

Fasal Pengecualian Liabiliti Dalam Kontrak  
Pengguna di Malaysia\*  
*(Exemption of Liability in Consumer Contracts in  
Malaysia)*

SAKINA SHAIK AHMAD YUSOFF  
AZIMON ABDUL AZIZ  
SUZANNA MOHAMED ISA

*ABSTRAK*

*Konsumerisme yang diselubungi dengan ideal paternalistik mengenai perlindungan pengguna merupakan satu anjakan paradigma daripada ideologi kebebasan berkontrak. Matlamat konsumerisme adalah untuk mengawal dan mencampuri pasaran dalam kausa mulianya memartabatkan dan memperkasakan pengguna dalam perdagangan. Namun dalam arena pengecualian liabiliti dalam kontrak pengguna, gerakan untuk menegakkan hak pengguna adalah begitu minimum. Ketiadaan mekanisme undang-undang dalam bentuk perundangan khusus bagi membasmi penggunaan terma tidak adil dalam kontrak pengguna telah menjurus kepada penindasan pengguna dan berteluasanya perlakuan tidak beretika di kalangan peniaga. Di Malaysia, walau bagaimanapun, perkembangan undang-undang dalam bidang pengecualian liabiliti dalam kontrak pengguna adalah minimum. Dalam bidang ini di Malaysia, melalui pemakaian seksyen 3 dan 5 Akta Undang-undang Sivil 1956, prinsip-prinsip common law adalah terpakai. Namun perkembangan undang-undang kes di Malaysia dalam aspek fasal pengecualian liabiliti, khususnya dalam situasi di mana pihak-pihak berkontrak berada dalam keadaan kuasa berunding yang tidak seimbang, telah membangkitkan satu kebimbangan yang serius dalam perlindungan pengguna. Artikel ini meninjau status fasal pengecualian dalam korpus teoretis kontrak. Seterusnya artikel ini mengupas tahap layanan kehakiman yang diberikan kepada penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak pengguna menerusi kes-kes yang telah diputuskan.*

*Kata kunci: fasal pengecualian, kontrak pengguna, korpus teoretis kontrak, layanan kehakiman.*

---

\* Artikel ini merupakan sebahagian daripada Penyelidikan FRGS Kod Projek: UKM-UU-05-FRGS0081-2009

### ABSTRACT

*Consumerism loaded with paternalistic ideals of protecting customers is by all means a paradigm shift from the so-called freedom of contract ideology. The aim of consumerism is to regulate and intervene in the market in their noble cause of upholding and empowering consumers in trade. Nevertheless in the area of exclusion of trader's liability in consumer contracts, the move towards upholding consumer rights has been very minimal. Absence of appropriate legal mechanism in the form of a specific legislation to curb the use of unfair terms in consumer contracts has lead to oppression of consumers and the spread of unethical conduct of traders. In Malaysia however, the legal development in the area of exemption clauses in consumer contracts appears to be minimal. In the area of exemption of liability in Malaysia, by virtue of section 3 and 5 of the Civil Law Act 1956, the common law principles have been applied. However the case law development in Malaysia on exemption of liability, especially when the parties are of unequal bargaining power, causes a serious concern in consumer protection. This article explores the status of exemption clauses within the theoretical corpus of contract . It then examines the extent of the legal treatment on exemption clauses in consumer contracts as illustrated in reported cases.*

**Keywords:** *exemption clauses, consumer contracts, theoretical corpus of contract, judicial treatment.*

### PENGENALAN

Revolusi perindustrian telah mencetuskan pasaran komersial berbentuk massa yang seterusnya membawa kepada kesukaran untuk melakukan perundingan berbentuk individu bagi suatu barangan atau perkhidmatan yang bersifat *mass production*. Perubahan yang berlaku dari segi cara sesuatu barangan mula dipasarkan dan kuasa membeli orang ramai yang semakin meningkat telah mengubah masyarakat secara keseluruhannya. Atiyah<sup>1</sup> menyatakan bahawa tempoh masa antara 1875 dan 1914 telah berlaku satu revolusi dalam pengedaran barangan bagi memenuhi permintaan pengguna yang ramai di mana teknik baru kaedah jualan borong dan organisasi runcit membawa kepada pembukaan banyak pasaraya dan gedung serbaneka yang sekaligus merubah cara dan gaya pembelian pengguna. Pihak yang menjadi 'pengeluar dan penjual' juga semakin pupus dan semakin banyak barangan berjenama yang telah dibungkus serta dipasarkan terus kepada pembeli. Kini masyarakat pengguna menjadi tumpuan

---

<sup>1</sup> P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, hlm 572-581.

dalam dunia ekonomi dan seakan dipersetujui semua bahawa tujuan asas masyarakat dan sistem ekonomi adalah untuk menyediakan semakin banyak keperluan bagi kehidupan yang lebih baik. Niat yang baik ini kelihatan turut membawa kesan sampingan yang boleh dilihat sebagai membawa kepada satu situasi yang memberi lebih banyak kebaikan kepada para pengeluar, pemborong serta penjual. Sakina<sup>2</sup> berpendapat bahawa "pengenalan kepada penggunaan secara massa serta kecanggihan teknik produksi era ini mengakibatkan pengguna berhadapan dengan jurang maklumat apabila memasuki transaksi jualan." Ross Cranston<sup>3</sup> mencatatkan keadaan yang serupa; "*Products are now being marketed in such number and in such a manner that it is more difficult for consumers to judge their qualities adequately. ... Quite apart from questions of judgment, style and taste, expert knowledge is essential to appreciate the features of many modern products which fall below threshold of perception of the ordinary consumer.*" Trend pengeluaran yang bersifat massa ini telah membawa bersama satu kaedah berkontrak yang cepat dan menjimatkan kos iaitu penggunaan kontrak bentuk seragam.

Kontrak bentuk seragam merupakan penyifatan masyarakat 'mass production'. Kesan pengeluaran besar-besaran ini menjadikan kebanyakan kontrak pengguna masa kini berbentuk seragam<sup>4</sup>; jelas mempamerkan aliran pemikiran berteraskan teori klasikal kontrak bahawa suatu perjanjian yang dirundingkan dengan bebas antara dua pihak telah beralah kepada keperluan untuk mewujudkan suatu bentuk syarat seragam yang bertulis yang boleh digunakan pada bila-bila masa dan untuk seberapa ramai pengguna. Namun menjelang 1950an, keadaan semakin jelas bahawa kontrak bentuk seragam yang merupakan perkembangan yang paling ketara dalam bidang kontrak sepanjang abad lepas menampilkan masalah terbesar bagi undang-undang kontrak. Ketidakseimbangan kuasa dalam pasaran menjadi instrumen penindasan melalui penggunaan fasal pengecualian yang kini menjadi karakteristik kontrak bentuk seragam. Dalam kebanyakan hal, kontrak bentuk seragam ini menghalang para pengguna dari menikmati faedah sebenar persaingan dan pilihan bebas yang

---

<sup>2</sup> Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 'Doktrin kebebasan berkontrak dalam kontrak jualan barang: ketidaksesuaian sebagai doktrin landasan pembentukan undang-undang kontrak pengguna' (2000) 4 *JUUM* 15, hlm 27.

<sup>3</sup> R. Cranston, *Consumers and The Law*, Weidenfeld and Nicolson, 1989, hlm 34.

<sup>4</sup> Keberkesanan kontrak jenis ini diakui oleh Llewellyn, (1939) 52 *Harv L Rev* 700, 701 yang berpendapat; "*They save trouble in bargaining, they save time in bargaining. They infinitely simplify the task of internal administration of a business unit, of keeping tabs on transaction of knowing where one is at, of arranging orderly expectations, orderly fulfillment, orderly planning. They ease administration by concentrating the need for discretion and decision in such personnel as can trusted to be discreet. This reduces wear and tear; it cheapens administration, it serves the ultimate consumer.*"

dianjurkan ekonomi pasaran bebas<sup>5</sup> kerana kewujudkan fasal-fasal pengecualian yang dimasukkan ke dalam kontrak sebegini.

Amalan penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak pengguna yang berleluasa dalam transaksi harian pengguna didapati telah menjejaskan prinsip kebebasan yang akhirnya memberi kesan kepada perlindungan pengguna. Ideologi undang-undang dan sosiologi yang membenarkan penguatkuasaan sesuatu undang-undang jika ia mampu memartabatkan kebaikan dan keadilan sosial dalam masyarakat telah dibelenggu dengan transformasi pemikiran yang menghala kepada semangat paternalisme. Berdasarkan hakikat bahawa penggunaan fasal pengecualian dalam transaksi pengguna tidak menjamin malah menepis kepercayaan wujudnya keadilan dan kebaikan sosial dalam masyarakat, maka paternalisme telah mengambil tempat dengan memaksa campurtangan pihak-pihak tertentu bagi mengimbangi kesan buruknya terhadap pengguna. Permasalahan penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak pengguna di Malaysia jelas mendapat layanan kehakiman dalam menjernihkan keadaan pasaran yang dibelenggu ketidakseimbangan kuasa berunding. Namun intervensi mahkamah memperlihatkan satu senario yang tidak konsisten dalam memberikan satu perlindungan yang kedap penindasan. Atas alasan bahawa masyarakat pengguna sememangnya lemah dan menjadi alat manipulasi peniaga serta memerlukan kepada suatu perlindungan yang konkrit, maka perundangan yang mantap diperlukan sebagai mekanisme kebergantungan pengguna untuk melindungi diri daripada cengkaman pihak-pihak yang menindas dan menolak kuasa perundingan mereka.

Artikel yang menerima pakai kaedah analisis kandungan berteraskan literatur daripada sumber primer dan sekunder ini bertujuan untuk meninjau layanan yang diberikan kepada fasal pengecualian oleh pihak kehakiman. Bagi memberikan satu analisis yang berasas, penelitian ini turut meninjau kerangka teoretis yang mendasari pemakaian fasal pengecualian dalam kontrak.

---

<sup>5</sup> Selain dari kontrak yang melibatkan pembelian barangan yang telah dinyatakan, masyarakat turut berhadapan faktor-faktor luaran yang merupakan masalah sampingan akibat revolusi perindustrian – keadaan perbandaran yang kotor, kawasan kediaman yang tiada sistem kumbahan, merebaknya pelbagai penyakit dan pencemaran. Lihat P.S. Atiyah, *An Introduction To The Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 2002, hlm 19-20. Menurut beliau lagi keadaan hidup yang tidak bersih di bandar-bandar serta situasi kerja yang sukar di kilang-kilang akibat eksploitasi perindustrian yang dijalankan berasaskan falsafah *laissez-faire* telah mengganggu perasaan hati sekumpulan ahli masyarakat, sekumpulan Tory veteren, Whig yang bersifat kemanusiaan dan golongan radikal yang baru. Lihat P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom Of Contract*, hlm 221.

## FASAL PENGECUALIAN DALAM KORPUS TEORETIS KONTRAK

Kontrak dan undang-undang kontrak wujud dalam satu kerangka atau korpus tersendiri yang terbina daripada ciri-ciri tersendiri. Smith<sup>6</sup> menerangkan teori-teori undang-undang kontrak terbahagi kepada dua. Pertama, teori-teori am, yang menjelaskan konsep asas obligasi kontraktual. Kedua, teori-teori yang menerangkan ciri-ciri spesifik undang-undang kontrak seperti doktrin kekecewaan. Menurut Atiyah<sup>7</sup>, keperluan kepada undang-undang kontrak kini bertitik tolak dari dua keperluan masyarakat. Pertama, bertambahnya permintaan untuk memindahkan harta kepunyaan sekelompok masyarakat kepada kelompok yang lain. Kedua, meningkatnya permintaan untuk perkhidmatan yang ditawarkan kepada masyarakat. Di sini undang-undang kontrak memainkan peranan sebagai 'alat' yang mengawal selia kesalingan (*bargain*) barangan atau perkhidmatan antara individu. Kebanyakan dari hubungan bersifat kesalingan barangan ataupun perkhidmatan ini turut melibatkan wang ringgit. Brownsword<sup>8</sup> turut bersetuju bahawa antara tujuan undang-undang kontrak<sup>9</sup> adalah untuk mempermudah kesalingan. Walaupun kesalingan itu sebenarnya bukan suatu perkara yang wajib, namun bagi mereka yang ingin berbuat sedemikian, undang-undang kontrak meletakkan kerangka yang terkawal bagi membolehkan pihak-pihak berkenaan mengadakan urusan mereka dengan yakin dan berkepercayaan.

Menurut Atiyah<sup>10</sup>, faktor ekonomi yang memberi kesan kepada undang-undang kontrak datangnya dari ideologi *laissez-faire*<sup>11</sup>, terutamanya lepas tahun 1830. Ideologi yang turut dikenali sebagai ideologi individualisme-pasaran ini, yang didokongi idea kebebasan berkontrak dan keutuhan kontrak, membawa

<sup>6</sup> S. Smith, *Contract Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2004, hlm 41.

<sup>7</sup> P.S. Atiyah, 2002, hlm 2-3.

<sup>8</sup> M. Furmston (pnyt.), *Butterworth Common Law Series The Law of Contract*, Butterworths, London, 1999, hlm 18-19 yang keniudiannya dicetak semula dalam R. Brownsword, *Contract Law Themes for the Twenty-First Century*, Butterworths, London, 2000, hlm 37-39.

<sup>9</sup> Menurut beliau terdapat dua lagi tujuan kontrak iaitu ia mempunyai tujuan melindungi, misalnya pengguna atau konsumer yang sering mengadakan transaksi dan ia turut menyediakan mekanisme penyelesaian apabila timbulnya perbalahan antara pihak-pihak yang berkontrak.

<sup>10</sup> P.S. Atiyah, 2002, hlm 2-3.

<sup>11</sup> Atiyah telah memetik Dicey sebagai berpendapat bahawa elemen kepentingan diri yang wujud di pertengahan abad ke 19 telah memberi impak yang begitu mendalam kepada masyarakat di England ketika itu sehinggakan perubahan sosial dikatakan terjejas kerana kepercayaan ideology yang mendokongi *laissez-faire*. Pendapat Dicey ini turut dikongsi Harriet Martineau dan James Wilson yang pada ketika itu merupakan editor *Economist*. Selain itu penulis novel terkenal Charles Dickens turut mengkritik *laissez-faire* dalam karya beliau *Hard Times*. Lihat P.S. Atiyah, 1979, hlm 231-232. Juga A.V. Dicey, *Lectures on Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, Ed. ke-2, London, 1914 dan C. Dickens, *Hard Times*, Wordsworth, London, 1854.

maksud undang-undang hendaklah meminimumkan pengaruh ke atas masyarakat dengan membiarkan mereka mengurus hal komersial mereka sendiri, tanpa sebarang campur tangan pihak lain.<sup>12</sup> Pound<sup>13</sup>, yang turut mengakui pengaruh ekonomi terhadap undang-undang, menerangkan bahawa sebahagian besar kekayaan dalam era komersial bergantung kepada janji. Masyarakat komersial dan industri menuntut agar janji-janji dikotakan dan dilaksanakan secara *bona fide* bagi mewujudkan institusi sosial dan ekonomi yang stabil. Sungguhpun begitu, kedapatan lompong antara hakikat kehidupan dan apa yang terkandung dalam kebanyakan penulisan pada ketika itu.

Dari segi keadilan, menurut Atiyah<sup>14</sup> teori klasik kontrak ini membahagikannya kepada dua. Pertama, keadilan semasa proses tawar-menawar dan memeterai kesalingan. Pada peringkat ini, kaedah yang diguna pakai mestilah adil dan terpakai kepada kedua-dua pihak serta peruntukan-peruntukan yang terpakai perlu diinterpretasi oleh pengadil yang neutral dan tidak berat sebelah. Kaedah yang digunapakai bertujuan untuk menghasilkan '*winning contestant*' dan bukan menghasilkan keadaan yang sama rata bagi semua. Kedua, keadilan dari segi hasil kesalingan. Dalam hal ini, undang-undang tidak memperdulikan sama ada hasil kesalingan itu adil atau tidak bagi semua pihak. Selagi tiada unsur-unsur yang menggugat kaedah yang digunakan semasa mencapai hasil tersebut, tiada campurtangan mahkamah diperlukan. Dalam erti kata lain, fungsi undang-undang adalah untuk memastikan keadilan bersifat prosedur tercapai dan bukannya keadilan yang bersifat substantif.

Treitel<sup>15</sup>, Mulcahy dan Tillotson<sup>16</sup>, Sir George Jessel<sup>17</sup> serta Lord Bramwell<sup>18</sup> menukulkan keadaan di mana campurtangan mahkamah yang sebenarnya berlaku di zaman kegemilangan *laissez faire* adalah pada tahap yang minimum misalnya apabila berlaku perkara-perkara yang lebih spesifik seperti salahnyataan, pengaruh tidak berpatutan dan ketidaksahan kontrak dan bukan hanya kerana satu pihak berada dalam keadaan yang lebih berkuasa dari segi ekonomi berbanding pihak yang satu lagi. Walau bagaimanapun kini keadaan telah berubah bila mana semakin banyak kontrak berbentuk seragam yang diajukan kepada masyarakat yang juga pengguna, dan kontrak sedemikian rupa selalunya berat sebelah dengan lebih menguntungkan pihak yang

<sup>12</sup> P.S. Atiyah, 1979, hlm 403.

<sup>13</sup> R. Pound, *An Introduction To the Philosophy of Law*, hlm 133-134.

<sup>14</sup> P.S. Atiyah, 2002, hlm 282.

<sup>15</sup> G.H. Treitel, *The Law of Contract*, Ed. ke-10, Sweet & Maxwell, London, 1999, hlm 2-5.

<sup>16</sup> L. Mulcahy & J. Tillotson, *Contract Law In Perspective*, Ed. ke-4, Cavendish Publishing Ltd., London, 2004, hlm 141-142.

<sup>17</sup> *Printing and Numerical Registering Co. v Sampson* LR 19 Eq 462.

<sup>18</sup> (1883) 8 AC 703 (HL).

menyediakannya. Friedmann<sup>19</sup> dan Tillotson<sup>20</sup> menyatakan bahawa kontrak pada hari ini bukan lagi satu institusi yang secara tulennya bebas dan bersifat persendirian. Friedmann juga berpendapat bahawa fungsi sosial sesebuah kontrak itu semasa era klasik abad ke 19 boleh dibahagikan kepada empat; kunci yang sah kepada kebebasan pergerakan barangan, perkhidmatan dan faktor-faktor pengeluaran, insurans bagi risiko ekonomi yang sudah dijangka (misalnya award pampasan berbentuk gantirugi bagi kemungkiran janji), kebebasan kehendak (atau pilihan) dan kesamarataan antara pihak-pihak. Fungsi serta kepentingan kontrak telah kemudiannya mengalami perubahan akibat empat faktor. Pertama, penyebaran proses penumpuan dalam perniagaan yang mengakibatkan kontrak-kontrak bentuk seragam dibuat secara *mass production* dan dipersembahkan dalam bentuk '*take it or leave it*'. Kedua, peningkatan penggantian urusan *bargain* secara individu kepada *bargain* kolektif dalam masyarakat perindustrian yang mengakibatkan peningkatan perjanjian kolektif antara pihak pengurusan dan pekerja. Ketiga, berlakunya perkembangan pesat dalam fungsi kebajikan dan perkhidmatan sosial negara yang menyebabkan peningkatan kewujudan terma-terma yang dikenakan menurut statut ke dalam kontrak dan wujudnya lebih banyak kontrak di mana jabatan-jabatan kerajaan atau pihak berkuasa tempatan turut menjadi ahli kontrak. Keempat, di abad ke 20 berlakunya banyak pergolakan politik dan ekonomi misalannya peperangan, revolusi, atau inflasi, yang mengakibatkan fenomena seperti kekecewaan kontrak yang membenarkan pihak-pihak berkontrak untuk mengeneipkan pelaksanaan kontrak. Pada hemat Tillotson, kontrak-kontrak bentuk seragam merupakan sesuatu yang bergerak seiringan dengan peralihan ekonomi kapitalis dari berbentuk persaingan kepada monopoli. Beliau juga berpandangan<sup>21</sup> bahawa kesamarataan untuk melakukan *bargain* dan kebebasan berkontrak bagi seorang pekerja di abad ke 19 hanyalah dongeng semata-mata yang kemudiannya turut menjadi dongengan bagi kebanyakan pengguna apabila berlaku peralihan kepada monopoli dalam kebanyakan bidang perniagaan. Hujah Tillotson, apabila wujud ketidakseimbangan dalam kuasa tawar-menawar antara pihak-pihak yang berkontrak, kebebasan berkontrak akan, dan lazimnya boleh, menjadi kebebasan untuk menindas dan mengeksploitasi. Layanan sama rata yang diberikan oleh undang-undang kepada ketidak-samarataan ini akan hanya membawa kepada ketidakadilan. Kebebasan telah digantikan dengan kuasa. Pendapat ini dikongsi Kessler<sup>22</sup>:

---

<sup>19</sup> W. Friedmann, *Law In A Changing Society*, Ed. ke-2, Penguin, London, 1972.

<sup>20</sup> J. Tillotson, *Contract Law In Perspective*, Butterworths, London, 1981, hlm 32.

<sup>21</sup> J. Tillotson, *Contract Law In Perspective*, hlm 31.

<sup>22</sup> F. Kessler, 'Contracts of adhesion - some thoughts about freedom of contract' (1943)

*The individualism of our rules of contract law, of which freedom of contract is the most powerful symbol, is closely tied up to the ethics of free enterprise capitalism and the ideals of justice of a mobile society of small enterprises, individual merchants and independant craftsmen. ...With the decline of free enterprise system due to the innate trend of competitive towards monopoly, the meaning of contract has changed radically.*

Pengamatan Friedmann, Tillotson dan Kessler ini diakui Treitel<sup>23</sup> yang menyatakan bahawa sejarah sendiri memperlihatkan bagaimana doktrin yang satu ketika menjadi tumpuan, terutamanya semasa abad ke 19, kemudiannya semakin kurang 'sengatnya' dalam undang-undang Inggeris. Berdasarkan Sakina,<sup>24</sup> dalam kebanyakan kes di era moden masa kini, doktrin kebebasan berkontrak ini hanya tinggal fiksiyen semata-mata. Pendapat ini ada kebenarannya jika dilihat dari penjelasan yang diberikan Parry. Menurut Parry<sup>25</sup> penyekatan terhadap doktrin kebebasan berkontrak dilakukan oleh badan legislatif<sup>26</sup> Parry<sup>27</sup> turut menjelaskan bahawa sekatan yang serupa dilakukan oleh mahkamah menerusi empat kaedah iaitu menerusi kaedah terma tersirat<sup>28</sup>, apabila berlaku suatu keadaan di luar dugaan pihak-pihak berkontrak<sup>29</sup>, pengisytiharan kontrak yang bertentangan dengan undang-undang dan moral adalah batal<sup>30</sup> dan pengisytiharkan kontrak yang menghalang atau menghadkan persaingan sebarang tred, perniagaan atau pekerjaan sebagai batal<sup>31</sup>. Keempat-empat kaedah ini masih kekal dalam kerangka undang-undang kontrak sehingga kini.

<sup>23</sup> A.G. Guest (pnyt.), *Chitty on Contracts*, hlm 5.

<sup>24</sup> Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 2000, hlm 21.

<sup>25</sup> D.H. Parry, *Sanctity of Contracts in English Law*, Stevens & Son Ltd, London, 1959, hlm 24-38.

<sup>26</sup> Misalnya menerusi *Sunday Observance Act 1677, Gaming Act 1892, The Infants Relief Act 1874, Truck Act 1831, Moneylenders Act 1900* dan 1927 serta *Trade Union Act 1871*.

<sup>27</sup> D.H. Parry, *Sanctity of Contracts in English Law*, hlm 39-66.

<sup>28</sup> Bila mana mahkamah akan bertindak untuk mengimpot terma ke dalam kontrak yang dibuat. Ini dilakukan dengan mengambil kira perkara-perkara seperti hubungan kontraktual yang telah dibuat antara pihak-pihak berkenaan, demi memastikan bahawa niat sebenar pihak-pihak yang berkontrak tercapai dan bagi memberi kelancaran kepada urusan perniagaan berkenaan. Lama-kelamaan terma-terma yang lazim disiratkan ke dalam sesuatu urusan kontraktual telah dikanunkan dan ini membawa kepada keperluan kontrak berkenaan untuk menepati kehendak statut.

<sup>29</sup> Dalam keadaan sebegini mahkamah akan mengisytiharkan bahawa kontrak berkenaan terbatal. Ini membolehkan pihak-pihak yang berkontrak dilepaskan dari tanggungjawab serta liabiliti di bawah kontrak. Apa yang dimaksudkan di sini ialah doktrin kekecewaan kontrak. Parry berpendapat bahawa asas teori bagi kaedah ini ialah terma tersirat. Lihat D.H. Parry, 1959, hlm 47.

<sup>30</sup> Mahkamah tidak boleh memberikan bantuan kepada sesiapa yang cuba mengaut keuntungan dari suatu perbuatan yang salah, seperti *maxim ex dolo malo non oritur actio*.

<sup>31</sup> Ini merupakan kaedah awal bagi mencegah monopoli.



Pendapat penulis-penulis di atas turut didokong Guest<sup>32</sup> yang berhujah bahawa doktrin kebebasan berkontrak ini telah hilang tarikan intelektualnya pada akhir abad ke 20. Ini kerana pada ketika itu telah terdapat pelbagai perkara yang menghakis maksud sebenar kebebasan berkontrak. Yang paling ketara ialah kawalan bersifat statut dan *common law*. Contoh statut yang dimaksudkan di sini ialah *Unfair Contract Terms Act 1977* (U.K.), dan kawalan *common law* pula merujuk kepada halangan untuk menguatkuasakan kontrak yang tidak sah. Begitu juga dengan keadaan di mana kontrak itu melibatkan kontrak berbentuk seragam yang telahpun ditentukan kandungannya oleh satu pihak kepada kontrak. Pada hemat Lord Devlin<sup>33</sup>, ketika menyampaikan syarahan perdananya pada tahun 1956, ahli fikir abad ke 19 terlalu mengagungkan konsep kebebasan politik dan kebebasan yang wujud di bawah undang-undang sehingga gagal memberikan perhatian yang sewajarnya kepada kebebasan ekonomi terutamanya dalam kontrak yang melibatkan pengguna kerana sekiranya seseorang itu tiada kuasa tawar-menawar, maka tiada gunanya membiarkan beliau bebas untuk membuat *bargain*. Pengamatan serupa dirakamkan Harris<sup>34</sup> yang merasakan transaksi perdagangan pengguna masa kini memperlihatkan ketidakseimbangan di mana lazimnya pengguna berada di pihak yang kurang kuasa. Malah ketidakseimbangan ini turut tergambar dari segi kemewahan dan kedudukan sosial dalam struktur sosial dalam masyarakat moden. Penulisan yang lebih pesimistik telah dinukilkan Konrad Zweigert dan Hein Kotz<sup>35</sup> bila mana mereka menghujahkan bahawa pendokong prinsip kebebasan berkontrak sebenarnya mengusulkan adalah tidak wajar prinsip ini dikekang oleh sebarang undang-undang, baik berbentuk statut mahupun pendapat kehakiman. Tanpa disedari, bentuk kebebasan yang terbaik adalah kuasa mengupah dan memecat. Justeru, hanya dalam *Utopia* barulah kebebasan berkontrak dalam ertikata sebenar dapat berfungsi. *Utopia* yang dimaksudkan adalah di mana dalam suatu masyarakat di mana perniagaan adalah bebas, keadaan ekonomi seimbang, dan berfungsi dengan sendirinya, tanpa buruh mahupun pengurusan. Dalam keadaan di mana tiada keseimbangan sosial dan ekonomi, maka hanya pihak yang berdaya lebih mampu bergerak bebas dalam menentukan pembentukan kontrak. Keadaan seperti ini tidak wujud di mana-mana dan kebebasan berkontrak dalam bentuk tulen adalah fantasi semata-mata.

---

<sup>32</sup> A.G. Guest (pnyt.), hlm 7.

<sup>33</sup> G. Boric & A.L. Diamond, *The Consumer, Society and the Law*, Penguin Books, London, 1981, hlm 43.

<sup>34</sup> P. Harris, *An Introduction To Law*, Weidenfeld and Nicolson, 1980, hlm 25.

<sup>35</sup> K. Zweigert and H. Kotz, *Introduction To Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, hlm 9.

Baker<sup>36</sup> turut merakamkan hakisan terhadap dominasi doktrin keutuhan kontrak berlaku apabila mahkamah kelihatan semakin cenderung untuk menerima kehadiran doktrin jangkaan munasabah (*reasonable expectation*) menerusi kaedah ekuiti apabila berhadapan dengan kes-kes kontrak. Baker menegaskan bahawa doktrin jangkaan munasabah bukanlah sesuatu yang baru, malah sudah lama dianggap sebagai asas kepada liabiliti kontraktual, yakni sejak kurun ke 18 lagi.<sup>37</sup> Baker seterusnya menghuraikan bagaimana doktrin ini berfungsi. Jika suatu janji itu dianggap sebagai wajib dilaksanakan kerana ianya telah mendorong penerima janji untuk bergantung kepada perlaksanaannya maka ini sudah cukup untuk menjadi satu hujah yang kuat bagi memberi perlindungan kepada jangkaan yang terbit dari perlakuan *non-promissory* yang berupaya untuk mendorong kebergantungan terhadapnya. Dalam keadaan inilah jangkaan perlu bersifat 'munasabah' sekiranya ia hendak dikuatkuasakan. Kemunasabahan yang dimaksudkan adalah ia mesti munasabah untuk bergantung kepada kata-kata yang dinyatakan atau perlakuan orang yang mendorong jangkaan itu, yakni adalah munasabah untuk beranggapan yang orang yang mendorong itu berniat atau mengharapkan agar kata-kata atau perbuatannya akan menerbitkan jangkaan dan beliau adalah bertanggungjawab terhadap akibatnya. Baker<sup>38</sup> menyatakan bahawa doktrin jangkaan munasabah ini sebenarnya selari dengan realiti keadaan urusan perniagaan di mana ahli-ahli perniagaan sebenarnya tidak memasuki kontrak dengan harapan mereka perlu berhadapan dengan litigasi, malah sebaliknya mereka berkontrak dengan harapan agar ianya dilaksanakan dengan jayanya tanpa melibatkan sebarang litigasi. Harapan utama mereka adalah untuk mendapatkan layanan yang adil dan munasabah dari rakan-rakan perniagaan. Mereka juga meletakkan kepercayaan kepada jangkaan munasabah ahli perniagaan biasa yang berurusan secara *good faith*.

Ringkasnya, teori kontrak klasikal ini boleh digambarkan sebagai benang yang wujud sepanjang hayat sesuatu kontrak, dari mula ia dimeterai hinggalah ia selesai dilaksanakan. Ia menyulam dan mengikat kepentingan mahkamah untuk sentiasa berwaspada dalam memastikan bahawa tiada doktrin lama mahupun yang baru menjadi jalan keluar bagi mereka yang telah membuat kontrak yang tidak menguntungkan. Sungguhpun terdapat begitu banyak nada skeptik seperti yang telah dirakamkan di atas, secara jujurnya adalah dirasakan bahawa doktrin ini tidak lenyap secara keseluruhannya pada masa kini kerana pihak yang hendak berkontrak masih mempunyai sedikit ruang untuk menentukan dengan siapa

---

<sup>36</sup> J.H. Baker, 'From sanctity of contract to reasonable expectation?' (1979) *CLP* 17, hlm 22-33.

<sup>37</sup> Baker menyatakan bahawa tort salahnyataan dan doktrin estoppel sudah lama memuatkan prinsip kebergantungan.

<sup>38</sup> J.H. Baker, 'From sanctity of contract to reasonable expectation?', hlm 23.

beliau hendak berkontrak dan dalam keadaan di mana kontrak itu dibuat dengan orang perseorangan, mereka masih berupaya menentukan terma-terma yang mereka persetujui walaupun diselubungi oleh perkara-perkara seperti keperluan-keperluan kerangka undang-undang kontrak kini misalnya terma tersirat dan kesahan objek kontrak, kontrak bentuk seragam atau kontrak keperluan.

Sebenarnya kedapatan satu lagi ideologi berasaskan ekonomi yang memberi impak mendalam kepada ilmu undang-undang kontrak iaitu kebajikan-pengguna (*consumer-welfarism*).<sup>39</sup> Menurut Brownsword<sup>40</sup> ideologi ini memerlukan pihak-pihak yang berkontrak bertanggungjawab kepada persetujuan yang mereka capai bersama secara sukarela. Ideologi *consumer-welfarism* pula memastikan agar pengguna yang berkontrak mendapat urusan yang berpatutan (*fair dealing*). Ideologi ini mula memainkan peranannya secara meluas selepas tahun 1945.<sup>41</sup> Atiyah<sup>42</sup> menyatakan bahawa terdapat tiga faktor utama yang saling kait-mengait yang telah membawa kepada perubahan dari individualisme-pasaran kepada kebajikan-pengguna. Pertama, kemunculan dan penyebaran secara berleluasa penggunaan kontrak bentuk seragam. Kedua, kurangnya peranan yang dimainkan oleh pilihan bebas. Atiyah<sup>43</sup> berpendapat bahawa ini disebabkan oleh perkembangan undang-undang yang semakin kompleks<sup>44</sup>, rakyat semakin skeptik dengan realiti pilihan bebas dalam pasaran ekonomi dan berlakunya perubahan nilai politik di mana fahaman kolektif dan sosialis semakin berkembang di England. Ketiga, berkembangnya perlindungan

---

<sup>39</sup> M. Furmston (pnyt.), *Butterworth Common Law Series The Law of Contract*, hlm 85-86; R. Brownsword, *Contract Law Themes for the Twenty-first Century*, hlm 124.

<sup>40</sup> M. Furmston, 1999, hlm 86; Brownsword, 2000, hlm 124.

<sup>41</sup> Terdapat percanggahan pendapat tentang bila bermulanya pemikiran yang cenderung kepada kebajikan-pengguna. Adams dan Brownsword mengatakan kecenderungan pemikiran ini bermula dari tahun 1945. Lihat J. N. Adams & R. Brownsword, *Understanding Contract Law*, Sweet & Maxwell, London, 2004, hlm 194. Walau bagaimanapun, Atiyah berpendapat bahawa langkah-langkah yang menjurus ke arah perlindungan pengguna sebenarnya telah bermula sejak abad ke 19 lagi. Menurutnyanya akhir abad ke 19, sekitar 1870, perubahan yang berlaku dalam pemikiran politik, persekitaran sosial dan ekonomi serta kaedah pengadilan oleh mahkamah memperlihatkan bagaimana kebebasan berkontrak sebenarnya berbeza dari apa yang difikirkan sebelum ini. Sedikit sebanyak perubahan yang berlaku ini menggambarkan pengembalian kepada tradisi-tradisi terdahulu di pra zaman individualisme dan kebebasan berkontrak. Lihat P.S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, hlm 544 dan P.S. Atiyah, *An Introduction to The Law of Contract*, hlm 13, 15.

<sup>42</sup> P.S. Atiyah, 2002, hlm 15-26.

<sup>43</sup> P.S. Atiyah, 2002, hlm 18-19.

<sup>44</sup> Undang-undang berkenaan remedi kemungkiran kontrak kian berkembang di mana mahkamah semakin sedar peranan mereka adalah untuk mengenakan sanksi bagi kemungkiran kontrak terutamanya gantirugi dan bukan hanya mengesahkan kontrak seperti yang dianjurkan teori kontrak klasik.

kepada pengguna menerusi pelbagai instrumen perundangan. Bagi Hart<sup>45</sup> pula, ekonomi bebas memperlihatkan:

*... a general decline in the belief that individuals know their own interests best, and to an increased awareness of a great range of factors which diminish the significance to be attached to an apparently free choice or to consent. Choices may be made or consent given without adequate reflection or appreciation of the consequences; or in pursuit of merely transitory desires; or in various predicaments when the judgement is likely to be clouded; or under inner psychological compulsion; or under pressure by others of a kind too subtle to be susceptible of proof in a law court."*

Komentari oleh Ziegel<sup>46</sup> memperjelaskan tiga ciri ketidakseimbangan kuasa iaitu perbezaan kuasa tawar-menawar antara pembekal barangan atau perkhidmatan dan pengguna; perkembangan dan perbezaan secara keseluruhan mengenai ciri-ciri dan komponen teknikal barangan atau perkhidmatan; dan perbezaan dari segi sumber antara mereka.

Di England, ketidakseimbangan dan ketidaksamarataan dalam kuasa rundingan telah membawa kepada beberapa laporan termasuk Laporan Molony dan Laporan Crowther.<sup>47</sup> Kedua-dua ciri ini dikatakan Sakina<sup>48</sup> sebagai "rasional primer perlindungan pengguna dalam konteks perdagangan di abad ini." Jolowicz<sup>49</sup> berpendapat 'perlindungan pengguna' boleh mengandungi satu atau kedua-dua perkara berikut; pencegahan dari perkara yang memudaratkan pengguna dan peruntukan berbentuk tebus rugi kewangan kepada pengguna apabila ditimpa kemudaratan. Dalam masyarakat yang mementingkan kepenggunaan, undang-undang akan lebih cenderung untuk melindungi kepentingan pengguna. Apatah lagi jika sebuah negara itu merupakan sebuah *welfare state* atau mempunyai kerajaan yang memikul banyak bebanan bersifat kebajikan, maka idea kebajikan ini dapat dilihat jelas dalam undang-undang kontrak yang diamalkan. Menurut Adams dan Brownsword<sup>50</sup>, perkembangan kepenggunaan di United Kingdom kian mendapat tempat menjelang abad ke 21. Namun, kekangan kewangan menyebabkan pihak pemerintah menghadkan

<sup>45</sup> H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963, hlm 32-33.

<sup>46</sup> J. Ziegel, 'The future of the Canadian consumers' (1973) 51 *Can Bar Rev* 190, hlm 193.

<sup>47</sup> Sakina Shaik Ahmad Yusoff, hlm 27.

<sup>48</sup> Sakina Shaik Ahmad Yusoff, hlm 27.

<sup>49</sup> J.A. Jolowicz, 'The protection of the consumer and purchaser of goods under English law' (1969) 32 *MLR* 1.

<sup>50</sup> J.N. Adams & R. Brownsword, 2004, hlm 195.

kegiatan yang bersifat kebajikan. Walaupun ideologi kepentingan-pengguna ini mendokong idea perlindungan kepada pengguna dan prinsip keadilan serta kemunasabahan dalam kontrak, namun idea dan prinsip ini tidak wujud dengan harmoni dan sukar difahami jika dibandingkan dengan individualisme-pasaran. Ini adalah kerana semua kontrak pengguna hendaklah diselia secara teliti dan kontrak itu sendiri bersifat komersial, walaupun secara keseluruhannya dilihat sebagai transaksi kompetitif namun kawalan yang perlu dikenakan adalah lebih daripada apa yang akan dibenarkan di bawah individualisme-pasaran. Oleh itu, kelihatan seolah-olah wujud keadaan 'tarik tali' antara kedua-dua ideologi individualisme-pasaran dan kebajikan-pengguna.

#### FASAL PENGECCUALIAN: REALITINYA DALAM KONTRAK PENGGUNA

Di Malaysia, penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak mempamerkan peranan kehakiman dalam memastikan ketidakseimbangan kuasa dalam pasaran tidak dijadikan mandat untuk menindas kelompok yang lemah dan kurang berpengetahuan undang-undang seperti kelompok pengguna. Senario campur tangan mahkamah tempatan sebagai pelindung dan penjaga keadilan dipertontonkan khasnya dalam konteks sejenis spesis terma tidak adil yang acap kali kelihatan dalam kontrak bentuk seragam iaitu penggunaan fasal pengecualian. Kontrak bentuk seragam dalam urusan pengguna menampakkan penggunaan fasal-fasal yang dilabelkan sebagai 'exemption', 'exclusion' atau 'exception' atau 'disclaimers', bertujuan mengecualikan, membatasi, menghadkan hak, tugas, liabiliti dan remedi yang mungkin timbul di bawah undang-undang. Secara takrifnya, fasal pengecualian membawa maksud, "*any clause in a contract or term in a notice that purports to restrict, exclude or modify a liability, duty or remedy that would otherwise arise from a legally recognized relationship between the parties.*"<sup>51</sup> Dalam menerangkan kategori fasal pengecualian yang kedapatan, Ian Chin J dalam *The Taveechai Marine*<sup>52</sup> menjelaskan bahawa :

---

<sup>51</sup> Yates dan Hawkins, *Standard Business Contracts: Exclusions and Related Devices*, Sweet & Maxwell, 1986, hlm 4.

<sup>52</sup> [1995] 1 MLJ 413, 439.

*It is important to bear in mind that, broadly, there are three categories of exemption clauses, viz:*

*(1) clauses which purport to limit or reduce what would otherwise be the defendant's duty, for example, by limiting liability to cases of wilful neglect or default;*

*(2) clauses which purport to exclude or restrict liability which would otherwise attach to a breach of contract, such as liability to be sued for breach or be liable in damages; and*

*(3) clauses which purport to exclude or restrict the duty of the party in default fully to indemnify the other part, for example, by limiting the amount of damages recoverable against him.*

Fasal pengecualian sebagai satu spesis terma tidak adil khususnya dalam kontrak pengguna telah menerima layanan tersendiri daripada pihak kehakiman. Jadual 1 di bawah memaparkan beberapa contoh fasal pengecualian yang kedapatan dalam kontrak pengguna masa kini.

Jadual 1 Contoh fasal pengecualian dalam kontrak pengguna

JENIS KONTRAK	CONTOH FASAL PENGECCUALIAN
Kontrak pinjaman perumahan	Variasi Bunga Pinjaman: "...impose additional conditions, amend any terms and conditions governing the bills facilities and revise/vary the interest rates and other charges from time to time at the Bank's absolute discretion." (Public Bank Bhd.) Peminjam membayar kos: "All costs, charges and expenses including the stamp duties, penalty fees, legal fees, etc, relating to the facility (ies) shall be borne by you." (CIMB Bank [formerly Southern Bank Berhad])

Kontrak pengangkutan	<p>Jadual: Kami akan menggunakan segala usaha bagi mengelak daripada berlakunya kelewatan dalam membawa anda dan bagasi anda. Kami akan berusaha bersungguh-sungguh untuk patuh pada jadual yang telah disiarkan/diterbitkan pada tarikh perjalanan. Bagaimanapun masa yang tertera pada jadual waktu, jadual atau di mana jua, boleh diubah /dipinda pada bila - bila masa dan dari semasa ke semasa, dan kami tidak akan bertanggungjawab terhadap sebarang kerugian yang dialami oleh penumpang akibat perubahan tersebut.</p> <p>Pembatalan, Perubahan Jadual: Pada bila-bila masa selepas tempahan dibuat, kami boleh menukar jadual kami dan/atau membatalkan, menamatkan, mengubah haluan, menunda, membuat penjadualan semula atau melambatkan sebarang penerbangan jika kami secara yang munasabahny berpendapat bahawa tindakan ini adalah wajar kerana berlakunya keadaan yang di luar kawalan kami atau bagi tujuan keselamatan atau bagi tujuan komersial.</p> <p>Had Tindakan: Sebarang hak ke atas kerosakan akan terhapus jika sebarang tindakan terhadap kami tidak dibuat dalam masa dua (2) tahun dari tarikh ketibaan di destinasi, atau dari tarikh pesawat dijadualkan tiba iaitu tarikh pengangkutan dihentikan. Cara pengiraan had masa hendaklah ditentukan oleh undang-undang mahkamah di mana kes ini didengar.</p>
Tiket parkin kenderaan	<p><i>Car parked at owner's risks. Lock your car. Charges are for the parking space only. The Company assumes no responsibility for loss through fire, theft, collision or otherwise to the car or contents. (Plaza Metro Kajang)</i></p>

Kad waranti	Pihak syarikat tidak boleh dipertanggungjawabkan ke atas sebarang kerosakan sama ada akibat kemalangan, akibat dari sesuatu sebab, secara tidak langsung, akibat khas atau hukuman, kehilangan fungsi atau lain-lain kerugian sama ada yang diakibatkan atau berkaitan dengan penjualan atau penggunaan produk ini, sama ada berdasarkan kontrak atau undang-undang (termasuk kecuaiian). Liabiliti pihak syarikat adalah dihadkan kepada penggantian, pembaikan atau pemulangan wang pembelian mengikut pilihan syarikat. (Lapik Tilam Terapeutik Bio-Ion Contiago)
Kad kredit	<i>Maybank shall not under any circumstances be liable for damages suffered or loss incurred by the Cardholder in respect of any statement, representation, communication or implication relating to or arising from any non-renewal or cancellation of the Credit Card or any revocation, suspension or restriction of the use of the Credit Card by the Cardholder or his/her Supplementary Cardholder including but not limited to any listing of the Credit Card in the Cancellation List. (Maybank Classic Card Agreement)</i>

Memperkatakan tentang fungsi fasal pengecualian, kedatangan pendapat yang bercanggah tentang peranan fasal ini dalam urusan kontrak.<sup>53</sup> Terdapat pandangan yang menganggap fasal jenis ini sekadar mendefinisikan obligasi si pembuat janji; *“According to this view one should read the contract as a whole and decide what it is that the promisor has agreed to do. There is no doubt that this is what the courts sometimes do.”*<sup>54</sup> Berdasarkan Yates dan Hawkins, fungsi ketara sesuatu fasal pengecualian itu ialah *“to delimit the extent of the obligations undertaken by the proferens in the contract.”*<sup>55</sup> Terdapat juga pandangan yang melihat fasal pengecualian sebagai dalihan semata-mata; *“...It is sometimes thought, erroneously, that the sole purpose of an exclusion clause is to set up*

<sup>53</sup> Lihat Lord Reid dalam *Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime SA v NV Rotterdam Kolen Centrale* [1967] 1 AC 361, 406; Coote, *Exception Clauses*, Sweet & Maxwell, 1964.

<sup>54</sup> Furnston, *Cheshire, Fifoot and Furnston's Law of Contract*, Butterwoths, 1991, hlm 156; lihat juga *G.H. Renton & Co. Ltd. v Palmyra Trading Corpn. Of Panama* [1957] AC 149.

<sup>55</sup> Yates dan Hawkins, *Standard Business Contracts: Exclusions and Related Devices*, hlm 5.



*a shield to a claim for damages or repudiation.*"<sup>56</sup> Berdasarkan pandangan ini, "one should first construe the contract without regard to the exemption clauses in order to discover the promisor's obligation and only then consider whether the clauses provide a defence to breach of those obligations."<sup>57</sup>

Kebanyakan kontrak terutamanya kontrak bentuk seragam mengandungi fasal pengecualian<sup>58</sup> yang bertujuan menegatiskan terma yang kebiasaannya disiratkan bagi kebaikan pembeli. Memperkatakan tentang keburukan fasal pengecualian, Suruhanjaya Undang-undang United Kingdom dipetik sebagai berpendapat bahawa:

*Their mischief is that they deprive or may deprive the person against whom they may be invoked either of certain specific rights which social policy requires that he should have (for example the right of a buyer in a consumer sale to be supplied with goods or merchantable quality or the right of a person to whom a service has been supplied to a reasonable standard of care and skill on the part of the supplier) or the rights which the promise reasonably believed the promisor had conferred upon him.*<sup>59</sup>

Bagi David Yates<sup>60</sup>, kontrak bentuk seragam yang mengandungi fasal pengecualian dianggap sebagai senjata penindasan pengguna memandangkan terma-termanya tidak tertakluk pada perundingan antara pihak-pihak yang berkontrak. Hujah ini seiring dengan teori eksploitasi fasal pengecualian dalam

---

<sup>56</sup> Yates dan Hawkins; *Karsales (Harrow) Ltd. v Wallis* [1956] 1 WLR 936, 940, Lord Denning.

<sup>57</sup> Yates dan Hawkins; *Karsales (Harrow) Ltd v Wallis* [1956] 2 All ER 866, 869, Lord Denning.

<sup>58</sup> Memperkatakan tentang fasal yang menghadkan liability sebagai bandingan dengan fasal yang mengccualikan liability, House of Lords dalam *Ailsa Craig Fishing Co. Ltd. V Malvern Fishing Co Ltd & Anor* [1983] 1 A11 ER 10, dan *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* [1983] 2 AC 803, berpandangan bahawa satu perbezaan haruslah digariskan antara fasal yang menghadkan liability dan fasal yang mengccualikan semua liability. Berdasarkan Lord Fraser dalam *Ailsa Craig* ketegasan yang selama ini diamalkan ke atas interpretasi fasal pengecualian (Pandangan ini disokong oleh Lord Bridge dalam *George Mitchell.*) tidak harus diterima pakai pada tahap yang sama dalam kes fasal yang sekadar menghadkan liabiliti. Terdapat beberapa autoriti yang mengemukakan prinsip yang begitu tegas dalam menginterpretasikan fasal pengecualian. Lihat *Canada Steamship Lines Ltd v R* [1952] 1 A11 ER 305, 310, [1952] AC 192, 208, Lord Morton yang mencrima pakai keputusan House of Lords dalam *Smith v UMB Chrysler (Scotland) Ltd* 1978 SC (HL)

<sup>59</sup> Second Report on *Exemption Clauses*, Law Com. No. 69, Scot. Law Com. No. 39 (1975), perenggan 146.

<sup>60</sup> Yates, *Exclusion Clauses in Contracts*, London : Sweet & Maxwell, 1982, hlm 2.

kontrak pengguna<sup>61</sup>; hujah yang dilandaskan atas konsep ketidakseimbangan kuasa berunding mengandaikan situasi monopoli atau hampir monopoli di mana pengguna berhadapan dengan kekurangan atau ketiadaan pilihan melainkan menerima tawaran yang dibuat berdasarkan terma-terma tersebut sekiranya pengguna inginkan barangan yang ditawarkan.<sup>62</sup> Perkara ini jelas diutarakan oleh Lord Reid dalam *Suisse Atlantique Societe D'Armement SA v NV Rotterdam Kolen Centrale* seperti berikut:

*In the ordinary way the customer has no time to read them, and if he read them he would probably not understand them. And if he did understand them and object to any of them, he would generally be told he could take it or leave it. And if he then went to another supplier the result would be the same. Freedom to contract must surely imply some choice or room to bargain.*<sup>63</sup>

David Yates pula, dalam kajian empirisnya, mendapati salah satu sebab yang diberikan oleh peniaga bagi memasukkan fasal pengecualian ialah "everyone does it."<sup>64</sup> Fasal-fasal sebegini yang dianggap kejam (harsh) kepada pengguna, berdasarkan Francis Reynolds, dimasukkan ke dalam kontrak "may be the result of excessive zeal on the part of the lawyers employed to draw up the standard form contract for the business."<sup>65</sup>

Bantahan terhadap kemasukan fasal pengecualian ke dalam kontrak ini timbul kerana hakikatnya, *inter alia*, pengguna tidak membaca terma yang terkandung dalam kontrak bentuk seragam yang dikemukakan kepadanya. Bagi Victor Goldberg<sup>66</sup>, ini merupakan salah satunya punca mengapa terlalu banyak terma kejam (harsh) seperti fasal pengecualian membanjiri pasaran. Goldberg<sup>67</sup> seterusnya menerangkan bahawa fasal pengecualian yang dimasukkan ke dalam kontrak kerap kalinya diimbangi oleh para peniaga dengan kadar harga rendah yang dikenakan ke atas barang. Namun Goldberg sendiri mempersoalkan sama ada tindakan ini merupakan yang terbaik bagi pengguna; aktiviti sebegini

---

<sup>61</sup> Kessler, 'Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract' (1943) 43 *Colum L Rev* 629; Slawson, 'Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power' (1971) 84 *Harv LR* 529.

<sup>62</sup> Oughton, *Consumer Law Text, Cases and Materials*, Blackstone Press Ltd., 1991, hlm 125.

<sup>63</sup> [1967] AC 361, 406.

<sup>64</sup> Yates, *Exclusion Clauses in Contracts*, 1982, hlm 25.

<sup>65</sup> Council of Europe, *Standard Terms in Contracts*, Proceedings of the 8<sup>th</sup> Colloquy on European Law, 1978, hlm 22.

<sup>66</sup> (1974) 17 *J Law & Economics* 461, 483.

<sup>67</sup> Beale, 'Unfair Contracts in Britain and Europe' (1989) 42 *CLP* 197, 199.

menyebabkan terma yang kejam terus menerus menakluki industri, akibatnya mungkin menjurus kepada ketidakcekapan. Kemungkinannya jika hal ini diketahui oleh pelanggan, pelanggan mungkin lebih bersedia untuk membayar bagi mendapatkan terma yang lebih baik, lebih daripada apa yang mungkin dikenakan ke atas pembekal untuk menyediakan terma yang lebih baik itu.<sup>68</sup> Terdapat juga kemungkinan bantahan bagi penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak bentuk seragam dilandaskan atas faham asimetri maklumat.<sup>69</sup> Pengguna hanya boleh membuat pilihan yang berkesan sekiranya diberikan maklumat dan maklumat yang diberikan perlulah relevan. Kewujudan fasal pengecualian perlu dimaklumkan kepada pengguna kerana hakikatnya fasal sebegini sering kali diperkenalkan dalam cara yang mengakibatkan pengguna tidak menyedari kewujudannya sehinggalah kontrak telah dimasuki dan mengikat mereka dan jikapun pengguna mengetahui tentang fasal ini, mereka tidak berupaya mengapresiasi apakah risiko yang kedapatan dalam menerima fasal sebegini.<sup>70</sup> Justeru itu, kejahilan ini membuatkan pengguna tidak berusaha untuk merundingkan terma yang lebih baik atau tidak meletakkan pembekal di bawah tekanan pasaran yang mencukupi untuk bersaing mengenai terma ini. Sekali faktor-faktor ini dikumpulkan bersama, satu gambaran mula timbul tentang pengguna yang berada dalam kedudukan berunding yang lemah, meskipun untuk membuat pilihan atau memaksa perubahan dalam terma.<sup>71</sup>

#### FASAL PENGECCUALIAN DALAM KONTRAK: LAYANAN KEHAKIMAN DI MALAYSIA

Persada undang-undang kontrak Malaysia mempamerkan ketandusan kes tentang fasal pengecualian khususnya dalam kontrak pengguna. Rata-ratanya, kes-kes tempatan yang menyentuh tentang fasal pengecualian merupakan kes-kes berhubung kait fasal pengecualian dalam kontrak pengangkutan barang<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Beale, 'Unfair Contracts in Britain and Europe'.

<sup>69</sup> Oughton, *Consumer Law Text, Cases and Materials*, hlm 125.

<sup>70</sup> Second Report on *Exemption Clauses*, Law Com. No. 69, Scot. Law Com. No. 39 (1975), perenggan 117.

<sup>71</sup> Willett, 'Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts' [1994] *Consum LJ* 114, 118.

<sup>72</sup> *Chartered Bank of India v British India Steam Navigation* [1909] AC 369 (Majlis Privi); *Sze Hai Tong Bank Ltd v Rambler Cycle Co Ltd* [1959] MLJ 200; *TW Malayan Thread Co. v Oyama Shipping Line Ltd* [1973] 1 MLJ 121.

atau kontrak bailmen.<sup>73</sup> Lakuna yang terdapat dalam Akta Kontrak 1950 membolehkan mahkamah tempatan mengguna pakai prinsip *common law* apabila berhadapan dengan isu pemakaian serta pentafsiran fasal pengecualian dalam urusan kontrak. Abad ke 19 dan 20 di England menyaksikan keengganan mahkamah membenarkan pihak berkontrak mengecualikan liabiliti secara memasukkan fasal pengecualian ke dalam kontrak. Dalam mengekalkan bayangan kebebasan berkontrak di abad ini, mahkamah semakin hampir memusnahkan intipati konsep ini dalam situasi yang melibatkan fasal pengecualian. Dalam usaha untuk mencari satu kompromi antara dua prinsip yang bercanggah, kebebasan berkontrak dan perlindungan pihak yang lemah daripada dieksploitasi oleh pihak yang lebih kuat, mahkamah di England rata-ratanya telah memperkenalkan beberapa teknik utama bagi mengawal fasal pengecualian dalam kontrak.<sup>74</sup> Teknik-teknik dibentuk bagi menentukan fasal pengecualian yang adil dan munasabah dan tidak memudaratkan kepentingan sesuatu pihak yang berkontrak sahaja yang dikuatkuasakan oleh undang-undang. Teknik ini jelas kelihatan dalam kutipan kata-kata Brian Coote yang berpandangan bahawa apabila mahkamah terpenggil untuk menginterpretasikan fasal pengecualian, mahkamah mencapai keputusannya dalam tiga peringkat, yakni, (i) mahkamah harus mendapatkan pernyataan yang sebenarnya dibuat oleh pihak-pihak. Ini melibatkan persoalan bukti; (ii) harus dipastikan sama ada pihak-pihak berniat untuk mewujudkan obligasi daripada apa yang diperkatakan atau ditulis oleh mereka. Adakah pernyataan ini menjadi terma nyata kontrak? Adalah jelas sesuatu pihak itu tidak akan dikenakan liabiliti bagi setiap pernyataan yang mungkin dibuatnya dalam perjalanan perundingan; dan (iii) maksud yang tepat bagi terma nyata haruslah dipastikan. Ini merupakan persoalan interpretasi.<sup>75</sup> Dalam mentafsir fasal pengecualian, mahkamah telah menghasilkan '*canons of construction*' tertentu yang selalunya cenderung ke arah kebaikan pihak penerima dokumen yang mengandungi fasal pengecualian; sebarang kesangsian atau kekaburan yang timbul daripada interpretasi fasal tersebut akan ditafsirkan secara tegasnya menentang pihak yang bergantung pada fasal itu secara *contra proferentem*.<sup>76</sup> Pemakaian teknik inkorporasi,

<sup>73</sup> *Port Swettenham Authority v TW Wu & Co (M) Sdn Bhd* [1978] 2 MLJ 137; *Sharikat Lee Heng Sdn Bhd v Port Swettenham Authority* [1971] 2 MLJ 27; *Jackson's Malaya Berhad v Penang Port Commission* [1973] 2 MLJ 27; *Tithes Dental & Photo Supply Sdn Bhd v Empresa Lineas Maritimes Argentinas & Ors* [1977] 2 MLJ 13.

<sup>74</sup> Lihat juga Sinnadurai, 'Exemption Clauses v Public Policy and Inequality of Bargaining Power' [1978] 2 MLJ cxxx.

<sup>75</sup> Coote, *Exception Clauses*, hlm 12.

<sup>76</sup> *Ailsa Craig Shipping Co. Ltd. v Malvern Fishing Co. Ltd* [1983] 1 WLR 964, 966; *Wallis, Sons & Wells v Pratt and Haynes* [1911] AC 394. Perkataan *contra proferentem* ini berasal daripada bahasa Latin: *verba chartarum fortius accipiuntur contra proferentem* – perkataan dokumen bertulis ditafsirkan lebih kuat terhadap pihak yang mengemukakan dokumen.

iaitu, fasal pengecualian yang ingin digunakan bagi mengelak liabiliti haruslah terlebih dahulu membentuk sebahagian daripada kontrak, mempamerkan kepelbagaian dalam pendekatan yang diguna pakai oleh mahkamah apabila berhadapan dengan kontrak pengguna. Dalam beberapa kes Inggeris yang telah dirujuk oleh para hakim di Malaysia, jelas kelihatan kepelbagaian dalam pendekatan mahkamah dalam menerima atau menolak pemakaian fasal dalam kontrak pengguna. Kes ulung *Parker v The South Eastern Railway Company*<sup>77</sup> mempamerkan suatu keputusan yang menjelaskan kedudukan pengguna yang berhadapan dengan fasal pengecualian yang terkandung dalam satu tiket. Dalam penghakimannya, Mellish J menerangkan bahawa:

*That if a person receiving the ticket did not see or know that there was any writing on the ticket, he is not bound by the conditions; that if he knew there was writing, and knew or believed that the writing contained conditions, then he is bound by the conditions; that if he knew there was writing on the ticket, but did not know or believe that the writing contained conditions, nevertheless he would be bound, if the delivering of the ticket to him in such a manner that he could see there was writing upon it, was, in the opinion of the jury, reasonable notice that the writing contained conditions.*

Dalam kes *Parker*, Baggalay LJ menerangkan bahawa dalam kes fasal pengecualian yang terkandung dalam notis yang tidak bertandatangani, kebiasaannya dalam tiket, terdapat tiga persoalan yang relevan, iaitu, (i) Adakah orang yang menerima tiket itu tahu bahawa terdapat sesuatu tertulis di tiket tersebut?; (ii) Adakah orang tersebut tahu bahawa tiket itu merujuk pada terma tersebut; dan (iii) Adakah pihak yang bergantung pada terma tersebut telah melakukan semunasabahnya perlu bagi membawa terma itu ke pengetahuan pihak satu lagi?

Tugas berwaspada yang lebih berat ke atas pengguna apabila berhadapan dengan penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak dipertontonkan dalam kes *Thompson v London Midland and Scottish Railway Co.*<sup>78</sup> Dalam kes ini, plaintif yang merupakan seorang yang buta huruf telah menggunakan perkhidmatan keretapi defendan. Tiket yang diperolehinya telah dibeli oleh anak saudaranya dengan separuh harga. Di bahagian hadapan tiket tersebut tertera '*Excursion, For conditions see back*'. Di bahagian belakang tiket tersebut terdapat satu notis yang berbunyi, '*Issued subject to the conditions and regulations in the company's time tables and notices and excursion and other bills*'. Di bahagian hadapan bil *excursion* tersebut terdapat satu notis yang merujuk pada syarat-syarat

<sup>77</sup> (1877) 2 CPD 416.

<sup>78</sup> [1930] 1 KB 41.

yang terdapat dalam jadual waktu. Dalam jadual waktu inilah terkandungnya fasal pengecualian yang mengecualikan liabiliti pengangkut sekiranya terdapat sebarang kecederaan, kehilangan, kerosakan atau kelengahan walau bagaimana sekalipun ianya timbul. Untuk memperolehi jadual waktu ini, penumpang haruslah membelinya dengan harga 6d senaskah. Tanpa bertanyakan syarat-syarat ini, plaintif telah menaiki keretapi tersebut. Apabila keretapi yang dinaiki plaintif berhenti, plaintif turun tetapi memandangkan gerabak yang dinaikinya merupakan gerabak terakhir dan berada di penghujung platform, plaintif tergelincir dan mengalami kecederaan diakibatkan oleh kecuaiannya. Dalam penghakimannya, *Court of Appeal* memutuskan apa yang telah dilakukan oleh defendan adalah semunasabahnya mencukupi bagi membawa fasal pengecualian itu ke pengetahuan plaintif dan dengan itu plaintif gagal dalam tuntutan. Berdasarkan *Lawrence LJ* apa yang terkandung dalam jadual waktu tersebut adalah "*a reasonable condition, which need not have special attention directed to it.*" Bagi *Sankey LJ* pula, plaintif tidak akan terikat sekiranya syarat-syarat yang terdapat dalam jadual tersebut adalah dalam bahasa Cina. Walau bagaimanapun keputusan yang berbeza dicapai oleh *Court of Appeal* dalam kes *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd.*<sup>79</sup> yang melibatkan kontrak yang terbentuk dalam situasi melibatkan parkin kereta yang dikendalikan oleh mesin automatik. Dalam kes ini, Lord Denning dalam menyampaikan penghakimannya, merujuk pada tiket yang diisu oleh mesin automatik, memutuskan bahawa:

*The customer pays his money and gets a ticket. He cannot refuse it. He cannot get his money back. He may protect to the machine, even swear at it. But it will remain unmoved. He is committed beyond recall. He was committed at the moment when he put his money into the machine. The contract was concluded at that time. ... The terms of the offer are contained in the notice placed on or near the machine stating what is offered for the money. The customer is bound by those terms as long as they are sufficiently brought to his notice beforehand, but not otherwise. He is not bound by the terms printed on the ticket if they differ from the notice, because the ticket comes too late. The contract has already been made ... The ticket is no more than a voucher or receipt for the money that has been paid ... on terms which have offered and accepted before the ticket is issued.*

Layanan kehakiman berteraskan teknik inkorporasi atau pemasukan di Malaysia dapat disaksikan dalam kes *Sanggaralingam s/o Arumugam v Wong Kook Walt & Anor.*<sup>80</sup> Dalam kes ini Mahkamah Tinggi memutuskan bahawa responden tidak boleh bergantung kepada fasal pengecualian memandangkan

<sup>79</sup> [1971] 2 QB 163.

<sup>80</sup> [1987] 2 CLJ 255.

tidak wujud bukti yang menunjukkan bahawa pihak perayu mengetahui kewujudan notis tersebut atau fasal pengecualian tersebut telah dibawa ke perhatian perayu. Namun pendekatan yang berbeza yang menimbulkan kekusaran dalam konteks perlindungan pengguna dipaparkan dalam kes *Malaysian Airline System Bhd v Malini Nathan & Anor*.<sup>81</sup> Dalam kes ini, perayu telah disaman bagi pecah kontrak dan kecuaiannya kerana gagal menerbangkan responden pertama, seorang kanak-kanak berusia 14 tahun dari United Kingdom ke Malaysia walaupun tiket yang dipegang oleh responden telah disahkan untuk penerbangan tersebut. Perayu menafikan liabiliti dan bergantung pada fasal No. 9 yang dicetak di halaman 2 Syarat-syarat Kontrak dalam tiket penerbangan. Mahkamah Tinggi dalam kes ini memutuskan bahawa keputusan perayu untuk tidak menerbangkan responden adalah terangkum dalam fasal No. 9 dan responden pertama seharusnya mengetahui atau diandaikan mengetahui syarat 9 tersebut memandangkan syarat ini dicetak di atas tiket penerbangan.

Teknik interpretasi ini jelas disimpulkan oleh Lord Wilberforce dalam *Ailsa Craig Fishing Co Ltd v Malvern Fishing Co. Ltd* seperti berikut:

*Whether a condition limiting liability is effective or not is a question of construction in the contract as a whole. If it is to exclude liability for negligence, it must be most clearly and unambiguously expressed, and, in such a contract as this, must be construed contra proferentem. I do not think that there is any doubt so far.*<sup>82</sup>

Pemakaian teknik interpretasi tegas ini juga diikuti di Malaysia seperti mana yang diperjelaskan oleh Mahkamah Persekutuan dalam *Sharikat Lee Heng Sdn Bhd v Port Swettenham Authority*, "that the contra proferentem rule should apply to the construction of Rule 91(1) just as much as it does to any exemption clauses in a contract."<sup>83</sup>

Dalam konteks kontrak pengguna, ketegasan pihak kehakiman apabila berhadapan dengan fasal pengecualian jelas kelihatan dalam kes *Chin Hooi Nan v Comprehensive Auto Restoration Service Sdn Bhd & Anor*.<sup>84</sup> Dalam kes ini perayu telah bersetuju untuk membenarkan keretanya digilap oleh responden dengan bayaran RM295.00. Bagi tujuan ini perayu telah meninggalkan keretanya di premis responden dan telah diberikan satu resit bagi membolehkan perayu menuntut kereta setelah siap digilap. Apabila perayu kembali mendapatkan keretanya daripada responden, perayu mendapati keretanya telah mengalami

<sup>81</sup> [1986] 1 MLJ 330.

<sup>82</sup> [1983] 1 All ER 101, 102.

<sup>83</sup> [1971] 2 MLJ 27, 29.

<sup>84</sup> [1995] 2 MLJ 100.

kerosakan semasa dipandu oleh salah seorang pekerja responden. Perayu mendakwa responden untuk kos membaiki kereta sebanyak RM3,630.85; kos menyewa sebuah kereta lain selama sebulan berjumlah RM1,790.00; susut nilai kereta itu sebanyak 25% berjumlah RM9,121.81; dan kos menggaji seorang penyelaras kerugian bebas berjumlah RM169.00. Tuntutan ini telah ditolak di Mahkamah Majistret atas alasan bahawa fasal pengecualian di belakang resit itu menyatakan bahawa responden 'tidak bertanggungjawab untuk sebarang kehilangan atau kerosakan kepada kenderaan itu, aksesori atau kandungannya. Kenderaan dan kandungan adalah pada risiko pemunya' telah melepaskan responden daripada liabiliti. Di peringkat rayuan, Mahkamah Tinggi telah membenarkan rayuan perayu. Mahkamah memutuskan bahawa adalah menjadi undang-undang mantap bahawa sesuatu fasal pengecualian walau bagaimana luas dan am, tidak melepaskan responden daripada beban membuktikan bahawa kerosakan yang diakibatkan kepada kereta itu tidak disebabkan oleh kecuaiian dan salah laku mereka. Responden mesti menunjukkan bahawa mereka telah menggunakan kerajinan dan ketelitian yang berpatutan apabila mengendalikan kereta itu. Penghakiman Siti Norma Yaakob J jelas menampakkan kecenderungan para hakim untuk melindungi pihak pengguna dalam pemakaian fasal pengecualian:

*Before me the issue is whether such an exemption clause can absolve the respondents from any blame for the damages caused to the car. The law on this quite settled in that an exemption clauses however wide and general does not exonerate the respondents from the burden of proving that damages caused to the car were not due to their negligence and misconduct. They must show that they had exercised due diligence and care in the handling of the car. Sze Hai Tong Bank Ltd v Rambler Cycle Co Ltd [1959] X MLJ 200, and Port Swettenham Authority v TW Wu & Co (M) Sdn Bhd [1978] 2 MLJ 137, are authorities for this proposition of the law.*

Ketegasan mahkamah juga dipertontonkan dalam *Premier Hotel Sdn Bhd v Tang Ling Seng*<sup>85</sup> apabila mahkamah menolak penggunaan fasal pengecualian berbunyi 'The Hotel will not assume responsibility for valuables or money lost from the room.' bagi mengelak liabiliti responden bagi kecuaiian. Dalam kes ini penentang telah menetap di sebuah hotel kepunyaan perayu. Penentang telah keluar dari bilik sewaanannya dan meninggalkan kunci bilik dengan penyambut tetamu hotel itu. Penyambut tetamu telah memberikan kunci bilik tersebut kepada seorang yang tidak dikenali yang mengatakan bahawa pekerja penentang telah datang untuk mengambil kunci itu. Apabila penentang kembali

<sup>85</sup> [1995] 4 MLJ 229.



ke biliknya, penentang mendapati barangannya telah hilang. Penentang tidak menyuruh sesiapa untuk mengambil kunci bilik tersebut. Penentang membawa tindakan terhadap perayu atas alasan kecuaiian di pihak perayu. Peraturan hotel perayu mengandungi fasal pengecualian berikut: '*The Hotel will not assume responsibility for valuables or money lost from the room.*' Mahkamah Sesyen memutuskan bahawa perkataan-perkataan pengecualian yang am biasanya tidak akan melindungi satu pihak yang membuat kontrak daripada tanggungan untuk kecuaiian. Untuk melindungi dirinya daripada tanggungan kecuaiian, perkataan-perkataan yang digunakan mestilah cukup jelas, biasanya dengan merujuk secara nyata kepada kecuaiian atau menggunakan ungkapan seperti '*however caused.*' Mahkamah seterusnya memutuskan dalam kes ini perkataan yang terdapat dalam fasal pengecualian yang digunakan oleh perayu adalah tidak jelas melindungi mereka daripada kecuaiian. Dalam penghakimannya di Mahkamah Tinggi Kuching, dengan merujuk pada Halsbury Laws of England, Elizabeth Chapman JC memutuskan bahawa perayu tidak boleh bergantung kepada fasal pengecualian yang terdapat dalam kontrak tersebut. Ketegasan mahkamah dalam menginterpretasi fasal pengecualian juga dapat dilihat dalam kes *Billion Origin Sdn Bhd v Newbridge Networks Sdn Bhd & Anor (Yap Burgess Rawson International Sdn Bhd, third party)*.<sup>86</sup>

Memandangkan semaraknya penggunaan fasal pengecualian dalam transaksi pengguna, yang mana wujudnya ketaksamaan 'kuasa' antara kedua pihak yang berkontrak (daripada perspektif kuasa ekonomi dan keupayaan menentukan terma dalam sesuatu kontrak), mahkamah telah membentuk beberapa prinsip pentafsiran bagi memberikan perlindungan yang lebih berkesan kepada pihak yang lemah. Berlandaskan orientasi inilah doktrin kemungkiran terma fundamental dan kemungkiran fundamental diformulasikan oleh mahkamah. Kedua-dua prinsip ini telah digunakan oleh mahkamah dalam banyak kes secara silih berganti, tetapi kedua-duanya kelihatan seperti cuba membuktikan bahawa, walau bagaimana ekstensif sekalipun fasal pengecualian tersebut, fasal ini tidak boleh mengecualikan liabiliti yang berkait dengan kemungkiran terma fundamental atau kemungkiran fundamental.<sup>87</sup> Walau bagaimanapun pendapat ini telah ditolak dalam *U.G.S. Finance Ltd v National Mortgage Bank of Greece*<sup>88</sup> dan disahkan oleh House of Lords dalam *Suisse Atlantique*; ianya merupakan *rule of construction* dalam memutuskan sama ada sesuatu fasal pengecualian itu terpakai dalam kes melibatkan kemungkiran fundamental. Persoalan sama ada kemungkiran fundamental menafikan pihak yang melakukan kemungkiran daripada menggunakan fasal pengecualian akhirnya diselesaikan oleh House of

<sup>86</sup> [2006] 6 MLJ 768.

<sup>87</sup> Beatson, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 1998, hlm 171.

<sup>88</sup> [1964] 1 Lloyd's Rep 446, 450.

Lords dalam kes utama *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*; "...as to the main proposition that the question whether, and to what extent, an exclusion clause is to be applied to a fundamental breach, or breach of a fundamental term, or indeed to any breach of contract, is a matter of construction of the contract."<sup>89</sup>

Kreativiti mahkamah dalam menginterpretasi serta memakai fasal pengecualian juga jelas kelihatan dalam penghakiman Lord Denning dalam *Levison v Patent Steam Carpet Cleaning Co.*<sup>90</sup> Pendekatan yang menerima pakai dua doktrin, ketidakseimbangan kuasa berunding serta ujian kemunasabahan, telah diterima pakai oleh Lord Denning dalam memutuskan bahawa defendan tidak dibolehkan bergantung kepada fasal pengecualian yang dimasukkan. Membicarakan tentang ketidakseimbangan kuasa berunding, Lord Denning memutuskan bahawa, "*the customer was asked to sign...without being given any opportunity of considering them or taking objection to them. It is a classic instance of superior bargaining power to which Lord Diplock drew attention in Instone v Shroeder Music Publishing Co. Ltd [1974] 1 WLR 1316, ...the weaker party is not even told 'Take it or leave it'. He is simply presented with a form to sign and told to 'sign here' and so he does...*"<sup>91</sup> Seterusnya dalam menggunakan ujian kemunasabahan kepada fasal pengecualian itu, Lord Denning memutuskan bahawa menghadkan liabiliti kepada 40 pound sterling adalah amat tidak munasabah.

Penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak pengguna semakin menyemarak penggunaannya oleh peniaga. Dalam mengawal penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak yang kian berleluasa ini, Visu Sinnadurai menyarankan agar mahkamah tempatan, "*It is submitted that the Malaysian Courts can play such a role by invoking their inherent powers in refusing to sanction certain contracts on the grounds of public policy or under section 24(e) of the Contracts Act.*"<sup>92</sup> Beliau berpendapat bahawa walaupun mahkamah Inggeris mendemonstrasikan keengganan menggunakan doktrin ini kerana menganggapnya sebagai "*an unruly horse and when you get astride it you never know where it will carry you*"<sup>93</sup>, mahkamah tempatan tidak harus terpengaruh dengan keengganan ini; "*...The general reluctance of the English Courts to invoke the doctrine of public policy should not inhibit the Malaysian Courts from riding on this unruly horse.*"<sup>94</sup>

<sup>89</sup> [1980] AC 827, Lord Wilberforce.

<sup>90</sup> [1978] 1 QB 69.

<sup>91</sup> [1978] 1 QB 69, 79.

<sup>92</sup> Sinnadurai, 'Exemption Clauses v. Public Policy and Inequality of Bargaining Power', [1978] 2 *MLJ* cxxx, cxxxii.

<sup>93</sup> *Richardson v Mellish* (1824) 2 Bing 229.

<sup>94</sup> Sinnadurai, 'Exemption Clauses v. Public Policy and Inequality of Bargaining Power', hlm cxxxvi.

Dalam konteks kontrak pengguna, mahkamah tempatan seharusnya bersikap lebih tegas. Interpretasi tegas fasal pengecualian dengan menerima pakai doktrin ketidaksamarataan kuasa berunding atau konsep polisi awam sebagai landasan penolakan fasal pengecualian haruslah diperpanjangkan ke dalam kontrak pengguna. Realitinya, pengguna sebagai pihak yang lemah, amat memerlukan perlindungan daripada peniaga dalam konteks fasal pengecualian khususnya penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak. Bagi Visu Sinnadurai, adalah perlu bagi mahkamah untuk mempamerkan kreativiti kehakimannya dalam konteks ini. Baginya juga, dalam kes yang melibatkan transaksi pengguna, mahkamah harus menerima pakai pandangan yang lebih tegas tentang fasal pengecualian dan melindungi pengguna daripada terma yang membebankan yang dikenakan oleh pihak yang lebih kuat. Mahkamah harus mengenali bahawa ungkapan kebebasan berkontrak hanyalah fiksyen dalam kebanyakan transaksi pengguna. Memandangkan ketiadaan peraturan di bawah undang-undang yang menghendaki perjanjian bertulis diterangkan kepada pengguna, mahkamah harus memainkan peranan yang berkesan dalam melindungi kelompok yang lemah. Mahkamah tidak harus mengambil pendekatan pentafsiran tegas sewenang-wenangnya atau mengabdikasikan tanggungjawab mereka dengan memutuskan bahawa hal ini sebaiknya dibiarkan kepada perundangan untuk campurtangan. Peranan para hakim tidak harus hanya dilihat sebagai pentafsir undang-undang, tetapi juga sebagai pembuat undang-undang.<sup>95</sup>

## KESIMPULAN

Dalam era liberalisasi perdagangan, pelbagai bentuk dan teknik perdagangan moden melingkari dunia pengguna di mana dalam berlumba-lumba mengejar keuntungan, peniaga memperkenalkan pelbagai kaedah bagi mengaut keuntungan. Ini kadang kalanya memungkinan peniaga membelakangkan isu moral, etika dan perundangan dalam mencapai matlamat mereka. Amalan penggunaan fasal pengecualian merupakan satu permasalahan atau 'kemelut' akut yang melanda arus perdagangan pengguna masa kini. Permasalahan yang ditimbulkan oleh fasal pengecualian ini bertindihan dengan masalah yang ditimbulkan oleh pembentukan prinsip-prinsip khusus bagi perlindungan pengguna. Tidak dinafikan bahawa amalan penggunaan fasal ini dalam transaksi pengguna telah memaparkan banyak lakaran negatif ke atas pengguna. Ini memungkinan rombakan besar dilakukan ke atas sistem perlindungan pengguna itu sendiri sebagai jaminan bahawa hak-hak pengguna tidak terus-menerus dicabuli dan

---

<sup>95</sup> Sinnadurai, 'Exemption Clauses v Public Policy and Inequality of Bargaining Power', hlm cxxxvi.

dicemari oleh sifat dan ciri kontrak bentuk seragam itu sendiri. Kemelut ini semakin meruncing lebih-lebih lagi apabila kontrak bentuk seragam yang mengandungi fasal pengecualian dikatakan berkembang pada masa konsentrasi perdagangan berada dalam tangan yang secara relatifnya sedikit. Justeru, kemelut ini bertambah serius dengan ketiadaan perundangan khusus bagi mengawal berleluasanya amalan penggunaan fasal ini dalam kontrak pengguna. Paparan teoretis yang mendasari penggunaan fasal pengecualian dalam kontrak menampakkan ketidakselarian dengan teori sedia ada undang-undang kontrak. Paternalisme yang dipertontonkan oleh pihak kehakiman menampakkan suatu perlindungan yang membolehkan pihak peniaga membolosinya. Justeru, sebagai langkah berpijak di bumi nyata, perlindungan pengguna dari sudut perundangan dilihat sebagai penyelesaian atau setidak-tidaknya pembendung kepada permasalahan yang diwujudkan oleh amalan ini. Justeru itu, dalam konteks Malaysia, sebagai sebuah negara maju, perundangan perlu bergerak seiring dengan pembangunan dan kemajuan di Malaysia.

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

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

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

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

Dr. Suzanna Mohamed Isa  
Pensyarah Kanan  
Fakulti Undang-undang  
Universiti Kebangsaan Malaysia  
43600 UKM Bangi  
Selangor

Emel: [zie@ukm.my](mailto:zie@ukm.my)