

## Undang-Undang Tort: Liabiliti bagi Perbuatan Rebakkan HIV Secara Seksual

(Tort: Liability for Sexually Transmitted HIV)

MARINA HJ HASHIM  
ANITA ABD RAHIM

### ABSTRAK

*Undang-undang tort merupakan satu mekanisme yang digunakan untuk mendapatkan ganti rugi bagi kecederaan yang dialami oleh seseorang. Litigasi tort berkaitan HIV pada permulaan epidemik ini difokuskan kepada defendan yang mempunyai insurans ataupun kekayaan bagi membayar ganti rugi kepada plaintif yang mengalami kecederaan. Kini, terdapat banyak jenis tindakan dalam undang-undang tort bagi jangkitan HIV seperti kecuai, serang sentuh, tipuan, salahnyataan dan tekanan emosi. Perbincangan teliti mengenai mengenai setiap jenis tuntutan adalah di luar skop artikel ini. Namun, fokus perbincangan dalam artikel ini ialah, apakah kuasa tindakan dalam undang-undang tort yang boleh diambil oleh seseorang yang telah dijangkiti oleh HIV secara seksual bagi mendapatkan ganti rugi.*

*Kata kunci: Tort, rebakkan, HIV, seksual, ganti rugi*

### ABSTRACT

*Tort law is a mechanism used to obtain damages for injuries suffered by a person. HIV-related tort litigations at the beginning of this epidemic have focused on the defendants who are insured or have the financial capacity to pay compensation to the injured plaintiffs. Now, there are many types of legal action in tort for HIV infection, such as negligence, battery, fraud, misrepresentation and emotional distress. A thorough discussion on each type of claim is beyond the scope of this article. However, the focus of discussion of this article is the cause of action that can be taken under the law of tort by a person who was sexually infected with HIV in order to seek damages.*

*Keywords: Tort, transmission, HIV, sexual, damages*

### PENGENALAN

AIDS merupakan epidemik yang mendapat perhatian pada kurun ke dua puluh ini. Walaupun telah banyak usaha dan kajian dalam bidang perubatan dilakukan, namun penyakit ini masih tidak boleh diubati dan ianya masih merbahaya. Liabiliti tort bagi penyakit berjangkit boleh dilihat dalam kurun ke sembilan belas, sementara liabiliti tort bagi transmisi AIDS bermula pada tahun 1980, tidak lama selepas penyakit ini dikenal pasti. Tanggungjawab untuk tidak menjangkiti penyakit kelamin kepada rakan seksual pada mulanya dihadkan kepada hubungan di antara dua pihak. Walau bagaimanapun, skop tanggungjawab telah diperluaskan tanpa mengira sifat hubungan antara pihak-pihak.<sup>1</sup> Undang-undang tort bertujuan untuk membahagikan tanggungjawab (*apportion responsibility*) kepada mereka yang telah melakukan kesalahan.<sup>2</sup>

Sekiranya dapat dibuktikan bahawa penghidap AIDS mempunyai tanggungjawab berhati-hati (*duty of care*) untuk memberitahu rakan seks mengenai jangkitan yang ada padanya sebelum mengadakan hubungan seksual yang tidak dilindungi dan dia gagal berbuat demikian, maka menurut prinsip dalam kes *Donoghue v Stephenson*,<sup>3</sup> plaintif boleh membawa kes atas alasan

pelanggaran kewajipan berhati-hati.<sup>4</sup> Lord Macmillan dalam kes tersebut menyatakan:

*... the grounds of action may be as various and manifold as human errancy; and the conception of legal responsibility may develop in adaptation to altering social conditions and standards. The criterion of judgment must adjust and adapt itself to the changing circumstances of life. The categories of negligence are never closed....*

Begitu juga dalam kes *Anns lwn Merton London Borough*,<sup>5</sup> di mana Lord Salmon telah menyatakan '*and they are now a great many of them*'. Sekiranya seseorang yang dijangkiti tidak memberitahu keadaan dirinya kepada rakan seksual semasa mengadakan hubungan seksual yang tidak dilindungi, ini merupakan satu kes yang kukuh walaupun ianya tidak sampai ke tahap jenayah.<sup>6</sup>

Walaupun bagaimanapun apa yang penting ialah melihat kepada niat pelaku. Adakah perlu dibuktikan bahawa pelaku berniat untuk mencederakan rakan seksual ataupun hanya sekadar cuai mengenai keselamatannya dan juga rakan seksualnya? Sekiranya defendan telah memberitahu rakan seksual mengenai status HIVnya atau risiko untuk dijangkiti namun rakan tersebut masih bersetuju untuk

melakukan hubungan seksual dengannya, maka rakan tersebut telah melakukan 'informed choice'. Jika dia dijangkiti oleh HIV dan mengambil tindakan di bawah undang-undang tort, maka defendan boleh menggunakan pembelaan 'contributory negligence' ataupun 'assumption of risk'.<sup>7</sup> Begitu juga, jika seseorang itu mengadakan persetubuhan tanpa dilindungi dengan pelacur ataupun lelaki dengan lelaki, dia turut menyumbang kepada kecuaiannya dan dia dikatakan telah menerima risiko berdasarkan prinsip *volenti non fit injuria*.<sup>8</sup>

### LIABILITI TORT BAGI TRANSMISI HIV SECARA SEKSUAL

Liabiliti bagi transmisi penyakit berjangkit di Mahkamah Inggeris bermula di awal kurun ke-19. In dapat dilihat dalam kes *Regina v Bennett*,<sup>9</sup> di mana mahkamah mendapati defendan bersalah melakukan 'tort of indecent assault' kerana menjangkiti anak saudaranya dengan penyakit kelamin iaitu, *gonorrhoea*. Mahkamah juga memutuskan bagi liabiliti tort elemen-elemen yang perlu adalah dibuktikan hubungan seksual, pengetahuan defendan mengenai infeksi yang dialaminya dan juga kegagalan defendan untuk memberitahu plaintif mengenai penyakitnya.

Jelas daripada kes *Regina v Bennett*, elemen pengetahuan adalah penting dan sekiranya defendan tidak mengetahui mengenai penyakitnya, maka tindakan tidak boleh diambil. Begitu juga, dalam kes *Regina v Sinclair*,<sup>10</sup> defendan yang mengetahui mengenai penyakit kelamin yang dialaminya telah didapati bersalah melakukan tort serangan kerana menjangkiti seorang budak perempuan yang berumur 12 tahun dengan *gonorrhoea*, walaupun hubungan seksual dilakukan dengan kerelaan. Ini disebabkan Mahkamah mendapati bahawa budak perempuan itu tidak mengetahui mengenai jangkitan tersebut maka kerelaan yang diberikan itu adalah tidak sah.

Kes-kes berkaitan liabiliti tort bagi transmisi HIV adalah masih baru, dan kebanyakan kes ini ditangani dengan menggunakan undang-undang jenayah.<sup>11</sup> Terdapat beberapa jenis kuasa tindakan tort bagi jangkitan penyakit secara seksual seperti serang sentuh (*battery*), tipuan (*fraud*) atau salahnyataan (*misrepresentation*), berniat menyebabkan tekanan emosi (*intentional infliction of emotional distress*) dan kecuaiannya (*negligence*). Dalam kes-kes penyakit kelamin, mahkamah mengenakan tugas berhati-hati ke atas pihak-pihak yang terlibat kerana mahkamah melihat hubungan seksual sebagai satu hubungan sulit yang didasarkan atas amanah ('*confidential trust relationship*').<sup>12</sup>

Walau bagaimanapun terdapat beberapa masalah dalam menentukan liabiliti defendan bagi transmisi HIV. Ini adalah kerana AIDS, iaitu sejenis penyakit disebabkan oleh HIV boleh membawa maut, berbeza dengan penyakit kelamin yang lain. Jangkitan HIV adalah *symptom free*

dan rebakkan boleh berlaku sebelum tanda-tanda telah dijangkiti AIDS timbul. Jangka masa *symptom free* di peringkat awal jangkitan HIV menimbulkan masalah dalam membuktikan pengetahuan defendan mengenai jangkitan yang dialaminya. Ini disebabkan pembuktian berlakunya tort serangan, salahnyataan dan berniat menyebabkan tekanan emosi memerlukan niat, iaitu defendan mengetahui akan risiko transmisi yang mungkin berlaku.

Begitu juga dalam tort kecuaiannya defendan perlu mempunyai pengetahuan mengenai jangkitan bagi menunjukkan defendan mempunyai tugas berhati-hati. Tambahan pula jangka masa inkubasi HIV agak lama, yang boleh sampai sehingga sepuluh tahun atau lebih, menyebabkan pembawa tidak mengetahui mengenai jangkitan yang dialaminya.<sup>13</sup> Kes *C.A.U. v R. L*<sup>14</sup> adalah antara kes pertama yang melibatkan transmisi HIV di mana plaintif telah merayu terhadap keputusan *Minnesota District Court* yang menyatakan bahawa bekas tunangnya tidak bersalah kerana menjangkiti HIV kepadanya. Walaupun didapati defendan menunjukkan simptom yang konsisten seperti AIDS, *Minnesota Court of Appeals* bersetuju dengan keputusan *Minnesota District Court* iaitu pada masa defendan mengalami simptom tersebut, defendan tidak mungkin secara munasabah mengetahui bahawa simptom ini adalah konsisten dengan AIDS.

### TORT KECUAIAN (*NEGLIGENCE*)

Kausa tindakan tort kecuaiannya memerlukan plaintif membuktikan empat elemen. Elemen tersebut ialah, tugas berhati-hati, pemecahan tugas berhati-hati, perkaitan di antara perbuatan defendan, kecederaan dan kerugian.<sup>15</sup>

#### ELEMEN-ELEMEN KECUAIAN

*Tugas berhati-hati* Dalam menentukan sama ada seseorang itu mempunyai tugas berhati-hati atau tidak, faktor pralihat adalah penting. Dalam kes *Heaven v Pender*,<sup>16</sup> tanggungjawab berhati-hati wujud dalam keadaan biasa di mana jika orang biasa yang munasabah tidak mengambil langkah berjaga-jaga, maka dia akan mewujudkan risiko bahaya kepada dirinya atau harta benda orang lain. Hakim Esher menyatakan:

*whenever one person is by circumstances placed in such a position with regard to another that every one of ordinary sense who did think would at once recognize that if he did not use ordinary care and skill in his own conduct with regard to those circumstances he would cause danger or injury to the person or property of the other, a duty arises to use ordinary care and skill to avoid such danger.*<sup>17</sup>

Terdapat dua ujian yang digunakan untuk membuktikan bahawa defendan mempunyai tugas berhati-hati terhadap plaintif, iaitu ujian kejiranan dan ujian komposit.<sup>18</sup> Ujian kejiranan dinyatakan dalam kes *Donoghue v Stevenson*,<sup>19</sup> di mana Lord Atkin menegaskan:

*The rule is that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question 'who is my neighbour' receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts of omission which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in my contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.<sup>20</sup>*

Berdasarkan kenyataan di atas, jiran ialah seseorang yang rapat dan akan terjejas oleh perbuatan atau ketinggalan defendan secara langsung. Rapat bukanlah bermaksud rapat dari segi fizikal. Terdapat dua faktor penentu siapakah yang dikatakan sebagai jiran, iaitu pertama ialah pralihat dan kedua *proximity*. Pralihat bermaksud, tindakan defendan boleh dipralihat sebagai akan menimbulkan kerosakan kepada plaintif, dan *proximity* pula ialah plaintif itu boleh dipralihat sebagai akan terjejas oleh tindak tanduk defendan.<sup>21</sup>

Ujian komposit telah dibincangkan dalam kes *Caparo Industries plc v Dickman*,<sup>22</sup> di mana *House of Lord* menyatakan terdapat tiga persoalan dalam menentukan kewujudan tugas berhati-hati di pihak defendan. Yang pertama ialah sama ada kerosakan dapat dipralihat, keduanya, sama ada wujud *proximity* di antara kedua pihak dan yang ketiga, ialah sama ada adil dan munasabah untuk tugas dikenakan dalam situasi tersebut. Tugas berhati-hati tidak akan wujud di pihak defendan sekiranya aktiviti pihak defendan tidak menimbulkan risiko bahaya kepada mana-mana pihak.<sup>23</sup>

Dalam kes HIV, tanggungjawab berhati-hati wujud sekiranya defendan dapat pralihat akan kecederaan akan berlaku kepada seseorang. Kecederaan kepada plaintif dapat dipralihat sekiranya defendan tahu dia menghidap penyakit kelamin. Jika defendan tidak mengetahui bahawa dia menghidap penyakit kelamin, maka pemakaian prinsip pralihat ini adalah sukar.<sup>24</sup>

Begitu juga sekiranya defendan melibatkan diri dalam aktiviti yang berisiko tinggi, maka risiko untuk menjangkiti orang lain boleh dipralihat.<sup>25</sup> Menurut William Sunbeck, sesetengah pengkritik meletakkan tanggungjawab untuk memberitahu kepada rakan seksual jika mereka yang berisiko tinggi untuk dijangkiti telah menunjukkan simptom-simptom secara fizikal.<sup>26</sup> Berdasarkan kepada prinsip kejiranan, maka, seseorang itu mempunyai tanggungjawab undang-undang (*'legal duty'*) untuk melindungi rakan seksual daripada apa-apa kecederaan yang dapat dipralihat dalam hubungan seksual.<sup>27</sup> Perkara ini diputuskan dalam kes *Mussivand v David*,<sup>28</sup> di mana *Ohio Supreme Court* menegaskan:

*...it long has been held that one who has contagious disease must take necessary steps to prevent the spread of the disease.*

Sementara itu dalam *Berner v Caldwell*,<sup>29</sup> mahkamah memutuskan seseorang yang tahu atau secara munasabah tahu (*reasonably know*) yang dia

mempunyai *genital herpes* adalah mempunyai tugas untuk menghidar daripada melakukan hubungan seksual.

Apa yang penting ialah mesti terdapat bukti yang menunjukkan defendan telah diketahui bahawa dia telah dijangkiti.<sup>30</sup> Dalam *Doe v Johnson*<sup>31</sup> di mana plaintif telah mendakwa defendan dengan tujuh kuasa tindakan di bawah undang-undang tort; antaranya ialah kecuaiian, serang sentuh dan *strict liability* kerana menjangkiti HIV kepada plaintif. Mahkamah memutuskan bahawa bagi tuntutan untuk tort kecuaiian dan frod, perlu dibuktikan bahawa defendan mengetahui mengenai status HIVnya ataupun jika dapat dibuktikan bahawa defendan mengetahui simptom-simptom yang dikaitkan dengan virus yang dialaminya. Manakala bagi tuntutan untuk tort serang sentuh, mahkamah memutuskan terdapat bukti yang kukuh di mana jangkitan HIV mewujudkan *'a wilful and offensive touching.'* Sementara bagi tuntutan *strict liability*, mahkamah memutuskan bahawa perbuatan defendan bukanlah sesuatu yang *'abnormally dangerous and ultrahazardous.'*

Disebabkan AIDS ialah penyakit yang merbahaya dan belum dijumpai penawar sehingga kini, wujud tanggungjawab untuk memberitahu rakan seksual apabila seseorang itu tahu ataupun mempunyai sebab untuk mengetahui akan jangkitan yang dialaminya. Tanggungjawab ini tidak terhad kepada defendan, tetapi juga kepada pihak ketiga yang mengetahui tentang infeksi HIV ini.<sup>32</sup>

*Pecahan tugas berhati-hati* Setelah berjaya membuktikan defendan mempunyai tugas berhati-hati, elemen seterusnya yang perlu dibuktikan oleh plaintif ialah, defendan telah memecah tugas tersebut. Seseorang defendan itu mestilah bertindak dalam tahap kewaspadaan yang ditentukan oleh undang-undang, dan sekiranya beliau gagal mencapai tahap kewaspadaan tersebut, maka defendan boleh dikatakan telah pecah tugas berhati-hati.<sup>33</sup>

Ujian yang digunakan bagi menentukan tahap kewaspadaan seseorang itu ialah ujian 'orang yang munasabah'. Dalam kes *Blyth v Birmingham Waterworks Co*,<sup>34</sup> dinyatakan bahawa *'negligence is the omission to do something which a reasonable man would do, or doing something which a reasonable man would not do'*. Orang yang munasabah bukanlah seorang manusia yang sempurna, ataupun seorang rakyat contoh yang sempurna dalam semua aspek dan ciri-ciri peribadi (*'personal characteristic'*) seseorang defendan itu tidak akan diambil kira.

Apa yang penting ialah norma biasa (*usual norms*) dan juga aktiviti sesuatu masyarakat ataupun profesion yang diambil kira dalam menentukan kemunasabahan seseorang defendan.<sup>35</sup> Lord MacMillan dalam kes *Glasgow Corporation v Muir* menyatakan:<sup>36</sup>

*The standard or foresight of the reasonable man...eliminates the personal equation and is independent of the idiosyncrasies of the particular person whose conduct is in question.<sup>37</sup>*

Dalam kes *C.A.U v R.L.*,<sup>38</sup> mahkamah memutuskan bahawa tugas berhati-hati tidak wujud apabila defendan tidak pralihat yang dia mungkin dijangkiti.

Dalam konteks jangkitan HIV, bagi menentukan sama ada defendan telah pecah tugas berhati-hati, maka terlebih dahulu perlu dipastikan bahawa kecederaan dapat dipralihat. Dalam jangkitan HIV adalah sukar untuk dipralihat kecederaannya disebabkan oleh sifat penyakit itu. Begitu juga jika defendan tidak mengetahui akan jangkitan, maka tidak wujud tugas berhati-hati dan juga pecahan tugas tersebut. Justeru itu jika dapat dibuktikan defendan tahu akan status HIVnya tapi gagal untuk memberitahu atau melindungi rakan seksual, maka dia dikatakan telah pecah tugas berhati-hati.

*Penyebab (Causation)* Elemen yang seterusnya yang perlu dibuktikan oleh plaintif ialah pecahan tugas berhati-hati oleh defendan telah menyebabkan kerosakan kepada plaintif. Terdapat dua jenis penyebab; iaitu penyebab dari sudut fakta (*causation in fact*) dan juga penyebab dari sudut undang-undang (*causation in law*).

Dalam penyebab dari sudut fakta ujian yang digunakan ialah 'jika tidak' ataupun *but for* manakala dalam penyebab dari sudut undang-undang ujian yang digunapakai ialah sama ada defendan secara munasabah pralihat yang tindakannya akan menyebabkan kerosakan kepada plaintif.<sup>39</sup>

Ujian 'jika tidak' telah diterangkan dalam kes *Barnett v Chelsea & Kesington Hospital Management Committee*.<sup>40</sup> Dalam kes ini, tiga orang pengawal keselamatan telah pergi ke hospital defendan setelah mereka mengalami muntah akibat meminum teh pada waktu pagi. Salah seorang daripada pengawal keselamatan itu ialah suami plaintif. Jururawat yang bertugas telah memanggil doktor, tetapi doktor tersebut telah mengarah jururawat agar menyuruh mereka pulang dan memanggil doktor peribadi mereka. Beberapa jam kemudiannya suami plaintif telah meninggal akibat keracunan *arsenic*, dan plaintif telah menyaman pihak hospital atas kecuaiannya kerana gagal merawat suaminya. Mahkamah memutuskan, yang doktor tersebut telah pecah tugas berhati-hati apabila tidak merawat pesakit. Walau bagaimanapun, mahkamah mendapati pemecahan tugas tersebut bukanlah penyebab kematian suami plaintif, kerana berdasarkan keterangan walaupun suaminya diberi rawatan dia tetap akan mati. Oleh yang demikian, mahkamah memutuskan defendan tidak bersalah.

Terdapat dua ujian bagi penyebab undang-undang, iaitu ujian akibat langsung (*direct consequence test*) dan ujian pralihat munasabah (*reasonable foreseeable test*). Walau bagaimanapun, pada masa kini, umumnya hanya ujian pralihat munasabah yang digunakan. Dalam ujian pralihat munasabah, plaintif perlu membuktikan bahawa kerosakan yang dialami olehnya adalah sesuatu yang boleh dipralihat.<sup>41</sup>

Prinsip bagi ujian ini telah dinyatakan dalam kes *The Wagon Mound (No 1)*,<sup>42</sup> *The Wagon Mound* ialah kapal milik

defendan dan berlabuh di pelabuhan bagi menjalankan kerja-kerja pemunggaan. Dalam menjalankan kerja-kerja ini, pekerja defendan telah cuai dan menyebabkan minyak tumpah ke dalam air dan merebak ke jeti plaintif di mana terdapat dua buah kapal sedang dibaiki di jeti plaintif. Pengurus plaintif telah mengarahkan supaya kerja pembaikan diberhentikan sementara dia bertanya pengurus di pelabuhan sama ada selamat untuk meneruskan kerja-kerja pembaikan. Pengurus di pelabuhan percaya minyak yang tertumpah dalam air itu tidak merbahaya dan menyatakan bahawa kerja-kerja pembaikan boleh diteruskan. Dia bagaimanapun, telah mengingatkan supaya pekerja pembaikan berhati-hati, dan tidak menjatuhkan bahan-bahan yang mudah terbakar ke dalam air. Malangnya dua hari kemudian, minyak di atas permukaan air telah disambar api dan mengakibatkan jeti dan kapal plaintif musnah. Mahkamah memutuskan defendan adalah tidak bertanggung bagi kemusnahan jeti plaintif.

Menurut Katherine A. Kelly "*in general, courts consider whether the defendant's act was a necessary antecedent to the plaintiff's harm in the sense that the harm would not have occurred but for the defendant's act.*"<sup>43</sup>

Untuk berjaya dalam tuntutan kerana kecuaiannya merebakkan HIV melalui hubungan seksual, plaintif perlu membuktikan bahawa perbuatan defendan merupakan penyebab dan juga *proximate cause* kepada jangkitan tersebut.

*Kerugian (Damage)* Elemen yang terakhir yang perlu dibuktikan dalam kes kecuaiannya ialah, plaintif sebenarnya telah mengalami kerugian. Dalam konteks jangkitan HIV, bukanlah satu perkara yang sukar bagi plaintif untuk membuktikan dia telah mengalami kerugian. Sebaik sahaja individu itu telah disahkan positif HIV adalah penting untuk memantau sistem imunisasinya, dan seseorang yang telah dijangkiti dinasihatkan mengambil dadah jenis AZT. Apabila ini berlaku, maka kos-kos perubatan dan juga pemantauan akan bermula.<sup>44</sup>

#### TORT SERANG SENTUH (*BATTERY*)

Serang sentuh bermaksud penggunaan kekerasan secara berniat dan terus kepada seseorang. Terdapat empat perkara yang perlu dibuktikan oleh plaintif dalam membuktikan serangan sentuh. Empat perkara tersebut ialah niat, kawalan, persentuhan dan tiada keizinan. Kekerasaan bermaksud 'apa-apa juga hubungan atau sentuhan secara fizikal dengan badan plaintif ataupun pakaiannya tanpa memerlukan kekerasan atau kecederaan'.<sup>45</sup>

Hubungan atau sentuhan mestilah secara langsung (*direct*) dan dalam berbentuk fizikal, oleh yang demikian seseorang yang menghalang jalan tanpa sentuhan bukanlah serangan sentuh.<sup>46</sup> Sekiranya ada kerelaan ke atas sentuhan yang dilakukan, ia bukanlah serangan sentuh, begitu juga

sekiranya plaintif sebenarnya tidak merelakan sesuatu sentuhan itu, tapi melalui perbuatannya menyebabkan defendan percaya bahawa dia merelakan sentuhan itu, maka sentuhan itu bukanlah serang sentuh.<sup>47</sup>

#### ELEMEN-ELEMEN SERANG SENTUH

*Niat* Plaintif perlu membuktikan defendan telah menggunakan kekerasan secara berniat, dan niat yang di pindahkan (*transferred intent*) juga termasuk dalam pengertian ini.<sup>48</sup> Dalam kes *Scott v Shepherd*,<sup>49</sup> defendan telah membaling mercun ke kawasan terbuka. A telah mengutip mercun tersebut, dan membaling ke arah B, dan B pula telah mengambil mercun itu lalu melontar ke arah orang ramai. Mercun itu terkena plaintif dan meletup. Mahkamah telah memutuskan yang defendan bersalah, walaupun tindakan awalnya tidak mendatangkan kesan secara langsung ke atas plaintif. Manakala A dan B, tidak bersalah kerana mereka bertindak demi keselamatan diri sendiri, oleh itu mereka tidak berniat untuk mencederakan plaintif.

*Kawalan* Elemen yang kedua ialah perbuatan defendan mestilah dilakukan secara sukarela, ini bermaksud defendan mestilah mempunyai kawalan ke atas perbuatannya<sup>50</sup> seperti contoh dalam kes *Gibbons v Pepper*,<sup>51</sup> di mana defendan sedang menunggang kuda, kuda tersebut tiba-tiba bertindak melanggar plaintif, setelah dipukul oleh seseorang yang lain. Mahkamah memutuskan, defendan tidak bersalah kerana kejadian tersebut berada di luar kawalannya.

*Sentuhan* Seterusnya, plaintif mesti membuktikan terdapat sentuhan di antara defendan dan juga tubuh badan atau pakaian plaintif.<sup>52</sup> Sentuhan yang dimaksudkan ialah sentuhan yang dibuat dalam kemarahan (*hostile touching*).<sup>53</sup> Sentuhan biasa yang berlaku dalam kehidupan harian, seperti sentuhan ketika berpusu-pusu dalam menaiki bas dan sebagainya adalah dikecualikan.<sup>54</sup>

*Tiada keizinan* Elemen yang terakhir yang perlu dibuktikan oleh plaintif ialah sentuhan yang dilakukan oleh defendan ialah tanpa keizinan ataupun tanpa justifikasi yang sah di sisi undang-undang. Walau bagaimanapun dalam keadaan tertentu adalah dikatakan secara tersirat sentuhan yang dilakukan tadi adalah dibenarkan, contohnya apabila A menyentuh tangan B untuk mendapatkan perhatiannya ataupun sentuhan yang berlaku semasa beratur untuk menaiki bas.<sup>55</sup>

Dalam kes *Nash v Sheen*,<sup>56</sup> plaintif telah mengunjungi salun defendan, di mana defendan telah menggunakan 'tone-rinse' tanpa mendapat keizinan palintif. Plaintif telah mengalami masalah kulit selepas penggunaan 'tone-rinse.' Mahkamah memutuskan keizinan yang diberikan oleh plaintif tidak termasuk penggunaan 'tone-rinse' dan juga kesannya. Oleh yang demikian, serang sentuh telah berjaya dibuktikan.

Kewujudan keizinan di pihak plaintif, membolehkan defendan menggunakannya sebagai satu dalihan dalam tuntutan terhadapnya. Walau bagaimanapun, apakah yang dimaksudkan dengan suatu keizinan adalah suatu perkara yang sukar untuk dibuktikan.

Tort serang sentuh juga boleh diguna pakai dalam kes jangkitan HIV melalui hubungan seksual. Niat di pihak defendan dapat disiratkan daripada perbuatan defendan yang menyembunyikan fakta bahawa dia telah dijangkiti oleh virus HIV. Jika defendan tidak mengetahui mengenai status HIVnya, maka sukar untuk dibuktikan bahawa defendan berniat untuk menjangkiti plaintif dengan HIV. Sekiranya plaintif telah memberikan kerelaan dalam mengadakan hubungan seksual tersebut, kerelaan yang diberikan adalah tidak sah kerana defendan telah menyembunyikan fakta yang dia dijangkiti. Mahkamah telah membezakan di antara kerelaan untuk mengadakan hubungan seksual dan kerelaan untuk dijangkiti penyakit kelamin.<sup>57</sup>

#### TORT TIPUAN ATAU SALAHNYATAAN (*FRAUD* ATAU *MISREPRESENTATION*)

Selain daripada tort kecuaiian dan juga serang sentuh yang boleh diguna pakai sebagai kuasa tindakan dalam kes jangkitan HIV secara seksual, terdapat juga kuasa tindakan yang lain seperti *fraud* atau *misrepresentation*, dan juga *emotional distress*. *Fraud*, biasanya digunakan sebagai kuasa tindakan dalam kes-kes komersial, ianya juga boleh digunakan dalam kes-kes yang melibatkan jangkitan penyakit kelamin. Bagi membuktikan kewujudan *fraud*, lima elemen perlu dibuktikan iaitu:<sup>58</sup>

1. terdapat representasi palsu;
2. mengenai fakta material;
3. di buat dengan pengetahuan akan kepalsuan, atau gopoh sehingga mengabaikan kebenaran itu;
4. di buat bagi maksud mendorong lain untuk bertindak ke atasnya;
5. ada pergantungan wajar dan memudaratkan pada kenyataan plaintif.

Kes *Rock Hudson*<sup>59</sup> merupakan kes terawal untuk jangkitan HIV secara seksual bagi tuntutan salahnyataan dan tekanan emosi. Kekasih Rock Hudson mendakwa telah dijangkiti HIV secara seksual, apabila Rock Hudson gagal untuk memberitahunya mengenai status HIVnya semasa mereka mengadakan hubungan seksual. Juri telah memutuskan bahawa perlakuan Hudson adalah 'keterlaluan' dan mengarahnya membayar ganti rugi kepada mangsa. Menurut Eric keputusan dalam kes ini telah memberikan satu mesej kepada mereka yang mengetahui mengenai status HIV bahawa, mereka mempunyai tugas untuk memberitahu rakan seksual mengenai status mereka ataupun sekurang-kurangnya menghindari diri dari melakukan hubungan seksual.<sup>60</sup>

Dalam membawa tindakan frod bagi kes-kes jangkitan HIV, plaintif perlu membuktikan yang defendan tahu yang dia mempunyai penyakit itu dan telah secara frod menyembunyi atau telah salahnyata mengenai fakta tersebut.

#### TORT TEKANAN EMOSI (*EMOTIONAL DISTRESS*)

Satu lagi kuasa tindakan yang boleh digunakan bagi jangkitan HIV secara seksual ialah tort tekanan emosi.<sup>61</sup> kuasa tindakan ini adalah berdasarkan tanggapan bahawa kebebasan daripada gangguan emosi adalah sesuatu yang perlu diberi perlindungan.<sup>62</sup> Empat elemen perlu dibuktikan bagi kuasa tindakan ini iaitu:<sup>63</sup>

1. defendan sama ada dengan sengaja atau gopoh menyebabkan tekanan emosi yang teruk, kelakuan defendan adalah ketara untuk menyebabkan tekanan emosi yang teruk;
2. kelakuan defendan 'begitu melampau dan keterlaluan' sehingga melebihi batas kesopanan dan dianggap sebagai kejam dan benar-benar tidak boleh diterima dalam masyarakat yang bertamadun;
3. kelakuan defendan telah menyebabkan tekanan emosi kepada plaintif;
4. tekanan emosi adalah terlalu teruk dan tidak mampu ditanggung oleh manusia biasa.

Jangkitan penyakit melalui hubungan seksual boleh menyebabkan tekanan emosi, dan jangkitan HIV tidak dinafikan boleh menyebabkan tekanan emosi yang serius.<sup>64</sup> Mahkamah dalam kes *Rock Hudson*,<sup>65</sup> telah mengiktiraf tekanan emosi sebagai satu kuasa tindakan bagi mereka yang telah dijangkiti HIV oleh rakan seksual. Begitu juga Mahkamah Rayuan West Virginia dalam kes *Johnson v West Virginia University Hospital, Inc.*,<sup>66</sup> memutuskan bahawa plaintif boleh menuntut untuk tekanan emosi kerana bimbang dijangkiti oleh AIDS (*fear of developing AIDS*) walaupun belum lagi dijangkiti oleh AIDS.

#### KESIMPULAN

Sebagai kesimpulannya, mereka yang dijangkiti oleh HIV melalui hubungan seksual boleh mengambil tindakan di bawah undang-undang sivil, iaitu menggunakan undang-undang tort terhadap mereka yang bertanggungjawab menyebabkan kecederaan tersebut. Kategori kuasa tindakan yang bersesuaian, sama ada kecuai, serang sentuh atau kuasa tort yang lain seperti yang dibincangkan di atas, bergantung kepada fakta dan keadaan sesuatu kes. Sebagai contohnya dalam kes jangkitan oleh suami kepada isteri, kuasa tindakan yang relevan ialah tort kecuai dan dalam kes rogol, tort serang sentuh mungkin opsyen yang lebih baik. Selain itu, undang-undang jenayah juga memperuntukkan perlindungan terhadap mereka yang

dijangkiti HIV melalui hubungan seksual. Beberapa bidangkuasa negara lain seperti United Kingdom, Australia dan Kanada telah menggunakan undang-undang jenayah bagi menangani isu ini. Contohnya, United Kingdom telah menggunakan peruntukan dalam *Offences Against Persons Act 1861* bagi menghukum mereka yang menjangkiti HIV secara seksual. Namun, penggunaan undang-undang jenayah melibatkan proses pembuktian yang lebih sukar, memandangkan pembuktian elemen *mens rea* dan juga *actus reus* yang lebih tinggi darjahnya diperlukan.

#### NOTA

- <sup>1</sup> William Sunbeck, 'Note: It takes two to tango: Rethinking negligence liability for the sexual transmission of AIDS' (1995) 5 *Health Matrix Journal of Law – Medicine* 397.
- <sup>2</sup> John A. Turcotte, 'Comment: When you should have known: Rethinking constructive knowledge in tort liability for sexual transmission of HIV' (2000) 52 *Me. L.Rev.* 261.
- <sup>3</sup> [1932] AC 562, Lord Macmillian hlm 619
- <sup>4</sup> Diana Brahams, 'AIDS and the law' (1987) 137 No. 6318 *New Law Journal* hlm 752
- <sup>5</sup> [1978] AC 728, hlm 769.
- <sup>6</sup> Diana Brahams, 'AIDS and the law', hlm 752.
- <sup>7</sup> John A. Turcotte, 'Comment: When you should have known: Rethinking constructive knowledge in tort liability for sexual transmission of HIV', hlm 261.
- <sup>8</sup> Diana Brahams, 'AIDS and the Law', hlm 752.
- <sup>9</sup> 176 Eng. Rep. 925 (W. Cir. Ct 1866).
- <sup>10</sup> 13 Cox C.C 28.
- <sup>11</sup> Menghukum jenayah bagi kes-kes jangkitan HIV boleh dalam keadaan tertentu membawa perubahan yang besar kepada tingkah laku dan akhirnya boleh bertindak sebagai satu mekanisme pencegahan. Lihat C Dodds dan P Keogh, 'Criminal prosecutions for HIV transmission: People living with HIV respond', (2006) 17 *May International Journal of STD & AIDS* hlm 316.
- <sup>12</sup> William Sunbeck, 'Note: It takes two to tango: Rethinking negligence liability for the sexual transmission of AIDS', hlm 397.
- <sup>13</sup> John A. Turcotte, 'Comment: When you should have known: Rethinking constructive knowledge in tort liability for sexual transmission of HIV', hlm 261.
- <sup>14</sup> 438N.W. 2d 441 (Minn. Ct. App. 1989)
- <sup>15</sup> Richard Carl Schoenstein, 'NOTE: Standard of conduct, multiple defendants, and full recovery of damages in tort liability for the transmission of human immunodeficiency virus' (1988) Summer 18 *Hofstra L. Rev.* 37, hlm 39. Lihat juga Norcahaya Talib dan Saw Tiong Gun, *Prinsip-Prinsip Asas Tort*, Sweet and Maxwell Asia, Malaysia, 2006, hlm 10.
- <sup>16</sup> (1883) 22 QBD 503.
- <sup>17</sup> (1883) 22 QBD 503, hlm 509.
- <sup>18</sup> Norcahaya Talib dan Saw Tiong Gun, *Prinsip-Prinsip Asas Tort*, hlm 10.
- <sup>19</sup> (1932) AC 562
- <sup>20</sup> (1932) AC 562, HL.
- <sup>21</sup> Norcahaya Talib dan Saw Tiong Gun, *Prinsip-Prinsip Asas Tort*, hlm 11.
- <sup>22</sup> [1990] 1 All ER 568. Dalam kes ini mahkamah memutuskan, tidak terdapat hubungan *proximity* antara orang awam dan juruaudit kerana ianya boleh mewujudkan liabiliti yang tidak terhad di pihak juruaudit. Oleh itu, juruaudit kepada akaun syarikat awam tidak mempunyai tugas berhati-hati kepada orang awam yang bergantung kepada akaun syarikat tersebut dalam membeli saham syarikat tersebut.

- <sup>23</sup> Lihat fakta kes *Chai Yee Chong v Lew Thai* [2004] 3 AMR; [2004] 2 MLJ 465.
- <sup>24</sup> Mary G. Leary, 'Tort liability for sexually transmitted disease' (2008) 88 *AMJUR TRIALS* 53 hlm 218. Tambahnya lagi, kegagalan untuk mendapat diagnos dan rawatan, memaklumkan rakan seksual, menghalang transmisi melalui perlakuan seksual dan juga memakai kondom menunjukkan defendan telah gagal dalam tugas berhati-hati. Lihat juga Eric L. Schulman, 'Note: Sleeping with the enemy; Combating the sexual spread of HIV-AIDS through a heightened legal duty' (1996) 29 *J. Marshall L. Rev.* 957, hlm 960.
- <sup>25</sup> Richard Carl Schoenstein, 'NOTE: Standard of conduct, multiple defendants, and full recovery of damages in tort liability for the transmission of human immunodeficiency virus', hlm 39. Bukti mengenai gaya hidup yang aktif seksual boleh menjadi relevan kepada tuntutan kecuaiian tetapi tanggungjawab tidak wujud hanya disebabkan oleh wujudnya bukti mengenai gaya hidup sahaja.
- <sup>26</sup> William Sunbeck, 'Note: It takes two to tango: Rethinking negligence liability for the sexual transmission of AIDS', hlm 397.
- <sup>27</sup> Faizan Mustafa dan Abu Sufyan, *AIDS, Law & Human Rights*, Edisi pertama, Institute of Objective Studies, New Delhi, 1998, hlm 134.
- <sup>28</sup> 544 N.E 2d. 265 (Ohio 1989).
- <sup>29</sup> 543 so, 2<sup>nd</sup> 686 dipetik dari Faizan Mustafa dan Abu Sufyan, *AIDS, Law & Human Rights*, Edisi Pertama, Institute of Objective Studies, New Delhi, 1998, hlm 134.
- <sup>30</sup> Julia A. Galyen, 'Case Note: Doe v. Johnson: Wrongful transmission of HIV based on traditional tort concepts' (1994) 3 *Journal of Pharmacy & Law* 209.
- <sup>31</sup> 817 F. Supp. 1382 (W.D.Mich. 1993).
- <sup>32</sup> John A. Turcotte, 'Comment: When you should have known: Rethinking constructive knowledge in tort liability for sexual transmission of HIV', hlm 265.
- <sup>33</sup> E. Catherine and Q. Frances, *Tort Law*, Edisi Kelima, Pearson Education Limited, England, 2005, hlm 80.
- <sup>34</sup> [1856] 11 Ex 781, hlm 784 .
- <sup>35</sup> Norchaya Talib, *Law of Torts in Malaysia*, hlm 139-140.
- <sup>36</sup> [1943] AC hlm 448. Fakta dalam kes ini ialah 'the defendant spilled hot tea on some children, and the issue faced by the court was whether the defendant should have foreseen that injury would occur when he brought a big container of tea through the corridor of the premises. The court answered in the negative as a reasonable man would have foreseen such an accident in the circumstances. The court also distinguished between things that are naturally dangerous and those which are not. If the object or thing that gives rise to the negligence is naturally dangerous it is likely that liability will be imposed and vice versa'.
- <sup>37</sup> [1943] AC 448, hlm 457.
- <sup>38</sup> 438 N.W.2d 441 (Minn. 1989)
- <sup>39</sup> Norchaya Talib, *Law of Torts in Malaysia*, hlm 163 dan 172. Lihat juga Norchaya Talib dan Saw Tiong Gun, *Prinsip-Prinsip Asas Tort*, hlm 24-26.
- <sup>40</sup> [1968] 1 All ER 1068, [1969] 1 QB 428
- <sup>41</sup> Norchaya Talib dan Saw Tiong Gun, 2006, hlm 27.
- <sup>42</sup> [1961] AC 388. *Two important finding of facts arose at the trial: firstly, expert evidence was tendered that it was unforeseeable that fuel oil on the surface of the water would catch water. Secondly, it was foreseeable and indeed had materialised, that damage by way of oil seeping into various parts of the plaintiff's jetty and affecting usage of those same parts would occur. Thus it was contended that although damage was foreseeable, the type of damage which had in fact materialized was not foreseeable. However, since the damage was foreseeable, the trial judge and the appeal court held the defendant had breached their duty of care and was thus liable for all the direct consequences of that breach of duty. On appeal to the Privy Council, the test should be whether a reasonable man in the defendant's position would foresee the damage that has occurred. In this case since it was not foreseeable that the defendant's breach of duty would cause a fire the defendant was held not liable. The reasonable foresight test involves two principles; firstly, damage must be foreseeable as the consequence's of the defendant conduct, and secondly the type of damage must be foreseeable. It follows that if the damage that occurs is a different nature than what is foreseeable, the defendant will not be liable. The test is based on the 'compensation' principle in that liability is only extended to reasonably foreseeable damage.*
- <sup>43</sup> Katherine A. Kelly, 'The assumption of risk defense and the sexual transmission of AIDS: A proposal for the application of comparative knowledge' (April, 1995) 143 *UPALR* 1121, hlm 1131. Menurutnya lagi 'this but for test of causation in fact governs when only one person's action contribute to the harm, as is usually the case in HIV transmission.'
- <sup>44</sup> Katherine A. Kelly, 'The assumption of risk defense and the sexual transmission of AIDS: A proposal for the application of comparative knowledge', hlm 1132. Lihat juga Mary G. Leary, 'Tort liability for sexually transmitted disease', hlm 162
- <sup>45</sup> V. H Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, Edisi ke-30, Sweet & Maxwell, London 1989, hlm 54.
- <sup>46</sup> E. Catherine and Q. Frances, *Tort Law*, hlm 283.
- <sup>47</sup> W. V. H Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, Edisi ke-30, Sweet & Maxwell, London 1989, hlm 55.
- <sup>48</sup> Norchaya Talib, *Law of Torts in Malaysia*, hlm 14. Lihat juga Norchaya Talib dan Saw Tiong Gun, *Prinsip-Prinsip Asas Tort*, hlm 116.
- <sup>49</sup> (1773) 2 W BI 892.
- <sup>50</sup> Norchaya Talib, *Law of Torts in Malaysia*, hlm 14. Lihat juga Norchaya Talib dan Saw Tiong Gun, *Prinsip-Prinsip Asas Tort*, hlm 116.
- <sup>51</sup> [1965] 2 SLK 637.
- <sup>52</sup> Lihat juga Norchaya Talib dan Saw Tiong Gun, *Prinsip-prinsip Asas Tort* hlm 116-117.
- <sup>53</sup> *Cole lwn Turner* (1704) 6 Mod 149, persentuhan yang dimaksudkan ialah sentuhan yang dibuat dalam kemarahan (*hostile touching*). Lihat juga kes *Wilson lwn Pringle* [1986] 2 All ER 440, mahkamah memutuskan bahawa persoalan sama ada suatu tindakan itu 'hostile' atau tidak ia merupakan persoalan fakta. Mahkamah menyatakan 'hostility need not necessarily mean malice or ill will, but they did not make it clear exactly what hostility did mean'.
- <sup>54</sup> *Collins v Wilcock* [1984] 3 All ER 374. Oleh yang demikian sentuhan dalam kes biasa walaupun terdapat kekasaran ia tidak semestinya dianggap sebagai 'hostile touching.'
- <sup>55</sup> Norchaya Talib, *Law of Torts in Malaysia*, hlm 16.
- <sup>56</sup> [1953] CLY 3726. Lihat jug kes *Tiong Pik Hiong v Wong Siew Gieu* [1964] 30 MLJ 181, di mana defendan telah didapati bersalah melakukan serang sentuh ke atas plaintiff apabila defendan telah mencakar muka dan memukul plaintiff akibat daripada cemburu akan persahabatan di antara suaminya dan plaintiff.
- <sup>57</sup> John A. Turcote, 'COMMENT: When you should have known: Rethinking constructive knowledge in tort liability for sexual transmission of HIV', hlm 264.
- <sup>58</sup> John A. Turcote, 'COMMENT: When you should have known: Rethinking constructive knowledge in tort liability for sexual transmission of HIV', hlm 264.
- <sup>59</sup> *Christian v Sheft*, N0 C 57 4153 (Cal. Super. Ct. Feb. 17, 1989).
- <sup>60</sup> Lihat juga Eric L. Schulman, 'Note: Sleeping with the enemy; Combating the sexual spread of HIV-AIDS through a heightened legal duty', hlm 963.
- <sup>61</sup> James C. Maroulis, 'Note: Can HIV - Negatif plaintiffs recover emotional distress damages for their fear of AIDS?' (1993) 62 *Fordham L. Rev.* 225, hlm 226
- <sup>62</sup> Debbie E. Lanin, 'Note: The fear of disease as a compensable injury: An analysis of claims based on AIDS phobia' (1993) 67 *St. John's Law Review* 77, hlm 78.
- <sup>63</sup> John A. Turcote, 'COMMENT: When you should have known: Rethinking constructive knowledge in tort liability for sexual transmission of HIV', hlm 265.

<sup>64</sup> John A. Turcote, 'COMMENT: When You Should Have Known: Rethinking Constructive Knowledge in Tort Liability for Sexual Transmission of HIV', hlm 264.

<sup>65</sup> *Christian v Sheft*, N0 C 57 4153 (Cal. Super. Ct. Feb. 17, 1989).

<sup>66</sup> 413 S.E. 2d 889 (W. Va. 1991)

#### RUJUKAN

- Brahams, D. 1987. AIDS and the law. *New Law Journal* 137(6318): 752.
- Catherine, E. & Frances, Q. 2005. *Tort Law*. Edisi kelima. London: Pearson Education Limited.
- Dodds, C. & Keogh, P. 2006. Criminal prosecutions for HIV transmission: People living with HIV respond. *International Journal of STD & AIDS* 16: 316.
- Faizan Mustafa dan Abu Sufyan. 1998. *AIDS, Law & Human Rights*. Edisi pertama. New Delhi: Institute of Objective Studies.
- Galyen, J. A. 1994. Case Note: Doe v. Johnson: Wrongful transmission of HIV based on traditional tort concepts. 3 *Journal of Pharmacy & Law* 209.
- Kelly, K. A. 1995. The assumption of risk defense and the sexual transmission of AIDS: A proposal for the application of comparative knowledge. 143 *UPALR* 1121.
- Lanin, D. E. 1993. Note: The fear of disease as a compensable injury: An analysis of claims based on AIDS phobia. 67 *St. John's Law Review* 77.
- Leary, M. G. 2008. Tort liability for sexually transmitted disease. 88 *AMJUR TRIALS* 53.
- Maroulis, J. C. 1993. Note: Can HIV - Negatif plaintiffs recover emotional distress damages for their fear of AIDS? 62 *Fordham L. Rev.* 225.
- Norcahaya Talib. 2003. *Law of Torts in Malaysia*. Kuala Lumpur.
- Norcahaya Talib dan Saw Tiong Gun. 2006. *Prinsip-Prinsip Asas Tort*, Sweet and Maxwell Asia. Malaysia.

Rogers, W. V. H. 1998. *Winfield and Jolowicz on Tort*. Edisi ketiga puluh. London: Sweet & Maxwell.

Schoenstein, R. C. 1998. NOTE: Standard of conduct, multiple defendants, and full recovery of Damages in tort liability for the transmission of human Immunodeficiency Virus. (Summer)18 *Hofstra L. Rev.* 37.

Schulman, E. L. 1996. Note: Sleeping with the enemy; Combating the sexual spread of HIV-AIDS Through A Heightened Legal Duty. 29 *J. Marshall L. Rev.* 957.

Sunbeck, W. 1995. Note: It takes two to tango: Rethinking negligence liability for the sexual transmission of AIDS. 5 *Health Matrix Journal of Law – Medicine* 397.

Turcotte, J. A. 2000. Comment: When you should have known: Rethinking constructive knowledge in tort liability for sexual transmission of HIV. 52 *Me. L.Rev.* 261.

Dr. Marina Hj Hashim  
Pensyarah  
Kolej Undang-Undang, Kerajaan dan Pengajian  
Antarabangsa  
Universiti Utara Malaysia  
06010, Sintok  
Kedah.  
E-mel: marina@uum.edu.my

Dr. Anita Abd Rahim  
Pensyarah Kanan  
Fakulti Undang-Undang  
Universiti Kebangsaan Malaysia  
43600 UKM Bangi  
Selangor  
E-mel: aar@ukm.my