الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة -
كلية الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص
تخصص : عقود و مسؤولية

الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية
دراسة مقارنة في القانون الفرنسي و المصري و الجزائري

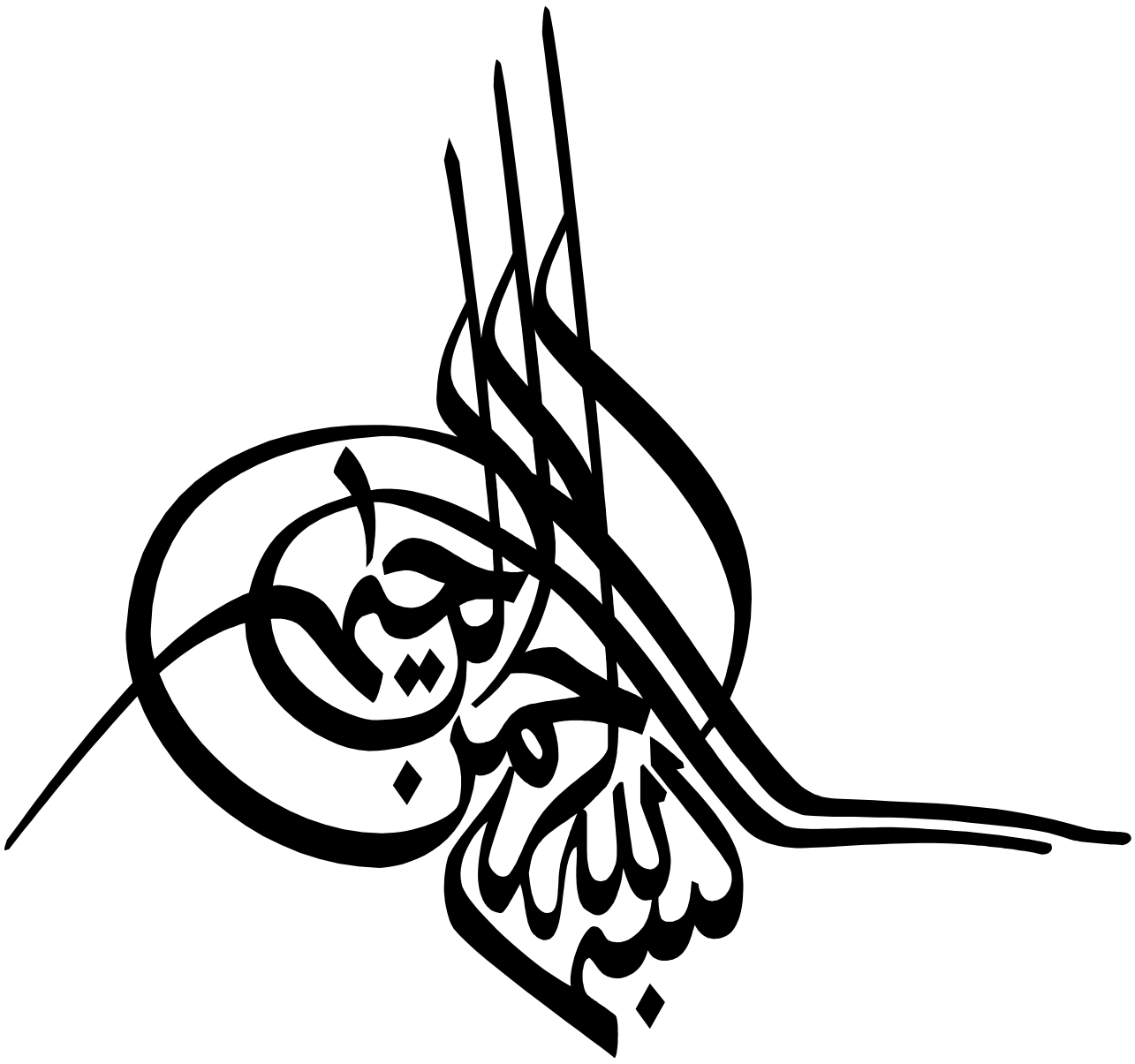
إعداد الطالبة
منار صبرينة

تحت إشراف الدكتور
عبد الحفيظ طاشور

لجنـــة المناقشة

عياشي شعبان : أستاذ محاضر-أ-..... رئيســـا
طاشور عبد الحفيظ : أستاذ التعليم العالي.....مشرفا ومقررا
بلعابد سامي : أستاذ محاضر-أ-.....عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ : 15 جانفي 2018


بسم الله الرحمن الرحيم

الشكـــر و العرفان

أشكر المولى العلي القدير الذي وفقني لانجاز هذا العمل

اعترافا بالفضل والجميل أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان الى الاستاذ الدكتور طاشور عبد الحفيظ

الذي أشرف على هذا العمل وتعهده بالتصويب في جميع مراحل انجازه وزودني بالنصائح والارشادات التي أضاءت أمامي سبيل البحث

كما أتقدم بخالص الشكر لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة وملاحظاتهم القيمة لاثراء هذا البحث المتواضع فجزاهم الله عني كل الجزاء

كما أسدي شكري وتقديري لكل من أسهم معي بطريقة أو بأخرى من أجل انجاز هذا البحث

وأخص بالشكر كل أفراد أسرتي وكل من علمني حرفا فلا أنسى له فضلا ، ودعمني وكان عونا وسندا .

الإهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى :
أمي وأبي أسبغ الله عليهما ثوب
الصحة والعافية وأطال في
عمرهما اللذان غمراني بدعواتهما
حتى يسر الله لي تمام هذه الرسالة

الى كل أفراد عائلتي كبيرا
وصغيرا وأخص بالذكر اختايا
سلاف وفاطمة الزهرة ، واخوتي
بوبكر ومحمد الطيب وزوجته آسيا
وابنيه يوسف وهديل

الى كل الأصدقاء والزملاء وكل
من ساعدني في اعداد هذه
المذكرة
أهدي لهم جميعا ثمرة جهدي هذا

قائمة أهم المختصرات

أولا : باللغة العربية

ج : الجزء
ج.ر : الجريدة الرسمية
ص : الصفحة
ق.ح.ص.ت.ج : قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري
م.أ.ط : مدونة أخلاقيات الطب
م.ن.ق.ع.س : المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية

ثانيا : باللغة الفرنسية

Art : Article
C.A : Cour d'appel
CASS : Cassation
C.E : Conseil d'Etat
C.D.M.F : Code De Déontologie Médical Français
C.S.P.F : Code de la Santé Publique Français
CH.Civ : Chambre Civile
Ed : Edition
Fasc : Fascicule
Gaz.Pal : Gazette du Palais
In : Dans
J.O.R.A : Journal Officiel de la République Algerienne
N^0 : Numéro
P : Page
R.A.S.J.E.P : Revue Algérienne Des Sciences Juridiques Economiques Et Politiques
T.C : Tribunal Civil
J.C.C : Juris Classeur Civil

المقدمة

مقدمـــــة

تعد مهنة الطب من المهن الإنسانية التي يحتاج فيها الطبيب إلى قدر من السلطة التقديرية بسبب خصوصية جسم الإنسان ، و بالمقابل فإن من حق المريض أن تبقى أعضاء جسمه بعيدة عن أي تدخل ، و أن لا يكون عرضة لأي ألم بدني أو نفسي دون موافقته من جهة ، و من دون وجود سبب مشروع و مقبول يبرر ذلك من جهة ثانية ، فمهنة الطب لها قدسيتها الخاصة التي تنبع من الأخلاق والعلم ، و تفترض في كل من يمارسها أن يجسد القدوة الحسنة في خدمة الأشخاص و الرحمة بهم و إزالة آلامهم ، غير أنه ترد على قاعدة عدم جواز المساس بجسم الإنسان استثناءات أهمها الاعتراف بمشروعية العمل الطبي على جسم الإنسان و الذي يتجسد من خلال تدخلات الطبيب [1] العلاجية والجراحية ، التي تؤدي إلى المساس بهذا الجسم ، و هذا الاستثناء تبرره الضرورة المتمثلة في شفاء المريض من العلة و المرض و هي مصلحة خاصة به ، و كذلك تجيزه المصلحة العامة المتمثلة في حفظ الصحة العامة في المجتمع .

و مما لا شك فيه أن الطب على مرور العصور قد عرف ازدهارا و تطورا ملحوظا من خلال الأجهزة و الوسائل و حتى التقنيات الجديدة في ممارسة مهنة الطب ، و ذلك ليس لتسهيل مهام الطبيب فحسب ، و إنما من أجل القيام بفحوص متقنة للحصول على نتائج دقيقة ، إلا أن هذا الازدهار والتسهيلات التي أتى بها العلم باتت تلزم الطبيب أداء مهنته على أحسن وجه و بصورة متقنة و ذلك ببذل العناية المطلوبة من أجل تحسين حالة المريض و العمل على شفائه .

تكون العلاقة بين الطبيب و المريض إنسانية قبل أن تكون قانونية ، كونه يتعامل مع جسد بشري له روح ، و من هنا تكون الثقة و الاحترام الأساس الذي يحتم على الطبيب بذل كل ما بوسعه من العناية الفائقة لمريضه بكل أمانة و إخلاص ، و مصدر ذلك وجدانه في إتباع الأصول العلمية لتحقيق الغاية المطلوبة ، فتكون له الحرية في التشخيص للمريض و العلاج حسب قناعته العلمية و خبرته وسعة

1 - الطبيب هو الشخص المؤهل الذي يمارس الطب ويعالج المرضى، وقد كان اسم الطبيب أو الحكيم في الماضي يطلق على كل من لديه خبرة بالتطبيب، وحاليا أصبح اسم الطبيب محصورا فيمن تحصل على شهادة جامعية تجيز له ممارسة الطب وفق الأصول والقواعد العلمية المقررة من قبل أهل هذا العلم ، أنظر : كنعان (أحمد محمد) ، الموسوعة الطبية الفقهية ، بيروت ، دار النفائس ، 2000 ، ص 651 .

إطلاعه ، و نظرا لخطورة التدخلات الطبية على جسم الإنسان ، فإن القانون يضع ضوابط لحماية المريض و ذلك خاصة في الحالات التي يرتكب فيها الطبيب أخطاء من شأنها المساس بصحة المريض و في بعض الأحيان تؤدي إلى وضع حد لحياته ، فالطبيب باعتباره إنسانا غير معصوم قد يقترف أخطاء أثناء ممارسة مهنته ، الأمر الذي يستوجب فيه قيام مسؤوليته الطبية .

كما أن الجراحة تعد فرعا من فروع الطب و هي المجال الخصب للأخطاء الطبية ، إذ تبدو مسؤولية الطبيب الجراح من خلال الجراحة ذاتها ، و التي إن كانت تقدم للشخص خدمات كثيرة فهي على قدر كبير من الدقة و الخطورة ، مما يتطلب من القائمين عليها بذل العناية الفائقة ، و عدم اللجوء للجراحة إلا بعد استنفاذ كافة الحلول الأخرى ، لتكون الحل الأخير لإنقاذ المريض مما يعانيه من آلام ، ولقد نجم عن تقدم علم الطب ظهور اختصاصات جديدة منها الجراحة التجميلية ، و هنا يجب التأكيد على خصوصية الجراحة التجميلية المتمثلة في عدم وجود الاحتمال المقرر فيما يخص تفاقم المرض كما هو الحال في الحالات العادية ، كما تتمثل خصوصية هذا القطاع بأن المريض لدى مراجعته للجراح التجميلي فهو يقوم بذلك بناء على رغبة منه وليس لأنه يعانـي من مرض ما فالجراح التجميلي لا يتدخل في حالات مرضية أو حالات طارئة بل بناء على رغبة المريض و طلبه .

تعود أصول جراحة التجميل إلى الحضارة الفرعونية ، ذلك أن بداية الحديث عن بوادر نشأة هذه الجراحة هو زراعة الجلد عند هؤلاء [1] و اهتمام الهنود بذلك ، و مرد ذلك أن عاداتهم تقضي بتشويه وجه السارق و الزاني ، و كان الجاني يسعى للتخلص من وصمة العار التي تلاحقه أينما حل بالخضوع لهذه الجراحة ، أما عند العرب فتدل الشواهد من الفقه و الحديث على معرفة مثل العمليات كالوشم و تفليج الأسنان ، مع ذلك يبقى استعمال هذا النوع من التطبيب آنذاك لا يشير إلى معرفة عمليات التجميل عند العرب [2] .

1 - أقدم صورة لجراحة التجميل وجدت من طرف إدوارد سميث، في رسوم فرعونية تعود إلى 3000 سنة قبل الميلاد مثل تصحيح الأنف.

« Les plus anciennes traces connues d`intervention chirurgicales pratiquées sur le visage proviennent d`un papyrus égyptien datant d`environ 3000 ans avant J.C dont l`existence est rapportée par Edward Smith sur un des dessins de ce papyrus apparait clairement le profil d`un nez qui a été retouché »,

أنظر :

Morselli(G), Spinetta(J), Mieux dans sa peau, les morpho-psychologique, S.A.R.L, holoconcept, éd Quintessence, France, 2004, p 12.

2 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، عمليات التجميل الجراحية : مشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دمشق، مركز ابن باديس الحلبي للدراسات الفقهية، 2008، ص 27.

رغم معرفة العالم القديم لجراحة التجميل ، إلا أن ظهورها بصورة واضحة كان بعد الحرب العالمية الأولى و الثانية في أوروبا و أمريكا ، و تطورت جنبا إلى جنب مع الجراحة العلاجية ثم انتشرت في الكثير من البلدان فكرة جراحة الشكل لتحسين و معالجة جمال الإنسان وفق ما هو مرغوب به اجتماعيا ، أما في وقتنا الراهن ، تعد جراحة التجميل من بين الجراحات الأكثر شيوعا في العالم والتي أصبح الإقبال عليها من طرف الجنسين ، و إن كانت نسبة النساء تفوق بكثير نسبة الرجال حسب إحصائيات المسح الدولي لعمليات التجميل [1] .

تعرف الجراحة التجميلية بأنها : « العملية التي يقوم بها طبيب مختص على جسم الإنسان وذلك لإصلاح تشويه في الجسم ، أو تغيير في الهيئة التي أصبح عليها » [2] ، و هناك من يرى أن جراحة التجميل على نوعين أحدهما الجراحة الإصلاحية العلاجية التي تهدف إلى إصلاح بعض الإعاقات أو الأضرار الجسدية الخلقية أو الناتجة عن الحوادث ، و ثانيهما الجراحة التحسينية غير العلاجية التي لا تهدف إلى شفاء المريض بل تكون من أجل تغيير مظهر الشخص غير المقتنع بمظهره ، رأي آخر يقول بأن جراحة التجميل أصبحت اختصاصا قائما بذاته ، تختلف عن غيرها من الجراحات بأنها تهدف إلى إجراء تعديل ما في مكان ما من جسم الإنسان ، و ليس شفاء المريض كالجراحات العادية ، بهدف جعله مطابقا أكثر لرغباته [3] ، جانب آخر يرى أن جراحة التجميل ليس غرضها شفائي في الأصل ، و لا تتم من أجل إعادة الصحة العضوية للمريض ، و لكن من أجل تقديم الراحة التجميلية للشخص أو إرواء لغريزة حب المظهر الجميل حيث أنها تقوم على إصلاح تشوهات لا تهدد صحته العضوية ، إنما هدفها إصلاح ما أفسده الدهر من جمال يحاول التشبث بالبقاء متحديا إرادة الطبيعة [4] أو الغلو في مقاييس الجمال و هو ما لا تدعو إليه الحاجة أو الضرورة ، كتفليج الأسنان أو الحاجب أو ترقيق الأنف [5] .

---

1 - تعدى عدد النساء المقبلات على إجراء عمليات التجميل في العالم 15 مليون، والرقم لا يزال مرشحا للارتفاع حسب إحصائيات منظمة المسح الدولي لعمليات التجميل سنة 2010، منقول عن صحيفة النشرة الإخبارية، 15 مليون امرأة بلاستيكية بالعالم، أنظر الموقع الإلكتروني التالي :

http ://newsletter-ye.net/print.php?no=4166

2 - أنظر : واصل (محمد) ، عمليات جراحة التجميل بين الشريعة والقانون : مجلة المحامون السورية، العدد الأول سنة 1997، ص 41.

3 - أنظر : خير الله (توفيق) ، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني : المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية المحاضرة الثانية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 497.

4 - أنظر : فرج (وديع) ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية : مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع والخامس، قسم أول السنة 12، مصر، 1942، ص 436.

5 - أنظر : الزيني (محمود محمد عبد العزيز) ، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية و الرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي : مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 90.

4- أنظر : C.A Toulouse 18/02/2008, n° 07/02662 ، عبر الموقع الالكتروني التالي :

و لقد كرس القضاء الفرنسي هذه المفاهيم في عدة أحكام له فقد أشار حكم محكمة استئناف تولوز الصادر بتاريخ 18 فيفري 2008 إلى مفهوم الجراحة التجميلية الإصلاحية ، حيث تعد الجراحة إصلاحية إذا جاءت بهدف علاج الشخص من بعض الإعاقات أو العيوب الجسدية ، بينما تعد الجراحة تحسينية إذا انصبت على تغير في شكله أو مظهره [1] .

بالنظر إلى أن التدخل الجراحي لما ينطوي على خطورة بالنسبة لجسم الإنسان ، فلا يكون مشروعا إلا إذا كان لإنقاذ حياة المريض ، و بانتفاء هذا السبب يخرج الجراح من دائرة الإباحة و من ثمة يظل خاضعا لنص التجريم ، و يؤدي إلى قيام مسؤولية الجراح المدنية و الجنائية إذا ما نجم عن الجراحة وفاة أو تشويه ، فمجرد إقدام الطبيب الجراح على مباشرة جراحة بقصد التجميل يجب تحميله مسؤولية كاملة لسبب تخلف الأصل الذي يبرر التدخل الجراحي ألا وهو العلاج ، إذاً بات من الضروري تحقيق نوع من الاستقرار و الطمأنينة سواءً بالنسبة للأطباء في مواجهة قواعد المسؤولية أو بالنسبة للمرضى في كفاحهم ضد الألم و المرض باحترام إرادتهم ، و ذلك من خلال تبصيرهم فالتبصير هو الوسيلة المثلى للحفاظ على الصلة بين المريض و الطبيب، فاتصال المريض بالطبيب هام جدًا ، لأن المريض يجب أن يستفيد من إعطائه حق حرية الاختيار و التعبير عن رغباته ، فالثقة تفرض المصارحة أي يجب على الطبيب أن يصغي للمريض و ذلك بإعطائه المعلومات اللازمة عن حالته وعن العلاج الذي يريد تطبيقه و ما له من مزايا و مخاطر ، إذ لا يستطيع الطبيب أن يخبر المريض بأي عمل دون أن يتم تبصيره مقدمًا بهذا العمل ، و عليه فإن أحد التزامات الطبيب في العمل الطبي هو الالتزام بالتبصير بوصفه أحد التطبيقات العملية الهامة و الحيوية ، كما و أن لهذا الالتزام أهمية في حياة المرضى و الدور الذي يلعبه الطبيب في تبصير مرضاه أو ذويهم و إحاطتهم علمًا بطبيعة المرض وخطورته و آثاره و ما يلزم له من علاج لأن واجب التبصير في المجال الطبي يقوم على سند من احترام شخصية المريض و احترام إرادته .

و عليه الالتزام بالتبصير هو إذن أحد أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب بشكل عام و جراح التجميل بشكل خاص تجاه مريضه ، فإذا أخل بهذا الالتزام فإنه يعرض نفسه للمسؤولية عن أي ضرر قد يلحق بالمريض، إذ يعتبر الالتزام بالتبصير جوهر المهن الحرة و به يكتسب الشخص ثقة عملائه ، و في المجال الطبي يعد من أهم و أكثر الالتزامات حساسية ، و الطبيب لا يستطيع تبصير غيره ما لم يكن هو أساسًا عالمًا بذلك ، لذلك يقع عليه التزام آخر بمتابعة آخر التطورات في عالم الطب ، و هذا الالتزام يرافق الطبيب في كل المراحل ، من مرحلة التشخيص إلى مرحلة العلاج وحتى في مرحلة ما بعد

---

w.w.w.Legifrance.gouv.fr

العلاج [1] ، لذا يشترط لمشروعية جراحة التجميل أن يقوم جراح التجميل بتبصير مريضه بالمخاطر التي يمكن أن يتعرض لهـا ، لأن رضا المريض بالخضوع لـهذه الجراحة لا يكون صحيحًـا إلا إذا كان صادرًا عن بينة و اقتناع كامل .

إن الالتزام بالتبصير يعد ذا أهمية قصوى لتحقيق التكافؤ بين مركز الطبيب الجراح ومركز المريض المستفيد من الخدمة ، لذلك يجب أن تصبح القواعد الفنية معروفة لدى المريض و في متناوله ليتفحصها و يعرف ما قد يضره ، و كل هذا لتمكينه من اتخاذ قرار سوي لاختيار وسائل العلاج التي يريدها، و من ثمة يمكن القول أن للالتزام بالتبصير هدف مزدوج ، فهو من جهة يمكن المريض من اتخاذ قرار سليم في الإقدام على العلاج أم لا ، و ذلك احتراما لحقه في السلامة الجسديـة ، و من جهة أخرى فهو يعفي الجراح من المسؤولية عند مباشرته لعمله فيقوم به بكل اطمئنان و على أحسن وجه ، و يجد الالتزام بالحصول على الرضا المتبصر للمريض مصدره في القوانين المنظمة للصحة ، سواءً قوانين حماية الصحة و ترقيتها أو مدونة أخلاقيات الطب التي نص فيها المشرع على إلزام الطبيب بتبصير المريض قبل أي تدخل طبي ، كما يجد هذا الالتزام مصدره في العقد الطبي المبرم الذي تنتج عنه التزامات مهنية على الطبيب منها تبصير المريض .

نظرا للأهمية المتزايدة لجراحة التجميل في الوقت الحالي و ما تثيره من مشكلات قانونية ، فإن ذلك دفعنا إلى دراسة مسؤولية جراح التجميل إذا أخل بالتزامه بتبصير المريض قبل إجراء الجراحة ، و ذلك للوقوف على أحكام الجراحة التجميلية و ما يميزها من أحكام خاصة تختلف عن مسؤولية الجراح العادي ، كما أخذ موضوع المسؤولية القانونية للأطباء بشكل عام اهتمام رجال الطب و علماء القانون ، إلا أننا إذا حاولنا استعراض أهم المؤلفات و الأبحاث التي اهتمت بموضوع مسؤولية طبيب الجراحة التجميلية عن إخلاله بالالتزام بالتبصير فإننا قد نستغرب النتائج ، و خصوصا في المجال العربي أو الترجمات ، ذلك أن الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع قد لا تتجاوز عدد أصابع اليد الواحدة بصورة بحث موسوعي شامل ، و بسبب القصور في هذا المجال و بسبب حساسية هذا الموضوع و لكثرة تفصيلاته و لدقته التي تختلف في كثير من جوانبه خلافا لأي موضوع من مواضيع المسؤولية الطبية ، لأجل كل ذلك فإن الدوافع التي جعلتني أختار هذا الموضوع كانت بالدرجة الأولى إهمال هذا الموضوع و خاصة من أهل الاختصاص .

1 - أنظر : حنا (منير رياض) ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 337.

و جاء اختيارنا لهذا الموضوع بعد القراءة المستمرة و البحث عن موضوع جديد يحقق ألفائدة للأطباء و لزميلاتنا و زملائنا من رجال القانون على المستويين الأكاديمي من ناحية و التطبيقي القضائي من ناحية أخرى ، و كذا العمل على اغتناء المكتبة بالأبحاث القانونية الجديدة و المفيدة الناتجة عن التقدم العلمي ، لذلك فقد كان هدفنا من خلال هذه الدراسة ، الإفادة قدر المستطاع بالموضوع في المجال المعرفي ، لقلة إن لم نقل ندرة الدراسات المتخصصة له في بلادنا ، محاولين بذلك إجلاء الغموض و الفهم الخاطئ لمعنى العلاج بواسطة هذا النوع المستحدث من الجراحة .

و عليه تتمثل الإشكالية التي يعالجها هذا البحث في :

إلي أي مدى يلزم كل من القانون الجزائري و الفرنسي و المصري جراح التجميل بتبصير المريض بالمخاطر في الجراحة التجميلية ؟

بالتالي يمكن من خلال هذه الإشكالية طرح التساؤلات التالية :

- ما هو الأساس القانوني لالتزام جراح التجميل بتبصير المريض بالمخاطر المتوقعة و غير المتوقعة في التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة ؟

- في حال أخل جراح التجميل بالتزامه بتبصير المريض ، ما هي النتائج المترتبة عن هذا الإخلال ؟

- على من يقع عبء الإثبات في مجال التبصير ؟ هل يقع على جراح التجميل أو على المريض ؟

كل هذه التساؤلات سيتم الإجابة عليها في هذه الدراسة ، و ذلك من خلال بيان موقف القانون الجزائري و مقارنته بالقانون الفرنسي و القانون المصري ، و سنتبع في دراستنا لهذا الموضوع المنهج التحليلي المقارن ، حيث تقتضي هذه الدراسة تحليل القواعد و النصوص القانونية و كذا الأحكام القضائية و الآراء الفقهية للوقوف على مضامينها و مدلولاتها بشأن الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية ، مستندين في ذلك إلى ما هو موجود لدينا و لدى بعض الأنظمة المقارنة بالإضافة إلى المنهج التاريخي كونه يساعد على معرفة أسباب و عوامل ظهور و تطور هذه الجراحة.

تأسيسا على ما سبق ، فإننا سنقسم هذه الدراسة إلى فصلين ، يسبقهما فصل تمهيدي نعرف فيه بالجراحة التجميلية و نبين موقف الفقه و القضاء منها ، حيث نخصص الفصل الأول لماهية الالتزام بالتبصير، أما الفصل الثاني فسنبين فيه جزاء الإخلال بالالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية و سوف نتناول دراستنا وفق الخطة العامة التالية :

مقدمـــة .

الفصل التمهيدي : جراحة التجميل و موقف الفقه و القضاء منها .

المبحث الأول : ماهية جراحة التجميل .

المبحث الثاني : موقف الفقه و القضاء من الجراحة التجميلية .

الفصل الأول : قيام الالتزام بالتبصير .

المبحث الأول : النظام القانوني للالتزام بالتبصير .

المبحث الثاني : نطاق الالتزام بالتبصير .

الفصل الثاني : جزاء الإخلال بالالتزام بالتبصير .

المبحث الأول : قيام المسؤولية المدنية لجراح التجميل .

المبحث الثاني : آثار مسؤولية جراح التجميل عن الإخلال بالالتزام بالتبصير .

الخاتمـــة .

الفصل التمهيدي

جراحة
التجميل
وموقف الفقه
والقضاء منها

الفصـل التمهيـدي

جراحة التجميل وموقف الفقه والقضاء منها

إن الأعمال الجراحية التي تقع على الجسم البشري تنقسم إلى قسمين : القسم الأول الأعمال الجراحية العلاجية (**CHIRURGIE THERAPEUTIQUE**) و هي التي تعنى لعلاج المريض مما يعاني منه و تخليصه من الآلام ، أو محاولة تحقيق الوصول إلى هدف أساسي و هو شفاء المريض ومنها معالجة الجروح ، و إزالة الأورام السرطانية و جراحة القلب ، و غيرها من أنواع الجراحات الأخرى[1] ، أما القسم الثاني فهو أعمال جراحة التجميل أو جراحة الشكل (**CHIRURGIE ESTHETIQUE**) و التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي ، بل إزالة تشويه في جسم المريض بفعل مكتسب خلقي أو وظيفي [2] ، إذ تعد عمليات التجميل من العمليات التي ظهرت حديثا و زاد انتشارها في الآونة الأخيرة بشكل واضح ، و هي عمليات متعددة للغاية ، فقد تهدف إلى التخفيف من آثار إصابة معينة أو محاولة إخفاء علامات تقدم السن ، أو زيادة المظهر الجمالي أو تحسين الشعور النفسي [3] .

لقد شهدت جراحة التجميل تطورا ملحوظا في القرن العشرين ، و يرجع ذلك إلى تطور دراسة فن جراحة التجميل في كل من فرنسا و ألمانيا و الولايات المتحدة ، و اتسع مجال هذه الجراحة بحيث أصبح يشمل علاج الجروح و التشوهات الناتجة عنها ، و علاج العيوب الخلقية كالشفاه الأرنبية و

1 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، الطبعة الثانية ، عمان ، مكتبة دار الثقافة 1995 ، ص 06 .

2 - أنظر : أورفلي (سمير) ، مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية ، مجلة رابطة القضاة ، العدد الثامن مارس 1984 ، ص 30 ، أنظر أيضا : عجاج (طلال) ، المسؤولية المدنية للطبيب ، الطبعة الأولى ، لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2004 ، ص 291 .

3 - أنظر : قزمار (نادية محمد) ، مسؤولية جراح التجميل ، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ، المجلد الثالث ، العدد الأول ، 2011 ، ص 239 .

الأذن ناقصة النمو و الأصابع الملتصقة أو الزائدة ، و تجميل جراحة أورام الجلد خاصة في مناطق الوجه والعنق [1] ، و الجراحة التجميلية هي نوع من الجراحة الطبية لا تخرج و لا تبعد بماهيتها عن ماهية الجراحة الطبية العامة ، إلا أنها تتعلق بشكل الإنسان و تهدف إلى تحسين مظهره ، و لأجل ضبطها و تنظيمها كانت لها تشريعاتها القانونية المنظمة لأحكامها [2] .

إن البحث في جراحة التجميل إنما يعني بيان مفهومها و كذلك عرض ما آل إليه التطور التشريعي و القضائي و الفقهي بشأن مدى مشروعيتها ، و تحديد الجوانب الخاصة بالعقد الطبي في الجراحة التجميلية ، و عليه لما كانت ممارسة العمل الطبي الجراحي تقتضي المساس بسلامة الجسم ، فإن ذلك يمثل فعل من الأفعال المجرمة قانونا ، لكن لما كان الطبيب يسعى من وراءه تحقيق هدف نبيل وهو الحفاظ على سلامة جسم الإنسان و ليس العكس تحت إباحته ، فهذا الهدف هو الذي يبرره [3] ، لذلك يعد خروج الجراح التجميلي كأصل عن المبرر الأساس لإباحة مختلف أنواع التصرفات و الأعمال الطبية ألا و هو العلاج ، و السبب في جعلها محل للنقاش و الجدل في الوسط الفقهي و القضائي بين رافض للإقرار بمشروعيتها و مقر بذلك ، و لكل حججه و أسانيده التي يرتكز عيها في تبرير موقفه على ضوء ذلك سنتعرض لماهية الجراحة التجميلية في (المبحث الأول) ، ثم لموقف الفقه و القضاء من الجراحة التجميلية في (المبحث الثاني) .

المبحـث الأول
مـاهيـة الجراحـة التجميـلية

إن الجراحة التجميلية ليست كباقي الجراحة يقصد بها الشفاء من علة ، و إنما الغاية منها إصلاح تشويه يخدش الذوق أو يثير الألم و الاشمئزاز في النفوس ، حيث يقال : « الجراحة التجميلية تداوي الجروح و النفس عن طريق تحديد بنية الجسم » [4] ، و لم يكن هذا النوع من الجراحة حديثا و إنما لها تطبيقات قديمة ، حيث وجدت قبل أربعة آلاف سنة عندما استخدمها القدماء من الإغريق و اليونان

1 - أنظر : الشوا (محمد سامي السيد) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، القاهرة ، دار النهضة العربية 1986 ، ص 500 .

2 - أنظر : قزمار (نادية محمد)، الجراحة التجميلية: الجوانب القانونية والشرعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 35.

3 - أنظر : رايس (محمد) ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، 2007 ص 94 .

4 - أنظر : « chirurgie esthétique traite l`âme à travers la restructuration du corps »
OSSOUKINE (ABDELHAFID) , la chirurgie esthétique , pratique «hors la loi» , idées-débat journal EL WATAN , du dimanche 02 décembre 2007 , p 22 .

والفراعنة في علاج جروح الوجه الناتجة عن الضربات أو الحروق ، حتى أن بعض الجراحين في الهند القديمة أجروا عمليات جراحة عن طريق ترقيع الجلد و زراعته و ذلك سنة 800 قبل الميلاد [1] .

لقد تعددت و تنوعت تعاريف الجراحة التجميلية من قبل فقهاء القانون و رجال الطب تبعا لتعدد أنواعها و أسبابها ، لذلك سنتناول مفهوم الجراحة التجميلية (المطلب الأول) ، و العقد الطبي في الجراحة التجميلية (المطلب الثاني) .

المطلـب الأول
مفهوم الجراحة التجميلية

تعد جراحة التجميل من الأعمال الطبية التي أثير الجدل بشأن مشروعيتها ، و مرد ذلك طبيعة الهدف الذي ترمي إليه بصفة أساسية و المتركز في الناحية الجمالية لا العلاجية [2] ، و قد عرف هذا الفرع من فروع الطب تطورا ملحوظا بعد الحرب العالمية الأولى و الثانية ، إذ نجحت هذه الجراحة في الحد من مآسي التشوهات و القباحة التي خلفتها تلك الحروب [3] ، فإذا كانت جراحة التجميل مرتبطة في بداية عهدها بالطبقة الثرية التي يسمح لها وضعها المادي المريح الولوج إليها فإنها في الوقت الحالي لم تعد كذلك فهي بذلك ما فتئت تقترب من العمليات الجراحية الطبية العادية ما دامت قد أصبحت جراحة تكميلية تجرى لصاحبها بغية إصلاح التشوهات الخلقية و إصابات الحوادث و إزالة آثار الحروق التي تنغص عليه حياته [4] ، و مع تطور الطب في العصر الحديث أخذت جراحة التجميل موقعها من العمل الطبي و أصبح لها نظامها و أصولها و تعاليمها ، و شاعت في جميع البلدان و اتسع ميدانها لتشمل جميع أنواع التشوهات الخلقية و المكتسبة [5] ، و سوف نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف الجراحة التجميلية (الفرع الأول) ، ثم أنواع الجراحة التجميلية (الفرع الثاني) و أخيرا أسباب اللجوء إلى الجراحة التجميلية (الفرع الثالث) .

الفـرع الأول

1 - أنظر : قزمار (نادية محمد) ، مسؤولية جراح التجميل ، المرجع السابق ، ص 242 .
2 - أنظر : الشوا (محمد سامي) ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات : التجارب الطبية ، راحة التجميل عمليات تحول الجنس ، استقطاع الأعضاء ونقلها ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2002 ، ص 145 .
3 - أنظر : الجميلي (أسعد عبيد) ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية : دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2011 ، ص 318 .
4 - أنظر : رايس (محمد) ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 202 .
5 - أنظر : فرج (وديع) ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، المرجع السابق ، ص 436 .

تعريف الجراحة التجميلية

يمكن القول أن الجراحة التجميلية [1] هي الجراحة التي تجرى لأغراض وظيفية أو جماليـة أي استعادة التناسق و التوازن لجزء من أجزاء الجسم عن طريق معايير الجمال الموافقة لهذا الجزء ، و التي يكون الغرض منها إعادة بناء الجسم البشري لحالته الطبيعية ، و جراحة التجميل في الأصل هي كلمة يونانية مكونة من مقطعين: الأول **keirourgia** و يقصد به العمل اليدوي ، و الثاني **aisthétikos** ويعني القدرة على الإحساس المتولدة بالشعور بالجمال [2] .

تشمل العمليات الجراحية التجميلية [3] العمليات التقويمية ، و الغرض منها إعادة بناء الجسم البشري إلى حالته الطبيعية ، و العمليات الفنية الجمالية التي يكون الغرض منهـا تحسين المنظر [4] لذلك يرى البعض أن تسمية جراحة التجميل ليست دقيقة لأنها ناقصة ، و الصحيح أن يقال جراحة التجميل و التقويم ، أو الجراحة البلاستيكية ، و يدخل ضمنها التجميل الصرف [5] .

لقد وردت العديد من التعاريف في مجال الجراحة التجميلية منها ما أورده الدكتور لويس دارتج مؤسس الجمعية العلمية لجراحة التجميل : « مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل و التي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد » [6] ، و ثمة تعريف آخر جاء فيه : « الجراحات التجميلية جراحات تهدف إلى إصلاح الأعضاء أو إحلال أعضاء محل أخرى فقدت أو كان بها عيوب خلقية ولد بها الإنسان » [7] كما عرفت

---

1 - مصطلح التجميل هو ترجمة للفظ اليوناني PLASTOS أو PLASTI أي التشكيلات ، وتعني النحت والصناعة أو التشكيل ، والتي ظهرت في المؤلفات الألمانية أولا ، ثم الإنجليزية PLASTIC SURGERY أي الجراحة التصنيعية والفرنسية Esthétique والتي تعني شكلا أو قالبا ، لأن جراحة التجميل جراحة تصنيعية تستعمل فيها مواد تصنيعية قابلة للتحول لشكل معين ، أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 21 .

2 - داودي (صحراء)، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع علوم قانونية جامعة قاصدي مرباح ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، ورقلة ، الجزائر ، 2005-2006 ، ص 04 ، أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي) ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 146 ، وأنظر أيضا :
Nicolas, les problèmes juridiques de la chirurgie esthétique, thèse, Bordeaux, 1979 , p13.

3 - مصطلح جراحة التجميل في ترجمته للغة العربية لم يوفق ، باعتباره لا يعبر عن حقيقة المصطلح كفن وعلم متخصص ، فهو لا يخرج عن كونه تغيير مظهر ما للأجمل ، وحتى بإضافة كلمة إعادة البناء في اللغات الأجنبية مؤخرا ، وفي اللغة العربية ظهرت كلمات (الإصلاح ، التقويم ، الترميم) ، غير أن التباين بين الاسم وحقيقة مدلول المصطلح يبقى كبيرا ، فالأصح أن يقال جراحة البلاستيك التقويمية والتجميلية ، أنظر : باجنيد (إلهام محمد) ، موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية التجميلية ، مؤتمر الفقه الإسلامي ، جدة ، 2007 ، ص 08 .

4 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر)، المرجع السابق، ص 21.

5 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية: دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، عمان ، دار الثقافة للنشر ، 2012 ص 71 .

6 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق، ص 08 .

7 - أنظر : الأحمد (حسام الدين) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2011 ، ص 15 .

بأنها : « جراحات تهدف إلى إصلاح الأعضاء أو إحلال أعضاء محل أخرى فقدت أو نتيجة عيوب خلقية ولد بها الإنسان » [1] ، فيما عرفها آخر بأنها : « الأعمال الطبية التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي ، بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي » [2] ، كما عرفها البعض بأنها : « فن من فنون الجراحة يرمي إلى تصحيح التشوهات الخلقية مثل قلع السن الزائدة ، أو تعديل شكل الأعضاء المشوهة كتعديل الحنك المشقوق ، و قد تجرى الجراحة التجميلية لتصحيح التشوهات الناجمة عن الحوادث المختلفة كالحروق والجروح » [3] ، و لقد عرف الأطباء المختصون جراحة التجميل تعريفا شاملا بقولهم: « إنها جراحة لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفته ، خاصة إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه » [4] ، أما بالنسبة للأطباء و الجراحين العرب فقد أجمعوا في مجمع الفقه الإسلامي (منظمة المؤتمر الإسلامي) قرار رقم 173 (18/11) سنة 2009 بشأن الجراحة التجميلية و أحكامها ، على تعريف جراحة التجميل بقولهم : « جراحة التجميل هي تلك الجراحة التي تعني بتحسين و تعديل شكل جزء أو أجزاء من الجسم البشري الظاهرة ، أو إعادة وظيفة إذا طرأ عليه خلل مؤثر » [5] .

بصدد تعريف شامل و صائب ، فإنه لا بد من ملاحظة قيدين في تعريف هذه العمليات من حيث أنها أولا جراحية ، و عندئذ تستبعد عمليات التجميل التي لا توصف بأنها جراحية ، بل هي عمليات تزيين ظاهري و سطحي، و لذلك يجب أن يتولى عمليـات التجميل طبيب و مختص أيضًـا و أنها ثانيا تستهدف علاجا لعيوب خلقية أو حادثة تسبب لصاحبها أذى جسديا أو نفسيا ، أو لمجرد التغيير و الظهور بمظهر تستدعيه المعايير المتغيرة للجمال [6] .

من هذه التعاريف نخلص إلى أن المقصود بالجراحة التجميلية هي مجموعة من الوسائل والأساليب الطبية التي تهدف إلى إصلاح العيوب الخلقية أو الطارئة المؤثرة في شكل الإنسان و التي تلحق ضررا [7] ، فهذا النوع من الجراحة تقوم بتصحيح البنية الإنسانية بهدف تحسين المظهر للشخص

1 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 22 .
2 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 08 ، أنظر أيضا : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 70 .
3 - أنظر : كنعان (أحمد) ، المرجع السابق ، ص 237 .
4 - أنظر : حداد (ليلى) ، جراحة التجميل ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، عدد خاص الثاني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2008 ، ص 380 ، أنظر أيضا : قزمار (نادية محمد) ، الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 40 .
5 - أنظر : قزمار (نادية محمد) ، مسؤولية جراح التجميل ، المرجع السابق ، ص 244 .
6 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 23 .
7 - أنظر : الأحمد (حسام الدين) ، المرجع السابق ، ص 16 .

الاعتيادي و غير المصاب بعاهة جسمانية [1] ، و جراحة التجميل عرفت كاختصاص طبي في فرنسا منذ سنة 1988 تحت اسم " جراحة البلاستيك التقويمية والتجميلية " chirurgie plastique reconstructrice et esthétique ، فالجراحة التجميلية هي المعروفة بجراحة الترف chirurgie de confort و التي يطلق عليها اسم " الجراحة الكمالية أو التحسينية " التي تتم بهدف الظهور بالمظهر الجمالي اللائق اجتماعيا أي التي تهدف إلى تعديل المظهر الجسماني لشخص دون قصد العلاج أو التقويم [2].

جراحة التجميل بمقتضاها الذي ذكرناه لا يقصد منها غرض شفائي ، إذ لا تتم من أجل إعادة الصحة لعضو في المريض ، و إنما من أجل إصلاح بعض التشوهات الطبيعية كأنف معوج أو واسع الفتحتين ، أو توسيع عين ، أو إزالة ندبة بالوجه ، أو التشوهات التي يصاب بها الإنسان نتيجة حروق وإصابات في حوادث مختلفة ، و بالتالي الجراحة التجميلية تؤدي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي [3].

الفــرع الثانــي
أنـواع الجراحـة التجميليـة

يمكن تقسيم الجراحة التجميلية إلى نوعين : جراحة تجميل ترميمية و جراحة تجميل تحسينية و إن اختلفت تسمية الفقهاء لها ، إلا أنها لا تخرج عن اثنين ، كل ما هنالك هو تعدد أنواع العمليات التي تنطوي ضمن كل واحدة منها ، حيث يتنوع العمل التجميلي الجراحي تبعا للغاية منه و هو بهذا الاعتبار على نوعين :

1 - أنظر : العبيدي (زينة غانم يونس) ، إرادة المريض في العقد الطبي ، دراسة مقارنة ، مصر ، دار الكتب القانونية 2011 ، ص 197 .
2 - أنظر : حنا (منير رياض) ، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 2008 ، ص 503 .
3 - أنظر : الشنقيطي (محمد بن محمد المختار) ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها ، رسالة دكتوراه الجامعة الإسلامية بالمدينة ، السعودية ، مكتبة الصحابة ، 1992 ، ص 182 .

الفقرة الأولى : جراحة التجميل الترميمية (La chirurgie reconstructrice)

يطلق عليها أيضا الجراحة التقويمية أو التكميلية ، و تهدف إلى علاج تشوهات خلقية إما بالميلاد أو بالاكتساب [1] ، و التي يكون القصد منها إزالة العيب سواء كان في صورة نقص أو تلف أو تشوه فهي علاج ضروري أو حاجي بالنسبة لدواعيه الموجبة لفعله ، و تجميلي بالنسبة لآثاره و نتائجه [2] ، و هي بصورة عامة يقصد بها إعادة الأعضاء الخارجية لجسم الإنسان إلى وضعها الطبيعي من الناحية الوظيفية و الشكلية بصورة تقريبية [3] ، و العيوب التي تبدو على الجسم البشري تنقسم إلى قسمين :

عيوب خلقية : هي عيوب ناشئة في الجسم من سبب فيه لا من سبب خارج عنه ، و هي نوعان :
العيوب الخلقية التي ولد بها الإنسان : من أمثلتها : الشق في الشفة العليا ، التصاق أصابع اليدين والرجلين ، انسداد فتحة الشرج ...إلخ .
العيوب الناشئة من الآفات المرضية التي تصيب الجسم : من أمثلتها : انحسار اللثة بسبب الالتهابات المختلفة ، عيوب صنوان الأذن الناشئة عن الزهري و الجذام و السل ...الخ [4] .

عيوب مكتسبة : هي العيوب الناشئة بسبب خارج الجسم ، كما في العيوب و التشوهات الناشئة عن الحوادث و الحروق[5] و الإصابات البدنية بفعل السيارات ، أو الجرائم الواقعة على الجسم من ضرب أو إيذاء ، و من أمثلتها كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث المرور ، تشوه الجلد بسبب الحروق أو بسبب الآلات الحادة ، محاولة تشكيل الثدي بعد استئصاله بسبب مرض السرطـان التصاق أصابع اليدين بسبب الحروق [6] .
من بين العمليات التي تجرى ضمن هذا النوع من الجراحة ما يلي :

---

1 - أنظر : رايس (محمد) ، المسؤولية المدنية للأطباء ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون ، جامعة سيدي بلعباس ، 2004-2005 ، ص 149 ، أنظر أيضا : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 292 ، أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي السيد) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 500 ، و أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي) ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 147 .
2 - أنظر : قزمار (نادية محمد) ، الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 41 .
3 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 44 .
4 - أنظر : زقيل (عبد الله) ، حكم عمليات جراحة التجميل ، عبر الموقع الإلكتروني التالي :
http://w.w.w.saaid.net/Doat/Zugail/36.htm
5 - أنظر : داودي (صحراء) ، المرجع السابق ، ص 06 ، أنظر أيضا : الشنقيطي (محمد بن محمد المختار) المرجع السابق ، ص 170 .
6 - أنظر : باجنيد (إلهام محمد) ، المرجع السابق ، ص 15 .

جراحة الأطراف : هي التي تهتم بعلاج نوعين من العيوب الخلقية و المكتسبة ، و مثالها : التصاق الأصابع و إزالة الأصابع الزائدة ، و علاج الأعضاء غير المكتملة ، بالإضافة إلى إعادة تركيب الأعصاب و الأوتار المقطوعة أو ترقيعها ، سواء كان الترقيع ذاتي أو متباين[1] .

جراحة أعضاء الوجه : سواء كان العلاج لإصابة طارئة أو بسبب تشوه غير معتاد يؤثر على وظيفة العضو ، كالبصر و الشم و السمع .

جراحة الحروق : التي تهدف إلى ترقيع الجلد .

الجراحة المجهرية : التي ترمي إلى إعادة الأعضاء المبتورة ، كالعضو المقطوع بسبب حادث ، أو لزراعة العضو كاليد و الرجل و الأصابع [2] .

الفقرة الثانية : جراحة التجميل التحسينية (La chirurgie esthétique)

هي التي تعنى غالبا بالجانب الشكلي و لا تتجه أصلا إلى تحقيق الشفاء ، بل تهدف إلى إصلاح بعض التشوهات غير المرضية، كون أصحابها يرون أنها تؤثر على الجمال و الكمال الجسدي ومثال ذلك إزالة ندبة أو تصحيح منظر الأنف ، أو تغيير المظهر الخارجي لبعض أجزاء الجسم [3] فالهدف هنا لا يتعدى كونه تحسينا في المظهر الجمالي للشخص من خلال سعيه إلى إصلاح ما أفسده الدهر [4] ، فهذه الأسباب و نحوها لا تهدد صحة الشخص العضوية أو حياته ، فالجراحة هنا ليس لها غرض علاجي جسماني مباشر [5] ، أي أن هذه الجراحة ترمي إلى تحسين المظهر و تجديد الشباب [6] و تنقسم العمليات المتعلقة بهذه الجراحة إلى نوعين :

عمليات الشكل : من أمثلتها [7] : تجميل الأنف بتصغيره و تغيير شكله ، تجميل الذقن بتصغير عظمه أو تكبيره ، تجميل الثديين إما بتكبيرهما أو تصغيرهما ، تجميل الأذن بردها إلى الوراء إذا كانت متقدمة تجميل البطن بشد جلدتها و إزالة القسم الزائد جراحيا ، تجميل الشفاه .

عمليات التشبيب : من بينها [8] : تجميل اليدين و ذلك بشد التجاعيد الموجودة فيهما ، تجميل الحواجب و الجفون و ذلك بسحب المادة الموجبة لانتفاخهما نظرا لكبر السن و التقدم بالعمر ، تجميل الوجه بشد تجاعيده أو تجميله بعملية القشر الكيماوي ، تجميل الأرداف بإزالة المواد الشحمية .

---

1 - الترقيع الذاتي : يكون ذلك من جسم الإنسان نفسه ، من مكان إلى آخر لصالحه ، مثل ترقيع الشفة بقطعة من الفخذ ، الترقيع المتباين : كالنقل من شخص لآخر ، أنظر : الزيني (محمود محمد عبد العزيز) ، المرجع السابق ، ص 52 .

2 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 229 .

3- أنظر : OSSOUKINE (ABDELHAFID), traité de droit médical, publication du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003,p 131 .

4 - أنظر : منصور (محمد حسين) ، المسؤولية الطبية ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2001 ، ص 107 .

5 - أنظر : قزمار (نادية محمد) ، الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 41 .

6 - أنظر : Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M), responsabilité médicale de la chirurgie a l`esthétique, édition Arnett, Paris, 1992 , p 92 .

7 - أنظر : باجنيد (إلهام محمد) ، المرجع السابق ، ص 13 .

8 - أنظر : الشنقيطي (محمد بن محمد المختار) ، المرجع السابق ، ص 192 .

بعد التطرق لأنواع الجراحة التجميلية ، 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 و تبصيره بكافة المعلومات المرتبطة بها أو الموازنة الدقيقة بين مخاطرها وفوائدها ، فالهدف منها تحسين شكل عضو معافى من الناحية الصحية أو بالأحرى تحقيق غرض جمالي بحت [1] ، بينما يذهب فريق آخر لعدم التفريق بين أنواع الجراحة التجميلية من حيث قواعد المسؤولية بحيث يخضع الجميع إلى المسؤولية الطبية المشددة [2] ، و تجدر الإشارة إلى أن أكثر التدخلات التي تؤدي إلى قضايا هي عمليات الثدي و الأنف لأنهما أكثر التدخلات المطلوبة في الجراحة التجميلية [3] ، أما في الوقت الراهن تعد عمليات شفط الدهون أكثر العمليات المطلوبة ، و التي باتت تشكل خطرا و تهديدا على صحة و حياة طالبيها .

الفـرع الثالـث

أسباب اللجوء إلى الجراحة التجميلية

ثمة دوافع تدفع بالإنسان لإجراء عمل جراحي ، سواء كان ركن هذا العمل الجراحي هو المريض أو الطبيب ، إذ لكل منهما دوافعه التي تدفعه لهذا العمل [4] ، فالجراحة التجميلية أصبحت حاليا من الضروريات التي تستجيب لحاجات البشر ، خاصة مع تقدم هذه العمليات و تأثير وسائل الإعلام المختلفة ، و يعتبر النقص أو التشوه مهما كان خفيفا و بسيطا يؤثر في القيمة الشخصية و الاجتماعية للشخص لأنه كائن متعدد الأبعاد ، ليس فيه فقط البعد الجسماني الذي تنحصر الجراحة الطبية فيه وإنما بعد وجداني و عاطفي و كذا فكري ، و يضاف إلى ذلك البعد الروحي الذي يرفع هذا الإنسان فوق ذاته [5] .

تتعدد أسباب اللجوء إلى جراحة التجميل حسب حالة الخاضع لها ، باعتبار أنه لا يمكن الاعتماد على نوع العملية المراد إجراءها كمعيار دقيق لتحديد هذه الأسباب ، و يرجع ذلك لصعوبة وضع

1 - أنظر : منصور (محمد حسين) ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 107 ، أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي السيد) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 501 .
2 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 10 .
3- أنظر : Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 95 .
4 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 42 .
5 - أنظر : بومدين (سليمان) ، المعنى الاجتماعي للمرض ، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد 20 ، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر ، 2003 ، ص 37 .

الحدود الفنية الفاصلة بين الأعمال الطبية الجراحية التي تهدف إلى العلاج ، و تلك التي قد لا يراد منها شفاء المريض و إنما مجرد تحسين الشكل الجمالي للإنسان [1] ، و يمكن حصر أسباب اللجوء للجراحة التجميلية في أسباب داخلية و أخرى خارجية ، و نتطرق إلى كل منهما فيما يلي :

الفقرة الأولى : الأسباب الداخلية

هي مشاعر مستمرة حول عيوب في المظهر الجسدي و كذلك التزام قوي بالتغيير الجسدي [2] ، نذكر منها :

السبب النفسي :

لا تقتصر آلام المريض أحيانا على ما يلم به من تشوه أو إعاقة جسدية ، بل أنه في الغالب يعاني من آلام نفسية و شعور بالنقص و الخجل و الحرج نتيجة قبح المنظر و بشاعته ، أو وجود عاهة معينة تجعله حبيسا معذبا مع نفسه ، و تجعل حياته عبثا قد يدفعه للتخلص منها لعدم تكيفه وتقبله لوضعه إذا توافرت عوامل أخرى تزيد من وطأة المشكلة النفسية [3] ، و يكون ذلك في الحالات التي لا يشكو فيها المريض من آلام أو إعاقات جسدية ، إلا أنه يعاني من آلام نفسية [4] ، فجراحة التجميل ذات صلة وثيقة بعلم النفس ، إذ أن كثيرا من الأمراض النفسية كالكآبة و الانطواء و الشعور بالحزن والعزلة الاجتماعية ، و غيرها يعود سببها إلى قبح الشكل ، حيث يسعى صاحب التشوه إلى محاولة إصلاح شكله بعملية تجميلية أو يسعى إلى إنهاء حياته [5] ، فإجراء هذه الجراحة قد يفتح لصاحبها أبواب الزواج و الرزق ، و قد تتحسن بها حالته النفسية ، غير أن عدم إجرائها قد يعرض صاحبها للاستهزاء و السخرية [6] .

إن الانتقاء المناسب للمرضى من أجل إخضاعهم للجراحة التجميلية ، يجب أن يبدأ بتقييم نفسي فعال ، و ذلك من خلال التركيز أساسا على الدافع من وراء التجميل ، باعتبار أنه ليس كل من يرغب في الجراحة التجميلية مناسب لها [7] ، كما أنه قد يلتمس الشخص في إجراء عملية تجميلية لديه دافعا و مبررا للتخلص من الاضطرابات النفسية التي يعاني منها على الرغم من عدم وجود التناسب

1 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 12 .
2 - أنظر : حسون (تيسير) ، قضايا نفسية اجتماعية ، عمليات التجميل من الناحية النفسية ، عبر الموقع التالي :
http://w.w.w.hayatnafs.com/kadaya_nafsia_ijtema3ia/plasticsurgery&psychiatry.htm
3 - أنظر : حنا (منير رياض) ، الخطأ الطبي الجراحي ، المرجع السابق ، ص 502 .
4 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 42 .
5 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 09 .
6 - أنظر : عرفة (السيد عبد الوهاب) ، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005 ، ص41 .
7 - أنظر : حسون (تيسير) ، عمليات التجميل من الناحية النفسية ، الموقع السابق .

الواضح بين المخاطر التي قد يتعرض لها و المزايا التي يطمح الحصول عليها ، لذلك يفضل في مثل هذه الحالة إخضاع الشخص لفحص نفسي شامل بدلا من إجراء هذه العملية ، وحتى بفرض نجـاح هذه الأخيرة فإن مشكلته لم تنته ، بل بالعكس يمكـن أن تتضاعـف حالتـه سوءا عند فشلها [1] .

السبب الجمالي :

هذا السبب هو أكثر الأسباب شيوعا و انتشارا في وقتنا الحاضر خاصة بين شريحة العاملين في المجال الفني و الإعلامي [2] ، كما في الحالات التي يرغب فيها الإنسان بإجراء عملية جراحية لتجميل أنفه أو فمه و إن لم يكن هناك داعي صحي ، سواء كان على المستوى الجسدي كمعاناته من آلام جسدية أو على المستوى النفسي [3] ، غايـة ما في الأمر هو سعيه لزيـادة الحسـن و طلبا لجمال أكثر ، و القيام بمثل هذه العمليات يخرج الطب و الجراحة التجميلية من غايتها إلى تلبية الرغبات و النزوات ، و بهذا الصدد نتساءل عن محل الضمير المهني و مصير أخلاقيات المهنة بالنسبة للأطبـاء الذين تسول لهم أنفسهم القيام بهـا ، غير أنـه يبقى لكل واحد قناعتـه الشخصيـة و بالنتيجة كل واحد مسؤول عن نتائج اختياره و قراره ، 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 و لا شيء سواه فأنت تملك أفضل شيء خلقه الله » [4] .

السبب العبثي :

يكون في الحالات التي يلجأ فيها البعض إلى إجراء عملية تجميل لمجرد الرغبة في التغيير وتحت ضغط المزاج و تلونه ، و هي حالات تكثر في الأوساط المترفة و التي تسود فيها مظاهر هيمنة المعايير المادية الصرفة ، كما هو الحال في أوساط الفنانين[5] .

السبب الصحي :

من المفترض أن يكون هذا السبب هو أكثر الأسباب شيوعا و إلحاحا ، حيث تدفع حالة المريض الصحية و ما يرافقها من آلام و معاناة نفسية ، إلى إجراء عملية بهدف ترميم أو إعادة تأهيله خارجيا ، و تنسيق جوانب من جسده فيما لو كان قد تعرض إلى تشوهات أو حروق أو بتر في أطرافه أعاقت حركته و فاعليته [6] ، إذ يعد الجراح التجميلي المعالج الرئيس لضحايا الحوادث ، خاصة تلك التي

1 - أنظر : Nicolas ، المرجع السابق ، ص 18 ، أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي السيد) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 501-502 .
2 - أنظر : الأحمد (حسام الدين) ، المرجع السابق ، ص 22 .
3 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 43 .
4 - أنظر : داودي (صحراء) ، المرجع السابق ، ص 09 .
5 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 43 .
6 - أنظر : الأحمد (حسام الدين) ، المرجع السابق ، ص 22 .

تستدعي تقنيات جراحية متطورة و معقدة ، و بالتالي فاللاجئين للجراحة التجميلية بسبب صحي لا يخرج هدفهم عن الغاية و الغرض الأساسي من التطبيب ألا وهو العلاج [1] .

الفقرة الثانية : الأسباب الخارجية

نذكر من بينها :

طبيعة المهنة :

قد يعوق عمل كل من الممثلة أو الراقصة أو السكرتيرة الإدارية مجرد تشوه بسيط ، قد يفضي إلى قدر من التدني في المستوى المهني المطلوب إذا لم يتم إزالته ، و ربما يؤدي في النهاية إلى عرقلة الحياة الاجتماعية لصاحب هذا التشوه ، أو يجعل من مواجهة الحياة عبء ثقيل الوطأة [2] و في هذا الصدد أدانت محكمة استئناف باريس في 05 جوان 1962 جراحا بلاستيكيا ، لكون النتيجة المرجوة كانت ناقصة ، بل مشوهة لتدخل جراحي على فنان ، مما أدى إلى توقيف الفنان عن مهنته و كان تسبيب القضاة لقرارهم هو عدم التناسب بين الخطر و الفائدة المرجوة لهذا الشخص ، الذي كان مظهره ضروريا لممارسة مهنته ، لكونه فنانا يقدم أعماله أمام الجمهور [3] .

السبب الجرمي :

إذ قد تدفع الإنسان إلى إجراء عملية جراحية تجميلية أغراض جرمية ، و ذلك على خلفية التهرب من العدالة و سلطتها ، فيعمد بعض الجناة كاللصوص و القتلة و أعضاء العصابات إلى تغيير ملامحهم للإفلات من قبضة العدالة ، و التمويه على السلطات القضائية ، و ربما تقترب منه الدواعي اللاأخلاقية بشكل عام ، كما في حالات التدليس و التضليل الذي تمارسه امرأة بحق رجل لغرض إقناعه بالزواج أو العكس [4] .

---

1 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 42 .
2 - أنظر : الشوا (محمد سامي) ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 148 .
3 - قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 05 جوان 1962 ، أشار إليه: Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) المرجع السابق ، ص 125 .
4 - أنظر : الحسيني (محمد طاهر) ، المرجع السابق ، ص 43 .

المطلـب الثانـي
العقد الطبي في الجراحة التجميلية

يعود الفضل إلى الاعتراف بوجود عقد يربط بين الطبيب و المريض إلى القرار الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 عن الغرفة المدنية ، المعروف بقرار مارسي MERCIER [1] .
لقد تبنت معظم التشريعات هذه الفكرة ، بما فيهم التشريع الجزائري ، و نلمس ذلك في أحكام المادة 42 من مدونة أخلاقات الطب ، فرغم تكفل المشرع الجزائري بالمهنة بعد الاستقلال و تقنينه لأحكام تضبط ممارسة المهنة ، و سلوك الأطباء و الصيادلة و جراحي الأسنان على السواء من خلال إصداره للقوانين والمراسيم ، إلا أنه لـم يعرف العقد الطبي و إنما تركه للفقه و القضاء و اكتفـى بذكر أهداف العلاج .

عرف العقد الطبي بأنه : « اتفاق يربط بين الطبيب و المريض ، بمقتضاه يلتزم هذا الأخير بدفع أتعاب العلاج » [2] ، و عرفه الأستاذ السنهوري بأنه : « اتفاق بين الطبيب و المريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم » [3] ، كما يعرفه الأستاذ سافيتي SAVATIER بأنه : « اتفاق بين الطبيب من جهة و المريض أو من يمثله من جهة أخرى ، بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء على طلبه النصائح و العلاج الصحي » [4] ، و يعرف كذلك بأنه : « اتفاق بين الطبيب من جهة والذي يريد العلاج أو من يمثله من جهة أخرى ، يتعهد بموجبه الطبيب لمن يريد العلاج على تقديم الإرشادات و الفحوصات اللازمة » [5] .

1- أنظر : قرار مارسي MERCIER ، جاء فيه ما يلي :
« Les termes de l´arrêt MERCIER, du 20 mai 1936 : « IL se forme entre le médecin et son client une véritable contrat comportant, pour le praticient l´engagement sinon bien évidement de guérir le malade, du moins df lui donner des sois non pas quelconque…mais consciencieux attentifs et réservers faits des circonstances exceptionnelles , conformes aux données acquises de la science.
La violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle…»
أشار إليه :
Boyer(G) CHAMMARD, Mozein(P), la résponsabilité médicale, P.U.F, France , 1974, P 77.
2 - أنظر : عشوش (كريم) ، العقد الطبي ، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 ، ص 09 .
3 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني : العقود الواردة على العمل ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2004 ، ص 19 .
4 - أنظر : عشوش (كريم) ، المرجع السابق ، ص 09 .
5 - أنظر : أبو الغنم (محمد سالم حمد) ، المسؤولية المدنية عن عمليات التجميل ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، جامعة عين شمس ، مصر ، ص 104 .

تعود أهمية دراسة العقد الطبي في جراحة التجميل ، كون هذه الأخيرة ظاهرة خاصة بعد انتشارها في الآونة الأخيرة ، و إن كان في السابق تعتبر من العقود النادرة ، فلقد أصبحت حاليا من بين العقود الأكثر استعمالا خاصة مع العولمة و تطور وسائل الإعلام و الدعايات ، و لقد 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 إلا في الآونة الأخيرة ، و سنعالج ضمن هذا المطلب الطبيعة الخاصة للعقد الطبي في الجراحة التجميلية (الفرع الأول) ، ثم مميزات العقد الطبي في الجراحة التجميلية (الفرع الثاني) .

الفـرع الأول

الطبيعة الخاصة للعقد الطبي في الجراحة التجميلية

أثار العقد الطبي في الجراحة التجميلية انشغال العديد من الفقهاء فيما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية ، فالشيء الصعب في تحديد هذه الطبيعة يرجع إلى عدم احتواء القانون المدني لأحكام خاصة به مثل العقود المدنية الأخرى [1] ، فهذا ما أدى بالفقه إلى الاختلاف نحو جانبين ، فجانب يربط العقد الطبي بعقد من العقود المعروفة و المسماة بعقد المقاولة ، على رأسهم الدكتور السنهوري ، إذ يرى أنه ليس هناك من خصائص التي تتعارض مع طبيعة عقد المقاولة حتى يخرج العقد مع الطبيب عن هذا النطاق ، و يعرف عقد المقاولة بأنه : « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر » [2] ، و هو أن يلتزم فيها المقاول بتحقيق نتيجة فبالتالي يختلف عن التزام الطبيب الذي هو التزام ببذل عناية ، لكن ليس دائما التزام الطبيب التزاما ببذل عناية فقد يكون التزاما بتحقيق نتيجة ، و ذلك في الالتزام بسلامة المريض ، و في جراحة التجميل في حالة تعهد الجراح التجميلي بحصوله على نتيجة معينة .

غير أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون محل عقد المقاولة التزام ببذل عناية ، فالمعلم إذا تعهد بتحضير تلميذه لامتحان معين لقاء أجر معلوم ، يكون قد أبرم عقد مقاولة ، و مع ذلك لم يلتزم إلا ببذل عناية ، إذ هو لم يلتزم بتحقيق غاية ، و كذلك الطبيب يستحق الأجر سواء شفي المريض أو لم يشف ، لأن

1- أنظر :

Hannouz (Mourad-Mouloud), approche juridique de la responsabilité médicale en droit Algérien, Thèse pour l`obtention du grade de Docteur en sciences médicales à l`université de Oran, institut des sciences médicale, année 1981, p 33.

2 - أنظر : المادة 549 من القانون المدني الجزائري ، تقابلها المادة 1710 من القانون المدني الفرنسي ، والمادة 646 من القانون المدني المصري .

الطبيب لم يلتزم بتحقيق نتيجة بل التزم ببذل عناية ، و لا يمنع ذلك من أن يكون العقد مقاولة ، كذلك لا يكون اعتبار شخصية الطبيب مانعا من أن يكون التعاقد معه مقاولة ، فكثيرا ما تعتبر شخصية المقاول في عقود المقاولة محل اعتبار .

هناك جانب من الفقه يرى أن التعريف المتقدم لعقد المقاولة ينطبق على العقد الطبي على اعتبار أن الطبيب يلتزم بعلاج المريض لقاء أجر معين ، دون أن تكون هناك رابطة تبعية بين الطبيب والمريض [1] ، و في هذا الشأن يقول الفقيه جوسران : « ليس هناك أدنى شك في أن ما يوجد بين الطبيب و المريض هو عقد مقاولة » ، و أيده في ذلك أندريه برتون الذي قال بأن العقد الطبي الذي يبرم بين المريض و الطبيب لا يزيد عن كونه عقدا من عقود المقاولة [2] ، و مما يؤخذ على هذا الرأي أن أنصاره قد فاتهم أن التزام الطبيب في الجراحة التجميلية هو التزام ببذل عناية خاصة ، و لم يصل إلى التزام بتحقيق نتيجة [3] ، و هو الأمر الذي يبعده عن كونه ملتزما بعقد مقاولة ، لأن أغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق نتيجة .

بقي أن العقد مع الطبيب غير لازم – كرب العمل في المقاولة – يستطيع أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه [4] ، على أن يعوض الطبيب عن جميع ما أنفقه من مصروفات و ما قام به من علاج ، و الطبيب كذلك في عقده مع المريض كالمقاول في عقد المقاولة له أن يرجع في العقد على أن يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يصيب المريض من جراء ذلك و إن كان رب العمل في عقد المقاولة يستطيع أن يطلب إنجاز العمل على نفقة المقاول فذلك ما لا يستطيعه المريض ، و هو حر في أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره ، و كل ما يستطيعه هو أن يرجع على طبيبه الأول بالتعويض ، إذ لا يمكن إكراهه على مواصلة العلاج إذا لم يرد الطبيب ذلك ، لذلك يرى الفقهاء أن العقد الطبي هو عقد مقاولة [5] ، غير أنه حتى و إن تشابه العقد الطبي مع عقد المقاولة في بعض أحكامه ، فإنه يختلف عنه في أحكام أخرى ، فهو عقد غير مسمى [6] .

1 - أنظر : التونجي (عبد السلام) ، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي ، الطبعة الأولى ، لبنان ، دار المعارف ، 1967 ، ص 251 .
2 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 91 .
3 - أنظر : منصور (محمد حسين) ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 106 .
4 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، المرجع السابق ، ص 19 .
5 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، المرجع السابق ، ص 20 .
6 - أنظر : Hannouz (Mourad-Mouloud) ، المرجع السابق ، ص 36 .

على الرغم من هذا التناقض ما بين العقد الطبي و عقد المقاولة ، يرى القائلون بالعلاقة الطبية أنها عقد مقاولة ، و أن هذه الخصائص لا تخرج العقد مع الطبيب عن طبيعة عقد المقاولة فالمقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر [1] ، وهذا يشبه إلى حد كبير العقد الطبي ، و تجدر الإشارة أنه يطلق كلمة مستهلك على الشخص الذي يطلب إجراء جراحة التجميل ، و ذلك أن الجراحة التجميلية لا تعتبر كعلم طبـي فقط بل هي خدمة أيضا فمعظم الزبائن يتصرفون كمستهلكين ، و يعتبرون العقد الطبي في الجراحة التجميلية هو عقد استهلاك غير أنه لا يمكن تسميته كذلك ، لأن جراحة التجميل مهما كانت فهي تعتبر عمل طبي يقع على جسم الإنسان لاستشفائه أو محاولة تخفيف عنه الألم ، و أن عمليات التجميل من بين العمليات التي يتوافر فيها قصد العلاج بالمفهوم الواسع مع المستجدات الطبية ، لأن ما يمنح للإنسان الشعور بالسرور و السعادة يعتبر علاجا [2] .

نتيجة للانتقادات التي وجهت إلى تكييف العقد الطبي على أنه عقد مقاولة ، ذهب اتجاه فقهي للقول بأن العقد الطبي عقد إيجار أشخاص ، و من بينهم الفقيه مازو إذ يعتبر العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار أشخاص ، على أن يلتزم المريض بأداء الأجر للطبيب مقابل قيام الطبيب بالعلاج ، و أن يتعهد الطبيب بالعمل لخدمة المريض و تحت إدارته و شؤونه [3] .

لقد أنتقد هذا الرأي على أساس أن أهم ما يميز عقد إيجار الأشخاص خضوع الأجير أثناء عمله تحت رقابة المستأجر ، و هذه الميزة تتنافى مع علاقة المريض بالطبيب ، فالعلاقة بينهما ليست علاقة تابع لمتبوع ، فالطبيب يمتلك الحرية الكاملة أثناء ممارسته لعمله الطبي [4] .

العقد الطبي في الجراحة التجميلية عقد غير مسمى ، و يرجع ذلك إلى رؤية القضاء الفرنسي لهذا العقد لذاتيته و استقلاليته ، و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التكييف في الحكم الصادر بتاريخ 13 جويلية 1937 ، حيث قضت بأنه : « الاتفاق المبرم بين المريض و الطبيب الذي يقدم مساعدته و

1 - أنظر : مرقس (سليمان) ، الوافي في شرح القانون المدني : الالتزامات ، الفعل الضار والمسؤولية المدنيـة الجزء الثاني ، المجلد الثاني ، الطبعة الخامسة ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 1992 ، ص 383 ، أنظر أيضا : أبو الغنم (محمد سالم حمد) ، المرجع السابق ، ص 104 .
2 - أنظر : بن عودة (حسكر مراد) ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد الثالث ، كلية الحقوق ، جامعة جيلالي لياس ، سيدي بلعباس ، الجزائر ، 2007 ، ص 132 .
3 - أنظر : مرقس (سليمان) ، الوافي في شرح القانون المدني ، الفعل الضار والمسؤولية ، المرجع السابق ، ص 383 ، أنظر أيضا : أبو الغنم (محمد سالم حمد) ، المرجع السابق ، ص 101 ، وأنظر أيضا : سعد (أحمد محمود) مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه : دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2007 ، ص 223 .
4 - أنظر : أبو الغنم (محمد سالم حمد) ، المرجع السابق ، ص 101 .

جهوده لا يمكن أن يوصف بأنه عقد إستصناع ، بل إنه عقد من نوع خاص » [1] و الجدير بالذكر أن الفقيه سافيتي SAVATIER ساند هذا الاتجاه و اعتبر عقد العلاج الطبي عقد غير مسمى على اعتبار أن العمل المستقل للأشخاص القائمين بممارسة المهن الحرة يجعلهم غير محكومين لأي عقد مسمى في القانون ، و أنهم يخضعون فقط للقواعد العامة التي تحكم الاتفاقات و العادات التي تحكم مهنهم [2] .

يقدر الفقهاء المحدثين أن العقد الطبي عقد فريد من نوعه و يختلف عن العقود الأخرى [3] ، لكن بالرغم من قبول شراح القانون لفكرة العقد غير المسمى ، إلا أن العقد الطبي يجب أن يكون محل اهتمام المشرع ، و أن ينظر إليه نظرة تنظيمية خاصة به لإزالة الضعف الذي قد يتواجد فيه أحد أطراف العلاقة العقدية ، لأن ترك العقد الطبي دون أي تنظيم يعني القبول بوجود عقد يعبر عن قانون الطرف القوي ، و تنظيم هذا العقد بنصوص خاصة يحقق توازنا عادلا بين مصلحة الطبيب و مصلحة المريض ويسهل مهمة القاضي [4] .

نخلص مما تقدم بأن العقد الطبي في الجراحة التجميلية عقد قائم بذاته ، و هو عقد غير مسمى لذلك لا بد من البحث عن مميزاته بالنظر إلى خصائص العقد الطبي .

الفــرع الثاني
مميزات العقد الطبي في الجراحة التجميلية

رغم تضارب الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للعقد الطبي في الجراحة التجميلية إلا أنه يبقى عقد ذو خصائص متميزة ينفرد بها عن غيره من العقود ، و من أهم هذه الخصائص المميزة له ما يلي :

الفقرة الأولى : عقد مدني وشخصي

1 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 13 جويلية 1937، أشارت إليه : شيعاوي (وفاء) المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية ، مجلة النقد القانونية للعلوم السياسية ، عدد خاص 02 ، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2008 ، ص 245 كما أشار إليه أيضا : التونجي (عبد السلام) ، المرجع السابق ، ص 253 ، وأورده كذلك : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، المرجع السابق ، ص 20 ، أيضا أنظر : مرقس (سليمان) ، المرجع السابق ، ص 383 .
2 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 93 .
3 - أنظر : Penneau(J), La responsabilité du médecin, 2eme édition, Dalloz, Paris, 1996, p 23.
4 - أنظر : رايس (محمد) ، المسؤولية المدنية للأطباء ، المرجع السابق ، ص 434 .

مهنة الطب هي مهنة حرة تختلف عن المهنة التجارية ، لأنها لا تتطلب إلا جهد الطبيب الفردي و الفكري ، فالطبيب عند حصوله على الأتعاب ليس لغرض الحصول على الفوائد و المضاربة على رأس المال كما هو الحال عند التجار ، و إنما يتحصل على الأتعاب مقابل الجهد المبذول من طرفه فقط ، لأن مهنة الطب ترتكز على الثقة التي يوليها الطبيب شخصيا ، تلك الثقة التي تقوم على مبدأ الاختيار الحر للطبيب من قبل المريض[1] ، فالطبيب ليس بتاجر ، و كما أن عمله يتمثل في تقديم العلاج الصحي و الإرشادات الطبية ، فلا يعتبر من الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري إذ لا يمكن تصنيفها لا من قبيل الأعمال التجارية بحسب الشكل و لا بحسب الموضوع [2] وعليه فإن الجراحة التجميلية ليس لها علاقة بالتجارة رغم أن وسائل الإعلام أضفت عليها صبغة شوهت هذا الاختصاص [3] ، حيث يمنع منعا باتا أن يكون غرض العمل الطبي هو جني الأرباح و مدونة أخلاقيات الطب الفرنسي تؤكد على أن الطب لا يجب أن يمارس مثل التجارة [4] .

عليه فالعقد الطبي حتى في الجراحة التجميلية هو عقد مدني ليس له علاقة بالتجارة رغم ما نسمعه و ما نشاهده في بعض المواقع الإلكترونية ، و البرامج الإذاعية أو التلفزيونية المنتجة أساسا للاستفادة المادية ، التي تعطي لمثل هذه العمليات طابعا تجاريا أكثر مما هو صحي [5] ، إذ تظهر المعجزات التي يمكن أن تنجز من خلال مبضع الجراح التجميلي ، و النتائج الباهرة و التغيرات الظاهرة دون ألم و لا ندب و بوقت قصير .

إذا كان العقد الطبي عقدا مدنيا ، فهو أيضا عقدا شخصيا ، كون المبدأ هو أن للمريض الحق في أن يختار بحرية الطبيب الذي يعالجه [6] ، و ذلك نظرا إلى أن عمل الطبيب ينصب على جسم الإنسان ، و يمكن أن يؤدي إلى نتائج نافعة أو ضارة ، فتتعلق بصحة المريض بوجه عام و بأداء أعضاء جسمه لوظائفها ، و بالآلام التي قد يشعر بها المريض ...إلخ ، و نظرا لهذا يجب أن تقوم العلاقة بين الطبيب و

---

1 - أنظر : Hannouz (Mourad-Mouloud) ، المرجع السابق ، ص 40 .
2 - أنظر : عشوش (كريم) ، المرجع السابق ، ص 19 .
3 - أنظر : Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 99 .
4 - أنظر : المادة 19 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي والمدرجة نصوصه في قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 548-2000 الصادر سنة 2000 والمعدل في 04 سبتمبر 2003، التي تنص على ما يلي :
« La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce sont interdit tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale »
المنشور عبر الموقع الالكتروني التالي :
http://w.w.w.web.ordre.medecin.fr/deonto/decret/codedenont.pdf .
5 - أنظر : Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 94 .
6 - أنظر : فيلالي (علي) ، رضا المريض بالعمل الطبي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الجزء 36 ، العدد الثالث ، 1998 ، ص 42 .

المريض بقدر الإمكان على أساس الثقة الكاملة لذا يقال إن العقد الطبي هو من عقود الاعتبار الشخصي [1] .

تطبيقا لذلك جاءت الفقرة الثانية من المادة 80 من مدونة أخلاقيات الطب ، على ضرورة احترام حق المريض في حرية اختياره للطبيب ، إذ يختاره وفقا للمؤهلات و الاعتبارات التي يمتاز بها والثقة التي يضعها فيه [2] ، و هذا ما يراه الفقهاء و من بينهم الأستاذ السنهوري ، على أن محل اعتبار العقد الطبي يقوم على المؤهلات الشخصية للطبيب [3] ، و هذا الأخير هو الذي يتولى شخصيا معالجة مريضه وفقا للأصول العلمية المكتسبة ، و لا يعهده لغيره إلا في حالة ما إذا استلزم الأمر ذلك [4] .

يظهر الاعتبار الشخصي أكثر في الجراحة التجميلية ، كونها لا تقتضيها صحة الشخص المقبل عليها ، و بالتالي هذا الشخص له كل الوقت لاختيار الجراح الحاذق الذي اكتسب سمعة و شهرة جيدة و ذو كفاءة عالية ، لذلك لا يجوز للطبيب الجراح أن يعهد بإجراء العملية إلى جراح آخر و لو كان أعلى رتبة منه إلا بعد موافقة الشخص المعني أو ذويه [5] .

الفقرة الثانية : عقد لا تقتضيه الضرورة

بناء على أن جراحة التجميلية تختلف عن الجراحة العادية ، لأنها لا تجري بقصد شفاء المريض من علة في جسمه ، و إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر ، فعلى الجراح التجميلي اتخاذ القرار بشأن إجراء العملية ، بعد تبصير المريض بكل المخاطر التي يحتمل حصولها حتى يكون على بينة من أمره و يتخذ قراره الحر والمستنير بشأنها [6] ، نظرا لكون الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض أو صحته ، فبالتالي لا حاجة للعجلة في إجراء عملية التجميل ، و أن على الجراح التجميلي الامتناع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل فينبغي عليه ألا يقوم بالعملية [7] ، و لا يعتبر في حالة الامتناع عن تقديم العلاج .

---

1 - أنظر : منصور (مصطفى منصور) ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة ، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت ، العدد 1-4 ، السنة الخامسة ، 1981 ، ص 16 .
2 - أنظر : Hannouz (Mourad-Mouloud) ، المرجع السابق ، ص 03 .
3 - أنظر : عشوش (كريم) ، المرجع السابق ، ص 19 .
5- أنظر : المادة 32 من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسية التي تنص على ما يلي :
« Le médecin s`engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s`il y a lieu, à l`aide de tiers compétents » .
5 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 282 .
6 - أنظر : عجاج(طلال) ، المرجع السابق ، ص 303 .
7 - أنظر : حنا (منير رياض) ، المسؤولية المدنية للأطباء ، المرجع السابق ، ص 443 .

العقد الطبي في الجراحة التجميلية قد لا ينعقد إذا رأى الجراح أن مخاطر العملية لا توازي المنافع المرجوة منها ، عكس العقد في العمليات الجراحية الأخرى التي قد تلزم التدخل بسرعة لإنقاذ حياة المريض ، و لكن الأمر يختلف في حالة الجراحة البلاستيكية التقويمية ، عندما يكون أحد مشوهي الحرب أو غيره بحاجة إلى عملية تجميلية على وجه السرعة ، و تقتضها الضرورة الطبية [1] الشيء الذي يخفق وطأة الشروط المطلوبة من الجراح لإجرائها ، أما الجراحة التجميلية البحتة فغالباً ما يحتاج الأمر إلى الإسراع في العمل الطبي مما يلزم اتخاذ جميع الإحتياطات اللازمة [2] ، فيجب الحذر من الجراحين الذين يعجلون القيام بالعملية ، و إنما لا بد من أخذ وقت لاختيار الطبيب الجراح الأحسن و الكفء ، إذ النقابة الوطنية للجراحة البلاستيكية التقويمية و التجميلية الفرنسية أعطت مجموعة من التوصيات و هي : « يجب النظر على أساس العقد القائم بين المريض و الطبيب (الجراح) ، و أن يكون هذا الأخير غير مقيد و حر خالياً من أي التزامات أخرى و أن يكون عفويا للرد على جميع الأسئلة المطروحة ، و اقتراح مهلة للتبصير و إعطاء موعد للاستشارة ، فكل هذه تعتبر الصفات الجيدة لممارسة الجراحة التجميلية» [3] ، و هذا دليل على كون جراحة التجميل غير مستعجلة و لا تستدعي التسرع .

الفقرة الثالثة : عقد يقتضي الشكلية

لـم نجد أي نص يلزم الطبيب أو المريض اللجوء إلى شكليـة معينة لتكريس اتفاقهمـا و إبرامهما للعقد ، لكون العقد الطبي ليس من العقود الشكلية ، فالشكلية يقصد بها « كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني و تحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات و المواعيد والإجراءات » [4] ، فالأصل العام لا داعي للجوء إلى شكلية معينة لتأكيد تعاقد الطبيب مع المريض لكن لكل القاعدة استثناء ، إذ يشترط توفر ذلك في حالتين : حالـة نقل وزرع أعضاء ، و حالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي[5] ، ففي كلتا الحالتين اشترط المشرع الجزائري الشكلية في مثل هذه الأعمال ، وهذا ما نصت عليه المادة 164 والمادة 168 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .

1 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 303 .
2 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 86 .
3 - أنظر : توصيات النقابة الوطنية للجراحة البلاستيكية التقويمية و التجميلية الفرنسية :
« la qualité du contrat humain, la disponibilité, la spontanéité afin de répondre aux questions posées, et la proposition systématique d'un délai de réflexion et d'une deuxième consultation possible sont également une garantie d'une bonne qualité de l'exercice…»
4 - أنظر : عشوش (كريم) ، المرجع السابق ، ص 127 .
5 - أنظر : عشوش (كريم) ، المرجع نفسه ، ص 129 .

تعد هذه الشكلية خروجا عن الأصل ، و ذلك لخطورة مثل هذه العمليات ومساسها بالكيان البشري ، و هذا أيضا ما اشترطه المشرع الفرنسي في المادة 1231 فقرة 01 و 1122 فقرة 01 من قانون الصحة العمومية ، لكن ماذا عن الجراحة التجميلية كونها تهدف إلى تحقيق غاية تحسينية و جمالية تمس أكثر السلامة و الكيان البشري ؟ فالإجابة على ذلك هي أنها تستوجب الشكلية التي تثبت بأن الجرح قد التزم بكل التزاماته تجاه مريضه ، كالتزام بالتبصير عن كل مخاطر العملية و ذلك في شكل تقرير مفصل .

و قد انتهجت أمريكا هذا المسلك و ذلك بإجبار الشخص المقبل لعملية التجميل و الجراح على ضرورة توفر ركن الشكلية لإبرام العقد ، غير أن هذا الرأي أنتقد كونه لا فائدة من إمضاء وثيقة في أغلب الأحيان ضمن بنودها المخاطر الاستثنائية التي قد تنجر عن هذه العملية التجميلية ، و أن هذه الوثيقة قد تعكر صفو الثقة بينهما ، علماً أن العقد الطبي يقوم على الثقة و الضمير المهني ، و أن إغفال المتعاقدين سردهم للمخاطر الاستثنائية لا يعفي من مسؤولية الطبيب المخطئ ، خاصة إذا تمكن المريض من إثبات الخطأ ، فالمسؤولية قائمة لا محال [1] ، لكن حسب اعتقادنا فنحن نتفق مع فكرة اشتراط الشكلية في عقد جراحة التجميل نظرا لحساسية مثل هذه العمليات و خطورتها على الجسم البشري و ما قد يترتب من مشاكل في كيفية إثباتها إذا وقع للمريض ضرر ما ، رغم أن القضاء المدني يميل كثيرا لقيام مسؤولية الجراح التجميلي على أساس الخطأ المفترض إلا أنه من المستحسن أن يحتاط في مثل هذه الحالة بأن يحصل على رضا زبونه و إقراره كتابة بإلمامه بكافة المخاطر المتوقعة [2] ، حتى و إن كان لا يعفي كلية من مسؤوليته ، فهو على الأقل يخفف منها .

القانون الفرنسي الصادر في 2002 ، لم يلزم بصفة صريحة الجراح التجميلي بتحرير عقد ، و لكن أجبره على تحرير تقرير مفصل يمضي عليه الطرفين الذي يعتبر كعقد أبرم بينهما باعتبار أن هذه الوثيقة تتضمن المعلومات التي تخصهما و محل الاتفاق [3] .

المبحث الثاني

موقف الفقه و القضاء من الجراحة التجميلية

1 - أنظر : عشوش (كريم) ، المرجع السابق ، ص 132 .
2 - أنظر : بن عودة (حسكر مراد) ، المرجع السابق ، ص 136 .
3 - أنظر : بومدين (سامية) ، الجراحة التجميلية والمسؤولية المترتبة عنها ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون المسؤولية المهنية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2011 ، ص 64 .

مرت جراحة التجميل عبر مشوارها الطويل بمراحل و تطورات مختلفة ، فلزم أن تواكب العملية الفقهية و القضائية مراحل التطور تبعا لذلك ، فالقانون هو صنيع الفقه و القضاء في اجتهاده والمبادئ التي يرسيها ، مطالب بإرساء أحكام الحوادث و المستجدات ، و منها مستجدات الطب [1] ، فلقد أدى ظهور الجراحة التجميلية بما حملته من جديد في المجال الطبي إلى انتشارها في شتى البلدان سواء الأجنبية أو العربية و بين مختلف فئات المجتمع ، و مرد ذلك يرجع إلى إمكانية الجراحة التجميلية من تحقيق ما يصبو إليه الكثيرون ، سواء تعلق الأمر بالرغبة في التجميل بغرض تحسين و تعديل ما يراه الشخص غير مقبول فيه ، أو ما تعلق منها بعلاج و إزالة التشوهات و العيوب الموجودة في الشخص .

من الطبيعي قيام جدل فقهي و قضائي واسع في مشروعية الجراحة التجميلية ، و ثمرة كل اختلاف فقهي تباين الآراء و تفاوت الاتجاهات بين مؤيد و رافض و متوسط بينهما ، و سوف نتناول كل هذا في موقف الفقه من الجراحة التجميلية (المطلب الأول) ، ثم موقف القضاء من الجراحة التجميلية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

موقف الفقه من الجراحة التجميلية

لم يكن موقف الفقه المدني موحدا حول تعريف العمل الطبي كي يكون موحدا في مجال جراحة التجميل ، كونها عمليات تتعلق بالناحية الجمالية الخارجية للجسم في كثير من الحالات و لا تهدف إلـى تحسين الوضع الصحي ، فتنوعت آرائهم على اتجاهـات متعددة و لكـل فريق حججـه و سوف نتطرق إلى موقف الفقه الفرنسي (الفرع الأول) ، و يليه موقف الفقه المصري (الفرع الثاني) و أخيرا موقف الفقه الجزائري (الفرع الثالث) .

الفــرع الأول

موقف الفقه الفرنسي

اختلف الفقه في فرنسا حول مؤيد و رافض للجراحة التجميلية ، و اتجاه وسط بينهما و سوف نتطرق إلى هذه الاتجاهات المختلفة في ما يلي :

1 - أنظر : قزمار (نادية محمد) ، الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 46 .

الفقرة الأولى : الفقه الرافض للجراحة التجميلية

ذهب هذا الفقه إلى التسليم بعدم مشروعية الجراحة التجميلية ، بحيث وصفها بأنها عمل غير أخلاقي ، من أبرزهم الفقيه الفرنسي جارسون GARSON ، حيث لم يجز هذه الجراحة على الإطلاق ، باعتبار أن القواعد العامة تقضي أن يكون تدخل الجراح مقصودا به تحقيق غرض علاجي في حين أن العمليات التجميلية تهدف إلى تحقيق غاية جمالية تتنافى و هذا الغرض العلاجي [1] كتخليص المريض من علة أو مرض أو التخفيف من حدته أو الوقاية منه ، أما الغاية الجمالية التي تصبو إليها عمليات التجميل فتتعارض وهذا الغرض العلاجي .

لقد قرر الفقيه جارسون GARSON [2] بأن : « الطبيب الذي يتعامل مع عضو سليم من أعضاء الجسم بحجة التجميل خرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب » [3] ، و ذهب الفقيه كورنبروست إلى أنه يعد من قبيل الأعمال الشائنة ما يزعمه جراحوا التجميل من ادعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله [4] .

يعاب على هذا الرأي أنه لم يكن حاسما ، فهو لم يثبت بأن جراحة التجميل لا تباشر لأغراض علاجية ، فالتشوهات التي يصاب بها الإنسان تؤثر على نفسيته و على وضعه الصحي فكيف يحرم جراح التجميل من معالجة شخص يشعر بالآلام في حياته الاجتماعية ، بينما يباح له التدخل لمعالجته من أي ألم آخر مهما كان بسيطا ، خاصة و أن مهمة الطبيب لم تعد قاصرة على معالجة اختلال الجسم ، وإنما أصبح من واجبه أن يعالج المريض و كل حالة نفسية قد تكون لها أثر على صحته [5] ، و خير مبرر لإجازة جراحة التجميل ما يعانونه مشوهوا الحروب من آلام .

---

1 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 29 ، أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي السيد) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 504 .

2 -أنظر : الجميلي (أسعد عبيد) ، المرجع السابق ، ص 321 ، أنظر أيضا : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 30 .

3- أنظر : ترجمة قول جارسون GARSON :

« Le médecin qui, sous prétexte esthétique ou plastique s`attaque un corps sain sort des attributions qui lui confère son diplôme » .

4 - أنظر : حنا (منير رياض) ، المرجع السابق ، ص 437 ، أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي السيد) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 505 .

5 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 294 ، أنظر أيضا : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 31 .

في الخلاصة نقول بأن الموقف الرافض لم يستطع الصمود أمام تطور و تشعب فروع وأهداف جراحة التجميل و مبرراتها و الحاجة الكبيرة إليها ، و بعد فشل هذا الاتجاه اتخذ الكثير من الفقهاء موقفا أكثر مرونة ضمن اتجاه مؤيد لجراحة التجميل .

الفقرة الثانية : الفقه المؤيد لجراحة التجميل

رواد هذا الاتجاه هم الفقهاء الأساتذة مازو ، نيجر ، لاكاسولويس دارتيج [1] ، يرون وجوب التوسع في جراحة التجميل باعتبار أنها تجدد الشباب ، كما أنها وسيلة من وسائل مكافحة المرض وتجلب السعادة و السرور للمريض ، و هما من شروط صحة الإنسان [2] ، و هناك من يؤيد هذا الاتجاه باعتبار أن مسألة التمييز بين العيوب البسيطة و الجوهرية هي مسألة نسبية لا تخضع لضابط محدد ، فما يعتبر شخصا عيبا بسيطا قد لا يعد كذلك بالنسبة للآخر ، كما أن إجراء جراحة التجميل برضا الشخص و حسب قواعد و أصول الفن الطبي و بإذن الشرع ، لا يوجب قيام المسؤولية الطبية للطبيب حتى و إن حصلت بعض الأضرار الثانوية مثل تخلف العملية ندبا على الجسم ، حيث أن هناك من الحالات ما تستدعي المخاطرة [3] ، إضافة إلى ذلك فإن من يذهب لإجراء جراحة التجميل يحمل دائما ما يبرر ذهابه فجراحة التجميل لها دائما ما يبررها [4] ، كما أن التدخل الجراحي التجميلي يصبح بحكم الواجب فيما إذا كان التشوه جسيما ، و الذي يؤدي ذلك إلى جعل حياة صاحبه صعبة ، بحيث يوصد أمامه أبواب الرزق و يحرمه من الزواج أحيانا ، و يجعله محلا لسخرية الناس و استهزائهم [5] .

بناء على ذلك ذهب غالبية الفقه في فرنسا إلى اعتبار جراحة التجميل فرع من فروع الجراحة العامة ، و تخضع لنفس القواعد التي تخضع لها ، شريطة مراعاة التناسب بين المخاطر و فوائد هذه الجراحة [6] ، لكن ليس من المنطق فتح مجال واسع لإجراء مثل هذه العمليات ، لذلك ظهر اتجاه ثالث وسطا بين الرافضين و الموسعين لإجراء عمليات التجميل .

الفقرة الثالثة : الاتجاه الوسطي للجراحة التجميلية

1 - أنظر : قزمار (نادية محمد) ، الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 50 .
2 - أنظر : بومدين (سامية) ، المرجع السابق ، ص 45 ، أنظر أيضا : الأبراشي (حسن زكي) ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1951 ، ص 297 أنظر أيضا : أورفلي (سمير) ، المرجع السابق ، ص 33 .
3 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 32 .
4 - أنظر : قزمار (نادية محمد) ، الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 51 .
5 - أنظر : الأبراشي (حسن زكي) ، المرجع السابق ، ص 300 .
6 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 33 .

يؤكد أنصار هذا الاتجاه على فكرة الأعمال الجراحية التجميلية و لكن بتحفظ شديد ، فقد كان لما حدث في العالم من تطورات إثر الحرب العالمية الأولى و الثانية و ما خلفته من آثار تتعلق بمشوهي الحرب ، و التي كان الفضل للجراحة التجميلية في معالجتهم الأثر في تبني هذا الاتجاه جواز إجراء الجراحة التجميلية [1] ، فميز بين نوعين من تلك الجراحة لتحديد مسؤولية الطبيب .

النوع الأول : حالات يكون التشوه لدرجة تصبح معها الحياة عبئا قد يدفعه إلى طلب التخلص منها فهذا التشوه قد يرقى إلى مقام العلة المرضية ، فتنزل في نفس مستوى الجراحة العادية فتكون حرية الجراح واسعة في اختيار وسائل التدخل التي يراها مناسبة خاصة إذا كان هذا التشوه يحرم الإنسان من حقه الطبيعي في الزواج أو يجعله محلا للسخرية [2] .

النوع الثاني : تلك الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها مجرد إصلاح ما أفسده الدهر من جمال ، فلا يكون تدخل الطبيب مبررا إلا إذا كانت وسيلته في إزالة التشوه لا تنطو على خطر ما على حياة الفرد و سلامة جسمه ، فالعيوب الجوهرية و التي فيها مخاطر على حياة الشخص أو جسده فهي لا مبرر لها و بالتالي غير جائزة [3] .

ما يفهم من ذلك أن أصحاب هذا الاتجاه يميلون إلى إجراء عمليات التجميل البسيطة التي لا تحمل خطرا كاستئصال اللحميات و العظام البارزة في الجسم و التجاعيد في الوجه ، و غير ذلك من التشوهات التي تجعل صاحبها محلا للسخرية أمام الناس [4] ، و لعل السبب الذي دفع أنصار هذا الاتجاه إلى تضييق فكرة جراحة التجميل في نطاق العيوب البسيطة التي لا تنطو على خطر ، هو عدم التناسب بين المخاطر و الفوائد المرجوة من العمل التجميلي و ذلك للحد من جراحة الترف [5] ، لكن يصعب التمييز بين مـا هو عيب بسيط و بين ما هو عيب جوهري ، و ذلك لاختلاف طبائع الأشخاص [6] ، غير أن التقدم الذي حققته هذه الجراحة جعل الفقه يميل إلى القول بأنها من الأعمال الطبية الجراحية و يعترفون بشرعيتها إذا لم يترتب عليها أضرار و أخطار جسيمة [7] .

الفرع الثاني

1 - أنظر : حنا (منير رياض) ، المسؤولية المدنية للأطباء ، المرجع السابق ، ص 437 .
2 - أنظر : بومدين (سامية) ، المرجع السابق ، ص 46 .
3 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 30 .
4 - أنظر : أورفلي (سمير) ، المرجع السابق ، ص 32 .
5 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 294 .
6 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 30 .
7 - أنظر : بن عودة (حسكر مراد) ، المرجع السابق ، ص 1261 .

موقـف الفقـه المصـري

ذهب غالبية الفقهاء في مصر بمشروعية الجراحة التجميلية ، اقتناعا منهم بأن النظرة المتمردة التي نظر بها لجراحة التجميل تمييزا لها عن الجراحة العلاجية ، إما مرجعها لنفس التردد الذي كان ينظر به الناس إلى الجراحة على وجه العموم تمييزا لها عن الطب ، و كما تغيرت نظرة الناس إلى الجراحة فقط كان طبيعيا أن تتغير نظرتهم إلى الجراحة التجميلية كذلك ، فقد ذهب رأي في الفقه المصري إلى التفرقة بين العمليات الجراحية التي تهدف إلى علاج التشوهات الجسيمة ، و بين نوع آخر يقصد به الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها إصلاح ما أفسده الدهر من جمال ، مقررا إباحة النـوع الأول على أساس أن التشوه يرقى إلى مقام العلة المرضية و محرما النوع الثاني [1] .

يعاب على هذا الرأي أنه يفتقر إلى الدقة و فساد الاستدلال ، ذلك أن الأخذ بالمفهوم الواسع للمرض و الذي لا يقتصر على الناحية العضوية فقط بل يشمل أيضا الجانب النفسي ، يحتم القول بإقرار مشروعية جراحة التجميل من حيث الأصل ، فتتحقق المساواة بين علاج تشويه جسيم و مجرد إجراء عملية شد وجه لامرأة طاعنة في السن ، طالما أن الأمر مرده في النهاية الموازنة بين المخاطر التي قد تترتب على العملية و الفوائد المرجوة منها ، و هذه مسألة فنية يستقل بتقديرها الطبيب الجراح بحيث إذا أخطأ وجبت مساءلته [2] .

لذلك فإن الرأي المعمول به أن جراحة التجميل تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها الجراحة العلاجية ، مع وجوب توافر شروطها ، و هو وجوب توافر تناسب بين الخطر و الفائدة المرجوة و أن تكون هناك علة تبرر المساس بحرمة الجسم البشري [3] .

الفـرع الثالث

موقـف الفقـه الجزائـري

1 - أنظر : سعد (أحمد محمود) ، المرجع السابق ، ص 422 ، أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي السيد) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 507 .
2 - أنظر : الشوا (محمد سامي السيد) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 508 .
3 - أنظر : محمدين (رجاء محمد عبد المعبود) ، الضوابط القانونية والأخلاقية لجراحة التجميل ، عبر الموقع الإلكتروني التالي :
http://tai.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/res6/page/1-6.aspx

لم يتخذ الفقه الجزائري موقفا مستقلا بشأن الجراحة التجميلية ، و ما وجد من كتابات قليلة في هذا الموضوع ما هو إلا نقل لرأي الفقه الإسلامي ، حيث يرى الأستاذ طالب عبد الرحمان بمشروعية الجراحة التجميلية العلاجية كونها وسيلة لإزالة العيوب التي تضر بالإنسان سواء نفسيا أو جسديا ، و بالتالي فالجراحة حاجة تنزل منزلة الضرورة ، مما يستوجب الترخيص للقيام بها إعمالا للقاعدة الشرعية القائلة : « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة » [1] .

كما استند الأستاذ بلحاج العربي في تناوله لموضوع الجراحة التجميلية إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث تكلم عن شرعية الجراحة التجميلية التي تهدف إلى استبدال و تعويض جزء من جسم الإنسان ، كما هو الشأن في الأسنان و العظام ، كما خص بالحديث نوعا آخر من الجراحة التجميلية و هو التغيير الجنسي ، أين أجاز جراحة تحويل المرأة إلى رجل و العكس للضرورة و استند في ذلك إلى ما جاء عن المفتي جاد الحق علي جاد الحق ، الذي ذكر أنه يجوز شرعا إجراء الجراحة لإبراز ما أستتر من أعضاء الذكورة المغمورة أو الأنوثة المطمورة ، بل إنه يصير واجبا شرعيا باعتباره علاجا للمخنثين من الرجال و المترجلات من النساء متى نصح بذلك الطبيب المختص [2] .

هذا هو نفس رأي الدكتور منذر الفضل ، حيث استند إلى ما أشار إليه القسطلاني و العسقلاني في شرحهما لحديث المخنث من أن عليه أن يتكلف بإزالة مظاهر الأنوثة ، و هذا التكلف قد يكون بالمعالجة الطبية ، و الجراحة هنا علاج بل لعله أنجح علاج [3] ، أما إذا كان إجراء هذه الجراحة لمجرد الرغبة في تغيير الجنس ، دون دواعي جسدية صريحة غالبة فهذا حرام [4] .

خلاصة القول أن الفقه الجزائري لم يستطع أن يستقل بموقف مميز و إنما نقل رأي الشريعة الإسلامية ، مغيبا رأي المشرع الجزائري بل و حتى القاضي الجزائري لعدم وجود الرأي الصريح في الموضوع لديهما .

المطلب الثاني

موقف القضاء من الجراحة التجميلية

1 - أنظر : طالب (عبد الرحمان) ، حكم الشرع الحنيف من الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء ، دار الغرب للنشر والتوزيع ، وهران ، ص 08 .
2 - أنظر : بلحاج (العربي) ، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد الثالث ، الجزء 31 ، 1993 ، ص 579 .
3 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 21 .
4 - أنظر : بلحاج (العربي) ، المرجع السابق ، ص 579 .

على إثر التطور الذي شهدته البشرية في مجال العلوم الطبية ، و الرغبة الدائمة في البحث عن الأفضل ، كان للقضاء دور هام جدا في الاعتراف بالجراحة التجميلية إلى جانب الجراحة العامة حيث أخضع جراحة التجميل إلى نفس المبادئ العامة في المسؤولية التي تخضع لها العمليات الجراحية بوجه عام ، مع التشديد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي من جهة و في التزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على رضائه من جهة أخرى ، و ذلك لانعدام عنصري الضرورة و السرعة في مثل هذا النوع من الجراحة ، و كون المريض في حالة من اليقظة و التبصر مما يستدعي شروط خاصة في رضائه ، و لم يبق القضاء مستقرا على موقف واحد من جراحة التجميل ، بل اختلف باختلاف العصور ، و سوف نتعرض إلى موقف القضاء الفرنسي (الفرع الأول) ، بعدها موقف القضاء المصري (الفرع الثاني) ثم موقف القضاء الجزائري (الفرع الثالث) .

الفـرع الأول

موقـف القضـاء الفرنسـي

يعتبر القضاء الفرنسي صاحب الفضل في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللامشروعية الذي كان مضروبا عليها لأمد بعيد ، غير أن هذا الموقف جاء بعد تردد طويل ، فقد كان القضاء ينظر للجراحة التجميلية أنها مجرد وسيلة لإرضاء شهوة الدلال عند النساء [1] ، فقد اتخذ القضاء الفرنسي في بداية الأمر موقفا عدائيا من الجراحة التجميلية [2] ، فبينما كان يقرر أن رضا المريض يعفي 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 الجراحية التجميلية عند حدوث نتائج ضارة حتى و لو أجرى الجراحة التجميلية طبقا لأصول الفن الطبي ، بل حتى و لو لم يرتكب أي خطأ في الجراحة [3] ، بمعنى أن إقدام الجراح التجميلي على إجراء العملية لا يقصد منها إلا التجميل يعد خطأ في ذاته ، يتحمل الجراح بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العملية ، إذ ليس هناك ما يبرر إجراء عملية تنطوي على قدر من الخطورة لمجرد إصلاح شكل الإنسان دون أن تكون هناك ضرورة تستدعي شفاءه ، أو فائدة تعود على صحته [4] .

1 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 296 .
2 - أنظر : منصور (محمد حسين) ، المرجع السابق ، ص 105 .
3 - أنظر : داودي (صحراء) ، المرجع السابق ، ص 11 .
4 - أنظر : الجميلي (أسعد عبيد) ، المرجع السابق ، ص 336 .

تطبيقا لذلك ذهبت محكمة استئناف باريس في 23 جانفي 1913 إلى تقرير نظام خاص بمسؤولية أطباء جراحة التجميل مغاير للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية الطبية في نطاق العمل الجراحي بشكل عام ، و قد اعتبرت : « مجرد الإقدام على علاج لا يقصد منه إلا تجميل من أجري له خطأ في حد ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العلاج ، و ليس بذي شأن أن يكون العلاج قد أجري طبقا لقواعد العلم و الفن الصحيحين » [1] .

تطبيقا لنفس الفكرة ، فقد انتهجت محكمة السين ذات المنهج الذي انتهجته محكمة استئناف باريس [2] ، أدى هذا الحكم إلى إحداث ضجة كبيرة في الوسط الطبي و القانوني ، حيث وصف اتجاه المحكمة بأنه على درجة كبيرة من التشدد ، و من الممكن أن يؤدي إلى اعتبار التزام الطبيب في الجراحة التجميلية التزاما بتحقيق نتيجة [3] ، و بهذا الصدد قرر الدكتور Frumuson أنه : « ليس من العدل أن يعاقب طبيب و أن يسند إليه خطأ لمجرد استجابته لنداء الإنسانية بتصحيح ظلم الطبيعة لا تقل آثاره السيئة عن مساوئ الأمراض التقليدية ، بل تفوقها أحيانا ، و أن القضاء المشار إليه يجرد الأطباء من سلاحهم و يفرض عليهم أن يرصدوا التقدم العلمي فقط دون ما أمل في الاستفادة منه ، كما يفرض على الناس أن يعيشوا بتشوهاتهم » [4] ، نتيجة لذلك فقد عدلت محكمة باريس حكمها بتاريخ 12 مارس 1931 ، حيث عدلته فيما يتعلق بالمبدأ و أيدته لأسباب أخرى فيما يخص التعويض حيث قضت بأنه : « لا يجوز خلق افتراض لم ينص عليه المشرع ، و لذلك يخضع هذا النوع من الجراحة للقواعد العامة ، شريطة أن ينبه الجراح من يريد إجراء عملية تجميل إلى جميع المخاطر التي يتعرض لها من جراء ذلك ويحصل منه على قبول صريح بشأنها » [5] .

---

1 – أنظر : قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 23 جانفي 1913 ، أشار إليه : الشوا (محمد سامي) ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 157 ، أنظر أيضا : التونجي (عبد السلام) ، المرجع السابق ، ص 398 ، وأنظر أيضا : الجميلي (أسعد عبيد) ، المرجع السابق ، ص 327 ، أنظر أيضا : الفضل (منذر) المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، المرجع السابق ، ص 7 ، أنظر أيضا : OSSOUKINE (ABDELHAFID) ، المرجع السابق ، ص 134 .

2 – أنظر : حكم محكمة السين بتاريخ 25 فيفري 1925 ، ومن بين ما استندت عليه في تسبيب حكمها هو : «...أن مجرد واقعة إجراء عملية جراحية على عضو سليم من الجسد مع اقتصار هدفها على مجرد تصحيح تشوه جسماني ودون أن يكون هذا التدخل لازما لضرورة علاجية، بل ودون أن يكون لازما بأي وجه آخر لسلامة وصحة المريض فهذا التدخل الجراحي يكون في حد ذاته خطأ يقضي بمسؤولية طبيب الجراحة التجميلية خاصة وأن هذه العملية من الممكن أن تؤدي إلى خطر جسيم على عضو سليم...»، أشار إليه : الجميلي (أسعد عبيد) ، المرجع السابق، ص 329.

3 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 233 .

4 - أنظر : الجميلي (أسعد عبيد) ، المرجع السابق ، ص 332 ، أنظر أيضا : الشوا (محمد سامي) ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، ص 512 ، أنظر أيضا : رايس (محمد) ، المرجع السابق ، ص 148 .

5 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 233 ، أنظر أيضا : رايس (محمد) ، المرجع السابق ، ص 149.

أعتبر هذا الحكم انتصارا على الحاجز الذي كان قائما بين جراحة التجميل و اعتراف القضاء بها أي أن القضاء بدأ يسلم بمشروعية جراحة التجميل ، و أخضعها للمبادئ العامة في المسؤولية المدنية التي تخضع لها العمليات الجراحية بصفة عامة [1] ، إلا أنه على الرغم من ذلك فإن الوضع لم يصل إلى حد المساواة التامة بين جراحة التجميل و الجراحات الأخرى ، بحيث ما زال القضاء يظهر نوعا من التشدد لأنها في الأصل لا تمارس لغرض علاجي [2] ، و في ظل الإقرار بمشروعية الجراحة التجميلية ألزم القضاء طبيب التجميل بمراعاة مسألة التناسب بين مخاطر العملية و الفائدة المرجوة منها ، و بذلك فهو يتشدد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي من جهة ، و في التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضائه من جهة أخرى ، كما يظهر وجه التشدد في التوسع في تحديد مفهوم الخطأ الفني و اشتراط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص في إجراء العملية ، و أن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها و ليست محلا للتجارب [3] ، و هكذا أنقذ القضاء الفرنسي عمليات التجميل و التي استقر بها المقام بعد ذلك على أنها من العمليات المشروعة التي تدخل في نطاق مهنة الطب [4] .

عليه تم التأسيس لقواعد أكثر دقة و صرامة من طرف الاجتهاد القضائي من أجل جعل الجراحة التجميلية مقبولة قانونا [5] ، و هذا ما أكدت عليه محكمة استئناف باريس في 13 فيفري 1959 [6] ، و في هذا الصدد أدانت محكمة النقض الفرنسية سنة 1972 طبيبا في قضية ، رغم ثبوت قيامه بالجهود و اليقظة اللازمين لأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية التي كانت عبارة عن عملية تجميل لأنف سيدة تشكو من تقوس في أنفها لكن النتيجة لم تكن مرضية ، فقد حدث عكس ما هو متوقع و ما يحدث عادة في مثل هذه العمليات ، كذلك فقد قضت محكمة استئناف باريس في قرار لها صادر بتاريخ 11 ماي

1 - أنظر : حروزي (عز الدين) ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة ، الجزائر ، دار هومة ، 2009 ، ص 147 ، أنظر أيضا : عجاج (طلال) ، المرجع السابق، ص 298 ، أنظر أيضا : منصور (محمد حسين)، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق، ص 106.

2 – أنظر : Hannouz (Mourad-Mouloud) ، المرجع السابق ، ص 64 .

3 - أنظر : منصور (محمد حسين)، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق، ص 107.

4 - أنظر : الشوا (محمد سامي السيد)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص 513.

5 – أنظر : Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 94 .

6 – أنظر : قرار محكمة استئناف باريس بتاريخ 13 فيفري 1959، جاء فيه: «... متى كان هناك عدم تناسب واضح بين مخاطر العملية وبين فوائدها وقع على الطبيب التزام بتبصير المريض بالوضع والنتائج المرتقبة بالإضافة إلى التزامه في بعض الأحيان بإبداء النصح بعدم إجراء العملية، بل والامتناع في حالات أخرى عن إجرائها حتى مع إصرار وتصميم المريض على ذلك » ، أشار إليه : كامل (رمضان جمال)، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، المركز القومي للإصدارات، 2005، ص 223.

1990 ، أن جراح التجميل الذي يقوم بإجراء عملية تقويم للشفة العليا للمريضة بهدف تغليظها يرتكب خطأ إذا لم يعلمها بالمخاطر المحيطة بهذا النوع من العمليات [1] .

الفـرع الثاني

موقـف القضـاء المصـري

اعتبر القضاء المصري مشروعية إجراء العمليات التجميلية مسلما بها ، أي أنه اعتبرها كأي فرع من فروع الجراحة الأخرى ، و أن التزام الجراح التجميلي لا يختلف في طبيعته عن التزام الجراح العادي ، غير أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة العادية ، و لذلك كان الحق لكل جراح تجميل في إجرائها ثابتا لا يحتاج إلى مناقشة [2] ، فقد انتقل اتجاه التشديد إلى محكمة النقض المصرية ، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 26 جويلية 1969 بأن : « جراح 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 أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه ، و إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر » [3] ، و هو ما أكده القضاء الفرنسي في حكم له صادر عن الغرفة الأولى للمحكمة الإدارية " نيم Nimes " بتاريخ 14 ديسمبر 1998 [4] .

لكن القضاء المصري استوجب مراعاة منتهى الدقة والشدة بالنسبة للأطباء الذين يمارسون عمليات التجميل باعتبارهم متخصصين في هذا الفرع من فروع الطب ، فضلا عن ذلك فإنه خفف من عبء إثبات المريض لخطأ الطبيب بإقامته قرينة قضائية بسيطة لصالحه ، فالتزام الجراح التجميلي حسب القضاء المصري هو التزام ببذل عناية شأنه شأن غيره من الأطباء و الجراحين بشكل عام ، و عبء الإثبات وزع بينه و بين مريضه وفقا للقواعد العامة [5] ، حيث ترجع فكرة مشروعية أعمال جراحة التجميل في مصر إلى سنة 1913 ، في قضية مشهورة للسيد عبد الحميد أفندي و التي قضت فيها محكمة استئناف مصر بعدم التفرقة بين جراحة التجميل و الجراحة العادية ، بل أخضعت كلا النوعين للقواعد العامة في المسؤولية ، مع تشديد في التزام الجراح التجميلي كون الجراحة التجميلية لا تمارس من

1 - أنظر : قزمار (نادية محمد)، الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 57.
2 - أنظر : قزمار (نادية محمد)، المرجع نفسه، ص 61.
3 - أنظر : الشوا (محمد سامي السيد)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص 517.
4 - أنظر : بومدين (سامية)، المرجع السابق، ص 51.
5 - أنظر : الجميلي (أسعد عبيد)،المرجع السابق، ص 340.

حيث المبدأ لأغراض علاجية [1] ، كذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قضية [2] أخرى من قضايا التجميل سنة 1969 ، من خلال ذلك نستنتج أن القضاء المصري قد بدأ من حيث انتهى القضاء الفرنسي حيث أقر ضمنيا عمليات التجميل و لكنه لم يتناول حق الطبيب من عدمه في إجراء العلاج لمجرد التجميل كما فعل القضاء الفرنسي .

الفـرع الثالث

موقـف القضـاء الجزائـري

إذا كان القانون الفرنسي قد واكب و مازال يواكب التطور الموجود على صعيد الجراحة التجميلية ، فإن القانون الجزائري مازال بعيدا كل البعد عن تنظيم هذا المجال الحساس من مجالات الطب رغم تأثره بالمشرع الفرنسي ، و إذا كان البعض يذهب إلى أن المحاكم الجزائرية لم تعرف حالات تخص الجراحة التجميلية حتى في الآونة الأخيرة ، فإن ذلك أمر مشكوك فيه ، لأن إقدام الجراحين العامين على ممارسة الجراحة التجميلية أمر كرسه الواقع بوضوح ولا محالة في أن تكون هناك أخطاء ناتجة عنها[3] ،

1 - تتلخص وقائع القضية في أن رجلا يدعى عبد الحميد أفندي أصيب في سنة 1914 بدمل (شفي جرحه على فساد) في مؤخرة عنقه، حيث رغم إلتآمه ترك مكانه أثر التحام جعل منظره مشوها، وفي سنة 1928 قرر أن يعالج نفسه بمخترعات الطب الحديث، فعرض في مستشفى القصر العيني على الأمراض الجلدية (ميخائيل عازر) الذي وبعد معالجته له نصحه بالعلاج بأشعة أكس، فاختار الدكتور (مقار) فقام بعلاجه تارة بنفسه وتارة أخرى من تمرجي الأشعة، نتج عن هذا العلاج تقيح الجلد ونشوء قرحة فرفع دعوى على الطبيب (مقار) مطالبا بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من معالجة الندبة التي كانت نشوه رقبته، غير أن محكمة مصر رفضت الدعوى في حكمها الصادر بتاريخ 03 ماي 1933، لكن محكمة استئناف مصر ألغت هذا الحكم سنة 1936 لا لعدم مشروعية هذا الحكم وإنما تطرقت لوقائع الدعوى واستخلصت منها أن إصابة المريض نشأت عن معالجته بأشعة أكس وأن الطبيب أخطأ في تجاوزه عدد جلسات العلاج التي تسمح بها الأصول العلمية، أنظر : الفضل (منذر)، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 84.

2 - سببت محكمة النقض المصرية حكمها بـ: «إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض عقدية، غير أن الطبيب لا يلتزم بمقتضى هذا العقد المبرم بينه وبين المريض بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له لأن التزامه ليس بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية خاصة، لأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشوه لا يعرض حياته لأي خطر، كما أن إنكار المريض على الطبيب بذل العناية الواجبة ينقل عبء الإثبات إلى المريض إلا إذا أثبت المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، فيكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بذلك إلى الطبيب الذي لا يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات قيام حالة الضرورة» وهو ما أثبتته المضرورة في قضية الحال، فقضت محكمة النقض المصرية بنقض قرار محكمة الاستئناف والقضاء بمسؤولية الجراح التجميلي. أنظر : كامل (رمضان جمال)، المرجع السابق، ص 232.

3– أنظر : OSSOUKINE (Abdelhafid) ، المرجع السابق ، ص 133 .

غير أن الحاجة المصطنعة إليه جعلت منه نشاطا غير شرعيا في غياب ترخيص السلطات بوجوده [1] ، على الرغم من أن الواقع الجزائري لم يشذ عن التطور الذي عرفه العالم في ميدان الجراحة التجميلية خاصة في جانبها العلاجي [2] .

إذ أكد رئيس الجمعية الجزائرية للطب التجميلي في حوار أجرته جريدة الشروق اليومي مع الدكتور أوغانم محمد ، أن الطب التجميلي بالجزائر تخصص غير معترف به من قبل الوزارة الوصية و المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب ، مضيفا أن الجزائر لم تحتل مرتبة رائدة في هذا المجال و تجربتها لا تزال في أولى خطواتها ، و ذلك ليس في نقص الكفاءات أو القدرات الطبية مرجعا الوضع إلى مشكل مؤسساتي يرتبط أساسا بوزارة الصحة و وزارة البحث العلمي و المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب ، فهذا التخصص يعرف فراغا قانونيا في غياب الإطار القانوني الذي ينظمه ، فهو تخصص لا يدرس بالجامعات و المعاهد الجزائرية ، و أن هناك العديد من الأطباء يمارسون تخصص طب التجميل دون ترخيص من الوزارة الوصية و ذلك داخل عيادات خاصة في ظل غياب إطار قانوني لممارسة هذا التخصص ، باعتبار أنه ليس مدرجا كشهادة معترف بها و أن أغلبية الأطباء الذين يمارسونه يؤكدون أنهم درسوا في الخارج و لديهم خبرة كافية في هذا المجال [3] .

من غير المستبعد وجود أخطاء ناتجة عن الجراحة التجميلية ، كل ما هناك أن القاضي الجزائري لم تكن له الشجاعة الكافية ليقول كلمته في الموضوع بطريقة تبرز تميز الجراحة التجميلية عن الجراحة العادية ، و التي تقتضي أن يكون لها قواعدها و أحكامها الخاصة ، و التي من المفترض أن يكون القاضي الجزائري هو المؤسس لها اقتداءً بنظيره الفرنسي و المصري ، حيث يرى البعض أن هذا

1 - حيث نشرت صحيفة السلام اليومي بتاريخ 29 سبتمبر 2014، مقال للصحفي أ. بهلولي بعنوان : الجراحة التجميلية في الجزائر تخصص ينتعش خارج القانون، تضمن أن الجراحة التجميلية في الجزائر بعدما كانت ضربا من الخيال، إلا أنها سرعان ما تبددت هذه النظرة أين عرفت الجراحة التجميلية في السنوات الأخيرة انتعاشا ملحوظا خاصة بعد زيادة الطلب على هذا النوع من العمليات من طرف الجنسين، ويضيف الصحفي أ. بهلولي بأن اللافت للنظر هو انتشار عيادات التجميل في الآونة الأخيرة خاصة على مستوى المدن الكبرى، وذلك بالرغم مما قيل بشأن المخاطر المترتبة عن مثل هذه العمليات التي لا يقرها المشرع الجزائري، ومع ذلك لم يجد ممارسوها حرجا في التوسع في ممارستها، أنظر : الموقع الإلكتروني التالي:

http://w.w.w.djazairess.com/essalam/15749

2 - حيث جاء في مقال للصحفية هدى عمري تحت عنوان: أطباء جزائريون نجحوا في تقويم أقدام المواليد الجدد، بأن: « الطاقم الطبي لمصلحة الطب الفيزيائي والتكييف العضلي للمستشفى الجامعي بباتنة، نجح نجاحا باهرا في علاج حنف القدم الخلفي » ، أنظر : جريدة الشروق اليومي الوطنية، العدد 3999، الأحد 28 أفريل 2013، ص 12، ويقصد بالحنف الاعوجاج في الرجل إلى الداخل.

3 - أنظر : خلاص (كريمة)، عيادات تتاجر بالجراحة التجميلية وتعرض حياة الجزائريين للخطر: عمادة الأطباء تتوعد بشن حملة لتطهير الوسط الصحي من الطب الجمالي، جريدة الشروق الوطنية، العدد 2574، ليوم السبت 04 أفريل 2009، ص 19.

الغياب لرأي القاضي الجزائري يرجع إلى أن الجراحة التجميلية لا تزال في مراحلها الأولى إذ لا يمكن مقارنتها بالدول الغربية ، أما القاضي الجزائري فسيبدي موقفه بوضوح ببلوغ هذه الأخيرة حد معين من التطور ، مما سيفرض تواجد نزاعات فيها أملم القضاء لا محالة [1].

لكن رغم غياب النص التشريعي الذي ينظم صراحة هذا الاختصاص ، فقد نلمس في بعض النصوص من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يعبر ضمنيا عن هذه الجراحة و ذلك بموجب نص المادة 168 فقرة 3 من القانون رقم 17/90 المعدل و المتمم لقانون حماية الصحة و ترقيتها التي أجازت عمليات تجريبية لا يرجى من ورائها العلاج ، بشرط الحصول على رأي مسبق من طرف المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية ، هذا يعني أنه أجاز عمليات التجميل لأنها هي أيضا لا تهدف إلى علاج [2].

كمـا يمكن أن نستأنس بتلك النصوص المنظمـة لنزع الأعضاء و زراعتها ، و ذلك للتشابه الواضح بين هذا المجـال و مجال الجراحة التجميليـة ، إذ قد تكون الجراحة التجميليـة عـن طريق زرع عضو مبتور لا يظهر أثر بتره إلا من الناحية الجمالية ، و بالتالي يكون زرعه لغرض جمالي لا علاجي بحت ، حيث نجـد من المواد ما يتعلـق بشكل رضا المريـض و هو الشكل الذي يتطلب في الجراحة التجميلية [3] ، و منها ما يتعلق بشرط إبلاغ المريض بالأخطار الاستثنائية [4].

كما قد نستأنس بالمواد التي جاءت عامة ، مثلا المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب[5] التي تنص على ضرورة عدم التدخل إلا بوجود شرط التناسب بين مخاطر العملية و فوائدها ، و هذا الشرط يعتبر القاعدة الأساسية في الجراحة التجميلية ، و بها تبرر مشروعية التدخل [6] ، كذلك المادة 44 من

1 - أنظر : رايس (محمد)، المرجع السابق، ص 12.
2 – أنظر : المادة 3/168 من القانون رقم 17/90 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية العدد 35، التي تنص على ما يلي: « تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه ».
3 – أنظر : المادة 162 الفقرة الأولى من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية العدد الثامن، السنة 22 مؤرخة في 17 فيفري 1985 التي تنص على أنه : «... وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه...»
4 – أنظر : المادة 162 الفقرة الثانية من القانون رقم 85-05 السالف الذكر التي تنص على أنه: « ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع ...»
5 – أنظر : المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52، السنة 29، مؤرخة في 08 جويلية 1992.
6 - أنظر : بومدين (سامية)، المرجع السابق، ص 52.

مدونة أخلاقيات الطب [1] ، لكن رغم ما قد ينطبق من نصوص قانونية عامة مع أحكام هذه الجراحة ، إلا أنها تبقى اختصاص غير معترف به في الجزائر ، و هذا ما أكدته عمادة الأطباء على لسان ناطقها الرسمي و نائب رئيسها الدكتور قاصب مصطفى خلال اللقاء الصحفي الذي قامت به جريدة الشروق اليومي ، إذ أقر بوجود جراحة بلاستيكية تقويمية بالمستشفيات الجزائرية ، تتعلق بجراحة الفك و الوجه و هي لا تدخل أبدا في مجال الجراحة التجميلية ، كما أكد أن الجراحة التقويمية و التجميلية هما تخصصان مختلفان تماما ، و بمصالح مختلفة و مسار جامعي مختلف [2] .

1 – أنظر : المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على : « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ».
2 - أنظر : خلاص (كريمة)،المرجع السابق، ص 19.

الفصل الأول

قيام الالتزام بالتبصير

الفصل الأول
قيام الالتزام بالتبصير

إن حق الإنسان في سلامة جسمه من أهم الحقوق العامة المرتبطة بشخصه ، حيث يثبت له بمجرد ولادته ، و يعتبر الحد الأدنى الواجب كفالته له ، و يترتب على إهداره التضحية بآدمية الإنسان ، بينما تعد الأعمال الطبية من المباحات رغم مساسها بجسم الإنسان ، لأنها تستند لإذن المشرع ، و أجاز القانون للأطباء بممارستها لما يهدفون إليه من المحافظة على مصلحة الجسم ، إلا أنه أخضع هذا الإذن لشرط التزام الطبيب بتبصير المريض أو من يمثله قانونا ، و الحصول على رضائه بالعمل الطبي ، فالعمل الطبي الذي يتم دون تحقيق هذا الشرط يفقد صفة المشروعية ، لأنه يخرق مبدأ احترام إرادة المريض [1] ، و في المجال الطبي يحوز الطبيب معلومات كثيرة أمام المريض الذي غالبا ما يكون ضعيف القدرة العلمية في هذا المجال ، و خاصة بعد التطورات والاكتشافات الحديثة في ميدان العلاج الطبي ، و من ثمة كان هناك عدم توازن في المعلومات بين الطبيب و المريض ، ترتب عليه حاجة هذا الأخير لمعرفة كل ما يتعلق بحالته الصحية ، و جوانب خطورة العلاج المقترح كي يتمكن من اتخاذ قرار عن تبصر بقبول أو رفض العلاج ، استنادًا إلى حق الشخص في سلامة جسده ، مما ألقي على عاتق الطبيب التزام بتبصير المريض بخطورة العلاج أو الجراحة قبل أن يشرع في ممارسة أي منهما ، مع إخباره بماهية المخاطر و ما يكتنفه العلاج من نجاح أو فشل .

يعتبر الالتزام بالتبصير من أول الالتزامات التي تفرض على جراح التجميل تجاه مريضه ، و من أهم التزاماته ، إذ أنه يشترط لمشروعية هذه الجراحة ، الحصول على رضا المريض و أن يكون الرضا ناتج عن بينة و اقتناع كامل ، مما يفرض على جراح التجميل توضيح مخاطر الجراحة و ظروفها بطريقة مفصلة و دقيقة [2] .

1 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دار النهضة العربية، 2008، ص 137. أنظر أيضا : خليل (مجدي حسن)، مدى فاعلية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ص 51.
2 - أنظر : حنا (منير رياض) ، المرجع السابق، ص 336.

إن مسألة تبصير المريض و رضائه بالتصرفات الطبية من المسائل الهامة التي أثارت العديد من المشكلات العلمية في مجال المسؤولية الطبية ، فهي تثير مشكلة التعارض بين مفهوم معين للإنسان و حريته من ناحية ، و ما يقتضيه هذا المفهوم من ضرورة الإقرار للإنسان بأن يكون سيد نفسه ، يعلم مقدما بكل أبعاد ما يراد لجسمه و صحته ، و بين ذلك التعقيد و التقدم الهائلين في العلوم الطبية ، و ما يقتضيه ذلك من إعطاء الطبيب قدرا كبيرا من الحرية في التصرف في جسد المريض و صحته على أساس أنه يتصرف في حدود علمه و أمانته العلمية ، لذلك كان من الضروري أن يدور البحث في مدى التزام الطبيب بتبصير المريض و أهمية هذا التبصير الذي هو مرتبط بقرار المريض ، أي بالرضا الذي سيفصح عنه أو يبديه .

تجدر الإشارة إلى أن هناك تسميات أخرى للالتزام بالتبصير تختلف من فقيه إلى آخر و هي : الالتزام بالإعلام ، الالتزام بالإخطار ، و الالتزام بالإفضاء ، غير أن هناك فريق من الفقهاء يفرقون بين الالتزام بالإعلام و الالتزام بالتبصير ، و يعتبرون أن الالتزام بالإعلام هو ركن في إبرام العقد الطبي ، بينما الالتزام بالتبصير هو أمر متعلق بحسن تنفيذ العقد الطبي [1] ، و على خلاف ذلك هناك من يعتبر الالتزام بالإعلام هو نفسه الالتزام بالتبصير ، و يتعلق بكل مرحلة من مراحل العقد الطبي [2] .

للتبصير أهمية خاصة للمريض بالنظر إلى أهمية محل التعاقد و هو العمل الطبي المراد توقيعه على جسم المريض ، لأن جهل المريض بهذا العمل و مخاطره جعل واجب التبصير أكثر من ضروري ، و تبرز أهمية التزام الطبيب بتبصير المريض أكثر في حالة التدخل الجراحي ، أو إذا انطوى ذلك التدخل الطبي على قدر من المجازفة أو الخطورة [3] ، و ذلك لاتصاله بأهم ما يملك الفرد و ما يسعى للمحافظة عليه ألا و هو جسده ، لذا ينبغي على الطبيب قبل مباشرة عمله ، الحصول على رضا المريض ، و حتى يكون الرضا سليمًا و صحيحًا ، لابد من تزويده بالمعلومات و البيانات الكافية التي تسمح له بالتعبير عن إرادته تعبيرًا حرًا و واعيًا [4] ، و من النادر أن يمتنع الجراح عن إعلام المريض كلية ، و إنما يقوم بتقديم معلومات ناقصة لمريضه ، و ذلك بالتصريح ببعض المعلومات وإخفاء البعض الآخر ،

1 - أنظر : نجيدة (علي حسن) ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة ، 1992 ص 13.

2 - أنظر : خليل (مجدي حسن)، المرجع السابق، ص 51.

3 - أنظر : الشواربي (عبد الحميد) ، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية، القاهرة، منشأة المعارف، 1998، ص 229.

4 - أنظر : قاسم (محمد حسن) ، إثبات الخطأ في المجال الطبي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2006،ص 159 أنظر أيضا : أنظر : الصباحين (هدى) ، هليل (منير) ، شطناوي(فيصل) ، الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 26 (07)، 2012، ص 1637.

إما عن إهمال أو عن جهل ، لاعتقاده أن إطلاع المريض على كل المعلومات قد يدخل في نفسه الخوف و الرعب ويدفعه إلى رفض الجراحة .

إن التبصير له هدف مزدوج ، فمن جهة يمكن المريض من اتخاذ قرار سليم بقبول أو رفض العلاج ، بعد تبصير الطبيب له بكل ما يتصل بحالته الصحية احترامًا لحقه في سلامة جسده ومن جهة أخرى ، فإنه يشكل نوعًا من الحصانة تعفي الطبيب من المسؤولية عند مباشرته العلاج لاطمئنانه بأنه قام بواجب التبصير على أكمل وجه [1] ، و لتحديد هذا الالتزام نتطرق للنظام القانوني للالتزام بالتبصير (المبحث الأول) ، ثم نطاق الالتزام بالتبصير (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

النظام القانوني للالتزام بالتبصير

يتدخل الطبيب على جسم المريض من خلال عدة أعمال طبية ، يهدف من ورائها إلى التخفيف من الآلام و المعانات ، إذ يجب عليه الحصول على الرضا من المريض شخصيا أو من المخولين منه إذا كان غير قادر على ذلك ، بعد تبصير مريضه بنوع التدخل الطبي المقدم عليه ، و قد أصبحت الخدمات الصحية تحتل حيزًا هامًا من قبل الأفراد ، إما في شكل كشوف طبية أو تدخلات جراحية ، و التي تهدف إلى ترقية الحالة الصحية للمريض ، لذلك لا مناص من توفير الحماية للمريض ، و لعل أهمها هي مساعدته على اتخاذ قرار حاسم لقبول أو رفض العلاج ، من خلال تبصيره بصفة واضحة .

يعتبر الالتزام بالتبصير التزامًا سابقًا عن التعاقد بين الأشخاص ، يفرضه على المتعاقد إما القانون صراحة ، أو العقد المراد إبرامه ، أو المبادئ العامة في القانون ، كمبدأ حسن النية قبل التعاقد ، و يقصد بالالتزام بالتبصير تزويد المتعاقد في العقود الرضائية بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض التعاقد بإرادة حرة مستنيرة [2] .

يتعلق الالتزام بالتبصير باحترام شخص الإنسان و سلامته الجسدية ، فهو التزام يقع على عاتق الطبيب الذي يعد أكثر الأشخاص تمركزًا لتبصير المرضى ، فهذا الوصف يخوله الإحاطة و

1 - أنظر : حمدي (عبد الرحمان)، معصومية الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 32.
2 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية : دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 114.

الدراية التامة بكل تفاصيل المرض الذي بصدد معالجته ، و يستند الالتزام بالتبصير على مبدأ حرمة جسم الإنسان و احترام حريته الشخصية ، فلا يجوز للطبيب المساس بجسم الإنسان قبل الحصول على رضائه المتبصر و المستنير ، و لا يتحقق هذا إلا بعد قيام الطبيب بتبصير المريض بجميع المخاطر التي تترتب على العمل الطبي ، و الالتزام بالتبصير يقع على عاتق الطبيب الذي يكون على علم بكل تفاصيل المرض الذي بصدد معالجته ، فالتفاوت العلمي و النفسي بين المريض والطبيب يبرر وجود بعض الالتزامات على عاتق الطبيب أو الجراح نحو المريض ، منها على وجه الخصوص إفادة المريض بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي [1] ، بالإضافة إلى جهل المريض للعلوم الطبية مما يجعله غير قادر على اتخاذ قراره ، فإن الحالة النفسية بسبب المرض الذي يعاني منه تجعله غير قادر على اتخاذ قرار سليم ، و هذا ما دفع بعض الأطباء الذين ينكرون حق المريض في التبصير والموافقة على العمل الطبي ، الذي يبقى من اختصاص الطبيب وحده ، فقيلت في هذا الصدد عدة آراء .

غير أنه يثور بالإضافة إلى هذا الإشكال ، إشكال آخر و هو إثبات التبصير الذي يعد من الأمور الصعبة ، لأن ما يراد إثباته يعد واقعة سلبية صعبة الإثبات تقع على عاتق المدعي ولتوضيح هذا الالتزام سنبين مفهوم الالتزام بالتبصير (المطلب الأول) ، ثم الأساس القانوني لالتزام الطبيب بتبصير مريضه (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بالتبصير

إن الالتزام بالتبصير يقع على عاتق المهني أو المحترف ، الذي يكون على علم بكل ما يخص موضوع الخدمة المقدمة للمريض الطرف الضعيف في العلاقة ، الذي يجهل المعلومات الخاصة بالعمل الطبي أو الخدمة الطبية المقدمة له ، و هو التزام يقع على الطبيب و الجراح أيا كانت طبيعة العلاقة بالمريض ، و لقد أستحدث هذا الالتزام لحماية المريض الذي يجهل المعلومات الخاصة بالعمل الطبي ، و لإعادة التوازن للعلاقة التي تربط هذا الأخير بالطبيب عن طريق تبصيره و تنويره بكل المخاطر ، ستتم دراسة تعريف الالتزام بالتبصير (الفرع الأول) ، ثم ظهور الالتزام بالتبصير (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

1 - أنظر : فيلالي (علي)، المرجع السابق، ص 48.

تعريف الالتزام بالتبصير

يعد حق المريض في التبصير من الحقوق الهامة التي يلتزم الطبيب بضمانه ، فالطبيب لا يمكنه أن يخضع المريض لأي عمل طبي ، دون الحصول مقدما على رضا المريض بهذا العمل و لكن هذا الرضا يجب أن يكون مستنيرا ، أي أن يتم بعد تبصير المريض و إفادته بمعلومات كافية حول حالته الصحية ، من أجل ذلك فقد ظهرت الحاجة الملحة في حماية الأشخاص ضد الطرق العلاجية الخطيرة والتي تسبب ضررا للمرضى ، لذا جعلت قواعد وقائية تفرض نفسها حتى تصون سلامة المريض سواء في جسمه أو عقله ، و لقد وضع المشرع الجزائري على غرار التشريع الفرنسي قواعد أخلاقيات الطب ، و منح سلطات المراقبة لمجالس أخلاقيات الطب التي يتجلى دورها في استبعاد كل شخص لا يحترم القواعد الأخلاقية[1] ، و من بين هذه القواعد هو الالتزام بالتبصير فما المقصود به ؟
سوف نتطرق لتعريف الالتزام بالتبصير حسب ما جاء به التشريع و الفقه ثم القضاء .

الفقرة الأولى : التعريف التشريعي للالتزام بالتبصير

إن الالتزام بالتبصير يعتبر أحد الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب و التي تنشأ عن العقد الطبي ، و تتحدد وفق ما تنص عليه قوانين مهنة الطب ، ما لم ينص العقد الطبي على زيادة بعض الالتزامات أو الإنقاص منها بمقتضى الاتفاق بين الطبيب و المريض ، هذا الالتزام يجد سنده في مبدأ معصومية الجسد الذي يقتضي حق الإنسان في سلامة كيانه البدني و عدم جواز المساس به و لو كان لغاية علاجية ، إلا بعد الحصول على الرضا المستنير للمريض ، فالتفاوت العلمي و النفسي الموجود بين الطبيب و مريضه ألقى على عاتق الطبيب الالتزام بتبصير المريض ، و المتمثل في إفادته بمعلومات واضحة و صادقة بالداء الذي يعاني منه و بوسائل علاجه ، و المخاطر التي قد تترتب عن العلاج وكذا مخاطر امتناعه عن العلاج[2] .

يحمي الدستور الجزائري السلامة الجسدية للإنسان ، و هذا ما نلمسه في نصوصه القانونية منها المادة 40 [3] ، التي تنص على أنه : « تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ، يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة » ، و أكدت المادة 41 من نفس الدستور ذلك بنصها : « يعاقب

1 - أنظر : المادة 163 وما يليها من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري المؤرخ في 06 جويلية 1992.
2 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)،المرجع السابق، ص 30.
3 – أنظر : الدستور الجزائري المؤرخ في 1996/11/28، المعدل بالقانون 01/16المؤرخ في 2016/03/06 الجريدة الرسمية الصادرة في 2016/03/07.

القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية » ، يعني أن الدستور يحافظ على السلامة البدنية و العقلية للإنسان و يعاقب على الأفعال الماسة بالسلامة الجسدية [1] ، لذلك أكد المشرع الجزائري على ضرورة الحصول على الالتزام بالتبصير قبل أي عمل طبي و أقره في قواعد خاصة ، كالقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم ، حيث نجد المادة 154 منه تنص على أنه : « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك » ، كما أقر المشرع الجزائري في المرسوم رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب هذا الالتزام في عدة نصوص منها المادة 43 التي تنص على أنه : « يجب على الطبيب أو الجراح أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي » ، و أكدت المادة 44 على ضرورة خضوع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة ، و هو نفس ما تضمنته المواد 45 ، 46 47 و 48 من نفس المرسوم .

من خلال هذه المواد نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعرف الالتزام بالتبصير ، بل أكد على إلزاميته ، و ذكر أوصافه في المواد من 43 إلى 48 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري [2] و لقد أكدت جل التشريعات على هذا الالتزام و منها المشرع الفرنسي ، حيث أشارت المادة 111 الفقرة الرابعة من تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي [3] المعدل بالقانون الصادر في 04 مارس 2002 إلى ضرورة قيام الطبيب بالتبصير قبل أي تدخل طبي ، و ذلك عن طريق إفادة المريض بالمعلومات الضرورية عن حالته الصحية ، فكان هذا التقنين أكثر صراحة و وضوحا في هذا المجال ، فالمادة 35 منه [4] أوجبت على الطبيب التبصير الصادق و الواضح و المناسب تجاه المريض ، و ذلك عندما نصت على : « أن الطبيب يجب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات أمينة و واضحة و ملائمة له ، ذلك فيما يتعلق بحالته ، و بالفحوص التي يجريها على المريض و العلاج الذي يخضعه له » [5] .

---

1 - أنظر : فيلالي (علي)، الفعل المستحق التعويض، الطبعة الثانية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية 2007 ص 39.

2 - أنظر : دغيبش (أحمد) ، بولنوار (عبد الرزاق)، التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص 128.

3 – أنظر : قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي والمدرجة نصوصه في قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2000-548 الصادر سنة 2000 والمعدل في 04 سبتمبر 2003، المنشور على الموقع الإلكتروني التالي:

w.w.w.Legifrance.gouv.fr/affichcode.do ?cidtexte=LEGITRXTO0000b0707218

3 - أنظر : المادة 35 من تقنين أخلاقيات المهنة الفرنسي التي تنص على ما يلي :

« Le médecin doit à la personne qu`il examine, qu`il soigne, ou qu`il conseille une information loyale, claire, et appropriée sur son état, les investigation, et les soins qu`il lui propose. tout au long de la maladie il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications, et veille à leur compréhension.»

أشار إليه : Hannouz Mourad-Mouloud ، المرجع السابق ، ص 42 .

5 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)،المرجع السابق، ص 57.

مما تجدر الإشارة إليه أن القانون المدني المصري لم يورد نصا صريحا يفرض على الطبيب أن يقوم بواجب التبصير ، و لكن يستنتج هذا الالتزام ضمنيا في القواعد العامة في القانون و ما جاء به نص المادة 60 من الدستور المصري الصادر عام 2014 : « لجسد الإنسان حرمة و الاعتداء عليه أو تشويهه ، أو التمثيل به ، جريمة يعاقب عليها القانون ، و يحظر الاتجار بأعضائه و لا يجوز إجراء أية تجربة طبية ، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق ، و وفقا للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية ، على النحو الذي ينظمه القانون » ، و كذلك قانون آداب المهنة في مصر [1] فقد تبنى ضرورة تبصير المريض بكل تدخل طبي ، إضافة إلى حرمة جسده وعدم الاعتداء عليه تحت أي مسمى .

الفقرة الثانية : التعريف الفقهي

إن اختلاف موقف الفقه من الالتزام بالتبصير أدى إلى اختلاف التعاريف المقدمة له حيث يعرف على أنه : « الالتزام بالتبصير في جوهره بمثابة التزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب خلال مدة العقد الطبي بهدف الحصول على رضا مستنير » [2] ، و يعرف أيضا على أنه : « إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة و أمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ، و يكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة » [3] ، عرفه آخر بأنه : « مقدمة الرضا و لازمته ، فالأول هو الذي يجعل الثاني مستنيرًا ومتبصرًا بعواقب العلاج أو العمليات الجراحية » .

كذلك يعرف على أنه : « التزام بإحاطة المريض علمًا بطبيعة العلاج ، و مخاطر العملية العلاجية » [4] ، جانب آخر من الفقه عرفه بأنه : « تحذير سابق بمخاطر العلاج و فوائده المنتظرة » [5] ، و عرف أيضًا على أنه : « إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة و أمينة عن الموقف الصحي ، بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ، و يكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة » [6] ، كما عرفته الأستاذة جاكلين باز بأنه : « الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير

1 - لائحة آداب مهنة الطب المصري الصادر بقرار وزير الصحة والسكان رقم 238 لسنة 2003، منشور على الموقع الإلكتروني التالي : **http ://w.w.w.ems.org/images/leha.eng.doc**
2 - أنظر : خليل (مجدي حسن)، المرجع السابق، ص 136.
3 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، الالتزام بالإعلام الصحي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2013-2014، ص 19.
4 - أنظر : منصور (محمد حسين) ، المرجع السابق، ص 42.
5 - أنظر : محجوب (جابر علي) ، دور الإرادة في العمل الطبي : دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر 1996 ص 83.
6 - أنظر : سعد (سعيد عبد السلام) ، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية مصر 2000، ص 136.

التي ينوي الطبيب اتخاذها في حالة المريض ، و من أجل العلاج الذي يقتضي إتباعه ، و قررت بأن الطبيب يقع في خطأ إذا لم يعلم المريض عن المخاطر التي يحتملها العلاج المقترح » [1] .

من كل ما سبق نستنتج أن لا التشريع الجزائري ، و لا التشريع المقارن ، و لا حتى القضاء قدموا تعريفا للالتزام بالتبصير ، بل اكتفوا بالتأكيد على ضرورته قبل أي تدخل طبي ، حفاظا على حق المريض بالحفاظ على سلامته الجسدية ، و في معرفة كل ما يحيط بحالته الصحية لاتخاذ قرار صائب بشأنه ، و تركوا أمر تعريفه للفقه ، فمن خلال التعاريف الفقهية يمكن تعريف الالتزام بالتبصير على أنه تزويد المريض بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض العلاج بإرادة حرة مستنيرة .

الفقرة الثالثة : التعريف القضائي

على الرغم من أن الالتزام بالتبصير قضائي المنشأ ، إلا أن القضاء لم يعطينا تعريفا دقيقا ، بل نص على أوصافه في بعض القرارات ، كالذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأنه : « التبصير يجب أن يكون سهلا و مفهوما و صادقا و ملائما و تقريبيا » ، هذا القرار يعرف الالتزام بالتبصير عن طريق ذكر أوصاف هذا الالتزام ، و يقصد بكلمة تقريبي أي إعطاء المريض معلومات غير دقيقة و غير كاملة حول حالته الصحية ، و حول النتيجة المتوقعة للتدخل الطبي ، ففكرة التقريب التي قضى بها هذا القرار هي مسألة غير مقبولة ، فقد أشار إليها ثم عدل عنها ، لأن المريض من حقه الحصول على معلومات كاملة و صادقة ، لكن يجب أن تصاغ بلغة سهلة يمكن له استيعابها لذلك أعاد القضاء النظر في هذا القرار بعد الانتقادات التي تلقتها هذه الفكرة من طرف الفقهاء ، فقد جاءت محكمة النقض الفرنسية بقرار آخر ، و الذي قضى بأن : « التبصير يجب أن يكون سهلا ومفهوما و ملائما » .

لقد جاء الالتزام بالتبصير نتيجة للتطور العلمي ، و كذلك نتيجة ظهور عقود الخدمات التي أدت إلى وجوب حماية المستهلك ، خاصة في الوقت الحالي بعد ظهور العقود الإلكترونية حيث أصبحت الخدمات الطبية تقدم عن بعد ، و أصبح المريض يمكنه العلاج عبر الانترنيت دون الحاجة للانتقال

1 - أنظر : بن صغير (مراد) ، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض : دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 174.

للعيادة أو المستشفى ، و يكون ذلك عبر المواقع المتخصصة لذلك الغرض [1] ، كما أصبح يمكن بيع الأدوية عبر الانترنيت كذلك ، أو ما يعرف بالصيدلة الإلكترونية ، حيث يتم بيع الدواء عبر مواقع متخصصة لذلك ، فالمريض يمكنه الحصول على الدواء بمجرد أن يصف له الطبيب حالته [2] .

لقد أكد القضاء على ضرورة تنفيذ الطبيب لالتزامه بتبصير المريض ، و شدد على وجوب تنفيذ هذا الالتزام ، و بعد ذلك حاول في الكثير من أحكامه تعريف التزام الطبيب بتبصير المريض استنادًا إلى خصائصه و هي السهولة و الصدق و الملائمة ، هذه الخصائص ذات أهمية كبيرة ، لأنها تسمح للمريض بأن يقارن بين فوائد العلاج ، و بين المخاطر التي تترتب عنه ، كي يستطيع أن يتخذ قراره عن بينة و تبصر بقبول العلاج أو رفضه .

الفـرع الثاني
ظهور الالتزام بالتبصير

إن الالتزام بالتبصير يعد واجبا أخلاقيا من صميم مهنة الطب ، إذ بموجبه يلتزم الطبيب باحترام شخص المريض و كرامته ، و به يقدم المريض على العلاج بكل قناعة و اطمئنان ، لأنه لم يتخذ هذا القرار إلا بعد إعلامه و تبصيره بكل ما يخص حالته الصحية ، إن هذا الالتزام جاء به القضاء ، أما الفقه فقد تضاربت آراءه بين مؤيد و رافض .

الفقرة الأولى : دور القضاء في ظهور الالتزام بالتبصير

إن التزام الطبيب بالحصول على الرضا المتبصر للمريض ظهر أول مرة على مستوى القضاء الدولي ، من خلال الجهود المبذولة لمعاقبة مجرمي الحرب العالمية الثانية ، فكان منطلق تكريس

1 - أنظر : خالد (ممدوح إبراهيم) ، إبرام العقد الالكتروني : دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر،2006 ص 241.
2 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، المرجع السابق، ص 18.

ضرورة الحصول على الرضا المتبصر ، من خلال المحاكمة الدولية للأطباء النازيين بسبب كافة الجرائم التي اقترفوها إبان الحرب العالمية الثانية ، و المعاملة غير الإنسانية التي عاملوا بها البشر [1] ، فقد قامت دول الحلفاء بتشكيل اتفاق لندن في 08 ماي 1945 ، لمعرفة الجرائم غير الإنسانية المرتكبة من طرف دول المحور ، و تمت محاكمتهم أمام المحكمة العسكرية لنورمبرغ Nuremberg ، و التي أحيل إليها 23 متهم من بينهم أطباء في معسكرات الاعتقال الألمانية ، اتهموا أنهم أجروا تجارب على أسرى حرب من ديانات أخرى دون التقيد بالشروط القانونية و بمناسبة هذه المحاكمة وضعت المحكمة عشرة (10) قواعد ، اعتبرتها أساس شرعية التجارب الطبية ، حيث أقرت أنه يتعين على كل طبيب التقيد بها ، إذ أكدت المادة الأولى من هذا الحكم على ضرورة الحصول على الرضا الحر المتبصر للشخص الذي تجرى عليه التجربة ، أي يتعين على الطبيب تبصيره بطبيعة هذه التجربة ، و مدتها و هدفها و الوسائل المستعملة ، و يلتزم القائم بالتجربة بتقدير الظروف التي يعطي فيها الشخص موافقته ، و يراعي حالته النفسية و إلا كان مسؤولا أما القواعد الأخرى بينت الإجراءات التي يجب إتباعها عند القيام بالتجارب الطبية ، للتأكيد أنها استوفت الشروط العلمية و التقنية المطلوبة [2] .

لقد ساهمت هذه المحاكمة الدولية في بلورة مفهوم جديد بشأن الممارسة الطبية ، و هي ضرورة حماية حقوق المريض ، و ذلك من خلال التأكيد على تبصيره قبل أي تدخل طبي ، ليأخذ هذا الأخير مفهوم الرضا المتبصر ، و لم يبق التكريس القضائي لضرورة الالتزام بالتبصير على مستوى القضاء الدولي ، بل اعتنقه القضاء الداخلي للدول ، كالذي أقره القضاء الفرنسي من خلال الحكم الصادر عن محكمة دويه Douai الفرنسية في 10 جويلية 1946 أثناء نظر قضية السيد (G) [3] .
كذلك القضاء الأمريكي الذي أكد هذا الالتزام ابتداء من سنة 1957 من خلال قضية Salgov.Leland jr board of trustees ، حيث لم يتساءل القضاء على مدى حصول الطبيب على الرضا من عدمه ، و إنما اهتم بصفة هذا الرضا و مدى تسبيقه بتبصير وافي و كامل [4] .

الفقرة الثانية : مدى التزام الطبيب بتبصير المريض

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، المرجع السابق، ص 95.
2 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، المرجع السابق، ص 09.
3 - تتلخص وقائع القضية أن السيد (G) توجه للعلاج سنة 1942 في مدينة ليل عند الدكتور (B) حول انتفاخ يعاني منه على مستوى يده اليسرى منذ عدة سنوات، ومن خلال التحاليل توصل الطبيب إلى أن هذا الأخير يعاني من سرطان يستلزم عملية بسيطة لا تؤثر على عمل يده، إلا أنه أثناء العملية اكتشف انه أخطأ في التشخيص وأن السرطان من نوع آخر، فقام دون إعلام المريض باستئصال الورم الذي أدى إلى فقدان المريض للقدرة على تحريك يده، وتأكدت المحكمة بأن الطبيب لم يكن في حالة استعجالية قصوى تغنيه عن رضا المريض، لذا أقرت مسؤولية الطبيب عن إخلاله بالحصول على الرضا المتبصر للمريض، أنظر : Boyer(G) CHAMMARD ، المرجع السابق ، ص 139 .
4 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، المرجع السابق، ص 93.

يعد رضا المريض السابق على التدخلات العلاجية أمرا ضروريا ، و شرطا هاما يجب مراعاته قبل المساس بجسم هذا المريض ، نظرا ما لهذا الجسم من حرمة مصونة شرعا ، و حماية ثابتة مقررة قانونا بنصوص دستورية و عقابية ، و احتراما لحق المريض على جسمه و حقه في تقرير مصيره ، إذ يجب على الطبيب أن يحصل على رضا المريض بشأن كل طرق الفحص أو العلاج المقترح ، و يبقى للمريض كامل الحرية في قبول أو رفض العلاج ، و غني عن القول أن رضا المريض لا يمكن أن يكون حقيقيا ، إلا إذا سبقه تنوير و تبصير من قبل الطبيب بحالته الصحية و طبيعة مرضه ، و مما لا شك فيه أن للتبصير دور مهم في شتى مجالات التعامل ، و لكن هذا الدور يتعاظم في المعاملات الطبية ، بسبب اتصالها بأهم ما يملك الفرد و أغلى ما يسعى للمحافظة عليه و هي صحته .

كما يمكن اعتبار تبصير المريض مظهر من مظاهر احترام آدميته ، إذ أن في ذلك احترام لكرامته و شخصيته ، بالإضافة إلى أن عملية التبصير تساعده على ممارسة حريته في الاختيار بين قبول أو رفض العلاج [1] ، و على الرغم من أهمية الالتزام بالتبصير ، و كيف أن القضاء لم يفرط أبدا في هذا المبدأ و عامل كل طبيب بشدة إذا لم يلتزم بهذا المبدأ ، مقررا مسؤوليته المدنية و الجنائية ، و رغم كل ذلك فقد قابل الفقه الالتزام بالتبصير بوجهات نظر مختلفة ، فهناك من رأى عدم التبصير ، و الرأي الثاني يتشدد في هذا الالتزام ، أما الرأي الثالث فنادى بالتبصير لكن بحدود ، و سنحاول في هذا الصدد الإلمام بثلاثة اتجاهات أولها موقف رجال الطب و القانون ، ثم نبحث فيما ذهب إليه القضاء في هذا الشأن .

موقف رجال الطب و القانون :

اختلفت آراء رجال الطب و القانون حول موضوع تبصير المريض بمخاطر العلاج المقترح ، فمنهم من يرى عدم الالتزام بالتبصير ، و منهم من يرى إلزامية التبصير و التشديد فيه و على عكس هؤلاء يوجد من يضع حدود للتبصير ، و سوف نتعرض لهذه الآراء الثلاثة في ما يلي :

الرأي الأول : عدم الالتزام بالتبصير

يمثل هذا الرأي الأستاذ بورث Portes ، حيث ذهب إلى أن تطور العلوم الحديثة أدت إلى اعتبار تأثير الطبيب على المريض أمرا طبيعيا جدا لا بد أن تتقبله بآثاره ، فالعمل الطبي عملا علميا ذو أبعاد متعددة لا يتمكن المريض خلاله فهم طبيعة مرضه ، كونه ظاهرة علمية معقدة لا يمكنه استيعابها ، لذلك فمن مصلحته أن يسلم بعدم قدرته على تقدير الأمور تقديرا سليما فيما يخص حالته الصحية ومصير

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)،المرجع السابق، ص 115.

حياته ، و لابد أن يسلم أمرها إلى طبيبه [1] ، بالإضافة إلى ذلك ، فالطبيب أحيانا يتعذر عليه التنبؤ بنتائج معينة لأسباب عديدة ، منها صعوبة التعرف على التاريخ المرضي للحالة التي يتعامل معها للمرة الأولى ، و ازداد هذا الاحتمال في الوقت الحديث مع تطور نظام التأمين الصحي وانتشاره ، و نظام العلاج في المستشفيات و الوحدات الصحية [2] .

إن الطبيب بوصفه من أهل العلم ، هو أساسا ذلك المهني الذي لا يجوز لأية مشاعر حتى مشاعر الشفقة أن تؤثر في عمله و على رؤيته العقلانية ، و أكبر الأطباء و أقدرهم هو الذي ينظر إلى المريض في حقيقته بأكبر قدر من الموضوعية ، و هو في هذا المجال تتيسر له فرص الشفاء ، أو لابد أن نسلم على الأقل أن هذه الفرصة قد تتحقق إلى جانبه ، لذلك فان من مصلحة المريض أن يسلم بعدم قدرته على تقدير الأمور تقديرا سليما بصدد صحته و مصير حياته ، و أن يسلم أمرها إلى طبيبه ، الذي يمسك بأصول العلم و الطب و يتصرف عن طريقها لمصلحة المريض [3] لذلك يجب أن يتخلى الطبيب عن التزامه بتبصير المريض ، لأن إعلام المريض بحقيقة مرضه والمخاطر التي قد يتعرض لها ، يعتبر عملا غير إنساني يؤدي إلى نتائج سيئة على نفسيته ، و قد يضاعف من حالته المرضية ، كما أن قبول المريض العلاج يتضمن تفويضا ضمنيا منه إلى الطبيب الذي يكون في خدمة الفرد و الصحة ، على أساس احترام حياة الفرد و شخصه البشري [4] .

الرأي الثاني : التشديد في الالتزام بالتبصير

انتقد جانب من الفقه الاتجاه السابق الذي يسمح للطبيب بالتدخل العلاجي من دون تبصير المريض ، إذ أنه لا استثناء لمصلحة الأطباء بحجة إطلاق حريتهم في العمل ، و لأن الالتزام بالتبصير هو في المقام الأول مهني و عقدي في آن واحد ، و مباشرة العلاج بغير تبصير المريض يشكل خطأ يستتبع المسؤولية ، إذ يكون الضرر تحقق متمثلا في المساس بحق المريض في الحياة وفي السلامة الجسدية [5] ، و الحكمة من هذا الالتزام هو احترام الشخصية الإنسانية للمريض و سلامته الجسدية ، إذ يمثل الإخلال به مساسا خطيرا بهذا الحق ، إذ أن التزام الطبيب بتبصير المريض يجد أساسه في الثقة التي

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، حق الموافقة على الأعمال الطبية و جزاء الإخلال به : دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 96.
2 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)،المرجع السابق، ص 34.
3 – أنظر : أحلوش (بولحبال زينب) ، رضا المريض في التصرفات الطبية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 41- 42.
4 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، المرجع السابق، ص 13.
5 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)، المرجع السابق، ص 36.

يضعها هذا الأخير فيه ، و الناتجة عن اختلال التوازن بين طرفي هذه العلاقة وعدم التساوي في العلم بين الطرفين ، يلقي على الطرف الأكثر علما بالتزام بالإفضاء بالمعلومات للطرف الآخر [1] .

يستند هذا الرأي على مبدأ الحرمة الكاملة لجسد الإنسان و اتصال هذه الحرمة بكيانه المعنوي ، فالكذب على المريض هو عدوان على حريته في الاختيار ، وسلطان الطبيب منح له لكونه سيساعد المريض لا لكي يستعبده [2] ، لذا من حق المريض اتخاذ القرار الذي يراه مناسبا ، و بالتالي لا يجوز إجراء أي تدخل علاج جراحي إلا بعد إعلاما كاملا ، لأن أي إخفاء للحقيقة عن المريض يعد خطأ طبي يستوجب المسؤولية ، حيث يقول الأستاذ بوسك : « إن عدم التبصير الكامل هو امتهان للإنسان ، لأنه يعني حرمان المريض من معرفة الحقيقة في أدق لحظات حياته ، حيث يكون أحيانا على شفا الموت » [3] .

الرأي الثالث : حدود تبصير المريض

هو رأي وسط بين الاتجاهين السابقين يقوم على إدراك واعي لحقيقتين ، الأولى هي أن إنسان العصر الحديث بما أوتي من إدراك لحقوقه ، و احترام لذاته لم يعد يقبل أن يخضع لوصاية طبية ، فيما يتعلق بوعيه و حرية اختياره و سلامة جسده ، حتى لو كان ذلك الخضوع تحت شعار مصلحة العلاج ، أما الحقيقة الثانية فتتمثل في كون أن الإنسان قد ينتابه الضعف و القلق و الخوف لمجرد معرفة حقيقة مرضه [4] ، و يرى أصحاب هذا الرأي إلزامية هذا الالتزام لكن في حدود ، فهو يوفق بين حقي احترام شخصية المريض و حريته ، خاصة ما يملكه إنسان العصر الحديث من إدراك لحقوقه ، و احتراما لذاته وسلطته على جسده ، حيث لم يعد يقبل أن يخضع لوصاية طبية حتى و لو كان ذلك لمصلحة العلاج هذا من جهة ، و من جهة أخرى فالإنسان قد ينتابه الضعف و القلق والخوف بسبب كثرة المعلومات التي تعطي للمريض في صورة خطورة وضعه الصحي تفقده الطاقة لمواجهة مرضه ، فحتى إن قبل العلاج فإن قبوله يكون بمعنويات هابطة و هذا سيضعف الثقة في جدوى العلاج [5] ، و يضيف أنصار هذا الاتجاه أن قبول المريض لا يعتبر مجرد صيغة أو شكل واجب التدخل العلاجي ، إنما هو منهج يستند إلى الحوار بين الطبيب و المريض ، حيث يستمد كل منهما معلوماته من الطرف الآخر ، إذ يقدم المريض للطبيب الذي استوضحه معلومات وافية عن تاريخه المرضي و حقيقة حالته الصحية ، و يبين له الطبيب طبيعة التدخل العلاجي و أهميته بالنسبة لحالتـه و مراحله واحتمالات النجاح .

1 - أنظر : نجيدة (علي حسن) ، المرجع السابق، ص 18.
2 – أنظر : أحلوش (بولحبال زينب) ، المرجع السابق، ص 44.
3 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، المرجع السابق، ص 13.
4 – أنظر : أحلوش (بولحبال زينب) ، المرجع السابق، ص 45.
5 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، المرجع السابق ، ص 14.

إن قبول المريض للعلاج يستند إلى أساس من العلم المشترك المستنير ، حيث يعلم المريض بماهية الأفعال التي سيقوم الطبيب بمباشرتها على جسده ، بناء على ما قدمه المريض له من معلومات وافية بكل ما يترتب على التدخل العلاجي من نتائج [1] ، و حسب هذا الرأي فإن المعرفة أو الحقيقة التي يجب أن يعرفها المريض هي الحقيقة التي تساهم في السير الحسن للعلاج ، و هو أمر يخضع لظروف كل حالة على حدا ، فالطبيب ليس مطلوب منه إلقاء محاضرة علمية على مريضه لا يفهم فيها هذا الأخير شيئا ، و إنما عليه أن يقدم له العناصر الموجودة تحت تصرفه ، و يحاول أن ينقل إليه معلومات واضحة و مفهومة تسمح للمريض الموافقة على العلاج [2] .

مما تقدم نستخلص أنه لا مجال للشك في أن تبصير المريض بأوجه المعرفة المختلفة يعتبر مسألة ضرورية في كل عمل طبي لما له من نفع لكل من المريض و الطبيب ، فالأهمية للمريض ترجع إلى أنه يتخذ القرار المناسب الذي يمس جسده بناء على ما قدم له من معلومات ، أما أهمية المبدأ بالنسبة للطبيب فترجع إلى أن تبصير المريض قد يساعد على رفع الروح المعنوية عنده و تقبله للعلاج يشعره بالراحة ، مما ينعكس على نجاح العمل الطبي ، فضلا على أن القضاء قد قطع كل طريق أمام الفقه لمثل هذا الاختلاف حول ضرورة التبصير من عدمه ، فأحكامه أصبحت شبه متواترة على ضرورة تبصير المريض و تحميل الطبيب المسؤولية إن هو لم يلتزم بهذا المبدأ [3] ، من ثمة ليس للطبيب أن يحل محل المريض في اتخاذ القرارات الخاصة بصحته ، و إنما يجب عليه أن يحيطه علما بحالته ، و ما يقترحه عليه من علاج ، و يترك له الحرية الكاملة حتى يتمكن من إبداء رأيه في الموضوع ، و بذلك يتفق الفقه و القضاء في أغلب الدول اليوم على ضرورة التزام الطبيب بتبصير المريض بحالته الصحية و ما يقترحه له من علاج [4] .

موقف القضاء :

من المهم أن نحدد المعيار الذي يمكن الالتزام به بصدد واجب الطبيب في تبصير مريضه حيث تكون الموافقة على التدخل العلاجي مستنيرة ، و قد أصدر القضاء الفرنسي عدة أحكام هامة يمكن عن طريقها بيان الحدود المعقولة للمسؤولية الطبية في هذا الصدد ، و لعل خلو الساحة القضائية

1 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)، المرجع السابق، ص 37.
2 – أنظر : أحلوش (بولحبال زينب) ، المرجع السابق، ص 45-46.
3 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)، المرجع السابق، ص 38.
4 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 116.

الجزائرية من هذا النوع من القضايا ، دفعنا إلى البحث في القضاء الفرنسي باعتباره من بين أهم واضعي الأسس و المبادئ التي تقوم عليها المسؤولية الطبية .

ففي سنة 1946 هناك حكم محكمة دوي DOUAI يحمل رقم 2\2\3374 في شأن ضرورة الموافقة المستنيرة ، و تتلخص الوقائع في أن مريضا توجه إلى أحد الأطباء لفحص ورم في أعلى ذراعه الأيسر ، و بعد الفحص و التشخيص أوصى الطبيب مريضه بإجراء عملية جراحية بسيطة ، و قد اطمأن المريض إلى هذا التأكيد ، و قبل إجراء العملية و أثناء الجراحة اكتشف الطبيب وجود تعقيدات مرضية لم يكن قد تبينها أثناء الفحص ، فقام بإجراء عملية أخرى غير متفق عليها بغير علم المريض ، و قد ترتبت على الجراحة نتائج خطيرة ، و المتمثلة في شبه شلل في ذراعه الأيسر ، و قد عاب المريض على طبيبه ما قام به و رفع دعوى ضده أمام محكمة دوي DOUAI حيث قضت المحكمة بأن على عاتق الطبيب التزاما بتبصير المريض و الحصول على رضاه قبل التدخل الجراحي ، و أن هذا الالتزام يستند إلى الحرية الشخصية ، و يتعين على الطبيب أن يخطر المريض ويحذره بمخاطر العلاج المقترح فيما عدى حالة الضرورة و حالة الاستعجال القصوى وعند وصول الأمر أمام محكمة النقض في 28 أكتوبر 1953 ، فإنها أكدت المذهب السابق ، حيث قدرت أن حالة الضرورة لم تتوافر بصدد تجاوز الطبيب إخطار مريضه و حصوله على الموافقة [1].

المطلب الثاني

الأساس القانوني لالتزام الطبيب بتبصير مريضه

إن الحق في التبصير هو أساس العلاقة الطبية ، و هو الحوار الشخصي الذي يجري بين الطبيب و المريض ، و هو جزء من النشاط الطبي الذي يمكن المريض من المساهمة في اتخاذ قراره حول العلاج المقترح بعد أن يتم تبصيره بطريقة واضحة و بسيطة ، و لقد اجتهد الفقه و القضاء لإقرار هذا الالتزام ، فيرى بعض الفقه الفرنسي أن التزام الطبيب بتبصير مريضه يجد أساسه القانوني في النصوص التشريعية و في عقد العلاج الطبي على السواء [2] ، و سنتعرض في هذا المطلب إلى النصوص التشريعية (الفرع الأول) ، ثم العقد الطبي (الفرع الثاني) .

1 – أنظر : أحلوش (بولحبال زينب) ، المرجع السابق، ص 47.
2 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 119.

الفرع الأول

النصوص التشريعية

يعتبر التزام الطبيب و الجراح بتبصير المريض عن واجب قانوني خاص يقع على عاتق الطبيب المشرف على نوعية العمل الطبي ، بضرورة إحاطة المريض علما بكل المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي و طبيعة العلاج المراد إخضاعه له ، و لقد أكد القضاء في فرنسا على إلزام الطبيب بتبصير المريض لكي يكون على علم بحالته الصحية مما يجعله حرا في التعبير عن إرادته الحقيقية ، و هو أمر يفرضه واجب احترام شخص الإنسان ، و أن كل طبيب لا يلتزم بهذا الالتزام يكون متعديا على حقوق المريض على نحو يوجب مسائلته قانونيا [1].

لقد نص القانون المدني الفرنسي لسنة 1994 [2] صراحة على وجوب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي على جسم المريض ، و هو ما يوجب بالضرورة التزام الطبيب بالتبصير حتى يكون رضا المريض معبرا عن إرادته الحقيقية ، كما أشارت المادة 1111 فقرة 02 من قانون الصحة العامة الفرنسي[3] ، المعدل بالقانون الصادر في 04 مارس 2002 إلى ضرورة تبصير الطبيب لمريضه و ذلك بأن يكون التبصير صادقا و واضحا ، كما أضافت المادة 1111 فقرة 04 من القانون السالف الذكر ، التزام الطبيب بالحصول على الرضا المستنير للمريض قبل كل تدخل طبي ، و

---

1 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)، المرجع السابق، ص 15.

2 – أنظر : المادة 16 فقرة 03 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1994 ، القانون رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 والتي تنص على ما يلي :

« Il ne peut être porté atteinte à l`intégrité du corps qu`en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement éclairé de l`intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas ou son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à la laquelle il n`est pas même de consentir ». JORF du 30/07/1994

منشور عبر الموقع الالكتروني التالي : **w.w.w.journal-officiel.fr/**

3 - أنظر : المادة 1111 فقرة 02 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل بالقانون رقم 2002-303 الصادر في 04 مارس 2002 التي تنص على ما يلي :

«Toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu`il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l`avoir informée des conséquences de ses choix si la volonté de la personne de refuser ou d`interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d`accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratique sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment …»

منشور عبر الموقع الالكتروني التالي : **http://w.w.w.légifrance.com**

ذلك بعد إفادته بالمعلومات الضرورية ، أما تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي[1] فكان أكثر صراحة و وضوحا في هذا المجال ، إذ أوجب على الطبيب إعلاما صادقا ، واضحا و مناسبا لصالح المريض [2] .

أما المشرع المصري فقد تناول الالتزام بالتبصير في لائحة آداب مزاولة مهنة الطب البشري[3] لسنة 2000 في المادة 28 ، التي نصت على أنه : « لا يجوز للطبيب إجراء الفحص الطبي للمريض أو علاجه ، دون موافقة مبنية على المعرفة من المريض أو من ينوب عنه قانونا إذا لم يكن للمريض أهلا لذلك...» ، و لقد أكد المشرع الجزائري هو الآخر على وجوب الحصول على رضا المريض ، و على وجوب تبصيره في أكثر من موضع ، فقد نص قانون حماية الصحة وترقيتها [4] في المادة 154 على أنه : « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك ... ، و إذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض و على الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج...» [5]

من جهتها نصت مدونة أخلاقيات مهنة الطب [6] صراحة ، على التزام الطبيب بالحصول على رضا مريضه بعد تبصيره بما ينوي القيام به على جسده ، و في هذا الصدد تنص المادة 43 من المدونة على أنه : « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي » ، و تضيف المادة 44 من المدونة : « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ، و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته » [7] ، يقصد بعبارة « موافقة حرة و متبصرة » ، أن يقوم الطبيب بتبصير المريض مسبقا عن كل جوانب العمل الطبي لكن أغفل المشرع تحديد محتوى هذا التبصير .

---

1 - أنظر المادة 1111 فقرة 04 من قانون 04 مارس 2002 ، التي تنص على ما يلي :
« Le médecin doit à la personne qu`il examine, qu`il soigné, ou qu`il conseille une information loyale, claire et appropriée »
منشور عبر الموقع الالكتروني التالي: **http://w.w.w.légifrance.com**

2 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 120-121.

3 - أنظر : لائحة آداب مهنة الطب المصرية، الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم 238 لسنة 2003، الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 2003.

4 - أنظر : القانون رقم 58-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

5 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 121.

6 - أنظر : المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

7 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 113.

من خلال المواد السابقة ، نستنتج أن المشرع الجزائري أقر التزام الطبيب بالتبصير ونلمس الطابع الإلزامي لهذا الالتزام من خلال استعماله لمصطلح " يجب " ، و هو ما يجعل هذه المواد آمرة ، فمجمل هذه النصوص تؤكد على أن هذا الالتزام يتجاوز حدود العقد ، و الطبيب يلتزم به حتى خارج الإطار العقدي ، لأنه التزام قانوني مهني تفرضه قواعد المهنة ، لذلك فالمخل بهذا الالتزام يعد مسؤول حتى لو لم يرتكب خطأ [1] ، و عليه يمكن القول أن التزام الطبيب بالتبصير لم يعد يستند إلى القواعد العامة فحسب ، بل كذلك للنصوص التشريعية المنظمة لمهنة الطب و العلاقة بين الطبيب و المريض .

الفرع الثاني
العقد الطبي

إن الالتزام بالتبصير ليس مجرد أداة قانونية لتهديد الأطباء ، و إنما مشتق من مبدأ عام يتعلق بحق الفرد في الاختيار بشأن ما يجب أن يفعل بجسده ، فإن اشتراط رضا المريض للتدخل الطبي هو تطبيق للمبادئ الأخلاقية المعترف بها ، و الالتزام بالتبصير يتعلق بحماية إرادة المريض لدى إقباله على التعاقد مع الطبيب ، و الذي يجد مجاله الحقيقي في المرحلة قبل التعاقدية ، و يتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات و البيانات لتكون إرادة المريض حرة مستنيرة [2] ، فإذا كان تنفيذ التزام الطبيب بتبصير المريض واجبا قبل نشوء العقد الطبي ، فإن ذلك لا يغير من طبيعته العقدية أي أنه متولد من العقد الطبي الأصلي [3] .

و يربط العقد الطبي طرفين تختل كفة التوازن فيما بينهما ، نظرا لعلم أحدهما أكثر من الطرف الآخر ، و هذا ما يجعل التبصير ضروريا ، فيجد التزام الطبيب بتبصير المريض أساسه في الثقة التي يضعها المريض في طبيبه ، التي تأتي نتيجة عدم المساواة في العلم و المعرفة بينهما ، وهو الأمر الذي يفرض مصارحة الطبيب له بكل المعلومات المتعلقة بحالة صحته و بالعمل الطبي الذي سيقوم به على جسده ، و ما له من مزايا و مخاطر [4] ، إذ يلتزم الطبيب من أجل أن تتوازن كفتي العقد الطبي ، باحترام إرادة مريضه بأن يقدم له معلومات وافية تتعلق بحالته المرضية ، ليساعده على اتخاذ القرار المناسب في قبول أو رفض العمل الطبي [5] ، لأن المريض لا يمكنه الإحاطة بهذه المعلومات الطبية أو

1 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق، ص 121.
2 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، المرجع السابق، ص 45.
2 - أنظر : Boyer(G) CHAMMARD, Paul Mozein(P) ، المرجع السابق ، ص 331 .
4 - أنظر : محجوب (جابر علي) ، المرجع السابق، ص 65.
5 - أنظر : العبيدي (زينة غانم يونس) ، المرجع السابق، ص 02.

استيعاب مضمونها بمفرده كونه ليس بمحترف ، و لذا يتعين على الطبيب تبصيره بغض النظر على وجود نص قانوني يلزمه بذلك [1] ، و في حالة إخلال الطبيب بهذا الالتزام يسأل على أساس إخلاله بالتزامه العقدي ، في حين يسأل على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة عدم إبرام العقد [2] .

لقد أنتقد هذا الرأي من جانبين :

الرأي الأول :

في نظر القائلين بالطبيعة غير العقدية للالتزام بالتبصير قبل التعاقدي ، أنه ليس من المعقول أن ينشأ الفرع قبل نشوء أصله أو أن ينشأ الالتزام قبل مصدره ، فالعقد لم ينشأ بعد حتى يتسنى القول بأن هذا الالتزام عقدي ، و بالتالي لا يمكن الخلط بين مرحلتين مختلفتين من حيث الطبيعة القانونية ، و من حيث الآثار الناجمة عن الإخلال بالالتزامات الخاصة بكل من المرحلتين [3] .

الرأي الثاني :

إن القول بقيام المسؤولية العقدية في حالة إبرام العقد مع إخلال الطبيب بواجب التبصير و قيام المسؤولية التقصيرية عند عدم إبرام العقد ، قول مردود على أساس أن الإخلال بالتبصير قد تم في الحالتين في مرحلة واحدة و هي مرحلة ما قبل العقد ، أي قبل مباشرة الطبيب لأي تدخل علاجي و من ثمة تنشأ في الحالتين المسؤولية التقصيرية سواء أبرم العقد أو لم يبرم [4] .

غير أن ذلك لا يمنع من قيام المسؤولية العقدية أيضا ، إذا تضمن عقد العلاج الطبي ما يفيد التزام الطبيب بتبصير مريضه بشأن مسائل معينة ، و عندئذ يكون من حق المريض الخيار ، إما أن يتمسك بالمسؤولية العقدية على أساس أن هناك إخلال تعلق بأمور أوجب عقد العلاج الطبي الإعلام عنها ، أو يتمسك بالمسؤولية التقصيرية على أساس أن هناك التزام قانوني سابق على إبرام العقد الطبي و منفصل عنه ، و هو واجب تبصير المريض بحالته الصحية قبل أي تدخل علاجي أو جراحي و الذي يستخلص من النصوص القانونية [5] .

---

2 - أنظر :
Philipe (Le Tourneau), Responsabilité civile professionnelle, 2eme édition, Dalloz, Paris, 2005, p 90.

2 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 114.

3 - أنظر : أحمد (خالد جمال) ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد : دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2008 ص 394.

4 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 124.

5 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، المرجع السابق، ص 46 .

يربط الطبيب بالمريض عقد العلاج الذي يتولد عنه الالتزام بالتبصير ، سواء كان التزام سابق على العقد أو تعاقدي ، حيث يعرف على أنه : « إرادة المريض المعلن عنها قبولا لعلاج ضروري تقتضيه حالته المرضية تطابقا مع إرادة الطبيب في تقديمه للعلاج ، و ينتج عن هذا العقد الالتزامات » [1] ، ذلك ما يراه جانب من الفقه الفرنسي أن مصدر و أساس الالتزام بالتبصير هو عقد العلاج الطبي الذي يربط بين المريض و الطبيب ، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 ، و التي قضت بموجبه بأن قيام الطبيب بعلاج المريض يكون استنادا إلى وجود عقد حقيقي قد أبرم بينهما [2] .

من الناحية الواقعية ، ينبغي إهمال التفرقة بين الالتزام قبل التعاقد العقدي و غير العقدي التي لا تستند إلى أساس من الواقع ، إذ من الأفضل بسط الطبيعة العقدية على كلاهما ، لأنه لا جدوى من هذا التمييز ما دام أن كلاهما يهدفان إلى حماية المريض ، إضافة إلى أن إرجاع مصدر الالتزام بالتبصير إلى العقد فقط مغال فيه ، لأن هذا الالتزام يتجاوز حدود العقد ، و الطبيب ملزم بأدائه حتى خارج الإطار العقدي كونه التزام قانوني [3] ، و هو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012 ، حيث اعتبرت أن التزام الطبيب بتبصير المريض أساسه القانون و العقد في آن واحد ، حيث قضت بأنه : «...التزامه القانوني و العقدي بتبصير المريض حول المخاطر و نتائج التدخل الجراحي...» [4] ، أما بالنسبة للقضاء الجزائري ، فلا نجد أي قرار يوضح إذا كان أساس هذا الالتزام عقدي أم لا ، و ذلك نظرا لغياب القضايا المتعلقة بهذا الموضوع .

المبحث الثاني

نطاق الالتزام بالتبصير

1 - أنظر : علال (يزيد) ، مختاري(عبد الجليل)، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي الياس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص 39.

1 - أنظر :

«Il se forme entre le médecin et son client un veritable contrat … et la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature , également contractuelle »

Penneau (J) ، المرجع السابق ، ص 08 .

3 - أنظر : محجوب (جابر علي) ، المرجع السابق، ص 65.

3 – أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 12 جانفي 2012 تحت رقم 10-24447 جاء فيه ما يلي :

« … Son obligation légale et contractuelle d`information de son patient sur les risques et les conséquences d`une intervention chirurgicale… »

منشور عبر الموقع الالكتروني التالي: **w.w.w.legifrance.gouv.fr**

إن التزام الطبيب بالتبصير هو التزام قانوني سابق على إبرام عقد العلاج الطبي ، و أن إخلال الطبيب بهذا الالتزام يعرضه للمسائلة على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية وفقا للنظام القانوني السائد [1] ، حيث يمارس الطبيب أثناء تدخله على جسم الإنسان أعمال طبية يهدف من ورائها إلى إزالة المرض الذي يشكو منه المريض ، أو على الأقل التخفيف منه ، و لا يتم ذلك إلا بالحصول على رضا المريض بعد تبصيره شخصيا ، و إن تعذر ذلك يعلم المخولين منه أو من يمثله قانونا و هذا لإباحة الأعمال الطبية ، حتى لا يعرض نفسه للمسائلة القضائية [2] ، و يعد الالتزام بالتبصير من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب بشكل عام ، و الجراح التجميلي بشكل خاص [3] ، و يستوي الأمر فيما إذا كان تقديم العلاج قد تم في عيادة خاصة أو في مستشفى عمومي ، ذلك انه لكي يعتبر رضا المريض ناجزا تجاه الطبيب ، يقع على عاتق هذا الأخير التزام بتبصير المريض و إحاطته علما بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية حتى يتمكن من اتخاذ القرار الأنسب له [4] .

غير أنه يثور التساؤل بهذا الصدد حول حدود هذا الالتزام ، ليس فقط من حيث طبيعة المعلومات الواجب تقديمها للمريض و عناصرها فحسب ، بل أيضا من حيث نطاقه و أوصافه ، فما هي المعلومات التي ينبغي على الطبيب أن يفصح عنها للمريض ؟

و هل هذه المعلومات تتمتع بالعمومية و التجريد بحيث يمكن تبصير كل مريض بها بصرف النظر عن طبيعة مرضهم ، أم أن هذه المعلومات تختلف من مريض إلى آخر و من حالة إلى أخرى ؟

و بالنسبة لجراح التجميل ما نوع المخاطر التي يلتزم بتبصير المريض بها ؟

هل يعلمه فقط بالمخاطر المتوقعة ، أم أنه ملتزم أيضا بإطلاعه على المخاطر غير المتوقعة و التي من النادر حدوثها ؟

قبل الإجابة على هذه التساؤلات ، سنتطرق إلى بيان أوصاف الالتزام بالتبصير و مراحله (المطلب الأول) ، ثم مضمون الالتزام بالتبصير (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

أوصاف الالتزام بالتبصير ومراحله

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 116.
2 - أنظر : بن تيشة (عبد القادر)، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، مصر 2011 ص 71.
3 – أنظر : الصباحين (سهى) وآخرون، المرجع السابق، ص 1636.
4 - أنظر : منصور (محمد حسين) ، المرجع السابق، ص 42.

هناك مواصفات و شروط يجب أن يتم بها الالتزام بالتبصير حتى تتحقق الغاية منه بالنسبة للمريض ، و التي تتجلى في إنارته بقدر كاف من المعلومات لأجل مساعدته على اتخاذ قرار واعي وحاسم بشأن حالته الصحية ، و لكي يحقق الالتزام بالتبصير 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 ، وافية ، و كاملة [1] ، و سوف نتطرق لهذه الأوصاف و الخصائص اللازمة بالتبصير الصادر من جراح التجميل (الفرع الأول) ، ثم مراحل تبصير المريض (الفرع الثاني) .

الفـرع الأول

أوصـاف الالتزام بالتبصيـر

إن الالتزام بالتبصير يمكن المريض من معرفة كل ما يدور حول حالته الصحية من مخاطر ووسائل العلاج ، كي يتخذ قرارًا نهائيًا عن وعي و إدراك للإقبال على العلاج من عدمه و لكي يحقق الالتزام بالتبصير غايته يجب أن يكون واضحا ، بسيطا ، صادقا و مناسبا للمريض .

الفقرة الأولى : وجوب صدور التبصير قبل التدخل الجراحي

لا شك أن التبصير الذي يصدر بعد التدخل الجراحي عديم الفائدة و النفع بالنسبة للمريض ، إذ لا جدوى من رضا يصدر من مريض بعد إجراء العمل الجراحي ، لذلك لا بد أن يتحقق التبصير في مرحلة سابقة على بدأ العلاج ، بحيث يعطى للمريض فرصة من الوقت للتفكير بشأن حالته الصحية ، فيساعده ذلك التبصير على اتخاذ القرار الملائم بشأن قبول أو رفض العلاج المقترح بإرادة واعية و مدركة لكل جوانب المرض و ما يتصل به من علاج [2] ، لذلك لابد أن تكون هناك مدة من الزمن (15 يوم) تفصل بين تقديم الوثيقة الممضاة و المؤرخة من جراح التجميل ، و المتضمنة تقريرا تفصيليا عن التدخل الجراحي و كلفته و الإقدام على التدخل الجراحي [3] ، و في هذا الصدد ركز القضاء الفرنسي في الكثير من المناسبات على هذا الوصف ، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه ينبغي على طبيب

1 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية، في 07 أكتوبر 1998، أشار إليه : مأمون (عبد الكريم) ، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 140.
2 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 150.
3 - أنظر : المادة D766-2-1 الواردة في الأمر 777/2005 المتعلق بمدة التفكير والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العمومية.

التجميل أن يحيط المريض بالمعلومات اللازمة قبل إجراء العملية خاصة منها ما يتعلق بمخاطرها ، و ما قد يتخلف عنها من آثار أو نتائج عرضية ، حتى يكون رضائه حرا سليما و متبصرا بكافة هذه المعلومات [1].

كما قررت أيضا محكمة دوي في حكم لها صادر بتاريخ 10 جويلية 1946 ، قيام مسؤولية جراح التجميل الذي لم يعط صورة صحيحة للمريض عن العملية الجراحية و مخاطرها قبل إجرائها له [2] ، حيث تتلخص وقائع القضية في قيام جراح تجميلي بانتزاع قطعة جلدية من الساق الأيسر بغية زراعتها ، و ظهر لاحقا من ملف المريض أنه تم إعلامه من خلال الوثائق التي قدمت له قبل دخوله إلى العيادة ، عن أن الانتزاع سيتم مرتين من الفخذ ، و هو ما يفهم عدم الانتزاع من الساق و الذي ترتب عنه أثر جرح عمودي ، كذلك فإن ما أقدم عليه الجراح لم يفرضه خطر محدق أو حالة الضرورة ، ترتب عنه تشويه كبير لم يتم إعلام المريض به قبل العملية ، و بالتالي فلم يكن ليقبل به و عليه تقوم مسؤولية الجراح .

لذلك فإن واجب التبصير يلازم الجراح التجميلي في كل المراحل ، من مرحلة التشخيص إلى مرحلة العلاج ، من خلال إحاطة المعني علما بطبيعة الجراحة و النتائج المنتظر تحققها و المخاطر المتوقعة و المحتملة و الآثار الجانبية ، و تكلفة الجراحة [3] .

الفقرة الثانية : التبصير البسيط و المفهوم

إن التبصير الصادر من الطبيب بلغة فنية و علمية معقدة ، لا يحقق الغاية المرجوة منه بسبب جهل الغالبية العظمى من المرضى بالمصطلحات الطبية ، و التبصير المقدم بهذه الكيفية يكون ضره أكثر من نفعه ، لأنه بإمكانـه أن يبعث القلق و الخوف و الرهبة في نفس المريـض من جهـة و من جهة أخرى يخل بقدرة المريض على الاستيعاب الجيد للمعلومات المقدمة إليه [4] ، و لتجنب ذلك فمن الواجب أن يوجه الطبيب تبصيره للمريض بلغة بسيطة يسهل على المريض استيعابها ، و دون اللجوء إلى المصطلحات الطبية التي يقتصر فهمها على أهل الطب [5] .

1 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 05 ماي 1974، أشار إليه : مأمون (عبد الكريم) ، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 141.
2 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 14 جانفي 1992، أشارت إليه: أنظر : داودي (صحراء)،المرجع السابق، ص 82.
3 - أنظر : الصباحين (سهى) وآخرون، المرجع السابق، ص 1638.
4 - أنظر : أحمد (خالد جمال) ، المرجع السابق، ص 419.
5 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 142.

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من قرار لها على ضرورة أن يكون التبصير الصادر من جراح التجميل بسيطا ، مفهوما ، و وافيا ، فأشارت المحكمة في هذا القرار إلى أن تخلي الطبيب عن استعمال المصطلح الطبي المعروف بـ " التهاب مخاطي أمامي" و لجوئه إلى استعمال بدل ذلك مصطلحا شائعا و هو " التهاب الجيب الأمامي " لتوصيل المعلومة للمريض لا يشكل خطأ في جانبه ، ما دام أن ذلك مكن المريض من إدراك طبيعة ما يعاني منه ، و تكونت لديه فكرة صحيحة عن العلاج المقترح [1] ، بالإضافة إلى ذلك يلتزم الطبيب بمراعاة الظروف الشخصية للمريض عند تبصيره مثل عمره ، مستوى ثقافته ، شخصيته ، جنسه [2] ، و لا ينبغي أن يتعامل الطبيب مع مرضاه بطريقة آلية و إنما ينبغي عليه أن يتفاعل مع كل مريض فيراعي ظروفه الخاصة عند تبصيره ، فما يقدمه الطبيب من معلومات إلى شاب في مقتبل العمر ينبغي أن يختلف عما يقدمه من معلومات إلى شيخ ، رغم أنهما يريدان إجراء نفس العملية ، كذلك الحال بالنسبة للرجل و المرأة من حيث تأثير الإعلام عليهما ، فما يمكن للرجل تحمله من تبصيره بمخاطر إجراء عملية جراحية ، قد يكون سببا في إصابة المرأة بصدمة نفسية خطيرة ، كما يجب أن يختلف تبصير المريض الأمي عن تبصير المثقف خاصة بشأن اختيار المصطلحات المستعملة في الحديث مع كل منهما لأسباب مرتبطة بقدراتهما في استيعاب المعلومات [3] .

فقد أشار جانب من الفقه الفرنسي و جانب من الفقه المصري إلى ضرورة مراعاة الطبيب لدرجة التعليم التي وصل إليها مريضه [4] ، حيث أن إعلام الطبيب لطبيب آخر يختلف عن إعلام شخص لآخر لا يعرف شيئا عن مهنة الطب [5] ، هذا يعني أن الطبيب ملزم بتبصير المريض بالعمل الطبي الذي سيقوم به ، و ذلك بلغة واضحة ، سهلة ، و بسيطة ، و أن يبتعد عن العبارات الفنية المعقدة التي لا يفهمها المريض ، و هذا الوضوح يرتبط بمدى وضوح هذه المعلومات عند المريض و ليس عند الطبيب ، فالقدرة على الفهم مختلفة من مريض لآخر حسب مستواه العلمي [6] .

الفقرة الثالثة : التبصير الكافي و الكامل

1 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 فيفري 1961 جاء فيه ما يلي :
« Le chirurgien doit fournir une information simple, intelligible et loyale pour permettre au malade de prendre la décision qu`il estimait s`imposait »
أشار إليه : Rouge(D), Arbus(L), costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 108 .
2 - أنظر : منصور (مصطفى منصور) ، المرجع السابق، ص 25.
3 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق، ص 96.
4 - أنظر : مأمون (عبد الرشيد) ، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1986 ص 21 .
5 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق، ص 122.
1 - أنظر :
Horni(B), Breton(S), information et consentement les aspects déontologiques, cahier des gestions hospitalières, Mars 2000, n°160, p 241.

لم يتفق فقهاء القانون و أهل الخبرة في المجال الطبي على تحديد كمية المعلومات التي يلتزم الطبيب بإعطائها لمريضه من أجل تبصيره بحالته الصحية و العلاج المقترح له ، و هذا يعني عدم وجود معيار موضوعي لتحديد مقدار المعلومات التي يجب أن تعطى للمريض ، لذا نجد بأن المعيار الضابط لمقدار المعلومات اللازمة للتبصير هو معيار شخصي يختلف من مريض إلى آخر بحسب حالته الصحية و الظروف الخاصة و الخارجية المحيطة بالمريض ، و مما لا شك فيه فإن التبصير الناقص لا يعط للمريض صورة حقيقية عن حالته الصحية و ما تحتاجه من علاج ، و لا يحقق الغاية المرجوة منه في تنوير المريض ، لذلك كان من الطبيعي أن يشترط في التبصير أن يكون كافيا ، و لا تتحقق هذه الكفاية إلا بشمول التبصير لكل العناصر التي تساعد المريض على اتخاذ قرار واعي و مستنير ، كأن يتضمن التبصير نوع المرض و درجة خطورته و العلاج المقترح و مخاطره و بدائلـه [1] .

فإذا كان الطبيب لا يلتزم في مواجهة مريضه سوى بتبصيره بالمخاطر المتوقعة ، فإن الأمـر يختلف بالنسبة لجراح التجميل [2] ، إذ يقع على عاتق الجراح التجميلي التزام بتبصير المريض ليس فقط عن المخاطر المتوقعة ، بل يجب أيضا تبصيره بالمخاطر غير المتوقعة أو الاستثنائية ، ذلك أن الأمر لا يتعلق بإزالة خطر محدق يقتضي تدخلا سريعا ، و إنما يتعلق الأمر بإصلاح عيب جسماني [3] ، غير أن محتوى التبصير بشأن المخاطر وفقا لموقف محكمة النقض الفرنسية يجب أن يكون شاملا ، و هذا ما أعلنت عنه في قرارها الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1998 ، بطريقة ضمنية عندما قررت التزام الطبيب بتبصير المريض بشأن المخاطر الاستثنائية [4] ، و المقصود 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 ، و هنا لا نقيس بالنظر إلى الشخص المسؤول إذا كان من الممكن له أن يتوقع حدوث الخطر ، بل ننظر إلى الشخص العادي ، و نضعه في نفس الظروف الخارجية ، و نـرى إذا كان بإمكانه توقع حدوث الخطر أم لا [5] .

1 - أنظر : المختار (غادة فؤاد مجيد)،المرجع السابق، ص 256 -257، أنظر أيضًا : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 155.

2 - أنظر : خير الله (توفيق)، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، المرجع السابق، ص 499.

2 - أنظر :

Harichaux Ramu(M), santé, responsabilité du médecin, responsabilité civile, Edition Techniques, Juris-classeurs, fascicule 440-02, art 1382, Année 1993, p 09.

4 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 152.

5 - أنظر : سعيدان (أسماء)، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر سنة 2002-2003، ص 46.

مما لا شك فيه أن واجب التبصير يتسع في حالات الأعمال الطبية التي لا تهدف إلى العلاج بالمعنى الضيق ، كاستعمال أساليب و وسائل التشخيص الحديثة و ما يكتنفها من مخاطر على سلامة المريض ، و كذلك الجراحة التجميلية التي تتطلب التبصير الكامل و المطلق [1] ، و لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من قرار لها على ضرورة تبصير جراح التجميل الشخص المقدم على هذا النوع من العمليات بالأخطار المتوقعة و الاستثنائية للعملية ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص : « أن الطبيب لا يلتزم بإخبار المريض إلا عن الأخطار المتوقعة عادة... لكن إذا تعلق الأمر بعملية جراحية تجميلية فإن مخاطرها مهما كانت نادرة الحدوث يجب أن يعلم بها المريض ، حتى يكون رضائه و قراره بإجراء الجراحة من عدمه صادرين عن وعي كامل و مستنير ذلك أن الأمر لا يتعلق بعلاج مريض ، و لكن مجرد إصلاح عيب بسيط لدى سيدة بلغت من العمر ستة و ستين عاما » [2].

الفقرة الرابعة : التبصير الدقيق و الصادق

إن التبصير الذي يخلو من وصفي الدقة و الصدق يبقى ناقصا و مبتورا ، و لا يساعد من الناحية القانونية على الحصول على رضا صحيح ، لذلك يتعين أن يتسم تبصير الطبيب بالدقة في وصفه للمرض الذي يشكو منه المريض و للعلاج الذي يقترحه عليه [3] ، فالمطلوب من الطبيب أو الجراح فيما يخص التزامه بتبصير المريض أن يقدم المعلومات الصادقة الواضحة و الملائمة ، و التي تنبع من احترام كرامة و حماية كيان الإنسان [4] ، و يجب أن تكون المعلومات المقدمة من طرف الطبيب إلى مريضه دقيقة ، لأن المعلومة العامة حول مخاطر الجراحة و احتمالات الفشل ، قد يخلف لديه التباسا يزيل مخاوفه ظاهريا و يتفاجأ فيما بعد بنتيجة لا يرغبها فعلا [5] ، كما ينبغي على الطبيب مراعاة الدقة عند عرضه للبدائل العلاجية ، خاصة فيما يتعلق بالمزايا و المساوئ المقترنة بها حتى يتسنى للمريض مشاركة الطبيب في اختيار إحداها عن دراية و علم لا عن جهالة [6] ، كما ينبغي على الطبيب أن يكون صادقا في تبصيره ، حيث يقتضي ذلك تزويده بمعلومات صحيحة بخصوص العملية التي سيجريها ، و هل ستترك آثار أم لا ، غير أنه لا يسمح للطبيب بإخفاء بعض الحقائق أو الكذب إذا كان ذلك في مصلحة

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 156.
2 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1969، أشار إليه : حسين (أكرم محمود) العبيدي (زينة غانم)، تبصير المريض في العقد الطبي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 08، العدد 30، سنة 2006، ص 20 أنظر أيضا : عجاج (طلال) ،المرجع السابق، ص 235، وأنظر أيضا : كامل (رمضان جمال)، المرجع السابق ص 239 .
3 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 157.
4 - أنظر : بن صغير (مراد)، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض دراسة مقارنة، مجلة النقد للعلوم القانونية والسياسية، عدد خاص 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 178.
5 - أنظر : خير الله (توفيق)،المرجع السابق، ص 501، أنظر أيضا : حسين (أكرم محمود) ، العبيدي (زينة غانم) المرجع السابق، ص 10.
6 - أنظر : داودي (صحراء)، المرجع السابق، ص 87، أنظر أيضا : بن صغير (مراد)، المرجع السابق، ص 191.

المريض ، لكن بشرط ألا يستعمل الطبيب وسائل احتيالية لإقناع المريض بصحة المعلومات التي يدلي بها ، أي يجب ألا يصل الكذب في هذه الحالة إلى درجة التدليس [1] .

لقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها : « بأن الطبيب ملزم بأن يخبر المريض بصدق و أمانة عن لزوم العملية الجراحية من عدمه ، و عن إمكانية الاستغناء عنها بالعلاج الطويل » [2] ، هذا ما أكد عليه قانون أخلاقيات المهنة في فرنسا في المادة 85 فقرة 01 التي تنص على أنه : « على الطبيب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو حتى يستشيره ، معلومات واضحة و صادقة مناسبة لحالته ، بل و عليه عند وصف علاجات أو تحاليل أن يأخذ في عين الاعتبار شخصية المريض و تساؤلاته و يسعى لتفهمها » ، هذا أيضا ما تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب إذ تنص على : « يجب على الطبيب و جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي » .

الفرع الثاني

مراحل تبصير المريض

يمر العمل الطبي بثلاث مراحل [3] ، أولها الفحص و التشخيص ، إذ يقوم به الطبيب من أجل التعرف على المرض الذي يعاني منه المريض ، و ذلك من خلال الكشف الظاهري على جسم المريض بملاحظة العلامات الظاهرة على جسمه و سؤاله عن موضع الداء الذي يشكو منه و الغاية الأساسية من هذا الفحص هو الإثبات و التحقق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تساعد الطبيب في وضع التشخيص للمرض ، و المرحلة الثانية من مراحل العمل الطبي هي مرحلة العلاج التي تعد بمثابة البناء الذي يوضع على القواعد ، باعتبار أن المرحلة السابقة بمثابة القواعد و الأسس التي يقوم عليها العلاج ، و العلاج قد يكون عن طريق الأدوية كالحبوب و غيرها ، أو قد يكون بواسطة الجراحة أو قد يكون علاجا بالأشعة ، و أخيرا المرحلة اللاحقة على العلاج و التي تتطلب تبصير المريض بنتيجة العلاج و ما يلزم اتخاذه من إحتياطات في المستقبل ، لتلافي الآثار السلبية التي قد تقع [4] .

1 - أنظر : منصور (مصطفى منصور) ، المرجع السابق، ص 23-24.
2 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 158.
3 - تجدر الإشارة إلى أنه في مرحلة الفحص الابتدائي التي تسبق التشخيص، لا يتم فيها التبصير ولا الحصول على الرضا إذ يعتد بالرضا الضمني للمريض المتمثل في لجوئه إلى عيادة الطبيب، الذي يعتبر دعوة منه للفحص الخارجي الذي لا مساس فيه لسلامته الجسدية حتى لو استعمل الطبيب بعض الأدوات للكشف على هذا الجسد.
4 - أنظر : العبيدي (زينة غانم يونس) ، المرجع السابق، ص 145.

لا شك أن السعي من أجل إيجاد حصر تام و تحديد مطلق و حاسم لمقدار و كمية المعلومات التي يلتزم الطبيب بإعلامها لمرضاه في جميع التدخلات العلاجية ، سعي غير موفق و جهد ضائع و مفقود ، و ذلك نظرا لاختلاف درجة هذه المعلومات و نوعيتها بحسب طبيعة و نوعية التدخل الطبي ، هذا إلى جانب ظروف المريض الشخصية كعمره و جنسه و درجة ثقافته ، غير أن ذلك لا ينبغي أن يكون حجر عثرة في طريق الوصول إلى مرحلة تحديد عناصر التبصير [1] ، و الذي يهمنا هو أهمية التبصير في كل مرحلة من هذه المراحل و درجته .

الفقرة الأولى : التبصير بالفحص و التشخيص

إن أول صورة للتبصير الذي يقوم به الطبيب هي التبصير بالتشخيص L´information diagnostic الذي وضعه بعد توقيع الكشف على المريض [2] ، و التشخيص[3] هو الخطوة الأولى التي يلتزم الطبيب أو الجراح البدء بها قبل وصف العلاج ، فهو عملية تحديد الأعراض و تطبيقها على القواعد العلمية في مهنة الطب [4] ، فعندما يراجع المريض طبيبه من أجل فحصه و تشخيص مرضه قد يتطلب ذلك خضوعه لفحوصات عديدة ، و هذا ما يفرض على الطبيب التزاما بضرورة تبصير المريض بعبارات واضحة ميسورة الفهم ، و عليه أن يختار طريقة التعبير المناسبة فيخاطب كلا على قدر شخصيته ، وأن يعمل على إنزال السكينة في نفسه و أن يصف له الحالة التي يمكن أن يؤول إليها المرض في حالـة عدم معالجته ، و هذا يمنح للمريض الحق في أن يتخذ قراره عن علـم و بصيرة .

التبصير في هذه المرحلة له أهمية في تهيئة المريض نفسيا لقبول إكمال المراحل المقبلة للعمل الطبي [5] ، و في بعض الحالات قد يقتصر دور الطبيب على تشخيص الحالة دون أن يكون مطلوبا منه العلاج ، و في سبيل ذلك قد يقوم الطبيب بفحص المريض ، و الفحص وحده لا يؤدي إلى نتيجة معينة ، أمـا التشخيص فيساعـد الطبيب من التأكـد من وجـود المرض مـن عدم وجوده [6] و التشخيص عملية فكرية ، تقوم على تحديد الأعراض و ترتيبها و مقارنتها بغيرها من الأعراض لكي يستخلص الطبيب في النهاية نوع المرض و درجاته و مراحل تطوره ، و تحديد عناصر الخطورة فيه و درجة مقاومة المريض له [7] ، حينئذ يصبح التشخيص هو الغاية المنشودة لصاحب الشأن ، و عندئذ ينبغي تبصير هذا الأخير

1 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)، المرجع السابق، ص 87.
2 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق ، ص 67.
3 - نص المشرع الجزائري على مرحلة التشخيص في المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب .
4 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)، المرجع السابق ، ص 87.
5 - أنظر : خليل (مجدي حسن)، المرجع السابق، ص 37.
6 - أنظر : مروك (نصر الدين)، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية : رسالة دكتوراه دولة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997، ص 291.
7 - أنظر : مأمون (عبد الرشيد)، المرجع السابق، ص 203.

بالمعلومات الصحيحة عن حالتـه بشكل مبسط و مفهـوم و بطريقة صادقة وواضحة مع مراعاة الجوانب الشخصية له و طريقة تفكيره ، و هذا كله من أجل أن يتخذ قراره بروية و تمحص ، و على ذلك تقوم مسؤولية الطبيب إن هو أخطأ في التشخيص ، فأستتبع ذلك خطأ في التبصيـر [1] .

نجد أن المشرع الفرنسي كان جديرا بالثناء لأنه أشار في المادة 35 من تقنين أخلاقيات مهنة الطب إلى مبدأ عام هو ضرورة التزام الطبيب بتبصير مريضه ، إذ جاء فيها : « الطبيب يجب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات أمينة واضحة و ملائمة له ، و ذلك فيما يتعلق بحالته و بالفحوص التي يقوم بها و العلاج الذي يفترضه » ، فالنص جاء عام و شامل جميع مراحل العمل الطبي ، و ألزم الطبيب بضرورة تقديم معلومات صادقة و بشكل واضح تلائم حالة كل مريض على حدا [2] .

أما عن موقف المشرع الجزائري بهذا الصدد فقد نصت المادة 48 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه : « يجب على الطبيب و جراح الأسنان المدعو لتقديم العلاج... أن يسعى جاهدا للحصول على احترام قواعد الرعاية الصحية و الوقاية من الأمراض و أن يبصر المريض و من حوله...» [3] ، فهذا النص جدير بالتأييد لأنه ألزم الطبيب بتبصير المريض ، ليس وحده بل من حوله من أهله أو أقاربه أو معارفه ، إلا أنه يؤخذ عليه مأخذ سلبي ، إذ قصر التبصير على مرحلة تقديم العلاج دون غيرها من المراحل التي تفرض على الطبيب التبصير أيضا [4] ، على أن مجرد التبصير بالتشخيص لا يكف لتنوير رضاء المريض ، بل يلزم تبصيره أيضا بالعلاج الذي يزمع الطبيب تطبيقه عليه [5] .

الفقرة الثانية : التبصير بالعلاج

يعد العلاج المرحلة الثانية للعمل الطبي ، و يمكن تعريفه بأنه : « تلك المرحلة التي يتم فيها إتباع الوسائل الممكنة من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء قدر المستطاع » [6] ، فبعد أن يعرف الطبيب نوع المرض و خطورته يقوم بتحديد العلاج المناسب له ، فهذه المرحلة تفرض على الطبيب التزاما بتبصير مريضه بكل المعلومات التي تتطلبها هذه المرحلة ، فإذا اضطر إلى وصف أدوية فيها خطورة

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 129.
2 - أنظر : العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 150.
3 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 72.
4 - أنظر : العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 150.
5 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 67.
6 - أنظر : مأمون (عبد الرشيد)، المرجع السابق، ص 214.

على جسم الإنسان عليه أن يخبر مريضه بذلك ، و يبصره بطريقة استعماله و المقدار المسموح بتناوله [1] ، و ينصب التبصير في هذه المرحلة حول طبيعة العلاج أو العملية التي يراها الطبيب ضرورية و الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه ، كما يلتزم بتبصير المريض بالفوائد التي ينتظر تحققها ، ونسبة احتمال الحصول عليها و نسبة الفشل في ذلك [2] ، و كذلك يعلم مريضه بتعدد طرق العلاج ، و يظهر له تفضيله لطريقة على أخرى ، فإن اختار المريض لغير الطريقة التي يفضلها الطبيب يجعل هذا الأخير يتوقف على العلاج ، فإذا كان المريض حر في رفض العلاج و عدم إرغامه على طريقة من طرق العلاج ، فإن الطبيب كذلك غير مجبر على إتباع طريقة علاج يرى أنها غير مجدية [3] .

فإذا كانت حرية الطبيب في اختياره للعلاج من المبادئ الأساسية التي تحكم طرفي العقد الطبي ، إلا أن هذا لا يعني أن هذه الحرية مطلقة ، إذ ليس باستطاعة الطبيب أن يفرض علاجا معينا على مريضه ، فعلى الطبيب أن يعلم مريضه بطرق العلاج إذا كانت متعددة ، و الغاية التي يسعى إلى تحقيقها ، و يبصره بالفائدة التي ينتظر تحقيقها و نسبة نجاحها مع تحديد نسبة فشلها ، و أن يعلمه بمخاطر عدم خضوعه للعلاج ، لأن هذا كله سوف يمكن المريض من تفهم حقيقة مرضه و من ثمة يساعده في اتخاذ القرار الملائم و إلا عد الطبيب مخطئا ، و هذا ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرار لها بتاريخ 17 جويلية 1936 جاء فيه : « إن الطبيب الذي لم يعلم مريضه بنتائج التحليل الذي أجراه و ترك آثارا جانبية ضارة على جسد المريض يعد خطأ جسيم » [4] .

اعترف المشرع الجزائري بمبدأ حرية الطبيب في وصف العلاج من خلال المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب [5] ، كذلك فهو يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تبصير مريضه حول البدائل العلاجية ، لأن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الالتزام ، على خلاف المشرع الفرنسي الذي ألزم الطبيب من خلال المادة 1111 فقرة 02 من قانون 04 مارس 2002 على ضرورة تبصير المريض حول تعدد البدائل العلاجية [6] ، كما أكدت بعض المحاكم الفرنسية بضرورة التبصير عن البدائل العلاجية ، و

1 - أنظر : خليل (مجدي حسن)، المرجع السابق، ص 39.
2 - أنظر : محجوب (جابر علي) ، المرجع السابق، ص 74.
3 - أنظر : قنيف (غنيمة)، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق بوخالفة، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص 66.
4 - أنظر : العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 154.
5 - أنظر : المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه : « يكون الطبيب و جراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية ».
3 - أنظر : المادة 1111 فقرة 02 من قانون 04 مارس 2002 التي تنص على ما يلي :
«… ainsi que sur les autres solutions possible…»

هو ما ذهبت إليه محكمة نيس الابتدائية في حكمها الصادر في 16 جانفي 1954 [1] ، أما بالنسبة للأعمال الطبية غير العلاجية فلا ينطبق عليها مبدأ حرية الطبيب في اختيار العلاج ، لذلك يجب على الطبيب أن يبصر مريضه بطريقة العلاج بصورة مفصلة ، و عن مزاياه العاجلة و الآجلة وأضراره و عواقبه ، و بصفة خاصة مخاطره التي تمثل خلاصة للتوقع أو الحدس الطبي [2] .

إن تبصير المريض و إحاطته علما بمخاطر العلاج المقترح و إمكانية تحقيقه ، تمكنه من فهم وضعيته الصحية و تساعده على اتخاذ القرار المناسب ، إذ أنه على ضوء المعلومات الخاصة بالمخاطر و نسب تحققها ، يقرر المريض الموافقة على العلاج المقترح أو البقاء دون علاج ، و يشمل التبصير بمخاطر العلاج تحديد طبيعة الخطر و مدى جديته و نسبة تحققه [3] ، فالطبيب ملزم بتبصير مريضه بالمخاطر التي يتعرض لها في حالة رفضه العلاج [4] ، و هذا ما نصت عليه المادة 154 فقرة 03 من القانون المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها على أنه : « و على الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج » ، و لا ينتهي التزام الطبيب بتبصير المريض عند مخاطر العلاج أو الجراحة ، بل يلتزم إضافة إلى ذلك بتبصيره بآثارهما إذا كانت سلبية أي الآلام التي تخلفها الجراحة ، فيبين له شدة الألم و نطاقه و مظاهره ، و التشوهات و العاهات التي يمكن أن تتولد عن الجراحة ، و المدة التي يجب ألا يتحرك خلالها ، و فترة النقاهة [5] و اختيار طريقة العملية تعتمد على تقدير المريض ، و بذلك أخذت المحكمة العليا في كندا على أحد الأطباء أنه لم يكتف بأن استخدم في علاج كسر في فخض المريض طريقته الخاصة و ليس الطريقة التي أشار بها جراح العظام ، بل أكثر من ذلك فإنه لم يطلع المريض على المزايا الخاصة بالطريقتين التي طبقها و التي طرحها جانبا و يسمح له بالاختيار بينهما ، حكم أيضا بأنه إذا كان الطبيب مخيرا بين علاجين أحدهما تحفظي و الآخر نهائي ، فإنه يجب أن يحيط المريض علما بذلك و يتركه يختار بينهما ، حتى لو كان يعتقد أن العلاج النهائي هو الأفضل في ظروف المريض .

ففي حكم صدر سنة 1981 كان الأمر يتعلق بمريضة تعاني من عدم تناسق شديد في الوجه ، دفعها إلى استشارة جراح تجميل ، هذا الأخير قرر ضرورة إجراء علاج على مرحلتين : الأول يتعلق بوظائف الأنف ، و الثاني يتصل بعلاج تباعد أسنان الفكين عند إغلاقهما ، و قد قام جراح التجميل بمشاركة جراح أسنان بتصحيح وضع الفك العلوي ، ثم قاما بتصحيح وضع الفم بواسطة أجهزة تعويضية ثابتة ، و لكن العلاج فشل ، مما دفع المريضة إلى رفع دعوى مسؤولية ، و رغم عدم وجود خطأ فإن

1 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 76.
2 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)،المرجع السابق، ص 92-93.
3 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 131.
4 - أنظر : فيلالي (علي)، رضاء الطبيب بالعمل الطبي، المرجع السابق، ص 50.
5 - أنظر : نجيدة (علي حسن) ، المرجع السابق، ص 33.

القضاء قد أدان الطبيبين بالتضامن ، لعدم إفضائهما إلى المريضة بوجود علاج آخر يتضمن قدرا أقل من المخاطر ، و هو تقويم الأسنان ، من ثمة كان يجب على الأطباء تبصيرها بوجود إمكانية لتقويم الأسنان و الإفضاء إليها بعيوب هذا العلاج و عدم فعاليته من الوجهة الجمالية [1]

الفقرة الثالثة : التبصير اللاحق على العلاج

إن التزام الطبيب بتبصير مريضه لا يقتصر على مرحلتي التشخيص و العلاج ، و إنما يبقى التزامه هذا ممتدا إلى ما بعد العلاج ، و مهما كانت نتيجة التدخل العلاجي أو الجراحي ، سواء كانت مكللة بالنجاح أم بالفشل ، إلا أن هدف التبصير الرئيس في هذه المرحلة هو المحافظة على حالة المريض ، و ذلك بإعلامه بنتيجة العلاج و ما يلزم اتخاذه من إحتياطات من أجل تلافي الآثار السيئة التي قد تقع ، في حين أن هدف التبصير في المرحلتين السابقتين هو الحصول على رضاء المريض المستنير بالعمل الطبي ، إذًا فمصلحة المريض تلزم على الطبيب أن يبوح له بكل المعلومات الممكنة المتعلقة بحالته الصحية ، حتى يحافظ على نتيجة العلاج إذا كانت إيجابية [2] .

بناء على ما تقدم إذا أجرى الطبيب عملية جراحية لمريضه ، عليه أولا الإفضاء إليه بكيفية إجراء العملية ، و ما يتعرض إليه المريض أثناءها و من ثمة يعلمه بنتائجها ، فإذا كانت النتيجة إيجابية يجب إعلامه بذلك ، أما إذا كانت النتيجة سلبية فالأمر يتطلب قدرا كبيرا من الحساسية في تبصير المريض من أجل المحافظة على حالته النفسية ، كما يجب على الطبيب أن يبصر مريضه باتخاذ الإجراءات اللازمة التي تؤمن المحافظة على صحته ، و ذلك بتعليمات واضحة سهلة الفهم بحيث تتناسب مع المريض و قدرته و استيعابه [3] ، و يجب على الطبيب أن يفصح لمريضه عن السلوك الواجب إتباعه بعد العلاج ، و الإحتياطات الواجب مراعاتها لضمان تحقق الآثار المرجوة له فإذا كان العلاج قد تم باستعمال أدوية خطيرة ، فإنه يتعين على الطبيب أن يحذر المريض من الاستمرار في العلاج أو تكراره من تلقاء نفسه أي دون إشراف طبي .

تركز الأحكام القضائية بصفة خاصة على التزام الطبيب بالإفصاح للمريض عن الإحتياطات التي يجب إتباعها ، ضمانا لتحقيق آثار العلاج أو لتجنب حوادث قد تنشأ عنه في المستقبل [4] ، تأسيسا على ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 25 ديسمبر 1946 جاء فيه : « لا

1 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 76-77.
2 - أنظر : خليل (مجدي حسن)، المرجع السابق، ص 59.
3 - أنظر : العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 161.
4 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 83.

يكفي أن يكون سلوك الطبيب مطابقا للعادات المهنية كي يعفى من المسؤولية متى كانت هذه الأخيرة تتعارض مع قواعد التبصير و الحيطة في مراحل العمل الطبي » [1]

الفقرة الرابعة : التبصير عن مخاطر التدخل الطبي

يعتبر التبصير حول مخاطر العلاج النقطة التي دارت حولها معظم المتابعات القضائية المرفوعة ضد الأطباء ، إذ أن تحقق أحد المخاطر المرتبطة بالعلاج ، عادة ما يدفع المريض إلى القول أنه لو أحيط علما بهذا الخطر أو ذاك ما كان ليوافق على العلاج المقترح ، و عليه فمن الضروري على الطبيب أن ينبهه بالمخاطر المرتبطة بالعلاج [2] ، و ينصب التبصير عادة على المخاطر المتوقعة دون الاستثنائية التي يصعب تقديرها ، حيث حصر القضاء الفرنسي التزام الطبيب حول المخاطر الأولى دون الثانية ، و يعتبر خطر متوقع كل خطر خضع لتقييم إحصائي و ورد ذكره في المراجع الطبية ، و استقر الطب على حدوثه [3] ، إذ يلتزم الطبيب بتبصير مريضه و ذلك بإحاطته علما بمخاطر العلاج المقترح و إمكانية تحققها ، تمكنه من فهم وضعيته الصحية و تساعده على اتخاذ القرار المناسب إذ على ضوء المعلومات الخاصة بالمخاطر و نسب تحققها يقرر المريض الموافقة على العلاج المقترح أو البقاء دون علاج في حالة عدم وجود بدائل أو خيارات علاجية .

لا يلتزم الطبيب بتبصير مريضه بالمخاطر غير العادية و غير المتوقعة ، لأن ذلك سيثير قلق المريض مما يدفعه إلى رفض العلاج ، لكن في مجال جراحة التجميل يلتزم الطبيب بتبصير المريض عن المخاطر غير المتوقعة ، و ذلك ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1969 ، حيث اعتبرت الطبيب مسؤولا لعدم تنبيه المريضة بالاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي ، حتى و إن كانت هذه الاحتمالات نادرة الوقوع [4] ، حيث يرى الفقيه سارقوس Sargos مستشار بمحكمة النقض الفرنسية ، أن الالتزام بالتبصير يقتصر فقط على الأخطار الجسيمة ، فيعرف الخطأ الجسيم بأنه الخطر الذي يؤثر على قرار المريض بقبول العلاج أو رفضه و الذي من طبيعته أن يؤدي إلى وفاة المريض ، أو إحداث عاهة مستديمة تجعل المريض في حالة نفسية متدهورة [5] .

1 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)، المرجع السابق، ص 101.
2 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 130.
3 - أنظر : قنيف (غنيمة)، المرجع السابق، ص 70.
4 - أنظر : أحمد شوقي (محمد عبد الرحمان)، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2003، ص 29.
1 - أنظر :

المطلب الثاني
مضمون الالتزام بالتبصير

إن مسألة تبصير المريض هي مرحلة أولية جوهرية للحصول على الرضا بشأن التدخل الطبي ، هذا الرضا الذي يعتبر ركن لصحة هذه الأعمال الطبية التي سيقدم عليها ، و هو التزام كرسته النصوص القانونية و ألزمت الطبيب أيا كان الإطار الذي يمارس فيه مهنته القيام بهذا الالتزام و ذلك لإعادة التكافؤ للعلاقة الطبية ، و سوف نتطرق في هذا المطلب إلى شكل الالتزام بالتبصير (الفرع الأول) ، ثم التوسيع في مضمون الالتزام بالتبصير و موقف القضاء منه (الفرع الثاني) لنتعرض في الأخير لموقف المشرع الجزائري من نطاق الالتزام بالتبصير (الفرع الثالث) .

الفرع الأول
شكل الالتزام بالتبصير

يقصد بشكل التبصير الأسلوب الذي يعبر به الطبيب عن المعلومات التي يلتزم بتقديمها لمريضه حول نوع المرض و العلاج المقترح له ، سواء كان هذا التعبير كتابة أو شفاهة ، و السؤال الذي يثار في هذا المجال ، هل أن الطبيب يلتزم بتقديم المعلومات اللازمة لتبصير المريض في صورة مكتوبة أم أنه يستطيع أن يقدم هذه المعلومات شفاهة ؟ [1]

لم نجد ما يشترط في التبصير شكلا معينا ، و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الأصل في التبصير أن يكون شفاهة ، إلا أنه لا يمنع من أن يتخذ شكلا آخر كأن يكون مكتوبا [2] فالأولوية أن يكون التبصير شفهيا ، بينما التبصير الكتابي ما هو إلا إمكانية مكملة للتبصير الشفهي [1]

Sargo(M) a proposé de considérer comme tels les risques qui « sont de nature à avoir une influence sur la décision du patient d`accepter ou de refuser des investigations ou des soins. Ces risques graves peuvent se définir comme étant ceux qui sont de nature à avoir des conséquences mortelles , invalidantes , ou mêmes esthétiques graves…»

منشور عبر الموقع الالكتروني التالي : **w.w.w.univ-paris5.fr/cddm/index.php .**

1 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 96.

2 - أنظر : العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 151.

3 - أنظر :

لذلك لم يكن غريبا أن تستقر أحكام القضاء الفرنسي على تقرير مبدأ عدم التزام الطبيب بتقديم البيانات اللازمة لتبصير المريض في الشكل المطلوب ، و القضاء يتطلب أن يقدم الطبيب لمريضه معلومات بسيطة ، سهلة الاستيعاب و صادقة ، و لكنه لم يستلزم أن يقدم هذه المعلومات في الشكل المكتوب ما لم تكن هناك ظروف خاصة تستوجب ذلك [2] ، و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه : « من حيث المبدأ لا ضرورة للتبصير الكتابي ، إلا أن حالة المريض في الواقعة المطروحة أمام المحكمة تفرض التبصير الكتابي كونه مصاب بالصمم » [3] .

يتضح لنا من هذا القرار أن الأصل هو حرية الطبيب في اختيار طريقة تبصير المريض ، فالطبيب يستطيع أن يقدم لمريضه معلومات مكتوبة ، و لكن لا نطعن في مسلكه إن هو اختار تقديم هذه المعلومات شفاهة ، و لكن يستثنى من ذلك حالة وجود ظروف خاصة تحتم على الطبيب تقديم المعلومات كتابة [4] ، هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها صدر في 04 أفريل 1995 مقتضاه أن سيدة كانت تعاني من التهاب مزمن بالأذنين مع وجود سائل فيها و ضعف بالسمع في أذنها اليسرى ، و قد تم إجراء عمليتين لها أصيبت على إثرهما بالصمم التام ، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت دعواها بالتعويض فطعنت بالنقض مطالبة تعويضها عما أصابها من أضرار نتيجة عدم تبصيرها كتابة من قبل طبيبها المختص ، إلا أن محكمة النقض رفضت طعنها مبررة رفضها بأنه لا يوجد في التشريع ما يلزم الطبيب بتبصير المريضة كتابة .

بذلك فإن الأصل في التبصير هو أن يكون شفاهة لكن هذا لا يمنع من الاتفاق على عكس ذلك بأن يكون بصيغة أخرى كالكتابة إذا تطلب الأمر ذلك ، كما هو الحال لو كان المريض فاقدا للوعي أو صغيرا أو مصابا بالصمم ، فهذه الظروف استثنائية تفرض على الطبيب الإفضاء الكتابي [5] فإذا وجد ظرف من هذه الظروف الخاصة يصبح الطبيب في هذه الحالة مجبر على تقديم هذه المعلومات في شكل مكتوب ، لكن القضاء لم يحدد هذه الظروف ، أما الفقه فحددها في ثلاثة أمور :

الأمر الأول :

في حالة وصف الطبيب للمريض دواء أو علاجا ، فلا بد أن تكون هذه الوصفة مكتوبة مثلها مثل نتائج الفحوص ، حيث تنص المادة 47 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي : « يجب على الطبيب

Pairie(C), Dupont(M), Espen(C), Muzzin(L), Droit hospitalier, Dalloz, 2eme édition, 1999, p 291.

2 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 96.
3 - أنظر : العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 151.
4 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 98.
5 - أنظر : العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 152.

أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح ، و أن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا ، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج » .

كما تنص المادة 56 من نفس المدونة على أنه : « ينبغي أن تكون الوصفة ، أو الشهادة ، أو الإفادة التي يقدمها الطبيب أو جراح الأسنـان واضحة الكتابة تسمح بتحديد هوية موقعها ، و تحمل التاريـخ و توقيع الطبيب أو جراح الأسنان » .

الأمر الثاني :

يتمثل في توخي مصلحة المريض في عدم تعريضه لمخاطر جسيمة ، فبعض التشريعات تشترط أن يكون التبصير كتابي في بعض الأعمال الطبية ، و من بينها مجال التجارب الطبية ، حيث يلزم المشرع الفرنسي الطبيب على تسليم الشخص الذي ستجرى عليه التجربة ملخصا مكتوبا بالمخاطر التي سبق تبصيره بها .

الأمر الثالث :

يتصل بالظروف الخاصة للمريض ككونه صغير السن ، أو شخص بالغ لكنه مصاب باضطرابات عقلية أو جسدية كفقدان الذاكرة أو الصمم ، ففي هذه الحالات نكون بصدد ظروف خاصة لا بد أن يكون التبصير فيها كتابيا [1] .

أما البعض الآخر من الفقهاء فيعترض على اشتراط الكتابة في التبصير ، و ذلك بقولهم إن إعداد دليل مسبق مكتوب يتعارض مع الثقة التي يجب أن تكون بين المريض و الطبيب ، و التي تهدمها هذه الإحتياطات الكتابية و التي تتخذ احتمال سوء نية الطرف الآخر [2] ، و إذا ما رجعنا إلى المادة الخاصة بتبصير المريض في آداب المهنة الطبية لمعظم الدول ، نلاحظ بأنها لم تتضمن ما يفيد التزام الطبيب باستعمال الكتابة كوسيلة لتبصير مريضه بشكل عام ، إذ تتم الموافقة على الأعمال الجراحية عموما شفهيا ، و يجوز للمريض أو الشخص المخول له إبداء الموافقة ، أن يعبر عن موافقته بالطريقة التي يختارها ، فقد يتم ذلك بالكلام أو بالإشارة أو أي طريقة أخرى توحي بالرغبة في إجراء العمل الجراحي [3] .

غير أن هناك استثناءين أوردهما المشرع الجزائري يأخذ فيهما رضا المريض شكلا معينا ، و ذلك في حالة انتزاع و زرع الأنسجة و الأجهزة البشرية ، و حالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي ، و السبب راجع إلى خطورة العمل الجراحي المقدم عليه ، فهل أخضع الجراحة التجميلية لنفس الشكل ؟

1 - أنظر : محجوب (جابر علي) ،المرجع السابق، ص 129-130.
2 - أنظر : سعد (سعيد عبد السلام) ، المرجع السابق، ص 160.
3 - أنظر : فيلالي (علي)، رضا المريض بالعمل الطبي، المرجع السابق، ص 56.

ما تجدر الإشارة إليه ، أنه لا يوجد نص خاص يبين كيفية الموافقة على الجراحة التجميلية ، و في ظل غياب نص خاص ، و ما هو معمول به عمليا في العيادات الخاصة بجراحة التجميل ، فإن الموافقة على مثل هذه الأعمال يتم شفهيا ، بالرغم من إمكانية الاستئناس بنص المادة 162 فقرة 01 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ، التي تشترط الموافقة الكتابية في حالة انتزاع الأعضاء و زرعها ، لكن الوضع في فرنسا يختلف عما هو معمول به في الجزائر ، إذ تتم الموافقة على الأعمال الجراحية التجميلية كتابيا ، حيث يتم توقيع وثيقة من طرف المريض تشتمل على توضيح جراح التجميل لكل مخاطر هذا التدخل الجراحي المتوقعة و الاستثنائية ، و ما يترتب على ذلك من نتائج وبصورة واضحة [1] ، و بالنسبة للكتابة لا تكون في شكل صياغة يلتزم المريض بتوقيعها باستثناء بعض الميادين في النشاط الطبي ، و من بينها جراحة التجميل لأن الأسلوب الكتابي في تقديم المعلومات أكثر تأثيرا من تقديمها شفاهة ، و لأن الكتابة تكفل الوضوح و التحديد للمعلومات التي تتضمنها ، و بذلك يسهل على المريض الرجوع إليها و استذكارها باستمرار ، كما أن الكتابة تبرز أهمية المعلومات و ضرورة الحرص على تنفيذها و العمل بها .[2]

الفـرع الثانـي

التوسيع في مضمون الالتزام بالتبصير و موقف القضاء منه

لعمليات التجميل صورتان ، فهناك العمليات التقويمية و هي ضرورية للحاجة الداعية لإجرائها من أجل إزالة العيب البدني ، سواء كان في صورة نقص أو تلف أو تشوه ، أما الصورة الثانية فهي التحسينية أو جراحة الترف كما تسمى ، و يقصد بها جراحـة تحسين المظهر الخارجـي و غير المصاب بعاهة جسمانية أو تجديد الشباب [3] ، و بصورة عامة الطبيب يلتزم بالإفضاء تجاه مريضه بكل عمل طبي ، لكن هل يلتزم بتبصير الشخص الخاضع لعمليات التجميل التقويمية و الترفية بنفس الدرجة أم أنه يتشدد في تبصيره لأحدهما دون الآخر ؟

الفقرة الأولى : التوسع في نطاق الالتزام بالتبصير

إذا كان الطبيب لا يلتزم في مواجهة مريضه سوى بتبصيره بالمخاطر المتوقعة ، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لجراح التجميل ، فيرى البعض أن الطبيب ملزم بإعلام مريضه فقط بالمخاطر المتوقعة

1 - أنظر : داودي (صحراء)، المرجع السابق، ص 47.
2 - أنظر : المختار (غادة فؤاد مجيد)، المرجع السابق، ص 260.
3 - أنظر : الفضل (منذر)، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 416.

دون الاستثنائية النادرة الحدوث أي غير المتوقعة ، حتى لا يكون ذلك عائقا أمام الطبيب في أدائه لمهنته ، كما أن تبصير المريض بكل المخاطر حتى لو كانت من النوع النادر الحدوث قد يولد لديه الفزع و يدفعه لرفض العلاج ، فحسب هذا الرأي سكوت الطبيب عن مثل هذه المخاطر لا يعتبر خطأ منه [1] ، في حين يرى البعض الآخر التوسع في مسؤولية الطبيب ، و يلزمه بالكشف عن مخاطر الجراحة حتى لو كانت بعيدة الاحتمال ، حتى يتمكن من اتخاذ قراره على ضوء الظروف المصاحبة [2] ، و إن كان ذلك يصدق على الجراحات العادية ، إلا أن الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية يجعل من الطبيب ملزما بتبصير المريض قبل إجراء الجراحة بكل المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها ، ليس فقط المتوقعة الحدوث بل جميعها حتى لو كانت نادرة الحدوث ، أي تحدث بشكل استثنائي و سواء كانت جسيمة أو بسيطة ، حتى يتمكن المريض من اتخاذ قرار بالخضوع للجراحة من عدمه و هو على بينة من أمره ، و لا يعفى جراح التجميل بأي حال من هذا الالتزام على اعتبار أنها تتم في ظروف متأنية لا تتطلب الاستعجال ، فإذا أخل الطبيب بهذا الالتزام يعد مخطئ و تترتب مسؤوليته حتى لو لم يرتكب أي خطأ في عمله .

إن الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية ليس مقترنا فقط بنوع واحد منها ، بل إن الطبيب يلتزم بالتبصير للشخص الخاضع لعمليات التجميل بنوعيها ، تقويمية كانت أو ترفية ، إلا أن درجة التبصير هي التي تختلف ، إذ يفرض العقد الطبي في نطاق الجراحة التجميلية الترفية على الطبيب تشديد التزامه بالتبصير تجاه الشخص الخاضع لها ، و ذلك لأن هذا الشخص لا يعاني من علة ما أو مرض معدي ، كما أنها لا تنطوي على الغاية العلاجية الضرورية أي الشفاء ، إذ يلتزم الطبيب في هذا المجال بالإعلان عن المخاطر المحتملة التي تصاحب هذه العملية ، فضلا عن إبراز المضاعفات التي يمكن أن تنتج عنها ، سواء أثناء إجرائه لها أو بعد انتهاءه منها ، كذلك يلتزم بالإفضاء عن الآثار و النتائج العرضية التي قد تتخلف عنها ، كما يلتزم ببيـان النتائج التقريبية للعملية الجراحيـة ، و بيان المدى الذي يمكـن أن تعطيه دون مبالغة [3] ، و يبرر الفقهاء هذا التشدد كون جراحة التجميل تجرى على جزء سليم صحيح من الجسم بغرض تجميله أو إصلاح شكله ، دون أن يعاني من مرض عضوي أو أي ألم ، وبالتالي لا يعرض حياته للخطر ، بحيث يستطيع التعايش مع هذا العيب ، كل ما في الأمر أنه ينقص من جمال الشخص ، كما أن هذه الجراحة لا تحتمها ضرورة عاجلة تستلزم التدخل السريع ، فهي تتم في ظروف عادية متأنية يكون أمام المريض متسع من الوقت لتقرير إجراء الجراحة من عدمه .

1 - أنظر : نجيدة (علي حسن) ، المرجع السابق، ص 24.
2 - أنظر : الصباحين (سهى) وآخرون،المرجع السابق، ص 1639.
3 - أنظر : حسين (أكرم محمود) ، العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 39.

لهذه الأسباب من الطبيعي أن يلتزم جراح التجميل بتقديم معلومات كاملة حتى لو كانت من النوع غير المتوقع و سواء كانت عادية أو جسيمة [1] ، و المقصود بالخطأ الاستثنائي هو الخطر غير المتوقع ، و حسب القواعد العامة يمكن اعتبار الخطر غير المتوقع إذا كان في لحظة حدوثه لم يكن هناك أي سبب خاص يؤدي بنا إلى الاعتقاد أن هذا الحادث يمكن أن يقع ، و هنا لا تقاس بالنظر إلى الشخص المسؤول إذا كان من الممكن له أن يتوقع وقوع الخطر ، بل ننظر إلى الشخص العادي و نضعه في نفس الظروف الخارجية ، و نرى إذا كان بإمكانه توقع وقوع الخطر أم لا [2] .

لقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى عدم تقرير مسؤولية جراح التجميل في قضية تتلخص وقائعها في أن جراحا قام بإجراء عملية تجميلية باستعمال طريقة شفط الشحم ، بعد مدة معينة بدأ المريض يشكو من آلام و حالة اكتئاب ، و بعد عرض هذا الأخير على خبير معتمد ، أكد هذا الأخير أن هذه الآثار هي نتيجة نقص في تمدد الجلد لنقص في خاصية قابلية الجلد للتمدد ، و هذا ليس خطأ جراحي بل لتعقيد غالبا ما يحدث في طريقة شفط الشحم ، إلا أن المحكمة طرحت تقرير الخبير جانبا و رأت أن الجراح لم يوف بالتزامه بالتبصير ، ذلك أن إقدام أي شخص على تدخل جراحي تجميلي و قبوله بكل الأخطار هو في الحقيقة بهدف تحسين فعلي لمظهره الخارجي ، و عليه يجب أن يكون الطبيب واعيا وعيا تاما أن للطبيعة الخاصة لدافع المريض ، و كذلك الالتزام بالتبصير الذي يقع على عاتقه هما اللذان يحددان عمله الطبي ، هذه الظروف الخاصة في الجراحة التجميلية تفرض على الجراح تقديم معلومات تتصف بالدقة و الوضوح ، و عليه فان المحكمة ترى أن اكتفاء الطبيب بإرسال رسالة إلى المريض غير كافية كقرينة على قيام الطبيب بتنفيذ التزامه ، فقام الطبيب الذي أدانته المحكمة بالاستئناف محتجا بكونه قد أعلم المريض بالمضاعفات المحتملة إذا أقدم على العملية و طلب منه التفكير قبل أخذ القرار النهائي ، أصدرت محكمة الاستئناف قرارها و جاء فيه : « أن الطبيب أكد في رسالته على أن المريض يريد الاستفادة من طريقة شفط الشحم ، و لكن المؤشرات تؤكد محدودية هذه الطريقة ، و هذا نظرا لطبيعة بشرته ، بالإضافة إلى أنه رغم تحديد موعد العملية فإن الطبيب طلب من المريض تأكيدا صريحا بإجراء العملية ، عليه و بالنظر إلى كل هذه العناصر فإن محكمة الاستئناف رأت أن المريض قد أعلم بوضوح و قبل بالأخطار الممكن ترتبها على التدخل الجراحي و عليه فان الطبيب قد وفى بالتزامه بالتبصير ، و بالتالي لم يرتكب أي خطأ » [3] .

1 - أنظر : الصباحين (سهى) وآخرون،المرجع السابق، ص 1640.
2 - أنظر : سعيدان (أسماء)، المرجع السابق، ص 46.
3 - أنظر : قرار محكمة استئناف باريس في 10 ديسمبر 1992، أشار إليه :
Gilles(Devers), Pratique de la responsabilité médicale, Edition ESKA, 2000, p 202, 203

لقد أقام المشرع المصري كذلك مسؤولية جراح التجميل لإخلاله بالالتزام بالتبصير و أقر ضرورة تبصير المريض بالمخاطر المتوقعة و النادرة الحدوث ، و لا يقف الجراح التجميلي بتبصير مريضه بالمخاطر التي تتطلبها العملية فقط بل يلتزم علاوة على ذلك أن يعلمه بآثارها التي يعد تحقيقها أمر لا يمكن تفاديه [1] ، فالتبصير لا ينته بانتهاء العملية ذاتها إذ قد تحدث مخاطر لاحقة لها تستوجب إصلاحها بجراحة أخرى ، الأمر الذي يتطلب تبصير المريض بها [2] ، أما عن موقف القضاء المصري فقد قضت محكمة النقض المصريـة بحكم لها جاء فيه : « جراح التجميل إن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها ، إلا أن الإفضاء و العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى ، اعتبارا أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه ، و إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر » [3] .

الفقرة الثانية : موقف القضاء من العناصر الواجب الإفضاء بها في العملية التجميلية

مع التقدم العلمي صارت جراحة التجميل تخضع للمبادئ العامة للمسؤولية الطبية ، لكن و نظرا لخصوصية هذا العمل الجراحي تشدد القضاء في أحكامه لما له من آثـار و أخطـار معتبرة و يظهر التشدد في تقدير المحاكم لفكرة خطأ الجراح المختص في التجميل ، فوسع من نطاق تحديد الخطأ الفني ، و اشترط أن يكون الطبيب على دراية كبيرة في التخصص ، و أن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها و ليست محلا للتجارب ، كما أن بعض المحاكم ذهبت إلى أن النتيجة هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل ، و بما أن هذه الجراحة لا تستلزمها صحة المريض ، فإن الطبيب له أن يمتنع عنها إذا ظهر له أن نسبة نجاحها ضئيلة ، فعلى الطبيب أن يكون واثقا من نجاح تلك العملية ، و بالتالـي عليـه أن يوازن بين الغاية المرجوة منها و المخاطر المحتمـة و المترتبة من ورائها .

عليه فان التبصير يجب أن يكون في الجراحة التجميلية دقيقا ، فقررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 17 فيفري 1998 على وجوب التنبيه ليس فقط إلى جميع المخاطر الجسيمة المرتبطة بالعملية ، بل أيضا إلى كل أثر سلبي أو غير ملائم يمكن تحققه ، و في هذا التشدد حول العناصر الواجب التبصير بها ، فكل خطر و لو كان ضئيلا لدى المريض في الجراحة التجميلية وجب التنبيه به ، و على الطبيب أن يقارن بيـن المخاطر المترتبة عن العمل الجراحـي التجميلـي و النتائج أو

1 - أنظر : العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 208.
2 - أنظر : بن عودة (حسكر مراد)، المرجع السابق، ص 134.
3 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر)،المرجع السابق، ص 127، أنظر أيضًا: محتسب بالله (بسام)، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دمشق، دار الإيمان للنشر، 1984، ص 217.

الإيجابيات المنتظرة و المتوقعة [1] ، و في قرار مجلس الدولة الفرنسي لسنة 2000 حدد معيار الإعلام الطبي بالمخاطر المعروفة للوفاة أو العجز وقت العلاج ، في حين ذهبت بعض الجهات القضائية الأدنى درجة إلى القول بإعلام كامل [2] ، و في قرار آخر قضت به محكمة باريس بتاريخ 23 جانفي 1913 جاء فيه : « قيام مسؤولية طبيب التجميل رغم عدم ارتكابه خطأ طبيا و قيامه بمراعاة أصول الفن و العلاج بعد تعريض الفتاة لأشعة (رونتجن) بهدف إزالة الشعر من ذقنها إلا أنها أصيبت بحروق ظاهرة على وجهها لإخلاله بتنوير الفتاة بآثار استخدام هذه الأشعة » .

أما بالنسبة للقضاء المصري ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 26 جوان 1969 جاء فيه : « قيام مسؤولية جراح التجميل لعدم إطلاع الخاضع لها بما قد يتعرض له من مخاطر ، و التي وقعت بالفعل و أصيب بندبة في رقبته » [3] ، و بهذا يمكننا القول بأن كل من عملية إزالة الشعر من الذقن ، و التجاعيد من الجبهة ، و تجميل الأنف ، تدخل في نطاق عمليات التجميل الترفية ، و هذا يفرض على الطبيب تشديد التزامه بالتبصير لأن الغاية من إجرائها ليس الشفاء فعلى الطبيب تبصير الخاضعين لها بكل المخاطر و المضاعفات مؤكدة كانت أو استثنائية و تبقى هذه مسألة وقائع [4] ، إذن يجب أن يشمل التبصير في الجراحة التجميلية كل المخاطر المتوقعة من العملية والمخاطر الاستثنائية التي تنجم عن العملية ، و قد تأكد ذلك بعد مجيء قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى [5] ، حيث نصت المادة 6333 فقرة 02 منه على أنه : « كل تدخل في جراحة التجميل ، فالشخص المعني أو ممثله القانوني يجب تبصيرهم من طرف جراح التجميل المسؤول عن العملية ، وعن ظروف العملية وعلى كل المخاطر ، و حتى النتائج المحتملة و المضاعفات التي قد تترتب » .

نستنتج من هذه المادة أنه في الجراحات التجميلية يستوجب على الجراح تبصير زبونه تبصيرا مشددًا و في حالة عدم تبصيره على النحو السابق بيانه يعد مخطئا [6] .

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من نطاق الالتزام بالتبصير

1 - أنظر : Gilles Devers ، المرجع السابق ، ص 199 .
2 - أنظر : بودالي (احمد)، المجلة القضائية، 2004، الجزائر ، ص 34 .
3 - أنظر : حسين (أكرم محمود) ، العبيدي (زينة غانم)، المرجع السابق، ص 41.
4 - أنظر : حسين (أكرم محمود) ، العبيدي (زينة غانم)،المرجع نفسه، ص 42.
3 - أنظر : Penneau (J) ، المرجع السابق ، ص 19 .
4 - أنظر : قاسم (محمد حسن) ، المرجع السابق، ص 163.

إذا حاولنا التمعن في موقف المشرع الجزائري من نطاق الالتزام بالتبصير و المعيار الذي اعتمده ، يتضح جليا أنه لم يفصل إلى حد الآن في هذه المسألة ، خاصة و أن الأحكام القضائية التي تخص المسؤولية الطبية ، و ما يترتب عنها من إشكاليات و ثغرات قانونية تكاد تكون شبه منعدمة على مستوى القضاء الجزائري ، و لعل السبب يرجع إما إلى عزوف المرضى عن اللجوء إلى القضاء ملتمسين تقرير المسؤولية في حق الطبيب المسؤول ، و إما إلى نقص الاجتهادات القضائية في هذا المجال ، وحتى أن القاضي لما تعرض عليه قضية بهذا الشأن غالبا ما يستعين بالخبرة الطبية التي يتولى أمرها طبيب ، الذي لطالما يكون تحت تضامن فيما بين الأطباء ، إذ الخبير لا يعترف بالخطأ الطبي تجاه زميله و يكون تقريره ناقصا لا يثبت حقيقة و درجة الخطأ الفني ، و بالتالي يكابد المريض مغبة التقصير أو الإهمال المرتكب من الطبيب ، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 367 مكرر 03 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي تنص على أنه : « يمكن للعدالة أن تلتمس المجلس الوطني و المجالس الجهوية للآداب الطبية كلما رفعت دعوى بمسؤولية أحد أعضاء الهيئة الطبية قصد توضيح الصعوبات المرتبطة بتقدير خطأ الطبيب » ، فعند استقراء هذه المادة ، يتبين أن القاضي يجوز له لما تعرض عليه دعوى ضد أحد أعضاء الهيئة الطبية ، أن يستعين بالمجلس الوطني و المجالس الجهوية للآداب الطبية و يلتمس الاستشارة بخصوص تقدير الخطأ الطبي ، و من باب أولى يتضمن ذلك مدى التزام الطبيب بتبصير مريضه ، فهذه المجالس تقرر مدى قيام الطبيب بواجبه هذا تجاه مريضه من عدمه ، و تمحص المعلومات التي وجب الإفضاء بها من التي لا ضرورة منها .

يظهر أن المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري حسب ما جاء في المادة السالفة الذكر هو المعيار المهني أو الطبي ، و بالتالي وسع من واجب الالتزام بالتبصير و جعل منه تبصيرا شاملا يقتضي تزويد المريض بكل المعلومات ، و في ظل الظروف الاجتماعية و الثقافية لأغلبية الجزائريين و نظرا للظروف الصعبة التي يواجهها ممارسوا الطب في الجزائر ، فإنه من الصعب اعتماد معيار آخر في الجزائر غير المعيار المهني في مجال الالتزام بالتبصير رغم مساوئه ، و في ظل هذه الظروف قد لا يهتم المريض بحقه في التبصير بقدر اهتمامه بالحصول على الفحص الطبي و تلقي العلاج [1] ، لكن معيار المريض المحتاط و إن كان يحمي مصلحة المريض فقد يصعب عمليا و يتجلى ذلك في الدول الغربية التي أخذت به لجملة من الأسباب ، فمن جهة يرجع الأمر إلى تعذر المريض من فهم كل المعلومات الفنية الطبية ، و من جهة أخرى قد لا يريد المريض مجابهته بالحقيقة حول حالته الصحية .

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 147.

بقياس ذلك على المستوى المجال الطبي بالجزائر ، يمكن القول أن تطبيقه عسير لأن القطاع الصحي بالجزائر يتخبط في مشاكل عويصة منها نقص الإمكانيات المادية و البشرية ، فالطبيب لا سيما في المستشفيات العامة التي يقبل عليها عدد معتبر من المرضى قد لا يستطيع الالتزام بواجب التبصير ، كما هو مبين في هذا المعيار ، بل يحاول التخلص من هذا العدد من المرضى ، الأمر الذي لا يترك له المجال لتزويد المريض بإعلام شامل بشأن حالته الصحية ، كذلك الوضع الاجتماعي و الثقافي الذي يعيشه المواطن الجزائري خاصة المريض الذي وضعيته المالية لا تسمح له بعلاج سليم و كامل ، بل نجده دائما يلجأ إلى المرافق العمومية مبتغيا في ذلك العلاج المجاني ، فكيف به يبالي بحقه في التبصير .

لأجل ذلك فإن المعيار المهني أو الطبي هو المعيار الأصلح بالإتباع في الجزائر و لقد أخذ به المشرع الجزائري أسوة بالقضاء الفرنسي ، و إن كان هذا الأخير يوسع من نطاقه مراعيا بذلك مصلحة المريض ، و من الضمانات القانونية المرتبطة بالمعيار المهني خضوع الطبيب في التزامه بالتبصير لمعيار العناية والحيطة و الحذر التي يلتزم بها في كافة أعماله الطبية ، بحيث لا يسأل عن تقصيره في التبصير إلا إذا سقط تبصيره دون مستوى تبصير الطبيب العادي من نفس المستوى و في نفس الظروف .[1]

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 149.

الفصل الثاني

جزاء الإخلال بالالتزام بالتبصير

الفصل الثانـــي
جزاء الإخلال بالالتزام بالتبصير

كان للقضاء الفرنسي الدور الكبير و الفعال في وضع أسس المسؤولية الطبية ، فقد غطى النقص القانوني المتواجد في مجال الممارسات الطبية ، إذ لم تقتصر مهمته على تفسير النصوص بل تعداه إلى الإنشاء الحقيقي لها ، فكانت هذه النصوص لا تسد الحاجة لو لم يتسع القضاء في فهمها و سد الفراغ الذي يتخذ ثناياها [1] ، إن الالتزام بالتبصير دعت إليه التطورات الحاصلة في المجال العلمي ، و أمام ما تحدثه التدخلات الطبية من آثار خطيرة تمس بصحة المريض و سلامة جسده ، فقد اقترن هذا الالتزام بجزاء يكفل احترام المريض من طرف الطبيب ، فإذا أخل هذا الأخير بالالتزام الملقى على عاتقه و المتمثل في تبصير المريض فإن ذلك سيجعله في دائرة المسؤولية و طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية [2] ، لا يمكن مسائلة الطبيب عن الضرر الذي أصاب المريض إلا بثبوت الخطأ من جانب الطبيب ، و ثبوت الضرر بالنسبة للمريض و أمكن إسناد هذا الضرر إلى خطأ الطبيب ، و هو ما يجب توافره أيضا بالنسبة لقيام مسؤولية الطبيب عند إخلاله بواجب التبصير ، من ثمة لا يسأل الطبيب عن الإخلال بواجب التبصير إلا إذا توافرت الأركان الثلاثة للمسؤولية المدنية ، و هي : أولا خطأ الطبيب المتمثل في إخلاله بواجب التبصير ، ثانيا الضرر المادي أو المعنوي الناتج عن هذا الإخلال ، ثالثا علاقة السببية بين إخلال الطبيب بواجب التبصير و الضرر الناتج عنه .

تثير هذه الأركان الثلاثة مشاكل عملية جمة من حيث الإثبات ، خاصة منها علاقة السببية إذ من الصعب إثبات العلاقة بين الضرر الحاصل بمفهومه التقليدي ، و إخلال الطبيب بواجب التبصير ، و متى أخل الجراح التجميلي بالالتزام بالتبصير قامت مسؤوليته المدنية ، و لا يبرر التبصير أثناء

1 - أنظر : أحلوش (بولحبال زينب)، المرجع السابق، ص 114.
2 - تختلف المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية من حيث الجزاء، يتمثل في الأولى في التعويض أي جبر الضرر اللاحق بالمضرور، فيرفع الشخص المضرور الدعوى للمطالبة بالتعويض، في حين يتمثل الجزاء في المسؤولية الجزائية في عقوبة توقع على الجاني، فتتولى النيابة العامة ممثلة المجتمع تحريك الدعوى العمومية، أنظر : فيلالي (علي)، الفعل المستحق التعويض،المرجع السابق، ص07.

الاستشارة للقيام بتدخلات أخرى ، و إنما لابد من الحصول على التبصير عن كل عمل يقوم به الجراح لكن هل تقوم المسؤولية في حالة الإخلال بالالتزام بالتبصير ؟

لتحديد ذلك لابد من أن نبين فيما إذا كان الالتزام بالتبصير هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية ، و إن كان التزام خاص و مشدد إلا أنه يبقى إلزاما ببذل عناية ، و هذا استنادا إلى عنصر الاحتمال الذي يتضمنه أي عمل طبي ، إلا أن الالتزام بالتبصير باعتباره التزام أخلاقي فهو التزام بتحقيق نتيجة ، إذ التبصير يعتبر وسيلة لضمان حماية الشخص و سلامته ، و عليه إذا لم تتحقق النتيجة و هي عدم التبصير بكافة المخاطر ، قامت مسؤولية الجراح نتيجة لخطئه المفترض على الإخلال بالتبصير الذي لا يقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي [1] ، و لقد قرر هذا الجزاء لحماية المريض الطرف الضعيف تجاه الطبيب الذي يسعى لتحقيق أكبر قدر من الربح .

فما هي طبيعة هذه المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالتبصير ؟ و ما هي الآثار المترتبة عليها ؟ و على من يقع عبء إثبات المسؤولية عند الإخلال بالالتزام بالتبصير ؟
سنجيب على هذه التساؤلات من خلال التطرق إلى قيام المسؤولية المدنية لجراح التجميل (المبحث الأول) ، يليه التعرض لآثار مسؤولية جراح التجميل عن الإخلال بالالتزام بالتبصير (المبحث الثاني) .

المبحث الأول
قيام المسؤولية المدنية لجراح التجميل

المسؤولية المدنية هي التزام شخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر نتيجة لإخلاله بالتزام يقع على عاتقه ، فإذا كان هذا الالتزام مصدره العقد كانت المسؤولية عقدية و إذا كان مصدره القانون و يتمثل أساسا في العمل غير المشروع كانت المسؤولية تقصيرية [2] و لا يمكن أن تقوم هذه المسؤولية دون أركانها ، فلا بد من ارتكاب الطبيب لخطأ في التبصير ينتج عنه ضرر يمس

1 - أنظر : العبيدي (زينة غانم يونس)، المرجع السابق، ص 218.
2 - أنظر : أبو السعود (رمضان)، النظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002، ص 311.

السلامة الجسدية للمريض ، فيسأل عن تعويـض ما أحدثه من ضرر [1] ، و السؤال المطروح هل أن مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية ؟

على ضوء ما تقدم فإن الطبيب أيضا كباقي أفراد المجتمع يكون محلا للمسائلة المدنيـة ، و سوف نتطرق إلى التكييف القانوني للمسؤولية المدنية لجراح التجميل (المطلب الأول) ، ثم إلى أركان مسؤولية جراح التجميل (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

التكييف القانوني للمسؤولية المدنية لجراح التجميل

حسب القواعد العامة تنقسم المسؤولية المدنية إلى نوعين : مسؤولية عقدية إذا كان الضرر قد حدث بسبب الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح بين المسؤول و المضرور ، أما في حالة انتفاء العلاقة العقدية بينهما أو كان العقد غير صحيح عندئذ تكون المسؤولية تقصيرية [2] ، و سيتم التطرق في هذا المطلب إلى طبيعة التزام جراح التجميل تجاه مريضه (الفرع الأول) ، ثم مسؤولية جراح التجميل (الفرع الثاني) ، و يليها الجمع و الخيرة بين نوعي المسؤولية في الجراحة التجميلية (الفرع الثالث) .

الفـرع الأول

طبيعة التزام جراح التجميل تجاه مريضه

تعد طبيعة التزام الجراح التجميلي من بين الإشكالات التي يطرحها هذا النوع من الجراحة ، إذ القضاء متردد في تحديد هذه الطبيعة ، و قد يرجع ذلك للتطور الذي عرفه هذا المجال في السنوات الأخيرة ، مما أدى إلى نزاعات متزايدة من جهة ، واعتبار هذا التخصص جراحة كمالية من جهة ثانية [3]

---

1 – يجوز للطبيب أن يتخلص من مسؤوليته إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كالحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة، أو خطأ صادر من المضرور – المريض -أو خطأ الغير، وهذا وفقا لمحتوى نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري التي تنص عما يلي « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطا من الغي، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ».

كما أنه يجوز للطبيب في حالة ما إذا كان مكلفا بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية، أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو يثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، وهذا طبقا لنص المادة 134 من القانون المدني الجزائري.

2 - أنظر : الصباحين (سهى) وآخرون، المرجع السابق، ص 1642.

3 - أنظر : نسيب (نبيلة) ، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2001، ص 42.

و لأنه من النادر أن تتوافر في عمليات التجميل الشروط التي تبرر المساس بحرمة جسم الإنسان ، وهي ضرورة شفاء المريض من علة أو مرض يعاني منه ، بالإضافة إلى أنه لا وجود في جراحة التجميل للتناسب بين ما يتعرض له المريض و بين ما يتوقع من فائدة [1] .

لقد قسم الفقه الالتزامات إلى قسمين : التزام ببذل عنايـة Obligation de moyen و التزام بتحقيق نتيجة Obligation de résultat ، ففي النوع الأول يقتصر التزام الطبيب الجراح على بذل العناية اللازمة بصدد تنفيذ ما التزم به ، و لا تتحقق مسؤوليته في هذه الحالة إلا إذا أقام المريض الدليل على مخالفة المبدأ الذي أقرته الجهات القضائية المختلفة ، و المتمثل في بذل جهود صادقة ، يقظة ، و متفقة مع الظروف التي يوجد فيها المريض ، و مع الأصول العلميـة الثابتة [2] و يقاس سلوكه هنا بسلوك الرجل المعتاد فيما لو وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد بها المدين و يعد هذا تطبيقا للمادة 1137 من القانون المدني الفرنسي [3] ، أما الالتزام بتحقيق نتيجة يجب على المدين تحقيق النتيجة المرجوة من العقد و إلا يعتبر المدين مخلا بالتزامه ، و يفترض الخطأ من جانبه في حال عدم تحققها ، و لا يلتزم الدائن بإثبات ذلك ، إلا أن المدين له نفي مسؤوليته بإثبات أن عدم تحقق النتيجة راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه [4] .

لمعرفة طبيعة التزام جراح التجميل تجاه مريضه لابد من التمييز بين نوعين من الالتزامات :

الفقرة الأولى : الالتزامات الرئيسة

كالالتزام بإصلاح العيب ، ثار خلاف حول طبيعته هل هو ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة البعض ذهب إلى اعتباره تحقيق نتيجة ، إذ يجب على الطبيب أن يحقق النتيجة الجمالية المرجوة ، فإذا فشل يسأل حتى لو بذل كل ما في وسعه من عناية أو حرص ما لم ينفي علاقة السببية بين فعله و فشل الجراحة بإثبات السبب الأجنبي ، معللين ذلك أن المريض لا يخضع لهذه الجراحة إلا من أجل تحقيق نتيجة معينة ، لأنه لا يعالج مرض و إنما إصلاح عيب في الجسم ، إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى أن التزام جراح التجميل هو التزام ببذل عناية مثله مثل الجراح العادي ، إذ أن فشل الجراحة لا يعد بحد ذاته خطأ يوجب المسؤولية ، بل يجب إقامة الدليل على أنه قصر في واجبه ببذل العناية المطلوبة .

1 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق، ص 301.
2 - أنظر : الحياري (أحمد حسن عباس) ، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 41-42.
3 - أنظر : الصباحين (سهى) وآخرون، المرجع السابق، ص 1645.
4 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني: نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 259.

في الواقع لا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا الرأي لأنه و إن كان الطبيب لا يعالج مرض عضوي إنما إصلاح عيب أو تشوه في الجسم ، إلا أنه في الوقت نفسه يتعامل مع جسد إنسان لا يمكن التعرف بشكل قطعي على مدى استجابته للجراحة ، كما أن احتمال نجاح هذا العمل أو فشله هو أمر متوقع مثله مثل أي عمل جراحي ، حيث قضت محكمة استئناف باريس بأن : « العقد الطبي المبرم بين جراح التجميل و عميله ينشئ على عاتق هذا الجراح التزاما عاما بالحرص و العناية ، و إنما لا يمكن أن يفرض على عاتقه خطأ لم ينص عليه المشرع ، لذا يجب أن يخضع هذا النوع من الجراحة للقواعد العامة » [1] ، و إن كان التزامه ببذل عناية إلا أنه يقدر بطريقة أشد من التي يقدر بها التزام الجراح العادي و ذلك لخصوصية هذه الجراحة ، إذ يجب على الجراح التأني و عدم الاستعجال في إجرائها و أن يكون أشد حرصا و حذرا ، و أن يوازن بين مخاطرها و فوائدها ، و الامتناع عن إجرائها إذا كانت مخاطرها أكبر من فوائدها [2] .

في نفس الاتجاه قضت محكمة استئناف نانسي بأن : « الالتزام الذي يقع على عاتق جراح التجميل هو التزام بوسيلة ، غير أنه يجب تقدير الالتزام في هذه الحالة بصرامة أكثر مما هو معمول به في الجراحة العادية ، و ذلك لأن الجراحة التجميلية لا تهدف إلى إعادة الصحة لعضو في المريض أو تحقيق الشفاء ، و لكن تهدف إلى تقديم تحسين و راحة تجميلية لحالة لا يستطيع المريض تحملها » [3] ، و في هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 02 ديسمبر 1971 على أنه : « التزام الطبيب ليس التزام بتحقيق نتيجة و إنما ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة و يقظة...» [4] ، نفس الشيء بالنسبة للقضاء الجزائري ، و ذلك من خلال قرار المحكمة العليا رقم 39988 الصادر في 23 جانفي 2008 و الذي قضى بأنـه : « المبدأ : يعني الالتزام ببذل عناية ، الواقع على الطبيب بذل الجهود الصادقة المتفقة و الظروف القائمة و الأصول العلمية الثابتة » [5] ، نخلص بذلك أن التزام جراح التجميل هنا بذل عناية إلا أنه يكون أكثر تشددا إذ يجب أن يبذل عناية مشددة تفوق العناية التي يبذلها الجراح العادي .

---

1 - أنظر : قرار محكمة استئناف باريس في 07 نوفمبر 1972، أشارت إليه :
Ben Chaabane(H), le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politique, N° 04, volume 33, année 1995, p 771.

2 - أنظر : حنا (منير رياض) ، المرجع السابق، ص 442.

3 - أنظر : قرار محكمة استئناف نانسي في 18 مارس 1991، أشار إليه : Harichaux Ramu(M) ، المرجع السابق ، ص 06 .

4 - أنظر : عيشاوي (هجيرة) ، المرجع السابق، ص 103.

5 - أنظر : قرار المحكمة العليا رقم 399828، الصادر في 23 جانفي 2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 2008، ص 175.

الفقرة الثانية : الالتزامات الثانوية

من ضمنها الالتزام بالتبصير ، فهذا النوع من الالتزامات لا تتعلق بالعمل الطبي بمعناه الفني ، و نتيجة تنفيذها ليس له علاقة بعنصر الاحتمال ، إذ يلتزم الجراح بأمور محددة و هو إعلام المريض قبل إجراء الجراحة بكل مخاطرها سواء كانت متوقعة أو نادرة الحدوث ، و سواء كانت جسيمة أو بسيطة ، إذ عليه إعلامه بكل الظروف التي ستتم فيها الجراحة حتى يتمكن من اتخاذ قراره بالخضوع للجراحة من عدمه ، و لذا فهو ملتزم بتحقيق نتيجة إذ يلتزم بأمر محدد و هو تبصير المريض ، فلا يكف أن يبذل عناية من أجل تحقيق ذلك ، فالمريض لا يعلم بهذه المخاطر و إنما يعتمد في ذلك على الطبيب .

كما أن هذا الأمر أصبح من المبادئ الثابتة في المجال الطبي ، إذ يلتزم الطبيب بتبصير المريض و إحاطته بمخاطر العلاج ، و هو من الالتزامات المحددة التي يجب أن يفضي نتيجة معينة فالمبدأ العام يقتضي وجود هذا الالتزام على عاتق الطبيب حتى لو لم يوجد نص خاص يقرره ، فهو التزام محدد حتى لو بذل كل ما في وسعه من جهد لتنفيذه ما لم يثبت السبب الأجنبي [1] .

الفـرع الثاني
مسؤولية جراح التجميـل

تبنى المسؤولية المدنية لجراح التجميل من حيث الأصل على ضوابط ممارسة المهنة ذاتها بصرف النظر عن العقد الذي يقوم بين الجراح و المريض ، و بالتالي أصبح الجراح مسؤولا مدنيا عما يصيب المريض من ضرر جراء التدخل الجراحي الذي وقع به الانحراف بدرجة ما عن تلك الضوابط [2] ، و إذا كان الأصل العام أن مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية هي مسؤولية عقدية ، فالاستثناء أنها ذات طبيعة تقصيرية [3] ، و قد تجتمع شروط المسؤوليتين ، فيبحث عندئذ و بحسب القواعد العامة في الخيرة بينهما .

الفقرة الأولى : مسؤولية جراح التجميل العقدية

1 - أنظر : الصباحين (سهى) وآخرون، المرجع السابق، ص 1646.
2 - أنظر : قزمار (نادية محمد)، الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 71.
3 - أنظر : Penneau(P) ، المرجع السابق ، ص 07 .

تقوم المسؤولية العقدية [1] على الإخلال بالتزام عقدي [2] ، و قد كان القضاء في فرنسا يعتبر مسؤولية الأطباء تقصيرية إلى أن تحول عن ذلك سنة 1936 [3] ، حيث عرضت على محكمة النقض الفرنسية دعوى تتلخص وقائعها في أن سيدة أصيبت في وجهها بالتهاب مخاطي نتيجة علاج بأشعة أكس ، و قد رفعت دعوى على الطبيب بسبب ارتباط حالتها بالعلاج الذي تلقته ، و قد استندت محكمة النقض الفرنسية على أساس المسؤولية العقدية في قرارها الصادر في 20 ماي 1936 ، حيث جاء فيه : « أنه يتكون بين المريض و طبيبه عقد حقيقي لا يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض حتما و إنما يلتزم بأن يبذل جهودا صادقة و مخلصة مصدرها الضمير و مؤداها اليقظة و الانتباه ، و هذه الجهود تقتضي أن تكون مطابقة في غير الأحوال الاستثنائية للأصول العلمية الثابتة ، إن الإخلال حتى غير المقصود بهذا الالتزام التعاقدي يترتب عليه مسؤوليـة من نفس النوع » [4] .

و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية حيث قضت بما يلي : « إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية ، و الطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه و بين مريضه بشفائه 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 ، و جراح 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 ، و إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر » [5] .

---

1 - لا تتحقق المسؤولية العقدية إلا إذا توفرت شروطها، فلا بد من وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، وأن يحصل إخلال بالالتزامات الناشئة مباشرة عن هذا العقد، وأن يترتب عن الإخلال السابق ضرر للدائن، بالإضافة إلى وجود علاقة سببية مباشرة بين الإخلال بإحدى الالتزامات وبين الضرر.

2 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 618.

3 - أنظر : مرقس (سليمان)، المرجع السابق، ص 382.

4 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 20 ماي 1936، أشار إليه : Penneau(P) ، المرجع السابق ص 07 .

5 - أنظر : قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 26 جوان 1969، أشار إليه: حروزي (عز الدين)،المرجع السابق ص 147.

نلاحظ أن القضاء الفرنسي و المصري اعتبر مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية مسؤولية عقدية بخلاف القضاء الجزائري الذي يميل إلى اعتبار مسؤولية طبيب التجميل هي مسؤولية عقدية ، معتمدا في ذلك على أحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري كأساس لمنح التعويض للمريض أو لذوي حقوقه [1] .

و يشترط لقيام المسؤولية العقدية للطبيب في الجراحة التجميلية الشروط التالية :

1- أن يكون هناك عقد قائم بين الطبيب و المريض ، فإذا باشر الطبيب العلاج دون أن يكون هناك عقد كانت المسؤولية تقصيرية [2] .

2- أن يكون العقد صحيحا مشتملا جميع أركانه ، و ألا يكون هذا العقد مشوبا بأي عيب من عيوب الإرادة ، فالعقد الباطل لا يترتب عليه أي التزام و المسؤولية عنه تكون تقصيرية [3] .

كما يبطل العقد إذا كان لسبب غير مشروع ، كأن يقوم الطبيب بالسعي إلى تغيير ملامح مجرم حتى يتمكن من الإفلات من العقاب [4] .

3- أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد الطبي ، و عليه فإن مسؤولية الطبيب تكون تقصيرية إذا كان الخطأ الذي نسب إليه لا يمت بصلة إلى العقد ، مثال ذلك خطأ الطبيب الذي لم ينتبه إلى أخطاء مطبعية خاصة بتحديد جرعة الدواء مما تسبب عنه وفاة المريض [5] .

و مما تجدر الإشارة إليه أن هناك حالات يصعب فيها معرفة وجود عقد أم لا منها :

- حالة إنشاء العلاقة بين طبيب التجميل و المريض في العيادة الخاصة ، و أجريت العملية في مستشفى عام ، في هذه الحالـة فإن الرابطة العقدية موجودة مادام إنشاء العقد حصل أصلا بإيجاب و قبول في عيادة الطبيب الخاصة [6] .

- حالة طبيب التجميل الذي يعمل في مستشفى خاص ، إذ يلتزم الطبيب بمقتضى العقد بعلاج المرضى الذين يدخلون المستشفى ، ففي هذه الحالة فإن الطبيب ملزم بتقديم خدمات لأشخاص لم يرتبط معهم بأي اتفاق و لم يختاروه و لا يستطيعون رفض خدماته .

و التكييف الصحيح لهذا العقد هو اشتراط لمصلحة الغير ، ذلك أن العلاقة بين الطبيب و المريض ما هي إلا نتيجة عقد بين الطبيب و صاحب المستشفى الخاص ، فالطبيب المتعهد يلتزم قبل الجهة المشترطة و هي إدارة المستشفى بأن يعمل لمصلحة المرضى و هم المستفيدون من الاشتراط ، و بناء على ذلك فإن

---

1 - أنظر : صويلح (بوجمعة)، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد الأول، دار القصبـة للنشر، الجزائر، 2001، ص 70.

2 - أنظر : الديناصوري (عز الدين) ، الشواربي (عبد الحميد)، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السابعة، الإسكندرية، شركة الجلال للطباعة، 2002، ص 1409.

3 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق، ص 70.

4 - أنظر : رايس (محمد) ، المرجع السابق، ص 151.

5 - أنظر : الديناصوري (عز الدين) ، الشواربي (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 1409.

6 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبيبة في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 34.

للمستفيد دعـوى مباشرة مستمدة مـن العقد يستعملها قبل المتعهد ليطالبه بتنفيذ التزامه و على ذلك فإن مسؤولية الطبيب هنا تكون مسؤولية عقدية[1].

الفقرة الثانية : مسؤولية جراح التجميل التقصيرية

حيثما قام ضرر جراء خطأ و لم يتوافر عناصر قيام المسؤولية العقدية ، فإننا بصدد مسؤولية تقصيرية[2] ، و صور أو حالات قيامها هي أولا صورة أن يعمل الجراح التجميلي في مستشفى عام ، و ثانيا أن يتدخل الجراح التجميلي و يقدم خدمات مجانية .

الصورة الأولى : حالة الجراح التجميلي الذي يعمل في مستشفى عام

إن الجراح الذي يعمل في مستشفى عام يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي ، و يخضع للقوانين و اللوائح الخاصة بالعاملين في الدولة ، و بالتالي لا يمكن مسائلته إلا على أساس المسؤولية التقصيرية[3] ، فالعلاقة التي تتكون بين طبيب التجميل و المريض في مؤسسة استشفائية متخصصة تخضع للوائح و أنظمة هذه المؤسسة[4] ، و جاء في هذا الاتجاه قرار محكمة النقض المصرية بقولها : « لا يمكـن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهمـا »[5] و قضت المحكمة العليا بتاريخ 22 جانفي 1977 بمسؤولية مستشفى الأخضرية عن خطأ الطبيب الذي يعمل لديه على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه[6].

الصورة الثانية : حالة تقديم الطبيب لخدمات مجانية

لقد ذهب الرأي الراجح عند الفقهاء الفرنسيين إلى نفي الطبيعة العقدية عن الخدمات المجانية ، على اعتبار أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به ، فالواعد بالخدمة المجانية لم يكن قصده أن يرتب التزاما في ذمتـه ، و الموعود له يعلم بهذه النيـة ، فمثل هذه الالتزامات مصدرها اللياقـة و اللباقة و لا

1 - أنظر : الديناصوري (عز الدين) ، الشواربي (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 1411.
2 - لقيام المسؤولية التقصيرية لا بد من وجود خطأ يقع من المسؤول ، يتمثل في انحرافه عن السلوك المألوف للرجل العادي، وأن يترتب ضرر يصيب الغير، وعلاقة سببية مباشرة وأكيدة بين الخطأ والضرر.
3 - أنظر : قزمار (نادية محمد)، الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 77.
4 - أنظر : طاهري (حسين) ، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، دار هومة ، الجزائر ، 2004 ص 34 .
5 - أنظر : قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 03 جويلية 1969، مجموع أحكام النقض المدنية، السنة 20، رقم 169، ص 94، أشارت إليه : قزمار (نادية محمد)، الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 78.
6 - أنظر : قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، في 22 جانفي 1977، أشارت إليه : داودي (صحراء) ،المرجع السابق، ص 62.

يتحمل المدين بشأنها إلا واجبات أدبية ، و بالتالي لا يترتب على مثل هذه الالتزامات سوى مسؤولية تقصيرية [1] .

الفرع الثالث

الجمع و الخيرة بين نوعي المسؤولية في الجراحة التجميلية

يترتب على إخلال الطبيب بالالتزام بالحصول على رضا المريض قبل تنفيذ العمل الطبي إخلال بالتزام عقدي و إخلال بالتزام قانوني ، و 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 ؟

الفقرة الأولى : عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين في الجراحة التجميلية

إن الجمع بين قواعد المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية غير جائزة حتى و لو توافر في العمل الواحد شروط المسؤوليتين ، كأن يتفق المريض مع طبيب تجميل في عيادته الخاصة و يجري العملية الجراحية في مستشفى حكومي [2] ، و السبب راجع للفروق الكثيرة الموجودة بينهما فلكل نظام دائرته الخاصة به ، مما يجعل قيام العقد بين المريض و الطبيب حاجبا لقيام المسؤولية التقصيرية [3] ، و على ذلك لا يجوز للدائن أن يجمع بين المسؤوليتين ، بمعنى أن يطالب بتعويضين تعويض على أساس المسؤولية العقدية ، و آخر على أساس المسؤولية التقصيرية ، لأن الضرر واحد لا يجوز تعويضه مرتين [4] ، كما لا يجوز له أن يجمع بين مزايا المسؤوليتين فيأخذ من كل منهما ما يتفق و مصلحته في الدعوى ، و هذا غير مستساغ لأن كل من دعوى التعويض العقدية و دعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها ، و الدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين ، أما الدعوى التي يختلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهي ليست بالدعوى العقدية و لا بالدعوى التقصيرية بل هي دعوى ثالثة لا يعرفها القانون [5] .

1 - أنظر : الديناصوري (عز الدين) ، الشواربي (عبد الحميد)، المرجع السابق، ص 1411.
2 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 102.
3 - أنظر : رايس (محمد) ، المرجع السابق، ص 398.
4 - أنظر : بلحاج (العربي) ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 33.
5 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول،المرجع السابق، ص 625.

لا يجوز للمريض أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية فإن خسرها يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية أو العكس ، لأن الفقه - على عكس القضاء الفرنسي - مجمع على أن قوة الشيء المقضي فيه يحول دون ذلك[1] ، و لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين حتى بهذا المعنى[2] .

الفقرة الثانية : عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين في الجراحة التجميلية

إذا كان من المتفق عليه عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية فهل يجوز للدائن أن يختار من المسؤوليتين تلك التي تكون أكثر اتفاقا مع مصلحته ؟ ، و إذا اختارها تقيد بها فلا يستطيع بعد ذلك أن يلجأ إلى الأخرى حتى و لو خسر الدعوى التي اختارها من قبل ؟

انقسم الفقه و القضاء في هذه المسألة إلى فريقين ، الأول يرى أن للدائن أن يختار بين الدعويين و ذلك على أساس أن شروط كل من الدعويين قد توافرت [3] ، و منطق القانون يقضي بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز أن ترفع ، و هنا توافرت شروط المسؤولية العقدية ، فإذا اختارها الدائن جاز له رفعها ، و توافرت كذلك شروط المسؤولية التقصيرية فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا آثرها على الدعوى الأولى[4] ، أما الفريق الثاني فيذهب إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين لأن قواعد المسؤولية العقدية تجب قواعد المسؤولية التقصيرية [5] ، و ذلك أن الدائن لم يعرف مدينه إلا عن طريق العقد ، فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد ، و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 106 و المادة 107 من القانون المدني ، حيث يقر بمبدأ القوة الملزمة للعقد ، فمتى توافرت شروط المسؤولية العقدية فإن المضرور لا يستطيع التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية حتى و لو كانت في مصلحته[6] .

لقد استقر القضاء الفرنسي أيضا على عدم الخيرة بين المسؤوليتين ، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية رفض ما أثاره المريض من إمكانية التمسك ضد الطبيب بالفقرة الأولى من المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي ليتفادى ما عليه من عبء إثبات عدم التبصير أو الإهمال [7] غير أن هناك

1 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 102.
2 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 626 .
3 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 103.
4 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 626 .
5- أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 103.
6 - أنظر : بلحاج (العربي) ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 37.
7 - أنظر قرار محكمة النقض الفرنسي، صادر في 27 ماي 1940، أشار إليه : بلحاج (العربي) ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 39.

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

الحالة الأولى :

إذا كان العقد الطبي ابتدأ و انتهى في مستشفى حكومي ، فإن الإخلال الواقع يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية .

الحالة الثانية :

إذا كان العقد الطبي في العيادة الخاصة أو المستشفى الخاص و نفذت العملية في مستشفى حكومي ، أو أنشأت العلاقة بين الطبيب و المريض في مستشفى حكومي و أنجز العمل الطبي في العيادة الخاصة أو المستشفى الخاص ، فإن الخيرة تظهر هنا واضحة أمام المريض في اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية أو قواعد المسؤولية التقصيرية ، و يجوز له الخيرة بينهما [1] ، و في هذا الصدد ذهب القضاء المصري إلى جواز الخيرة بين المسؤوليتين [2] ، أما القضاء الجزائري ، فقد كان يأخذ بذات النظرية و قبل الخيرة بين المسؤوليتين و ذلك قبل الاستقلال ، أما موقفه بعد الاستقلال فإننا لم نعثر على ما يوضحه [3] .

المطلـب الثانـي

أركـان مسؤولية جراح التجميـل

المسؤولية الطبية لا تختلف من حيث أركانها عن المسؤولية المدنية بوجه عام ، حيث لا تتحقق إلا بتوافر أركانها الثلاثة و هي الخطأ ، الضرر و علاقة السببية [4] ، ففي المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية يجب أن تتوافر هذه الشروط ، و على من يدعي حصول ضرر له أن يثبت أن هناك خطأ قد وقع من جراح التجميل و ألحق به ضرر ، و أن الخطأ هو سبب الضرر و نشأ عنه مباشرة [5] ، فالطبيب يلتزم بموجب العقد الطبي أن يبذل في علاج المريض العناية الصادقة اليقظة في حدود الأصول الطبية المفروضة ، و يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني

1 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 103.
2 - أنظر : مرقس (سليمان) ، المرجع السابق، ص 77 .
3 - أنظر : رايس (محمد) ، المرجع السابق، ص 400.
4 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر) ، المرجع السابق، ص 157.
5 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق، ص 180.

وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول ، حيث استقرت أحكام القضاء على إخضاع الطبيب لقواعد المسؤولية العادية ، بحيث يكتفي بالخطأ الذي يرتكبه لمسائلته عنه بغير الحاجة لأن يتصف الخطأ بالجسيم ، إذ أنه لا مجال في الخطأ الطبي للتفرقة بين خطأ جسيم و خطأ يسير فيكفي أن يثبت على الطبيب خطأ لم يكن ليأتيه من أواسط الأطباء في مهنته أو تخصصه و مستواه المهني [1] ، و سنتناول في هذا المطلب ركن الخطأ (الفرع الأول) ، ثم ركن الضرر (الفرع الثاني) ، و بعده نتطرق إلى علاقة السببية بين إخلال الطبيب بالتبصير و الضرر الناتج عن ذلك (الفرع الثالث) .

الفـرع الأول
ركـن الخطـأ

إن الخطأ الطبي يأخذ تعريفه من الخطأ المهني بشكل عام ، حيث يعرف الخطأ المهني بأنه خروج الطبيب على أصول مهنته ، و عدم بذل العناية المعتادة التي يبذلها أوسط الأطباء في مجال خبرته [2] ، حيث ذهبت المحاكم أول الأمر إلى أن الطبيب لا يسأل إلا إذا خالف تلك القواعد الأولية التي يمليها حسن التبصر و سلامة الذوق ، و التي تجب مراعاتها في كل مهنة و مؤدى ذلك أنها جعلت الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم [3] ، و لقد أصبحت المسؤولية في الجراحة التجميلية تقوم على الخطأ الواجب الإثبات ، بعدما كانت في البداية قائمة على الخطأ المفترض [4] ، إلا أن العناية المطلوبة من طرف الطبيب تختلف ، إذ لا يكون خطأ الطبيب أو الجراح الاختصاصي على نطاق واسع مثل الطبيب العام ، و إنما يتحدد الخطأ في حدود الاختصاص ، كما هو الشأن بالنسبة لخطأ الجراح التجميلي باعتباره مختصا فيتطلب منه قدرا من العناية القائمة و أكثر تشديدا في التزاماته مراعاة لطبيعة هذا الاختصاص [5] ، فإذا كانت قرينة إتمام الالتزام و القيام به على وجه سليم قائمة مبدئيا لمصلحة الطبيب إلى أن يثبت المريض عكس هذا ، فإن القضاء في مجال عمليات التجميل الجراحية يميل إلى عكس هذا الاتجاه ، فيأخذ بمسؤولية الطبيب على افتراض أنه وعد المريض بنتائج طيبة و كبيرة حتى يبرر تدخله [6] ، فمعيار الخطأ بالنسبة للطبيب في الجراحة التجميلية هو معيار موضوعي 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 المخطئ

1 - أنظر : عدوي (مصطفى عبد الحميد) ، حق المريض في قبول أو رفض العلاج : دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، 1992، ص 47.
2 - أنظر : فودة (عبد الحميد) ، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 1996 ص 71 .
3 - أنظر : مرقس (سليمان)، المرجع السابق، ص 385.
4 - أنظر : رايس (محمد) ، المرجع السابق، ص 206.
5 - أنظر : بومدين (سامية) ، المرجع السابق، ص 96.
6 - أنظر : رايس (محمد) ، المرجع السابق، ص 211.

على سلوك جراح تجميل آخر إذ من غير المقبول أن يقاس خطأ جراح التجميل إلى مسلك طبيب عادي غير متخصص [1] ، و عند 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 و في الظروف المحيطة به ، مثل إجراء العملية في مكان بعيد لا توجد به معونة طبية أو زمان معين يصعب فيه العمل [2] .

خلاصة القول أن معيار الخطأ الذي استقر عليه القضاء في تحديد مسؤولية جراح التجميل يرتكز على ثلاثة أسس : الأول تقدير سلوك جراح التجميل على ضوء سلوك جراح تجميل آخر من نفس المستوى ، الثاني الظروف التي تحيط بالعمل الجراحي ، و الثالث مدى اتفاق العمل الجراحي مع تقاليد المهنة و الأصول العلمية المستقرة .

الفقرة الأولى : صور الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية

يقوم الطبيب و الجراح بأفعال يمكن وصفها بالأخطاء ، لأنها تشكل إخلالا بواجبات تقع عليه ، انطلاقا من طبيعة عمله و ما يتصف به من أبعاد إنسانية ، فتكيف على أنها أخطاء متصلة بالأخلاقيات الطبية [3] ، و تستمد من مخالفة مجموع واجبات مرتبطة بما توحيه المهنة من ثقة و ائتمان على جسد المريض و روحه ، و تتعدد الصور التي يظهر فيها الخطأ الطبي ، و أهم هذه الصور الشائعة في الجراحة التجميلية و التي يثور حولها الكثير من المشاكل هي عدم احترام إرادة المريض ، و التي يفترض فيها أن يقوم الطبيب بتبصيره و الحصول على رضائه بالعلاج ، إذ يعد الطبيب مخطئاً إذا قصر في تبصير المريض أو في الحصول على رضائه بالعلاج .

يتخذ خطأ الطبيب حين إخلاله بالحصول على رضا المريض صور متعددة ، فقد لا يقوم الطبيب بتنفيذ الالتزام أصلا أي عدم الحصول على الرضا ، أو يتأخر في تنفيذ الالتزام كالحصول على الرضا بعد القيام بالتدخل الطبي ، كما قد ينفذ الالتزام بشكل معيب كالحصول على الرضا دون تبصير

1 - أنظر : داودي (صحراء) ، المرجع السابق، ص 102.
2 - أنظر : منصور (محمد حسين)، المرجع السابق، ص 19.
3 - تسمى أيضا بالأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية Les fautes contre l`humanisem médical، أنظر : قاسم (محمد حسن)، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 139.
تعتبر أيضا أخطاء طبية متعلقة بالواجبات الأدبية ذات الطابع القانوني، والتي يرجع في تحديدها إلى الآداب والأعراف والتقاليد الطبية المعمول بها، والتي تتضمنها عادة لوائح وآداب ومواثيق شرف المهنة، منها رفض علاج المريض وعدم إعلامه بالمخاطر الناجمة عن المرض، وعدم الحصول على رضائه، أنظر : حنا (منير رياض) ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 307.

سابق ، و هذا وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية لأن نصوص قوانين الصحة خالية من هذه الأحكام [1] ، و يعتبر قيام الطبيب بعمل من الأعمال التي تحتاج إلى موافقة المريض دون الحصول عليها ، إنما يقوم بذلك على مسؤوليته ، فإذا ترتب على التدخل نتائج ضارة كان مسؤولا ، و لو أنه لم يقم بخطأ فني ، بل لمجرد قيامه بالعمل دون رضاء مسبق من المريض أو من يقوم مقامه [2] و المسؤولية التي تنشأ عن عدم الحصول على رضا المريض لا تكون سوى مدنية ، و لتحديد طبيعتها يقتضي الأمر التفرقة بين حالتي وجود العقد الطبي و انتفائه [3] ، و سوف نتعرض لهذه الصور المختلفة للخطأ على المستويين اللذين يمر بهما تنفيذ الالتزام بالتبصير و هما : التبصير و الحصول على الرضا .

المستوى الأول : الخطأ في مرحلة التبصير

يلتزم الطبيب بموجب العقد الطبي أن يبذل في علاج المريض العناية الصادقة اليقظة في حدود الأصول الطبية المفروضة ، و يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه لا يقع من طبيب في مستواه المهني ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول [4] ، و قد استقرت أحكام القضاء على إخضاع الطبيب لقواعد المسؤولية العادية ، حيث يكتفي بالخطأ الذي يرتكبه لمسائلته عنه بغير الحاجة لأن يتصف الخطأ بالجسيم ، إذ أنه في الخطأ الطبي لا مجال للتفرقة بين خطأ جسيم و آخر يسير ، فيكفي أن يثبت على الطبيب خطأ لم يكن ليأتيه طبيب في أواسط الأطباء في مهنته أو تخصصه ، و مستواه المهني [5] .

يتجاذب الالتزام بتبصير المريض اعتباران هامان ، الأول احترام مهنة الطبيب و وضع الثقة فيه بحكم علمه و خبرته ، و الثاني الاهتمام بحماية المريض و ضمان سلامته في مواجهة نشاط طبي قد يؤدي بحياته في نهاية المطاف ، خاصة إذا ما علمنا تشعب الوسائل التقنية الحديثة و وسائل العلاج و الجراحة ، و التي قد تعرض المريض لأخطار قد تكون جسيمة [6] ، كما هو الحال بالنسبة للجراحة التجميلية ، فمن هنا كان للرضا قيمة قانونية هامة ، حيث يعتبر هو الدافع لبدأ العلاج أو بالمرحلة التنفيذية في مباشرته [7] ، و بالتالي لا يعتد بهذا الرضا إلا إذا بني على وعي و إدراك من طرف المريض لنوع الجراحة التي سيخضع لها ، و تبيان مراحل العمل الطبي له و إحاطته علما بمخاطر العمل الجراحي

1 - أنظر : المعايطة (منصور عمر)، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 46.
2 - أنظر : منصور (مصطفى منصور)، المرجع السابق، ص 20.
3 - أنظر : محجوب (جابر علي)،المرجع السابق، ص 443.
4 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر) ، المرجع السابق، ص 160.
5 - أنظر : عدوي (مصطفى عبد الحميد) ، المرجع السابق، ص 46.
6 - أنظر : منتصر (سهير)، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 169.
7 - أنظر : محتسب بالله (بسام)، المرجع السابق، ص 157.

التجميلي و عواقبه و آثاره ، ذلك أن في الجراحة التجميلية ، و في غياب الهدف الإستشفائي ، تشترط المحاكم على الجراح تحت طائلة إعلان مسؤوليته ، أن يحصل على موافقة المريض الحرة و المتبصرة بشكل كامل ، و بالتالي فالجراح ملزم بأن يشرح للمريض ليس فقط الأخطار التافهة التي تحصل عادة ، بل الأخطار الصغيرة و الكبيرة و حتى الاستثنائية التي يمكن حصولها ، لذلك فخطأ الجراح التجميلي بعدم تبصير المريض بذلك يجعله مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله و لو لم يرتكب خطأ في عمله [1] .

لـم يثر الإخلال بالالتزام بالتبصيـر قبل الستينيات مـن القرن العشرين أمام القضاء و ذلك لأنه يفترض أن الطبيب كان يجري حوارا مميزا مع مريضه ، لم يكن يقبل النقاش و لا الإفشـاء ، لكـن بعد ذلك أخذ التزام الطبيب بتبصير مريضه يحتل حيزا كبيرا من عمل القضاء [2] و يعتبر الإخلال بهذا الالتزام من المسائل الهامة التي أثارت العديد من المشكلات في مجال المسؤولية الطبية ، و تم إدخاله كالتزام أخلاقي من طرف القضاء سنة 1942 [3] ، فالإخلال بواجب الإعلام يمس بالحرية الأساسية للمريض المتمثلة في رضاه بالعلاج ، و هذا مهما كانت نتيجة التدخل الطبي [4] و القاعدة هي أنه يعفي القاضي الطبيب من الالتزام بالتبصير لما يتعلق الأمر بالمخاطر الاستثنائية إلا في مجال جراحة التجميل .

فإذا باشر الطبيب العلاج بغير الحصول على رضا المريض أو لم يقم بتبصيره بمخاطر العمل الطبي المقترح ، أعتبر ذلك خطأ في حد ذاته حتى و إن لم يكن هناك خطأ طبي بالمعنى الفني فالحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بشخص صاحبها ، مما يستوجب إجازته لها و موافقته عليها لمباشرة أي فعل على جسمه ، تأييدا لهذا المعنى فقد قضت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 12 مارس 1931 بأنه : « لا خطأ على الطبيب الذي باشر عملا جراحيا سواء بهدف علاجي أو لتصحيح تشوه جسماني ، و لكن ينسب إليه الخطأ إذا لم يبصر المريض بالمخاطر التي تكتنف الجراحة » [5] .

---

1 - أنظر : كامل (رمضان جمال)، المرجع السابق، ص 121.

2 - أنظر : صالح (فواز)، المسؤولية المدنية للطبيب : دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، ص 124.

2 - أنظر :

Maillard Clotide(R), Sousset(N), Penneau(M), influence de la loi du 04 mars 2002, sur la jurisprudence récent en matière d`information du patient, Médecine & Droit, 2006, p 64.

منشور عبر الموقع الالكتروني التالي :

w.w.w.sciencedirect.com ou http://france.elsévier.com/direct/MEDDOR

3 - أنظر :

Boussard(S), comment sanctionner la violation du droit à l`usage du système de santé? Les incertitudes de la loi du 04 mars 2002 relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé, R.D.P,chronique administrative, N°01, L.G.D.J,Paris, 2004, p 202.

5 - أنظر : عدوي (مصطفى عبد الحميد) ، المرجع السابق ، ص 49 .

يشكك البعض في أهمية الرضا بالعلاج على أساس أنه لا يمكن أن يتصور ثمة علاقة بين عدم الرضا و الضرر الحادث ، فلابد أن يكون هناك خطأ في العلاج و علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الناجم عنه ، و تلك عودة إلى أن معيار مسؤولية الطبيب هو الخطأ الطبي ، و يضيف أصحاب هذا الرأي أن الرضا قد يكون عنصرا لتخفيف المسؤولية في بعض الأحوال ، كما لو قبل المريض بإجراء عملية تجميل خطرة بالرغم من نصح الطبيب له[1] .

ما يعـاب على هذا الرأي أنـه يخلط بيـن المسؤولية الناجمة عـن أخطـاء العـلاج و المسؤولية الناجمة عن عدم الحصول على رضا متبصر من المريض ، فالمسؤولية الناجمة عن أخطاء العلاج معيارها الخطأ الطبي و ما يترتب عليه من آثار تنزل بجسم المريض ، و هذه الصورة للضرر الجسدي تنعكس في بعض الحالات على الوضع الاقتصادي للمريض ، كما لو أنقصته قدرته على العمل أو أفقدته هذه القدرة أصلا ، فأفضت إلى نقصان دخله أو حرمانه منه ، أما المسؤولية الناجمة عن عدم رضا المريض أو عدم تبصيره فلا تؤسس على فكرة الخطأ الطبي ، إذ أن لكل إنسان الحق في الحياة و في سلامة جسمه و في استقراره النفسي و في احترام حياته الخاصة ، فإذا وقع اعتداء ماسا بحق من هذه الحقوق أعتبر ذلك خطأ في ذاته و نتج الضرر عن هذا المساس ، و الضرر الذي يصيب المريض –هنا- هو ضرر معنوي ناجم عن المساس بالجانب النفسي و الكيان المعنوي للمريض و بحقه في سلامة جسمه .

من هذه الوجهة فإنه لا ينظر إلى ما لحق المريض من خسارة مادية أو مصلحة اقتصادية فحسب ، و إنمـا ما ناله من خسارة معنوية أدبية ، و ما انصب عليه الضرر من شخصيته و ليس هناك ما يمنع من إمكانية قيام المسؤولية عن الضرر الأدبي في الالتزامات التعاقدية ، فإذا لم يبصر الطبيب مريضه بأخطار العلاج ، كان ذلك إخلالا منه بالتزامه ، و التزم بالتعويض الأدبي [2] حتى قبل صدور قانون 04 مارس 2002 ، كان الالتزام بالتبصير أكثر اتساعا و شدة في جراحة التجميل مقارنة بالأعمال الطبية الأخرى ، فمحكمة ليون كانت واضحة في هذا الشأن إذ جاء في قرار لها : « أن الجراح التجميلي أكثر من أي جراح آخر ، يلتزم بتبصير زبونه بكل المخاطر المتعلقة بالعملية و النتائج التي يمكن أن

1 - أنظر : سعد (أحمد محمود)، المرجع السابق، ص 330 .
2 - أنظر : عدوي (مصطفى عبد الحميد) ، المرجع السابق، ص 50-51.
2- أنظر :

تترتب عنها ، و كل الأنداب التي قد تنجم عن العملية و إمكانية تحسينها ، و هذا الالتزام لا ينته بانتهاء العمل الجراحي » [1] .

تبدو أهمية التبصير في الجراحة التجميلية ، في قيام الجراح حتى و لو لم يرتكب أي خطأ فني ، و هذا ما قضت به محكمة استئناف باريس في 29 أفريل 1968 بأن : « الطبيب الجراح يكون مسؤولاً إذا أجرى عملية جراحية لامرأة تبلغ من العمر 66 سنة بقصد إزالة الورم و التجاعيد الموجودة أسفل عينيها ، و قد فشلت العملية و نتج عنها عمى بعينها اليسرى بالرغم من أن الجراح اتبع كافة الأصول الفنية ، وقد أعتبر مع ذلك مسؤولاً لعدم تنبيه المرأة بالاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي ، حتى لو كانت هذه الاحتمالات نادرة الحدوث ، و ذلك حتى يكون هذا الشخص على العلم بالعناصر التي يمكن أن يبني عليها تقديره ، و هذا الالتزام مشدد أكثر بالنظر إلى أن التدخل لا يتمثل في تقديم علاج ، و إنما لوجود الورم و التجاعيد تحت العينين لا يسبب إزعاجا شديدا لامرأة بلغت السن 66 » .

أكدت هذا الحكم محكمة النقض في 27 جانفي 1970 باستعمالها ألفاظ لا لبس فيها كونها أعادت نفس محتوى قرار مجلس قضاء باريس [2] ، و هذا ما يؤكد أن القضاء الفرنسي مستقر و متشدد على ضرورة تبصير المريض ، لما يترتب عليه من مخاطر جراء الجراحة التجميلية [3] و هكذا يتعين على الجراح التجميلي أن يرفض إجراء العملية الجراحية ، حين يكون بمقدوره أن يعلم أو يتصور قبل إجرائها أن من شأنها التسبب بمضاعفات مضرة لا تتناسب مع ما يمكن الحصول عليه من نتائج تجميلية ، إذ عليه التزام بشرح سبب الامتناع لمريضه بوضوح ، ناصحا إياه بصرف النظر عن العمل الجراحي ، و هذا ما عبر عنه قرار محكمة استئناف مونبلييه في فرنسا حين اعتبرت أن : « البدء بعلاج تفوق سيئاته بشكل واضح تلك التي يعاني منها المريض و يريد تصحيحها ، يشكل خطأ و يتعين على الطبيب إما أن يرفض العمل الجراحي ، و إما أن يتحفظ لأبعد الحدود تجاه مريضه » [4]

Cour d`appel de Lyon , 08 Janvier 1981,«Le chirurgien esthétique est donc, plus que tout autre, tenu d`information exactement son client des risque inhérent à l`opération et des séquelles qui peuvent en substituer, notamment cicatricielles visibles inévitables avec une possibilité d`amélioration, ce devoir d`information ne cesse pas avec l`achèvement de technique opération».

أشار إليه : Harichaux Ramu(M) ، المرجع السابق ، ص 09.

2 - قرار مجلس قضاء باريس في 29 افريل 1968، قرار محكمة النقض الفرنسية في 27 جانفي 1970 أشار إليه :
Boyer Chammard(G), Monzein(P), op.cit, p 237.

3- أنظر : حومد (عبد الوهاب)، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، جوان 1981، ص 195.

4 - أنظر : خير الله (توفيق)، المرجع السابق، ص 500.

لا يمكن للجراح التجميلي التهرب من مسؤوليته عند الإخلال بالتزامه بتبصير المريض بحجة عدم علمه بهذه المخاطر وقت قيام العملية الجراحية ، فمحكمة فرساي قد وضحت هذه النقطة في قرارها الصادر بتاريخ 17 جانفي 1991 ، حيث جاء فيه : « أنه لا يمكن لجراح التجميل أن يزعم عدم علمه بهذه المخاطر ، لأنه عليه أن يعلمها بصفة طبيعة اختصاصه »[1] ، و تتلخص المعلومات المعطاة للمريض قبل العملية التجميلية ، و التي لها معايير معينة ، في ما يلي :

- أن تكون من النوع الذي يستطيع المريض فهمه بحسب نسبة و درجة استيعابه خاصة فيما يتعلق بتقنية العملية .

- أن تكون هذه المعلومات دقيقة بشكل كاف ، ذلك أن المعلومة العامة حول المخاطر و احتمالات الفشل قد تخلق لديه التباسا يزيل مخاوفه ظاهريا لتفاجئه نتيجة لا يرغبها فعلا .

- يجب أن تعطى المعلومات للمريض قبل قراره ، فهي التي ستشكل أساسا لقناعته .

- يجب أن يكون بين استشارة الطبيب و إيضاحاته و نصائحه و بين قرار المريض بإجراء العملية فترة زمنية كافية لتشكيل قناعة هذا المريض ، و يجب أن يفهم و بوضوح أن الاستعجال في مسألة الجراحة التجميلية هو بحد ذاته خطأ يصعب تبريره .

- يجب ألا يكتف الجراح التجميلي بتوضيحات تتعلق فقط بالعملية ، بل بما يتعداها كالتخدير إذا كان موضعيا أو عاما ، و من سيقوم به و الفحوصات السابقة له ، و في أي مؤسسة صحية ستتم العملية و نوع الأدوية التي ستعطى للمريض و ما إذا كانت مجازة قانونا ، و مدة التعطيل عن العمل[2] .

أما فيما يخص الوسائل و الأدوات التي سوف يستخدمها الطبيب في إجراءه للعملية الجراحية التجميلية فتبقى من اختياره وحده ، و لكن بشرط لأن تكون ضمن ما استقرت عليه أصول المهنة ، و وفقا لما توصل إليه العلم الحديث من ابتكار أحدث الأجهزة الطبية في هذا الخصوص[3] .

و من النادر أن يمتنع الطبيب كلية عن تنفيذ التزامه بتبصير المريض ، إنما الغالب أن يقوم بهذا التبصير ، و لكن الخطأ يكمن في عدم التزامه الأمانة في هذا التبصير ، إما بإخفاء بعض المعلومات عن المريض و إما بتعمد تقديم معلومات كاذبة ، و جدير بالذكر أن خطأ الطبيب و إخلاله بالالتزام بالتبصير يمكن أن يتخذ صورتين : الأولى خطأ ذو طابع سلبي ، و الثانية خطأ ذو طابع إيجابي .

الصورة الأولى : الطابع السلبي لخطأ الطبيب

1 - أنظر : حكم محكمة فرساي في 17 جانفي 1991، أشار إليه : Harichaux Ramu(M) ، المرجع السابق ، ص 09.

2 - أنظر : خير الله (توفيق)، المرجع السابق، ص 501-502.

3 - أنظر : منصور (مصطفى منصور)، المرجع السابق، ص 24.

يتخذ خطأ الطبيب طابعا سلبيا حينما يقف الطبيب موقف المتفرج من المريض ، أي أنه يلتزم الصمت ، و يجعل المريض جاهلا بما يتم القيام به من أعمال طبية على جسمه ، و هذا لا يتفق مع فكرة الثقـة التي يجب أن تسود العلاقة بين الطبيب و المريض ، فالسكوت و الكتمان للمعلومـات و البيانات رغم علـم الطبيب بهـا ستؤثر على صنع القرار و تحديد الموقف بالنسبـة للمريـض [1] و يمثل الإخفاء إحدى صور الخطأ الطبي ، لأنه يعد انتهاكًا للالتزام بالتبصير ، فإخفاء التشخيص أو إخفاء أخطار جسيمة و متوقعة للعلاج ، أو عدم البوح بالنتائج المنتظرة لهذا العلاج ، يمثل خروجًا على المسلك الذي يجب أن يلتزم به الطبيب ، و يكون لذلك خطأ يسأل عنه هذا الأخير [2] ، و يستوي في ذلك أن يكون الكتمان للمعلومات كتمانا كليا بكل ما يتصل بالمرض و العلاج ، أو أن يكون الكتمان جزئيا عندما يقدم الطبيب للمريض معلومات غير كاملة عن الحالة الصحية له ، و تطبيقا لذلك عرضت قضية على محكمة بوردو أن الطبيب عندما قام بتبصير المريضة بصورة غير كاملة ، حيث أفصح لها فقط عن البيانات المثيرة للتفاؤل بخصوص حالتها و مخاطر العلاج الذي يقترحه ، جاء قـرار المحكمـة بأن : « إخفاء البيانات و المعلومات و لو كان جزئيا يمثل خطأ يقيم مسؤولية الطبيب » [3] .

الصورة الثانية : الطابع الإيجابي لخطأ الطبيب

يظهر خطأ الطبيب في حالة عدم التزامه بواجب التبصير بشكل إيجابي عندما يقدم معلومات للمريض ، لكن هذه المعلومات و البيانات تكون كاذبة و مغلوطة و لا تعبر عن الحقيقة فعلاقة الطبيب بالمريض مؤسسة على تبادل الثقة بينهما ، و الخطأ الحاصل سيؤثر على تلك العلاقـة و يهدر الثقة مما ينعكس على مدى التعاون من أجل القضاء على المرض ، و بالرغم من نبذ الكذب من جميع الأطباء لكنهم يرون ضرورة التفرقة بين الكذب المتفائل و الكذب المتشائم ، ففي الأول يسعى الطبيب إلى طمأنة المريض و عدم ترويعه بالحقيقة المؤلمة ، و ذلك بالتقليل من خطورة التشخيص مما يجعل المريض يعتقد أن الأمر لا ينطوي على خطر جسيم [4] ، أما الثاني فيعد خطأ بالغ الخطورة حتى و إن أرتكب بحسن نية كأن يقوم الطبيب بالمبالغة في التشخيص أو يبالغ في أهمية التدخل الطبي لحمل المريض على الخضوع للعلاج المقترح [5] .

1 - أنظر : خالد (جمال أحمد)، المرجع السابق، ص 477، أنظر أيضا : الفهاد (حسام زيدان شكر) ، المرجع السابق، ص 162.
2 - أنظر : محجوب (جابر علي)، المرجع السابق، ص 432.
3 - أنظر : حكم محكمة بوردو الصادر بتاريخ 08 مارس 1965، أشار إليه : محجوب (جابر علي)، المرجع السابق، ص 468.
4 - أنظر : محجوب (جابر علي)، المرجع السابق، ص 469.
5 - أنظر : نجيدة (علي حسن)، المرجع السابق، ص 96.

الكذب برغم ما يتضمنه من رحمة فإنه يعد خطأ جسيم من جانب الطبيب ، بل وصفه بأنه نوع من أنواع الخيانة و الغدر ، و قد سار هذا الرأي على نفس المنهج من أن الثقة بين الطبيـب و المريض تتطلب أن يكون استطاعة الأول تصديق الثاني ، و هو ما لا يتحقق عندما يستخدم الطبيب الكذب كوسيلة لإقناع مرضاه [1].

المستوى الثاني : عدم الحصول على الرضا المستنير

مما لا شك فيه أنه هناك ارتباطا وثيقا بين الالتزام بالحصول على موافقة المريض الصريحة بقبول العلاج أو العملية الجراحية المزمع القيام بها ، و بين تبصيره و تنويره بكافة مخاطر العلاج التجميلي المتوقعة و غير المتوقعة ، إذ لا يمكن أن يكون الرضا الصادر من المريض كاملا إلا بعد علمه بما قد تجلبه له الجراحة و العلاج من مخاطر ، و القاعدة العامة أنه يلزم لقيام الطبيب بالعلاج و الجراحة في العمليات الجراحية الحصول على رضا المريض بذلك ، و تخلف الرضا يجعل الطبيب مخطئا و يحمله تبعة المخاطر الناشئة حتى و لو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته [2].

يقصد بالرضا المستنير أن يكون المريض عالما بحالته الصحية و بنوع الأعمال الطبية أو الجراحية التي ستجرى له و ما تنطوي عليها من نتائج و مخاطر ، فالتبصير الذي يجب إفادة المريض به هو ذلك العرض المستوفي الذي يعرض على المريض بطريقة سهلة و يسيرة ، دون الاكتفاء بالعبارات و المصطلحات الأكاديمية ذات المدلول العلمي التي لا يفهمها المريض باعتباره رجل عادي [3] ، و عدم الحصول على رضا المريض يعد خطأ يقيم مسؤولية الطبيب ، و تتجلى هذه الصورة عندما يقوم الطبيب بإجراء العلاج الطبي بالقوة أو بالحيلة و الخديعة ، دون الحصول على موافقة المريض سلبا أو إيجابا بل و حتى دون أن يكون هناك حالة استعجال أو خطر جسيم يبرر ذلك ، فالطبيب يستغل ضعف المريض أو كونه واقعا تحت التخدير لكي يجري التدخل الطبي دون الحصول على رضائه [4] ، و بهذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس بوجود خطأ من جانب الطبيب و إدانته لأنه تخطى حدود المهنة المكلف بها ، دون أن يكون هناك ضرورة ملحة تبرر ذلك [5] ، حيث قام هذا الطبيب بإخضاع المريضة إلى ثلاثة فحوص بأشعة أكس بدلا من فحص عادي بالأشعة كانت المريضة قد قبلت و وافقت عليه مما أدى إلى إصابة

1 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر) ، المرجع السابق، ص 162.
2 - أنظر : منصور (محمد حسين)، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 447.
3 - أنظر : رايس (محمد) ، المرجع السابق، ص 135.
4 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر) ، المرجع السابق، ص 163-164.
5 - أنظر : قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 17 جويلية 1936، أشار إليه : جابر محجوب على، المرجع السابق، ص 474.

المريضة بالتهاب إشعاعي بالجلد نتيجة لتعرضها للإشعاع لفترة طويلة ، فأعلنت المحكمة مسؤولية الطبيب عنه بسبب ما وقع من خطأ تمثل في عدم احترام إرادة المريض [1] .

يأخذ التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض بعدا خاصا بصدد العمليات الجراحية التجميلية ، إذ أن طبيعتها تفترض الرضا الحر و المستنير من الشخص الذي يرغب في إجرائها عليه فالجراح الذي لا يحترم حرية المريض في ظروف تسمح له بالتعبير عن إرادته و يجري له علاجا رغم إرادته يعتبر مخطئا [2] ، و تكمن أهمية الحصول على الموافقة و الرضا كونها شرطا لجواز العمل الجراحي الذي يأتي على خلاف الأصل في منع المساس بجسم الإنسان ، ذلك أن رضا المريض مظهر لحق مطلق على سلامة جسمه ، فالمريض إنسان حر و له حقوق مقدسة على جسمه ، و ليس لأحد مساس هذا الجسم دون رضاء صاحبه ، و أية مخالفة لذلك و لو بهدف صالح المريض فإنها تستوجب المسؤولية إذا ما كان بالمستطاع أخذ رأيه و الحصول على رضائه [3] ، و حجة الفقه و القضاء في ذلك أن الطبيب قد أخطأ حتما في عدم حصوله على رضا المريض ، فعلاجه أصبح عملا غير مشروع متوفر فيه عناصر الخطأ ، بحيث إذا نشأ عنه أي ضرر للمريض تحققت أركان المسؤولية بالنسبة للطبيب [4] .

لما كان الأصل في الجراحة التجميلية أنها تجرى في ظروف هادئة و متأنية و يكون المريض عادة في حالة مستقرة نفسيا و معنويا ، بل و يكون في حالة تامة من اليقظة و التبصر ، لذلك استدعى الأمر أن يحصل على رضاه المطلق بإجراء العملية الجراحية التجميلية ، فعلى الرغم من ذلك إلا أنه يجب أن نؤكد أن رضا المريض ، لا يعني أن يرفع عن الطبيب المسؤولية التي تنشأ عن خطئه في العلاج ، لأن هذه المسؤولية إن هي إلا جزاء عن الإخلال بالالتزامات بسلامة الجسم البشري فهي من النظام العام [5] ، و لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو على تخفيفها .

قد يثار تساؤلا ما حكم حصول الجراح التجميلي على موافقة مريضه للقيام بالعملية الجراحية التجميلية ، إلا أنه و أثناء العملية التجميلية تطلب الأمر قيامه بعمل جراحي آخر ؟

1 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر) ، المرجع السابق، ص 164، أنظر أيضا : جابر محجوب على، المرجع السابق، ص 477.
2 - أنظر : التونجي (عبد السلام)، المرجع السابق، ص 370.
3 - أنظر : محتسب بالله (بسام)، المرجع السابق، ص 158.
4 - أنظر : أورفلي (سمير)، المرجع السابق، ص 59.
5 - أنظر : محتسب بالله (بسام) ، المرجع السابق ، ص 163 ، أنظر أيضا : أورفلي (سمير) ، المرجع السابق ، ص 59 .

و مثال ذلك قيام الجراح التجميلي بعملية تجميل أنف المريض أخذ موافقته و رضاءه على ذلك ثم تبين أثناء العملية التجميلية وجود عيب خلقي في تركيبة عضلات الوجه ، بحيث يستوجب عليه حالا إصلاح هذه العضلات ، فما هو موقف الجراح التجميلي من ذلك ؟

لعل قيامه بإصلاحها يعد تصرفا سليما ، و لا يعد بذلك مخطئا لعدم أخذ موافقة المريض ، حيث أن هناك ضرورة لعلاج المريض ، إضافة إلى تحقيق الغاية و الهدف الذي من أجله ستجرى هذه العملية التجميلية ، بشكل عام فإن الجراح لا يكون مخطئا إن عدل في العملية و هو يجريها أو وسع في مداها في حالة وجود طارئ أو ضرورة تقتضي ذلك ، لأنه من غير المعقول أن يؤجل الطبيب إجراء العملية ليعرض المريض من جديد إلى القلق و خطر التخدير ، إلا أن اتفاق الجراح مع المريض على إجراء عملية معينة ثم قام الأول بعملية أخرى لا تدخل تحت هذا الرضا لا تستدعيها الضرورة يشكل خطأ طبي[1] ، و تحسبا لما قد يثيره عنصر الرضا من مشاكل عملية ، فإن الأطباء و خاصة أطباء الجراحة التجميلية كثيرا ما يعمدون إلى مطالبة المرضى بالتوقيع على حجة كتابية تشكل تصريحا لهم بإجراء هذه العملية .

يتضح مما سبق أن خطأ الطبيب الذي لا يحترم إرادة المريض يمكن أن يتخذ أشكالا مختلفة تبدأ من مجرد إخفاء بيان يهم المريض ، و يندرج في سلسلة الأعمال الإيجابية التي تبلغ ذروتها عندما يفرض الطبيب علاجا لا يكون المريض قد قبله و ربما يكون قد رفضه [2] .

الفقرة الثانية : إثبات الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية

تترتب المسؤولية العقدية عند الإخلال بالتزام عقدي ، في حين تنتج المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بواجب عام هو عدم الإضرار بالغير ، و حتى تترتب مسؤولية جراح التجميل لابد من إثبات خطئه [3] ، و عبء الإثبات دون شك يعتبر من أهم المسائل التي أثارت و مازالت تثير نقاشا حادا في مجال المسؤولية الطبية ، نظرا للمخاطر التي تنطوي عليها ، فالقاضي لا يستطيع أن يثبته بنفسه لأنه ليس طبيب ، فيستعين بأهل الخبرة في مهنة الطب كي يتحروا بطريقتهم عن خطأ الجراح الذي تولد عنه الضرر [4] ، و يقصد بالإثبات إظهار الحق و إقامة الحجة و الدليل و استعمال مختلف الطرق التي يمكن أن تؤدي بالتقاضي إلى الحقيقة ، أو هو الأدلة التي يقدمها الخصوم أمام القضاء لإبراز صحة مواقفهم و هي الحجج و البراهين التي يعتمدون عليها للوصول إلى الحق المطالب به ، و كيفية إثبات الخطأ تتوقف على تحديد مضمون الالتزام ، هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية ، فإذا تعلق الأمر بالتزام

1 - أنظر : منصور (محمد حسين)، الخطأ الطبي في العلاج، المرجع السابق، ص 447.
2 - أنظر : محجوب (جابر علي)، المرجع السابق، ص 478.
3 - أنظر : قزمار (نادية محمد)، المرجع السابق، ص 142.
4 - أنظر : بومدين (سامية) ، المرجع السابق، ص 138.

بتحقيق نتيجة ، كان الخطأ مفترضا بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة ، و يقع على المدين بالالتزام إذا أراد التخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي أما إذا تعلق الأمر بالالتزام ببذل عناية فإن على الدائن إثبات خطأ المدين المتمثل في التقصير أو الإهمال في بذل العناية اللازمة [1] ، إلا أن القضاء يميل في بعض الأحوال إلى إعفاء المريض من هذا العبء الثقيل ، إذ يتوجب على الطبيب إثبات وفائه بالتزاماته بمقتضى العقد الطبي ، و منها الالتزام بالتبصير و الحصول على الرضا [2] .

بالرجوع للقواعد العامة نجد نص المادة 323 من القانون المدني[3] تقضي بأنه : « على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه » ، فمن يدعي أن له حقا في ذمة غيره أن يقيم الدليل على وجوده ، و ما على الطرف الآخر إلا أن يثبت أنه تحلل منه أو أداه ، و لا يقصد بالمدعي هو من يرفع الدعوى كما يتبادر إلى الذهن غاليا ، و إنما يقصد به من يدعي شيئا يخالف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو يخالف قرينة قانونية [4] ، فالأصل إذا أن الطبيب قد قام بتبصير مريضه عن حالته الصحية ، و عن العلاج المراد إتباعه و عن الآثار المتوقعة الحدوث ، أي أنه قام بتوعيته كما تمليه عليه قواعد مهنته ، فإذا ادعى المريض عكس ذلك كان عليه إثبات ما يدعيه أي بأنه ليس على علم أو على بصيرة بما كان يستلزم معرفته [5] .

عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية :

المبدأ العام هو أن الطبيب في الجراحة التجميلية يلتزم ببذل عناية خاصة ، و يترتب على ذلك أن المريض المضرور هو المكلف بعبء الإثبات تطبيقا لقاعدة البينة على المدعي ، و أن الخصم الذي يدعي أمرا معينا عليه إقامة الدليل على ما يدعيه [6] ، و لقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الحكم حين كان يعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية و استمر في الأخذ به بعد أن اعتبرها مسؤولية عقدية [7] .

1 - أنظر : داودي (صحراء) ،المرجع السابق، ص 108.
2 - أنظر : Penneau(J), op.cit, p 40. ، المرجع السابق ، ص 40 .
3 - القانون رقم 75-58 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
4 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1952، ص 40.
5 - أنظر : أحلوش (بولحبال زينب)، المرجع السابق، ص 54.

6 - أنظر : قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص 32.
7 - لو أخذنا بعين الاعتبار الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب فإذا كانت عقدية فإن على المدين أي الطبيب عبء إثبات بأنه أنجز التزاماته التعاقدية على أحسن وجه، وإذا اعتبرناها تقصيرية فإن الإثبات يقع على عاتق الدائن أي المريض الذي

لكن ماذا عن جراحة التجميل ؟ كون هذا النوع من الالتزام لم يتفق عليه الفقهاء رغم ما أكده القضاء أنه مازال التزام ببذل عناية ، إذ هناك من الفقهاء الذين مازالوا يعتبرون التزام الجراح التجميلي هو التزام بتحقيق نتيجة ، فإذا اعتبرنا التزام الجراح كذلك ، فهذا يعني أنه إذا لم تتحقق النتيجة فلا ملجأ للجراح من المسؤولية ، فخطأه مفترض و بالتالي ما على الزبون إلا إثبات عدم تحقق الغرض من التدخل الجراحي ، و بالتالي نفترض خطأ الجراح و لا يستطيع درأ المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي ، لكن القضاء استقر على أن التزام الجراح التجميلي هو التزام ببذل عناية ، و لكن عناية خاصة نظرا لطبيعة هذه الجراحة دون أن يصل إلى درجة تحقق نتيجة ، و هنا نلمس خصوصية أخرى لهذا المجال في الإثبات ، بتخفيف عبء الإثبات على عاتق المريض ، كون أن الجراح التجميلي صحيح لا يعد زبونه بتحقيق نتيجة ، إلا أنه يعده بأن لا تكون خيبة أمل كبيرة ، و هذا في حد ذاته نتيجة نسبية [1] .

لكي يثبت المريض خطأ الجراح يجب أن يقيم البينة المناسبة على انحراف الطبيب عن الأصول الطبية المستقرة [2] ، أي أن سلوك جراح التجميل لم يكن مطابقا لسلوك جراح تجميل مثله من نفس المستوى ، و ذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به ، و له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات الممكنة و منها تقارير الخبراء و الشهود ، لأنها واقعة مادية ، و بهذا الشـأن قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 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 و الذي 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 ، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاهـا إلى الطبيب ، و يتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع و التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال » [3] ، و لقد قضت محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 28 سبتمبر 1990 بما يلي : « إن 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 و إن كان

يتعين عليه إثبات بأن المدين الطبيب قد أخل بالتزاماته القانونية لارتكاب عملا ضارا أنظر : صويلح (بوجمعة)، المرجع السابق، ص 73.

1 - أنظر : بومدين (سامية) ، المرجع السابق، ص 139.

2- أنظر : قزمار (نادية محمد)، الجراحة التجميلية،المرجع السابق، ص 142.

3 - أنظر : قرار محكمة النقض المصرية في 26 جوان 1969، أشار إليه : منصور (محمد حسين)، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 123.

الطبيب لا يعد مريضه أو المتعامل معه جراحيا بتحقيق نتيجة ، فهو يعده بأن لا تكون خيبة أمله كبيرة و هذا الوعد في حد ذاته نتيجة نسبية » [1] .

عبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة :

في الحالات التي يلتزم فيها الطبيب في الجراحة التجميلية بتحقيق نتيجة ، فإنه يكفي لإقامة مسؤوليته إثبات الالتزام الذي يقع على عاتقه بالإضافة إلى حدوث الضرر ، فالخطأ ثابت بإثبات عدم تحقق النتيجة و لا حاجة إلى إثبات إهمال الطبيب في العناية الواجبة ، أو أنـه لـم يراع أصول و قواعد المهنة الفنية و الخلقية ، أو لم يتخذ الإحتياطات اللازمة ، و يستنتج القاضي هذا الخطأ بمجرد تحققه من وقوع الضرر ذاته [2] ، و لا يستطيع الطبيب أن يدرأ المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أي إثبات أن الضرر الذي لحق المريض يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ المريض أو خطأ الغير ، فهو بذلك ينفي رابطة السببية بين فعله و الضرر الواقع للمريض [3] ، و ليس للمحكمة سلطة تقديرية في ذلك ، لأن الخطأ ذاته يكمن في عدم تحقق النتيجة ، غير أن سلطة القاضي في نسبة الخطأ إلى الجراح مقيدة بدلالتها على الخطأ دلالة واضحة لا محل للتردد بشأنها ، فإذا قام ما يفيد احتمال ترتب الضرر على عامل آخر غير الجراحة ، كان معنى ذلك أن خطأ الجراح غير ثابت أو على الأقل أنه ليس بالضرورة هو السبب في وقوع الضرر و عندئذ يلزم القاضي استبعاد هذه القرينة ، و إلا كان مخالفا لقواعد الإثبات [4] .

قد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 ماي 1951 ما يلي : « يقع على المريض عبء إثبات خطأ الطبيب في حالة الإخلال بالالتزام بالتبصير و عدم الحصول على رضائه بالتدخل الجراحي ، و هذا يطبق حتى على الجراحة التجميلية » [5] ، و أيضا ما قامت به محكمة النقض الفرنسية في 11 جانفي 1966 ، حيث نقضت قرار محكمة الاستئناف الذي أدان جراحا لأنه اعترف أنه لم يقم بتبصير مريضه بالأخطار المحتملة ، و سبب نقض القرار هو أن الجراح لا يتحمل عبء إثبات غياب أو نقص التبصير ، و لكنه يقع على المريض ، و بما أن محكمة الاستئناف حملت الجراح عبء الإثبات فإنها بذلك قد خرقت نصوص و أحكام القانون [6] ، لكن بعد استقرار القضاء على ذلك عدلت محكمة النقض الفرنسية عن قرارها السابق ، فألقت عبء إثبات هذا الالتزام على عاتق الطبيب ، و كان ذلك وفقا للحكم

1- أنظر : حكم محكمة باريس في 28 سبتمبر 1990، أشار إليه : رايس (محمد) ، المرجع السابق، ص 207.
2 - أنظر : قزمار (نادية محمد)، الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 142.
3 - أنظر : منصور (محمد حسين)، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 178.
4 - أنظر : قزمار (نادية محمد)، الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 144.
5 - أنظر : قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص 70.
6 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 11 جانفي 1966، أشار إليه : Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 110 .

الصادر بتاريخ 25 فيفري 1997 ، حيث جاء فيه : «...من يقع عليه قانونا أو اتفاقا التزاما خاصا بالتبصير ، أن يقيم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام ، حيث أن لما كان على عاتق الطبيب التزام خاص بالتبصير في مواجهة عميله فإنه يلقي على عاتقه عبء إثبات أنه نفذ هذا الالتزام » [1] .

يعلل البعض صحة اتجاه القضاء الفرنسي أن الالتزام بتبصير المريض بنتائج التدخل الجراحي يمثل التزام بتحقيق نتيجة ، فالجراح هنا يتعهد بتحقيق نتيجة معينة و هي قيامه بتبصير مريضه ، فهذا الالتزام لا يقتصر على مجرد بذل عناية في القيام به ، و هو التزام يستحيل فيه على الدائن إثبات عدم تحقق النتيجة ، و هي واقعة سلبية تعصي على الإثبات ، بعكس المدين الذي يمكنه أن يحصل على الدليل اللازم الذي يثبت وفاءه للالتزام ، الأمر الذي يدفع الأطباء إلى تدوين ملاحظاتهم و نصائحهم و شروحاتهم للمريض و أخذ توقيعه عليها كوسيلة إثبات ضرورية ، و كأساس جديد و جدي في العلاقة التعاقدية و خاصة في مجال الجراحة التجميلية [2] .

بهذا التحول القضائي أصبح عبء إثبات تبصير المريض على عاتق الجراح التجميلي و حتى بعد مجيء قانون 04 مارس 2002 أكد على التحول الذي كرسه القضاء ، و ذلك في المادة 1111 فقرة 07 ، و التي تنص على أنه : « في حالة خلاف ، فعلى المعني أو المؤسسة الصحية عبء إثبات أن التبصير قد قدم للمعني » [3] ، فالطبيب يمكنه استعمال كافة طرق الإثبات كالكتابة والقرائن و غير ذلك في سبيل إثبات التزامه بالتبصير [4] ، غير أنه في جراحة التجميل ، الكتابة تعتبر الوسيلة الفعالة لإثبات هذا الالتزام ، فجراح التجميل حتما سيؤدي إلى تكريس الكتابة باعتبارها الوسيلة الآمنة بالنسبة له لإثبات تنفيذه لهذا الالتزام ، إذ من خلال التوقيع على التقرير المفصل من طرف المريض سيتوافر لدى الجراح التجميلي الوسيلة الأكيدة لتفادي المنازعة بشأن الإخلال بهذا الالتـزام إذ حكم على هذا النوع من الجراحة ، بوجود رسالة موقعة من طرف المريض يشهد على أن الطبيب تم تنفيذ التزامه بالتبصير [5] .

من جانب القاضي كثيرا ما يستعين في هذا المجال بالخبرة الطبية كوسيلة للإثبات القضائي و إن كان هذا القرار الصادر عن الخبير غير ملزم له ، إلا أنها وسيلة هامة فـي الإثبـات و دليل يستعين به ،

1 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية في 25 فيفري 1997 ، أشار إليه : Welshe(S) ، المرجع السابق ، ص 65 ، أنظر أيضا : خير الله (توفيق)، المرجع السابق، ص 502.
2 - أنظر : منصور (محمد حسين)، الخطأ الطبي في العلاج، ص 447، أنظر أيضا : خير الله (توفيق)، المرجع السابق، ص 502.
3 - أنظر : بومدين (سامية) ، المرجع السابق، ص 141.
4 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 318.
4 - أنظر : Harichaux Ramu(M) ، المرجع السابق ، ص 10 .

و حتى تتأكد المحكمة من تبصير الطبيب للمريض يجب على الخبير أن يقوم بإعداد تقرير فني حول محتوى و قيمة المعلومات التي تحصل عليها المريض ، و لكن من الناحية العملية غالبا ما يكون العلاج مبنيا بين الطبيب و المريض على شكل شفوي ، الأمر الذي يصعب من مهمة الخبير في التعرف على مدى حصول المريض على التبصير اللازم ، و من جهة أخرى إذا قدم الطبيب الدليل الكتابي على تنفيذ واجب التبصير ، فإنه يقع على المريض عبء إثبات عكس ذلك بحكم امتلاك الطبيب لوثيقة الرضا ، إلا أن القضاء الجزائري ليس لديه سوابق قضائية حول هذا الموضوع و لكن 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 متابعته [1] ، و بالنسبة للقانون الجزائري فإنه لم يتناول هذه المسألة في قواعد خاصة ، و بالتالي تلقى القواعد العامة هي السارية المفعول فيما يتعلق بالإثبات [2] ، أي أن عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير يقع على عاتق المريض ، و له أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات المخولة له قانونا .

في مجال الجراحة التجميلية يبقى التبصير ينطبق عليه ذات الأمر ، أي أن المشرع الجزائري لم ينظمه هو الآخر بأحكام خاصة به ، كما أنه لم يعرف الالتزام بالتبصير و إن كان قد أشار إليه في بعض المواد مثل المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه : « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة ، أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...» ، أما بخصوص القانون الجزائري فهو غير واضح بشأن مصدر الالتزام بالتبصير ، هل سيتبع القاضي الجزائري نظيره الفرنسي في اعتباره متولدا عن العقد و بالتالي تكون المسؤولية المترتبة هي مسؤولية عقدية ، أم يتبع نظيره المصري الذي يعتبره سابقا على إبرام العقد فتكون المسؤولية المترتبة عليه هي مسؤولية تقصيرية ، غير أنه ما يمكن ملاحظته أن المسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية فهي عديمة الأثر في القانون الطبي ، إذ في كلتا الحالتين تؤسس على خطأ الطبيب[3] .

الفقرة الثالثة : وسائــل الإثبات

إذا كان صحيحا أن الوقائع وحدها هي التي تصلح أن تكون محلا للإثبات ، فليس معنى ذلك أن كل واقعة مدعى بها يمكن السماح بإثباتها أمام القضاء ، كما أنه لا معنى للإثبات إذا كانت الوقائع ثابتة

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 195.
2 - أنظر : دغيش (أحمد) ، بولنوار (عبد الرزاق)، المرجع السابق، ص 144.
3 - أنظر : علي (علي سليمان) ، نظرية الالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص 175.

بصفة كافية أو أنه ليس فيها أي نزاع بين الخصوم ، لذلك فانه توجد بعض الشروط لقبول عرض الإثبات و هي : أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ، سواء إذا كانت الواقعة هي ذاتها مصدر كما أمام حالة الإثبات المباشر بأن ينصب الإثبات على الحق المطالب به ، أو نكون أمام حالة الإثبات غير المباشر على واقعة أجنبية طبقا لفكرة تحول الدليل ، غير أنه يتطلب أن تكون هذه الواقعة متصلة بالواقعة الأصلية اتصالا وثيقا ، فإنه يجب أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى ، و تعتبر الواقعة منتجة في الدعوى إذا كانت على فرض ثبوتها من شأنها أن تؤدي إلى قناعة القاضي ، و ذلك بأن تساعده على حل النزاع ، و قد يحصل الخلط بين كون الواقعة متصلة بالدعوى و بين كونها منتجة فيها ، فإن كل واقعة منتجة تعتبر متصلة حتما بالدعوى ، و لكن كل واقعة متصلـة قد لا تكون منتجة فيها [1] ، أما الشرط الثالث فيتمثل في وجوب كون الواقعة جائز التحقيق فيها ، و معنى ذلك أن لا يوجد في القانون ما يمنع إثبات الواقعة موضوع النزاع ، لأن المشرع قد يمنع التحقيق للإثبات ببعض الطرق دون الأخرى ، و مثال ذلك أنه يشترط لإثبات رفض المريض للعلاج وجود الكتابة ، و دليل ذلك نص المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب [2] التي تقضي بأنـه : « يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن » ، و الكتابة هنا لإثبات تحلل الطبيب من المسؤولية [3] .

و بالرجوع لأحكام 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 لإثبات حصوله على رضا المريض [4] ، كذلك يعتبر إرسال الرسائل من طرف الجراحين للمرضى على أساس أنها تحمل معلومات رغم أن مضمونها إشهاري بحت ، دليل إدانة لا يقبل إثبات العكس إذا حدثت مضاعفات ، ففي قرار محكمة استئناف باريس في 14 جانفي 1972 تم النقل الحرفي لرسالة أرسلها جراح تجميل لزبونته في حيثيات القرار ، و بذلك ربح المدعي الدعوى بفضل هذه الرسالة [5] .

الفـرع الثانـي

ركـن الضـــرر

1 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني في الإثبات، المرجع السابق، ص 42.
2 - أنظر : المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
3 - أنظر : أحلوش (بولحبال زينب)،المرجع السابق، ص 56.
4 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 196.
5 - أنظر : Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 112 .

يقال عادة لا مسؤولية دون ضرر ، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية ، أما في المسؤولية العقدية فهناك من يرى أن مجرد الإخلال بالالتزام يرتب التعويض دون البحث عما إذا كان هذا الإخلال قد سبب للدائن ضررا ، فالمسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية تقوم على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر ، و الضرر بوجه عام هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه ، أو في مصلحة مشروعة له ، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أم لا [1] ، إذ يعد الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به [2] ، و يعتبر الضرر ركنا أساسيا لقيام مسؤولية الطبيب ، فلا محل لتعويض المريض ما لم يثبت أن هذا الضرر قد ألحق به ضررا ما [3] ، و الضرر قد يكون ماديا ، و قد يكون معنويا فصورتا الضرر يمكن المطالبة بالتعويض عنهما ، فهل يمكن المطالبة بالتعويض عن نوعي الضرر عند إخلال الجراح التجميلي بالتزامه باحترام إرادة المريض ؟ و هل يمكن الحصول على تعويض عما لحق المريض من ضرر مادي أو معنوي ؟

الفقرة الأولى : الضرر المادي (الجسماني)

لا تقوم المسؤولية المدنية ما لم يكن هناك ضرر يطلب ضحيته التعويض عنه [4] ، فإذا قام الطبيب بالتدخل الطبي دون إرادة المريض و أدى إلى إلحاق الأذى به فهنا يكون الضرر واضحا و ليس على المريض إلا المطالبة بالتعويض جراء ما لحق به من ضرر ، إذا توافرت علاقة السببية بين هذا الضرر و الخطأ الحاصل [5] ، لكن قد لا يؤدي التدخل الذي تم ضد إرادة المريض إلى نتائج ضارة بالنسبة لصحة المريض و سلامته الجسدية ، فهل يحق للمريض أن يطالب بالتعويض عن الأذى الذي لحق بسلامته الجسدية في حالة تخلف الضرر المادي ؟ بمعنى آخر هل يجوز عمل مقاصة بين الضرر الحاصل نتيجة عدم التبصير و الفائدة التي حققها العلاج ؟

1 - أنظر : مرقس (سليمان)، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، 1987، ص 552.
2 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 932.
3 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 323.
4 - أنظر : محجوب (جابر علي)، المرجع السابق، ص 445.
5 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر) ،المرجع السابق، ص 167.

الواقع أن وظيفة الطبيب هي مواجهة المرض و التصدي له ، و إذا تبادر إلى ذهنه أن الغاية تبرر الوسيلة عندما يقوم بتدخل طبي من دون احترام إرادة المريض ، واضعا نصب عينيه هدفا واحدا هو شفاء المريض من علته ، فهل يسأل عليه ؟

بهذا الصدد كان للفقه عدة آراء :

الرأي الأول :

اعتبر أن تدخل الطبيب نابع من وازع مهني و المتمثل في علاج المرضى و التصدي لجميع الأمراض ، فلا يسأل الطبيب عما قام به .

الرأي الثاني :

ذهب إلى أن التدخل الطبي قد عاد بالنفع على المريض و ذلك من خلال تحسن حالته الصحية ، و أن الطبيب لم يتسبب بضرر جسدي ، فما دام لم يتحقق الضرر فلا يسأل عن الخطأ وبالنتيجة يعفى من المسؤولية [1] .

الرأي الثالث :

الذي أيده الكثير من الفقه و جاء متماشيا مع ما أخذت به محكمة ليون ، عندما اعتبرت قيمة التعويض الذي قضت به على الطبيب ما عاد على المريضة من فائدة أو نفع نتيجة تدخله ، معلنة أنه : « لا يمكن فصل الضرر الذي حدث عن النفع الذي عاد من العمل الطبي ، فحالة المريضة في عمومها هي التي يجب أخذها في الاعتبار قبل التدخل الطبي و بعده ، و المقارنة بين الوضعين تسمح بتحديد مبلغ التعويض » [2] ، إلا أن الأستاذ سافاتيه لا يريد أن يجعل في هذا القول قاعدة عامة حينما قال : « لا يمكن للطبيب الذين يتهمه المريض بارتكاب خطأ سبب له ضررا في صحته ، بإجراء مقاصة بين الضرر و النفع العائد من علاجه ، الطبيب الذي أنقذ المريض رغم ذلك تركه بعاهة نتيجة خطئه و ليس بإمكانه أن يرفض تعويض المريض بدعوى أن إنقاذه من الموت قد أنعم عليه بنفع أسمى من الضرر الذي حدث بخطئه ، الوفاء الجزئي بالعقد الطبي لا يعفيه من تعويض الضرر الذي حدث من الخرق الجزئي لهذا العقد » [3] .

1 - أنظر : محجوب (جابر علي)، المرجع السابق، ص 448.
2 - أنظر : حكم محكمة ليون الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1952، أشار إليه : الفهاد (حسام زيدان شكر) ،المرجع السابق، ص 168.
3 - أنظر : نجيدة (علي حسن) ، المرجع السابق، ص 128.

الفقرة الثانية : الضرر الأدبي (المعنوي)

هو الضرر الذي يصيب الجسم كالآلام الناتجة عن الجروح و التشويه الذي يتركه الفعل الضار في جسم المتضرر [1] ، أي أن الضرر لا يصيب الشخص في ماله و إنما يصيبه بمصلحة غير مالية ، و لابد من توافر شروط لهذا الضرر أهمها أن يكون محققا ، و ماسا بحق المضرور [2] و يعتبر من ضمن الضرر الأدبي تفويت الفرصة ، و هو سبب للحصول على التعويض ، ذلك إذا كانت الفرصة أمرا محتملا ، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه ، و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها جاء فيه : « عندما امتنع الطبيب دون مبرر مقبول من إجراء الفحوص الإشعاعية على المريض ، و هذا الأمر ساعد على تطور المرض لديه ، و إن لم يكن قد تسبب في حدوث الضرر و لكنه أضاع فرصة على المريض في تجنب الضرر الذي يشكو منه » [3].

إذا كان من المؤكد أن التعويض الذي يحكم به في حالة تحقق المسؤولية المدنية للطبيب عن عدم احترامه إرادة المريض يشمل الضرر الجسماني الذي يلحق به ، فإن السؤال الذي يثور في الحالة التي لم يلحق فيها ضرر من هذا النوع ، عن إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن عدم التبصير منفصلا عن الضرر الجسماني ، أجابت على هذا السؤال محكمة استئناف باريس في حكم صادر عنها بتاريخ 20 فيفري 1992 ، حيث قررت بمقتضاه إلزام الطبيب بتعويض الضرر الأدبي الذي أصاب المريض نتيجة إخلال الطبيب بواجباته الإنسانية [4] ، و يتضح لنا أن القضاء قد اعترف للمرة الأولى بوجود الضرر الأدبي مستقلا عن الضرر المادي عند عدم احترام إرادة المريض من قبل الطبيب المعالج ، بهذا فقد أرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ قضائيا هاما فيما يتعلق بتعويض الضرر الناتج عن عدم تبصير المريض و الحصول على رضائه ، و لكن البعض تخوف من أن هذا المبدأ سيفتح الباب أمام المرضى لرفع دعاوى تعويض ضد الأطباء ، و لكنهم خلصوا إلى أن المحاكم الفرنسية التي اعترفت بوجود الخطأ الأدبي يجب أن تتشدد في تقديره ، لأن المسألة تدخل ضمن سلطتها التقديرية ، و بالرغم من ذلك فقد حكمت محكمة استئناف باريس في 09 فيفري 1984 ، بوجوب تعويض الضرر الأدبي بسبب عدم التبصير الكامل ، لعدم قدرة المريض على اختيار الوقت الملائم لتحمل العملية و التأهيل النفسي لتحمل البتر المترتب عليها رغم كون العملية ضرورية و لم يقع أي خطأ في تنفيذها [5].

1 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 987.
2 - أنظر : الفضل (منذر) ، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 1990، ص 6.
3 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 22 أفريل 1968، أشار إليه : منصور (محمد حسين) المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 113.
4 - أنظر : حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 20 فيفري 1992، أشار إليه : محجوب (جابر علي) المرجع السابق، ص 450.
5 - أنظر : الفهاد (حسام زيدان شكر) ،المرجع السابق، ص 182-183.

الفقرة الثالثة : الضرر المعوض في حالة الإخلال بالتبصير

إذ كان إثبات الرابطة السببية بين الخطأ الفني للطبيب و الضرر الناتج يخلف مصاعب شتى بالنسبة للمريض ، فإنها في مجال إخلال الطبيب بواجب التبصير و الضرر الحاصل عنه أكثر صعوبة ، فالقضاء الفرنسي في البداية كان يرفض أي تعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بواجب التبصير ، و ذلك بسبب أنه حتى و إن تم تبصير المريض فلا يمكن أن يتخذ مظهرا مغايرا ، و أن الضرر سوف يحدث بكل الأحوال ، هذا لعدم وجود علاقة سببية مباشرة و واضحة بين الإخلال بواجب التبصير و الضرر الذي حدث [1] ، لكن بصدور قرارات في هذا الشأن بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم تبصير الطبيب بمخاطر العملية ، ليس لأنه له علاقة مباشرة بالضرر ، و إنما فقط على تفويت فرصة تجنب الخطر الذي تحقق فعلا ، و هذا يعني أن التعويض في هذه الحالة يكون جزئيا من الضرر الكامل ، لأن عدم الالتزام بواجب التبصير ليس السبب المباشر لوقوع الحادث و إنما فقط عرض المربض إليه .

لقد وسعت محكمة النقض الفرنسية من مجال التعويض عن الخطأ الطبي استنادا إلى فكرة تفويت الفرصة ، و تنطلق هذه الفكرة من خطأ ثبت على الطبيب و من ثمة انتقص من فرصة شفاء المريض أو بقائه على قيد الحياة ، على أن ذلك لا يستتبع تعويضا كاملا إنما مجرد تعويض جزئي [2] فما المقصود بتفويت الفرصة ؟

المقصود بتفويت الفرصة ، هو فوات فرصة الكسب على المدعي باعتبار أن هذا الكسب يشكل حدثا سعيدا مرغوب فيه ، و الذي يتمثل في تحقيق غنم أو استبعاد غرم ، أي تحقيق الكسب أو تجنب الخسارة [3] ، و يعرفها جان لوك أوبير بقوله : « الفرصة التي يبرر ضياعها على المضرور تعويضا له هي احتمال حدوث عاقبة سعيدة تتمثل في البرء أو تحسن الحال ، فهذه الفرصة تمثل حساب الاحتمال فهي ليست في حد ذاتها سوى نسبة مئوية مجردة » [4] ، مضمون تفويت الفرصة إذن أنه كان أمرا محتملا و الطبيب غير ملزم بالشفاء ، إلا أن وقوع الخطأ يعتبر قد فوت فرصة على المريض و هو الأمر الذي جاء من أجله إلى الطبيب ، و هو أمر محقق وقع للمريض و هذا يعتبر ضررا يعوض عنه ،

1 - أنظر : Rouge(M), Sousset(N), Penneau(M) ، المرجع السابق ، ص 67 .
2 - أنظر : الشوا (محمد سامي) ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص 435.
3 - أنظر : الحسين (شمس الدين) ، تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية: من فكرة إلى فكرة، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، 2003-2004، ص 130.
4 - أنظر : جان لوك أوبير: Jean Luc Aubert، ملاحظات تحت نقض مدني فرنسي في 07 جوان 1989، دالوز 1991، مختصر رقم 323، نقلا عن : الحسين (شمس الدين) ، تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية، المرجع السابق ص 130.

و الأمر يكون أكثر شدة عندما تكون حالة المريض تبعث على الاطمئنان و لا يعاني من أي أمراض كما هو الشأن في الجراحة التجميلية ، فخطأ الطبيب إذن يفوت فرصة الشفاء على المريض ، فالضرر المحقق هنا هو تفويت الفرصة ذاتها ، إذ أن هذا التفويت قطع على المريض كل أمل في تحقيق الكسب الاحتمالي و انتهاز فرصة الشفاء [1] .

فكرة مبدأ التعويض عن تفويت الفرصة كأحد عناصر التعويض ، يعتبر من قبل التشدد في المسؤولية الطبية ، انطلاقا من الرغبة في سلامة المرضى و منحهم قدرا أكبر من الحماية بتخفيف عبء الإثبات عليهم ، خاصة في حالات التدخل الجراحي الذي يتعذر فيه إثبات رابطة السببية و استنادا على ما تم تحقيقه من تقدم طبي هائل ، خاصة في الجراحة التجميلية [2] ، و الواقع أن إعمال فكرة تفويت الفرصة في مجال مسؤولية الطبيب ليست بمنأى عن الجدل خاصة و أن القضاء الفرنسي كان فيما انتهى إليه ، قد أدخل في حسابه عنصر الاحتمال عند تقدير تفويت الفرصة [3] ، غير أن القضاء لم يستقر على موقف واحد ، إذ هناك قرارات أخذت بالتعويض الكامل على الإخلال بواجب التبصير و اعتبرت الطبيب مسؤولا على كل الأضرار التي حدثت ، كما نجد قرارات أخرى حكم على الإخلال بالتبصير في حدود تفويت فرصة رفض التدخل لو لم يتم تبصيره ، و ليس على أساس الضرر النهائي ، أي اعتبرت تفويت الفرصة ضرر يختلف عن الأضرار الجسدية الناتجة عن العملية [4] ، أما الفقهاء يرون أنه لا بد من التعويض الكامل للمريض بسبب الإخلال بواجب التبصير و على رأسهم الفقيه رجبو Rajbout ، إذ أن إثبات علاقة السببية بشأن الإخلال بواجب التبصير يجب بحثها في مجال تحمل الأخطاء المرتبطة بالتدخل الطبي المقترح ، فالالتزام باحترام إرادة المريض لا تتعلق باحترام حق مجرد لدى هذا الأخير ، بقدر ما يتعلق بتمكينه من الاختيار بين التدخل المقترح و ما يتضمنه من مخاطر ، و بين التطور الطبيعي لمرضه .

إن تدخل الجراح دون موافقة المريض ، يكون قد حرم هذا الأخير من الاختيار مما ينتج عنه تحمل الطبيب لكل النتائج الضارة الناتجة عن تدخله [5] ، لكن جاءت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 20 جوان 2000 ، التي أكدت أنه يتعين على القاضي الأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمريض

1 - أنظر : جابر (أشرف) ، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، مطبعة دار النهضة العربية، 1999، ص 140.
2 - أنظر : حنا (منير رياض) ، المرجع السابق ، ص 490، أنظر أيضا : جابر (أشرف) ، المرجع السابق، ص 141.
3 - أنظر : عدوي (مصطفى عبد الحميد) ، المرجع السابق، ص 48 .
1- أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 338 ، أنظر أيضا : Chadli(Ali), l´information du malade á l´hopital ، المرجع السابق ، ص 05 .
2- أنظر : Penneau(J) المرجع السابق ، ص 13 .
3- قرار محكمة النقض الفرنسية في 25 فيفري 1997، أشار إليه : Welshe Sylvie ، المرجع السابق ، ص 95 .

، و تطوراته المحتملة و شخصيته و دواعي اللجوء إلى العلاج ذي الخطورة و كذا طبيعة هذه الكشوف و العلاج و المخاطر ، و التأثير الذي يكون على رضائه أو رفضه لو تم تبصيره بها [1] ، بناء على ذلك ، يرى البعض و على رأسهم Jeane Penneau ، بأن القضاء يفرق في مجال التعويض عن الأضرار المرتبطة بإخلال الطبيب بواجب التبصير بين حالتين : عندما يكون التدخل الطبي ضروري ، و عندما يكون التدخل الطبي غير ضروري [2] .

الحالة الأولى :

عندما يكون التدخل ضروري لصحة المريض لا يمكن الاستغناء عن التعويض وبغياب أي خطأ فني من قبل الطبيب ، لا يمكن أن يعوض إلا الضرر المعنوي ، إذ يرى Jeane Penneau أنه من الصعب افتراض أن الضرر الناتج عن التدخل له علاقة مع عدم تبصير المريض فباعتبار أن العملية لازمة لصحة المريض ، فهنا حتى و إن تم تبصيره بكل المخاطر ، فسوف يرضخ و يسلم أمره للقيام بالعملية ، للتخفيف من الألم أو أملا في شفائه ، و بالتالي عدم التبصير لا يعتبر سببا للتعويض .

بافتراض أن الجراح لم يرتكب أي خطأ فني ، فهنا نستبعد مسؤولية الجراح ، إلا أنه قد نجد في هذا الشأن ضررين يستوجبان التعويض و هما :

- الضرر المعنوي ، و ذلك لوجود المريض في حالة لو تم تبصيره لهيأ نفسه لمثل هذا الضرر .
- الضرر المادي ، في حالة ما إذا أثبت المريض أنه لو تم تبصيره باحتمال وقوع عجز مؤقت مثلا لتمكن من اختيار أن يجري العملية في وقت آخر بشكل لا يؤثر كثيرا على حياته المهنية ، و يوصف هذا الضرر بضرر عدم التحضير أو الاستعداد ، و هذه النظرية لم يتم إثارتها أمام المحاكم ، و على هذا لم يعترف بها القضاء بعد .

الحالة الثانية :

عندما يكون التدخل الطبي غير ضروري ، إذ تعتبر عمليات تكميلية ، فالإخلال بالتبصير الذي حرم المريض من اتخاذ القرار المناسب ، لا بد أن يعوض تعويضا كاملا ، إذ يعتبر في هذه الحالة السبب المباشر للضرر الذي وقع ، فلو تم تبصيره بأخطار العملية فقد يتمكن من أخذ قرار عدم قبول إجرائها ، خاصة إذا ما كانت لديه خيارات أخرى للعلاج بدلا من العملية الجراحية [3] .

---

1 - أنظر : Penneau(J) ، المرجع السابق ، ص 36 .
1 - أنظر : Penneau(J) المرجع السابق ، ص 35 .

بالتالـي الحالة الثانية تطبق على عمليات جراحة التجميل ، كون العملية كمالية فله خيارات أخرى للتجميل بدلا من اللجوء إلى الجراحة ، لذا الالتزام بالتبصير ذو أهمية معتبرة في الجراحة التجميليـة و الإخلال به يعتبر السبب المباشر في إحداث الضرر و يستلزم تعويضا كاملا و شاملا ، و يتضح تشديد القضاء فـي هـذا المجـال ، وفـق ما جاء بـه قرار محكمـة استئنـاف ديجـون فـي 25 سبتمبر 1998 [1] ، و بالتوازي محكمـة استئنـاف بوردو فصلـت بعـد الطعـن بالنقـض مـن طرف مجلس الدولـة ، التي اعتبرت وفق القرار الصـادر بتاريخ 17 نوفمبر 1998 ، في إطار الخطأ الناتج عـن الإخـلال بالتبصيـر : « أن الخطـأ المنسوب إلـى الجـراح يجب أن ينظـر في مثـل هـذه الأحـوال كالسبـب المبـاشر لحـدوث الضرر الناتـج عـن التشوهـات التي أصيـب بها المعني » [2] ، بناء على ذلك ، هناك قرار حديث عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 جوان 2000 جاء فيه : « أنه على المريض الذي يطالب بالتعويض عن الإخلال بالتبصير أن يثبت أنه كان سيتخذ قرارا مغايـرا لو تم فعلا تبصيـره قبل مباشرة العلاج » و للتأكيد على ذلك أضافت المحكمة أنه : « يتعين على القضاة الأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمريض قبل التدخل الطبي...العلاج و المخاطر » ، فهذا يعني أن القضاء فرق في مجال التعويض عن الأضرار المرتبة عن الإخلال بالتبصير ، بين التدخلات الطبية التي لا غنى عنها بالنسبة لصحة المريض ، و تلك التي لا تتميز بهذه الخاصية [3] ، كما هو في مجال جراحة التجميل .

فنجد هنا أن ما يثار ليس حول تقدير الضرر الناتج عن احتمال تفويت الفرصة ، إنما هو إيجاد حل لمشكلة السببية ، فيتضمن الأمر هنا معرفة إذا كان الخطأ الناتج عن الإخلال بواجب التبصير لعب دور السببية في الضرر النهائي ، فإذا حكم القاضي بالإيجاب أي أن عدم التبصير لعب دور السببية في الضرر النهائي ، فالتعويض يكون كاملا ، و هذا ما أكدته محكمة باريس في مجال جراحة التجميل عن عدم تبصير الجراح التجميلي زبونه بكل المخاطر التي قد تترتب عـن العمليـة و الذي يسبب هذا الإخلال للزبون ضرر مباشر و أكيد ، الـذي يكون بصورة تفويت فرصة التدخـل و بالتالي تجنب الضرر الذي

2 - أنظر : قرار محكمة استئناف ديجون الصادر في 25 سبتمبر 1998 جاء فيه ما يلي :
« Il s`ensuit que le chirurgirn à manqué à son obligation d`information de sa malade des lors que cette omission est en relation de causalité directe avec le prejudice de celle-ci qui, si elle avait connu le risque n`aurait pas donné son accord en consequence, le chirurgien doit être condamné à réparer l`entire prejudice » .
أشار إليه : Welshe(Sylvie) ، المرجع السابق ، ص 93 .

1 - أنظر : قرار محكمة استئناف بوردو الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1998 جاء فيه ما يلي :
« Dans le cadre d`un défaut fautif d`information, que la faute, amputable au chirurgien de NÎMES, doit, dans ces conditions, être regardée comme la cause directe du préjudice résultant des cicatrices dont est atteinte l`intéressée »
أشار إليه : Welshe(Sylvie) ، المرجع السابق ، ص 93 .
3 - أنظر : مأمون (عبد الكريم) ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 335 .
3 - أنظر : Penneau(J) ، المرجع السابق ، ص 36 .

وقع [1] ، فلقد أثبت هذا القرار أن التعويض عن الإخلال بالتبصير لا يقتصر على الضرر المعنوي ، و إنما على تفويت الفرصة التي يجب أن تعوض كاملا ، علما أن لتقدير تفويت فرصة التخلص من الخطر الذي وقع ، فإن القاضي يأخذ بعين الاعتبار كل جوانب الحالة و منها ضرورة التدخل ، مدى تردد الخطر و الفوائد المنتظرة من العلاج [2] ، لكن في القرارات الصادرة حديثا حددت التعويض في الإخلال بالالتزام بالتبصير بنسبة الفرصة الضائعة فقط ، إذ نجد في قرار محكمة استئناف تولوز الصادر في 18 فيفري 2008 ، حددت تفويت الفرصة في حدود ثلاثون بالمائة (30%)، و في قرار آخر حديث صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09 جويلية 2009 ، كذلك حددت مقدار الضرر الحاصل بسبب عدم التبصير بنسبة عشرون بالمائة (20%) فقط أي حددته بنسبة الفرصة التي أضاعها على زبونه لو تم تبصيره [3] .

الفـرع الثالـث

علاقة السببية بين إخلال الطبيب بالتبصير و الضرر الناتج عن ذلك

تحتل علاقة السببية في نطاق المسؤولية المدنية عموما و في نطاق المسؤولية الطبية خاصة أهمية كبيرة ، إذ دون توافرها بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب و الضرر الذي لحق المريض تنتفي كل مسؤولية ، إن اشتراط هذه العلاقة السببية مفهوم بداهة ، لأنه لا يسوغ عقلا و لا منطقا مسائلة الشخص عن واقعة سيئة أعقبت سلوكه إلا إذا كان هذا السلوك سببا في حدوثها ، صحيح أن علاقة السببية ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس ، و إنما هي رابطة يستنتجها القاضي من الظروف التي يستخلص منها القرائن الدالة على توافرها ، كما أن ركن علاقة السببية أساسي في المسؤولية الطبية ، فهي جوهرها فالطبيب الذي يقع منه الخطأ أو الفعل الضار ، و يحدث ضررا للمريض يجب أن يكون بين هذا الخطأ و ذاك الضرر رابطة سببية حتى تتحقق مسؤوليته ، لهذا فإنها ركن مستقل و قائم بذاته إذا انتفى انتفت معه مسؤولية الطبيب حتى و لو ارتكب هذا الأخير خطأ ما ، فقد يخطأ كما لو أهمل واجب الالتزام بالتبصير مما اندفع المريض إلى الإقدام على العلاج و هو جاهل ما يدور حول حالته الصحية ، فالضرر الذي قد يصاب به نتيجة تقصير الطبيب في تزويده بالمعلومات الضرورية هو خطأ منه يستوجب مسائلته ، لكن لابد من وجود علاقة السببية ، و لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية أن يرتكب خطأ

---

1 - أنظر :
Boussard (Sabine), comment sanctionner la violation du droit à l`usage du système de santé?, op.cit, p 98.

3 - أنظر : بومدين (سامية) ، المرجع السابق، ص 173.

أثناء مزاولته لعمله ، و لكن يجب أن يسبب هذا الخطأ ضررا يلحق بالمريض ، و أن توجد علاقة بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب و الضرر الذي أصاب المريض ، و هي ما يعبر عنها بالعلاقة السببية [1] .

غير أنه يصعب تحديد علاقة السببية في نطاق المسؤولية الطبية بالنظر إلى تعقيدات الجسم وتغير خصائصه و عدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى المضاعفات الظاهرة ، فقد تعود أسباب الضرر الحاصل إلى عوامل بعيدة أو غير ظاهرة ترجع لتركيبة جسم المريض ، و هو الأمر الذي يصعب معه معرفتها أو الوقوف على حقيقتها [2] ، فإذا كان إثبات علاقة السببية بين الخطأ الفني للطبيب و الضرر الناتج يخلف مصاعب شتى بالنسبة للمريض ، فإن إثباتها بشأن إخلال الطبيب بالتبصير و الضرر الناتج عنه أكثر صعوبة ، حيث يتمثل الإشكال في معرفة ما إذا كان الضرر الحاصل هو نتيجة لإخلال الطبيب بالتبصير في غياب أي خطأ فني من جانب هذا الأخير [3] ، و لكن غالبا ما يكون ذلك في إطار الخبرة الطبية التي تبين هل أن الطبيب قد قام بواجبه علما كافيا ، واضحا صادقا ، و من ثمة فإن الضرر الذي وقع لا يدخل في مجال الالتزام بالتبصير ، و بالتالي لا يسأل الطبيب شيئا .

تجدر الإشارة إلى أن نقص التبصير ليس له رابطة سببية مباشرة مع الضرر النهائي اللاحق بالمريض ، هذا يعني أن الامتناع عن تبصير المريض باحتمال وقوع خطر من جراء التدخل الطبي ليس له أي دخل بالضرر اللاحق به جراء تحقق ذلك الخطر ، لذا يصعب القول بوجود تعويض كامل عنه ، و يعتقد العامة أن الضرر الذي يخلفه الإخلال بواجب التبصير للمريض يقتصر فقط على تفويت فرصة تجنب الخطر الذي عرض له و الضرر الناتج عن تحقق هذا الخطر ، و هو ما يعني انتفاء علاقة السببية بين الإخلال بالتبصير و الضرر الجسدي سببه التدخل الطبي ، و يتبع ذلك وجوب اقتصار التعويض على الضرر المعنوي [4] ، و من القرارات القضائية الحديثة التي تناولت هذا الموضوع ، قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 جوان 2000 الذي أعلنت فيه : « أنه يتعين على المريض الذي يطالب بالتعويض عن الإخلال بالتبصير ، أن يثبت أنه كان سيتخذ قرارا مغايرا لو تم فعلا تبصيره قبل مباشرة العلاج » ، و للتأكيد على ذلك أضافت المحكمة : « أنه يتعين على القضاة الأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمريض قبل التدخل الطبي ، تطوراتها المحتملة ، شخصية المريض ، دواعي اللجوء إلـى الكشف أو العلاج ذي الخطورة و كـذا طبيعة هذه الكشوف ، العلاج و المخـاطر » [5] .

1 - أنظر : شيعاوي (وفاء) ، المرجع السابق، ص 15.
2 - أنظر : طاهري (حسين) ، المرجع السابق، ص 49.
3 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به،المرجع السابق، ص 331.
2 - أنظر : Penneau(J) ، المرجع السابق ، ص 183 .
5 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 جوان 2000، أشار إليه : مأمون (عبد الكريم)، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به،المرجع السابق، ص 335.

بناء على هذا القرار يرى بعض الفقهاء ، بأن القضاء الفرنسي يفرق في مجال التعويض عن الأضرار المرتبطة بإخلال الطبيب بالتبصير ، بين التدخلات التي لا غنى عنها بالنسبة لصحة المريض و تلك التي لا تتميز بهذه الخاصية[1] ، فعندما يكون التدخل الطبي ضروريا و لا يمكن الاستغناء عنه يعتقد بحتمية موافقة المريض على هذا التدخل و لو تم تبصيره بكل المخاطر و بالتالي لا وجود لأي ضرر ، باستثناء الضرر المعنوي الناجم عن عدم التبصير (تفويت فرصة تجنب الخطر) ، الذي يستحق تعويضا جزئيا ، فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بالتعويض الجزئي في قرار لها صادر بتاريخ 07 فيفري 1990 حيث جاء فيه : « الطبيب الذي يخل بالتزامه بإعلام المريض و تبصيره حول الآثار المحتملة للعلاج المقترح منه على المريض ، قد حرم هذا الأخير من فرصة اتخاذ قرار أكثر حكمة لتجنب الخطر الذي تحقق فعلا في النهاية...» [2] ، و بررت ذلك بأن إخلال الطبيب بتبصير المريض بمخاطر العلاج قد فوت عليه فقط فرصة تجنب الخطر الذي تحقق في الأخير ، و هو ما يشكل ضررا مستقلا عن الأضرار الجسدية [3] ، كما جاء في قرار صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 15 مارس 1996 : « أن الجراح قد أخل بواجب النصح لأنه لم يطلع مريضته على أخطار العلاج المنوي القيام به ما حرمها من فرصة تلافي الخطر الذي وقع أخيرا » [4]

أما في الحالات التي لا يكون فيها التدخل الطبي ضروريا ، بحيث يحرم المريض من كل اختيار نتيجة إخلال الطبيب بواجب التبصير ، فإن ذلك يوجب تعويضا كاملا عن الضرر الذي أصاب المريض ، و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 29 جوان 1999 حيث قررت أن إخلال الطبيب بتبصير المريض بخطر الإصابة بعدوى داخل المستشفى قد فوت على المريض فرصة تجنب الأضرار الناتجة عن هذه العدوى ، و من ثمة فرصة تجنب المساس بسلامته الجسدية ، و أن التعويض لا يجب أن يقتصر على الضرر المعنوي فحسب ، بل يجب أن يشمل كل ما لحق المريض

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 340.

3 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 07 فيفري 1990 جاء فيه ما يلي :

« Le praticien qui manque à son obligation d`éclairer son patient sur les consequences éventuelles du choix de celui-ci d`accepter l`operation qu`il lui propose, prive seulement l`intéressé d`une chance d`échapper, par une decision peut être plus judicieuse, au risque qui s`est finalement realize…», Cité par: Jean Penneau, op.cit, p 36, Voir aussi:ALBERT Nathalie, Obligation d'information médicale etresponsabilité, communication présenté lors du colloque sur «les nouveaux chantiers de la responsabilité»,
organisé a la faculté de droit de Paris XII-Saint-Maur, les 2et 3 mars 2000,Revue française de droit administratif, N^{O} 2, Dalloz, Paris,Mars- Avril 2003, pp 359.

3 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به،المرجع السابق، ص 336.

4 - أنظر : قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 15 مارس 1996، أشار إليه : خير الله (توفيق)، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، المرجع السابق، ص 500.

من أضرار (تعويض كامل) [1] ، تطبيقا لذلك إذا لم يقم الطبيب بتبصير المريض بمخاطر الجراحة قبل إجرائها ، ثم حدثت المخاطر دون أن ينسب إلى الجراح أي خطأ فني فلا يسأل عن الضرر الجسماني لانتفاء علاقة السببية بين خطئه بعدم التبصير و الضرر الحاصل ، إلا أنه يسأل على أساس أن عدم تبصير المريض بمخاطر الجراحة قد فوت عليه فرصة رفض الجراحة إذا علم بمخاطرها ، إذ أن عدم تبصيره كان له أثر حاسم في قبول الجراحة و بالتالي ضيع عليه فرصة رفضها و تجنب مخاطرها خاصة أن المريض يجهل بهذه الأمور و من المتعذر عليه العلم بمخاطر الجراحة ، و إنما يول في ذلك على الجراح نفسه [2] ، و في هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها يتعلق بسيدة تبلغ من العمر 66 سنة أجريت عملية لإزالة التجاعيد أسفل العين ، و لم يبصرها الطبيب بخطر الإصابة بالعمى ، و فقدت المريضة بصرها في العين اليسرى نتيجة للعملية ، و قررت المحكمة مسؤولية جراح التجميل ليس عن الضرر الجسماني ، و إنما عن الضرر المتمثل في حرمان المريضة من فرصة اتخاذ قرار برفض الجراحة فيما لو علمت بمخاطرها [3] .

يرى الأستاذ Michel Penneau أنه في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص التبصير والضرر اللاحق بالمريض نتيجة تحقق الخطر الناتج عن التدخل الطبي ، لابد من البحث عن الموقف العقلاني و المنطقي الذي سيتخذه المريض لو تم تزويده بكل المعلومات الضرورية ، و ذلك بالاستناد إلى المعيار المجرد للمريض العادي ، و الذي لا يختلف عن معيار الرجل العادي [4] و تجدر الإشارة إلى أن الطبيب قد ينفي عن نفسه العلاقة السببية إذا كان هناك سبب أجنبي و المتمثل في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة ، أو خطأ المريض ، أو خطأ الغير ، و يشترط في القوة القاهرة عدم إمكان توقعها واستحالة دفعها .

يقع على القاضي في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص التبصير و الضرر النهائي إثبات أن المريض لو تم تبصيره بصفة كاملة لرفض التدخل الجراحي مثلا ، و بالتالي تجنب الضرر و نلاحظ صعوبة في إثبات ذلك ، لأن المريض في سبيل الحصول على التعويض جراء الضرر الذي أصابه ، مع قيام الطبيب بإعلامه بكافة المخاطر ، سينكر ذلك ، و يصعب على القاضي اكتشاف الكذب من جانب المريض ، و استخلاص علاقة السببية بين الخطأ و الضرر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به،المرجع السابق، ص 337.
2 - أنظر : الصباحين (سهى) وآخرون، المرجع السابق، ص 1650.
3 - أنظر : سعد (أحمد محمود)، المرجع السابق، ص 432.
3 - أنظر :
Penneau(M), Le défaut d'information en médecine (Analyse del'arrêt de la cour d'appel d'Angers, 11 septembre 1998),Dalloz, n°3, 1999, p 50.

الموضوع ، و لا رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا إلا بالقدر الذي يكون فيه استخلاصه غير سائغ [1] .

المبحث الثانـي

آثار مسؤولية جراح التجميل عن الإخلال بالالتزام بالتبصير

غني عن التعريف بأن المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالتبصير بنوعيها المسؤولية العقدية و التي تقوم على الإخلال بالتزام عقدي ، و المسؤولية التقصيرية و هي الإخلال بالتزام قانوني ، و لا شك أن الإخلال بالالتزام بالتبصير يمنع المريض من فرصة حاسمة من خلال القرار الفاصل الذي يمكنه اتخاذه لو تم إبلاغه في الوقت المناسب ، سواء برفضه للعلاج أو بقبوله له ، ففي حالة الرفض يمكن أن يجنب نفسه أخطار كبيرة ، أما في حالة القبول فيكون قد وضع حدا لآلامه ، و عليه فإن القرار الذي اتخذه و كان معيبا نتيجة لعدم التبصير أو التبصير الناقص سيرتب مسؤولية الطبيب الذي يتحمل مغبة تقصيره أمام الواجب الملقى على عاتقه ، و ما يكون للمريض سوى التمسك بهذه المسؤولية باعتبار أن رضاءه لم يكن على بينة من أمره ، و لا يأتي ذلك إلا بإثبات هذا التقصير إذ الإثبات هو الذي يخول الحق في قيام المسؤولية من عدمها .

يمكن تعريف الإثبات بأنه : « إقامة الدليل أمام القضاء بطرق محددة في القانون على واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها » [2] ، و من هنا يتضح أهمية الإثبات فالقاضي يطبق هذه القواعد بما له من سلطة تقديرية و لا يستطيع أن يقضي بالحق المدعي به إلا إذا ثبت الدليل الذي رتبه القانون له ، و سوف نتطرق في هذا المبحث إلى عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير (المطلب الأول) ، ثم تعويض المريض عن الإخلال بالالتزام بالتبصير (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير

1 - أنظر : بلحاج (العربي) ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 216 أنظر أيضا : عدلي خليل ، الموسوعة القانونية في المهن الطبية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة مصر، 1989 ، ص 144 .

2 - أنظر : رشدي (محمد السعيد) ، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، النسر الذهبي للطباعة، ص 08.

إن الطبيب بصفته مهني يفرض عليه واجب تبصير المريض قبل أي تدخل طبي ، فإذا قصر الطبيب أو الجراح في واجبه في التبصير تقوم مسؤوليته ، و لكي تتم مساءلته يجب أن يثبت هذا الإخلال بالتبصير ، لذلك سوف نقوم بدراسة عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير في القانون الجزائري (الفرع الأول) ، ثم عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير في القانون المقارن (الفرع الثاني) .

الفـرع الأول

عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير في القانون الجزائري

إن القانون الجزائري يخضع إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير إلى القواعد العامة لذلك سوف نوضح إمكانية إثبات هذا الإخلال وفق نظرية عيوب الرضا ، بعد ذلك نتطرق لإثباته طبقا لقواعد المسؤولية العامة .

الفقرة الأولى : إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير طبقا لنظرية عيوب الرضا

لا يمكن إباحة أي تدخل طبي إلا بعد حصول الطبيب أو الجراح على رضا المريض أو من يخولهم القانون ذلك ، و لا يكف أن يكون رضا المريض بالعلاج قد تم بعد معرفة كاملة بالمخاطر التي من الممكن أن تحدث نتيجة ذلك ، بل يجب أيضا أن تكون إرادة المريض خالية تماما من عيوب الإرادة ، و يمكن القول بأن عدم المساواة الفنية الموجودة بين الطبيب و المريض ، و الخطر المحتمل حدوثه في كل تدخل جراحي أو أي علاج طبي ، و الحالة النفسية التي يمر بها المريض ، كل هذه العوامل توضح لنا أن الرضا المعيب من جانب المريض يمكن أن تكون له تفسيرات متنوعة ، فإذا رجعنا إلى عيوب الإرادة المعروفة في إطار النظرية العامة للالتزام فإننا نلاحظ أن هذه العيوب يمكن أن تظهر لها بعض التطبيقات في مجال عقد العلاج الطبي ، و من المعروف أن الغلط هو أحد العيوب المفسدة للرضا ، وقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد من 82 إلى 85 من القانون المدني فالالتزام بالتبصير الواجب للمريض يتمثل في تزويد هذا الأخير بكل المعلومات التي تخص حالته الصحية ، و هذه المعلومات التي وجب فيها الوضوح و الصدق و الكفاية تحول دون وقوعه في الغلط لكن قد يقع المريض في غلط من تلقاء نفسه بخصوص طبيعة مرضه أو حول طريقة العلاج ، كأن يعتقد أن التدخل الجراحي هو السبيل الوحيد لشفائه و يقرر إجراء العملية ، ففي هذه الحالة لا يمكنه أن يطلب من القضاء إبطال العقد الطبي للغلط الذي وقع فيه ، و هذا الأمر يركز عليه القضاء بصورة واضحة[1] ، لكن المشرع الجزائري نص في المادة 81 من

1 - أنظر : مأمون (عبد الرشيد) ، المرجع السابق، ص 28.

القانون المدني على أنه يجوز لمن وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطال العقد ، أما المادة 82 من القانون المدني وضحت لنا الغلط الجوهري الذي يكون إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدين جوهريـة أو في ذات المتعاقد و كانت تلك الصفة أو الذات السبب في التعاقد ، فالمشرع الجزائري أخذ بالمعيار الذاتي و ترك المعيار المادي الذي كان سائدا في الفقه الفرنسي القديم [1] .

بالتالي فالطبيب الذي يخل بالتزامه المتمثل في إفادة المريض بالمعلومات الضرورية يجوز له طلب إبطال العقد للغلط ، لأن تلك المعلومات جوهرية بالنسبة له إذ لو علم بها علما كافيا نافيا للجهالة لكان يقرر مصيره بقرار سليم و واع بحيث تكون إرادته متبصرة ، و ما دام لم يبصر بها فإنه يكون قد وقع في غلط إذ لولاه ما أقدم على العلاج الطبي ، و عند طلب إبطال العقد للغلط يجوز الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ، إذ أن الضرر الناتج هو سبب لخطأ الطبيب الذي أخل بواجب تبصير المريض ، و ترفع دعوى التعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية [2] .

من جهة أخرى يعد التدليس من عيوب الإرادة المفسدة للرضا في القانون الجزائري طبقا لأحكام المادتين 86 و 87 من القانون المدني ، حيث جاء في المادة 86 أنه يجوز إبطال العقد إذا بلغت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين حدا من الجسامة بحيث لو علم بها الطرف الآخر لما أبرم العقد ، و التدليس هو استعمال طرق احتيالية أو السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة بحيث لو علم بها المريض لأحجم عن إبرام العقد الطبي ، فهو إذن يفترض قيام عنصرين : عنصر مادي و هو استعمال الحيل ، و عنصر شخصي و هو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد [3] ، إذ قد يلجأ الطبيب إلى طرق احتيالية لكي يحصل على رضا المريض ، و مثال ذلك أن يستدعي الطبيب المريض إلى عيادته بحجة عمل طبي و لكنه يقوم بإجراء التجارب عليه بهدف التأكد من فاعلية طريقة جديدة للعلاج ، و قد يكون التدليس عملا سلبيا محضا حيث يكفي مجرد الكتمان أن يكون طريقا احتياليا و إذ كان الأصل في أن الكتمان لا يعد تدليسا ، إلا أنه في بعض الأحيان يكون من الضروري بيان أمر من الأمور ، و من ثمة يلتزم المتعاقد الذي يعلم بهذا الأمر الإفضاء به فإذا لم يقم بذلك كان مرتكبا للتدليس على المتعاقد الآخر [4] .

1 - أنظر : علي (علي سليمان) ، المرجع السابق، ص 56.
2 - أنظر : خالد (جمال أحمد)، المرجع السابق، ص 454.
3 - أنظر : علي (علي سليمان) ، المرجع السابق، ص 60.
4 - أنظر : مأمون (عبد الرشيد) ، المرجع السابق، ص 36.

لقد خول القانون لمن وقع في التدليس طلب إبطال العقد و التعويض في نفس الوقت على أساس أن ممارسة الطرق الاحتيالية يشكل عمل غير مشروع ، و خطأ يستوجب المسؤولية عن الضرر الذي أصاب المريض نتيجة استعمال تلك الطرق الاحتيالية ، و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت نظرية عيوب الرضا (الغلط و التدليس) سببا لإبطال التعاقد صالحة عمليا في التعاملات المالية إلا أنها لا تصلح في المجال الطبي نظرا لخصوصية هذا العقد .

الفقرة الثانية : إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير وفقا لقواعد المسؤولية المدنية

أمام عجز نظرية عيوب الرضا عن حماية المريض عند إخلال الطبيب بواجب التبصير فإنه يتم إثبات هذا الإخلال وفقا لقواعد المسؤولية المدنية متى توافرت شروطها و عناصرها ، و على عكس ما ذهب إليه القضاء الفرنسي الذي اعتبر مسؤولية الطبيب تعاقدية كأصل عام و تقصيرية كاستثناء ، فإنه في الجزائر و كذا القضاء المصري اعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية كأصل عام و هو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 03 جويلية 1963 ، و الذي قضى بأنه لا يجوز مساءلة الطبيب في المستشفيات العامة إلا على أساس المسؤولية التقصيرية ، لأن المريض لا يختار الطبيب الذي يقوم بعلاجه ، فيكون إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير وفقا للقواعد العامة ، أي أن يثبت المريض أركان المسؤولية التقصيرية ، و هو أن يثبت خطأ الطبيب في التبصير ، و أن يثبت أن الضرر الذي أصابه نتيجة خطأ الطبيب ، و قد تكون علاقة الطبيب و المريض تعاقدية كحالة الطبيب الذي يعمل في عيادة خاصة ، ففي حالة إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير تقوم مسؤوليته العقدية ، و هو ما كرسه القضاء الفرنسي في قراره الشهير الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 .

أما في الجزائر فإن التطبيقات العملية لفكرة المسؤولية التعاقدية للطبيب عن أخطائه المهنية قليلة جدا ، و مع ذلك يبقى إبرام عقد العلاج الطبي من طرف الطبيب من الأمور التي تدخل في نشاطه المعهود ، لذا يجب أن نطبق عليه قواعد الاحتراف التي تفرضها عليه مهنته ، التي تجعله يتحمل التزامات تزيد عن المدين العادي غير المحترف ، فانطلاقا من القواعد العامة فإن إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير يقيم مسؤوليته العقدية ، و لكي تقوم المسؤولية العقدية يجب أن نكون بصدد إخلال بالتزام عقدي أي صدور خطأ من الطبيب المتمثل في إخلاله بواجب التبصير ، و أن يسبب ضرر للمريض كنتيجة لذلك الإخلال .

إن معرفة من هو مطالب بتقديم الدليل له أهمية كبيرة خاصة في النظام القضائي الجزائري القائم على حياد القاضي ، فبالتالي يقع عبء الإثبات على الخصم و إلا كان طلبه مرفوض و بما أن القضاء الجزائري ليس له سوابق في إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير نرجع للقوانين المتعلقة بالصحة و التي تؤكد على ضرورة الحصول على رضا المريض ، و تبصيره قبل أي تدخل طبـي و أنه في حالة نزاع بين الطبيب و المريض على القاضي أن يتأكد من مدى حصوله على رضا المريض قبل التدخل الطبي ، و لا يتأتى ذلك إلا بإثبات مدى الحصول على الموافقة المستنيرة من عدمها ، أما المادة 323 من القانون المدني فأقرت بأنه : « يقع على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه » ، و بالتالي يلتزم المريض بإثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير ، أما الطبيب الملزم بالتبصير فيجب أن يثبت التخلص من هذا الالتزام ، أي يثبت أنه قام بتبصير المريض على أحسن وجه .

باعتراف 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 رضـا المريـض بغض النظـر عـن الأساس الذي اعتمد في متابعته [1] و تجدر الإشارة أنه رغم وضوح هذا المبدأ إلا أنه يؤدي إلى مشاكل بسبب تعقيد المسائل التي تتعلق بالمجال الطبي ، كما أن إقناع القاضي يقوم في الحقيقة على كل الوسائل في الإثبات التي يسعى لتقديمها كل من الخصمين ، و ذلك لا يؤثر في تحديد المكلف بعبء الإثبات ، غير أن طبيعة الالتزام إذا كان ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة يؤثر في تحديد المكلف بالإثبات ، و المريض غير ملزم بإثبات التزام الطبيب بالتبصير لأن مصدر ذلك الالتزام هو القانون ، و من ثمة يكفيه إثبات قيام العلاقة الطبية عند متابعة الطبيب على إخلاله بواجب التبصير ، و ذلك وفقـا لمـا جاءت بـه المادة 323 من القانون المدني الجزائري [2] .

الفـرع الثانـي

عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير في القانون المقارن

إن إخلال الطبيب بالتزامه بالتبصير يشكل خطأ يقيم مسؤوليته ، و لكي يسأل هذا الأخير لابد من إثبات الإخلال بهذا الالتزام ، فعلى من يقع عبء إثبات قيام الطبيب أو عدم قيامه بالتبصير ؟
فهل يلقى على عاتق الطبيب أم المريض ؟

1 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 195.
2 - أنظر : مأمون (عبد الكريم)، المرجع السابق، ص 196.

الفقرة الأولى : إلقاء عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير على عاتق المريض

ذهب جانب من الفقه إلى أن عبء إثبات خطأ الطبيب في عدم تبصير المريض يقع على عاتق المريض ، على اعتبار أن الالتزام بالتبصير ما هو إلا جزء من الالتزامات العامة التي تفرضها قواعد المهنة على الطبيب ، و هو نفس موقف محكمة النقض الفرنسية و التي كانت إلى وقت قريب تجعل عبء إثبات الالتزام بالتبصير على عاتق المريض ، الذي يلتزم بإثبات ما يدعيه أمام القضاء طبقا للقواعد العامـة في الإثبات [1] ، و كـان ذلك منـذ صدور قرارهـا الصادر بتاريـخ 29 ماي 1951 و الذي قضت فيه بإلقاء عبء الإثبات على المريض ، و هو التزام سلبي يتمثل في عدم صدور رضا متبصر قبل التدخل الطبي ، و في قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 22 سبتمبر 1981 ، لم تؤكد مسؤولية الجراح على المضاعفات التي حدثت بفعل تدخل جراحي لشد عضلات الوجه ، و ذلك لعدم توفر الإثبات عن نقص التبصير ، ذلك أنه رغم الأهمية الكبيرة المعطاة للالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية فإن عبء الإثبات لا يمكن تحميله للطبيب الجراح [2] ، حيث يرى البعض أن تحمل المريض لعبء الإثبات ظلم و جور له ، كذلك فإن جهله لمهنة الطب يجعله في ضيق من أمره و لا يستطيع أن يتمسك بحقه تجاه الطبيب المسؤول ، مما يؤدي إلى ضيـاع حقوقـه و ذلك نظرا لخصوصية العلاقة بين الطبيب و المريض التي يسودها عدم المساواة [3] ، كما صدر في نفس السياق قرار آخر عن محكمة النقض الفرنسية و ذلك في سنة 1987 جاء فيه : « إن عدم تبصير المريض من قبل طبيبه بالعملية الجراحية و نتائجها ، يستلزم هذا من المريض إثبات ذلك لإقامة المسؤولية على الطبيب » [4] .

في هذا المقام فإن القضاء الفرنسي قد أجاز للمريض أن يثبت حقه بكافة وسائل الإثبات و ما يكون للقاضي سوى سلطته التقديرية في ثبوت التقصير من جانب الطبيب من عدمه ، أما بشأن قيام الطبيب بالتزامه بالتبصير هي مسألة تتعلق بإثبات قيام العقد ذاته و ليس إثبات الالتزامات المترتبة عنه ، و معنى ذلك أن الإثبات في هذه الحالة يتعلق بوجود العقد الطبي من عدمه [5] ، نفس الشيء بالنسبة لمحكمة النقض المصرية ، و التي صدر قرار لها بتاريخ 26 جوان 1969 الذي تضمن أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية ، فإذا لم يقم الطبيب ببذل العناية الواجبة بالتبصير فإن عبء الإثبات يقع على المريض ، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب ، فإنه يكون بذلك قد أقام قرينة

1 - أنظر : مأمون (عبد الرشيد) ، المرجع السابق، ص 51.
2 - أنظر : قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 1981، أشار إليه :
Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 110 .
3 - أنظر : قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص 63.
4 - أنظر : Penneau(J) ، المرجع السابق ، ص 44 .

1 - أنظر : قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص 69.

قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه ، و بذلك ينتقل عبء الإثبات إلى الطبيب الذي يتعين عليه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي تنفي عليه المسؤولية [1] .

الفقرة الثانية : إلقاء عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير على عاتق الطبيب

بعد استقرار دام ما يزيد على نصف قرن ، تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن قضائها الثابت بإلزام المريض بإثبات أن الطبيب قد قصر في واجب التبصير ، و أرجعته على عاتق الطبيب المدعى عليه ، و لقد كان لهذا نقطة تحول بالنسبة لعبء الإثبات ، فقد كان ذلك بمناسبة قرار هيدرول Hédreul الشهير الصادر بتاريخ 25 فيفري 1997 ، الذي جاء في فحواه أنه بإمكان الطبيب أن يبرهن على واقعة إيجابية بتبصيره للمريض بدلا من أن يبرهن المريض على واقعة سلبية تصعب عليه ، فمن خلال هذا القرار فإن محكمة النقض الفرنسية أضفت حماية للمريض المضرور و ذلك بإعفائه من عبء إثبات الواقعة التي يدعي بها جاعلة هذا العبء على الطبيب ، و بالتالي تكون قد أعفت المريض من عبء إثبات واقعة سلبية [2] ، و القضاء بإلقائه عبء الإثبات على الطبيب الأكثر قدرة على النهوض به يندرج ضمن التحولات الهامة التي شهدها القانون الفرنسي في مجال حماية الطرف الضعيف في العلاقة الطبية ، ولقد أكد هذا المبدأ العام الذي يسري على كل من يقع على عاتقه الالتزام بالتبصير ، سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق ثم طبقته على الطبيب في علاقته مع المريض .

يرى البعض أن الأساس القانوني لهذا التحول هو الفقرة الثانية من المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي ، التي تقضي بأنه من يدعي الوفاء بالتزامه أن يثبت ذلك أو يقيم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضاء التزامه ، و حسب رأي المحكمة المستند إلى هذه المادة فإن الطبيب إذا أراد أن يتبرأ من التزامه بالتبصير ، فإن عليه تقديم ما يدل على وفائه بهذا الالتزام أي تبصيره بطريقة صحيحة للمريض[3] و هذا نظرا لخصوصية الأعمال الطبية ذاتها ، تمس بالسلامـة الجسدية و التي لا تبرر أي تدخل طبي إلا بعد الحصول على الرضا المتبصر للمريض ، و بذلك يكون تبصيره شرطا لهذا التدخل فيقع على الطبيب إثبات تحقق هذا الشرط [4] ، هذا ما يدفع بجراحي التجميل إلى تدوين نصائحهم و شروحاتهم ، و أخذ توقيع المريض عليها كوسيلة إثبات ضرورية و كأساس جدي في العلاقة التعاقدية [5] ، هكذا فإن الطبيب باعتباره مدينا في العلاقة الطبية فهو المكلف بإثبات قيامه بواجب التبصير ، و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية ، غير أن الحكم لم يكن قاصرا عليها فقط إذ حتى مجلس الدولة الفرنسي قرر بدوره بمقتضى

2 - أنظر : العبيدي (زينة غانم يونس)، المرجع السابق، ص 223.
2 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق ، ص 133، أنظر أيضا : خير الله (توفيق)، المرجع السابق، ص 502.
3 - أنظر : عجاج (طلال) ، المرجع السابق، ص 133.
4 - أنظر : قاسم (محمد حسن)، المرجع السابق، ص 77.
5 - أنظر : خير الله (توفيق)، المرجع السابق، ص 502.

قرار صادر عنه بتاريخ 05 جانفي 2000 جاء فيه : « إن عبء تنفيذ الالتزام بالتبصير يقع على عاتق المستشفى العام الذي يتلقى فيه المريض العلاج » .

بالنسبة لوسائل إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير ، فقد سكت القرار السابق لمحكمة النقض الفرنسية عن تحديد الوسائل التي يملكها الطبيب من أجل إثبات تنفيذ التزامه بالتبصير ، لكن ما لبثت أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا بتاريخ 14 أكتوبر 1997 ، بينت فيه أن الطبيب غير ملزم بالدليل الكتابي لإقامة الدليل على تنفيذه لواجب التبصير ، و أنه يمكنه استعمال كافة طرق الإثبات .

الفقرة الثالثة : إثبات الالتزام بالتبصير وفق قانون 04 مارس 2002

بخصوص إثبات الالتزام بالتبصير بمقتضى هذا القانون ، فالملاحظ أنه لم يغير شيء من مجال التبصير ، الأمر الذي وضعه القضاء الفرنسي يبقى مستقرا كما هو ، غير أن هذا القانون أوجب أن يكون التزام الطبيب بتبصير مريضه شفويا ، غير أنه لا يمنعه ذلك من لجوء الطبيب إلى الكتابة لإثبات موافقة المريض على العلاج ، كما أن قانون 04 مارس 2002 لم يغير من كيفية إثبات الالتزام بالتبصير ، مما يدل ذلك على إمكانية إثباته بكافة وسائل الإثبات طبقا لقرار 14 أكتوبر 1997 و كخلاصة لما سبق أن القضاء الفرنسي قد تحول تحولا كبيرا بخصوص إثبات الالتزام بالتبصير فبعد أن كان عبء الإثبات يقع على عاتق المريض الذي يلتزم بإتيان الدليل و إقامته على الطبيب الذي لم يقم بتبصيره ، و هذا يتطلب جهدا كبيرا باعتبار أن المريض يصعب عليه إثبات الواقعة السلبية تجعله من غير استطاعته أن يقوم بذلك [1] ، لكن و حماية لمصلحة المرضى فقد نقل القضاء الفرنسي العبء على عاتق الطبيب .

المطلـب الثانـي

تعويض المريض عن الإخلال بالالتزام بالتبصير

إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية عما لحق المريض من ضرر ، فإنه يتعين على القاضي أن يلزم المتسبب في حدوث الضرر تعويض المضرور ، و هذا هو مدلول المادة 124 من القانون المدني التي تنص على أنه : « كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض » ، فإذا أخل الجراح التجميلي بالتزامه بتبصير المريض وأصاب هذا

1- أنظر : François chabas, L`obligation médicale d`information en danger, Edition juris, p 09.

الأخير ضرر من جراء ذلك ، فإن الجراح ملزم بتعويضه ، و الإخلال بالالتزام بالتبصير يكون إما إذا لم ينفذ الطبيب هذا الالتزام كاملا ، و إما نفذه على نحو غير صحيح ، و بعد إقامة الدليل على إخلال الطبيب بالالتزام بالتبصير ، يتم تعويض المريض نتيجة هذا الإخلال و سوف نتطرق إلى مفهوم التعويض (الفرع الأول) ، ثم إلى تقدير التعويض (الفرع الثاني) .

الفـرع الأول

مفهـوم التعويـض

يعرف التعويض بـأنه : « جزاء الانحراف في السلوك الذي سبب ضرر للغير يلزم المسؤول بتحمل كل نتائج هذا الانحراف بمعنى التعويض العادل » ، و يعرف أيضا على أنه : « ثمرة المسؤولية إذ هو البدل النقدي الذي يدفعه الطبيب للمريض تعويضا له عن الضرر الذي ألحق به » [1]

القاعدة العامة التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر ، تقضي بوجوب أن يكون هذا التعويض على قدر كافي لجبر الضرر ، فلا يزيد عليه و لا يقل عنه ، و الأساس في ذلك أن الغرض منه هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر الناتج بفعل الخطأ ، و لن يتحقق ذلك إلا بإعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل ، و يكون التعويض إما في صورة عينية أو في صورة نقدية .

الفقرة الأولى : التعويض العيني : La réparation en nature

التعويض العيني هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ، و ذلك كأن يأمر القاضي بعلاج المضرور على نفقة المسؤول عن الضرر [2] ، أو يأمر بإعادة إجراء الجراحة التجميلية من قبل نفس الجراح أو من غيره ، و هذا ما أكدته محكمة السين في حكمها الصادر بتاريخ 11 ماي 1965 ، حيث أكد تقرير الخبرة الطبية أن سوء نتيجة عملية إعادة تشكيل الأنف يمكن إصلاحه بعملية بسيطة و سريعة ، و عليـه فقيـام نفس الجراح أو غيره بالتدخـل التصليحـي كفيـل بإنهاء النزاع [3] .

التعويض العيني هو أفضل طريق للضمان ، و القاضي ملزم بالحكم به متى كان ممكنا و كان قد طلبه الدائن أو تقدم به المدين [4] ، و لقد ذهب المشرع الجزائري إلى تطبيق التعويض العيني و جعله كأصل عام ، إذ نص في المادة 164 من القانون المدني على أنه : « يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين

1 - أنظر : عشوش (كريم)، المرجع السابق، ص 209.
2 - أنظر : منصور (محمد حسين)، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 187.
3 - أنظر : حكم محكمة السين الصادر بتاريخ 11 ماي 1965، أشار إليه :
Rouge(D), Arbus(L), Costagliola(M) ، المرجع السابق ، ص 117 .
4 - أنظر : بلحاج (العربي) ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا » ، و عليه فلا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني ، و الطبيب الذي يخطأ في عدم تبصير المريض بكل ما يدور حول صحته و ينتج عن خطئه ضرر له ، فالقاضي هنا يلزم الطبيب بإصلاح التلف و جبر الضرر ، و نظرا لأن التعويض العيني يبدو أمرا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، لهذا فإن الغالب هو أن يكون التعويض بمقابل [1] .

الفقرة الثانية : التعويض بمقابل : La réparation pécuniaire

يعتبر التعويض بمقابل الصورة الأعم في المسؤولية المدنية خاصة المسؤولية التقصيرية أما في المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أم تقصيرية فيشمل التعويض ما فات المضرور من كسب و ما لحقه من خسارة ، و يتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي جبرا للضرر الذي لحقه ، و يلجأ القاضي للتعويض بمقابل في حالة عدم إمكان ذلك عن طريق التعويض العيني ، و يحكم به كأصل في المسؤولية التقصيرية [2] ، يتمثل التعويض في البدل النقدي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق المريض ، فكل ضرر يمكن تقويمه بالنقد حتى الضرر الأدبي ، و الأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا مجمدا يدفع للمضرور دفعة واحدة ، لكن يجوز أن يدفع بالتقسيط أو في شكل إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدة الحياة [3] ، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 132 فقرة 01 من القانون المدني التي تنص على أنه : « يعين القاضي التعويض مقسطا ، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا » .

يجب أن لا يتجاوز هذا التعويض حجم الضرر الذي أصاب المريض ، و أن لا يقل عنه كذلك و يقوم القاضي بتقدير التعويض عن الضرر الذي لحق المريض طبقا للمادة 182 من القانون المدني التي تنص على أنه : «... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...» [4] ، و يجب على القاضي أن يراعي الظروف الملابسة كجسامة الضرر ، صحة المضرور الظروف المهنية و الحالة العائلية للطبيب ، و لقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن : « التعويض يقدر بقدر الضرر فلا يزيد عنه و لا يقل عنه ، و تقدير الضرر متروك لرأي محكمة الموضوع ، لأنه يعد من المسائل الواقعية

1 - أنظر : الفضل (منذر) ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 54.
2 - أنظر : السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 1094.
3 - أنظر : بلحاج (العربي) ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 266.
4 - أنظر : الحياري (أحمد حسن عباس) ، المرجع السابق، ص 165.

التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها ، أما فيما يخص تعيين العناصر المكونة قانونا للضرر التي تدخل في حساب التعويض فتعد من المسائل القانونية تخضع لرقابة محكمة النقض » [1] .

الفـرع الثانـي
تقديـر التعويـض

الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيرا و قد لا يتيسر تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت النطق بالحكم ، و بالتالي فمن المقرر قانونا أنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب به خلال مدة زمنية معينة والمشرع الجزائري لم يترك للقاضي حرية تقدير التعويض حسب ميوله و أهوائه الشخصية ، بل حدد له معايير يسير عليها [2] ، و ضوابط تقدير التعويض قد قررتها المحكمة العليا في 07 جوان 1987 على أن : « لقاضي الموضوع تبرير جميع عناصر التعويض المدني التي تخضع لرقابة المحكمة العليا لأن تعيين العناصر المكونة قانونا للضرر تعد من المسائل القانونية ، و التعويض يجب أن لا يتجاوز حدود الضرر بمعنى يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب » [3] .

يمكن القول أن تقدير التعويض مسألة واقع تخضع لسلطة قاضي الموضوع دون معقب عليه فيجب إخضاع الضرر الناشئ عن النشاط الطبي ، و خصوصا الضرر الذي أصاب المريض نتيجة إخلال الطبيب بواجب التبصير كركن من أركان المسؤولية المدنية ، أما تكييف تلك الوقائع من حيث الأركان كونها محققة أو احتمالية ، مادية أو أدبية فهذه المسائل تخضع لرقابة المحكمة العليا أما تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا يعد من المسائل التي يخضع لها القاضي لرقابة المحكمة العليا [4] ، لكنه يلتزم بالتحقيق من حدوث الوقائع التي أثبتها المريض المضرور على الطبيب ، و له السلطة المطلقة في استنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته .

لقد وضع قانون 04 مارس 2002 نظاما خاصا للتعويض عن الحوادث الطبية و يكون ذلك دون خطأ ، و هو نظام حديث العهد في فرنسا و لعل الغرض منه يتجلى في حماية المرضى حتى لا يبقوا

1 - أنظر : قرار محكمة المقض المصرية الصادر بتاريخ 16 جانفي 1936، أشار إليه : منصور (محمد حسين) المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 184.
2 - أنظر : علي (علي سليمان) ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1984، ص 168.
3 - أنظر : الحياري (أحمد حسن عباس) ، المرجع السابق، ص 173.
4 - أنظر : طاهري (حسين) ، المرجع السابق، ص 63.

ضحايا الحوادث الطبية من غير تعويض هذا من جهة ، و من جهة أخرى أنه من غير العدل أن يتحمل الأطباء مسؤولية الحوادث الطبية ، و في مجال التعويض عن هذه الحوادث وضع القانون الجديد نظاما للتسوية الودية يتكفل به جهاز حكومي على أساس التضامن الاجتماعي ، ففي حالة وقوع ضرر للمريض من جراء حادث طبي ، يتحصل هذا الأخير على تعويض مناسب في إطار التضامن الاجتماعي ، و عليه لم يعد بإمكان الجهات القضائية مطالبة الطبيب أو المؤسسات الاستشفائية بالتعويض عن الحوادث الطبية ، و هذا يعني من جهة أخرى عودة القضاء إلى نظام المسؤولية على أساس الخطأ ، إذ على الراغب في الحصول على تعويض من الطبيب إثبات خطأ هذا الأخير بالاستناد إلى إهماله و تقصيره في العلاج ، و حتى يتمكن المضرور من الحصول على التعويض المناسب في مثل هذه الحالات و كذا حماية ممارسي المهن الطبية ، ألزم قانون 04 مارس 2002 الأطباء و جميع المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري على المسؤولية المدنية و الإدارية [1] ، مع العلم أن القانون السالف الذكر رصد عقوبة الغرامة بمبلغ 45000 أورو مع المنع من الممارسة في حالة عدم الالتزام بالتأمين .

لقد دخلت هذه القاعدة مجال التطبيق بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2002 و المتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية ، الذي حدد الفاتح من جانفي 2004 كتاريخ لبدء المتابعات القضائية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين ، و على هذا الأساس يستفيد المريض حاليا في فرنسا من نظام مزدوج للتعويض عن الأخطاء الطبية :

- التعويض عن طريق المسؤولية المدنية بالنسبة للأضرار الطبية التي يمكن إسنادها إلى خطأ الطبيب
- التعويض عن الحوادث الطبية من الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية في إطار التضامن الاجتماعي .

يمكن القول أن القضاء الفرنسي قد وجد حلا مناسبا لتعويض ضحايا الحوادث الطبية فقد ظلت محكمة النقض الفرنسية مترددة فترة طويلة من الزمن بين حماية المرضى من جهة و حماية أهل المهنة من جهة أخرى ، و أخيرا لجأت في السنوات الأخيرة إلى تعويض المرضى ضحايا الحوادث الطبية في غياب الخطأ الفني للأطباء على أساس إما الإخلال بواجب التبصير ، أو الخطأ المقدر ، أو المسؤولية دون خطأ ، غير أن هذه الحلول لم تكن مناسبة ، لأنها و إن كانت قد ساعدت المرضى في

1- أنظر : المادة 1142 فقرة 02 من القانون رقم 303-2002 (قانون 04 مارس 2002) التي تنص على ما يلي :
« Les professions de sante exerçant a titre libéral, les établissement et services de sante et toute personnes morale (autre que l`état) exerçant des activités de prévention diagnostique ou soin ainsi que les producteurs et fournisseurs de produit de sante sont tenus de souscrire une assurance destine a les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d`être engager en raison de dommages subis par des tiers et résultant d`une atteinte a la personne survenant dans le cadre d`une activité de prévention diagnostique ou soin ».

الحصول على التعويضات اللازمة ، إلا أنها لم تكن عادلة في جانب الأطباء ، فإن كان ليس من العدل ترك ضحايا الحوادث الطبية دون تعويض ، فإنه من غير العدل أيضا تعويض هؤلاء على حساب الأطباء دون ارتكابهم لأي خطأ فني ، على هذا، و تداركا للأمر تدخل المشرع الفرنسي بالقانون المتعلق بحقوق المرضى الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 لأجل تنظيم الكثير من المسائـل و منها تعويض ضحايا الحوادث الطبية ، و هو نظام مفضل و يطبق على جميع الأضرار التي إذا لم ترفع على أساس المسؤولية فإنها ترفع على أساس التضامن [1] .

ما يمكن قوله أنه طرحت بعض المشاكل حيث أن قانون 04 مارس 2002 لم يعط أجوبة على جميع الأسئلة التي تطرح في إطار المسؤولية العقدية أو التقصيرية الطبية ، و إذا كان الوضع في فرنسا قد أعطى حماية للمرضى و ذلك بمنحهم التعويض في التضامن الاجتماعي ، أي تقوم المسؤولية الطبية من دون خطأ و ذلك في مجال التعويض على الحوادث الطبية ، فإن الوضع في الجزائر مازال يشترط على المريض إثبات الخطأ في حق الطبيب حتى يتحصل على التعويض و يقيم المسؤولية الطبية على أساس الخطأ ، و القضاء الجزائري يشترط أن يكون الخطأ جسيما في حق الطبيب المخطئ ، بينما يكفي الخطأ اليسير إذا صدر من عون شبه طبي كالمساعدين الطبيين ، و عليه فإن التعويـض على الحوادث الطبية في الجزائر يقوم على مبادئ عامة من حيث إثبات المسؤوليـة و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أقر إلزامية التأمين عن المسؤولية المدنية في المجال الطبي بموجب المادتين 167 و 169 من الأمر 07-95 الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995 المتعلـق بالتأمينات [2] .

1- أنظر :

Bernard saintourens , Dalila zénnaki, l`obligation de sécurité, Bordeaux 2002, p 12.

2 - أنظر : الأمر رقم 07-95 الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 الصادرة بتاريخ 08 مارس 1995.

الخاتمة

الخاتمـــــــــــــــة

تنفرد الجراحة التجميلية عن الجراحة التقليدية في كونها جراحة ذات طبيعة مزدوجة أي تحوي جانبين ، ذلك أنها تحافظ في جانب منها على مفهوم العلاج التقليدي ، و إن كان يتطلب الأمر لممارستها وسائل خاصة تتماشى و طبيعة المرض ، بينما تخرج في الجانب الآخر منها عن هذا الأصل إلى غاية جمالية بحتة ، و هو الأمر الذي جعلها في بداية ظهورها محل استهجان و رفض في الوسط الفقهي القانوني و القضائي على حد السواء ، غير أن التطور الكبير في ميدان الطب و ما صاحبه من اتساع في مفهوم العلاج ، إضافة إلى إقحام الجانب النفسي في مثل هذه الجراحات و أسباب أخرى ، كان له الفضل في الاعتراف بمثل هذه الجراحة من قبل العديد من الدول الأجنبية و العربية ، و لعل خير مثال في تنظيم هذه المسألة هي فرنسا ، فرغم اعتراف القضاء الفرنسي بهذا النوع من العمليات الجراحية ، إلا أنه تشدد في تطبيق قواعد المسؤولية الطبية على الجراح التجميلي و ذلك لخصوصية هذه الجراحة ، و يتجلى هذا التشديد في مسالة رضا المريض بالتدخل الجراحي المقترح ، و التزام الطبيب بالحصول عليه مسبقا بعد تبصير المريض بكل ما يترتب عن العملية التجميلية من مخاطر .

يقع على عاتق الطبيب أو الجراح إحاطة المريض علمًا بطبيعة العلاج و مخاطره متى كان المريض واعيًا و مدركًا حتى يكون الرضا المستنير متبصرًا بالتدخل الطبي ، و يكون ذلك بصوره تتناسب و تتلائم مع قدراته العقلية و النفسية ، و إلا قامت مسؤوليته عن كافة النتائج الضارة المترتبة على هذا التدخل الطبي و لو لم يرتكب الطبيب أو الجراح خطأ في عمله ، و رغم أن أغلب الفقه و القضاء أكد على ضرورة تبصير المريض بصورة دقيقة تفصيلية بالنسبة للأعمال الطبية ، غير العلاجية و منها الجراحة التجميلية باعتبارها لا تهدف إلى الشفاء من مرض معين ، حيث يلتزم الطبيب الجراح فيها بتبصير المريض بجميع المخاطر المتوقعة ، و كذا المخاطر الاستثنائية الوقوع على عكس الأعمال الطبية العلاجية التي يلتزم فيها الطبيب بتبصير المريض بالمخاطر المتوقعة فقط و لكن يفضل الباحث أن يمتد واجب الالتزام بالتبصير إلى جميع المخاطر حتى الاستثنائية منها سواءً تعلق الأمر بالأعمال الطبية العلاجية أو غير العلاجية ، و لا نقصد بهذا أن يقوم الطبيب أو الجراح بتبصير المريض بكافة الأسباب الفنية التي بني عليها قراره و جميع الأمور المتعلقة بالعلاج أو الجراحة ، و إلا تحول هذا التبصير إلى

دروس في الطب ، إلا أنه يجب القول أنه إذا كانت هناك نتائـج ضارة بالمريض ، فعلى الطبيب أو الجراح أن يقـوم بتبصير المريض بها و هو ملزم بذلـك و إلا أصبح مخلا بهذا الالتزام .

فإذا أخل الطبيب أو الجراح بالتزامه بتبصير المريض تقوم مسؤوليته المدنية ، و نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أخضع مسؤولية الطبيب للقواعد العامة للمسؤولية القانونية ، فالمسؤولية المدنية للطبيب قد تكون عقدية إذا خالف الطبيب أو الجراح التزامه الذي يفرضه عليه العقد الطبي ، أو تقصيرية إذا خالف الطبيب أو الجراح التزامه الذي يفرضه عليه القانون و سبب ضرر للمريض فيطالب الطبيب بإصلاح الضرر أو التعويض عما أصابه .

من خـلال كل هذا حبذا لو يساير القضاء عندنا تطورات القضاء في البلدان المتقدمـة و التأكيد على إلزام الطبيب بتبصير المريض بصورة واضحة و دقيقة ، و لقد خلص البحث إلى مجموعة من النتائج أهمها أن للمريض الحق في الموافقة على الأعمال الطبية يستند إلى حقه في السلامة البدنية و العقلية الذي يرتبط بدوره بحق الشخص بالذاتية و تقرير المصير ، و كذا ارتباط ظهور هذا الحق من الناحية التاريخية بالأفكار التحررية التي عرفها العالم الغربي بداية من القرن التاسع عشر ، بالإضافة إلى أن مبدأ احترام إرادة المريض يعتمد على عاملين مهمين همـا : التبصير و الحصول على الرضا ، و أن المحاكم الفرنسية قد اعترفت بالتزام الطبيب الجراح باحترام إرادة المريض ، و هذا ما أكدته من خلال النصوص التشريعية المتعلقة بتنظيم مهنة الطب ، إضافة إلى ذلك فقد اتجه القضاء حديثا إلى أن عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام يقع على عاتق الطبيب ، و عليه أن يثبت قيامه بتبصير المريض و إعلامه إذا أراد التخلص من المسؤولية عن التقصير بهذا الواجب .

يلتزم جراح التجميـل بتبصير مريضه بطبيعة التدخل الجراحي المقترح و مخاطـره و ذلك حتى يكون المريض على بينة من أمره ، و هذا الالتزام نص عليـه كل من القانـون الفرنسي و القانون المصري في حين خلت مدونة أخلاقيات الطب الجزائري من النص على هذا الالتزام ، و إن كان الجراح العادي ملتزم بتبصير المريض بالمخاطر المتوقعة فقط إلا أنه بالنسبة لجراح التجميل فهو ملزم بتبصيره بالمخاطر المتوقعة و المخاطر الاستثنائية غير المتوقعة ، و سواءً كانت مخاطر جسيمة أم بسيطة ، حتى يكون رضاه بالجراحة مبني على وعي و اقتناع كامل ، كون هذه الجراحة تجرى على جزء سليم و معافى و لا يكون القصد منها الشفاء من مرض معين ، و إنما تهدف إلى إصلاح عيب في الشكل و تتم دائما في

ظروف متأنية لا تتطلب الاستعجال ، و أن يتم التبصير كما هو مقرر في فرنسا بورقة مكتوبة يوقع عليها الجراح و المريض .

إن التزام جراح التجميل بإصلاح العيب هو التزام ببذل عناية ، مثله مثل الجراح العادي و كأي عمل طبي يحتمل النجاح أو الفشل ، و إن كان يبذل أكبر من العناية المطلوبة في الجراحات العادية إلا أن الالتزام بالتبصير التزام بتحقيق نتيجة و ليس بذل عناية ، و مصدر التزام الطبيب الجراح بالتبصير إما أن يكون النص التشريعي أو العقد ، و في حال عدم النص عليه صراحة في القانون أو العقد يعد تطبيقا لمبدأ حسن النية في المعاملات ، أما عن الطبيعة القانونية لمسؤولية جراح التجميل المدنية الأصل تكون عقدية ، و الاستثناء تقصيرية إذا كان العقد باطلا أو إذا أجريت العملية الجراحية التجميلية في مستشفى عام .

لقيام مسؤولية جراح التجميل المدنية عن عدم تبصير مريضه لا بد من قيام أركان المسؤولية و هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية بينهم ، فإذا توافرت الأركان الثلاثة قامت مسؤوليته و حسب القواعد العامة ، المريض كونه المدعي يقع عليه عبء إثبات عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه ، إلا أنه و نظرا لكون التزام جراح التجميل بالتبصير هو التزام بتحقيق نتيجة ، فيكفي أن يثبت المريض وجود هذا الالتزام و بالتالي يفترض الخطأ من جهة جراح التجميل ، و إذا أراد نفي المسؤولية عليه إثبات السبب الأجنبي ، و في الواقع أن الإثبات ليس بالأمر السهل كون الأمر يتعلق بواقعة سلبية لذا فمن العدالة أن يكلف جراح التجميل بإثبات وفائه بهذا الالتزام ، و ذلك على غرار الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي كونه أقرب إلى وسائل الإثبات ، عن طريق صياغة المعلومات في ورقة مكتوبة موقع عليها من قبل الطبيب و المريض .

و في الأخير ارتأينا وضع بعض التوصيات حول هذا الموضوع ، فبدلا من ترك الأمر للاجتهاد لا بد من وضع قانون خاص يحدد سلوكيات الأطباء و التزاماتهم لضبط جودة المهنة ، و ذلك لحث الطبيب على ممارسة المهنة بشكل أكثر دقة الأمر الذي ينعكس على أداء الأطباء أنفسهم ، لأن وجود مثل هذا القانون من شأنه أن يعزز الشعور بالثقة و الأمان لدى المريض و الشعور بالمسؤولية من قبل الطبيب ، و نأمل من المشرع الجزائري أن يحذو حذو القانون الفرنسي و القانون المصري و يضع قانون خاص بالمسائلة الطبية ، يحدد فيه التزامات الطبيب و من بينها الالتزام بالتبصير و بالأخص في الجراحة التجميلية ، يبين فيه نوع المخاطر و المعلومات الواجب الإدلاء بها ، و طبيعة التزام الجراح التجميلي هل هو بذل عناية أم تحقيق نتيجة ، و المكلف بإثبات الوفاء بهذا الالتزام على غرار ما فعله

المشرع الفرنسي ، و إن كانت الحاجة ملحة إلى وضع قانون متخصص ، إلا أنه قبل وضع القانون لا بد من عمل دراسة عميقة لوضع قانون متخصص و عادل يحقق الحماية لكل من الطبيب و المريض .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

المصادر

1- القرآن الكريم .

2 - النصوص القانونية

أ - الدساتير

* **دستور الجزائر لسنة 1996** الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 ، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، جريدة رسمية عدد 76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري ، جريدة رسمية عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016 .

ب - القوانين و الأوامر

* **الأمر رقم 75-58** الصادر في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، جريدة رسمية عدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005 .
* **القانون رقم 85-05** المؤرخ في 16 فيفري 1985 ، متعلق بحماية الصحة وترقيتها جريدة رسمية العدد 08 ، السنة 22 ، مؤرخة في 17 فيفري 1985 المعدل والمتمم .
* **القانون رقم 17/90** المؤرخ في 16 فيفري 1990 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 ، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، جريدة رسمية العدد 35 الصادرة في 15 أوت 1990 .
* **الأمر رقم 95-07** الصادر في 25 جانفي 1995 ، المتعلق بالتأمينات ، جريدة رسمية عدد 13 ، الصادرة في 08 مارس 1995 .
* **الأمر 2005-777** المتعلق بمدة التفكير والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية ، المعدل لقانون الصحة العمومية .

ج - النصوص التنظيمية

* **المرسوم التنفيذي رقم 92-276** المؤرخ في 06 جويلية 1992 ، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، جريدة رسمية ، عدد 52 ، السنة 29 ، مؤرخة في 08 جويلية 1992 .

قائمة المراجع باللغة العربية

1 - الكتب :

* **الأحمد (حسام الدين)** ، المسؤوليـة الطبية في الجراحة التجميلية ، الطبعة الأولى ، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية ، 2011 .
* **التونجي (عبد السلام)** ، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي ، الطبعة الأولى ، لبنان ، دار المعارف ، 1967 .*
الجميلي (أسعد عبيد) ، الخطـأ في المسؤولية الطبية المدنيـة : دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2011 .
* **الحسيني (محمد طاهر)** ، عمليات التجميل الجراحية : مشروعيتهـا الجزائية بين الشريعة والقانون ، الطبعة الأولى ، دمشق ، مركز ابن باديس الحلبي للدراسات الفقهية ، 2008 .
* **الحياري (أحمد حسن عباس)** ، المسؤوليـة المدنيـة للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2005 .

* **الديناصوري (عز الدين)** ، الشواربي (عبد الحميد) ، المسؤوليـة المدنية فـي ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة السابعة ، الإسكندرية ، شركـة الجـلال للطباعـة 2002 .
* **الزيني (محمود محمد عبد العزيز)** ، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميليـة والرتق العذري فـي الشريعة الإسلامية والقانـون الوضعي ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1993 .
* **الفضل (منذر)** ، الضرر المعنـوي في المسؤولية المدنية ، دار الشؤون الثقافية ، بغـداد 1990 .
* **الفضل (منذر)** ، المسؤولية الطبية في الجراحـة التجميلية ، الطبعة الثانية ، عمان ، مكتبة دار الثقافة ، 1995 .
* **الفضل (منذر)** ، المسؤولية الطبية : دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، عمـان ، دار الثقافة للنشر ، 2012 .
* **الفهاد (حسام زيدان شكر)** ، الالتزام بالتبصير في المجـال الطبي ، دار النهضة العربيـة 2008 .
* **العبيدي (زينة غانم يونس)** ، إرادة المريـض في العقد الطبـي : دراسة مقارنة ، مصر دار الكتب القانونية ، 2011 .
* **السنـهوري (عبد الرزاق أحمد)** ، الوسيط في شرح القانـون المدني الجديد ، الجزء السابع المجلد الأول ، الطبعة الثالثة ، بيروت ، منشورات الحلبـي الحقوقية 1998 .
* **السنـهوري (عبد الرزاق أحمد)** ، الوسيط فـي شرح القانـون المدنـي ، الجزء الثاني في الإثبات منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1952 .
* **السنـهوري (عبد الرزاق أحمد)** ، الوسيط فـي شرح القانون المدني : العقود الواردة على العمل الجزء السابع ، المجلد الأول ، الإسكندريـة ، منشـأة المعارف 2004 .

* **السنهوري (عبد الرزاق أحمد)** ، الوسيط في شرح القانون المدني : نظرية الالتزام بوجه عام الجزء الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 .
* **الشوا (محمد سامي السيد)** ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1986 .
* **الشوا (محمد سامي)** ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات : التجارب الطبية راحة التجميل عمليات تحول الجنس ، استقطاع الأعضاء ونقلها القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2002 .
* **الشواربي (عبد الحميد)** ، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية القاهرة منشأة المعارف ، 1998 .
* **المختار (غادة فؤاد مجيد)** ، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني دراسة مقارنة ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010 .
* **المعايطة (منصور عمر)** ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2004 .
* **أبو السعود (رمضان)** ، النظرية العامة للالتزام : مصادر الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 .
* **أحمد (خالد جمال)** ، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد : دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية مصر، 2008 .
* **أحمد شوقي (محمد عبد الرحمان)** ، المسؤولية العقدية للمدين المحترف ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، 2003 .
* **بلحاج (العربي)** ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 .
* **بن تيشة (عبد القادر)** ، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام ، دار الجامعة الجديدة مصر.
* **جابر (أشرف)** ، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، مطبعة دار النهضة العربية 1999.
* **حروزي (عز الدين)** ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن : دراسة مقارنة ، الجزائر ، دار هومة ، 2009 .
* **حمدي (عبد الرحمان)** ، معصومية الجسد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987 .
* **حنا (منير رياض)** ، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية ، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 2008 .

* **حنا (منير رياض)** ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 .
* **حنا (منير رياض)** ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ، الطبعة الأولى، الإسكندرية دار الفكر الجامعي ، 2008 .
* **خالد (ممدوح إبراهيم)** ، إبرام العقد الالكتروني : دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي للنشر ، مصر ، 2006 .
* **خليل (مجدي حسن)** ، مدى فاعلية رضاء المريض في العقد الطبي ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2000 .
* **خير الله (توفيق)** ، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني : المؤتمرات العلمية لجامعة

بيروت العربيـة ، المحاضرة الثانيـة ، المجموعـة المتخصصة في المسؤوليـة القانونيـة للمهنيين ، الجزء الأول ، المسؤوليـة الطبيـة الطبعة الثانية ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004 .

* **رايس (محمد)** ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانـون الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، 2007 .
* **رشدي (محمد السعيد)** ، حجية وسائـل الاتصال الحديثة فـي الإثبات ، النسـر الذهبـي للطباعة .
* **سعد (أحمد محمود)** ، مسؤوليـة المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه : دراسة تحليليـة لاتجاهات الفقـه والقضـاء المصريين والفرنسيين ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2007 .
* **سعد (سعيد عبد السلام)** ، الالتزام بالإفصاح فـي العقود ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2000 .
* **فودة (عبد الحميد)** ، الخطأ فـي نطاق المسؤوليـة التقصيريـة ، دار الفكـر الجامعـي الإسكندرية ، 1996 .
* **فيلالي (علي)** ، الفعـل المستحق التعويض ، الطبعـة الثانية ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، 2007 .
* **قاسم (محمد حسن)** ، إثبـات الخطأ في المجال الطبي ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة 2006 .

* **قزمار (نادية محمد)** ، الجراحة التجميليـة : الجوانب القانونية والشرعية ، دراسة مقارنـة الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010 .
* **عجاج (طلال)** ، المسؤوليـة المدنية للطبيب ، الطبعـة الأولى ، لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2004 .
* **عدلي (خليل)** ، الموسوعة القانونية في المهن الطبية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى القاهرة ، مصر ، 1989 .
* **عدوي (مصطفى عبد الحميد)** ، حـق المريض في قبول أو رفض العلاج : دراسة مقارنـة بين النظامين المصري والأمريكي ، 1992 .
* **عرفة (السيد عبد الوهاب)** ، الوجيز فـي مسؤولية الطبيب والصيدلي ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2005 .
* **عشوش (كريم)** ، العقد الطبي ، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 .
* **علي (علي سليمان)** ، دراسـات في المسؤوليـة المدنية في القانـون المدنـي الجزائري الطبعة الثانية ، الجزائر ، دار المطبوعات الجامعية ، 1984 .
* **علي (علي سليمان)** ، نظرية الالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الخامسة ، الجزائر ، 2003 .
* **طالب (عبد الرحمان)** ، حكـم الشرع الحنيف من الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء ، دار الغرب للنشر والتوزيع ، وهران .
* **طاهري (حسين)** ، الخطـأ الطبي و الخطـأ العلاجي فـي المستشفيات العامة ، دار هومة الجزائر، 2004 .
* **كامل (رمضان جمال)** ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية المركز القومي للإصدارات، 2005 .
* **كنعان (أحمد محمد)** ، الموسوعـة الطبية الفقهيـة، بيروت ، دار النفائس ، 2000 .

* **مأمون (عبد الرشيد)** ، عقد العلاج الطبـي بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية مصر، 1986 .
* **مأمون (عبد الكريم)** ، حق الموافقة علـى الأعمال الطبية و جزاء الإخلال بـه : دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .
* **مأمون (عبد الكريم)** ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية : دراسة مقارنة دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006 .
* **محتسب بالله (بسام)** ، المسؤولية الطبيـة المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى ، دمشق ، دار الإيمان للنشر ، 1984 .
* **محجوب (جابر علي)** ، دور الإرادة فـي العمل الطبي : دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1996 .
* **مرقس (سليمان)** ، الوافي في شرح القانون المدني : الالتزامات ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، الجزء الثاني ، المجلد الثاني ، الطبعة الخامسة ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 1992 .
* **مرقس (سليمان)** ، الوافـي في شرح القانون المدني : الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ، 1987 .
* **منتصر (سهير)** ، الالتزام بالتبصيـر ، دار النهضة العربيـة ، القاهرة .
* **منصور (محمد حسين)** ، الخطأ الطبي في العلاج ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، الجزء الأول ، المسؤولية الطبية ، الطبعـة الثانية منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004 .
* **منصور (محمد حسين)** ، المسؤولية الطبيـة ، الإسكندريـة ، دار الجامعـة الجديدة للنشر 2001 .
* **نجيدة (علي حسن)** ، التزامـات الطبيب فـي العمل الطبي ، دار النهضة العربية للنشر القاهرة ، 1992 .

2 - المقالات :

* **الصباحين (هدى) ، هليل (منير) ، شطناوي(فيصل)** ، الالتزام بالتبصيـر فـي الجراحـة التجميلية ، مجلة جامعة النجاح للأبحـاث (العلوم الإنسانية) ، المجلد 26 (07) ، 2012 .
* **حسين (أكرم محمود) ، العبيدي (زينة غانم)** ، تبصير المريض فـي العقد الطبي ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلد 08 ، العدد 30 ، سنة 2006 .
* **أورفلي (سمير)** ، مدى مسؤولية الطبيب المدنيـة فـي الجراحة التجميلية ، مجلـة رابطة القضاة ، العدد الثامن ، مارس 1984 .

* **بلحاج (العربي)** ، حكـم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونيـة والاقتصاديـة والسياسيـة ، العدد الثالـث الجزء 31 ، 1993 .
* **بن عودة (حسكر مراد)** ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد الثالث ، كلية الحقوق ، جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس ، الجزائر ، 2007 .
* **بن صغير (مراد)** ، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض : دراسة مقارنـة ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، العدد الخاص الأول ، كلية الحقوق ، جامعة

مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2008 .
* **بودالي (احمد)** ، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، الجزائر ، 2004 .
* **بومدين (سليمان)** ، المعنى الاجتماعي للمرض ، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد 20 جامعة منتوري ، قسنطينة ، الجزائر ، 2003 .
* **حداد (ليلى)** ، جراحة التجميل ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، عدد خاص الثاني كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو الجزائر ، 2008 .
* **حومد (عبد الوهاب)** ، المسؤولية الطبية الجزائية ، مجلة الحقوق والشريعة ، العدد الثاني السنة الخامسة ، جوان 1981 .
* **دغيبش (أحمد)** ، **بولنوار (عبد الرزاق)** ، التزام الطبيب بإعلام المريض ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، عدد خاص 1 ، 2008 ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر .
* **قزمار (نادية محمد)** ، مسؤولية جراح التجميل ، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ، المجلد الثالث ، العدد الأول ، 2011 .
* **فرج (وديع)** ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الرابع والخامس ، قسم أول ، السنة 12 ، مصر ، 1942 .
* **فيلالي (علي)** ، رضا المريض بالعمل الطبي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 36 ، العدد الثالث ، 1998 .

* **صالح (فواز)** ، المسؤولية المدنية للطبيب : دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 22 ، العدد الأول .
* **صويلح (بوجمعة)** ، المسؤولية الطبية المدنية ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، دار القصبة للنشر ، الجزائر ، 2001 .
* **علال (يزيد)** ، **مختاري (عبد الجليل)** ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، العدد 03 ، كلية الحقوق ، جامعة جيلالي الياس ، سيدي بلعباس ، الجزائر ، 2005 .
* **منصور (مصطفى منصور)** ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، العدد 1-4 ، السنة الخامسة 1981 .
* **واصل (محمد)** ، عمليات جراحة التجميل بين الشريعة والقانون ، مجلة المحامون السورية العدد الأول ، سنة 1997 .

3 - المذكرات و الرسائل الجامعية:

أ - رسائل الدكتوراه :

* **الأبراشي (حسن زكي)** ، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والمقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1951 .
* **الحسين (شمس الدين)** ، تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية : من فكرة إلى فكرة أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص ، جامعة الحسن الثاني

كليـة العلـوم القانونيـة والاقتصاديـة والاجتماعيـة ، عيـن الشق 2003-2004 .

* **الشنقيطي (محمد بن محمد المختار)** ، أحكـام الجراحـة الطبيـة والآثار المترتبة عنها : رسالـة دكتوراه ، الجامعـة الإسلامية بالمدينة ، السعوديـة ، مكتبة الصحابة ، 1992 .
* **أبو الغنم (محمد سالم حمد)** ، المسؤوليـة المدنية عن عمليات التجميل ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، جامعة عين شمس ، مصر .

* **رايس (محمد)** ، المسؤولية المدنية للأطباء : أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون جامعة سيدي بلعباس ، 2004-2005 .
* **مروك (نصر الدين)** ، الحمايـة الجنائيـة للحق فـي سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية : دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولـة فـي القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1997 .

ب ـ رسائل الماجستير :

* **أحلوش (بولحبال زينب)** ، رضـا المريـض فـي التصرفات الطبية ، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2000-2001 .
* **بومدين (سامية)** ، الجراحة التجميليـة والمسؤوليـة المترتبة عنهـا : مذكرة لنيل شهادة الماجستيـر في قانـون المسؤوليـة المهنية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، 2011 .
* **داودي (صحراء)** ، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية : مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع علـوم قانونيـة ، جامعة قاصدي مرباح ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، ورقلة ، الجزائر ، 2005-2006 .
* **سعيدان (أسماء)** ، التزام الطبيب بإعلام المريض ، مذكـرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2002-2003 .
* **عيشاوي (هجيرة)** ، الالتزام بالإعـلام الصحـي ، مذكـرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس ، الجزائر ، 2013-2014
* **قنيف (غنيمة)** ، التزام الطبيب بالحصول علـى رضا المريـض ، مذكـرة لنيـل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق بوخالفة ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2010 .
* **نسيب (نبيلة)** ، الخطأ الطبـي في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فـرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية الجزائر ، 2001 .

3 ـ المؤتمرات و الملتقيات :

* **باجنيد (إلهام محمد)** ، موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية التجميلية : مؤتمر الفقه الإسلامي ، جدة ، 2007 .
* **شيعاوي (وفاء)** ، المسؤولية المدنيـة للطبيب في الجراحة التجميلية : مجلة النقد القانونية للعلوم السياسيـة ، عدد خاص 02 ، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر

. 2008

4 - الاجتهادات القضائية :

* قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 399828 ، الصادر في 23 جانفي 2008 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 ، 2008 .

5 - المواقع الإلكترونية :

* **حسون (تيسير)** ، قضايا نفسية اجتماعية ، عمليات التجميل من الناحية النفسية ، المنشور عبر الموقع الالكتروني التالي :

http://w.w.w.hayatnafs.com/kadaya_nafsia_ijtema3ia/plasticsurgery&psychiatry.htm

* **محمدين (رجاء محمد عبد المعبود)** ، الضوابط القانونية والأخلاقية لجراحة التجميل المنشور عبر الموقع الإلكتروني التالي :

http://tai.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/res6/page/1-6.aspx

* صحيفة السلام اليومي بتاريخ 29 سبتمبر 2014 ، مقال للصحفي أ. بهلولي بعنوان : الجراحة التجميلية في الجزائر تخصص ينتعش خارج القانون ، المنشور عبر الموقع الإلكتروني التالي :

http://w.w.w.djazairess.com/essalam/15749

* صحيفة النشرة الإخبارية ، 15 مليون امرأة بلاستيكية بالعالم ، المنشور عبر الموقع الإلكتروني التالي :

http ://newsletter-ye.net/print.php?no=4166

* **زقيل (عبد الله)** ، حكم عمليات جراحة التجميل ، المنشور عبر الموقع الإلكتروني التالي :

http://w.w.w.saaid.net/Doat/Zugail/36.htm

* قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي والمدرجة نصوصه في قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2000-548 ، الصادر سنة 2000 والمعدل في 04 سبتمبر 2003 ، المنشور عبر الموقع الإلكتروني التالي :

w.w.w.Legifrance.gouv.fr/affichcode.do ?cidtexte=LEGITRXTO0000b0707218

* قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي والمدرجة نصوصه في قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2000-548 ، الصادر سنة 2000 والمعدل في 04 سبتمبر 2003 ، المنشور عبر الموقع الالكتروني التالي :

***http://w.w.w.web.ordre.medecin.fr/deonto/decret/codedenont.pdf.**

لائحة آداب مهنة الطب المصرية، الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان رقم 238 لسنة 2003 ، الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 2003 ، المنشور على الموقع الإلكتروني التالي :

http://w.w.w.ems.org/images/leha.eng.doc

JORF du 30/07/1994 ، منشور عبر الموقع الالكتروني التالي :

w.w.w.journal-officiel.fr/

* قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل بالقانون رقم 2002-303 ، الصادر في 04 مارس 2002 ، منشور عبر الموقع الالكتروني التالي :

http://w.w.w.légifrance.com

-تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي ، منشور عبر الموقع الالكتروني التالي :

http://w.w.w.légifrance.com

قائمة المراجع باللغة الأجنبية :

I – Ouvrages :

* **Boyer CHAMMARD (G) , Mozein (P)** , la résponsabilité médicale P.U.F , France , 1974 .

*** Chabas (François)** , L`obligation médicale d`information en Danger , Edition juris .

*** Gilles (Devers)** , Pratique de la responsabilité médicale , Edition ESKA , 2000 .

*** Morselli (G) , Spinetta (J)** , Mieux dans sa peau , les morpho-psychologique , S.A.R.L , holoconcept , éd Quintessence , France , 2004 .

*** Pairie (C) , Dupont (M) , Espen (C) , Muzzin (L)** , Droit hospitalier Dalloz , 2eme édition , 1999 .

*** Penneau (J)** , La responsabilité du médecin , 2eme édition , Dalloz Paris , 1996 .

*** Penneau (M)** , Le défaut d'information en médecine (Analyse de l'arrêt de la cour d'appel d'Angers , 11 septembre 1998) , Dalloz , n°3 , 1999 .

*** Philipe (Le Tourneau)** , Responsabilité civile professionnelle , 2eme Edition , Dalloz , Paris , 2005 .

*** Rouge (D) , Arbus (L) , Costagliola (M)** , responsabilité médicale de la chirurgie a l`esthétique , édition Arnett , Paris , 1992 .

*** Saintourens (Bernard) , Zénnaki (Dalila)** , l`obligation de sécurité Bordeaux , 2002 .

*** Welshe (Sylvie)** , responsabilité du médecin , Juris Classeur , Paris 2eme edition , 2003 .

II – Théses :

*** Hannouz (Mourad-Mouloud)** , approche juridique de la responsabilité médicale en droit Algérien , Thèse pour l`obtention du grade de Docteur en sciences médicales à l`université de Oran , institut des sciences médicale année 1981 .

*** Nicolas** , les problèmes juridiques de la chirurgie esthétique , thèse Bordeaux , 1979 .

III – Articles :

*** ALBERT (Nathalie)** , Obligation d'information médicale et Responsabilité , communication présenté lors du Colloque sur « les nouveaux chantiers de la responsabilité » organisé a la faculté de droit de Paris XII-Saint-Maur , les 2 et 3 mars 2000 , Revue française de droit administratif , N^{O} 2 , Dalloz , Paris , Mars- Avril 2003 .

*** Boussard (Sabine)** , comment sanctionner la violation du droit à l`usage du système de santé ? Les incertitudes de la loi du 04 mars 2002 relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé , R.D.P , chronique administrative , Nº01 , L.G.D.J , Paris , 2004 .

*** Ben Chaabane (H)** , le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat , revue algérienne des sciences juridiques économiques et politique , N° 04 , volume 33 , année 1995 .

*** Chadly (Ali)** , L´information du malade á l´hopital , dans : **http://w.w.w.coiteethique.rns.tn/ethique/conferences/CONFERENCES.DOC**

*** Harichaux Ramu (M)** , santé , responsabilité du médecin responsabilité civile , Edition Techniques , Juris-classeurs , fascicule 440-02 , art 1382 , Année 1993 .

*** Hoerni (B) , Sylvie Breton (S)** , information et consentement les aspects déontologiques , cahier des gestions hospitalières , Mars 2000 , n°160 .

*** Maillard Clotide (R) , Sousset (N) , Penneau (M)** , influence de la loi du 04 mars 2002 , sur la jurisprudence récent en matière d`information du patient , Médecine & Droit , 2006 , dans : **w.w.w.sciencedirect.com ou/http://france.elsévier.com/direct/MEDDOR**

*** OSSOUKINE (ABDELHAFID)** , traité de droit médical , publication du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies , Oran , 2003 .

V – Textes législatifs

* Cass civ 1^{ere}ch , 12 janvier 2012 , N° 10-24447 , sur : **w.w.w.legifrance.gouv.fr**

* code de déontologie médicale Français , figurant dans le code de la santé publique, sous les numerous (R.4127-19), mise à jour du 14 décembre 2006, dans :
http://w.w.w.web.ordre.medecin.fr/deonto/decret/codedenont.pdf
***** La loi N°2002-303 du 04 Mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du systèmes de santé, **http://w.w.w.légifrance.com**
-JORF du 30/07/1994 , **w.w.w.journal-officiel.fr/**
-Décret N° 95-1000 , du 06 Septembre 1995 , JORF du 08/09/1995 , **w.w.w.légifrance-gouv.fr/**
-C.A Toulouse 18/02/2008 , n° 07/02662 , sur le site :
w.w.w.Legifrance.gouv.fr
- Code Civil Français du 1994 .

- Loi N°94-653 du 29 Juillet 1994 , La loi N°2002-303 du 04 Mars 2002 , relative aux droits des malades et à la qualité du systèmes de santé , **http://w.w.w.légifrance.com**
Décret N° 95-1000 , du 06 September 1995 ,JORF du 08/09/1995 , **w.w.w.légifrance-gouv.fr/**
- Cass . civ 1ere ch , 12 janvier 2012 , N° 10-24447 , sur :
w.w.w.legifrance.gouv.fr

الفهرس

الفهـــرس

العنــوان **الصفحة**

مقدمة.....1-10
الفصل التمهيدي: جراحة التجميل وموقف الفقه والقضاء منها.....11
المبحث الأول: ماهية الجراحة التجميلية.....13
المطلب الأول: مفهوم الجراحة التجميلية.....14
الفرع الأول: تعريف الجراحة التجميلية.....15
الفرع الثاني: أنواع الجراحة التجميلية.....19
الفقرة الأولى: جراحة التجميل الترميمية.....20
الفقرة الثانية: جراحة التجميل التحسينية.....22
الفرع الثالث: أسباب اللجوء إلى الجراحة التجميلية.....23
الفقرة الأولى: الأسباب الداخلية.....24
الفقرة الثانية: الأسباب الخارجية.....27
المطلب الثاني: العقد الطبي في الجراحة التجميلية.....29
الفرع الأول: الطبيعة الخاصة للعقد الطبي 31
الفرع الثاني: مميزات العقد الطبي في الجراحة التجميلية.....36
الفقرة الأولى: عقد مدني وشخصي.....36
الفقرة الثانية: عقد لا تقتضيه الضرورة.....39
الفقرة الثالثة: عقد يقتضي الشكلية.....40
المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من الجراحة التجميلية.....42
المطلب الأول: موقف الفقه من الجراحة التجميلية.....43
الفرع الأول: موقف الفقه الفرنسي.....44
الفقرة الأولى: الفقه الرافض للجراحة التجميلية.....44
الفقرة الثانية: الفقه المؤيد لجراحة التجميل.....46
الفقرة الثالثة: الاتجاه الوسطي للجراحة التجميلية.....47
الفرع الثاني: موقف الفقه المصري.....49
الفرع الثالث: موقف الفقه الجزائري.....50
المطلب الثاني: موقف القضاء من الجراحة التجميلية.....52
الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي.....52
الفرع الثاني: موقف القضاء المصري.....56
الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري.....59
الفصل الأول: قيام الالتزام بالتبصير.....63

المبحث الأول: النظام القانوني للالتزام بالتبصير.....66
المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالتبصير.....68
الفرع الأول: تعريف الالتزام بالتبصير.....69
الفقرة الأولى: التعريف التشريعي.....69
الفقرة الثانية: التعريف الفقهي.....72
الفقرة الثالثة: التعريف القضائي.....74
الفرع الثاني: ظهور الالتزام بالتبصير.....76
الفقرة الأولى: دور القضاء في ظهور الالتزام بالتبصير.....76
الفقرة الثانية: مدى التزام الطبيب بتبصير المريض.....78
المطلب الثاني: الأساس القانوني لالتزام الطبيب بتبصير مريضه.....85
الفرع الأول: النصوص التشريعية.....85
الفرع الثاني: العقد الطبي.....89
المبحث الثاني: نطاق الالتزام بالتبصير.....93
المطلب الأول: أوصاف الالتزام بالتبصير ومراحله.....94
الفرع الأول: أوصاف الالتزام بالتبصير.....95
الفقرة الأولى: وجوب صدور التبصير قبل التدخل الجراحي..95
الفقرة الثانية: التبصير البسيط والمفهوم.....97
الفقرة الثالثة: التبصير الكافي و الكامل.....99
الفقرة الرابعة: التبصير الدقيق والصادق.....101
الفرع الثاني: مراحل تبصير المريض.....103
الفقرة الأولى: التبصير بالفحص و التشخيص.....104
الفقرة الثانية: التبصير بالعلاج.....107
الفقرة الثالثة: التبصير اللاحق على العلاج.....110
الفقرة الرابعة: التبصير عن مخاطر التدخل الطبي.....112
المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالتبصير.....113
الفرع الأول: شكل الالتزام بالتبصير.....114
الفرع الثاني: التوسيع في التبصير وموقف القضاء منه.....118
الفقرة الأولى: التوسع في نطاق الالتزام بالتبصير.....119
الفقرة الثانية: موقف القضاء.....122
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نطاق التبصير.....125
الفصل الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالتبصير.....128
المبحث الأول: قيام المسؤولية المدنية لجراح التجميل.....130
المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية المدنية لجراح التجميل.....131
الفرع الأول: طبيعة التزام جراح التجميل تجاه مريضه.....132
الفقرة الأولى: الالتزامات الرئيسية.....133
الفقرة الثانية: الالتزامات الثانوية.....135
الفرع الثاني: مسؤولية جراح التجميل.....136
الفقرة الأولى: مسؤولية جراح التجميل العقدية.....137
الفقرة الثانية: مسؤولية جراح التجميل التقصيرية.....140
الفرع الثالث: الجمع والخيرة بين نوعي المسؤولية.....141

الفقرة الأولى: عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين.....142
الفقرة الثانية: عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين.....143
المطلب الثاني: أركان مسؤولية جراح التجميل.....145
الفرع الأول: ركن الخطأ.....146
الفقرة الأولى: صور الخطأ في الجراحة التجميلية.....148
الفقرة الثانية: إثبات الخطأ الطبي.....162
الفقرة الثالثة: وسائل الإثبات.....170
الفرع الثاني: ركن الضرر.....172
الفقرة الأولى: الضرر المادي (الجسماني).....173
الفقرة الثانية: الضرر الأدبي (المعنوي).....175
الفقرة الثالثة: الضرر المعوض في الإخلال بالتبصير.....176
الفرع الثالث: علاقة السببية.....183
المبحث الثاني: آثار مسؤولية جراح التجميل عن الإخلال بالالتزام بالتبصير.....189
المطلب الأول: عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالتبصير.....190
الفرع الأول: عبء الإثبات في القانون الجزائري.....191
الفقرة الأولى: طبقا لنظرية عيوب الرضا.....191
الفقرة الثانية: وفقا لقواعد المسؤولية المدنية.....194
الفرع الثاني: عبء الإثبات في القانون المقارن.....196
الفقرة الأولى: إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض.....196
الفقرة الثانية: إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب.....198
الفقرة الثالثة: الإثبات وفق قانون 04 مارس 2002.....200
المطلب الثاني: تعويض المريض عن الإخلال بالالتزام بالتبصير.....201
الفرع الأول: مفهوم التعويض.....201
الفقرة الأولى: التعويض العيني.....202
الفقرة الثانية: التعويض بمقابل.....203
الفرع الثاني: تقدير التعويض.....204
الخاتمة.....209
قائمة المصادر والمراجع.....214
الفهرس.....230

الملخص

الملخـص

يعد الالتزام بالتبصير من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الجراح بشكل عام و الجراح التجميلي بشكل خاص ، و يعد ذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية في المعاملات ، حتى لو لم يرد نص قانوني يفرض مثل هذا الالتزام ، و الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية هو قيام الجراح بتبصير مريضه بكافة المخاطر المترتبة على هذه الجراحة سواء أكانت مخاطر متوقعة أو غير متوقعة تحدث بشكل استثنائي ، الأمر الذي يهيأ للمريض اتخاذ قراره بقبول أو رفض العلاج المقترح وفق رضاء حر و متبصر و مستنير ، و هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس التزام ببذل عناية ، فإذا اخل به الجراح التجميلي يعد مخطأ طبيا ، في صورة الخطأ الطبي في تبصير المريض الذي يترتب عليه تحميل الطبيب الجراح لعبء الإثبات ، كما أن هذا الخطأ يستتبع جزاءات مدنية على الجراح التجميلي المخل بالتزامه بتبصير مريضه تتجلى في التعويض عن الضرر الحاصل .

Résumée

Les engagements d’information des engagements les plus importants qui incombe au chirurgien généraliste et chirurgien esthétique en particulier , est que l’application du principe de bonne foi dans la transaction même si elle ne voulait pas un texte juridique impose une telle obligation , et l’obligation

d’information en chirurgie plastique est le chirurgien ptbesar ses patient tous les risques résultant de cette opération , si les risques attendus ou inattendus se produisent exceptionnellement , quel patient soigné à prendre une décision d’accepter ou de rejeter le traitement proposé, conformément à la satisfaction d’un libre prudent et bien informé , un engagement de ne pas rendre les soins de résultat , si chirurgien esthétique violée est faux médicalement d’erreur médicale chez un patient qui éclaire entraîne la charge de chirurgien de la preuve , et que cette erreur entraîne les sanction civiles sur cosmétiques chirurgien pince ptbesar engagement du patient , reflétée dans l’indemnisation des dommages causée .

SUMMARY

The commitment Baltbesar of the most important commitments that rests with the surgeon general and cosmetic surgeon in particular , is that application of the principle of good faith in the transaction , even if it did not want a legal text imposes such an obligation , and the obligation Baltbesar in plastic surgery is the surgeon Ptbesar his patient all the risks resulting from this surgery, whether expected or unexpected risks occur exceptionally , which groomed for the patient make a decision to accept or reject the proposed

treatment in accordance with the satisfaction of a free , discerning and well-informed , a commitment not to make care of result , if breached cosmetic surgeon longer erred medically in the image medical error in a patient who enlighten entail the surgeon to the burden of proof , and that this error entails the civil sanctions on cosmetic surgeon crowbar commitment Ptbesar patient manifested in compensation for the damage caused .