

جامعة عمار ثلجي الأغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



بغنوان

الخطر الطبي في الجراحة التجميلية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون العقود والمسؤولية

إشراف الدكتور:

فاطمة الزهراء عكاكة

اعداد الطلبة :

- رحيمة مانع
- غزلان قارة

لجنة المناقشة

رئيسا
مشرفا ومقررا
عضوا مناقشا

عطاء الله خضرون
فاطمة الزهراء عكاكة
عبد القادر يخلف

الاستاذ
الدكتورة
الاستاذ

السنة الجامعية 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

"من اجتهد وأصاب فله أجران، ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد"
الحمد لله الذي وهبنا نعمة العقل سبحانه والشكر له على كل نعمه
وفضله وكرمه .

تبارك الله ذو الجلال والإكرام .

نشكر كل من قدم لنا يد العون والمساعدة في إنجاز هذه المذكرة .

بأخص والديا وعائلي ونخص بالذكر الأستاذة المحترمة

"عكاكة فاطمة الزهراء " التي لم تبخل علينا بنصائحها وإرشاداتها،

من خلال إشرافها على عملنا خطوة بخطوة ، وبكل جدية وتفاني.

كما نتقدم بالشكر الخالص إلى كل من

الأساتذة المشرفين وعمال قسم الحقوق

ونشكر في الأخير كل من قدم لنا يد المساعدة، سواء من

قريب أو من بعيد .

فالحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات

الإهداء

أهدي ثمرة عملي هذا إلى :

الوالدين الكريمين حفظهما الله و أطال عمرهما .

العائلة الكبيرة و الصغيرة أخص بالذكر زوجي و أبنائي .

وفقههم الله .

إلى كل الأصدقاء بالخصوص * مليكة ، غزلان ، بلال * .

حفظهم الله .

إلى كل من كانوا سببا في نجاحي .

رحيمة

الإهداء

الحمد لله الذي أنار لي طريق الهدى و العلم و وفقني لإتمام هذا العمل أما

بعد :

اهدي هذا العمل المتواضع لكل أفراد عائلتي و أخص بالذكر أبي و أمي

الغاليين

أطال الله في عمرهما .

و إلى رفيق دربي .

زوجي العزيز و أولادي الأعزاء ** يحيى محمد اسلام و علاء شرف الدين **

و إلى من رافقتني و شجعتني طوال مشواري الدراسي

صديقتي و أختي *مانع رحمة* حفظها الله و رعاها .

غزلان

قائمة المختصرات

ج : الجزء

ج. ر : الجريدة الرسمية

د. س. ن : دون سنة نشر

د. ط : دون رقم طبعة

ص : الصفحة

ص. ص : اشارة لتعدد وتوالي الصفحات المقتبس منه

ط : الطبعة

غ. إ : الغرفة الإدارية

غ. ج : الغرفة الجزائية

غ. م : الغرفة المدنية

ق. م. ف : القانون المدني الفرنسي

ق. إ. م. إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق. م. ج : القانون المدني الجزائري

م. أ. ط : مدونة أخلاقيات الطب

م. ع. ق. إ : مجلة العلوم القانونية والإدارية

ظل التجميل متداولاً منذ القدم وعبر التاريخ وتعاقب الحضارات، ولكن ما وصل إليه التقدم والتقنية الطبية وتطورات الجراحة التجميلية تعدت مرحلة التزيين المتعارف عليها إلى مرحلة تنسيق الجسد والأعضاء، وأصبحت تجارة رائجة كشد الوجه وتعديل الأنف ونفخ الخدود وحشو الأثداء بالسليكون وشفط الدهون الأمر الذي خلف العديد من المشاكل التي نتج عنها دعاوى دفعت بأهل القانون والمهتمين به إلى بحث شرعيتها قانوناً والإطار القانوني للمسؤولية المترتبة عنها .

ومن هذا المنطلق فإن الدافع الأساسي للجوء إلى هذا النوع من الجراحة ينحصر ما بين الحاجة العلاجية والنفسية، فقد يلجئ إليها الشخص بغية تخلص من تشوه أو عيب خلقي أو مكتسب اثر حادثة معينة خصوصاً إذا كان هذا التشوه أو العيب سبباً في حرمانه حقاً من حقوقه كالزواج أو الحصول على وظيفة، كما قد يلجئ إليها الشخص رغبة منه في تغيير مظهره أو شكله للوصول إلى نموذج جمال على شاكلة شخص آخر يتأثر به .

فباتساع وانتشار الجراحة التجميلية وكثرة وسائلها أدى إلى زيادة في الأخطار والأخطاء التي يتعرض لها طالب الجمال، الأمر الذي يقتضي غطاءاً تشريعياً لهذه العمليات الجراحية التجميلية فتستلزم مواكبة من المشرع لتنظيم شرعنه هذه العمليات ووضع المعالجات وحلول الأزمنة وتحديد مسؤولية الجراح التجميلي على وجه الدقة، حيث انه في مقابل ما تحقق من نتائج مذهلة وعظيمة في مجال الجراحات التجميلية، فقد انطوت هذه العمليات الجراحية الكبرى أو فوق الكبرى أحياناً على مخاطر وعواقب وخيمة، وأثار سيئة نتيجة استعمال الأجهزة والأشعة الغير تقليدية ومعدات التجميل الغير معروفة المصدر .

مما أثارت المسؤولية المدنية للأطباء الكثير من الجدل في ساحات القضاء وقد 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 مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم .

ويتميز 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، ولم يبح بأسراره، فتتأثر بالتالي الحصول على النتيجة المبتغاة بأحوال المريض المادية (حساسية أو استعداد مرضي أو النفسية أو الاجتماعية .

وقد شهد تطور المسؤولية الطبية أمداً بعيداً في الحاضر عن طريق زيادة الوعي الذي بدأ ملحوظاً في تعدد دعاوى المسؤولية ضد أصحاب البديل البيضاء لمطالبتهم بالتعويض عما يصدر منهم من أخطاء في مزاوله المهنة، وقد ساعد على هذا التطور زيادة التقدم العلمي وطرق العلاج وما صاحب ذلك من نجاح ومضاعفة الخطر من جهة، ونشر الثقافة الطبية من جهة أخرى، كما أن ظهور التأمين على المسؤولية جعل للمضروب حقاً مباشراً من قبل شركة التأمين فأصبح حصوله على حكم التعويض أمراً يسيراً، وهو ما شجعه على الإصرار في رفع دعاوى التعويض .

كما أن العلوم الطبية في تطور مستمر وليس من السهل التمكن فيها أو السيطرة عليها ولعل لهذه الأسباب فإن المشرع يكون حذراً من التدخل في هذا المجال حتى لا يقيد حرية الطبيب فينعكس هذا على قدرته في الاجتهاد.

وكثيرا ما يترتب على مزاوله مهنة الطب أخطار تطرح عادة على بساط النقاش باعتبارها أساس المسؤولية المدنية للأطباء، وهذه الأخطار ليست وليدة اليوم وإنما وجدت منذ ان وجدت مهنة الطب لارتباطها بمباشرة العمل الطبي، سواء تعلق الأمر بعلاج المرضى أو بإجراء الفحوصات والاختبارات اللازمة لهم .

وقد شهدت المسؤولية الطبية تطورا كبيرا في آونة الأخيرة نتيجة لكثرة المشكلات التي تطرحها والازدياد الوعي لدى المضرورين بضرورة اخذ حقوقهم، فإذا كانت العدالة تقضي تعويض المضرور عما أصابه من أضرار جراء الأخطار الطبية، فقد واجه المضرور صعوبات في دعواه نتيجة صعوبة إثبات الخطأ الطبي، فالتمسك بقواعد المسؤولية التقليدية التي تفرض وجوب إثبات الخطأ يعني في غالب الأحوال عدم حصوله على التعويض، وذلك بالنظر إلى تعقد الفن الطبي والظروف التي تحيط بالخطأ الطبي، نهيك عن حالة المعاناة التي يكون بها المريض وقت ارتكاب الخطأ .

وتكتسي دراسة هذا الموضوع أهمية بالغة لكون إن الجراحة التجميلية تشكل درجة كبيرة من الخطورة على مستقبل طالبيها مما أصبح لهم إدمانها وهوسا في إجرائها، وكذا رغبة منا في لفت نظرة المشرع الجزائري لتبني تشريعات خاصة بهذا النوع من الجراحة كون هذا الفراغ القانوني يجعل الشخص المضرور لا يلجأ إلى قضاء لعدم الفعالية في تحقيق الحماية القضائية وكذا وعدم السرعة في إجراءات التقاضي .

ومن الأسباب الذاتية التي دفعتنا لاختيار الموضوع هو الانتشار الهائل لهذه الجراحة في العالم والجزائر في الآونة الأخيرة وما انجر عن هذه العمليات من أضرار، فالبرغم من الإشهار الواسع لدى الإعلام للعيادات الخاصة بالتجميل إلا أن هناك غموض حول الإجراءات القانونية

المتبعة قبل إجراء العمليات التجميلية ومدى احترام جميع المعايير اللازمة للقيام بهذه الجراحة من الاختصاص المطلوب للطبيب إلى احترام معايير الأمن والسلامة في هذه العيادات .

أما الأسباب الموضوعية هو أن تخصص الجراحة التجميلية غير معترف به من المجلس الوطني لأخلاقيات الطب ولا يدرس في الجامعات الجزائرية، أضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري لم يخصصها بنصوص خاصة.

وتتمثل أهداف هذه الدراسة في تبيان أحكام القانونية لعمليات التجميل وكذا التوعية بخطورة هذه العمليات وبمساسها بسلامة جسم الإنسان والتأكيد على ضرورة تنظيم المشرع لعمليات التجميل بنصوص خاصة حتى لا تكون مدعاة لتلاعب، وكذا التأكيد على ضرورة تدريس الجراحة التجميلية خاصة التقويمية أو الترميمية منها في كليات الطب بالجزائر، وكذا مسايرة التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري للتطور الحاصل في مجال الطبي والتأميني والتشريعي على حد سواء.

والجدير بالذكر انه وأثناء إعداد هذا البحث واجهتنا ككل باحث جملة من الصعاب أهمها انتشار وباء كورونا المستجد مما أدى إلى الخضوع لإجراءات الحجر الجزئي، الذي تم من خلاله غلق الجامعات كذا غلق كل المكاتب العمومية والخاصة منها، وكذا صعوبة التنقل والاتصال بالأستاذ المشرف على تأطير الرسالة مباشرة، كذلك قلة المراجع المتخصصة سيما في ما يتعلق بالخطر الطبي عموما والتأمين على المسؤولية الطبية خصوصا، وكذا قلة الاجتهادات القضائية الجزائرية وذلك لحدثة طب الجراحات التجميلية في الجزائر.

بالتالي فالإشكالية التي نطرحها لمعالجة هذا الموضوع نظرا لما احتوته الجراحة التجميلية من خطورة وما حملته من جديد في المجال الطبي وهي كالاتي :

هل الخطر هو الأساس الوحيد والكافي لإقامة مسؤولية جراح التجميل ؟ وماهي الآليات

المناسبة للتعويض عن هذه الأخطار؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد على المنهج المقارن الذي نتعرف من خلاله على موقف الفقه والقضاء والتشريع المقارن المتناول بالدراسة في هذا النوع من الجراحة كما نستعين بالمنهج التحليلي كلما اقتضى الأمر بتوضيح نقطة معينة في موضوع البحث وكذا المنهج التاريخي كونه يساعد على معرفة مدلول فكرة الخطر الطبي في الجراحة التجميلية وهو ما يعيننا على فهم المسألة.

وبناء على ذلك ، فقد ارتأينا تصورا منهجيا لدراسة هذا الموضوع وذلك من خلال فصلين أساسيين:

يتضمن **الفصل الأول** المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ومدى مشروعيتها، والذي يندرج تحته مبحثان نتناول في **المبحث الأول** مفهوم الجراحة التجميلية وفي **المبحث الثاني** المسؤولية المدنية للجراحة التجميلية من حيث الطبيعة والالتزام، بينما في **الفصل الثاني** الخطر الطبي في الجراحة التجميلية وتقدير التعويض عنها وقسمناه بدوره إلى مبحثين، **المبحث الأول** مدلول فكرة الخطر الطبي وتطرقنا إلى تقدير التعويض عن الأخطار الطبية في **المبحث الثاني**، وخلصنا إلى خاتمة ضمناها جملة من النتائج وكذا التوصيات المقترحة .

لم يكن من المتصور في أول الأمر مساءلة الأطباء عن أخطائهم، فلم تعرف المسؤولية الطبية لا من الفقه ولا القضاء بخصوص هذه المهنة التي اعتبرت فناً على الجسم الإنساني، فكانت تعتبر العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة إنسانية وليست رابطة قانونية حتى تقام مسؤولية الطبيب إذا أخطأ في العلاج وقد شهد العصر الحديث تطوراً ملحوظاً للمسؤولية الطبية ساعد عليه زيادة التقدم العلمي في طرق العلاج وما صاحب ذلك من مضاعفة المخاطر، فأصبحت المسؤولية الطبية تقوم حتى عند عدم وجود أي خطأ طبي بل أصبح هناك ما يسمى بالمسؤولية على أساس المخاطر تقوم بدون إثبات أي خطأ من الطبيب وتقوم أيضاً بالمسؤولية على أساس تفويت الفرصة وعلى ما سبق سنتناول في هذا الفصل مفهوم الجراحة التجميلية ومدى مشروعيتها في (المبحث الأول) والمسؤولية المدنية للجراح التجميلي من حيث الطبيعة والالتزامات في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الجراحة التجميلية

تختلف الجراحة التجميلية عن الطب العادي في عناصر أساسية تظهر جليا في كون هذا الأخير يثار في حالة الألم ويستدعي الاستعجال بل والإسعاف وهو ما لا نجده في الجراحة التجميلية التي هي ليست كباقي الجراحة التي يقصد منها الشفاء من العلة، وإنما الغاية منها هي إصلاح تشويه يחדش الذوق أو يثير الألم أو النقمة أو الاشمئزاز في النفوس، ولم يكن هذا النوع من الجراحة حديثا، إنما لها تطبيقات قديمة ولقد تعددت وتنوعت تعاريف الجراحة التجميلية من قبل فقهاء القانون ورجال الطب تبعا لتعدد أنواعها وأسبابها لذا سنتناول تعريف الجراحة التجميلية وتحديد أنواعها (المطلب الأول) ثم مشروعية الجراحة التجميلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف الجراحة التجميلية وتحديد أنواعها

الجراحة التجميلية عرفت كاختصاص طبي في فرنسا منذ سنة 1988، تحت اسم جراحة التجميل البلاستيك التكوينية والتجميلية *chirurgie plastique reconstructrice et esthétique* والأعمال الطبية لا يقصد منها المعالجة دائما وإنما إزالة تشويه الجسم أظهر أو خفي لغرض علاجي أو جمالي بحت¹، ومع بداية العصر الحديث أصبح تصنيفها إلى عدة أنواع ومن خلال ذلك سنتناول التعريف اللغوي والاصطلاحي للجراحة التجميلية (الفرع الأول) ويتم تحديد أنواعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للجراحة التجميلية

يتكون مصطلح جراحة التجميل من جزئين، إلا هما كلمة جراحة وكلمة تجميل، ولأجل أخذ

فكرة منصفة لهذا المصطلح فلا بد من التعريف كلا بشقيه حيث يأتي بيان ذلك كالتالي:

¹ منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2013، ص 531.

أولاً : التعريف اللغوي للجراحة التجميلية :

الجراحة في اللغة من الجرح بضم الجيم وهو الشق في البدن تحدثه آلة حادة وجمعه جروح وجراح، ويقال جرحه جرحاً، إذا أثر فيه بالسلاح وهي اسم للضربة والطعنة، وجمعها جراح وجرحات، ويستعمل الجرح للدلالة على معنى الكسب، كما يستعمل من قبيل المجاز بمعنى العيب والنقص فهو جرح معنوي، فيقال: جرحه بلسانه جرحاً أي عابه وانتقصه، ومنه جرحت الشاهد إذا أظهرت فيه ما ترد به شهادته¹، إلا أن هذا الاستعمال يعتبر من قبيل المجاز فهو جرح معنوي وليس بحسي كجرح السلاح.

وتستعمل مادة جرح في الدلالة على معنى الكسب، فيقال: جرح الشيء واجترحه بمعنى كسبه ومنهم قولهم : "قلان جرح أهله" بمعنى كاسبهم .

وفي القرآن الكريم "ويعلم ما جرحتم بالنهار"² أي يعلم ما كسبتم من الأعمال بالنهار. والمعنى الأول للجراحة وهو أثر فيه بالسلاح هو المناسب لطبيعة البحث لأنها تشتمل على شق الجلد، واستئصال للداء، وبتتر الأعضاء، وقطعها بمبضع الجراحة، وآلتها التي هي في حكم السلاح وأثرها كأثره.

التجميل: هو التزيين، وجمله تجميلاً: زينه مأخوذ من الجمال وهو صفة تلحظ في الأشياء وتستحسنها النفوس السوية، والجمال من الصفات: ما يتعلق بالرضا واللفظ.

وعلم الجمال: باب من أبواب الفلسفة يبحث في الجمال ومقاييسه ونظرياته والتجميل من الفعل جمل، والجيم، والميم، واللام أصلان:

أحدهما: تجميل وعظم الخلق، والآخر حسن: وهو ضد القبيح

¹ نادية محمد قريماز، الجراحة التجميلية، الجوانب القانونية والشرعية، دراسة مقارنة، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2010، ص 36 .

² سورة الأنعام، الآية 60 .

كما يظهر من كلام من عرفه أن الجمال ليس له معايير محددة متفق عليها، بل يرجع إلى العرف فيغير الأزمان والأماكن، وقد يتغير بتغير أذواق الناس، لكن بما لا يتعارض مع الضوابط العامة للتجميل المأخوذة من النصوص والقواعد الشرعية .

أما التجميل فيقصد به لغة: هو التزين وجمله تجميلاً: زينة مأخوذ من الجمال وهو صفة تلاحظ في الأشياء وتستحسنها النفوس السوية، والجمال من الصفات، ما يتعلق بالرضا واللفظ. وعلم الجمال باب من أبواب الفلسفة يبحث في الجمال ومقاييسه ونظرياته والتجميل من الفعل جمل والجيم والميم واللام أصلان، أحدهما، تجمل وعظم الخلق والآخر حسن وهو ضد القبيح¹.

كما يظهر من كلام من عرفه أن الجمال ليس له معايير محددة متفق عليها، بل يرجع إلى العرف فيتغير بتغير الأزمان والأماكن، وقد يتغير بتغير أذواق الناس، لكن بما لا يتعارض مع الضوابط العامة للتجميل المأخوذة من النصوص والقواعد الشرعية.

ثانياً : التعريف الاصطلاحي للجراحة التجميلية

بعد التعرض للتعريف اللغوي للجراحة والتجميل، ينبغي التطرق لتعريف الجراحة التجميلية كمصطلح فيستدل من الاسم العربي الشائع للجراحة التجميلية هو تغيير مظهر ما للأجل، يعبر عن الحقيقة، وقد ظهر كترجمة لكلمة بلاستيك اليونانية اللاتينية، والتي هي مكونة من مقطعين: الأول Aisthétikos ويقصد به العمل اليدوي، والثاني Keirourgia ويعني القدرة على الإحساس المتولد من الشعور بالجمال².

¹ صالح بن محمد الفوزان، الجراحة التجميلية، عرض طبي ودراسة فقهية، ط2، الدار التدمرية للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، 2008، ص19.

² سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنهما، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011، ص 15.

أضيف إلى الاسم كلمة بمعنى إعادة البناء بكافة اللغات الأجنبية مؤخرًا والعربية ظهرت كلمة كالإصلاح والتقويم والترميم¹.

وتعرف الجراحة التجميلية بأنها ذلك النوع من الجراحة التي لا يستهدف منها شفاء المريض من علة ما، وإنما إصلاح تشويه خلقي أو مكتسب، فهي مجتمع العمليات التي تتعلق بالشكل ولا تؤذي صحة الأجسام في شيء².

وهناك من عرفها على أنها: "هي التي لا يكون الغرض منها علاجاً مرضياً عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي" وقد ذهب الدكتور لويس دارتيج لتعريف الجراحة التجميلية على أنها "مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل، والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر على القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد"³

ويخلص من التعاريف السابقة أن جراحة التجميل هي الجراحة التي يكون الهدف منها علاجياً، وإنما العمل على إصلاح عيب أو تشويه في الجسم.

الفرع الثاني: أنواع الجراحة التجميلية

عرضت عدة تقسيمات للجراحة التجميلية من الأبحاث والدراسات الفقهية المعاصرة، بالنظر إلى غرض الجراحة وكذا من الناحية الطبية، وتقضي هذه الدراسة إلى تبيان حقيقتها وأنواعها حسب ما هو مقرر عند الأطباء والجراحين، وبهذا الاعتبار قسمت إلى نوعين: جراحة تجميل تحسينية وجراحة تجميل تقويمية .

¹ نادية محمد قرماز، المرجع السابق، ص 40 .

² منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، ط 4، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2000 ص8.

³ منير رضا حنا، المرجع السابق، ص.ص 530، 531.

أولاً: الجراحة التجميلية التحسينية

هي الجراحة التي تكون بهدف تحسين الشكل وإزالة بعض التشوهات أو إزالة آثار تقدم العمر وتكون لأسباب فنية أو نفسية، ولا تدعو إليها بالضرورة، فهذا النوع يشمل عمليات إضفاء الصفة الجمالية على خلقة الإنسان العادية وجعله يبدو أكثر شباباً¹.

والضابط العام لهذه الجراحة أن الهدف من إجراءات تحسين وتجميل المظهر الخارجي ثم الوظيفة تبعاً، أي أن المعتبر في هذا النوع مراعاة الشكل وتناسق أعضاء الجسم الخارجية، ويأتي تحسين الوظيفة كمقصود ثان بالنسبة للمظهر².

تنقسم العمليات المتعلقة بهذه الجراحة إلى نوعين:

- 1- **عمليات الشكل:** من أمثلتها : تجميل الأنف بتصغيره وتغيير شكله، تجميل الذقن بتصغير عظمه أو تكبيره، تجميل الثديين إما بتكبيرهما أو تصغيرهما، تجميل الأذن بردها إلى الوراء إذا كانت متقدمة، تجميل البطن بشد جلدتها وإزالة القسم الزائد جراحياً، تجميل الشفاه³.
- 2- **عمليات التشبيب:** من بينها تجميل اليدين وذلك بشد التجاعيد الموجودة فيهما، تجميل الحواجب والجفون، وذلك بسحب المادة الموجبة لانتفاخهما نظراً لكبر السن والتقدم بالعمر، تجميل الوجه بشد تجاعيده أو تجميله بعملية القشر الكيميائي، تجميل الأرداف بإزالة المواد الشحمية⁴.

¹ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001 ص 114.

² صالح بن محمد الفوزان، المرجع السابق، ص 129.

³ نادية محمد قرماز، المرجع السابق، ص 41.

⁴ عجاج طلال، المسؤولية المدنية للطبيب، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 229.

ثانيا: الجراحة التجميلية التقييمية

وضابط هذا النوع من الجراحة أن الهدف من إجرائها تحسين الوظيفة ابتداءً، أي أن الهدف الرئيسي من هذا النوع تصحيح الخلل الوظيفي في أحد الأعضاء، ويأتي بعد ذلك مراعاة الشكل وتناسق الجسم وأعضائه، إذ يحرص الأطباء على عودة الأعضاء المتأثرة إلى قريب من خلقتها الأصلية¹.

يطلق عليها أيضا الجراحة التقييمية أو التكميلية، وتهدف إلى علاج تشوهات خلقية إما بالميلاد أو بالاكتساب²، والتي يكون القصد منها إزالة العيب سواء كان في صورة نقص أو تلف أو تشوه فهي علاج ضروري أو حاجي بالنسبة لدواعيه الموجبة لفعله وتجميلي بالنسبة لآثاره ونتائجه³. وهي بصورة عامة يقصد بها إعادة الأعضاء الخارجية لجسم الإنسان لوضعها الطبيعي من الناحية الوظيفية والشكلية بصورة تقريبية والعيوب التي تبدو على الجسم البشري تنقسم إلى قسمين :

- 1- عيوب خلقية: هي عيوب ناشئة في الجسم من سبب فيه لا من سبب خارج عنه، وهي نوعان:
 - العيوب الخلقية التي ولد بها الإنسان: من أمثلتها: الشق في الشفة العليا، التصاق أصابع اليدين والرجلين وانسداد فتحة الشرج... الخ
 - العيوب الناشئة من الآفات المرضية التي تصيب الجسم: من أمثلتها انحسار اللثة بسبب الالتهابات المختلفة عيوب صنوان الأذن الناشئة عن الزهري والجذام والسل... إلخ⁴.

- 2- عيوب مكتسبة: هي العيوب الناشئة بسبب خارج الجسم، كما في العيوب والتشوهات الناشئة عن الحوادث والحروق والإصابات البدنية بفعل السيارات، أو الجرائم الواقعة على الجسم من ضرب

¹ صالح بن محمد الفوزان، المرجع السابق، ص 130.

² رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 2007 ص149.

³ نادية محمد قمران، المرجع السابق، ص41.

⁴ محمد بن مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط2، مكتبة الصحابة، جدة، المملكة العربية السعودية، 1994، ص13 .

أو إيداء ومن أمثلتها: كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث المرور، تشوه الجلد بسبب الحروق أو بسبب الآلات الحادة، محاولة تشكيل الثدي بعد استئصاله بسبب مرض السرطان التصاق أصابع اليدين بسبب الحروق¹.

من بين العمليات التي تجري ضمن هذا النوع من الجراحة ما يلي:

أ- **جراحة الأطراف:** هي التي تهتم بعلاج نوعين من العيوب الخلقية والمكتسبة، ومثالها: التصاق الأصابع وإزالة الأصابع الزائدة، وعلاج الأعضاء غير المكتملة، بالإضافة إلى إعادة تركيب الأعصاب والأوتار المقطوعة أو ترقيعها، سواء كان الترقيع ذات أو متباين .

ب- **جراحة أعضاء الوجه:** سواء كان العلاج لإصابة طارئة أو بسبب تشوه غير معتاد يؤثر على وظيفة العضو، كالבصر والشم والسمع.

ج- **جراحة الحروق:** التي تهدف إلى ترقيع الجلد

د- **الجراحة المجهرية:** التي ترمي إلى إعادة الأعضاء المبتورة، كالعضو المقطوع بسبب حادث أو لزراعة العضو كاليد والرجل والأصابع².

بعد التطرق لأنواع الجراحة التجميلية، ينبغي الإشارة إلى أن فريقاً من الفقهاء يذهب إلى القول بأن النوع الثاني أي الجراحة الترميمية تخضع لنفس قواعد المسؤولية الطبية العادية حيث تهدف إلى قصد الشفاء حقيقة، في حين أن جراحة التجميل التحسينية تحكمها المسؤولية الطبية المشددة من نواحي معينة، سواء بالنسبة لرضا المريض وتبصيره بكافة المعلومات المرتبطة بها أو الموازنة الدقيقة بين مخاطرها وفوائدها، فالهدف منها تحسين شكل عضو معافى من الناحية الصحية

¹ دواوي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2005 - 2006، ص 06.

² عجاج طلال، المرجع السابق، ص 229.

أو بالأحرى تحقيق غرض جمالي بحث¹، بينما يذهب فريق آخر لعدم التفريق بين أنواع الجراحة التجميلية من حيث قواعد المسؤولية، بحيث يخضع الجميع إلى المسؤولية الطبية المشددة، وتجدر الإشارة إلى أن أكثر التدخلات التي تؤدي إلى قضايا هي عمليات الثدي والأنف لأنهما أكثر التدخلات المطلوبة في الجراحة التجميلية، أما في الوقت الراهن تعد عمليات شفط الدهون أكثر العمليات المطلوبة، والتي باتت تشكل خطرا وتهديدا على صحة وحياة طالبيها².

المطلب الثاني

مشروعية الجراحة التجميلية

إن الحديث عن مشروعية الجراحة التجميلية يستدعي منا البحث في كل من الفقه والقضاء وأخيرا التشريع الذي لا يضمن نصوص إلا إذا كان لها دوافع تتبع منها المشروعية ليقوم المشرع من خلال هذه النصوص بوضع إطار قانوني يضمن حماية هذا الموضوع وعليه سنتطرق إلى موقف الفقه والقضاء من الجراحة التجميلية (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى الموقف التشريعي من الجراحة التجميلية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء من الجراحة التجميلية

من الطبيعي قيام جدل فقهي وقضائي واسع في مشروعية الجراحة التجميلية وثمره كل اختلاف فقهي تباين الآراء وتفاوت الاتجاهات بين مؤيد ورافض ومتوسط، وسوف نتناول كل هذا في موقف الفقه من الجراحة التجميلية (أولا) ثم موقف القضاء من الجراحة التجميلية (ثانيا) .

أولا: موقف الفقه من الجراحة التجميلية

لم يكن موقف الفقه المدني موحدا حول تعريف العمل الطبي كي يكون موحدا في مجال جراحة التجميل، كونها عمليات تتعلق بالناحية الجمالية الخارجية للجسم في كثير من الحالات ولا

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 107.

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص 10 .

تهدف إلى تحسين الوضع الصحي، فاختلقت آرائهم ولكل فريق رأيه، وعليه سوف نتطرق إلى موقف الفقه الفرنسي، ثم موقف الفقه المصري، وأخيرا موقف الفقه الجزائري.

1- موقف الفقه الفرنسي:

اختلف الفقه الفرنسي بين مؤيد ورافض للجراحة التجميلية، واتجاه وسط بينهما وسوف نتطرق إلى هذه الاتجاهات المختلفة فيما يلي:

أ- الفقه الرافض للجراحة التجميلية:

ذهب هذا الفقه إلى التسليم بعدم مشروعية الجراحة التجميلية، بحيث وصفها بأنها عمل غير أخلاقي، ومن أبرزهم الفقيه جارسون، حيث لم يجز هذه الجراحة على الإطلاق، باعتبار أن القواعد العامة تقتضي أن يكون تدخل الجراح مقصودا به تحقيق غرض علاجي في حين أن العمليات التجميلية تتنافى وهذا الغرض العلاجي¹.

حيث قرر الفقيه جارسون بأن: "الطبيب الذي يتعامل مع عضو سليم من أعضاء الجسم بحجة التجميل خرج عن حدود المهنة التي تتيحها له شهادة الطب"، وذهب الفقيه كورنبروست إلى أنه يعد من قبيل الأعمال الشائنة ما يزعمه جراحو التجميل من إدعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله².

هذا غير أن الموقف الرافض لم يستطع الصمود أمام تطور وتشعب فروع وأهداف الجراحة التجميلية ومبرراتها والحاجة الكبيرة لها، وبعد فشل هذا الاتجاه اتخذ الكثير من الفقهاء موقفا أكثر مرونة ضمن اتجاه مؤيد لجراحة التجميل³.

¹ سامية بومدين، المرجع السابق، ص 44 .

² منار صبرينة، الالتزام بالتصير في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2018 - 2019، ص33.

³ حنا منير رياض، المرجع السابق، ص 437.

ب- الفقه المؤيد للجراحة التجميلية:

رواد هذا الاتجاه هم الفقهاء الأساتذة مازو، نيجر، لأكاسولويس، دارتيج، وهم يرون وجوب التوسع في جراحة التجميل باعتبار أنها تجدد الشباب، كما أنها وسيلة من وسائل مكافحة المرض وجلب السعادة للمريض، اللذان يعتبران من شروط صحة الإنسان، وهناك من يؤيد هذا الاتجاه باعتبار أن مسألة التمييز بين العيوب البسيطة والجوهرية هي مسألة نسبية لا تخضع لضابط محدد فما يعتبر عيبا بسيطا عن أحد الأشخاص لا يعد كذلك بالنسبة للآخر¹.

ج- الإتجاه الوسط للجراحة التجميلية:

يؤكد أنصار هذا الاتجاه على فكرة الأعمال الجراحية التجميلية ولكن بتحفظ شديد، فميز بين نوعين من الجراحة التجميلية لتحديد مسؤولية الطبيب:

النوع الأول: الحالات التي يكون فيها التشوه لدرجة تصبح معها الحياة عبئا، فيرقى إلى مقام العلة المرضية.

النوع الثاني: الحالات التي يكون الغرض منها مجرد إصلاح ما أفسده الدهر من جمال، يميل أصحاب هذا الاتجاه إلى إجراء عمليات التجميل البسيطة التي لا تحمل خطرا فعدم التناسب بين المخاطر والفوائد المرجوة جعلهم يضيّقون من فكرة جراحة التجميل في نطاق العيوب البسيطة².

غير أن صعوبة التمييز بين ما هو بسيط وما هو عيب جوهري ضف إلى ذلك التقدم الذي حقّقته هذه الجراحة جعل الفقه يميل إلى القول بأنها من الأعمال الطبية الجراحية ويعترفون بشرعيتها إذا لم يترتب عليها أضرار وأخطار جسيمة³.

¹ نادية محمد قرماز، المرجع السابق، ص 50.

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص 23.

³ بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، م.ع.ق.إ، العدد 3، كلية الحقوق جامعة الجليلي ليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص 261.

2- موقف الفقه المصري

ذهب غالبية الفقهاء في مصر بمشروعية الجراحة التجميلية، اقتناعاً منهم بأن النظرة المتمردة التي نظر بها لجراحة التجميل تمييزاً لها عن الجراحة العلاجية، أما مرجعها لنفس التردد الذي كان ينظر به الناس إلى الجراحة على وجه العموم تمييزاً لها عن الطب، لذا تغيرت نظرة الناس إلى الجراحة فقد كان طبيعياً أن تتغير نظرتهم إلى الجراحة التجميلية كذلك فقد ذهب رأي في الفقه المصري إلى التفرقة بين العمليات الجراحية التي تهدف إلى علاج التشوهات الجسمية، وبين نوع آخر يقصد به الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها إصلاح ما أفسده الدهر من جمال مقرر إباحة النوع الأول على أساس أن التشوه يرقى إلى مقام العلة المرضية، ومحرم النوع الثاني¹.

3- موقف الفقه الجزائري

لم يتخذ الفقه الجزائري موقفاً مستقلاً بشأن الجراحة التجميلية، وما وجد من كتابات قليلة في هذا الموضوع ما هو إلا نقل لرأي الفقه الإسلامي، حيث يرى الأستاذ طالب عبد الرحمان بمشروعية الجراحة التجميلية العلاجية كونها وسيلة لإزالة العيوب التي تضر بالإنسان سواء نفسياً أو جسدياً وبالتالي فالجراحة حاجة تنزل منزلة الضرورة، ما يستوجب الترخيص للقيام بها، إعمالاً للقاعدة الشرعية القائلة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"².

كما استند الأستاذ بلحاج العربي في تناوله لموضوع الجراحة التجميلية إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث تكلم عن شرعية الجراحة التجميلية التي تهدف إلى استبدال وتعويض جزء من جسم الإنسان كما هو الشأن في الأسنان والعظام، كما خص بالحديث نوعاً آخر من الجراحة التجميلية

¹ محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 140.

² طالب عبد الرحمان، حكم الشرع الحنيف من الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء، د. ط، دار الغرب للنشر والتوزيع وهران الجزائر، 2001، ص 08.

وهو التغيير الجنسي، أين أجاز جراحة تحويل المرأة والعكس بالضرورة واستند في ذلك إلى ما جاء عن المفتي جاد الحق على جاد الحق الذي ذكر شرعا إجراء الجراحة لإبراز ما استتر من أعضاء الذكورة المغمورة أو الأنوثة المطمورة، بل أنه يصير واجبا شرعيا باعتباره علاجا للمخنثين من الرجال والمترجلات من النساء متى نصح بذلك الطبيب المختص¹.

هذا هو نفس رأي الدكتور منذر الفضل، حيث استند إلى ما أشار إليه القسطنطيني والعسقلاني في شرحهما لحديث المخنث، من أن عليه أن يتكلف بإزالة مظاهر الأنوثة وهذا التكلف قد يكون بالمعالجة الطبية، والجراحة هنا علاج بل لعله أنجح علاج، أما إذا كان إجراء هذه الجراحة لمجرد الرغبة في تغيير الجنس، دون دواعي جسدية صريحة غالبية فهذا حرام².

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

ثانيا: موقف القضاء من الجراحة التجميلية

1- موقف القضاء الفرنسي

يعتبر القضاء الفرنسي صاحب الفضل في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللامشروعية الذي كان مضروبا عليها لأمد بعيد، غير أن هذا الموقف جاء بعد تردد طويل فقد كان القضاء ينظر للجراحة التجميلية أنها مجرد وسيلة لإرضاء شهود الدلال عند النساء، فقد اتخذ القضاء الفرنسي في بداية الأمر موقفا عدائيا من الجراحة التجميلية، فبينما كان يقرر أن رضا المريض يعفى من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم عن العمل الجراحي، إذا لم يكتب خطأ في تطبيق قواعد المهنة

¹ بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثالث، الجزء 31، سنة 1993، ص 559.

² بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 560.

نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الأعمال الجراحية التجميلية عن حدوث نتائج ضارة حتى ولو أجرى الجراحة التجميلية طبقاً لأصول الفن الطبي، بل حتى ولو لم يرتكب أي خطأ في الجراحة¹، بمعنى أن إقدام الجراح التجميلي على إجراء العملية لا يقصد منها إلا التجميل يعد خطأ في ذاته يتحمل الجراح بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العملية، إذ ليس هناك ما يبرر إجراء عملية تنطوي على قدر من الخطورة لمجرد إصلاح شكل الإنسان دون أن تكون هناك ضرورة تستدعي شفاؤه، أو فائدة تعود على صحته².

2- موقف القضاء المصري

اعتبر القضاء المصري مشروعية إجراء العمليات التجميلية مسلماً بها، أي أنه اعتبرها كأى فرع من فروع الجراحة الأخرى، وأن التزام الجراح التجميلي لا يختلف في طبيعته عن التزام الجراح العادي، غير أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة العادية، ولذلك كان الحق لكل جراح تجميل في إجراءها ثابتاً لا يحتاج إلى مناقشة، فقد انتقل اتجاه التشديد إلى محكمة النقض المصرية، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 26 جويلية 1969 بأن: "جراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر³، وهو ما أكدته القضاء الفرنسي في حكم صادر له عن الغرفة الأولى للمحكمة الإدارية "نيم Nimes" بتاريخ 14 ديسمبر 1998⁴.

لكن القضاء المصري استوجب مراعاة منتهى الدقة والشدة بالنسبة للأطباء الذين يمارسون عمليات التجميل باعتبارهم متخصصين في هذا الفرع من فروع الطب، فضلاً عن ذلك فإنه أخف من

¹ داودي صحراء، المرجع السابق، ص 11.

² محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 145.

³ محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 517.

⁴ بومدين سامية، المرجع السابق، ص 51.

عبء إثبات المريض لخطأ المريض بإقامته قرينة قضائية بسيطة لصالحه، فالتزام الجراح التجميلي حسب القضاء المصري هو التزام ببذل عناية شأنه شأن غيره من الأطباء والجراحين بشكل عام وعبء إثبات وزع بينه وبين مريضه وفقا للقواعد العامة، حيث ترجع فكرة مشروعية أعمال جراحة التجميل في مصر إلى سنة 1913، في قضية مشهورة للسيد عبد الحميد أفندي، والتي قضت فيها محكمة استئناف مصر بعدم التفرقة بين جراحة التجميل والجراحة العادية، بل أخضعت كلا النوعين للقواعد العامة في المسؤولية، مع تشديد في التزام الجراح التجميلي كون الجراحة التجميلية لا تمارس من حيث المبدأ لأغراض علاجية¹.

كذلك ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قضية أخرى من قضايا التجميل سنة 1969 من خلال ذلك نستنتج أن القضاء المصري قد بدأ من حيث انتهى القضاء الفرنسي حيث أقر ضمناً عمليات التجميل ولكنه لم يتناول حق الطبيب من عدمه في إجراء العلاج لمجرد التجميل كما فعل القضاء الفرنسي².

3- موقف القضاء الجزائري

إذا كان القانون الفرنسي قد واكب ومازال يواكب التطور الموجود على صعيد الجراحة التجميلية، فإن القانون الجزائري مازال بعيدا كل البعد عن تنظيم هذا المجال الحساس من مجالات الطب رغم تأثره بالمشعر الفرنسي.

وإذا كان البعض يذهب إلى أن المحاكم الجزائرية لم تعرف حالات تخص الجراحة التجميلية حتى في الآونة الأخيرة، فإن ذلك أمر مشكوك فيه، لأن إقدام الجراحين العاميين على ممارسة الجراحة التجميلية أمر كرسه الواقع بوضوح ولا محالة في أن تكون هناك أخطاء ناتجة عنها.

¹ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية، ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1998، ص104.

² إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في المسؤولية الطبية والصيدلي فقها وقضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر، 2003، ص 43.

غير أن الحاجة المصطنعة إليه جعلت منه نشاطا غير شرعيا في غياب ترخيص السلطات بوجوده، على الرغم من أن الواقع الجزائري لم يشذ عن التطور الذي عرفه العالم في ميدان الجراحة التجميلية خاصة في جانبها العلاجي¹.

أرجع رئيس مصلحة الطب الشرعي بمستشفى مصطفى باشا ورئيس الأكاديمية الجزائرية للطب الشرعي " رشيد بلحاج "، لدى استضافته بمنتدى جريدة " الشعب " عشية انعقاد المؤتمر الدولي الثالث للطب الشرعي، بقصر الثقافة مفدي زكرياء، التأخر في تعويض ضحايا الأخطاء الطبية الذين يمثلون 95 % ممن لجأوا لأروقة العدالة ولم يتم تعويضهم إلى صعوبة الحصول على دليل علمي قاطع وعدم احترام المعايير القانونية في تحليل القضايا يجعل الأحكام غير منصفة وأحيانا أخرى عدم الوصول إلى نتائج رغم مرور 13 سنة على المحاكمة، ما يستدعي التعجيل في تنصيب اللجنة العليا للصحة للفصل في العديد من القضايا .

وأوضح البروفيسور "بلحاج " خلال ندوة نقاش تحت عنوان « الطب والقانون على ضوء قانون الصحة الجديد 2018 »، أن تنصيب اللجنة العليا للصحة كمرجع علمي وقانوني بات ضروريا خاصة في ملف الأخطاء الطبية الذي يطرح بكثرة في المحاكم بالنظر إلى إرتفاع عدد القضايا التي تستوجب من اللجنة التي لم تدخل الخدمة بعد التشاور بين الأخصائيين لتحديد الخطأ من الإهمال الطبي للفصل في الكثير من القضايا .

كما أكد "بلحاج" بخصوص قانون الصحة الجديد² أنه يسلط الضوء على هذا النوع من القضايا لتحديد الخطأ من الإهمال الطبي الذي يستلزم من جميع الأطراف المعنية أطباء شرطة وقضاة التكوين الجيد قبل التحقيق في القضية وإصدار الحكم الذي يجب أن يتماشى مع نوعية الخطأ

¹ رايس محمد، المرجع السابق، ص 11 .

² خالدة بن تركي، غياب الأدلة والمعايير القانونية وراء تأخر الفصل في القضايا، طب التجميل موجود في الجزائر وغير مؤطر قانونيا، مقال في جريدة الشعب، العدد 18066، الإثنين 4 نوفمبر 2019، ص 7 .

خاصة عندما يتعلق الأمر بعجز أو بتر لأحد الأعضاء أو حالة الوفاة التي تستوجب التعويض الكبير ومعاقبة كل متسبب في الخطأ الطبي سواء كان كبيرا أو صغيرا قصد دفع الأطباء إلى الحرص أكثر على صحة المرضى، وبشأن القضايا الأخطاء الطبية الموجودة بالعدالة قال البروفيسور إنها تتعلق بطب التوليد والنساء، طب جراحة العيون، الجراحة التجميلية، الإنعاش وطب البديل .

فهذا التخصص يعرف فراغا قانونيا في غياب الإطار القانوني الذي ينظمه، فهو تخصص لا يدرس بالجامعات والمعاهد الجزائرية، وأن هناك العديد من الأطباء يمارسون تخصص طب التجميل دون ترخيص من الوزارة الوصية وذلك داخل عيادات خاصة في ظل غياب إطار قانوني لممارسة هذا التخصص، باعتبار أنه ليس مدرجا كشهادة معترف بها وأن أغلبية الأطباء الذين يمارسونه يؤكدون أنهم درسوا في الخارج وليدهم خبرة كافية في هذا المجال¹.

من غير المستبعد وجود أخطاء ناتجة عن الجراحة التجميلية، كل ما هناك أن القاضي الجزائري لم تكن له الشجاعة الكافية ليقول كلمته في الموضوع بطريقة تبرز تميز الجراحة التجميلية عن الجراحة العادية والتي تقتضي أن يكون لها قواعد وأحكامها الخاصة، والتي من المفترض أن يكون القاضي الجزائري هو المؤسس لها اقتداء بنظيره الفرنسي والمصري، حيث يرى البعض أن هذا الغياب لرأي القاضي الجزائري يرجع إلى أن الجراحة التجميلية لا تزال في مراحلها الأولى إذ لا يمكن مقارنتها بالدول الغربية، أما القاضي الجزائري فسيدي موقفه بوضوح ببلوغ هذه الأخيرة حد معين من التطور، مما سيفرض تواجد نزاعات فيها أمام القضاء لا محالة².

لكن رغم غياب النص التشريعي الذي ينظم هذا الاختصاص، فقد نلمس في بعض النصوص من قانون حماية الصحة وترقيتها ما يعبر ضمنا عن هذه الجراحة بأنواعها وذلك بموجب

¹ منار صبرينة، المرجع السابق، ص 45.

² رايس محمد، المرجع السابق، ص 12.

القانون رقم 17/90 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، التي أجازت عمليات تجريبية لا يرجى ورائها العلاج بشرط الحصول على رأي مسبق من طرف المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية هذا يعني أنه أجاز عمليات التجميل لأنها أيضا لا تهدف إلى علاج¹.

كما يمكن أن نستأنس بتلك النصوص المنظمة لنزع الأعضاء وزراعتها وذلك للتشابه الواضح بين هذا المجال ومجال الجراحة التجميلية وهذا حسب المادة 355 من قانون رقم 11/18 وتقبلها المادة 1/161 من قانون رقم 85-05 قبل التعديل التي تنص على أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" إذ قد تكون الجراحة التجميلية عن طريق زرع عضو مبتور لا يظهر أثر بتره إلا من الناحية الجمالية وبالتالي يكون زرعه لغرض جمالي لا علاجي بحت²، حيث نجد من المواد ما يتعلق بشكل رضا المريض وهو الشكل الذي يتطلب في الجراحة التجميلية، ومنها ما يتعلق بشرط إبلاغ المريض بالأخطار الاستثنائية.

كما نستأنس بالمواد التي جاءت عامة، مثلا المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على ضرورة عدم التدخل إلا بوجود شرط التناسب بين مخاطر العلمية وفوائدها، وهذا الشرط يعتبر القاعدة الأساسية في الجراحة التجميلية، وبها تبرر مشروعية التدخل³، كذلك المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب، لكن رغم ما قد ينطبق من النصوص القانونية عامة مع أحكام هذه الجراحة

¹ تنص المادة 3/168 من القانون رقم 17/90 المعدل والمتمم للقانون 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر، العدد 35، على مايلي: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/68 أعلاه."

² بوسماحة أمينة، أثار رضا المريض على مسؤولية جراح التجميلية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص حقوق فرع قانون جنائي، جامعة جيلالي لياس، سيدي بلعباس، 2018-2019 ص 53.

³ المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 16 فيفري 1992، المتضمن م.أ.ط، ج.ر، العدد 52 الصادر بتاريخ 08 جويلية 1992.

إلا أنها تبقى اختصاص غير معترف به في الجزائر، وهذا ما أكدته عمادة الأطباء على لسان ناطقها الرسمي ونائب رئيسها الدكتور قاصب مصطفى خلال اللقاء الصحفي الذي قامت به جريدة الشروق اليومي، إذ أقر بوجود جراحة بلاستيكية تقويمية بالمستشفيات الجزائرية، تتعلق بجراحة الفك والوجه وهي لا تدخل أبداً في مجال الجراحة التجميلية، كما أكد أن الجراحة التقويمية والتجميلية هما تخصصان مختلفان تماماً¹، وبمصالح مختلفة ومسار جامعي مختلف .

الفرع الثاني: موقف التشريع من الجراحة التجميلية

تباين موقف التشريعات من مسألة مشروعية جراحة التجميل، ولعل أبرز هذه المواقف التشريع الفرنسي والتشريع المصري.

أولاً : موقف التشريع الفرنسي

إذا كانت جراحة التجميل قد بدأت رحلتها في فرنسا نحو المشروعية منذ سنة 1931 فإن المشرع الفرنسي لم يعالج الجراحة التجميلية صراحة إلا في القرن الجديد من خلال قانون 303-2002 المؤرخ في مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية²، إذ نجده صرح ولأول مرة بالقواعد المنظمة للجراحة التجميلية وذلك من خلال المواد 10-6322 L التي تضمنت شروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية، حيث جاء فيها ما يلي: "إن أي تدخل جراحي تجميلي حتى في المؤسسات العلاجية لا يمكن أن يتم ممارسته إلا بتوفر منشآت مقبولة تلبي بالشروط التقنية للعمل المنصوص عليها في المادة 3-6113 L"³.

إن إنشاء منشآت جديدة يجب أن يخضع لترخيص من السلطة الإدارية المختصة إقليمياً، هذا الترخيص هو محدد المدة ويتم بعدة زيارات تقوم بها السلطة المختصة، للتأكد من توفر الشروط

¹ بومدين سامية، المرجع السابق، ص 52.

² - LA loi N° 2002 - 303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé .

³ داودي صحراء، المرجع السابق، ص 12 .

وكذلك فإن أي توقف عن الممارسة لمدة تفوق ستة أشهر تؤدي إلى بطلان الترخيص إلا إذا تم بموافقة السلطة المختصة .

ثانيا: موقف التشريع المصري

على خلاف ما قام به المشرع الفرنسي فإن المشرع المصري لم يقم بتنظيم جراحة التجميل بنصوص خاصة، وإنما تم دراستها من جانب القضاء والفقه، حيث أنهما استحسنا هذا النوع من الجراحة من أول وهلة منذ سنة 1933¹.

ومن خلال هذا يتضح لنا أن القضاء المصري قد ارتأى أن حق الطبيب في إجراء عملية التجميل من الأمور المسلم بها، أما الفقه المصري فقد اتجه أيضا إلى الاعتراف بمشروعية جراحة التجميل باعتبارها عملا علاجيا يرمي إلى تخليص الشخص من عارض غير طبيعي في جسمه ينال من جماله ويؤثر على نفسيته .

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

بداية فإن المشرع الجزائري لا يعترف بطب الجراحة التجميلية ولا يوجد حتى الآن نص ينظمها في الجزائر والدليل على ذلك غياب الإطار القانوني لممارسة هذا التخصص داخل الوطن نظرا لعدم إصدار الوزارة الوصية لشهادة في الاختصاص، كما أن المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب لا يعترف بهذا التخصص على أساس أنه لا يدرس بالجامعات والمعاهد الجزائرية وهذا لا يعني عدم شرعية ممارسة هذا النوع من الجراحة، بل نلتمس دليل المشروعية من خلال القواعد العامة في مدونة أخلاقيات المهنة.

في ظل غياب نص تشريعي ينظم صراحة هذا التخصص سواء بالرجوع الى قانون رقم 90-17 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وكذا نصوص القانون

¹ حكم محكمة مصر مؤرخ في 03 ماي 1933، رقم القضية 787 كلي، رجب كريم عبد الله، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 35 .

رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة بعد آخر التعديل، هناك من المواد التي تعبر ضمناً عن هذه الجراحة وسمحت بإجراء عمليات تجريبية لا يرجى من ورائها العلاج وذلك بموجب نص المادة 3/168 من قانون رقم 17/90 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، بشرط الحصول على رأي مسبق من طرف المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الطب، وهذا يعني أنه أجاز العمليات التجميلية لأنها هي أيضاً تهدف إلى العلاج الجسدي والنفسي.

كما أن المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب¹ المتعلقة بضرورة الحصول على رضا المريض وهي موافقة حرة ومبصرة قبل الإقدام على العملية، كما يمكن الاستناد إلى المادة 17 من نفس المرسوم التي تنص على ضرورة عدم التدخل بوجود شرط التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها، وهذا الشرط يعتبر القاعدة الأساسية في الجراحة التجميلية².

إن هذا التفسير القانوني لم يدفع الأطباء للاعتراف بالجراحة التجميلية أمام غياب التخصص في الجامعات الجزائرية التي تعد هي صاحبة السيادة في إصدار كذا شهادات، إذ أن سكوت المشرع عن عمليات التجميل وعدم تخصيص تنظيم خاص بها رغم أن القوانين المتأثر بها قد أوجدت قوانين لتنظيمها ومن أمثلتها ذكر القانون الفرنسي، جعلها تنمو كالقطر تحت غطاء تخصصات أخرى، أو بالأحرى تبقى القواعد العامة لمهنة الطب والمسؤولية هي التي تحكمها³.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق .

² حساين سامية، مجلة المفكر، خصوصية الجراحة التجميلية فقها قضاء تشريعاً، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس الجزائر، العدد الثالث عشر، ص169.

³ هيفاء رشيدة تكاري، ملتقى المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد، العدد 07، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، 2018، ص 241.

المبحث الثاني

المسؤولية المدنية للجراحة التجميلية من حيث الطبيعة والالتزام

يمكن تعريف المسؤولية بأنها حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المساءلة، وتنقسم إلى مسؤولية جنائية وأخرى مدنية، وما يهمنا في موضوعنا هذا المسؤولية المدنية التي تعتبر الجزء الذي يفرضه القانون في حالة ما إذا خالف الشخص المسؤول التزاماً مسنداً إليه .

مع ازدياد الأعمال الطبية الجراحية والتطور التقني الذي رافق هذه الأعمال، فقد لوحظ ازدياد النزاعات الناتجة عن مسؤولية الجراح بشكل كبير، وبالتحديد مسؤوليته المدنية، مما دعا إلى ضرورة تحديد طبيعة هذه المسؤولية وكذلك تحديد طبيعة الالتزام الذي يقع على الجراح ، فننتعرض لتكييف القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية (المطلب الأول) ولطبيعة التزام الجراح التجميلي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التكييف القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية

لم يتفق الفقه والقانون حول تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للجراح التجميلي، حيث انقسم الفقه إلى فريقين، يناشد الأول بأن هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية كأصل ومن جهة أخرى هناك من أعطى استثناء لهذا الأصل، وهو أن مسؤولية جراح التجميل المدنية هي مسؤولية تقصيرية¹.

فتكون المسؤولية عقدية إذا سبق نشوؤها عقد بين الطرفين وأخل أحدهما بالالتزام المتفق عليه، وتكون المسؤولية تقصيرية إذا لم يربط بين الطرفين أي عقد فتسبب أحدهما بضرر للآخر جراء الخطأ منه، وفي كلتا الحالتين تقوم المسؤولية عند صدور خطأ من الشخص (أ) تخلف عنه

¹ المسؤولية العقدية هي الإخلال بالتزام أصلي، مصدره العقد، المسؤولية التقصيرية، هي الإخلال بالتزام أصلي مصدره القانون .

ضرر للشخص (ب)¹، وعليه سنتناول المسؤولية العقدية (الفرع الأول) ثم نتطرق الى المسؤولية التقصيرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: على أساس المسؤولية العقدية

يربط بين الطبيب الجراح ومريضه عقد ملزم للجانبين ينشأ التزامات متقابلة على عاتق الطرفين تتحدد من خلاله مسؤولية كل منهما، ومن البديهي أن هذه الرابطة العقدية توجد مادام أن العقد حصل بإيجاب صادر من الجراح، باعتباره الفعل الأول في التعبير عن الإرادة، ويقابله بعد ذلك قبول المريض².

تقوم المسؤولية العقدية على الإخلال بالتزام عقدي، يتحمل المدين فيها عبء إثبات قيامه بالتزامه التعاقدية، وذلك بعد أن يثبت الدائن وجود العقد³، وطرحت المسؤولية العقدية للطبيب لأول مرة في قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 وقرر أن طبيعة العلاقة التي تربط الطبيب والمريض هي علاقة تعاقدية، إذن المسؤولية المترتبة عليه هي عقدية بالرغم من أنه اعتبرها تقصيرية سابقا، إلا أنه عدل عن رأيه⁴، بعد القرار الصادر عن الدعوى المرفوعة ضد طبيب زوجة الأستاذ (MERCIER) التي أصيب وجهها بالتهاب مخاطي نتيجة علاجها بأشعة إكس على يد الطبيب المعالج، وكان على القضاء النظر فيها إما على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية واستندت المحكمة في قرارها على الأساس الذي دافع عنه الفقيه جوسران، بقوله أن المسؤولية المدنية

¹ فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، المجلد 22، العدد الأول، سوريا، 2006، ص 134.

² حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، أخصائي الجراحة في القانون الجراحي في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 14.

³ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، ط1، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر، 2008، ص 26.

⁴ وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص 9 .

للطبيب تقوم على الإخلال بالتزام عقدي تجاه مريضه، على نحو سبب له ضرر، وبناءً على هذا الالتزام التعاقدي يقع على عاتق المريض عبء الإثبات، عن طريق القواعد العامة للإثبات¹. لكي تعتبر مسؤولية الطبيب عقدية، يجب أن تتوافر شروط معينة وتختلف إحداها يجعل منها مسؤولية تقصيرية وهذه الشروط هي:

أولاً: وجود العقد

عرف المشرع الجزائري العقد بأنه: "اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"².

وعرفه السنهوري العقد الطبي بأنه: "اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"، هذا العقد وكما هو معروف في الوسط القانوني

يتميز بحد ذاته بجملة من الخصائص تميزه عن غيره من العقود يمكن إجمالها فيما يلي:

- 1- العقد الطبي عقد شخصي: ذلك لأن المريض كأصل عام حر في اختيار طبيبه الجراح، لكي يكون عالماً بالعلاج وسببه وبجميع النتائج التي قد تتجر عنه،³ ولقد نصت المادة 2/80 من مدونة أخلاقيات الطب عن ضرورة احترام حق المريض في حرية اختياره للطبيب⁴.
- 2- العقد الطبي عقد مستمر: إذ يستوجب متابعة الطبيب المعالج لمريضه .
- 3- العقد الطبي عقد معاوضة: يلتزم الطبيب بتقديم العلاج ويلتزم المريض بدفع الثمن .

¹ أحمد حسن الحياوي، مسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص33.

² المادة 54 ق.م.ج، رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 الطبعة 2009، الجريدة الرسمية العدد 31، ص 11 .

³ بورويس العيرج، "المسؤولية الجنائية للأطباء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص69.

⁴ المادة 2/80 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج، عدد 52، بتاريخ 8 يوليو 1992.

4- العقد الطبي عقد مدني: حتى وإن كان الطبيب يتحل على أتعاب لكنها ليست لغرض تجاري بل مقابل جهده، إذ يعطي لمثل هذه العمليات طابع صحي.

5- العقد الطبي عقد ملزم لجانبين: أي ينشأ التزامات متقابلة في ذمة كل من المريض وجراحه وكما جرت العادة يقوم هذا العقد ضمناً أي شفويًا بين الطرفين، إذ يقومان بتحديد الأجر والعمل وكل ما نصت عليه أصول وقواعد وأعراف مهنة الطب¹.

ثانياً: صحة العقد

من الثابت قانوناً أن المسؤولية تكون عقدية عندما يوجد عقد صحيح بين المتضرر والمتسبب بالضرر وإخلال أحد طرفي العقد بالتزام عقد، وقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني في المواد من 59 إلى غاية 98 على شروط تكوين العقد من رضا حل وسبب، واعتبر بذلك عدم توفر أحدها أو وجود عيب فيها سبباً لبطلان العقد .

إن الركيزة الأساسية في تكوين العقد هي التراضي السابق على أي تدخل جراحي، لما يتصف به هذا الأخير من خصوصية فيحق لأي مريض اختيار طبيبه أو جراحه والموافقة عليه، كما يحق للجراح من جهته رفض القيام بالعمل الجراحي لأسباب معينة، وتقوم مسؤولية الطبيب بمجرد القيام بالعمل الطبي دون رضا المريض².

كما يبطل العقد كذلك إذا كان سببه غير مشروع كأن يقوم الجراح بعملية جراحية لمجرم لتغيير ملامحه قصد مساعدته على الإفلات من العدالة، بالإضافة إلى كون المحل مخالف للنظام والآداب العامة يفقد العقد صحته³.

¹ منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، ط.1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 60.

² حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 18.

³ داودي صحراء، المرجع السابق، ص 61.

ثالثاً: تأخر أو عيب أو عدم تنفيذ الجراح للالتزام الواقع عليه

يترتب على عدم تنفيذ الجراح التجميلي للالتزام المتفق عليه في العقد مسؤولية عقدية، ولا تقوم فقط في حالة عدم القيام بتنفيذ الالتزام العقدي، وإنما توجد حالات أو صور أخرى، تشكل خطأ عقدي سواء في نطاق العقود الطبية أو في العقود الأخرى، كالبيع والمقاوله والإيجار والفندقة وفي هذه الحالات التأخر في تنفيذ الالتزام العقدي الطبي، والتنفيذ المعيب له وكذلك التنفيذ الجزئي¹ ويتعين على القاضي تفسير إرادة العاقدين لتعيين مضمون العقد وتحديد الالتزامات الناشئة عنه والتي تقوم المسؤولية العقدية جزاء الاخلال بها².

رابعاً: كون المدعي صاحب حق في الدعوى

وهنا يجب التمييز بين حالتين:

1- الحالة الأولى هي حالة ما إذا قام المريض أو نائبه باختيار الجراح، ورفع دعوى للمطالبة بالتعويض تكون المسؤولية عقدية، لكن إذا توفي المريض نتيجة لخطأ الطبيب يجوز لورثته رفع دعوى للتعويض.

2- الحالة الثانية هي حالة ما إذا قام غير المريض كأحد أقاربه أو رب عمله أو غيرهما بإبرام العقد في هذه الحالة يجب التمييز بين:

- إذا كان المتعاقد قد تعاقد باسمه مشروطاً حقاً للمريض تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير وتكون المسؤولية عقدية³.

¹ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 36.

² منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 68.

³ الاشتراط لمصلحة الغير: هو عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين، ويسمى المشتراط على الطرف الآخر ويسمى المتعهد التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد، يسمى المنتفع، بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد.

- إذا كان المتعاقد قد تعاقد باسم المريض ولمصلحته تطبق أحكام النيابة¹ وتكون المسؤولية عقدية.
- أما إذا كان المتعاقد قد تعاقد باسمه ولمصلحته الشخصية ولم يشترط حقاً للمريض هنا لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ولا نيابة عن الغير².

الفرع الثاني: على أساس المسؤولية التقصيرية

بعد التطرق إلى بحث الطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية لجراح التجميل، بات واضحاً أنها تنهض كلما وجدت رابطة عقدية بينه وبين مريضه ومن هنا يتبادر إلى أذهاننا إشكال وهو ما هي طبيعة المسؤولية في حالة غياب الرابطة العقدية وإصابة المريض بضرر جراء خطأ صادر من الطبيب الجراح ؟ .

في حالة تسبب الجراح التجميلي بخطأ في حق المريض، ولم يربط بينهما عقد تكون مسؤوليته المدنية تقصيرية، أي مصدر التزام الجراح هنا هو القانون وليس العقد، وسنتناول عدة حالات تظهر من خلالها المسؤولية التقصيرية للطبيب³ .

أولاً: حالة بطلان العقد الطبي

أي أن يكون العقد الطبي غير متكافئ بين طرفيه، وفي هذا الصدد قال الفقيه الفرنسي لوسر بورت: "وضعية المريض الضعيف الذي أنهكه الألم وأثر على عقله و تفكيره وإرادته وحواسه تجعله كالدمية عمياء متألّمة، أو كالطفل أمام طبيب سليم معافى القادر على تخفيف آلامه وتخفيف دموعه

¹ قد لا يستطيع الشخص لسبب أو لآخر إبرام عقد معين أو التعبير عن إرادته فيه لكن هذا لا يعني سلب حقه في التعاقد فهو يستطيع أن ينيب الغير في إبرام العقد، والنيابة هي حلول إرادة الشخص محل إرادة شخص آخر في تصرف جائز معلوم على أن ينصرف إثر التصرف إلى ذمة الأصيل.

² رايس محمد، نطاق المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص16.

³ إبراهيم علي حمادى الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص35.

ويؤدي ذلك إلى عدم توفر المساواة على الصعيد القانوني، لأن المريض ليس حراً في التعبير عن إرادته بصورة صريحة" وبالتالي فإنه لا يمكن الجرم بقيام عقد بين الطبيب والمريض المنهك.

كذلك في حالة تدخل الطبيب بغير دعوة المريض أي عدم وجود عقد بينهما كأن يصاب شخص في الطريق العام، فيسارع المارة باستدعاء طبيب لإنقاذه أو أن يتدخل من تلقاء نفسه لإسعاف المصاب فإن لم يتم إسعافه أصبح تقصيرا من طرف الطبيب¹.

ثانياً: حالة الطبيب العامل في مستشفى عام

الجراح التجميلي الذي يعمل كموظف في مركز تنظيمي أو لائحي، ويخضع تبعاً لتلك القوانين واللوائح الخاصة، لا يمكن مساءلته إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، باعتبار أن تلك المؤسسة هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري فهي تخضع للقانوني الإداري في سيرها²، المريض حال تعامله مع أحد الأطباء الموظفين في المستشفى العام، فإنه لا يتعامل معه بصفته الشخصية إنما بصفته موظف لدى هذا المستشفى³ على أساس مسؤولية المتبوع على أعمال تابعيه فيكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه، بعمله الغير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها⁴.

ثالثاً: حالة مخالفة الجراح التجميلي لالتزاماته

يعتبر الفعل مخالفة ويعاقب عليه، متى قام الشخص بعمل غير مشروع أو امتنع عن القيام بفعل مشروع، ففي حالة امتناع الطبيب عن علاج مريضه أو إنقاذه بدون مبرر شرعي، يعتبر

¹ رابح محمد، المرجع السابق، ص 24 .

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص 40 .

³ طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، د.ط، دار هومة للنشر، الجزائر، 2004 ص.ص 33، 34.

⁴ نص المادة 1/136 "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها".

مخالفة، حيث أن تقديم المساعدة لشخص في خطر يعد واجبا إنسانيا وبعاقب من امتنع عن القيام به، بهذا يلام كل طبيب امتنع عن علاج مريضه أو إنقاذه بلا سبب مخالفا بذلك قانون أخلاقيات المهنة، التي يفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياته¹.

تأخذ بذلك مخالفة الطبيب لالتزاماته طابعا جنائيا، أي يصبح فعله يشكل جريمة ويكون القضاء الجنائي مختص بالدعوتين الجنائية والمدنية، هذه الأخيرة التي تكون مسؤولية تقصيرية².

رابعا: حالة ما إذا نجم الضرر للغير بسبب المريض ذاته

بذلك تكون مسؤولية الطبيب أمام الغير مسؤولية تقصيرية حتى ولو كان بين الطبيب ومريضه عقد صحيح، فإذا قام المريض بنقل مرضه إلى الغير عن طريق العدوى أو إذا استعمل الطبيب نفس الأداة من مريض مصاب بداء معدي مع آخر سليم فنقل إليه العدوى³.

خامسا: حالة تقديم الطبيب لخدمات مجانية

لقد ذهب الرأي الراجح عند الفقهاء الفرنسيين إلى نفي الطبيعة العقدية عن الخدمات المجانية على اعتبار أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به فالواعد بالخدمة المجانية لم يكن قصده أن يرتب إلزاما في ذمته والوعود له يعلم بهذه النية فمثل هذه الالتزامات مصدرها اللياقة واللباقة ولا يتحمل المدين بشأنها إلا واجبات أدبية، وبالتالي لا يترتب على هذه الالتزامات سوى مسؤولية تقصيرية⁴.

¹ نص المادة 9 من م.أ.ط: "يجب على الطبيب أو جراح الاسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو يتأكد من تقديم العلاج الضروري له".

² طلال عجاج، المرجع السابق، ص77.

³ منذر الفضل، المرجع السابق، ص38.

⁴ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص1411.

المطلب الثاني

طبيعة التزام الجراح التجميلي

من التزامات طبيب التجميل الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، سواء وجد عقد بين الطبيب والمريض، أو لم يجد فإن قواعد المهنة هي التي تحدد له ذلك¹، فالطبيب في عقد العلاج لا يتعهد بإيصال المريض إلى الشفاء، بل كل ما يلتزم به هو أن يبذل تجاه مريضه العناية الواجبة من مثله للوصول إلى الشفاء، إلا أنه في الجراحة التجميلية فالعناية الواجبة على الطبيب تكون خاصة ومشددة، حتى يتمكن من خلالها تحقيق الشفاء أو الغاية التي كان يرمي إليها المريض ولا تكفي في هذه الحالة بذل عناية، وعليه تم تقييم هذا المطلب إلى فرعين: الالتزام ببذل عناية (الفرع الأول) والالتزام بتحقيق نتيجة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية

ذهب بعض أهل الفقه إلى اعتبار التزام جراح التجميل بتحقيق نتيجة ويسأل عن فشله في حالة عدم تحقيق النتيجة، إلا أن فريق آخر يرى بأن التزام طبيب جراحة التجميل التزام ببذل عناية كغيره من الأطباء يصف له من العلاج ما يرجى به شفاؤه، كون أن التدخل الجراحي يكون على أنسجة حية لا يمكن التنبؤ بردود أفعالها².

فالطبيب يلتزم ببذل العناية والاهتمام بالمريض وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسي

في 1989/06/28: "... التزام الطبيب التزاما بوسيلة، وليس بنتيجة مهما كانت طبيعة تدخله"³.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص204.

² داودي صحراء، المرجع السابق، ص77.

³ بومدين سامية، المرجع السابق، ص76.

ففي الظروف العادية يجب أن تكون العناية صادقة يقظة، تتفق ومقتضيات الضمير الإنساني والمهني، اما من جهة أخرى تتفق هذه العناية بالأصول العلمية الثابتة، بحيث تكون بفحص الطبيب للمريض فحصا دقيقا بغير تسرع ولا إهمال، وإتباع الدقة في وصف العلاج وتطبيقه¹. يسأل الطبيب فقط عن تقصيره في بذل هذا الجهد دون أن يضمن شفاؤه، مع مراعاة، مع مراعاة القواعد والأصول المهنية المعروفة والمألوفة في مهنة الطب حتى لو لم يتوصل إلى النتيجة المنشودة من المريض ما لم يثبت أنه أخطأ والخطأ هنا هو التقصير في بذل العناية اللازمة بصورة تؤدي إلى الإضرار بالغير، بزيادة جرعة المخدر أو استئصال عضو سليم بدل من العضو المضرور نتيجة خطأ في التشخيص².

فالتزام جراح التجميل يختلف حسب ما إذا كان تدخل الجراح التجميلي لسبب نفسي، فبعد عرض الشخص على طبيب الأمراض النفسية وتأكد له مرضه النفسي يمكنه إجراء التدخل الجراحي ويجب في تلك الحالة محاسبته على التزامه ببذل العناية للمريض وليست بتحقيق نتيجة، أما إذا كانت الجراحة قد أجريت بهدف تغيير ملامح الوجه فقط، كتلك التي يجريها الفنانون من باب التغيير فقط، فإن الجراح في تلك الحالات مطالب بتحقيق نتيجة، بحيث أن تلك العملية لا يقصد بها شفاء المريض من علة، وإنما تعديل في ملامحه لا يعرض حياته لأي خطر³.

في هذه الحالة لا يزال التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية إلا أنه أكثر صرامة وتشدد من الجراحة العادية، باعتبار أن جراحة التجميل لا ترمي إلى تحقيق الشفاء، وإنما تحسين جمالي لحالة يحبذها المريض، وعمليات التجميل لا تتطلب الاستعجال والضرورة مما يجعل الالتزام هو التزام ببذل

¹ منير رضا حنا، المرجع السابق، ص. 126.

² رمضان كامل جمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، 2005، ص236.

³ فرج هشام عبد الحميد، الأخطاء الطبية، ط1، دار النهضة العربية، الاسكندرية، مصر، 2007 ص.ص137،138.

عناية خاصة، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية التي اعتبرت أن الالتزام في الجراحة التجميلية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، حيث قضت "... وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر في أحوال الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد بها الشفاء من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر"¹.

فالطبيب عليه أن يبذل قدراً معيناً من الجهد الصادق واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية السائدة في ميدان الطب².

حيث أكد قرار محكمة استئناف باريس في 2006/12/14 في قضية شاب عمره 29 سنة يعمل كعارض أزياء، ممثل ومغني لجأ إلى طبيب جراحة بهدف مسح التجاعيد المتواجدة تحت جفون عينيه والتي تشوه ابتسامته أمام الشاشة، ففي البداية الجراح استعمل طريقة الحقن، ثم لجأ إلى عملية جراحية والنتيجة لم تكن مثلاً تمنحها الشاب، حيث شوهدت العملية نظره وازدادت علامات أخرى تحت عينه، فلجأ الشاب إلى القضاء وأثار مسؤولية الجراح استناداً على أن في مجال جراحة التجميل التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة، وهو ما لم يحققه الجراح، وقررت المحكمة أن الجراح الذي أثبت عدم إهماله، واحترامه لشرط التناسب بين العملية والتناسب بين العملية والفوائد المرجوة، حتى وأن كان هدف التدخل ليس الحفاظ على الصحة، وإنما لهدف تحسين حالة غير مرغوبة من طرف صاحبه، فالتزامه يبقى التزاماً ببذل عناية³.

كما يلتزم أيضاً الجراح بإخطار المريض بكافة المخاطر التي تتجر عن هذه العملية سواء المتوقعة أو الغير متوقعة، ويكون هذا الالتزام ممتد في الزمان، أي لا يكفي الحصول على رضا

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 116.

² مادة 45 م.أ.ط : "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه بإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديث والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".

³ إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص 45.

المريض بالجراحة بل يمتد إلى ما بعد إجراء العملية ويكون ذلك بنصح المريض عما يجب أن يقوم به من تجنب ما يؤدي إلى إلحاق أضرار أو عن كيفية تناوله الدواء، وكما يجب عليه أن يلتزم بمراقبة دورية لمريضه لمعرفة نتائج العملية¹.

فالطبيب إذن يأخذ جانب الحيطة والحذر أثناء ممارسته لعمله، فإهماله في عنايته بالمريض وتقصيره في عدم متابعة علاج المريض قبل وبعد إجراء العملية الجراحية جهلاً بالأصول العلمية والفنية المستقرة، أو إهمالاً أو تفريطاً يكون مخطئاً، فيستوجب قيام مسؤوليته².

رغم أن المريض راض بكل المخاطر إلا أنه لن يرضى بالتهاون والإهمال من قبل الجراح وإذا قام الجراح التجميلي باتباع أصول المهنة والواجب الانساني، وكذا ما يجب أن يتخذ من احتياطات يكون التزامه ببذل عناية ولكن عناية مشددة وذلك بحكم طبيعة التخصص، ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت وجود تقصير منه، فالالتزام لا يختلف على التزام أي جراح آخر وذلك بسبب الطابع الاجتماعي الذي يتميز به كل عمل جراحي، ونفس الشيء بالنسبة للجراحة التجميلية، فقد تحتل النجاح والشفاء يكون من الله وما الطبيب سوى سبب لذلك³.

الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة

على اعتبار أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية ولا يضمن الشفاء للمريض، إلا أن الأمر لا يمنع من قيام التزامات محددة خارج نطاق مهمته مثل عملية نقل الدم، أو التحاليل الطبية أو الأجهزة المستخدمة، وكذلك في مجال الجراحة التجميلية يطلب من الطبيب بتحقيق نتيجة، إضافة لما

¹ أحمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 118.

² أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص 46.

³ منير رضا حنا، المرجع السابق، ص 200.

يلزم من بذل عناية خاصة، وهو ما يحقق علاقة متوازنة بين جراح التجميل وزبونه سواء وجد عقد أو لم يوجد، وبعدم تحقق هذه النتيجة تقوم مسؤولية طبيب التجميل¹.

بعبارة أخرى فإن الالتزام بتحقيق نتيجة يغلب عليه اليقين على عنصر الاحتمال واتفق الفقه والقضاء على أن طبيب التجميل ملزم بتحقيق نتيجة في استعمال الأجهزة والأدوات الطبية وكذا التركيبات الصناعية².

فقد قضت محكمة باريس بأن: النتيجة هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، فنظرا لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض فإن على الطبيب الجراح أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت مخاطر جادة للفشل، ولم يتم تحذير الشخص المقبل لعملية التجميل، فينبغي على الجراح عدم القيام بها والامتناع عنها إلا إذا كان واثقا من نجاحها، نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بالشخص أو صحته، بل يجب التأكد من سلامة كل ما يستعمله لتحقيق النتيجة المرجوة³ وسوف نتناول هذه الحالات تباعا في ما يلي:

أولا: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية

قد يصاب المريض بأضرار نتيجة استخدام الطبيب المعالج الأجهزة والأدوات الطبية، ونظرا لزيادة استخدام هذه الأجهزة ولخطورتها تم التوسع في نطاق المسؤولية الطبية، ففي هذه الحالة يكون التزام الطبيب هو تحقيق نتيجة وهي سلامة المريض من استخدام تلك الأدوات والأجهزة.

ففي هذا العصر تم اختراع العديد من الأجهزة والأدوات الطبية التي تستخدم في التدخلات العلاجية والجراحية، والتي وضعت تحت تصرف الطبيب الذي كان عليه أن يراعي عند استخدامها

¹ إبراهيم علي حمادي الحليوسي، نفس المرجع، ص 48.

² أحمد حسن حيارى، المرجع السابق، ص 47.

³ بومدين سامية، المرجع السابق، ص 71.

العناية الواجبة وتحقيق النتيجة، وعدم استخدامها بطريقة غير صحيحة تؤدي إلى الإضرار بالمريض وقد تؤدي بحياته¹.

وهذه الأضرار تستوجب من الطبيب التعويض عنها نتيجة خطئه، فإذا أخفقت هذه الأجهزة في عملها فإن الطبيب يعتبر قد أخل بالتزامه، وبما أن مسؤولية الطبيب في استعمال هذه الأجهزة والمعدات هو التزام بتحقيق نتيجة فإنه يعفى المريض أو ذويه من عبء إثبات خطأ الطبيب، مما يستحق المريض التعويض، من بين هذه الأدوات المستعملة نجد الحقن، أجهزة القياس والتحليل الطبية، أجهزة الأشعة، أجهزة التخدير، أدوات الجراحة، ضف إلى ذلك منضدة الجراحة التي قد ينجر عنها سقوط المريض من فوقها نتيجة عدم تثبيت المريض عليها، بالإضافة إلى أجهزة أخرى خاصة².

نجد المؤتمر السنوي للجمعية الدولية لجراحة التجميل في 2010 أكد على ضرورة استعمال الأدوات والأجهزة الطبية السالمة أثناء تأسيسه لمفهوم الجراحة الآمنة، الذي يقوم على أربعة عوامل من بينها المرافق الطبية أو المستشفى الذي تتم فيه الجراحة التجميلية، بأن يكون مرفقا طبيا آمنا ذو تاريخ مثبت، ويعمل به موظفون مدربون بشكل سليم، ومجهز بشكل جيد لحالات الطوارئ، وتقاديا لجميع الأخطار الناتجة عن الجراحة التجميلية، فإنه تم اللجوء إلى وضع تنظيمات من كافة دول العالم لهذه الجراحة، والدنمارك كانت بي الدولة السبابة لهذا حيث قامت بغلق جميع المرافق التي كانت دون المستوى المطلوب حتى يضمن للمريض جراحة سليمة وتحقيق النتيجة المطلوبة³.

¹ أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2009، ص385.

² منير رضا حنا، المرجع السابق، ص202.

³ أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، د.ط، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص122.

فعلى الطبيب قبل أن يقوم بأيّة عملية جراحية أن يقوم أولاً بفحص المريض والأجهزة والمعدات الطبية، فالجراح قبل أن يقوم بتخدير المريض فإنه يجب عليه أن يقوم بفحص قلبه، وقياس ضغط الدم حتى يتعرف على حالته ومدى احتماله لنوع وكمية المخدر، فقد قضت في فرنسا مسؤولية الطبيب وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث بسبب الغاز من جهاز التخدير باشتعاله بشرارة خرجت منه.

فبالرغم من أن الأضرار الناتجة عن استعمال الأجهزة الطبية غير متصلة بالمريض، بل ناتجة من العمل الطبي إلا أن محل الالتزام بصدها هو الالتزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض وهذا ما قضت به محكمة مرسيليا بحيث يتعلق الحكم بعملية استئصال بعض الزوائد الموجودة في منطقة العانة، وحدثت حروق شديدة للمريض أثناء إجراء العملية بسبب الجهاز المستعمل¹.

ثانياً: التركيبات الصناعية

أدى التطور العلمي والتقني إلى تزايد اللجوء إلى الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويض الإنسان عما يفقده وما يصاب منها من ضعف، فلم تعد مهمة الطبيب تقتصر على علاج الاعتدال الجسماني الذي قد يصيب الفرد، بل حتى ما يتعلق بسلامة أعضاءه، مثل المشوهين من جراء الحروب، فقد اضطرت بعض الدول إلى اخفائهم حتى لا يؤذوا الجمهور بمنظرهم المروع، ومن بين هذه التركيبات نجد الأسنان والأعضاء الصناعية التي تكون بتركيب أعضاء بلاستيكية أو معدنية مكان الأعضاء المبتورة مثل الرجلين أو الذراعين، أيضاً الأذنين والعينين والشفنتين وزراعة الشعر كما يتم أيضاً زراعة وترقيع الجلد أو الأنسجة الجلدية لمداوات الحروق من جسم لجسم آخر، أو قد يكون من نفس الجسم².

¹ علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط1، منشورات بيروت، لبنان، 2000، ص138.

² رايس محمد، المرجع السابق، ص248.

فعلى الطبيب الجراح أن يقدر الملائمة في وضع العضو أو عدم وضعه و تهيئة الجسم، فإذا لم يتم بالتأكد من هذه الأعمال أو انه قام بصناعة العضو بطريقة غير صحيحة، أو يكون رد المادة مما يسهل تلفه، أو لم يكن حجمه متفق مع جسم المريض، أو احدث ضرر بجسم فان الطبيب يبقى مسؤولاً و لا يمكن له دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي .

وكذا تم زراعة عدة أعضاء مثل الزراعين وزراعة فك ووجه كامل، وكانت هذه كلها ناجحة وفي هذا الصدد تستوقفنا أحد أمثلة عمليات زرع وجه بالكامل، وكانت ناجحة من طرف فريق من الاطباء الفرنسيين في مستشفى مدينة "أميينز" (شمال فرنسا)، بزراعة أجزاء من وجه شخص كان في حالة موت دماغي وبعد موافقة أفراد عائلته على وجه شخص آخر لأول مرة، المتلقية كانت سيدة في الثامنة والثلاثين من العمر، وكانت تعرضت إلى عضة كلب أدت إلى تشوه شديد في وجهها مما كان يمنعها من الكلام أو مضغ الطعام .. فضلا عن الضرر النفسي الشديد الذي كانت تعاني منه جراء مظهرها والاجزاء التي تمت إضافتها إلى وجه السيدة هي الأنف والذقن والشفة¹ وقد نظر مجلس المجمع الفقهي الاسلامي في موضوع أخذ بعض أعضاء الانسان وزرعها في انسان آخر مضطر إلى ذلك العضو لتعويضه عن مثيله المعطل مما توصل إليها الطب الحديث وأنجزت فيه إنجازات عظيمة الأهمية بالوسائل الحديثة، وكما تم أيضا في هذا المجال زراعة قرنية العينين فيتم زراعتها من الاحياء إلى الاحياء وحتى من الاموات إلى الاحياء فهي جائزة لما لها من فائدة عظيمة للإنسان الحي لمواصلة حياته².

كما يسأل الطبيب عن الأضرار التي يسببها للمريض خلال عملية العلاج، أين أدان القضاء الفرنسي طبيب الأسنان، وأقام مسؤوليته عن الأضرار بالمريض (خرق لسانه وتمزق أغشية الفم

¹ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 232 .

² طلال عجاج، المرجع السابق، ص 167 .

عنده) بسبب انقلاب آلة من يده أثناء عملية العلاج، وسأل عن عدم وضع الأدوات في جهاز قبل كل علاج لمدة معينة معينة¹.

فالتزام طبيب الأسنان هو التزام بتحقيق نتيجة ويكون المريض في هذا الصدد محقا في عدم دفع أتعاب أخصائي التجميل، او المطالبة بتحقيقها في حالة انها لم تكن مطابقة او ملائمة لفمه فيكون عندها الطبيب مسؤولا عن عدم تحقيق نتيجة وهي نجاح تركيب الأسنان الصناعية أو طاقم الأسنان في تأدية وظيفتها، ما لم يدفع بالسبب الأجنبي، فيدفع عندها التعويض للمضرور دون ان يلزم هذا الأخير بإثبات الخطأ عن الأضرار المترتبة على النشاطات الطبية ولا يستطيع المسؤول إعفاء نفسه من المسؤولية².

وبناء على ما سبق يجب النظر قبل تحديد طبيعة الالتزام الملقى عل عاتق الجراح التجميلي إلى نوع هذه الجراحة، فقد بينا سابقا أنها تقسم إلى جراحة تقويمية تحمل في طياتها غايات علاجية وأخرى تحسينية والجراحة التجميلية التحسينية غير ضرورية تهدف إلى التجميل والكمال فقط، وعليه فإن طبيعة الالتزام تختلف باختلاف النوع، فالجراحة التجميلية التقويمية يكون التزام الجراح فيها التزاما ببذل عناية، وفقا للأصول والقواعد الطبية والمهنية المقررة لتوافر الغاية العلاجية فيها، أما الجراحة التجميلية التحسينية، فيبقى التزامه بها نتيجة بالحدود التي بينها في هذا الفرع.

ونؤكد أن تحديد نوع الالتزام بحق الجراح التجميلي لابد أن يراعي تحقيقه التوازن بين مصالح الطبيب ومصالح المريض، فلا يمكن إلقاء العبء الكامل على الطبيب في الوقت الذي أبدى فيه المريض موافقته ورضاه على هذه التدخل الجراحي، فالجراحة التجميلية ما هي إلا ضرب من ضروب التطور الطبي الحاصل تقع على جسم إنسان حي، لا يمكن توقع ردة فعله على أي عمل طبي مهما روعت المبادئ والأصول، إلا أنه ونظرا لطبيعة هذه الجراحة وخصوصية دوافعها، فإننا نرى أن التزام الجراح التجميلي التزام ببذل عناية، مع مراعاة تنفيذ التزاماته الخاصة بهذه الجراحة .

¹ منصور محمد حسن، المرجع السابق، ص 63 .

² وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق، ص 54 .

نلخص من هذا الفصل إلى أن الجراحة التجميلية هي الجراحة التي يكون الهدف منها علاجيا وكذا تعمل على إصلاح عيب أو تشويه في الجسم وقد صنفها الفقه إلى نوعين من المجالات، ذلك بالنظر لنطاق التي تخضع إليه والهدف الذي تصب إليه، إذ أن الجراحة التحسينية تهتم بجميع أسطح الوجه وجسم وشعر الرأس وحتى ظفر الرجل وهي مجملها أقرب إلى منطق المقبول أما الجراحة التقويمية أو العلاجية تقترب أكثر للطب العادي .

مع تركيزنا على نظرة المشرع الجزائري والقانون المقارن اتجاه هذا النوع من الجراحة التي وجدت انتعاشا كبيرا في آونة الأخيرة، إلا أن المشرع الجزائري لا يعترف بها وذلك بغياب الإطار القانوني لممارسة هذا التخصص عكس التشريعات المقارنة الأخرى، فاكتمل بتطبيق القواعد العامة على مسؤولية الجراح التجميلي التي تقوم على أساس المسؤولية العقدية إذا سبق نشوؤها عقد بين الطرفين واخل احدهما بالالتزام المتفق عليه، وتكون المسؤولية تقصيرية إذ لم يربط بين الطرفين أي عقد وتسبب احدهما بضرر للآخر جراء خطأ منه .

إن تكييف صفة التزام طبيب التجميل تقترب أكثر من الالتزام بتحقيق نتيجة عنها من بذل عناية دون إهمال لهذا الجانب ذلك لأنه يشترط فيه العناية المشددة وهذا دليل على أن مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية لاسيما الخطأ الطبي أكثر خطورة من العلاج العادي، وعلى هذا الأساس يميز بعض الفقه بين المخاطر الطبية والحوادث الطبية التي قد تحدث نتيجة خطأ طبي .

وبناء على الأخطار الطبية الناجمة عن تبعات العمل الطبي، ذلك ان هذه الأخطار يصعب التنبؤ بها في كل حالة من حالات التشخيص والعلاج، مما يشترط التعويض عنها، وقد كان القضاء والفقه رائدا في هذا المجال، وهذا ما سيكون محلا لدراسة في الفصل الثاني .

إن المخاطر التي قد يتعرض لها الخاضع للعملية التجميلية تطرح إشكالية التعويض المستحق للشخص المضرور من جراء التدخل الجراحي، وقد شهدت المسؤولية الطبية تطورا كبيرا في الآونة الأخيرة نتيجة لكثرة المشكلات التي تطرحها، وازدياد الوعي لدى المضرورين بضرورة أخذ حقوقهم.

فإن كانت العدالة تقضي تعويض المضرور عما أصابه من أضرار جراء الأخطار الطبية فقد واجه المضرور صعوبات في دعواه نتيجة صعوبة إثبات الخطأ الطبي، فالتمسك بقواعد المسؤولية القليدية التي تفرض وجوب إثبات الخطأ يعني في غالب الأحوال عدم حصوله على تعويض، وذلك بالنظر إلى تعقد الفن الطبي والظروف التي تحيط بالخطأ الطبي، لذا كان لابد من إيجاد جهة من شأنها أن تضمن تعويضا منصفا عن الأخطاء التي يقع فيها جرحوا العمليات التجميلية وتتحمل المسؤولية نيابة عنهم في شكل ما يعرف بنظام التأمين من المسؤولية المدنية وتطبيقا لذلك تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين تضمن مدلول فكرة الخطر الطبي (المبحث الأول) أما في (المبحث الثاني) فتم التطرق إلى تقدير التعويض عن الأخطار الطبية .

المبحث الأول

مدلول فكرة الخطر الطبي

لعل استبعاد الخطأ كأساس للمسؤولية عن المخاطر الطبية كشف عن عجز هذه الفكرة عن تعويض المضرورين من المرضى وتعذر إقامة الدليل على خطأ المسؤول لاسيما في المجال الطبي بعد تطور وازدهار الآلات والأجهزة الطبية، مما يدفع الفقه إلى محاولة التخلي عن الخطأ وأساس قانوني للمسؤولية عن مخاطر الطبية، يتجلى ذلك في الخطر كأساس للمسؤولية المدنية (المطلب الأول)، وكذا علاقة الخطر الطبي بالتأمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الخطر كأساس للمسؤولية المدنية دون خطأ

تراجعت فكرة الخطأ ويرجع الفضل للفقيه "Saly" لإظهار فكرة المخاطر كتخمة جديدة يمكن أن تأسس عليها فكرة المسؤولية المدنية حيث أن فكرة المخاطر بدأت شيء فشيئا بالاتساع، أولها بحوادث العمل ثم حوادث المرور ثم الحوادث الطبية ثم حوادث الاستهلاك¹ ولذا نتناول من خلال هذا المطلب مسألة نظرية المخاطر (الفرع الأول)، وتقدير نظرية المخاطر (الفرع الثاني).

الفرع الأول : نظرية المخاطر (تحمل التبعة)

تقوم نظرية تحمل التبعة على فكرة وهي إلزام الشخص بتحمل تبعه النشاط الذي يحقق مصلحته أو يجني فائدته ولكن بعيدا عن فكرة الخطأ، فلا يطلب من المضرور أن يثبت انحرافا في سلوك الشخص المسؤول، بل فقط عليه أن يثبت قيام السببية بين الفعل الذي أتاها المسؤول والضرر الذي أصابه².

¹ براهيم يمينه، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة أطروحة، دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2017، ص 144.

² عمر بن زبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، تخصيص قانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2016/2017، ص 20.

ظهرت نظرية المخاطر أو بمعنى أصح نظرية تحمل تبعة المخاطر في أواخر القرن التاسع عشر على يد مجموعة من الفقهاء منهم (Saleilles) من خلال كتابه "حوادث العمل والمسؤولية المدنية" ثم تطورت على يد "Jossernad" الذي تولى تحليل أفكاره السابقة وأيضاً الفقيهين "Savatier" و "demogue"¹.

واعتبر ظهور هذه النظرية ثورة حقيقية على فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، فوفقاً لهذه النظرية لا يشترط أن يشكل فعل ما خطأً لكي تقوم مسؤولية فاعله، وإنما يسأل عن نتائج كل فعل سبب مخاطر للغير، سواء كان الفعل خاطئاً أم لا².

وقد ظهرت نظرية المخاطر بشكل عام في قضاء مجلس الدولة سنة 1895 بسبب إصابة عمل تعرض لها أحد الأشخاص أدت إلى إصابة يده اليسرى بعاهة مستديمة، وفي هذه القضية أثار مفوض الدولة مسألة التمييز بين مسؤولية الدولة عن نشاط وأعمال مرافقها وبين القانون الخاص الذي ينظم العلاقة واستجاب المجلس لطلب المفوض في ذلك وسميت هذه القضية بقضية "Cames"³.

كما توسع تطبيق هذه الفكرة ليشمل مجال مسؤولية الدولة عن مضار الجوار، في قضية تدعى بقضية "desroziers" حيث قضى مجلس الدولة سنة 1919 بمسؤولية الدولة عن الوفيات والإصابات التي لحقت بالناس من جراء انفجار مستودع للقنابل مقام بجوار تجمع سكني .

وبعد ذلك انتقلت المسؤولية الموضوعية المؤسسة على نظرية المخاطر إلى المجال الطبي وعرفت انتشاراً واسعاً من خلال عمليات نقل الدم، التطعيم الإجباري والتحليل الطبية وغيرها، حيث كان القضاء سبباً في تألق هذه النظرية من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي سنة 1993 الذي يؤكد على أن

¹ بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، ط1 دار حامد للنشر والتوزيع، الاردن 2015 ص 73.

² آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية من التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011 ص 215.

³ بدر حامد و يوسف راشد الملا، المسؤولية المدنية عن مخاطر الاجهزة الطبية التعويضية، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة بني يوسف، مصر، 2010، ص. ص 442.443 .

المسؤولية الطبية تقوم على تحمل المخاطر¹، وفيها يكون المستشفى أو الطبيب مسؤولاً مسؤولية موضوعية عن الأضرار التي لحقت المريض أثناء التدخل الجراحي من دون أي تفسير طبي للضرر الذي لحق بالمضرور.

وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف الإداري بـ"ليون" بمسؤولية المستشفى عن الأضرار التي لحقت المريض الذي أصيب بشلل نصفي لا يمكن تفسيره، وذلك أثناء إجراءه لعملية جراحية في العمود الفقري، على أساس أنه ضرر استثنائي لم تكن معلومة نتائجه من قبل².

فلم يعد الخطأ ضرورياً لقيام مسؤولية المستشفيات العامة، حيث بدأ مجلس الدولة بتقرير هذا المبدأ من خلال الحكم الصادر في 09/04/1993 في قضية اشتهرت باسم قضية "Bianchi" حيث قضى فيها بتعويض مريض يسمى السيد "Bianchi" بمبلغ يفوق المليون فرنك فرنسي، وتعود حيثيات القرار إلى أن هذا المريض أدخل إلى المستشفى العام في مرسيليا إثر معاناته من انخفاض في الضغط ونوبات أعصاب، حيث أجريت له فحوصات بالأشعة لشرابين العمود الفقري، تحت التخدير، فأصيب الرجل على إثر ذلك بالشلل وقد ثبت وفقاً لرأي الخبراء أنه لم يحدث أي خطأ طبي، كما أنه لا يوجد أي دليل يسمح بالشك بوجود خطر خاص لرد فعل من المضرور ضد مادة اليود "L'iode" وبناء عليه لا يمكن إثارة المسؤولية المدنية للمستشفى العام على أساس الخطأ لذلك كان على القاضي الإداري تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية دون خطأ ومنح المضرور تعويضاً عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك العمل الطبي³.

وبالتالي لتحقيق المسؤولية القائمة على أساس المخاطر اشترط مجلس الدولة مجموعة من الشروط يتمثل أولها في أن يكون هناك عمل طبي ضروري كالتشخيص أو العلاج أو التدخل الجراحي

¹ بن صغير مراد، نفس المرجع، ص 76.

² بن شرف نسمة، المسؤولية المدنية عن مخاطر وآثار المنتجات الطبية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه في القانون تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018/2017، ص 159.

³ آمال بكوش، المرجع السابق، ص 217.

أما الشرط الثاني فيتمثل في تحديد الشخص القائم بالعمل الطبي وهو الطبيب، أما الشرط الثالث فيتمثل في أن المخاطر لم تكن معروفة من قبل، بمعنى أن حالة المعرفة العلمية السائدة وقت حدوث الضرر لم تكن لتسمح بمعرفة هذه المخاطر، أما الشرط الرابع فيتلخص في أن يكون الضرر قد حدث بشكل استثنائي وهنا تقوم المسؤولية على أساس فكرة الخطر العلاجي الاستثنائي، وبسبب هذا الشرط قام بعد ذلك القضاء بإلزام الطبيب بإعلام المريض حتى بالمخاطر الاستثنائية¹.

أما في الجزائر فقد صدر القانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-19 حيث يقوم هذا النظام على فكرة تحمل التبعة أو الضمان دون اشتراط الخطأ ولم يعفى المسؤول من المسؤولية إلا جزئياً، وذلك بإثبات الخطأ غير المبرر من قبل العامل فيخفض حينئذ التعويض².

وفي حوادث المرور فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن النظام التعويضي في الحوادث المرور يقوم على أساس نظرية المخاطر، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1990/02/27 جاء في حيثياته "إن التعويضات المحددة بالجدول المرفقة بالأمر 15-74 هي من النظام العام وأن عدم مراعاتها يترتب عنه البطلان والنقض"، وقد أكدت ذلك من خلال المادة 8 من نفس الأمر والتي ألغيت عنصر الخطأ لقيام المسؤولية المدنية، وفي قرار آخر لها عن الغرفة الجنائية الثانية مؤرخ في 1990/07/09 نص على أنه "إلى غاية 1980 وهو تاريخ صدور المراسيم التطبيقية للأمر 15-74 كانت تطبق أمام الجهات القضائية في دعاوى حوادث المرور نظرية الخطأ التي تشترط من الضحية إثبات الخطأ المركب من قبل السائق وكون هذا الخطأ هو الذي كان سببا في الضرر الذي لحقها، ثم أخذ المشرع بنظرية المخاطر

¹ حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي -دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر، 2013، ص 88.

² علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في ق.م.ج (المسؤولية عن فعل الغير -المسؤولية عن فعل الأشياء- التعويض)، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 160.

التي تشمل التعويض التلقائي دون مراعاة مسؤولية أي طرف في الحادث حسب القواعد المحددة للأمر 15-74 وقانون 31-88¹.

لكن القضاء الفرنسي لم يسلم لهذه النظرية بل يشترط دائما لقيام المسؤولية توافر الخطأ ولكنه سار شوطا كبيرا في جعله مفروضا في أحوال كثيرة ، واستعان في ذلك بالالتزام بضمان السلامة في بعض العقود ، كعقد النقل وهو بذلك قد وصل إلى كثير من النتائج التي نادى بها أنصار النظرية الموضوعية وذلك عن طريق الخطأ المفترض².

الفرع الثاني : تقدير نظرية المخاطر في المجال الطبي

ان الواقع العملي أثبت تنامي المخاطر الطبية ، والتي قد تؤدي إلى حدوث اضرار دون وجود خطأ من الممارس الطبي والذي يؤدي عمله بعناية ودقة وإتقان، إلا أن الضرر يحدث ويكون بسبب ما يتسم به العمل الطبي من مخاطر، ففعالية الطب الحديث المتزايدة زادت كذلك من آثاره الضارة ومخاطره الملازمة لتطوره فتطور الطب وتقدمه فتح باب الولوج في التعقيد وركوب المخاطر مما زاد في دعاوي المسؤولية الطبية للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تترتب عنها ، وهذا ما يوجب على المريض من صعوبات في الإثبات لدقته من جهة وللطابع الخاص للظروف التي يجري فيها العمل الطبي من جهة أخرى فقد لجأ إلى الافتراض ركن الخطأ تارة وافتراض وجود رابطة السببية تارة أخرى ، والأخذ بقيام قرينة على خطأ أو على ثبوت علاقة السببية لمصلحة المريض المضرور وذلك تخفيفا عليه لعبء الإثبات وكل ذلك في صالح المضرور³.

وما دعم الاتجاه القائل بمجرد فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية أن فيها قصور حقيقي يجعلها لا تغطي عددا هاما من الاضرار التي تسبب أخطاء مجهولة أو قد تتسبب إلى أي خطأ نظرا لتعقد العملية

¹ قرار رقم 66.203، المؤرخ في 1990/07/09، المحكمة العليا، غ.ج، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر ص45.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام) ج 1، د.ط ،دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص771.

³ رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 301.

الطبية واستعمال الآلات فيها وأيضا إلى عدم فهم أغوار الجسم البشري كليا إلى غاية الآن إضافة إلى اختلاف أجساد الناس من واحد لآخر، مما يجعل هذه الأضرار لا تشمل بالتعويض والأضرار لا تجبر، فكانت المناداة بجعل المسؤولية الطبية قائمة على الضرر فحسب على اعتبار أن الغاية من المسؤولية وقيامها هي التعويض فظهرت المسؤولية دون خطأ وأسست على أساس الخطر العلاجي الاستثنائي تارة وعلى أساس التكافل الاجتماعي تارة أخرى، وقد أخذ بها القضاء الفرنسي في عدة قضايا منها حكم محكمة النقض في 1997/02/25¹.

لذلك فإننا نرى أن هذا الاتجاه على قدر كبير من الصواب إذ يتعين عدم حصر المسؤولية المدنية الطبية في الخطأ فقط كأساس لها، بل فتح المجال أمام القضاء للأخذ بالخطأ كأساس لها وبالمقابل جعلها أيضا مسؤولية تقوم على الضرر في حالات معينة إذ تبقى السلطة التقديرية فيها للقاضي مع إخضاعه لرقابة المحكمة العليا لأنها مسألة موضوعية تتعلق بقيام المسؤولية المدنية من عدمه، وعليه القاضي يقر بقيام المسؤولية الطبية بمجرد أن يثبت الضرر وتثبت العلاقة السببية بين الطبيب أو المؤسسة الصحية أو الممارس الطبي والعمل المؤدي إلى الضرر حتى لو كان هذا الفعل أو النشاط المتسبب في الضرر سليما وصحيحا وغير معيب².

¹ آمال بكوش، المرجع السابق، ص 177.

² لقمان فاروق حسن، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوق، بيروت لبنان، 2013، ص 206.

المطلب الثاني

علاقة الخطر الطبي بالتأمين

إن المبدأ الأساسي للتأمين الصحي هو مواجهة المخاطر الطبية لأنها كلما تطورت المجتمعات ازداد معها تطور عدد الأفراد وازدياد معه الأمراض وأيضاً زادت الحاجة إلى الحماية والأمان ضد المخاطر الطبية، كما أن التأمين من المسؤولية الطبية من شأنه أن يحقق فائدة كبيرة سواء بالنسبة للطبيب أو بالنسبة للمريض ، وعلى النحو يمكن إدراك مدى إلزامية التأمين لذلك، وعليه سنتطرق إلى الخطر الطبي كأساس للتأمين (الفرع الأول) وآليات تغطية المخاطر الطبية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الخطر الطبي كأساس للتأمين

ظهر التأمين من المسؤولية في نطاق التجارة البحرية في فرنسا نظراً لكثرة مخاطر هذه التجارة وجسامتها¹، ثم تطور التأمين من المسؤولية تطوراً سريعاً وأثر على سائر ميادين الحياة الاجتماعية من بينها الميدان الطبي.

إذ برزت أما الأطباء والجراحين والأعمال الطبية المختلفة مخاطر جديدة ، لم تكن معروفة أو على الأقل غير منتشرة كما في السابق، وتظهر هذه المخاطر بشكل واضح في مجال الجراحات خاصة الجراحة التجميلية ، فأمام تطور هذه المخاطر أدى إلى مقاضاة المرضى للأطباء ، وما نجم عن ذلك من صعوبة ميدانية في معالجة تلك الدعاوي القضائية ، وبالتالي ضماناً لحرية الأطباء في مباشرة عملهم الطبي وفي المقابل أيضاً حفاظاً على حقوق المرضى وحماية لهم ، ثم التفكير في نظام التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، جلباً لفائدته ليستفيد منها كل من الطبيب ومريضه².

¹ حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 219 .

² الذنوب حسن علي ، المبسوط في شرح القانون المدني الرابطة السببية ، ج 3 ل، د.ط، دار وائل للنشر، الأردن 2006 ص 03.

ولقد كان للفقهاء في فرنسا جهودا كبيرة في المناداة بالتأمين من المسؤولية الطبية منذ ثلاثينات القرن الماضي على رأسهم الفقيه تانك "TUNC" حيث اقترح نظاما عاما إجباريا للتأمين في مجال المهن الطبية سماه "التأمين من كل المخاطر الطبية"¹.

إن ذهب إلى أن الملزم بإبرام هذا التأمين هو الطبيب ، وذلك بدفع الاقساط مقابل قيام المؤمن بتعويض الاضرار التي تحدث بسبب ممارسة مهنة الطب ، دون أن يعول كثيرا على خطأ الطبيب أو الجراح الذي أبرم عقد التأمين².

ولقد اعتبر هذا الالتزام بالتأمين شرطا لممارسة مهنة الطب ، غير أنه أنتقد كون هذا النظام يعطي للطبيب الكثير على حساب المريض ، وكما قد يؤدي إلى عدم اهتمام وعناية الطبيب بمريضه ، غير أن هذا التخوف يبقى في غير محله ، من حيث أن وجود هذا التأمين لا يمنع من قيام المسؤولية الجنائية للطبيب وكذا المسؤولية التأديبية³.

لقد كان للتطور الذي عرفته العلوم الطبية، وكذا انتشار ظاهرة التأمين والضمان الاجتماعي وكذا دور وسائل الاعلام بمختلف أنواعها ، أثر في دفع وتشجيع المرضى إلى مساءلة الاطباء عن كل ضرر يحدث لهم أثناء مباشرة العلاج على أساس الاعتقاد أن ذلك سببه إهمال الطبيب في العلاج، بل قد بلغ التطور إلى حد ظهور فكرة تأمين المرضى أنفسهم، ليس فقط الاطباء وذلك من مخاطر العمليات الجراحية حتى يكون المريض في مأمن من مخاطر الواقعة عليه وفي المقابل أيضا يكون الطبيب المعالج هو الآخر في مأمن من دعوى المسؤولية ، فتتولى شركات التأمين تغطية مخاطر الأطباء⁴.

¹ محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص36.

² نسيب نبيلة، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الادارية، بن عكنون جامعة الجزائر، 2001- 2002، ص168.

³ محمد بودالي، نفس المرجع ، ص36.

⁴ حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص220.

هذا النظام تبناه الطب والقانون خصوصا في مجال جراحة التجميل، كون هذا المجال مخاطره لا تدخل في تأمينات المرض الذي يغطيه الضمان الاجتماعي، فبالتالي التأمين من المسؤولية يعتبر أفضل وسيلة لضمان حصول الزبون على التعويض في حالة حدوث الضرر ، وحمل جراح التجميل إلى التفكير مليا قبل الإقدام على إجراء عملية التجميل ، بأنه إذا كثرت المخاطر كبرت معها مبالغ الأقساط وبالتالي يحاول جديا في بذل عناية أكثر، وكذا إحساسه بأمان وعدم التخوف والتردد اللذين قد يكونان باعثا لفشل العملية¹.

كما أن هذا النظام يخفف عن المرضى عبئ إثبات خطأ الأطباء عند حدوث أي ضرر من طرف القضاء في كل دعوى المسؤولية التي تقام ضد الأطباء ، وأيضا توفير أسباب الاطمئنان والأمان للأطباء وهم يمارسون مهنتهم ، إذ أصبحت فكرة التأمين في مجال المسؤولية المدنية للأطباء تلقى رواجاً كبيراً كما خلقت جوا من الطمأنينة لدى كل من الطبيب والمريض بل أصبح بحق ضرورة اجتماعية لا يمكن الاستغناء عنها في المجال الطبي².

الفرع الثاني: آليات تغطية المخاطر الطبية

نتيجة لزيادة المخاطر الطبية خاصة في مجال الجراحة التجميلية، والتي نجم عنها الكثير من المشكلات لكون الخطر لا يبني بنفسه قبل قدومه، ولأن التعويض المادي في القضايا المطروحة قد لا يمكن للطبيب تغطيته في بعض الأحيان، لذا يجب معرفة تقسيمات التأمين بحسب طبيعة الخطر (أولا) ثم الأنظمة الجماعية في التعويض (ثانيا) والزامية التأمين (ثالثا) .

أولا: تقسيمات التأمين بحسب طبيعة الخطر

والمقصود بهذا التقسيم أن المسؤولية تقسم إلى تأمين من المسؤولية عن خطر معين القيمة وتأمين عن خطر غير معين القيمة .

¹ آمال بكوش، المرجع السابق، ص 149.

² حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 221.

1: التأمين عن خطر معين

يكون الخطر معين ومحدد القيمة إذا كان المحل الذي يقع عليه معيناً وقت التعاقد بحيث يمكن تقدير مبلغ التأمين بالاعتماد عليه¹، ويتم احتساب قسط التأمين على أساس هذا المبلغ فيستطيع المؤمن له في هذا النوع أن يشترط تأميناً كافياً لتغطية ما يصيبه من ضرر نتيجة تحقق الخطر، مع مراعاة أن منطق الحياة في المجتمع يقتضي من أفرادها أثناء ممارسة النشاط الذي يمتاز بالخطر، أن يتخذوا الاحتياطات اللازمة لتفادي الأضرار بالحقوق والمصالح التي يحميها القانون وذلك في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي في كافة المجالات الإنسانية والعلمية، وما نتج عنها من أنشطة خطيرة².

والحالات التي يكون فيها التأمين من المسؤولية تأميناً من خطر محدد القيمة، هي حالات ضيقة يمكن حصرها في حالة قيام المؤمن له بالتأمين عن شيء بحوزته ويجب أن يرده لمالكه كما في حالة تأمين المستأجر على مسؤولية عن حريق العين المؤجرة وعلى العموم فهي تنطبق على حالات التأمين من الأشياء وليست من قبل التأمين من المسؤولية³، وعليه فإنه يصعب تطبيق فكرة التأمين على الأشياء المحددة الخطر على المسؤولية الطبية، نظراً لصعوبة بل استحالة تقدير أضرارها.

2: التأمين عن خطر غير معين

يكون الخطر غير محدد القيمة إذا كان المحل الذي يقع عليه غير محدد القيمة وقت إبرام العقد إلا أنه يتعدد عند تحقق الخطر المؤمن منه والأصل في التأمين من المسؤولية المدنية أن يكون التأمين على خطر غير معين، مثال ذلك التأمين عن حوادث السيارات والتأمين من المسؤولية الطبية أين تكون فيها الأخطار غير محددة القيمة وبالتالي يكون الخطر غير مقدر وغير قابل للتقدير المسبق، كما أن

¹ أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية بمراكز وبنوك الدم، د.ط، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر 2014 ص 219.

² سلامة عبد الله، الخطر والتأمين، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص 26.

³ أنس محمد عبد الغفار، نفس المرجع، ص 220.

مبلغ التأمين فيها غير محدد وإن كان محدد فإن تقديره يكون باتفاق المؤمن والمؤمن له على تغطية مسؤولية المؤمن له أيا كان مقدارها.

ويتحدد التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض، إما بتعويض المؤمن له تعويضاً كاملاً عن نتائج تحقق مسؤوليته، وإما يكون التعويض من خلال الاتفاق على وضع حد أقصى لما يلتزم به المؤمن له المطالبة بمبلغ يزيد عن الحد الأقصى للاتفاق، وهذا النوع من التأمين على خطر غير معين هو الذي يناسب التأمين من المسؤولية الطبية عموماً والمسؤولية عن نقل الدم بشكل خاص¹.

ثانياً: الأنظمة الجماعية في التعويض

نظراً للصعوبات التي يتلقاها المرضى في سبيل الحصول على التعويض الجابر للضرر، فقد نادى الكثير من الفقهاء إلى ضرورة توفير حماية فعالة لهؤلاء المرضى، نتيجة للمخاطر المستحدثة المصاحبة للعمل الطبي وقد استجاب القضاء لهذا النداء من خلال تكريسه لقرارات متميزة تعبر عن اجتماعية المسؤولية والتعويض.

والمسؤولية الجماعية لاتعدو أن تكون التزاماً بالتعويض يقوم استقلاً عن فكرة الخطأ، ولكنها تستند كما رأينا إلى مفاهيم أخرى كفكرة تحمل التبعة، أو الحراسة أو الضمان أو التضامن الاجتماعي، وتجلت هذه الأنظمة في عدة صور أهمها تأمين الأضرار والمسؤولية، التأمينات الاجتماعية، والصناديق القومية للضمان².

فلم تعد المسؤولية التقليدية القائمة على الخطأ كافية لحماية المضرورين، فظهرت أسس عديدة للالتزام بالتعويض، وكان ذلك بمثابة ترجمة تشريعية للإحساس العام بالعدالة الذي يتجه إلى ضرورة تعويض

¹ مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين، عقد الضمان، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص277.

² أمال بكوش، المرجع السابق، ص312.

ضحيا المخاطر الطبية، وتحويله الى واقع قانوني مناوئ لروح القواعد التقليدية للمسؤولية الفردية المتلائمة مع المعطيات المعاصرة لمرحلة إرساء المسؤولية في القانون المدني الفرنسي سنة 1804¹. ولغرض تحقيق أفضل حماية للمضرورين من المخاطر الطبية، خاصة وأن هذه الأضرار من قبيل الأضرار الجسمانية، التي تقتضي حماية خاصة، فقد نادى الفقه بضرورة وجود التزام جماعي بالتعويض لا يقوم على الخطأ إنما على أساس التضامن الاجتماعي، من خلال التزام الكيان الاجتماعي بتعويض الأضرار التي تصيب أفرادها والتي من شأنها الإخلال باستقراره، وذلك من خلال الأنظمة الجماعية للتعويض².

والواقع أن هذا التوجه هو السائد في الوقت الراهن نحو حماية المضرور الضعيف، والأخذ بيده لتمكينه من جبر ضرره والحصول على تعويض بأيسر الطرق، وذلك نتيجة لزيادة المخاطر وتعاطم الأضرار التي باتت تهدد الأفراد في عصر الآلة، وهو ما استدعى التوسع في الأخذ بالمسؤولية الموضوعية في شتى الصور، سواء من خلال تكريس تشريعات خاصة، أو من خلال الدور الرائد للقضاء. ولقد بات تدخل الدولة للتعويض أمر لاغني عنه، باعتبارها المدين الأكبر والأقدر على تعويض المضرورين، حيث أنه في كل مرة لايجد فيها المضرور مدينا موسرا غير قادر على السداد، أو عند عدم وجود الخطأ، أو عدم إمكانية نسبته لشخص معين، تجد الدولة حينها ملزمة بالتدخل باعتبارها المدين النهائي بالتعويض³.

وقد أصل الفقيه (R.Savatier) لفكرة الأنظمة الجماعية للتعويض، وذلك بمناسبة رصده للنتائج التي أسفر عنها الاتجاه نحو المسؤولية الموضوعية، القائمة على أساس تحمل التبعة وبروز فكرة التأمين

¹Hubert. F، Socialisation des Risqué et responsabilité individuelle، thèse، paris France، 1947، p 10.

² طه عبد المولى طه، التعويض عن الاضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، د.ط، دار الكتب القانونية مصر، 2002، ص22.

³ آمال بكوش، المرجع السابق، ص315.

مشيرا إلى قيام الأنظمة الجماعية للتعويض والتزامها إلى جانب المسؤول، وأن ذلك إيذان ببداية عصر اجتماعية المسؤولية والتبعات الفردية، بعد عن عززت المسؤولية الفردية عن توفير الحماية للمضرور في عصر الآلة والمشروعات الصناعية الكبيرة¹.

وفي الحقيقة اعتبر الفقيه (R.Savatier) أن ظهور الذمة الجماعية التي تمثل التزام المجتمع بالتعويض، ما هي إلا دليل على إفلاس الأفكار التقليدية، التي تقوم على إسناد المسؤولية لشخص واحد ولتحقيق اجتماعية المسؤولية وجب توافر نوعين من الوسائل والآليات، آليات مباشرة وآليات غير مباشرة.

1- الآليات غير المباشرة

تتمثل في نظام التأمين من المسؤولية الطبية، حيث يمكن للمضرور الحصول على تعويض الجابر للضرر الذي لحقه، وذلك بالرجوع مباشر على المؤمن.

2- آليات المباشرة

وتشمل هذه الوسائل صناديق التعويض، كصناديق تعويض مرضى الإيدز والحوادث الطبية من خلالها يتم تعويض المضرورين، في الحالات التي يتعذر فيها تعويضهم عن طريق المسؤولية الفردية. والواقع أن أنصار اجتماعية المسؤولية² لم يروا مانعا من بقاء المسؤولية الفردية، من خلال تقنية تمنحها استقلالية في أداء الوظيفة الرادعة للأخطاء المسببة للأضرار وهو ما من شأنه تحقيق التعايش بين النظامين المتكاملين، نظام المسؤولية الفردية واجتماعية التعويض، غير أنهم تساءلوا عن مآل المسؤولية المدنية في ظل هذا التحول من الفردية إلى الاجتماعية، وما إذا كان ازدياد أعباء الاجتماعية العامة للأخطار من شأنه أن يدي إلى إضعاف النظم الجديدة، نتيجة العقوبات الناجمة عن نظم غير ثابتة تتداخل فيها العلاقات بين المضرورين والمؤمنين والمسؤولين.

¹ Savatier, René, personnalité et dépersonnalisé de la responsabilité, Longes laborde de la coste, paris, France, 1963, p.32.

² آمال بكوش، المرجع السابق، ص 318 .

ومن المؤكد أن الحل المثالي لهذه العقبات يمكن من جعل الفرد مسؤولاً عن الأضرار التي ألحقها بالغير، متى نشأت عن خطأ منه، حيث لا يمكن استبعاد الخطأ، إذ من غير العدالة أن يتحمل المجتمع تبعاً الضرر الناتج عن خطأ الشخص، خاصة إذا كان جسيماً، والقول بذلك من شأنه زعزعة نظام المسؤولية برمته، لذلك فإن نظام المسؤولية الفردية يبقى راسخاً، غير أنه يجب تعويض المضررين الذين لا يمكن لهم نسبة الخطأ إلى شخص معين، أو الذين لحقتهم أضرار جراء التبعات الطبية¹.

ثالثاً: الزامية التأمين

اعتبر المشرع الفرنسي التأمين من المسؤولية الطبية أمراً وجوبياً بمقتضى قانون الصحة الفرنسي المعدل بمقتضى قانون رقم 303-2002، حيث ألزم الأطباء والمؤسسات الصحية الخاصة بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية، وفرض عقوبات جزائية وتأديبية كبيرة في حالة الإخلال بهذا الإلتزام². ومن خلال ما سبق يتضح بأن التأمين من الأخطار الطبية شرطاً إلزامياً لممارسة هذه المهنة سواء كان الطبيب منتبياً إلى القطاع العام أو الخاص، ومهما كانت طبيعة المهنة الطبية التي يمارسها بما في ذلك أطباء الجراحات التجميلية .

ولقد سار المشرع الجزائري على خطى المشرع الفرنسي، حيث اعتبر التأمين من المخاطر الطبية إلزامياً، وذلك بمقتضى الأحكام الواردة في القانون رقم 95-07 والمتعلق بالتأمينات³، إذ تنص المادة 167 منه " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي وشبه طبي وصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤولياتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير ".

¹ Savatier, René, op.Cit, p.36.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص37.

³ القانون رقم 45-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر رقم 15، المؤرخة في 12 مارس 2006، ص03 .

كما ساهم التأمين في إتساع دائرة المسؤولية الموضوعية، حيث عزز فكرة تحمل التبعة كأساس لتعويض المضرورين، وقد تزامن ذلك مع اتساع مسؤولية الفرد بتجاوز النطاق الشخصي، حيث بات مسؤولاً عن أمور تتجاوز سيطرته، لتتعداها إلى أفعال التابعين والأشياء، فالتأمين ضد مخاطر المهنة يتطلب ثلاثة شروط¹.

1- حصول المريض على حقوقه الكاملة والتعويض المادي عن الضرر الذي لحق به من جراء عمل طبي أو إهمال أثبت القضاء بأن مسؤوليته تقع على الطبيب .

2- توفير الحماية الكاملة للطبيب، من خلال تحمل شركة التأمين دفع التعويض الذي تسبب فيه .

3- ضمان استمرار شركة التأمين في التعاطي مع الأطباء بالتزام تام بتطبيق جميع بنود عقد التأمين المبرم بينهما .

وصفوة القول أن التأمين في نطاق المسؤولية الطبية سواء كان اختيارياً أو إجبارياً، فقد وفر حماية للمضرور، من خلال التعويض الذي يوفره عن الأخطار العلاجية غير المحتملة، والتي لا يمكن نسبتها إلى خطأ الطبيب، كما وفر حماية أيضاً للطبيب إزاء الدعاوى المهدد بها، بمناسبة أخطائه

التشخيصية أو العلاجية، لينتهي بنا القول إلى أن نظام التأمين قد وجد فيه الفقه والقضاء طموحها حول البحث عن الآليات التي من شأنها تجسيد الحماية للمضرورين من المخاطر العلاجية .

وكنتيجة لذلك يغطي هذا التأمين جميع أخطار الوسائل والمعدات التي يستخدمها الطبيب في علاج كما يشمل كل الأنشطة التي يقوم بها مساعدي الطبيب كذلك، وبالتالي فمن خلال الأحكام الواردة في قانون التأمينات يتبين بأن المشرع الجزائري يعتبر التأمين من المسؤولية المدنية الطبية أمراً إجبارياً من النظام العام .

¹ سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القاتوت الحديث، ط1، أزمنة للنشر عمان، الاردن، 2004، ص218.

المبحث الثاني

تقدير التعويض عن الأخطار الطبية

لقد تطورت فكرة التعويض من مرحلة ترضية المضرور إلى مرحلة إعادته أشبه مما كان عليه قبل وقوع الاعتداء، على الرغم من أن هذا التصور يصعب فيما يخص الأضرار الناجمة عن المخاطر الطبية لأنها أضرار تلحق بأعلى ما يملكه الإنسان وهو جسمه، والتعويض المدني هو الجزاء المقرر للمسؤولية المدنية ولكي يؤدي هذا الجزاء وظيفته وجب أن يكون كاملاً لكي يرضى المضرور على الأقل وأن يقربه إلى الوضع الذي كان عليه قبل الإصابة .

ويقدر التعويض تبعاً للظروف التي يراها القاضي، بحسب ما إذا كان كانت مناسبة للمضرور أم لا، وهو ما يدفعنا لدراسة السلطة القضائية في تقدير التعويض (المطلب الأول)، وضوابط تقدير التعويض (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

السلطة القضائية في تقدير التعويض

ل للوصول إلى تقدير حقيقي للتعويض من الضرر الذي أصاب المضرور وجب البحث في معايير التي تستلزم في اتباعها أثناء هذا التقدير من طرف قاضي الموضوع (الفرع الأول)، وكذا حول مدى رقابة المحكمة العليا على هذا التقدير (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : سلطة المحكمة في تقدير التعويض.

يخضع تقدير الضرر الطبي لسلطة قاضي الموضوع، فله أن يقرر أن ما حدث للمريض من جراء تدخل الطبي هو من قبل الضرر أم لا.

فلا يعد من الضرر الموجب لمسؤولية الطبيب أن يخيب في علاج مريضه سواء كان عدم الشفاء تاماً أو جزئياً، لأن الطبيب في عقد العلاج لا يتعهد بضمان شفاء المريض بل يلتزم ببذل العناية الواجبة¹.

وباستقراء المواد 131، 182 و 182 مكرر²، يتبين أن تقدير التعويض عن الأضرار الطبية أم تركه المشرع للقاضي، وذلك بتحديدته بكل حرية بشرط مراعاة الظروف والملابسة والخسارة اللاحقة وما يؤكد ذلك أن المحكمة العليا قد قضت في قرارها الصادر في 1985/05/08 بأنه "إذا كان مؤدى نص المواد 130-131-182 من القانون المدني، ان التعويض يخضع في تقديره لسلطة القاضي، فإن عدم الإشارة من طرف قضاة الموضوع إلى مراعاتهم الظروف والملابسة للصحية وقيامهم بتحديد الخسارة يجعل قرارهم غير سليم ويعرض للنقض³.

ويتضح من خلال هذا القرار أنه يجب على القاضي أن يراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة وهي الظروف التي تلابس المريض، فيقدر الضرر أساس شخصي لا موضوعي، حيث تراعي فيه حالة المريض الصحية والجسمية وظروفه العائلية وحالته المالية.

ومتى تبين للقاضي الطريقة المناسبة لإصلاح كافة الأضرار اللاحقة بالمتضرر، سعى لتقدير التعويض عنها وله في سبيل الوصول إلى هذا الهدف سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هاته الأضرار، وإنما له كامل الصلاحية، فبالنظر إلى طبيعة الأضرار حيث أنه لا

¹ عشوش كريم، العقد الطبي، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 209.

² نصت المادة 131 ق. م. ج " يعين القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". ونصت المادة 182 على أن إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو لتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول". نصت المادة 182 مكرر على أنه "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

³ المجلس الأعلى، غ.م. في 08/05/1985 ملف رقم 39694 المجلة القضائية، 1989 العدد الثالث، ص 34.

يمكن وضع قواعد ثابتة تحكمها، إذ يختلف التعويض بالنسبة لكل حالة ولظروفها ولمدى الإصابة والتعطيل عن العمل ولنوع العاهة المؤقتة أو الدائمة، أو للانتقاص من قدرة الانسان عل الحركة والتفكير والأداء والفهم والتمتع بمتع الحياة العادية¹.

إلا ان هذه السلطة أو الصلاحية تحكمها ضوابط معينة لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه وميولاته، فتقدير التعويض هو مسألة موضوعية و قانونية تستوجب على القاضي عند الاضطلاع بها استبعاد كل إجحاف أو مغالاة فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره².

وفي سبيل تحقيق ذلك مكن المشرع القاضي بموجب المادة 125³ وما يليها من قانون الاجراءات المدنية والإدارية من اللجوء إلى ذوي الخبرة والاختصاص إذا استعصت عليه أي مسألة يكون من شأن الكشف عليها إما إعطاء الوصف الحقيقي أو التكييف القانوني للوقائع بما فيها تحديد جسامه الضرر، ما لم يكن الامر يتعلق بما يدخل في سلطته، ذلك أن الخصوم ملزمين بتقديم الوقائع في حين يلتزم القاضي بتطبيق القانون على الوقائع المعروضة أمامه ولا يجوز له أن يفوض فيها أحدا غيره، وله اعتماد ما وصل إليه الخبير فإذا كان القاضي غير ملزم قانونا باتباع التقرير الفني للخبير إلا أنه يكون ملتزم به فنيا، لأن اللجوء إلى الخبير قد تم بسبب عدم اختصاص القاضي بالشؤون الطبية⁴.

ومتى تكونت لدى القاضي عناصر تقدير التعويض، فهو غير ملزم باللجوء إلى الخبرة وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1993/031/31 حيث أن المادة 182 من القانون

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، (المسؤولية المدنية)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2004 ص681.

² منير رضا حنا، المرجع السابق، ص 611.

³ نص المادة 125 ق.إ.م.إ على النحو الآتي "تهدف الخبرة الى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي " القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، ط 2019، دار بلقيس دار البيضاء، الجزائر، ص 26 .

⁴ منير رضا حنا، نفس المرجع، ص 612.

المدني تنص على أنه إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانوني فالقاضي هو الذي يقدره، حيث أن الضرر المشار إليه في القرار لم يوجد أي نص مقدر لتعويضه، وبالتالي فإن تقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فإن مراقبته غير خاضعة لسلطة المحكمة العليا، وإن تعيين خبير من أجل تقدير الضرر غير الملزم للقاضي إذا كانت عناصر التعويض كافية في الملف تسمح للقاضي بتقدير الضرر الناتج، ولهذا فإن القرار المطعون فيه جاء على أساس قانوني ومسبب مما يستوجب رفض هذا الوجه ورفض الطعن¹.

فلا يمكن للقاضي استبعاد الخبرة متى تعلق الأمر بمسائل فنية صرفة إلا بخبرة مضادة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في حيثيات قرارها الصادر بتاريخ 1983/05/11 "حيث أن قضاة الموضوع وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء وغير مراقبين من طرف المجلس الأعلى في تقدير التعويض إلا أنهم ملزمون بتسبيب حكمهم تسببيا لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر...".

يتضح من خلال هذا القرار أن تقدير أعمال الخبير أمر تستقل به محكمة الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليها، حيث تقتصر مهمة الخبير على تحقيق الوقائع في الدعوى وإبداء الرأي في المسائل الفنية، وللمحكمة أن تأخذ بتقرير الخبير كله أو بعضه .

كما وضع المشرع مجموعة من العناصر والمعايير أوجب على القاضي الاعتماد عليها للوصول إلى التقدير التعويضي بما يتناسب والضرر، فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو يضيف لها عنصر جديدة، وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، وتتمثل هاته العناصر في وجوب مراعاة ما يلي:

- الضرر المباشر المحقق .

¹ عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ط1، الديوان الوطني لأشغال التربوية، الجزائر 2001 ص 69.

- ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

- تغيير عناصر الضرر في جسم المضرور .

- الظروف الملازمة ومدى توفر حسن النية.

والواقع أن هناك ظروف أخرى من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض وهي حالة المسؤول المالية وحالة التأمين من المسؤولية، فالنسبة للحالة المالية للمسؤول فتقتضي مراعاة ظروفه الشخصية كأن يكون غنياً أو فقيراً¹.

ويرى البعض أنه لا يجب مراعاة هذه الظروف بحجة أن التعويض ليس وسيلة للإثراء على حساب المسؤول أما بالنسبة إلى حالة التأمين من المسؤولية، فإن التأمين يؤكد وجود المسؤولية وزيادة ضمان المضرور في الحصول على التعويض.

ومن العوامل الأخرى التي يمكن إضافتها وأخذها بعين الاعتبار في تقدير التعويض مسألة التأخر في حسم الدعاوى إذا أن أغلب الدعاوى الرامية إلى التعويض تطول إجراءاتها، ومن ثمة الفصل النهائي فيها².

وتقتضي قواعد العدالة زيادة مبلغ التعويض عن الضرر المادي والمعنوي المرتد للمستحقين له عن وفاة الابن الوحيد، لأن فقدان الابن الوحيد في العائلة ليس كفقدان الابن العاشر في العائلة الأخرى، وتعتبر نسبة التحصيل العلمي للمضرور ظرف يمكن أن يعتد به، فحامل شهادة دكتوراه في الطب أو في الكيمياء أو في القانون لا يكون تعويضه كحامل الشهادة الابتدائية إذا تعرض لضرر³.

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانوني المدني، القسم الأول، مجلد 2، د.ط، مطبعة إسلام، القاهرة، مصر 1988 ص 122.

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص 445.

³ ناصر جميل محمد الشميلة، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، ط1، دار السراء، عمان، الأردن 2005 ص 131.

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض عن الأضرار الجسمانية يثير صعوبات عويصة، فيما يتعلق بالأضرار المادية التي تصيب الأشياء فالقاضي ملزم بتحديد التعويض على أساس ما يقابل ثمن هذه الأشياء وإعادتها على الحالة التي كانت عليها، أما فيما يتعلق بالأضرار الجسمانية فيقول الفقيه (Boris Stark) في هذا الصدد أنه من الطبيعي أن هناك أضرارا يصعب تقديرها بسبب طبيعتها فما هو يا ترى تقدير قيمة اليد التي فقدت أو العين - ضرر الألم - الضرر الإجمالي، وما ثمن الشرف والاعتبار والاعتداء على الحياة الخاصة؟.

وغنى عن البيان أن هذه الأضرار تستعصي بطبيعتها على التحديد الدقيق للتعويض لأنه لا يمكن لأي مبلغ مهما كان أن يعوض الإنسان عن جسمه أو فقدان حياته، غير أنه يمكن أن نصل إلى مبلغ تعويض تقريبي يرضى المضرور ويعوضه قدر الإمكان جزءا من الضرر الذي أصابه وبما أن هذه الأضرار تختلف من شخص إلى آخر، فإن منح المحكمة سلطة تقديرية فيما يتعلق بهذه الأضرار يعتبر الحل الأمثل للوصول إلى ترضية المضرور، وهو الحكم بتعويض عادل فالقاضي قد يقدر الضرر الأدبي لشخص بمبلغ ويقدر نفس الضرر لشخص آخر بمبلغ يختلف عن المبلغ الأول¹.

وكذا يتوجب على القاضي أن يحدد عناصر الضرر الذي يدخل في حساب التعويض وأن يناقش كل عنصر على حدى، بيد أن هذه العناصر من المسائل القانونية التي تهيم عليها المحكمة العليا، فإذا كان الحكم قد قضى بالتعويض بصورة إجمالية دون أن يبين عناصر الضرر فإنه يكون معرضا للنقض لقصور أسبابه، كما أنه على القاضي أن يبين عناصر الضرر الذي أساسه يحكم بالتعويض².

¹ عزيز كاضم جبير، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، د.ط، عمان الأردن 1998، ص 173.

² طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص 157.

ورغم أهمية هذي المسألة إلا أنها محل خلاف بين القضاء المدني والقضاء الجنائي، فبينما يرى القضاء المدني ضرورة تبيان عناصر الضرر وإعتبارها من مسائل القانون التي يخضع القاضي فيها لرقابة محكمة النقض، يرى القضاء الجنائي أن قاضي الموضوع غير ملزم بتبيان هذه العناصر ويرى أن التعويض متروك لتقدير قاضي الموضوع دون معقب عليه، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه من المقرر أنه يكفي في بيان وجه الضرر المستوجب لتعويض أن يثبت الحكم إدانة المحكوم عليه عن الفعل الذي حكم بالتعويض من أجله¹.

وعما سبق يتضح أن هذه الصعوبات في تقدير التعويض هي التي أعطت أو فرضت على المشرع أن يمنح للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض.

والقاعدة في تقدير التعويض أنه يقاس بالضرر المباشر الذي أحدثه الفعل سواء كان ضرراً مادياً أو أدبياً متوقعا أو غير متوقع، غير أنه لا يشمل الضرر غير المباشر فلو أن شخصا أصيب بحادث تسبب له في عجز أوقفه عن العمل وبالتالي تكبد نفقات علاج، فالقاضي حين تقديره للتعويض عليه أن ينظر إلى الخسارة المالية التي لحقت به والمتمثلة في نفقات علاج والعمليات الجراحية، كما ينظر إلى ما فاتته من كسب من عدم قيامه بنشاط معين ويدخل في ذلك الضرر المستقبلي، وبعد تحديد هذه العناصر يقضي بالتعويض بصورة إجمالية، ويمكن للقاضي الحكم بالتعويض جملة واحدة دون تحديد كل من التعويض المادي والمعنوي على حدى ودون تحديد نصيب كل من محكوم الهم متعددين حيث يقسم بينهم بالتساوي ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك أما إذا كان التعويض المقضي به يشمل تعويض الموروث وجب تحديده نظرا لتوزيعه وفقا للأصبغة الشرعية في الميراث وهي تتعلق بالنظام العام، ولا يجوز مخالفتها، كما يجب على المحكمة أن تتقيد بطلبات المدعي².

¹ طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص 157.

² فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)، ط3، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، 2001، ص512.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على تقدير التعويض

سبق لنا أن بينا في الفرع الأول من هذا المطلب أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون عواقب عليه من المحكمة العليا، إلا أنه وإن كان هذا التقدير يدخل في سلطة القاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقاً لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا من جهة مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض¹، ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض السابق شرحها بعين الاعتبار.

أولاً: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه

إذا كان الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتأتى ذلك إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقاً للتعويض، وإذا كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع فإن وجوب تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانوناً والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض يعتبر من المسائل القانونية التي تهمين عليها المحكمة العليا، لأن هذا التعيين هو من قبيل التكيف القانوني للواقع².

وإذا تعد شروط الضرر الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، كون الضرر ماساً بحق أو مصلحة مشروعة وبأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي³.

¹ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن، ص 253.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، الالتزامات، مجلد 2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ط3، منشورات مكتبة الصادر، بيروت، لبنان، 1998، ص184.

³ محمد عبد الغفور العماوي، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، ط1، دار الثقافة، عمان الأردن 2012، ص 51.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي يعكس ما نقوله إذ أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم كما لا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، والأمثلة في هذا الصدد كثيرة منها خاصة ما جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة البلدية بتاريخ 2000/05/20 " حيث أن إخلال المدعي عليها بالتزام تعاقدية قد ألحق ضررا بالمدعية، مما يتعين القول بأن طلبها الرامي إلى الحصول على التعويض مؤسس قانونا..."¹.
فيتضح من خلال هذا الحكم الذي جاء خاليا من تحديد الضرر الذي لحق المدعي عليها في عناصره أو شروطه، مما يجعله حكما معيبا قابلا للنقض.

وفي هذا الصدد نقضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1987/07/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات قضى بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن يتبين نوع الضرر، إذ جاء في حيثيات هذا القرار "حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المعطون فيه أن القضاء أسسوا قضائهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقتها وأنه لم يلحقه أي ضرر، حيث أن الضرر يكون إما مادي أو معنوي، حيث أن القضاة راعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضائهم ناقصا..."².

وفي نفس الإطار قضت المحكمة ذاتها بتاريخ 2002/07/25 بما يلي : " حيث أن قضاة الاستئناف إكتفوا بحساب الغرامة المحكوم بها من طرف قاضي الاستعجال فقط، في حين أنه وبناء على

¹ حكيمة بعطوش، تعويض الضرر المعنوي، نشرة القضاة العدد 47، الجزائر، 1995، ص 85.

² المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ، 1986/07/08، ملف رقم 42308، المجلة القضائية، 1990، العدد الأول، ص 254.
وقضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 07 جوان سنة 1983، فقد جاء في أحد حيثياته "... حيث أنهم أغفلوا الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية مكتفين بذكرهم أن الضحية اضطرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للأضرار التي أصابت الضحية بالذات ووصفه تلك الأضرار وذكر هل هي دائمة أو مؤقتة" انظر المحكمة العليا، غ.ج. ملف رقم 25878 مجلة الاجتهاد القضائي، ص 72 .

المادة 471 من قانون الاجراءات المدنية، يلتزم قضاة الموضوع بتحديد الضرر وتقديره قصد مراجعة وتصفية الغرامة¹.

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

تخضع محكمة الموضوع لرقابة المحكمة في تقديرها لعناصر تقدير التعويض، حيث ليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره أو اغفاله من بين هذه العناصر وهذا هو المبدأ، غير أن هناك بعض قرارات المحكمة العليا التي تسير عكس هذا المبدأ، لأنها تخطئ بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين أو قيمة ثابتة وبين عناصر تقدير التعويض².

فيكون لقاضي الموضوع كامل السلطة التقديرية في مسائل الواقع كتكليف جسامة الضرر من يسره دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر³، فإذا كان القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فعليه أن يبين الواقعة بين الموضحة في الدعوى المثبتة، التي تصدق عليها وصف الخسارة أو الكسب⁴.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملازمة ومن وجوب اعتداد القاضي للظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في

¹ المحكمة العليا، غ.ج.، 2002/07/25، ملف رقم 215762، المجلة القضائية، 2002، العدد الأول، ص 279.

² محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد 01، 2004، ص 78.

³ سي يوسف زهية حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1 جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 63.

⁴ قانون رقم 09/08، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيبرابر، 2008، قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد.

ذمته المالية، عدد الأشخاص الذين يعيّلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكيف القانوني للوقائع.

فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2001/02/14 عن المحكمة العليا ما يلي: "حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، وكيفية أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني"¹.

ويتجلى لنا أن هذا القرار لم يشترط أن يضمن القاضي في قراره العناصر التي استعملها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، بل اكتفى بوجوب معاينة الطابع التعسفي للتسريح، والضرر المادي والمعنوي الناتج عنه، ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها أخذت بالمبدأ المذكور آنفاً ويتوجب ذكر العناصر التي اعتمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2002/07/25 بما يلي: "إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضاً بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال واعتمدوا في ذلك على عناصر تقرير الخبرة وعلى محضر المعاينة المحرر بتاريخ 1996/11/17 وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا"².

وقضت أيضاً في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1994/05/24 "حيث من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد

¹ المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ 2001/02/14، ملف رقم 214574، المجلة القضائية 2002، العدد الأول ص 195.

² المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ 2002/07/25، ملف رقم 215762، المجلة القضائية، 2002، العدد الأول ص 279.

الأطراف، وتكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض، وبالعودة إلى القضية نجد أن القرار المنتقض منح تعويضات هامة (47 مليون دج)، بغير تحديد العناصر (فواتير ومستندات أخرى) التي بها قدر التعويض، حيث أنه تأسيسا على ما تقدم يكون الوجه مؤسسا ويترتب عنه النقض¹.

كما اشترطت في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف والملابسة وإنطتها بتلك التي تلبس المضرور فقط، مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجوب الاعتداد بالظروف التي تلبس المضرور دون المسؤول، فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور، كقرارها الصادر في 06/01/1993... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره، في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم².

أما بخصوص الضرر المعنوي فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي اوجبها المشرع والمستعملة في ذلك لإرتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية وإنما هو شخصي، وهذا واضح في قرارها الصادر في 1981/12/10 بقولها "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي، حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه

¹ المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ 1994/05/24، ملف رقم 109568، المجلة القضائية، 1997، العدد الأول ص123.

² المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ، 1993/01/06، ملف رقم 87411، نشرة القضاة، العدد 50، ص55.

الناحية إلى تعليل خاص علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه"¹.

وكذلك ما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1992/02/18 "حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا"².

المطلب الثاني

ضوابط تقدير التعويض

إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية عما لحق المريض من ضرر فإنه يتعين على القاضي أن يلتزم بعدة ضوابط في تقديره للتعويض وهذا حسب طريقة تحديد تعويض (الفرع الأول) وكذا وقت تقدير التعويض (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: طريقة تحديد التعويض

أشارت المادتان 131 و 132 من القانون المدني المعدلتان بالقانون 05-10³ إلى طريقة تحديد التعويض والتي يستنتج منها أن التعويض في التشريع الجزائري إما أن يكون عينيا أو يكون نقديا.

أولاً: التعويض العيني

التعويض العيني هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، ويزيل الضرر الناشئ عنه⁴، ويعتبر أفضل طرق الضمان والقاضي ملزم بالحكم بالضمان العيني إذا كان ذلك ممكنا اذا طلبه

¹ المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 1981/12/10، ملف رقم 24500، مجلة الاجتهاد القضائي، ص 87.

² المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ 1992/02/18، ملف رقم 78410، نشرة القضاة، العدد 48، ص 145 .

³ نص المادة 131 ق.م.ج على النحو الآتي "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لاحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف ملابسة، فان لم يتيسر له وقت الحكم ان يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله ان يحتفظ للمضروور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"، القانون رقم 05-10، المرجع السابق، ص 31 .

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 229.

الدائن أو تقدم به المدين¹، والمشرع الجزائري اتجه نحو تطبيق التعويض العيني كأصل تعويض الضرر بالقول "يجبر المدين بعد اذاره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً وعليه فلا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، إذا كان المدين مستعداً للتنفيذ العيني وإذا طالب بالتنفيذ بمقابل ولم يكن التنفيذ العيني مرهقاً للمدين فالقاضي حكم بالتنفيذ العيني".

والتعويض العيني أكثر ما يقع في الالتزامات العقدية، وتصور الحكم بالتعويض العيني في بعض حالات المسؤولية التقصيرية ونطاقه محدود لأنه لا يكون ممكناً إلا حين يتخذ خطأ الذي أقدم عليه المدين صورة القيام بعمل يمكن إزالته².

فالطبيب الذي يخطأ أثناء عملية جراحية وينتج عن خطئه تشويهاً للمريض، يمكن إصلاحه أو إزالته، فالقاضي هنا يستطيع إلزام الطبيب بإصلاح التلف والتشويه بإجراء عملية جراحية جديدة غير أنه جاء في محكمة النقض الفرنسي في أحد اجتهاداتها بأن القاضي لا يستطيع أن يفرض على المدين عملاً إيجابياً والواقع أن التعويض العيني جائز في كل الصور التي لا تمس التنفيذ فيها حرية المدين شخصياً. وبالنسبة لإكراه الطبيب للقيام بعمل (التنفيذ الجبري) فالقاعدة العامة تقول: "أن التنفيذ العيني جبراً على المدين جائز وسائغ في كل الصور التي لا يمس التنفيذ فيها حرية المدين الشخصية".

والالتزام إما يكون بعمل شيء أو الامتناع عن عمل، فالطبيب الذي يلتزم بإجراء عمل جراحي للمريض ويرفض علاج المريض فهذا يمثل التزاماً للقيام بعمل، ويستمد الطبيب من عمله هذا قيمة إقتصادية، والقيمة الاقتصادية من شخص الطبيب بالذات فإذا ما رفض الطبيب تنفيذ الالتزام السابق مع المريض فإنه يستحيل على القضاء إلزامه بالقيام بالتنفيذ العيني جبراً المنافي ذلك وحرية الطبيب الشخصية كما أن إجبار الطبيب للقيام على تنفيذ الالتزام لا يكفل الوفاء بالالتزام الطبي.

¹ أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د.س.ن، ص399.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، د.س.ن، ص266.

وعليه فإن جاز القول بالتنفيذ العيني جبرا على المدين فإنه يبقى مقيدا بشرط يمثل عدم المساس بحرية المدين الشخصية، فإجبار الطبيب لتنفيذ التزامه في هذه الحالة غير ممكن أو غير منتج، كما أن المادة 1142 ق.م.ف تقول بخصوص ذلك " كل الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل يتحول إلى تعويض نقدي، إذا كان تنفيذه لا يتم إلا بواسطة المدين شخصا وامتنع عن تنفيذه"¹.

ثانيا: التعويض بمقابل

الأصل بالتعويض أن يكون في صورة عينية يتمثل بالالتزام المسؤول بإعادة الحالة إلى ما كانت قبل وقوع الضرر، ويتعين على القاضي أن يحكم بذلك متى كان ممكنا وبناءا على طلب المضرور كان يأمر القاضي بعلاج المضرور على نفقة المسؤول عن الضرر ونظرا لأن التعويض العيني أمرا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية فالغالب يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة على شكل نقدي².

والتعويض النقدي هو الصورة العامة في التعويض عن المسؤولية التقصيرية ويتمثل في مبلغ مالي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور حتى عن الضرر الأدبي، والأصل أن يدفع التعويض النقدي دفعة واحدة إلا أنه يجوز أن يدفع على شكل أقساط أو إيراد مرتب لمدة معين أو لمدى الحياة ويجب أن يتجاوز التعويض النقدي قدر الضرر وألا يقل عنه³.

والقاضي يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 ق.م.ج وعليه مراعاة الظروف الملابسة .

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.ص 206، 207.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 187.

³ بلعاج العربي، المرجع السابق، ص 267 .

ويتمثل البديل النقدي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق المريض فكل ضرر (حتى الضرر الأدبي) يمكن تقويمه بالنقد، والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا مجمدا يدفع للمضرور دفعة واحدة أو أقساطا، وإما أن يكون إيرادا مرتبا له مدى الحياة أو مدة معينة¹.

ويتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المريض، فلا يزيد عن الضرر ولا يقل عنه²، وقد نصت المادة 132 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05/10 على ما يلي : "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه..."³.

ويعتبر التعويض النقدي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية الطبية، حيث قضت المحكمة العليا بالزام مستشفى قالمة بأدائه مبلغ، 200.000 دج كتعويض عن جميع الأضرار نتيجة الأخطاء التي ارتكبها الطبيب التابع له أثناء إجرائه عملية جراحية، حيث قضت بما يلي: "حيث أنه نظرا لنسبة العجز الجزئي الدائم ونظرا لمدة العجز المؤقت عن العمل ونظرا للأضرار الأخرى، يتعين إذن رفع المبلغ الممنوح إلى 200.000 دج عن كافة الأضرار"⁴

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص266.

² قرار المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 1989/02/08، ملف رقم 58012، المجلة القضائية، العدد 2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص14.

³ نص المادة 132 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10، المرجع السابق، ص 31.

⁴ قرار المحكمة العليا، غ.إ، بتاريخ 1997/07/20، ملف رقم 122754، المجلة القضائية، العدد 4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص25.

الفرع الثاني: وقت تقدير التعويض

تعتبر قيمة الضرر هي العامل الأساسي في تحديد قيمة التعويض، فقد يتغير الضرر من تاريخ تحققه بالزيادة أو النقصان، وقد لا يتغير الضرر ذاته، بل تتغير قيمته بتغير الأسعار، فإلى أي وقت يستند في ذلك التقدير؟ وبعبارة أخرى ما هو الوقت الذي ينشأ فيه حق المضرور في التعويض، أهو وقت وقوع الضرر أم وقت صدور الحكم؟.

فمن زاوية الفقه ظهر رأيان في هذا الصدد، رأي يقول بنشوء الحق في التعويض من تاريخ صدور الحكم ومن أنصاره الفقهاء (مازو)، حيث يرون أن الحكم بالتعويض منشأ للحق وليس كاشفاً له، لأن الحق في التعويض يظل حقا غير محدد المقدار، إلى غاية صدور الحكم الذي يحدد مقداره ولذلك وجب الاعتداد بعناصر الضرر وقت صدور الحكم¹.

وخلافا للرأي السابق، يذهب أغلب الشراح إلى أنه يجب الاعتداد بوقت وقوع الضرر كتاريخ لنشوء الحق في التعويض إذ يعتبر الوقت الذي تكتمل فيه أركان المسؤولية، وأنه قبل وقوع الضرر لا يتصور نشوء الحق، والحكم ليس إلا كاشفاً للحق لا منشأ له، أي أنه ينشأ منذ اللحظة التي يتحقق فيها الخطأ في المسؤولية الخطئية، ومنذ وقوع الضرر بالنسبة للمسؤولية الموضوعية. " والواقع أن رسالة القاضي في الحكم الذي ينطق به تتأدى في تقرير الحق موضوع الصراع بين الخصمين، أحدهما يدعيه والآخر ينكره عليه².

وللوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض أهمية عملية تتمثل خاصة في إذا كان الحكم منشأ للحق

فإنه:

1- ليس للمضرور قبل الحكم اتخاذ أي إجراءات تحفظية.

2- لا يصح للمضرور التصرف في هذا الحق إلا بعد صدور الحكم المنشئ لهذا الحق.

¹ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن، ص 209.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 961.

3- العبرة بحساب التعويض وتقديره من يوم صدور الحكم.

4- يسري التقادم من يوم صدور الحكم.

ونلاحظ أن شروط تحقق الضرر أمر لا بد منه في كلتا الحالتين، ومهما يكن فيجب التمييز بين حق المتضرر في التعويض وتقدير التعويض، فالأول ينشأ منذ وقوع الضرر، أما الثاني فإنه يقدر بقيمة الضرر وقت للحكم.

وهناك رأي وسط قالت به الأستاذة "ريبيرت" وأخذ به الأستاذ "لالو"¹، مؤداه أن يجب التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر وبين الالتزام بدفع التعويض، فالأول ينشأ وقت وقوع الضرر، ولهذا فإن الحق في التعويض ينشأ في ذلك الوقت وهو حق ينتقل إلى الورثة ويتحول هذا الالتزام بإصلاح الضرر إلى التزام بدفع التعويض وقت الحكم، ولذلك يجب الاعتداد بذلك الوقت في تقدير مبلغ التعويض، وتبعاً لذلك يجب مراعاة التطورات التي تكون قد حدثت منذ وقوع الضرر².

وتكمن الصعوبة في حالة ما إذا كان الضرر الجسماني متغيراً، حيث أن أغلبية الأضرار الجسمانية متغيرة نظراً لطبيعة الجسم الفيزيولوجية، فمثلاً الشخص الذي صدمته سيارة وأصيب بكسر في ساقه أو ذراعه، عندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان عليه، وأثناء صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة، ولا شك أن القاضي يدخل في اعتباره تطور هذه الإصابات أثناء الحكم فيقدر الضرر على اعتبار أنه انقلب إلى عاهة مستديمة³.

فالعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم اشدت الضرر أم خف، أما من زاوية تغير سعر النقد أو أسعار السوق، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم، ولكن بالنظر إلى النقود التي تنتهور بصفة

¹ منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002 ص83.

² هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر 15 يوليو سنة 1943، دالوز، 1944، ص3، مشار إليه لدى منير قزمان، نفس المرجع، ص83.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 649، ص975.

مستمرة، فإن مقتضيات العدالة إزاء تلك التطورات الاقتصادية تقتضي الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة لصدور الحكم في تقدير التعويض عن الأضرار الجسمانية المستمرة، بحيث يزداد التعويض بمقدار الزيادة في الأسعار اللازمة لجبر الضرر، كإجراء علاج أو جراحة أخرى أو شراء أدوية في المستقبل.

وعلى ذلك فقد تقتضي حالة المريض، لإصلاح الضرر، إجراء علاج أو جراحة أخرى أو شراء أدوية بالمستقبل، وتلك الأمور تختلف نفقاتها من وقت لآخر، فالقاضي يقدر التعويض على ضوء التكاليف وقت النطق بالحكم¹.

ولكن بالنظر إلى دعوى التعويض والتي غالبا ما تطول إجراءاتها، وبالتالي صدور حكم نهائي فيها ونظرا أيضا إلى أن الأضرار الجسمانية في حاجة ملحة وماسة إلى جبرها، فهل على القاضي أن يحكم للمضرور بنفقة أو تعويض مؤقت إلى غاية الفصل الكامل في دعوى التعويض؟ .

للإجابة على هذا السؤال، يمكن القول بأنه يجوز للقاضي أثناء نظر دعوى المسؤولية أن يقدر أن المضرور في حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة يحكم له بها، يدفعها المسؤول من حساب التعويض الذي سيقضي له به في النهاية² ويشترط في هذه الحالة مايلي:

1- أن يكون مبدأ المسؤولية قد تقرر ولم يبق إلا تقدير التعويض، أي أن أركان المسؤولية اكتملت .

2- أن يكون المبلغ الذي يقدره القاضي للنفقة المؤقتة أقل من مبلغ التعويض النهائي .

3- أن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

4- أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال لإعدادها في حاجة إلى مدة طويلة³.

أما عن إعادة النظر في تقدير التعويض، فقد يصدر القاضي قراره بالحكم في تعويض المضرور جسمانيا إلا أن هذه الإصابة قد تتفاقم وتؤدي إلى الوفاة، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

¹ منير رضا حنا، المرجع السابق، ص 618.

² أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) ط1، عمان، الأردن، 2003، ص254.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 250 .

للإجابة على هذا السؤال، يمكن القول أن إعادة النظر في الحكم يتعارض مع مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، وأن قواعد العدالة توجب إعادة النظر في تقدير التعويض حتى ولو أدت الإصابة إلى وفاة المصاب، حيث يحق للورثة طلب التعويض عن الوفاة .

كما يمكن للمصاب شخصا المطالبة بإعادة تقدير التعويض في حالة عدم الوفاة، وعلى القاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض.

وفي هذا قررت المحكمة العليا أنه "من المقرر قانونا أن الحكم الذي لم يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض لا يحق له الرجوع أمام القضاء من جديد لإعادة التقدير، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بدفعه للمطعون ضده تعويضا عن الضرر الذي لحقه دون أن يحتفظوا في قضائهم السابق الصادر في سنة 1979 بالحق في تقدير التعويض من جديد يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

وجدير بالذكر أن القاضي يعتمد في إصدار حكمه على الخبرة الطبية، لأنه يصعب على القاضي في بعض الأحيان الالمام بعناصر الضرر وبالتالي يستعين بالمختص حيث يستتير باستشارته على الرغم من أن رأي الخبير غير ملزم.

وبناء على ذلك فإن القاضي قد يقرر تأجيل النظر في إصدار الحكم بالتعويض حتى يستقر الوضع الصحي للضحية أو يحكم بالنفقة المؤقتة، وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه " إذا استطاع

¹ المجلس الأعلى، غ.م، مؤرخ في 17/06/1987، ملف رقم 5090، المجلة القضائية 1990، العدد 4، ص11.

المضرور إقامة الدليل على أن الضرر الذي لحق به يختلف تماما عن الضرر الذي سبق التعويض عنه حينئذ لا يوجد ما يحول دون قبول دعواه¹.

يمكن القول بأنه أصبح من المسلم به وجوب تعويض كافة عناصر الضرر الجسماني، وأن يكون هذا التعويض كاملا وذلك بأن يغطي كافة عناصر الضرر الجسدي، وعلى القاضي أن يراعي جميع الظروف المالية المحيطة بالمضرور والتي يمكن أن تؤثر في تقدير التعويض وأن يكون هذا التعويض سريعا، لكي يحقق هدفه².

¹ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 447 .

² آمال بكوش، المرجع السابق، ص 359 .

ما يمكن أن نستخلصه من هذا الفصل ان الخطر الطبي ناجم عن تبعات العمل الطبي لاعلاقة له بالمسؤولية الخطيئة للطبيب، وإنما تدرس في منأى عنها، ذلك أن هذه الاخطار تتجم عن أخطار نادرة وغير متوقعة الحدوث تطبيقا، حيث يصعب التنبؤ بها في كل حالة من حالات التشخيص والعلاج ولتحقيق مسؤولية قائمة على أساس المخاطر يجب أن تتوفر عدة شروط أولها أن يكون هناك عمل طبي ضروري كالتشخيص أو العلاج أو التدخل الجراحي والشرط الثاني يتمثل في تحديد الشخص القائم بالعمل الطبي وهو الطبيب أو المستشفى، أما الشرط الثالث يكمن في أن المخاطر لم تكن معروفة من قبل و كذا أن يكون الضرر قد حدث بشكل استثنائي وبسبب هذا الشرط قام القضاء بإلزام الطبيب بإعلام المريض حتى بالمخاطر الإستثنائية .

وفد تبنى المشرع الجزائري نظرية تحمل التابعة من خلال تطبيق التعويض التلقائي دون مراعاة مسؤولية أي طرف، وعليه القاضي يقر بقيام المسؤولية الطبية بمجرد أن يثبت الضرر وتثبت العلاقة السببية بين الطبيب والعمل المؤدي إلى الضرر حتى لو كان هذا الفعل أو النشاط المتسبب في الضرر سليما و صحيحا وغير معيب .

كما ان القضاء له دورا كبير في تقدير تعويض المضرور حيث يراعي الظروف الملابسة والظروف الشخصية له لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي اصاب المضرور بالذات، وكذا الوقت الذي ينشأ فيه الحق للمضرور، ولقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض، فهو ملزم بتبيان وتفحص ومناقشة عناصر الضرر كل على حدى وذلك من اجل بلوغ التعويض الكامل والجابر، بيذا ان عناصر الضرر الجسماني وشروطه من مسائل قانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا .

في نهاية الدراسة يتبين لنا أن جراحة التجميل ظاهرة تزداد بشكل واضح خلال السنوات الأخيرة خاصة في العالم عامة والجزائر خاصة، حتى أن الكثير أصبحوا يعتبرونها جراحة العصر وذلك من خلال التطور الهائل والمجالات الواسعة التي وصلت إليها، حيث تحتل صدى إعلامي كبير مما جعلها أكثر إغراء في الإقبال عليها رغم تكلفة هذه العمليات إلا أن الجزائريين، وخاصة فئة النساء يقبلون عليها سواء في العيادات الخاصة في الجزائر أو في دول أجنبية .

وفي ظل حضارة مادية تقيم للمظهر الخارجي للإنسان الوزن الأكبر، أقبل الكثير على تحقيق ذلك الهدف من خلال عمليات جراحية لا غاية علاجية محضة فيها، وإنما بهدف إضفاء الطابع الجمالي على صاحبها، ومن هنا أصبحت الجراحة التجميلية واقعا كثيرا ما يعرض المقدمين عليها إلى الأخطار مما وضع فقهاء القانون ورجال القضاء في موقع حرج يجب أن يوازن فيه بين وجوب الاعتراف بالجراحة التجميلية كواقع أملت الحياة من خلال اللجوء الإرادي اليه بالرغم مما قد ينجر عليه من أخطار وبين وجوب حماية الأشخاص من مثل هذه الأخطار ولو توفر رضائهم . وكان لموقف القضاء دورا هاما في مشروعية العمل الجراحي التجميلي، رغم تشدده اتجاه جراحة التجميل التحسينية باعتبارها لا تهدف إلى العلاج وإن التعامل مع عضو سليم يعد خطأ في حد ذاته لذلك جاء هذا من أجل إيجاد ضمانات للمقبل على جراحة التجميل وتقرير مسؤولية الجراح التجميلي في حالة إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه .

كما شدد القضاء على ضرورة إعلام المريض بكافة المخاطر، سواء المتوقعة والغير المتوقعة وحتى النادرة الحدوث، وكذا ضرورة إعلامه بجميع الآثار الناجمة عن هذا التدخل الجراحي، ذلك أن هذه الجراحة كثير من الأحيان لا تتطلبها حاجة ملحة، فيكون لشخص القدر الكافي لإتخاذ القرار المناسب بشأنها بصورة متأنية .

كما يظهر التشدد جليا في مواطن عدة، منها تحديد طبيعة التزام الجراح التجميلي ما بين التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة، ذلك أن العناية المطلوبة من الجراح التجميلي عناية مشددة ويكون التزامه بتحقيق نتيجة في حالة ما إذا تعهد بتحقيق نتيجة معينة .

وكذا التناسب بين مخاطر العملية والتدخل الجراحي، ذلك أن جوهر العمل الطبي عموما والعمل الجراحي التجميلي خصوصا قائم على أساس فكرة التناسب بين المخاطر المحتملة والفوائد المتوقعة أي المقارنة أو الموازنة بين الخطر والأمل .

فبالرغم مما يترتب عن ذلك من مخاطر سلبية خطيرة على صحة الخاضع لمثل هذه العمليات كما أن المخاطر التي قد يتعرض لها الخاضع للعملية التجميلية تطرح إشكالية التعويض للشخص المضور جزاء التدخل الجراحي، لذا كان لابد من إيجاد جهة من شأنها أن تضمن تعويضا منصفا عن الأخطاء التي يقع فيها جراحو العمليات التجميلية وتتحمل المسؤولية نيابة عنهم في شكل ما يعرف بنظام التأمين من المسؤولية الطبية .

هذا ما دفعنا إلى التطرق لأهم الجوانب المتعلقة بالجراحة التجميلية وكذا إشكالية الخطر الطبي المسلط عليها كبقية العمليات الجراحية ومن خلال هذه النتائج التي تم التوصل إليها فإننا نقترح بعض التوصيات .

_ أن يأخذ المشرع الجزائري على عاتقه مبادرة إصدار تشريعات قانونية خاصة تضبط ممارسة العمل الجراحي التجميلي وكل ما يتعلق بأحكام المسؤولية الطبية الناتجة عن هذا العمل الطبي المستحدث

وأن يعترف به صراحة كفرع من فروع الجراحة العامة له أصوله وتعاليمه وأن يضع شروطا لممارسته

وذلك من خلال تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها أو بإصدار قانون خاص ينظم هذا النوع من الجراحة .

_ أن يقوم المشرع بتبني سياسة تشريعية مشددة بحيث تضمن ان لا يقدم على جراحة التجميل إلا من كان يحمل تخصصا في التدخل الجراحي المطلوب وذا خبرة كافية فيه .

_ ضرورة التشدد في الالتزامات الملقاة على عاتق جراح التجميل، بحيث يكون هذا التشدد شاملا يتطلب من جراح التجميل عناية فائقة بالإضافة إلى تبصير وإعلام المريض بكافة المخاطر المحتملة

وغير المحتملة ونادرة الحدوث من أجل الحصول على موافقة صريحة وواضحة .

_ ضرورة أن يواكب كل من التشريع والقضاء في الجزائر نظيرهما في الأنظمة الغربية والافتداء خاصة بالمشرع الفرنسي في مجال هذه الأضرار وذلك من خلال إصدار نظم خاصة تتمثل في صناديق تعويض، التي من خلالها يتم تعويض المضررين من الأخطار الطبية .

_ ضمان التعويض الكامل والسريع لهذه الشريحة المتضررة من الأخطار الطبية، وذلك من خلال التأمين الإلزامي أو عن طريق تأمين الأضرار، أو عن طريق صناديق خاصة، لأن هذه الأضرار تلحق الإنسان في وقت يكون فيه ضعيف، أي أنها لا تلحق إلا المرضى .

_ كما يجب على القاضي أن يراعي في تقديره لتعويض جميع عناصر الضرر المستحق للتعويض وأن يناقش كل عنصر على حدى مراعيًا في ذلك مدى الظروف الملائمة وتوفر عنصر حسن النية وأن يبتعد عن كل ما من شأنه أن يجعل أهوائه تسيطر عليه وتفعيل دور رقابة المحكمة العليا .

_ زيادة على ذلك ينبغي توعية الأفراد على خطورة الجراحات التجميلية وذلك بعقد أيام دراسية سواء على مستوى المرافق القضائية أو الجامعية .

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

أ- كتب عامة :

- 1) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) ط1، عمان، الأردن 2003.
- 2) أنور سلطان، مصادر الالتزام، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د.س.
- 3) إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في المسؤولية الطبية والصيدلي فقها وقضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، مصر، 2003.
- 4) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، د.س.
- 5) الذنوب حسن علي، المبسوط في شرح القانون المدني الرابطة السببية، ج3 ل، د.ط، دار وائل للنشر الأردن 2006.
- 6) سلامة عبد الله، الخطر والتأمين، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970.
- 7) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، الالتزامات، مجلد 2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ط3، منشورات مكتبة الصادر، بيروت، لبنان، 1998.
- 8) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانوني المدني، القسم الأول، مجلد 2، د.ط، مطبعة إسلام القاهرة مصر 1988.
- 9) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام) ج 1، د.ط دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.
- 10) عبد السلام ذيب، قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد، د.ط، موفم للنشر، الجزائر 2009.
- 11) عزيز كاظم جبير، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع د.ط، عمان الأردن، 1998.
- 12) علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في ق.م.ج (المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء-التعويض)، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 13) عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ط1، الديوان الوطني لأشغال التريبية الجزائر 2001.
- 14) فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، (مصادر الالتزام)، ط3

قائمة المراجع والمصادر

منشأة المعارف الإسكندرية، مصر.

(15) مصطفى العوجي، القانون المدني، ج2، (المسؤولية المدنية)، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا 2004 .

(16) مصطفى محمد الجمال ،أصول التأمين، عقد الضمان، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان.

(17) مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر د.س.

(18) منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر 2002 .

(19) ناصر جميل محمد الشمايلة، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، ط1، دار السراء عمان، الأردن 2005.

ب-كتب خاصة :

(1) إبراهيم علي حمادى الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية دراسة قانونية مقارنة ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

(2) أحمد حسن الحياوي، مسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

(3) أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، د.ط، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية مصر 2005

(4) أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن 2009.

(5) آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية من التبعات الطبية، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية مصر 2011 .

(6) أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية بمراكز وبنوك الدم، د.ط، دار الكتب القانونية القاهرة مصر، 2014.

(7) بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، ط1 دار حامد للنشر والتوزيع الاردن 2015.

(8) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، أخصائي الجراحة في القانون الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

(9) حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي -دراسة مقارنة - دار الجامعة

- الجديدة الإسكندرية، مصر، 2013.
- (10) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، ط1، دار هومة الجزائر، 2007 .
- (11) رايس محمد، نطاق المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2012.
- (12) رمضان كامل جمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة مصر، 2005.
- (13) سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القاتوت الحديث ط1، أزمنة للنشر عمان، الاردن، 2004.
- (14) صالح بن محمد الفوزان، الجراحة التجميلية، عرض طبي ودراسة فقهية، ط2، الدار التدمرية للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، 2008 .
- (15) طالب عبد الرحمان، حكم الشرع الحنيف من الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء، د. ط، دار الغرب للنشر والتوزيع وهران الجزائر، 2001 .
- (16) طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، د.ط، دار هومة للنشر، الجزائر، 2004 .
- (17) طه عبد المولى طه، التعويض عن الاضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، د.ط دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- (18) عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجناية، ط1 منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1998.
- (19) عجاج طلال، المسؤولية المدنية للطبيب، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
- (20) عشوش كريم، العقد الطبي، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2007.
- (21) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط1، منشورات بيروت، لبنان، 2000.
- (22) فرج هشام عبد الحميد، الأخطاء الطبية، ط1، دار النهضة العربية، الاسكندرية، مصر 2007.
- (23) فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي " مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، المجلد 22، العدد الأول، سوريا 2006.
- (24) لقمان فاروق حسن، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوق بيروت لبنان، 2013.
- (25) محمد بن مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ط2، مكتبة

قائمة المراجع والمصادر

- الصحابية، جدة المملكة العربية السعودية، 1994.
- (26) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر 2001.
- (27) محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، د. ط، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.
- (28) محمد عبد الغفور العماوي، التعويض عن الأضرار الجسدية والأضرار المجاورة لها، ط1 دار الثقافة عمان الأردن، 2012.
- (29) منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، ط 4، دار الثقافة للنشر، عمان الأردن 2000.
- (30) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط.1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
- (31) منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر، 2013.
- (32) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري ط1، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر، 2008.
- (33) نادية محمد قرماز، الجراحة التجميلية، الجوانب القانونية والشرعية، دراسة مقارنة، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2010.

ثالثا : الرسائل العلمية

أ - رسائل الدكتوراه :

- (1) براهيم يمينه، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016/2017.
- (2) بدر حامد و يوسف راشد الملا، المسؤولية المدنية عن مخاطر الاجهزة الطبية التعويضية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، في الحقوق، كلية الحقوق جامعة بني يوسف، مصر، 2010.
- (3) بن شرف نسمة، المسؤولية المدنية عن مخاطر وآثار المنتجات الطبية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه في القانون تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2018/2017.

قائمة المراجع والمصادر

4) بوسماحة أمينة، أثار رضاء المريض على مسؤولية جراح التجميلية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص حقوق فرع قانون جنائي، جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس، 2018-2019

5) عمر بن زبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الخاص كلية الحقوق جامعة الجزائر 2017/2016.

ب- المذكرات :

1) دواوي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2005 - 2006.

2) سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنهما، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011.

3) منار صبرينة، الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2018 - 2019.

4) نسيب نبيلة، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق والعلوم الادارية، بن عكنون جامعة الجزائر، 2001 - 2002.

5) وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.

رابعاً : المقالات

1) بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثالث، الجزء 31، سنة 1993.

2) بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، م.ع.ق.إ.، ع. 3، كلية الحقوق جامعة الجيلالي لياس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007.

3) بورويس العيرج، "المسؤولية الجنائية للأطباء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2 جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.

قائمة المراجع والمصادر

- (4) حساين سامية، مجلة المفكر، خصوصية الجراحة التجميلية فقها قضاءا تشريعيا، جامعة أحمد بوقرة بومرداس الجزائر، ع 10.
- (5) حكيمة بعطوش، تعويض الضرر المعنوي، نشرة القضاة العدد 47، الجزائر، 1995.
- (6) سي يوسف زهية حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية عدد خاص 1 جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2008.
- (7) محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، ع 3 كلية الحقوق جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس، الجزائر، 2007.
- (8) محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية العدد 01، 2004.
- (9) خالدة بن تركي، غياب الأدلة والمعايير القانونية وراء تأخر الفصل في القضايا، طب التجميل موجود في الجزائر وغير مؤطر قانونيا، مقال في جريدة الشعب، العدد 18066، الإثنين 4 نوفمبر 2019.
- (10) هيفاء رشيدة تكاري، ملتقى المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد، العدد 07، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، 2018.

خامسا : النصوص القانونية والمراسيم

أ- النصوص القانونية

- (1) القانون رقم 45-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر رقم 15، المؤرخة في 12 مارس 2006.
- (2) قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21، 2008.
- (3) القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 الطبعة 2009، الجريدة الرسمية العدد 31.
- (4) القانون رقم 11-18 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لـ 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة.

ب- المراسيم

- 1) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 16 فيفري 1992، المتضمن م.أ.ط، ج.ر، العدد 52 الصادر بتاريخ 08 جويلية 1992.
- 2) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج.ر.ج.ج، عدد 52، بتاريخ 8 يوليو 1992.

سادسا : القرارات القضائية

- 1) قرار المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 10/12/1981، ملف رقم 24500، مجلة الاجتهاد القضائي
- 2) قرار المجلس الأعلى، غ.م. في 08/05/1985 ملف رقم 39694 المجلة القضائية، 1989 العدد الثالث .
- 3) قرار المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ، 08/07/1986، ملف رقم 42308، المجلة القضائية 1990، العدد الأول
- 4) قرار المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ 08/02/1989، ملف رقم 58012، المجلة القضائية، العدد 2 الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
- 5) قرار رقم 66.203، المؤرخ في 09/07/1990، المحكمة العليا، غ.ج، المجلة القضائية، العدد الأول الجزائر .
- 6) قرار المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ 18/02/1992، ملف رقم 78410، نشرة القضاة، العدد 48
- 7) قرار المحكمة العليا، غ.م، بتاريخ، 06/01/1993، ملف رقم 87411، نشرة القضاة، العدد 50.
- 8) قرار المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ 24/05/1994، ملف رقم 109568، المجلة القضائية 1997، العدد الأول .
- 9) قرار المحكمة العليا، غ.إ، بتاريخ 20/07/1997، ملف رقم 122754، المجلة القضائية، العدد 4 الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000 .
- 10) قرار المحكمة العليا، غ.ج، بتاريخ 14/02/2001، ملف رقم 214574، المجلة القضائية 2002، العدد الأول.
- 11) قرار المحكمة العليا، غ.ج.، 25/07/2002، ملف رقم 215762، المجلة القضائية، 2002 العدد الأول .

سابعا :المراجع باللغة الفرنسية

Ouvrages :

- 1) Savatier ,René, personnalité et dépersonnalisé de la responsabilité
Longes laborde de la coste, paris ,France ,1963.
- 2) Hubert. F, Socialisation des Risqué et responsabilité individuelle thèse
paris France, 1947.

Article :

- 1) Code sante publique français ,Lexis nexis ,daloz ,paris ,2002.

الصفحة	العنوان
	شكر
	اهداء
	قائمة المختصرات
02	مقدمة
	الفصل الأول المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ومدى مشروعيتها
09	المبحث الأول : مفهوم الجراحة التجميلية
09	المطلب الأول: تعريف الجراحة التجميلية وتحديد أنواعها
09	الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للجراحة التجميلية
12	الفرع الثاني: أنواع الجراحة التجميلية
16	المطلب الثاني: مشروعية الجراحة التجميلية
16	الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء من الجراحة التجميلية
26	الفرع الثاني: موقف التشريع من الجراحة التجميلية
29	المبحث الثاني: المسؤولية المدنية للجراحة التجميلية من حيث الطبيعة والالتزام
29	المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية المدنية في الجراحة التجميلية
30	الفرع الأول: على أساس المسؤولية العقدية
34	الفرع الثاني: على أساس المسؤولية التقصيرية
37	المطلب الثاني: طبيعة التزام الجراح التجميلي
37	الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية
40	الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة

الفصل الثاني الخطر الطبي في الجراحة التجميلية وتقدير التعويض عنها

49	المبحث الأول: مدلول فكرة الخطر الطبي
49	المطلب الأول: الخطر كأساس للمسؤولية المدنية دون خطأ
49	الفرع الأول : نظرية المخاطر (تحمل التبعة)
53	الفرع الثاني : تقدير نظرية المخاطر في المجال الطبي
55	المطلب الثاني: علاقة الخطر الطبي بالتأمين
55	الفرع الأول : الخطر الطبي كأساس للتأمين
57	الفرع الثاني: آليات تغطية المخاطر الطبية
64	المبحث الثاني: تقدير التعويض عن الأخطار الطبية
64	المطلب الأول: السلطة القضائية في تقدير التعويض
64	الفرع الأول : سلطة المحكمة في تقدير التعويض.
71	الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على تقدير التعويض
76	المطلب الثاني: ضوابط تقدير التعويض
76	الفرع الأول: طريقة تحديد التعويض
80	الفرع الثاني: وقت تقدير التعويض
87	الخاتمة
91	قائمة المراجع و المصادر