

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع: 08

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الخطر الطبي في الجراحة التجميلية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الطبي

تحت إشراف الأستاذ(ة):

حميدة فتح الدين

الشعبة: القانون العام

من إعداد الطالب(ة):

ننوش ياسين

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

مشرفا مقرر

مناقشا

الأستاذ(ة) : بن طرية معمر

الأستاذ(ة) : حميدة فتح الدين

الأستاذ(ة) : عبد اللاوي جواد

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: 2019/07/06

مقدمة:

أثارت المسؤولية المدنية للأطباء الكثير من الجدل في ساحات القضاء، و قد تطورت قواعدها تطوراً ملحوظاً، فلم يكن من المتصور في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم ولكن مع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح بالإمكان مساءلتهم عن الأخطاء العمدية ، ثم تطورت المسؤولية بعد ذلك فأصبح رجال الطب مسئولين عن مجرد الإهمال و الخطأ الجسيم.

و قد شهد تطور المسؤولية الطبية أمداً بعيداً في الحاضر عن طريق زيادة الوعي الذي بدأ ملحوظاً في تعدد رفع دعاوى المسؤولية ضد أصحاب البديل البيضاء لمطالبتهم بالتعويض عما يصدر منهم من أخطاء في مزاوله المهنة، و قد ساعد على هذا التطور زيادة التقدم العلمي و طرق العلاج و ما صاحب ذلك من نجاح و مضاعفة الخطر من جهة، و نشر الثقافة الطبية من جهة أخرى. كما أن ذبوع التأمين على المسؤولية جعل للمضروب حقا مباشراً قبل شركة التأمين، فأصبح حصوله على حكم التعويض أمراً يسيراً، و هو ما شجعه على الإصرار في رفع دعوى التعويض⁽¹⁾. و يتميز الفن الطبي بخصوصية مفادها هيمنة فكرة الاحتمال على مهمة الطبيب التي تتدخل فيها عوامل كثيرة ، لا تخضع لسيطرته، كما يتطلب أدائه لمهمته الاعتراف له بحرية كبيرة في عمله ، لاتصاله بالجسم الإنساني الذي لم يكشف بعد كل غموضه، و لم يبيح بأسراره، فتتأثر بالتالي الحصول على النتيجة المبتغاة بأحوال المريض المادية (حساسية أو استعداد مرضي) أو النفسية أو الاجتماعية. كما أن العلوم الطبية في تطور مستمر و ليس من السهل التمكن فيها، أو السيطرة عليها، و لعل لهذه الأسباب فإن المشرع يكون حذراً من التدخل في هذا المجال حتى لا يقيد حرية الطبيب، فينعكس هذا على مقدرته في الاجتهاد.

و لكن و رغم وجاهية ما تقدم إلا أنه يجب عدم إغفال موقف المضروب و حقه في الحصول على تعويض لأضراره حتى لا يتحمل بمفرده تبعات التقدم العلمي و التقني. و في

¹ - - رمضان جمال كامل - مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية- طبعة 1-2005-المركز القومي للإصدارات

نفس الوقت يجب عدم إعاقة الطبيب في ابتكاره عن طريق فرض التأمين الإجباري من المسؤولية أو من الأضرار، أو إنشاء صندوق قومي للضمان.⁽¹⁾

و الأهم في هذا الموضوع هو اتجاه الطب الحديث لإجراء تدخلات جراحية تخرج عن الأصل العام لتقريرها وإباحتها وهو قصد العلاج بمفهومه الطبي المحض، و يتعلق الأمر بالجراحة التجميلية التي يعود تاريخها إلى 500 سنة قبل الميلاد. و يقصد بها ذلك النوع من الجراحة الذي لا يستهدف شفاء علة من العلل، و إنما إصلاح تشويه خلقي أو مكتسب لا يؤدي صحة الأجسام في شيء، فهي مجموعة من العمليات التي تتعلق بالشكل العام، والتي يكون الغرض منها علاج عيوب خلقية أو طارئة في ظاهر الجسم البشري و تؤثر في القيمة الشخصية و الاجتماعية للفرد.⁽²⁾

و قد أصبحت جراحة التجميل اليوم من الضروريات التي تستجيب لحاجات البشر، بعد أن كان الاتجاه في بادئ الأمر يرمي لتحريمها باعتبار أنها تنطوي على مساس بسلامة الجسم دون أن تستهدف علاج عضويا بالمريض. ثم أخذت موقعها من العمل الطبي و أصبح لها نظامها و أصولها و تعاليمها، و شاعت في جميع البلدان لتشمل جميع أنواع التشوهات الخلقية و المكتسبة، فعن طريقها يمكن للجراح إصلاح ما أفسده الدهر من جمال يحاول التثبيت بالبقاء ضد إرادة و حكم الطبيعة.

و قد اعترف الفقه و القضاء الحديث بالهدف العلاجي لجراحة التجميل، إذ غالبا ما يكون هذا العلاج نفسيا، و لا شك أن العلاقة وثيقة بين نفسية الإنسان و صحته⁽³⁾. و لكن و رغم ذلك فمازال هذا النوع من الجراحة يثار بشأنه الكثير من الجدل حول شرعيتها، و تحديد مفهومها و تناسبها مع الأعمال العلاجية التي تعتبر سببا و مبررا لتدخل الطبيب و مباشرة

1- ثروت عبد الحميد- تعويض الحوادث الطبية -2007- دار الجامعة الجديدة للنشر - ص 5-6

2- عبد السلام التنوحي -المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون السوري و المصري و الفرنسي- دار المعارف-لبنان -1967 ص 400.

3- رمضان جمال كامل- مرجع سابق - ص 237

المساس بجسم الإنسان. كما أثير الجدل حول طبيعة التزام الطبيب الجراح⁽¹⁾. و لأن أي عمل طبي- و خصوصا الجراحة التجميلية- يغزوه الطابع الاحتمالي و لا يخلو من المخاطر كان لزوما التطرق لمفهوم الخطر الطبي كما سيفصل لاحقا في بحثنا هذا.

إن أهمية دراستنا للموضوع لا يبررها هذا الجدل فحسب، بل ما لموضوع الخطر الطبي و المسؤولية المدنية في هذا المجال من أهمية على الصعيدين الفقهي و القضائي، ناهيك أنه يتصل بالقانون و الطب معا بالتالي يثير الموضوع مسائل قانونية عديدة في ظل غياب أي تأطير قانوني للجراحة التجميلية في الجزائر.

و إذا كان قرار مارسيي المبدئي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية قد أرسى مبدءا عاما في تكيف المسؤولية الطبية المدنية باعتبارها كأصل مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدى يرتب على الطبيب ، إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل أن يسدي له سبل العناية الوجدانية اليقظة فيما عدا الظروف الاستثنائية المطابقة للمعطيات العلمية الثابتة. و استثناءا و في بعض الحالات تكون المسؤولية تقصيرية.

و إذا كان الأمر محسوما بشأن الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية، و لو على مستوى القضاء فما هو الحال بالنسبة لمفهوم الخطر الطبي؟ و الالتزامات الملقاة على عاتق الجراح التجميلي؟ و ما هي الأركان التي يجب توافرها لإعمال مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية؟ هل نكتفي بركن الخطأ؟ أم لم يعد له ضرورة بعد أن تم تدعيم مجال المسؤولية على أساس المخاطر الطبية؟ أين يظهر تشدد القضاء في هذا النوع من الجراحة؟ و ما دور القاضي في كل هذا، لاسيما في تقدير التعويض الكفيل بجبر الضرر اللاحق بالضحية؟

¹ - أحمد محمود سعد -مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه -طبعة 2- 2007-دار النهضة

و في محاولتنا للإجابة على هذه الإشكالات عملنا قدر الإمكان بما توصل إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا المجال ، و الذي خطى خطوات هامة في مجال الجراحة التجميلية لاسيما و أن المشرع الفرنسي ضمن الحماية الكافية للفئة الضعيفة التي تلجأ إليها ، و هذا من خلال إصداره للقانون رقم 303-2002 المؤرخ في 2002/03/04 و المتعلق بحقوق المريض و نوعية النظام الصحي. و قد تلتته عدة نصوص تطبيقية له. لهذا ارتأينا التطرق في الفصل الأول لمفهوم الخطر الطبي و الالتزامات الخاصة للجراح التجميلي ، ثم تناولنا في فصل ثان أساس قيام المسؤولية المدنية لطبيب التجميل ، و دور القاضي في تقدير أركانها و تقدير التعويض. و هذا وفقا للخطة الآتية /

الفصل الأول : الخطر الطبي و الالتزامات الخاصة للجراح التجميلي

المبحث الأول : ماهية الخطر في الجراحة التجميلية

المطلب الأول : تعريف الخطر الطبي

الفرع الأول: الخطر الطبي و ارتباطه بالخطأ

الفرع الثاني: الخطر كأساس للمسؤولية المدنية

المطلب الثاني: تمييز الخطر الطبي عن بعض المفاهيم

الفرع الأول: استبعاد ما لا يدخل في نطاق الخطر

الفرع الثاني: تمييز الخطر الطبي عما يشبهه من مصطلحات

المبحث الثاني: الالتزامات الخاصة للجراح التجميلي

المطلب الأول: الالتزامات الخاصة للجراح التجميلي

الفرع الأول: التزام الجراح التجميلي بالتبصير

الفرع الثاني: التزام الجراح التجميلي بالحيلة و الحذر

المطلب الثاني: طبيعة التزام الجراح التجميلي

الفرع الأول :التزام الجراح التجميلي بتحقيق نتيجة

الفرع الثاني: التزام الجراح التجميلي ببذل عناية

الفصل الثاني: أساس المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية و أركانها

المبحث الأول : أساس مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية

المطلب الأول: الخطأ الطبي

الفرع الأول : معيار الخطأ الطبي

الفرع الثاني: نوع الخطأ و مقدار جسامته

المطلب الثاني: الصور الخاصة للخطأ الطبي في جراحة التجميل

الفرع الأول : الإهمال و عدم الحذر

الفرع الثاني : عدم التحكم في التقنية و عدم تناسبها

المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية لطبيب التجميل و تقدير التعويض

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير قيام أركان المسؤولية المدنية لطبيب

التجميل

الفرع الأول: تقدير قيام ركن الضرر

الفرع الثاني: تقدير قيام ركن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض

الفرع الأول : العوامل المرتكز عليها في تقدير التعويض

الفرع الثاني: أنواع التعويض المادي

**← جزافي
← ريعي**

الخاتمة

الفصل الأول: الخطر الطبي و الالتزامات الخاصة للجراح التجميلي

إن التقدم العلمي الذي صاحب المجال الطبي من اختراع أجهزة طبية حديثة يتم بواسطتها فحص جسد الإنسان كالكشف بالأشعة و المنظار الطبي أو حتى التطبيب بأشعة الليزر أدت لزيادة المخاطر التي يتعرض لها المريض (1) حتى أنه أصبح يقال " ما من عمل طبي دون خطر وهو ما يدفعنا لتحديد مفهوم الخطر الطبي ، مع استبعاد ما لا يدخل في نطاقه وتمييزه عما يشبهه من مصطلحات في المبحث الأول ولأنه في غالب الأحيان يرتبط المريض مع الطبيب بعقد طبي تترتب عليه التزامات ملقاة على كلا الطرفين، ولأنها التزامات خاصة تقع على الطبيب في الجراحة التجميلية ، كان من الضروري التطرق إليها ولطبيعة التزام الجراح التجميلي في المبحث الثاني.

¹- رمضان جمال كامل- مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية-مرجع سابق-ص6

المبحث الأول: ماهية الخطر في الجراحة التجميلية

لقد شهدت عمليات التجميل في العالم تطورا كبيرا⁽¹⁾ وأصبحت عنصرا جماليا هاما تعني برسم الشكل و المظهر الخارجي، و مع الانفتاح الفضائي على العالم المترافق مع زحمة نجومات الإعلان و تزايد الهوس الذي شاع بين كل الناس في العودة للشباب، نجد المرأة و الرجل على السواء يبحثان عن رفع نسبة الجمال لديهما فكان الإقبال على عمليات شطف الدهون و شد البطن وتجميل الصدر و إزالة الشعر و البقع و تجميل الأنف و شد البشرة.... الخ مزدهرا بشكل رهيب.

غير أنه و كما يقول جيرالد بيرستين في دراسة قيمة له أن جراحة التجميل و إن كانت شكلية الطابع فإنها مازالت مسألة مليئة بالمخاطر يمكن أن تؤدي بحياة من يخضعون لها، فقد لقي العشرات بل المئات حتفهم في السنوات الماضية بسبب تعقيدات جراحة التجميل ومضاعفاتها.⁽²⁾

ولأن فكرة الخطر لها معنيان الأول يقصد به الخطر المعروف لدى العامة و هو الخوف من حدوث شيء غير مرغوب فيه ينتج أضرارا، أي بعبارة أخرى الهلاك، أما المعني الثاني فنقصد به الخطر باعتباره أساسا للمسؤولية دون خطأ، أي الضرر الذي ينتج ويكون سببه غير معروف⁽³⁾. كان من الواجب معالجة معنى الخطر بمعنى الهلاك أو الكارثة مع التركيز على الخطر في عقد التأمين لأن فكرة الخطر خاصة بالتأمين، ثم نعالجه كأساس تعويض عن ضرر لم يعرف سببه و هذا ما سنورده في المطلب الأول و حتى يكتمل مفهوم الخطر الطبي كان لزوما تفرقة عما يشبهه من مصطلحات واستبعاد مالا يدخل في نطاقه و هو ما سنفصله في المطلب الثاني.

¹ - وفقا لتقارير الجمعية الأمريكية لجراحي التجميل وهي الهيئة الرائدة في هذا المجال فقد تضاعف عدد الأمريكيين الذين

يختارون جراحة التجميل ثلاث مرات تقريبا خلال السنوات الحادية عشر الماضية

² - الموقع الإلكتروني <http://www.netclinic.net> iraqgreen.net

³ - Dr Ben Chaabane Hnifa- thèse de doctorat 1986 d- alea dans les droits des contrats - office national :P(45) de publications .

المطلب الأول : تعريف الخطر الطبي

من الصعوبة بما كان إيجاد تعريف دقيق للخطر الطبي، إذ أن هناك خلطاً في الأذهان بشأن هذا المفهوم و لا شك أن غياب الدقة و الوضوح في هذا الموضوع يعود للمصطلح المستعمل من قبل الكتاب ، فبعضهم يتحدث عن خطر العلاج و البعض الآخر يشير لحوادث العلاج و هناك من يتكلم عن الصدفة العلاجية⁽¹⁾ أو التداعيات الطبية الضارة. لذلك نتعرض لفكرة الخطر كفكرة خاصة بالتأمين ثم للخطر كأساس للمسؤولية المدنية.

الفرع الأول: الخطر الطبي و ارتباطه بالخطأ

إن فكرة الخطر فكرة خاصة بالتأمين و قد وردت عدة تعريفات للخطر⁽²⁾ فقد عرفه بلانيول و ربيار بأنه "حصول الحادث الذي يوجب تحققه أن يوفي المؤمن بما التزم به" و عرفه بيكار و بيسون بأنه "حادث محتمل الوقوع لا يتوقف تحققه على إرادة الطرفين و أحدهما و على الخصوص إرادة المؤمن له " إذن الخطر حادث احتمالي، لهذا صنف المشرع الجزائري عقد التأمين ضمن العقود الاحتمالية، و للخطر شروط هي :

الشرط الأول: غير محقق الوقوع

و هذا هو عنصر الاحتمال، و يكون الخطر غير محقق الوقوع على إحدى صورتين:

1- فقد يكون وقوعه غير محتم، فهو قد يقع و قد لا يقع فمثلا التأمين من السرقة أو الحريق أو المخاطر الطبية تأمين من خطر قد يقع و قد لا يقع .

¹ - إن ترجمة كلمة "Aléa" للعربية لها عدة مدلولات فنترجم على أساس المخاطر-الاحتمال-الصدفة - قاموس المنهل- جابور عبد النور-ص34

² - مختار محمود الهانسي- مقدمة في مبادئ التأمين- الدار الجامعية 1990 ص13 و ما بعدها

2-و قد يكون وقوع الخطر محتما و لكن وقت وقوعه غير معروف، فهو خطر محقق لكنه يضاف إلى أجل غير محقق كالتأمين على الحياة لحالة الموت، فالموت أمر محقق لكنه يضاف إلى أجل غير محقق ، و لكن التأمين على الحياة لحالة البقاء-و هو تأمين بموجبه يدفع المؤمن مبلغ التأمين للمؤمن له إذا بقي هذا الأخير حيا بعد مدة معينة- تأمين من خطر غير محقق الوقوع، إذ أن بقاء المؤمن له حيا بعد مدة معينة أمر غير محقق(1).

الشرط الثاني: أن لا يتعلق بمحض إرادة أحد طرفي العقد

العنصر الجوهرى في الخطر هو الاحتمال، فيجب أن يكون الخطر المؤمن منه ناتجا عن عامل الصدفة و لا يجوز للمؤمن له إحداثه عمدا بفعله، فإذا أمن على سيارته من الحريق و تعمد بعد ذلك إحراقها فلا يستحق مبلغ التأمين لأن الخطر لا يتحقق نتيجة الصدفة، كما لا يجوز للمؤمن له أن يؤمن من مسؤوليته ثم يتعمد إلحاق الضرر بالغير، ففي كل هذه الحالات يبطل عقد التأمين لتخلف شرط أساسي هو عنصر الاحتمال(2). و تطبيقا لذلك لا بد من أن يتدخل في تحقيق الخطر الطبي عامل آخر غير محض إرادة المؤمن له - الجراح التجميلي أو حتى المريض- و هو عامل المصادفة و الطبيعة أو عامل إرادة الغير.

و يكون الخطر ثابتا إذا كانت احتمالات تحققه خلال مدة التأمين واحدة لا تتغير من وقت لآخر فالتأمين من الحريق تأمين من خطر ثابت ، لأن الحريق أمر يحتمل وقوعه بدرجة واحدة، و لا يمنع من ذلك أن الحرائق تكثر في فصل الصيف و تقل شتاء مادامت احتمالات تحققها ثابتة في جميع فصول السنة.

و ثبات الخطر يعد أمرا نسبيا، فليس هناك خطر ثابت ثباتا مطلقا لا تتغير احتمالات توقعه أصلا، فهناك تغيرات وقتية، و تغيرات عارضة و هي لا تمنع أن يكون

¹ - بن شعبان حنيفة محاضرات ملقاة على طلبة الماجستير بجامعة بن عكنون فرع-المسؤولية و العقود-

² - عبد الرزاق بن خروف -التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري-الجزء الأول التأمينات البرية ص101-102

الخطر ثابتا نسبيا و عليه تكون أكثر الأخطار المؤمن منها ثابتة. فمثلا التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات يمكن اعتباره ثابت ثباتا نسبيا.

و يكون الخطر متغيرا إذا كانت احتمالات تحققه خلال مدة التأمين تختلف صعودا ونزولا، و يظهر تغير الخطر بوجه خاص في التأمين على الحياة، فمن أمن على حياته لحالة الوفاة ، يتقاضى ورثته مبلغ التأمين عند موته، يكون معرضا لخطر الموت طوال حياته لكن خطر الموت يتغير و هو يتخطى مراحل حياته المتعاقبة، فيكون الخطر متغيرا تغيرا تصاعديا كلما تقدم في السن. و على العكس من ذلك إذا أمن على حياته لحالة البقاء فهو يتقاضى مبلغ التأمين إذا بقي حيا بعد مدة معينة، و يكون الخطر هنا متغيرا تغيرا تنازليا كلما اقترب المؤمن له من نهاية المدة المعينة⁽¹⁾.

¹ - محاضرات بن شعبان حنيفة - مرجع سابق -

الفرع الثاني : الخطر كأساس للمسؤولية المدنية

إن تضاعف الحوادث، و استحالة إثبات الخطأ شكل الظاهرة الجديدة التي واجهتها نظرية المسؤولية المدنية، حيث وضعت هذه الظاهرة القانون أمام هذين الاختيارين :

1- إما التمسك بالمبادئ التقليدية للمسؤولية المدنية و ما على الضحية سوى إثبات خطأ المسؤول للحصول على التعويض بالتالي التضحية بمصالح طبقة ضعيفة لمصلحة طبقة قوية وغنية .

2- وإما مراجعة هذه المبادئ لضمان تعويض كامل بقدر الإمكان للمضرورين⁽¹⁾، كل هاته الأسباب و الظروف دعت لظهور نظرية تحمل التبعة -الخطر- التي حمل لواءها لآبيه (labbé) و سالي (saleilles) و جوسران (Josserand) و ريبير (Ripert) في أول الأمر و ديموج (Demogue) و سافاتييه (Savatier)، و لقد تطورت هذه النظرية عبر ثلاث مراحل⁽²⁾ فقامت في المرحلة الأولى على أساس الغنم بالغرم أو كما تعرف بنظرية الخطر مقابل الربح أو المنفعة، و مفادها أن رب العمل المستفيد من مقابلة أو مشروع عليه أن يعرض من يتضرر منه حتى لو لم يثبت أي خطأ من جانبه.

و في مرحلتها الثانية تطورت نظرية الخطر لتقيم المسؤولية على أساس الخطر المستحدث أو ما يعرف بنظرية الخطر الموجود أو المخلوق، و هنا توسعت النظرية وأصبحت المسؤولية نتيجة حتمية للنشاط الإنساني بصفة عامة و انتقدت هذه النظرية على أساس أنها تعرض الفرد لمسؤولية لا نهاية و لا حدود لها بالتالي وقف نشاطه و تجميده، كما انتقدت لأنها تتناست فكرة الخطأ و هذا غير صحيح لأن القضاء لم يتنازل في أي وقت

¹ - محاضرات بن شعبان حنيفة-مرجع سابق-

² - علي علي سليمان -النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري- ديوان المطبوعات

عنها كأساس للمسؤولية⁽¹⁾، ثم انتهت هذه النظرية للتوفيق بين الخطأ و الخطر و الإبقاء على فكرة الخطأ لجانب فكرة الخطر⁽²⁾.

و يمكن القول أن القضاء الفرنسي هو من تقبل فكرة الخطر منذ البداية بعدما تأثر بها ثم قبلها الفقهاء لاحقاً حتى و لو كان ذلك تحت اسم آخر ألا و هو الضمان⁽³⁾.

و يجدر التنبيه أنه كان للقضاء الإداري في فرنسا فضل اكتشاف المسؤولية دون خطأ للمرافق العامة الاستشفائية حيث قضى المجلس القضائي الإداري لمدينة ليون عام 1993 لأول مرة بأن استعمال طريقة علاجية تنشئ خطراً خاصاً بالنسبة للمرضى الذين يكونون محلاً لها، وانه عندما يكون اللجوء إلى مثل هذا العلاج لا تفرضه أسباب حيوية ، فان المضاعفات الاستثنائية والجسيمة المترتبة عنها مباشرة ، تعقد مسؤولية المرفق الاستشفائي حتى في غياب أي خطأ⁽⁴⁾.

ثم قد تخلى القضاء الإداري عن فكرة الخطأ الطبي الجسيم عام 1992، و تؤكد الاتجاه نحو إقرار المسؤولية دون خطأ في العام الموالي بموجب قرار (Bianchi) الشهير لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 9 أفريل 1993 حيث قرر بصفة واضحة " انه عندما يكون العمل الطبي ضرورياً للتشخيص أو لعلاج المريض ويشكل خطراً، علم وجوده، ولكن تحققه يبقى استثنائياً، ولا يوجد أي سبب يسمح بالاعتقاد بتعرض المريض له على وجه الخصوص، فإن مسؤولية المرفق العام الاستشفائي تتعقد، إذا كان تنفيذ هذا العمل هو

¹ - محاضرات بن شعبان حنيفة - نفس المرجع -

² - علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام - ص 152

³ - واضع نظرية الضمان هو الفقيه ستارك (Strak) و تتلخص هاته النظرية التي تعد صورة مخففة من نظرية الخطر في أنها تنظر للمضروب لا للمسئول و ترى أن له الحق في احترام حرمة جسمه و سلامة ذمته المالية ، ويكون محدث هذا الاعتداء مسئولاً دون البحث عما إذا كان قد ارتكب خطأ أم لا، ووجب عليه التعويض.

⁴ - المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا العدد 1-2004 ص 26-27-28 بحث بعنوان "المسؤولية الطبية بين

اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي للدكتور بودالي محمد

السبب المباشر للأضرار وبصرف النظر عن الحالة الأولية للمريض والتطور المتوقع لها، وأن يمثل أقصى درجات الجسامة (1).

وحسب رأي الدكتور بودالي محمد فإن الاجتهاد القضائي في الجزائر لازال يقيم المسؤولية الطبية على الخطأ الجسيم إذا تعلق الأمر بالعمل الطبي، والخطأ البسيط إذا تعلق الأمر بالتنظيم (العمل العلاجي) وليس هناك ما ينبئ أخذه بنظرية المخاطر مع أن الأخذ بنظام المسؤولية غير الخطئية هو الأجدى لجمهور المرضى في المجالات التي يسلم فيها بهذه النظرية على الأقل. كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية مراكز نقل الدم (2) خصوصا وأن القضاء الإداري يسلم بالأخذ بالمسؤولية غير الخطئية للمرفق العام (3).

وكخلاصة نقول أن الخطر هو كأصل فكرة خاصة بالتأمين ، وأساس مسؤولية دون خطأ ، وفي المجال الطبي ، فإن الخطر يلازم أي عمل طبي عبر جميع مراحل (فحص وتشخيص وعلاج) نظرا لنتامي احتمال وقوع الأضرار بسبب التطور العلمي الحاصل في هذا الميدان.

وكما يرى الدكتور أسامة أحمد بدر فإنه ليس صوابا تبيان ماهية المخاطر الطبية من طريق فرض الأمثلة لها ، لاسيما وأنها لا تفترض، *aléa médical ne se présume pas* بل يترك أمر تقدير وجودها من عدمه للقضاء و يكون للقاضي دور أساسي في تحديد

¹ -« lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue ، mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que patient y soit particulièrement exposé ، la responsabilité du service public hospitalier engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommage sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état ، et présentant un caractère d'extrême gravité » 9Avril 1993 ، bianchi :JCPéd.G1993 II ، 22061note Moreau (J)

² - المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا العدد 1-2004 ص 26-27-28

³ - "...و من المستقر عليه قضاء أن مسؤولية الإدارة تقوم في حالة انعدام الخطأ تجاه ضحايا الحوادث-عندما يكون مدعويين لتقديم مساهماتهم..." المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) ملف رقم 235-55 قرار بتاريخ 11 مارس 1989 المجلة القضائية عدد 3-1990-205.

استحقاق التعويض عن الضرر الذي تسببه من عدمه ويكون ذلك من خلال تقدير الضرر الواقع للمريض في كل حالة على حدة (1).

المطلب الثاني: تمييز الخطر الطبي عن بعض المفاهيم

في ظل غياب تعريف دقيق للخطر الطبي أمام تعدد التعاريف التي تتشابه في مجملها، غير أنها لا تتطابق، كان من الضروري استبعاد ما لا يدخل في نطاق الخطر الطبي و من ثمة تمييزه عما يشبهه من مصطلحات.

الفرع الأول : استبعاد ما لا يدخل في نطاق الخطر

بعد الاطلاع على التعاريف الفقهية المقترحة، و كذا قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قضية بيانشي (Bianchi)، نلاحظ أن الأضرار المنسوبة لخطأ الطبيب، و الأضرار ذات العلاقة بحالة المريض لا تعتبر من قبيل المصادقة.

أ-خطأ الطبيب:

يطرح السؤال فيما إذا كان ينبغي استبعاد الأضرار المنسوبة لخطأ الطبيب من الخطر الطبي؟

تتنوع الإجابة على هذا التساؤل تبعاً للتعاريف المقترحة، فبالنسبة لمفوض الدولة الفرنسي (S.DAEL) فقد استبعد الخطأ لتعويض الأضرار اللاحقة بالمرضى تارة في حكم بيانشي و تارة أخرى في حكم (JOUAN) الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في 26 ماي 1995 (2).

¹ - أسامة أحمد بدر- ضمان مخاطر المنتجات الطبية- دار الكتب القانونية - 2008 - ص 57

² - مجلس الدولة الفرنسي 26-05-1995 حكم (ورثة jouan) و تتعلق الأحكام الثلاثة بالإصابة بفيروس الايدز على اثر نقل دم ملوث بفيروس المرض مما دفع أحد المضرورين و ورثة الشخصين الآخرين لرفع دعوى للمطالبة بالتعويض

.انتهى فيه مجلس الدولة لقبولها على أساس مبدأ المسؤولية دون خطأ المرسى سنة 1993 بمناسبة حكم "Bianchi"

ثروت عبد الحميد- تعويض الحوادث الطبية - ص 16

و على العكس من هذا فإن بعض اقتراحات القوانين، تتوقع إدراج خطأ الطبيب في التعويض "كل تفاقم غير عادي لحالة المريض الصحية السابقة.....الناجم إما عن خطأ الطبيب أو عن نظام المرفق، أو نتائج مجهولة غير قابلة للتوضيح".

و من جهة أخرى تعتبر شركات التأمين من خلال اقتراحاتها بأن تعويض المؤمن ينبغي أن يشمل كل حادث طبي خاطئ أم لا لأن الحد بين العمل الخاطئ و الخطر غير واضح من الناحية العملية.

إلا أن هذا الاقتراح لقي انتقاداً من أغلب الكتاب-و منهم لاروميه- الذين يعتبرون أن الحادث الطبي راجع لخطأ الطبيب و أن قواعد المسؤولية الطبية فقط هي المطبقة في هذا المجال.

إن هذا التمييز بين الأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية و الأخرى غير الناجمة عن خطأ الطبيب يؤدي لعدم المساواة في تعويض الضحايا لأن هناك ازدواجية متبعة في هذا الشأن وتمييز بين أضرار من طبيعة واحدة فيتم تعويض بعضها و يستبعد البعض الآخر (1).

و بالنتيجة فلا تعوض الأضرار إلا إذا كان مصدرها الخطأ، أما تلك الناجمة عن مخاطر العلاج، لا يعوض عليها إلا إذا كانت متميزة بالخطورة القصوى و كان الخطر غير عادي في حين يعوض عن الأولى (الناجمة عن الخطأ الطبي) دون اشتراط أي صفة في الضرر و هذا لم يعد مقبولاً في عصر ازدادت فيه الحوادث، و انتشر فيه التأمين، و تقدمت فيه آليات التضامن الاجتماعي، فينعم البعض بمزايا التقدم العلمي و التقني و يتحمل الآخرون تبعاته(2). كما أن سبب التعويض في الحالتين يختلف، فإذا كان الضرر ناتجاً عن الخطأ فالتعويض يكون هنا نتيجة إثارة مسؤولية الطبيب بينما في حالة الضرر غير المتوقع الناجم عن صدفة أو احتمال العلاج فإن التعويض أساسه التضامن الوطني.(3)

¹ - ثروت عبد الحميد-مرجع سابق- ص 25-151.

² - ثروت عبد الحميد- تعويض الحوادث الطبي- مرجع سابق - ص 151

³ - P84 -voir I، Ibib 'article redigé par Mr durrieu - diebolt ، avocat a la cour sur interne

و قد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي غياب خطأ المستشفى شرطا أساسيا لتطبيق المسؤولية الطبية على أساس المخاطر و ذلك في قراره الصادرين في 27/10/2000 اللذين أثارا مسؤولية المستشفيات العموميين على إثر عملية تحذير أدت إلى نتائج خطيرة بالنسبة للمعالجين.

2- حالة المريض

إن حالة المريض تلعب دورا أساسيا في تحقق الضرر، و على هذا الأساس استبعد القضاء الفرنسي تطبيق قواعد المسؤولية على أساس المخاطر إذا كان للضرر الذي أصاب المريض علاقة مباشرة بحالته الأولية -أي قبل البدء في العلاج- أو بالتطور المتوقع لهذه الحالة.

أ- الحالة السابقة للمريض

كما سبق و أن أشرنا أن تدخل الحالة السابقة للمريض في إحداث الضرر يحرمه من التعويض على أساس المخاطر بحيث قد تحدث العلاجات المتقدمة أضرار بليغة بالنسبة لمريض مصاب بأمراض مختلفة، ومن هنا ينبغي التمييز بين الضرر الناجم عن النشاط الطبي، والضرر المترتب عن حالة المريض الأولية، والتي ترتبط بتكوينه الوراثي، أو حساسيته لبعض الأدوية.

بالتالي نستنتج أن مفهوم احتمال العلاج يشمل الأضرار الناجمة عن النشاط الطبي فقط حيث يكون للضرر علاقة سببية مباشرة بالعمل الطبي بمعنى أن يكون الخطر خارجا عن إرادة المريض، و لا يد له فيه، كأن يكون غير مصاب بحساسية لدواء معين قبل خضوعه للعلاج⁽¹⁾

¹ - لقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بتعويض الضحايا رغم تدخل حالتهم المرضية السابقة في إحداث الضرر في بعض القضايا المطروحة عليه

ب- التطور المتوقع لهذه الحالة

إن مفهوم خطر العلاج لا يشمل و لا يأخذ بعين الاعتبار الأضرار -حتى لو كانت جسيمة-الناجمة عن التطور المتوقع للمرض الذي كان يعاني منه المريض سابقا، و التي لا علاقة لها بتنفيذ العمل العلاجي إلا أن التمييز بين الضرر الناجم عن الخطر الطبي و الضرر الناتج عن التطور المتوقع للمرض صعب جدا.(1)

و هكذا و بعد استبعاد المفاهيم التي لا تدخل في إطار احتمال العلاج بقي لنا ذكر بعض الاختلافات الاصطلاحية لكلمة (الاحتمال Aléa) في الفرع الثاني.

الفرع الثاني : تمييز الخطر الطبي عما يشبهه من مصطلحات

1-الاحتمال و الخطر الطبي:

استنادا للتعريف المقدم من قبل الأستاذ CANDILLAC نقلا عن AZZANO فإن الخطر يمثل صدفة مواجهة ضرر مع وجود أمل -في حالة النجاة- الحصول على الشفاء. إن هذا التعريف يطبق على كل نشاط طبي مهما كان نوعه سواء كان تشخيصا أو علاجيا.

و هكذا فإن فكرة الخطر تجمع كلا من الصدفة و المخاطرة ، بينما الاحتمال هو عدم التأكد من النتائج فهو يحيط بأعمال التشخيص و العلاج كونها تتصل بصعوبة و أحيانا باستحالة- الحصول على تشخيص مؤكد أو ضمان الشفاء الكامل أو التيقن من زوال الآلام ، وهذا ما يشكل معيار التمييز بين الالتزام ببذل عناية، و الالتزام بتحقيق نتيجة الذي كرسه الفقه الفرنسي ، و هذا المعيار يجد تطبيقه في المجال الطبي و خاصة في مرحلة العلاج حيث أن النتيجة -وهي الشفاء- غير أكيدة، كون العلاج احتماليا (2)

و بهذا نستخلص بأن الاحتمال يمثل الخطر الذي يواجه المريض مقابل أمل الشفاء و بهذا المعنى يعد الاحتمال مرادفا للخطر ، لكن البعض يرى أن هناك فرقا بين الاحتمال

¹ - ان تدخل التطور المتوقع للمرض في إحداث الضرر يحرم المريض من التعويض ذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي

في قضية " Bianchi " نص القرار و تطبيقه على قضية «Mahrez»

² - ثروت عبد الحميد - مرجع سابق - ص 21

بالمعنى الضيق و المعروف بنتائج الصدفة في النشاط الطبي و يقصد به الضرر الذي تكون إمكانية تحققه غير معروفة علميا من جهة و بين الخطر من جهة أخرى الذي يشابه الاحتمال عند التحقق و الإنجاز. (1)

و ترى الدكتورة بن شعبان حنيفة أن الاحتمال يساعد على مقاومة الصدفة بجانبها فهو يحارب الجانب المتمثل في الحوادث غير المتوقعة من جهة ، و يحارب الجانب المتمثل في الحادث ذو السبب المجهول من جهة أخرى (2) إذن الاحتمال يقضي على الصدفة بحيث يمكن توقع ذلك الحادث بعدما كان غير ممكن التوقع كما أن الاحتمال يحارب الحادث ذو السبب المجهول الذي يعرض عنه على أساس المخاطر. (3)

وما لاحظناه من خلال دراستنا لموضوع الخطر الطبي أن المصطلحين يستعملان كمترادفين، و أن جل المراجع لا تفرق بينهما و على هذا الأساس فلا يمكن فصل المصطلحين من الناحية العملية.

2- الخطر الطبي و الحادث الطبي:

فيما يتعلق بتعريف الحادث الطبي نجد لدينا محاولتين، الأولى قال بها الفقه و الثانية يمكن استخلاصها من القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي. ففي ما يتعلق بالتعريف الفقهي، نجد أنه في الندوة التي نظمتها الجمعية الفرنسية للقانون الصحي في مجلس الشيوخ الفرنسي في شهر مارس 1994، تم اقتراح التعريف الآتي للحوادث الطبية "تسبب ضئيلة من المخاطر، يتضمنها بالضرورة العلاج الطبي الذي يتم بطريقة مشروعة، ووفقا للأصول العلمية المتعارف عليها، و التي يترتب عن حدوثها عدم اكتمال الشفاء، أو عدم حدوث مضاعفات أو آثار غير مرغوبة" ذلك أنه كلما ازدادت فرص الشفاء من المرض، بفضل اللجوء لوسائل حديثة في العلاج و ذات فعالية مع استخدام تقنيات متقدمة في

¹- voir AZZANO (S) Op.cit p 85-86

²- aléa dans les droits des contrats. Thèse de doctorats 1989-P105 ، voir Ben chabane Hnifa.L

³- بن شعبان المحاضرات الملقاة على طلبة الماجستير -مرجع سابق-

الفحص و التشخيص، كلما ازدادت مخاطر حدوث الحوادث الطبية بعيدا عن أي خطأ يمكن نسبته لمباشر العمل الطبي (1)

أما بالنسبة للتعريف القضائي. فيمكن استنتاجه من حكمين شهيرين لمجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية المستشفيات الحكومية، صدر الأول عام 1993 (حكم BIANCHI) بصدد فحص مجهري لشرابين الدماغ ترتب عليه إصابة الشخص الخاضع للعلاج بشلل كلي في حين صدر الحكم الثاني سنة 1997 وهو حكم **Hopital joseph imbert d arles** وكان في واقعة وفاة طفل على اثر خضوعه لتحذير كلي وعرفت الحوادث الطبية أنها " نسبة الخطر التي تصاحب العمل الطبي اللازم للعلاج أو للتشخيص والتي يكون وجودها معروفا ، غير أن تحققها يعتبر أمرا استثنائيا، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى ولا يمكن اعتبارها تطورا متوقعا لها، ويتخلف عنها ضرر ذو خطورة استثنائية(2)

إن الكثير من الكتاب يستعملون مصطلح (الحادث الطبي) للتعبير عن الخطر حال انعدام الخطأ الطبي غير أن بعضهم يرون أن هناك فرقا بينهما، ويتجلى من التعريفات الواردة أعلاه أن الحادث الطبي مرتبط بشرطين الأول يتعلق بالضرر، والثاني متصل بالعمل الطبي. فبالنسبة للضرر يجب أن يكون ذو خطورة استثنائية أي أن تكون الخطورة المصاحبة للتدخل الطبي معروفة لكن فرصة تحققها استثنائية و الخطر الاستثنائي هو الذي تكون نسبة حدوثه أقل من (2) بالمائة و لا بد أن يكون الضرر منفصلا عن الحالة الأولية للمريض و غير مرتبط بها ، كأن يصاب المريض بعدوى بمناسبة العلاجات المقدمة له دون ان تتدخل حالته المرضية السابقة في إحداث الضرر ، أما الشرط الثاني يتمثل في تدخل الجانب المادي للعمل الطبي الضروري في إحداث الضرر، فمثلا لو أصيبت سيدة

¹ - ثروت عبد الحميد -مرجع سابق - ص 13-14-23-35

² - ثروت عبد الحميد -مرجع سابق - ص 13-14-23-35

أثناء عملها في عيادة طبية بوخزة إبرة مستعملة و أصيبت بالإيدز فلا يعد هذا حادثا طبيا لعدم تعلقه بالعمل الطبي و يمكن تكييفه أنه حادث عمل.(1)

و في جراحة التجميل التحسينية تشبها بأحد النجوم مثلا، أين لا يكون العمل الطبي ضروريا لم يمانع بعض الفقه من تعويض ضحايا الأضرار المترتبة عنها تحقيقا لمبدأ المساواة.(2)

المبحث الثاني: الالتزامات الخاصة للجراح التجميلي

يترتب عن العقد الطبي بوصفه مصدرا إراديا، التزامات متقابلة و متبادلة قبل الأطراف المتعاقدة من ثمة قد يتساءل المرء عن أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الجراح التجميلي، و عن طبيعتها باعتبار أن العمليات التجميلية لا يكون الهدف منها شفاء المريض من علة أو سقم، و إنما الغرض منها تجميل تشوه ما (إعاقة أو مرض) أو ناتج عن حوادث أو إصابات. و إما بغرض التجميل لمجرد التجميل كمحاولة للتقليد أو النظرة الطموحة التي تسعى لبلوغ الكمال دوما. وقد تبدو التزامات الجراح التجميلي كثيرة إذا ما قورنت بالحالة العكسية و في كل الأحوال عليه تنفيذها لتفادي الوقوع في الأخطاء التي قد تعرض حياة الإنسان للموت أو لحدوث عاهة. فمثلا أدت الجراحة التجميلية التي لم تجر كما كان مخططا لها لوفاة رجل بعد تلقيه علاجا لإزالة الشعر بأشعة الليزر و لوفاة آخر إثر عملية لشطف الدهون.(3)

لذلك وجب علينا التطرق للالتزامات الخاصة للجراح التجميلي (المطلب الأول) مع ضرورة تبيان طبيعة الالتزام الملقى عليه. وهل يتعلق بالمبدأ العام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة (المطلب الثاني).

1- د ثروت عبد الحميد-مرجع سابق - ص 13-14-23-35

2- ثروت عبد الحميد-تعويض الحوادث الطبية-مرجع سابق-ص 35

3- الموقع الإلكتروني www. net clinic .iraqgreen.net le 19-09-2008

المطلب الأول : الالتزامات الخاصة للجراح التجميلي

حتى يكون رضا المريض صحيحا بنوعية التدخل الطبي، فإنه يقع على عاتق الطبيب بصفة عامة و الجراح التجميلي بصفة خاصة، الالتزام بإحاطته علما بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية، و إلا كان الطبيب مسئولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله و لو لم يرتكب خطأ في عمله (1) كما يقع على عاتق الطبيب في الجراحة التجميلية التزام آخر مهم هو التزام الحيطة و الحذر الذي يوجب عليه بذل العناية اللازمة لانجاز التدخل الجراحي.

الفرع الأول: التزام الجراح التجميلي بالتبصير (الالتزام بالإعلام)

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكاما خاصة بالجراحة التجميلية، و لم يؤطرها. كما أنه لم يعرف الالتزام بالتبصير، بل أشار إليه في بعض المواد فقط. فنصت المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب(2) على أنه "يجب على الطبيب أو جراح الإنسان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

و تضيف المادة 44: "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 يقصد بالالتزام بالإعلام تزويد المتعاقد في العقود الرضائية بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو برفض التعاقد بإرادة حرة و مستنيرة. وللإعلام أهمية خاصة بالنسبة للمريض بالنظر لأهمية محل التعاقد في هذا المجال و هو التدخل الطبي و الجراحي المراد توقيعه على جسم المريض، بالتالي فجهل هذا الأخير للمعطيات المرتبطة بحالته الصحية يجعل واجب الإعلام بالنسبة إليه أكثر من ضروري.

¹ - محمد حسين منصور-المسؤولية الطبية-دار الجامعة الجديدة للنشر -1998 ص34-35

² -مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 جويلية 1992.

و غني عن القول أن رضا المريض لا يمكن أن يكون حقيقيا إلا إذا سبقه تنوير من الطبيب بحالته الصحية و طبيعة مرضه و درجة خطورته و ما يقترحه من علاج.(1)

بالتالي لا يجوز للجراح التجميلي إخفاء المخاطر التي تحوق بمريضه لأنه ملزم بالكشف الملائم لمقتضيات العلاج و جوانب خطورته ثم أن الإفصاح للمريض بالأخطار التي تتربص به من شأنه إبراز الثقة بين أطراف العقد و التدليل على حسن نية الجراح في مجال تنفيذه لهذا العقد و تحقيق و لو قدر معين من التكافؤ في المراكز العقدية و لو بصورة تقريبية (2) بالتالي فإن التبصير الذي يجب إفادة المريض به يجب أن يتم بطريقة سهلة و يسيرة، بحيث يستطيع المريض ذو المستوى المتواضع الذي يمثل الرجل العادي اتخاذ قراره بقبول أو رفض العمل الطبي المعروض عليه، و هو على علم و دراية من أمره(3) و مما لاشك فيه أن ممارسة الطب لاسيما الجراحة التجميلية بدون رقابة يشكل خطرا و أثارا سيئة على حياة الأفراد إذ أن مباشرة التدخلات الطبية دون رضاء فعلي من المريض مبني على دراية صحيحة من شأنه أن يحول جسد الإنسان لحقل تجارب.(4)

1- مأمون عبد الكريم-رضا المريض عن الأعمال الطبية- دار المطبوعات الجامعية-2006- ص119-120

2- سعيد سعد عبد السلام- الالتزام بالإفصاح في العقود- طبعة 1- دار النهضة العربية 2000 ص89 و ما يليها

3- عبد الراضي محمد هاشم عبد الله- المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي -رسالة دكتوراه-كلية الحقوق- جامعة القاهرة -مصر-1994

4- المقال المنشور في جريدة الشروق-عدد2447- تحت عنوان "تحقيقات حول عمليات تجميلية مسببة للسرطان" بتاريخ 2008/11/04 أين تم تسجيل عدة إصابات بمضاعفات خطيرة سببتها عمليات تجميل نسائية للأرداف و السيقان أجراها جراحوون أجنب في الجزائر على فتيات جزائريات من أبناء الأثرياء تمت في عيادات سرية و بوساطة من أطباء جزائريين.

ويجد هذا الالتزام أساسه طبقا لما يراه بعض الفقه الفرنسي في النصوص التشريعية والتنظيمية⁽¹⁾ و في عقد العلاج على السواء، و على الرغم من تسليمهم بالطبيعة قبل التعاقدية لهذا الالتزام إلا أنهم يعتبرونه متولدا عن هذا العقد. و في حالة إخلال الطبيب به يسأل على أساس إخلاله بالالتزام تعاقدية، في حين يسأل على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة عدم إبرام العقد.⁽²⁾ أما بخصوص عناصر الالتزام بالإعلام فتتمثل في:

أ-تشخيص المرض: على الطبيب إعلام المريض بطبيعة الفحص الطبي الذي ينوي مباشرته و المخاطر الطبية المترتبة عنه إن وجدت في حالة استعمال أجهزة معينة للفحص.

ب- طبيعة التدخل المقترح : يجب على الجراح أن يوضح للمريض التدخل المقترح بحكم أنه قد يأخذ عدة أشكال، فيمكن أن يكون علاج كيميائيا أو جراحيا أو عن طريق الأشعة. كما على الجراح إعلام المريض بمدى العلاج و توضيح الغرض من التدخل الطبي.

ج- مخاطر العلاج: إن أغلب المتابعات القضائية ناجمة عن إخلال الطبيب بواجب الإعلام بمخاطر العلاج، إذ أن تحقق إحداها عادة ما يدفع المريض للقول أنه لو أحيط علما بها ما كان ليوافق على العلاج المقترح. و يشمل الإعلام بمخاطر العلاج تحديد طبيعة الخطر، مدى جديته و نسبة تحققه⁽³⁾ و يبيح بعض الفقه عدم التنبيه للمخاطر التي لا تتحقق إلا بنسب ضئيلة أو تلك التي لا يؤدي تحققها لأثار ضارة على المريض.⁽⁴⁾ على أنه يجب التفرقة بين حجب المعلومات الذي يخشى معه عدم موافقة المريض على العلاج و بين حجبها بسبب الأثر السلبي الذي قد تحدثه على نفسية المريض. فإن كانت هاته الأخيرة مقبولة أخلاقيا و

¹ - نص على هذا الالتزام القانون المدني لسنة 1994 و أشارت إليه المادة 1111-4 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل بالقانون الصادر في 4 مارس 2004 و أكده تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي في مادته (35) و الصادر بموجب مرسوم رقم 95-1000 بتاريخ 6/09/1995-مشار إليه من طرف مأمون عبد الكريم -مرجع سابق-ص119

² - مأمون عبد الكريم -مرجع سابق-ص123 و ما يليها

³ - مأمون عبد الكريم -مرجع سابق-ص123 و ما يليها

⁴ - و هو ما يخالف الاتجاه الحديث للقضاء الفرنسي الذي يوجب التنبيه لكل مخاطر العلاج بما في ذلك المخاطر

الاستثنائية - النقص الفرنسي

قانوننا⁽¹⁾ فهي في الحالة الأولى ليست كذلك. غير أنه في جراحة التجميل على الطبيب إعلام مريضه بكل المخاطر المحيطة بالعملية و حتى الاستثنائية منها

د-البدائل العلاجية : على الطبيب أن يعرض على المريض كل طرق العلاج الممكنة، و البدائل و الخيارات المتاحة، طبيعتها و منافعها، و كذا المخاطر المقترنة بها، بالإضافة للتنبيه للآثار و مخاطر رفض العلاج و ما على المريض سوى المقارنة بينها و تقدير المنافع و المخاطر وفقا لاعتباراته الشخصية و اتخاذ القرار المناسب بناءا على ذلك، وفي فرنسا نص المشرع في التعديل القانوني الجديد (قانون 04 مارس 2002) على وجوب إعلام المريض بكل البدائل العلاجية الأخرى بما في ذلك رفض العلاج و آثاره على صحة المريض.⁽²⁾

و نشير في هذا الصدد لموقف محكمة السانية وهران في حكمها المؤرخ في 26 مارس 1996 و المؤيد بقرار مجلس قضاء وهران الذي أدين على إثره طبيب لتطبيقه طريقة التخدير المضاد لآلام الولادة(Péridurale) و التي تتطوي على مخاطر الإصابة بشلل جزئي مؤقت و كان أساس الحكم هو الإخلال بواجب التبصير فلو علمت المريضة بها لكانت لها مجموعة خيارات بديلة عن تطبيق هذه التقنية⁽³⁾

كما تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يبين شروط شكل الإعلام مما يجعل الطبيب حرا في اختيار الطريقة التي يراها مناسبة في إعلام مريضه⁽⁴⁾

و ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يواكب التطورات الرهيبة الحاصلة في مجال الجراحة التجميلية و لم ينظمها رغم أنها تجرى في الجزائر و لو بصفة سرية. وهذا على عكس باقي الدول العربية الأخرى كلبنان و سوريا و مصر.....و لأن المشرع الفرنسي سارع لحماية مرضاه منذ بداية ظهور هذا النوع من الجراحة كان من الضروري

¹ - Cass 1^{er} 07 octobre 1998 نص المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب

² - Article L.1111/2 loi du 4 Mars 2002

³ - جربوعة منيرة مذكرة ماجستير - الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و الجراحة التجميلية 2007 ص46.

⁴ - مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء بعنوان " العقد الطبي " .

إلقاء نظرة على ما توصل إليه خاصة و أنه أصبح ينظر للمريض في الجراحة التجميلية التحسينية على أنه مستهلك أكثر منه كمريض.

- نطاق الإعلام في القانون الفرنسي طبقا لقانون 2002/03/04 بشأن مخاطر العلاج

بعد الجهود المبذولة من طرف السلطات العمومية و النقابة الوطنية الفرنسية للجراحة التجميلية، شهد النور بعد ولادة عسيرة و تحديات جمة قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المريض و نوعية النظام الصحي الذي تضمن في طياته التأطير القانوني لممارسة الجراحة التجميلية في مؤسسات مرخص لها بذلك.

فنصت المادة 1111-4 منه بوجود الإعلام بالمخاطر الكثيرة الوقوع (risque fréquents) و المخاطر الجسيمة التي يمكن توقعها عادة (risques graves normalement prévisibles) في حين عبرت محكمة النقض الفرنسية عن المخاطر الواجب الإعلام بها بالمخاطر المحتملة و الاستثنائية (risques exceptionnelles) (1)

و من القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بعد دخول قانون 2002/03/04 حيز التطبيق القرار الصادر في 2002/10//02 و الذي أكدت فيه أنه يجب أن تكون الأخطار معروفة لدى الطبيب عند مباشرة العمل الطبي (2)

و من الأمور الجديدة التي جاء بها هذا القانون هي تمديده لواجب الإعلام لفترة ما بعد العلاج، فيلتزم الطبيب بإعلام مريضة فور اكتشافه خطر جديد بعد تنفيذه التدخل الطبي، و من جهة أخرى لم ينص هذا القانون على السماح للطبيب بعدم إعلام مريضه بخطورة

¹ - cass-civ-7 octobre 1998

² - صدر في هذا الشأن قرار عن محكمة النقض الفرنسية في 15-07-2003 تتلخص وقائعه في إصابة سيدة بانخفاض في تلوين البشرة (Une perte de pigmentation) الذي يؤدي لاحمرار البشرة و احتراقها بمجرد تعرضها للشمس و هذا بعد إتباعها لعلاج بالليزر لدى جراح تجميلي على مستوى الوجنتين و دائرة الفم و العينين بهدف إزالة التجاعيد و قد دفع الجراح بأن ما أصاب السيدة خطر لم يكن معروفا لحظة تقديم العلاج أي سنة 1996، و سبب القاضي حكمه أن الوثيقة التي وقعتها المدعية تتضمن تبصيرا خاطئا لعدم إشارتها لحدوث هذا الخطر و جهل الجراح لحدوثه ليس عذرا بل هو نقص في معارفه و هذا خطأ منه.

حالته الصحية إذا كان هذا يزيد من تدهور حالته النفسية ، و هو ما يخالف نصوص التقنين الفرنسي لأخلاقيات مهنة الطب و كذا قرارات محكمة النقض الفرنسية الحديثة بالتالي أصبح الطبيب في ضوء القانون ملزما بالإعلام الشامل فيما يتعلق بمخاطر العلاج المقترح⁽¹⁾.

و تلى هذا القانون عدة نصوص تطبيقية منها مرسوم 2005-777 المؤرخ في 11-07-2005 و الذي يهدف لإلزام الجراحين التجميليين بإجراء تدخلاتهم الجراحية بتجهيزات مخصصة لها، و أن يقوم بالعملية جراح يكون كفؤا و مؤهلا لذلك.

كما نص هذا المرسوم على احترام أجل 15 يوم على الأقل بين الفحص الطبي أو تقديم الكشف المفصل و بين التدخل الجراحي، كما ألزم الجراح الذي يفحص المريض بأن يجري العملية التجميلية له شخصيا، و إن تعذر عليه ذلك فعليه إخباره بذلك يوم الفحص و يجب على المريض أن يوقع كشفا مفصلا حدد القانون بياناته الإلزامية قبل خضوعه للعملية يتضمن على الخصوص: شروط التدخل الطبي، الأخطار المحدقة و النتائج و التعقيدات المحتملة، حساب مفصل للسعر، حتى يكون على بينة من أمره، و يكون محيطا بكافة الأخطار التي تترتب به. و يعاقب القانون الفرنسي الجراح التجميلي الذي لا يقدم الكشف المفصل أو لا يحترم مهلة 15 يوم الممنوحة للمريض للتفكير بغرامة مالية قدرها 30.000 أورو أما من يجري هذه العمليات في مؤسسات غير معتمدة قانونا فيعاقب بغرامة 150.000 أورو⁽²⁾.

و أخيرا، نقول أن محكمة النقض الفرنسية أكدت أنه يقع على الطبيب الالتزام بإثبات واقعة إعلام مريضه في الحكم الذي تتلخص وقائعه في: أنه أجريت عملية جراحية لشخص في مستوى المعدة. أسفرت عن إصابته بثقب في الأمعاء، فرفع دعوى مسؤولية على الطبيب عما لحقه من ضرر بسبب عدم إعلامه فرفضت المحكمة دعواه لأنه لم يقدم دليلا

¹ - مأمون عبد الكريم -مرجع سابق- ص146 و ما يليه.

² - المواقع الالكترونية [http :www.droit-medical.net /le 29-07-2008](http://www.droit-medical.net/le-29-07-2008)
[http :www.sante.ujf-grenoble -fr/le-31-07-2008](http://www.sante.ujf-grenoble -fr/le-31-07-2008)

على أن الطبيب أخل بالتزامه في الإعلام لكن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم باعتبار الطبيب هو الملزم بالقيام بإثبات تنفيذه للالتزام بالإعلام بما أن الالتزام يقع على عاتقه.

أما في القطاع العام فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المستشفى. وهذا ما حكمت به المحكمة الإدارية بباريس-حكم 26 ماي 1998.

الفرع الثاني : التزام الجراح التجميلي بالحيلة و الحذر

هو من أثقل الالتزامات الواقعة على الجراح التجميلي و إذا تمعنا في موقف القضاء يتضح أن الالتزام بالحيلة و الحذر يأخذ شكلا خاصا في الجراحة التجميلية بالنظر لهذا الالتزام في الجراحة العامة العلاجية. لهذا نجد محكمة النقض أدانت جراح تجميلي أجرى عملية على مستوى عضلات البطن عرفت تعقيدا لإهمال الجراح و قلة يقظته في الرقابة ما بعد إجراء العملية الجراحية بسبب مغادرته للعيادة في وقت مبكر⁽¹⁾.

نجد في هذا الحكم أن القضاء افترض وجود الخطأ باعتبار أن مغادرة الجراح للعيادة و إهماله المراقبة الطبية عقب الجراحة يشكل خطأ تسبب في الضرر الحاصل للمريض . ولكي ينفي الجراح عنه كل مسؤولية أو إهمال عليه إثبات أنه فعل كل ما بوسعه و بذل العناية اللازمة لإنجاح العملية و المحافظة على المريض، و أن التعقيد كان لا محاله منه أو نتيجة لقوة قاهرة أو حادث غير متوقع.

و في حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية أقر مسؤولية جراح قام بعملية تخدير موضعي قصد تجميل الأنف و علاج الأذن المرتفعة لشابة عمرها 21 سنة ، و قد عرفت هذه العملية تعقيدات بعد ساعة من إنجازها مما أدى إلى وفاة الشابة بسبب توقف الدورة الدموية و كان سبب إدانة الجراح هو الإهمال و عدم الحذر بعدم إبقائه للمريضة تحت رعايته المباشرة .

بالإضافة إلى ذلك فقد اعتمد القضاء في حكم لهم على مجموعة من الأخطاء الثابتة منها:

¹ - جربوعة منيرة-مذكرة ماجستير ص105 و ما يليها

* غياب الاحتياطات الجراحية

* عدم البحث عن أسباب الشلل لضمان السير الحسن للعلاج بعد العملية⁽¹⁾

إن واجب العناية الدقيقة و الحذر يمس كل جوانب الجراحة التجميلية بما فيها دواعي هذه الأخيرة « Les indication opératoire » ، بالتالي فإن كل تدخل ينطوي على مخاطر لا يمكن التحكم فيها و لا توقعها و لو نسبيا ينبغي على الجراح عدم الإقدام عليه حفاظا على صحة و حياة المريض، فإذا كانت العملية الجراحية من الصعب إنجازها نظرا لجسامة العيب وحساسية المريض أو حالته العامة، فإن الامتناع عنها يشكل في حد ذاته هذا الواجب بالحذر الذي يلزم به الجراح⁽²⁾ و هذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في 13/01/1959 بإدانتها لجراح قام بعملية على فك المريض، و أدت التقنية المستعملة لتشويهه على مستوى الوجه، و أكد القضاة هذا الموقف قائلين أنه بما أن الأضرار الناتجة عن هذه العملية كان بإمكان الجراح توقعها فما كان عليه سوى الامتناع عن إجرائها خاصة و أن طبيب آخر أخصائي قد رفض إجرائها⁽³⁾.

و لكن رغم تشدد موقف القضاة في تقدير خطأ الجراح التجميلي. إلا أن التزامه بقي دائما التزاما بوسيلة، و لكن مجرد الإهمال يشكل خطأ⁽⁴⁾.

¹ - جريدة منيرة مذكرة الماجستير - مرجع سابق ص 106-107

² - Daniel Rouget responsabilité médicale de la chirurgie esthétique Louis arbus/Édition Arrette/p 119

³ - Semaine juridique 1959-2 Note savatier/142

⁴ - Renneau -Faute civil et pénal en matière de responsabilité médicale paris sirey 1975

المطلب الثاني : طبيعة التزام الجراح التجميلي

ثار نقاش حاد و تضاربت الآراء حول طبيعة التزام الطبيب في الجراحة التجميلية ، فذهب البعض لاعتباره التزاما بتحقيق نتيجة في بادئ الأمر، و هذا نظرا لانعدام قصد العلاج، و تمسك البعض بالمبدأ الذي كرسه قرار مارسيي لسنة 1936 فاعتبروه التزاما ببذل عناية وأكد البعض الرأي الثاني و كيفوه أنه التزام ببذل عناية كبيرة و مؤكدة « obligation de moyens renforcée ».

الفرع الأول : التزام الجراح التجميلي بتحقيق نتيجة

ذهب رأي⁽¹⁾ إلى وجوب اعتبار التزام الجراح التجميلي التزاما بتحقيق نتيجة، و مؤدى هذا الاتجاه أنه إذا لم تتحقق النتيجة المرجوة من هذا العمل الجراحي فهذا بذاته يكون جانب التقصير و الخطأ في جانب الجراح⁽²⁾

وقد قضت محكمة باريس بأن النتيجة هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، ونظرا لأن تلك الجراحة لا تتطلبها صحة المريض فعلى الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا قامت هناك مخاطر جادة بالفشل و لم يتم تحذير المريض منها ، و ينبغي على الطبيب عدم القيام بالعملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية تتعلق بها حياة المريض أو صحته⁽³⁾.

كما عرف القضاء الفرنسي نفس الموقف اتجاه جراح تجميلي و العيادة التي يعمل فيها على إثر عملية تجميلية على مريضة كانت تعاني من عيوب بسيطة ناتجة عن الولادة على مستوى صدرها و بطنها، ولأنها لم تحصل على النتيجة المبتغاة، فإن الجراح و عيادته عدا مسؤولين عن ذلك⁽⁴⁾، كما نجد محكمة كولمار، و في حكم لها جاء فيه أن جراح التجميل

¹ - savatier : traité de la responsabilité civil tome 2 p 375 ets N 775

² - أحمد محمود سعد-مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه- مرجع سابق-ص424

³ - جربوعة منيرة مذكرة الماجستير - مرجع سابق-ص93

⁴ - cour de cassation 25-02-1995

ملزم بتحقيق نتيجة إذا كان تدخله بناء على طلب المريض، أو الشخص الخاضع للجراحة. وكان ذلك بعيدا عن أي قصد علاجي و لغرض تجميلي محض.(1)

الفرع الثاني : التزام الجراح التجميلي ببذل عناية

يرى البعض أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية عملا بالمبدأ العام الذي جاء به قرار مارسيني سنة 1936 و الذي قررت فيه محكمة النقض وجود عقد بين الطبيب و كل مريض من مرضاه، يلتزم بمقتضاه ليس بشفائه و لكن بتقديم العلاج المتقن، اليقظ و الحذر، والمتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة(2).

و في هذا الإطار نص الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن الخدمة الفنية التي يلتزم بتقديمها الأطباء.....و هذا بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة تقتضيها أصول المهنة التي ينتمون إليها. فالتزامهم هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، سواء في إطار مسؤوليتهم العقدية أو التقصيرية(3).

و ما يمكن ملاحظته بشأن الموقف الحديث للقضاء الفرنسي أن محكمة النقض لم تساير رأي المحاكم السابق ذكره، ففي قرار لها أكدت أن التزام جراح التجميل يبق التزاما ببذل عناية، و ذلك بمناسبة عملية جراحية أجراها جراح لامرأة قصد زرع تركيبات صناعية على مستوى صدرها، إلا أن نتيجة العملية لم تبلغ حد النجاح الذي كانت تتصوره هذه المريضة من الناحية الجمالية. و هذا ما أكده الخبير المعين من قبل القضاء، الذي قرر عدم وجود أي خطأ أو تقصير من جانب الجراح. و إنما العيب يعود وجوده لتقنية زرع هذه التركيبات، والاحتمال الذي ينطوي عليه العمل الجراحي في هذه الحالة(4)

¹ - جربوعة منيرة مذكرة الماجستير - مرجع سابق-ص 96

² - « que le médecin doit donner des soins consciencieux ;attentifs et conformes aux données acquises de la science. » voir jean penneau -la responsabilité du médecin-3^{ème} édition 2004 -p9

³ - عبد الرزاق السنهوري-مصادر الالتزام-المجلد الثاني-2005-ص 930-931

⁴ - voir cassation civile 1^{er}07 dt 1992 jcp 1993 note chabas

و في الحقيقة إن خصوصيات جراحة التجميل جعلت قضاء محكمة باريس يتشدد في هذا الالتزام، و ذلك بمناسبة عملية تجميل بعيدة عن قصد العلاج و ذات طابع تحسيني محض. وهو ما أدى بالقضاء لتقريب التزام الجراح التجميلي من الالتزام بتحقيق نتيجة، غير أنه يؤكد في ذات الوقت أن التزامه يبق ببذل عناية. و كل ما في الأمر أن القضاء يتطلب من الطبيب الامتناع عن التدخل لإجراء جراحة تجميل إذا لم يكن واثقا من تخصصه و دقته من جهة، و أن يكون هناك نوع من التناسب بين الغاية من العملية والمخاطر المحتملة من ورائها. فلا يقدم على إجراء جراحة تجميلية تحمل في طياتها خطرا على حياة الشخص، أو تترك تشوهات أو شللا.....تتجاوز العيب المبدئي المراد إصلاحه⁽¹⁾.و لعل قصر التزام الطبيب في جراحة التجميل على مجرد بذل العناية فقط يبرره تعلق الأمر بممارسة الفن الطبي الذي يهيمن عليه الاحتمال، فلا تقوم مسؤوليته إلا أساس التقصير أو الخطأ.

إلا أن بعض الفقهاء و منهم "jean penneau" يرى ضرورة التفرقة بين العمل الجراحي التجميلي "l'acte chirurgical esthétique" البحث و الذي يبق خاضعا للطابع العام للالتزام الطبي أي ببذل العناية و الجهد اللازمين لذلك، وبين نتيجة العملية الجمالية التي يعد بها الجراح مريضه و التي يجب إخضاعها لتحقيق النتيجة الموعود بها⁽²⁾. من المتفق عليه أنه على الجراح التجميلي أن يلتزم باستعمال الطرق المتفق عليها، وتجنب الطرق الجراحية الجديدة و الصعبة التي تحوم حول استعمالها مخاطر جمة، و تكون بالتالي نتائجها غير مرضية⁽³⁾.

و قد تم تكييف التزام الطبيب في هاته الحالة على أنه التزام ببذل عناية كبيرة، و يقع على عاتق الطبيب الجراح واجب النصح و التنبيه و الإحجام عن إجراء العمليات الجراحية التي لا تتناسب منافعها مع أخطارها إذ عليه أن يجنح إلى تلك العمليات التي تزيد فيها

¹ - جريوة منيرة مذكرة الماجستير - مرجع سابق - ص 97

² - voir J.penneau-ha responsabilité du médecin p 12

³ - trib.paris-17-férier -1994-D.1995-somm 100-obs-J.penneau

مشار إليه في البحث المنشور في مجلة المحامي عدد 4 نوفمبر 2005 ص 12 بقلم رابيس محمد.

فرص النجاح المأمولة و المنتظرة و يمتنع عن القيام بالعمليات التي يتوقع منها نتائج معاكسة.

كما عليه الإحجام عن إجراء عملية تجميلية يكون الدافع إليها غير قانوني أو سببها غير مشروع كأن يقوم الطبيب بالسعي لتغيير ملامح مجرم حتى يتمكن من الإفلات من قبضة البوليس (1).

و تجدر الإشارة أن شهادة الطب العام لا تكفي و لا تصلح لإجراء مثل هاته العمليات و ممارسة هذا النوع من الطب نظرا لما تشمل عليه هذه الأخيرة من أخطار و صعوبات لا يعرفها إلا الأطباء المتخصصون.

و قد قضت المحاكم في فرنسا و اعتبرت أن الطبيب قد ارتكب خطأ جسيما عندما استخدم وسائل كان يجهل خطورتها نظرا لأنه لم يكتسب العلم الكافي و المتخصص لمثل هذه العمليات الدقيقة (2).

إن هذا المبدأ قرره المشرع الجزائري في نص المادة 198 من القانون حماية الصحة و ترقيتها (3) و التي تقضي بعدم جواز ممارسة مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن المعني بالأمر قد حاز شهادة في هذا الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، و يستفاد من سياق هذا النص أن الطبيب العام لا يجوز له ما عدا في حالات الضرورة القصوى إجراء أي عملية يتطلبها اختصاص معين و كذلك الأمر بالنسبة للطبيب المختص في فرع من فروع الطب الذي لا يسمح له بإجراء عمليات تدخل في اختصاص فرع آخر غير الفرع المختص فيه.

و قد أجاز التشريع الجزائري في المادة 3/168 الواردة في القانون 90-17 إجراء عمليات تجريبية لا يرجى من ورائها العلاج بشرط الحصول على رأي مسبق للمجلس

¹ - الموقع الإلكتروني 58 http://www.droit medical.net/article

² - مجلة المحامي-السنة الثالثة عدد 4 نوفمبر 2005-ص 14

³ - قانون رقم 11/18 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 02 يوليو 2018 يتعلق بالصحة

الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية⁽¹⁾. مما يعني أن مثل هذه العمليات يمكن أن يكون لها قصد التجميل، و من المؤكد أن المجلس الوطني لأخلاقيات العام الطبية لن يمنح رأيه المسبق إلا إذا تأكد أن الطبيب سيبذل عناية صادقة و حرصا و يقظة في إجراء العملية ، و مع ذلك فإن هذا الحرص و هذه العناية في عمليات التجميل مؤكدة بدرجة واضحة.

و يجب على الجراح التجميلي أن يكون حذرا في عمله و يجري الفحص بدقة شديدة، و أن يلتزم بسلامة المريض، و ذلك لأن عمليات التجميل مسألة لا تملئها حالات الاستعجال و لا الضرورة، مما يمكن من تحويل التزام الطبيب من التزام ببذل عناية إلى التزام ببذل عناية مؤكدة و خاصة⁽²⁾ دون أن يصل إلى التزام بتحقيق نتيجة⁽³⁾ كما ذهبت إليه محكمة باريس في قضاء لها.

و قد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر في 26 جويلية 1969 مؤكدة المبدأ⁽⁴⁾ إذ قالت: "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 بها شفاء المريض من علة في جسمه، و إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر".

فإذا كانت قرينة إتمام الالتزام و القيام به على وجه سليم قائمة مبدئيا لمصلحة الطبيب إلى أن يثبت المريض عكس ذلك، فإن القضاء في مجال عمليات التجميل الجراحية يميل إلى عكس هذا الاتجاه، فيأخذ بمسؤولية الطبيب على افتراض أنه وعد المريض بنتائج طبية و كبيرة حتى يبرر تدخله و هذا ما قضت به محكمة النقض في مصر إذ قالت أن المريض إذا أثبت واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في

¹ - تنص المادة 3/168 من قانون رقم 11/18 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 02 يوليو 2018 يتعلق بالصحة جريدة رسمية عدد 46 لسنة 2018 : "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه."

² - trib-lyon-08 Jan.1981-j.C.P.1981-19699-note-chabas مشار إليه في مجلة المحامي -مرجع سابق- ص 15

³ - محمد حسين منصور -مرجع سابق- ص 74

⁴ - نقض مصري 1969/07/26-س20-ص1075 مشار إليه من طرف حسين منصور-مرجع سابق-ص77.

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، فنقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب .

و يتعين على هذا الأخير كي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت حالة الضرورة التي اقتضت التصرف، و التي بها يمكنه أن ينفي عن نفسه الإهمال⁽¹⁾.

و ما يمكن استنتاجه فيما يخص انقضاء الجراح المساءلة القضائية، و ما يمكن فعله عدم اقتراح نتيجة خاصة، إذ أن استعمال الصور، أو أي وسيلة أخرى تدفع الشخص للإقدام على العملية التجميلية تعد -و إن شكلت جزءا من عمله -وسيلة إثبات إذا فشلت العملية التجميلية، و لم يصل المريض إلى مبتغاه الجمالي⁽²⁾.

التزام الجراح التجميلي بالسلامة:

منذ 1911 ابتكر القضاء الفرنسي الالتزام بالسلامة في عقد النقل، و على الرغم من انتقاد الفقه لهذا الالتزام الذي لم يشر إليه القانون، فإن القضاء الفرنسي قد مضى قدما في إدخال هذا الالتزام في الكثير من العقود الأخرى⁽³⁾. و في القانون الجزائري نصت المادتين 172 و 176 من القانون المدني على نوعين من الالتزام (الالتزام بتحقيق نتيجة، و الالتزام ببذل عناية). أما الالتزام بالسلامة فنجد المادة (62) من القانون التجاري الجزائري تنص على وجوده في عقد نقل الأشخاص، و كذا المادة(2) من القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك و الذي جعل هذا الالتزام على عاتق المحترف أو المهني.

و ما يميز الالتزام بالسلامة أنه يتعلق بسلامة الأشخاص، و أنه ليس التزاما رئيسيا بل هو التزام ثانوي تابع لأحد النوعين من الالتزامات، و في القضاء الجزائري اعتبرت

¹ - مجلة المحامي عدد 4-السنة الثالثة- نوفمبر 2005-بحث منشور بقلم محمد رايس-بعنوان المسؤولية المدنية

للأطباء في عمليات جراحة التجميل ص16

² - جربوعة منيرة مذكرة الماجستير الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و الجراحة التجميلية 2007 ص46.

³ - علي علي سليمان -مرجع سابق-ص157

المحكمة العليا الالتزام بالسلامة، التزاما بتحقيق نتيجة في قرارها الصادر في 30 مارس 1983⁽¹⁾

و في غياب نص تشريعي للقاضي السلطة التقديرية في تكييف هذا النوع من الالتزام ذلك أن ذات القضية طرحت قبل سنة 1975، و تم تكييف الالتزام بالسلامة أنه التزام ببذل عناية⁽²⁾.

و في المجال الطبي، بذل الفقه محاولات كثيرة في سبيل جعل التزام الطبيب في بعض الأنشطة الطبية، التزاما بالسلامة، محله تحقيق نتيجة، دون أن يعني ذلك التخلي عن الأصل العام، و الذي يقصر محل التزام الطبيب على بذل العناية كما أن اقتضاء أن "تتوافر في الأعمال الطبية الأمان الذي يحق للشخص أن ينتظره بطريقة مقبولة" يعني فقط أنه إذا كان الطبيب لا يلتزم و لا يعد بنجاح العلاج، أو تحقيق الشفاء، فإنه يجب أن يلتزم بالعمل على ألا يكون التدخل الطبي، في حد ذاته، أو الأدوات المستخدمة أو الأجهزة الموردة سببا في تفاقم حالة المريض بصورة مأساوية أحيانا.

و قد حدث تطور قضائي واضح في المجال المتعلق بالعدوى المرضية التي تصيب المريض خلال إقامته بالمستشفى « les infections nosocomiales » فلم يعد يقتصر مجال الالتزام بضمان السلامة على العدوى التي تحدث داخل غرفة العمليات، أو حجرة الولادة، بل يشمل كل عدوى تنتقل للمريض خلال تواجده بالمستشفى أو بالعيادة الطبية الخاصة، فالمسؤولية عنها تترتب، و يلتزم المسؤول بتعويض تلك الأضرار.

كما يمتد هذا الالتزام حتى بالنسبة للأجهزة التي يوصي الطبيب مريضه باستخدامها إذ يجب أن يحذر من مخاطر الاستخدام و يتحمل المسؤولية عن أي أضرار قد تحدث .

¹ - جاء في حيثيات القرار "صاحب الحمام يعتبر مسؤولا لأن العقد هو عقد خدمات بين صاحب الحمام و الزبونة، يضع على عاتق صاحب الحمام التزاما بسلامة الزبائن و هو التزام بتحقيق نتيجة"

² - محاضرات لحلو غنيمة الملقاة على طلبة المدرسة العليا للقضاء-سنة أولى- دفعة 17-سنة 2006

و قد فرض القضاء على عاتق مراكز الدم التزاما بضمان السلامة محله تحقيق نتيجة بحيث تترتب مسؤوليته بمجرد حدوث عدوى نتيجة عملية نقل دم ملوث بفيروس الأمراض⁽¹⁾.

و عليه فإن الالتزام بالسلامة الذي يقع على الجراح بصفة عامة و على الجراح التجميلي بصفة خاصة مفاده أن لا يعرض مريضه لأي أذى جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة و ما يعطيه من أدوية أثناء العلاج الجراحي. و بأن لا ينتقل إليه مرضا آخر نتيجة العدوى. أو ما ينقله من دم.... خاصة و أن التقدم العلمي في المجال الجراحي أدى لزيادة استخدام الآلات الحديثة بما ينطوي عليها من مخاطر، و يسلم القضاء اليوم بأن الطبيب لا سيما الجراح، عليه أن يلتزم بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه جراء استخدام الأدوات الطبية. و الأضرار المقصودة هنا هي تلك الناشئة عن وجود عيب أو عطل بالأجهزة إذ يقع التزام الطبيب باستخدام آلات سليمة لا تلحق أضرار بالمريض و هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يعفى الجراح من المسؤولية حتى و لو كان العيب موجودا بالآلة وقت صنعها و يصعب كشفه. لكنه يمكن أن ينفي مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي.

و من التطبيقات القضائية في هذا الصدد القضاء بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشروط الكهربائي أثناء العملية رغم أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدامه و عن الالتهاب أو الوفاة الناتجة عن زيادة التعرض للأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم، كما يسأل الطبيب عن الوفاة الناتجة عن الشرارة المتطايرة من جهاز التخدير و كسر الحقنة بالعضلات، كما تمتد مسؤوليته للأضرار التي تصيب المريض نتيجة سقوطه من فوق منضدة الفحص بسبب هبوطه المفاجئ⁽²⁾.

و قد شهد القضاء الجزائري قضية عرفها مستشفى بارني سنة 1985 أين رفعت دعوى قضائية من طرف سيدة أدخلت المستشفى لإجراء عملية جراحية تجميلية لإزالة الدوالي لكنها تعرضت أثناء العملية للحرق بسبب خلل كهربائي، و أثناء المحاكمة لم يتسنى للقضاء تحديد

¹ - ثروت عبد الحميد—مرجع سابق—ص137 و ما يليها

² - جربوعة منيرة مذكرة الماجستير الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و الجراحة التجميلية 2007 ص46.

المسؤولية بسبب تداخل و تعدد الأطراف (التقني -الطبيب - مؤسسة الكهرباء) و لكن المستشفى هو من تحمل في الأخير المسؤولية، و دفع تعويضات مالية للضحية قدرها 50 مليون سنتيم و مبلغ شهري يقدر ب 3000 دينار كتعويض عن الخسائر طبقا للمبدأ العام المقرر بموجب المادة 124 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

¹ - جريدة الجزائر -العدد- 407 بتاريخ 28-07-1993 ص09

الفصل الثاني: أساس المسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية وأركانها

اتخذ القضاء في بداية الأمر موقفا عدائيا من جراحة التجميل، ففي الوقت الذي كان يقرر فيه، فيما يتعلق بالجراحة العادية أن رضاء المريض يعفي من كل مسؤولية عن الأضرار التي يمكن أن تنجم عن العلاج، طالما أن الطبيب لم يقع منه خطأ في تطبيق قواعد مهنته، نجد أنه فيما يتعلق بالجراحة التجميلية اعتبر أن مجرد الإقدام على إجراء عملية لا يقصد منها إلا التجميل يعد خطأ في حد ذاته، حتى لو أجريت طبقا لقواعد الفن الطبي⁽¹⁾.

إلا أنه في مرحلة تالية و تحت تأثير ما نجم من تطورات في العالم إثر الحرب العالمية الثانية و ما نتج عنها من مشوهي حرب، اضطرت الدول لإخفائهم عن أعين الناس، حتى لا تؤذ الأحياء بمظهرهم المريع، فثبتت ذلك السخط على الأنظمة القائمة، عدل الفقه الفرنسي عن وجهة نظره المتشددة بشأن جراحة التجميل لكن بتحفظ شديد فميز بين نوعين من الجراحة لتحديد مسؤولية الطبيب.

النوع 1: الجراحة التجميلية الضرورية الإصلاحية -الترميمية « La chirurgie esthétique réparatrice »

و الهدف منها إصلاح حالات التشويه الجسمية الناجمة عن الحوادث و التي ترقى لمقام العلة المرضية فتنزل لمستوى الجراحة العادية و تطبق عليها أحكامها.

النوع 2 : الجراحة التجميلية المحضة « La chirurgie esthétique non réparatrice »

و الغرض منها هو جمالي بحث، يشمل العمليات الكمالية لإضفاء الصفة الجمالية على خلقة الإنسان العادية و جعله يبدو أكثر شبابا لأسباب فنية أو نفسية، و هنا لا يكون لتدخل الجراح مبرر إلا إذا لم تنطوي وسيلته في التجميل على خطر ما بالنسبة لحياة المريض أو سلامة جسده .

¹ - محمد حسين منصور -مرجع سابق- رقم "1" 1998 ص 77 - رمضان جمال كامل -مرجع سابق-ص227

و نشير أنه لغاية 1988 فإن الجراحة التجميلية الترميمية هي وحدها التي كانت معترفاً بها كفرع من الفروع الجراحية العامة رغم ممارسة النوع الثاني منها. و لكن في تطور أخير أقر الفقه الفرنسي بمشروعية جراحة التجميل، و أخضعها لنفس قواعد الجراحة العلاجية، غير أن القضاء تشدد بصدد المسؤولية الطبية في هذا المجال خاصة فيما يخص تقدير خطأ جراح التجميل و اشتراط أن يكون الجراح على درجة كبيرة من التخصص، و أن يستخدم طريقة علاجية متفق عليها⁽¹⁾ و أن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له المريض و الفائدة المرجوة من العمل الجراحي⁽²⁾ و بالتالي كان من اللازم التطرق لأساس مسؤولية الجراح التجميلي، و تبيان وجه التشدد فيها في المبحث الأول و كذا دور القاضي في تقدير قيام أركان هذه المسؤولية و تقدير التعويض في المبحث الثاني.

المبحث الأول: أساس مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية

ككل مسؤولية مدنية، تفترض المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية لقيامها بثلاثة أركان: الخطأ الطبي، الضرر، و الرابطة السببية بينهما و نظراً لكون الخطأ الطبي أساس المسؤولية الطبية للجراح التجميلي سواء كانت عقدية أو تقصيرية، و نظراً لما يكتسبه الخطأ الطبي من أهمية و خصوصية بسبب تميز مهنة الطب عموماً و جراحة التجميل باعتبارها فرعاً من فروع الجراحة العامة خصوصاً، و باعتبارها لا تمارس من حيث المبدأ لأهداف علاجية (حتى و لو أن مفهوم المرض اتسع و لم يعد يقتصر على الأمراض العضوية فقط بل حتى النفسية) و إجراءاتها في ظروف متأنية و غير مستعجلة كان من الضروري تخصيص المطلب الأول لتبيان ماهية الخطأ الطبي معياره، و نوعه و مقدار جسامته مع التطرق للخطأ الفردي و خطأ الفريق الطبي - خاصة و أن هذه العمليات غالباً ما تجرى بواسطة فريق جراحي- ثم نتعرض في المبحث الثاني للصور الخاصة للخطأ الطبي في جراحة التجميل.

¹ - جربوعة منيرة- مذكرة الماجستير الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و الجراحة التجميلية 2007 ص46.

² - محمد السعيد رشدي -الجوانب القانونية و الشرعية لجراحة التجميل 1987- ص18

المطلب الأول: الخطأ الطبي

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للخطأ الطبي بل ترك ذلك لاجتهاد الفقه و القضاء. ويأخذ هذا الأخير تعريفه من الخطأ المهني المتصل بالأصول الفنية للمهنة، فيعرف بأنه إحجام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي يفرضها علم الطب، و قواعد المهنة و أصول الفن، أو مجاوزتها و ذلك نظرا لأن الطبيب و هو يباشر مهنة الطب فهذا يستلزم منه دراية خاصة و يعتبر ملزما بالإحاطة بأصول فنه و قواعد علمه التي تمكنه من مباشرتها و متى كان جاهلا لذلك عد مخطئا⁽¹⁾.

و يشير الدكتور محمد رايس أن قانون حماية الصحة وترقيتها و كذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب، و كذا المرسوم المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين العامين و المتخصصين في الصحة العمومية و كذا المرسوم المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الاستشفائيين الجامعيين و كذا القوانين التي سبقتها لم تشر إلى تقرير مسؤولية الأطباء الناشئة عن أخطائهم أثناء ممارستهم للمهنة أو لم تتعرض لبيان الخطأ في نطاق الأعمال الطبية، بل اقتصرت على بيان واجبات و التزامات الطبيب دون وضع الجزاءات المدنية في حالة الإخلال بها. و هو ما يدفع القضاء الجزائري لتطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الأطباء⁽²⁾.

الفرع الأول : معيار الخطأ الطبي :

معيار الخطأ الطبي المعتبر ركنا لمسؤولية الطبيب المدنية هو ما لا يمكن أن يتصور من الطبيب العارف على أساس السلوك الذي كان ينبغي أن يصدر من الطبيب موضوع المسؤولية على ضوء الظروف المحيطة به. فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من الطبيب العادي و هو طبيب يقظ في مستواه المهني ووجد في نفس

¹ -16 J.penneau -la responsabilité du médecin-op.cit-p-16 مشار إليه من الدكتور محمد رايس -المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري- دار هومة 2007- ص 149

² - محمد رايس-نفس المرجع-ص153 و ما يليها

الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول أثناء ممارسته لعمله مع الأخذ في كل هذا بتقاليد المهنة و الأصول العملية الثابتة. فالمعيار هنا معيار موضوعي ، بمعنى أن يقاس سلوك الطبيب بسلوك طبيب آخر من نفس المستوى و الدرجة العلمية فمثلا الجراح التجميلي يقاس سلوكه بجراح تجميلي مثله و لا يعتد بالظروف الداخلية للشخص كظرف السن، الجنس ، و الحالة الاجتماعية . ولكن يعتد بالظروف الخارجية كالظروف المكانية و الزمانية التي وقع فيها الفعل الضار. و عليه فمهمة القاضي تكمن في البحث عن سؤالين هما: *هل وقع إهمال حقيقي و واضح من الطبيب؟

*هل اتخذ الطبيب ما يستوجب من احتياطات يفرضه الحذر العادي من طبيب محترف في نفس تخصصه و مستواه الفني و أمام ذات الشروط الظاهرة و المماثلة لتلك التي وجد فيها الطبيب محدث الضرر؟

و للإجابة على هذين السؤالين على القاضي الاستعانة بالأطباء ذوي الخبرة في مجال تخصص الطبيب مرتكب الخطأ⁽¹⁾. كما يمكن للمحاكم الجزائرية أن تلتزم المجلس الوطني و المجالس الجهوية للأداب الطبية كلما رفعت الدعوى بمسؤولية أحد أعضاء الهيئة الطبية قصد توضيح الصعوبات المرتبطة بتقدير الخطأ الطبي و هذا ما نصت عليه المادة 367 مكرر 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الفرع الثاني : نوع الخطأ و مقدار جسامته:

يسأل الطبيب عن كل خطأ يرتكبه مهما كان نوعه، عاديا قد يرتكب من أي شخص عادي نتيجة الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة كقيامه بعملية جراحية و هو في حالة سكر أو إهمال تخدير المريض قبل الشروع في العملية. كما يسأل الطبيب عما يوصف بالخطأ الفني الذي ينتج عن جهله بالأمر الفنية لمهنته و لا عبرة بجسامة الخطأ أو يسره مادام واضحا و ثابتا و يعكس جهل الطبيب بالمعطيات العلمية الثابتة ، كما ذهب مجلس

¹ - مذكرة نيل شهادة المدرسة العليا للقضاء - هني سعاد - المسؤولية المدنية للطبيب- مرجع سابق- ص5 - ثروت

عبد الحميد - مرجع سابق- ص114

الدولة الفرنسي مؤخرًا في إطار المسؤولية الطبية الإدارية للاعتداد بالخطأ مهما كان وصفه لإعمال مسؤولية المستشفى و هذا منذ قرار « Epoux v » الصادر في 10/04/1992⁽¹⁾. بعدما كان يعتبر المستشفى مسئولًا على أساس الخطأ الجسيم في حالة الضرر الناجم عن العمل الطبي، في حين يكتفي بالخطأ البسيط لقيام المسؤولية في حالة العمل العلاجي⁽²⁾.

أدى التطور العلمي إلى التخصص الدقيق في فروع الطب حتى أصبح الطبيب المتخصص في شيء معين لا دراية له بباقي التخصصات، و بالتالي قد تقتضي حالة المريض اللجوء لمجموعة من المتخصصين، أو حتى لمساعدين لإجراء العملية الجراحية، فإن لم يلجأ الجراح لهؤلاء يكون مخطئًا⁽³⁾، و يقر الفقه و يعترف القضاء بأن المسؤولية الطبية بناء على الفعل الشخصي تكون من طبيعة عقدية كلما وجد عقد بين الطبيب و المريض، غير أن الإشكال يطرح إذا تعاقد المريض مع طبيب جراح و استقدم هذا الأخير أطباء آخرين و من بينهم الطبيب المخدر فيرتكب هذا الأخير خطأ، فإذا قاضى المريض الطبيب المخدر فإن أساس مسؤوليته هي الخطأ الشخصي، أما إذا عاد المريض على الجراح الذي تعاقد معه فيسأل هذا الأخير عن فعل غيره على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع أي على أساس المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾.

أما إذا استعان الجراح بطبيب التخدير بناء على رغبة المريض فإنه ينشأ بين المريض و طبيب التخدير عقد، و يسأل كلاهما عن تنفيذ العقد الطبي قبل ذات المريض⁽⁵⁾. و مع ذلك درج القضاء على الحكم بالمسؤولية التعاقدية لطبيب التخدير عن الأضرار التي تحدث

¹ - Fabienne quillère -majzoub -la responsabilité du service public hospitalier محاضرة واردة ب: المجموعة

المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين-منشورات الحلبي الحقوقية لبنان-جزء 1-2004 ص 594

² - رشيد خلوفي- قانون المسؤولية الإدارية- ديوان المطبوعات الجامعية - طبعة 1994 ص 72

³ - رمضان جمال كامل- مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية - طبعة 1- 2005-المركز القومي للإصدارات

القانونية ص 220

⁴ - (2-10533-II-1958-j.c.p -trib -paris 14/02/1958 محمد رايس- المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء

القانون الجزائري- مرجع سابق- ص 197

⁵ - رمضان جمال كامل- المرجع نفسه- ص 205

نتيجة فعل التخدير. و قد أوضحت محكمة السين في حكمها الصادر في 1953/11/3 أن الطبيب الجراح لا يمكن أن يكون مسئولاً عن الأخطاء التي يرتكبها طبيب التخدير باعتباره يتصرف في نطاق تخصصه بكل استقلال، وهو بذلك لا يمكن اعتباره تابعاً للجراح و قد سار القضاء الفرنسي على هذا المبدأ كلما تجلى له خطأ طبيب التخدير وحده خاصة في تلك الأعمال القابلة للانفصال عن العمل الجراحي كإعداد المخدر و تقدير درجته و الجرعة اللازمة المطلوبة..... الخ و لكن نظرية العمل المنفصل لا تتحقق دوماً إذ أن التخدير يكون في حالات عديدة تحت تبعية الجراح كما أنه من النادر أن يختار المريض و يتعاقد مع طبيب التخدير و هو ما دفع البعض لتصور قيام علاقة تعاقدية بين المريض و طبيب التخدير على أساس مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير و عارض بعض الفقه ذلك لعدم توافر رضا المريض المستتير فيما يتعلق بطبيب التخدير(1).

كما يسأل الجراح تعاقدياً عن الأخطاء التي يرتكبها مساعده (2) ذلك أنه جرى العمل أن يقوم الجراح بإجراء الجزء الجوهري من العملية بنفسه، ثم يترك الباقي للمساعدين و خاصة النواب و ذلك بغرض التعليم و التدريب. فإذا حدث خطأ من النائب نجم عنه ضرراً أصاب المريض فإن الجراح يكون مسئولاً عن هذا الخطأ لأنه و إن سمح للنائب بمساعدته فإنه يتعين أن يكون ذلك تحت إشرافه و توجيهه و تحت مسؤوليته و يتعين عليه إتمام العملية والاطمئنان عليها بنفسه(3).

و يرى الدكتور محمد راييس أن عدم الخيار بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التصويرية قائم من حيث المبدأ في الجزائر وعليه فمتى وجد عقد بين الطرفين و كان

¹ - محمد راييس-مرجع سابق-ص197 وما يليها.

² - تنص المادة 2/73 من مدونة أخلاقيات الطب" أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان فإنهم يعملون تحت مراقبتهم و تحت مسؤوليتهم."

يتضح أن الطبيب المعالج يسأل فقط عن أخطاء المساعدین الذين اختارهم و يعملون تحت رقابته أما إذا لم يكن حراً في اختيارهم كما هو الحال في المستشفى العام و الخاص فلا مجال لمساءلتهم عن الأخطاء الواقعة منهم أثناء تنفيذهم لتعليماته بل يبق المستشفى مسئولاً باعتبارهم تابعين له و تطبق أحكام المادة 136 قانون مدني جزائري.

³ - رمضان جمال كامل -مرجع سابق-ص213

الضرر اللاحق بالمريض نتيجة إخلال الطبيب بالتزام ناشئ عن العقد وجب تطبيق أحكام المسؤولية العقدية و هي الأصل، و لا تثور المسؤولية التقصيرية للأطباء إلا إذا لم يكن هناك عقد كما هو الحال بالنسبة للطبيب الموظف في المستشفى العام أو عندما يتخذ خطأ الطبيب الوصف الجرمي كذلك في الحالات التي يقوم فيها الطبيب بتحرير شهادة طبية لشخص و تكون غير مطابقة للحقيقة فمسؤوليته تكون تقصيرية عما يصيب الغير (جهات العمل وهيئات التأمين الاجتماعي مثلا) جراء تلك الشهادة.....الخ

وتجدر الملاحظة أن محكمة النقض الفرنسية قررت بوضوح الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية عن فعل الغير. إذ يسأل الطبيب عن عدم تنفيذ التزامه العقدي، و لو كان هذا الإحجام عن التنفيذ من فعل الغير، و في هذا المجال هناك من يرى ضرورة التخلي عن الحلول التقليدية المتمثلة في التمسك بمسؤولية الطبيب الرئيسي ذو الشهرة الكبيرة الذي يكون له الإشراف و القيادة للفريق الطبي، و أعمال المسؤولية التضامنية طبقا لنص المادة 126 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ أو تطبيق ما يسمى بالمسؤولية التضامنية المعمول بها في فرنسا و هذا بالأخذ بمسؤولية الفريق الطبي بعد إضفاء الصبغة القانونية عليه⁽²⁾.

المطلب الثاني: الصور الخاصة للخطأ الطبي في جراحة التجميل

لعل ما يميز المسؤولية الطبية عن غيرها هي طبيعة الخطأ، فخطأ الطبيب بصفة عامة و الجراح التجميلي بصفة خاصة ليس كخطأ الشخصي العادي، و ذلك لما ينطوي عليه من طبيعة فنية و تعقيد علمي يلزم القضاء الاستعانة بالخبراء و رجال الفن لتقدير وجوده و هذا بمختلف صورته في الجراحة التجميلية و المتمثلة في:

-الإهمال و عدم الحذر

-عدم التحكم في تقنية العلاج

-عدم تناسب المخاطر مع الغرض التجميلي

¹- تنص المادة 126 من القانون المدني الجزائري : "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض"

²- محمد رايس -مرجع سابق- ص192 و ما يليها

الفرع الأول: الإهمال و عدم الحذر

إذا كان التزام الطبيب بالحرص و العناية و اليقظة أيضا التزاما عاما في جميع الحالات و في كافة الظروف، فإنه أوضح و أوجب في جراحة التجميل. و من قبيل ذلك أنه على طبيب التجميل أن يفحص مريضه بعناية و دقة فائقة و أن يجري كافة الفحوص السابقة على إجراء العملية ملتزما في كل ذلك و بحذر بكافة مقتضيات السلامة و الأمان بالنسبة للمريض، خاصة أنه يجري عملية لا تبررها ضرورة صحية، أو علة مرضية وإنما مجرد عملية إصلاح جسماني لا ضرورة و لا استعجال فيه⁽¹⁾.

و في هذا الصدد نجد حكم لمحكمة مرسيليا أدانت فيه طبيبا جراحا إثر إهماله لتبصير المريضة و حثها على تفادي التعرض لأشعة الشمس و هذا ما اعتبره القضاء خطأ عن طريق الإهمال في التبصير بمخاطر متوقعة.

و في حكم آخر لمحكمة النقض، اعتبر القضاء الجراح التجميلي مخطئا عن طريق الإهمال لعدم اتخاذه الاحتياطات الجراحية العادية و اللازمة لمواجهة جراحة معقدة على مستوى الوجه فيشترط عليه التنبؤ بما هو غير متوقع و أن لا يترك المجال للمفاجآت⁽²⁾ و⁽³⁾.

الفرع الثاني: عدم التحكم في التقنية و عدم تناسبها

لا يمكن لأي جراح تجميلي أن يقوم بأية عملية تجميل إلا إذا كان متمكنا و متحكما في عمله هذا، و معظم فقهاء القانون يقررون بالزامية تمتع الجراح بدرجة عالية من التخصص في نوع العملية التجميلية التي هو بصدد إجرائها. هذا ما ذهب إليه قضاة محكمة ليون في الحكم الصادر بتاريخ 1981/01/08 و هو بمثابة سابقة قضائية في كونه أوجب على الجراح التحكم التام في التقنية الجراحية خاصة و أن عمله الجراحي بعيد عن كل

¹ - رمضان جمال كامل-مرجع سابق-ص240

² -جربوعة منيرة- مذكرة الماجستير الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و الجراحة التجميلية 2007 ص46.

³ -لمزيد من التفصيل الرجوع لالتزام الجراح التجميلي الخاص بالحيلة و الحذر ص 20 و ما يليها.

ضرورة علاجية أو استعجالية⁽¹⁾ و هذا بمناسبة استعمال تقنية الجراحة التجميلية المتضمنة إصلاح عيب ارتخاء الثدي

و كانت النتائج المتحصل عليها غير مرضية من الناحية الجمالية و مدى التحكم في التقنية الجراحية يصعب تقديره ماعدا في الحالات الاستثنائية الواضحة و نجد في هذا الصدد جراحا أدين في حكم محكمة باريس الصادر في 12/21/1968 و هذا إثر محاولته إزالة تجاعيد الجبهة ، و قد وصف الخبراء هذه التقنية بالشاذة لعدم تحكم الجراح فيها و في النتائج الوخيمة التي انجرت عنها. و في الحالات الأقل وضوحا، فإن التقرير الطبي الجراحي يشكل عنصرا هاما لتقدير مدى التحكم في التقنية الجراحية إذ يتضمن شرحا و تفسيرا للنتائج المتوخاة منها.

لذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية قالت بمسؤولية طبيب إثر تنخر عظام المريض (Nécrose) و كان تأسيس القضاة لحكمهم على أساس عدم التحكم في هذه التقنية و إصرافه في إعطاء هذا النوع من العلاج ، رغم الحذر و الدقة الخاصة التي تستلزمها و هذا يعد خطأ من جانبه.

و على العكس، ففي الجراحة العامة، لا يعرف القضاء نفس التشدد في البحث عن التحكم في التقنية الجراحية، ففي هذا الصدد قرر مجلس بوردو بتاريخ 05/06/1973 أنه رغم عدم التحكم التام في تقنية العملية الجراحية التي أجراها الطبيب، فإن هذا لا يمكن اعتباره خطأ لعدم مخالفة تقنية القواعد العلمية الثابتة.

وعليه نخلص للقول أن عدم التحكم في التقنية و عدم التأكد من الوصول للنتائج المبتغاة منها يشكل خطأ في حد ذاته نظرا للطابع الكمالي لهذا النوع من العمل الجراحي⁽²⁾.

و نجد أنه في حالة غياب أي خطأ فلا يمكن مساءلة الجراح، إذ أن النتيجة الجمالية الرديئة و غير المرضية لا تشكل خطأ في حد ذاتها، لأنه أقل ما يقال عن العمليات

¹ - جربوعة منيرة - في مذكرة الماجستير المرجع نفسه - ص 109

² - جربوعة منيرة - مذكرة الماجستير المرجع السابق - ص 109 و ما يليها.

الجراحية التجميلية أنها تجري على أنسجة حية، لا يمكن التنبؤ بردود أفعالها ومدى حساسيتها⁽¹⁾. وهذا هو جانب الاحتمال في الجراحة التجميلية.

و في هذا المجال فإن المشرع الفرنسي بموجب المرسومين رقم 776-2005 و 777-2005 الصادرين في 11/07/2005 أُلزم الجراحين التجميليين بإجراء تدخلاتهم الجراحية في مؤسسات تستجيب لمقاييس تقنية محددة تتوافر على تجهيزات مرخص بها ، و تكون هذه المؤسسات مصرحا بها و معتمدة قانونا حتى تستطيع ممارسة مهامها.

و بين المرسوم رقم 776-2005 شكايات و عناصر طلب الترخيص الذي يقدم لوالي ولاية مكان تواجد التجهيزات و مدة الترخيص هي 05 سنوات قابلة للتجديد، و تكون قرارات الوالي مسببة في حالتها الرفض أو القبول مع إمكانية سحب الترخيص بقرار إداري أو في حالة عدم المطابقة عند زيارة التفتيش التي تتم لهذه المؤسسات ، و كذا في حالة تقرير مسؤولية جراح تجميلي ينتمي للمؤسسة المعنية.

و فيما يخص الكفاءة المهنية المطلوبة فقد تم التفريق بين الجراحين الذين يستطيعون إجراء أي عمل جراحي تجميلي و هم: الأطباء المؤهلين المتخصصين أو الحاملين لشهادة الدراسات المتخصصة التكميلية من الصنف الثاني في الجراحة التجميلية المحضنة أو الترميمية. أما الجراحين الذين لا يستطيعون ممارسة الجراحة التجميلية إلا في إطار تخصصاتهم التي سجلوا أنفسهم فيها في جدول الترتيب هم: الأطباء المؤهلين المتخصصين أو الحاملين لشهادة الدراسات المتخصصة التكميلية من الصنف الأول في الجراحة التجميلية المحضنة أو الترميمية، و كذا الأطباء المتخصصين في الفروع التالية: جراحة الفك، جراحة الفك و الأسنان، جراحة الأنف و الأذن و الحنجرة، جراحة الجهة العلوية للوجه، جراحة العيون، اختصاص أمراض النساء و التوليد، و أخيرا جراحة الجهاز البولي⁽²⁾.

¹ - DOL-JLA responsabilité médicale en matière chirurgie esthétique gazpal doctrine 674 :

- جربوعة منيرة مذكرة الماجستير - نفس المرجع ص 111

² - المواقع الالكترونية : [http://www.droit-medical.net/spip.php?article 58](http://www.droit-medical.net/spip.php?article%2058)
<http://www.sante.ujf-grenoble.fr/sante/medilega/pages/cas2%20prag/esthetiqueb.html>

يتجه القضاء الفرنسي المعاصر إلى إلزام طبيب التجميل بمراعاة مسألة التناسب بين مخاطر العملية التي يقدم عليها ، و بين الفوائد المبتغاة من ورائها، و كلما كان الهدف العلاجي بالمعنى الدقيق منتفيا في عمليات التجميل كلما كان على الطبيب أن يلتزم بمزيد من الحيطة و الحذر.

و هذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في أكثر من مرة، حيث ذهبت في حكم لها في 13 جانفي 1959 إلى أنه إذا كان هناك عدم تناسب واضح بين مخاطر العملية و بين فوائدها، كلما كان على الطبيب تبصير المريض بالوضع و النتائج المرتقبة، فضلا على أنه ملزم في بعض الحالات بأن يبدي النصيحة بعدم إجراء العملية بل عليه الامتناع صراحة عن إجرائها، حتى لو كان المريض مصمما على ذلك⁽¹⁾.

و في هذا الصدد ذهبت محكمة السين، عندما قام أحد الأطباء بإجراء عملية من أجل إصلاح ساق عارضة أزياء كانت تعاني من تضخم في أحد ساقها، و بعد تردد الطبيب و الإلحاح الشديد للمريضة ، أجريت العملية و نجحت ثم أصيبت الرجل بمرض خبيث فتم قطعها. و قالت المحكمة أن إجراء عملية جراحية خطيرة على عضو سليم من أجل إصلاح شكله فقط دون قصد الشفاء من مرض يعتبر في حد ذاته خطأ يستوجب المسؤولية لأن مصلحة المريض لا تسمح بتعريضه لخطر الموت أو الإصابة البالغة في سبيل الوصول لتحقيق نتيجة بسيطة و غير هامة هي إصلاح العيب الجسدي.

و بناء على ما تقدم يكون القضاء قد وضع الأمر في إطار الموازنة بين فائدة طب التجميل و الأخطار المترتبة عليه ، فرجح تفادي الخطر على فكرة تحقيق الفائدة، و هذا الموقف إنما ينم على التشدد و الغلو⁽²⁾.

و طبقا للتطبيقات القضائية فإن تقدير مسألة التناسب هي مهمة القاضي و ليس الخبير سواء تعلق الأمر بتقدير دواعي العلاج أو بتقدير الوسيلة المستعملة في العلاج ، فكلما كان العيب المراد إزالته بسيطا فإن هذا يجعل مبرر التدخل العلاجي ينعدم خاصة إذا وجدت مخاطر

¹ - رمضان جمال كامل - مرجع سابق - ص 228

² - مجلة المحامي - مرجع سابق - ص 9-10

جدية تؤدي لتعقيد حالة الشخص فالإقدام عليها يشكل خطأ في حد ذاته لخرقه قاعدة التناسب، كالعلمية المجراة لإصلاح تقوس بسيط في الأنف . و فيما يخص وسيلة العلاج فكلما كان العيب بسيطاً، كلما تطلب من الجراح اختيار وسائل علاجية دقيقة لضمان أكبر قدر من العناية لتحقيق سلامة المريض لأنه "لا يمكن استعمال مطرقة لقتل ذبابة"⁽¹⁾.

هذه هي الصور الخاصة للخطأ في جراحة التجميل وفقاً للقوانين الوضعية عموماً، فهل لمبادئ الشرع الإسلامي رأي مخالف أم أنها تتوافق مع مبادئ القانون الوضعي؟

حكم الشرع الحنيف في جراحة التجميل :

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الجراحة التجميلية إلى ثلاثة أنواع:

1- الجراحة العلاجية الشرعية الوقائية: و من أنواعها: الختان ، لما فيه من العلاج الوقائي المسبق و الحجاماة التي أوصى بها رسول الله محمد صلى الله عليه و سلم في غير ما حديث، ثقب الأذن للمرأة و دليل مشروعيتها ما رواه البخاري عن ابن العباس قال "أمرهن النبي بالصدقة فرأيتهن إلى أذانهن و حلقهن" و عدم النهي عن ذلك يعني الجواز.

2- الجراحة التجميلية المباحة: هي التي تعالج التشوهات الناتجة عن عيوب خلقية ولد بها الإنسان كالتصاق أصابع الرجلين أو اليدين.....أو التشوهات الناتجة عن عيوب مكتسبة أو طارئة كتشوه الجلد بسبب الحروق أو الآلات القاطعة و هذا النوع من الجراحة مباح تدعو إليه حالة الضرورة فكل عملية تؤدي لإزالة الحرج و إراحة البال، تعد ضرورية لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة شرعاً⁽²⁾.

3- الجراحة التجميلية الممنوعة (غير المشروعة): و تهدف للزينة قصد الغلو في مقاييس الجمال مما لا تدعو إليه الحاجة، فتحسن مظهر الشخص كتجميل الأنف أو العين.....أو تجدد الشباب فتزيل الشيخوخة كشد تجاعيد الوجه.....

¹ - جربوعة منيرة مذكرة الماجستير الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و الجراحة التجميلية 2007 ص112 و ما يليها

² - عبد الراضي محمد هاشم عبد الله - المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة القاهرة-مصر-1994 ص75-76

و هذا النوع من الجراحة لا تتطلبه دوافع ضرورية بل غايته تغيير خلقة الله و العبث بها، وهذا غير مشروع بدليل الكتاب و السنة على عكس ما رأيناه في القانون الوضعي الذي يجيزه مع التشدد⁽¹⁾.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية لطبيب التجميل و تقدير التعويض

إن إصابة المريض بضرر جراء العملية الجراحية، تعد نقطة البداية للحديث عن المسؤولية المدنية الطبية، ذلك أن إقرار مسؤولية الجراح التجميلي المدنية فيما تهدف إليه إنما جبر الضرر عن طريق تقدير التعويض الملائم و في هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى أنه لا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية طبيب التجميل من الناحية المدنية مادام لم يثبت أي خطأ من جانبه و بالإضافة لركن الخطأ الطبي و الضرر يشترط كذلك وجود علاقة بينهما.

إن كل هذه الأركان تخضع من حيث تقدير قيامها للقاضي فكيف يتم ذلك؟ و كيف يقدر التعويض؟ هذا ما سنورده في المطلبين الآتين حيث نتعرض في المطلب الأول لسلطة القاضي في تقدير قيام أركان المسؤولية المدنية لطبيب التجميل و نتعرض في المطلب الثاني لسلطته في تقدير التعويض.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير قيام أركان المسؤولية المدنية لطبيب التجميل
قبل التطرق لسلطة القاضي في تقدير قيام الخطأ الطبي يتعين الإشارة أن عبء إثبات الخطأ يتوقف على تحديد مضمون الالتزام فإذا كان التزام طبيب التجميل ببذل عناية و جب على المضرور الذي يدعي إصابته بالضرر إثبات الخطأ أما إذا كان التزام الطبيب بتحقيق النتيجة (كما هو الحال في الالتزام بالإعلام)، فمجرد عدم تحقق النتيجة يعد خطأ غير قابل لإثبات العكس إلا بقطع العلاقة السببية بين الضرر و الخطأ بواسطة السبب الأجنبي طبقاً

¹ - مجلة المحامي - مرجع سابق - ص 7

للمادة 127 من القانون المدني و لا يقع على المريض سوى إثبات أن التزام الطبيب محله تحقيق نتيجة و أنها لم تتحقق⁽¹⁾.

و لصعوبة إثبات الخطأ الطبي فإن محكمة النقض الفرنسية بموجب قرار " Hédreul " الشهير عام 1997 حاولت تخفيف هذا العبء الملقى على المضرور بأن اتجهت نحو إلزام الطبيب بإثبات حسن تنفيذه للالتزام بالإعلام، و هذا بكافة الطرق المتاحة له⁽²⁾.

الفرع الأول : تقدير قيام ركن الضرر

إن تقدير قيام الخطأ الطبي هو من المسائل الداخلة في نطاق السلطة التقديرية للقاضي مادام مستمدا من وقائع الدعوى. فالقاضي يتحقق من حصول الوقائع التي أثبتها المضرور أو ذووه على الطبيب أو من عدم حصولها دون معقب من المحكمة العليا غير أن تكييفه لتصرف الطبيب أنه خطأ يعد من مسائل القانون و يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا **فالتكييف القانوني للأفعال يعد من المسائل القانونية⁽³⁾** و يستعين القاضي في هذا الصدد بأهل الخبرة لتوضيح ما صعب عليه فهمه ، و يجب أن يكون هؤلاء في نفس تخصص الطبيب محل المسألة و على القاضي تحديد مهمة الخبير بدقة حتى يكون تقريره أفيد و أكثر مساهمة في تكوين قناعته ، و تشمل مهمته أساسا في :

- فحص الضحية و تحديد الأضرار اللاحقة بها و بيان أسبابها.

- بيان الإهمال و التقصير الواقع من الطبيب إن وجد و مدى تحكمه في تقنية العلاج

- مدى مطابقة تصرفه للقواعد الفنية و الأخلاقية لمهنة الطب و مدى إمكانية تجنبه لهذا الفعل حسب ما تمليه المعطيات العلمية المتوصل إليها في مجال المهنة وقت ارتكاب الفعل.

¹ - طلال عجاج- المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة مقارنة - المؤسسة الحديثة للكتاب-طرابلس-لبنان-طبعة2004-ص230

² - شهيدة قادة - مقال بعنوان التزام الطبيب بإعلام المريض-المضمون و الحدود و جزاء الإخلال -موسوعة الفكر القانوني- مجلة الموسوعة القضائية - جزء 1- ص91
- بحث بودالي محمد منشور في المجلة القضائية عدد1-2004 بعنوان المسؤولية الطبية بين الاجتهاد القضاء الإداري و القضاء العادي ص33

³ - محمد حسين منصور -المسؤولية الطبية - مرجع سابق- ص131

- القول إن كان لطبيب يقظ في نفس مستوى الطبيب المدعى عليه و الظروف الخارجية المحيطة به أن يقوم بنفس التصرف.

- البحث في مدى تدخل حالة المريض و تطورها المتوقع في تفاقم حالته الصحية.

و إذا كان القاضي غير ملزم، كقاعدة عامة برأي الخبير طبقاً للمادة 54 من قانون الإجراءات المدنية فإن تقرير الخبير في هذا المجال لا يمكن عدم الأخذ به أو استبعاده كلية و كل ما في الأمر أنه إذا لم يقتنع القاضي بتقرير معين فيمكنه الاستعانة بخبرة ثانية و ثالثة عملاً بمقتضيات العدالة. و إذا رجع خبرة على أخرى و يجب أن يعلل حكمه بدقة و إلا شابه القصور في التسبب⁽¹⁾ و ليس للقاضي سلطة تقديرية في استخلاص الخطأ إذا كان التزام الطبيب بتحقيق نتيجة كما هو الحال في مجال نقل الدم فمجرد عدم تحقق النتيجة يعد خطأ. و لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط خطأ الطبيب من القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته لا سيما في الأمور الثابتة في مجال الطب كتلوث الجرح الناتج عن الإهمال في تعقيم الأدوات المستعملة أو عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تلوثه.

-الضرر: يقال عادة لا مسؤولية بدون ضرر « pas de responsabilité sans préjudice » فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة سواء في المسؤولية التقصيرية أو العقدية⁽²⁾ لهذا فمن الضروري أن يستجمع الضرر كركن من أركان المسؤولية الطبية بعض الشروط الضرورية لقيامه و التي فرضتها نصوص القانون المدني لا سيما المادة 124 منه و تتمثل في:

1- أن يكون محققاً: أي أن يكون أكيد الوقوع ، سواء وقع فعلاً أم سيقع حتماً كما يجب أن يكون الضرر قد حدث مستقلاً عن مسألة عدم تحقق الشفاء لعدم التزام الطبيب به في عقد

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 79863 بتاريخ 1992/09/29 بالمجلة القضائية لسنة 1993 عدد 3 ص 95 مشار إليه في مبادئ الاجتهاد في قانون الإجراءات المدنية /حمدي باشا عمر ص 64 دار- هومة طبعة- 2004.

² - علي علي سليمان- النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - ص 162

العلاج و يجب التمييز هنا بين الضرر الاحتمالي الذي لا يوجب التعويض و الذي يكون وقوعه في المستقبل غير أكيد⁽¹⁾ و بين الضرر المتمثل في تفويت الفرصة

(La perte de chance) الذي يعد أمرا إحتماليا، لكن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه و على ذلك فقد قرر القضاء الفرنسي في مناسبات كثيرة-تعويض الوالدين عن الضرر الأدبي الذي لحقهم جراء تفويت الفرصة في استمرار حياة الطفل الوليد⁽²⁾.

2- أن يكون أكيدا: أي أن يكون وجوده ثابتا و إن لم يكن بصورة كاملة و فورية و هذا دون أن يكون حاليا و أنيا⁽³⁾.

3- أن يكون مباشرا: أي أن يكون نتيجة طبيعية لخطأ الطبيب الذي أحدثه، و ترتب عنه. وهذا الضرر هو فقط الذي تكون بينه و بين الخطأ المنشئ له علاقة سببية وفقا للقانون⁽⁴⁾.

*أنواع الضرر: ينقسم الضرر إلى ضرر مادي و ضرر معنوي (أدبي)

أ-الضرر المادي: هو ضرر يصيب المريض في جسمه و هذا بالتعدي على حقه في سلامة جسده بإتلاف عضو منه أو إحداث نقص فيه أو تشويهه أو إنقاص في قدرته أو منفعته، الشيء الذي يجعل المريض عاجزا عن الانتفاع بالعضو عجزا دائما أو مؤقتا أو كليا أو جزئيا. و قد يصيبه في ماله فالضرر المالي هو إخلال بمصلحة مالية للمضروب كالخسارة المالية الناتجة عن نفقات العلاج⁽⁵⁾.

¹ - علي فيلاي -الالتزامات-العمل المستحق للتعويض- المؤسسة الوطنية لفنون الطبع - الجزائر 202- ص254

² - ثروت عبد الحميد- تعويض الحوادث الطبية- مرجع سابق- ص28

³ - قمرأوي عز الدين- مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر - موسوعة الفكر القانوني- دار الحلال للخدمات الإعلامية -جزء 1- ص55

⁴ - بسام محتسب بالله- المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق- دار الإيمان- دمشق- بيروت- طبعة

1984- ص241

⁵ - رمضان كامل جمال - مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية- مرجع سابق- ص250 و ما يليها.

ب- **الضرر الأدبي:** هو ضرر يخص العاطفة و يمس الشعور، و يلحق الآلام، و يؤثر على النفس ، و يصيب المريض بالأحزان. و هو كل ما يصيبه في جسمه من الأضرار دون أن تنقص من قدرته في العمل كالآلام و الجروح و الأوجاع⁽¹⁾ كما أن الانتقاص من جمال الجسم و الخلق و ما ينجر عن ذلك من تشويه يعد من قبيل الأضرار المعنوية لبعض المهن كالمغنيين و عارضي الأزياء و المضيفين⁽²⁾.

ج- **تفويت الفرصة:** هي تلك الأضرار التي تصيب المريض جراء خطأ الطبيب و الذي ينجم عنه حرمان المريض من فرصة كان محتمل الفوز بها، فمثل هذه الفرصة و إن كان تحققها أمر محتمل إلا أنه و بسبب خطأ الطبيب أصبح تحققها أمراً مستحيلاً و عليه فالتعويض عن ضياعها مسألة وجوبية. و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في أول حكم لها عن تفويت الفرصة في المجال الطبي للطفلة البالغة من العمر 8 سنوات إثر سقوطها و إصابتها بأضرار في ساقها الأيسر ثم إصابتها بعجز دائم.

أما في القضاء الجزائري فلا وجود لأحكام عوضت عن فوات الفرصة و لا مانع من انتهاج المحاكم الجزائرية نهج القضاء الفرنسي في ذلك⁽³⁾.

إثبات ركن الضرر: إن الضرر واقعة مادية يمكن معاينتها و إثباتها بكافة طرق الإثبات عملاً بمبدأ البينة على المدعي ، فيقع على المتضرر من خطأ الطبيب و هو المريض أو ذويه في حالة وفاته إقامة الدليل على حصول الضرر مهما كانت طبيعته و غالباً ما يلجأ المريض في مثل هذه الحالات لتقديم شهادة طبية أو اللجوء للمحكمة لطلب تعيين خبير لفحصه و تحديد الأضرار اللاحقة به.

¹ - محمد رايس - المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - مرجع سابق - ص 280

² - يسمى هذا الضرر بالضرر الجمالي و نص عليه أمر 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن الأضرار

³ - محمد رايس - المرجع نفسه - ص 276 و ما يليها .

الفرع الثاني : تقدير قيام ركن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

يبدو أكثر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بالضرر المعنوي الذي لا يمكن معاينته ماديا، أما تحديد عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض الممنوح للضحية، فتعد مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا لذلك يقع عليه تبيانها في حكمه.

و فيما يخص تقدير تفويت الفرصة فإنه على المريض أو ذويه إثبات أن الطبيب قد ضيع بخطئه على المريض فرصة الشفاء و التعافي من المرض أو البقاء على قيد الحياة. و لقد حدد القضاء من خلال أحكامه المبادئ التي تحكم مفهوم تفويت الفرصة في مجال جراحة التجميل، إذ لا بد من خطأ في جانب الجراح، و إثبات العلاقة السببية بينه و بين وجود فرصة نجاح العملية من جهة أخرى، ولا يكون تعويض الضرر هنا سوى جزئيا. فمثلا أدانت محكمة النقض جراحا بعد وفاة مريضة خضعت لجراحة تجميلية على مستوى الأنف و تم ذلك بتقدير موضعي و في غياب طبيب التخدير و الإنعاش، و قد اعتبر القضاء غياب هذا الأخير تفويتا لفرصة الشفاء و بالتالي الحياة⁽¹⁾.

ووفقا لمحكمة النقض الفرنسية فإن إخلال الطبيب بالتزامه بتوفير المريض و إعلامه، قد حرم هذا الأخير من فرصة تجنب -عن طريق قرار كان عليه أن يكون حكيما-خطر تحقق في النهاية و هي خسارة تشكل ضررا متميزا عن الإصابات الجسمانية، بمعنى أن المريض كانت له فرصة تجنب هذا الخطر و هذا برفض التدخل الجراحي و بما أنه لم يتم إعلامه فإنه خسر هذه الفرصة و لا شك أن التعويض الذي سيحصل عليه المريض سيكون محددًا بعنصر فوات الفرصة، مما لا يسمح في غالب الحالات بتعويضه عن كامل الضرر، علما أن الضرر اللاحق بالمريض لا يمكن أن يقف فقط عند هذا العنصر-تفويت الفرصة- و هو ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قراراته الشهيرة لسنة 2000⁽²⁾.

¹ - جريوة منيرة مذكرة الماجستير الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و الجراحة التجميلية 2007 ص 115

² - بحث منشور في مجلة القضائية عدد 1-2004 بودالي محمد -مرجع سابق- ص 31

و يرى جانب من الفقه ضرورة عدم التوسع في التعويض عن فوات الفرصة و ذلك باشتراط أن يكون الضرر الذي يصيب المريض نتيجة طبيعية لعدم وفاء الطبيب التزامه أو لأنه تأخر في الوفاء به (1).

تعد علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية الطبية و مناط وجودها رغم أنه ليس سهلا تبيانها في المجال الطبي، نظرا لتعقيدات الجسم البشري و تغير خصائصه و عدم وضوح الأسباب التي أدت إلى المضاعفات الظاهرة (2) كما أن القول بتوافر العلاقة السببية أمر بالغ التعقيد كون الضرر ينشأ عادة عن أكثر من سبب، مما يستوجب تحديد أي الأسباب أدت إلى حدوث الضرر (3) كما أن المريض قد يموت و تدفن معه الأسباب الحقيقية التي أدت إلى وفاته، و في هذا الصدد اعتنق القضاء الجزائري نظرية السبب المنتج عندما أقر بمسؤولية الطبيب متى ثبت خطؤه الذي أدى لوفاة الضحية. وقد تلا ذلك صدور عدة قرارات تؤكد ذلك لكن الكثير من الفقهاء يرون أن القضاء الجزائري يأخذ بنظرية تعدد الأسباب، و في الحقيقة لا يمكن معرفة موقف القاضي الجزائري بدقة فالحلول متغيرة حسب ظروف كل حالة على حدى (4).

و يستقل قاضي الموضوع باستخلاص قيام علاقة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر اللاحق للمريض مراعيًا في ذلك تجنب الغوص في مسائل فنية تخرج عن اختصاصه بل يوكل البحث فيها لأهل الخبرة. و يستخلص القاضي علاقة السببية من ظروف الواقع و القرائن و الدلائل المتوافرة في ملف القضية معتمدا على استخدام فكره في البحث عن العلاقة المنطقية التي تربط المصادفات الواقعة في عناصر الدعوى. و هذا لأن السببية حسب

¹ - محمد رايس - المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - مرجع سابق - 278

² - محمد عبد القادر العبودي - المسؤولية المدنية لطبيب التخدير - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - القاهرة - مصر - 1992 ص 151

³ - عبد الحميد الشورابي - مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجزائية والأدبية - منشأة المعارف - الإسكندرية - مصر - 2000 ص 36

⁴ - لمزيد من التفصيل - محمد رايس - المرجع نفسه - ص 309 و ما يليها.

تعريف الفقيه سافاتيبي ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس ، و إنما نتاجها الفكر من ظروف الواقع⁽¹⁾ و تمارس المحكمة العليا حق الرقابة على حكم القاضي من أجل أن تتأكد من مدى التزام قضاة الموضوع بتوضيح وجود رابطة السببية من عدمها.

و كما سبقت الإشارة فإن القضاء الفرنسي أخذ بفكرة الفرصة الضائعة و فيها تكون علاقة السببية احتمالية و غير محققة و اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه ليس من المهم في هذه الحالة أن يتأكد القاضي من أن خطأ الطبيب هو سبب حصول الضرر للمريض بل يكفي وجود شك في وجود السببية فيحمل المسألة من نطاق السببية اليقينية لنطاق السببية الاحتمالية⁽²⁾.

و في هذا الصدد فإنه يقع عبء إثبات ركن العلاقة السببية على المريض أو ذويه لأن إثبات المريضة لخطأ الطبيب المتمثل في نسيان قطعة شاش للجراحة في رحمها، و إثباتها لإصابتها بضرر أدى لاستئصال رحمها لا يكفي لإقامة مسؤولية الطبيب عن خطئه ما لم يقع الدليل أن هذا النسيان أدى لإصابة الرحم بالتهابات خطيرة كانت نتيجتها استئصال الرحم.

لهذا وجب إبداء بعض التساهل من القضاة في تحميل المضرور عبء إثبات العلاقة السببية لصعوبة الغوص في المسائل الطبية، و باعتبار المريض الطرف المضرور في كل الحالات و هذا بإقامة قرينة لصالح المريض بقيام علاقة سببية في الحالات التي تتوفر فيها قرائن قوية. على أنه من شأن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب أن يحدث عادة هذا الضرر وعلى الطبيب المسئول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. السبب الأجنبي قد يكون حادثاً مفاجئاً أو قوة قاهرة أو خطأ المريض-الضحية- أو خطأ الغير طبقاً للمادة 127 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

¹ - طلال عجاج -المسؤولية المدنية للطبيب -دراسة مقارنة - مرجع سابق-ص394

² - طلال عجاج -المرجع نفسه-ص378

³ - تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري : "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر".

إن التعداد التي جاءت به المادة 127 ق.م. جاء على سبيل المثال غير أنه من العسير أن يوجد سبب أجنبي آخر غير هذه الأسباب الأربعة، و من المتفق عليه اليوم أنه يجب توافر ثلاثة شروط في السبب الأجنبي المعفي من المسؤولية و هي: عدم إمكان الدفع "insurmontable irrésistible" و عدم إمكان التوقع "imprévisible" و عدم نسبته إلى المسئول "non imputable"، و يضيف القضاء الفرنسي في مادة المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي شرط الخارجية "l'extériorité"⁽¹⁾.

1- الحادث المفاجئ و القوة القاهرة: رغم أن المادة 127 ق.م. نصت على كليهما، إلا أن كل محاولات التميز بينهما أخفقت و يقصد بهما حدوث أمر غير متوقع حدوثه و غير ممكن دفعه أو مقاومته، مما يجعل الطبيب غير قادر على الوفاء بالتزامه⁽²⁾ و من أمثلة ذلك وفاة المريض بالقلب إثر رعد مفاجئ، أو الخوف من زلزال مهول.⁽³⁾ و تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع⁽⁴⁾.

2- خطأ المريض : إذا وقع خطأ (تصرف منحرف) من المريض، و كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر فلا يسأل الطبيب عن الضرر فخطأ المريض كما يمكن أن يقطع الرابطة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر الحاصل، فإنه يمكن أيضا أن يقطع تلك الرابطة بين الخطأ و الضرر المتمثل في فوات الفرصة في الشفاء أو استمرار الحياة، أو تحسن الحالة الصحية أو تفاديهما.

و من أمثلة خطأ المريض : إخفائه عن طبيبه حقيقة إصابة أخرى مما لا يسأل الطبيب عنه عادة، و لا يكتشف إلا بعد إجراء الفحوص. أو تناول المريض لأشياء منعت عنه بشكل قاطع.

¹ - علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - ص 195

² - راييس محمد - المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري - مرجع سابق - ص 315

³ - حسين منصور - المسؤولية الطبية - مرجع سابق - ص 116

⁴ - راييس محمد - المرجع نفسه - ص 316

3- خطأ الغير: يقصد بالغير الشخص المتسبب في الضرر إذا كان أجنبيا عن المدعى عليه. و لا تنقطع رابطة السببية بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان هذا الأخير مسئولا عن فعل الغير، ذلك لأننا سنكون أمام حالة مسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه. و قد يحدث أن يشترك خطأ الغير مع فعل الطبيب أو فعل المريض في إحداث الضرر و هي الحالة التي تناولتها المادة 126 من القانون المدني. و من الأمثلة عن خطأ الغير المؤدي لانتفاء علاقة السببية، خطأ الأم التي تباشر علاج ابنها المريض بزيادة جرعات الدواء الموصوفة من الطبيب مادامت تعليماته كانت صحيحة⁽¹⁾.

المطلب الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض

إن التعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية و جزاؤها⁽²⁾ و هو الهدف الذي يرمي إليه المدعي. و حتى يحكم القاضي به لا بد من تقديره أولا، فكيف يقدر؟ و ما هي العوامل المؤثرة فيه؟ و ما مدى سلطة القاضي في تحديد مبلغ التعويض؟.

الفرع الأول : العوامل المرتكز عليها في تقدير التعويض:

1-تقدير التعويض: الأصل أن الحق في التعويض ينشأ من يوم اكتمال عناصر المسؤولية، و تنص المادة 131 ق.م: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف والملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير" و يفهم من المادة أن التعويض عن الضرر المحقق يقدر في الوقت الذي يتم إصلاحه فيه، و هو يوم النطق بالحكم و لا يستطيع القاضي أن يصل بالتعويض لهدفه في جبر الضرر، إلا إذا قدره بحسب قيمة الضرر في الوقت الذي ينظر فيه الدعوى، و يصدر حكمه فيها.

¹ - رابيس محمد - المرجع نفسه - ص316

² - محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري - دار الهدى - ط2-2004- ص210

غير أنه قد لا يتيسر له أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديدا كافيًا كما هو الحال في حالة جرح قابل للتطور مع الزمن، فيمنح القاضي المضرور تعويضا ملائما للضرر المقدر تاريخ الحكم، مع الاحتفاظ له بحقه في أن يطلب خلال مدة معينة إعادة النظر من جديد في تقدير التعويض⁽¹⁾. فإذا تفاقم الضرر بعد صدور الحكم فللمريض أن يطلب في دعوى جديدة التعويض عما استجد من ضرر لم يكن قد أدخله القاضي في الحساب عند تقديره للتعويض في حكمه السابق، و هذا دون القول بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه الذي حازه هذا الحكم كون الضرر المطلوب التعويض عنه في هذه الحالة الجديدة يعتبر ضررا مستجدا لم يسبق أن قضي فيه بالتعويض.

و إذا لم يحتفظ القاضي في حكمه السابق للمضرور بحقه هذا، و اكتفى بمنحه تعويضا إجماليا دون أي تحفظ يكون قد أضع على المريض حق الرجوع أمام القضاء من جديد لإعادة تقدير الضرر اللاحق به.

و إذا كانت زيادة التعويض لتفاقم الضرر واردة و ممكنة، فإن العكس غير جائز-أي تناقص الضرر بصورة لم تكن متوقعة-و لا يجوز في هذه الحالة إعادة النظر في التعويض لإنقاصه إعمالا بمبدأ "حجية الشيء المقضي فيه"⁽²⁾.

***معيار تقدير التعويض:** المبدأ العام في المسؤولية المدنية هو التناسب بين الخطأ و الضرر و في مجال المسؤولية الطبية تكون مهمة التقدير صعبة، لأنه ليس من السهل التعويض عن الآلام التي عانى منها المريض أثناء العلاج أو تقدير التعويض الناتج عن بتر ذراع شاب في مقتبل العمر.

أ-معيار تقدير التعويض في الضرر المادي: على القاضي عند تقديره للتعويض الأخذ بعين الاعتبار حالة كل قضية على حدى حسب ظروفها و ملابساتها من حيث الزمان أو المكان أو الموضوع. و هو ما عبرت عنه المادة 131 ق.م "يقدر القاضي مدى التعويض

¹ - في هذا الصدد قرار رقم 34000 مؤرخ في 1984/01/07 قرار المحكمة العليا رقم 50190 بتاريخ 1987/06/17

مشار إليه في أ/عمر بن سعيد-مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني ص94-95

² - بسام محتسب بالله - المسؤولية الطبية و الجزائية بين النظرية و التطبيق - مرجع سابق- ص248-250

عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملازمة....." و بالرجوع للمادة 182 ق.م في نصها: "و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ، و ما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر بالوفاء به ، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

إن فمعيار تقدير التعويض سواء كنا أمام مسؤولية عقدية أم تقصيرية هو ما لحق المدعي (المضرور) من خسارة و ما فاته من كسب، و يلاحظ أن نص المادة 131 ق.م يقضي بأن يأخذ القاضي عند تقديره للتعويض (بالظروف الملازمة) فما المراد بالظروف الملازمة؟ يرى الأستاذ السنهوري أنها الظروف التي تلابس المضرور لا المسئول، و التي تتعلق بحالته الصحية و العائلية و المالية. و الواقع أن مراعاة ظروف المضرور الشخصية متفق عليها فقها و قضاء، فينبغي للقضاء حين يقدر التعويض عن الضرر، أن ينظر للمضرور نظرة شخصية، فيأخذ بعين الاعتبار حالته الصحية، أي مدى تأثير الفعل الضار على حالته الصحية و مدى استعداده لرد الفعل المترتب على إصابته، و مدى تأثير هذه الإصابة عليه، فالأعور إذا أصيب في عينه السليمة ، كان الضرر الذي يصيبه أفدح من الضرر الذي يصيب من له عينان سليمتان، ولا ينبغي للقاضي عند تقدير التعويض النظر لثراء المضرور أو فقره⁽¹⁾.

بل على القاضي النظر لحالة المريض و عمره، و نوع مرضه و إصابته و مدى قابلية المرض للشفاء من عدمه. وتجدر الإشارة إلى أنه عندما يتعلق الأمر بالمسائل الطبية و جسم الإنسان فمن الصعب تقدير قيمة ضياع عضو من الجسم البشري نتيجة خطأ الطبيب.

¹ - علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - ص 181-182

ب- معيار تقدير التعويض في الضرر المعنوي: يسعى القاضي هنا للتعويض عنه تعويضاً متقارباً مع ما يحقق بعض الترضية للمطالب به، نظراً لصعوبة تقديره مادياً. و يرى الأستاذ علي علي سليمان أن القول بأن معيار ماحق الدائن من خسارة، و ما فاتته من كسب لا يصدق إلا على الضرر المادي قول غير سديد، إذ أن هذا المعيار يصلح أيضاً لتعويض الضرر المعنوي⁽¹⁾.

ج- معيار تقدير التعويض عن فوات الفرصة: على القاضي هنا تقدير احتمالية الشفاء أو البقاء على قيد الحياة مقابل خطأ الطبيب الحاصل، من ثمة يقضي بالتعويض المناسب و يستعين في ذلك بأهل الخبرة من الأطباء.

2- العوامل المؤثرة في التعويض :

أ- تتابع الأضرار: إن خطأ الطبيب أو إخلاله بالتزامه قد يتسبب في (إصابة محددة) ضرر للمريض، هذا الضرر قد يؤدي لضرر ثان و ثالث..... فمثلاً قد يؤدي خطأ الطبيب لإصابة المريض بجرح في أحد أعضائه و لسبب ما يتلوث الجرح، ثم يتطور ذلك فيؤدي لبتتر العضو أو وفاة المريض. فالقاعدة العامة هو حصر مسؤولية الطبيب في الأضرار المباشرة فقط، و التي تعتبر نتيجة طبيعية لخطئه أو لعدم قيامه بالتزامه. و تعد كذلك إذا لم يكن من المستطاع تفاديها ببذل جهد معقول . و يكون تقدير التعويض في حدود هذه الإصابة فقط⁽²⁾ و هذا راجع لأن الطبيب في المسؤولية العقدية لا يسأل إلا عن الأضرار المتوقعة وحدها إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم .

ب- خطأ المريض و الغير: إذا اشترك خطأ المضرور و خطأ المسئول و تساويا في الدرجة، قسم التعويض بينهما مناصفة أما إذا اشترك خطأهما و لم يستغرق خطأ أحدهما

¹ - علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام - مرجع سابق - ص 167

² - هني سعاد - مذكرة نيل شهادة المدرسة العليا للقضاء - مرجع سابق - ص 51 و ما يليها

خطأ الآخر، جاز للقاضي إنقاص التعويض بقدر خطأ المضرور أما إذا كان خطأ المضرور أشد جسامة من خطأ المسئول أي استغرقه فللقاضي إعفاء المسئول من كل التعويض. و تنص في ذلك المادة 177 ق.م "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أولا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"⁽¹⁾ فإذا ثبت أن المريض مهمل و لم يتخذ مسلك الرجل العادي لحصر الإصابة أو معالجتها و حتى في إتباع تعليمات الطبيب و هذا بعد علمه بها، و ترتب على ذلك حدوث مضاعفات لم يكن ليتعرض لها لولا إهماله ، فإن مسؤولية الطبيب تقف عند حد الإصابة الأصلية وحدها. و بالمثل لو ثبت أن المضاعفات قد نشأت عن تدخل خاطئ آخر لجأ إليه المريض عقب إصابته الأولى ، فلا يسأل الطبيب الأول إلا عن الإصابة الأولى الأصلية و يبق للمريض مساءلة الطبيب الآخر عن المضاعفات الناتجة عن تدخله⁽²⁾.

الفرع الثاني : أنواع التعويض المادي جزافي و ريعي

إن تقدير قيمة التعويض الناتج عن المسؤولية المدنية للطبيب بصفة عامة، والجراح التجميلي بصفة خاصة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع شريطة أن يسبب حكمه، و يؤسسه استنادا لمجموع الظروف و الوقائع المحيطة بالقضية، لاسيما ما يستمد من الخبرة الطبية التي غالبا ما يقضى بها قبل الفصل في الموضوع، و هو ما يأخذ به القضاء الجزائري، و من قبيل هذا أن يسبب القاضي حكمه و يؤسسه على التقرير الطبي المحرر من طرف الطبيب، و الذي بين فيه هذا الأخير بوضوح الخطأ الطبي المرتكب من الطبيب محل المساءلة ، فيوضح القاضي أنه بعد دراسته لعناصر الملف الطبي تبين و أن الضحية قد تعرضت لعدة أخطاء طبية من خلال عدة عمليات جراحية أجريت عليها بعد دخولها المستشفى لوضع حمل عادي، غير أن مدة طويلة انقضت بين العملية الثانية و الثالثة لإعادة العملية الجراحية و أصبحت تعاني من عقم

¹ - علي علي سليمان - المرجع نفسه- ص197- 198

² - هني سعاد- المسؤولية المدنية للطبيب - مذكرة نيل شهادة المدرسية العليا للقضاء - مرجع سابق- ص53

دائم، و حرمانها من عطاء الأمومة و للأبد و هي في ريعان شبابها ، و كذا وفاة الصبية مباشرة بعد الولادة⁽¹⁾.

و في الحالة التي يتخذ فيها خطأ الطبيب وصفا جزائيا، فإن الحكم الناطق بالتعويض لا يحتاج إلى تسببه بأسباب خاصة كونه يستمد أساسه من الجريمة ذاتها⁽²⁾.
و لا رقابة على القاضي في تقدير قيمة التعويض من المحكمة العليا، إلا فيما يتعلق ببيان الوسائل المعتمدة منه لتقدير التعويض الممنوح للمريض أو ذويه⁽³⁾ أي الوسائل و العناصر التي استمد منها قناعته في تحديد مقدار التعويض عن الضرر اللاحق بالمريض. ذلك أنه إذا كان لقاضي الموضوع سلطة في تقدير الضرر، إلا أنه لا يستطيع أن يغفل هذه العناصر التي تعد معايير كفيلة لجبر الضرر، و التي يجب أن تدخل في حساب التعويض فهي إذن من المسائل القانونية التي تقع تحت طائلة رقابة المحكمة العليا، و تدخل في إطار التكييف القانوني للوقائع. و يكون للمحكمة العليا تصحيحه ، فتستبعد من التعويض الذي قضى به قاضي الموضوع ما ترى أنه قد أدخله في التقدير على الأساس الخاطئ⁽⁴⁾.

¹ - قرار مجلس الدولة 1999/04/19 قضية القطاع الصحي بأدرار ومن معه ضد زعاف رقية
- المنقفي في قضاء مجلس الدولة- حسين بن الشيخ آث ملوية - دار هومة - جزء 1- طبعة 2002 ص 101-105
- كما جاء في قرار مجلس الدولة في 2000/01/31 قضية مدير القطاع الصحي شي قفارة بمستغانم ضد سليمان فاطمة.
- حيث أن الخبرة الطبية قد أظهرت وجود إبرة في بطن المستأنف عليها
- حيث أن نسيان الإبرة أدى لآلام تستحق التعويض
- حيث أن قضاء المجلس لما صادقوا على الخبرة المأمور بها، و منحوا على أساسها مبلغ 200.000 دج للضحية قد أصابوا في تقدير الوقائع و في تطبيق القانون و التالي ينبغي إذا تأييد القرار المستأنف فيه.

² - قرار الغرفة الجنائية رقم 258194 بتاريخ 2001/04/24 المجلة القضائية -العدد 2 سنة 2001 ص348

³ - قرار المحكمة العليا رقم 109568 بتاريخ 1994/05/24 المجلة القضائية لسنة 1997 عدد 21 ص13

⁴ - بسام محتسب بالله -المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق- دار الإيمان دمشق بيروت-ط1-

كما أنه إذا كان مؤدى نصوص المواد 131-182 من القانون المدني أن التعويض يخضع في تقديره لسلطة القاضي إلا أن عدم الإشارة من طرف قاضي الموضوع لمراعاته الظروف الملازمة للضحية و قيامه بتحديد الخسارة، يجعل حكمه غير سليم⁽¹⁾.

أخيرا نقول أن المسؤولية عن جراحة التجميل تخضع للقواعد العامة في المسؤولية، أي مسؤولية الخطأ الواجب الإثبات.⁽²⁾ و هذا في الجزائر. غير أنه يبدو صوابا ما قرره البعض من أن المخاطر الطبية التي تستحق التعويض عن الأضرار التي تسببها ينبغي أن تضبط في إطار الشروط التالية⁽³⁾:

الشرط الأول: وجوب توافر عمل طبي ضروري

فمن الأهمية بما كان ضرورة وجود عمل طبي تقتضيه حالة المريض، على أن يكون فعالا بحيث يرتجى منه تحقيق مصلحة المريض. على أن إرادة المريض ينبغي أن يصدر عنها قبول واضح مستندا إلى تبصيره الواضح الصريح من قبل الطبيب بالمخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها بسبب العمل الطبي و كل ما يتعلق به.

الشرط الثاني: احتمالية وقوع الضرر

ينبغي أن يبصر الطبيب مريضه باحتمال وقوع الضرر بسبب المخاطر، و يكون ذلك على صورتين:

الصورة الأولى: و تتعلق بالمخاطر غير الاستثنائية أي الآثار الجانبية التي تبدو طبيعية وفقا للمجرى العادي للأمر.

الصورة الثانية: تعني المخاطر الاستثنائية التي لا تدخل في نطاق التوقع، بل يحتمل وقوع ضرر غير عادي. و من الجدير بالذكر أن معيار الاحتمال لا يحدد نسبة منضبطة بل قد تزيد أو تنقص، و من ثمة فإن الضرر إذا ما وقع فإنه يكون غير متكافئ لما يتوقع حدوثه، و لذلك تتباين الأضرار من حالة إلى أخرى و هذا هو منطق الاحتمال.

¹ - ملف رقم 39694 بتاريخ 08/05/1985-المجلة القضائية-عدد 3 لسنة 1989 ص34-

² - محمد رايس-المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري- مرجع سابق- ص 206

³ - محمد حسين منصور- المسؤولية الطبية - مرجع سابق - ص 73

الشرط الثالث: نطاق الالخطأ

فلسنا بصدد مسؤولية خطئية، فعدم توافر الخطأ هو قوام المخاطر لأن النطاق هو الاحتمال، من ثمة فدور الخبرة الطبية يبدو جوهرياً في نطاق تقدير الأضرار التي تقع، و يتم الفحص هنا بطريقة علمية مجردة.

الشرط الرابع: وقوع الضرر الذي كان محتملاً

إن استحقاق التعويض عن المخاطر الطبية يقتضي تحقق الأضرار بعد أن كانت- قبل تنفيذ العمل الطبي- في دائرة الاحتمال، فالمبدأ إذا في استحقاقه هو وقوع الأضرار و إن لم تكن استثنائية.

و كي لا يكون الضمان هباء منثوراً ينبغي إنشاء صناديق لضمان تعويض ما تسفر عنه المخاطر الطبية من أضرار، على سند من حقيقة فكرية هي أن "التحدي بعدم وجود مخاطر في العمل الطبي زعم مضحوض"⁽¹⁾.

¹ - أسامة أحمد بدر-ضمان مخاطر المنتجات الطبي-مرجع سابق-ص74 و ما يليها

الخاتمة :

ما زال القضاء في الجزائر لم يقل كلمته بعد في هذا الموضوع، خاصة و أن الجراحة التجميلية لازالت في أطوارها الأولى، و غير منتشرة انتشارا واسعا و بالكيفية المعروفة في الدول الغربية المتقدمة. و إذا كانت مثل هذه العمليات لا تزال لم تطرح خصومات على المحاكم، فإنه لا مانع من أن يتقيد الأطباء بالالتزامات ذات الطابع الخاص عند إجرائهم للعمليات الجراحية ذات الطابع التجميلي غير العلاجي. و لعل تشدد القضاء في كل ما يتعلق بجراحة التجميل يكون حافزا لدفع الجراحين للتحكم في التقنية الطبية المستعملة، و تقرير ما هو مناسب بعيدا عن المخاطرة، مع بذل الجهد و العناية المطلوبين لذلك.

و منها مسؤولية الأطباء و التأسيس القانوني لها بصفة عامة، و مسؤولية الطبيب في مجال جراحة التجميل بصفة خاصة. و كذلك التأمين من كل المخاطر التجميلية، دون مضايقة الطبيب المنتسب لهذا التأمين بالبحث في أخطائه، بل الاكتفاء بإثبات وجود الضرر و كون هذا الضرر على علاقة بالنشاط الطبي، و تتكفل هيئة التأمين من المخاطر في جراحة التجميل بتعويض ضحايا حوادث جراحة التجميل الناجمة عن فعل المنقولات، من معدات و آلات و أجهزة و أدوات طبية مستعملة في مجال هذه الجراحة.

كما بإمكانه انتهاج المشرع الفرنسي بأن يجعل أساس التعويض هو التضامن الاجتماعي في غياب أي خطأ، فمن جهة نجد أنه من الطبيعي و المنطقي عدم ترك الضحية يتحمل وحده ثقل سوء حظه، و من جهة أخرى يكون من غير المنصف إعمال مسؤولية الطبيب في حين أنه لم يرتكب أي خطأ يذكر. مع العلم أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد قبل تطبيق مسؤولية الطبيب دون خطأ، و كان هدفه من وراء ذلك هو عدم ترك الضحايا دون تعويض.

و بهذا و فقط، نتمكن من تفادي هاته المخاطر التي أصبحت لصيقة بجراحة التجميل ورجال هذه المهنة، و نضمن حماية أكبر للفئة الضعيفة المقبلة على هذا النوع من الجراحة، و نقلل من الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء أمام القضاء .

تم بحمد الله و عونه

المراجع:

1- المؤلفات:

أ- باللغة العربية:

المؤلفات العامة

- أحمد باشا عمر - مبادئ الاجتهاد في قانون الإجراءات المدنية - دار هومة - طبعة 2002
- جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - جزء 1 - مطبعة جامعة القاهرة - مصر - 1978
- حسين بن الشيخ أث ملوية - المنقفي في قضاء مجلس الدولة - دار هومة - جزء 1 - طبعة 2002
- رشيد خلوفي - قانون المسؤولية الإدارية - ديوان المطبوعات الجامعية - طبعة 1994
- سعيد سعد عبد السلام - الالتزام بالإفصاح في العقود - طبعة 1 - دار النهضة العربية 2000
- عبد الرزاق بن خروف - التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري - الجزء الأول - التأمينات البرية - 1998
- عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصادر الالتزام - (1) المجلد الثاني - منشورات الحلبي الحقوقية 2005 .
- عبد المنعم البدر اوي - العقود المسماة - الإيجار والتأمين - الأحكام العامة - بدون دار نشر
- علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية.
- علي فيلاي - الالتزامات - العمل المستحق للتعويض - المؤسسة الوطنية لفنون الطبع - الجزائر - 202
- عمر بن سعيد - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني - دار الهدى - عين مليلة - طبعة 2004
- محمد صبري السعدي - شرح القانون المدني الجزائري - جزء 2 - دار الهدى - طبعة 2 - 2004

- مختار محمود الهانسي-مقدمة في مبادئ التأمين-الدار الجامعية-1990

المؤلفات الخاصة

-أحمد محمود سعد-مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه-طبعة2-
2007-دار النهضة العربية

-أسامة أحمد بدر-ضمان مخاطر المنتجات الطبية-دار الكتب القانونية-2008

-بسام محتسب بالله -المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق-دار
الإيمان-دمشق-بيروت-طبعة1-1984

-ثروت عبد الحميد-تعويض الحوادث الطبية-2007-دار الجامعة الجديدة للنشر

-رمضان جمال كامل-مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية-طبعة1-2005-المركز القومي
للإصدارات القانونية

-طلال عجاج-المسؤولية المدنية للطبيب-دراسة مقارنة-المؤسسة الحديثة للكتاب-طرابلس-
لبنان-طبعة 2004

-عبد الحميد الشواربي -مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجزائية و
الأدبية-منشأة المعارف-الإسكندرية-مصر 2000

-عبد السلام التتوجي-المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و في القانون
السوري و المصري و الفرنسي-دار المعارف-لبنان-1967

-مأمون عبد الكريم-رضا المريض عن الأعمال الطبية-دار المطبوعات الجامعية-2006

-محمد السعيد رشدي-الجوانب القانونية و الشرعية لجراحة التجميل-بدون دار نشر-1987

-محمد رايس-المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري-دار هومة-2007

-محمد حسين منصور-المسؤولية الطبية-دار الجامعة الجديدة للنشر-الإسكندرية-مصر-
طبعة 1998

ب- باللغة الفرنسية:

- Jean penneau-la responsabilité du médecin -3^{ème} édition 2004.
- Savatier –traité de la responsabilité civile –tome 2-ets-N 775.
- Daniel Rouget –responsabilité médical de la chirurgie esthétique –louis arbous –édition arrette.
- MM Hannous et A, R Hakem –précis de droit médical à l usage des praticiens de la médecine et du droit-office des publications universitaires –réimpression 1992.

2-النصوص القانونية:

- قانون رقم 11/18 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 02 يوليو 2018 يتعلق بالصحة جريدة رسمية عدد 46 لسنة 2018.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2005 .
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب –جريدة رسمية عدد 52 لسنة 1992.

3 - المقالات العلمية؛

أ-باللغة العربية :

- شاهدة قادة-التزام الطبيب بإعلام المريض-المضمون و الحدود و جزاء الإخلال-
موسوعة الفكر القانوني-مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية-الجزء الأول.
- قمرأوي عز الدين- مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر-
موسوعة الفكر القانوني -دار الحلال للخدمات الإعلامية -الجزء الأول .

-محاضرات الأستاذة لحو غنيمة -ملقاة على طلبة المدرسة العليا للقضاء- دفعة 17-سنة
2006

-محاضرات الدكتورة بن شعبان حنيفة ملقاة على طلبة الماجستير-فرع المسؤولية و
العقود-جامعة بن عكنون-الجزائر.

-محمد رايس - المسؤولية المدنية للأطباء في عمليات جراحة التجميل-مجلة المحامي-
السنة الثالثة-العدد 1-نوفمبر 2005

-بودالي محمد- المسؤولية الطبية بين الاجتهاد القضائي و القضاء العادي-المجلة القضائية
-العدد 1-2004

ب-باللغة الفرنسية :

-Fabienne Quillère- Mjzoub- la responsabilité du service public
hospitalier

محاضرة وارده بالمجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين -منشورات الحلبي
الحقوقية-لبنان-الجزء الأول-2004.

4- الرسائل:

أ- باللغة العربية:

-قاسي عبد الله زيدومة-المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيادلة-رسالة ماجستير-جامعة
الجزائر-1979

-جربوعة منيرة-الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و الجراحة التجميلية-رسالة ماجستير-
جامعة الجزائر-2007

-محمد عبد القادر العبودي-المسؤولية المدنية لطبيب التخدير-رسالة دكتوراه -كلية
الحقوق-جامعة عين شمس-القاهرة-مصر-1992

-عبد الرازي محمد هاشم عبد الله-المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي و القانون
الوضعي -رسالة دكتوراه-كلية الحقوق-جامعة القاهرة-مصر-1994
-هنري سعاد-مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء-دفعة14-سنة 2003-2006

ب- باللغة الفرنسية:

-Sabrina Azzano -faute médicale alea thérapeutique -DEA en droit
privé toulouse 1995.

-Dr ben chaabane Hnifa -thèse de doctorat 1986 d ،alea dans les droits
des contrats -office national de publications.

5- المجلات و الدوريات:

-باللغة العربية:

-مجلة المحامي الصادرة عن منظمة المحامين سيدي بلعباس-السنة الثالثة-عدد4-نوفمبر
2005 رمضان 1426

-باللغة الفرنسية:

-Groutel (H)-le risque médical -évolution de la jurisprudence récent en
droit commun et en droit administratif -revue médecine et droit -n°=4
janvier /février 194-1

6- المواقع الإلكترونية:

-<http://www.netclinic.iraqgreen.net>

-<http://www.droitmedical.net/>

-<http://www.santeu.j.fgrenoble.fr/>

45	الفرع الأول : الإهمال و عدم الحذر
46	الفرع الثاني : عدم التحكم في التقنية و عدم تناسبها
51	المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية لطبيب التجميل و تقدير التعويض
	المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير قيام أركان المسؤولية المدنية لطبيب التجميل
51	الفرع الأول: تقدير قيام ركن الضرر
52	الفرع الثاني: تقدير قيام ركن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر
55	المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض
60	الفرع الأول : العوامل المرتكز عليها في تقدير التعويض
60	الفرع الثاني: أنواع التعويض المادي جزافي و ريعي
69	الخاتمة