landasan sebenar kontrak. Justeru, ia memerlukan kepada campurtangan perundangan sebagai penyelamat kepada ketidakadilan yang melanda pengguna selaras dengan aspirasi yang dibawa oleh ideologi *consumer-welfarism* ini.

<sup>35</sup> *Creswell v Potter* [1978] 1 W.L.R. 255, *Lloyds Bank Ltd v Bundy* [1975] Q.B. 326, *Schroeder (A.) Music Publishing Co. Ltd. v Macaulay* [1974] 1 All E.R. 174.

<sup>36</sup> K. Zweigert & H. Kotz, *An introduction to comparative law*, Second edition, Clarendon Press, 1992, hlm. 356.

<sup>37</sup> K. Zweigert & H. Kotz, *An introduction to comparative law*, Clarendon Press Oxford, 1987, hlm. 356.

## TEORI KONTRAK

'Teori' adalah diambil dari perkataan Jerman '*theoria*' yang bermaksud melihat, spekulasi dan pandangan rendah.<sup>38</sup> Ia merupakan satu set usul yang memberikan analisis prinsip-prinsip atau keterangan dalam sesuatu perkara. Sesuatu usul disebut sebagai satu teori. Bermula tahun 1980, 'teori' telah digunakan dalam konteks akademik bukan sebagai satu konsep umum tetapi sebagai sejenis teori yang tertentu biasanya cenderung ke arah *relativism* berkaitan dengan ilmu pengetahuan dan penterjemahan. Menurut Mahdzan<sup>39</sup> pula, teori merupakan suatu pemerihal yang sistematis tentang alam nyata di mana ianya memilih perkara yang penting sahaja dan cuba menerangkan hubungan antara perkara-perkara itu. Pembentukan kontrak yang berdasarkan teori memerlukan keterangan yang berbentuk terjemahan (*interpretive*). Smith<sup>40</sup> berpendapat bahawa teori *interpretive* bertujuan untuk meningkatkan pemahaman undang-undang mengenai kontrak dengan menekankan kepentingan atau maknanya melalui keterangan berhubung ciri-cirinya serta perkaitan antara setiap ciri tersebut. Sekiranya teori-teori asas kontrak diertikan sebagai melambangkan teori-teori yang menjadi asas kepada maksud dan tujuan kontrak dalam kehidupan manusia, maka teori pembentukan kontrak pula boleh ditafsirkan sebagai teori-teori yang mengkhusus kepada pembentukan kontrak iaitu apakah prinsip dan falsafah yang dipelopori di sebalik terbentuknya suatu ikatan kontrak antara dua pihak. Justeru kedua-dua teori yang dimaksudkan iaitu teori asas kontrak dan teori pembentukan adalah saling berkait dari segi matlamat dan fungsinya, seperti mana pendapat Smith,<sup>41</sup> "Teori asas undang-undang kontrak dan teori berhubung ciri-ciri yang khusus dalam undang-undang kontrak adalah, sudah tentunya, berkait."

### a. Teori asas kontrak

Bermula abad ke 19 sehinggalah kini, perkembangan persekitaran perundangan telah menyaksikan bahawa undang-undang kontrak menjadi ibu dan pusat kepada setiap satu aktiviti manusia di muka bumi ini. Ini telah mempamerkan satu perubahan ketara tanggapan masyarakat terhadap kepentingan undang-undang kontrak. Dalam pencarian ke arah satu jenis teori kontrak yang mampu dijadikan asas dan mencetus idea dalam dunia perundangan, Benson<sup>42</sup> menyuarakan pendapatnya bahawa teori kontrak kontemporari telah dicirikan berdasarkan dua situasi iaitu, pertama, konsep dan bentuk asas doktrin kontrak yang wujud dalam sistem *common law* dan *civil law*, yang kebanyakannya diterima dengan jelas. Kedua, teori kontrak yang terdapat di dunia ini dipersembahkan sebagai satu pendekatan yang eksklusif dengan kandungan dan jangkaan-jangkaan yang istimewa dan khusus. Walau bagaimanapun, pada masa ini tidak terdapat satupun prinsip yang diseragamkan atau satu set prinsip yang mengadjudikasikan semua hujahan yang

<sup>38</sup> *Dictionary of Philosophy*, 1996, hlm. 563.

<sup>39</sup> Ahmad Mahdzan Ayob, *Teori mikroekonomi*, Dewan Bahasa dan Pustaka, 2005, hlm. 8.

<sup>40</sup> S. Smith, *Contract theory*, Clarendon Law Series, 2004, hlm. 5.

<sup>41</sup> S. Smith, *Contract theory*, hlm. 41 (terjemahan).

<sup>42</sup> P. Benson, *Contract - a companion to philosophy of law and legal theory*, Blackwell Companions to Philosophy, 1999, hlm. 24.

bercanggah. Atas alasan ini yang ditambah pula dengan merebaknya identiti doktrin kontrak yang melewati sempadan, maka kebanyakan pakar telah berkongsi kesimpulan dengan Gordley<sup>43</sup> bahawa pada masa ini belum terdapat satu teori kontrak yang diiktiraf secara khusus. Menurutnya, "Hakikatnya, terdapat satu pemikiran yang skeptikal berhubung kemungkinan untuk mewujudkan satu prinsip-prinsip asas yang mampu menerangkan kehendak-kehendak 'positive law' atau yang digambarkan sebagai prinsip yang memberi keadilan kepada semua pihak." Benson<sup>44</sup> seterusnya telah mengkategorikan teori kontrak kepada tiga, iaitu; pertama, cabaran terhadap pengertian karektor khusus kontrak tradisional sebagai satu yang relatif kepada sebahagian undang-undang persendirian. Kedua, memberi jawapan kepada persoalan cabaran di atas dengan menghujahkan bahawa karektor kontrak yang lebih spesifik boleh diterangkan berdasarkan prinsip-prinsip autonomi moral. Ketiga, pegangan bahawa keperluan kepada justifikasi teleologikal yang menggambarkan kontrak sebagai mengarah kepada kesedaran dan kebaikan sesuatu perkara seperti manfaatnya atau kebajikan umum yang dapat dimaksimumkan daripadanya. Ketiga-tiga situasi ini telah mendorong kepada teori-teori positif dalam kontrak. Benson<sup>45</sup> telah mencadangkan perlunya fahaman masyarakat berhubung kontrak dibangunkan.

Oman<sup>46</sup> pula telah mengupas teori kontrak sebagai teori yang berkait dengan kesan dan jawapan kepada persoalan yang membelenggu kekayaan. Smith<sup>47</sup> pula telah mentakrifkan teori kontrak sebagai sebarang penulisan mengenai undang-undang yang tidak bersifat 'doktrinal' atau 'black letter'. Menurutnya, teori asas undang-undang kontrak adalah merujuk kepada teori yang bertujuan untuk menerangkan konsep asas suatu hubungan kontrak dan sifat undang-undang kontrak itu sendiri. Perjuangan Smith dalam persoalan teori kontrak adalah pencariannya ke arah satu teori tunggal yang mampu menguraikan prinsip undang-undang kontrak. Justeru, teori asas kontrak dipaparkan sebagai teori asas yang dijadikan dasar dan landasan kepada teori pembentukan kontrak. Tiga jenis teori yang acap kali dijadikan prinsip dasar dalam teori asas kontrak iaitu teori utilitarian, teori asas hak dan teori keadilan.

#### i. Teori utilitarian

Teori Utilitarian Klasikal yang dipelopori oleh Bentham, Mill dan Sidgwick telah mengambil asas fundamental moral sebagai syarat kepada kebahagiaan maksimum: iaitu prinsip asas utiliti yang mengkehendaki manusia mengukur sesuatu kesan dan akibat kepada sesuatu tindakan itu sama ada ianya membahagiakan atau tidak membahagiakan, dan memilih tindakan yang memberi kesan yang terbaik iaitu yang memberikan kebahagiaan yang sebenar.<sup>48</sup> Bentham merupakan ahli falsafah yang memperkenalkan dan mempopularkan maxim utilitarianisme; '*The greatest happiness of the greatest number.*'<sup>49</sup> Menurut Bentham, doktrin utilitarianisme adalah doktrin yang merupakan teori politik dan

<sup>43</sup> J. Gordley, *The philosophical origins or modern contract doctrine*, Oxford Clarendon Press, 1991, hlm 230 (terjemahan).

<sup>44</sup> P. Benson, *Contract- a companion to philosophy of law and legal theory*, hlm. 24.

<sup>45</sup> P. Benson, hlm. 24.

<sup>46</sup> N. Oman, Unity and pluralism in contract law, [2005] 103 *Mich. L. Rev.* 1483.

<sup>47</sup> S. Smith, *Contract theory*, hlm. 4.

<sup>48</sup> N.E. Simmonds, *Central issues in jurisprudence*, Sweet & Maxwell, London, 2002, Second Edition, hlm. 17.

<sup>49</sup> J.W. Harris, *Legal philosophies*, Butterworths, London, 1980, hlm. 36.

moral bahawa matlamat semua peraturan hidup yang baik adalah untuk mencapai kebahagiaan hidup yang paling tinggi bagi bilangan orang yang sehabis ramai; dan tindakan yang dianggap benar atau salah adalah atas dasar sama ada ianya membantu atau menghalang tujuan ini.<sup>50</sup> Dalam membicarakan tentang tingkah laku manusia, Bentham berpendapat bahawa kesakitan dan kebahagiaan adalah satu-satunya nilai yang harus dipertimbangkan, justeru terdapat empat sumber di mana kesakitan dan kebahagiaan boleh dilahirkan, iaitu, fizikal, politik, moral dan agama.<sup>51</sup>

Dalam aspek undang-undang kontrak, Smith<sup>52</sup> telah menimbulkan persoalan normatif iaitu mengapa suatu janji itu perlu dikuatkuasakan. Sebagai jawapannya, teori utilitarian menjustifikasikan undang-undang kontrak sebagai suatu yang menggalakkan kebaikan dan kebenaran bersesuaian dengan pendapat yang dilahirkan oleh Bentham. Kebaiakannya terserlah apabila ia mempunyai kesan dan impak ke atas kebajikan, kekayaan, autonomi, perhubungan baik dan apa saja aspek kehidupan manusia. Teori Utilitarian ini kemudiannya memperkenalkan 'teori kecekapan' (*efficiency theory*) yang menyifatkan undang-undang kontrak sebagai satu instrumen yang menggalakkan kebajikan sejagat yang secara umumnya diterima dan difahami oleh setiap anggota dalam masyarakat.<sup>53</sup> Teori kecekapan ini lebih berhubung kait dengan versi tradisional utilitarianisme yang menilai sesuatu tindakan itu berdasarkan pencapaian kebahagiaan atau tahap kepuasan seseorang.

## ii. Teori asas hak

Teori asas hak (*Right-based Theory*) ini pula menjustifikasikan undang-undang kontrak sebagai berdasarkan kepada hak-hak individu. Teori ini sememangnya merupakan kesinambungan aspirasi keadilan, kesamarataan, kebebasan dan kebaikan yang dipelopori oleh teori undang-undang semulajadi. Teori Zaman Pembaharuan (*Renaissance*) abad ke 16 yang merupakan aliran kepada teori undang-undang semulajadi telah menampakkan kegemilangan teori undang-undang semulajadi dengan laungan idea seperti kebebasan, kesamarataan dan hak asasi manusia.<sup>54</sup> Dalam konteks hubungan kontrak, teori asas hak memperlihatkan bahawa hubungan kontrak adalah berlatarbelakangkan hak individu di mana undang-undang kontrak memberikan penguatkuasaan undang-undang ke atas hak tersebut dengan pelaksanaannya dan memberikan kesan undang-undang akibat perlanggarannya.<sup>55</sup> Jika berlaku perlanggaran kontrak, undang-undang kontrak bertindak memberikan hak dan keadilan kepada pihak yang tidak bersalah dengan meminta pihak yang melanggarnya memperbetulkan kemudaratan yang telah dilakukannya. Oman<sup>56</sup> pula berpendapat bahawa 'teori asas hak' meletakkan teori kontrak sebagai terdiri daripada dua kategori iaitu 'teori perjanjian' dan 'teori kebergantungan'. Oman berpendapat teori perjanjian memfokus pada kontrak sebagai sumber bebas dan tersendiri yang menjadi satu obligasi undang-undang manakala teori kebergantungan pula memfokus kontrak sebagai

<sup>50</sup> Mohd Akram, *Pengenalan prinsip jurispruden*, 2004, hlm. 78.

<sup>51</sup> Mohd Akram, hlm. 78.

<sup>52</sup> S. Smith, *Contract theory*, hlm. 46.

<sup>53</sup> S. Smith, *Contract theory*, hlm. 47.

<sup>54</sup> Badariah Sahamid, *Jurisprudens dan teori undang-undang dalam konteks Malaysia*, hlm. 17.

<sup>55</sup> S. Smith, *Contract theory*, hlm. 47.

<sup>56</sup> N. Oman, *Unity and pluralism in contract law*, [2005] 103 *Mich. L. Rev.* 1483.

memberi gantirugi dan memampas pihak-pihak yang telah terjejas akibat bergantung kepada janji yang diberikan oleh satu pihak yang lain. Oman turut memperkenalkan kedua-dua teori ini sebagai 'teori autonomi' yang berkongsi paradigma ke arah memperbetulkan keadilan yang patut diberikan kepada pihak yang telah mendapat mudarat kesan daripada janji yang tidak ditunaikan.

Secara prinsipnya, teori ini mengutamakan hak-hak yang telah termaktub di bawah undang-undang kontrak. Hak berkontrak menurut teori ini adalah merujuk kepada hak untuk melaksanakan janji yang telah dibuat. Seperti mana teori Hobbes dan Locke yang memulakan sesuatu dari keadaan semulajadi manusia, maka Locke mencadangkan bahawa setiap manusia mempunyai kuasa untuk menghukum orang yang melanggar undang-undang demi memelihara haknya. Berpegang kepada landasan inilah ideologi individualisme tampil dengan mengutamakan hak individu dalam masyarakat serta hubungan individu dengan masyarakat.<sup>57</sup> Maka disinilah kontrak diperlukan sebagai asas kepada hubungan dan jalinan hakikat tersebut.

Mazhab positivisme yang wujud pada pertengahan abad ke 19 telah meneruskan kesinambungan pemeliharaan hak-hak individu. Ronald Dworkin<sup>58</sup> yang mempopularkan teori berlandaskan hak ini berpendapat bahawa sistem undang-undang seharusnya meliputi suatu peraturan, prinsip dan polisi. Menurut Dworkin, kesemuanya ini merupakan dasar moral sesebuah masyarakat yang bertujuan melindungi kepentingan tertentu iaitu hak, kebebasan dan kesamarataan. Justeru itu, undang-undang kontrak tidak boleh sepi dari penyimpangan ke atas teori asas hak ini memandangkan kewujudannya adalah cukup signifikan dalam kontrak.

### iii. Teori keadilan

Idea dan konsep keadilan merupakan kesinambungan teori undang-undang semulajadi yang jelas menjadi matlamat kewujudan undang-undang yang sering dikaitkan dengan keadilan. Seperti mana wujud kesukaran dalam mencari definisi yang universal kepada 'kontrak', persoalan serupa juga terpakai kepada takrifan 'keadilan'. Menurut Badariah,<sup>59</sup> "...walaupun maksud keadilan sukar ditakrif, manusia secara naluri boleh mengenali dengan serta merta apabila berlaku ketidakadilan." Plato menganggap keadilan sebagai salah satu daripada sifat kebaikan utama, manakala Aristotle pula berpendapat bahawa keadilan sejagat merupakan satu konsep menyeluruh yang meliputi pematuhan kepada undang-undang sedangkan keadilan terperinci merupakan satu sifat kebaikan yang mempunyai ciri kesamarataan dan keadilan.<sup>60</sup>

Keadilan juga telah dilihat sebagai pematuhan kepada undang-undang. Dengan menyifatkannya sebagai satu kontrak, Hobbes melihat keadilan sebagai sebahagian daripada kontrak sosial di mana menurutnya, "Apabila satu perjanjian dibuat, mengingkarinya adalah satu ketidakadilan."<sup>61</sup> Kronman<sup>62</sup> pula berpendapat bahawa undang-undang kontrak adalah terdiri daripada pemahaman berhubung 'keadilan beragihan' (*distributive justice*). Keadilan beragihan yang dimaksudkan di sini adalah kes yang sama hendaklah diperlakukan dengan sama dan kes berbeza diperlakukan dengan berbeza. Menurut prinsip ini, sesuatu ketidakadilan wujud apabila mereka yang berbeza

<sup>57</sup> Badariah Sahamid, *Jurisprudens dan teori undang-undang dalam konteks Malaysia*, hlm. 26.

<sup>58</sup> Badariah Sahamid, hlm. 69.

<sup>59</sup> Badariah Sahamid, hlm. 177.

<sup>60</sup> Badariah Sahamid, hlm. 177.

<sup>61</sup> Badariah Sahamid, hlm. 179.

<sup>62</sup> A.T. Kronman, *Contract law and distributive justice*, (1980) 89 Yale L.J. 472.

diberi layanan yang sama. Sebagai contoh, kontrak peniaga-pengguna di pasaran yang memperlihatkan kuasa perundingan yang tidak pernah seimbang antara pengguna dan peniaga tetapi dalam sesetengah perundangan dilayani sama rata seperti mana kontrak peniaga-peniaga.

Dalam konteks memakmurkan masyarakat, Badariah<sup>63</sup> telah memperlihatkan keadilan dari dua aspek penting, iaitu keadilan sosial dan keadilan individu. Keadilan sosial yang dimaksudkan adalah di mana satu kenyataan hakiki perlu disemat bahawa manusia tidak dilahirkan sama. Justeru itu, teori keadilan sosial yang dipelopori oleh John Rawl cuba untuk mengurangkan jurang perbezaan yang wujud dari keadaan semulajadi dengan membekalkan 'barang asas' yang dianggap perlu untuk kemudahan hidup. Maka, keadilan sosial bermaksud mengamalkan polisi yang memberi peluang yang sama rata kepada semua ahli masyarakat untuk mencapai kesenangan tanpa membezakan atas dasar jantina, agama, bangsa dan sebagainya.<sup>64</sup>

Teori keadilan individu pula merujuk kepada kenyataan bahawa setiap manusia mempunyai hak-hak yang tidak boleh dicabul dengan sengaja oleh individu lain atau kerajaan.<sup>65</sup> Perjuangan teori ini walau bagaimanapun telah menolak dasar *utilitarianisme* yang telah memberi keutamaan kepada masyarakat dan memudaratkan individu. Robert Nozick<sup>66</sup> berpendapat bahawa manusia, dalam keadaan asal memperlihatkan bahawa setiap individu mempunyai hak semulajadi yang tidak boleh dicabul oleh individu atau kerajaan iaitu hak kepada nyawa, kebebasan dan harta. Justeru itu, sebagai mengukuhkan kenyataan bahawa pembentukan kontrak adalah gabungan beberapa ramuan penting, dalam konteks perbincangan di atas, ramuan politik merupakan realisasi kepada unsur-unsur hak, keadilan dan kepentingan masyarakat. Unsur-unsur ini menjadi asas kepada setiap pembentukan kontrak. Namun dalam perkembangan dunia kontrak, kontrak bentuk seragam, sejenis kontrak yang kini menjadi metod bertransaksi yang sangat popular di kalangan peniaga, walau bagaimanapun dilihat sebagai menjauhi teori-teori ini berdasarkan ciri, sifat dan amalannya dalam transaksi harian pengguna.

## b. Teori pembentukan kontrak

### i. Teori klasikal kontrak

Pembentukan suatu kontrak merupakan satu gabungan ciri-ciri penting satu persetujuan yang diilhamkan daripada teori kontrak klasikal. Teori klasikal kontrak merupakan teori undang-undang kontrak yang paling terkemuka pada penghujung abad ke 19 dan awal abad ke 20. Teori ini memperkatakan tentang konsep asas dan doktrin-doktrin yang memberi kesan kepada perjanjian yang dibuat secara sukarela yang berdasarkan niat pihak-pihak

<sup>63</sup> Badariah Sahamid, *Jurisprudens dan teori undang-undang dalam konteks Malaysia*, hlm. 181.

<sup>64</sup> Badariah Sahamid, hlm. 182.

<sup>65</sup> Badariah Sahamid, hlm. 185.

<sup>66</sup> Badariah Sahamid, hlm. 185.

yang berkontrak. Teori ini adalah diterima pakai dalam semua jenis kontrak tanpa mengira 'hal perkara pokok' kontrak tersebut. Selain itu, menurut Cooke dan Oughton,<sup>67</sup> teori ini juga terlibat dalam mengurangkan peranan juri secara sistematis. Keadaan ini adalah disebabkan oleh isu sesuatu kes yang sebelum ini dianggap sebagai persoalan fakta oleh juri, telah beralih status kepada persoalan undang-undang oleh hakim. Pengaruh terbesar kepada doktrin ini adalah teori-teori falsafah oleh Hobbes, Locke, Hume serta teori-teori ekonomi klasikal dan utilitarian yang diketuai oleh Adam Smith dan Jeremy Bentham.<sup>68</sup> Memandangkan struktur teori ini dibentuk berpandukan dikotomi hubungan antara individu dan komuniti, prinsip 'kebebasan memilih' menjadi tunggak perjuangan teori ini. Undang-undang kontrak melindungi kebebasan individu daripada penglibatan pihak kerajaan dengan jaminan bahawa kebebasan memilih adalah menjadi titik tolak penentuan semua perundangan. Justeru, teori ini mengatakan bahawa kontrak adalah merupakan pertemuan minda yang sukarela di mana seseorang individu perlu bebas untuk memasuki kontrak dengan sesiapa yang diinginya.

Memandangkan individu bebas berkontrak dan bebas menentukan terma kontraknya, tugas undang-undang bukanlah untuk memastikan sama ada pihak-pihak yang berkontrak telah memasuki kontrak tersebut dengan kerelaan berdasarkan satu perundangan yang saksama. Namun begitu, perkembangan pasaran yang memfokus kepada kuasa ekonomi ternyata telah menjejaskan perjuangan teori ini di mana kuasa pasaran telah mencetuskan era perdagangan yang meletakkan kuasa monopoli ke atas pihak-pihak yang memainkan peranan dalam pasaran. Richard Stone<sup>69</sup> telah menyenaraikan ciri-ciri teori kontrak klasikal seperti berikut:

- i. Ia mestilah berdasarkan pertukaran janji.
- ii. Ia mestilah eksekutori di mana apabila kontrak dibentuk, kewajipan di bawahnya adalah bermula sebelum mana-mana pihak melaksanakan mana-mana bahagiannya.
- iii. Ia melibatkan 'pertukaran', di mana setiap pihak perlu memberi sesuatu sebagai balasan kepada janji pihak yang lagi satu. Persetujuan yang telah dicapai melalui 'balasan' seperti ini telah mewujudkan pelaksanaan dan penguatkuasaannya.
- iv. Kandungan kontrak adalah ditentukan dengan memutuskan apakah yang telah dipersetujui oleh pihak yang berkontrak atau apakah yang secara munasabahnyanya dipersetujui oleh pihak-pihak yang berada pada kedudukan mereka, pada masa kontrak dibuat.
- v. Pertikaian berhubung kontrak boleh ditentukan dengan pertanyaan kepada kedua pihak tentang apakah yang telah mereka persetujui secara nyata dan tersirat yang terkandung dalam kontrak mereka. (Teori Kehendak).
- vi. Transaksinya adalah bersifat rahsia dan tidak menjadi sebahagian daripada satu hubungan yang berterusan.

<sup>67</sup> P.J. Cooke & D.W. Oughton, *The common law of obligations*, hlm. 24.

<sup>68</sup> P.J. Cooke & D.W. Oughton, hlm. 24.

<sup>69</sup> R. Stone, *The modern law of contract*, hlm 2-3.

vii. Peranan mahkamah adalah bertindak sebagai 'pengadil' dan 'pelerai' yang memberi kesan kepada perjanjian. Ia tidak berperanan untuk menentukan sesuatu transaksi itu sebagai adil atau tidak.

Ciri-ciri yang dipaparkan di atas menunjukkan bahawa teori klasikal kontrak merupakan teori yang telah melengkap pembentukkan satu kontrak yang terdiri daripada kewujudan pertukaran janji hasil daripada satu cadangan dan penerimaan, disertai dengan alasan, dan persetujuan secara bebas antara kedua pihak yang dicapai melalui pertemuan minda berhubung terma-termanya. Pegangan yang dibawa oleh teori klasikal kontrak adalah bergantung kepada pengertian dan takrifan klasikal kontrak oleh Atiyah<sup>70</sup> yang mengatakan bahawa kontrak adalah merupakan:

Suatu perjanjian eksekutori yang bilateral. Ia terdiri daripada pertukaran janji; pertukaran yang dengan sengaja dibuat melalui proses tawaran dan penerimaan, dengan niat untuk menjalin hubungan yang mengikat. Apabila tawaran itu diterima, maka perjanjian berlaku dan kontrak wujud sebelum sesuatu dapat dilaksanakan oleh kedua pihak. Tidak ada pelaksanaan diperlukan...kontrak tersebut adalah mengikat disebabkan pihak-pihak menghasratkan ianya terikat... Apabila kontrak dibuat, ia mengikat setiap pihak untuk melaksanakannya, atau jika mungkin, perlu bertanggung untuk membayar ganti rugi sebagai ganti.

Takrifan yang diberikan oleh teori klasikal kontrak di atas mencerminkan penonjolan elemen-elemen pembentukkan kontrak iaitu tawaran, penerimaan, niat, kerelaan berkontrak serta persetujuan yang dicapai yang secara umumnya didasari oleh teori-teori khusus yang menyentuh ciri-ciri pembentukkan kontrak.

### • Teori kehendak

Teori klasikal kontrak telah melahirkan teori kehendak dan teori pertukaran di mana gabungan kedua-dua teori ini menjelaskan bahawa undang-undang kontrak memberikan ungkapan dan pada masa yang sama, memelihara dan melindungi kehendak pihak-pihak berkontrak disebabkan 'kehendak' adalah sesuatu yang wajar dipelihara.<sup>71</sup> Maka, tidak hairanlah pakar-pakar seperti Savigny, Windshield, Pothier, Planiol, Pollock, Salmond dan Langdell memegang teguh anutan bahawa perkara pokok kepada suatu kontrak itu adalah persetujuan kehendak atau lebih tepat dirujuk oleh mereka sebagai satu pertemuan minda.

Teori kehendak adalah berpusatkan kepada kehendak pihak-pihak setelah berlakunya pertemuan minda ini atau '*consensus ad idem*'. Dalam bentuk asalnya, teori ini bersifat lebih teoretis di mana ini menyebabkan peranan mahkamah adalah diperlukan dalam menentukan niat dan kehendak kedua-dua pihak pada masa kontrak dibuat.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Atiyah Essays, Essay No.2, hlm. 11 (terjemahan).

<sup>71</sup> R. Cohen, The basis of contract, [1933] 46 Harv L Rev 533.

<sup>72</sup> Cooke & Oughton, The common law of obligations, hlm. 26.



Petanda-petanda luaran bagi membuktikan kewujudan perjanjian dan persetujuan yang lahir dari kehendak kedua-dua pihak adalah persoalan penting yang ditekankan oleh teori ini. Petanda-petanda luaran ini diklasifikasikan sebagai 'tawaran' oleh satu pihak dan ianya diterima oleh pihak yang lagi satu. Pengertian dan pemahaman berhubung suatu tawaran dan penerimaan dikatakan telah digunakan buat pertama kalinya oleh mahkamah dalam kes *Payne v Cave*<sup>73</sup> dan bagi kontrak bilateral, dalam kes *Adams v Lindsell*.<sup>74</sup> Prinsip tawaran dan penerimaan ini turut diterima dan digunakan dalam menyelesaikan masalah-masalah yang timbul dalam kontrak yang dibuat melalui surat-sururat disebabkan janji dan persetujuan kedua-dua pihak tidak dibuat serentak pada suatu masa yang sama. Walau bagaimanapun, permasalahan ini telah berjaya diselesaikan dan kini ia menjadi suatu nostalgia apabila Mahkamah Rayuan dalam kes *Household Fire and Carriage Accident Insurance Co. v Grant*<sup>75</sup> telah mengiktiraf prinsip penerimaan melalui pos iaitu kontrak adalah terbentuk dan lengkap apabila suatu tawaran itu diterima di mana ianya efektif semasa surat tersebut diposkan.

Sejarah awal prinsip tawaran dan penerimaan ini memperlihatkan perkembangannya apabila ianya telah diterima pakai dalam semua bentuk dan jenis kontrak. Perkembangan ini mengakibatkan semakin berleluasa dan bertambahnya kes-kes mahkamah dan menunjukkan kesibukan mahkamah dalam mencuba untuk mengkategorikan setiap kes kontrak dalam slot-slot tawaran dan penerimaan. Pendapat ini telah diberikan oleh Lord Wilberforce<sup>76</sup> di mana menurutnya, "Undang-undang Inggeris, yang lebih menitik beratkan doktrin kontrak yang teknikal dan *schematic* dalam pemakaiannya kini mengambil pendekatan yang lebih praktikal, lazimnya dengan meletakkan setiap fakta dalam slot-slot yang ditandakan sebagai tawaran, penerimaan dan balasan."

Balasan sebagai elemen pembentukan kontrak telah mencetuskan teori pertukaran balasan di mana menurut teori ini, bagi menjadikan suatu balasan itu dilaksanakan, maka suatu janji itu perlu dibeli oleh si penerima janji.<sup>77</sup> Pollocks dalam kes *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd*<sup>78</sup> telah memberikan definisi 'balasan' sebagai: "Suatu tindakan atau *forbearance* oleh satu pihak, atau janji daripadanya, adalah menjadi harga kepada janji pihak lain yang telah dibeli, dengan itu ianya menjadi nilai untuk dikuatkuasakan." Meskipun secara dasarnya teori klasikal kontrak adalah terkenal dengan fahamannya yang memberi kebebasan kepada pihak-pihak untuk menentukan dan mengadili perundingannya sendiri tanpa campurtangan mahkamah, secara realiti dan amalannya, mahkamah telah sebaliknya menggunakan elemen 'balasan' sebagai satu polisi dan 'peraturan-peraturan' balasan telah menyembunyikan motif sebenar sesuatu keputusan yang dibuat.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> (1789) 3 TR 148.

<sup>74</sup> (1818) 106 ER 250.

<sup>75</sup> (1879) 4 Ex D 216.

<sup>76</sup> *New Zealand Shipping Co Ltd v A M Satterthwaite & Co Ltd* [1975] AC 154 (terjemahan).

<sup>77</sup> Cooke & Oughton, *The common law of obligations*, 1989, hlm. 32.

<sup>78</sup> [1915] AC 847 (terjemahan).

<sup>79</sup> Cooke & Oughton, *The common law of obligations*, hlm. 32.

Selain itu, seperti mana elemen 'balasan' yang diterima sebagai landasan pembentukan kontrak, elemen 'niat' merupakan elemen berasingan yang ditambah dalam elemen-elemen sedia ada. Elemen 'niat' dalam pembentukan kontrak mula dikenali pada penghujung abad ke-19<sup>80</sup> dan ianya telah mendapat sambutan di kalangan para hakim di mahkamah.<sup>81</sup> Sebagai implikasinya, ia hanya merumitkan lagi proses penentuan kewujudan dan pembentukan suatu kontrak apabila proses untuk membuktikan kewujudan elemen tersebut menjadi suatu proses yang subjektif dan bergantung kepada fakta kes secara keseluruhannya. Menurut Shaik Mohd Noor Alam,<sup>82</sup> ramai pengkritik telah menyarankan usul supaya doktrin balasan dimansuhkan daripada *Common Law* memandangkan balasan hanya memainkan peranan menandakan kesungguhan sesuatu janji, sedangkan peranan tersebut telahpun dimainkan dengan berkesan oleh elemen niat untuk mewujudkan hubungan di sisi undang-undang. Walau bagaimanapun, elemen niat ini telah menjadi tarikan pada penghujung abad ke 19 ini apabila undang-undang mula memberi perhatian ke atas autonomi pihak-pihak yang berkontrak di mana dua kehendak disatukan melalui *consensus*.<sup>83</sup> Apabila wujudnya kebergantungan antara dua pihak ke atas janji yang dibuat, maka dengan disertai oleh keperluan-keperluan perundangan yang lain, maka janji tersebut mendapat tempat untuk dikuatkuasakan oleh undang-undang.<sup>84</sup>

#### • Teori perjanjian

Konsep kontrak sebagai satu janji atau set janji telah diiktiraf turun temurun. Smith<sup>85</sup> telah membuat analisisnya ke atas beberapa teori tetapi akhirnya beliau mempertahankan 'teori perjanjian' sebagai teori undang-undang kontrak yang paling berkesan.<sup>86</sup> Menurut Smith, terdapat empat kriteria yang perlu wujud dalam menentukan satu teori undang-undang kontrak yang berkesan, iaitu, kesesuaian, kejelasan, kemoralan dan ketelusan. Dalam konteks undang-undang kontrak, Smith berpendapat bahawa teori perjanjian adalah teori yang terbaik kerana suatu hubungan kontrak itu adalah berdasarkan suatu hubungan janji yang berdasarkan pula suatu perhubungan yang bebas dan sukarela. Walaupun teori ini tidak mendapat tempat di hati pakar-pakar falsafah Amerika yang lebih tertarik kepada teori kebergantungan, Smith yakin bahawa halangan utama kepada teori perjanjian ini adalah 'prinsip kemudaran' yang diperkenalkan oleh John Stuart Mill. Prinsip ini menjelaskan bahawa dalam corak masyarakat yang liberal, suatu proses undang-undang perlu digunakan oleh sesebuah negara bagi mencegah berlakunya kemudaran kepada

<sup>80</sup> Williston, (1914) 27 *Harvard Law Review* 503, hlm. 507.

<sup>81</sup> Penerimaan elemen 'niat' dijelaskan oleh Atkin LJ dalam kes *Balfour v Balfour* [1919] 2 KB 571.

<sup>82</sup> Shaik Mohd Noor Alam, *Kontrak dan kewajipan undang-undang di beberapa Negara Asean yang dipilih*, Dewan Bahasa dan Pustaka, Kuala Lumpur, 1998, hlm. 187.

<sup>83</sup> L. Mulcahy & J. Tillotson, *Contract law in perspective*, hlm. 97.

<sup>84</sup> *Errington v Errington and Woods* [1952] 1 KB 290.

<sup>85</sup> S. Smith, *Contract theory*, hlm. 55.

<sup>86</sup> Persoalan-persoalan berhubung kemuliaan janji dan penguatkuasaannya telah dibincangkan sebagai membentuk 'teori intuition' oleh Profesor Shaik Mohd Noor Alam dalam bukunya 'Kontrak dan kewajipan undang-undang di beberapa negara ASEAN yang dipilih', Dewan Bahasa dan Pustaka, 1998, hlm. 31. Menurut beliau, teori ini memulihkan sesuatu janji dan justeru itu memberi kepada setiap janji sifat-sifat kewajipan yang boleh dikuatkuasakan oleh undang-undang.

seseorang. Walau bagaimanapun proses undang-undang tersebut tidak boleh digunakan untuk menguatkuasakan obligasi moral yang kesannya tidak menunjukkan berlakunya sebarang kemudatan. Justeru, penggunaan proses undang-undang adalah material dalam teori perjanjian tetapi mempunyai batasan-batasan tertentu yang perlu diteliti. Jika sesuatu obligasi moral tidak membayangkan wujudnya kemudatan, maka proses undang-undang tidak boleh digunakan. Sebaliknya, jika kesan sesuatu obligasi moral itu memperlihatkan imbasan-imbasan kemudatan, maka proses undang-undang perlu ditekankan bagi mendukung keutuhan janji yang telah dibuat.

Charles Fried<sup>87</sup> telah menghuraikan teori kontrak berdasarkan pendekatan moral dalam pembuatan janji. Menurutnya dengan membuat sesuatu janji, seseorang itu mengubah suatu pilihan itu daripada secara moralnya bersifat neutral kepada secara moralnya bersifat paksaan. Menurutnya juga, seseorang individu itu adalah secara moralnya terikat untuk menunaikan janjinya disebabkan beliau sendiri telah berniat menggunakan satu konvensyen yang fungsinya adalah untuk memberikan alasan yang berdasarkan persoalan moral kepada pihak lain yang mengharapkan penunaian janji itu. 'Prinsip janji' ini kemudiannya telah cuba diketengahkan dalam menerangkan operasi undang-undang kontrak moden. Dalam keadaan-keadaan tertentu di mana terdapat doktrin dalam kontrak moden yang tidak dapat disesuaikan dengan prinsip 'janji' ini, maka prinsip ini perlu melalui dua kesan iaitu sama ada ia dihapuskan ataupun diterangkan sebagai asas dalam prinsip yang lain pula. Sebagai contohnya, doktrin balasan yang didukung dalam undang-undang kontrak moden telah ditolak oleh prinsip 'janji' ini di mana prinsip ini kemudiannya diterangkan dalam prinsip tort yang menyentuh tentang isu gantirugi atau kerugian. Walau bagaimanapun, prinsip 'janji' yang dikemukakan oleh Fried ini telah dikritik disebabkan penerimaan prinsip tort berhubung gantirugi dan kerugian ke dalam prinsip 'janji'.<sup>88</sup>

Pertentangan antara teori perjanjian dan prinsip kemudatan ini dapat dicungkil disebabkan kebanyakan teori perjanjian meletakkan kemungkinan janji itu sebagai tindakan yang tidak bermoral. Walau bagaimanapun, prinsip kemudatan tidak menerima kemungkinan janji sebagai suatu yang mengundang kemudatan yang mana, jika perkara ini berlaku, maka proses undang-undang adalah diperlukan untuk menanganinya. Menurut prinsip kemudatan, tindakan tidak memungkir janji sebagai tidak bermoral itu adalah tidak memadai dan mencukupi untuk dijadikan sebagai alasan yang memberi mandat kepada kerajaan menguatkuasakan janji tersebut melalui proses undang-undang. Smith walau bagaimanapun telah menolak prinsip kemudatan ini dengan berpegang teguh kepada kepercayaannya bahawa suatu janji yang dibuat itu adalah sebenar-benarnya berharga disebabkan ia mewujudkan satu hubungan yang khas di antara pembuat janji dan penerima janji. Justeru, memungkir janji adalah tindakan yang menghancurkan hubungan khas ini apabila pihak yang memungkirnya dianggap sebagai menghapuskan janji yang dibuat.

<sup>87</sup> R. Halson, *Contract law*, hlm. 6.

<sup>88</sup> Kritikan tersebut dilontarkan memandangkan teori janji Fried ini adalah berdasarkan 'ketaatan' atau 'pematuhan' janji sebagai prinsip rujukan, tetapi persoalannya adalah mengapa pula prinsip tort diterima yang seperti membenarkan seseorang yang telah memungkir janjinya dituntut gantirugi oleh orang yang telah dimungkirinya. Sekiranya teori janji ini dipegang kukuh, ukuran kepada pemberian gantirugi tidak seharusnya dilayan sebaliknya satu perintah pelaksanaan spesifik yang sepatutnya diberikan kepada pihak yang memungkir janji.

### • Teori kebergantungan

Teori kebergantungan melihat satu hubungan kontrak itu sebagai bergantung kepada asas janji yang menghubungkan kedua pihak yang berkontrak. Oman<sup>89</sup> pula meletakkan 'teori kebergantungan' sebagai teori yang memfokus kontrak sebagai memberi gantirugi dan memampas pihak-pihak yang telah terjejas akibat bergantung kepada janji yang diberikan oleh satu pihak yang lain. Shaik Mohd Noor Alam<sup>90</sup> memperhalusi teori kebergantungan ini sebagai teori kebergantungan mudarat yang menjelaskan bahawa asal usul kewajipan kontrak adalah terletak kepada kebergantungan mudarat yang disebabkan oleh sesuatu janji. Menurutnya, jika seseorang membuat janji, dan seseorang yang lain bergantung kepada janji tersebut dan kemudiannya mengalami kerugian, maka undang-undang harus mengenakan tanggungan kepada sipembuat janji itu. Apabila timbul persoalan, mengapakah pihak-pihak yang dikenakan kebergantungan ini perlu diberikan pampasan oleh undang-undang, Cohen<sup>91</sup> telah menjelaskan bahawa wujudnya unsur-unsur moral yang kuat dalam teori ini yang menetapkan janji sebagai satu kewajipan yang mesti ditunaikan, sementara janji itu adalah janji yang menyebabkan kebergantungan kepada si penerima janji. Dalam cuba meyakini teori ini, timbul pula persoalan baru dalam aspek pematuhan kepada janji yang bukan akibat daripada kebergantungan tetapi pematuhan tersebut berpunca daripada formaliti-formaliti yang tidak boleh dielakkan dan perlu dipatuhi seperti kontrak-kontrak yang termeterai. Menurut Shaik Mohd Noor Alam,<sup>92</sup> kontrak-kontrak yang bermeterai merupakan satu lagi cabaran kepada kesahihan teori kebergantungan ini. Menurut Cohen,<sup>93</sup> dalam kontrak-kontrak sedemikian, kewajipan timbul oleh sebab pematuhan kepada beberapa formaliti tertentu, bukan kepada kebergantungan yang mudarat atau sebaliknya. Dalam keadaan lain di mana kebergantungan sebenar tidak wujud tetapi ianya dianggap berkemungkinan 'wujud', mahkamah telah menerima pendekatan yang lebih terbuka apabila alasan 'kemungkinan wujud' telah dianggap sebagai bukti yang mencukupi dalam menjadikan sesuatu janji itu sebagai asas kewajipan kontrak.<sup>94</sup>

### • Teori pertukaran

Teori ini mengandaikan bahawa orang yang menerima suatu hak daripada suatu kontrak itu mempunyai hak terhadap pelaksanaannya pada masa hadapan di mana hak ini telahpun dipindahkan atau diberikan oleh tuan punya hak tersebut kepada benefisiarinya. Apabila seseorang memindahkan haknya dalam suatu kontrak kepada pihak yang menerimanya, maka pihak yang menerima kontrak tersebut diberi hak untuk melaksanakannya pada masa hadapan. Walau bagaimanapun, menurut Smith, teori pertukaran ini tidak mempedulikan dan mempersoalkan hak yang terkandung dalam suatu kontrak disebabkan hak untuk

<sup>89</sup> N. Oman, Unity and pluralism in contract law, [2005] 103 *Mich. L. Rev.* 1483.

<sup>90</sup> Shaik Mohd Noor Alam, *Kontrak dan kewajipan*, hlm. 43.

<sup>91</sup> R. Cohen, The basis of contract, [1933] 46 *Harv L Rev* 533.

<sup>92</sup> Shaik Mohd Noor Alam, *Kontrak dan kewajipan*, hlm. 44.

<sup>93</sup> R. Cohen, The basis of contract [1933] 46 *Harv L Rev* 533.

<sup>94</sup> J. Swan & J. Reiter, *Contracts, cases notes and materials*, Edmond Montgomery Pub. Ltd, 1985, hlm. 138.

melaksanakan kontrak pada masa hadapan ini hanya timbul jika hak tersebut dipindahkan kepada benefisiari kontrak itu. Shaik Mohd Noor Alam<sup>95</sup> pula telah mengkhususkan teori pertukaran ini sebagai satu pertukaran janji yang disokong oleh balasan dan janji-janji itulah yang dirujuk sebagai satu pertukaran. Menurutnya, sesuatu pertukaran wujud melalui interaksi kehendak bebas pihak-pihak berkontrak dan persetujuan mereka disokong dengan balasan. Elemen balasan inilah yang membuatkan janji-janji itu berkuatkuasa dan menjadi suatu pertukaran.<sup>96</sup>

## ii. Teori kontrak neo klasikal

Teori kontrak neo-klasikal atau lebih dikenali dengan 'teori kontrak moden' telah mengambil tempat sebagai produk kepada satu realiti baru yang memperseimbangkan prinsip individualisme yang didukung oleh teori kontrak klasikal kepada satu standard kewajipan dalam masyarakat.<sup>97</sup> Teori ini juga bertindak secara fleksibel dengan membenarkan pertimbangan diberikan kepada kewujudan keadilan dalam ruang lingkup kontrak yang bermula dari pembentukan sehinggalah kepada penamatan kontrak. Walau bagaimanapun, sepertimana teori kontrak klasikal, teori ini meneruskan keunggulan doktrin 'kebebasan berkontrak' sebagai perkara pokok dan utama dalam semua jenis kontrak. Ideologi '*market individualism*' yang telah melahirkan doktrin ini menekankan bahawa pihak-pihak yang berkontrak adalah diikat kepada pertukaran yang telah dipersetujui secara bebas. Dalam mencari pengertian bagi doktrin ini, Collins<sup>98</sup> telah mengemukakan beberapa ciri konsepnya;

- i. Rakyat menikmati budi bicara yang luas untuk membentuk kontrak;
- ii. Undang-undang menghormati pemilihan terma-terma yang dibuat oleh mereka;
- iii. Kesukarelaan pilihan mereka adalah dilindungi daripada paksaan dan frod;
- iv. Individu harus diberikan pilihan sama ada untuk memasuki kontrak, dengan itu mengeneppikan kontrak wajib dan tugas lain yang dikenakan oleh undang-undang;
- v. Individu harus menikmati kebebasan memilih terma bagi perjanjian mereka;
- vi. Kebebasan berkontrak menolak idea campurtangan kerajaan dalam transaksi pasaran;
- vii. Individu dianggap mempunyai lesen am memasuki kontrak dan ini dapat mempertingkatkan lagi kebebasan kerana kemudahan ini membenarkan usaha kerjasama dalam bentuk baru yang berterusan.

Keunggulan konsep kebebasan berkontrak ini berpunca daripada persepsi bahawa 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 erti kata menganggap campurtangan dalam bentuk undang-undang paling minimum merupakan standard paling ideal.<sup>99</sup> Konsep

<sup>95</sup> Shaik Mohd Noor Alam, *Kontrak dan kewajipan*, hlm. 38.

<sup>96</sup> Shaik Mohd Noor Alam, hlm. 38.

<sup>97</sup> M. Ivanova, *Legal Theory and Cooperation*, Research Paper, UNDP/Yale Collaborative Programme, 1999.

<sup>98</sup> H. Collins, *The law of contract*, hlm. 17.

<sup>99</sup> Azimon Abdul Aziz dan Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Kontrak bentuk seragam: implikasi kepada masa depan perlindungan pengguna, Kertas kerja *Seminar Kebangsaan Macfea ke 10*, 20 September 2005, Putrajaya.

individualisme yang menjadi teras kebebasan berkontrak telah menjadikan produk *laissez faire* sebagai amalan kerajaan pada masa itu. Menurut Atiyah;<sup>100</sup>

Isi kandungan kontrak, terma, harga dan perkara pokok adalah sepenuhnya terpulang kepada pihak-pihak untuk memutuskannya. Adalah diandaikan bahawa pihak-pihak mengetahui minda masing-masing, mereka akan mengira risikonya dan kontingensi masa hadapan yang relevan, dan bahawa semua ini akan memasuki rundingan. Dengan itu, ketidakwajaran tawar menawar-ketidakcukupan yang melampaui atau harga yang melebihi – adalah tidak relevan, dan jika sekali ia terbentuk, maka kontrak adalah mengikat.

### iii. Teori kontrak '*relational*'

Teori kontrak *relational* pula merupakan teori yang diterokai oleh Ian Macneil<sup>101</sup> yang menekankan pertukaran yang melibatkan hubungan kerjasama sebagai sifat utama kontrak. Berbeza dengan teori pertukaran, teori ini meletakkan suatu kontrak itu sebagai merupakan satu perkaitan dan kesinambungan di mana ia wujud hasil daripada interaksi yang berterusan di antara pihak-pihak. Teori *relational* ini juga memfokus kepada perhubungan pihak-pihak yang berkontrak bagi menjamin dan memastikan bahawa sikap-sikap 'oportunistik' tidak ditimbulkan. Menurut teori ini, perhubungan di antara dua pihak yang berkontrak menghasilkan satu kerjasama dan menjadikan satu obligasi kontrak itu sebagai '*self-enforcing*'.<sup>102</sup> Teori kontrak ini juga dilihat sebagai satu usaha untuk mengenerasikan satu model yang mampu menerangkan bilakah pihak-pihak yang bertransaksi tidak kembali kepada kontrak dan atas alasan apakah keyakinan itu timbul bahawa setiap pihak akan memenuhi obligasinya.<sup>103</sup> Bergerak sebagai satu teori yang praktikal yang tidak meletakkan kontrak formal sebagai satu keperluan untuk pihak-pihak yang berkontrak, ia lebih mempercayai kontrak yang melalui satu interaksi yang berulang kali dalam satu kelompok masyarakat yang benar-benar dikenalpasti bersama dengan satu set norma-norma yang menjadi teras kepada perilaku setiap individu dalam masyarakat tersebut. Teori ini lebih menekankan pengertian kontrak dari sudut konteksnya beserta dengan norma-norma keadilan yang perlu dicapai daripadanya. Terdapat empat cadangan yang menggunakan pendekatan '*relational*' dalam kontrak<sup>104</sup> iaitu:

- i. Setiap transaksi adalah dihubungkan dengan satu jaringan perhubungan yang kompleks;<sup>105</sup>

<sup>100</sup> P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, 1979, hlm. 50 (terjemahan).

<sup>101</sup> Macneil, *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell, 2001, hlm. 21.

<sup>102</sup> Boudewijn Bouckaert (pnyt), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol III, The Regulations of Contracts, Gerrit De Geest & Edward Elgar Publishing Ltd, 2000, hlm. 54.

<sup>103</sup> Boudewijn Bouckaert (pnyt), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol III, The Regulations of Contracts, hlm. 54.

<sup>104</sup> L. Mulcahy & J. Tillotson, *Contract law in perspective*, hlm. 49.

<sup>105</sup> Ini dapat dilihat apabila kebanyakan kontrak yang kelihatan cukup ringkas dan kasual seperti pembelian suratkhbar di kedai adalah hakikatnya melibatkan satu jaringan kontrak yang kompleks di antara pembekal kertas, pengarang berita dan pengangkutan.

- ii. Memahami sesuatu transaksi itu memerlukan kepada satu penghargaan ke atas apa sahaja yang dirasakan penting dalam transaksi tersebut tanpa mengira sama ada ianya relevan dalam perundangan kontrak atau tidak;
- iii. Analisis yang efektif ke atas mana-mana transaksi memerlukan satu pengiktirafan ke atas semua perhubungan dan urutan daripada suatu pelaksanaan; dan
- iv. Analisis dalam bentuk konteks menghasilkan satu pendekatan yang lebih sensitif ke atas satu hubungan kontraktual dibandingkan dengan pendekatan yang memberi keutamaan kepada kontrak formal.

Justeru itu, setiap jalinan kontrak seharusnya bersandarkan kepada teori-teori pembentukan kontrak sebagai landasannya. Teori-teori ini mampu menjamin kesucian dan kesempurnaan kontrak untuk dilaksanakan oleh kedua-dua pihak. Kontrak-kontrak yang bergerak dalam pasaran seharusnya mencakupi teori-teori asas dan teori pembentukan kontrak sebagai jaminan bahawa pelaksanaannya adalah sejajar dengan kontrak-kontrak tradisional yang lain. Namun apa yang berlaku adalah, pembentukan kontrak-kontrak tertentu khususnya kontrak pengguna pada hakikatnya tidak menjunjung teori-teori pembentukan ini lantaran ciri-cirinya dilihat sebagai medium penindasan ke atas pengguna.

### KESIMPULAN

Kesedaran kepada kepentingan kontrak dalam kehidupan manusia bukannya baru bermula, sebaliknya ia telah tersemai seawal abad ke 13 lagi. Teori-teori kontrak telah diwujudkan dengan meletakkan prinsip undang-undang semulajadi sebagai landasan perjuangannya. Ahli-ahli falsafah juga telah tampil dengan fahaman masing-masing akan kepentingan kontrak, ideologi mula berkembang dengan berpusatkan persoalan berhubung kontrak dan kesannya kepada masyarakat dan kehidupan manusia. Justeru itu, idea mengenai kontrak sebenarnya telah diwarisi turun temurun di mana ia pada hakikatnya adalah merupakan gabungan moral dan kebaikan. Dalam memastikan kebaikan dan keadilan mencapai matlamatnya, maka kedua-dua faktor ini haruslah bersandarkan satu kepastian yang bersifat satu jaminan memandangkan perlakuan dan tingkah laku manusia adalah secara semulajadinya bersifat subjektif dan sukar untuk dikawal. Maka di sinilah diperlukan undang-undang yang bertindak sebagai satu mekanisme yang sekurang-kurangnya menjadikan persoalan kebaikan dan keadilan manusia sejagat sentiasa dihormati dan tidak dicabuli.

Dalam aspek ekonomi dan sosial, undang-undang kontrak berfungsi sebagai satu alat penting yang digunakan dalam mentafsir dan mengawal perjalanan amalan ekonomi dalam kehidupan sosial manusia. Terlalu banyak jenis hubungan sosial yang tergolong dalam rangka konseptual kontrak sehingga meluaskan lagi spektrum kontrak. Ideologi '*market individualism*' yang teguh berdiri pada abad ke 18 dengan meletakkan sepenuh kepercayaan kepada individu untuk memainkan peranan dalam pasaran telah mula condong akibat tamparan hebat transaksi moden yang lebih menekankan persoalan

ekonomi dalam pasaran. Prinsip asas undang-undang kontrak yang bertunjangkan teori asas dan teori pembentukannya dilihat semakin goyah ekoran daripada bentuk dan jenis-jenis transaksi moden yang menakluki masyarakat dunia terutamanya penyediaan terma-terma seragam yang kini menjadi sinonim dalam kehidupan seharian manusia. Ideologi *consumer welfarism* yang muncul pada abad ke 20 telah memberi petanda sihat kepada aspek perlindungan pengguna. Menyedari bahawa kebanyakan kontrak pada masa ini mencemarkan kemuliaan sifat-sifat kontrak, ideologi ini memberi perlindungan ke atas kebajikan pihak yang lemah dalam pasaran dengan menjadikan persoalan keadilan dan kesamarataan sepatutnya hadir dalam semua urusan kontrak.

Justeru, memandangkan latar belakang dan akar umbi kontrak itu sendiri adalah berasaskan kepada nilai moral yang tinggi dan suci kedudukannya, maka pencemaran dan penyalahgunaan kepada prinsip-prinsip murninya adalah memerlukan perhatian perundangan memandangkan impaknya yang negatif kepada pihak-pihak berkontrak, khususnya pihak yang lemah kedudukannya dalam pasaran. Dalam ekonomi pasaran, memandangkan pengguna memainkan peranan penting dalam kejayaan ekonomi sesebuah negara, kebajikan dan perlindungan pengguna memerlukan perhatian dan sokongan perundangan daripada anasir-anasir negatif. Secara sedar, anasir-anasir ini wujud dalam persekitaran kontrak yang dengan nyata mencemarkan kesucian kontrak yang hangat menakluki pasaran.

Dr. Azimon Abdul Aziz  
Pensyarah Kanan  
Pusat Pengajian Perakaunan  
Fakulti Ekonomi dan Perniagaan  
Universiti Kebangsaan Malaysia  
43600 UKM Bangi  
Selangor

[azimon@ukm.my](mailto:azimon@ukm.my)

Prof. Madya Dr. Sakina Shaik Ahmad Yusoff  
Fakulti Undang-undang  
Universiti Kebangsaan Malaysia  
43600 UKM Bangi  
Selangor

[kinasay@ukm.my](mailto:kinasay@ukm.my)