

رقم الترتيب:

رقم التسلسل:

جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية
قسم العلوم القانونية والإدارية



مذكرة

مقدمة لنيل شهادة

الماجستير

فرع: علوم قانونية

تخصص: قانون خاص

من طرف الطالبة: داودي صحراء

تحت عنوان:

مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية

نوقشت يوم: 17 / 06 / 2006

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

رئيساً

أستاذ محاضر بجامعة بسكرة

د. الزين عزري

مناقشاً

أستاذ تعليم عالي بجامعة الجزائر

أ.د. عبد الرزاق زوينة

مدعواً

أستاذ مساعد هـ. بجامعة ورقلة

د. محمد قريشي

مقررًا

أستاذ تعليم عالي بجامعة الجزائر

أ.د. الطيب زروتي

السنة الجامعية: 2006/2005

إهداء

أهدي هذا العمل إلى والدتي

وإلى روح الوالد الطاهرة

وإلى كل من يدعو لي بالخير والتوفيق

شكر وتقدير

أقدم بجزيل الشكر

إلى كل من قدم لي يد العون في إنجاز هذا العمل

وعلى رأسهم أستاذي الكريم الطيب زروتي

المقدمة:

إذا كان الفكر البشري قد عرف منذ أمد بعيد المسؤولية القانونية للأطباء عن أخطائهم، فإن هذه المسؤولية لم تحظ في يوم من الأيام بمثل هذا الاهتمام البالغ الذي تلقتة في عصرنا الحاضر، ولعل أهم الأسباب التي أدت إلى ازدياد أهمية المسؤولية الطبية هي تطور العلم وتقدمه في ميدان الطب.¹

وتبدو حساسية هذا الميدان من خلال اتصاله بالجسم الإنساني و ما يقتضيه ذلك من احترام وتقدير، فالقضاء في حيرة بين أمرين، الأول هو حماية المرضى مما قد يصدر عن الأطباء من أخطاء تكون لها آثار سيئة، وضمان توفير العناية الطبية اللازمة من خلال تأكيد مسؤولية الأطباء، والثاني هو توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، وضمان ممارستهم لمهنتهم في جو من الثقة والأمان الكافي، ذلك لأن الطبيب الذي يشعر أنه في كل لحظة مهدد بالمساءلة، لا يستطيع أن يمارس مهنته بإبداع وابتكار، بل يتهرب من القيام ببعض التدخلات الطبية الضرورية غير المستعجلة خشية الوقوع في الخطأ، ومن ثم المساءلة، فالطبيب الذي يخاف ويخشى المسؤولية، سيمتنع عن الإقدام على فحص المريض وسلوك الطرق اللازمة التي تستدعيها حالته وعليه فإن عمل الأطباء ينبغي أن يتم في جو يكتنفه الثقة والاطمئنان.²

لذلك تطورت قواعد المسؤولية الطبية تطوراً ملحوظاً، فلم يكن من المتصور في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ولكن مع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلتهم عن الأخطاء العمدية، ثم تطورت المسؤولية بعد ذلك فأصبح رجال الطب مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم.³

ورغم تدمير الأطباء إلا أن التطور قد استمر وبدأ الالتزام ببذل عناية المفروض على الأطباء تتضح معاملة أمام القضاء، إذ أصبح على الطبيب أن يبذل أمام مريضه العناية اليقظة التي تقتضيها ظروفه وأصول المهنة على ضوء التطور العلمي، وإلا فإن مسؤوليته الطبية عن مخالفته هذا الالتزام ولو عن غير قصد يمكن أن تثور أمام القضاء.⁴

ورغم هذا التشدد في مسؤولية الأطباء فإن هذا لم يمنع الطب من أن يسير قدماً ما في تحقيق الإنجازات العلمية الكبيرة غازياً مجالات كانت محظورة عليه لأمد بعيد وأهمها مجال الجراحة التجميلية التي فرضها الواقع و الممارسة خاصة بعد الحربين العالميتين و ما نتج عنهما من مشوهين كان أملهم الأكبر هو إزالة تشوهاتهم لمواجهة الآخرين بشكل أفضل وأجمل. ومن هنا تبرز أهمية موضوعنا، إذ أنه ورغم التطور الطبي الكبير فقد بقيت الجراحة التجميلية حبيسة النظرة العدائية ومحل جدل فقهي وقضائي كبير خاصة على مستوى القانون المقارن.

ولذا فإن إشكالتنا المحورية تتمثل في: ما هي خصوصية الجراحة التجميلية التي جعلتها مثار هذا الجدل؟ وكيف تميزت المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية عن القواعد العامة في المسؤولية الطبية؟

¹ - محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق و الشريعة، العدد الأول، السنة الثالثة، الكويت، 1979، ص 7.

² - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص 13-14.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، درا الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 7-8.

⁴ - سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 6.

ولمعالجة هذا الإشكال ارتأينا أن نقسم موضوعنا إلى فصلين:

نتناول في الفصل الأول الخصوصية القانونية لجراحة التجميل، والتي تظهر بداية في مسارها التاريخي نحو افتكك المشروعية مركزياً على دور القضاء في ذلك وتأثيره على التشريع الذي بقي دائماً متحذراً ومتشدداً في آن واحد في تنظيم قواعد هذا النوع من الجراحة.

ثم سنقف على طبيعة العقد والشروط المميزة فيه لممارسة الجراحة التجميلية والمسؤوليات المترتبة على تخلف هذه الشروط أو بعضها.

ونظراً لما تثيره المسؤولية المدنية لجراح التجميل من مشاكل قانونية على المستوى العملي فقد ارتأينا أن نركز على هذا النوع من المسؤولية في الفصل الثاني. وذلك بتحليل عناصرها لنبين تميزها عن الجراحة العامة من حيث طبيعة الالتزام أولاً أين قد يرقى التزام جراح التجميل إلى حد الالتزام بتحقيق نتيجة مخالفاً في ذلك القواعد العامة في المسؤولية الطبية. وثانياً على مستوى التزام الطبيب بإعلام المريض حيث يكون ملزماً بالإعلام عن الأخطار الاستثنائية إضافة إلى الأخطار المتوقعة. أما من حيث شروط المسؤولية فإن خصوصية الجراحة التجميلية ستبدى من خلال عدة مظاهر أهمها صور الخطأ أين تبرز أهمية التحكم في التقنية ومراعاة التناسب بين المخاطر والفوائد المتوخاة من العملية.

كما سنقف على آثار مسؤولية جراح التجميل من حيث الاختصاص القضائي وتقدير التعويض عن الأضرار الناتجة عن أخطاء جراح التجميل.

وحتى يتسنى لنا الإلمام بمحاور هذا البحث إماماً كافياً اجتهدنا - في قدر المستطاع - أن نتوخى الدقة العلمية والتحليل المنطقي، فقد استعنا بالمنهج الوصفي أولاً في نقل قواعد الجراحة التجميلية، ثم المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية خاصة في القانون المقارن (الفرنسي والمصري)، وبالتالي كان المنهج المقارن - هو الآخر - حاضراً بقوة في هذه الدراسة، وذلك لإبراز التفاوت بين القوانين في معالجة هذا الواقع مع التركيز على القانون الجزائري.

الفصل الأول:

الخصوصية القانونية لجراحة التجميل.

إن الأعمال الجراحية التي تقع على الجسم البشري تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أعمال الجراحة العلاجية (chirurgie thérapeutique)، وهي التي تعني بعلاج المريض مما يعاني منه وتخليصه من الآلام، أو محاولة تحقيق الوصول إلى هدف أساسي وهو شفاء المريض، وصور هذه الأعمال قد لا تقع تحت حصر، فمنها معالجة الجروح، وإزالة الأورام السرطانية، وجراحة القلب، وغيرها من أنواع الجراحات الأخرى¹. وتعرف هذه الأعمال بأنها تلك التي تعنى بعلاج الأمراض التي لا يمكن شفاؤها إلا بالتدخل الجراحي ويكون قصد الشفاء فيها ملحوظا.

القسم الثاني: أعمال جراحة التجميل أو جراحة الشكل (chirurgie esthétique) وهي التي لا يكون الغرض منها علاج مرض بل إزالة تشويه في الجسم.²

والبحث في جراحة التجميل إنما يعني بيان مفهومها وكذلك عرض ما آل إليه التطور التشريعي والقضائي والفقهي بشأن مدى مشروعيتها، وتحديد الجوانب الخاصة بالعقد الطبي في الجراحة التجميلية، وبيان تنوع المسؤولية فيها. وسوف نخصص لكل من ذلك مبحثا مستقلا على النحو التالي:

المبحث الأول: جراحة التجميل بين الحظر والإباحة.

المبحث الثاني: العقد الطبي في الجراحة التجميلية.

المبحث الثالث: تنوع المسؤولية في الجراحة التجميلية.

¹ - مندر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1995، ص 5 - 6.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 291.

المبحث الأول:

جراحة التجميل بين الحظر والإباحة.

تعد جراحة التجميل من الأعمال الطبية التي أثير الجدل بشأن مشروعيتها، ومرد ذلك طبيعة الهدف الذي تتوخاه بصفة أساسية والمرتكز في الناحية الجمالية لا العلاجية.¹

وسنحاول قبل الخوض في مسألة المشروعية أن نلم بماهية الجراحة التجميلية (المطلب الأول)، ثم نتناول موضوع المشروعية مشيرين إلى رحلة الجراحة التجميلية من اللامشروعية لعهد طويل إلى المشروعية التي فرضها الواقع وذلك على مستوى القانون المقارن (المطلب الثاني)، ثم القانون الجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

ماهية جراحة التجميل.

إن جراحة التجميل ليست كباقي الجراحة يقصد بها الشفاء من علة، وإنما الغاية منها إصلاح تشويه يחדش الذوق، أو يثير الألم، أو النقمة، أو الاشمئزاز في النفوس، ولم يكن هذا النوع من الجراحة حديثا، إنما لها تطبيقات قديمة.² ولقد تعددت وتنوعت تعريفات الجراحة التجميلية من قبل فقهاء القانون ورجال الطب، تبعا لتعدد أنواعها وأسبابها لذا سنتناول التعريف بجراحة التجميل في (فرع أول)، ونبين أنواعها في (فرع ثان)، ونحدد أسبابها في (فرع ثالث).

الفرع الأول:

التعريف بجراحة التجميل.

جراحة التجميل *chirurgie esthétique* هي في الأصل كلمة يونانية، مكونة من مقطعين: الأول *keirourgia* ويقصد به العمل اليدوي، والثاني *Aisthétikos* ويعني القدرة على الإحساس المتولدة من الشعور بالجمال.³ لقد ذهب البعض إلى تعريف الجراحة التجميلية قائلًا هي التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي.⁴ كما يذهب البعض إلى اعتبارها جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه.⁵

فجراحة التجميل بمقتضاها الذي ذكرناه لا يقصد منها تحقيق غرض شفائي، إذ لا تتم من أجل إعادة الصحة لعضو في المريض، وإنما من أجل إصلاح بعض التشوهات الطبيعية كأنف معوج أو واسع الفتحتين أو توسيع عين أو إزالة ندبة

¹ - محمد سامي الشوا، مسؤولية الاطباء وتطبيقا في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 145.

² - عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، الطبعة الأولى، 1967، ص 396.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 146.

⁴ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 6. وأنظر في ذات المعنى: عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981، ص 192.

⁵ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالمدينة، مكتبة الصحابة، السعودية، 1992، ص 182.

بالوجه، أو التشوهات التي يصاب بها الإنسان نتيجة حروق وإصابات في حوادث مختلفة، وبالتالي الجراحة التجميلية تؤدي إلى تخلص الجسم من عارض غير طبيعي.¹

بناءً عليه ذهب الدكتور (لويس دارتيغ) louis dartigue إلى تعريف الجراحة التجميلية بأنها مجموعة العمليات المتعلقة بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية والاجتماعية للفرد.²

إن العيوب التي تبدو على الجسم البشري، قد تكون ظاهرة كعيوب الوجه واليدين والرأس، حيث تلاحظ من الناس في الحياة الاعتيادية، أو قد تكون غير ظاهرة كالحروق على البطن أو الظهر، وهي عيوب مهما كان مصدرها لا تبدو للعيان إلا في مناسبات خاصة كمشاهدة الحروق أثناء السباحة، أو ظهور التشوهات أثناء الألعاب الرياضية وغيرها.³

وفي هذا السياق يمكننا القول أن جراحة التجميل ليست بعلم جديد، بل إنها حرفة قديمة، فقد أجريت في الهند عام 600 قبل الميلاد أول عملية تشكيل أنف جديد باستعمال جلد الجبهة، حيث كانت عقوبة اللص هناك جدد الأنف، وكذلك قام ابن سينا وابن رشد وهما من الجراحين العرب باستئصال الجلد الزائد من الجفون وذلك في القرن العاشر الميلادي.

كما قام جراح بيزنطي بأول عملية لتصغير حجم الثدي في القرن السابع الميلادي، وأما بالنسبة لعمليات شد الجلد بمنطقة الوجه والبطن فقد بدأ إجراؤها في أواخر القرن التاسع عشر.⁴

غير أن جراحة التجميل ظهرت بشكل واضح بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية بحيث أصبحت لها أصولها وتعاليمها.⁵ وتطورت جنباً إلى جنب مع الجراحة العلاجية، وقد بلغ من تقدم هذا النوع من الجراحة أن أصبح يمكن جمع حتى عظام الفك المتناثرة، وأن يعوض الإنسان عن أي جزء يفقده من جسده.⁶

وقد شهدت جراحة التجميل تطوراً ملحوظاً في النصف الثاني من القرن العشرين ويرجع ذلك إلى تطور دراسة فن التجميل في كل من فرنسا وألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية، واتسع مجال هذه الجراحة بحيث أصبح يشمل علاج الجروح والتشوهات الناتجة عنها، وعلاج العيوب الخلقية كالشفاه الأرنبية والأذن ناقصة النمو والأصابع الملتصقة أو الزائدة وجراحة أورام الجلد الحميدة والخبيثة خاصة في مناطق الوجه والعنق.⁷

كما أن تطور علم الميكروسكوب المركب، وتطور علم الجراحة أديا إلى ظهور ما يسمى بعلم الجراحة الدقيقة تحت الميكروسكوب، التي بدورها ساهمت بشكل فعال في تحقيق إعادة زراعة الأعضاء المبتورة من الأطراف مثل الأصابع واليد،

¹ - جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 426-427.

² - يعبد لويس دارتيغ من المؤسسين لجراحة التجميل، وكان يشغل مدير الجمعية العلمية لجراحة التجميل. أنظر: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 291. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 146.

³ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 7.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 146 - 147.

⁵ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 396. بسام محتسب بالله، للمسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1984، ص 207. وأنظر كذلك: ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2004-2005، ص 146.

⁶ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 8.

⁷ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 147.

وساهمت أيضا في نقل بعض الأنسجة في الجسم من مكان لآخر لأغراض تجميلية، بحيث أصبحت الجراحة تحت الميكروسكوب من أساسيات جراحة التجميل و ضرورتها.¹
ومن عوامل تطور هذه الجراحة أيضا تطور الأعضاء الصناعية المصنوعة من مادة السيلكون.²

الفرع الثاني:

أنواع جراحة التجميل.

تنقسم عمليات جراحة التجميل إلى نوعين: جراحة تجميل ترميمية وجراحة تجميل تحسينية.

1. الجراحة الترميمية: La chirurgie reconstructrice: ويطلق عليها أيضا الجراحة التصليحية، وهي تهدف إلى علاج تشوهات خلقية إما بال ميلاد أو الاكتساب.³
فإذا نظرنا إلى العيوب التي تبدو على الجسم البشري نجدها على قسمين:

أ- عيوب خلقية: وهي عيوب ناشئة في الجسم من سبب فيه لا من سبب خارج عنه، فيشتمل ذلك على نوعين من العيوب هما: العيوب الخلقية التي ولد بها الإنسان، ومثلها الشق في الشفة العليا، التصاق أصابع اليدين والرجلين، والعيوب الناشئة عن الآفات المرضية التي تصيب الجسم، ومثلها عيوب صيوان الأذن الناشئة عن الزهري والجذام والسل.

ب- عيوب مكتسبة (طارئة): وهي العيوب الناشئة بسبب خارج الجسم، كما في العيوب والتشوهات الناشئة عن الحوادث والحروق، ومن أمثلتها، كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث المرور، تشوه الجلد بسبب الحروق.⁴

2. الجراحة التحسينية La chirurgie esthétique: وهي التي لا تتجه أصلا إلى تحقيق الشفاء، وإنما تهدف إلى علاج بعض التشوهات البسيطة، كون أصحابها يرون أنها تؤثر على الجمال والكمال الجسدي، كالأنف الطويلة أو إزالة ندبة أو تقوية النهدين.⁵

فهذه الجراحة تهدف إلى تحسين المظهر وتجديد الشباب.¹ والمراد بتحسين المظهر هو تحقيق الشكل الأفضل والصورة الأجمل دون وجود دوافع ضرورية أو لازمة لذلك.² أما تجديد الشباب فالمراد به إزالة الشيخوخة، فيبدو المسن بعدها وكأنه في عهد الصبا.³

¹ -طلال عجاج، المرجع السابق، ص 291-292.

² -محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 147.

³ -طلال عجاج، المرجع السابق، ص 292. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 147-148. رابيس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 149.

وأنظر كذلك:

cyril clément, la responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé, les études hospitalières éditions, 2001, P57.

⁴ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أطروحة الدكتوراه السالفة الذكر، ص 183 - 184.

⁵ -Ossoukine abdelhafid, traité de droit médical, publications du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003, P 131.

أنظر أيضا: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 292.

والعمليات المتعلقة بهذه الجراحة تنقسم إلى نوعين:

أ. عمليات الشكل: فمن أشهر صورها:

تجميل الأنف: بتصغيره وتغيير شكله من حيث العرض و الارتفاع.

تجميل الذقن: بتصغير عظمه إن كان كبيرا، أو تكبيره بوضع ذقن صناعي يلحم بعضلات وأنسجة الحنك إن كان صغيرا.

تجميل الثديين: بتصغيرهما إذا كانا كبيرين، أو تكبيرهما بحقن مادة معينة مباشرة في تحويتهما.

تجميل الأذن: بردها إلى الوراء إن كانت متقدمة.

تجميل البطن: بشد جلدتها وإزالة القسم الزائد بسحبه من تحت الجلد جراحيا.

ب. عمليات التشبيب:

هذه العمليات تجري لكبار السن، ومن أشهر صورها:

تجميل الوجه: بشد تجاعيده سواء برفع جزء منه، ومن الرقبة، وهو ما يسمى بالرفع الكامل، أو تجميله بعملية القشر

الكيمائي.

تجميل الأرداف: وذلك بإزالة المواد الشحمية في المنطقة الخلفية العليا، أو المنطقة الجانبية من الأرداف، ثم تشد جلدتها

ويهدب حجمها بحسب الصورة المطلوبة.

تجميل الساعد: بإزالة القسم الأدنى من الجلد والشحم.

تجميل اليدين: ويسمى في عرف الأطباء بتحديد شباب اليدين، وذلك بشد التجاعيد الموجودة في أيدي المسنين والتي

تشوه جمالها.

تجميل الحواجب: بسحب المادة الموجبة لانتفاخها، نظرا لكبر السن وتقدم العمر.⁴

وتجدر الإشارة إلى أن عمليات الأنف والثدي هي أكثر التدخلات التي تؤدي إلى قضايا، لأنهما أكثر التدخلات المطلوبة

في الجراحة التجميلية.⁵

بعد التطرق إلى أنواع الجراحة التجميلية وتحديد صورها، ينبغي الإشارة إلى أن فريقا من الفقهاء يذهب إلى القول بأن

النوع الأول أي الجراحة الترميمية تخضع لنفس قواعد المسؤولية الطبية العادية، حيث تهدف إلى قصد الشفاء حقيقة، في

حين أن جراحة التجميل التحسينية تحكمها المسؤولية الطبية المشددة من نواحي معينة، سواء بالنسبة لرضا المريض وتبصره

بكافة المعلومات المرتبطة بها، أو الموازنة الدقيقة بين مخاطرها وفوائدها، فالهدف منها تحسين شكل عضو معافي من الناحية

الصحية أو بالأحرى تحقيق غرض جمالي بحت.⁶

¹ – Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, Responsabilité médicale de la chirurgie à l'eshétique, Arnette, paris, 1992, P92.

² – Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, 440-3, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993, p 7-8.

³ – عشوش كرم، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 136.

⁴ – محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أطروحة الدكتوراه السالفة الذكر، ص 191-192.

⁵ – أنظر تفاصيل ذلك: Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, op,cit, P 95.

⁶ – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 106-107. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 148.

بينما يذهب فريق آخر إلى عدم التفريق بين أنواع الجراحة التجميلية من حيث قواعد المسؤولية بحيث يخضع الجميع إلى المسؤولية الطبية المشددة.¹

الفرع الثالث:

أسباب جراحة التجميل:

تتمثل أسباب جراحة التجميل فيما يلي:

1. طبيعة المهنة:

قد يعوق عمل كل من الممثلة أو الراقصة أو لاعبة السيرك أو السكرتيرة الإدارية، مجرد تشوه بسيط، قد يفضي إذا لم يتم إزالته، إلى قدر من التذني في المستوى المهني المطلوب، وبما يؤدي في النهاية إلى عرقلة الحياة الاجتماعية لصاحب هذا التشوه، أو على الأقل يجعل من مواجهة الحياة عبء ثقيل الوطأة.²

وفي هذا الصدد أدانت محكمة استئناف باريس في 5/جوان/1962 جراحا بلاستيكيًا لكون النتيجة المرجوة كانت ناقصة بل مشوهة لتدخل جراحي على فنان، مما أدى إلى توقف الفنان عن مهنته، وكان تسبب القضاة لقرارهم هو عدم التناسب بين الخطر والفائدة المرجوة لهذا الشخص، الذي كان مظهره ضروريا لممارسة مهنته، لكونه فنانا يقدم أعماله أمام الجمهور.³

2. اضطرابات نفسية:

فجراحة التجميل ذات صلة وثيقة بعلم النفس إذ أن كثيرا من الأمراض النفسية، كالكآبة والانطواء، والشعور بالحزن والعزلة الاجتماعية وغيرها يعود سببها إلى قبح الشكل، حيث يسعى صاحب التشوه إلى محاولة إصلاح شكله بعملية تجميلية أو يسعى إلى إنهاء حياته.⁴

فإجراء هذه الجراحة قد يفتح لصاحبها أبواب الزواج والرزق، وقد تتحسن بها حالته النفسية، غير أن عدم إجرائها قد يعرض صاحبها للاستهزاء و السخرية بما يعرضه للاضطرابات العصبية والنفسية، وتجعل حياته عبئا قد يدفعه إلى التخلص منها بالانتحار إذا توافرت عوامل أخرى.⁵

3. تحسين الشكل الخارجي للإنسان:

إن مجتمعنا الحالي كأى مجتمع متطور، يعطي أهمية لمفاهيم الجمال، فمعظم أغلفة المجالات هي لصور، وغالبا ما تكون نساء، يعكس معايير الجمال التي وصفها مجتمع الاستهلاك، هذه الظاهرة الثقافية لها من النتائج أن تؤثر على استهلاك

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 10، وأنظر: الهامش العاشر من ذات الصفحة.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 148 - 149.

³ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 5/جوان/1962، أشار إليه:

Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, op,cit, P 125.

⁴ - أثبتت الإحصائيات أن 29% من المنتحرين في لندن بعد الحرب العالمية الثانية، كانوا مصابين بمرض جسيمي عام. أنظر: منذر الفضل، المرجع السابق، ص 8-9.

⁵ - السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 41.

منتجات العلاج، ثم بدرجة أقل، اللجوء إلى الجراحة التجميلية، وهذا من أجل إحداث ملائمة بين المعايير الثقافية والمظهر المرغوب فيه.¹

لذلك تعتبر جراحة التجميل أحد الوسائل الناجحة لتحسين الشكل الخارجي للإنسان، وقد صدق الشاعر الإنجليزي kipling حين قال: ((إذا كان كل ما لديك هو الجمال وحده ولا شيء سواه، فأنت تملك أفضل شيء خلقه الله)).²

المطلب الثاني:

جراحة التجميل في القانون المقارن.

لقد كان القانون المقارن وعلى رأسه القانون الفرنسي سابقا في التكفل بمعالجة هذا النوع من الجراحة انطلاقا من واقعه الذي فرض عليه ذلك. وإن لم يكن بالسرعة المفترضة إلا أنه استطاع أن يتدارك النقص خاصة على مستوى أهم مصدر من مصادر القانون وهو التشريع (الفرع الأول).

ولئن جاءت المعالجة التشريعية متأخرة فإن القضاء قد كان المبادر في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللامشروعية الذي كان يطوقها لتخرج إلى المشروعية ولو بشكل من التشدد (الفرع الثاني). وانطلاقا من موقف القضاء راح الفقه ينظر لقواعد هذه الجراحة وضوابطها من أجل تنوير رجل القضاء ورجل التشريع ولا محالة أنه نجح في ذلك إلى حد ما (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

جراحة التجميل في التشريع المقارن.

إذا كانت جراحة التجميل قد بدأت رحلتها في فرنسا نحو انتهاك الشرعية منذ 1931، فإن المشرع الفرنسي لم يعالج الجراحة التجميلية صراحة إلا في القرن الجديد من خلال قانون 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى و نوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية إذ نبّده صرح - ولأول مرة - بالقواعد المنظمة للجراحة التجميلية وذلك من خلال المواد L 6322-1 التي تضمنت شروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية، حيث جاء فيها ~~كما~~ إن أي تدخل جراحي تجميلي حتى في المؤسسات العلاجية المذكورة في الكتاب الأول لا يمكن أن يتم ممارسته إلا بتوفر منشآت مقبولة تلي الشروط التقنية للعمل المنصوص عليها في المادة 3-6113-L.

إن إنشاء منشآت جديدة يجب أن يخضع لترخيص من السلطة الإدارية المختصة إقليميا. هذا الترخيص هو محدد المدة ويتم بعد زيارة تقوم بها السلطة المختصة للتأكد من توفر الشروط. ويعتبر الترخيص باطلا بعد ثلاث سنوات إذا لم تبدأ المنشأة العمل. وكذلك فإن أي توقف عن الممارسة لمدة تفوق ستة أشهر تؤدي إلى بطلان الترخيص إلا إذا تم ذلك بموافقة السلطة المختصة. وفي كلتا الحالتين فإن البطلان يجب أن تؤكد السلطة الإدارية المختصة.

يتم سحب الترخيص إذا ما كانت منشأة ما موضوع لحمل الدعاية لا يهتم إن كانت مباشرة أو غير مباشرة.

¹ - cyril clément, op,cit,P59.

² - ((si vous avez la simple beauté et rien d'autre, vous avez à peu près ce que dieu à fait de mieux)).

وهذا السحب يكون جزئياً أو كلياً من طرف السلطة المختصة وفق الدوافع والشروط المحددة في المادة L 6122-13...¹.

ثم المادة L 6322-2 من نفس القانون المتضمنة لشروط الإعلام والتي جاء فيها مايلي:
يجب قبل كل استفادة من خدمات الجراحة التجميلية أن يقوم الجراح بإعلام المريض أو ممثله الشرعي عن الأخطار والنتائج والمضاعفات المحتملة. هذه المعلومات يجب أن ترفق بتقدير للتكاليف يكون مفصلاً. ويجب أن يحدد أجل معين يحترم من طرف الطبيب بين تسليم فاتورة التكاليف ويوم العملية. خلال هذه المدة لا يترتب على المريض أي التزام سوى دفع أتعاب الطبيب عن الفحوص والاستشارات السابقة للعملية².

كذلك المادة L 6322-3 التي مهدت لصدور الأمرين 776-2005 و 777-2005 وذلك من أجل تحديد شروط الترخيص التي نصت عليها المادة L 6322-1 ومدة التفكير والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية³. ولقد جاء الأمر 776-2005 المؤرخ في 11 جويلية 2005 ليحدد تلك الشروط، ثم الأمر 777-2005 المؤرخ بنفس التاريخ المتعلق بمدة التفكير المنصوص عليها في المادة L 6322-2 من قانون الصحة والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العمومية. وسيأتي التفصيل في هذه الشروط لاحقاً.

إن خلفية الحظر الذي عاشته جراحة التجميل في فرنسا كغيرها من الدول كانت السبب الرئيسي في تأخر المشرع كل هذه المدة في التقنين لقواعد الجراحة التجميلية، بل إن هذه الخلفية بقيت موجودة حتى بعد النص صراحة على مشروعيتها. وذلك من خلال التشدد في منح الترخيص في إقامة منشآت الجراحة التجميلية، والصرامة في المسؤولية الناتجة عن ممارستها.

إن غطاء المشروعية قبل هذه النصوص الصريحة كان يلتمس من خلال القواعد العامة المنظمة للعمل الجراحي فنجد على سبيل المثال المادة 18 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي نصت على ضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر العملية الجراحية وفوائدها، وتعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد التي يجب إعمالها في ميدان الجراحة التجميلية، وكذلك تضمنت المواد 11، 12، 13 من قانون أخلاقيات المهنة التزام الطبيب بالسرية المهنية الذي يعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق جراح التجميل وذلك لأن الأمر يتعلق بجمال الجسم، كما جاء في المادة 23 من قانون أخلاقيات المهنة وجوب عدم ممارسة مهنة الطب ممارسة تجارية رغم أن وسائل الإعلام أضفت على هذه الجراحة طابعاً تجارياً، وذلك لاتصال هذه المهنة بالجسم الإنساني وما يقتضيه ذلك من احترام وتقدير، إضافة إلى ذلك تضمنت المادتين 67 و 68 من قانون أخلاقيات المهنة على أنه لا يسوغ للطبيب أن يثبت على الورق المخصص للوصفات أو لوحات باب عيادته إلا الشهادات والمؤهلات المعترف بها تؤكد على عدم جواز تجاوز الطبيب لاختصاصه.

الأمر الذي بقي سائداً في كثير من التشريعات كالتشريع المصري الذي لم ينص صراحة على قواعد تنظيم الجراحة التجميلية رغم أن القضاء قد أباح الجراحة التجميلية منذ 1933.

¹ - أنظر المادة L 6322-1 الواردة في القانون 303-2002 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية.

² - أنظر المادة L 6322-2 الواردة في القانون 303-2002 المشار إليه سابقاً.

³ - أنظر المادة L 6322-3 الواردة في القانون 303-2002 المشار إليه سابقاً.

أما التشريع العراقي والذي عرف عمليات الجراحة التجميلية منذ 1953، فإنه لم ينظم الموضوع إلا من خلال تعليمات السلوك المهني لعام 1985، حيث تحدثت عن الاختصاص كشرط ضروري لأداء هذا النوع من الجراحة، وإن كان ظاهر النص العموم إذ جاء فيه كما يقصد بالاختصاص حصول الطبيب على معرفة خاصة وجدارة وحذق في فرع من فروع الطب يمنح بموجبها لقب الاختصاص في الفرع الذي اختص فيه، إن ما منحته شهادة التخرج للطبيب العادي من حق الممارسة العامة في نطاق واسع تلزمه بنفس الوقت بعدم تجاوز حدود اقتداره في ممارسة عمل من الأعمال الطبية التي لم يألف ممارستها ويتطلب مهارة خاصة تدخل في نطاق الاختصاص... [X].¹

إلا أن لفظ الاختصاص يحتم علينا أن ندرك أن الجراحة التجميلية اختصاص قائم بذاته وذلك انطلاقاً من أن شهادة الاختصاص في الجراحة التجميلية قد وجدت منذ تشكيل أول وحدة للجراحة البلاستيكية في كلية الطب ببغداد عام 1968.²

الفرع الثاني:

جراحة التجميل في القضاء المقارن .

يعتبر القضاء الفرنسي صاحب الفضل في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللامشروعية الذي كان مضروباً عليها لأمد بعيد، غير أن هذا الموقف إنما جاء بعد تردد طويل، فقد كان هذا القضاء ينظر للجراحة التجميلية أنها مجرد وسيلة لإرضاء شهوة الدلال عند النساء،³ ومن ثم كانت روحه مشبعة لا بالشك والريبة فحسب، بل بالسخط والكراهية أيضاً،⁴ فبينما كان يقرر أن رضا المريض يعني الطبيب من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم عن العمل الجراحي إذا لم يرتكب خطأ في تطبيق قواعد المهنة، نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الأعمال التجميلية، عند حدوث نتائج ضارة حتى ولو أجرى الجراحة التجميلية طبقاً لأصول الفن الطبي، بل حتى ولو لم يرتكب أي خطأ في الجراحة.⁵

وتطبيقاً لذلك اعتبرت محكمة استئناف باريس في 23/جانفي/1913⁶ "بمجرد الإقدام على علاج لا يقصد به إلا تجميل من أجرى له، خطأ في ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العلاج، وليس بذي شأن أن يكون العلاج قد أجرى طبقاً لقواعد العلم والفن الصحيحين".

وقد صدر هذا القرار في قضية ملخصها أن فتاة كانت تعاني من ظهور شعر كثيف نسبياً في منطقة الذقن، الأمر الذي حملها إلى التوجه لطبيب التجميل كي يساعدها في وضع حد لهذا العيب، وما لبث أن قام الأخير بمباشرة علاجها بالفعل عن طريق تسليط أشعة خاصة Radiotherapie على المنطقة المعنية، حتى أصيبت الفتاة بتشوه مستدم بالوجه.

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 68-69.

² - راجع المرجع السابق، ص 68، الهامش الأول.

³ - ومن الامثلة الواقعية الحديثة على ذلك أن ملكة جمال البرازيل -جوليانا بوج- قد أجرت أربع عمليات تجميلية وتسعة عشر تدخلاً جراحياً صغيراً حتى تتمكن من الفوز بلقب ملكة الجمال في بلادها، أنظر: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 296، الهامش الأول.

⁴ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 397.

⁵ - محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، الطبعة الأولى، 1999، ص 57.

⁶ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 23/جانفي/1913، أشار إليه: عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 397-398. محمد سامي الشوا، المرجع السابق،

وقد أحالت المحكمة الدعوى إلى خبير لكي يعد تقريراً عن الموضوع، ولكي يستظهر ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ في العلاج من عدمه.

وقد أودع الخبير تقريره و انتهى فيه إلى انتفاء شبهة الخطأ المهني في حق الطبيب، على أساس أن المريض هو الذي طلب العلاج، وأن الطبيب استخدم في ذلك الوسائل العادية.

إلا أن المحكمة وقد طرحت تقرير الخبير جانبا، فقد انتهت إلى إدانة الطبيب من الوجهة المدنية، وجاء في أسباب حكمها أنه إذا كان للطبيب من حيث الأصل الحرية في استخدام وسيلة علاجية معينة متى اقتضت صحة المريض وحالته المرضية ذلك، إلا أن هذا الأصل لا ينطبق على جراحة التجميل والتي تهدف إلى مجرد إصلاح عيب بدني لا الشفاء من المرض في حد ذاته، ومن ثم فليس من مصلحة العلم ولا المريض نفسه، أن يسمح بتعريض هذا الأخير لخطر الموت، أو خطر إصابة بالغة في سبيل الوصول إلى تحقيق نتيجة بسيطة وغير هامة وهي إصلاح عيب جسدي فواجب الطبيب يقتضي منه في هذه الحالة - بوصفه أكثر علما من غيره باحتمالات فشلها و احتمالات الخطورة المترتبة عليها- أن يرفض هذا التدخل.

وقد طعن في الحكم السابق أمام محكمة النقض الفرنسية، إلا أنه رفض، وجاء في حكم النقض المشار إليه: أن الطبيب حين يجد نفسه أمام حالة لا يطلب منه فيها شفاء مرض، بل مجرد إصلاح عيب جسدي أو إخفائه، فإن هذا الهدف، لا تبرر السعي إليه، لا مصلحة المريض ولا مصلحة العلم، نظرا لضالة المصلحة المتبتغة من التجميل.

وأضافت محكمة النقض أن الطبيب الذي أجرى العملية موضوع الدعوى، هو أكثر الناس علما بنتائجها وفشلها المحتمل، لذلك كان يجب عليه أن يمتنع عن إجرائها، وأن محكمة الموضوع حين استخلصت من هذه الظروف والملابسات ما يستوجب مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي أحدثته، فإن حكمها قد لاقى تطبيقا سليما للقانون والمادتين 1382-1383 من القانون المدني الفرنسي.¹

وكان لهذا القضاء صداه في عالم القضاء الفرنسي، فقد تأيد من قبل محكمة النقض، واطردت الأحكام في هذا الموضوع،² إلى أن صدر حكم محكمة السين في 25/فيفري/1929، وخلاصة القضية³ أن فتاة كانت تعاني من تضخم شحمي في ساقها اليمنى، فاستشارت طبيبا مختصا في الغدد، والذي نصحتها بالعدول عن إتباع أي علاج طبي في هذا الشأن، ولكن وتحت تأثير رغبتها الملحة، فقد أحالها إلى طبيب جراح، و الذي قام بدوره بفحصها وأدخلها إحدى

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 158.

² - قضت محكمة ليون على طبيب لأنه تسبب في حدوث ندوب وجروح في نهدى امرأة عجوز، لمحاولته إجراء عملية شد لجلدها، ثم أيد الحكم في قضية مماثلة من محكمة النقض الفرنسية عام 1920، أنظر: محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 59.

³ - حكم محكمة السين، في: 25/فيفري/1929، أشار إليه: عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 95. بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 209.

المستشفيات، حيث قرر إجراء عملية في ساقها، والتي انتهت بالفشل نظراً لإخفاقه في خياطة الجروح الناشئة عنها بسبب طبيعة أنسجة جسمها التي استعصت على الالتئام، وقد ترتب على ذلك تفشي ((الغنغرينا)) في مكان العملية، فقرر الطبيب المعالج باستحالة إنقاذ المريضة إلا ببتير ساقها، وفعلاً قام الطبيب بهذا الإجراء، وبعد أن قضى الأمر على هذا النحو، سارعت المريضة برفع دعوى تعويض ضد الطبيب نظير ما أصابها من أضرار.

وقد أدانت محكمة السين مسلك الطبيب، وقررت بوجوب مساءلته من الناحية المدنية والحكم عليه بالتعويض، وجاء في أسباب حكمها:

إن جسامه الخطر الذي تعرضت له المريضة واضح على نحو لا يقتضي إحالة الدعوى إلى خبير مختص.

إن مجرد واقعة إجراء عملية جراحية على عضو سليم من الجسم مع اقتصار هدفها على مجرد تصحيح تشوه جسدي دون أن يكون هذا التدخل الجراحي لازماً لضرورة علاجية، فإن ذلك يكون في حد ذاته خطأ يستوجب مسؤولية الجراح. إن الخطأ المسند إلى الطبيب يستخلص من القواعد العامة، بغض النظر عن الاعتبارات الطبية، ودون حاجة للاستعانة بمعلومات أهل الفن، إذ ليس بذي شأن أن يكون الطبيب قد ارتكب خطأ فنياً في مباشرة العملية، بل أن ثبوت عدم وقوع مثل هذا الخطأ ليؤكد خطورة العملية في ذاتها، وقد أدت إلى بتر ساق المريضة بعد أن عرضتها للموت، رغم اتخاذ الاحتياطات وإتباع قواعد الفن.

ولقد حاول الطبيب دفع المسؤولية عنه بأنه اضطر إلى القيام بالعملية تحت ضغط المدعية التي انتابها اليأس جراء تردده في إجراء العملية، إلا أنه لم يفلح، لأن المحكمة ردت دفعه بأنه كان من الواجب عليه إحالة الأمر إلى أخصائي في الأمراض النفسية وتأجيل العملية لفترة أخرى.

ويقول (Kornprobst) بأن هذا العيب الذي كانت تعاني منه الفتاة لم يكن له أهمية وقت صدور الحكم، لأنه كان زمن الفساتين الطويلة، ولكن يمكن أن يكون لهذا العيب أهمية في عصرنا حيث تتنافس النساء بنشاط ومهارة على إرتداء الفساتين القصيرة.¹

وقد أثار هذا الحكم ضجة واحتجاجاً شديدين في الأوساط الطبية، بحيث يعتبر إطراده وكأنه حكم بالإعدام على الجراحة التجميلية، ولأن الأحكام في هذا الاتجاه قد تقضي على هذا النوع من العمليات على الرغم من خدماته الجليلة للإنسانية.²

وفي هذا الصدد قرر الدكتور Frutnusan: ((أنه ليس من العدل أن يعاقب طبيب وأن يسند إليه خطأ مجرد استجابته لنداء الإنسانية بتصحيح ظلم الطبيعة الذي لا تقل آثاره السيئة عن مساوئ الأمراض التقليدية بل تفوقها أحياناً، وأن القضاء المشار إليه مجرد الأطباء من سلاحهم ويفرض عليهم أن يرصدوا التقدم العلمي فقط دون ما أمل في الاستفادة منه، كما يفرض على الناس أن يعيشوا بتشوهاهم)).³

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 95.

² - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 209.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 160. رابيس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 148.

لذلك فإن نقابة الجراحين تدخلت في الدعوى - في مرحلة الاستئناف - مساندة الطبيب المستأنف، وطلبت إلغاء الحكم المستأنف، بدعوى أن الجراح لا يرتكب أي خطأ إذا قرر إجراء عملية في ظروف تميز إجراءاتها من الناحية الفنية.¹ وقضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 12/مارس/1931² بتأييد الحكم الصادر بالتعويض، ولكنها استندت في ذلك إلى أسباب مغايرة لتلك التي وردت بحكم محكمة السين، حيث قررت محكمة الاستئناف: بأنه لا يصح للمحاكم أن تقضي بمسؤولية الجراح إلا إذا قام لديها الدليل على وجود خطأ معين نشأ عنه الضرر مباشرة، وذلك مهما كان نوع العملية التي أجريت ومهما كان الغرض الذي قصد منها.

ولا يعتبر خطأ مرتباً للمسؤولية بمجرد قيام الجراح بإجراء عملية جراحية قد تعرض للخطر الشديد عضواً سليماً وذلك بقصد تعديله، ودون أن يكون من وراء هذه العملية أي فائدة خاصة لمصلحة من أجريت له، ولكن في هذه الحالة يجب أن توضح للشخص أخطار العملية توضيحاً دقيقاً، وتؤخذ موافقته على إجرائها وهو عالم بكل ما تنطوي عليه من أخطار، فإذا أهمل الجراح في تنبيه المريض إلى أخطار العملية، ارتكب خطأً موجباً لمسؤوليته.

فالمحكمة الاستئنافية بنت وسببت حكمها القاضي بالتعويض على أساس عدم إجراء الفحوص اللازمة والكافية لتفادي الأخطار المنتظرة من العملية نتيجة طبيعة أنسجة جسم المريضة من جهة، ومن جهة أخرى على أساس عدم إعلام المريضة بجميع أخطار العملية وبالاحتمالات السيئة التي يمكن أن تترتب عليها، أي أن الطبيب أجرى العملية بسرعة لا مبرر لها.

وختمت المحكمة قولها برفض تدخل نقابة الأطباء لعدم الصفة، لأن موضوع الدعوى لا يخص المساس بحرية العمل الجراحي.

وهكذا أنقذت جراحة التجميل من ذلك العداء المستحکم الذي نصبه القضاء الفرنسي لها³، إلا أنها بقيت محل ريبة، لأنه من الصعب أن تتحقق الشروط التي تبرر المساس بحرية الجسد الإنساني، وهي ضرورة شفاء المريض من علة، وأن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والفائدة المرجوة من الجراحة التجميلية.⁴

بيد أن تطور مفاهيم الحياة كان أقوى، فاستمرت مع هذا جراحة التجميل بالسير نحو تحقيق سعادة الأفراد فأدت إلى إنقاذ كثير من البشر من التشويه الذي قد يدفعهم إلى الخلاص من هذه الحياة، لذلك أصبحت جراحة التجميل فرع من فروع الجراحة الضرورية، لها تعاليمها وأصولها، وليس ثمة ما يبرر إخراجها عن القواعد العامة، لا سيما الحالات التي يرقى فيها التشويه إلى مقام العلة المرضية، كمشوهي الحرب الذين نجد أن تشويههم كثيراً ما يجرمهم من حقهم الطبيعي في الرزق، أو يجعلهم محلاً لسخرية الناس، أو مبعثاً لنقمة البشرية، كما وأن المشوهين أنفسهم قد يتعرضون من جراء تشوههم إلى حالات عنيفة من العصبية.⁵

¹ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 339.

² - قرار محكمة استئناف باريس، في: 12/مارس/1931، أشار إليه: سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 340. محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 62. ريس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 148-149.

³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 95.

⁴ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 400-401.

⁵ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 401-403. بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 209. عبد الوهاب حومد، مقاله السابق، ص 193.

لهذا يعد هذا النوع من الجراحة ضرورياً، لأنه لم يعد قاصراً على علاج الاعتلال الجسماني الذي يصيب الفرد، بل أصبح يعالج كل حالة نفسية ناجمة عن تشويه قد يكون لها انعكاس على صحة المريض، أو سلامة أعضائه.¹ وتأييداً لهذا المعنى قضت محكمة استئناف ليون في 22 مارس 1936 بما يلي:²

"بأن لا مسؤولية على الجراح في قيامه بعملية تجميل إذا كانت العملية هي الوسيلة الوحيدة في علاج امرأة من حالة تدهور نفسي شديد".

لذلك على الطبيب أن يثبت في هذه الحالة أن المريض فعلاً كان في حالة تدهور نفسي شديد وأنه لم تكن هناك وسيلة أخرى لعلاجها غير الطريقة التي أبتعها وفي هذه الحالة تكون حرية الطبيب واسعة في اختيار وسائل العلاج التي يراها مناسبة.

أما النوع الآخر من الحالات، وهي التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها إصلاح ما أفسده الدهر، وطلباً للوصول إلى درجة من الجمال الخلقي وحسنه، في هذا النوع لا يكون لتدخل الطبيب مبرر إلا إذا كانت وسيلته في إزالة التشويه الجسماني لا تنطوي بحسب السير الطبيعي للأمر على خطر ما على حياة المريض أو سلامة أعضائه، أما إذا أقدم على عملية جراحية لا تتناسب مخاطرها مع ما قد يناله الشخص من فائدة أو علاج فإنه يعد مخطئاً ويسأل عن الأضرار الناشئة عن ذلك.³

وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف ليون في 27 ماي 1936 بما يلي:⁴

"إن الطبيب الذي يقوم بإزالة الشعر الغزير من جسم سيدة بواسطة الأشعة، فإذا لم يقع منه أي تقصير في العلاج فلا يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة، متى ثبت أنه لم يكن هناك عدم تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج بالأشعة".

نخلص مما تقدم أن ما شهدته جراحة التجميل من تطور ملحوظ بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، واللتين نتج عنهما عدد كبير من المشوهين، ناهيك عن الإصابات الهائلة الناتجة عن حوادث الطرق والعمل في المصانع، وما أحرزه التقدم العملي وتطور الفكر الإنساني ورغبة الإنسان الدائمة في البحث عن الأفضل، حداً بالقضاء إلى تغيير موقفه العدائي من جراحة التجميل، والتسليم بمشروعيتها وإخضاعها للمبادئ العامة في المسؤولية التي تخضع لها العمليات الجراحية بوجه عام.⁵

¹ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 340.

² - قرار محكمة استئناف ليون، في: 22/مارس/1936، أشار إليه: عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 404-405.

³ - عيسوس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 72.

⁴ - قرار محكمة استئناف ليون، في: 27/ماي/1936، أشار إليه: منذر الفضل، المرجع السابق، ص 81.

⁵ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 298. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 105-106.

إلا أنه على الرغم من هذا التطور، فإن الوضع لم يصل إلى حد المساواة تماما بين جراحة التجميل والجراحات الأخرى، بحيث ما زال القضاء يظهر نحوها التشدد لأنها في الأصل لا تمارس لغرض علاجي،¹ ومن ثم يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة المترتبة عليها مع الهدف الكمالي والتحسيني المرجو منها، بالإضافة إلى ذلك فإن هذه الجراحة تجري في ظروف ليست مستعجلة، بحيث يكون المريض بحالة كاملة من اليقظة و التبصر، وهو ما يتطلب شروطا خاصة في رضائه ومعرفته لجوانب العملية التي يرحوها.

ومن ثم فالقضاء يتشدد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي من جهة، وفي التزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على رضائه من جهة أخرى.

كما يظهر وجه التشدد في التوسع في تحديد مفهوم الخطأ الفني، واشتراط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص في إجراء العملية، وأن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها وليست محلا للتجارب.² وعليه تم التأسيس لقواعد أكثر دقة وصرامة من طرف الاجتهاد القضائي من أجل جعل الجراحة التجميلية مقبولة قانونيا.³

أما القضاء المصري فقد تصدى لمناقشة مشروعية جراحة التجميل منذ عام 1933. حيث عرض أمر جراحة التجميل على القضاء المصري في قضية مشهورة ملخصها:⁴ أن رجلا يدعى عبد الحميد أفندي أصيب في سنة 1914 بتشوه بسيط على إثر التام دمل أصيب به في مؤخرة العنق، تاركا مكان التامه بروزا جعل منظره مشوها، ففكر في عام 1928 أن يعالج نفسه بمخترعات الطب الحديث حتى يصبح أثر الالتام رخوا متجانسا مع الجلد المجاور له، فعرض نفسه في مستشفى القصر العيني على طبيب الأمراض الجلدية (ميخائيل عازر) والذي قام بعلاجه فترة من الوقت، نصحه بعدها بالتوجه إلى طبيب متخصص في العلاج بالأشعة ليتولى متابعة علاجه.

وما لبث أن توجه المريض إلى ذلك الطبيب (مقار) والذي بدأ علاجه عن طريق الأشعة لجلسات عديدة، حتى أصيب بتقيح جلدي انتهى إلى قرحة جلدية.

فأقام هذا المريض الدعوى على طبيب الأشعة الدكتور (مقار) مطالبا بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من معالجة الندبة التي كانت تشوه رقبته.

غير أن محكمة مصر رفضت الدعوى بحكمها الصادر في 30 ماي 1933، فأقرت بذلك ضمنا مشروعية جراحة التجميل.⁵

أما محكمة استئناف مصر قضت بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء بمسؤولية الطبيب المعالج، وجاء في حيثيات حكمها: وحيث أن الفصل في هذه الدعوى يستوجب البحث أولا في المسؤولية الطبية المدنية حسب القواعد القانونية، وثانيا، تطبيق هذه القواعد على تقارير الخبراء وآراء الأطباء المودعة بملف الدعوى، وعلى الوقائع الصحيحة التي تستخلصها

¹ - M.M. hannouz et A.R. Hakem, précis de droit médical, office des publications universitaires, Alger, 1992, P64.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 106-107.

³ -Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, op,cit,P94.

⁴ - محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 73.

⁵ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 104.

المحكمة من التحقيقات والمستندات الموجودة بملف الدعوى، لمعرفة ما إذا كان المستأنف عليه مسؤولاً عن الإصابة التي وجدت في المستأنف أم لا، وأن المحكمة عندما تطرقت لوقائع الدعوى استخلصت منها أن إصابة المريض نشأت عن معالجته بالأشعة، وأن الطبيب أخطأ في تجاوزه عدد جلسات العلاج التي تسمح بها الأصول العلمية.

ومن ثم فإن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة من تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه، سواء خطأ فنياً أو غير فني، جسيمياً أو يسيراً، أما بالنسبة للأطباء الأخصائيين، فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم، لأن من واجبهم الدقة.¹ يتبين من هذا القرار أن القضاء المصري قد أقر ابتداءً بمشروعية جراحة التجميل، وإن كان قد استوجب مراعاة منتهى الدقة والشدة بالنسبة للقائمين على ممارستها باعتبارهم متخصصين في هذا النوع من فروع الطب.

وفي قضية حديثة نسبياً، عرضت أمام محكمة النقض المصرية تتخلص وقائعها:² أن سيدة كانت تعاني من حالة ترهل في جلد ذراعها، توجهت على إثره لاستشارة أحد الجراحين والذي أبدى بدوره إمكانية إزالة هذا الترهل بواسطة عملية جراحية لا تترك أي أثر، وقد أجريت العملية بالفعل ولكنها باءت بالفشل، حيث أدت إلى تشوه ظاهر بذراع المريضة، الأمر الذي دفع هذه الأخيرة على رفع دعوى ضد الطبيب المعالج، للتعويض كما أصابها من أضرار مادية وأدبية في آن واحد.

وقد نفى الطبيب الخطأ المنسوب إليه، حيث قرر التزامه بالأصول الفنية والطبية، وأن اتساع الجرح في الذراع الأيمن سببه اشتباهه في وجود ورم خبيث به، قام بإزالته بالكامل الأمر الذي استوجب إجراء عملية ترقيع.

وقد أودع الخبير تقريره مؤكداً التزام الطبيب بالأصول الطبية والفنية، وأنه اشتبه في وجود ورم سرطاني فأجرى ما يجب إجرائه في مثل هذه الحالة من استئصال الورم استئصالاً كاملاً مع ما حوله من أنسجة سليمة، مما أدى إلى عمل رقعة جلدية لقفل الجرح بعد أن اتسع نتيجة للاستئصال.

وقد رفضت محكمة أول درجة التعويض استناداً إلى هذا التقرير باعتبار عدم توافر خطأ في جانب الطبيب المدعى عليه. وقد استأنفت المضرورة الحكم، وقدمت أمام محكمة الاستئناف تقريراً استشارياً انتهى إلى أن الطبيب لم يلتزم بالأصول الفنية، فضلاً عن ارتكابه لعدد من الأخطاء في إجراء الجراحة، وأن ذلك أدى إلى تشويه جسم المدعية مما يؤثر على جمال أنوثتها بنسبة 15 % .

وقد ندبت محكمة الاستئناف خبيراً طبيياً لأداء ذات المأمورية التي أداها خبير محكمة أول درجة، وقد إنتهى هذا الخبير الثاني إلى عدم توافر أي خطأ في جانب الطبيب وأن ما حدث من تشويه إنما يرجع إلى طبيعة جلد المضرورة، وهو أمر لا يمكن للطبيب التنبؤ به قبل إجراء العملية، وأن استئصال الورم هو الذي حتم عليه الترقيع بالذراع الأيمن لتغطية الجزء الذي استؤصل منه الجلد.

¹ - قرار محكمة استئناف مصر، في: 24/جانفي/1936، أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 160-161. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 104.

² - قرار محكمة النقض المصرية، في: 26/جوان/1969، أشار إليه: إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص ص 39-43. عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، الطبعة السابعة، 2002، ص ص 1438-1441.

وقد ردت المضرورة من جانبها على هذا التقرير بتقريرين استشاريين فندا حجج الخبير المنتدب، حيث جاء بهما أن التشوه الذي أصيبت به المضرورة لا يتفق مع شروط عملية التجميل التي يشترط فيها أن تخفي عيوب الجسم، لا أن تحدث به التشوهات، وأنه ليس لطبيعة الجلد أي دخل في الموضوع، وأن الزعم بوجود ورم سرطاني كان يتعين استئصاله لم يثبت بتحليل علمي واجب الإتيان في مثل هذه الحالات.

ولكن محكمة الاستئناف رفضت الطعن وأيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض التعويض.

طعنت المضرورة أمام محكمة النقض على أساس أن حكم محكمة الاستئناف قد شابه قصور في التسيب وخطأ في تطبيق القانون على أساس أنها - أي الطاعنة - تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن التشوه الذي حدث بذراعها لم تكن تستلزمه عملية التجميل التي إتفقت مع الطبيب على إجرائها، وأن ذلك يكون خطأ ثابتاً في حقه، وأن ما ادعاه الطبيب من وجود ورم سرطاني كان يتعين استئصاله هو أمر مستحيل وفقاً للأصول العملية، وهو إدعاء غير صحيح أنكرته الطاعنة أمام قضاء الموضوع، فضلاً عن أنه إدعاء بتوافر حالة ضرورة كان يتعين على المحكمة أن تكلف الطبيب بإثباتها حيث يقع على عاتقه عبء هذا الإثبات.

وأضافت الطاعنة أن مسؤولية الجراح هي مسؤولية تعاقدية، وأن هذه المسؤولية تختلف باختلاف مستوى الطبيب العادي، فمسؤولية الطبيب الأخصائي أشد من مسؤولية الطبيب العادي، و التزام الطبيب في جراحة التجميل هو التزام بنتيجة، فإذا لم تؤد العملية إلى تجميل بل أدت إلى تشويه، فإن الطبيب يكون قد أحل بالتزامه العقدي وحقت عليه المسؤولية. وقد نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه، مقررّة مسؤولية الطبيب وجاء في أسباب حكمها: "إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاج هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي بينه وبين مريضه بشفاؤه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، أي أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول".

وتضيف بصدد تحديد الطبيعة الخاصة لجراحة التجميل:

"وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر".

وتنتقل إلى عبء الإثبات فتضيف بأنه:

"وإن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح، والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فنقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه الإهمال".

وهكذا يتسق هذا القضاء وقضاء محكمة الاستئناف السابق الإشارة إليه، وبذلك يتبلور منهج القضاء المصري بشأن مشروعية جراحة التجميل، إلا أن التشديد بشأنها ظهر جليا من خلال قرارات محكمة النقض المصرية التي أوجبت عناية أكثر في جراح التجميل، واتجاهها إلى تخفيف عبء الإثبات على المريض بإقامتها قرينة بسيطة لصالحه. أما القضاء العراقي فعلى الرغم من وجود العديد من الأخطاء الطبية سواء في مجال الجراحة التجميلية أم في مجال الجراحة العادية - وهذا ما تؤكدده الصحف اليومية التي تنشر بعض الأخطاء الطبية الجسيمة - إلا أن أغلبية الأفراد يستسلمون لفكرة القضاء والقدر بفعل الجهل أو عدم إثارة المشكلات فتذهب حقوقهم هدرًا، وفي بعض الأحيان يحرك المريض أو ممثله الدعوى الإدارية ضد وزارة الصحة أو إدارة المستشفى فيجري التحقيق الإداري وغالبا ما تصدر في حق الطبيب العقوبة التأديبية، وربما هذا ما يفسر تأخر القضاء العراقي بخصوص المسؤولية الطبية، ولهذا نادى بعض الفقهاء على ضرورة وضع قواعد وأحكام مستقلة للمسؤولية الطبية في العراق.¹

الفرع الثالث:

جراحة التجميل في الفقه المقارن.

انقسم الفقه في فرنسا إلى ثلاثة اتجاهات حول هذه الجراحة:

الاتجاه الأول: رافض لجراحة التجميل.

سلم الفقه الفرنسي في بادئ الأمر بعدم مشروعية جراحة التجميل ووصفها بأنها عمل غير أخلاقي². ومن أبرز الفقهاء الذين رفضوا جراحة التجميل الفقيه ((جارسون)) الذي لم يجز هذه الجراحة على وجه الإطلاق باعتبار أن القواعد العامة تقضي أن يكون تدخل الجراح مقصودا به تحقيق هدف علاجي³. فالعلاج هو الأساس الذي يعطي للطبيب الحق في الجراحة والتطبيب، إذ الهدف يجب أن يكون إما الشفاء من مرض أو التخفيف من الآلام، والقبح ليست مرضا⁴. وفي هذا الصدد يقول الفقيه سافتيه.

⁵((la santé est autre chose que la beauté et la laideur n'est pas une maladie)).

فقد قرر ((جارسون)) بأن: ((الطبيب الذي يتعامل في عضو سليم من أعضاء الجسم بحجة التجميل، يخرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب)).⁶

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 92-93.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 151-152.

³ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 293. رابح محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 146.

⁴ - رابح محمد، أطروحة الدكتوراه السالفة الذكر، ص 146-147.

⁵ - راجع المرجع السابق، ص 147، الهامش الأول.

⁶ - (le médecin qui sous prétexte esthétique ou plastique, s'attaque à un corps sain sort des attributions qui lui confère son diplôme).

أنظر: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 152.

إلا أن الفقيه جارسون لم يستطع أن يتمسك بهذا الرأي حتى النهاية، حيث أورد استثناءات تدخل بطبيعتها ضمن نطاق الأعمال التجميلية.¹

ويقرر أيضا ((Kornprobst)) بأنه ((يعد من قبيل الأعمال الشائنة ما يزعم به جراحو عمليات التجميل من إداء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله)).²

والواقع أن هذا الاتجاه لم يكن حاسما، فهو لم يثبت بأن جراحة التجميل لا تباشر لأغراض علاجية، فالتشوهات التي يصاب بها الإنسان تؤثر على نفسيته وعلى وضعه الصحي، فكيف يجرم جراح التجميل من معالجة شخص يشعر بالألم في حياته الاجتماعية، بينما يباح له التدخل لمعالجته من أي ألم آخر مهما كان بسيطا، خاصة وأن مهمة الطبيب لم تعد قاصرة على معالجة اعتلال الجسم، وإنما أصبح من واجبه أن يعالج المريض وكل حالة نفسية قد يكون لها أثر على صحته، ومشوهوا الحروب وما يعانونه من الآلام هو خير مبرر لإجازة جراحة التجميل، ووضعها على مستوى الجراحة العامة.³

الاتجاه الثاني: وهو يمثل الرأي الوسط.

تحت تأثير النتائج التي توصلت إليها جراحة التجميل في معالجة مشوهي الحرب العالمية الأولى والثانية، عدل الفقه الفرنسي عن وجهة نظره المتشددة وميز بين نوعين من تلك الجراحة.⁴ وانتهى إلى جواز إجراء الجراحة التجميلية في مجال العيوب البسيطة التي لا تنطوي على خطر، مثل إزالة اللحيمات الزائدة والعظام البارزة في الجسم، وشد التجاعيد في الوجه وخلع الأسنان المعوجة، وإصلاح الأنوف الناقصة، وذلك لتعرض أصحابها للسخرية بين الناس، أما العيوب الجوهرية والتي فيها مخاطر على الحياة فهي غير جائزة ولا مبرر لها.

ويمكن القول أن الدافع لأصحاب هذا الاتجاه لحصر الجراحة التجميلية ضمن حدود العيوب البسيطة، هو عدم التناسب بين المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها المريض والفائدة المرجوة من العمل التجميلي، هذا بجانب الحد من هذه الجراحة كجراحة ترف.⁵

الاتجاه الثالث: وهو الإتجاه الموسع لجراحة التجميل.

ينادي أنصار هذا الإتجاه بوجوب التوسع في هذه الجراحة، بإعتبار أنها تجدد الشباب، وتجلب السرور والسعادة للمريض، وهما شرطا قمة الإنسان، كما أن هذه الجراحة تهدف إلى تحقيق الغايات السامية حتى بات الإنسان مدينا بسعادته إليها بقدر ما هو مدين بحياته إلى الجراحة العادية.⁶

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 29.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 152.

³ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 294. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 340.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 152.

⁵ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 30.

⁶ - محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 54-55. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 91.

ومن جهة أخرى فإن فكرة المرض لم تعد قاصرة على الأمراض العضوية فقط بل والنفسية أيضا كما يقول الأساتذة مازو ونيجر ولاكاس وبيدو¹.

وفي هذا الصدد يقول البروفيسور J.p. chavoin : ((إن الجراحة التجميلية هي أحسن بكثير من المهدئات والأدوية المستعملة للاضطرابات النفسية والذهنية، ولكن بما أنها دواء فيجب أن تستعمل بحذر و باحترام القواعد الأساسية لمهنة الطب)).²

ويذهب غالبية الفقه في فرنسا إلى أن جراحة التجميل فرع من الجراحة العامة، وتخضع لقواعدها ومنها وجوب الملاءمة بين درجة العيب والخطر الذي قد يتعرض له المريض، فإذا كانت التشوهات كبيرة وتغلق باب الزواج أو الرزق في وجه المريض أو تجعله عرضة للسخرية بين الناس، فإن الجراحة التجميلية في هذه الحال ترقى إلى درجة الجراحة العلاجية.³ وهناك من يشايح الإتجاه الموسع لجراحة التجميل، بإعتبار أن مسألة التمييز بين العيوب الجوهرية و البسيطة لا تخضع لمعيار محدد، فما يعتبر عيبا بسيطا في نظر شخص معين، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى شخص آخر، كما أن إجراء الجراحة التجميلية برضا الشخص وبإذن المشرع وحسب قواعد الفن الطبي، لا يوجب قيام مسؤولية الطبيب حتى وأن حصلت بعض الأضرار الثانوية، كأن تترك العملية بعض الندب على الجسم، كما توجد بعض الأعمال الطبية التي تحمل على المخاطر الضرورية بدلا من الخضوع لليأس.⁴

وفي إنجلترا فإن جراحة التجميل تتعلق بالناحية الجمالية لجسم المريض في كثير من الحالات، ولتحسين الوضع الصحي في بعض الأحيان، وتجري عمليات التجميل برضا المريض لإصلاح التشوهات والعيوب في جسمه، ولذلك فإن الفقه في إنجلترا أجاز عمليات التجميل، اعتمادا على المبدأ السائد عندهم من أن رضا المريض يبرر كل فعل، ما لم يكن ممنوعا قانونا أو يؤدي إلى خطر كبير على حياة المريض أو صحته.⁵

أما الفقه في بلجيكا فقد أجاز عمليات التجميل ما لم تمنع من أداء واجب اجتماعي، أو أن يكون الغرض هو كسب المال، ولذلك لم يجز هذا الفقه للزوجة المنتظر أن تضع مولودها أن تقوم باستئصال بعض من ثديها لتعديل قوامها، فتعطل بذلك وظيفة الرضاع، ولم يجز للشباب أن تنتزع منه بعض غدده ليلقح بها رجل عجوز لقاء مبلغ من المال.⁶ وفي ألمانيا إن جراحة التجميل مشروعة، لأنها تلائم الغايات التي تقرها الدولة على اعتبار أنها تنطوي تحت الانظمة التي وضعتها فيما يتعلق بالصحة و استعادتها.⁷

¹ - أشار إليهم: منذر الفضل، المرجع السابق، ص31.

² - Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, op,cit,P93.

³ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 295.

⁴ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 32. وهو يشير في الهامش 15 من ذات الصفحة إلى الطفلة تيفاني التي ولدت بدون ثنانة، وساقين متلاصقتين وبدون أصابع، وكانت المعطيات الطبية في الكتب تؤكد استحالة إجراء عملية ناجحة لها، غير أن ما شجع الأطباء على القيام بالعملية هو سلامة العظام، فأجريت لها العملية وأصبحت حالتها جيدة، حيث أثبتت الحالة عكس ما هو مدون في الكتب الطبية.

⁵ - راجع المرجع السابق، ص 26.

⁶ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 293.

⁷ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 26.

أما الفقه المصري والمتأثر أساساً بالشرعية الإسلامية فذهب رأي إلى التفرقة بين العمليات الجراحية التي تهدف إلى علاج التشوهات الجسدية، وبين نوع آخر يقصد به الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها -على حد تعبيره- إصلاح ما أفسده الدهر من جمال ومحاولة التشبث بالبقاء ضد إرادة الزمن، مقررًا إباحة النوع الأول على أساس أن التشويه يرقى إلى مقام العلة المرضية ومحرمًا النوع الثاني.

وقد استند هذا الرأي إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لعن الله الواشحات و المستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والفالجات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله." ¹ وأيضًا على ما جاء في الحديث الشريف بخصوص واقعة عرفجة بن أسعد، وأيضًا ما روي عن الظاهرية أنه "إذا أراد الرجل أن يقطع إصبعًا زائدة أو شيئًا آخر فليلبس إباحة إن كان الغالب هو الهلاك، وإباحته إن كان الغالب هو النجاة." ²

ويرى الدكتور محمد سامي الشوا أن هذا الرأي يعيبه فساد في الاستدلال مرجعه الاستناد إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لعن الله الواشمة... " فالتأمل الهادئ المتروي في المعاني الواردة بهذا الحديث الشريف تفيد بأن علة التحريم فيه تنصب على خصال مكروهة في ذاتها يحصل بها الغش والتدليس، وبالتالي فلا يجوز أن نستنتج من هذا الحديث تحريم عمليات جراحة التجميل التي غايتها إصلاح ما أفسده الدهر من جمال، فقد روى ابن قدامة في كتابه "المغنى والشرح الكبير" إن حصول المصلحة من تحسين المرأة لزوجها من غير مضرة لا يجرم. وقد تحتم هذه المصلحة نفسها إجراء عمليات التجميل، وبخصوص ما استند إليه هذا الرأي فيما روى عن الظاهرية بشأن قطع أصبع زائدة، فهو لا ينهض كحجة على تحريم هذا النوع من جراحة التجميل، بل على النقيض، فهذه الرواية تفصح عن الأساس الشرعي لجراحة التجميل، والقائم على أساس فكرة الموازنة بين غلبة الهلاك أو النجاة، وأما ما دفع به هذا الرأي بخصوص واقعة عرفجة فلا يستشف منها النتيجة التي انتهى إليها بل هي أول سابقة شرعية على جواز عمليات جراحة التجميل ذاتها. ³

ويميل الفقه المصري في غالبته إلى الإقرار بمشروعية جراحة التجميل، فإزالة العيوب الخلقية ينطوي بالضرورة على علاج لصاحبها من الأمراض النفسية، ومن ثم يجب مباشرة هذه العمليات وفقًا للأصول الطبية وألا يكون من شأنها أن تنال الصحة بضرر.

وعلى كل حال أصبحت جراحة التجميل واقعا حيا في العصر الحديث، والتي يقوم بها نخبة من كبار أساتذة الطب، و اعترفت بها الهيئات العلمية وأنشأت كراسي لدارستها في أكبر الجامعات. ⁴

وعقدت المؤتمرات بهذا الشأن، ومن هذه المؤتمرات (المؤتمر المصري لجراحة التجميل) بأسلوب جراحي جديد لشد الوجه والجفون وزرع الشعر، وزرع شرائح جلدية وعضلية لإصلاح التشوهات، وقد نظمت الجمعية المصرية لجراحي التجميل و

¹ - رواه الإمام مسلم في كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشحات والمتفلجات، حديث رقم 1386، أنظر الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري، مختصر صحيح مسلم، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، 1411 هـ، ص 362.

² - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 145.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 155-156.

⁴ - محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ص 217.

الإصلاح هذا المؤتمر في 18/فيفري/1987. وتم فيه مناقشة خمسين بحثا جديدا في مجالات التجميل المختلفة وكلها تدور حول:

1. الاستخدامات المختلفة للشرائح الجلدية بشتى أجزاء الجسم بهدف إصلاح التشوهات بالرأس والرقبة خاصة بعد عمليات استئصال الأورام وإعادة بناء الثدي بعد استئصاله، وعلاج قرح الفراش والقرح المزمنة بالساق.

2. استخدام شريحة جلدية عضلية جديدة من جدار البطن لبناء مثانة بولية، في حالة التشوهات الخلقية بمجرى البول، وقد أمكن استخدام هذه الشريحة في علاج قرح الفراش المزمنة.¹

وبوجهة نظر قريبة من الفقه المصري، ذهب الفقه العراقي إلى الاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية في إباحة الجراحة التجميلية، وإن كان الأستاذ منذر الفضل يرى بأنه لا يوجد ضابط للفرقة بين الجراحة التجميلية العلاجية والجراحة التجميلية التحسينية والقول بإباحتهما، وأن الحديث الذي أُستدل به على حرمة الجراحة التجميلية التحسينية "لعن الله الواثمة..." إنما إسقاطه إسقاط خاطئ إذ أن هذا الحديث إنما تعلق بأعمال ليست طيبة وإنما أعمال عادية تحمل معاني الغش وخداع الغير.² وهو رأي مقارب لرأي الأستاذ محمد سامي الشوا.³

وعلى ضوء ما سبق في دراستنا لموقف القانون المقارن من الجراحة التجميلية فإننا نلمس ذلك الدور البارز الذي لعبه التشريع والفقه والقضاء خاصة في إضفاء المشروعية على هذا النوع من الجراحة والذي طالما نوصب العداء لغياب الهدف العلاجي في ممارسته.

كما نلمس الموقف الشجاع للمشرع الفرنسي - وإن كان متأخرا - في تنظيمه لقواعد هذه الجراحة، خلافا لكثير من التشريعات التي مازالت مهملة للموضوع رغم أهميته.

ولكن أمام هذا الوضع في معالجة الموضوع على مستوى القانون المقارن. كيف كان موقف القانون الجزائري انطلاقا من التشريع ثم القضاء والفقه؟

المطلب الثالث:

جراحة التجميل في القانون الجزائري.

إذا كان القانون المقارن قد استطاع أن يواكب التطور الموجود على صعيد الجراحة التجميلية، فإن القانون الجزائري مازال بعيدا عن تنظيم هذا الاختصاص الحساس من مجالات الطب والذي بات واقعا تكررته الممارسة.

لقد بقي المشرع الجزائري صامتا إزاء الموضوع فلم يعالجه بنصوص صريحة فاقترصر على النصوص العامة (الفرع الأول)، وعلى النهج نفسه سار القضاء والذي كان من المفترض أن يكون سباقا كما حدث في فرنسا ومصر وكثير من الدول (الفرع الثاني)، أما الفقه فتبقى مساهماته ضئيلة وحتى ما وجد منها فهو لا يترجم سوى موقف الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

جراحة التجميل في التشريع الجزائري.

¹ - راجع المرجع السابق، ص 92-93.

² - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها.

³ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 155-156.

لا يوجد حتى الآن نص قانوني ينظم الجراحة التجميلية في الجزائر صراحة بالرغم من سبق التشريعات المتأثرة بها وعلى رأسها التشريع الفرنسي.

إن غياب النص التشريعي الذي ينظم الموضوع لا يعني عدم شرعية ممارسة هذا النوع من الجراحة، بل إننا نلتمس دليل المشروعية من خلال القواعد العامة المنظمة لمهنة الطب وقواعد المسؤولية فيها.

فإباحة التجارب الطبية العلمية بموجب نص المواد 1/168، 2/168، 3/168 و 4/168 من قانون 17/90 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها والنص على ذلك صراحة، يعتبر سنداً لمشروعية الجراحة التجميلية، إذ أن الهدف العلاجي بالنسبة للمريض غائب في هذا المجال من مجالات الطب، بل إن الفائدة المباشرة للمريض موجودة في الجراحة التجميلية وقد يكون لها الدور العلاجي النفسي في حين أن التجارب الطبية العلمية قد تكون عديمة الفائدة المباشرة بالنسبة للمريض وإن عادت بالنفع على الإنسانية.

كما يمكن أن نستأنس بتلك النصوص المنظمة لنزع الأعضاء وزرعها وذلك للتشابه البين بين هذا المجال ومجال الجراحة التجميلية.

إذ قد تكون الجراحة التجميلية عن طريق زرع عضو مبتور لا يظهر أثر بتره إلا من الناحية الجمالية، وبالتالي يكون زرعه لغرض جمالي لا علاجي بحت.

حيث نجد من المواد ما يتعلق بشكل رضا المريض وهو الشكل الذي يتطلب في الجراحة التجميلية¹، ومنها ما يتعلق بشرط إبلاغ المريض بالأخطار الاستثنائية²، وهذا ما يشترط في رضا المقدم على هذا النوع من الجراحة.

كما يمكن الاستئناس بمواد أخرى وإن جاءت عامة مثل المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة برضا المريض،³ إذ يشترط أن تكون موافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة للإقدام على هذا النوع من الجراحة، كذلك ما تضمنته المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب من ضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر العملية الجراحية التجميلية وفوائدها⁴، وتعتبر هذه القاعدة أساسية في الجراحة التجميلية.

وأيضاً ما نصت عليه المواد 45، 46 و 50 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة بالتزام الطبيب بمتابعة علاج المريض، وما تضمنته المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمعدلة بموجب القانون 17/90 والمواد 36-37-38-39-40 و 41 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة بالتزام الطبيب بالسر المهني.

¹ - تنص المادة 162 فقرة أولى من قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405، الموافق لـ 16 /فيفري/ 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية، العدد الثامن، السنة 22، مؤرخة في 27 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 17 /فيفري/ 1985 على مايلي: «... وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضاءه...».

² - تنص المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها، على مايلي: «...ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع...».

³ - تنص المادة 44 من المرسوم التنفيذي 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب. الجريدة الرسمية، العدد 52، السنة 29، مؤرخة في 7 محرم 1413، الموافق لـ 8 جويلية 1992. على مايلي: «...يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المحولين منه أو من القانون...».

⁴ - تنص المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: «...يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه...».

كما تناول المشرع الجزائري شرط الكفاءة لممارسة هذا النوع من الجراحة من خلال المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تشترط حيازة شهادة الاختصاص من أجل ممارسة مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي.¹

وعلى الرغم من عموم لفظ النص وتعلقه المباشر بالاختصاصات الطبية الموجودة في الجزائر، فإن اشتراط شهادة الاختصاص في الجراحة التجميلية إنما يجد سنده في هذا النص حسب رأي بعض الأساتذة.² ورغم كل هذا الاجتهاد في تفسير هذه المواد على أنها تعالج الجراحة التجميلية كاختصاص قائم بذاته مثل الاختصاصات الطبية الأخرى، فإن القصور يظل قائما في حق المشرع الجزائري إذ يجب تنظيم المجال صراحة وبنصوص خاصة تتلاءم وخصوصياته، وذلك حماية للمقدم على هذه الجراحة بالدرجة الأولى، ولتحديد المسؤولية الطبية بوضوح حتى لا يكون الطبيب تحت رحمة السلطة التقديرية للقضاء بالدرجة الثانية. ولعل النشاط الذي تشهده الساحة الطبية الجزائرية اليوم في مجال الجراحة التجميلية سيكون الدافع للمشرع من أجل تدارك النقص الملحوظ.

الفرع الثاني:

جراحة التجميل في القضاء الجزائري.

على عكس ما كان عليه الحال في فرنسا ومصر أين لعب القضاء الدور الريادي والبارز في تحرير الجراحة التجميلية من النظرة التقليدية و الخروج بها إلى المشروعية - كما سبق وأن رأينا - فإن القضاء الجزائري كان غائبا غيابا يكاد يكون كلياً عن الموضوع فلم يسجل له موقفا فيه، على الرغم من أن الواقع الجزائري لم يشذّ عن التطور الذي عرفه العالم في ميدان الجراحة التجميلية، حيث عرف مستشفى الدويرة الجراحة التجميلية العلاجية منذ الحرب العالمية الثانية.

وإذا كان البعض يذهب إلى أن المحاكم الجزائرية لم تعرف حالات تخص الجراحة التجميلية حتى في الآونة الأخيرة³، فإن ذلك أمر مشكوك فيه لأن إقدام الجراحين العامين على ممارسة الجراحة التجميلية أمر كرسه الواقع بوضوح، ولا محالة أن تكون هناك أخطاء ناتجة عنها. بيد أن القاضي الجزائري لم يملك الشجاعة الكافية على أن يقول كلمته في الموضوع بصفة تظهر تميز الجراحة التجميلية عن الجراحة العامة مما يستوجب أن تكون لها قواعدها الخاصة التي كان من المفروض أن يكون هو - أي القاضي الجزائري - مؤسسا لها متأشيا بالقاضي الفرنسي والقاضي المصري.

كما يرد البعض هذا الغياب لرأي القاضي الجزائري إلى أن الجراحة التجميلية لا تزال في أطوارها الأولى، فلا يمكن أن نقارنها بالدول الغربية، وعليه فالقاضي الجزائري سيبدى موقفه بوضوحاً أن تصل الجراحة التجميلية إلى حد معين من التطور مما سيفرض تواجد النزاعات فيها على مستوى المحاكم.⁴

¹ - تنص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: «لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه».

² - رابح محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 152.

³ - Ossoukine Abdelhafid , op, cit, p133.

⁴ - هذا ما ذكره الدكتور رابح محمد في مقاله بعنوان المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، مجلة المحامي، العدد الرابع، السنة الأولى، 2005، سيدي بلعباس، ص 11-12.

وهنا يطرح السؤال هل كانت الجراحة التجميلية في فرنسا أو في مصر سنة 1931 و 1933 - أين قال القاضي الفرنسي والقاضي المصري كلمتهما بوضوح - على هذا المستوى من التطور؟ دون شك فإن الجواب سيكون بالنفي. وعليه فمشكلة القاضي الجزائري إنما هي ذات صلة بجرأته وقدرته على المشاركة الفاعلة في المنظومة القانونية الجزائرية. إذ أنه شهد من القضايا المتعلقة بالجراحة التجميلية ما كان من المفروض أن يعلن فيه عن الموقف المنتظر منه،¹ ولكنه لم يستطع أن يفعل ذلك. وإن فعل فلم يستطع أن يسمع الجميع!!.

الفرع الثالث:

جراحة التجميل في الفقه الجزائري.

لا يوجد موقف مستقل يميز الفقه الجزائري حول الجراحة التجميلية، وإنما نجد في بعض الكتابات القليلة في المجال نقلاً لرأي الفقه الإسلامي في الموضوع ككل أو في جزء منه.

فالأستاذ طالب عبد الرحمن يرى بمشروعية الجراحة التجميلية العلاجية انطلاقاً من كونها وسيلة لإزالة العيوب التي يتضرر بها الإنسان حساً ومعنى، وعليه فالجراحة حاجة تنزل منزلة الضرورة مما يستوجب الترخيص بفعالها إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة".

ويذهب بعيداً في الضرر الحسي حيث يرى أن العلاج متى كان لإراحة المريض وإسعاده فهو مباح ولو كان المرض معنوياً مستنداً على قول الشيخ أحمد الألوسي: "...إزالة الضرر الحسي والمعنوي أثر معروف من هديه صلى الله عليه وسلم، فإذا كان من هديه صلى الله عليه وسلم اختيار الاسم الحسن للمولود حتى لا يكون محلاً للسخرية والاستهزاء والتشاؤم والتطير، فإن إزالة التشوهات والعيوب الطارئة وغير الطارئة، الضرورية منها والحاجية سائغ من باب أولى".

بل ويرى أن الجانب المعنوي لا يقل أهمية عن الجانب الجسدي مستدلاً برأي علماء النفس الذين يرون أن التأثير المعنوي يؤدي إلى الإحباط والانهيار، وقد ينطوي صاحبه على نفسه، بل ويفكر أحياناً في الانتحار إن لم تكن له ثقة بالله.²

¹ - صرح لنا الطبيب (ص - ط) المختص في الجراحة التجميلية وهو من القلة الموجودين على مستوى الجزائر، والذي يحمل شهادة في الاختصاص من فرنسا، أن هناك إدانات صدرت في حق الجراحين العامين (م - م) و (م - ب) اللذين مارسا الجراحة التجميلية وذلك لانعدام كفاءتهما، إلا أننا لم نستطع الوصول إلى القرارات القضائية المدينة لهما.

² - ومما قاله علماء النفس في هذا الموضوع: الجسم عند الإنسان يعادل مفهوم الحس الجمالي، والذي بدوره يتمحور حول جمال الجسم، فكل إنسان له صورة جمالية يحافظ عليها، ويخشى من ضياعها... وعلى هذا الأساس فالجمال والقبح لهما أهمية بالغة، وتأثير كبير في حياة كل إنسان... وبالتالي فأى إصابة تمس المظهر الخارجي لجسم الإنسان من حيث جماله، فإنها تؤدي تلك الإصابة بدورها إلى تأثير يمس العمق النفسي للجسم... وهذا يسقط الشخص المصاب في فوهة أخرى وهي الشعور بالنقص والدونية، لأنه في نظره أصبح شخصاً غير مرغوب فيه من الناحية الاجتماعية، فيلاحظ عليه كيف اجتماعي، وعدم مواجهة الغير، وبالتالي عدم إثبات هويته... ثم بالتالي يصبح يدرك جيداً أن لا آمال له، وتمسي نظراته للحياة سوداء، ولا يقوى على وضع مشاريع حياته المستقبلية، وقد تراوده بعض الأفكار السلبية كالموت، عندما تستبعد تحسنها عن طريق التدخل الجراحي في إطار الجراحة التصحيحية. أنظر: طالب عبد الرحمن، حكم الشرع الخفيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2001، ص 7-8.

ولكنه يعود إلى الاستدلال على إباحة الجراحة التجميلية العلاجية في الشريعة الإسلامية موردا مجموعة من الأدلة العقلية والنقلية.

فأما الأدلة العقلية¹:

1. هذه الجراحة التجميلية وجدت على أساس الحاجة الموجبة للتغيير فأوجبت استثناءه من النصوص الموجبة للتحريم، التي يقول فيها الرسول صلى الله عليه وسلم: "المتفلجات للحسن المغيرات خلق الله". والتي وردت في كتاب الله قوله جل وَاَلَمْ يَرَهُمْ عَلَيْنَا لِيُغَيِّرَنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ".

2. إن هذا النوع لا يشتمل على تغيير الخلقة قصداً، لأن الأصل فيه أن يقصد منه إزالة الضرر، وإنما التجميل والحسن جاء تبعاً.

3. إن إزالة التشوهات والعيوب الطارئة لا يمكن أن يصدق عليه أنه تغيير لخلقة الله، وذلك لأن خلقة العضو هي المقصود من فعل الجراحة وليس المقصود إزالتها.

4. إن إزالة تشوهات الحروق والحوادث يعتبر مندرجا تحت الأصل الموجب لجواز معالجتها، فالشخص مثلا إذا احترق ظهره أذن له في العلاج، وذلك بإزالة الضرر وأثره، لأنه لم يرد نص يستثني الأثر من الحكم، الموجب لجواز مداواة تلك الحروق، فيستصحب حكمه إلى الآثار، ويؤذن له بإزالتها.

أما الأدلة النقلية فقد أورد مجموعة من الأحاديث والوقائع التي تدل على شرعية هذا النوع من الجراحة، موافقا في ذلك كثيرا ممن كتبوا في هذا المجال.²

حيث أورد حادثة عرفجة الذي أجرى عملية جراحية تجميلية للأنف بإذن النبي صلى الله عليه وسلم. عن الصحابي عرفجة بن أسعد التميمي قال: "أصيب أنفي يوم الكلاب³ فاتخذلثنا من وقِيٍّ، فأنتن علي، فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتخذ أنفا من ذهب."⁴

كما تحدث حول شرعية جراحة الأسنان والتي اعتبرها من قبيل الجراحة التجميلية العلاجية استنادا على كتاب تحفة الأحوذى و أورد مجموعة من الأحاديث منها:

روى الإمام الترمذي بسنده في جامعه فقال: روي عن غير واحد من أهل العلم أنهم (الصحابة الكرام) شدوا أسنانهم بالذهب.⁵

وروى الحافظ سليمان الطبراني في معجمه الوسط عن عبد الله بن عمرو، أن أباه سقطت ثنيته، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يشدها بذهب.⁶

¹ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 9-10.

² - من الذين طرحوا نفس الأدلة: بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الثالث، الجزء 31، 1993، ص 580. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 150. محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 88.

³ - الكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء، عن يمين جبله والشام كان هناك وقعة بل وقعتان مشهورتان يقال لهما الكلاب الأول والثاني.

⁴ - انظر الإمام الحافظ أبي العلاء محمد عبد الرحمان ابن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 379.

⁵ - أنظر المباركفوري، المصدر السابق، ص 380.

⁶ - راجع المصدر السابق، ص 380.

أما ما انفرد به من أدلة فنجد حادثة النبي صلى الله عليه وسلم وعلاجه مما وقع له في غزوة أحد، حيث روى الإمام البخاري بسنده عن الصحابي سهل رضي الله عنه قال لما كسرت بَيْضَةُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على رأسه وأدْمِيَّ وَجْهَهُ وَكُسِرَتْ رِجْلُهُ رِباعيته، وكان علي يختلف بالماء في الجن² وكانت فاطمة تغسله، فلما رأت الدم يزيد على الماء كثرةً عمدت إلى حصير فأحرقته وألصقتها على جرحه فرقأ الدم³.

واستدل على وجود جراحة تجميلية علاجية من نزع حلقتين من حلقات المغفر من وجنة النبي صلى الله عليه وسلم ووضع رماد الحصير على الجرح⁵.

كما رأى بأن ثقب الأذان لوضع الأقراط فيها يعتبر من الجراحة التجميلية وأورد الأدلة الشرعية على إباحتها - بالرغم من اختلاف العلماء بين الجواز والمنع - ومن الأدلة في ذلك نجد: حديث أم زرع التي قالت فيه: "زوجي أبو زرع، فما أبو زرع؟ أناس⁶ من حلي أذني...، قالت عائشة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: كنت لك كأبي زرع لأم زرع"⁷.

ويرى أن وجه الدلالة من هذا الحديث أن السيدة عائشة لما أخبرت الرسول عليه الصلاة والسلام بقصة أم زرع، وأن زوجها أناس من حلي أذنيها، أي ملاً أذنيها بالحلي، فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم: كنت لك كأبي زرع لأم زرع، فدل هذا على جواز ثقب الأذن لتعليق القرط فيها⁸.

ومما أورده أيضاً في مجال الجراحة التجميلية حديث المرأة القصيرة وروى في ذلك الصحابي أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر الدنيا فقال: "إن الدنيا خضرة حلوة، فاتقوها واتقوا النساء، ثم ذكر نسوة ثلاثاً من بني إسرائيل امرأتين طويلتين تعرفان، وامرأة قصيرة لا تعرف فاتخذت رجلين من خشب..."⁹ واستدل على شرعية هذا الفعل بسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عما قامت به المرأة القصيرة، من وضع رجلين من خشب لتظهر بمظهر المرأة الطويلة¹⁰.

¹ - بيضة: ما يجعله المخارِب على رأسه ليقبه.

² - الجن: هو كل ما وقى من السلاح.

³ - رقاً الدم: جف وانقطع.

⁴ - رواه الإمام البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب دواء الجرح بإحراق الحصير وغسل المرأة عن أبيها الدم عن وجهه، وحمل الماء في الترس، حديث رقم 3037. أنظر الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المجلد الرابع، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، طبعة جديدة، الطبعة الأولى، 1422 هـ، 2001 م، ص 229.

⁵ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 11.

⁶ - أي حلالي قرطه وشفوفا فهي تنوس أي تتحرك لكثرةها.

⁷ - رواه الإمام البخاري في كتاب النكاح، باب حسن المعاشرة مع الأهل، حديث رقم 5189، أنظر الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المصدر السابق، المجلد السادس، ص 643-645.

⁸ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 15.

⁹ - البنا: أخرجه مسلم، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه، ورجاله عند أحمد ثقات، كتاب المدح والذم، الجزء 19، ص 303. أشار إليه: طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 15.

¹⁰ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 15-16.

أما الجراحة التجميلية التحسينية فقد رأى بجرمتها موافقا في ذلك من كتبوا في الموضوع ومستندا على مجموعة من الأدلة منها:

1/ إن التجميل طلبا للحسن فهو محرم تحريما قاطعا لأنه من عمل الشيطان وخطواته، كما قال عز وجل: "لَا تَجْطِطْ لَهُمْ مَوِيلًا لَعَنَ بِهَادِ الْبَصِيرَةِ نَصَبًا مَفْرُوضًا وَلَا يُضِلُّهُمْ وَلَا يَأْمُرُهُمْ فَتَلَكُنْ أَذَانًا أُنْذِعَ بِهَا مَنَافِعَهُمْ فَلْيَغْيِرْ رُؤُسَ خَلْقِ اللَّهِ"¹.

2/ تحريم النبي صلى الله عليه وسلم كل تغيير لمعالم الوجه إذا كان فقط طلبا للتجميل والتماسا للحسن، كالوشم والوصل والتفليج والتمصص، فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والفالجات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله"².

واستدل من هذا الحديث أنه جمع بين تغيير الخلقة وطلب الحسن وهذان المعنيان موجودان في الجراحة التجميلية التحسينية، لأنها تغيير للخلقة بقصد الزيادة في الحسن، فتعتبر داخلية في هذا الوعيد الشديد ولا يجوز فعلها.³

3/ إن هذه الجراحة تتضمن في عدد من صورها الغش والتدليس وهو محرم شرعا، ففيها إعادة صورة الشباب للكهل والمسن في وجهه وجسده وذلك مفض للوقوع في المحذور من غش الأزواج من قبل النساء اللاتي يفعلن ذلك، وغش الزوجات من قبل الرجال الذين يفعلون ذلك.⁴

وبهذا فنرى بأن الأستاذ طالب عبد الرحمن لم يأت بجديد يميز الفقه الجزائري وإنما اقتصر دوره على نقل رأي الشريعة الإسلامية فقط مع إيراد أدلة التحليل أو التحريم في الجراحة التجميلية بصفة عامة.

أما الأستاذ بلحاج العربي فقد ساهم في الموضوع برأي يستند هو الآخر إلى أحكام الشريعة الإسلامية فتكلم عن شرعية الجراحة التجميلية الهادفة إلى استبدال جزء من جسم الإنسان بالذهب كما هو الشأن في الأسنان والعظام، كما خص بالحديث نوعا آخر من الجراحة التجميلية وهو التغيير الجنسي، وذكر بأن جراحة تحويل الرجل إلى امرأة وبالعكس جائزة للضرورة، وقد استند في ذلك إلى ما جاء عن المفتي الشيخ جاد الحق علي جاد الحق الذي ذكر أنه يجوز شرعا إجراء الجراحة لإبراز ما استتر من أعضاء الذكورة المغمورة أو الأنوثة المطمورة، بل أنه يصير واجبا باعتباره علاجا للمختشين من الرجال والمترجلات من النساء، متى نصح ذلك الطبيب الشرعي المختص.⁵ ويوافق هذا الرأي رأي الأستاذ منذر الفضل،

¹ - سورة النساء، الآيات: 117 . 118 . 119 .

² - حديث مشار إليه سابقا. الوشم Le tatouage: هو وضع علامات باستعمال إبرة ومداد أو كحل من أجل أن يصبح هذا الموضع أخضر أو أزرق اللون، والمستوشمة هي التي يقع عليها هذا العمل. أما النمص فهو إزالة الشعر من الحاجب لجعله رفيعا، و المتنمصمة هي التي تطلب هذا العمل، أما النامصة = فهي التي تقوم به. أما الفلج فهو إنفراج ما بين السنتين المتلاصقتين بالمبرد ونحوه، وهو عمل تستحسنه النساء. أشار إلى هذا الشرح، ريس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 155، الهامش الخامس.

³ - طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 17-18.

⁴ - راجع المرجع السابق، ص 18.

⁵ - بلحاج العربي، المقال السابق، ص 579.

واستند هذا الأخير إلى ما أشار إليه القسطلاني والعسقلاني في شرحيهما لحديث المخنث من أن عليه أن يتكلف بإزالة مظاهر الأنوثة، وهذا التكلف قد يكون بالمعالجة الطبية، والجراحة هنا علاج بل لعلة أنجح علاج.¹ أما إذا كانت إجراء هذه الجراحة لمجرد الرغبة في تغيير نوع الجنس، دون دواعي جسدية صريحة غالبية فهذا حرام شرعا،² لما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: 'لعن النبي صلى الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء'.³

ليأتي بعد ذلك الأستاذ جيلالي تشوار ويتناول هذا النوع من الجراحة (التغيير الجنسي transsexualisme) بشيء من التفصيل، مؤكداً نفس الحكم وهو حرمة هذا النوع من الجراحة مستبعدا إجراء الجراحة للخنثى من حكم الحرمة.⁴ وقد ظهر تفصيله في الموضوع من خلال تعريف التغيير الجنسي وضبط هذا المصطلح،⁵ مع تعليل حكم الحرمة عقلا ونقلا.⁶ وخالصة القول أن الفقه الجزائري لم يستطع أن يستقل بموقف مميز وإنما نقل رأي الشريعة الإسلامية، مغيبا رأي المشرع الجزائري بل وحتى القاضي الجزائري لعدم وجود الرأي الصريح في الموضوع لديهما.

المبحث الثاني:

العقد الطبي في الجراحة التجميلية.

بيننا فيما سبق أن جراحة التجميل لا تمارس في الأصل لغرض علاجي، فهي تجري في ظروف هادئة ومتأنية - في أغلب الأحوال - ويكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر، مما يستدعي شروطا خاصة في رضائه وتبينه لجوانب العملية المرجوة،⁷ واشترط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص في إجراء العملية المطلوبة.⁸ بينما لا يكون الأمر

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 21. حول موضوع الخنثى عد إلى: راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، دار الأندلس، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1981، ص 273-274. زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 1997، ص 307 وما بعدها.

² - بلحاج العربي، المقال السابق، ص 579.

³ - رواه الإمام البخاري في كتاب اللباس، باب إخراج المشبهين بالنساء من البيوت، حديث رقم 5886، أنظر الإمام البخاري، المصدر السابق، المجلد السابع، ص 373.

⁴ - جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الرابع، الجزء 36، سنة 1998، ص 29.

⁵ - يعرف التغيير الجنسي بأنه استبدال جنس الشخص بجنس آخر، أي تغيير الجنس الطبيعي للشخص بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي. ضبط المصطلح: إن الشخص محل التغيير له جنس مرفولوجي مميز ومحدد تماما بخلاف الخنثى الذي أساسه إهام جنسي أصلي. جيلالي تشوار، المقال السابق، ص 29.

⁶ - راجع المرجع السابق، ص 31 وما بعدها.

⁷ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 106. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 338.

⁸ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 107. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 97.

كذلك عادة في العمليات الجراحية كما في حالة الزائدة الدودية أو في التسمم الغذائي أو في القرحة أو في النوبة القلبية وغيرها، مما يلزم التدخل العلاجي السريع لإنقاذ حياة المريض.¹

وبالتالي يشترط لإجراء جراحة التجميل الحصول على رضا المريض المتبصر والمستنير، وأن يكون الطبيب كفؤاً لممارسة هذا النوع من الجراحة.

وقبل التطرق إلى الجوانب الخاصة بالعقد الطبي في الجراحة التجميلية، وجب تحديد طبيعة العقد الطبي وبيان خصائصه.

المطلب الأول:

طبيعة العقد الطبي وخصائصه.

يعرف العقد الطبي بأنه: اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم.² ولقد أثار هذا العقد انشغال العديد من الفقهاء فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية له، إذ يصعب تصنيفه ضمن العقود المعروفة في القانون المدني، كون هذا الأخير لم يحض بالاهتمام الأكبر إلا في الآونة الأخيرة. لذا سنعالج من خلال هذا المطلب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي في الجراحة التجميلية (فرع أول) ومن ثم بيان خصائصه (فرع ثان).

الفرع الأول:

طبيعة العقد الطبي.

انقسم الفقهاء في تكييف العقد الطبي، وبقي الخلاف قائماً حول طبيعة هذا العقد، هل هو عقد وكالة أو عقد إيجار أشخاص (عقد عمل)، أو عقد مقاوله أو هو عقد من نوع خاص، وللإجابة على هذه التساؤلات سنقارن العقد الطبي بالعقود التي أشرنا إليها.

أولاً: العقد الطبي عقد وكالة.

فأصحاب هذا المذهب بنوا فكرتهم بتكييف العقد الطبي بأنه عقد وكالة، على اعتبار تاريخي يرجع إلى القانون الروماني، حيث كان المجتمع يميز بين ثلاث طبقات اجتماعية هي: طبقة المواطنين الرومان، طبقة العبيد، وطبقة العتقاء. فالمواطنون الرومان كانت لهم رئاسة الجيش والوظائف العامة والمهن الفكرية، أما طبقة العتقاء والعبيد فيقتسمون الأعمال اليدوية على اعتبار أنها قابلة للتقويم بالنقود، أما المهن الحرة والشريفة فلم تكن قابلة للتقويم بالنقود، ويقوم بها النبلاء ولها قيمة، ولكن ليس لها ثمن، وقد أدرجت مهنة الطب ضمن المهن الحرة الكريمة، حيث كانت في الأصل مجانية، وقد أدى هذا الأمر إلى عدم ظهور هذه المهنة في إطار عقد الإيجار الذي لا يظهر إلا في الأعمال اليدوية، ولهذا كان عقد الوكالة الأكثر ملاءمة مع التكييف القانوني للعقد الطبي عند الرومان، على اعتبار أن أهل الطبقات العليا لا يصح أن يؤجروا خدماتهم، وكانت النتيجة أن حرم الطبيب والمحامي من حق المطالبة بالأتعاب لأن الوكالة عقد تبرع وجوبا.³

¹ -عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 98.

² -عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 19-20.

³ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 82. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص 18، الهامش الأول.

وقد تأثر الفقه الفرنسي بالرأي السائد لدى الرومان، حيث أن نظرية الوكالة موجودة في فكر الفقيه ((بوتيه)) الذي اعتبر أن العقد بين الطبيب والمريض هو عقد وكالة، وما الأجور التي يقدمها المريض إلا من باب الهبة بمقابل.¹ وهناك من يرى بأن الفقيه ((بوتيه)) لجأ إلى حيلة لتبرير حق الطبيب في المطالبة بالأجور على ما قام به من عمل، على اعتبار أن على المريض تقديم هبة لطيبه ليخفف عن نفسه واجب الوفاء والعرفان بالجميل الذي يقع على كاهله.² على أن نظرية الوكالة كانت محل انتقادات يمكن ردها إلى مايلي:

اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، لا يتفق وطبيعة الوكالة التي تقوم على التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله،

والعلاج لا يوجد فيه تصرف قانوني،³ ذلك أن عقد الوكالة ينصرف إلى الغير ويقوم على فكرة النيابة في التصرفات القانونية، فالطرف الموكل ينوب عنه شخصا وكيلا يقوم بدلا عنه ببعض التصرفات يحددها عقد الوكالة ويأشرفها الوكيل وفق تعليمات الموكل و هو الأمر المنعدم في العقد الطبي. فأى تصرف قانوني يعهد به المريض إلى الطبيب الذي يباشر العلاج؟.

كما أن الطبيب ليس وكيلا، إذ أن على الأخير التزام بتأدية حسابه أمام الموكل و يخضع لرقابته، بينما الطبيب ليس عليه أي رقيب إلا ضميره وشرفه و خلقه المهني.⁴ و لقد جاء نص المادة 571 من القانون المدني عندنا واضحا في تحديد مفهوم الوكالة.⁵

كذلك فإن نظرية الوكالة مبنية على تفاوت المهن، ليس له ما يبرره، كما أن القانون لا يقر بوجود تفاوت و درجات للعقود، و لا يمكن اعتبار الوكالة أرفع من أي عقد آخر.⁶

نخلص مما تقدم أن العقد بين الطبيب و مريضه ليس عقد وكالة. ثانيا: العقد الطبي عقد عمل أو عقد إيجار الخدمة أو الأشخاص.

على العكس من القائلين بأن العقد الطبي عقد وكالة، فقد ذهبت نظرية أخرى إلى اعتبار هذا العقد هو عقد إجارة أشخاص، أو عقد إجارة خدمات أو عقد عمل حسب تعابير بعض الشراح.⁷

و نحن في دراستنا لهذا المذهب سنتناوله من جانبيين الأول من وجهة نظر المحاكم و الفقهاء بشكل عام، و الجانب الثاني من وجهة نظر الشريعة الإسلامية.

¹ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، 243.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 82-83.

³ - Rene et Jean savatier, Jean maire Auby et H. Pequignot, traité de droit médical, éditions techniques, France, Paris, 1956, P 213.

⁴ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 244.

⁵ - الوكالة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل لحساب الموكل وباسمه. أنظر المادة 571 من القانون المدني، الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26/سبتمبر/1975 المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد 78، السنة 12، المؤرخة في: 24 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 30/سبتمبر/1975.

⁶ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 83.

⁷ - راجع المرجع السابق، ص 84.

الجانب الأول:

لقد وصفت بعض المحاكم العقد الطبي بأنه عقد إجارة أشخاص , فالطبيب يتعاقد مع المريض على أن يقدم له العلاج و أن يبذل في سبيل ذلك كل العناية مقابل الحصول على أجر معلوم , حيث أن القانون لا يفرق بين الأعمال المادية والعقلية من حيث الأجر , فالطبيب يقوم بخدمة إنسانية مقابل أجر.¹

و لكن هذه الخدمة التي يقوم بها الطبيب تجاه المريض لا تشكل رابطة تبعية , ذلك لأن عقد إجارة الأشخاص يفترض وجود رابطة تبعية , و خضوع بين المؤجر و الأجير , و هذا الأمر يتنافى مع ما يجب أن يتوفر للطبيب من حرية في تطبيق أصول فنه و علمه و مزاولته لمهنته.²

والخلاصة أن اعتبار العقد الطبي عقد إجارة أشخاص يشكل قييدا شديدا على حرية الطبيب , إذ أن من شأن ذلك تقييد الطبيب في اختيار العلاج و جعله يلقي بالمسؤولية على من كان صاحب الحق في إصدار الأمر إليه.³

وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي من ضرورة توفير الاستقلال التام للطبيب في ممارسة مهنته الطبية , بحيث لا يخضع في تأديتها لأي توجيه , و ما كرسه أيضا القانون الفرنسي الخاص بتنظيم ممارسة المهن الطبية الصادر بتاريخ 28/نوفمبر/1955، و قد نصت المادة التاسعة منه على ما يلي : « لا يسوغ للطبيب أن ينزل على استقلاله المهني بأية صورة كانت »⁴.

« Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit »⁴.

و هذا أيضا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 10 و 76 فقرة ثانية من مدونة أخلاقيات الطب.⁵

على أنه إذا كان لهذا الرأي و جاهدته خصوصا في مجال التعاقد الفردي , إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه خصوصا و أن مهنة الطب قد تطورت مع تطور الصناعة , ووجود الشركات و استخدامها للعمال و التزامها في المحافظة على صحتهم و قدرتهم الإنتاجية و هو الأمر الذي جعلها تتفق مع أطباء للكشف على عمالها بشكل دوري و معالجتهم عند لزوم ذلك لقاء راتب شهري تدفعه للأطباء , بحيث يلتزموا تجاه الشركة بتخصيص بعض الوقت لتقديم خدماتهم المتفق عليها.⁶

أي أنه إذا كان الطبيب خاضعا لإشراف عميله , و أن هذا الإشراف و الرقابة يكون من الناحية الإدارية فقط مع بقاء الطبيب مستقلا من الناحية الفنية , كحالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى مثلا , أو كان طبيبا خاصا لأحد الأشخاص الاعتبارية , يعتبر العقد في هذه الحالة عقد عمل.⁷

¹ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 245.

2- savatier, auby et pequignot, op, cit, p214 .

³ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 85.

⁴ - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989، ص 42.

⁵ - أنظر المادتين 10 و 76 فقرة ثانية من مدونة أخلاقيات الطب.

⁶ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 245-246.

⁷ - محمد فهد شقفة، المسؤولية المدنية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد الثالث والرابع، سنة 1971، ص 77. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص 19، الهامش الأول.

وقد أخذت محكمة استئناف ديجون الفرنسية بالرأي السالف و قضت بأن المستشفى يكون مسؤولاً عن نشاط الطبيب الذي يعمل على رأسه، و هذا الحكم بنته المحكمة على أساس المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، حيث وصفت العلاقة بين الطبيب و المستشفى بأنها علاقة تبعية ، أي تابع بمتبوعه، و هو الأمر الذي يدعو إلى الافتراض بأن محكمة ديجون الإستئنافية أقرت بوجود عقد عمل بين المستشفى و الطبيب.²

كذلك ما انتهى إليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي على مساءلة الإسعاف العام عن الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها الأطباء التابعون له.³

و يبدو أن المحاكم المصرية أخذت بوجهة نظر المحاكم الفرنسية في هذا الشأن، حيث اعتبرت أن الطبيب الذي تستخدمه المؤسسة بعقد لعلاج العمال لديها إنما يخضع لأحكام عقد العمل الفردي، حيث قضت محكمة استئناف الإسكندرية بأن "علاقة المستأنف ضده (وهو الطبيب) بالشركة المستأنفة في المهام التي استخدمته فيها تحت إدارتها مقابل الأجر الذي كانت تدفعه إليه شهريا ينطبق عليه قانون العمل الفردي ويحكمها نصوصه".⁴

وبعد تكييف العقد الطبي ومقارنته مع عقد العمل يجب التمييز بين علاقة الطبيب بالمريض وعلاقة الطبيب بالمستشفى -على أن التفصيل في ذلك سيأتي لاحقاً - فإذا كان الطبيب يعمل في مستشفى عام فإن علاقة الطبيب بالمريض هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة وتحدد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام فهي ليست علاقة عقدية بل هي من طبيعة إدارية أو لائحية، ومن ثم فلا يمكن إقامة مسؤولية المستشفى على أساس المسؤولية العقدية.⁵ أما علاقة الطبيب بالمستشفى العام فالرأي الراجح فقها وقضاء أن الطبيب يعتبر تابعا للمستشفى الذي يعمل به ويسأل هذا الأخير كمتبوع بالنسبة للأخطاء التي تقع من الطبيب أثناء تأديته لواجباته أو بمناسبةها أو بسببها.⁶ أما علاقة الطبيب الذي يعمل بالمستشفى الخاص أو العيادة بالمريض هي علاقة تعاقدية، وعلاقة الطبيب بالمستشفى الخاص فالرأي الراجح فقها وقضاء أن المستشفى الخاص يسأل عن أعمال الطبيب باعتبار المستشفى متبوعا والطبيب تابعا.⁷

الجانب الثاني: وجهة نظر الشريعة الإسلامية من عقد الإجارة الطبي.

إن علاقة الطبيب بالمريض في ظل الفقه الإسلامي هي علاقة مؤجر بمستأجر، إذ أن الطبيب يؤجر علمه و ثمرة تجاربه و حذقه و قدرته على إزالة الأمراض و الآلام إلى المريض، حيث أن هناك عقده هو عقد الإجارة، فالأجير الذي يعرض خدماته لكل من يطلبها يسمى بالأجير المشترك.¹

¹ - لقد عرفت المادة الثانية من قانون العمل، باعتبار العامل ككل شخص يؤدي عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم وحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم [X]. أنظر المادة الثانية من قانون 90-11 مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 /أفريل/ 1990 المتعلق بعلاقات العمل. الجريدة الرسمية، العدد 17، السنة 27، ليوم 1 شوال 1410 هـ الموافق لـ 25 /أفريل/ 1990.

² - قرار محكمة استئناف ديجون ، في: 18/مارس/1903، أشار إليه: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 86.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 42.

⁴ - قرار محكمة استئناف الإسكندرية، في: 10/ديسمبر/1956، أشار إليه: عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 248.

⁵ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 213-214.

⁶ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114.

⁷ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1426-1427.

و قد دل القرآن الكريم على مشروعية الإجارة على العمل الطبي بعموم الآيات الدالة على جواز الإجارة، و منها قوله
 فَإِنْ أَرَضَ عَتَلَىٰ: لَكُمْ فَآتَوْهُمْ نَّ أَجْرُهُمْ نَ .²
 ووجه الدلالة من هذه الآية بينه الإمام الشافعي بقوله ((فأجاز الإجارة على الرضاع، وإذا جازت الإجارة عليه جازت
 على مثله، و ما هو في مثل معناه)).

قَالَتْ ° إِيْمَنُ الْمَالِيَهُتِ الْمِدَالَةُ أَعْلَىٰ الْإِجَارَةُ قَوْلَهُ جَعَلَىٰ: هُ " إِنْ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرَ رَتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ° .³
 فالآيات الكريمة السالفة دلت على مشروعية الإجارة على إرضاع الأطفال و على إيجار الإنسان منافع كرعبي الغنم، و
 الطب يعد من المنافع المباحة بل هو من أشرفها كما قال الإمام الشافعي رضي الله عنه ((لا أعلم علما بعد الحلال و
 الحرام أنبل من الطب)).⁴

كما أن السنة النبوية دلت على جواز عقد الإجارة على العمل الطبي، فقد روى البخاري عن حديث عبد الله بن عباس
 رضي الله عنهما أنه قال: " احتجم النبي - صلى الله عليه وسلم - وأعطى الحمام أجره"،⁵ وفي الإجماع أورد الإمام أبو
 محمد بن قدامة أنه يجوز الاستئجار على الختان والمداواة وقطع السلع لا نعلم فيه خلافا.^{6 7}
 ثالثا: العقد الطبي عقد مقاولة.

يعرف عقد المقاوله بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به
 المتعاقد الآخر.⁸

وهناك جانب من الفقه يرى أن التعريف المتقدم ينطبق على العقد الطبي، على اعتبار أن الطبيب يلتزم بعلاج المريض لقاء
 أجر معين مع احتفاظ الطبيب بحريته الكاملة في تحديد العلاج وطريقته، دون أن تكون هناك رابطة تبعية بين الطبيب
 والمريض.⁹

وقد دافع بعض الفقهاء على نظرية المقاوله، حيث قالوا أن العقد الطبي ما هو إلا عقد مقاوله، وبهذا الشأن يقول الفقيه
 ((جوسران)) ((ليس هناك أدنى شك في أن ما يوجد بين الطبيب والمريض هو عقد مقاوله))، وأيده في ذلك ((أندريه

¹ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 86-87.

² - سورة الطلاق، آية 6.

³ - سورة القصص، آية 26.

⁴ - أنظر فيما تقدم: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 87-88.

⁵ - رواه الإمام البخاري في كتاب الطب، باب الحمامة من الداء، حديث رقم 5696، أنظر الإمام البخاري، المصدر السابق، المجلد السابع، ص 277.

⁶ - السلعة: خراج في البدن أو زيادة فيه كالغدة بين الجلد واللحم، أنظر: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 89. الهامش الرابع.

⁷ - راجع المرجع السابق، ص 89.

⁸ - أنظر المادة 549 من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 1710 من القانون المدني الفرنسي، و المادة 723 من القانون المدني المغربي، والمادة 646 من
 القانون المدني المصري.

⁹ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 251.

برتون)) الذي قال بأن العقد الذي يبرم بين المريض والطبيب لا يزيد عن كونه عقدا من عقود المقاولة, كما أن الفقيه ((بيسرف)) قد تبني هذه النظرية واستمات في الدفاع عنها.¹

ولقد تبني هذه النظرية في الفقه العربي الأستاذ ((السنهوري)) وفقهاء آخرون من المغرب والعراق ولبنان,² معتبرين أن العلاج عمل مادي ولا ينفي ماديته أن يكون عملا عقليا, فهو ليس بتصرف قانوني, ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاولة في هذا الاتفاق. كما استعرض الأستاذ ((السنهوري)) بعض الخصائص التي تميز العقد الطبي عن عقد المقاولة, وانتهى إلى أنه ليس في هذه الخصائص شيء يتعارض مع طبيعة عقد المقاولة حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق.³

وعلى الصعيد القضائي أخذت بعض المحاكم بهذه النظرية.⁴

ويؤخذ على هذا المذهب أن أنصاره قد فاتهم أن التزام الطبيب في الجراحة التجميلية, هو التزام ببذل عناية خاصة, ولم يصل الأمر إلى التزام بتحقيق نتيجة⁵. وهو الأمر الذي يبعده عن كونه ملتزما بعقد مقاولة, لأن أغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا بذل عناية كتشديد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة ونحو ذلك.⁶

إن المؤهلات الشخصية للطبيب في الجراحة التجميلية هي محل اعتبار في التعاقد معه, لذلك ينتهي العقد بوفاته في حين أن عقد المقاولة لا ينتهي تلقائيا بموت المقاول,⁷ كذلك لا يحق للطبيب أن يوكل أمر معالجة المريض إلى غيره من الأطباء, في حين يستطيع المقاول أن يقاول من الباطن.⁸

عند فسخ العقد الطبي يلتزم المريض بتعويض الطبيب عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما قام به من علاج دون أن يعرضه عما فاتته من كسب لو أتم العمل, على خلاف عقود المقاولة التي يوجب فيها القانون على رب العمل تعويض ما فات المقاول من كسب لو أتم العمل.⁹

ومن جهة أخرى فهناك من يرى أن عقد المقاولة عقد اقتصادي وتجاري بالدرجة الأولى, ويهدف إلى توزيع الأشياء والبضائع, ومن ثم فهو ينصب أساسا على أعمال تختلف تماما عن المهن الحرة, التي هي أعمال فكرية بالدرجة الأولى مثل العقود الطبية.¹⁰

كما أن المقاول يعتبر تاجرا, في حين أن الطبيب ليس تاجرا.¹

¹ - طلال عجاج, المرجع السابق, ص 91.

² - عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق, الجزء السابع, المجلد الأول, ص 21, وأنظر الهامش الثاني من ذات الصفحة.

³ - أنظر تفاصيل ذلك: عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق, الجزء السابع, المجلد الأول, ص 20-21.

⁴ - قرار محكمة مصر الجزئية المختلطة, في: 5/ماي/1937, أشار إليه: عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق, الجزء السابع, المجلد الأول, ص 21, الهامش الثاني.

⁵ - محمد حسين منصور, المرجع السابق, ص 106.

⁶ - عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق, الجزء السابع, المجلد الأول, ص 20. وأنظر أيضا:

Savatier, Auby et Pequignot, op cit, p 214.

⁷ - أنظر المادة 569 من القانون المدني.

⁸ - أنظر المادة 564 من القانون المدني.

⁹ - أنظر المادة 566 من القانون المدني.

¹⁰ - عشوش كريم, المذكرة السابقة, ص 9.

نخلص مما تقدم أن العقد الطبي, ليس عقد مقاوله.

رابعاً: المذهب القائل بأن العقد الطبي عقد من نوع خاص (أو عقد غير مسمى).

خلصنا من خلال المذاهب الثلاثة المتقدمة أنها لم تصل إلى التكييف الصحيح للعقد الطبي، حيث قرر جانب من الفقه أن هذا العقد يعتبر عقداً غير مسمى أي عقداً من نوع خاص، يختلف موضوعه الأساسي عن باقي العقود، وعن القواعد التي تحكمها، وأن التشابه الذي يوجد بين العقد الطبي، وبين بعض العقود التقليدية، لا يؤدي إلى أن يفقد هذا العقد صفته المستقلة.²

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بوجهة النظر السالفة و قضت بأن : الاتفاق المبرم بين المريض و الطبيب الذي يقدم مساعدته و جهوده , لا يمكن أن يوصف بأنه عقد إستصناع بل أنه عقد من نوع خاص.³ ومن الجدير بالذكر أن الفقيه ((سافتيه)) قد دافع عن هذا المذهب و استبعد نظرية المقاوله، وقال بأن العقد الطبي عقد غير مسمى.⁴

نخلص مما تقدم بأن العقد الطبي عقد قائم بذاته و بعيد الشبه عن أي عقد آخر له طبيعة و مميزات خاصة به. وهذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الثاني:

خصائص العقد الطبي.

يتميز العقد الطبي في الجراحة التجميلية بجملة من الخصائص , ينفرد بها عن غيره من العقود, و من أهم هذه الخصائص مايلي :

أولاً: العقد الطبي عقد شخصي.

ذلك لأن المريض - كأصل عام- يختار طبيبه الذي سيجري له العملية استناداً إلى الثقة التي يوحىها له الطبيب، تلك الثقة التي تقوم على مبدأ الاختيار الحر للطبيب من قبل المريض،⁵ و لقد نصت الفقرة الثانية من المادة 80 من مدونة أخلاقيات الطب على ضرورة احترام حق المريض في حرية اختياره للطبيب.⁶

وإذا كان الأصل هو حرية المريض في اختيار الطبيب، فيجب منع كل ما يمكن أن يؤدي إلى التأثير في إرادة المريض عند الاختيار لتحقيق أغراض أخرى وبالذات لتحقيق مصلحة الطبيب في جلب المرضى أو الشهرة... الخ. ولذلك يرى البعض أن من مكملات مبدأ حرية المريض في اختيار الطبيب ما تقرره القوانين من منع الأطباء من الالتجاء إلى وسائل

¹ -Savatier, auby et Pequignot, op cit, p 214.

² - عبد السلام التونسي، المرجع السابق، ص 253.

³ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 13/جويلية/1937، أشار إليه: عبد السلام التونسي، المرجع السابق، ص 253. أورد هذا القرار أيضاً: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء السابع، المجلد الأول، ص 20، و أنظر أيضاً الهامش الثاني من ذات الصفحة.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 20، الهامش الأول. وأنظر أيضاً:

savatier, auby et pequignot, op, cit, p 215.

⁵ -M.M.hannouz, A.R.Hakem, op, cit, P34.

وأنظر أيضاً: علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، الجزء 36، الرقم الثالث، 1998، ص 42.

⁶ - أنظر المادة 80 فقرة ثانية من مدونة أخلاقيات الطب.

الدعاية لأنفسهم.¹ وفي هذا تنص المادة 20 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: «...يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة أو غير المباشرة»².

على أن حرية المريض في اختيار الطبيب كثيرا ما تزول أو تتقيد كلما اتسع نطاق العلاج في المستشفيات العامة، فالمريض إذ يقبل العلاج في المستشفى العام يدخل في علاقة مع الدولة تخضع لقواعد القانون العام، ومنها أن اختيار الأطباء المعالجين يكون بواسطة الإدارة.

كما أن تقدم فن الطب ووجود الأخصائيين أدى إلى أن أصبح عدد الأطباء الأخصائيين في كل تخصص دقيق محدود إلى درجة أنه يكاد يكون الطبيب المتخصص مفروضا لا محال للمريض في اختيار غيره أو في الأقل يكون مجال حريته في الاختيار محصورا في عدد قليل من الأطباء.

لكن مع هذه القيود يبقى مبدأ حرية المريض في اختيار الطبيب قائما، فللمريض الحق في أن يرفض العلاج وفقا لنظام التأمين الصحي إن وجد، وله أن يرفض العلاج في المستشفى العام، ليختار الطبيب الخاص الذي يثق فيه سواء في داخل البلاد أو خارجها.³

ثانيا : العقد الطبي عقد مستمر.

إن الطبيب عندما يقبل علاج المريض ، فإنه يلتزم بمتابعة علاجه ، و أن لا يتركه قبل انتهاء العلاج طالما أن المريض لا زال بحاجة إلى جهوده ، فالعقد الطبي بطبيعته من العقود المستمرة ، لأن الفحوص و العلاج تمتد فترة من الزمن تطول أو تقصر حسب الأحوال، و هو الأمر الذي يجعل العقد الطبي عقد له صفة التتابع.⁴

و قد أكدت محكمة استئناف باريس التزام الطبيب بمتابعة المريض خاصة إذا كان في أزمة ، و تتلخص وقائع القضية أن راقصة أجري لها جراح عملية تحميل للنهدين من أجل جعلهما أكثر تماسكا، إلا أن العملية باءت بالفشل وموت الراقصة.

وعند عرض الأمر على القضاء أمرت المحكمة بتشريح جثة الراقصة فتبين أن الطبيب ارتكب عددا من الأخطاء يتلو بعضها بعضا ، منها :

01 / إجراء العملية للراقصة دون فحوصات مسبقة لوضعها الصحي العام.

02 / ترك المريضة دون عناية رغم خطورة حالتها الظاهرة.

03 / سماح الطبيب للمريضة بمغادرة العيادة رغم سوء حالتها الصحية.

04 / لم يزود أهل الراقصة بأية تعليمات أو إرشادات جدية.

05 / رفض الذهاب إلى دار أهل المريضة لفحصها ثانية ، واكتفى بطلب تدفئة قدميها و قياس درجة الحرارة.

لكل هذه الأسباب قضت المحكمة المختصة على الطبيب بالتعويض و بالعقوبة الجزائية.¹

¹ - منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981، ص 16.

² - أنظر المادة 20 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - أنظر فيما تقدم: منصور مصطفى منصور، مقاله السابق، ص 16-17.

⁴ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 94-95.

ثالثا : العقد الطبي عقد معاوضة.

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلًا لما أعطى.² فإذا كان الطبيب يلتزم تجاه مريضه بتقديم العلاج الملائم , و أن يقدم له الرعاية الفعالة المطابقة للأصول والقواعد العلمية و المهنية، فإن المريض يلتزم أيضا بدفع الأجر المتفق عليها , و هو الأمر الذي يجعل هذا العقد من فئة عقود المعاوضة.³

و هذا ما تضمنته المادة 211 من قانون حماية الصحة و ترفيتها إذ تنص:

«تحدد عن طريق التنظيم , أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء و جرحوا الأسنان و الصيادلة»⁴.

رابعا: العقد الطبي عقد مدني.

إن مهنة الطب مهنة حرة, و هو الأمر الذي يبعدها عن اكتساب الصفة التجارية.⁵ فالطبيب عند حصوله على الأتعاب لا يمكن تفسير ذلك على أنه تاجر , إنما يتحصل على الأتعاب مقابل الجهد المبذول من طرفه فقط, وليس بغرض الحصول على الفوائد و المضاربة على رأس المال كما هو الحال عند التجار,⁶ إذ يمنع أي عمل طبي يكون الغرض منه جني الأرباح.⁷

و عليه فإن الجراحة التجميلية ليس لها علاقة بالتجارة رغم أن وسائل الإعلام أضفت عليها صبغة شهوت هذا الاختصاص⁸, رغم أن مواد مدونة أخلاقيات الطب واضحة في هذا الشأن، فقد نصت المادة 19 من المدونة «يُمنع على الطبيب القيام بعمل من شأنه أن يفقد المهنة اعتبارها»⁹, و أيضا ما تضمنته أحكام المادة 20 من نفس المدونة «يجب أن لا تمارس مهنة الطب و جراحة الأسنان ممارسة تجارية , و عليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة أو غير المباشرة»⁹.

خامسا : العقد الطبي عقد ملزم لجانبين.

إن العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين¹⁰. فالعقد الطبي يلقي على عاتق الطرفين التزامات متقابلة إذ يلتزم الطبيب بعلاج المريض و يلتزم المريض بدفع ثمن العلاج.¹¹

¹ - قرار محكمة استئناف باريس , في: 27/ماي/1970, أشار إليه : عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق, ص 101-102. عبد الوهاب حومدر, مقاله السابق, ص 195-196. وسيأتي التفصيل في وقائع القضية لاحقا.

² - رمضان أبو السعود, النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية, 2002, ص 31.

³ - طلال عجاج , المرجع السابق, ص 96.

⁴ - أنظر المادة 211 من قانون حماية الصحة و ترفيتها.

⁵ - savatier, auby et pequignot, op, cit, p 212. Voir aussi : M.M.hannouz, A.R.hakem, op, cit, P36.

⁶ - M.M.hannouz, A.R.Hakem, op, cit, p37.

⁷ - أنظر المواد 27-28-29 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁸ - Daniel rouge, louis arbus, Michel costagliola, op, cit, p 99.

⁹ - أنظر المادتين 19 و 20 من مدونة أخلاقيات الطب.

¹⁰ - رمضان أبو السعود, المرجع السابق, ص 24. و هذا ما أورده المشرع الجزائري من خلال المادة 55 من القانون المدني.

¹¹ - savatier, auby et pequignot, op, cit, p 212. Voir aussi : M.M.hannouz, A.R.hakem, op, cit, p35.

سادسا : العقد الطبي عقد قابل للفسخ.

مادام العقد الطبي يقوم على أداء الثقة التي يضعها المريض في شخص الطبيب، فإذا فقدت هذه الثقة , فإمكان المريض فسخ العقد، و بالمقابل بإمكان الطبيب فسخ العقد إذ ما أخل المريض بالتزاماته تجاه الطبيب المعالج.¹

المطلب الثاني:

رضا المريض في الجراحة التجميلية.

يعد رضا المريض من أهم الشروط التي تبيح مباشرة الأعمال الطبية على جسده. وفي هذا الشأن نصت المادة 154 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: «يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...»^[X]، ونصت كذلك المادة 42 من مدون أخلاقيات الطب على مايلي: «للمريض حرية اختيار طبيبه أو مغادرته...»^[X].

وتبدو أهمية رضا المريض بالعلاج في مباشرة بعض العلاجات التي تكون على قدر من الخطورة كعمليات جراحة التجميل، فالرضا في مجال التجميل يكتسب أهمية خاصة. فمن ناحية، فنحن بصدد جراحة لا يعترها أي مظهر من مظاهر الضرورة أو الاستعجال، و من جهة أخرى فالأمر هنا خاص فقط بإصلاح عيب جسماني.² و بناء على ما سبق يمكننا أن نتساءل عن وجه خصوصية رضا المريض في مجال التجميل.

إجابة على هذا التساؤل ارتأينا تقسيم هذا المطلب على النحو التالي :

شروط الرضا (الفرع الأول)، المعني بالرضا (الفرع الثاني)، شكل الرضا و إثباته (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

شروط الرضا.

تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: «يخضع كل عمل طبي, يكون فيه خطر جدي على المريض, لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة...»^[X].

يتضح من نص المادة أنه يجب أن يكون رضا المريض حرا و متبصرا.

أو لا: رضا حرا.

لا يكفي أن يكون المريض على دراية بوضعه الصحي و كل ما يترتب على ذلك وقت إعطاء موافقته على العمل الطبي, و إنما يشترط كذلك أن يكون هذا الرضا حرا و بعيدا عن كل تأثير أو ضغط أيا كان نوعه.³ و نذكر في هذا الشأن أنه بمقتضى القواعد العامة يشترط لصحة الرضا أن يكون خاليا من عيوب الرضا, و هي الغلط، الإكراه، التدليس و حتى الاستغلال.

¹ - savatier, auby et pequignot, op, cit, p 213.

²- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 167-168.

³- علي فيلاي، مقاله السابق، ص 47.

ومثال ذلك أن يتعاقد مريض مع طبيب لإجراء عملية جراحية نظرا لسمعته المعروفة، غير أنه يتضح أن هذا الطبيب ليس ذلك الذي يود المريض إجراء الجراحة لديه ، بل وقع في غلط نتيجة تشابه في الأسماء، فيكون قد وقع في غلط في ذات المتعاقد.¹

كذلك إذا كتم الطبيب بعض الأخطار الهامة التي يتضمنها العمل الطبي بقصد الحصول على رضا المريض فإنه يقوم بتدليس يفسد رضا المريض.²

أيضا قد يستغل الطبيب الضعف النفسي لمريضه، يعتربه الطيش البين أو الهوى الجامح، لطلب أتعاب تتفاوت والخدمات المقدمة من طرفه.³

فيحق للمريض في هذه الحالات إبطال العقد.⁴

ثانيا: رضا متبصر.

تشتراط المادتان 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب أن تكون موافقة المريض موافقة حرة و متبصرة، و لا يكون ذلك إلا بمساهمة الطبيب، إذ يجب على هذا الأخير أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن تدخله الطبي.⁵ لذا فمن واجب الطبيب تبصير المريض و إمداده بكافة المعلومات المتعلقة بالعملية، و يجب أن تكون المعلومات المقدمة بسيطة، مفهومة، كاملة ووفية، يسهل إدراكها و فهمها بحيث تسمح للمريض بأن يتخذ قراره و هو على بينة من أمره.⁶ و قد حرص على تأكيد هذا المعنى الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان المريض، والصادر في 17/نوفمبر/1972 و الذي ورد في مادته الثانية: «من حق المريض أن يحصل من طبيبه على كافة المعلومات المتعلقة بتشخيص المرض الذي يعاني منه وأسلوب علاجه وطريقة فحصه ، و ذلك من خلال عبارات يفترض فيها سهولة الفهم [X].⁷ إضافة إلى ذلك يجب على الطبيب إعلام الشخص المقدم على العملية بكل الأخطار، فإذا كان الطبيب لا يلتزم سوى بإخبار المريض عن الأخطار المتوقع حدوثها عادة، فإن الأمر يختلف بالنسبة لعمليات جراحة التجميل، والتي تختم عليه أن يعلم المريض بكل الأخطار حتى ولو كانت خفيفة أو نادرة وبصفة دقيقة.⁸ لذلك فإن واجب التبصير والحصول على الرضا المستنير يكون أكثر لزوما وشدّة إذا تعلق الأمر بجراحة تجميل.⁹

¹ - عشوش كريم ، المذكرة السابقة ، ص 26 .

² - علي فيلاي، مقاله السابق ، ص 47 .

³ - عشوش كريم، المذكرة السابقة، ص 27 .

⁴ - أنظر المواد : 81-82-86-88-90 من القانون المدني.

⁵ - أنظر المادتين: 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁶ - ((L'information doit être: simple, intelligible, complète et loyale)). Voir : Angelo castelletta, responsabilité médicale, droits des malades, dalloz, paris, 2002, p131.

⁷ - محمد سامي الشواء، المرجع السابق ، ص 168 .

⁸ - Daniel rouge ,louis arbus ,michel costagliola,op, cit, p108. Angelo castelletta, op, cit, p132.

أنظر أيضا: سمير عبد السميع الأودن ، المرجع السابق، ص 338. علي فيلاي، المقال السابق ، ص 52. أحلوش بولجال زينب ، رضا المريض في التصرفات الطبية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 95 .

⁹ - أحلوش بولجال زينب، المذكرة السابقة، ص 94 .

وقد بلور هذه الاتجاه، وبشكل واضح، القضاء الفرنسي. حيث قضت محكمة السين بمسؤولية الطبيب، وتتلخص وقائع القضية في أن سيدة كتبت إلى طبيب تجميل تسأله بعض المعلومات الصحيحة وبغير حرج عن آثار عملية جراحة التجميل، وهل تستطيع بعد إجرائها أن تعيش حياتها العادية؟ وهل هناك مخاطر محتملة لإجراء العملية؟ وقد أجاب الطبيب بالقول بأنه سبق أن أجرى العديد من العمليات الناجحة في هذا الشأن، وأن مثل هذه العمليات تقتضي الراحة لمدة خمسة عشر يوما. وقد أجريت العملية بالفعل على المريضة والتي ترتب عليها إصابة هذه الأخيرة ببعض الأضرار.

وقررت المحكمة بوجود مساءلة الطبيب عن هذه الأضرار واستندت في ذلك أن إجابات الطبيب لم تنتطو على إيضاح كاف، وأن ما ذكره الطبيب لم يكن وافيا حتى يتسنى للمريضة إعطاء موافقتها المستنيرة.¹

وفي نفس الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب، وتتلخص وقائع القضية في أن سيدة تبلغ من العمر ستة وستين عاما أبرمت مع جراح تجميل اتفاقا مؤداه التزامه في أن يجري لها عملية جراحية لإزالة الغضون والجيوب الموجودة أسفل عينها، وقد انتهت هذه العملية بإصابة العين اليسرى للمريضة بفقد الأبصار. وقررت محكمة النقض في هذا الشأن "أن الطبيب لا يلتزم بإخبار المريض إلا عن الأخطار المتوقعة عادة، فإذا كانت مخاطر العمل الجراحي تافهة بالنسبة لمباشرة جراحة معينة فإن الطبيب لا يسأل عن عدم الإفصاح عن المخاطر النادرة للعملية، ولكن إذا تعلق الأمر بعملية جراحة تجميل، فإن مخاطرها مهما كانت نادرة الحدوث يجب أن يعلن عنها للمريض، حتى يكون رضاؤه وقراره بإجراء الجراحة من عدمه صادرين عن وعي كامل ومستنير ذلك أن الأمر لا يتعلق بعلاج مرض، ولكن مجرد إصلاح عيب بسيط لدى سيدة بلغت من العمر ستة وستين عاما".²

وتم التأكيد على هذا الشرط من خلال قانون 303/2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية، إذا جاء في المادة 2-6322 L الواردة في هذا القانون مايلي: "يجب قبل كل استفادة من خدمات الجراحة التجميلية أن يقوم الجراح بإعلام المريض أو ممثله الشرعي عن الأخطار والنتائج والمضاعفات المحتملة. هذه المعلومات يجب أن ترفق بتقدير للتكاليف يكون مفصلا [X]".³

ولهذا من الضروري أن تكون هناك مدة من الوقت تفصل بين الاستشارة والتدخل الجراحي، ذلك أن هاته التدخلات الجراحية لا توصف لا بالعجلة ولا بالضرورة، وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف ليون في 08/جانفي/1981 بعدم مسؤولية الجراح، وذلك لأنه أحترم مدة التفكير قبل مباشرة هذه الجراحة من جهة، وأبلغ المريض جيدا بالأخطار وخصوصا آثار الجروح من جهة أخرى. وعليه ظهر للقضاة أنه من غير المعقول أن يكون المريض قد أقدم على هذا

¹ - حكم محكمة السين، في: 25 / جوان / 1951، أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 169.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، في 17 / نوفمبر / 1969 أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 169-170. عبد الوهاب حومد، المقال السابق، ص 194-195.

³ - أنظر المادة 2 - 6322 L الواردة في القانون 303/2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية. ونص المشرع الجزائري صراحة على ضرورة إعلام الطبيب المريض بالأخطار المحتملة في ميدان انتزاع الأعضاء وزراعتها، إذ جاء في المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: "ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عملية الانتزاع... [X]. ولذلك يمكن الاستئناس بهذه المادة في مجال جراحة التجميل في الجزائر.

التدخل الجراحي بدون أن يكون قد استوفى المعلومات المرتبطة بشروط التدخل والطريقة أو التقنية المعتمدة. وعليه فلم يأخذ القضاة بطلبات المريض الخاصة بالنوعية السيئة للآثار المترتبة عن التدخل الجراحي.¹

وتم التأكيد على هذا الشرط بموجب المادة 2-6322 L الواردة في القانون 303/2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية إذ نصت على مايلي: «...يجب أن يحدد أجل معين يحترم من طرف الطبيب بين تسليم فاتورة التكاليف ويوم العملية...»².

وجاء الأمر 777/2005 المتعلق بمدة التفكير المنصوص عليها في المادة 2-6322 L من قانون الصحة والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العمومية ليحدد تلك المدة، إذ نصت المادة 1-2-766 D الواردة في هذا الأمر على مايلي: «يجب أن تكون هناك مدة 15 يوما فاصلة بين تقديم الوثيقة المضادة والمؤرخة من الاختصاصي والمتضمنة تقريرا تفصيليا عن التدخل الجراحي وكلفته، والإقدام على التدخل الجراحي»³.

وما تجدر الإشارة إليه أن موافقة المريض التي يجب الحصول عليها قبل تنفيذ العمل الجراحي تقتصر على هذا العمل المقترح فقط، ومن ثم وجب تجديدها كلما تطلب الأمر عملا جراحيا آخر. وعليه فإن موافقة المريض على عمل جراحي ما، لا يسمح للطبيب القيام بعمل جراحي ما ولو كان مكملا للعمل الأول.⁴

وقد بلور هذا الإتجاه القضاء الفرنسي . فقد أصدرت محكمة استئناف دوييه في 10/جويلية/1946 حكما في قضية تتلخص وقائعها أن شخصا راجع أحد الأطباء في مدينة (ليل) لأنه كان يشكو من تورم طفيف في الثلث الأعلى من ذراعه اليسرى، وبعد الفحص شخص الطبيب المرض بأنه تورم عضلي عادي، يضغط على أعصاب المرفق فيؤدي إلى الألم الذي يشكو منه المريض.

قام الطبيب بتوجيه النصح والإرشاد لمريضه بإجراء العملية لأنها بسيطة مؤكدا له نجاحها , فوافق المريض على ذلك, وعند قيامه باستئصال الورم تبين له أن الورم ليس ورما عاديا , وإنما ورم خبيث فقام باستئصاله فورا ودون إشعار المريض أو حصول موافقته, وبعد يوم واحد وحين أفاق المريض من المخدر عرف حقيقة الأمر, وعلم أن ذراعه أصبحت عاجزة وعاطلة عن الحركة , فاشتد به الغضب ولجأ إلى القضاء مطالبا بتعويضه عن الضرر.

¹ - قرار محكمة استئناف ليون , في 8/جانفي/1981, أشار إليه:

Daniel Rouge, Louis Arbus, Michel Costagliola, op, cit, p108.

² - أنظر المادة 2-6322 L الواردة في القانون 303/2002 المؤرخ في 04/مارس/2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية.

³ - أنظر المادة 1-2-766 D الواردة في الأمر 777/2005 المتعلق بمدة التفكير والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العمومية.

⁴ - من الناحية العملية, قد يواجه الطبيب بعض الصعوبات, فقد يحصل على موافقة المريض للقيام بعملية جراحية ما, وعند مباشرة هذه العملية يتبين للجراح أنه لايد من عملية أخرى. فهل يلزم الجراح في هذه الحالة أن يتوقف عن العملية الثانية حتى الحصول على موافقة المريض أم له أن يكمل العملية؟ يميز غالبية الفقه المقارن بين الأعمال الطبية العادية أي تلك التي لا تنطوي على مخاطر غير عادية, وهي لا تحتاج إلى موافقة جديدة من طرف المريض, والأعمال الطبية التي قد تمثل خطرا جديا على المريض والتي تتطلب موافقة جديدة. أنظر: علي فيلاللي, المقال السالف الذكر, ص ص 44-46 .

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على تجديد الموافقة فيما يخص التجارب الطبية العلمية, إذ جاء في المادة 2/168/2 فقرة ثالثة مايلي: «تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة»⁵. أنظر المادة 2/168 فقرة ثالثة الواردة في القانون 90-17 مؤرخ في 9 محرم 1411 هـ الموافق لـ 31/جويلية/1990 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/فيفري/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية, العدد 35, السنة 27, مؤرخة في 24 محرم 1411 الموافق لـ 15/أوت/1990.

وعند عرض النزاع أمام محكمة الاستئناف المذكورة , قضت بأن على الطبيب أن يحصل على رضا المريض قبل إجراء العملية وأن هذا الالتزام تحتمه ضرورة احترام حرية الإنسان وسلامته , وأن على الطبيب أن يخطر مريضه بحقيقة ما تنطوي عليه العملية من مخاطر لا سيما إذا كانت هذه المخاطر تصل إلى حد فقدان أو تعطيل عضو من أعضاء جسم المريض ولهذا فإن الطبيب يعد مخطئا في ذلك .¹

الفرع الثاني:

المعنى بالرضا.

تنص المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها: **☞** يقدم العلاج الطبي موافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...**☒**.

1/ موافقة المريض:

من البديهي والمنطقي أن تكون الموافقة على العمل الجراحي من طرف المريض لكون الأمر يتعلق بحقه في سلامته البدنية،² وعملا بالقواعد العامة يكون المريض أهلا لإعطاء موافقته على العمل الجراحي إذا كانت له الأهلية المدنية الكاملة , بمعنى أن يكون راشدا و متمتعا بكامل قواه العقلية, لكون التمييز هو مناط الأهلية.³ وباستثناء بعض الأمراض العقلية كالجنون و العته،⁴ لا ينال المرض عموما من أهلية المريض الذي يستطيع قانونا أن يعبر عن رضائه.⁵

و يشترط فريق من الفقه المقارن موافقة أحد الزوجين في حالة إجراء الطرف الآخر عملية تجميل, و من الفقهاء من ينازع هذا الرأي لافتقاره إلى أي سند قانوني،⁶ إضافة إلى أنه ليس للزوج حق وصاية على الزوجة بخصوص ممارسة حقوقها الشخصية.⁷ ومن ثم فلا يجوز لأحد الزوجين أن يجبر الآخر على الخضوع لعملية تجميل, و هذا ما أكدته محكمة ليون، حيث قضت بتقرير مسؤولية الزوج عن الأضرار التي لحقت بزوجه نتيجة لإجبارها على الخضوع لعملية جراحة تجميل بأحد ثدييها و باءت بالفشل.⁸

و إذا كان الأصل أن يتعاقد المريض بنفسه مع الطبيب, إلا أن هناك حالات تستدعي موافقة من يمثله.

¹ -قرار محكمة استئناف دوبيه, في: 10/جويلية/1946, أشار إليه : عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق, ص 99 . محمود زكي شمس, المرجع السابق, ص 65-66.

² - علي فيلاي , المقال السابق, ص 53.

³ - تنص المادة 40 فقرة أولى من القانون المدني: **☞** كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية, ولم يحجر عليه, يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية**☒**.

⁴ - تنص المادة 42 فقرة أولى من القانون المدني: **☞** لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز, لصغر في السن أو عته أو جنون**☒**.

⁵ - علي فيلاي , المقال السابق, ص 53 .

⁶ - محمد سامي الشوا, المرجع السابق, ص 170.

⁷ - علي فيلاي , المقال السابق, ص 53.

⁸ - حكم محكمة ليون, في: 27 /جوان/1913, أشار إليه , محمد سامي الشوا, المرجع السابق , ص 170.

2/ موافقة ممثل المريض :

يتضح من أحكام الفقرة الثانية من المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها, أن هناك ثلاث حالات تستدعي موافقة ممثل المريض وهي على التوالي: حالة القاصر, حالة المريض العاجز عن التمييز, وحالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته.

أ- حالة القاصر:

تتم الموافقة على الأعمال الجراحية التي تقدم للقاصر من قبل الأب أو الأم أو ممثله الشرعي¹. وفي نفس المعنى نصت المادة 52 فقرة أولى من مدونة أخلاقيات الطب: «يتعين على الطبيب المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ, أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم»². وإذا حددنا صاحب الاختصاص في مباشرة السلطة على القاصر, فإنه يتعين القول بأن هذا الشخص هو المختص بإبداء الموافقة على الأعمال الجراحية التي تقدم للقاصر. ويترب على ذلك نتيجتان: الأولى أن هذا الشخص يكون هو الدائن بالالتزام بالتبصير الذي يقع على عاتق الطبيب, فهذا الأخير يجب أن يبصر من يباشر السلطة على القاصر بطبيعة العمل الجراحي و المخاطر التي تلابس تطبيقه (حتى المخاطر النادرة الحدوث كما أوردنا ذلك سابقا).

و لا يختلف محتوى المعلومات التي يتعين الإفشاء بها في حالة المريض القاصر, عنه في حالة المريض البالغ الذي يتلقى المعلومات بنفسه, ففي الحالتين يجب إعطاء معلومات صادقة وأمينة, يتيسر فهمها ووفية. الثانية إذا تم تبصير صاحب الحق في مباشرة السلطة على القاصر, فلا يجوز مباشرة الجراحة إلا بعد الحصول على رضائه الحر.³

غير أن حق الأب أو الأم في الموافقة على الأعمال الجراحية ليس مطلقا, حيث تنص المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب: «يجب أن يكون الطبيب حاميا لطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحظى بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها»⁴.

¹ - أنظر المادة 87 من قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 /جوان/ 1984 المتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية, العدد 24 , السنة 21 , المؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق ل 12/جوان/1984. والمعدلة بموجب المادة 17 من الأمر رقم 05 - 02 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27/فيفري/2005. الجريدة الرسمية, العدد 15, السنة 42, المؤرخة في 18 محرم 1426 الموافق ل 27/فيفري/2005. تنص هذه المادة 87 «يكون الأب وليا على أولاده القاصر, وبعد وفاته تحمل الأم محله قانونا...»².

وأنظر كذلك المادتين 92 و 99 من نفس القانون والمتعلقين بالوصي والمقدم.

² - أنظر المادة 52 فقرة أولى من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - جابر محجوب علي, الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية, دار النهضة العربية, القاهرة, 2000, ص ص 32-34.

⁴ - أنظر المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب.

أما بالنسبة للقاصر المميز، وذلك ببلوغه سن الثالثة عشر طبقاً للفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 10-05¹، فإذا كان الأستاذ علي فيلاي يرى بأنه يمكن للطبيب أن يكتفي بموافقة هذا الأخير خاصة وأن المادة 83 من قانون الأسرة تقضي بنفاذ التصرفات التي يقوم بها من بلغ سن التمييز دون سن الرشد إذا كانت نافعة.² فإن هذا الحكم لا يمكن إسقاطه على الأعمال الجراحية التجميلية، ذلك أن هذه الجراحة تعتبر من الأعمال الطبية ذات المخاطر مما يستوجب موافقة ممثله لأن النفع فيها ليس محضاً.

ب/ حالة المريض العاجز عن التمييز:

اهتم القانون اهتماماً كبيراً بتنظيم حالات فقد الأهلية بسبب السن أو الحالة العقلية، ولكنه على العكس، أهمل حالة انعدام الأهلية التي تنشأ عن فقدان الوعي بصورة مؤقتة، بسبب المرض، أو على إثر حادثة، أو نتيجة التخدير في عملية جراحية.³

هاته الحالة التي يكون فيها المريض تجعله غير قادر على التمييز و من ثم لا يكون أهلاً لإعطاء موافقته على الأعمال الجراحية المقترحة.⁴

و بالرجوع إلى أحكام المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب المشار إليها سابقاً فإنه يشترط موافقة الأولياء أو الممثل الشرعي.⁵

ج / حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته:

على عكس الحالة السابقة فإن المريض قادر على التمييز إلا أنه يتعذر عليه التعبير عن رضائه، إذا اجتمعت فيه عامتين (البكم و الصم) و قد ألحق المشرع هذه الحالة بالحالة السابقة، حيث يشترط موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك عوض موافقة المريض.⁶

الفرع الثالث:

شكل الرضا و إثباته.

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى كيفية الموافقة على الأعمال الجراحية التجميلية من جهة، و من جهة أخرى قد يقوم نزاع بين المريض و طبيبه على هاته الموافقة مما يطرح حتماً مسألة الإثبات .
أولاً: شكل الرضا.

¹ - أنظر المادة 20 من القانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 جوان 2005 الموافق لـ 13 جمادى الأولى 1426 هـ. يعدل و يتم القانون المدني. الجريدة الرسمية، العدد 44، السنة 42، مؤرخة في 26/جوان/2005 الموافق لـ 19 جمادى الأولى 1426 هـ.

² - علي فيلاي، المقال السالف الذكر، ص 54-55 .

³ - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 60.

⁴ - أنظر: المادة 42 فقرة أولى من القانون المدني، مشار إليها سابقاً.

⁵ - أنظر: المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁶ - تنص المادة 80 من القانون المدني المعدل بالقانون رقم 10/05: «إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضاياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته...» [X]. لكن بخصوص موافقة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن رضائه فلا حاجة لتعيين مساعداً قضائياً، بل يشترط موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك طبقاً للمادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب. أنظر: علي فيلاي، المقال السابق، ص 56 .

تم الموافقة على الأعمال الجراحية - عموماً - شفهيًا، فيجوز للمريض أو الشخص المخول له إبداء الموافقة أن يعبر عن موافقته بالطريقة التي يختارها، فقد يتم ذلك بالكلام، أو الإشارة أو أي طريقة أخرى توحى الرغبة في إجراء العمل الجراحي.¹

غير أن هناك استثناء ين أوردهما المشرع الجزائري يأخذ فيهما الرضا شكلاً معيناً، و ذلك في حالة انتزاع وزرع الأنسجة و الأجهزة البشرية، وحالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي.²

نلاحظ أن المشرع الجزائري أخضع الرضا لشكل معين في الحالتين السابقتين نتيجة لخطورة العمل الجراحي ، فهل أخضع الجراحة التجميلية لنفس الشكل ؟.

ما تجدر الإشارة إليه ، أنه لا يوجد نص خاص يبين كيفية الموافقة على الأعمال الجراحية التجميلية، و في ظل غياب نص خاص ، و ما هو معمول به عملياً في العيادات الخاصة بجراحة التجميل ، أن الموافقة على مثل هذه الأعمال يتم شفهيًا. بالرغم من إمكانية الاستئناس بالمادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تشترط الموافقة الكتابية في حالة انتزاع الأعضاء وزرعها لأسباب سابق ذكرها.

لكن الوضع في فرنسا يختلف عما هو معمول به في الجزائر ، إذ تتم الموافقة على الأعمال الجراحية التجميلية كتابياً ، حيث يتم توقيع وثيقة من طرف المريض تشمل هاته الأخيرة على توضيح جراح التجميل كل مخاطر هذا التدخل الجراحي المتوقعة و الاستثنائية و ما يترتب على ذلك من نتائج و بصورة واضحة.³

ثانياً: إثبات الرضا.

أ/ عبء إثبات الرضا:

يقع عبء الإثبات على المريض ، سواء تعلق الأمر بالإعلام على النتيجة أو على مخاطر التدخل الجراحي ، وهذا ما أكدته محكمة استئناف غرونوبل في 11/جوان/1975، إذ لم تر توافر مسؤولية الجراح أثناء فحص نزاع حول التراضي، فالضحية لم تحصل على تعويض قضائي ، لأنها عجزت عن إثبات غياب الإعلام بالنتائج المحتملة للتدخل.⁴

و في نفس الاتجاه قامت محكمة النقض الفرنسية في 11/جانفي/1966 بنقض قرار محكمة الاستئناف الذي أدان جراحاً لأنه اعترف أنه لم يقم بإبلاغ زبونه بالأخطار المحتملة، و سبب نقض القرار هو أن الجراح لا يتحمل عبء إثبات غياب أو نقص الإعلام، و لكنه يقع على المريضة. و عليه فالجراح لا يقع عليه عبء الإثبات في موضوع التراضي بل يقع

¹ - علي فيلاي، مقاله السابق، ص 56.

² - نص المادة 162 فقرة أولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها : « لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه... » [X]. و تشترط كذلك المادة 168 الفقرة الثالثة من نفس القانون إبداء الموافقة الكتابية في حالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي ، و يكون ذلك بموافقة المعنى بالأمر و هو على قيد الحياة أو موافقة ذويه.

³ - Edouard mahe , sylvie poignonec , jacques soudant , georges lamas , regard et paupiers apport de la chirurgie esthétique , les monographies wagram , N° 28 , CCA édition , 1999 , p 47 et 48.

ولتوضيح الموافقة على الأعمال الجراحية التجميلية في فرنسا أنظر الملحق الأول والثاني.

⁴ - قرار محكمة استئناف غرونوبل، في 11/جوان/1975، أشار إليه:

كاملا على المريضة، و بما أن محكمة الاستئناف حملت الجراح بعبء الإثبات فإن المحكمة تكون قد خرقت نصوص وأحكام العقد الطبي.¹

و في قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية في 22/سبتمبر/1981 لم تؤكد مسؤولية الجراح على المضاعفات التي حدثت بفعل تدخل جراحي لشدة عضلات الوجه، و ذلك لعدم توفر الإثبات عن نقص الإعلام. ذلك أنه رغم الأهمية الكبيرة المعطاة للالتزام بالإعلام في الجراحة التجميلية فإن عبء الإثبات لا يمكن تحميله للطبيب الجراح.²

إلا أن القضاء الجزائري - مبدئيا - ليست لديه سوابق قضائية حول هذا الموضوع ولكن اعتراف النظام القانوني الجزائري ككل بأهمية الموافقة المتبصرة للمريض، بدليل تأكيده على ذلك في مدونة أخلاقيات الطب، يفرض على القاضي الجزائري في حالة النزاع التأكد من مدى حصول الطبيب على رضا المريض بغض النظر عن الأساس الذي اعتمد في متابعتة.³ وبالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالإثبات في القانون المدني، نجد أن المادة 323 من القانون المدني تنص: «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه»⁴. ففي العلاقة الطبية يعتبر المريض هو الدائن بالإعلام، في حين يكون الطبيب هو المدين بتزويد المريض بهذا الإعلام. والمريض غير ملزم بإثبات التزام الطبيب بالإعلام لأن مصدر ذلك الالتزام هو القانون، ومن ثم يكفيه إثبات قيام العلاقة الطبية عند متابعة الطبيب على إخلاله بواجب الإعلام.⁵

وتطبيقا للشطر الثاني من المادة 323 من القانون المدني يلتزم الطبيب بإثبات تخلصه من واجب الإعلام تجاه المريض.
ب/ طرق إثبات الرضا:

تعتبر الوثائق الممضاة من طرف المرضى قبل التدخل الجراحي حول مخاطر هذا التدخل و ما يترتب عليه من نتائج دليل قبول في الولايات المتحدة الأمريكية، و لكن في فرنسا قد يكون لها أثر معاكس: لا فائدة لهذه الوثائق كونها لا تحتوي على الأخطار المحتملة و هي التي يتهم بها الجراح. إن المحكمة تملك صلاحية تقدير نوعية المعلومات المقدمة أثناء تحرير الوثيقة.

تؤدي إلى تعكير جو الثقة الضروري لإبرام أي عقد. أليس العقد الطبي اجتماع طرفين وعي و ثقة؟⁶ كذلك يعتبر إرسال الرسائل من طرف الجراحين للمرضى على أساس أنها تحمل معلومات رغم أن مضمونها إشهاري دعائي بحت ، دليل إدانة لا يقبل إثبات العكس إذا حدثت مضاعفات. في قرار محكمة استئناف باريس في 14/جانفي/1972 ثم النقل الحرفي لرسالة أرسلها جراح تجميل لزبوتته في حيثيات القرار ، و لا يهمنا هنا الطابع الفكاهي لهذه الرسالة، إذ أن المدعى ربح الدعوى بفضل هذه الرسالة :

¹ - ⁴ - قرار محكمة النقض الفرنسية في 11/جانفي/1966 و 22/سبتمبر/1981، أشار إليهما:

Daniel rouge , louis arbus , michel costagliola , op , cit , p 110.

³ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005 ، ص 195.

⁴ - أنظر المادة 323 من القانون المدني.

⁵ - عبد الكريم مأمون، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 196.

⁶ - Daniel rouge , louis arbus , michel costagliola , op , cit , p 111.

"سيدتي العزيزة"

يمكنك أن تتحصلي على أئداء كما لم تكوني تحلمين من قبل.
سيكونون الأجل... الخ".

يلاحظ أن هذه الرسالة طويلة و يغلب عليها الطابع الدعائي.¹

و بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري فيما يخص طرق إثبات رضا المريض بالجراحة التجميلية، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي، مما يسمح للطبيب الجزائري أن يلجأ إلى كافة طرق الإثبات (الكتابة , الإقرار , القرائن و غيرها) لإثبات حصوله على رضا المريض.²

المطلب الثالث:

كفاءة الطبيب الجراح.

أصبحت جراحة التجميل من فروع الجراحة المتخصصة التي تقتضي من الطبيب القائم بممارستها أن يكون على جانب كبير من الدقة, فضلا عن إلمامه بالأبحاث و الدراسات الخاصة بها.³
فشهادة الطب العام لا تكفي لإجراء مثل هذه العمليات و ممارسة هذا النوع من الطب, نظرا لما تشتمل عليه هذه العمليات من أخطار و صعوبات لا يعرفها إلا الأطباء المتخصصون.⁴
لذلك يجب أن يكون الممارس لها أولا طبيبا ثم جراحا وأخيرا جراحا بلاستيكيًا، وذلك حتى يكون قادرا على توفير كل ضمانات السلامة.⁵

وبالتالي يشترط لممارسة هذا النوع من الجراحة كفاءة الطبيب الجراح. وسنعالج من خلال هذا المطلب كفاءة الطبيب الجراح في القانون الفرنسي (الفرع الأول)، كفاءة الطبيب الجراح في القانون الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

كفاءة الطبيب الجراح في القانون الفرنسي.

قضت المحاكم في فرنسا بمسؤولية الطبيب الذي لم يكن متخصصا في جراحة التجميل تخصصا دقيقا.⁶ فقد ذهبت محكمة السين في هذا الشأن إلى تحميل الطبيب المسؤولية الجزائرية و المدنية بمقتضى حكمها الصادر في 03/أفريل/1968⁷ و تتعلق وقائع القضية أن إحدى السيدات الباحثات عن الجمال , أطلعت في إحدى المجلات الأسبوعية على مقال يثني كاتبه فيه على أحد أطباء التجميل الذي استخدم طريقة جديدة و مبتكرة لإزالة التجاعيد التي تعلقو جبهة الإنسان عند التقدم في السن. فذهبت إلى عيادته و اتفقت معه على إجراء هذه العملية، و قام

¹ - voir: op ,cit , p 111-112.

² - عبد الكريم مأمون , أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 196.

³ - محمد سامي الشوا , المرجع السابق، ص 166.

⁴ - راييس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 151.

⁵ - Daniel rouge, louis arbus, michel costagliola, op, cit , p113.

⁶ - محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 67.

⁷ - حكم محكمة السين ، في: 3/أفريل/1968، أشار إليه : عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 100-101. محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص 67-68. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 166-167.

بإجرائها، و بعد مرور بضع أسابيع على مغادرتها للعيادة لاحظت أن شعرها أخذ يتساقط بشكل جعل جانبا من جوانب رأسها خاليا من الشعر , و بدت كأنها أصيبت بالقرع, و صار جلد جبهتها أزرق اللون كربه المنظر. رفعت السيدة أمرها إلى قاضي الأمور المستعجلة أولا, ثم إلى محكمة الجرح، فانتدبت المحكمة لهذه القضية خبيرين اثنين, جاء في تقريرهما أن الطبيب المدعى عليه ليس مختصا و غير مؤهل لإجراء مثل هذه العمليات.

و أصدرت المحكمة حكمها وجاء في أسبابه مايلي:

"حيث أن دبلوم الطب يسمح لمن حصل عليه بممارسة كافة فروع الطب، إلا أن هذا لا يعني من يبغى ممارسة فرع من فروع الطب على قدر عال من التخصص أن يهين نفسه لذلك بالتزود العلمي الملائم.

كذلك فإن دبلوم الطب لا يبيح للطبيب في غير حالات الضرورة أو الاستعجال بأن ينساق إلى ممارسة أساليب علاجية حديثة تنطوي على أخطار لا يعلمها سوى المتخصصون فيها.

و حيث أن الطبيب و قد لجأ إلى استخدام هذه الأساليب المستحدثة و التي ما كان يجهل خطورتها لو أنه تمرس على أيدي أخصائيين مشهود لهم بالكفاءة، و كان ينبغي عليه أيضا أن يسعى سعيا حثيثا إلى الإطلاع و الإلمام بفنون هذه الجراحة الدقيقة سواء في فرنسا أو في الخارج , لذا فإن ما أقدم عليه الطبيب ينطوي على إهمال جسيم يستحق الإدانة من الناحيتين الجنائية و المدنية لما تخلف عنه من إصابات لحقت بالمریضة".

و في قضية أخرى تتلخص وقائعها أن فتاة صغيرة أجريت لها عملية تجميلية للأنف , أدت إلى بتر مقدمة أنفها و اعوجاجه، مما تسبب في اضطراب وظائفه.

قررت محكمة باريس بتاريخ 15/جانفي/1974 في هذه القضية أن الجراح ارتكب خطأ كونه باشر جراحة ليست من تخصصه بدون حاجة للبحث عن النتيجة.¹

وما يمكن استخلاصه من الأحكام القضائية السابق الإشارة إليها وغيرها من الأحكام أن القضاء الفرنسي يؤكد على ضرورة كفاءة الطبيب في ميدان الجراحة التجميلية.²

ونتيجة لا طراد الطلبات الخاصة بالتجميل كان لابد من إعطاء المرضى كل الضمانات ومنها التكوين الجيد للأطباء الذين يمارسون هذا التخصص, وهذا ما تم بالاستحداث الرسمي لتخصص جامعي " دبلوم دراسات عليا في الجراحة البلاستيكية والتجميلية " D.E.S de chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique " وذلك في 7/ماي/1988، ويتم منح الاختصاص من طرف مجلس أخلاقيات المهنة بعد أن يكون الطبيب قد استوفى التحصيل العلمي المطلوب لهذا الاختصاص.³

هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان لابد من إصدار تشريعات تنظم شروط الترخيص لممارسة هذا النوع من الجراحة, وهذا ما حدث في الآونة الأخيرة، بإصدار القانون رقم 303/2002 بتاريخ 04/مارس/2002 المتعلق بحقوق المرضى

¹ - حكم محكمة باريس، بتاريخ : 15/جانفي/1974 , أشارت إليه: مكلوف وهيبه , المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005، ص 182.

² - ما تجدر الإشارة إليه أنه قبل سنة 1988 كان يشترط لممارسة هذا النوع من الجراحة اكتساب معرفة علمية وتقنية عن طريق المؤسسات العلمية ولو كانت هذه المعرفة غير جامعية. أنظر:

Daniel rouge, louis arbus, michel costagliola, op, cit , p114.

³ - voir : op, cit , p114.

ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية حيث جاء في المادة L6322-1 ¹ إن أي تدخل جراحي تجميلي... لا يمكن أن تتم ممارسته إلا بتوفر منشآت مقبولة تلبى الشروط التقنية للعمل المنصوص عليها في المادة L6113-3. إن إنشاء منشآت جديدة يجب أن يخضع لترخيص من السلطة الإدارية...¹.

ولقد جاء الأمر رقم 2005-776 المؤرخ في 11/جويلية/2005 والمتعلق بشروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية والمعدل لقانون الصحة العمومية ليحدد تلك الشروط.

إذ نصت المادة 1- R 740 الواردة في هذا الأمر على مايلي: ² تخضع لأحكام هذا الأمر المنشآت التي تمارس فيها أعمال جراحية تهدف إلى تغيير المظهر الخارجي لشخص ما, بطلب منه, دون أن تكون هناك أهداف علاجية أو إعادة إصلاح².

ويتم منح الترخيص وتجديده من طرف الوالي بواسطة رسالة مسجلة يرسلها الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يرغب في استصدار الترخيص.³

ويجب أن يرفق مع الطلب ملفا كاملا يحتوي على:⁴

أ. ملف إداري يشمل :

- الهوية والوضعية القانونية للطلب.
- تقديم المشروع.
- تعهد بالمحافظة.

ب. ملف تقني يشمل :

- تقديم للمنشآت مع المخططات.
- تقديم كفاءات وطرق تمويل المشروع.

ج . ملف تقييمي، يشمل ذكر الأهداف:

- نوعية العلاج, الالتزام بالسلامة, الاستمرارية في تقديم العلاج.
- وصف نظام الاستقبال ومعالجة المعطيات الطبية والتقنية والإدارية الضرورية للقيام بتقييم ناجح يشمل :

- صفات وخصوصيات التدخلات الجراحية.

- حجم التدخلات بحسب الطبيعة وحسب الصعوبة.

• وصف آليات الإعلام ومساهمة السلك الطبي والإداري في عملية التقويم.

إذا لم يرد الوالي على الطلب المقدم إليه في مدة أربعة أشهر, يعتبر ذلك قرينة على الرفض.⁵

والذي يجب أن يكون أساسه.¹

¹ - أنظر المادة L 6322-1 الواردة في القانون 303/2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية المشار إليه سابقا.

² - أنظر المادة R 740-1 الواردة في الأمر رقم: 2005-776 المؤرخ في 11/ جويلية/ 2005 المتعلق بشروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية والمعدل لقانون الصحة العمومية.

³ - أنظر المادتين: 2 - R 740 و 3 - R 740 الوادتين في نفس الأمر.

⁴ - أنظر المادة: 4 - R 740 الواردة في نفس الأمر.

⁵ - أنظر المادة: 6 - R 740 الواردة في نفس الأمر.

• عدم مطابقة الشروط المحدد في المادة 14 - R 740، (وسياتي ذكرها لاحقاً).

• عدم احترام الالتزامات المذكورة في المادة 2 - L 6322، (المشار إليها سابقاً).

• إذا لوحظ الإقدام على إشهار مباشر أو غير مباشر قام به مالك الترخيص. عدم ملائمة المنشآت لما جاء في الترخيص.

إن قرارات الترخيص أو الرفض الصريح يجب أن تسبب بواسطة رسالة مسجلة ترسل إلى طالب الترخيص مع إشعار بالوصول، ويجب أن تنشر القرارات الصريحة بمنح أو تجديد الترخيص أو رفضه لمزاولة النشاط الجراحي في نشرة القرارات الإدارية للولاية.²

مدة صلاحية الترخيص هي 5 سنوات تبدأ من يوم صدور القرار الإيجابي المترتب على الزيارة الميدانية (زيارة الملائمة).³ شروط الترخيص:

1- لا يمكن تقديم الترخيص إلا للمنشآت التي تتوفر على الشروط الآتية:⁴

أ. القيام بتعقيم المعدات الطبية.

ب. التخلص من بقايا النشاط الطبي (القاذورات) لأنها خطيرة كونها معدية.

ج. إنشاء لجان لا قامت علاقات مع المستعملين.

2- يتعين على صاحب الترخيص تأمين أطباء وسطاء مرسمين أو مستخلفين للأخطار المترتبة عن مهامهم:⁵

أ- يجب وضع قائمة اسمية لهؤلاء تعلق في لوح الإعلانات، تقدم نسخة لكل مريض.

ب- تقوم اللجنة باجتماعات مرة في كل سنة لدراسة وفحص الشكاوى وليس للرئيس الحق في التصويت.

ج- تسهر هذه اللجنة على احترام حقوق المستعملين.

د- تساهم اللجنة من خلال آرائها في تحسين التكفل بالأشخاص.

هـ- يتم تقديم نسخة من التقرير السنوي للجنة إلى الوالي.

إضافة إلى الأمر رقم 2005-776 المتعلق بشروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية، تم إصدار أمر رقم 2005-777 المؤرخ بنفس التاريخ المتعلق بمدة التفكير المنصوص عليها في المادة 2-L6322 من قانون الصحة والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية والمعدل لقانون الصحة العمومية.

¹ - أنظر المادتين : 7 - R 740 و 8 - R 740 الواردة في نفس الأمر .

² - أنظر المادة: 9 - R 740 الواردة في الأمر 2005 - 776 مشار إليه سابقاً.

³ - أنظر المادة: 11 - R 740 الواردة في نفس الأمر.

⁴ - أنظر المواد: 14 - R 740 , 16 - R 740 , 17 - R 740 , 19 - R 740 الواردة في نفس الأمر.

⁵ - أنظر المادتين: R 740-20 و R 740-21 الواردتين في نفس الأمر.

وأهم ما جاء في هذا الأمر النص صراحة على ضرورة احتواء الطاقم الطبي الممارس على: ¹

أ- جراحين مختصين في الجراحة التجميلية.

ب- أطباء مختصين في التخدير.

ج- ممرضين.

د- أعوان ممرضين.

الفرع الثاني:

كفاءة الطبيب الجراح في القانون الجزائري.

لقد عالج المشرع الجزائري فكرة الكفاءة بناء على شهادة الاختصاص في المجالات الطبية المختلفة من خلال المادتين 197 و 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

فالمادة 197 تكلمت حول كفاءة الطبيب العام و بينت الشهادات التي تثبت كفاءته.²

أما المادة 198 فتعلق موضوعها بالتخصص حيث جاء فيها: ~~ولا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه~~ [X].

يستفاد من سياق نص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه يشترط لمزاولة مهنة طبيب اختصاصي في جراحة التجميل الحصول على شهادة في هذا الاختصاص، ولم يشترط المشرع الجزائري الحصول على هاته الشهادة من المعاهد الجزائرية، بل يمكن أن تكون شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

وإذا كانت هذه المادة (198) من أهم المواد التي تكلمت على شرط الاختصاص والتي فسرت على أنها هي التي ترتب المسؤولية لكل من يمارس الجراحة التجميلية دون شهادة اختصاص في المجال،³ إلا أنه يمكن أن نقف موقف التحفظ من هذا التفسير، إذ كيف نجزم باشتراط هذا الاختصاص بالرغم من عدم وجود شهادة الاختصاص في الجراحة التجميلية في الجزائر نظرا لغياب هذا الفرع من فروع كليات الطب.⁴

¹ - أنظر المادتين : 14- 2 - D 766 و 15 - 2 - D 766 الوارد في الأمر 2005 - 777 المؤرخ في 11/جويلية/2005 المتعلق بمدّة التفكير المنصوص عليها في المادة 2-6322 L من قانون الصحة والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية والمعدل لقانون الصحة العمومية.

² - تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: ~~تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط الآتية: - أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها...~~ [X].

³ - رابح محمد، أطروحة الدكتوراه السابق الإشارة إليها، ص 152.

⁴ - ما تجدر الإشارة إليه أن الجراحة التجميلية كتنخصص قائم بحد ذاته لا تدرس في كليات الطب الجزائرية كما هو الوضع في فرنسا، وبالتالي يشترط لممارسة هذه الجراحة الحصول على شهادة اختصاص في جراحة التجميل من كليات الطب الأجنبية معترف بمعادلتها. غير أنه في الآونة الأخيرة وبالتحديد بتاريخ 26 و 27 نوفمبر 2005 بفندق الأوراسي (الجزائر) تم - لأول مرة - إلقاء محاضرات عليا من طرف أساتذة جزائريين وبالتعاون مع أساتذة من الخارج (فرنسا)، تتعلق هذه

ثم إن المادة 198 اشترطت أن يكون الطبيب مختصا وليس طبيا عاما والجراحة العامة تعتبر اختصاصا وليس من قبيل الطب العام الذي تناولت أحكامه المادة 197. فلماذا لا تفسر لصالح الجراحين العامين والذين يقدمون في الواقع العملي على ممارسة هذا النوع من الجراحة، خاصة في ظل قلة المختصين والذين يحملون شهادات أجنبية في هذا المجال، وفي غياب النص الصريح الذي يمنعهم من ممارسة هذا العمل؟؟.

غير أنه وفي حالة حدوث ضرر بالنسبة للمريض فإن القضاء يتدخل لترتيب المسؤولية على الجراح العام انطلاقا من فكرة مبدئية وهي أنه لا يملك الكفاءة الكافية للإقدام على إجراء مثل هذه العمليات. وقد كانت بالفعل للقاضي الجزائري تدخلات انطلاقا من سنة 1998 لردع الجراحين العامين الذين يقدمون على ممارسة الجراحة التجميلية دون تحفظ، وكانت الإدانة في حقهم، إلا أنها لم تكن بالصرامة الكافية،¹ مما يوحي بأن القاضي نفسه يشعر بعدم وجود النص الصريح الذي يستند عليه في ترتيب المنع في حقهم من ممارسة الجراحة التجميلية.

وعلى كل يظل شرط الاختصاص شرطا ضروريا حتى في غياب النص الصريح الدال على ذلك، وبالتالي تبقى النصوص العامة هي السند في إثبات هذا الشرط، فالمادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب أشارت إلى أنه لا يسوغ للطبيب أن يثبت على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها.²

كذلك لا يرخص للطبيب بأن يثبت على لوحات باب عيادته إلا البيانات الآتية:

الاسم واللقب وأيام وساعات الاستشارة الطبية، والطابق والشهادات المحصل عليها والمؤهلات والوظائف المعترف بها وفقا للمادة السالفة.³

فهذه الشهادات أو المؤهلات تساهم في توجيه اختيار المرضى نحو الجراحين المختصين والأكفاء لممارسة هذا النوع من الجراحة.

والجدير بالذكر أنه بموجب قانون 17/90 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها تم إنشاء فروع نظامية وطنية وجهوية تابعة للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية،⁴ من بين المهام المسندة إلى الفروع النظامية الجهوية أنها تستشار في طلبات فتح العيادات ومن بينها العيادات الخاصة بجراحة التجميل.

المحاضرات بالتشريح الجراحي والجراحة البلاستيكية والتجميلية للوجه والرقبة. وأهم المواضيع التي طرحت في هاته المحاضرات مايلي: عملية شد الوجه والعنق، التشريح الجراحي للحفون والعمليات التقيومية للحفون، إعادة تأهيل الحفون في حالة شلل الوجه، أسس الترميم الجراحي = للأنف، التشريح الجراحي للأنف، التشريح الجراحي للأذن والجراحة التجميلية للأذن، الجراحة التجميلية للأنف، قواعد تشريحية وتقنيات التصليح لحالات تقشر جلد الوجه، تشريح جراحي ومخططات التشريح للوجه والرقبة.

¹ - صرح لنا الطبيب (ص - ط) المختص في الجراحة التجميلية وهو من القلة الموجودين على مستوى الجزائر والذي يحمل شهادة في الاختصاص من فرنسا أن تدخلات القاضي الجزائري لمنع الجراحين العامين من ممارسة الجراحة التجميلية لا تتم إلا في حالة حدوث الضرر، وضرب لنا مثالين على هذه التدخلات ضد الجراحين العامين (م - م) و (م - ب) غير أننا لم نستطع الوصول إلى القرارات القضائية المدينة لهما.

² - أنظر تفاصيل البيانات الواجب ذكرها: المادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - أنظر المادة 78 فقرة أولى من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ - أنظر المادة 1/168 والمادة 2/267 الواردة في القانون 17/90 المعدل لقانون حماية الصحة وترقيتها.

وتفصل عملاً بمدونة أخلاقيات المهنة فيما يأتي: - مدى مطابقة شروط فتح العيادات وممارسة المهنة.

- مراقبة الإشارات المسجلة على لوحات العيادة.¹

كذلك تم بموجب مدونة أخلاقيات الطب إنشاء ضمن الفرع النظامي الوطني خمس لجان من بينها لجنة ممارسة المهنة والكفاءات.²

وعلى كل حال يجب أن يتوفر لدى الطبيب في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، ولا ينبغي له بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية.³

المبحث الثالث:

تنوع المسؤولية في الجراحة التجميلية.

إن المسؤولية القانونية الناجمة عن الخطأ الطبي ذات طبيعة متنوعة، فالطبيب المخطئ يمكن أن يجد نفسه أمام عدة مسؤوليات مختلفة، فقد يسأل مدنياً وجزائياً وتاديبياً.

و سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية وذلك بالتعرف على طبيعتها القانونية، هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية، وهل يجوز الجمع والخيرة بين نوعي المسؤولية في الجراحة التجميلية؟. ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى المسؤولية الجزائية للطبيب في الجراحة التجميلية، على أن نخصص المطلب الأخير للمسؤولية التأديبية.

المطلب الأول:

المسؤولية المدنية.

المسؤولية المدنية هي التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر نتيجة لإخلاله بالتزام يقع عليه، فإذا كان هذا الإلتزام مصدره العقد كانت المسؤولية عقدية، وإذا كان مصدره القانون و يتمثل أساساً في العمل غير المشروع كانت المسؤولية تقصيرية.⁴

إذن فالمسؤولية المدنية نوعان: عقدية و تقصيرية. و السؤال الذي يطرح في هذا الميدان هل أن مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟

¹ - أنظر المادة 177 من مدونة أخلاقيات الطب.

² - أنظر المادة 198 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - أنظر المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب. وأنظر أيضاً المادة 213 مكرر من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

⁴ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 311.

والسؤال الذي يطرح أيضا هو أنه قد يحدث أن يتوافر في نفس العمل الجراحي التحميلي شروط المسؤوليةين معا , فهل يجوز للمريض الذي أصابه الضرر بسبب هذه الجراحة أن يجمع بين أحكام المسؤوليةين في الرجوع على جراح التحميل ؟
إجابة على هاته التساؤلات إرتأينا تقسيم المطلب على النحو التالي: التكييف القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التحميلية (فرع أول) الجمع و الخيرة بين نوعي المسؤولية المدنية في الجراحة التحميلية (فرع ثاني).

الفرع الأول:

التكييف القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحية التحميلية.

من المسلم به أن المسؤولية لا تكون عقدية إلا إذا وجد بين المضرور والمتسبب في الضرر عقد صحيح وقائم، و كان الضرر نتيجة إخلال أحد طرفي العقد بالتزام عقدي. وبناء على ذلك تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية كلما انعدمت الرابطة العقدية بينه و بين المريض الذي أصابه الضرر، أو وجدت بينهما رابطة عقدية و كان الضرر نتيجة إخلال بالتزام غير ناشئ من العقد¹.

أولا: مسؤولية عقدية.

المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي،² و قد كان القضاء في فرنسا يعتبر مسؤولية الأطباء تقصيرية إلى أن تحول عن ذلك في سنة 1936.³

حيث عرضت على محكمة النقض الفرنسية , دعوى تتلخص وقائعها أن زوجة الأستاذ ((ميركير)) قد أصيبت في وجهها بالتهاب مخاطبي نتيجة علاجها بأشعة إكس, و قد رفعت دعوى على الطبيب بسبب ارتباط حالتها بالعلاج الذي تلقته , و كان أمام القضاء قبولها و الحكم فيها إما على أساس المسؤولية التقصيرية و إما على أساس المسؤولية العقدية، و هذا الأساس الأخير هو الذي استندت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20/ماي/1936 في هذه الدعوى، و هو ذات الأساس الذي نادى به الفقيه ((جوسران)) و دافع عنه.

وقد قالت محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار " أنه يتكون بين المريض و طبيبه عقد حقيقي لا يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض حتما , و إنما يلتزم بأن يبذل جهودا صادقة و مخلصه مصدرها الضمير و مؤداها اليقظة و الانتباه, و هذه الجهود تقتضي أن تكون متطابقة في غير الأحوال الاستثنائية للأصول العلمية الثابتة "

وتضيف المحكمة في ذات القرار " و أن الإخلال حتى غير المقصود بهذا الالتزام التعاقدية يترتب عليه مسؤولية من نفس النوع تعاقدية أيضا "¹.

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، المنشورات الحقوقية صادر ، لبنان، الطبعة الخامسة، 1988، ص 381.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 618.

³ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 382. محمد فهد شقفة، المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد الخامس، سنة 1971، ص 135.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية, حيث قضت هذه المحكمة في 26/جوان/1969 مايلي:

" إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسؤولية عقدية. والطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

وجراح التجميل و إن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر".²

نلاحظ أن القضاء الفرنسي و المصري اعتبر مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية مسؤولية عقدية، بخلاف القضاء الجزائري الذي يميل بصدد الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية معتمدا على أحكام المادة 124 من القانون المدني كأساس لمنح التعويض للمريض أو لذوي حقوقه.³

شروط قيام المسؤولية العقدية:

يشترط لقيام المسؤولية العقدية للطبيب في الجراحة التجميلية الشروط الآتية :

1) أن يكون هناك عقد قائم بين الطبيب و المريض: فإذا باشر الطبيب العلاج دون أن يكون هناك عقد كانت المسؤولية تقصيرية⁴، و في غالب الحالات فإن الطبيب و المريض يرتبطان بموجب عقد، فالطبيب بمجرد فتحه لعيادته وتعليقه للافتته يكون في موقع من يعرض الإيجاب، و أي مريض يقبل بمثل هذا العرض للعلاج يبرم مع هذا الطبيب عقدا بشكل طبيعي.⁵

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 20/ماي/1936، أشار إليه طلال عجاج، المرجع السابق، ص 55 - 57. و قد أورد القرار أيضا:

Jean penneau, la responsabilité du médecin, 2^{ième} édition, Dalloz, paris, 1996, P7 et 8.

² - قرار محكمة النقض المصرية، في: 26/جوان/1969، أشار إليه: عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1989، ص 146-147. عبد المعين لطفى جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم الكتب، القاهرة، 1979، ص

19-20. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 1998، ص 481.

³ - صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، دار القصة للنشر، الجزائر، ص 70. وقد استدل الباحث في هذا الموضوع ببعض القرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ: 21/جانفي/1992 تحت رقم: 1992/46 و 03/فيفري/1988 تحت رقم: 1988/22.

⁴ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1409.

⁵ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 68.

(2) أن يكون العقد صحيحاً: ¹ لكي يعتبر العقد الطبي صحيحاً يجب أن تتوفر فيه جميع أركان العقد كالإيجاب و القبول، و ألا يكون هذا العقد مشوباً بأي عيب من عيوب الإرادة ، فالعقد الباطل لا يترتب عليه التزام والمسؤولية عنه تكون تقصيرية.²

كما ويطل العقد إذا كان لسبب غير مشروع، كأن يقوم الطبيب بالسعي إلى تغيير ملامح مجرم حتى يتمكن من الإفلات من قبضة البوليس ورجال الأمن.³

(3) أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد الطبي: ⁴ وعليه فإن مسؤولية الطبيب تكون تقصيرية إذا كان الخطأ الذي نسب إليه لا يمت بصلته إلى الرابطة العقدية، مثال ذلك الطبيب الذي لم ينتبه إلى أخطاء مطبعية خاصة بتحديد جرعة الدواء مما تسبب عنه وفاة الشخص.⁵

(4) يجب أن يكون المتضرر هو المريض: بمعنى أنه إذا كان المتضرر من الغير كمساعد تعرض للجرح من قبل الطبيب أثناء إجراء الأخير عملية جراحية، فالمسؤولية هنا تكون تقصيرية.⁶

(5) أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد: ⁷ وفي هذا الصدد يتعين التفرقة بين فرضيين:

الفرض الأول: أن يكون المريض أو من ينوب عنه قانوناً هو الذي اختار الطبيب، فإذا أقام الدعوى على الطبيب فإنه يستند في إقامتها على أساس أحكام المسؤولية العقدية.

ولكن إذا توفي المريض نتيجة خطأ الطبيب فالوضع لا يخرج عن أمرين:

الأمر الأول: رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض من قبل الورثة: لا شك هنا أن قواعد المسؤولية العقدية هي التي تطبق، ذلك أن أثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه، ينصرف كذلك إلى الخلف العام والخاص طبقاً للمادتين 108-109 من القانون المدني الجزائري وهما تقابلان المادتين 145-146 من القانون المدني المصري .

الأمر الثاني: رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض من غير الورثة: قد ترفع دعوى التعويض من غير ورثة المريض المتوفي، كأن يكونوا أقارب له أو حتى أجنب عنه، فهؤلاء يحق لهم الرجوع على الطبيب لإخلاقه بالتزامه، إذا أدى هذا الإخلال إلى وفاة المريض الذي هو قريب لهم، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية، لأن من رفع الدعوى يعتبر من الغير، وهذا هو رأي أغلب الفقهاء.⁸

¹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 382 . محمد فهد شقفة، مقاله السابق، ص135.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 70-71 .

³ - ريس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 151.

⁴ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 382.

⁵ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1409 .

⁶ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 84.

⁷ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1409.

⁸ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1409-1410.

الفرض الثاني: إذا كان الذي أبرم العقد مع الطبيب غير المريض, ولا يمثله قانونا أو اتفاقا: ومثال ذلك العقد الذي يبرمه الزوج لزوجته أو شخص قريب للمريض,¹ وضمن هذا النطاق يجب التفريق بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا كان الشخص الذي تعاقد مع الطبيب باسمه قد اشترط حقا مباشرا للمريض في العقد, ففي هذه الحالة تطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير.²

الحالة الثانية: تتمثل في قيام شخص بالتعاقد مع الطبيب باسم المريض ولمصلحته, فهنا تطبق أحكام الفضالة على مثل هذا التصرف, والعلاقة بين المريض والطبيب تكون تعاقدية.³

الحالة الثالثة: وتتمثل في قيام شخص بالتعاقد باسمه مع الطبيب من أجل مصلحة شخصية له, دون أن يقصد إعطاء المريض حقا مباشرا من العقد الذي أبرمه مع الطبيب, فيكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق في استعمال الدعوى العقدية, أما المريض فإنه يعتبر في هذه الحالة غيرا بالنسبة للعقد المبرم, ولا يكون له إلا استعمال دعوى المسؤولية التقصيرية.⁴ والحقيقة أن هذه الحالة الأخيرة نادرة الحدوث في الواقع العملي, فإذا كان الشخص يتعاقد مع الطبيب بغية تحقيق مصلحة شخصية له دون ترتيب حق مباشر للمريض من العقد, فمعنى هذا أن المريض لا علاقة له بالعقد, هذا ما يدعونا إلى التساؤل عن أية مصلحة هي أعلى من مصلحة المريض الذي ينتظر العلاج حتى يحقق ذلك الشخص مصلحة شخصية له دون أن يقصد ترتيب حق مباشر للمريض من العقد... اللهم إلا إذا كان ذلك الشخص يريد وجه الله, فهذه الغاية لا تعلوها غاية أخرى.

وبعد التطرق إلى شروط المسؤولية العقدية للطبيب في الجراحة التجميلية تجدر بنا الإشارة إلى أن هناك حالات يصعب فيها معرفة وجود عقد أم لا, منها:

حالة إنشاء العلاقة بين طبيب التجميل والمريض في العيادة الخاصة وأجريت العملية في مستشفى عام, في هذه الحالة فإن الرابطة العقدية موجودة مادام إنشاء العقد حصل أصلا بإيجاب وقبول في عيادة الطبيب الخاصة.⁵

كذلك من الحالات التي يصعب فيها معرفة وجود عقد أم لا, حالة طبيب التجميل الذي يعمل في مستشفى خاص. ففي الآونة الأخيرة كثر تعاقد أطباء التجميل مع المستشفيات الخاصة, إذ يلتزم الطبيب في هذه الحالة بمقتضى العقد بعلاج المرضى الذين يدخلون المستشفى, في هذه الحالة فإن الطبيب ملزم بتقديم خدمات لأشخاص لم يرتبط معهم بأي اتفاق ولم يختاروه ولا يستطيعون رفض خدماته, والتكليف الصحيح لهذا العقد أنه اشتراط لمصلحة الغير, ذلك أن العلاقة بين الطبيب والمريض ما هي إلا نتيجة عقد بين الطبيب وصاحب المستشفى الخاص, فالطبيب المتعهد يلتزم قبل الجهة المشترطة وهي إدارة المستشفى بأن يعمل لمصلحة المرضى وهم المستفيدون من الاشتراط, ولا يقدر في هذا الرأي أن الاشتراط حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت العقد ما دام أنهم قابلون للتعين وقت التنفيذ. بناء على ما تقدم

¹ - طلال عجاج, المرجع السابق, ص 73.

² - أنظر المادة 116 فقرة أولى من القانون المدني.

³ - طلال عجاج, المرجع السابق, ص 73.

⁴ - عز الدين الديناصوري, عبد الحميد الشواربي, المرجع السابق, ص 1410.

⁵ - منذر الفضل, المرجع السابق, ص 34.

فإن للمستفيد دعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها قبل المتعهد ليطالبه بتنفيذ التزامه، وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب في هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية.¹

ثانياً: مسؤولية تقصيرية.

المسؤولية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب هي الجزء المترتب على إخلال الطبيب بالتزام قانوني، وهو التزام يفرض عدم الأضرار بالآخرين.²

و إذا كان الأصل العام أن مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية هي مسؤولية عقدية، فالاستثناء أنها ذات طبيعة تقصيرية.³

فما هي حالات تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية ؟

1) حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام: إن المؤسسة الإستشفائية المتخصصة هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، فهي تخضع للقانون الإداري في تنظيمها و سيرها.⁴ فالعلاقة التي تتكون بين طبيب التجميل و المريض في مؤسسة استشفائية متخصصة تخضع للوائح و أنظمة هذه المؤسسة.⁵ فالمريض عندما يتعامل مع المستشفى العام، فإنه يتعامل مع شخص معنوي، فلا يمكن للمريض أن يختار طبيبه المعالج بحرية، بل الأمر منوط بلوائح هذا المرفق، فالمريض حال تعامله مع أحد الأطباء الموظفين في المستشفى و الذي حددته إدارة المستشفى لعلاجه فإنه لا يتعامل معه بصفته الشخصية و لكن بصفته موظفا لدى هذا المستشفى. و على هذا الأساس فإن علاقة المريض بالطبيب الممارس في المستشفى العام هي علاقة غير مباشرة، لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام، و بذلك فإن حقوق و التزامات كل من الطبيب و المريض محددة بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط هذا المرفق العام، فعلاقة الطبيب بالمريض في المستشفى العام هي علاقة شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للوائح شخص ينتفع بخدمات المرفق العام، و مؤدى ذلك أنه لا يوجد عقد بين الطبيب الممارس في المستشفى العام و المريض الذي ينتفع بخدماته، لذا فلا يمكن مساءلة الطبيب هنا إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.⁶

و بالنسبة لعلاقة الطبيب بالمستشفى العام فالراجح فقها وقضاء أن الطبيب يعتبر تابعا للمستشفى الذي يعمل به⁷ - و يترتب على ذلك نتائج هامة في مجال القضاء المختص كما سنرى لاحقاً - حيث قضت المحكمة العليا بتاريخ

¹ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1410 - 1411.

² - محمد فخر شقفة، مقاله السابق، ص 135.

³ - Jean penneau, op, cit, p7.

⁴ - أنظر المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 97-465 مؤرخ في 2 شعبان 1418 الموافق ل 2- ديسمبر 1997 المتعلق بإنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها. الجريدة الرسمية، العدد 81، السنة 34، مؤرخة 10 شعبان 1418 الموافق ل 10/ ديسمبر/ 1997.

⁵ - من بين المؤسسات الإستشفائية المتخصصة الموجودة في الجزائر: العيادة المركزية للمحرقين تتولى هذه الأخيرة معالجة الحروق وإجراء الجراحة الترقيعية، و مكان تواجد هذه العيادة الجزائر الوسطى. أنظر: طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 123.

⁶ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 33-34.

⁷ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 34.

22/جانفي/1977 بمسؤولية مستشفى الأخصرية عن خطأ الطبيب الذي يعمل لديه على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.¹ واطردت الأحكام في هذا الشأن.²

2) حالة تقديم الطبيب لخدماته مجاناً: لقد ذهب الرأي الراجح عند الفقهاء الفرنسيين إلى نفي الطبيعة العقدية عن الخدمات المجانية على اعتبار أن العقد يقتضي من طرفه الالتزام به، فالواعد بالخدمة المجانية لم يكن قصده أن يرتب التزاماً في ذمته، والموعود له يعلم بهذه النية، فمثل هذه الالتزامات مصدرها اللياقة واللباقة ولا يتحمل المدين بشأنها إلا واجبات أدبية، وبالتالي لا يترتب على مثل هذه الالتزامات سوى مسؤولية تقصيرية.³

إلا أن هناك آراء فقهية ذهبت إلى اعتبار مسؤولية الطبيب تعاقدية، سواء كانت المعالجة الطبية بأجر أم بدون أجر، كأن تكون مقدمة على سبيل التبرع بدافع الزمالة، أو الصداقة، أو القرابة، بحيث لا يعفى الطبيب من المساءلة التعاقدية عن الضرر الحاصل كما هو الحال في العلاج الذي يباشره مقابل أتعاب.⁴

وهناك رأي حديث في الفقه المصري، ينادي بوجوب الرجوع إلى الملابس لمعرفة ما إذا كان المريض والطبيب قد انصرفت النية لديهما إلى إنشاء التزام على عاتق الطبيب، أم كان قصد الطبيب القيام بالعلاج على سبيل المجاملة فحسب، بحيث إذا تبين وجود عقد في حالة العلاج بالجان، فإن الطبيب يكون مسؤولاً طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية في حالة تحقق الخطأ العقدي في جانبه.⁵

3) الحالة التي يكون فيها التشويه شديداً لدرجة تصبح معها حياة من يشكو منه عبئاً قد يدفعه إلى طلب التخلص منها، و هنا على الجراح التجميلي إثبات ذلك بشهادة الأخصائيين النفسيين، لأن تقديره ذلك لا يكفي لمقولة أن المريض كان في حالة نفسية ميؤوس منها.⁶

4) الحالة التي يكون فيها التدخل الجراحي التجميلي مكماً أو نتيجة حتمية لمرض أو حادثة ألت بالمريض.⁷

الفرع الثاني:

الجمع و الخيرة بين نوعي المسؤولية في الجراحة التجميلية.

¹ - قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، في: 22/جانفي/1977، أشار إليه: عيسوس فريد، المذكرة السالفة الذكر، ص 188.
² - قضت المحكمة العليا بمسؤولية مستشفى قالمة عن تعويض جميع الأضرار نتيجة الأخطاء التي ارتكبها الطبيب التابع له أثناء قيامه بعملية جراحية. قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، في 20/جويلية/1997، ملف رقم: 122754 (غير منشور).
³ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1411.
⁴ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 77.
⁵ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1411.
⁶ - 8 - بسام محنتسب بالله، المرجع السابق، ص 221.

قد يحدث أن يتوافر في العمل الجراحي الواحد شروط المسؤولية العقدية و شروط المسؤولية التقصيرية معا، فهل يجوز للمريض الذي أصابه الضرر بسبب هذا العمل الجراحي أن يجمع بين أحكام المسؤوليتين في الرجوع على جراح التجميل ؟

أولاً: عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في الجراحة التجميلية.

Le cumul des responsabilités

من المؤكد في الفقه والقضاء أنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، إذا كان الفعل الواحد تترتب عليه في نفس الوقت شروط كل من المسؤوليتين، كأن يتفق المريض مع جراح التجميل في عيادته الخاصة وتجري العملية في مستشفى عام.¹

وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليتين بمعنى أن يطالب بتعويضين، تعويض على أساس المسؤولية العقدية وآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين.²

كما لا يجوز له أن يجمع بين مزايا المسؤوليتين فيأخذ من كل منها ما يتفق ومصلحته في الدعوى، مثال ذلك أن يستند في العقد الطبي إلى المسؤولية العقدية الذي يقتضي وجود التزام بضمان سلامة المريض على عاتق الطبيب حتى يخفف عن عاتقه عبء الإثبات، ويستند من ناحية أخرى على المسؤولية التقصيرية، في مطالبته بالتعويض كي يحصل على تعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع أو يتمسك بتضامن المدينين أو ببطلان الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية.³ وهذا غير مستساغ، فإن كلا من دعوى التعويض العقدية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها. والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين. أما الدعوى التي يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية، بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون.⁴

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين فحسرها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى، ولكن الفقه - بخلاف القضاء الفرنسي - يجمع على أن قوة الشيء المقضي يحوّل دون ذلك. ولا يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى.⁵

ثانياً: عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في الجراحة التجميلية.

إذا كان من المتفق عليه عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين، فهل يجوز للدائن أن يختار من المسؤوليتين تلك التي تكون أكثر اتفاقاً مع مصلحته، فإذا اختارها تقيّد بما فلا يستطيع بعد ذلك أن يلجأ إلى الأخرى حتى ولو خسر الدعوى التي اختارها من قبل؟ تلك هي مشكلة الخيرة بين المسؤوليتين.¹ L'option des responsabilités

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 40.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 33. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 322.

³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 322-323.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 625-626.

⁵ - راجع المرجع السابق، ص 626.

انقسم الفقه والقضاء في هذه المسألة إلى فريقين متعارضين، ففريق يقول أن للدائن أن يختار بين الدعويين، وذلك على أساس أن شروط كل من الدعويين قد توافرت، ومنطق القانون يقضي بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز أن ترفع. وهنا توافرت شروط دعوى المسؤولية العقدية، فإذا اختارها الدائن جاز له رفعها. وتوافرت كذلك شروط دعوى المسؤولية التقصيرية، فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا أثرها على الدعوى الأولى.²

ويذهب اتجاه آخر إلى عدم جواز هذه الخيرة، فدعوى المسؤولية العقدية تجب³ دعوى المسؤولية التقصيرية، وذلك أن الدائن لم يعرف مدينه إلا عن طريق العقد، فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده.³

وهذا هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادتين 106 و 107 من القانون المدني حيث يقرر مبدأ القوة الملزمة للعقد، فمتى توافرت شروط المسؤولية العقدية فإن المضرور لا يستطيع التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية حتى ولو كانت في مصلحته.⁴

كما أن المسؤوليتين تتعارضان في الأساس، بمعنى أن المسؤولية العقدية تقوم بين متعاقدين يربطهما عقد، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية بين أجنبيين، ولا يمكن أن يجمع الشخص بين وصف المتعاقد ووصف الغير في وقت واحد، وعلى ذلك لا بد من الوقوف عند حد المسؤولية العقدية وحدها.⁵

إن دعوى المسؤولية العقدية تجب⁶ دعوى المسؤولية التقصيرية، والعلاقة بين الدائن والمدين مصدرها العقد، فلا يجوز إذن أن ترفع على المدين إلا دعوى المسؤولية العقدية. ولا داعي لأن تستثنى من ذلك حالة ما إذا كان إخلال المدين بالالتزام ينطوي على غش أو خطأ جسيم لا يرقى إلى مستوى الجريمة، لأن قواعد المسؤولية العقدية نفسها تجعل التعويض في هاتين الحالتين عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، كما تقضي ببطلان شرط الإعفاء من المسؤولية طبقاً للمادتين 178 الفقرة الثانية والثالثة والمادة 182 الفقرة الثانية من القانون المدني. فليس هناك إذن من اعتبارات العدالة ما يبرر تجاهل العقد والاتجاه إلى المسؤولية التقصيرية، بل إن هذه الاعتبارات تدعو إلى البقاء في نطاق المسؤولية العقدية حيث عبء الإثبات أخف.⁶

غير أنه يكون للدائن الخيار بين المسؤوليتين إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي مكوناً لجريمة جنائية.⁷

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 323.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 626.

³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 323.

⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 37-38.

⁵ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 323.

⁶ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 36-37.

⁷ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 630.

ولقد استقر القضاء الفرنسي أيضا على عدم الخيرة بين المسؤولين، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية رفض ما أثاره المريض من إمكانه التمسك ضد الطبيب بالفقرة الأولى من المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي ليتفادى ما عليه من عبء إثبات عدم التبصر أو الإهمال.¹

غير أن هناك جانب من الفقه يرى أن موضوع الخيرة في المسؤولية في ميدان العقد الطبي، يختلف عما توصل إليه بعض الفقهاء، فحسب هذا الرأي يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى إذا تكون العقد الطبي ابتداء وانتهاء في مستشفى عام فإن الإخلال الواقع يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية. الحالة الثانية إذا تكون العقد الطبي في العيادة الخاصة أو المستشفى الخاص، و أجريت العملية في مستشفى عام، أو نشأت العلاقة بين الطبيب والمريض في مستشفى عام، وأبجز العمل الجراحي في العيادة الخاصة أو المستشفى الخاص، فإن للمريض أن يختار اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية أو قواعد المسؤولية التقصيرية.

ويستند في ذلك إلى بعض آراء الفقهاء المصريين وكذلك بعض أحكام القضاء الفرنسي والمصري التي تجيز الخيرة من جهة، ومن جهة أخرى يرى هذا الاتجاه أن قواعد العدالة توجب فتح الأبواب أمام المضرور للحصول على حقه نتيجة الإخلال بالعقد أو الالتزام المفروض بنص القانون لجبر الضرر.²

إلا أننا لا نؤيد هذا الاتجاه فيما ذهب إليه من جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في ميدان الجراحة التجميلية، مستنديين في ذلك ما ذهب إليه غالبية الفقه والقضاء.

المطلب الثاني:

المسؤولية الجزائية.

إن المشرع أباح فعل الطبيب بما يتضمنه من المساس بجسم الإنسان تأسيسا على أنه يقوم بعمله استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون (المادة 41 من قانون العقوبات)، وأنه يشترط لإباحة فعله شروطا محددة، وهي: الترخيص القانوني، رضا المريض، اتساق العمل الطبي والأصول الفنية، فإذا احتل أحد هذه الشروط اعتبر العمل الطبي غير مشروع وبالتالي قيام المسؤولية الجزائية للطبيب.³ كما تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب إذا أخل بالتزام السر المهني.

وسنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى انعدام كل شرط من شروط إباحة العمل الطبي في فرع مستقل، على أن نخصص الفرع الأخير للإخلال بالتزام السر الطبي.

الفرع الأول:

الممارسة غير الشرعية للمهن الطبية.

¹ - نقض مدني فرنسي، في 27 ماي 1940، أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 39.

² - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 41-42.

³ - عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأول، القاهرة، الطبعة الثانية، 1988، ص 987.

تنص المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90 على مايلي: ¹ يعد ممارسا للطب وجراحة الأسنان أو الصيدلة ممارسة غير شرعية في الحالات التالية:

كل شخص يمارس الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة ولا تتوفر فيه الشروط المحددة في المادة 197 من هذا القانون، أو يمارس خلال مدة منعه من الممارسة.

كل شخص يشارك عادة بمقابل أو بغير مقابل ولو بحضور طبيب أو جراح أسنان في إعداد تشخيص أو معالجة أمراض أو إصابات جراحية أو إصابات تمس الأسنان سواء كانت وراثية أو مكتسبة، حقيقية أو مزعومة، بأعمال فردية أو استشارات شفهية أو مكتوبة أو بأية طريقة أخرى مهما كانت، دون أن يستوفي الشروط المحددة في المادتين 197 و 198 من هذا القانون.

كل شخص حامل للشهادة المطلوبة يقدم مساعدته للأشخاص، المشار إليهم في الفقرتين أعلاه ويشترك في أعمالهم ¹.

يستفاد من سياق المادة 214 أعلاه فقرة أولى أنه يعد ممارسا لمهنة الطب ممارسة غير شرعية كل شخص لم يتحصل على الترخيص القانوني الذي يسلمه الوزير المكلف بالصحة، وذلك بناء على الشروط التالية: الحصول على شهادة دكتوراه في الطب وهو أول هذه الشروط، أن يتمتع طالب الترخيص بالجنسية الجزائرية - ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة -، إضافة إلى عدم تعرضه لعقوبة مخلة بالشرف، وألا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.²

وبالتالي فإن حصول الطبيب على المؤهل العلمي الذي يسوغ له التقدم بطلب الترخيص له بممارسة مهنة الطب، لا يعني حصوله على الترخيص القانوني مباشرة هذه المهنة. فقد يكون الحائز للمؤهل علمي لا تتوافر فيه شروط الترخيص الأخرى، ومن ثم لا يتمكن من الحصول عليه. وعلى ذلك يسأل جنائيا من يجري عملية جراحية على جسم مريض دون حصوله على ترخيص بمزاولة الأعمال الطبية، ولو كان حاصلا على أعلى الدرجات الجامعية في دراسات الطب والجراحة.³

كذلك يسأل جنائيا طبقا للمادة 214 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها كل من مارس مهنة طبيب اختصاصي في جراحة التجميل دون أن يكون حائزا شهادة في هذا الاختصاص أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 السالفة الذكر.⁴

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الجنح لباريس، إلى تحميل الطبيب المسؤولية الجزائية والمدنية بمقتضى حكمها الصادر في 03/أفريل/1968 وجاء في أسبابه مايلي.¹

¹ - أنظر المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

² - أنظر المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 989-990.

⁴ - أنظر المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

"وحيث أن دبلوم الطب يسمح لمن حصل عليه بممارسة كافة فروع الطب، إلا أن ذلك لا يعني من يبغى ممارسة فرع من فروع الطب على قدر عال من التخصص أن يهين نفسه لذلك بالتزويد العلمي الملائم.

كذلك فإن دبلوم الطب لا يبيح للطبيب في غير حالات الضرورة أو الاستعجال بأن ينساق إلى ممارسة أساليب علاجية حديثة تنطوي على أخطار لا يعلمها سوى المتخصصون فيها.

وحيث أن الطبيب وقد لجأ إلى استخدام هذه الأساليب المستحدثة والتي ما كان يجهل خطورتها لو أنه تمرس على أيدي أخصائيين مشهود لهم بالكفاءة، وكان ينبغي عليه أيضا أن يسعى سعيا حثيثا إلى الإطلاع والإلمام بفنون هذه الجراحة الدقيقة سواء في فرنسا أو في الخارج، لذا فإن ما أقدم عليه الطبيب ينطوي على إهمال جسيم يستحق الإدانة من الناحيتين الجنائية والمدنية لما تخلف عنه من إصابات لحقت بالمريضة".

كذلك يسأل جنائيا كل شخص حامل للشهادة المطلوبة يقدم مساعدته للأشخاص غير المرخص لهم بممارسة الأعمال الجراحية طبقا للمادتين 197 و 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها ويشترك في أعمالهم.²

وفي هذا الشأن تنص المادة 234 من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: **«تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 243 من قانون العقوبات على الممارسة غير الشرعية للطب وجراحة الأسنان والصيدلة ومهن المساعد الطبي كما هي محددة في المادتين 214 و 219 من هذا القانون»**.³

الفرع الثاني:

انعدام الرضا.

لا شك أن غياب الرضا كشرط ضروري لإباحة العمل الجراحي التجميلي من شأنه أن يجعل هذا العمل غير مشروع، وبالتالي قيام مسؤولية الطبيب جزائيا.

وقد منا فيما سبق أن الرضا يكتسب أهمية خاصة في مجال التجميل، فيجب أن تكون موافقة المريض في هذه الحالة موافقة حرة ومتبصرة⁴ لا يكون ذلك إلا بمساهمة الطبيب، إذ يلتزم هذا الأخير بإعلام المريض بكل أخطار العملية حتى ولو كانت خفيفة أو نادرة، وبصفة دقيقة.⁵

وقد بلور هذا الاتجاه وبشكل واضح القضاء الفرنسي، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية¹ "أن الطبيب لا يلتزم بإخبار الطبيب إلا عن الأخطار المتوقعة عادة، فإذا كانت مخاطر العمل الجراحي تافهة بالنسبة لمباشرة جراحة معينة، فإن

¹ - حكم محكمة الجناح لباريس، في: 03/أفريل/1968 أشار إليه: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 100-101. محمود زكي شمس، المرجع السابق، ص

67-68. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 166-167.

² - أنظر المادة 214 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - أنظر المادة 234 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁴ - تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: **«يجب على كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة...»**.⁵

⁵ - على فيلاي، المقال السابق، ص 52.

الطبيب لا يسأل عن عدم الإفصاح عن المخاطر النادرة للعملية، ولكن إذا تعلق الأمر بعملية جراحة تجميل، فإن مخاطرها مهما كانت نادرة الحدوث يجب أن يعلن عنها للمريض، حتى يكون رضاؤه وقراره بإجراء الجراحة من عدمه صادقين عن وعي كامل ومستنير، ذلك أن الأمر لا يتعلق بعلاج مرض ولكن مجرد إصلاح عيب بسيط لدى سيدة بلغت من العمر ستة وستين عاماً".

الفرع الثالث:

عدم اتساق العمل الطبي والأصول الفنية.

لابد لكي تكتمل شروط إباحة العمل الطبي، أن يتسق هذا العمل والأصول الفنية المرعية في علوم الطب، فإذا قام الطبيب بأداء عمله على نحو لا يتسق والأصول العلمية المرعية في علوم الطب، وبما لا يتفق وسلوك الطبيب اليقظ فإنه يعد مسؤولاً جزائياً عن نتائج عمله أياً كانت درجة المساس الذي نال فيه جسم المريض²، وعليه يسأل جراح التجميل جزائياً إذا لم يقم بإجراء أي فحص على زبونه قبل إجراء الجراحة، وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس في 27/ماي/1970.³

كذلك يسأل جراح التجميل جزائياً في حالة عدم مراقبة المريض بعد إجراء العملية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الجنائية بمسؤولية جراح تجميل جزائياً الذي تسبب في وفاة الضحية في قضية تتلخص وقائعها أن فتاة أرادت إجراء جراحة تجميل لأنفها، فتوجهت إلى جراح تجميل في عيادته، فقام هذا الأخير بتخدير المريضة وأجرى لها العملية، وبعد إتمامها كانت الفتاة تنفس بصعوبة، ثم نقلها إلى غرفتها وتركت بدون مراقبة، ساعة وربع بعد العملية توقف قلبها، وبقيت ستة أيام فاقدة الوعي، بعدها توفيت.

فنسب إلى الجراح إهمال متمثل في عدم مراقبة المريضة بنفسه، معتقداً أن مجرد استيقاظ المريضة وانتهاء مفعول المخدر فإن مهمة الطبيب تنتهي، وأن المراقبة اللاحقة من مهام الممرضين، وبررت المحكمة قرارها أن الطبيب الجراح هو المسؤول عن المراقبة خاصة بعد الجراحة، وأنه هو من باشر التخدير، وكان عليه أن يعطي تعليمات واضحة للممرضة حتى تتمكن من الإشراف على المريضة وهذا لم يحدث، ولهذا نسب إلى الطبيب الخطأ المتمثل في الإهمال المؤدي إلى الوفاة، وقضى بإدانة الطبيب.⁴

وبهذا الشأن نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: «يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 17/نوفمبر/1969، أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 169-170. عبد الوهاب حومد، المقال السابق، ص 194-195.

² - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 1002.

³ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 27/ماي/1970، أشار إليه: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 101-102. عبد الوهاب حومد، المقال السابق، ص 195-196. وسياً في التفاصيل في وقائع القضية لاحقاً.

⁴ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 09/نوفمبر/ 1977، أشار إليه:

يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما ، أو يعرض حياته للخطر ، أو يتسبب في وفاته¹.

الفرع الرابع:

الإخلال بالتزام السر الطبي:

يطلع الطبيب بحكم عمله وعلاقته بمرضاه على الكثير من خصوصيات المرضى ، وتتكشف أمامه الكثير من الأمور والمعلومات التي يجب أن تبقى سرية وطبي الكتمان²، وتطبيقا لذلك نصت المادة 01/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمعدلة بالقانون 17/90 على مايلي: يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيدالة³.

يستفاد من سياق المادة السالفة الذكر أن الطبيب ملزم بالحفاظ على أسرار مرضاه، وأن الإخلال بهذا الالتزام يرتب المسؤولية الجزائية للطبيب ، كما نصت على ذلك المادة 235 من قانون حماية الصحة وترقيتها: تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليها في المادتين 206 و 226 من هذا القانون⁴.

المطلب الثالث:

المسؤولية التأديبية.

تنص المادة 1/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90 على مايلي: دون الإخلال بالملاحقات المدنية والجزائية، كل تقصير في الواجبات المحددة في هذا القانون وعدم الامتثال لآداب المهنة يعرض صاحبه لعقوبات تأديبية⁵.

وبالتالي إذا أخل الطبيب في الجراحة التجميلية بالواجبات الواردة في مدونة أخلاقيات الطب فإنه يكون مسؤولا تأديبيا⁶. وستتناول من خلال هذا المطلب إخلال جراح التجميل ببعض الواجبات الواردة في المدونة، والذي سيرتب حتما قيام المسؤولية التأديبية.

الفرع الأول:

ممارسة جراحة التجميل ممارسة تجارية.

1 - انظر المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها.
2 - يوسف الكيلاني، سر المهنة الطبية، مجلة الحقوق والشرعة ، العدد الثاني ، السنة الخامسة، الكويت، 1981، ص 67.
3 - انظر المادة 1/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.
4 - أنظر المادة 235 من قانون حماية الصحة وترقيتها.
5 - أنظر المادة 1/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.
6 - أخلاقيات الطب هي مجموع المبادئ والقواعد والأعراف، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها، وأن يستعملها في ممارسة مهنته، أنظر المادة الأولى من مدونة أخلاقيات الطب.

إن الجراحة التجميلية ليس لها علاقة بالتجارة، رغم أن وسائل الإعلام أضفت عليها صبغة شهوت هذا الاختصاص،¹ ذلك أن مواد مدونة أخلاقيات الطب واضحة في هذا الشأن، فقد نصت المادة 20 من هذه المدونة على ما يأتي **☞** يجب أن لا تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة أو غير المباشرة².

وكذلك تنص المادة 24 من المدونة على مايلي: **☞** يمنع ما يأتي:

كل عمل من شأنه أن يوفر لمريض ما امتيازاً مادياً غير مبرر.

أي حسم مالياً كان أو عينياً يقدم للمريض.

أي عمولة تقدم لأي شخص كان.

قبول أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي³.

يستفاد من سياق المادتين السابقتين، أنه يمنع أن تمارس جراحة التجميل ممارسة تجارية تحت أي شكل من الأشكال، سواء عن طريق القيام بالدعاية أو تلقي مسبق جزء من الأتعاب أو عن طريق جدولة أتعاب.

أ/ الدعاية والإشهار:

تأخذ الدعاية في الجراحة التجميلية أشكالاً متعددة، فقد تتم عن طريق إرسال رسائل تذكّر وجود جراح تجميلي، بطاقة زيارة مفصلة لكل أنواع التدخلات الجراحية الموجودة، ملصقات إشهارية، وأحياناً تأخذ هذه الدعاية طابعاً غير علني من الصعب معرفته، كعقد مؤتمر ظاهره علمي للمختصين بالجراحة التجميلية، إعلانات أو مقالات من طرف عيادة طبية ما.⁴

ب/ الدفع الجزئي تحت الحساب:

هو تعامل ممنوع، رغم أن بعض الجراحين ورغبة في تغطية بعض النفقات التي تسبق التدخل الجراحي، طلبوا من زبائنهم دفع مسبق لجزء من الأتعاب، وقد أكد الاجتهاد القضائي بصفة قاطعة أن هذه الممارسة غير مطابقة لأخلاقيات المهنة، ولقد تم إدانتها في قراراتين لمجلس الدولة الفرنسي في نوفمبر 1987.⁵

¹ -Daniel Rouge,Louis Arbus ,Michel Costogliola , op , cit , p99.

² - أنظر كذلك المواد: 27-28-29 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - أنظر المادة 24 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ -Daniel Rouge,Louis Arbus ,Michel Costogliola , op , cit , p 100.

⁵ -²-Daniel Rouge,Louis Arbus ,Michel Costogliola , op , cit , p101.

ج/ جدولة الأتعاب:

انطلاقاً من كون الجراحة التجميلية ليست تجارة فإنه يمنع اعتبار أتعاب الجراح قروضاً قابلة للتسديد مع الفوائد ذلك أن هذه الممارسات لا تمت بصلة لمهنة الطب بوجه عام.¹

الفرع الثاني:

ممارسة جراحة التجميل ممارسة غير شرعية.

لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة بما فيه الكفاية كعلاج شاف أو لا خطر فيه، وتمنع عليه كل ممارسات الشعوذة.²

ويمنع كل تسهيل لأي شخص كان يسمح لنفسه بممارسة الطب أو جراحة الأسنان ممارسة غير شرعية.³

ويعد ممارسة للطب وجراحة الأسنان ممارسة غير شرعية حسب الحالات المحددة في المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.⁴

الفرع الثالث:

عدم ذكر البيانات المحددة في القانون على الورق المخصص للوصفات واللوحات.

طبقاً للمادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب، فإنه: لا يسوغ للطبيب أو جراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا البيانات الآتية.

الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات الاستشارة الطبية.

أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة.

الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها.⁵

وتضيف المادة 78 من المدونة أنه: لا يرخص للطبيب أو جراح الأسنان بأن يثبت على لوحات باب عيادته إلا البيانات الآتية:

الاسم واللقب وأيام وساعات الاستشارة الطبية، والطابق والشهادات المحصل عليها والمؤهلات والوظائف المعترف بها وفقاً للمادة السالفة.

² - انظر المادة 31 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - انظر المادة 32 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ - انظر المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

⁵ - انظر المادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب.

ولا توضع هذه اللوحات التي لا تتجاوز خمسة وعشرين سنتمتر على ثلاثين 30/25 إلا في مدخل العيادة على صندوق البريد وفي مدخل المبنى [X].¹

فطبقا للمادتين السابقتين لا يسوغ للطبيب أن يثبت على وصفة العلاج مثلا "مقيم قديم في الجراحة البلاستيكية من جامعة بيتسبورغ"، لأنها ليست درجة جامعية فرنسية، كما أن هذه العبارات لا تسهل في معرفة الجراح المذكور.²

الفرع الرابع:

الإخلال بالتزام السر الطبي:

يجب أن يحتفظ الطبيب بالسر المهني، وهذا ما تفرضه المواد 36-41 من مدونة أخلاقيات الطب،³ وقد تم التأكيد على هذا الالتزام أكثر في الجراحة التجميلية من الجراحة العادية، ذلك لأن الأمر مرتبط بجمال الجسم، لذلك فإن ملفات المرضى والملفات الإلكترونية يجب أن يكون محمية، وكذلك المراسلات الطبية (أشعة، صور، تحاليل)، يجب ألا يظهر فيها اسم المريض بوضوح.⁴

وبعد التطرق إلى بعض حالات إخلال جراح التجميل بالتزاماته التي تفرضها عليه المهنة، فإنه يترتب على ذلك بطبيعة الحال قيام مسؤوليته التأديبية، لذلك يمكننا أن نتساءل عن صاحب السلطة التأديبية وما هي العقوبات التي يمكن أن يتخذها ومدى إمكانية الطعن في قراراته. بالرجوع إلى أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها نجد أن المادة 2/267 المعدلة بالقانون 17/90 بالتحديد الفقرتين الرابعة و الخامسة نصت على مايلي: **ي**ضطلع المجلس الوطني والمحاس الجهوية للأداب الطبية بالسلطة التأديبية وتبت في المخالفات المتعلقة بقواعد الآداب الطبية وأحكام هذا القانون.

يمكن أن يلتمسها كل من الوزير المكلف بالصحة العمومية وجمعيات الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة المؤسسة قانونا، وكل عضو في السلك الطبي مرخص له بالممارسة، وكل مريض أو وليه أو ذوي حقوقه [X].⁵

وما تجدر الإشارة إليه أن المجلس الوطني يمارس السلطة التأديبية من خلال الفروع النظامية التي تشكله.⁶

أما المحاس الجهوية تمارس السلطة التأديبية من خلال الفروع النظامية الجهوية التي تشكل منها⁷، وتتمثل العقوبات التأديبية التي يمكن أن يتخذها المجلس الجهوي فيمايلي:

الإندار، التوبيخ، كما يمكن أن يقترح هذا المجلس على السلطات الإدارية المختصة منع ممارسة المهنة أو غلق المؤسسة، طبقا للمادة 17 من قانون حماية الصحة وترقيتها.¹

¹ -انظر المادة 78 من مدونة أخلاقيات الطب.

² - Daniel Rouge, Louis Arbus, Michel Costagliola, op, cit, p101.

³ -انظر المواد 36-41 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ - Daniel Rouge, Louis Arbus, Michel Costagliola, op, cit, p102.

⁵ -انظر المادة 2/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

⁶ -انظر المادة 166 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁷ -انظر المادة 169 فقرة ثانية من مدونة أخلاقيات الطب.

وتعتبر قرارات المجالس الجهوية للآداب الطبية قابلة للطعن من قبل الأطراف المشار إليها سابقا في المادة 267 / 2 فقرة خامسة من قانون حماية الصحة وترقيتها، في أجل ستة أشهر، أمام المجلس الوطني للآداب الطبية.

ويتم تنفيذ قرارات المجلس الوطني والمجالس الجهوية للآداب الطبية من قبل السلطات الإدارية المختصة.

تعتبر قرارات المجلس الوطني للآداب الطبية قابلة للطعن في أجل أقصاه 12 شهرا أمام الغرفة المختصة للمحكمة العليا.²

إن ما يمكن أن نخلص إليه من خلال الفصل الأول في بحثنا هو أن انتقال الجراحة التجميلية من اللامشروعية إلى المشروعية أي من الحظر إلى الإباحة لا يعني البتة أنها أضحت جراحة متساوية مع الجراحة العامة. بل ظلت مطبوعة بالتشدد على مستوى التشريعات التي تجرأت على تنظيمها بقواعد خاصة، وعلى رأسها التشريع الفرنسي ولو كان ذلك حديثا، مواكبا في ذلك القضاء الذي كان الفاعل الحقيقي في منح شهادة الميلاد لإباحة الجراحة التجميلية، غير أنها إباحة مطبوعة بخصوصية هذا النوع من الجراحة وذلك على مستوى شروط العقد أولا، ثم على مستوى المسؤولية الطبية المترتبة على الخطأ فيها.

ولئن كانت المسؤولية الجزائية والمسؤولية التأديبية إنما تخضعان للقواعد العامة لمسؤولية الطبيب، فإن المسؤولية المدنية لجراح التجميل تبدو متميزة تميزا كبيرا جعلنا نفرد لها فصلا كاملا وهو الفصل الثاني. لنقف على أدق نقاط التمييز والإختلاف عما هو عليه في المسؤولية المدنية للجراحة العامة.

الفصل الثاني:

تحليل عناصر المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية.

إن القواعد العامة تقضي بأن الإنسان مسؤول عن عمله، أي أنه مسؤول شخصيا عما يقع منه من أفعال ضارة، وخروجا عن هذا الأصل قد يسأل أحيانا عن أفعال غيره ممن هم تحت رقابته، أو تبعته، كما هو الحال في مسؤولية متولي الرقابة عن من هم تحت رقابته ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، فهذه المسؤولية استثنائية وهي خروج على الأصل العام.

¹ - انظر المادة 217 من مدونة أخلاقيات الطب.

² - انظر المادة 4/267 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

ولكن مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية نحو مريضه، هي مسؤولية شخصية طبقا للقاعدة العامة التي تقضي على أن المرء مسؤول عن فعله الشخصي، وهذه القاعدة مأخوذة عن نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن «كل عمل أيا كان، يرتكبه الإنسان، ويحدث ضررا للغير، يلزم من حدث الضرر بخطئه على تعويض هذا الضرر»¹.

وتقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض»².

فالمسؤولية المدنية تتطلب لقيامها ثلاثة شروط هي: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وفي المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية يجب أن تتوفر هذه الشروط وإذا ما قامت مسؤولية جراح التجميل، فإنه ملزم بتعويض الضرر الذي سببه للمريض.

وقبل أن نعرض شروط المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية وآثارها، سنبين الالتزام الذي يقع على عاتق جراح التجميل، هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، باعتبار أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل جانبا من الخطأ الطبي الذي هو أحد شروط المسؤولية الطبية، ثم نتطرق إلى الالتزامات التي تقع على عاتق جراح التجميل. وبالتالي ستكون دراستنا لهذا الفصل في مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: إلتزامات جراح التجميل.

المبحث الثاني: شروط المسؤولية المدنية لجراح التجميل.

المبحث الثالث: آثار مسؤولية جراح التجميل.

المبحث الأول:

إلتزامات جراح التجميل.

ميز الفقيه ((دموج)) في التصنيف الذي وضعه للالتزامات، بين الإلتزامات ببذل عناية وبين الإلتزامات بتحقيق نتيجة، حيث قسم العقود إلى نوعين، عقود تتضمن التزاما بتحقيق نتيجة إذا كان المدين ملتزما بتحقيق أداء معين، أو نتيجة معينة، كما في حالة الناقل الذي يلتزم باستكمال النقل إلى الجهة المقصودة بحالة سليمة، وعقود تتضمن التزاما ببذل

¹ - أنظر المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

² - أنظر المادة 124 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10 المشار إليه سابقا.

عناية ومثال ذلك الطبيب الذي لا يلتزم نحو مريضه بالشفاء، أو بنجاح العملية الجراحية التي يجريها له، وإنما يلتزم ببذل جهود يقظة وصادقة تجاه المريض، وفقا للمعطيات الطبية والعلمية المتعارف عليها.¹ وينبغي الملاحظة أن للطبيعة المهنية للعمل الطبي أهمية خاصة في معرفة الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب، فسواء وجد عقد بين الطبيب والمريض، أو لم يوجد فإن المرجعية في تحديد التزامات الطبيب تعود إلى القواعد المهنية، المستمدة من طبيعة وظيفته الإنسانية، ومن الأصول العلمية التي تحكم مهنة الطب.² وسوف نتناول من خلال هذا المبحث بعض النقاط القانونية الهامة التي تحدد طبيعة التزام جراح التجميل (المطلب الأول)، أنواع التزامات جراح التجميل (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الطبيعة القانونية لالتزام جراح التجميل.

لابد من القول بأن الإجماع في الفقه والقضاء يكاد يكون منعقدا على أن التزام الطبيب أمام المريض هو التزام ببذل عناية obligation de moyen.³ ومرد ذلك أن النشاط الطبي قائم على فكرة الاحتمال، وبالتالي فإن شفاء المريض مسألة تخرج عن إمكانية الطبيب في حدها النهائي، بالإضافة إلى أن ممارسة هذه المهنة ذاتها ترتبط باعتبارات علمية دقيقة تختلف فيها آراء العلماء وكبار المتخصصين.⁴

ولكن هل ينطبق هذا الأصل العام على التزام التجميل أم العكس، فيسأل عن التزامه بتحقيق نتيجة؟
إجابة على هذا التساؤل إرتأينا تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: الإلتزام ببذل عناية.

الفرع الثاني: الإلتزام بتحقيق نتيجة.

الفرع الأول:

الإلتزام ببذل عناية.

لقد ثار خلاف حول تحديد طبيعة التزام جراح التجميل، إذ من النادر أن تتوفر في عمليات التجميل تلك الشروط التي تبرر المساس بجسم الإنسان، وهي ضرورة شفاء المريض من علة أو مرض يعاني منه، فضلا عن أنه لا وجود في جراحة التجميل للتناسب بين ما يتعرض له المريض، وبين ما يتوقع من فائدة، لذلك ذهب بعض الفقه إلى وجوب اعتبار

¹ - Patrice jourdain, les principes de la responsabilité civile , dalloz, paris, 5^{ème} édition, 2000, P 55.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 97.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 204.

⁴ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 170-171.

التزام الجراح في هذا النوع من الجراحة التزاما بتحقيق نتيجة، بحيث تقوم مسؤوليته عند فشل العملية، ما لم يتم نفي علاقة السببية بين فعله والضرر الحاصل.¹

بينما يذهب فريق آخر من الفقه إلى المناداة ببقاء مسؤولية جراح التجميل ضمن الإطار العام للمسؤولية، أي أن التزامه هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، ويعتبر الدكتور الأبراشي نظرة الاتجاه الأول مجرد خفقات أخيرة لتلك الروح البالية التي كانت تريد القضاء على جراحة التجميل، ذلك لأن التطور أقوى من البشر، وأن جراحة التجميل سائرة إلى تحقيق الغايات السامية التي تهدف إليها، حتى بات الإنسان مدينا بسعادته إليها بقدر ما هو مدين بحياته إلى الجراحة العادية، وإذا كانت جراحة التجميل أصبحت من فروع الجراحة لها تعاليمها وأصولها، فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة.²

وهناك جانب آخر من الفقه يرى بأنه في ميدان الجراحة التجميلية ينبغي التمييز بين العمل الجراحي التجميلي الذي يبقى خاضعا للالتزام العام ببذل عناية، والنتيجة التجميلية التي تجعل التزام الجراح بها هو التزام بتحقيق نتيجة، خصوصا إذ وعد بها الشخص الخاضع للعملية.³

وعلى الصعيد القضائي، يلاحظ أن بعض أحكام القضاء الفرنسي، تستعمل عبارات تقرب بها التزام جراح التجميل من الالتزام بتحقيق نتيجة. فقد قضت محكمة استئناف باريس، بأن النتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، فنظرا لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل و لم يتم تحذير المريض منها.

فينبغي على الطبيب عدم القيام بالعملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها نظرا لان الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض أو صحته.⁴

وأدانت ذات المحكمة في قرار آخر، الطبيب رغم ثبوت قيامه بالجهود واليقظة اللازمين، لأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية عكس ما هو متوقع و ما يحدث عادة في مثل هذا النوع من العمليات.⁵

وعلى الرغم أن مثل هذا القضاء يقرب التزام الطبيب من الالتزام بتحقيق نتيجة إلا أنه يؤكد رغم ذلك أن الالتزام لازال ببذل عناية. وهذا ما أكدته محكمة استئناف ليون، في قرارها الصادر بتاريخ 8/جانفي/1981 التي قضت أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب لا يمكنه أن يكون إلا التزاما بوسيلة، ذلك أن هذا الأخير لا يمكنه مطلقا ضمان نجاح تدخله الجراحي، وهذا حتى في الجراحة التجميلية، ذلك أن التدخل الجراحي يتم على نسيج حي لا يمكن مطلقا التنبؤ برد فعله.

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 38.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 301. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 91-92.

³ - Jean penneau, op, cit, P9.

⁴ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 7/نوفمبر/1972، أشار إليه:

Hanifa Ben Chaabane, le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, N° 4, volume 33, année 1995, P771.

⁵ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 11/جوان/1974، أشار إليه:

Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, fascicule 440-1, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993, P6.

وتضيف ذات المحكمة أنه: يجب تقدير الالتزام في الجراحة التجميلية بأكثر صرامة من الجراحة العادية، ذلك أن الجراحة التجميلية لا تهدف إلى تحقيق الشفاء، بل تهدف إلى توفير تحسين جمالي لحالة لا يجذبها المريض ولا يستطيع تحملها.¹ وفي نفس الاتجاه، قضت محكمة استئناف نانسي: أن الالتزام الذي يقع على عاتق جراح التجميل هو إلتزام بوسيلة، غير أنه يجب تقدير الإلتزام في هذه الحالة بصرامة أكثر مما هو معمول به في الجراحة العادية، وذلك لأن الجراحة التجميلية لا تهدف إلى إعادة الصحة لعضو في المريض أو تحقيق الشفاء، ولكن تهدف إلى تقديم تحسين وراحة تجميلية لحالة لا يستطيع المريض تحملها.²

وفي ذات المعنى قضت محكمة استئناف باريس على أنه إذا كان موجب العناية يبقى هو القاعدة بما يختص بموضوع الجراحة التجميلية، فيجب أن يفسر هذا الموجب بشكل ضيق، طالما أن الغاية المرجوة ليست شفاء الصحة بل تحسين حالة سابقة لم تكن ترضي المريض، وهكذا تترتب مسؤولية الجراح المهنية حين يقوم بجراحة تجميل أنف على جلد لا تسمح نوعيته بذلك، بينما كان يجب عليه الامتناع عن إجراء هكذا عملية.³

فيجب على جراح التجميل أن يكون حذرا في عمله ويجري الفحص بدقة شديدة، وأن يلتزم بسلامة المريض، وذلك لأن عمليات التجميل مسألة لا تملحها حالات الاستعجال أو الضرورة، مما يمكن من تحويل التزام الطبيب من التزام ببذل عناية إلى التزام ببذل عناية مؤكدة وخاصة Obligation de moyen renforcée، دون أن يصل إلى التزام بتحقيق نتيجة.⁴ ومحكمة النقض المصرية تشايح القضاء الفرنسي في تشدده تجاه جراح التجميل، وأوضحت بان التزامه هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة، إلا أنها شددت على أن العناية المطلوبة من جراح التجميل أكثر منها في الجراحات الأخرى (أي عناية مشددة)، حيث قضت: "وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد بها الشفاء من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر".⁵

الفرع الثاني:

الإلتزام بتحقيق نتيجة.

توصلنا فيما سبق إلى أن القاعدة العامة هي أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، ذلك أن هذا الإلتزام تهيمن عليه فكرة الاحتمال المسيطرة على نتائج مهامه التي تتدخل فيها عدة عوامل لا تخضع لسيطرته، فالطبيب يعالج والله يشفي.⁶

¹ - قرار محكمة استئناف ليون، في: 8/جانفي/1981، أشار إليه: Michele harichaux Ramu, article précité, P6.
voir aussi : Hanifa Ben Chaabane, article précité, P770-771.

² - قرار محكمة استئناف نانسي، في: 18/مارس/1991، أشار إليه:

Michele harichaux Ramu, article précité, fascicule 440-1, P6.

³ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 23/فيفري/1995، أشار إليه: توفيق خير الله، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 498.

⁴ - راييس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 152.

⁵ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 26/جوان/1969، أشار إليه: عدلي خليل، المرجع السابق، ص 147. عبد المعين لطفى جمعة، المرجع السابق، ص 20.
معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 481.

⁶ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 119.

إلا أن الأمر لا يمنع من قيام التزامات محددة خارج نطاق مهمته بمعناها الدقيق يكون تنفيذها لا مجال فيه لفكرة الاحتمال التي تبرر قصر التزام الطبيب على مجرد العناية كما هو الشأن في عمليات نقل الدم، أو في التحاليل الطبية، أو في الأجهزة المستخدمة، حيث يبرز التزاما محددًا يقع على عاتق الطبيب وهو الالتزام بضمان السلامة حماية لمرضاه، فيكون الطبيب ملزمًا بسلامة المريض لا من عواقب المرض، ولكن من خطر حوادث قد تقع للمريض خارج نطاق العمل الطبي بمعناه الدقيق.¹

وما يهمنا في بحثنا هذا هي الحالات التي يلتزم فيها جراح التجميل بتحقيق نتيجة، والمتمثلة في استخدام الأجهزة والأدوات الطبية، التركيبات الصناعية.
أ/ استعمال الأدوات والأجهزة الطبية:

يستخدم جراح التجميل الكثير من الأجهزة والأدوات الطبية في عمليات الجراحة، وعليه التزام بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام هذه الأجهزة وتلك الأدوات. والأضرار المقصودة في هذه الحالة هي التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات الطبية، فيجب على جراح التجميل استخدام الآلات والأجهزة السليمة التي لا تحدث ضررًا بالمريض، وهذا الالتزام هو التزام بنتيجة. فلا يعفى الجراح من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه. إلا أنه يستطيع التخلص من المسؤولية - طبقًا للقواعد العامة - بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي لا يدل عليه فيه.²

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد: القضاء بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشروط الكهربائي أثناء العملية رغم أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدام المشروط،³ وعن الالتهابات أو الوفاة الناتجة عن زيادة تعريض الجلد للأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم،⁴ ويسأل الطبيب عن الوفاة الناتجة عن الانفجار الناجم عن الشرارة المتطايرة من جهاز التخدير،⁵ وتمتد مسؤولية الطبيب لتشمل الأضرار التي تصيب المريض نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطها المفاجئ، أو عند صعوده أو نزوله من عليها.⁶

ويلاحظ أن الأضرار السابقة تعتبر منقطعة الصلة بالمرض وتستقل عن العمل الطبي في ذاته وما ينطوي عليه من طبيعة فنية، لذا فإن محل الالتزام بصدها هو التزام بتحقيق نتيجة هي سلامة المريض.⁷

وخلاصة القول أن الأضرار الناشئة عن استعمال أجهزة أو أدوات معينة أو غير دقيقة، فإن الطبيب يسأل عنها مباشرة لأن التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة هي سلامة المريض، أما الأضرار الناشئة عن الأعمال الطبية البحتة بما تنطوي

¹ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1419.

² - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 118.

³ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1422.

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 213.

⁵ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 118.

⁶ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 214.

⁷ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1422.

عليه من خصائص فنية وعلمية، فإن التزام الطبيب يكون التزاما ببذل عناية ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت وجود تقصير من جانبه.¹

وهذا ما أكدته محكمة مارسيليا، في قضية تتعلق وقائعها أن جراح تجميل أجرى عملية استئصال بعض الزوائد الموجودة في منطقة العانة، وحدثت حروق شديدة للمريض أثناء إجراء العملية بسبب الجهاز المستعمل، وسئل الجراح عن الأضرار التي نشأت عن استعمال الجهاز، لأن التزامه هنا هو التزام بنتيجة.²

والقضاء في هذه الحالة أقام مسؤولية الطبيب على الأساس العقدي وليس التقصيري المستمد من فكرة الحراسة، على اعتبار أنه لا يجوز الجمع أو الخيرة بين المسؤوليتين وتستبعد المسؤولية التقصيرية من المجال العقدي.³

إلا أن محكمة النقض الفرنسية أجازت تطبيق أحكام المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي،⁴ والتي تتعلق بحراسة الأشياء غير الحية، في الحالات التي يقوم فيها العقد الطبي فيما يتعلق بأقرباء المضرور بصفتهم الشخصية، حيث رفضت نقض الحكم الذي منح ورثة الضحية تعويضا، ذلك أنه توفي على إثر انفجار جهاز التخدير، استنادا إلى المادة 1/1384، على اعتبار أن الأقارب ليسوا طرفا في العقد الطبي، ومن ثم يمكنهم الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية.⁵

وخلاصة القول أنه عندما تحتوي الأجهزة التي يستعملها الطبيب على عيوب تسبب انفجارها أو انحرافها عن العمل المرسوم لها، مما يترتب عليه إلحاق ضرر بالمريض، فإن الطبيب الذي يمارس، عمله بواسطة هذه الأجهزة أو يزود المريض بها، يعتبر مسؤولا عن عيوب هذه الأجهزة التي يستعملها، وهذا الالتزام هو بتحقيق نتيجة، يمنع أن تكون الأجهزة التي يستعملها الطبيب معيبة، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمريض، وهذه المسؤولية العقدية عن فعل الأجهزة والأشياء تقوم على التزام بتحقيق نتيجة يقع على عاتق مستعملها، كما هو الحال مع الناقل الذي يقع عليه التزام بسلامة الراكب أو البضاعة المنقولة، والحال كذلك مع الطبيب الذي يسيطر على الأجهزة والأشياء التي يستعملها، وبالتالي يتحمل مسؤولية الأضرار التي تنشأ عن العيوب في هذه الأشياء، والقضاء في فرنسا يؤكد بأنه لا يمكن للمريض أن يرفع الدعوى على أساس المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الأشياء، لأن ذلك يتناقض مع قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية.⁶

ب/ التركيبات الصناعية:

¹ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 118-119.

² - حكم محكمة مارسيليا، في: 3/مارس/1959، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 215، الهامش الأول.

³ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 156-157. وهو يشير في الهامش الأول ص 157 أن الفقه يؤيد هذا القضاء لانفاقه مع القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الأشياء التي يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه، للمدين في الالتزام التعاقدية يسأل عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذه سواء أكان التزامه محمدا أو كان التزاما عاما باليقظة والانتباه.

⁴ - تنص المادة 1/1384: «يكون الشخص مسؤولا عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشياء التي هي في حراسته»^[X]، تقابلها المادة 138 من القانون المدني الجزائري والمادة 178 من القانون المدني المصري.

⁵ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 215.

⁶ - عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، بيروت-لبنان، 2000، ص 168-169.

أدى التقدم العلمي والتقني إلى تزايد اللجوء للأعضاء الصناعية Prothèse كوسيلة لتعويض الإنسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية وما يصاب منها بعجز أو ضعف.¹

والمسؤولية الطبية في تركيب الأعضاء الصناعية يمكن أن تثار من ناحيتين:²

الأولى: طبية حيث يكون التزام الطبيب فيها بعناية، وهي التي تتعلق بمدى فعالية العضو الصناعي واتفاهه مع حالة المريض، وتعويضه عن النقص الموجود لديه، فالطبيب هنا يبذل الجهود اللازمة لاختيار العضو الصناعي المناسب للمريض، وتهيئته على الوجه الملائم مع حالته لتعويضه عن حالة الضعف التي يعاني منها.

الثانية: وتعلق بالجانب الفني (التقني) الذي ينحصر في سلامة العضو الصناعي وجودته ودقة صناعته، وفي هذا الأمر يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة، وهي ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي، ومناسبته لجسم المريض، وبالتالي فإن مسؤولية الطبيب تقوم إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضراراً للمريض.

وبهذا الصدد أكدت محكمة استئناف باريس بتاريخ 21/ديسمبر/1968 على ضرورة اكتساب جراح التجميل المعرفة والتحكم في التقنية المتخصصة للإقدام على هذا النوع من الجراحة.³

ومن جهة أخرى يجب على جراح التجميل تبصير الشخص الذي يقصد زرع التركيب بتأثيرات هذا النوع من التدخل الجراحي، والإعلام يجب أن يكون بسيطاً وفيما و شاملاً لكيفية التعامل مع هذا التركيب الصناعي مثل الامتناع عن ممارسة الحركات الرياضية العنيفة في حالة زرع الأنداء الصناعية les implants mammaires.⁴

على أنه أكثر ما يثار أما القضاء من مشكلات بالنسبة للتركيبات الصناعية، هو ما يتعلق بالأسنان الصناعية. وقد ذهب القضاء في بادئ الأمر إلى اعتبار طبيب الأسنان في حكم البائع للأسنان الصناعية وبالتالي فهو يلتزم بضمان العيوب الخفية، فالمريض لا يلتزم بإثبات خطئه لأننا لسنا بصدد التزام طبي ببذل عناية، بل بصدد بيع بشرط التجربة معلق على شرط واقف هو قبول الأسنان بعد تجربتها ومناسبتها، ويؤدي تخلف هذا الشرط إلى اعتبار العقد كأن لم يكن.⁵

ولكن الفقه انتقد هذا القضاء لخطأ التحليل الذي يقوم عليه ومخالفاته لواقع العمل الطبي الذي يقوم به طبيب الأسنان.⁶ ولذلك عدل القضاء عن هذا الرأي، واعتبر أن تركيب الطبيب للأسنان الصناعية ينطوي على جانبين الأول طبي والثاني فني. فطبيب الأسنان - عند تركيب الأسنان الصناعية - عليه التزام طبي يتمثل في بذل الجهود الأمنية واليقظة في اختيار ووضع وصيانة الأسنان الصناعية والعمل على تهيئتها لكي تتلاءم مع حالة المريض وهو التزام ببذل عناية، ولا تقوم مسؤولية الطبيب إلا إذا ثبت وجود تقصير من جانبه.

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 217.

² - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 342-343.

³ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 21/ديسمبر/1968، أشار إليه:

Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 135.

⁴ - voir : op,cit, P 137-138

⁵ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1424.

⁶ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 218.

أما الجانب الفني- في تركيب الأسنان الصناعية- فيلتزم الطبيب فيه بتحقيق نتيجة، مقتضاها سلامة الأسنان وملاءمتها لقم المريض، وتثور مسؤوليته إذا ما أصاب الأسنان خلل أو تسبب للمريض في آلام وإصابات معينة، وكذلك في حالة عدم أداء تلك الأسنان لوظائفها المرجوة منها.¹

وقد إطرقت على ذلك المحاكم الفرنسية، حيث قضت محكمة ديجون بأن العقد المبرم بين الطبيب والعميل لتركيب طاقم أسنان، يفرض على الأول التزاما بعناية محله بذل الجهود الأمنية واليقظة في وضع وصيانة الطاقم، ويفرض عليه كذلك التزاما بتحقيق نتيجة محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية. فإذا أخل الطبيب- ولو عن غير قصد- بهذا الالتزام ثارت مسؤوليته العقدية ويلتزم بتعويض المريض إذا ما ترتب على التركيب المعيب للأسنان الصناعية التهابات حادة بالثة، وتبدو تلك المسؤولية أكثر وضوحا إذا ما تبين أن المريض يتمتع بفم طبيعي، وأنه قام بتنبيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان.²

المطلب الثاني:

أنواع إلتزامات جراح التجميل.

إن من أوضح الإلتزامات المرتبطة بالواجب الأخلاقي والإنساني للطبيب في الجراحة التجميلية هي التزام الطبيب بإعلام المريض، والتزامه بنصح المريض، والتزامه بمتابعة علاج المريض، والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة، ويستوي الأمر في هذه الإلتزامات سواء كانت ذات مصدر عقدي أو غير عقدي، وستتناول هذه الإلتزامات في أربع فروع على التوالي.

الفرع الأول:

إلتزام جراح التجميل بإعلام المريض.

لكي يكون رضا المريض صحيحا ومعتبرا نحو الطبيب، فإنه يقع على عاتق الأخير التزام بإعلام المريض وإحاطته علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية، لأجل مساعدته على اتخاذ قرار واع وحاسم بشأن إجراء العملية الجراحية.³ وستتناول من خلال هذا الفرع: أوصاف الإعلام الواجب للمريض (أولا)، ثم نتطرق إلى إثبات الإلتزام بالإعلام (ثانيا). ونظرا للطابع الخاص للإلتزام بالإعلام في الجراحة التجميلية سنعالجه بشيء من التفصيل.

أولا: أوصاف الإعلام الواجب للمريض.

لكي يحقق الإعلام الغاية المرجوة منه وجب أن يتصف بمجموعة من المواصفات سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن حددت بعضها في قرار حديث لها، حيث ألزمت جراح التجميل بتوفير معلومات بسيطة، مفهومة، وفيه وكاملة.⁴ وستولى مناقشة هذه الأوصاف والخصائص اللازمة للإعلام الصادر من جراح التجميل في النقاط الموالية.

¹ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 120. عدنان ابراهيم سرحان، بحث مشار إليه سابقا، ص 138.

² - حكم محكمة ديجون الفرنسية، في: 24/جانفي/1952، أورده طلال عجاج، المرجع السابق، ص 169.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 42.

⁴ - " L'information doit, être simple, intelligible, loyale et complète " -

قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 7/أكتوبر/1998، أشار إليه: عبد الكريم مأمون، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 92.

1- وجوب صدور الإعلام قبل التدخل الجراحي:

لا شك أن الإعلام الذي يصدر بعد التدخل الجراحي عديم الفائدة والنفع بالنسبة للمريض، إذ لا جدوى من رضا يصدر من مريض بعد إجراء العمل الجراحي.¹

لذلك لا بد أن تكون هناك مدة من الزمن (15 يوم) تفصل بين تقديم الوثيقة الممضاة والمؤرخة من جراح التجميل والمتضمنة تقريرا تفصيليا عن التدخل الجراحي وكلفته والإقدام على التدخل الجراحي.²

وفي هذا الصدد ركز القضاء الفرنسي في الكثير من المناسبات على هذا الوصف، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية قيام مسؤولية جراح التجميل الذي لم يعط صور صحيحة للمريض عن العملية الجراحية المقترحة ومخاطرها قبل إجرائها له. وتتلخص وقائع القضية في قيام جراح تجميل بانتزاع قطعة جلدية من الساق الأيسر بغية زراعتها. وظهر لاحقا من ملف المريض أن المريض تم إعلامه من خلال الوثائق التي قدمت له قبل دخوله إلى العيادة، عن أن الانتزاع سيتم مرتين من الفخذ، وهو ما يفهم عدم الانتزاع من الساق والذي ترتب عنه أثر جرح عمودي. كذلك فإن ما أقدم عليه الجراح لم يفرضه خطر محقق أو حالة ضرورة، ترتب عنه تشويه كبير لم يتم إعلام المريض به قبل العملية وبالتالي فلم يكن ليقبل به، وعليه تقوم مسؤولية الجراح.³

2- الإعلام البسيط والمفهوم :

إن الإعلام الصادر من الطبيب بلغة فنية وعلمية معقدة لا يحقق الغاية المرجوة منه، بسبب جهل الغالبية العظمى من المرضى بالمصطلحات الطبية. والإعلام المقدم بهذه الكيفية يكون ضرره أكثر من نفعه، لأنه بإمكانه أن يبعث القلق والخوف والرغبة في نفس المريض من جهة، ومن جهة أخرى يخل بقدرة المريض على الاستيعاب الجيد للمعلومات المقدمة إليه، ولتجنب ذلك فمن الواجب أن يوجه الطبيب إعلامه للمريض بلغة بسيطة يسهل على المريض استيعابها، وبدون اللجوء إلى المصطلحات الطبية التي يقتصر فهمها على أهل الطب.⁴

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من قرار لها على ضرورة أن يكون الإعلام الصادر من جراح التجميل بسيطا، مفهوما ووفيا. فأشارت المحكمة في هذا القرار إلى أن تخلي الطبيب عن استعمال المصطلح الطبي المعروف بـ "التهاب مخاطي أمامي" "Mucocèle frontale" وجوئه إلى استعمال بدل ذلك مصطلحا شائعا وهو "التهاب الجيب الأمامي" "Sinusite frontale" لتوصيل المعلومة للمريض لا يشكل خطأ في جانبه، ما دام أن ذلك الإعلام قد مكن المريضة من إدراك طبيعة ما تعاني منه، وتكونت لديها فكرة صحيحة عن العلاج المقترح.⁵

¹ - راجع المرجع السابق، ص 93.

² - أنظر المادة 1-2 - 766 D الواردة في الأمر 2005-777 المتعلق بمدى التفكير والشروط التقنية لسير عمل منشآت الجراحة التجميلية (مشار إليها سابقا).

³ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 14/جانفي/1992، أورده:

Gilles Devers, pratique de la responsabilité médicale, éditions E S K A 2000, P 201.

⁴ - عبد الكريم مأمون، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 93 - 94. منصور مصطفى منصور، المقال السابق، ص 24.

⁵ - " Le chirurgien doit fournir une information simple, intelligible et loyale pour permettre au malade de prendre la décision qu'il estimait s'imposait " .

بالإضافة إلى ذلك يلتزم الطبيب بمراعاة الظروف الشخصية للمريض عند إعلامه مثل عمره، مستوى ثقافته، شخصيته، جنسه.¹

فلا ينبغي أن يتعامل الطبيب مع مرضاه بطريقة آلية وإنما ينبغي عليه أن يتفاعل مع كل مريض، فيراعي ظروفه الخاصة عند إعلامه. فما يقدمه الطبيب من معلومات إلى شاب في مقتبل العمر ينبغي أن يختلف عما يقدمه من معلومات إلى شيخ قد بلغ من العمر عتياً رغم أنهما يريدان إجراء نفس العملية. وكذلك الحال بالنسبة للرجل والمرأة من حيث تأثير الإعلام عليهما، فما يمكن للرجل تحمله من إعلام من مخاطر إجراء عملية جراحية قد يكون سبباً في إصابة المرأة بصدمة نفسية خطيرة. كما يجب أن يختلف إعلام المريض الأمي عن إعلام المثقف خاصة بشأن اختيار المصطلحات المستعملة في الحديث مع كل منهما لأسباب مرتبطة بقدراتهما في استيعاب المعلومات.² فقد أشار جانب من الفقه الفرنسي³ وجانب من الفقه المصري⁴ إلى ضرورة مراعاة الطبيب لدرجة التعليم التي وصل إليها مريضه، حيث أن إعلام طبيب لطبيب آخر يختلف عن إعلام شخص آخر لا يعرف شيئاً عن مهنة الطب.

وجدير بالذكر في هذا المقام لما توصلت إليه الباحثة الفرنسية Souet من أن التشخيص الجيد لا يكفي بمفرده لإعداد طبيب جيد وان طبيعة العلاقة الطبية تتطلب إلى جانب ذلك أن يتوافر لدى الطبيب مؤهلات نفسية حتى يتمكن من مواجهة العديد من الحالات اليومية التي يتعرض لها، وإن انعدام مثل هذه المؤهلات لدى طالب الطب يشكل حاجزاً لديه في ممارسته لهذه المهنة.⁵

3- الإعلام الكافي والكامل:

إذا كان الطبيب لا يلتزم في مواجهة مريضه سوى بإعلامه وتبصيره بالمخاطر المتوقعة، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لجراحة التحميل،⁶ فيقع على عاتق الجراح التحميلي إعلام المريض ليس فقط عن المخاطر المتوقعة، بل يجب عليه أيضاً إبلاغه بالمخاطر غير المتوقعة (الاستثنائية)، ذلك أن الأمر لا يتعلق بإزالة خطر محدد يقتضي تدخلاً سريعاً، وإنما يتعلق الأمر هنا بإصلاح عيب جسماني.⁷

والمقصود بالخطر الاستثنائي هو الخطر غير المتوقع، وحسب القواعد العامة يمكن اعتبار الخطر غير متوقع إذا كان في لحظة حدوثه لم يكن هناك أي سبب خاص يؤدي بنا إلى الاعتقاد أن هذا الحادث يمكن أن يقع، وهنا لا نقيس بالنظر إلى

قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 21/فيفري/1961، أشار إليه:

Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 108.

¹ - منصور مصطفى منصور، المقال السابق، ص 25.

² - عبد الكريم مأمون، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 94-95.

³ - Savatier, Auby et Pequignot, op, cit; P 228 et suite.

⁴ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 122.

⁵ - عبد الكريم مأمون، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 95.

⁶ - توفيق خير الله، بحث مشار إليه سابقاً، ص 499.

⁷ - Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, fascicule 440-2, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993, P9.

وأنظر أيضاً: ريس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 149. توفيق خير الله، بحث مشار إليه سابقاً، ص 499.

الشخص المسؤول إذا كان من الممكن له أن يتوقع وقوع الخطر، بل ننظر إلى الشخص العادي ونضعه في نفس الظروف الخارجية، ونرى إذا كان بإمكانه توقع وقوع الخطر أم لا.¹

و لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من قرار لها على ضرورة إعلام جراح التجميل الشخص المقدم على هذا النوع من العمليات بالأخطار المتوقعة والاستثنائية للعملية. وتتخلص وقائع إحدى القضايا في أن سيدة تبلغ من العمر ستة وستين عاما أبرمت مع جراح تجميل اتفاقا مؤداه التزامه بأن يجري لها عملية جراحية لإزالة الغضون والجيوب أسفل عينيها. وقد انتهت العملية بإصابة العين اليسرى للمريضة بفقد الأبصار. و قررت محكمة النقض في هذا الشأن: " أن الطبيب لا يلتزم بإخبار المريض إلا عن الأخطار المتوقعة عادة، فإذا كانت مخاطر العمل الجراحي تافهة بالنسبة لمباشرة جراحة معينة، فإن الطبيب لا يسأل عن عدم الإفصاح عن المخاطر النادرة للعملية، ولكن إذا تعلق الأمر بعملية جراحة تجميل، فإن مخاطرها مهما كانت نادرة الحدوث يجب أن يعلن عنها المريض، حتى يكون رضاؤه وقراره بإجراء الجراحة من عدمه صادرين عن وعي كامل ومستنير، ذلك أن الأمر لا يتعلق بعلاج مريض، ولكن مجرد إصلاح عيب بسيط لدى سيدة بلغت من العمر ستة وستين عاما".²

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة استئناف باريس إلى عدم تقرير مسؤولية جراح التجميل في قضية تتخلص وقائعها³: أن جراحا قام بإجراء عملية تجميلية باستعمال طريقة "شفط الشحم"، بعد مدة معينة بدأ المريض يشكو من آلام وحالة اكتئاب، وبعد عرض هذا الأخير على خبير معتمد، أكد هذا الخبير أن هذه الآثار هي نتيجة نقص في تمدد الجلد لنقص في خاصية قابلية الجلد للتمدد، وحسب رأي الخبير فهذا ليس نتيجة خطأ جراحي، بل لتعقيد غالبا ما يحدث في طريقة "شفط الشحم".

إلا أن المحكمة وقد طرحت تقرير الخبير جانبا، ورأت أن الجراح لم يوف بالتزامه بالإعلام، ذلك أن إقدام أي شخص على تدخل جراحي تجميلي وقبوله بكل الأخطار هو في الحقيقة بهدف تحسين فعلي لمظهره الخارجي، وعليه يجب أن يكون الطبيب واعيا وعيا تاما أن للطبيعة الخاصة لدوافع المريض، وكذلك الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتقه هما اللذان يحددان عمله الطبي. هذه الظروف الخاصة في الجراحة التجميلية تفرض على الجراح تقديم معلومات تتصف بالدقة والوضوح والإفاضة، وعليه فإن المحكمة ترى أن اكتفاء الطبيب بإرسال رسالة إلى المريض غير كافية كقرينة على قيام الطبيب بتنفيذ التزامه.

قام الطبيب الذي أدانته المحكمة بالاستئناف محتجا بكونه قد أعلم المريض بالمضاعفات المحتملة إذا أقدم على العملية، وطلب منه التفكير مليا قبل أخذ القرار النهائي.

أصدرت محكمة الاستئناف قرارها وجاء فيه: أن الطبيب أكد في رسالته على أن المريض يريد الاستفادة من طريقة شفط الشحم، ولكن المؤشرات تؤكد محدودية هذه الطريقة، وهذا نظرا لطبيعة بشرته. بالإضافة إلى أنه رغم تحديد موعد للعملية فإن الطبيب طلب من المريض تأكيدا صريحا بإجراء العملية. وعليه وبالنظر إلى كل هذه العناصر فإن محكمة الاستئناف

¹ - سعيدان أسماء، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 46.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 17/نوفمبر/1969، أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 169-170. عبد الوهاب حومد، مقاله السابق، 194-195.

³ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 10/ديسمبر/1992، أشار إليه: Gilles Devers, op,cit, P 202-203.

رأت أن المريض قد أعلم بوضوح وقبل بالأخطار الممكن ترتبها على التدخل الجراحي، وعليه فإن الطبيب قد وفى بالتزام الإعلام الذي يقع على عاتقه، وبالتالي لم يرتكب أي خطأ.

بعد الذي أسلفناه، يمكننا القول أن جراح التجميل يلتزم بإعلام الشخص الخاضع للعملية الجراحية بكل المعلومات سواء أتعلق الأمر بالأخطار (المتوقعة والاستثنائية) أو تعلق الأمر بالتكلفة المالية، حتى يكون رضا الشخص قد تم على أساسها.¹

وهذا ما تم النص عليه صراحة في قانون الصحة العمومية الفرنسي، إذ نصت المادة 2-6322L المستحدثة بموجب قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدي لقانون الصحة العمومية على مايلي: «يجب قبل الاستفادة من خدمات الجراحة التجميلية، أن يقوم الجراح بإعلام المريض أو ممثله الشرعي عن الأخطار والنتائج والمضاعفات المحتملة، وهذه المعلومات يجب أن ترفق بتقدير للتكاليف يكون مفصلا. ويحدد أجل معين ويحترم من طرف الطبيب بين تسليم فاتورة التكاليف ويوم العملية. خلال هذه المدة لا يترتب على المريض أي التزام سوى دفع أتعاب الطبيب عن الفحوص والاستشارات السابقة للعملية»².

وبالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري، نجد أن المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب نصت على مايلي: «يخضع كل عمل طبي، يكون فيه جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة...»³. وعليه يقع على عاتق الجراح التجميلي تبصير وتنوير الشخص الخاضع للعملية بمخاطرها(المتوقعة والاستثنائية)، كما يجب عليه إبلاغه بتكاليف هذه العملية.⁴

كذلك يجب على جراح التجميل أن يردد على مسمع المريض قبل اتخاذ قراره مخاطر هذه الجراحة، فلا يكتفي بتقديمه

لمعلومات ونصائح سبق للمريض أن سمعها، قديما من عدة أشهر مثلا، فيتذرع أنه سبق وأن أخذ موافقة مريضه استنادا إليها.⁵

وأخيرا، ينبغي ألا يكتفي جراح التجميل بتوضيحات تتعلق بالعملية بل بما يتعداها، كالتخدير إذا كان موضعيا أو عاما، ومن سيقوم به، والفحوصات السابقة له، وفي أية مؤسسة استشفائية ستتم العملية ونوعية الأدوات التي ستتم بها، ونوع الأدوية التي ستعطى للمريض، و ما إذا كانت مجازة قانونا، ومدة التعطيل عن العمل، أو مدى شمول الضمان للعمل أو الفحوصات.⁶

¹ -Angelo castelletta, op,cit, P 130.

² - أنظر المادة 2-6322L المستحدثة بموجب قانون 2002-303 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة والمعدل لقانون الصحة العمومية.

³ - أنظر المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ - تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري نص صراحة على إعلام المريض بالأخطار غير المتوقعة في حالة إنتزاع أعضاء الإنسان وزرعها، تنص المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها: «لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عملية الانتزاع...»⁵. لذلك يمكننا أن نستأنس بهذه المادة في ميدان الجراحة التجميلية للتشابه بين هذين المجالين.

⁵ - توفيق خير الله، بحث مشار إليه سابقا، ص 501. وأنظر أيضا: Angelo castelletta, op,cit, P 132.

⁶ - توفيق خير الله، بحث مشار إليه آنفا، ص 501-502.

4- الإعلام الدقيق والصادق:

إن الإعلام الذي يخلو من وصفي الدقة والصدق يبقى إعلاما ناقصا ومبتورا، ولا يساعد من الناحية القانونية على الحصول على رضا صحيح.¹ فيجب أن تكون المعلومات المقدمة من طرف الطبيب إلى مريضه دقيقة، لأن المعلومة العامة حول مخاطر الجراحة واحتمالات الفشل، قد تخلق لديه التباسا يزيل مخاوفه ظاهريا، ويتفاجأ فيما بعد بنتيجة لا يرغبها فعلا.² كما ينبغي على الطبيب مراعاة الدقة عند عرضه للبدائل العلاجية خاصة فيما يتعلق بالمزايا والمساوئ المقترنة بها، حتى يتسنى للمريض مشاركة الطبيب في اختيار إحداها عن دراية وعلم، لا عن جهالة وجهل.³

كما ينبغي على الطبيب أن يكون صادقا في إعلامه للمريض، حيث يقتضي ذلك تزويده بمعلومات صحيحة بخصوص العملية التي سيجريها وهل ستترك آثارا أولا. غير أنه يسمح للطبيب بإخفاء بعض الحقائق أو الكذب إذا كان ذلك في مصلحة المريض، لكن بشرط ألا يستعمل الطبيب وسائل احتيالية لا قناع المريض بصحة المعلومات التي يدي بها، أي يجب ألا يصل الكذب في هذه الحالة إلى درجة التدليس.⁴

وهذا ما أكد عليه قانون أخلاقيات المهنة في فرنسا في المادة 1/85: «على الطبيب أن يقدم للشخص الذي يفحصه، أو يعالجه أو حتى يستشير، معلومات واضحة وصادقة مناسبة لحالته، بل وعليه عند وصف علاجات أو تحاليل أن يأخذ في عين الاعتبار شخصية المريض وتساؤلاته ويسعى لتفهمها»⁵.

وهذا أيضا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب إذ تنص هذه الأخيرة على مايلي: «يجب على الطبيب وجراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي»⁶.

وفي هذا الصدد أشار البعض إلى الأهمية التي توليها المحاكم الفرنسية لهذين الوصفين في إعلام الطبيب لمريضه.⁷ وبعد التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في إعلام الطبيب لمريضه، تجدر بنا الإشارة أن هناك ارتباطا وثيقا بين التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض والالتزام بتبويره وإعلامه بمخاطر الجراحة، ذلك أن الحصول على موافقة المريض ورضائه بالخضوع لهذا النوع من العمليات الجراحية مرتبط ارتباطا لا يقبل الانفصام بإعلامه بكل ما يمكن أن يحصل له من مخاطر.

ثانيا: إثبات التزام الطبيب بالإعلام.

إن عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزام إعلام المريض أو عدم كفاية إعلامه حول ظروف ونتائج العملية الجراحية يقع على عاتق المريض.⁸

¹ - عبد الكريم مأمون، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 97.

² - توفيق خير الله، بحث مشار إليه سابقا، ص 501.

³ - عبد الكريم مأمون، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 97.

⁴ - منصور مصطفى منصور، المقال السابق، ص 23-24.

⁵ - أنظر المادة 1/85 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي.

⁶ - أنظر المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁷ - عبد الكريم مأمون، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 97.

⁸ - توفيق خير الله، بحث مشار إليه سابقا، ص 502.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية و في قرار حديث لها، صدر بتاريخ 25/فيفري/1997، والمعروف بقرار ((هيدورل)) قلبت عبء الإثبات، وقررت أن الطبيب يقع على عاتقه التزام من نوع خاص يتمثل في إبلاغ المريض بكل مخاطر الجراحة، وعليه وحده إثبات تنفيذه لهذا الالتزام.¹

وقد استندت المحكمة في هذا القرار إلى المبدأ الذي كرسه المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن ~~من~~ يدعي تنفيذ الالتزام يقع عليه إثبات ذلك، ومن يزعم كذلك إبراءه منه يجب عليه تبرير الوفاء أو إبراء ذمته تجاه هذا الالتزام [X]، وحسب رأي المحكمة المستند إلى هذه المادة فإن الطبيب إذا أراد أن يتبرأ من التزامه بالإبلاغ، فإن عليه تقديم ما يدل على وفائه بهذا الالتزام أي إبلاغه بطريقة صحيحة للمريض.²

وهذا ما يدفع جراحي التجميل إلى تدوين نصائحهم وشروحاتهم وأخذ توقيع المريض عليها كوسيلة إثبات ضرورية، وكأساس جدي في العلاقة التعاقدية.³

وفي القانون الجزائري فإن عبء إثبات إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام أو عدم كفايته يقع على عاتق المريض. وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات المخولة قانونا.⁴

وبعد كل الذي أسلفناه فيما يخص التزام الطبيب بإعلام المريض، يبقى أن نشير في الأخير إلى أن هناك إهتماما دوليا بالالتزام الطبيب بتبصير المريض، حيث صدر في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1972، إعلان حقوق المريض، وسرعان ما تبنت فرنسا هذا الإعلان وأصدرت بتاريخ 14/جانفي/1974، المرسوم رقم 27/74، والمعروف بإسم حقوق وواجبات المريض، كما تبنت الهيئة البرلمانية للمجلس الأوربي بتاريخ 29/جانفي/1976، التوصية رغم 779 المتعلقة بحقوق المرضى والموتى، وتبنت لجنة المستشفيات في المجموعة الأوربية بتاريخ 9/ماي/1979، ميثاق المرضى نزلاء المستشفيات، وفي سنة 1981، وضعت جمعية الأطباء الدولية إعلانا عن حقوق المرضى نص على أن يعمل الطبيب وفقا لضميره لصالح المريض دائما، وإذا تجاهلت التشريعات التي توضع من جانب الحكومات حقوق المريض، فإن على الطبيب أن يبحث عن الوسائل الكفيلة بضمان هذه الحقوق أو إعادتها، كما دعت التوصية 779 السابق الإشارة إليها الحكومات أن تلفت نظر الأطباء أن للمرضى الحق إذا رغبوا في ذلك أن يحاطوا علما كافيا عن المرض والعلاج المقترح، وأن يحاطوا علما عند دخولهم المستشفى باللوائح والإدارة، والفرق الطبية الموجودة.⁵

الفرع الثاني:

إلتزام جراح التجميل بنصح المريض.

غني عن البيان أن الطبيب الجراح في مثل هذه الأحوال يقع عليه واجب النصح والتنبيه، والإحجام عن إجراء العمليات الجراحية التي لا تتناسب منافعها مع أخطارها، إذ عليه أن يمنح إلى تلك العمليات التي تزيد فيها فرص النجاح المأمولة

¹ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 133، وأنظر كذلك توفيق خير الله، بحث مشار إليه سابقا، ص 502.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 133.

³ - توفيق خير الله، بحث مشار إليه سابقا، ص 502.

⁴ - لمزيد من التفصيل أنظر ص 48-49 من المذكورة.

⁵ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 124-125.

والمنتظرة، ويمتنع عن القيام بتلك العمليات التي يتوقع منها نتائج معاكسة لذلك.¹ هذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي: «يجب على الطبيب أن يمتنع في تحقيقاته وفي تدخلاته التي يمارسها، كما في علاجاته التي يصفها عن أن يعرض المريض لخطر غير مبرر»²، وفي نفس السياق نصت المادة 17 من قانون أخلاقيات المهنة الجزائري على مايلي: «يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه»³.

وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، إذ قررت محكمة استئناف فرساي مسؤولية الطبيب على أساس الإخلال بواجب النصح، في قضية تتخلص وقائعها في قيام جراح تجميلي بعملية جراحية للخياشيم للقضاء على التجاعيد، والنتيجة لم تكن مرضية، لذلك طعن المريض لترتيب مسؤولية الطبيب، وبعد تأكيد الخبراء المعتمدين أن هذه الجراحة كانت سابقة لأوانها، فإن محكمة الاستئناف أقرت بمسؤولية الطبيب على أساس الإخلال بواجب النصح، مستندة في ذلك إلى القاعدة المذكورة آنفاً أن الجراح لم يقيم بموازنة كافية بين الأخطار المحتملة و الفوائد المرجوة من العمل الجراحي، بالإضافة إلى أنه لم يقيم بإعلام مريضه بدقة عن كل الأخطار المرتبطة بالضرورة بالعملية التي نصحه بالإقدام عليها، كما لم يعلمه بالآثار التي يمكن أن تترتب عليها، وعليه فإن المسؤولية المترتبة في هذه الحالة هي مسؤولية مزدوجة.⁴

وفي نفس الإتجاه ذهبت محكمة استئناف باريس لترتيب مسؤولية الطبيب، في قضية تتخلص وقائعها أن جراحاً تجميلاً ينصح مريضة تود إزالة أو على الأقل الإنقاص من الآثار الباقية بعد الشفاء من الجروح (Rosorbition des cicatrices) بالخضوع لتدخل جراحي، لكن النتيجة لم تكن مرضية، ذلك أن أحد آثار الجروح بقي كما هو، بل أكثر من ذلك تسبب في ظهور جرح ثالث معيب، نتيجة لقيام الطبيب بنزع جزء من الجلد قصد زراعته.

قررت محكمة الاستئناف مسؤولية الطبيب، مشيرة إلى أن هناك العديد من الجراحين الذين إتصلت بهم الضحية قبل العملية، ونصحوها، بعدم القيام بها.⁵

كذلك قضت محكمة استئناف باريس في قرار آخر لها، أن الجراح أخل بواجب النصح لأنه لم يطلع مريضته على أخطار العلاج المنوي القيام به، ما حرمها من فرصة تلافي الخطر الذي وقع أخيراً.⁶

وفي قرار آخر صادر عن محكمة استئناف مونيبلية في فرنسا، اعتبرت أن البدء بعلاج تفوق سيفاته بشكل واضح تلك التي يعاني منها المريض ويريد تصحيحها، يشكل خطأً ويتعين على الطبيب إما أن يرفض إجراء العمل الجراحي، وإما أن يتحفظ لأبعد الحدود تجاه مريضه.⁷

¹ - راييس محمد، أطروحة الدكتوراة السالفة الذكر، ص 150.

² - أنظر المادة 18 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي.

³ - أنظر المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ - قرار محكمة استئناف فرساي، في: 21/فيفري/1991، أشار إليه: gilles Devers, op, cit, P 199.

⁵ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 14/سبتمبر/1990، أشار إليه: gilles Devers, op, cit, P 200.

⁶ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 15/مارس/1996، أشار إليه: توفيق خير الله، بحث مشار إليه سابقاً، ص 500.

⁷ - قرار محكمة استئناف مونيبلية، في: سبتمبر 1995، أشار إليه: توفيق خير الله، بحث مشار إليه آنفاً، ص 500.

خلاصة القول، أنه في ميدان الجراحة التجميلية، فإن الجراح ملزم بموازنة دقيقة بين الأخطار المحتملة والفوائد المرجوة، ويمتنع عن أي تدخل جراحي تفوق سلبياته العيب المراد إصلاحه، وعلى الطبيب أيضا أن يعلم مريضه بدقة عن كل الأخطار المترتبة عن العملية التي ينصحها بالإقدام عليها، وكذلك الآثار الناتجة عنها.

الفرع الثالث:

إلتزام جراح التجميل بمتابعة علاج المريض.

من المعروف أن العقد الطبي من العقود المستمرة، لأن الفحوصات الطبية والعلاج ومتابعة المريض، تمتد فترة من الزمن قد تطول أو تقصر حسب الأحوال، ولضمان استمرارية العناية والعلاج، فإنه يتوجب على الطبيب أن يراعي مايلي:¹

أ/ عدم الرعونة في إتخاذ القرار الطبي ووجوب التأكد من الحالة الصحية للمريض، ومن التطبيقات القضائية المشهورة على الرعونة في إتخاذ القرار الطبي، أن راقصة أجري لها طبيب جراح عملية تجميل للنهدين من أجل جعلها أكثر تماسكا، قام الطبيب المذكور من غير أن يعمد إلى إجراء أي فحوصات أو تحليل مسبق عدا قياس ضغط الدم بتخدير زبونتته تحديرا موضعيا، ثم زرق في حلمتي ثدييها إبرتين من مادة السلاستيك، واستغرقت العملية ساعتين، وبدت كما لو كانت عملية ناجحة، لكن الفتاة أخبرت الطبيب بأن حالتها ليست على ما يرام، ومع هذا لم يكلف الطبيب نفسه بإجراء أي فحص لها، وكل ما فعله أنه نصحها بالبقاء مستلقية على سرير العملية، وقدم لها الماء، واستدعى أختها لتأخذها إلى بيتها، حضرت الأخت بصحبة خطيبها، فوجدا حالتها الصحية سيئة لم تتمكن من النطق، ولونها أزرق، خائرة العينين، فقال الطبيب أن هذه الأعراض ليست سوى حساسية عند الراقصة بسبب حقنة المخدر، وأنها ستزول ولا خطر منها. وقد عانت الفتاة مشقة بالغة في الوقوف على قدميها، فتركها الطبيب تغادر إلى البيت دون أي تعليمات طبية عدا طلبه بتدفئة رجليها عند النوم، وفي الساعة الخامسة بعد منتصف الليل غابت الفتاة عن الوعي، ولم يقلق الأهل تبعا لاطمئنائهم لحديث الطبيب بأن الحالة مؤقتة، لكن حالتها تدهورت وراحت في غيبوبة كاملة مع اضطرابات دقات القلب، فاتصلوا بالطبيب ثانية وطمأنهم على سلامتها، وطلب منهم قياس درجة الحرارة، والاتصال به الساعة الثانية بعد الظهر، إلا أن أهل المريضة إستدعوا طبيبا آخر في الساعة العاشرة صباحا، ففحصها وذهب فورا إلى عيادة الطبيب الذي أجرى لها العملية وصحبه عائدا إلى بيت أهل المريضة الفاقدة لوعيها، فنقلها إلى إحدى المستشفيات حيث لاقت حتفها بعد قليل.

وعند عرض الأمر على القضاء أمرت المحكمة بتشريح جثة الراقصة، فتبين أن الطبيب إرتكب عددا من الأخطاء يتلو بعضها بعضا منها:

- 1) إجراء العملية للراقصة دون فحوصات مسبقة لوضعها الصحي العام.
- 2) ترك المريضة دون عناية رغم خطورة حالتها الظاهرة.
- 3) سماح الطبيب للمريضة بمغادرة العيادة رغم سوء حالتها الصحية.
- 4) لم يزود أهل الراقصة بأية تعليمات أو إرشادات جديدة.
- 5) رفض الذهاب إلى دار أهل المريضة لفحصها ثانية واكتفى بطلب تدفئة قدميها وقياس درجة الحرارة.

¹ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 149.

لكل هذه الأسباب قضت المحكمة المختصة بالحكم على الطبيب بالتعويض وبال عقوبة الجزائية.¹

ب/ يلتزم الطبيب بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين، وينبغي عليه أيضا أن يتقيد على الدوام بالسلوك المستقيم وحسن الرعاية، وأن يحترم كرامة المريض.²

ج/ أن يترك الطبيب للمريض الوسائل التي تمكنه من الإتصال به، واستدعائه فيما بين المدد المحددة لزيارته، وذلك في الحالات التي يكون وجوده ضروريا وقد قضت محكمة مارسيليا " بأن الطبيب الذي يشرع في معالجة مريض ثم يتركه، يرتكب إهمالا يعرضه لفقد أتعابه إذا ترك مسكنه دون أن يترك عنوانا، أو يترك طبيبا آخر بدلا منه، لأنه طالما شرع في علاج المريض، فهو قد تعهد بذلك تعهدا ضمنيا على أن يستمر في هذا العلاج طالما أن المريض في حاجة إليه، ولا يصح له أن ينقطع عن هذا العلاج فجأة".³

وقد حكم بأن الطبيب الذي شرع في علاج المريض ثم تركه دون أن يكفل له استمرار العناية الطبية من زميل آخر، يكون مسؤولا عن الضرر الذي وقع بسببي ذلك، إلا إذا أثبت أن إحدى حالات القوة القاهرة هي التي منعتة عن ذلك.⁴ وبهذا الشأن نصت المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب: "يمكن الطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض".⁵

وإذا كان الأصل أن يلتزم الطبيب بمتابعة علاج المريض، إلا أن هناك حالات تعتبر مبررا للطبيب لكي يمتنع عن تنفيذ التزامه، كأن يهمل المريض في إتباع تعليمات الطبيب، أو يستعين خفية بطبيب آخر، وهو الأمر الذي يعرض كرامة الطبيب المعالج للأذى، أو يمتنع المريض عن دفع الأجر للطبيب في المواعيد المتفق عليها، ففي مثل هذه الأحوال يجوز للطبيب أن يترك المريض، شريطة ألا يكون الترك في ظروف غير لائقة أو غير مناسبة للمريض، وإلا تحمل الطبيب المسؤولية عن الأضرار التي ستنشأ عن إخلاله بالتزامه بمتابعة علاج المريض.⁶

الفرع الرابع:

إلتزام جراح التجميل بعدم إفشاء سر المهنة.

يعتبر التزام الطبيب بحفظ أسرار المهنة من أكثر الإلتزامات التصاقا بواجبات الطبيب الأخلاقية والإنسانية، والبحث في هذا الإلتزام يقتضي تحديد مفهومه ونطاقه، الأشخاص الملتمزمون بحفظ السر الطبي، مدى الإلتزام بالسر الطبي، جزاء الإخلال بالسر الطبي.

1- مفهوم السر الطبي ونطاقه:

¹ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 27/ماي/1970، أشار إليه: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 101-102. عبد الوهاب حومد، المقال السابق، ص 195-196.

² - أنظر المادة 45 و 46 من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - حكم محكمة مارسيليا، في: 15/ديسمبر/1909، أشار إليه: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 150.

⁴ - حكم محكمة Peau، في: 1/ماي/1900، أشار إليه: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 151.

⁵ - أنظر المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁶ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 382.

يعرف البعض السر الطبي بأنه الالتزام المفروض على جميع أعضاء الهيئة الطبية بأن لا يفشوا ما اطلعوا عليه وعلموه أثناء ممارسة مهنتهم.¹

وهناك من عرف سر المهنة الطبية بأنه كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة سواء حصل عليها من المريض نفسه، أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو سبب ممارسة مهنته.² وقد حددت المواد 37، 39، 40 من مدونة أخلاقيات الطب ما يجب على الطبيب كتمانها. فنصت المادة 37 من المدونة: «يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤمن عليه خلال أدائه لمهنته»³. ويدخل أيضا ضمن الالتزام بالسر الطبي وفقا لنص المادة 39 من المدونة ضرورة الحفاظ على سرية البطاقات السريرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزة الطبيب.⁴

كما يجب على الطبيب عند استعمال الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية عدم الكشف عن هوية المرضى طبقا لنص المادتين 40 من المدونة والمادة 2/206 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.⁵ وقد تم التأكيد على هذا الالتزام (السر الطبي) أكثر في الجراحة التجميلية من الجراحة العادية، وذلك لأنه مرتبط بجمال الجسم، لذلك فإن ملفات المرضى والملفات الالكترونية يجب أن تكون محمية، وكذلك المراسلات الطبية (أشعة، صور، تحاليل) يجب ألا يظهر فيها اسم المريض بوضوح.⁶

2- الأشخاص الملتمزون بحفظ السر الطبي:

عددت المادة 301 فقرة أولى من قانون العقوبات الأشخاص الملتمزين بحفظ السر الطبي وهم: الأطباء والجراحون والصيدلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين، بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم.⁷

وعبارة (جميع الأشخاص) الواردة في المادة السالفة تعني أن المشرع ترك للقضاء تحديد الأشخاص الذين يشملهم حفظ السر ممن لم يرد ذكرهم في المادة السابقة، ولذلك أدخل القضاء الفرنسي في زمرتهم الممرضات والسكرتيرات وحافظي الملفات الطبية وأطباء المخابر والأشعة ومساعدتهم، وكل من اطلع على السر من موظفي السر الطبي. ويدخل في زمرة الملتمزين بحفظ السر الطبي جميع الأشخاص الذين يطلعون عليه بحسب وظائفهم كالموظفين الإداريين الذين يتلقون

¹ - عبد السلام الترماني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، الكويت، 1981، ص 40.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 135-136.

³ - أنظر المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ - أنظر المادة 39 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁵ - أنظر المادة 40 من مدونة أخلاقيات الطب والمادة 2/206 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

⁶ - Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 102.

⁷ - أنظر المادة 301 فقرة أولى من قانون العقوبات الصادر بموجب الأمر رقم 66 - 156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 جوان سنة 1966 المتضمن المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد 49، السنة الثالثة، مؤرخة في 21 صفر 1386، الموافق لـ 11 جوان 1966.

بيانات الأطباء في حالة الولادة أو الوفاة، وموظفي الضمان الاجتماعي والتأمين والمؤسسات الأخرى الذين يتلقون بيانات الأطباء إذا تضمنت ما يوجب الكتمان.¹

وبالرجوع إلى القوانين المنظمة للمهن الطبية في الجزائر نجد أن المادتين 1/206 المعدلة بالقانون 17/90 والمادة 226 من قانون حماية الصحة وترقيتها، حددت الأشخاص الملزمين بحفظ السر الطبي وهم الأطباء، جراحو الأسنان، الصيادلة ومساعدي الأطباء.²

غير أن تخصيص حفظ السر بمؤلاء، لا يعني إعفاء غيرهم من الالتزام بحفظ السر ممن يطلعون عليه من أفراد الجهاز الطبي أثناء ممارستهم مهنتهم، إذ أن الغاية من حفظ السر عدم إفشائه ممن اطلع عليه، ولا يعقل أن نلزم الأطباء بحفظه ونبينه لمن اطلع عليه من معاونيهم أو ممن تقضي مهنتهم الإطلاع عليه³، إذ تنص المادة 38 من مدونة أخلاقيات الطب: «يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني»⁴.

3- مدى الالتزام بالسر الطبي:

الالتزام بالسر الطبي عام ومطلق، بمعنى أن الطبيب لا يتحلل منه ولا يجوز له إفشاؤه إلا في الحالات التي نص عليها القانون.⁵ وفي هذا الشأن تنص المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: «يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك»⁶، وكذلك نصت المادة 2/206 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها على مايلي: «ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا...»⁷. ويمكن تقسيم أسباب إباحة إفشاء سر المهنة إلى أسباب مقررة لمصلحة الأشخاص أو المصلحة الخاصة، أسباب مقررة للمصلحة العامة وأسباب يقتضيها حسن سير العدالة:

أ- أسباب الإباحة المقررة لمصلحة الأشخاص:

يكون للطبيب الحق في كشف السر للدفاع عن نفسه أمام المحكمة، عندما يكون متهما بجرمة جنائية كالإجهاض أو الاعتصاب، فالطبيب لا يلتزم بكتمان السر في هذه الحالة، ويكون من حقه في سبيل الدفاع عن نفسه أن يكشف عن العناصر التي من شأنها تبرئته، إذ أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية المقررة للمتهم التي لا يلغىها الالتزام بالمحافظة على السر، كما يسقط واجب الكتمان أمام حق الطبيب في الدفاع عن نفسه في حالة اتهامه بارتكاب خطأ طبي، فمن حقه أن يقدم الإيضاحات دفعا للإتهام الموجه إليه والتي من شأنها إظهار الحقيقة وتبرئته مما نسب إليه من خطأ.⁸

¹ - عبد السلام الترماني، المقال السابق، ص 43.

² - أنظر المادة 1/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90 والمادة 226 من نفس القانون.

³ - عبد السلام الترماني، المقال السابق، ص 43-44.

⁴ - أنظر المادة 38 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁵ - عبد السلام الترماني، المقال السابق، ص 44.

⁶ - أنظر المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁷ - أنظر المادة 2/206 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17.

⁸ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1445-1446.

كذلك فإن رضا المريض يعد سببا لإباحة إفشاء الطيب للسر، فصاحب السر له أن يفشيه، وهذا ما تناوله المادة 2/206 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها أن المريض حر في كشف كل ما يتعلق بصحته.¹

ويشترط في الرضا أن يكون صادرا من صاحب السر أو صاحب المصلحة في كتمانها، وأن يكون الرضا صحيحا، أي صادرا عن إرادة حرة وإدراك سليم، ويجب كذلك أن يكون صريحا، ويستوي أن يكون بالكتابة أو شفويا، وأخيرا يجب أن يكون الرضا قائما وقت الإفشاء.²

ولا يترتب حتما على إذن صاحب السر بالإفشاء إلزام الطبيب به، وإنما الأمر في النهاية يعود إلى تقديره، وأن يوازن بين مبررات الإفشاء والكتمان وفقا لاعتبارات يقدرها، دون أن يترتب على اختياره أحد الطريقتين دون الأخرى أية مسؤولية.³

أما بخصوص ورثة صاحب السر، فلا يحق للطبيب أن يفشي لهم سر مورثهم إلا لإحقاق حقوق.⁴ فمن حق ورثة البائع الحصول على شهادة من الطبيب المعالج تثبت إصابة مورثهم بعاهة عقلية لإثبات عيب رضا مورثهم.⁵

ب- أسباب الإباحة في الحالات المتعلقة بالصحة العامة:

هناك حالات أخرجها القانون من نطاق السرية و أجبر فيها الطبيب على التبليغ عنها لاعتبارات تتعلق بالصحة العامة وهي:

1- التبليغ عن الأمراض المعدية:

أوجبت المادة 54 من قانون حماية وترقيتها على الطبيب أن يعلم

فورا المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه، و إلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية.⁶

2- التبليغ عن بعض الأمراض المهنية:

يجب على الطبيب الإخبار عن بعض الأمراض والإصابات المهنية للتعويض عنها، إذ توجه وثيقة إلى صندوق الضمان الاجتماعي، ووثيقة ثانية إلى مفتش العمل، ووثيقة ثالثة تسلم للمعني بالأمر، وبهذا فإنه يمكن القول أن كل مرض أو إصابة يشك فيها طبيب العمل أن مصدرها مهني، يجب أن تكون محل تصريح لمفتشية العمل.⁷

ج/ أسباب الإباحة التي يقتضيها حسن سير العدالة:

1- التزام الطبيب بأداء الشهادة أمام القضاء:

نص المشرع على التزام كل شخص بأداء الشهادة لدى القضاء، متى كلف بذلك، وقرر عقابا لتخلفه عن الحضور، أو إذا حضر و امتنع دون مبرر قانوني عن الإدلاء بشهادته في المادتين 89 فقرة أولى و 97 فقرة ثالثة من قانون الإجراءات

¹ - أنظر المادة 2/206 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

² - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1446. وأنظر أيضا: عبد السلام الترماني، المقال السابق، ص 45.

³ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1446.

⁴ - أنظر المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁵ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1446.

⁶ - أنظر المادة 54 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

⁷ - A.H Hakem, M.M. Hannouz, op,cit, P 113et 114.

الجزائية،¹ وهذا الالتزام عام، بمعنى أنه مفروض على الكافة دون استثناء، ومن ثم يخضع له الأطباء كسائر أرباب المهن الأخرى،² غير أن المادة 97 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية نصت على مايلي: «كل شخص استدعى لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة»³. يتضح بصورة جلية التعارض بين القاعدة العامة المتمثلة في وجوب الإدلاء، والاستثناء المتمثل في الأحكام الخاصة ببعض المهن. ولحسم هذا التعارض يمكننا الإستناد إلى نص المادة 5/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90 إذ تنص هذه الأخيرة على مايلي: «لا يمكن الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني»⁴. يستفاد من سياق هذه المادة أن المشرع غلب واجب الكتمان الكتمان على واجب الشهادة. وبالتالي يحضر على الطبيب إفشاء سر مهنته. غير أن هذا الحظر ليس مطلقا، فيجوز للطبيب المدعو للإدلاء بشهادة أمام القضاء أن يفشي بالسر المهني إذا أعفاه مريضه من ذلك طبقا للمادة 5/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.⁵ كما يجب على الطبيب المدعو للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض الإدلاء بشهادته دون أن يتقيد بالسر الطبي.⁶

2- التبليغ عن الجرائم:

من واجب الطبيب التبليغ عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم وذلك طبقا لنص المادة 3/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بقانون 17/90.⁷ كذلك من واجب الطبيب الإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمه بمناسبة ممارسة مهنته دون أن يكون ذلك خرقا لالتزام السر الطبي.⁸

3- ممارسة الطبيب لأعمال الخبرة:

نصت المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90 على مايلي: «لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي، سواء أكان مطلوبا من القضاء أو خبيرا لديه، بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته.

ولا يمكن الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعانيات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته، تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني»⁹.

¹ - أنظر المادتين 89 فقرة أولى و 97 فقرة ثالثة من قانون الإجراءات الجزائية الصادر بموجب الأمر 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 الموافق لـ 18 صفر 1386، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية العدد 48، السنة 3، مؤرخة في 10 جوان 1966 الموافق لـ 20 صفر 1386.

² - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1447.

³ - أنظر المادة 97 فقرة أولى من قانون الإجراءات الجزائية.

⁴ - أنظر المادة 5/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

⁵ - أنظر المادة السالفة الذكر.

⁶ - أنظر المادة 301 فقرة ثانية من قانون العقوبات.

⁷ - أنظر المادة 3/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بقانون 17/90.

⁸ - أنظر المادة 301 فقرة ثانية من قانون العقوبات.

⁹ - أنظر المادة 4/206 من قانون حماية الصحة و ترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

يستفاد من سياق المادة المذكورة، أن الطبيب سواء أكان خبيراً أو مطلوباً من القضاء لا يلزم بكتمان السر المهني فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهنته، غير أنه يلتزم في المحافظة على سر المهنة مراعيًا الأمور التالية:

- يجب على الطبيب ألا يكشف عن السر الطبي لأي جهة خارج الجهة التي أسندت إليه مهمة الخبرة.
- عدم الكشف عن كل ما يصل إليه علمه بتفاصيلها.¹

4- جزاء الإخلال بالسر الطبي:

لما كان إفشاء السر يخل بثقة المرضى بأطبائهم، وقد يحط من سمعة المريض وسمعة عائلته، وربما أحدث خللاً بعلاقات أفراد الأسرة، فإن الطبيب يكون بما فعل قد أحدث ضرراً من ثلاثة أوجه يكون في جميعها مسؤولاً. وقد رتب المشرع لهذه المسؤوليات ثلاثة جزاءات: جزاء مدني، جزاء تأديبي وجزاء عقابي.²

أ- الجزاء المدني:

إذا أفشى الطبيب سر المريض الذي علمه بحكم مهنته فإنه يكون مسؤولاً قبل المريض، ويستطيع أن يرجع عليه هذا الأخير بالتعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.³

ب- الجزاء التأديبي:

طبقاً لنص المادة 217 من مدونة أخلاقيات الطب يمكن للمجلس الجهوي أن يتخذ العقوبات التأديبية التالية: الإنذار، التوبيخ، كما يمكن أن يقترح على السلطات الإدارية المختصة منع ممارسة المهنة أو غلق المؤسسة، طبقاً للمادة 17 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.⁴

ج- الجزاء العقابي:

نصت المادة 301 فقرة أولى من قانون العقوبات على العقوبات المقررة في حالة إفشاء السر الطبي، والتي تتمثل فيما يلي: الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج.⁵

المبحث الثاني :

شروط المسؤولية المدنية لجراح التجميل.

تنص المادة 124 من القانون المدني على مايلي : **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض** [X].⁶

فالمسؤولية المدنية تتطلب لقيامها ثلاثة شروط هي الخطأ، الضرر و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر .

¹ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، 1448.

² - عبد السلام الترماني، المقال السابق، ص 63.

³ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1448.

⁴ - أنظر المادة 217 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁵ - أنظر المادة 301 فقرة أولى من قانون العقوبات.

⁶ - أنظر المادة 124 من القانون المدني ، المعدلة بالقانون 10/05 .

وفي المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية يجب أن تتوافر هذه الشروط، وعلى من يدعي حصول ضرر له أن يثبت أن هناك خطأ قد وقع من جراح التجميل وألحق به ضرراً، وأن الخطأ هو سبب الضرر ونشأ عنه مباشرة.¹ وعليه سنتناول شروط المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

المطلب الثاني: الضرر في الجراحة التجميلية.

المطلب الثالث: علاقة السببية.

المطلب الأول:

الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

إستقر الفقه والقضاء على تقريب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معنى الخطأ في المسؤولية العقدية. فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي، وقد يكون الإلتزام هنا ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، أما الإلتزام في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية، و هو أن يكون الشخص يقضا ومتبصراً حتى لا يضر بالغير، فإذا إنحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان له القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد إنحرف فإن هذا الإنحرف يشكل خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية.²

وبعد التعريف الذي أسلفناه للخطأ بصفة عامة، فإن للخطأ الطبي في الجراحة التجميلية بعض السمات الخاصة به من حيث مفهومه، معيار الخطأ الطبي، الصور الخاصة للخطأ الطبي في الجراحة التجميلية، إثبات الخطأ الطبي، وهو الأمر الذي يوجب بحث هذه المسائل في أربعة فروع.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي.

الفرع الثاني: معيار الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

الفرع الثالث: صور الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

الفرع الرابع: إثبات الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

الفرع الأول:

مفهوم الخطأ الطبي.

إن الخطأ الطبي يأخذ تعريفه من الخطأ المهني بشكل عام، حيث يعرف الخطأ المهني بأنه خروج الطبيب على أصول مهنته، وعدم بذل العناية المعتادة، التي يبذلها أوسط الأطباء في مجال خبرته.³ حيث ذهبت المحاكم أول الأمر إلى أن الطبيب لا يسأل إلا إذا خالف تلك القواعد الأولية التي يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق والتي تجب مراعاتها في كل مهنة. و مؤدى ذلك أنها جعلت الطبيب لا يسأل إلا عن خطأه الجسيم

¹ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 180.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 643-644.

³ - عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 71.

بالمعنى الذي كان معروفا في القانون الروماني أي الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية وهو الذي يأخذ حكم الغش.¹

ولم يلبث هذا القضاء أن بدت مخالفته حكم المادتين 1382-1383 من القانون المدني الفرنسي من حيث أن هاتين المادتين قد وردتا بصيغة عامة مطلقة لم يستثن منها الأطباء ولم يرد فيها ما يسوغ قصر مسؤوليتهم على ما يقع منهم من أخطاء جسيمة دون غيرها، فاضطرت محكمة النقض إلى تصحيح الوضع في قرارها الشهير الذي أصدرته دائرة العرائض في 21/جويلية/1862 حيث جاء فيه: " أن هاتين المادتين قد قررتا قاعدة عامة هي قاعدة ضرورة إسناد الخطأ إلى المسؤول لإمكان إلزامه بتعويض الضرر الذي ينشأ عن فعله بل حتى عن مجرد إهماله أو عدم تبصره، وإن هذه القاعدة تسري على جميع الناس مهما كانت صناعتهم دون إستثناء، إلا في الحالات التي نص عليها القانون بصفة خاصة، وأنه لا يوجد أي إستثناء من هذا القبيل بالنسبة إلى الأطباء، وأنه مما لا شك فيه أن المحكمة تتطلب من القاضي ألا يتوغل في فحص النظريات والأساليب الطبية، وأنه توجد قواعد عامة يملئها حسن التبصر وسلامة الذوق تجب مراعاتها في كل مهنة، وأن الأطباء فيما يتعلق بذلك خاضعون للقانون العام كغيرهم من الناس ".²

وقد أثار هذا القرار اللبس في فهمه، حيث خيل لبعض الشراح أنه فرق بين الأعمال العادية فجعل مسؤولية الأطباء عنها كمسؤولية سائر الناس تسري عليها المادتين 1382-1383 من القانون المدني الفرنسي وبين الأعمال الفنية فنهى القضاة عن الخوض فيها وبالتالي قرر عدم مسؤولية الأطباء عنها، فتصدت محكمة استئناف متز في قرارها الصادر في 21/ماي/1867 إلى تبديد هذا الظن حيث قالت: " إن المسؤولية تتناول أيضا الأعمال الطبية، البحتة، ولا يجوز في شأنها أن تمتع المحاكم إطلاقا من النظر فيها بمقولة أن فصلها في ذلك يؤدي بها إلى التدخل في فحص مسائل تقع في علم الطب وحده، بل أن الطبيب في مثل هذه الأحوال يجب أن يسأل عن خطئه الجسيم، المستخلص من وقائع ناطقة واضحة، والذي يتنافى في ذاته مع القواعد المقررة التي لا نزاع فيها ".³

وقد حدا ذلك بعض الفقهاء في فرنسا إلى وجوب التمييز في مزاولة المهنة بين الخطأ العادي والخطأ الفني، فالخطأ العادي هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولته مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة، كما لو أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران، أما الخطأ الفني فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة، كما إذا أخطأ الطبيب في تشخيص المرض أو اختيار وسيلة العلاج، وفي نظر هؤلاء الفقهاء فإن الطبيب يسأل عن خطئه العادي

(Faute ordinaire) في جميع درجاته وصوره يسيرا كان أم جسيما. أما بالنسبة للخطأ الفني

(Faute professionnelle) فإن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم، حتى لا يقعد به الخوف من المسؤولية عن ان يزاول مهنته بما ينبغي له من الحرية في العمل ومن الطمأنينة والثقة في فنه وكفائته الشخصية.⁴

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 28/جوان/1835، أورده: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 385.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 21/جويلية/1862، أورده: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 23-24.

³ - قرار محكمة استئناف متز الفرنسية، في: 21/ماي/1867، أورده: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 188-189.

⁴ - حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، 1957، ص 64-65. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع

السابق، الجزء الأول، ص 683. عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 72-73.

وتبنى القضاء المصري في البداية نفس التفرقة بين خطأ الطبيب العادي وبين خطئه الفني، وقضت المحاكم بأنه لا يسأل الطبيب إلا عن خطأ جسيم يرجع إلى جهل فاضح أو تقصير بين.¹ وتقر المحاكم للطبيب بالإستقلال في ممارسته مهنته طبقاً لما يملكه عليه ضميره، فهو لا يسأل عن أخطائه الفنية إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، أو كما لو ثبت أنه أظهر جهلاً مطلقاً بأصول العلم والفن الطبي.² كذلك قضت محكمة مصر الابتدائية بأن: إختيار الطبيب طريقة للعلاج دون الأخرى لا يمكن أن يؤدي إلى مسؤوليته عن طريقة العلاج التي اتبعها ما دامت هذه الطريقة صحيحاً علمياً. ومسؤولية الطبيب عن خطأ العلاج لا تقوم بصفة مطلقة على نوع العلاج الذي يختاره لأن في ذلك تدخلاً في تقدير النظريات والطرق العلمية وهو ما لا يجوز البحث فيه، ومن حق الطبيب أن يترك له قدر من الإستقلال في التقدير في العمل وممارسته مهنته طبقاً لما يملكه عليه ضميره وفنه، إلا إذا أثبت أنه في إختياره العلاج أظهر جهلاً بأصول العلم والفن الطبي. فإذا أعطى الطبيب مريضه الجرعة القانونية من الدواء، فلا مسؤولية عليه إذا نشأ من ذلك إصابة المريض بمضاعفات سببها إستعداده الشخصي غير ممكن معرفته. والقول بأن من موجبات الحيطة أن ينقص الطبيب مقدار الجرعة القانونية لا يعني أن الطبيب قد أخطأ خطأ يحاسب عليه، متى كان قد أعطى المريض الجرعة التي تحددها أصول الصنعة، والقول بغير ذلك يتنافى مع أبسط مبادئ المسؤولية ويقحم عليها عناصر لا يمكن ضبطها ويفتح باباً جديداً في محاسبة الأطباء يؤثر على طمأنينتهم في عملهم ويعرضهم لنتائج تأبأها العدالة.³

غير أنه يلاحظ أن هذه التفرقة بين الخطأ الفني والخطأ العادي لا يمكن الأخذ بها، لأنها لا سند لها في القانون، بل هي ترجع إلى الرغبة في تحاشي تدخل القضاة في المسائل العلمية الخلافية حتى يكون قضاؤهم مبني على الثابت من المبادئ المقررة، ثم إلى وجوب بث الطمأنينة في نفوس الأطباء وترك الحرية الكافية لهم في إتباع النظريات العلمية الحديثة و الانتفاع بها بعد التحقق من صحتها.⁴ إذن، إذا كان الطبيب في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإن المريض في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية. والواجب اعتبار الطبيب مسؤولاً عن خطئه الفني مسؤوليته عن خطئه العادي، فيسأل في هذا وذاك حتى عن الخطأ اليسير.⁵

وقد جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على ذلك،⁶ وسأيرها فيه كثير من المحاكم الابتدائية والاستئنافية، حيث قضت محكمة استئناف ريوم Riom بمايلي: "وإن كان تقرير الخبير وإن نفى الخطأ الجسيم Faute lourde للطبيب فهو لم ينف عنه الخطأ التافه légère".⁷

¹ - استئناف مختلط، في: 3/فيفري/1910، أشار إليه: حسن عكوش، المرجع السابق، ص 65.

² - استئناف مختلط، في: 19/نوفمبر/1936، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 21.

³ - حكم محكمة مصر الابتدائية، في: 3/أكتوبر/1944، أورده سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 392-393، الهامش 618.

⁴ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 388.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 683. عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 73.

⁶ - قرارات محكمة النقض الفرنسية، في: 21/جويلية/1919، وفي: 29/نوفمبر/1920، وفي: 20/ماي/1936، وفي: 24/جوان/1938، أشار إليهم، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 683، الهامش الثالث. عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 73، الهامش الرابع.

⁷ - قرار محكمة استئناف ريوم، في: 5/فيفري/1929، أورده سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 390، الهامش 610.

وبدأ الاتجاه واضحاً في القضاء المصري، فقضت محكمة استئناف مصر بان مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه، سواء كان خطأ فنياً أو غير فني، جسيماً أو يسيراً، و لو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة.¹

وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن الطبيب الذي يخطئ مسؤول عن نتيجة خطئه، بدون تفریق بين الخطأ الهين والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم، ويسأل الطبيب عن إهماله سواء كان خطأ جسيماً أو يسيراً، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص.² وقضت محكمة النقض المصرية بأن الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي أياً كانت درجة جسامته.³

وعلى النهج نفسه سار القضاء الجزائري، حيث قضت المحكمة العليا بمسؤولية الطبيب عن الخطأ الذي إرتكبه أثناء علاجه لأحد المرضى، دون تفرقة بين نوع الخطأ فنياً أو عادياً، أو درجة جسامته جسيماً أو يسيراً. حيث قضت بمايلي: "حيث إجابة عن الوجه الثاني والثالث معا ينبغي القول أن القرار المطعون فيه بين العلاقة السببية بين فعل المتهم ووفاة الضحية إعتماًدا على تصريحات المتهم، الذي إعترف أنه أمر بتجريع دواء البينيسلين عن طريق حقن، وإعتماًدا أيضاً على تقرير الخبير.

حيث أن المدعي لم يأخذ بعين الإعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات".⁴

خلاصة القول أن القضاء والفقهاء استقر على مسؤولية الطبيب عن خطئه الطبي مهما كان نوعه، سواء كان خطأ فنياً أو غير فني، جسيماً أو يسيراً. وهذا ما يمكن استخلاصه أيضاً من النصوص القانونية المنظمة للمهنة الطبية في الجزائر. حيث نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90 على مايلي: "يُتبع طبقاً لأحكام المادتين 288-289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، عل كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته... إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفى بتطبيق العقوبات التأديبية [X]."⁵

كذلك نصت المادة 211 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي:

"يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه... [X]."¹

¹ - قرار محكمة استئناف مصر، في: 2/جانفي/1936، أشار إليه: عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 683، الهامش الثالث. عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 74، الهامش الرابع. حسن عكوش، المرجع السابق، ص 71.

² - حكم محكمة الاسكندرية الوطنية، في: 30/ديسمبر/1943، أشار إليه: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 394، الهامش 622.

³ - قراري محكمة النقض المصرية، في: 21/ديسمبر/1971 و 26/جوان/1969 أشار إليهما: عدلي خليل، المرجع السابق، ص 150. عبد المعين لطفي جمعة، المرجع السابق، ص 19-20.

⁴ - قرار المحكمة العليا (غرفة الجرح والمخالفات) في: 30/ماي/1995، ملف رقم 118720، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1996، الديوان الوطني للأشغال للأشغال التربوية، الجزائر، 1998، ص 179.

⁵ - أنظر المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بالقانون 17/90.

يستفاد من سياق هذه النصوص أن المواد جاءت عامة مطلقة، فلم تحدد نوع الخطأ أو درجة جسامته، ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية عن خطئه الطبي مهما كان نوعه فنياً أو غير فني، حسيماً أو يسيراً، مسaire ما ذهب إليه القضاء والفقهاء خاصة في فرنسا ومصر.

لكن القضاء والفقهاء اشتروا أن يكون الخطأ واضحاً كل الوضوح وثابتاً ثبوتاً محققاً لا يحتمل الخلاف فيه أو الجدل في شأنه، أي أن يكون إخلالاً بواجب مسلم به في علم الطب. ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة مصر الابتدائية الوطنية في 7/فيفري/1939، من أنه لا ينبغي للقاضي في تحديد مسؤولية الطبيب أن يخوض في الخلافات الطبية وأن يؤيد رأياً على أي، ولكن متى خرجت الواقعة عن نطاق البحث العلمي ومتى صار من الواضح أن الأمر لا ينطوي على خلاف فني بل على إهمال وجهل بالأشياء التي يتعين على كل طبيب أن يعرفها، كان للمحاكم أن تقرر المسؤولية وتقدرها،² وما قررت محكمة استئناف مصر من أنه من مصلحة الإنسانية أن يترك باب الإجتهد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيباً لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر.³

وفي نفس الإتجاه أدانت محكمة نقاوس ولاية باتنة بتاريخ 13/مارس/2001 الطبيب الجراح الذي نسي قطعة قماش (منديل الأكل) في بطن امرأة حين أجرى لها عملية جراحية لإستئصال ورم بمستشفى نقاوس. أدى وجود هذا المنديل إلى إصابة هذه الأخيرة بحالة تعفن أدت إلى وفاتها. قضت هذه المحكمة بمسؤولية الطبيب الجراح جزائياً ومدنياً وهذا بعد أن تأكدت من وجود خطأ ثابت ثبوتاً كافياً وقع من الطبيب الجراح من خلال الوثائق والتقارير الطبية التي تؤكد كلها الوقائع المتابع بها هذا الأخير.⁴

الفرع الثاني:

معيار الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

رأينا فيما سبق أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب في الجراحة التجميلية من حيث الأصل هو التزام ببذل عناية خاصة، وأن هناك حالات يقع فيها التزام على الطبيب في الجراحة التجميلية بتحقيق نتيجة. ويتلخص الالتزام بعناية في بذل الجهود الصادقة اليقظة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، بهدف تحسين حالة المريض، وأي إخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً قد يترتب عليه مسؤولية الطبيب.⁵

¹ - أنظر المادة 211 من مدونة أخلاقيات الطب.

² - حكم محكمة مصر الابتدائية الوطنية، في: 7/فيفري/1939، أورده: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 394-395.

³ - قرار محكمة استئناف مصر، في: 23/جانفي/1941، أشار إليه: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 395. حسن عكوش، المرجع السابق، ص 67-68. عبد المعين لطفي جمعة، المرجع السابق، ص 17-18.

⁴ - نشرت هذه القضية في جريدة الخبر اليومية يوم الأربعاء 14 مارس 2001 الموافق لـ 19 ذو الحجة 1421، السنة العاشرة، العدد 3116، ص 07. أشار إليها: عيسوس فريد، المذكرة السالفة الذكر، ص 12.

⁵ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 123.

وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية: "بأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الأخرى اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويهه لا يعرض حياته لأي خطر".¹

وتعتبر المحكمة الإدارية العليا عن ذات المبدأ بقولها: "إن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، فيسأل عن كل خطأ يقع منه جسيما كان أو يسيرا طبقا للأصل العام الذي رددته المادة 164 من القانون المدني المصري، وهو أن يسأل الشخص عن خطئه أيا كانت درجته دون تفرقة بين درجة هذا الخطأ، وإنما المعيار في تقدير خطأ الطبيب وتعيين مدى واجباته يكون إما بمقارنة مسلك طبيب عادي إذا وجد في مثل ظروفه الظاهرة، أو بمقارنة مسلك طبيب أخصائي مثله إذا وجد في مثل هذه الظروف، لأن الأخصائي محل ثقة خاصة لها وزنها عند تقدير معيار الخطأ نظرا لتخصصه، كما أنه إذا كانت المحكمة تتطلب من القاضي ألا يوغل بنفسه في فحص النظريات العلمية المختلف عليها ومناقشتها وأن يوازن هو بينها ويرجح إحداها على الأخرى ترجيحا يبني عليه حكمه في خطأ الطبيب ومساءلته عن هذا الخطأ، إلا أنه ليس معنى هذا أن القاضي ممنوع من تقدير الخطأ بمعياره القانوني الواجب، أو أن الطبيب لا يسأل عن خطئه الثابت ولو كان يسيرا، بل المقصود من ذلك أن القاضي يجب أن يستخلص الخطأ بمعياره المحدد آنفا من وقائع واضحة ثبت منها أن مسلك الطبيب عاديا كان أو أخصائيا بحسب الأحوال كان مسلكا يتنافى مع الأصول الثابتة المقررة في المهنة والتي لا يحتاج القاضي في الثبوت منها إلى الخوض في مناقشة نظريات علمية أو أساليب مختلف عليها، فإذا ما ثبت خطأ الطبيب على هذا النحو، وجب مساءلته عنه، أيا كانت درجته جسيما كان أو يسيرا".²

فمعيار الخطأ هنا بالنسبة للطبيب في الجراحة التجميلية هو معيار موضوعي *critère objectif*، أي أن القاضي في سبيل تقدير خطأ الطبيب في إجراء العملية يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى، أي يقيس سلوك جراح التجميل المنخطئ على سلوك جراح تجميل آخر، إذ من غير المقبول أن يقاس خطأ جراح التجميل إلى مسلك طبيب عادي غير متخصص.³

¹ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 26/جوان/1969، أشار إليه: عدلي خليل، المرجع السابق، ص 146-147. عبد المعين لطفي جمعة، المرجع السابق، ص 19-20. معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 481.

² - قرار المحكمة الإدارية العليا، في: 2/مارس/1957، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 17-18. عدلي خليل، المرجع السابق، ص 123. عبد المعين لطفي جمعة، المرجع السابق، ص 23.

³ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 123.

وعند تقدير الخطأ يجب مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول وقت إجراء العملية، أي أن القاضي يقدر الخطأ الطبي على أساس السلوك الذي كان ينبغي أن يصدر من جراح التجميل موضع المسؤولية على ضوء الظروف المحيطة به، مثل إجراء العملية في مكان بعيد لا توجد به معونة طبية أو زمان معين يصعب فيه العمل.¹

خلاصة القول أن معيار الخطأ الذي يستقر عليه القضاء في تحديد مسؤولية جراح التجميل يتركز على ثلاثة أسس:² الأول: تقدير سلوك جراح التجميل على ضوء سلوك جراح تجميل آخر من نفس المستوى.

الثاني: الظروف الخارجية التي تحيط بالعمل الجراحي، توافر الإمكانيات من عدمه (الوحدة الريفية تختلف عن العيادة والمستشفى المجهز).

الثالث: مدى إتفاق العمل الجراحي مع تقاليد المهنة والأصول العلمية المستقرة.

الفرع الثالث:

صور الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية:

تتعدد الصور التي يظهر فيها الخطأ الطبي، وحصرت هذه الصور يبدو أمراً مستحيلاً ويتناقض مع ظروف الواقع المتغيرة والمتطورة، وقد رأينا أن نعرض لأهم صور الخطأ الطبي الشائعة في الجراحة التجميلية والتي يثور حولها كثير من المشاكل. وهي الإهمال وعدم الحيطة، عدم التحكم في التقنية، وعدم التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها.

1- الإهمال وعدم الحيطة: la négligence et l'imprudence

إن دراسة أحكام الإجتهد القضائي تؤكد أن الجراح التجميلي يقع عليه التزام بالحيطة والحذر أشد من الالتزام الذي يتحمله الجراح في الجراحة العامة. وبهذا الصدد أدانت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22/جانفي/1963 جراحاً قام بعملية شفط الشحم على مستوى الظهر، إنتهت هذه العملية بالفشل وإحداث مضاعفات. فقررت المحكمة مسؤولية هذا الأخير، مستندة في ذلك أن هذا الجراح لم يرق بالمراقبة الطبية الكافية، رغم بقاء المريض في العيادة، ذلك أن بقاء المريض في العيادة لمدة طويلة ليس عاملاً حاسماً في الوقاية من المضاعفات التي أصيب بها المريض، وعليه ففي هذه الحالة يعتبر إهمال الطبيب خطأً مفترضاً في جانبه، ولكي يدفع عن نفسه المسؤولية يجب أن يثبت قيام السبب الأجنبي. و على ضوء هذا القرار وفي مجال الجراحة التجميلية يمكن استبدال عبارات العقد الطبي ((تقديم العلاج الضروري الملائم)) بعبارات ((تقديم علاج بحیطة وحذر)).³

كذلك أدانت محكمة مارسييا بتاريخ 25/نوفمبر/1968 اختصاصي جلود قام بإجراء عملية ترطيب البشرة بطريقة كيميائية، ونتيجة لعدم تحذيره للمريضة بعدم التعرض لأشعة الشمس، أصيبت الأخيرة بحروق. ومرد هذه الإدانة هو قيام الخطأ في جانب الجراح لامتناعه عن تقديم النصيح، وهو ما اعتبرته يشكل إهمالاً.⁴

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 19.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 19. محمد فهد شفقة، المقال السابق، العدد الخامس، ص 140.

³ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 22/جانفي/1963، أشار إليه:

Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 117.

⁴ - حكم محكمة مارسييا، في: 25/نوفمبر/1968، أشار إليه:

Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 117-118.

وفي نفس الإتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 9/نوفمبر/1977 بمسؤولية جراح قام بعملية تخدير موضعي قصد تجميل الأنف و علاج الأذن المرتفعة لشابة عمرها 21 سنة، هذه العملية عرفت تعقيدات بعد ساعة من إنجازها، مما أدى إلى وفاة الشابة بسبب توقف الدورة الدموية، وكان سبب إدانة الجراح هو الإهمال وعدم الحذر بعدم إبقائه للمريضة تحت رعايته المباشرة.¹

وقد يأخذ الإهمال صورة عدم أخذ الاحتياطات حتى في الظروف الاستثنائية، وهذه الصورة خاصة فقط المسؤولية عن الجراحة التجميلية. و تأكيداً لهذا المعنى قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22/جويلية/1987، أن التحفظ الخاص بالظروف الاستثنائية في العقد الطبي الكلاسيكي لا يطبق على الجراحة التجميلية.

وأضافت ذات المحكمة أن كون حالة الأعصاب الظاهرية المرتبطة بالوجه غير طبيعية، هي حالة كثيراً ما تقع وهذا باعتراف كل الجراحين، وعليه يكون أي جراح قد ارتكب خطأ إذا امتنع عن أخذ التدابير الجراحية الكلاسيكية المفترضة لمواجهة هذه الحالة. و بما أن التدخل الجراحي الذي تم في هذه الحالة هو عملية شد عضلات وأنسجة الوجه، كان على الجراح أن يشمل تنبؤه حتى الحالات غير الطبيعية.

وكان تأسيس القضاة لهذا القرار على جملة من الأخطاء الثابتة منها:

- الحالة غير الطبيعية للوجه هي حالة يعرفها كل الاختصاصيين.

- عدم أخذ الإحتياطات الجراحية هو خطأ في حد ذاته.

- عدم البحث عن أسباب الشلل لضمان السير الحسن للعلاج بعد العملية يعد خطأ آخر.

ولكن رغم تشدد القضاة في موقفهم هذا، إلا أن الثابت حسب الاجتهاد القضائي يؤكد على أن التزام جراح التجميل هو التزام ببذل عناية، ولكن مجرد الإهمال يشكل خطأ.²

2-عدم التحكم في التقنية:

يعتبر التحكم في تقنية الجراحة التجميلية عنصراً إضافياً مطلوباً من الجراح التجميلي. وفي هذا السياق أكدت محكمة استئناف ليون في قرارها الشهير، الصادر بتاريخ: 8/جانفي/1981 على مايلي: "على الجراح التجميلي التحكم الكامل من التقنية الجراحية خاصة وأن تدخله لا تفرضه الضرورة ولا الحالة الإستعجالية".³

وعليه يمكننا استبدال ما جاء في العقد الطبي من ((تقديم علاج يطابق المعطيات العلمية))

((des soins conformes aux données acquises de la science)) إلى ((تقنية جراحية بتحكم و سيطرة

كاملة)) ((technique chirurgicale parfaitement maîtrisée))، وهو عنصر إضافي في الجراحة التجميلية.⁴

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 9/نوفمبر/1977، أشارت إليه: جربوعة منيرة، الخطأ الطبي بين الجراحة العامة وجراحة التجميل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص106.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 22/جويلية/1987، أشار إليه:

Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 118.

³ -Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, 440-3, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993.P7et8.

⁴ -Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 119.

لكن يجب الإشارة أن تقدير التحكم في هذه التقنية الجراحية هو أمر صعب نوعاً ما، باستثناء الحالات الواضحة. وبهذا الصدد قررت محكمة استئناف باريس بتاريخ 21/ديسمبر/1968 مسؤولية الجراح وهذا لمحاولته إجراء عملية شد التجاعيد التي تعلو الجبهة بالاعتماد على تقنية بتر عضلة الوجه. وقد أكد الخبراء أن هذه التقنية خارجة عن المألوف الطبي، خاصة وأن النتائج التي حدثت كانت كارثية.¹

أما في الحالات الأقل وضوحاً، فإن التقرير الجراحي هو العنصر الضروري الذي يعكس التحكم التقني للجراح، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في 16/جوان/1976 مسؤولية الجراح بسبب موت الأنسجة، وذلك بعد قيامه بحقن مريضه بحقنة في الأعضاء السفلى. إذ يعيب القضاة على الجراح انعدام التمكن التقني و إمتناعه عن تقديم كل العلاج الممكن الذي تفرضه الظروف، وبعدم بذله كل ما في وسعه من حذاقة وانتباه، وبذلك فإن الطبيب يعد مرتكباً لخطأ.² لكن تقييم الخبراء لمدى التحكم في التقنية الجراحية يتم وفق معيار موضوعي. وهذا ما أكدته محكمة استئناف ليون في قرارها السابق الإشارة إليه أن تقنية تصحيح ترهل الثدي سنة 1977 باستعمال تقنية ((بيسنبرجر)) ((Biesenberger)) أكد الخبراء أنها ليست خاطئة، لأنها لم تعتبر في ذلك الوقت ناقصة تقنياً وسبباً للنوعية السيئة لآثار الجروح، ولا حتى لعودة الترهل بعد سنتين من إجراء العملية.³

وخلاصة القول أن تقدير التحكم في الجراحة العامة لا يتم بنفس التشدد الموجود في الجراحة التجميلية. وهذا ما تؤكدته السوابق القضائية، حيث أكدت محكمة استئناف بوردو في قرارها الصادر بتاريخ 5/جوان/1973 على أن عدم التحكم التام في تقنية عملية جراحية علاجية لا يمكن إعتباره خطأً لأن العملية التي أجراها الطبيب لم تأت مخالفة للقواعد العلمية الثابتة، ولكن يمكننا أن نتصور أنه لو تعلق الأمر بإجراء عملية تجميلية لكان عدم التحكم في التقنية يشكل خطأً في حد ذاته.⁴

بقي أن نشير في الأخير أنه في حالة انعدام أي خطأ من جانب الجراح، فإن كون النتيجة المرجوة قليلة أو غير مرضية لا يمكن أن تؤدي إلى إدانة الجراح، وذلك لأن رد فعل الأنسجة هو في الغالب أمر خارج عن التنبؤ. هذا المبدأ جسده قرار محكمة استئناف إيكس أون بروفانس في 16/نوفمبر/1967، ويتعلق بإجراء تدخلين جراحيين على مستوى الأنف قام بهما جراحان مختلفان، بعد التدخل الأول نتج مظهر معيب وهو حدة في الأنف نتيجة لمضاعفات بعد العملية، وبالنسبة للتدخل الثاني قام فيه الجراح بحفر عظم الأنف لتعويض أي مضاعفة جديدة ممكنة لنمو الأنسجة، ولكنها لم تحدث وهو ما سبب تشوهاً.

ونتيجة لما أصاب المريضة من أضرار، طالبت هذه الأخيرة بالتعويض، لكن المحكمة رفضت طلباتها، وذلك لانعدام ثبوت أي خطأ في جانب كلا الجراحين.⁵

¹ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 21/ديسمبر/1968، أشارت إليه: جربوعة منيرة، المذكرة السالفة الذكر، ص 109.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 16/جوان/1976، أشار إليه:

Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 120.

³ - Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 120.

⁴ - قرار محكمة استئناف بوردو، في: 5/جوان/1973، أشارت إليه: جربوعة منيرة، المذكرة السالفة الذكر، ص 110.

⁵ - قرار محكمة استئناف إيكس أون بروفانس، في: 16/نوفمبر/1967، أشار إليه:

Daniel Rouge, louis Arbus, Michel costagliola, op,cit, P 120-121.

3-عدم التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها:

يكتسب شرط ((مراعاة التناسب)) في مجال جراحة التجميل أهمية خاصة. فهذه العمليات - كما سبق وأن رأينا- لا يتوفر لها حالة الضرورة أو الاستعجال ، كما أنها لا ترمي إلى الشفاء من علة مرضية معينة ، بل إلى مجرد تحسين بعض العيوب البدنية.¹

لذا ينبغي على جراح التجميل أن يظهر حرصا زائدا ودق بالغة وهو بصدد تقرير المخاطر المتوقعة و الفوائد المرجوة، ومن ثم ينبغي عليه أن يكون واثقا من تدخله ودقة عملياته ومدى النتائج المتوقعة منها، بحيث يجب أن يكون هناك قدر من التناسب بين الغاية المرجوة والمخاطر المحتملة من وراء الجراحة.²

وترتبطا على ما تقدم، ينبغي على جراح التجميل أن يعدل عن مباشرة أي عملية لا تتناسب المخاطر المتوقعة منها والمزايا المرجوة، بل وعليه أن يرفض صراحة إجراء هذه العملية حتى ولو كانت بناء على رغبة المريض الملحة.³

وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس في قضية تتخلص وقائعها: أن سيدة كانت تعاني من بعض التشوه في فتحة الفم على إثر حادث وقع لها في الماضي. فسارعت باستشارة طبيبين متخصصين في جراحة التجميل عن مدى إمكانية التخلص منه. وكانت إجابتهما بالنفي على أساس أن الفوائد المترتبة عن هذه العملية لا تتناسب ومخاطرها. غير أن السيدة المذكورة توجهت إلى طبيب ثالث، و الذي أجرى لها بالفعل عملية تجميل انتهت بتشويه مستدم بوجهها فضلا عما لازمها من آلام مبرحة تخلفت عن هذه العملية.

وقد قضت محكمة استئناف باريس بالمسؤولية مستندة في ذلك إلى أن العقد الطبي المبرم بين السيدة المذكورة وطبيبها إنما يضع على عاتق هذا الأخير التزاما عاما بالحيلة والحذر أثناء فحصه، لملائمة العمل الجراحي في ذاته وفي تقدير نتائجه المحتملة المستقبلية. وحيث أن الطبيب المذكور وقد أخطأ في تنفيذ هذا الالتزام بممارسته لعملية جراحية تنطوي على قدر من المخاطر لا تتناسب والفوائد المرجوة، لذا وجب مسألته عن الأضرار التي لحقت بالمريضة.⁴

وقد استحدثت القضاء الفرنسي عنصرا جديدا ينبغي مراعاته عند تقدير الموازنة بين المخاطر المحتملة لعملية التجميل وفوائدها المرجوة، ألا وهو تقدير للحالة النفسية للمريض. لذا فإن إجراء عملية تجميل -حتى ولو كلل لها النجاح من الناحية الفنية- يمكن أن تؤدي بذاتها إلى مساءلة الطبيب إذا لم تؤثر إيجابيا على الجانب النفسي لدى المريض.⁵

وقد تبلور هذا الاتجاه في القرار الصادر عن محكمة استئناف إكس آن بروفنس بتاريخ 16/أفريل/1981، حيث قررت: إذا كانت بعض حالات الضرورة تستوجب إحداث تعديلات بدنية بقصد الشفاء من إصابات بدنية جسيمة أو نفسية خطيرة، فإن المخاطر والصعاب و الآلام المختلفة والمرتبطة بإجراء عملية في ذاتها يجب أن تتناسب والفائدة الجمالية

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 174.

² -M. Akida, la responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1994, p 45.

³ -Michele Harichaux Ramu, Article précité, fascicule 440-3 , P8. .

⁴ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 13/جانفي/1959، أشار إليه: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 175-176. رابح محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 154، الهامش الأول وقد أورد القرار أيضا:

Gerard Memeteau, le droit médical, édition litec, paris, France, 1985, P 339-340. cyril clément, op,cit, P 58.

⁵ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 176.

المرجوة، بحيث يتعين وجوب مساءلة جراح التجميل والذي أقدم على مباشرة عملية يغلب عليها المخاطر ولم تؤد إلى أي فائدة من الناحية العلمية، ولا يوجد ما يبررها من الناحية الطبية بحيث تخلف عنها آثار بدنية تسببت في إحداث آلام نفسية لدى مريضة ما زالت في ريعان الصبا ذات شخصية هشّة لا تقوى على تحمل الألم.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن فتاة تبلغ من العمر ثماني عشرة سنة، كانت تعاني من انتفاخ بوجنتيها مما سبب لها بعض الاضطرابات النفسية، فأسرعت باستشارة أحد أخصائيي التجميل فيما إذا كان من الممكن إجراء عملية تجميل لها من عدمه.

وقام هذا الأخير بعد فحصها عدة مرات بمباشرة هذه العملية، وذلك باستئصال الأكياس الدهنية بغرض تصغير حجم الوجنتين بواسطة انتزاع الشحومات الزائدة بمنطقة الوجه وأسفل الفك السفلي، ثم قام بعد ذلك بإجراء عملية تجميل وتثبيت عضو صناعي من مادة السيلكون بمنطقة الذقن. وقد تخلف عن هذه العملية إصابة الفتاة المذكورة بعدة ندبات ظاهرة بالوجه، مما جعل الفتاة لا تقتنع بنتيجة هذا العمل الجراحي وبالتالي مقاضاة الطبيب.

وجاء في تقرير الخبير الذي انتدبته محكمة نيس الابتدائية أنه كان من الممكن أن تحقق هذه العملية مصلحة جمالية وبالتالي تؤدي إلى تحسين شكل الوجه في مجموعه لو نجح الطبيب في تثبيت العضو الصناعي بشكل جيد وفقاً لما تقضي به قواعد المهنة ثم استطرد قائلاً وأما بخصوص التشوه الموجود حالياً بالشفة السفلى فمآله التحسن في القريب العاجل، أو بالنسبة للندبات الموجودة بالوجه فإنها لا تبعث على القلق حيث أنها ستختفي تدريجياً، وبالنسبة لحركة الشفة السفلى فسوف تنتظم من تلقاء نفسها.

واختتم الخبير تقريره: بأن الطبيب لم يرتكب أي خطأ مهني، وبالتالي فلا وجه للإدعاء بأن هناك آلاماً نفسية تكون قد لحقت بالفتاة المذكورة.

وقد طعنت الفتاة في تقرير الخبير السالف الذكر، الأمر الذي استوجب محكمة نيس الابتدائية بانتداب خبير آخر، وقد جاء في تقرير هذا الأخير أنه بعد فحص الفتاة المذكورة تبين أنها تعاني من اضطرابات نفسية وقد أثبت هذا التقرير وجود ندبات عديدة بوجه الفتاة وشعورها بالألم أثناء تحريك الفم نتيجة لوجود ثقب بالجانب الأيمن لمنطقة الذقن، واستطرد الخبير قائلاً ((أن مثل هذه العمليات - والتي على جانب كبير من الدقة والصعوبة وتحتاج إلى مهارة خاصة - تجرى عادة على أشخاص بلغوا من العمر مرحلة كبيرة، وبذلك يكون الطبيب قد أخطأ بممارسة هذه العملية على فتاة صغيرة السن، حيث أنها تنطوي في ذاتها على قدر من المخاطر، مما نتج عنها إصابتها بتشوهات وندبات، وبالرغم من تحقق الغاية من هذا العمل الجراحي - وهو تحسين شكل الوجه - إلا أن هذا العمل ذاته لم يؤد وفقاً لأصول المهنة، مما تسبب في إلحاق أضرار نفسية بالفتاة المذكورة. وقد اختتم الخبير تقريره أن الطبيب المذكور قد خاطر بإجراء هذا العمل الجراحي، والذي لا تؤمن عواقبه وفقاً للأساليب الفنية المتاحة، وبالتالي يسند إليه تقصيره في تقدير الموازنة بين الأخطار المترتبة عليها والفوائد المرجوة منها.

وأدانت محكمة نيس الابتدائية بحكمها الصادر في 27/جوان/1979 مسلك الطبيب المذكور، حيث نسبت إليه تقصيره في إخبار الفتاة بطبيعة المخاطر المرتبطة بالعملية، وأنه كان يتعين عليه الحصول على معلومات إضافية بشأن الاضطراب النفسي الذي كانت تعاني منه الفتاة، وبناءً على ما ورد بتقرير الخبير الثاني قضت بإلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت الفتاة سواء البدنية منها أو النفسية.

وقد طعن الطبيب أمام محكمة الاستئناف حيث نفى ما نسب إليه من تقصير، مقررًا أنه سبق بإخبار الفتاة بأسلوب مناسب عن طبيعة المخاطر المحتملة، وأخضعها لفحص سيكولوجي متأن قامت به سكرتيرته المؤهلة لذلك والحاصلة على شهادة الماجستير في علم النفس، والتي أوصت بدورها بضرورة إجراء عملية جراحية لهذه الفتاة لعلاج الاضطراب النفسي الذي تعاني منه بسبب تضخم الوجنتين لديها.

وقد رفضت محكمة الاستئناف هذا الطعن، وألزمت الطبيب بالتعويض.¹

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة استئناف فرساي بتاريخ 17/جانفي/1991 إلى القول: في مجال الجراحة التجميلية، فإن أي مساس بالسلامة الجسدية للمريض لا يمكن أن يبرر، إلا إذا أخذ بعين الاعتبار وجوب التوازن بين الضرر الذي يسببه التدخل والفائدة المرجوة، ويترتب على ذلك أن يمتنع الطبيب عن إجراء العملية إذا كانت مخاطرها تتجاوز العيب أو التشوه المراد إصلاحه.²

وقد تم النص صراحة على هذه القاعدة في قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي إذ تنص المادة 18 من هذا القانون على مايلي: «يجب على الطبيب أن يمتنع في التدخلات التي يمارسها، كما في العلاجات التي يصفها من أن يعرض مريضه لأي خطر لا مبرر له»³.

وهو نفس مضمون المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، إذ تنص: «يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه»⁴.

وخلاصة القول أنه في ميدان الجراحة التجميلية يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة من ورائها مع الهدف الكمالي والتحسيني المنتظر منها، وقد عبر الفقيه ((Memeteau)) على هذه القاعدة بأنها ((قاعدة ذهبية للنشاط الطبي)) ((Une règle d'or de l'activité médicale)).⁵

الفرع الرابع:

إثبات الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

من المعلوم بوجه عام أن كيفية إثبات الخطأ تتوقف على تحديد مضمون الالتزام، هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية، فإذا تعلق الأمر بالالتزام بتحقيق نتيجة، كان الخطأ مفترضا بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة، ويقع على المدين

¹ - قرار محكمة استئناف إكس آن بروفنس، في: 16/أفريل/1981، أشار إليه:

محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص ص 176-179. وقد أورد القرار أيضا

Gerard Memeteau, op,cit, PP340-342. cyril clément, op,cit, P 59-60. Ossoukine Abdelhafid, op,cit, p M32. Michèle Harichaux Ramu, article Précité, fascicule 440-3, P8.

² - قرار محكمة استئناف فرساي، في: 17/جانفي/1991، أشار إليه:

cyril clément, Op-Cit, P 59. Michèle Harichaux Ramu, article Précité, fascicule 440-3,P8.

³ - أنظر المادة 18 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي.

⁴ - أنظر المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب.

⁵ - cyril clément, op,cit, P 59.

بالالتزام إذا أراد التخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي، أما إذا تعلق الأمر بالتزام يبذل عناية فإنه على الدائن إثبات خطأ المدين المتمثل في التقصير أو الإهمال في بذل العناية اللازمة.¹

وستتناول في هذا الفرع عبء الإثبات في الالتزام ببذل عبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة.

أ/ عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية:

المبدأ العام هو أن الطبيب في الجراحة التجميلية يلتزم ببذل عناية خاصة، ويترتب على ذلك أنه ينبغي على المريض - حتى يثبت تخلف الطبيب عن الوفاء بالتزامه - إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو انحرافه عن الأصول المستقرة في المهنة، أي أن سلوك جراح التجميل لم يكن مطابقاً لسلوك جراح تجميل مثله من نفس المستوى وذلك مع الأخذ في عين الاعتبار بالظروف الخارجية المحيطة به.²

وبهذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بقرارها الصادر في 26/جوان/1969 بما يلي: "لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب في الجراحة التجميلية ببذل عناية خاصة، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه، أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع، والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال".³

يلاحظ من هذا القضاء أنه جعل من التزام الطبيب في الجراحة التجميلية بذل عناية خاصة، ووزع عبء الإثبات بينه وبين مريضه وفقاً للقواعد العامة.

وقد قضت محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 28/سبتمبر/1990: أن إثبات خطأ الطبيب الجراح في مثل هذه الحالات سهل، إذ يكفي عدم حصول تطور إيجابي في الصورة الجمالية للشخص الذي أجريت له العملية الجراحية، لأنه وإن كان الطبيب لا يعد مريضه أو المتعامل معه جراحياً بتحقيق نتيجة، فهو يعده بان لا تكون خيبة أمله كبيرة، وهذا الوعد في حد ذاته نتيجة نسبية.⁴

ب/ عبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة:

أما في الحالات التي يلتزم فيها الطبيب في الجراحة التجميلية بتحقيق نتيجة، فإنه يكفي للإقامة مسؤوليته إثبات الالتزام الذي يقع على عاتقه بالإضافة إلى حدوث الضرر. ولا يستطيع الطبيب أن يدرأ المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي،

¹ - Patrice Jourdain, op.cit, P 56-57.

² - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 137-138.

³ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 26/جوان/1969، أشار إليه: عدلي خليل، المرجع السابق، ص 151. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 342. معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 482.

⁴ - حكم محكمة باريس، في: 28/سبتمبر/1990، أشار إليه: ريس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 150.

أي بإثبات أن الضرر الذي لحق المريض يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ المريض أو خطأ الغير، فهو بذلك ينفي رابطة السببية بين فعله والضرر الواقع للمريض.¹

المطلب الثاني:

الضرر في الجراحة التجميلية.

لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية أن يرتكب الأخير خطأ أثناء مزاولته لعمله، ولكن يجب أن يسبب هذا الخطأ ضرراً يلحق بالمريض.

ويقصد بالضرر وفقاً للقواعد العامة المساس بمصلحة المضرور، وهو يتحقق من خلال النيل أو المساس بوضع قائم أو الحرمان من ميزة، بحيث يصبح المضرور في وضع أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ، ولا يشترط أن يقع الاعتداء على حق للمضرور يحميه القانون فحسب، وإنما يكفي أن يمس مصلحة مشروعة غير مخالفة للقانون، كما هو الحال في مصلحة المعالين من قبل شخص دون إلزام قانوني عليه.²

ويعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، ويعتبر هذا التعريف هو المقياس في مسؤولية الطبيب التي تخضع للقواعد العامة التي تحكم الضرر، فالقاعدة في المسؤولية الطبية، هي كالعقيدة في المسؤولية المدنية، فحصول الخطأ لوحده دون ضرر لا يرتب المسؤولية، وعلى هذا الأساس ومهما بلغت جسامته الخطأ، فإنه لا يرتب مسؤولية الطبيب ما لم ينشأ عنه ضرر حال أو مستقبلي محقق الوقوع.³

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن الضرر يعد ركناً من أركان المسؤولية. وثبوته يعتبر شرطاً لازماً لقيامها، والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك.⁴

والضرر نوعان مادي وأدبي، وستتناول كلا النوعين في فرع مستقل، على أن نخصص الفرع الثالث لتفويت الفرصة.

وبما أن مسألة إثبات الضرر لا تثير كثيراً من الصعوبات، ارتأينا ألا ندرسها بصفة مستقلة.

الفرع الأول:

الضرر المادي.

إن الضرر المادي هو كل إخلال بمصلحة مالية للمضرور، فالمساس بجسم المريض أو إصابته يترتب عليه خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج، وفي إضعاف قدرته على الكسب جزئياً أو كلياً،⁵ وقد يلحق الضرر المادي ذوي المريض، كما في حالة وفاة الأخير العائل لهم، أو لمن يثبت أن المريض المتوفي كان يعوله فعلاً وقت وفاته، فهو الأمر الذي ضيع فرصة إعالتهم بسبب الوفاة، مما يقتضي تعويضهم على هذا الأساس، بشرط أن يثبت الشخص المضرور أن المريض

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 178-179.

² - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 133.

³ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 294-295. محمد فخر شقفة، المقال السابق، العدد الخامس، ص 141.

⁴ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 30/ماي/1962، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 162.

⁵ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 48. وفي هذا الصدد تنص المادة 182 فقرة أولى من القانون المدني... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب... [X].

(المتوفي) كان يعوله فعلا وقت وفاته وعلى نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار في ذلك مستقبلا كانت محققة، حيث تقدر المحكمة ما ضاع على المتضرر من فرصة بوفاة معيله، وتحكم بالتعويض على هذا المساس.¹ ويشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي، أن يكون إخلالا بمصلحة مشروعة، وأن يكون الضرر محققا وليس محتملا، فإذا لم تكن هناك مصلحة مشروعة فلا يجوز الحكم بالتعويض، فالضرر الذي يلحق بالعاشقة من جراء فقدان خليلها الذي كان ينفق عليها، لا يبيح لها المطالبة بالتعويض على أساس انتفاء المصلحة المشروعة، كذلك الراقصة التي تجري لها عملية تجميل وتترك أثرا مشوها عن جسدها لا تفسح المجال لصاحب الملهى الليلي أن يطالب بالتعويض عن الضرر لعدم وجود مصلحة مشروعة.²

ويقصد بالضرر المحقق أن يكون قد وقع فعلا والتعويض لا يكون إلا عن الضرر المحقق أو الذي سيقع حتما، ومثال الضرر الحال المحقق، أن يموت المريض أو يفقد عضوا من أعضاء جسمه نتيجة لخطأ الطبيب، فمثل هذا الأمر هو ضرر وقع فعلا وهو ضرر حال ومحقق.³

أما الضرر المحتمل فهو ضرر غير محقق، فقد يحصل وقد لا يحصل، وبالتالي لا محل للتعويض إذا لم يقع فعلا، كما في حالة المريض الذي يسقط من المرضين أثناء نقله فتكسر رجله، فهذا المريض لا يستطيع أن يطلب التعويض على أساس ما عساه أن يصيبه من عاهة، لأن هذا الأمر قد يحصل وقد لا يحصل، وبالتالي فهو غير محقق الوقوع،⁴ أما الضرر الذي سيقع حتما - الضرر المستقبلي - كما في حالة إصابة المريض بضرر ناجم عن خطأ الطبيب، بحيث يصاب بعجز عن العمل، فالتعويض هنا ليس فقط عن الضرر الذي حصل فعلا من جراء عجزه عن العمل في الحال، وإنما أيضا عن الضرر الذي سيقع حتما في المستقبل جراء هذا العجز.⁵

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل *Préjudice futur* متى كان محقق الوقوع *Certain*، ولما كان الطاعن لم يقتصر في طلباته على تعويضه عما تكبده من نفقات علاج ابنته بل ضمنها ما ينتظر تكبده من مصاريف علاجية وعمليات جراحية وتجميلية لابنته المصابة، فإن الحكم المطعون فيه إذ قصر قضاءه بالتعويض كما تكبده الطاعن من نفقات العلاج الفعلية ولم يدخل الحكم عنصر الضرر المستقبل في تقدير التعويض عن الحادث ولم يناقشه في أسبابه، فإنه يكون معيبا بالقصور.⁶

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقعا وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره، ثم تكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه، كأن يكف بصر المريض الذي أصيب في عينه أو أن تؤدي إصابته إلى وفاته. فهنا يجوز للمريض أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل في

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 164، وقد أشار إلى قرار محكمة النقض المصرية، في: 15/مارس/1976.

² - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 51-52، هامش 12.

³ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 136-137.

⁴ - راجع المرجع السابق، ص 141.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 718. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 137.

⁶ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 8/فيفري/1977، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 165-166.

حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول، ولا يمنع من ذلك قوة الشيء المقضي، لأن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضي فيه.²

أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقا لهذا التقدير، ثم تكشف الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصا لم يكن متوقعا، كأن قضى لمريض بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره، ثم تبين بعد ذلك أن المريض قد استرد شيئا من قوة الإبصار، فلا يجوز في هذه الحالة أن يعاد النظر في تقدير التعويض لإنقاصه لأن هذا التقدير قد حاز قوة الشيء المقضي.¹

وتنبغي الإشارة إلى أنه قد يصعب أمر تحديد التعويض عن الضرر اللاحق بالمريض، بحيث ينتفي هذا الضرر ويصبح ضريا من الوهم، لأسباب تعود للمضروب، كما في حالة الضرر الحاصل لامرأة عجوز قد بلغت من العمر عتيا، ذهبت إلى جراح تجميل لإجراء عملية جراحية، الهدف منها إعادة كروية الشباب لثديها، إلا أن النتيجة التي حصلت عليها كانت إلتحامات وإنكماشات أضافها الطبيب لجسمها ولما رفعت هذه العجوز أمرها للقضاء، قضت محكمة استئناف ليون بمسؤولية الطبيب والحكم عليه بالتعويض. إلا أن هذا القرار أثار تساؤل الفقهاء فيما يخص الأساس الذي تم على ضوءه تقدير التعويض لهذه العجوز التي تريد من العملية إعادة كروية الشباب لنهديها.²

ويجب عند تقدير التعويض، الأخذ بعين الاعتبار جنس المريض وعمره، إذ ليس من العدل أن يتساوى التعويض المحكوم به لعجوز أجرى لها جراح عملية تجميل وأخطأ أثناء الجراحة، مع مبلغ تعويض محكوم به لفتاة مقبلة على الزواج، فالشابة ليس كالمسننة، والنساء لسن كالرجال،³ كذلك يؤخذ في الحسبان عند تقدير التعويض حالة المريض وشخصيته، فقد يحدث نفس الضرر التجميلي عند أشخاص من نفس الجنس والسن قد لا يؤدي إلى نفس النتائج، لأنه قد تختلف درجة وطريقة تعايش كل شخص مع الضرر عن الآخر، ومرد هذا إلى الاختلاف النفسي من شخص لآخر.⁴ كذلك يؤخذ في عين الاعتبار عند تقدير التعويض طبيعة المهنة، فإذا كان الشخص المضروب مضيفة جوية أو مذيعة أو فنانة تعتمد على جمالها في أداء عملها، فيجب الحكم له بالتعويض بصورة أكثر من التعويض المحكوم به لعامل لا تعتمد مهنته على شكله الخارجي.⁵

الفرع الثاني:

الضرر المعنوي (الأدبي).

الضرر الأدبي هو ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيبه في شعوره أو عاطفته أو كرامته، ويعتبر من قبيل الضرر الأدبي، الألم والمعاناة والشعور بالعجز، كما أن فقد الشخص لعزیز له، كالأولدين والأبناء يصيب العاطفة، ويشكل ضررا أدبيا يتوجب التعويض عنه.⁶

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 363. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 720.

² - قرار محكمة استئناف ليون، في: 27/جوان/1913، أشار إليه: عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 300.

³ - Isabelle Bessières- Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, L'Argus éditions, 1997, P179. Voir Aussi : A.R Hakem, M.M Hannouz, op, cit, P73.

⁴ - Isabelle Bessières- Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, op, cit, P 179.

⁵ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 51.

⁶ - Michèle-Laure Rassat, La responsabilité civile, Presses universitaires, France, 3 éme éditions, 1973, P74.

ويتمثل الضرر الأدبي لمجرد المساس بسلامة جسم المريض، أو إصابته أو عجزه نتيجة لخطأ الطبيب، ويبدو كذلك في الآلام الجسدية والنفسية التي قد يتعرض لها، كما يظهر فيما قد ينشأ للمريض من تشوهات أو عجز في أعضاء جسمه أو بعضها.¹

كما يظهر هذا النوع من الضرر في حالة الاعتداء على اعتبار المريض، وهذا ما يحصل عندما يقوم الطبيب بإفشاء سر المهنة، فيصاب المريض بضرر يطال سمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة.²

ويبدو الضرر الأدبي في حالة وفاة المريض بالنسبة لأقاربه الأقرين كوالديه وأولاده وزوجته من خلال ما يصيبهم في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء الوفاة.³

والضرر الأدبي قابل للتعويض، حيث كان القانون الروماني يقر التعويض عنه في أحوال كثيرة سواء كانت المسؤولية ذات أساس عقدي أو تقصيري، وقد أقر القضاء الفرنسي التعويض عن الضرر الأدبي منذ أمد طويل بقرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15/جوان/1833، إلا أن الفقه الفرنسي انقسم إلى فريقين، الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبي أمر متعذر لعدم قابليته للتعويض، كما أنه إذا كان قابلاً للتعويض فإن أمر التقدير له مستعص أيضاً، والفريق الثاني يقصر التعويض على الضرر الأدبي الذي يجر إلى ضرر مادي، ومنهم من يقصره على التعويض الذي يترتب على جريمة جنائية.⁴

وعلى أية حال فإن الرأي السائد في الفقه والقضاء هو أن الضرر الأدبي كالضرر المادي كلاهما يتوجب التعويض عنه،⁵ وهذا ما تم النص عليه صراحة في القانون المدني الجزائري إذ تنص المادة 182 مكرر من القانون المدني: «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»⁶.

والأصل أن التعويض عن الضرر الأدبي مقصور على المضرور نفسه، فلا ينتقل إلى غيره إلا إذا كان هناك اتفاق بين المضرور والمسؤول بشأن التعويض من حيث مده ومقداره، أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً أمام القضاء مطالباً بالتعويض.⁷

أما الضرر الأدبي الذي أصاب ذوي المتوفي فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية.⁸

أنظر أيضاً: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 148.

¹ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 140.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 374-375.

³ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 140.

⁴ - Michèle Laure Rassat, op,cit, P 74-75.

وأنظر أيضاً: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 725-726.

⁵ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1993، ص 168-169. وقد أشار إلى عدة أحكام صادرة عن القضاء الجزائري باطراد تقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي نذكر على سبيل المثال قرارين صادرين على التوالي من المجلس القضائي بالعاصمة بتاريخ: 29/ماي/1975 قضيا بالتعويض عن الضررين معا بمبلغ عشرين ألف دينار جزائري. وعن المحكمة العليا بتاريخ: 06/نوفمبر/1976 قضى بمبلغ خمسة آلاف دينار جزائري كتعويض عن الأضرار التي شعرت بها الأم لفقد ابنتها البالغة من العمر 6 سنوات في حادث.

⁶ - أنظر المادة 182 مكرر من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10.

⁷ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 163.

⁸ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 729.

وتنبغي الإشارة أنه في مجال المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية يمكن ألا تثور مسؤولية الطبيب رغم حصول الضرر (ماديا كان أو أدبيا) إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال من جانبه، وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية تتخلص وقائعها أن مريضة تعاني من ضمور الثديين، فتوجهت إلى جراح تجميل من أجل جعلها أكثر تماسكا، فاقترح هذا الأخير (جراح التجميل) على المريضة اللجوء إلى إحدى الطريقتين الممكنتين الأولى إعادة تشكيل حامل الرقبة الجلدي الذي سيترب عليه آثار جروح لا يمكن لأحد التنبؤ بما ستؤول إليه في المستقبل، أما الثانية فهي زيادة حجم الثدي بوضع أثناء صناعية *prothèses mammaires*، واختارت المريضة الطريقة الثانية، لكن النتيجة هي معاناة المريضة من آلام نتيجة لوجود هذا التركيب في ثديها.

ولما طرح الأمر أمام القضاء أثبت الخبراء أن هذا الألم ليس نتيجة للتقنية الجراحية المعتمدة، إضافة إلى أنه تم وفق معطيات العلم، وأكدوا كذلك أن هذا التدخل الجراحي هو مبرر طبيا على أساس حالة المريض، وعليه فلا يمكن بأي حال من الأحوال إثبات الخطأ في جانب الجراح، ومن ناحية أخرى فإن وجود طريقة ثانية لعلاج المريضة كان يمكن إعتماها لا تجدي هنا، كون المريضة قامت برفضها على أساس دوافع شخصية مردها وجود آثار بعد الشفاء من الجروح، على الرغم من أن أي تدخل جراحي لا بد وأن يترك أثرا، وعليه فإن الجراح لم يرتكب أي خطأ يمكن أن يرتب مسؤوليته.¹

الفرع الثالث:

تفويت الفرصة *la perte de chance*.

يدخل في عناصر الضرر ما يسمى بتفويت الفرصة التي يجب التعويض عنها، فالفرصة وإن كانت أمرا محتملا، فإن تفويتها أمر محقق.²

ويظهر مبدأ تفويت الفرصة بالنسبة للمريض من عدة وجوه، منها ما كان أمامه من فرصة للكسب أو النجاح في حياته العامة، أو سعادته في حالة ضياع فرصة الزواج بسبب التشوهات التي أصابته، كما تبدو حالة تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة للمريض لو لم يرتكب الخطأ الطبي، فكلاهما يمثل ضررا مؤكدا.³ ويلزم في مثل هذه الحالات إقامة الدليل على أن حالة المريض كانت غير ميغوس منها أو أنها في سبيل التحسن أو على الأقل ليست نحو الاتجاه الأسوأ.⁴

¹ - قرار محكمة استئناف باريس، في: 22/جانفي/1993، أوردته: gilles devers,op, cit, P200-201.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 721.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 166، 167.

⁴ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 140.

فالقاضي يعتمد في ذلك على القرائن القوية والمحددة ، فإذا ثبت أن حالة المريض تبعث على الاطمئنان إلى شفائه ونجاح العملية، فإن أي خطأ من الطبيب المعالج يفوت عليه فرصة للشفاء يعتبر مرتبطاً رابطة سببية كافية لقيام المسؤولية.¹

ويعد مسلك القضاء في التعويض عن تفويت الفرصة مظهراً من مظاهر تشدده المتزايد والمستمر في المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، انطلاقاً من الرغبة في سلامة المرضى واستناداً إلى ما أحرزه العلم من تقدم في المجالات الطبية.²

فالقضاء في الحالات التي لا تثبت فيها علاقة السببية بين الخطأ المنسوب للطبيب والضرر الذي لحق المريض ، يحكم رغم ذلك بتعويض جزئي استناداً إلى أن الخطأ الطبي فقد فوت على المريض فرصة إما في الشفاء أو في الحياة أو في الوصول إلى نتائج أفضل أو تجنب بعض الأضرار التي لحقتة.³

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب على إثر وفاة مريضته بعد إجرائه لها عملية تجميلية للأنف تحت تأثير مخدر موضعي. وتم تأسيس مسؤولية هذا الجراح أن غياب طبيب مختص في التخدير والإنعاش يعد من قبيل تفويت فرصة الشفاء لهذه الفتاة.⁴

وفي نفس الاتجاه قضت محكمة استئناف باريس بمسؤولية جراح تجميل لعدم استعانتها بطبيب مختص في التخدير لأن هذا الغياب يعد من قبيل تفويت فرصة الشفاء أو العيش.⁵

وخلاصة القول أن التعويض للذي يقضي به القضاء ثمن ضياع فرصة الحياة أو الشفاء أو التحسن يكون جزئياً وليس كاملاً يساوي كل الأضرار الناجمة عن الخطأ، سواء أكانت وفاة أو عاهة أو أي ضرر آخر.⁶

ويبدو أن الدكتور السنهوري من أنصار فكرة التعويض الجزئي عن فوات الفرصة، حيث يقول: ((وعلى القاضي أن يقدر هذا الضرر بأن ينظر إلى أي حد كان الاحتمال كبيراً في كسب الاستئناف أو الفوز في المسابقة، ويقضي بتعويض يعدل هذا الاحتمال)).⁷

وهذا بطبيعة الحال ينطبق على مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية عن فوات الفرصة على المريض بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة، أو في تجنب بعض الأضرار التي لحقت به، بحيث يكون على القاضي أن يقدر درجة احتمالية الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، في مقابل الخطأ الذي حصل، ومن ثم يقضي بالتعويض المناسب، وله في سبيل ذلك أن يستعين برأي أهل الخبرة من الأطباء.⁸

المطلب الثالث:

علاقة السببية Lien de causalité.

¹ -راجع المرجع السابق، ص 141.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 380. طاهري حسين، المرجع السابق، ص 49.

³ -محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 167-168.

⁴ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 09/نوفمبر/1977، أورده:

Daniel rouge, Louis Arbus, Michel Costagliola, op, cit, p126.

⁵ - قرار محكمة استئناف باريس في: 23/أفريل/1968، أشار إليه:

Daniel rouge, Louis, Arbus, Michel, Costagliola op, cit, p126 .

⁶ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 169.

⁷ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 722.

⁸ - بالقياس على ما أورده، أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 148-149.

لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية أن يرتكب الأخير خطأ أثناء مزاولته لعمله، ولكن يجب أن يسبب هذا الخطأ ضرراً يلحق بالمريض، وأن توجد علاقة بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض، وهي ما يعبر عنها بعلاقة السببية. وهي الشرط الثالث من شروط المسؤولية الطبية.

وتعتبر علاقة السببية ركناً مستقلاً عن ركن الخطأ، فقد يقع الخطأ ولكن لا يكون هو السبب فيما لحق للمريض من ضرر، كما لو حصل إهمال من الطبيب في إجراء العملية للمريض، ثم أصيب الأخير بأزمة قلبية حادة لا ترجع إلى خطأ الطبيب، مما يؤدي إلى وفاة المريض، فمثل هذه الحالة وغيرها تعطى أهمية كبيرة لعلاقة السببية التي تحدد على ضوءها قيام المسؤولية من عدمها¹.

وينبغي القول أن تحديد علاقة السببية في نطاق المسؤولية الطبية، يعتبر من أشق الأمور وأعسرهما بالنظر إلى تعقيدات الجسم وتغير خصائصه وعدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى المضاعفات الظاهرة، فقد تعود أسباب الضرر الحاصل إلى عوامل بعيدة أو غير ظاهرة ترجع لتركيبة جسم المريض، وهو الأمر الذي يصعب معه معرفتها أو الوقوف على حقيقتها².

إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، فالقضاء يلقي على عاتق الطبيب التزاماً بالتأكد من حالة المريض، ومدى استعداده الأولى وما به من ضعف، وما لديه من حساسية خاصة قبل التدخل الجراحي، بحيث لا يعفي الطبيب من المسؤولية إلا إذا ثبت أن الضرر الناتج عن تدخله كان غير متوقع، أو ضعيف الاحتمال وفقاً للمجرى العادي للأمور³.

وبناء على ما أسلفناه، فإنه لا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر، بل يجب أن يكون هو السبب المباشر والمنتج، فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية ولا تقوم المسؤولية⁴.
وسنعالج من خلال هذا المطلب بضرورة السببية المباشرة (الفرع الأول)، انعدام رابطة السببية (الفرع الثاني)، إثبات رابطة السببية (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

ضرورة السببية المباشرة.

ذكرنا أن علاقة السببية شرط أساسي لقيام المسؤولية، غير أنه كثيراً ما يصعب تقدير هذه العلاقة، في حالة تعدد الأسباب لإحداث ضرر واحد، أو تسلسل والنتائج عن سبب أصلي واحد. وستعرض كلا من الحالتين:

1- تعدد الأسباب: قد يكون الضرر الحاصل نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد، وهو ما يؤثر على قيام مسؤولية الطبيب، وفي هذا الصدد ظهرت عدة نظريات أهمها: نظرية تعادل الأسباب، نظرية السبب المنتج أو الفعال، وستتناول كل واحدة على حدة.

أ- نظرية تعادل الأسباب :

1 - محمد فهد شقفة، المقال السابق، العدد الخامس، ص 141.

2 - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 49.

3 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 170.

4 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 171 .

تقوم هذه النظرية على أساس أنه يجب لتعيين ما يعتبر سببا حقيقيا في الضرر بحث كل من العوامل المتعددة على حدة، بحيث إذا ثبت أنه لولا هذا العامل ما وقع الضرر ، اعتبر هذا العامل سببا في حدوث الضرر ، وبذلك تعتبر أسبابا جميع العوامل التي أدى اشتراكها إلى حصول الضرر ، وتعتبر كلها متعادلة من حيث قيام المسؤولية ، فكل سبب ساهم في إحداث الضرر ، بحيث أن الأخير ما كان يحصل بغيره ، فتعتبر علاقة السببية قائمة بينه وبين الضرر ، ويترتب على هذه النظرية أن المسؤولية في التعويض، تشمل كل الأشخاص الذين ساهم خطأ كل واحد منهم في إلحاق الضرر بالمريض¹.

ويبدو أن القضاء في فرنسا أخذ بهذه النظرية ، مع فارق يتعلق بحق الرجوع على باقي المتسببين في الضرر ، فقد قضت محكمة أنجيه الفرنسية بأن الطبيب يلقى مسؤولا عن أخطائه حتى ولو تعددت الأسباب المنشئة للضرر ، ويسأل الطبيب في هذه الحالة عن كافة الأضرار مع حقه في الرجوع على الأشخاص الآخرين ، الذين أحدثوا هذه الأضرار.² وقضت محكمة النقض المصرية، بأن تعدد الأخطاء المؤدية إلى وقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه، يستوي في ذلك أي يكون الخطأ مباشرا أو غير مباشر في حصوله.³

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أنه لا يكفي اعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر أن يثبت أنه لولا هذا العامل ما وقع الضرر، بل يجب أن يكون وجود هذا العامل كافيا وحده لإحداث الضرر.⁴

ب- نظرية السبب المنتج أو الفعال:

و مقتضى هذه النظرية أنه إذا كانت هناك عدة أسباب أحدثت الضرر ، فإنه يجب التركيز على السبب المنتج الفعال، ويعتبر السبب منتجا إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حدوث نتيجة من نفس طبيعة النتيجة التي حصلت ، وبالعكس ذلك فإن السبب يكون عرضيا ولا يهتم به القانون ، ووفقا لهذه النظرية تقوم المحكمة بدراسة الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر الذي لحق بالمريض، بحيث يتم استبعاد الأسباب العرضية التي لم يكن لها إلا دور ثانوي في حدوث الضرر ، وفي هذه الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجب إعفاء المستشفى الخاص من أية مسؤولية إذا ثبت أن الخلل الموجود في الأدوات الطبية لم يكن له أثر في وفاة المريض.⁵

ويتضح مما تقدم أن القضاء الفرنسي قد تحول إلى نظرية السبب المنتج، بعد أن كان يأخذ بنظرية تعادل الأسباب.⁶ وقضت محكمة النقض المصرية بأنه يجب عند تحديد المسؤولية الوقوف عند السبب المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض.⁷

وأخذت كذلك المحكمة العليا عندنا بنظرية السبب المنتج، وقضت في قرارها الصادر في 17/نوفمبر/1964 بأنه يجب لاعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر، أن يكون سببا فعلا فيما يترتب عليه. ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون

1 - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 256-257.

2 - حكم محكمة إنجيه الفرنسية، في: 24/جوان/1951، أشار إليه: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 386.

3 - قرار محكمة النقض المصرية، في: 13/ماي/1968، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 174.

4 - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 257.

5 - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 25/ماي/1971، أشار إليه: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 387.

6 - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 258.

7 - قرار محكمة النقض المصرية، في: 26/أكتوبر/1967، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 175.

من مجرد تدخل في إحداثك الضرر، وأنه يجب إثبات السبب الفعال في إحداث الضرر، لاستبعاد الخطأ الثابت وقوعه كسبب للضرر.¹

يتضح مما تقدم أن نظرية السبب المنتج هي النظرية التي استقر القضاء على الأخذ بها وانتصر لها جمهور الفقهاء.²

2- تسلسل النتائج:

ذكرنا سابقاً بأن السبب المنتج هو السبب الفعال بين أخطاء متعددة، ولكن قد يكون الخطأ منتجاً ومع ذلك تتعاقب الأضرار، فهل يسأل مرتكب الفعل عن هذه الأضرار جميعاً؟ أم يسأل فقد عن الأضرار المباشرة؟.

ومثال ذلك إجراء الطبيب عملية تحميل الوجه لفتاة، ونتيجة للأخطاء التي ارتكبها هذا الأخير أثناء إجراء العملية، نتج عن هذه الأخيرة تشويه وجه الفتاة، وترتب على ذلك وفاة الأم بالسكتة القلبية عن الضرر الواقع على وجه ابنتها.³

وقبل التطرق إلى إمكانية التعويض عن الأضرار المباشرة والأضرار غير المباشرة، وجب معرفة معيار الضرر المباشر. وفي هذا الشأن نصت المادة 182 فقرة أولى من القانون المدني: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول»⁴.

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، وهو الذي كان المضرور لا يستطيع توقيه ببذل جهد معقول، وهو وحده الذي يحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينه وبين الخطأ، أما الضرر غير المباشر وهو الذي لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر، فتقطع علاقة السببية بينه وبين الخطأ، ولا يكون من ثم محلاً للتعويض.⁵

ولقد استقر القضاء في فرنسا ومصر والجزائر على تطبيق هذا المبدأ، وأن يكون التعويض عن الضرر المباشر.⁶

وبالتطبيق على المثال السابق فإن الفتاة لا تستحق التعويض إلا عن تشويه الوجه، دون أن يشمل التعويض وفاة أمها بالسكتة القلبية.

والجدير بالذكر أن هناك جانباً من الفقه يرى بوجوب التعويض عن الضرر غير المباشر في مجال الجراحة التجميلية، إذا كان على صلة واضحة مع الخطأ، والأمر في ذلك متروك لظروف القضايا وللسلطة التقديرية للقاضي، مستنداً في ذلك إلى ما أقره القانون اللبناني والسويسري من جواز الحكم بالتعويض عن الضرر غير المباشر.⁷

الفرع الثاني:

انعدام رابطة السببية.

¹ - قرار المحكمة العليا، في: 17/نوفمبر/1964، أشار إليه: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 178.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 762.

³ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 52.

⁴ - أنظر المادة 182 فقرة أولى من القانون المدني المعدلة بالقانون 10/05.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 770.

⁶ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 186.

⁷ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 52.

لقد وضعت محكمة النقض المصرية مبدأ مشهوراً يقضي بأنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر، وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر، فإن القرينة على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، و للمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدل عليه فيه.¹

وفي هذا الشأن نصت المادة 127 من القانون المدني الجزائري على مايلي: **«**إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدل عليه فيه كحادث مفاجئ، أو قوى قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك**»**.²

والسبب الأجنبي الذي تنتفي به الرابطة السببية، هو كل أمر لا يد للمدعي عليه فيه، ويكون هو السبب في إحداث الضرر، ويترب عليه انتفاء مسؤوليته كلها أو بعضها، ذلك أن مقتضاه إما انعدام رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الذي حصل، أو أن خطأ المدعى عليه ليس هو السبب الوحيد للضرر الحاصل، حيث تنتفي مسؤوليته في الحالة الأولى، وتكون جزئية في الحالة الثانية.³

يتضح مما تقدم أن انعدام رابطة السببية لقيام السبب الأجنبي يكمن في مايلي:

1/ الحادث الفجائي أو القوة القاهرة.

2/ خطأ المضرور.

3/ خطأ الغير.

وستتناول هذه الحالات على التوالي:

1/ الحادث الفجائي أو القوة القاهرة:

ميز بعض الفقه بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، حيث قالوا بأن الاثنين يتفقان في أن كلا منهما يستحيل دفعه ولا يمكن توقعه، ويختلفان في أن القوة القاهرة حادث يأتي من الخارج ولا يتصل بنشاط المدعي عليه مثل العاصفة أو الزلازل، بينما الحادث الفجائي يأتي من الداخل، ويكون متصلاً بنشاطه، كما في حالة انفجار آلة أو احتراق مادة، إلا أن جمهور الفقه والقضاء لا يميزان بين القوة القاهرة والحادث الفجائي ويعتبرانها شيئاً واحداً.⁴

ويشترط في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لكي تنتفي به علاقة السببية، عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه، فإذا قامت هذه الشروط فإنه يترتب على ذلك انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر، وبالتالي لا يكون هناك محل للمطالبة بالتعويض،⁵ وتقدير ما إذا كانت الواقعة تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع، ما دامت أسبابها - القوة القاهرة - تقوم على أسباب سائغة،⁶ ومن أمثلة ذلك وفاة المريض بالقلب على إثر رعد مفاجئ أو

¹ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 28/نوفمبر/1968، أشار إليه، عدلي خليل، المرجع السابق، ص 142.

² - أنظر المادة 127 من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 165 من القانون المدني المصري.

³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 368.

⁴ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 263.

⁵ - عدلي خليل، المرجع السابق، 142.

⁶ - قرار المحكمة العليا، في: 08/ماي/1985، أشار إليه: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 196.

زلزال، أو انقطاع التيار الكهربائي أثناء إجراء العملية الجراحية، أو نشوب حريق في غرفة العمليات أو إصابة الجراح بغيوبة أثناء قيامه بالجراحة، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمريض.¹

2/ خطأ المضرور (المريض):

إن خطأ المريض - المضرور - يقطع علاقة السببية إذا كان وحده السبب في إحداث الضرر، أما إذا كان خطأ المريض قد ساهم مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر، فإن ذلك يؤدي إلى تخفيض التعويض المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطأ المريض،² وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية بأن خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية، وإنما يخفضها ولا يعفى المسؤول استثناءً من هذا الأصل، إلا إذا تبين من ظروف الحادث، أن خطأ المضرور هو العمل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه، وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسؤول.³

ومن أمثلة الحالات التي يعد فيها خطأ المريض في حكم السبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية ويعفى الطبيب من المسؤولية، تناول المريض أشياء منعها الطبيب عنه بشكل قاطع، بعد أن بين النتائج المترتبة على عدم امتثال المريض لتوجيهاته التي لم يتقيد بها الأخير، وكذلك فيما لو امتنع المريض عن أخذ الدواء وفقاً لتعليمات الطبيب، أو كذب المريض على الطبيب كأن يذكر له كذباً بأنه لم يسبق له تعاطي أي أدوية أو إتباع أي علاج مما يضلل الطبيب ويوقعه في أخطاء تضر بصحة أو حياة المريض.⁴

ففي كل هذه الحالات يكون السبب في حدوث الضرر هو خطأ المريض، وبالتالي تنقطع رابطة السببية بين ما نسب إلى الطبيب والضرر الحاصل، وبالتالي لا تقوم المسؤولية في مواجهة الأخير. وفي هذا الاتجاه قضى بأنه كما يلتزم الطبيب بأن يبذل أقصى الجهد في معالجة المريض، فإنه يجب كذلك على المريض أن يلتزم من جانبه إتباع ما يشير له الطبيب وما يأمر به، وكما يتطلب المريض من الطبيب ألا يقصر في حقه، يتعين على المريض ألا يقصر في حق نفسه، فإذا طلب الطبيب من المريض أن يعرض نفسه عليه في أوقات محددة وخالفه المريض، مما ترتب على ذلك أن أحدث الدواء مضاعفات لم تكن لتحدث لو عرض نفسه على الطبيب في المواعيد التي حددها، فلا مسؤولية على الطبيب.⁵

ولكن الأمر لا يؤخذ على إطلاقه، ففي بعض الحالات إذا قام الطبيب الجراح بإجراء عملية لا تدعو إليها الضرورة الصحية للمريض، فإن الطبيب يعتبر مخطئاً حتى لو رضي المريض مسبقاً بإجراء هذه العملية، وبالتالي لا يعفى من المسؤولية حتى وإن كان المريض قد قبل مسبقاً نتائج هذه العملية،⁶ ذلك أنه لا يمكن أن يحمل رضا المريض بالضرر، على أنه اتفاق لإعفاء الطبيب من المسؤولية، وعلى فرض التسليم بوجود هذا الاتفاق فهو باطل، لأنه يستحيل إلى

¹ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 401.

² - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 143.

³ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 29/جانفي/1968، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 172.

⁴ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1418.

⁵ - حكم محكمة مصر الابتدائية، في: 13/أكتوبر/1944، أشار إليه: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 406-407.

⁶ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 266.

المساس بجسم الإنسان،¹ وهناك ميل لدى المحاكم إلى تحميل الطبيب كامل التعويض، خاصة في الأحوال التي يجب عليه فيها إقناع المريض بعدم جدوى إجراء العملية أو لأنها لن تؤدي إلى النتائج المتبتغاة.² وإذا كان الطبيب من الممكن أن ينفي رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر، فإنه يمكن كذلك أن ينفي هذه الرابطة بين الخطأ وفوات الفرصة في الحياة أو الشفاء أو في تحسين الحالة أو تفادي تفاقمها.³

3/ خطأ الغير:

إذا كانت علاقة السببية تنتفي نتيجة خطأ المريض إذا كان فعله هو الذي سبب الضرر له، فإنها تنتفي كذلك نتيجة خطأ الغير إذا كان الضرر قد وقع بفعل الأخير وحده، أي أنه السبب الوحيد في حصول الضرر للمريض، وفي هذا الاتجاه قضى بأن خطأ الغير يقطع علاقة السببية متى استغرق خطأ المدعي عليه، وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة.⁴ على أنه ينبغي الملاحظة أن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب، إذا كان الأخير مسؤولاً عن أفعال هذا الغير، إذ سنكون هنا بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعيه، وبالتالي لا يجوز له التنصل من مسؤوليته تجاه المضرور في هذه الحالة سواء كان هذا الغير من مساعدي الطبيب أو ممن اختارهم في مباشرة الجراحة معه.⁵ وهذا ما تناولته المادة 73 فقرة ثانية من مدونة أخلاقيات الطب، بقولها «أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهما وتحت مسؤوليتهما»⁶.

ومن أمثلة قطع رابطة السببية بفعل الغير، أن يكون سبب الضرر خطأ صادر من طبيب آخر أو من أحد العاملين بالمستشفى، بإعطاء دواء غير ما أوصى به الطبيب، أو جرعة تخالف تعليماته أو أي فعل آخر لا علاقة للطبيب به، إلا أن هذا لا يمنع من مسؤولية العامل أو المستشفى إذا توافرت شروط هذه المسؤولية.⁷ أما في حالة كون الضرر الذي لحق بالمريض بسبب خطأ الطبيب وخطأ من الغير، دون استغراق أحدهما للآخر في حصول الضرر، ففي هذه الحالة يعتد بجميع العوامل التي ساهمت في إحداث الضرر، وتعتبر جميعها متعادلة لترتيب المسؤولية، بحيث تكون مشتركة بين الطبيب وغيره، ويوزع التعويض على أساسه بالتساوي،⁸ والنصوص التشريعية تؤيد ذلك، حيث تنص المادة 126 من القانون المدني على مايلي: «إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام

¹ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 312.

² - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 266.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 173.

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 173، وقد أشار إلى قرار محكمة النقض المصرية، في: 17/نوفمبر/1969.

⁵ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 268.

⁶ - أنظر المادة 73 فقرة ثانية من مدونة أخلاقيات الطب.

⁷ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 143.

⁸ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 405.

بالتعويض¹ وكذلك تنص المادة 73 فقرة أولى من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: **عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية².** وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن تعدد الأخطاء المؤدية إلى وقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيه أي كان قدر الخطأ المنسوب إليه، يستوي في ذلك أن يكون سببا مباشراً أو غير مباشر في حصوله.³

الفرع الثالث:

إثبات رابطة السببية.

يتجه القضاء بشكل عام في إثبات علاقة السببية إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض، الذي يقع عليه إثبات أن خطأ الطبيب هو الذي تسبب في إلحاق الضرر به، فنسيان الطبيب لقطعة شاش أو ضمادة في جسم المريض، لا يكفي للقول بأن مثل هذا الفعل هو السبب في كل الأضرار التي حصلت، ما لم يقيم الدليل على أن هذا النسيان قد أدى إلى التهاب الجرح، أو إلى تردي حالة المريض إلى الأسوأ.

ولكن يلاحظ أن القضاء يتساهل في مثل هذه الأحوال، وقيم قرينة لصالح المضرور إذا كان من شأن الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول، أن يحدث عادة هذا الضرر، وعلى المسؤول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يدلّه فيه.⁴

ولكن ينبغي أن تتوافر قرائن قوية ومتكاملة، حتى يمكن قيام علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الحاصل، ذلك أن علاقة السببية لا تقوم في الأحوال التي يشير فيها الخبراء إلى الصفة الاحتمالية لتأثير الخطأ الذي ارتكبه الطبيب على حالة المريض وما أصابه من ضرر.⁵

على أنه ينبغي القول ونحن بصدد إثبات علاقة السببية أن نشير إلى تشدد القضاء في أحكام المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، فبعد أن كان القضاء يتطلب - طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية⁶ - بصفة دائمة إثبات المريض توافر علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحقه، أصبح يقيم قرينة على توافر تلك العلاقة *Présomption de causalité* لمصلحة المريض، وعلى الطبيب إثبات توافر السبب الأجنبي حتى يرفع مسؤوليته عن الخطأ الثابت في حقه.⁷

¹ - أنظر المادة 126 من القانون المدني المعدلة بالقانون 10/05.

² - أنظر المادة 73 فقرة أولى من مدونة أخلاقيات الطب.

³ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 13/ماي/1968، أشار إليه: عزالدين الديناصوري، عبد الحيد الشواربي، المرجع السابق، ص 1418.

⁴ - عدلي خليل، المرجع السابق، 142، وقد أشار إلى قرار محكمة النقض المصرية، في: 28/نوفمبر/1968. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 193، وقد أشار إلى قراري المحكمة العليا، في: 04/جانفي/1984 و 17/مارس/1982.

⁵ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 180-181.

⁶ - هناك استثناءات على القاعدة العامة في عبء إثبات علاقة السببية، وهي قرائن قانونية أقامها القانون حماية للمدعي أي المضرور. بخلاف الاستثناء في مسؤولية جراح التجميل الذي يقوم على قرينة قضائية.

⁷ وهذه الاستثناءات هي: مسؤولية متولي الرقابة، مسؤولية حارس الحيوان، المسؤولية عن الأشياء. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 795.

⁷ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 181.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بقرارها الصادر في 26/جوان/1969 بما يلي: "وإن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما يبذل عناية خاصة، وأن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فنقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنتفي الإهمال".¹

المبحث الثالث:

آثار مسؤولية جراح التجميل.

يترتب على مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية التزامه بالتعويض، فإذا أقر الطبيب بمسؤوليته والتزم بالتعويض الكامل، انتهى الأمر، أما إذا لم يقر بمسؤوليته فيضطر الشخص المضرور إلى رفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها الحكم على الطبيب بالتعويض المستحق، وبذلك فإن التعويض هو النتيجة الطبيعية لدعوى المسؤولية.

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى المسؤولية من حيث أطرافها المدعي والمدعى عليه، والطلبات والدفوع المتعلقة بها، هي لا تكاد تختلف عن تلك المقررة في القواعد العامة.

لذا سوف نركز في هذا المبحث عن بعض العناصر التي نراها تقتضي الذكر لخصوصيتها في المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، وهي:

الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية (المطلب الأول).

سلطة القاضي في تقدير عناصر المسؤولية الطبية (المطلب الثاني).

جبر الضرر في المسؤولية الطبية (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية.

يختلف الاختصاص بدعوى مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية بحسب طبيعة الهيئة التي يعمل فيها، فقد يؤول الاختصاص للقضاء العادي، وقد يؤول للقضاء الإداري.

الفرع الأول:

إختصاص القضاء العادي.

يأشر جراح التجميل عمله عادة في عيادته، وقد يعمل أحيانا لصالح مستشفى خاص، فإذا ترتب عن عمله أضرار لحقت بالمريض، فما هو القضاء المختص بدعوى المسؤولية في هذه الحالة؟.

¹ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 26/جوان/1969 أشار إليه: عدلي خليل، المرجع السابق، ص 151. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، 342. معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 482.

يختص القضاء العادي (القسم المدني) بالنظر في دعاوى مسؤولية جراحي التجميل الذين يعملون لحسابهم الخاص (العيادات الخاصة بجراحة التجميل) أو الذين يعملون لصالح مستشفى خاص.¹

وفيما يتعلق بالاختصاص المحلي، فإن الدعاوى المتعلقة بالخدمات الطبية ترفع أمام المحكمة الواقع بدائرتها المكان الذي بوشرت فيه إجراءات العلاج.²

والجدير بالذكر أنه قد يثور التساؤل -فيما يخص جراح التجميل الذي يعمل لصالح مستشفى خاص - عن صاحب المسؤولية. هل الجراح شخصيا أم المستشفى الخاص عملا بقاعدة مسؤولية المتبوع عن التابع؟

لا شك أن هناك رابطة عقدية بين المستشفى الخاص والطبيب، سواء كان الطبيب عاملا دائما في المستشفى أو ينشط في أكثر من مستشفى، فإذا ما نجم عن نشاط هؤلاء الأطباء خطأ سبب للمرضى أضرارا، فطبقا للقواعد العامة فإن المستشفى يسأل عن أعمال الطبيب باعتبار المستشفى متبوعا والطبيب تابعا.

غير أن محكمة النقض المصرية ذهبت في بعض اجتهاداتها إلى عدم تحقق مسؤولية المستشفى الخاص باعتباره متبوعا عن خطأ الطبيب، بل أن المسؤولية تقتصر على الطبيب.³

وبالنسبة للقانون الجزائري، فطبقا للقواعد العامة، فإن المستشفى الخاص يسأل عن أخطاء الأطباء المتعاقدين معه، طبقا لقاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.⁴

وفي كلتا الحالتين سواء كان المدعي عليه هو الطبيب أم المستشفى الخاص فإن القضاء العادي هو المختص طبقا لنص المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية.

الفرع الثاني:

إختصاص القضاء الإداري.

قد يكون جراح التجميل موظفا في مستشفى عام، فما هي الجهة القضائية المختصة، هل هو القضاء الإداري باعتبار

الطبيب تابعا لمرفق عام أم القضاء العادي باعتبار الطبيب مستقلا في نشاطه الفني عن إدارة المستشفى؟

لقد ثار إشكال في فرنسا عن مساءلة المستشفى العام عن أخطاء الطبيب باعتبار المستشفى متبوعا، وذلك أن هذه المساءلة تقتضي توفر شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وهو الأمر الذي قد يصعب تحقيقه بالنظر إلى ما يتمتع به

الأطباء والجراحون من استقلال في ممارستهم لعملهم الفني، وهنا يثور التساؤل عن مدى توفر عنصري التوجيه والرقابة بين إدارة المستشفى والطبيب والتي يسأل بمقتضاها الأول عن خطأ الثاني.⁵

¹ - أنظر المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر 66-154، المؤرخ في: 18/صفر/1386، الموافق لـ 8/جوان/1966. الجريدة الرسمية، العدد 47، السنة الثالثة، مؤرخة في 9/جوان/1966 الموافق لـ 19/صفر/1386.

² - أنظر المادة الثامنة فقرة ثالثة من قانون الإجراءات المدنية.

³ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1426-1427.

⁴ - أنظر المادة 136 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05 - 10.

⁵ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 35-36.

ذهب رأي في الفقه إلى أن الإستقلال الذي يتمتع به الطبيب في ممارسة عمله يمنع تبعيته لشخص آخر إذا لم يكن طبيبا مثله، يستطيع أن يراقبه، بمعنى أن الطبيب إذا كان يمارس عمله لحساب شخص آخر غير قادر على مباشرة سلطة التوجيه والإشراف عليه في عمله الفني فإنه لا يكون تابعا له.¹

وقد وجد هذا الرأي صداه في بعض أحكام القضاء العادي الفرنسي، الذي استند في اختصاصه بنظر المسؤولية المدنية المترتبة على عمل الطبيب الممارس في مستشفى عام، على أساس أن الأطباء والجراحين بالمستشفيات العامة ليسوا تابعين للإدارة، وإنما يمارسون عملهم الفني بكل استقلال، وأن خطأهم المهني لا يرتبط بسير المرفق العام ومن ثم تختص المحاكم العادية بتقدير مسؤوليتهم.²

ولكن ذهب اتجاه آخر إلى أن هذا الاستقلال الفني للطبيب لا يمنع من خضوعه لرقابة إدارة المستشفى في أدائه لواجباته العامة التي تفرضها عليه الوظيفة، فمسؤولية الإدارة لا تقتصر على الموظفين بمعناهم الفني، بل أنها تشمل كل من يؤدي عملا لحسابها وتحت رقابتها وتوجيهها، فإدارة المستشفى تشرف على توجيه العام لأعمال الأطباء وتقسّم العمل بينهم ومواعيده وتصدر أوامر للأطباء يجب عليهم إتباعها وإلا وقعت عليهم الجزاءات التي تنص عليها اللوائح.³

وفي هذا الصدد قضت محكمة باريس في 01/جويلية/1972 بأن اختصاص القضاء الإداري بنظر المسؤولية عن أعمال الأطباء في مستشفى عام مناطه اشتراكه في أداء خدمات المرفق العام، ولا محل للوقوف عند مركزهم التنظيمي أو طريقة أداء أجهزتهم.⁴

وقد حسمت محكمة التنازع في فرنسا هذا الخلاف حيث قضت " بأن الدعوى التي يرفعها المريض أو خلفه ضد الطبيب أو الجراح الذي يعمل بالمستشفى العام لخطئه في أداء عمله الطبي لا يختص بها القضاء العادي، لأن مثل هذه الأخطاء، في حالة تبوئها، تكون مرتبطة بتنفيذ خدمة عامة يقع على عاتق كل من الأطباء والمرضين أداؤها ومن ثم يختص القضاء الإداري بمثل هذه الدعاوى، وهي تكون صالحة للحكم بتعويض المريض الذي لحقه الضرر، باعتبار أن الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام يعتبر موظفا عاما ليس بينه وبين مريضه أي عقد".⁵

واختصاص القضاء الإداري بدعوى المسؤولية المنوه عنها، مرهون بألا ينفصل خطأ الطبيب عن الخدمة التي يؤديها، كأن يرتكب خطأ شخصيا منفصلا عن أداء هذه الخدمة.^{6 7}

¹ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 323.

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 122. طاهري حسين، المرجع السابق، ص 36.

³ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 36-37.

⁴ - حكم محكمة باريس، في 01/جويلية/1972، أشار إليه: طاهري حسين، المرجع السابق، ص 37.

⁵ - قرار محكمة التنازع، في 25/مارس/1957، أشار إليه محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 123.

⁶ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 330.

⁷ - لا يعتبر منفصلا عن تلك الخدمة الخطأ المرتكب أثناء قيام الطبيب بعمله الفني، فهو ليس خطأ شخصيا، ولكن الأمر يختلف بطبيعة الحال إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الطبيب غريبا عن عمله داخل المرفق الصحي، مثل الأخطاء التي يرتكبها أطباء المستشفيات العامة خلال انشغالهم لحسابهم الشخصي، أي أثناء قيامهم بالجراحة لحسابهم. أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 124.

وفي نفس الإتجاه اعتبرت الأحكام القضائية في مصر أن الطبيب تابع لإدارة المستشفى، ويسأل هذا الأخير كمتبوع بالنسبة للأخطاء التي تقع من الطبيب أثناء تأديته لواجباته أو بسببها أو بمناسبة، وبالتالي يؤول الإختصاص بنظر الدعاوي المرفوعة ضد الأطباء الممارسين في مستشفى عام للقضاء الإداري.¹

وعلى النهج نفسه سار القضاء في الجزائر حيث استقر على إختصاص القضاء الإداري بنظر المسؤولية المترتبة عن الخطأ المرفقي للطبيب.

حيث أن المنظومة الوطنية للصحة في الجزائر تتكون من ثلاث مؤسسات استشفائية وهي: المراكز الاستشفائية الجامعية، القطاعات الصحية والمؤسسات الاستشفائية المتخصصة، وتعتبر هذه المؤسسات ذات طابع إداري محض حسب القوانين المنظمة لها، وبالتالي فإن القضاء الإداري هو المختص بالدعاوي التي ترفع من طرف المرضى ضد الأطباء الممارسين في المؤسسات المذكورة.² حيث قضت المحكمة العليا بمايلي: " تختص المجالس القضائية بالفصل ابتداءً بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أي كانت طبيعتها التي تكون إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها.

ولما ثبت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضوا على الطاعن (المستشفى الجامعي بوهران) بضمان دفع التعويضات نتيجة الأخطاء المهنية التي إرتكبتها الطبيبان إثر عملية جراحية مسبباً قرارهم بأن دعوى التعويض هي دعوى تبعية للدعوى الأصلية وأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وأن الإستثناء الوارد بالمادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية ما هو إلا تأكيد على مبدأ الإختصاص الكلي لقاضي الأصل بخصوص الدعوى التبعية، فإن تسيبهم هذا جاء مخالفاً للقانون لأن الدعوى التبعية المتعلقة بالمسؤولية المدنية للمراكز الإستشفائية الجامعية بإعتبارها مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بشخصية معنوية وبإستقلال مالي يرجع إختصاص الفصل فيها إلى المجلس القضائي -الغرفة الإدارية- كدرجة أولى طبقاً لنص المادة المذكورة أعلاه وأن الإستثناء الوارد على هذه القاعدة منصوص عليه في المادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والمادة 3/3 من قانون الإجراءات الجزائية. ومتى كان كذلك إستوجب النقض." ³

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في تقدير عناصر المسؤولية الطبية.

ذكرنا في ما سبق أن مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية تقوم على ثلاثة شروط: الخطأ، الضرر وعلاقة السببية، ويخضع تقدير هذه العناصر لسلطة قاضي الموضوع. وعليه يمكننا أن نتساءل عن مدى حرية قاضي الموضوع في تقدير وفحص هذه العناصر.

إجابة على هذا التساؤل ارتأينا تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير الخطأ الطبي.

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114، وأنظر الأحكام المشار إليها في الصفحة 114-115.

² - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 58-59.

³ - قرار المحكمة العليا (غرفة الجرح والمخالفات)، في: 20/أكتوبر/ 1998، ملف رقم 157555، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1998، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص 146.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الضرر.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير علاقة السببية.

الفرع الأول:

سلطة القاضي في تقدير الخطأ الطبي.

رأينا فيما سبق أن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع على عاتق المريض، فلا يحق لقاضي الموضوع أن يقوم بإثبات ما يجب على المريض إثباته، بل يقوم القاضي بالتحقق من حدوث الوقائع التي أثبتتها المريض المضروور على الطبيب، وأن يتثبت من انطباق وصف الخطأ على تلك الوقائع، وذلك بعرضها على معيار الخطأ لمعرفة ما إذا كان من الممكن استنباط خطأ الطبيب منها.¹

وقد يقوم القاضي بتقدير الخطأ بنفسه، إذا تعلق الإثبات ببعض الأعمال الطبية الظاهرة، كما في أحوال عدم إعطاء المريض حقنة البنج أو عدم تعقيم الأدوات الطبية المستعملة في الجراحة، أو في حالة نسيان بعض هذه الأدوات في جسم المريض بعد إجراء العملية، وهذه الحالات هي ما يطلق عليها الفقه الأخطاء العادية.²

أما فيما يتعلق بالمسائل الفنية المتصلة بالأعمال الطبية التي تنتمي للفن الطبي، فإنه ليس من السهل على القاضي أن يتبين خطأ الطبيب بنفسه كما هو الحال في الأخطاء العادية التي أسلفناها، وينبغي عليه أن لا يقحم نفسه في تقدير الخطأ الناتج عن الأعمال الفنية، وله في هذا الصدد أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء لدراسة الحالة محل النزاع، وتقديم تقرير حولها، وعلى ضوء ذلك يستطيع استخلاص خطأ الطبيب من عدمه.³

ولكي يكون تقرير الخبير معولاً عليه من قبل القاضي في حكمه وجب أن يراعي فيه الشروط الشكلية، والموضوعية، لأن عمل الخبير هو عمل علمي بحت ينتقل من الميدان العلمي إلى الميدان القانوني، وعلى هذا تتحدد مهمة الخبير الفني التي يجب أن تنحصر في تقدير الناحية الفنية البحتة دون الأخطاء الظاهرة الواضحة التي لا تحتاج إلى توغل من رجال القانون لكي يكشف عنها، بل لا بد على القاضي أن يقوم بتحقيق الوقائع بعين الاعتبار، ويدرس كافة الاستدلالات الواضحة قبل تسليم المهمة للخبير الفني.⁴

ولقد جرى العمل في المحاكم على انتداب الطبيب الشرعي لفحص المريض أو تشريح الجثة لبيان ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ أصلاً، والغالب في هذه الأحوال أن يستعين الطبيب الشرعي بأخصائي لمعاونته في أداء مهمته كأساتذة كلية الطب المتخصصين في الجراحة التجميلية.⁵

إلا أنه ينبغي ملاحظة أن الخبير وإن كان يساعد القاضي في استنباط الخطأ في المجال الطبي، سواء في المسائل التطبيقية أم في الأخلاق الطبية إلا أن القاضي يستقل بالتكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب.⁶

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 185.

² - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 238.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 186.

⁴ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1432.

⁵ - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1432.

⁶ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 186.

لذلك فإن القاضي ليس ملزماً بالأخذ برأي الخبراء ، إذا قدر أنه يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعاً من الناحية القانونية. ولكن للقاضي أن يأخذ بتقارير الخبراء، وإن تعارض-رأي أحدهم عن رأي غيره- إذا اقتنع بأنها واضحة الدلالة على خطأ الطبيب¹.

وللمحكمة أن تستعين بالقرائن القضائية لاستخلاص خطأ الطبيب عندما يتعلق الأمر بمسألة مسلم بها في العلوم الطبية، مثل وجوب اتخاذ بعض الاحتياطات لمنع تلوث الجرح في العمليات الجراحية، إذ يمكن للمحكمة هنا أن تستخلص قرينة من تلوث الجرح على إهمال الطبيب في اتخاذ الاحتياطات اللازمة². ولكن لا يصح أن يعتبر مجرد تنازل الطبيب عن اتعابه في جراحة فاشلة قرينة على اعترافه بخطئه، ما لم يكن هذا التنازل مقترناً بوقائع أخرى دالة على وقوع الخطأ³.

أما فيما يتعلق بشهادة الشهود فإنه لا يستساغ التعويل عليها كثيراً، بسبب جهلهم بالمسائل الطبية⁴. إلا أن هناك من يرى بأن المريض يستطيع الاستعانة بالشهود لإثبات خطأ الطبيب ، ففي حالة أن كان الشهود من زملاء الطبيب أو العاملين معه، فإن للمحكمة التعويل على أقوالهم مع الإقلال من الاعتماد على أقوال الشهود من أقرباء المريض، بسبب رابطة القرابة التي لا تخلو من الغرض⁵.

كما أن للقاضي أن يأخذ بالكتابة كدليل إثبات خطأ الطبيب، من خلال ملف المريض الطبي وما يحويه من تقارير وفحوصات وتحليلات وتواريخ للفحوص التي تم إجراؤها للمريض والتي قد تبين مدى إهمال الطبيب، وفي هذا الاتجاه أدانت اللجنة الطبية الشرعية في مدينة الرياض طبيبا لإحاقه الضرر بأحد المرضى بسبب عدم إجراءه لفحص كان ينبغي أن يجريه، ولم يتم العثور عليه في ملف المريض الطبي⁶.

ويستقر قضاء المحكمة العليا على أن تحقق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله يعد من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب لتقديره، إلا أن وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا⁷.

فاستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائعا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى.

ولكن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف فإنه يعد من المسائل التي يخضع فيها قضاء هذه المحكمة لرقابة محكمة النقض⁸.

1 - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 64 .

2 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 185 .

3 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 406، وقد أشار إلى قرار محكمة استئناف باريس في 20/فيفري/1946.

4 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 405

5 - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 240. ويرى أن الأمر المستغرب هو كيف يمكن التعويل على شهادة زملاء الطبيب، ولا يعول كثيرا على شهادة أقرباء المريض. ذلك أن روح المحاباة والغرض إن وجدت، فهي موجودة في الحالتين.

6 - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 240.

7 - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 62 .

8 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 183 - 184 .

الفرع الثاني:

سلطة القاضي في تقدير الضرر.

الضرر أمر مادي ومن ثم فيجوز إثبات وقوعه بكافة الطرق، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه (المريض).¹ ويستقل قاضي الموضوع بتقدير ثبوت أو نفي الوقائع المكونة للضرر سواء كان ماديا أو أدبيا.² أما تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكييف نوعه، كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع للرقابة.³ ومن هنا فإن كون الضرر مساسا بحق أو مصلحة مشروعة، أو تكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبلي أو احتمالي، والقول بانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة أو عدم انتقاله إلا إذا اتفق عليه أو طُلب به قضائيا قبل وفاة المضرور، كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.⁴

الفرع الثالث:

سلطة القاضي في تقدير علاقة السببية.

يجب على القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية أن يراعي عند استخلاصه للقرائن منتهى الحيطة والحذر، وأن يعرف الحدود التي يقصر عليها استنتاجه وتقديره، بحيث لا يقحم نفسه في مسائل فنية يجب أن يبقى بحثها مقصورا على أهل الخبرة، الذين يقع على القاضي إختيارهم من الأطباء المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة، وبعد ذلك تحدد لهم المحكمة المهمة الطبية بكل دقة، وعلى الخبير أن يجيب على الأسئلة حسب المهمة الموكولة إليه بكل وضوح ودقة، وله الاستعانة بذوي الخبرة والفن ليسترشد بمعلوماتهم فيما يعسر عليه أثناء القيام بمهمته، كما هو الحال بالاستعانة بخبير أشعة لقراءة الصور الشعاعية.⁵

وبشأن الخبرة قضت محكمة PEAU الفرنسية بأنه يمكن الاستعانة بأهل الخبرة، للتأكد من وجود علاقة السببية عند ما يتوفى المريض أثناء إجراء العملية الجراحية، على إثر توقف القلب نتيجة لعدم قيام الطبيب بالفحص البيولوجي قبل العملية، وعدم وجود الأدوية الخاصة بالعلاج في العيادة الطبية.⁶

ويرى بعض الفقه أن يترك استخلاص علاقة السببية لشعور القاضي، وهو رأي ((بلانبول)) و((ريبير)) و((ايسمان)) في مطول القانون المدني.⁷

ويقول الفقيه ((سافاتيه)): ((إن على القاضي أن يستخلص علاقة السببية، من قرائن ودلائل متفقة، ويضيف بأن السببية ليست بالشيء الذي يرى أ ويلمس، وإنما يستنتجها الفكر من ظروف الواقع، ثم يضيف أن القاضي حر في عقيدته - والمقصود هنا قاضي الموضوع - إذ أن رقابة محكمة النقض تنحصر في التحقيق في أن أسباب الحكم تظهر بوضوح علاقة

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 169 .

2 -عزالدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1417.

3 -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص169. عز الدين، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1417. عدلي خليل، المرجع السابق، ص 141 .

4 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص169-170.

5 - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 393.

6 - حكم محكمة PEAU الفرنسية، في 12/مارس/1953، أورده: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 177.

7 -عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 304 .

سببية كافية بين الخطأ والضرر ، و لقاضي الموضوع أن يقدر ما إذا كان مجموع القرائن يكفي لإثبات علاقة السببية ، وهو في ذلك يلجأ للبحث عن العلاقة المنطقية التي يرى أنها تربط المصادفات المتوالية طبقاً لعناصر الدعوى¹. وفي هذا الصدد أكدت محكمة النقض الفرنسية تأييد استخلاص قضاة الموضوع لخطأ الطبيب من خلال ما أصاب المريض من إضطرابات مستمرة على إثر وضع عضو زائد له ، حيث توصل قضاة الموضوع من مجموع القرائن المحددة والمتطابقة إلى تأكيد أن ما أصاب المريض من شلل ، إنما قد نشأ عن عدم اتخاذ احتياطات كافية عند إجراء التدخل الجراحي².

و استخلاص علاقة السببية بين الخطأ و الضرر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ، و لا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا إلا بالقدر الذي يكون فيه استخلاصه غير سائغ³.

المطلب الثالث:

جبر الضرر في المسؤولية الطبية.

إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية عما لحق المريض من ضرر فإنه يتعين على القاضي أن يلزم المتسبب في حدوث الضرر تعويضاً للمضرور. و هذا هو المعنى الذي قصدته المادة 124 من القانون المدني التي تنص على ما يلي **«كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض»**⁴. و السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يتم التعويض ؟ مدى حرية القاضي في تقدير التعويض ؟ وما هو وقت تقدير التعويض ؟

سنحاول الإجابة على هاته التساؤلات من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: طريقة التعويض.

الفرع الثاني: تقدير التعويض.

الفرع الثالث: وقت تقدير التعويض.

الفرع الأول:

طريقة التعويض.

أشارت المادتان 131 و 132 من القانون المدني المعدلتان بالقانون 05-10 إلى طريقة التعويض، و التي استفاد منها أن التعويض إما يكون عينياً و إما أن يكون نقدياً.

أ- التعويض العيني: La réparation en nature

¹ - بسام محتسب الله ، المرجع السابق، ص 258 ، عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 305-306 .

² - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 12/ نوفمبر/1968، أشار إليه: طلال عجاج، المرجع السابق، ص 395-396.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 216. عدلي خليل، المرجع السابق، ص 144.

⁴ - أنظر المادة 124 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10.

التعويض العيني هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قيل وقوع الفعل الضار، و ذلك كأن يأمر القاضي بعلاج المضرور على نفقة المسئول عن الضرر،¹ أو يأمر بإعادة إجراء الجراحة التجميلية من نفس الجراح أو غيره ، و هذا ما أكدته حكم محكمة السين الصادر بتاريخ 11/ماي/1965 ، حيث أكد تقرير الخبرة الطبية أن سوء نتيجة عملية إعادة تشكيل الأنف يمكن إصلاحها بعملية بسيطة و سريعة، و عليه فقيام نفس الجراح أو غيره بالتدخل التصليحي كفيل بإنهاء النزاع.² و القاضي ليس ملزما أن يحكم بالتنفيذ العيني، و لكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكنا ، و طالب به الدائن، فلا يجوز إكراه مريض على أخذ علاج ما أو الخضوع لعملية جراحية ما.³ ولكن نظرا لأن التعويض العيني يبدو أمرا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، فإن الغالب هو أن يكون التعويض نقديا.⁴

ب- التعويض النقدي: la réparation pécuniaire

و يتمثل في البديل النقدي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق المريض،⁵ فكل ضرر (حتى الضرر الأدبي) يمكن تقويمه بالنقد، و الأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا مجمدا يدفع للمضرور دفعه واحدة أو أقساطا، و إما أن يكون إيرادا مرتبا له مدى الحياة أو مدة معينة.⁶

و يتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المريض ، فلا يزيد عن الضرر و لا يقل عنه.⁷ و قد نصت المادة 132 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10 على مايلي: « يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، و يصبح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصبح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

و يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلي ما كانت عليه....[X].⁸

ويعتبر التعويض النقدي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية الطبية، حيث قضت المحكمة العليا بإلزام مستشفى قلمة بأدائه مبلغ 200.000 دج كتعويض عن جميع الأضرار نتيجة الأخطاء التي إرتكبها الطبيب التابع له أثناء إجراءاته عملية جراحية، حيث قضت بمايلي: "حيث أنه نظرا لنسبة العجز الجزئي الدائم ونظرا لمدة العجز المؤقت عن العمل ونظرا للأضرار الأخرى، يتعين إذن رفع المبلغ الممنوح إلى 200.000 دج عن كافة الأضرار".⁹

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 187.

² - حكم محكمة السين، في: 11/ماي/1965، أشار إليه:

Daniel Rouge, Louis Arbus, Michèl Costagliola, op,cit, P116-117.

³ - Isabelle Bessières- Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, op,cit, P 179.

⁴ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 54.

⁵ - محمد فهرشقة، المقال السابق، العدد الخامس، 143.

⁶ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 266.

⁷ - قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 8/فيفري/1989، ملف رقم 58012، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص 14.

⁸ - أنظر المادة 132 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10.

⁹ - قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) بتاريخ 20/جويلية/1997، ملف رقم 122754، (غير منشور).

الفرع الثاني:

تقدير التعويض.

نطاق التعويض يتحدد على أساس الضرر الذي لحق المضرور.¹ و الضرر حسب نص المادة 182 من القانون المدني فقرة أولى هو ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب.²

و كما ذكرنا سابقا فإن التعويض يقتصر على الأضرار المباشرة ولا يمتد إلى الأضرار غير المباشرة.³ و يراعي القاضي في تقدير التعويض كما تقضى المادة 131 من القانون المدني الظروف الملازمة لوقوع الضرر، أي الظروف الشخصية للمضرور مثل جنسه و عمره و مهنته.⁴

و غالبا ما يستعين القاضي برأي أهل الخبرة في تقدير الضرر و يكون تقرير الخبير أساسا صالحا للفصل في الدعوى.⁵

و إذا تعدد المسؤولون عن إحداث الضرر فإنهم يكونون جميعا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر.⁶

و تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لقاضي الموضوع، فهذا يعد من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها.⁷ أما تعيين تعيين العناصر المكونة قانونا للضرر و التي يجب أن تدخل في حساب التعويض فيعد من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع.⁸

و تستلزم الدوائر المدنية لمحكمة النقض أن تبين محكمة الموضوع في حكمها عناصر الضرر الذي قضت من أجله بالتعويض، و أن تناقش كل عنصر منها على حده، و أن تبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته، وإلا كان الحكم مشربا بالقصور المبطل.⁹

و يؤيد الفقه القضاء المدني لأنه يضمن بأن كل عنصر من عناصر الضرر كان محل فحص و تمحيص من المحكمة و يجعل تقديرها أقرب إلى العدالة.¹⁰

الفرع الثالث:

وقت تقدير التعويض.

إذا كان الحق في التعويض ينشأ منذ استكمال شروط المسؤولية، و بصفة خاصة منذ وقوع الضرر، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور حكم القاضي، فهذا الحكم لا ينشئ الحق بل يكشف عنه. و الحكم و إن لم يكن مصدر الحق في التعويض، إلا أن ثلوه أ محسوسا في هذا الحق، فهو الذي يحدد عناصره و طبيعته و يجعله مقوما بالنقد.¹

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 268.

² - أنظر المادة 182 من القانون المدني فقرة أولى.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 269.

⁴ - Isabelle Bessières- Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, op,cit, P 179.

⁵ - Isabelle Bessières- Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, op,cit, P 180.

وأنظر أيضا: منذر الفضل، المرجع السابق، ص 55.

⁶ - أنظر المادة 126 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10.

⁷ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 187.

⁸ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 64.

⁹ - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 145.

¹⁰ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 65.

ويثير تقدير التعويض عن الضرر في المسؤولية الطبية صعوبات خاصة فيما يتعلق بالوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، إذ أن الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيراً و قد لا يتيسر تعيين مدها تعيناً نهائياً وقت النطق بالحكم.²

فتنص المادة 131 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05 - 10 على ما يلي: «فإن لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدر التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير [X].»³

أما إذا كان الضرر متغيراً، فإن محكمة النقض المصرية تقضي بأنه يتعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار عليه عند الحكم، مراعيًا التغير في الضرر ذاته، من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسؤول أو نقص كلًا ما كان سببه. و مراعيًا كذلك التغير في قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد و انخفاضه و بزيادة أسعار المواد اللازمة لا صلاح الضرر أو نقصها. ذلك أن الزيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها إلى الخطأ و النقص أيا كان سببه غير منقطعي الصلة به، أما التغير في قيمة الضرر فليس تغيراً في الضرر ذاته.⁴

و تأكيداً لهذا المعنى قضت المحكمة النقض الفرنسية بأن للمضروب الحق في التعويض الكامل الجابر، و لذلك يجب أن يقدر التعويض وفقاً لقيمة الضرر في يوم النطق بالحكم، كما يجب عند إجراء هذا التقدير مراعاة زيادة الأسعار التي حدثت قبل الحكم.

و تضيف ذات المحكمة ما يلي: لذلك تعين على المحكمة الاستثنائية أن تدخل في اعتبارها عند تقدير التعويض زيادة قيمة الضرر تبعاً لانخفاض قيمة النقود في الفترة بين حكم أول درجة و الحكم الاستثنائي.⁵

و من هنا يراعي القاضي في تقدير التعويض النقدي، قيمة الضرر يوم إصدار حكمه، و مدى تغير قيمة النقد و قوته الشرائية، حتى يكون التعويض راجعاً للضرر بصفة حقيقية.⁶

فإذا كانت قيمة النقود تتدهور بصفة مستمرة، فإن مقتضيات العدالة إزاء تلك التطورات الاقتصادية، تقتضي عدم التقيد بمبدأ القيمة الاسمية للنقود أي قيمتها العددية، أي يجب الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر، بحيث يزداد التعويض في مقداره بقدر الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر (إجراء جراحة أخرى أو شراء أدوية في المستقبل).⁷ و هذا ما راعته محكمة النقض الفرنسية و ذلك في بتحديدتها للتعويض المحكوم به في صورة إيراد دوري بتغير قيمته بتغير قيمة النقود، و هذا يسمح بمسايرة التعويض في مقداره لقيمة الضرر وفقاً لقيمة النقد الذي يقدر به.⁸

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 812 و ص 814.

² - عدلي خليل، المرجع السابق، ص 145.

³ - أنظر المادة 131 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10.

⁴ - قرار محكمة النقض المصرية، في: 17/أفريل/1947، أشار إليه: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 189-190.

⁵ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 24/مارس/1942، أشار إليه: طاهري حسين، المرجع السابق، ص 69.

⁶ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 274.

⁷ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 190.

⁸ - قرار محكمة النقض الفرنسية، في: 17/أفريل/1975، أشار إليه: طاهري حسين، المرجع السابق، ص 69.

و بعد كل الذي أسلفناه فيما يخص طريقة التعويض، سلطة القاضي في تقدير التعويض و وقت تقدير التعويض، بقي أن نشير في الأخير إلى أن دعوى التعويض تسقط بانقضاء خمس عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار.¹ حيث قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رفض دعوى الطاعن، وذلك لتقدمها خارج الآجال المحددة قانونا، حيث قضت بمايلي: "حيث أنه يستخلص من المستندات والوثائق المدفوعة في الملف أن المستأنف قد أدخل للمستشفى الجامعي بن باديس بقسنطينة خلال 02/سبتمبر/1978 من أجل كسر في الساق الأيسر وقد غادر المستشفى في 09/نوفمبر/1978 بعد بتر هذا الساق. وطالما أن الأمر يتعلق بدعوى المسؤولية فكان على المستأنف أن يرفع دعواه في أجل 15 سنة المنصوص عليه في المادة 308 من القانون المدني.

وأنه يرفع دعواه 17/أوت/1994 فإنه قدمها خارج هذا الأجل. وأنه يتعين نتيجة لذلك تأييد القرار محل الاستئناف".²

الخاتمة:

إن ختام ما يمكن أن نخلص إليه من خلال دراستنا هذا الموضوع هو أن التطور الحديث في المجال الطبي أدى إلى اتساع مفهوم العلاج، إذ لم يعد مقصورا على المعنى التقليدي الذي يقصد به الشفاء المريض من أمراض أو إصابات معينة في الجسم وأجهزته المختلفة. بل تعداه ليشمل الآلام النفسية، وكل ما يحقق راحة وسعادة الإنسان لأسباب نفسية أو فنية أو اجتماعية وذلك من خلال اللجوء إلى بعض الأساليب الفنية الحديثة. وفي ظل حضارة مادية تقيم للمظهر الخارجي للإنسان الوزن الأكبر، أقبل الكثير على تحقيق ذلك الهدف من خلال عمليات جراحية لا غاية علاجية محضة فيها، وإنما بهدف إضفاء الطابع الجمالي على صاحبها، ومن هنا أصبحت الجراحة التجميلية واقعا كثيرا ما يعرض المقدمين عليها إلى الأخطار مما وضع فقهاء القانون ورجال القضاء في موقع حرج يجب أن يوازنوا فيه بين وجوب الاعتراف بالجراحة التجميلية كواقع أملتته الحياة من خلال اللجوء الإرادي إليه بالرغم مما

¹ - أنظر المادة 133 من القانون المدني المعدلة بالقانون 10/05.

² - قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، بتاريخ 08/ديسمبر/1997، ملف رقم 245640، (غير منشور).

قد ينجر عليه من أخطار، وبين وجوب حماية الأشخاص من مثل هذه الأخطار ولو توفر رضائهم، إذ أن الرضا وحده غير مجد لإضفاء المشروعية على عمل فيه احتمال تسبب الضرر ما دام قصد العلاج غائباً.

ولقد تمت هذه الموازنة فعلاً على مستوى القضاء الفرنسي إذ انتقل من لا مشروعية هذا العمل قبل 1931 ليصبح عملاً مشروعاً، ولكن بأسلوب فيه من التشدد ما يحقق الحماية للمقبلين على مثل هذه العمليات، فهذه الأخيرة تجري في ظروف متأنية و يكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر مما يستدعي شروطاً خاصة في رضائه وتبينه لجوانب العملية المرجوة، كما يشترط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص، وأن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها وليست محلاً للتجارب، وأن يراعي التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها.

كما يظهر وجه التشدد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي من جهة، وفي التزام الطبيب بإعلام المريض من جهة أخرى، ويبدو التشدد أيضاً في تقدير المحاكم لفكرة خطأ جراح التجميل كتوسعة في تحديد الخطأ الفني.

وقد واكب المشرع الفرنسي هذا التطور على مستوى القضاء فأصدر من القوانين ما ينظم هذا المجال من خلال قانون 2002-303 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية، الأمر 2005-776 المتعلق بشروط الترخيص لمنشآت جراحة التجميل، وكذلك الأمر 2005-777 المتعلق بمدة التفكير والشروط التقنية لسير و عمل منشآت الجراحة التجميلية.

وعلى النهج نفسه سار القضاء المصري.

أما المشرع الجزائري فقد بقي بعيداً عن مواكبة هذا التطور رغم أن الواقع الطبي في الجزائر - ومنذ فترة ليست بالقصيرة - كان يفرض عليه أن يسارع إلى تنظيم هذا المجال من خلال نصوص قانونية خاصة وواضحة، وألا يكتفي بسن القواعد العامة التي تبقى مجرد نصوص للاستئناس. لأن غياب النصوص الدقيقة و المحددة لضوابط المهنة و بالتالي للمسؤوليات كفيل بتضييع الحقوق وحملها على المظنة والتأويل بدل الدقة واليقين. ففي هذا المجال لا نجد سوى المادة 198 من قانون حماية الصحة و ترفيتها والتي بالرغم من اتخاذها سنداً لتحميل المسؤولية لكل طبيب غير مختص يقدم على إجراء عملية تجميلية ولو كان جراحاً، إلا أن هذه المادة غير كافية إذ يمكن أن تفسر لصالح المختص في الجراحة العامة ولو لم يكن مختصاً في جراحة التجميل، إذ أن الجراحة العامة تدرج في الاختصاص وليس في الطب العام .

وبهذا تبقى عدم مسايرة المشرع الجزائري لتطور الجراحة التجميلية من النقائص التي يجب أن يبادر إلى تداركها مثل ما فعل في مجالات أخرى فرضتها الحاجة والتطورات الحديثة في المجال الطبي كنقل الأعضاء وزراعتها وذلك في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترفيتها من خلال المواد 161-168، وكذلك التجارب الطبية العلمية أين نص على إباحتها وذلك من خلال القانون 17/90 المعدل لقانون حماية الصحة و ترفيتها، وهذا على الرغم من ضيق هذا المجال مقارنة بمجال الجراحة التجميلية.

ولكن هناك شيء في الأفق يوحي بأن المشرع سيلتفت قريباً إلى تنظيم هذا المجال وهذا بالنظر إلى الملتقيات التي عقدت في مجال الجراحة التجميلية وآخرها ملتقى 26 و27 نوفمبر 2005 الذي نظمه جراحوون جزائريون مختصون في الجراحة التجميلية حاصلون على شهادات اختصاصهم من الخارج بالتنسيق مع أساتذة أجنبية (من فرنسا) في هذا الاختصاص. إن مثل هذه الملتقيات لا بد وأن تلفت الانتباه أولاً على مستوى تكوين الأطباء المختصين في الجراحة التجميلية، ثم على مستوى التنظيم القانوني لهذه المهنة وبالتالي تحديد المسؤوليات بصورة واضحة تتماشى وخصوصيتها السالفة الذكر.

كما أن على القضاء أن يساهم في مواكبة هذا التطور ومسايرة الجديد وخاصة في ظل الواقع الذي جعل من الجراحين
العامين يكتسحون الميدان رغم افتقارهم للكفاءة الفنية مما يعرض زبائنهم لخطر الأخطاء الطبية.
كما نقترح و لضمان الحماية الكافية للمريض خاصة في ميدان الطب الخاص وضع صناديق خاصة على مستوى شركات
التأمين تتكفل بتعويض المرضى المصابين من جراء أخطاء طبية تجميلية تسهيا لقبض تعويضهم، وبإنشاء هذه الصناديق
يمكن أن نتفادى المخاطر والصعوبات الكثيرة التي أصبحت تحيق بمهنة جراحة التجميل، وبرجال هذه المهنة، والتقليل من
الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء أمام القضاء الذي تثقل كاهله، فنترك أصحاب البديل البيضاء بمضون لتأدية رسالة الطب
بكل حرية واستقلال، وعدم تخوفهم من مخاطر المسؤولية التي تترتب بممارسة هذه الجراحة.

الملاحق:

الملحق الأول: نموذج تقدير تفصيلي للخدمات المقدمة، ومصاريف الأتعاب، الهدف منه

مساعدة الشخص على اتخاذ القرار.

الملحق الثاني: نموذج يوضح تبادل الرضا بين جراح التجميل والشخص المقدم على العملية.

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر:

1. الإمام الحافظ أبو العلاء محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
2. الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المجلد الرابع، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، طبعة جديدة، الطبعة الأولى، 1422 هـ، 2001 م.
3. الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المجلد السادس، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، طبعة جديدة، الطبعة الأولى، 1422 هـ، 2001 م.
4. الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، المجلد السابع، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، طبعة جديدة، الطبعة الأولى، 1422 هـ، 2001 م.
5. الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري، مختصر صحيح مسلم، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، 1411 هـ.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية.

I. الكتب:

■ الكتب العامة:

1. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
2. حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، 1957.
3. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
4. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الملحد الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان، الطبعة الخامسة، 1988.
5. عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.
6. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
7. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
8. عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم الكتاب، القاهرة، 1979.
9. عزالدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، الطبعة السابعة، 2002.
10. عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأول، القاهرة، الطبعة الثانية، 1988.
11. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 1989.
12. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1993.
13. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 1998.

■ الكتب الخاصة:

1. إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003.

2. السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005.
3. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1984.
4. جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
5. راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، دار الأندلس، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1981.
6. زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 1997.
7. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
8. طالب عبد الرحمان، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2001.
9. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2004.
10. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
11. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
12. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، الطبعة الأولى، 1967.
13. عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1989.
14. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2001.
15. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
16. محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، الطبعة الأولى، 1999.
17. محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة.
18. منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1995.

II. الرسائل:

1. أحلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.
2. جربوعة منيرة، الخطأ الطبي بين الجراحة العامة وجراحة التجميل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.
3. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2004-2005.

4. سعيدان أسماء، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003.
5. عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004-2005.
6. عشوش كريم، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.
7. عيموس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003.
8. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالمدينة، مكتبة الصحابة، السعودية، 1992.
9. مكرلوف وهيبه، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004 - 2005.

III. الأبحاث القانونية:

1. توفيق خير الله، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
2. جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
3. عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

IV. المجالات والمقالات:

1. بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الثالث، الجزء 31، 1993.
2. جيلالي تشوار، الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي والاستنساخ البشري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الرابع، الجزء 36، 1998.
3. ريس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، مجلة المحامي، العدد الرابع، السنة الأولى، سيدي بلعباس، 2005.
4. صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، دار القصبه للنشر، الجزائر.
5. عبد السلام الترماني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981.
6. عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981.

7. علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الرقم الثالث، الجزء 36، 1998.
8. محمد فخر شقفة، المسؤولية المدنية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد الثالث والرابع، سنة 1971.
9. محمد فخر شقفة، المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد الخامس، سنة 1971.
10. محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الأول، السنة الثالثة، جامعة الكويت، 1979.
11. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981.
12. يوسف الكيلاني، سر المهنة الطبية، مجلة الحقوق والشرعية، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة الكويت، 1981.
13. المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1992، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر.
14. المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1996، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1998.
15. المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.
16. المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2001، دار القصبية للنشر، الجزائر.

V. النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 جوان سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية. الجريدة الرسمية، العدد 47، السنة الثالثة، مؤرخة في 19 صفر 1386 الموافق لـ 9 جوان 1966.
2. أمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 جوان سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد 48، السنة الثالثة، مؤرخة في 20 صفر 1386 الموافق لـ 10 جوان 1966.
3. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 جوان سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد 49، السنة الثالثة، مؤرخة في 21 صفر 1386 الموافق لـ 11 جوان 1966.
4. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد 78، السنة 12، مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975.
5. قانون 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية، العدد 24، السنة 21، مؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق لـ 12 جوان 1984.
6. قانون 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية، العدد الثامن، السنة 22، مؤرخة في 27 جمادى الأولى 1405 الموافق لـ 17 فيفري 1985.

7. قانون 90-11 مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل. الجريدة الرسمية، العدد 17، السنة 27، مؤرخة في 1 شوال 1410 الموافق لـ 25 أبريل 1990.
8. قانون 90-17 مؤرخ في 9 محرم 1411 هـ الموافق لـ 31 جويلية 1990 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. الجريدة الرسمية، العدد 35، السنة 27، مؤرخة في 24 محرم 1411 الموافق لـ 15 أوت 1990.
9. المرسوم التنفيذي 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب. الجريدة الرسمية، العدد 52، السنة 29، مؤرخة في 7 محرم 1413 الموافق لـ 8 جويلية 1992.
10. المرسوم التنفيذي 97-465 مؤرخ في 2 شعبان 1418 الموافق لـ 2 ديسمبر 1997 المتعلق بإنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها. الجريدة الرسمية، العدد 81، السنة 34، مؤرخة في 10 شعبان 1418 الموافق لـ 10 ديسمبر 1997.
11. أمر 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة. الجريدة الرسمية، العدد 15 السنة 42 مؤرخة في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005.
12. قانون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 الموافق لـ 13 جمادى الأولى 1426، يعدل ويتمم الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية، العدد 44، السنة 42، مؤرخة في 19 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 26 جوان 2005.

VI. القرارات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية)، بتاريخ 08 فيفري 1989، ملف رقم 58012، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1992، ص 14.
2. قرار المحكمة العليا (غرفة الجرح والمخالفات)، بتاريخ 30 ماي 1995، ملف رقم 118720، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1996، ص 179.
3. قرار المحكمة العليا (غرفة الجرح والمخالفات)، بتاريخ 20 أكتوبر 1998، ملف رقم 157555، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998، ص 146.
4. قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، بتاريخ 20 جويلية 1997، ملف رقم 122754، (غير منشور).
5. قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، بتاريخ 08 ديسمبر 1997، ملف رقم 245640، (غير منشور).

ثانيا: باللغة الفرنسية.

I. ouvrages généraux :

1. michele -laure rassat, la responsabilite civile, presses universitaires, france, 3^{eme} editions, 1973.
2. patrice jourdain, les principes de la responsabilite civile, dalloz, paris, 5^{eme} édition, 2000.

II. Ouvrages spéciaux :

1. Angelo Castelletta, responsabilité médicale, droits des malades, Dalloz, Paris, 2002.
2. Cyril clément, La responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé, les études hospitalières éditions, 2001.
3. Daniel Rouge, Louis Arbus, Michèl Costagliola, responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique, Arnette, Paris, 1992.
4. Edouard Mahe, sylvie poignonec, jacques soudant, georges lamas, regard et paupières apport de la chirurgie esthétique, les monographies wagram, N° 28, CCA, éditions 1999.

5. Gerard Memeteau, le droit médical, édition LITEC, Paris, France, 1985.
6. Gilles Devers, Pratique de la responsabilité médicale, éditions ESKA, 2000.
7. Isabelle Bessières - Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, Précis d'évaluation de dommage corporel, l'argus éditions, 1997.
8. Jean Penneau, la responsabilité du médecin, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1996.
9. M. Akida, la responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994.
10. M.M. Hannouz et A.R. Hakem, Précis de droit médical, office des publications universitaires, Alger, 1992.
11. Ossoukine Abdelhafid, Traité de droit médical, publications du laboratoire et recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003.
12. René et Jean Savatier, Jean Maire Auby, et H. Pequignot, traité de droit médical, éditions techniques, France, Paris, 1956.

III. Revues et périodiques :

1. Hanifa ben Chaabane, le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, N° 04, volume 33, année 1995.
2. Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, 440-1, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993.
3. Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, 440-2, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993.
4. Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, 440-3, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993.

IV. Textes législatifs :

1. Code civil Français.
2. Nouveau code de déontologie médicale.
3. Loi N° 2002 -303 du 4 Mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. JO 5 mars 2002 et modifiant le code de la santé publique.
4. -Décret N° 2005 – 776 du 11 juillet 2005 relatif aux conditions d'autorisation des installations de chirurgie esthétique et modifiant le code de la santé publique
5. -Décret N° 2005 – 777 du 11 juillet 2005 relatif à la durée du délai de réflexion prévu à l'article L 6322-2 du code de la santé publique ainsi qu'aux conditions techniques de

fonctionnement des installations de chirurgie esthétique et modifiant le code de la santé publique.

الفهرس

المقدمة.....	ص1
الفصل الأول: الخصوص القانونية القانوية لجراحة التجميل.....	ص3
المبحث الأول: جراحة التجميل بين الحظر والإباحة.....	ص4
المطلب الأول: ماهية جراحة التجميل.....	ص4
الفرع الأول: التعريف بجراحة التجميل.....	ص4
الفرع الثاني: أنواع جراحة التجميل.....	ص6
1- جراحة تجميل ترميمية.....	ص6
2- جراحة تجميل تحسينية.....	ص6
الفرع الثالث: أسباب جراحة التجميل.....	ص8
1- طبيعة المهنة.....	ص8

2- اضطرابات نفسية.....ص 8

3- تحسين الشكل الخارجي للإنسان.....ص 9

المطلب الثاني: جراحة التجميل في القانون

المقارن.....ص 9

الفرع الأول: جراحة التجميل في التشريع المقارن.....ص 9

الفرع الثاني: جراحة التجميل في القضاء المقارن.....ص 11

الفرع الثالث: جراحة التجميل في الفقه المقارن.....ص 19

المطلب الثالث: جراحة التجميل في القانون

الجزائري.....ص 24

الفرع الأول: جراحة التجميل في التشريع الجزائري.....ص 24

الفرع الثاني: جراحة التجميل في القضاء الجزائري.....ص 26

الفرع الثالث: جراحة التجميل في الفقه الجزائري.....ص 27

المبحث الثاني: العقد الطبي في الجراحة

التجميلية.....ص 31

المطلب الأول: طبيعة العقد الطبي

وخصائصه.....ص 31

الفرع الأول: طبيعة العقد الطبي.....ص 32

1- العقد الطبي عقد وكالة.....ص 32

2- العقد الطبي عقد عمل.....ص 33

3- العقد الطبي عقد مقابله.....ص 36

4- العقد الطبي عقد من نوع خاص.....ص 37

الفرع الثاني: خصائص العقد الطبي.....ص 38

1- عقد شخصي.....ص 38

2- عقد مستمر.....ص 39

3- عقد معاوضة.....ص 39

4- عقد مدني.....ص 40

5- عقد ملزم للجانبين.....ص 40

6- عقد قابل للفسخ.....ص 40

المطلب الثاني: رضا المريض في الجراحة التجميلية

.....ص 40

الفرع الأول: شروط الرضا..... ص 41

1- رضا حر..... ص 41

2- رضا متبصر..... ص 42

الفرع الثاني: المعنى بالرضا..... ص 45

1- موافقة المريض..... ص 45

2- موافقة ممثل المريض..... ص 45

أ. حالة القصر..... ص 46

ب. حالة المريض العاجز عن التمييز..... ص 47

ج. حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته..... ص 47

الفرع الثالث: شكل الرضا وإثباته..... ص 47

1- شكل الرضا..... ص 47

2- إثبات الرضا..... ص 48

أ- عبء إثبات الرضا..... ص 48

ب- طرق إثبات الرضا..... ص 49

المطلب الثالث: كفاءة الطبيب..... ص 50

الجراح..... ص 50

الفرع الأول: كفاءة الطبيب الجراح في القانون الفرنسي..... ص 50

الفرع الثاني: كفاءة الطبيب الجراح في القانون الجزائري..... ص 54

المبحث الثالث: تنوع المسؤولية في الجراحة..... ص 56

التجملية..... ص 56

المطلب الأول: المسؤولية المدنية..... ص 56

الفرع الأول: التكييف القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التجملية..... ص 57

1- مسؤولية عقدية..... ص 57

2- مسؤولية تقصيرية..... ص 61

الفرع الثاني: الجمع والخيرة بين نوعي المسؤولية المدنية في الجراحة التجملية..... ص 63

1- عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في الجراحة التجملية..... ص 63

2- عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في الجراحة التجملية..... ص 64

المطلب الثاني الشـ: المسـ: ؤولية

الجزائية.....ص65

الفرع الأول: الممارسة غير الشرعية للمهن الطبية.....ص66

الفرع الثاني: انعدام الرضا.....ص67

الفرع الثالث: عدم إتساق العمل الطبي و الأصول الفنية.....ص68

الفرع الرابع: الإخلال بالتزام السر الطبي.....ص69

المطلب الثالث ث: المسـ: ؤولية

التأديبية.....ص69

الفرع الأول: ممارسة جراحة التجميل ممارسة تجارية.....ص70

الفرع الثاني: ممارسة جراحة التجميل ممارسة غير شرعية.....ص71

الفرع الثالث: عدم ذكر البيانات المحددة في القانون على الورق المخصص للوصفات واللوحات.....ص71

الفرع الرابع: الإخلال بالتزام السر الطبي.....ص72

الفصل الثاني: تحليل عناصر المسـ ؤولية المدنية في الجراحة

التجميلية.....ص74

المبحث الأول: إلتزامات جراح التجميل.....ص75

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لالتزام جراح التجميل.....ص75

الفرع الأول: الإلتزام ببذل عناية.....ص76

الفرع الثاني: الإلتزام بتحقيق نتيجة.....ص78

1- استعمال الأدوات والأجهزة الطبية.....ص78

2- التركيبات الصناعية.....ص80

المطلب الثاني: أنواع التزامات جراح التجميل.....ص81

الفرع الأول: التزام جراح التجميل بإعلام المريض.....ص81

1- أوصاف الإعلام الواجب للمريض.....ص82

أ- وجوب صدور الإعلام قبل التدخل الجراحي.....ص82

ب- الإعلام البسيط والمفهوم.....ص82

ج- الإعلام الكافي والكامل.....ص83

د- الإعلام الدقيق والصادق.....ص86

2- إثبات التزام الطبيب بالإعلام.....ص87

الفرع الثاني: التزام جراح التجميل بنصح المريض.....ص88

الفرع الثالث: التزام جراح التجميل بمتابعة علاج المريض.....ص89

الفرع الرابع: التزام جراح التجميل بعدم إفشاء سر المهنة.....	ص 91
1- مفهوم السر الطبي ونطاقه.....	ص 91
2- الأشخاص الملزمون بحفظ السر الطبي.....	ص 92
3- مدى الالتزام بالسر الطبي.....	ص 92
أ- أسباب الإباحة المقررة لمصلحة الأشخاص.....	ص 93
ب- أسباب الإباحة في الحالات المتعلقة بالصحة العامة.....	ص 93
ج- أسباب الإباحة التي يقتضيها حسن سير العدالة.....	ص 94
4- جزاء الإخلال بالسر الطبي.....	ص 95
أ- الجزاء المدني.....	ص 95
ب- الجزاء التأديبي.....	ص 95
ج- الجزاء العقابي.....	ص 96
المبحث الثاني: شروط المسؤولية المدنية لجراح التجميل.....	ص 96
المطلب الأول: الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.....	ص 96
الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي.....	ص 97
الفرع الثاني: معيار الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.....	ص 101
الفرع الثالث: صور الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.....	ص 102
1- الإهمال وعدم الحيطة.....	ص 102
2- عدم التحكم في التقنية.....	ص 103
3- عدم التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها.....	ص 105
الفرع الرابع: إثبات الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.....	ص 108
1- عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية.....	ص 108
2- عبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة.....	ص 109
المطلب الثاني: الضرر في الجراحة التجميلية.....	ص 109
الفرع الأول: الضرر المادي.....	ص 110
الفرع الثاني: الضرر المعنوي.....	ص 112
الفرع الثالث: تفويت الفرصة.....	ص 114

السببية.....ص115

الفرع الأول: ضرورة السببية المباشرة.....ص116

1- تعدد الأسباب.....ص116

أ- نظرية تعادل الأسباب.....ص116

ب- نظرية السبب المنتج أو الفعال.....ص117

2- تسلسل النتائج.....ص117

الفرع الثاني: انعدام رابطة السببية.....ص118

1- الحادث الفجائي أو القوة القاهرة.....ص119

2- خطأ المضرور (المريض).....ص119

3- خطأ الغير.....ص120

الفرع الثالث: إثبات رابطة السببية.....ص121

المبحث الثالث: آثار مسؤولية جراح التجميل.....ص122

المطلب الأول: الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية

الطبية.....ص123

الفرع الأول: اختصاص القضاء العادي.....ص123

الفرع الثاني: اختصاص القضاء الإداري.....ص124

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير عناصر المسؤولية

الطبية.....ص126

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير الخطأ الطبي.....ص126

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الضرر.....ص128

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير علاقة السببية.....ص128

المطلب الثالث: جبر الضرر في المسؤولية

الطبية.....ص129

الفرع الأول: طريقة التعويض.....ص130

1- التعويض العيني.....ص130

2- التعويض النقدي.....ص130

الفرع الثاني: تقدير التعويض.....ص131

الفرع الثالث: وقت تقدير التعويض.....ص132

الخاتمة.....ص134

الملاحق.....	ص136
قائمة المصادر والمراجع.....	ص137
الفهرس.....	ص145