

ملخص البحث

ان الالتزام بضمان السلامة هو التزام من صنع القضاء الفرنسي، إذ كانت الحكمة من تشريعة تخفيف عبء الإثبات على عاتق المضرور بحيث لا يستطيع المدين مسبب الضرر التخلص من المسؤولية الا بإقامة السبب الاجنبي، وتعريف هذا الالتزام يختلف حسب موضوع العقد.

ويتميز الالتزام بضمان السلامة في الجراحة العادية بصورة عامة، وفي الجراحة التجميلية بصورة خاصة بأهمية خاصة، إذ إخلال الجراح به يؤدي الى اصابة المريض بعلّة او مرض خارج نطاق المرض الذي جاء للعلاج منه.

وبناء على هذه الأهمية تناول البحث هذا الموضوع بالتحليل والدراسة، بهدف البحث في تعريف هذا الالتزام، وبيان اساسه القانوني، وكذلك المسؤولية الناشئة عن إخلال جراح التجميل به.

المقدمة

كان لتطور علم الجراحة الأثر في تصاعد الجهد الطبي في هذا الحقل، على نحو لم يمنع الطب من أن يسير قدماً في تحقيق الإنجازات العلمية الكبيرة غازيا مجالات كانت محظورة عليه لأمد بعيد وأهمها مجال الجراحة التجميلية التي فرضها الواقع والممارسة خاصة بعد الحربين العالميتين وماتج عنهما من مشوهين كان أملهم الأكبر هو ازالة تشوهاتهم لمواجهة الآخرين بشكل أفضل وأجمل، حيث تتميز هذه الجراحة عن غيرها من الجراحات بان اجرائها امر كمالى او تحسينى وليس ضرورى فى بعض الاحيان، واصبح الناس بعد ماكانوا يترددون على العيادات والمستشفيات من اجل العلاج والشفاء يقبلون عليها من اجل الزينة والكمال الشكلي.

ومع التقدم تزايد عدد الأطباء وتنوعت اعمالهم، وما صاحب ذلك من زيادة في استعمال الآلات والاجهزة الطبية، وقد ادى ذلك الى كثرة المخاطر الناجمة عن الاعمال الطبية، فذهب رأي في القضاء الفرنسي الى ان احكام المسؤولية العامة لم تعد كافية لتوفير الحماية اللازمة لضحايا حوادث الاخطاء الطبية، فأخذ يبحث عن حل يحقق هذه الحماية وكانت ضالته في فكرة الالتزام بضمان السلامة.

وقد كانت بداية تطبيق هذا الالتزام في عقد النقل، حيث اصبح الناقل لا يلتزم فقط بأىصال المسافر الى مكان الوصول فقط وانما يجب عليه ايصاله سليماً معافى، وبموجب ذلك أخذ الالتزام بضمان السلامة ينسحب على جميع العقود المهنية التي تتضمن خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين، وكان في مقدمة تلك العقود العقد الطبي، حيث يفترض بالطبيب او الجراح الملتزم بضمان السلامة بان لا يصيب المريض بمرض جديد خارج نطاق المرض الاصلي، ونظراً لأهمية موضوع البحث ارتأينا تناول هذا

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الموضوع, وقطعاً ان البحث يستدعي تعريف هذا الضمان, ومن ثم بيان شروطه, وطبيعته القانونية, وذلك من خلال مبحثين, نتعرض في المبحث الأول لمفهوم ضمان السلامة في الجراحة التجميلية, ونخصص المبحث الثاني لبيان المسؤولية الناشئة عن أخلال جراح التجميل بضمان السلامة, واخيراً ننهي البحث بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات.

ووفق خطة البحث الآتية :-

المبحث الاول / مفهوم ضمان السلامة في الجراحة التجميلية

المطلب الاول / تعريف ضمان السلامة

المطلب الثاني / شروط الالتزام بضمان السلامة في الجراحة التجميلية

الفرع الاول :- وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لاحد المتعاقدين

الفرع الثاني :- تسليم احد المتعاقدين نفسه للاخر

الفرع الثالث :- المدين بضمان السلامة مهني محترف

المطلب الثالث / طبيعة الالتزام بضمان السلامة في الجراحة التجميلية ومصدره

الفرع الاول :- طبيعة الالتزام بضمان السلامة

الفرع الثاني :- مصدر الالتزام بضمان السلامة

المبحث الثاني / المسؤولية الناشئة عن اخلال جراح التجميل بضمان السلامة

المطلب الاول / اركان المسؤولية

الفرع الاول :- الخطأ

الفرع الثاني :- الضرر

الفرع الثالث :- علاقة السببية بين خطأ الجراح والضرر

المطلب الثاني / اثار المسؤولية

الفرع الاول :- التعويض

الفرع الثاني :- الاتفاقات الخاصة بتعديل المسؤولية

المبحث الأول

مفهوم ضمان السلامة في الجراحة التجميلية

ان تحديد هذا المفهوم يتطلب بيان تعريف هذا الضمان, تعريفاً يتضمن جميع مميزاته, هذا بالإضافة الى دراسة الشروط التي يقتضي ضمان السلامة تواجدها في كل عقد, ومن ثم الطبيعة القانونية لهذا الضمان, ومن اجل الوقوف على تعريف ضمان السلامة لابد ان نحدد أولاً معنى هذا الضمان لان الاخير لا يتضح معناه إلا اذا عرفنا معنى ضمان السلامة وشروطه وطبيعته, لذا سنقسم الكلام في هذا المبحث على ثلاثة مطالب نفراد أولهما لتحديد تعريف ضمان السلامة ونكرس ثانيهما لشروط هذا الضمان, وسنفرد الثالث للطبيعة القانونية لضمان السلامة في الجراحة التجميلية.

المطلب الأول

تعريف ضمان السلامة

الضمان لغة يعني الكفالة والالتزام: يقال ضمن الشيء ضمناً وضماناً أي كفل به فاننا ضامن, وهو مضمون وضمنه غرمه, وضمنته المال الزمته إياه ويقال ايضاً ضمن الكتاب بالكسر طيةً وتضمنه إشتمل عليه. وفي الحديث الشريف من مات في سبيل الله فهو ضامن على الله ان يدخله الجنة أي ذو ضمان على الله^(١) ويقال الضمان مصدر الفعل ضَمِنَ يَضْمِنُ تَضْمِيناً بمعنى فعل مشتق من التضامن لان ذمة الضمان تضمن الحق^(٢).

اما السلامة^(٣) لغة, السلامة بالتحريك مصدر الفعل سَلِمَ يَسْلَمُ سَلَامَةً سَالِمٍ وَسَلِيمٍ: خَلَصَ, لَمْ يَصِبْ بِأَذَى, فيقال " لَمْ يَسْلَمْ مِنَ الْحَرِيقِ سِوَى مَنَزَلٍ وَاحِدٍ ". والسلامة لها عدة معان منها البراءة من العيوب والنجاة وعدم الهلاك مثل "قوانين الطرق وضعت من اجل سلامتك".

واما الضمان اصطلاحاً: فلم يورد المشرع العراقي تعريفاً محدداً لمصطلح الضمان في نصوص القانون المدني النافذ رغم انه اشار اليه في مواضع عديده من هذا القانون وتحديداً في المواد (٥٦٨, ٥٦٩, ٥٧٠ ف١) منه تحت عنوان ضمان العيوب الخفية. والالتزام بالضمان ذو مصدر قانوني وإتفاقي ويدرج ضمن الالتزامات الناشئة عن العقد ويضمن النتيجة الفعلية من التنفيذ العادي له, وهذا الالتزام من اهم الالتزامات التي ترتبط بحسن النية في العقود ويعتبر مظهراً لها^(٤).

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

لكن مصطلح الضمان تم تعريفه من قبل الفقه، فقد عُرفَ بأنه واجب رد الشيء أو بدله عند تلفه على أساس انه يرادف معنى الالتزام بالرد والتعويض، حيث ان الضمان والكفالة لفظان مترادفان يراد بهما ضمان المال وضمان النفس، وتم تعريفه بمعناه العام بأنه هو ضمان الحق عن الشخص الذي عليه أو الزام الانسان نفسه ما وجب أو قد ما يجب على غيره^(٥).

ثم عرف على انه التعهد الذي يلتزم به احد فريقى العقد في تنفيذه لالتزاماته وفي حالة تعذر ذلك فعليه ان يعرض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ^(٦) أو التنفيذ الناقص (المعيب)، حيث ان الالتزام بالضمان يشمل تعويض الشخص عما يصيبه من ضرر^(٧).

اما مصطلح السلامة فان المقصود به الحالة التي يكون فيها الكيان الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظاً من اي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بين هذا الاخير وبين مهني محترف، فالناقل على سبيل المثال، يلتزم بان يوصل المسافر سالماً معافى الى الجهة التي يقصدها^(٨).

وبعد تحديد مقصود السلامة نستطيع ان نحدد محل هذه السلامة وهذا الاخير يقصد به ان يسيطر المدين على جميع العناصر التي يمكن ان تسبب الضرر، ويكون ذلك بالسيطرة على سلوك الاشخاص او على الاشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، بمعنى ان يمارس المدين الرقابة والتوجيه على هذا السلوك وتلك الاشياء على نحو يمنع اصابة الدائن بأي ضرر يهدد سلامة كيانه الجسدي والصحي^(٩)، كما يجب ان تكون هذه العناصر داخلة في إطار العقد الذي يربط الدائن بالمدين، فشرط الداخلية يلبور، الالتزام بضمان السلامة المرتبط بوجود وتنفيذ العقد المبرم بين المدين والدائن تنفيذاً صحيحاً^(١٠).

والفقه لم يضع تعريفاً محدداً للالتزام بضمان السلامة^(١١) صالح للتطبيق على كل العقود، وذلك لان تعريف هذا الالتزام يختلف بحسب موضوع كل عقد.

ففي عقد النقل يعرف الالتزام بضمان السلامة بأنه التزام الناقل بضمان سلامة الراكب وايصاله سليماً معافى الى مكان الوصول، حيث ان اصابة الراكب بأضرار اثناء عملية النقل تؤدي الى قيام مسؤولية الناقل ومن ثم التزامه بتعويض الراكب عن ما لحق به من اضرار على اساس اخلاله بضمان السلامة^(١٢).

بينما يعرف في عقد العمل^(١٣) بأنه التزام رب العمل بحماية العامل من الاضرار الصحية وأخطار العمل والآلات التي قد يتعرض لها الاخير اثناء تأدية عمله، ويجب على رب العمل اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة والوسائل الوقائية لمنع حصول الضرر^(١٤).

كما يعرف في عقد الفندقية بأنه التزام صاحب الفندق بان يوفر السلامة التامة للنزيل اثناء اقامته في الفندق^(١٥).

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية
العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

وكذلك في عقد التعليم يعرف الالتزام بضمان السلامة بأنه التزام المدرسة بالمحافظة على امن وسلامة التلاميذ منذ لحظة دخولهم الى المدرسة الى لحظة خروجهم منها بانتهاء الدوام^(١٦).

كما ويعرف في عقد البيع بأنه التزام البائع المحترف بتسليم منتجات خالية من العيوب او من العوارض التي من شأنها تعريض حياة الاشخاص او الاموال للخطر^(١٧).

اما عن الالتزام بضمان السلامة في العقد الطبي, فقد أوردت المحاكم الفرنسية في بعض قراراتها عدة تعاريف له , ومنها :

التزام الطبيب بان لا يعرض المريض لأي اضرار واطار جراح ما يستعمله في عمله الطبي من اجهزة وادوات او ما يعطيه من ادوية^(١٨).

كما ورد في تعريف اخر, بأنه التزام الطبيب بان لا يتسبب للمريض بمرض جديد خارجاً عن المرض موضوع العلاج, فهذا الالتزام يفرض على الطبيب عدم التسبب بالآلام ووجاع غير مرتبطة بألم المريض الاساسي^(١٩).

كما عبر عنه ايضاً بأنه التزام الطبيب بسلامة المريض من الاضرار التي قد تلحقه من جراح استخدام الاجهزة الطبية في عمليات العلاج والجراحة^(٢٠).

وأياً ماكان الامر بشأن هذه التعاريف فان الالتزام بضمان السلامة يحقق الحماية والأمان للمتعاقد في مواجهة المخاطر التي يشتمل عليها العقد^(٢١).

المطلب الثاني

شروط الالتزام بضمان السلامة في الجراحة التجميلية

ان اساس فكرة الالتزام بضمان السلامة في العقود, يتمثل بالحماية الجسدية للأشخاص^(٢٢), وقد اجمع الفقه بان هناك شروط يجب توافرها للقول بوجود الالتزام بضمان السلامة في كل عقد من العقود, وسوف نتناول بالدراسة هذه الشروط من خلال ثلاثة فروع, نبحت في الفرع الاول وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين, وندرس في الفرع الثاني تسليم أحد المتعاقدين نفسة للآخر, بينما نكرس الفرع الثالث لدراسة الشرط المتعلق بكون المدين بضمان السلامة مديناً مهنياً محترفاً.

الفرع الاول

وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين

ان جميع العقود التي ينهض فيها الالتزام بضمان السلامة تقوم على فكرة المحافظة على السلامة الجسدية للشخص, فسلامة الشخص في جسده تتعرض من باب أولى للخطر قبل ان تكون في ماله.

ففي عقد النقل يكون محل التزام الناقل اوصول الراكب سالماً الى مكان الوصول, وفي عقد الفندقية يكون محل التزام صاحب الفندق المحافظة على سلامة النزول, بينما في عقد الالعب الرياضية يكون محل الالتزام المحافظة على سلامة الالعب وفي عقد التعليم يكون محل التزام المدرسة المحافظة على سلامة التلاميذ اثناء وقت الدوام^(٢٣), وكذلك بالنسبة لبقية العقود.

اما في العقد الطبي فان الطبيب يلتزم بضمان سلامة المريض مما قد تسببه الآلات والمواد والادوية التي يستعملها من اضرار تهدد سلامته الجسدية, اذ يجب على الطبيب مراعاة الأصول العلمية والمهنية للمحافظة على سلامة المريض وان لا يتسبب باصابه الاخير بمرض او ضرر لم يكن مصاباً به من قبل^(٢٤), من جراء استخدام هذه الادوات, او عدم مراعاة أصول المهنة الطبية المتعارف عليها.

فالمريض عندما يتعاقد مع الطبيب يأمل منه ان يبذل العناية اللازمة لعلاجه وبالتالي لا يقبل ان يخرج من عيادة الطبيب وهو محمل بعلل وامراض لم يكن مصاباً بها^(٢٥).

اما في الجراحة التجميلية بصورة عامة والجراحة التجميلية التحسينية بصورة خاصة فيكون التزام الجراح التجميلي بضمان سلامة المريض شديد الفعالية بسبب أنتفاء علة التدخل الجراحي المتمثلة بالعلل والامراض, فهنا السلامة الجسدية للأشخاص تتعرض للمخاطر والاضرار لا لدوافع علاجية يبتغيها طالب التجميل انما لأسباب ودوافع كمالية غير ضرورية, فاذا كانت المخاطر الناتجة عن هذه الجراحات لا تتناسب مع الفائدة المتحصلة منها فعلى الجراح التجميلي ان لا يقدم على هذا النوع من الجراحة, وان حصل على رضا المريض^(٢٦).

الفرع الثاني

تسليم احد المتعاقدين نفسه للآخر

يلتزم المريض بان يسلم نفسه كلياً للطبيب المعالج ويكون تحت تصرفه لتمكين الاخير من مباشرة العلاج عليه^(٢٧), وفقاً للعقد المبرم بينهما طالما كان الطبيب ملتزماً بمراعاة الأصول العلمية والمهنية للعمل الطبي^(٢٨).

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية
العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

ان المريض حينما يقوم بوضع نفسه تحت تصرف الطبيب انما يكون بسبب مرضه وضعفه, لذا فهو لا يتمكن من ردعه ولا مناقشته في علاجه, وذلك لأنه غالباً ما يكون جاهلاً بوسائل العلاج وهذا يرجع الى التفاوت العلمي والواقعي بين المريض والطبيب حيث يكون الاخير سيد الموقف منذ لحظة دخول الاول لصالة العمليات وخضوعه للتخدير^(٢٩), وهنا يكون امر المحافظة على سلامته يقع على عاتق الطبيب, اذ ان المريض في هذه الحالة لا يكون بمقدوره الحفاظ على سلامته الجسدية لانه يكون فاقداً للسيطره على نفسه, ومستسلم كلياً للطبيب المعالج اطمئناناً وثقة به.

اما في عقد النقل فان الراكب لايسلم نفسه للنقل بالصورة التي عليها في العقد الطبي, اذ ان عقد النقل يكيف على انة عقد من عقود الاذعان و يكون الراكب في مركز اقتصادي ضعيف و يحدد الناقل مقدما شروط العقد^(٣٠).

ويعود ذلك الى ان سلامة جسد الانسان تمثل اهم واعلى قيمة, وهذه المعصومية لجسد الانسان تتأني من كونه في الاصل خارجاً عن دائرة التعامل أولاً, ثم تسليم المريض جسده ووضعته تحت رحمة الطبيب ثانياً, وهنا يجب على الاخير صيانة هذه الثقة من خلال ضمان سلامة المريض من الخطر الذي يهدده وهذا ناشيء من كون التدخل الجراحي عملاً يعتمد الثقة المطلقة, حيث يسلم المريض نفسه دون قيد او شرط اعتماداً على تلك الثقة في الطبيب^(٣١).

الفرع الثالث

المدين بضمان السلامة مهني محترف

ان اساس هذا الشرط يكمن في ان الدائن بالسلامة لا يقدم على التعامل مع الطرف الاخر الا اذا كان عالماً بخبرة ومعرفة الاخير, فالناقل يحترف عملية النقل والطبيب يحترف التشخيص او العمليات الجراحية وكذلك بالنسبة لصاحب الفندق والمدرسة ورب العمل. فاحتراف الشخص مهنة معينة يؤدي الى قيام الالتزام بضمان السلامة بدمته تجاه الدائن بهذا الالتزام, وذلك لان تعامل الافراد مع الشخص المحترف يكون على درجة من الثقة العالية, وقد يكون هذا الامر غير موجود بالنسبة للتعامل مع غير محترف, فما قد يعد خطأ جسيماً عند البعض يعتبر يسيراً لدى المحترف والدائن بضمان السلامة يتوقع من المدين بهذا الالتزام حرصاً شديداً في تنفيذ التزامه بمقتضى خبرته ومعرفته التي تؤهله لذلك^(٣٢).

والمدين المحترف لا يكون محترفاً الا بالنسبة للأعمال التي تتعلق بأمر مهنته التي يحترفها اما غير ذلك من الاعمال التي تخرج عن نطاق مهنته ولا يحترفها فهو يتساوى فيها مع أي شخص عادي لعدم تحقق شرط الاحتراف^(٣٣).

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

ومن المعروف ان من يزاول مهنة الطب يجب ان يكون على قدر من الكفاءة العلمية والفنية كون عمل الطبيب ينصب على حياة البشر وعلى اجسامهم وقد يحتاج عمل طبي معين الى نوع خاص من الفن والمعرفة مما يتطلب تخصصاً لدى الجراح القائم به ويعتبر خطأ اداء العمل الطبي دون الحصول على هذا التخصص وخاصة في مهنة الجراحة , فالطبيب العام يستطيع ان يباشر جميع فروع الطب ولكن الجراحة تحتاج الى قدرا معيناً من المعرفة والفن وخاصة ما يتعلق بالجراحة التجميلية, اذ يجب للاعتراف بصحة ممارسة هذه الجراحة ان يكون الجراح التجميلي مؤهلاً من ناحية الاختصاص العلمي والكفاءة الطبية (٣٤).

المطلب الثالث

طبيعة ضمان السلامة في الجراحة التجميلية ومصدره

سنقوم بدراسة هذا المطلب من خلال فرعين, نبحت في الأول اساس الالتزام بضمان السلامة فيما اذا كان التزاماً بوسيلة ام بنتيجة, وسنفرد الفرع الثاني لطبيعته العقدية ام التقصيرية وكما سيأتي .

الفرع الأول

طبيعة الالتزام بضمان السلامة

ذهب الفقه الفرنسي الى ان الالتزام بضمان السلامة قد يكون التزاماً ببذل عناية, وقد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة (٣٥).

ورغم ذلك فقد ذهب بعض الفقه الى انحسار الالتزام بضمان السلامة على انه التزاماً ببذل عناية في بعض العقود, كعقد النقل و العقد الطبي (٣٦). كما اكدت محكمة النقض الفرنسية في العديد من احكامها (٣٧) على موقفها بالإبقاء على ان الالتزام بضمان السلامة يشكل التزاماً ببذل عناية, وتبرر محكمة النقض موقفها في التمسك بهذا الامر على ان هذا الالتزام ينطوي على ميزة لصالح المدين (جراح التجميل) تتمثل في اقامة قدر معقول من التوازن في العلاقة بينه وبين الدائن المضرور (المريض) حيث يفترض على الاخير إثبات خطأ المدين (جراح التجميل) واستناداً الى ما تقدم لا يكون هناك محل لتطبيق المادة ١/١٣٨٤ مدني فرنسي المقابلة للمادة ١٧٨ مدني مصري والمادة ٢٣١ مدني عراقي. (٣٨)

في حين ذهب البعض الاخر الى ان الالتزام بضمان السلامة يشكل التزاماً بتحقيق نتيجة, حيث ان جراح التجميل يتعهد - فضلاً عن بذل العناية اليقظة في العمل الجراحي وفقاً للأصول العلمية - بالتزام محدد بسلامته من الاضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ اليه من اجله وعلى غير صلة به , ومحل التزامه

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول/ السنة التاسعة ٢٠١٧

هذا تحقيق نتيجة، وهذا ينطبق بشكل خاص على الاضرار التي تصيب المريض من الأدوات والاجهزة الطبية والتي تنقطع صلتها بالاعمال الطبية التي يظل محل الالتزام بتأديتها بذل عناية^(٣٩).

ويتعين تبعاً لذلك التفرقة بين الاضرار التي تنشأ عن الاعمال الطبية ذات الطبيعة العلمية البحتة ولو استعين في أدائها بأدوات او اجهزة، حيث لا تقوم مسؤولية الطبيب عنها الا اذا ثبت اهماله، وبين الاضرار المستقلة عن المرض والمنقطعة الصلة بالاعمال الطبية، وهنا لا يستطيع جراح التجميل التخلص من المسؤولية عنها الا اذا اقام الدليل على وجود السبب الاجنبي، وقد قضي، وفقاً لهذه القواعد بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض في اثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه، ولو ان المحكمة الجنائية كانت قد برأته من تهمة القتل الخطأ لعدم ثبوت اهماله، وعن اصابة المريض بحروق نتيجة لهب خرج من المشربط الكهربائي في اثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصيره^(٤٠).

في حين نجد اتجاه اخر من الفقه قد ذهب الى القول بان الالتزام بضمان السلامة ليس التزاماً ببذل عناية بل اكثر، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة بل اقل، فهو اكثر من الالتزام ببذل عناية، لانه لا يتطلب لاعماله اقامة الدليل على اهمال جراح التجميل او خطئه، حيث العبرة لتحقيق المسؤولية هنا ليس بتقدير مسلك الجراح التجميلي وانما بتقدير ما ينطوي عليه العمل الجراحي من خطورة، كما ان الاخير لا يستطيع التخلص من المسؤولية الا اذا اثبت انه قد بذل العناية اللازمة للحيلولة دون اصابة طالب التجميل بعلّة جديدة خارج نطاق العلة او المرض الذي جاء من أجله^(٤١).

وكونه اقل من الالتزام بتحقيق نتيجة، لانه على وفق الاخير يكفي إثبات الضرر للحصول على التعويض، لكن هذا الإثبات لا يكفي لحصول المريض المضرور على التعويض نتيجة لما اصابه من ضرر وانما يجب عليه، فضلاً عن ذلك، اقامة الدليل على ان الضرر يرجع الى عيب او خلل عند تصنيع الجهاز على نحو أكسب الاخير وصف الخطورة ومن ثم جعلها سبباً للضرر^(٤٢).

ونعتقد من جانبنا بان الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة فيما يخص جراح التجميل هي الالتزام بتحقيق نتيجة، ونعلل ذلك بما يلي:

١- ان جعل الالتزام بضمان السلامة التزاماً بتحقيق نتيجة في مجال الجراحة التجميلية من شأنه ان يؤدي الى زيادة حرص جراح التجميل اثناء إجراء الجراحة على نحو يحقق الأمن المنتظر منه قانوناً.

٢- ان جعل الالتزام بضمان السلامة التزاماً بتحقيق نتيجة من شأنه تقوية الحماية المفترضة لطالب التجميل.

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

٣- ان جعل الالتزام بضمان السلامة التزاماً ببذل عناية يؤدي الى تفريغ هذا الالتزام من محتواه, اذ من الصعوبة على طالب التجميل المضورر اقامة الدليل على إثبات خطأ جراح التجميل.

الفرع الثاني

مصدر الالتزام بضمان السلامة

درج القضاء , في المجال الطبي , على التمييز بين الالتزام بتقديم العلاج وهو التزام ببذل عناية, والالتزام اخر يقع على عاتق المهنيين في القطاع الصحي يتمثل في سلامة المنتجات والاجهزة والآلات المستعملة في العلاج وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية, وبالتالي تكون مسؤولية جراح التجميل عن الاضرار التي تسببها عيوب تلك الاشياء مسؤولية قائمة على الخطأ المفترض, وهنا نلاحظ ان الالتزام بضمان السلامة جاء لصالح المريض المضورر وذلك باستبعاد نظام المسؤولية الخطئية لصالح المسؤولية المفترضة^(٤٣).

وفي صدد البحث, تبين لنا ان الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة بانه التزام بتحقيق نتيجة, لكن مصدر هذا الالتزام كان محل اختلاف بين الفقه ولعل السبب في ذلك يرجع الى غياب النصوص التشريعية المنظمة لهذا الالتزام بشكل صريح.

فذهب جانب من الفقه الى ان مصدر الالتزام بضمان السلامة يتمثل بتفسير الإرادة الضمنية للمتعاقدين, وذلك من خلال ربط هذا الالتزام بالإرادة المفترضة للمتعاقدين^(٤٤), لكن هذا الاتجاه تعرض كثيراً للانتقاد لانه يقوم على الافتراض والتخمين في تفسير إرادة المتعاقدين على نحو لا يطابق الواقع, فهو محاولة بكل الوسائل لإخراج التزام إرادي غير معبر عنه, فهل يمكن افتراض ان المتعاقدين قد قصدا , دون الافصاح عن ذلك , تضمين العقد التزاماً بضمان السلامة (خاصة ان هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة), فإذا كان المضورر قد فكر في مصلحته وعد نفسه دائماً بهذا الالتزام فمن غير المعقول ان تكون إرادة الطرفين قد التقت حول هذا الامر^(٤٥).

بينما ذهب جانب اخر من الفقه الى ان الالتزام بضمان السلامة يستند الى اعتبارات العدالة, التي يشير اليها نص المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي المقابلة لنص المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري ويقابلها نص المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه:- ((ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة))^(٤٦).

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

فهذا النص يجيز للقاضي ان يكمل العقد بان يضيف اليه التزامات غير معبر عنها من قبل الاطراف, مثل الالتزام بضمان السلامة.

وبموجب ذلك اصبحت العدالة من مصادر الالتزامات التعاقدية المستقلة عن الارادة المعبر عنها وذلك عن طريق ادماجها بمعرفة القاضي في العقد, حيث ان تأسيس الالتزام بضمان السلامة على اعتبارات العدالة التعاقدية, وليس بإقامته على الإرادة المفترضة, يكرس المفهوم الوظيفي للعقد^(٤٧).

لكن الاتجاه المتقدم لم يسلم من النقد ايضاً, حيث ان الاعتماد على فكرة مستلزمات العقد كمصدر للالتزام بضمان السلامة هي فكرة غامضة ونسبية تختلف من مكان الى اخر ومن زمن الى زمن وبالتالي يصعب التعويل عليها خاصة في حالة اختلاف مواطن المتعاقدين وما يحكمها من قيم وعادات, فأختلاف مضمون هذه القيم والعادات يؤدي الى اختلاف وجهات نظر المتعاقدين في رؤيتهم للالتزامات التي تلحق العقد لانها من مستلزماته, واستناداً الى ذلك يفضل حصر نطاق العقد في البنود التي عبر عنها المتعاقدين صراحة فيه^(٤٨).

وقد ذهب اتجاه ثالث وهو الاتجاه الراجح, الى ان الالتزام بضمان السلامة التزام قانوني لا يجد مصدره في العقد سواء استندنا على الارادة الضمنية او الصريحة للمتعاقدين او استندنا في ذلك على فكرة المستلزمات التعاقدية^(٤٩).

ومن جهتنا نؤيد ما جاء به الاتجاه الاخير من ان الالتزام بضمان السلامة التزام قانوني مفروض قانوناً على جراح التجميل غير متروك لارادة المتعاقدين, وايضاً لا يمكن الاعتماد على فكرة مستلزمات العقد كونها فكرة نسبية غامضة.

المبحث الثاني

المسؤولية الناشئة عن أخلال جراح التجميل بضمان السلامة

سنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على اركان المسؤولية الناشئة عن أخلال جراح التجميل بضمان السلامة وذلك في المطلب الاول، ودراسة اثار هذه المسؤولية في المطلب الثاني وكما سيأتي تباعاً .

المطلب الاول

اركان المسؤولية الناشئة عن أخلال جراح التجميل بضمان السلامة

تنشأ مسؤولية جراح التجميل الملتزم بضمان السلامة عن الضرر الناجم عن خطأه وهو اخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية او القانونية، مع ملاحظة ان مفهوم الضرر في المسؤولية المدنية قد يشمل الاضرار المادية و الادبية، وتقضي القواعد العامة ان كل انسان مسؤول مسؤولية شخصية عن افعاله الضارة و خروجاً عن هذا الاصل قد يسأل عن افعال غيره ممن هم تحت رقابته و اشرافه ، ومثالها مسؤولية المستشفى عن اعمال الطبيب الذي يعمل لديها ومسؤولية المقاول عن العمال الذين يعملون تحت اشرافه وتوجيهه بالنسبة لأعمالهم الضارة بالآخرين اثناء تأدية عملهم او بسببه^(٥٠).

ان المسؤولية المدنية وكما هو معلوم لا تتور الا بتوافر اركانها الثلاثة، وسوف ندرس هذه الاركان في المسؤولية المدنية بالنسبة للطبيب الأخصائي في الجراحة التجميلية بداية من ركن الخطأ في الفرع الاول، ثم ركن الضرر في الفرع الثاني والعلاقة السببية بين الضرر و الخطأ في الفرع الثالث، وما تثيره من اشكالات وصعوبات في ميدان المسؤولية الطبية وعلى نحو ما سيأتي.

الفرع الأول

الخطأ

اصبحت المسؤولية في الجراحة التجميلية تقوم على الخطأ الواجب الاثبات بعد ما كانت فيما سبق قائمه على الخطأ المفترض .

ان الخطأ الموجب للمسؤولية هو أي خطأ يصدر عن جراح التجميل سواء تعلق الامر بالخطأ المهني^(٥١) او الخطأ العادي^(٥٢) غير المتعلق بمهنة الطب، وسواء كان الخطأ جسيميا او يسيرا، إذ لا عبرة بجسامة الخطأ وانما المهم ان يكون هذا الخطأ عبارة عن اخلال الطبيب او الجراح في واجبه ببذل العناية اليقظة الحذرة الموافقة للأصول والقواعد المتعارف عليها بين الاطباء.

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

وتنثار مسؤولية جراح التجميل الملتزم بضمان السلامة إذا تبين انه لم يؤدي عمله الجراحي بالمهارة التي تقتضيها مهنته وبالمستوى الذي ينتظره المريض الذي وضع ثقته فيه لذا فهو مسؤول عن كل خطأ يصدر منه ,والاصل ان لا يشترط في خطأ الجراح درجة معينة من الجسامة بل يكفي ان لا يكون قد قام بما ينبغي عليه من عناية تملئها الظروف المحيطة به . والاطباء التي يرتكبها جراح التجميل الملتزم بضمان السلامة اثناء التدخل الطبي الجراحي لا يمكن حصرها انما بالامكان ايراد بعض الامثلة عليها , كأغفال جراح التجميل الملتزم بضمان السلامة وبواسطة مساعديه مسألة تثبيت المريض فوق طاولة الجراحة وعدم وضعه فوقها بصورة جيدة حيث يجب على الجراح ان يفحص المنضدة منذ اللحظة التي يرقد فيها المريض والى حين قيامه منها فان لم يفعل ذلك انعقدت مسؤوليته عما يمكن ان ينشأ عن ذلك من أضرار , وعلى ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية عندما أدانت الجراح الذي تسبب بإهماله وعدم احتياظه في كسر ساق المريض اثناء تحريك طاولة العمليات التي كان يرقد عليها وهو مخدر , بمسؤولية هذا الجراح وذلك بسبب عدم ملاحظته ان الساق كانت مربوطة فيها وبها مرض معين يقتضى عدم تحريكها^(٥٣) . او ترك اجسام غريبة في الجرح اثناء قيام الجراح بالعملية وذلك يعد من الاخطاء الشائعة التكرار , اذ كثيراً ما يترك قطعة من القطن او الشاش المستعمل اثناء القيام بالعملية الجراحية مما يتسبب عنها تقيحات والتهابات تؤدي بحياة المريض فالشاش الطبي المبلل بالدماء ينكمش ويندمج داخل الاحشاء ويصعب تمييزه^(٥٤) , اذ ان اغفال اجسام غريبة في جوف المريض يمكن ان يحدث بالنسبة للجراحين الاكثر مهارة ومهما كانت الاحتياطات التي روعيت اثناء إجراء العملية الجراحية^(٥٥) .

الفرع الثاني

الضرر

لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب ان يرتكب الاخير خطأً اثناء مزاولته لعمله ولكن يجب ان يسبب هذا الخطأ ضرراً يلحق بالمريض اذ ان المسؤولية المدنية (تعاقدية كانت ام تقصيرية) تقوم على فكرة تحقق ركن الضرر فهي تدور مع الضرر وجوداً وعدمياً , شدة وضعفاً , ولا مسؤولية بدون ضرر^(٥٦) .

ومن هنا اصبح واضحاً ان مسؤولية الطبيب تنهض متى ما تسبب بخطئة بإحداث ضرر للمريض , ولكن اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة انه قد يحدث فعلاً ضرراً للمريض دون ان تنهض مسؤوليته اذا لم يثبت من جانبه وجود تقصير او اهمال لكن يعتبر الضرر الحادث في الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة كما في حالة استعمال الاجهزة والادوات الطبية (الالتزام بضمان السلامة) مجرد قرينة بسيطة على وقوع خطأ من قبل الطبيب^(٥٧) .

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

والضرر يكون على نوعين, ضرر مادي يصيب المصلحة المالية للمضروب, وضرر معنوي يصب
الشعور والعواطف والكرامة والمركز الاجتماعي, وقد تبدو أهمية الضرر المعنوي في الجراحة التجميلية
بالنظر لما تهدف اليه هذه الجراحة وبالتالي الانتقاص من جمال الجسم او الخلقه وهو يعد من قبيل
الضرر المعنوي الذي له اهمية بالغة في حياة بعض الاشخاص بحكم طبيعة مهنتهم وكذلك الاشخاص
الذين يهتمون بجمالهم ومظهرهم^(٥٨).

الفرع الثالث

علاقة السببية بين خطأ الجراح والضرر

لا يكفي ان يخطئ المدين وان يصاب الدائن بضرر وانما يجب ان تكون هناك علاقة سببية بين خطأ
المدين والضرر الذي وقع , فاذا وجدت تلك العلاقة قامت المسؤولية, فالمسؤولية المدنية لا تتحقق الا
بارتباط الضرر بالخطأ بعلاقة مباشرة واطيدة وهذا ما يعرف بركن السببية كركن ثالث من اركان
المسؤولية اذ لا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الجراح او الطبيب وانما لقيام
مسؤولية الجراح او الطبيب عن ذلك الخطأ يجب ان تكون هناك علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر
بمعنى ان يكون هذا الضرر نتيجة ذلك الخطأ^(٥٩).

ان اشتراط رابطة السببية بين الخطأ والضرر ضرورة عقلية قبل ان يكون شرطا قانونيا اذ ليس من
المعقول ان يسأل الانسان عن ضرر لم يكن نتيجة فعلة اذ ان القانون لا يحاسب الانسان عن فعلة الا
اذا تسبب هذا الفعل في الحاق ضرر بالآخرين^(٦٠).

الا ان تحديد رابطة السببية في المجال الطبي تعد من الامور الشاقة والعسيرة نظرا لتعقد الجسم
الانساني وتغير حالته وخصائصه وعدم وضوح اسباب المضاعفات الظاهرة^(٦١) لأنه تكوين رباني وفي
الانسان قصور في الاحاطة بأسرار كل ما خلق الله سبحانه وتعالى، وبالتالي فان اقامة الدليل على قيام
العلاقة السببية وعدم قيامها ليس من الامور السهلة الميسرة لأنها فكرة تكتنفها المشاكل والصعوبات
وتنطوي على الكثير من الملاحظات من الناحية القضائية التطبيقية^(٦٢) فهل يعني ان صعوبة اثبات
العلاقة السببية يؤدي الى افلات الطبيب او الجراح من المسؤولية؟ طبعاً لا اذ ان القضاء المدني
الفرنسي ابتكر حيلة في حالة عدم ثبوت العلاقة السببية او صعوبة تحديدها وذلك باللجوء الى فكرة
فوات الفرصة في الحياة او الشفاء , وهي نظرية من خلق القضاء كرسى لصالح المضروب من اجل
تخفيف عبء اثبات رابطة السببية . ويظهر تفويت الفرصة بالنسبة لطالب التجميل من عدة وجوه
منها ماكان امامه من فرص للكسب او النجاح في حياته العامة او سعاداته كما في حالة ضياع فرصة
الزواج لفتاة بسبب التشوهات التي اصابتها .

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

المطلب الثاني

اثر المسؤولية الناشئة عن أخلال جراح التجميل بضمان السلامة

ان ضمان السلامة في الجراحة التجميلية يوفر ضمانة كبيرة لطالب التجميل ويؤدي الى تقوية الحماية المقررة له من خلال ما يتضمنه من حلول تؤدي الى توفير اكبر الفرص للحصول على التعويض. ولقد تبين لنا ان الالتزام بضمان السلامة ينشأ في حالة اخلال الجراح بضمان سلامة سلوكه وادائه الجراحي .

وبالتالي اذا توافرت اركان مسؤولية جراح التجميل من خطأ وضرر وعلاقة سببية تقوم مسؤوليته فهنا يلزم جراح التجميل بتعويض المضرور وجبر الضرر الذي اصابه .

ان الاحكام في المسؤولية المدنية قد تلحق بها بعض الاوصاف او الاتفاقات التي تعدل منها الى حد كبير او قليل اذ قد يتفق المتعاقدان على تعديل احكام المسؤولية تشديدا او تخفيفا او اعفاء كما قد يتم الاتفاق بان يقوم شخص اخر بتعويض المضرور عما يقع من ضرر بفعل المسؤول.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين ندرس في الأول منهما التعويض ونتناول في الثاني ، الاتفاقات الخاصة بالمسؤولية المدنية.

الفرع الاول

التعويض

التعويض هو الاثر المترتب على المسؤولية المدنية متى توافرت اركانها وبموجبها اصبح مرتكب الفعل الضار ملزماً بتعويض المضرور عما اصابه من ضرر وعليه كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض^(٦٣).

والتعويض الذي يستحقه المضرور قد يقوم المتعاقدان بتحديد مسبقاً ويسمى بالتعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي وقد يقوم القانون بتقديره ويسمى التعويض القانوني وقد يتولى القاضي تقديره ويسمى التعويض القضائي^(٦٤).

ويستقر القضاء على ان التعويض يقدر بقدر الضرر فلا يزيد التعويض عنه ولا يقل وان تقدير التعويض امر متروك لسلطة المحكمة التقديرية^(٦٥).

والتعويض قد يكون في صورة عينية أي بالزام فاعل الضرر بأعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، بمعنى ان يعود المضرور الى نفس الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر اذ ان هذا

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

التعويض العيني هو الطريقة المثالية لإزالة الضرر ومحوه حيث يتعين على القاضي ان يحكم بذلك اذا كان ممكنا وبناء على طلب المضرور^(٦٦).

لكن التعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية يبدو امرا عسيرا اذ لا يمكن تصويره في مجال الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية الا في حالات نادرة كأن يطلب اعادة العملية الجراحية التجميلية لترقيع ومسح الدم والندوب الذي نتجت عنها وعلى نفقة الجراح^(٦٧)، فان الغالب ان يكون التعويض عن الضرر نقدياً لان كل ضرر بما فيه الضرر الادبي يمكن تقويمه بالنقد^(٦٨).

ويشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب وهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال على ان لا يقل التعويض عن الضرر او يزيد عليه لكن عند تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الادبي تعترضه بعض الصعوبات نظرا لصعوبة تقديره بالمال كتقدير الالام النفسية، ولكن القضاء استطاع تذييل بعض هذه الصعوبات بضمه الى معيار جسامه الخطأ في المسؤولية التقصيرية عند تقدير التعويض عن معيار جسامه الضرر، وبذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بان التعويض المقضي به للمضرور بسبب عجزه عن الكسب الدائم يجب ان يتحدد بالنظر الى ما نقص من سلامته الجسدية^(٦٩).

والتعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل الضرر المباشر سواء اكان متوقعا ام غير متوقع بخلاف التعويض في المسؤولية العقدية فيشمل الضرر المتوقع فقط ما لم يرتكب المدين غشا او خطأ جسيماً، وبما ان علاقة جراح التجميل بمرريضه غالبا ما تكون علاقة عقدية وبالتالي المسؤولية عنها عقدية، فالتعويض في هذه الحالة لا يكون الا عن الضرر المتوقع وقت التعاقد، غير ان جراح التجميل قد يغري زبونه لإجراء الجراحة بدافع السمعة او الربح الذي يعود اليه وكذلك الحال اذا لم يراعي الجراح مقدار التناسب بين فوائد ومضار الجراحة اذ في هذه الحالات يرتكب الجراح الغش والخطأ الجسيم ويسأل عن الضرر غير المتوقع^(٧٠).

ويراعى في تقدير التعويض الظروف الملازمة للمضرور كحالته الجسمية والصحية وظروفه العائلية والمهنية وحالته المالية، اذ ان الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل بالاعتبار لان التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي اصاب المضرور بالذات فيقدر على اساس ذاتي لا على اساس موضوعي اذ يكون محلاً للاعتبار حالة المريض الصحية فالشخص الذي فقد احدى عينيه ثم فقد العين الاخرى بسبب الخطأ الطبي يكون الضرر الذي افقده عينه الاخرى وصيرورته مكفوف البصر اشد بكثير من الضرر الذي يصيب من كان سليم العينين فيفقد عيناً واحدة، كذلك يكون محلاً للاعتبار الحالة العائلية للمضرور، فمن يعول زوجته واولاده يكون ضرره اشد من الاعزب الذي لا يعول الا نفسه، ويدخل في الاعتبار كذلك حالة المضرور المالية ولكن هذا لا يعني ان المضرور اذا كان غنيا اقل حاجة الى

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

التعويض من الفقير وانما يدخل في الاعتبار مقدار الكسب الذي يفوت على المضرور فمن كان يكسب أكثر فان مقدار الضرر الذي يصيبه اشد^(٧١).

ويجب في الجراحة التجميلية , الاخذ بعين الاعتبار حالة طالب التجميل قبل التدخل الجراحي, فاذا كان العيب او التشوه المراد اصلاحه و تجميله خفيفاً جداً وبعد الخضوع للجراحة تفاقم وازداد تشويهاً بسبب خطأ الجراح التجميلي, فان تقدير التعويض يكون اشد بالنسبة لحالة اخرى كان التشوه فيها ملحوظاً وبارزاً^(٧٢).

الفرع الثاني

الاتفاقات الخاصة بتعديل المسؤولية المدنية

تلقي المسؤولية الطبية التزاماً, وفقاً لعقد العلاج الطبي, على كل من اخل بالتزامه بان يعرض الطرف الاخر عن الضرر الذي لحق به وهذا ما يجب ان يكون, الا اذا كان هناك اتفاق بين المسؤول عن الضرر والمضرور يقضي بتعديل احكام المسؤولية اذ قد يتفق الطرفان على تعديل احكام هذه المسؤولية بنص صريح في العقد. فقد تنصب هذه الاتفاقات على اعفاء جراح التجميل الملتمزم بضمان السلامة من مسؤولية الاخلال بشكل كلي, او جزئي وهذا هو تخفيف احكام المسؤولية بالنسبة لجراح التجميل الملتمزم بضمان السلامة او قد ينصب الاتفاق على تشديد مسؤولية محدث الضرر ويطلق على هذه الاتفاقات ب(اتفاقات تعديل احكام المسؤولية).

وعليه سوف نقوم بدراسة هذه الاتفاقات في مجالي المسؤولية العقدية والتقصيرية منها تباعاً .

أولاً/ اتفاقات تعديل احكام المسؤولية العقدية

ان العقد المبرم بين المريض والطبيب او الجراح مصدره الارادة المشتركة للمتعاقدين وان هذه الارادة تملك تعديل العقد كما تملك تعديل احكام المسؤولية المدنية الناشئة عنه بالتشديد او التخفيف او الاعفاء^(٧٣).

اذ يجوز ان يتفق طالب التجميل مع الجراح قبل مباشرة التدخل الجراحي, على تشديد مسؤولية الاخير كأن يتم الاتفاق مثلاً على ان يبذل الجراح التجميلي قدراً من العناية يتجاوز القدر المطلوب منه عادةً عند اجراء العملية او يجاوز القدر الذي يحدده القانون أو ان يتم الاتفاق على ان يكون جراح التجميل مسؤولاً عن الضرر حتى اذا كان ذلك راجعاً الى سبب اجنبي لا يد له فيه , او بعبارة اخرى يكون جراح التجميل الملتمزم بضمان السلامة مسؤولاً عن الضرر الناتج عن الحادث الفجائي او القوة القاهرة , وقد يذهب الى ابعد من ذلك اذ يكون مسؤولاً حتى عن خطأه التافه .

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول/ السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

كما قد يتفق طالب التجميل مع الجراح على الاعفاء من احكام المسؤولية العقدية او تحديد مداها قبل وقوع الضرر وهذه هي اتفاقات الاعفاء من المسؤولية^(٧٤) وبذلك يستطيع جراح التجميل الملتزم بضمان السلامة ان يتخلص من المسؤولية في حالة الاخلال بالالتزام بموجب شرط في العقد المبرم بينه وبين طالب التجميل.

ثانياً/ اتفاقات تعديل احكام المسؤولية التقصيرية

لا يمكن تصور وجود اتفاقات في مجال المسؤولية التقصيرية لانها تقوم بين اشخاص لا تربطهم أي رابطة وقد لا يعرف احدهم الاخر في معظم الحالات اذ ان الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية يستوجب معرفة من سيقع عليه الضرر مقدما حتى يمكن الاتفاق معه على عدم المسؤولية عند وقوع هذا الضرر فعلا.

غير ان هذا القول ليس مطلقا بل هناك حالات يتصور فيها مثل هذه الاتفاقات في المجال الطبي اذ يستطيع المريض ان يعلم مقدما من هو الطبيب او الجراح الذي سيدخل لعلاجيه وبالتالي يمكن لهذا المريض الاتفاق مع هذا الطبيب او الجراح على تعديل احكام المسؤولية التقصيرية^(٧٥).

فالامر في هذه المسؤولية عكس ما هو عليه في المسؤولية العقدية حيث لا يجوز الاتفاق على الاعفاء او التخفيف من احكام هذه المسؤولية لأنها تتعلق بالنظام العام وهذا ما نصت عليه المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي وبالتالي فان اتفاقات الاعفاء من المسؤولية باطلة لأنها اتفاقات تتعرض للمساس بسلامة جسم الانسان^(٧٦).

غير ان الاتفاقات على تعديل احكام المسؤولية التقصيرية جائزة اذا تضمنت تشديدا لهذه المسؤولية كأن يتفق طالب التجميل مع الجراح على ان يضمن الاخير الضرر بان يكون الخطأ مفترضا من جانبه ولو في الحالات التي لم يجعل فيها القانون الخطأ مفترضا فالاتفاق هنا جائز اذ ليس فيه ما يخالف النظام العام^(٧٧) اذ لا يوجد مانع قانوني يحول دون اقراره والاختذ به وذلك كون المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي قصرت البطلان على الاعفاء من المسؤولية وبمفهوم المخالفة فان التشديد يكون صحيحا^(٧٨).

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الخاتمة

بعد ان انهينا تفصيل بحثنا الموسوم " اثر اخلال جراح التجميل بضمان السلامة " سنحاول تضمين خاتمته ابرز ماتوصلنا اليه من نتائج وما نضعه من مقترحات وكما سيأتي :-

١- النتائج

أولاً/ ان ضمان السلامة التزام من صنع القضاء, ظهر أولاً في عقد النقل, ثم أخذ ينسحب على جميع العقود المهنية التي تتضمن خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين, وكان في مقدمة تلك العقود العقد الطبي, حيث يفترض بالطبيب او الجراح الملتزم بضمان السلامة بان لا يصيب المريض بمرض جديد خارج نطاق المرض الاصلي .

ثانياً/ لم يتفق الفقه بخصوص تعريف الالتزام بضمان السلامة وذلك لكونه التزاما متغير المضمون بحسب طبيعة كل عقد , الا انه في العقد الطبي يمكن تعريفه وبحسب ما جاء في بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية , بأنه التزام الطبيب بسلامة المريض من الاضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام الاجهزة الطبية في عمليات العلاج والجراحة , ولذا فان الالتزام بضمان السلامة يحقق الحماية والأمان للمتعاقد في مواجهة المخاطر التي يشتمل عليها العقد .

ثالثاً/ انقسم الفقه ازاء الطبيعة القانونية لضمان السلامة في الجراحة التجميلية الى اتجاهين, اتجاه يذهب الى ان ضمان السلامة التزام ببذل عناية, واتجاه اخر يقول ان ضمان السلامة التزام بتحقيق نتيجة, وعندنا الرأي الاخير هو الرأي الراجح, لان ضمان السلامة ببذل عناية لا يضيف جديداً كما انه يخالف الغاية من تشريع هذا الضمان .

رابعاً/ أيدنا من وجهة نظرنا الاتجاه الفقهي الذي يذهب الى ان الالتزام بضمان السلامة هو التزام قانوني لا يجد مصدره في العقد سواء استندنا الى الارادة الضمنية او الصريحة للمتعاقدين او استندنا في ذلك على فكرة المستلزمات التعاقدية , ولذا فهو يشكل التزاماً قانونياً مفروض على جراح التجميل وغير متروك لارادة المتعاقدين .

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

٢ - التوصيات

أولاً/ نتمنى على المشرع العراقي ان يورد تعريفاً محدداً ودقيقاً لضمان السلامة صالح للتطبيق على موضوع كل عقد , والنص على ان يكون الالتزام بضمان السلامة التزاماً بتحقيق نتيجة , سيما في المسائل الطبية , وهذا مالا يتحقق الا بايراد تشريع موحد يحكم هذه المسائل لما لها من مساس مباشر بحياة الأشخاص .

ثانياً/ حبذا لو ان القضاء العراقي اتجه الى جعل الخطأ العادي الخارج عن القواعد العلمية الطبية , اخلالاً بضمان السلامة لضمان حق المضرور .

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الهوامش

- (١) ابن منظور، لسان العرب، ج ٨، ط ٣، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٨٩.
- ولقد استخدم فقهاء المسلمين مصطلح ((الضمان)) لانه التسمية الادق من الناحية المالية في حين ان تعبير ((المسؤولية)) تبرز فيه ناحية محاسبة الشخص من ناحية الجزاء لا من الناحية المالية وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يحبذ استعمال كلمة ((الضمان)) بدلاً من كلمة مسؤولية. انظر في ذلك: ايناس مكي عبد نصار الجنابي، ضمان فوات الوصف في المبيع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠١١، ص ٥.
- (٢) المعجم العربي الاساسي، جماعة من كبار المؤلفين العرب، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ١٩٨٩، ص ٧٧٧.
- (٣) د. داوود عبده و احمد العايد و د. احمد مختار عمر و د. صالح جواد طعمه و الجبلاني بن الحاج يحيى و نديم مرعشلي، المنجد في اللغة العربية والاعلام، ط ٣، منشورات دار الشرق - بيروت، ١٩٨٨، ص ٦٣٨ - ٦٣٩.
- (٤) د. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٤٤.
- وقرر المشرع المدني العراقي الالتزام بالضمان ليس في عقد البيع فحسب بل في أغلب العقود مع اعتماد القواعد الخاصة بالضمان في عقد البيع باعتباره عقد رئيسي مع الاخذ بنظر الاعتبار ماتقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة، ففي عقد الايجار تناولت النصوص موضوع الضمان على النحو الذي أتبع في عقد البيع مع إدخال ما يقتضيه عقد الايجار من تعديلات على أحكام الضمان م (٧٥٦ - ٧٥٩) من القانون المدني العراقي ونفس الشيء يقال بالنسبة للعقود الاخرى (انظر في ذلك عقد الهبة م (٦١٤ ف ٢) وعقد المقايضة م (٥٩٧ ف ١) وعقد العارية م (٨٥٠ ف ٢) وعقد المقاوله م (٨٦٦) وعقد الرهن التأميني م (١٢٩٦ ف ١) والرهن الحيازي م (١٣٣٥). انظر في ذلك: ايناس مكي عبد نصار الجنابي، مصدر سابق، ص ٥ - ٦.
- (٥) ايمان محمد طاهر العبيدي، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة الموصل، ٢٠٠٣، ص ٢٣.
- (٦) ايمان محمد طاهر العبيدي، مصدر سابق، ص ٢٣.
- (٧) د. منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والايجار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة الاولى، العدد الثاني، ١٩٥٩، ص ٥٥٥.
- (٨) د. عبد القادر محمد اقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة أدرار - الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٢١٤.
- (٩) نقلاً عن: د. عبد القادر محمد اقصاصي، مصدر سابق، ص ٢١٣.
- (١٠) د. عبد القادر محمد اقصاصي، مصدر سابق، ص ٢١٤.
- (١١) كان إقرار الالتزام بضمان السلامة يعود الى القضاء الفرنسي، وكان ذلك يعود الى الصعوبة التي كان يواجهها المضرور في اثبات الخطأ الذي تسبب بإلحاق الضرر فيه ومن ثم صعوبة الحصول على تعويض، وكان إقرار هذا الالتزام في أول الامر في عقد النقل، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية منذ عام ١٩١١ الى التأكيد على وجود التزام بضمان سلامة الراكب فاذا ما أصيب بأي ضرر أثناء نقله يعد ذلك إخلالاً بالتزام ناشئ عن العقد (عقد النقل) نفسه حيث تنهض نتيجة لذلك المسؤولية العقدية، كما ذهب تطبيق هذا الالتزام الى دول اخرى ،

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول/ السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- فلقد قضت محكمة النقض الإيطالية بالتزام الناقل بضمان سلامة المسافرين، وقضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في ١٩٦٢/٤/٢٦ بوجود هذا الالتزام، كما أكدت التشريعات على هذا الالتزام ومنها قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ المادة (١٠) فقرة أولاً والمادة (١٢) منها، اثار الى ذلك: ايمان محمد طاهر عبد الله العبيدي، مصدر سابق، ص ٥.
- (١٢) المصدر نفسه، ص ٢٣.
- (١٣) نص المشرع العراقي في المادة ١/٩١٣ من القانون المدني: على رب العمل مع مراعاة احكام القوانين الخاصة:- أ- ان يوفر ما يلزم من شروط السلامة والصحة في المصانع والغرف وسائر الأماكن المعدة للعمال والمستخدمين ليتمكنوا من تنفيذ التزاماتهم. ب- ان يعنى بسلامة العدد والآلات المعدة لتنفيذ العمل بحيث لا ينجم عنها أي ضرر.
- (١٤) د. يوسف الياس، قانون العمل العراقي- علاقات العمل الفردية، ج ١، مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٩٣.
- (١٥) د. عبد القادر محمد اقصاوي، مصدر سابق، ص ٢٥٩.
- (١٦) ايمان محمد طاهر العبيدي، مصدر سابق، ص ٢٢.
- (١٧) قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٩٨٩/٣/٢٠ انظر في ذلك: د. عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٢٣.
- (١٨) طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، ١٩٧٥، ص ١٧٣، كذلك: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٥٥.
- (١٩) CA. Paris, 1 ere ch., 15janv. 1999, D. 1999, IR, 62.
- (٢٠) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٥٦.
- (٢١) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، أطروحة دكتوراة مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ١٦٥.
- (٢٢) زينب هادي حميد الربيعي، الالتزام بضمان السلامة في عقد العلاج الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٣، ص ٩٢.
- (٢٣) ايمان محمد طاهر العبيدي، مصدر سابق، ص ٢٢٥.
- (٢٤) د. اسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٢٢٥.
- (٢٥) المصدر نفسه، ص ٢٢٦.
- (٢٦) سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ١٢١.
- (٢٧) ايمان محمد طاهر، مصدر سابق، ص ٢٢.
- (٢٨) د. احمد سلمان شهيب، عقد العلاج الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة النهرين، بغداد، ٢٠١١، ص ١٧٢.
- (٢٩) زينب هادي حميد الربيعي، مصدر سابق، ص ٩٤.

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- (٣٠) ايمان محمد طاهر العبيدي, مصدر سابق, ص ٢٣.
- (٣١) زينب هادي حميد الربيعي, مصدر سابق, ص ٩٤.
- (٣٢) ايمان محمد طاهر العبيدي, مصدر سابق, ص ٢٩.
- (٣٣) د. عبد الجبار ناجي الملا صالح, مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود, ط ١, بغداد, ١٩٧٥, ص ٢٧٤.
- (٣٤) سامية بومدين, مصدر سابق, ص ٨١.
- (٣٥) د. محمد علي عمران, الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٥, ص ١٩٧, ان طبيعة الالتزام بضمان السلامة تختلف تبعاً لموضوع العقد فقد يكون التزاماً بنتيجة او التزاماً بوسيلة, اذ بالنسبة لعقد النقل ذهب الفقهاء ان الالتزام بضمان السلامة فيه هو التزام ببذل عناية وهو ان يلتزم الناقل ببذل العناية اللازمة للحفاظ على سلامة الراكب الا ان هذا الرأي انتقد لأنه لا يحقق الحماية اللازمة والاطمئنان للراكب فضلاً عن هذا, ان الاخذ بهذا الرأي يوجب على الراكب اثبات خطأ الناقل وهذا يتعرض في الكثير من الاحيان لذلك ذهب القضاء واجمع الفقه الى ان الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل هو التزام بنتيجة مفادها ايصال الراكب سالماً الى مكان الوصول ولا يستطيع الناقل ان يتخلص من هذه المسؤولية الا باثبات وجود السبب الاجنبي, انظر في ذلك: ايمان محمد طاهر, مصدر سابق, ص ١١, اما في عقد الفندقة فكما ذكرنا ان في هذا العقد يلتزم الفندق بضمان سلامة النزيل طيلة مدة بقائه في الفندق الى ان يغادره سليماً معافى, اما طبيعة الالتزام بضمان السلامة في عقد الفندقة فقد كانت محل خلاف بين الفقهاء اذ ذهب جانب من الفقه الى ان الالتزام بضمان السلامة في هذا العقد هو الالتزام بتحقيق نتيجة فاذا اصاب النزيل باي ضرر تقوم مسؤولية صاحب الفندق ولا يستطيع التخلص من المسؤولية الا باثبات وجود سبب غير منسوب الية قياساً على عقد النقل الا ان هذا الاتجاه سرعان ما تعرض للانتقاد على اساس ان المخاطر التي يتعرض لها النزيل اثناء مدة بقائه في الفندق تختلف عن المخاطر التي يتعرض لها الراكب اثناء سفره فضلاً عن ان النزيل في عقد الفندقة بخلاف الراكب في عقد النقل يتمتع بقدر كبير من حرية التنقل والحركة داخل الفندق اذ قد ينزل درجات السلم برعونة فيصاب, بينما ذهب اتجاه اخر لتحديد طبيعة الالتزام بضمان السلامة في عقد الفندقة الى التمييز بين فرضين: الفرض الاول ان يصاب النزيل بضرر وهو في وضع ساكن داخل الفندق كان يسقط عليه شيء وهو نائم او يكون جالساً فيدخل شخص اخر ويقتله, فهنا يكون التزام الفندق بضمان سلامة النزيل التزام بتحقيق نتيجة, اما الفرض الثاني فهو ان يصاب النزيل بضرر وهو في وضع الحركة داخل الفندق كان يسقط اثناء نزوله او صعوده من السلم ففي هذا الفرض يكون التزام الفندق بضمان سلامة النزيل التزام ببذل عناية, بينما ذهب اتجاه ثالث الى القول ان التزام الفندق بضمان سلامة النزيل مدة اقامته في الفندق التزام ببذل عناية بذل العناية اللازمة لضمان سلامة عملائه وهذا هو الاتجاه الراجح والذي به سارت احكام القضاء الفرنسي, انظر في ذلك: د. عبد القادر محمد اقصاوي, مصدر سابق, ص ٢٥٥-٢٦٠, اما في عقد العباب الملاهي فقد انتهى تطور القضاء الفرنسي الى القول بان التزام المقاول مستغل العباب الملاهي بضمان سلامة عملائه الى انه التزام بتحقيق نتيجة سواء كان للتعديل دور ايجابي في, لعل يكون الالتزام بضمان السلامة التزام بتحقيق نتيجة مفادها التزام رب العمل ان يحافظ على سلامة العامل من أي ضرر يصيبه اثناء اداء العمل, انظر في ذلك: ايمان محمد طاهر, مصدر سابق, ص ١٣, وفي عقد التعليم فيكون التزام المدرسة بضمان سلامة التلاميذ التزام بتحقيق نتيجة هي المحافظة على سلامة التلاميذ واعادتهم الى ذويهم دون ان يمسهم ضرر اما في عقد التعليم الذي يكون موضوعه عضلياً كالتدريب على

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

الالعاب الرياضية كالفروسية والسباحة والغطس تحت الماء... الخ فيكون التزام المدرب بضمان سلامة التلاميذ التزام ببذل عناية والتي بمقتضاها ان يبذل العناية الكافية والاحتياطات اللازمة بما يناسب ظروف التلميذ ودرجة معرفته وخبرته وبما يتفق ومخاطر اللعبة ويعلل قصر التزام المدرب بالسلامة على مجرد بذل العناية هو ان هناك بعض الرياضات تتضمن بعض الاخطار بحيث يكون الذي يقدم عليها قد قبل ضمنا تحما هذه الاضرار والعواقب فضلا عن الدور الايجابي للتلميذ اثناء التدريب بحيث يجعل رجوع الاصابة الى نشاطه اقرب احتمالا من رجوعها الى خطأ المدرب.

(٣٦) انظر د. عبد القادر اقصاصي, مصدر سابق, ص ٢٧٩.

(٣٧) ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها, برفض طلب مالك السفينة بالتعويض من شركة المقاولات التي التزمت معه بتنظيف السفينة, واثناء ذلك انقطع حبل عارضة السفينة, واصطدم بالمالك الذي كان موجوداً على ظهر السفينة مما ادى الى اصابته بجروح, وجاء رفض محكمة الاستئناف لطلبه على اساس ان التزام المقاول بضمان سلامته التزام ببذل عناية, وبموجب ذلك لا يستحق تعويضاً عن اصابته الا اذا قدم الدليل على اهمال المقاول, اشار اليه د. عبد القادر محمد اقصاصي, مصدر سابق, ص ٢٧٨.

(٣٨) نصت م (٢٣١) من القانون المدني العراقي النافذ على انه :- " كل من كان تحت تصرفه الات ميكانيكية او اشياء اخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر مالم يثبت انه اتخذ الحيلة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر . هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من احكام خاصة " .

(٣٩) JEAN PENNEAU , La Responsabilite Du Medecin , 2 ed , Dalloz , Paris , 1996 , p61.

(٤٠) لكن محكمة النقض الفرنسية ترددت ازاء الالتزام بضمان السلامة الذي ألقاه قضاة الموضوع على عاتق الطبيب عن عيوب آلات العلاج واجهزته فاعترفت به ضمناً حين رفضت الطعن في الحكم الذي أسس مسؤولية الطبيب عن عيب في جهاز الاشعة ألحق اصابة بالمريض الذي يعالج به على "الخطأ الافتراضي", وهذا يخفي في الواقع اخلافاً بالتزام محدد بسلامة, ولكنها رفضت الطعن في حكم آخر أبرأ الطبيب من المسؤولية عن انكسار طرف الابرة في اثناء التنخل الجراحي واختفائه في الجرح بين ثنايا العضلات داخله لاتعدام الخطأ في جانبه "مادام لم يثبت تقصيرة في اختيار الآلة او في استعمالها, وبحث دون جدوى عن طرف الابرة, واذا كان لم يستعمل جهاز الاشعة فلانه كان مثبتاً في غرفة اخرى ورأى خطراً على المريض بعد عملية طويلة ودقيقة ان ينقله اليها, انظر في ذلك: د. محمود جمال الدين زكي, مشكلات المسؤولية المدنية, ج ١, مطبعة جامعة القاهرة, القاهرة, ١٩٧٨, ص ٣٨٨-٣٨٩.

(٤١) راسم عايد حسن الدعي, المسؤولية المدنية لمنتج الدواء, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بابل, ٢٠١٣, ص ٧٣.

(٤٢) راسم عايد حسن الدعي, مصدر سابق, ص ٨٠.

(٤٣) د. عبد القادر محمد اقصاصي, مصدر سابق, ص ٢٩١.

(٤٤) PJORDAIN: Le Fondement de l'obligation de securite; Gaz. Pal du 23 SePtember 1997, P. 197.

(٤٥) د. عبد القادر محمد اقصاصي, مصدر سابق, ص ٢٨٢.

(٤٦) المصدر نفسه, ص ٢٨٣.

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

(٤٧) ان المصدر العقدي للالتزام بضمان السلامة يؤدي الى اتساع نطاق المسؤولية العقدية وانحسار المسؤولية التقصيرية، ولما كان الالتزام بضمان السلامة يعد في ان واحد التزاماً عقدياً والتزاماً قانونياً فإنه يثير في حالة الإخلال به من جانب جراح التجميل مسألة التزام بين المسؤولين، وقد انقسم الفقه بهذا الخصوص الى ثلاث اتجاهات، فالأول: قال بجواز الخيرة بين المسؤولين معللاً ذلك، بان قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام فهي الاصل والمسؤولية التعاقدية هي الاستثناء، كما ان قواعد المسؤولية التقصيرية موجودة قبل العقد، اما الاتجاه الثاني: فقد ذهب الى ان دعوى المسؤولية التعاقدية تحجب دعوى المسؤولية التقصيرية، ويؤسسون رأيهم على ان العقد شريعة المتعاقدين، فمتى ابرم المتعاقدين العقد صار بمثابة قانون خاص بهما، كما ان المسؤولية التعاقدية تقوم بين المتعاقدين بينما تقوم المسؤولية التقصيرية بين شخصين كل منهما يعد اجنبياً عن الاخر، واما الاتجاه الثالث: فقد ذهب موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، وينقسم انصار هذا الاتجاه الى فريقين: الأول: يرى ان الخيرة بين المسؤولين لا تجوز الا في حالة كون الإخلال بالالتزام التعاقدية يشكل جريمة جنائية او ينطوي على غش المدين او خطئه الجسيم، وبهذا الرأي اخذت محكمة النقض المصرية، اما الفريق الثاني: فقد ذهب انصاره الى ان الخيرة لا تكون جائزة الا في الحالة التي يعد فيها الفعل الضار اخلالاً بالالتزام عقدي وانحرافاً عن سلوك الشخص العادي خارج علاقات العقد على فرض عدم وجوده، كما هو الشأن اذا ترتب عن الإخلال بالالتزام تعاقدية المساس بسلامة الدائن المادية والمعنوية، انظر في ذلك: د. اسعد عبيد الجميلي، مصدر سابق، ص ٨٨، كذلك: رياض احمد عبد الغفور العاني، مصدر سابق، ص ٨٨، و: د. محمد علي عمران، مصدر سابق، ص ١٧٤، كذلك: زينب هادي حميد الربيعي، مصدر سابق، ص ٩٢، وكذلك: طلال عجاج، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٤٨) د. عبد القادر محمد اقصاصي، مصدر سابق، ص ٢٦١.

(٤٩) CONSTANT ELIASBERG, Risques et Assurances De Responsabilite Civil, paris, 2002, p 296.

(٥٠) نادية محمد قزمار، الجراحة التجميلية - الجوانب القانونية والشرعية-، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الاردن، ٢٠١٠، ص ١١٩.

(٥١) الخطأ المهني: هو الخطأ في اعمال طبية لا تصدر من غير الطبيب اثناء مزاولته لمهنته وتكون لصيقه بالطبيب ولا يمكن صدورهما من غيره مثل اعمال الفحص والتشخيص والعلاج اذ قد يستدعي الامر الى لجوء الطبيب الى وسائل معينة للفحص او التشخيص فيشخص المرض على انه التواء في الكوع في حين ان حقيقة الإصابة هي كسر في الكوع. اذ ان الخطأ المهني هو الجهل بالقواعد العلمية التي تحدها اصول مهنة الطب. انظر في ذلك: د. محسن البنية، نظرة حديثة الى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتب الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٣، ص ١٥.

(٥٢) الخطأ العادي: هو الخطأ في اعمال مادية تصدر عن أي شخص ولا تتصل بأصول مهنة الطب وتقدر دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن قام بها كأن يجري الجراح عملية وهو في حالة سكر او مشلول اليد او تهور الطبيب على المريض بالسب والشتن او الاهانة والتحقير. انظر في ذلك: د. حسن زكي الابراشي، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥١، ص ١٣٦.

(٥٣) نقض جنائي فرنسي في ٢١ يوليو سنة ١٩٤٧ - جازيت دي باليه - ٢ - ٢٠٢، نقلاً عن: منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، ط ١، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية، ٢٠١١، ص ٣٠٣.

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول/ السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

- (٥٤) محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٨٧.
- (٥٥) محمد سامي الشواء، الخطأ الطبي امام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة في القضاء المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٦٩.
- (٥٦) طلال عجاج، مصدر سابق، ص ٣٦٧.
- (٥٧) ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٠٧، ص ٦٣.
- (٥٨) سامية بومدين، مصدر سابق، ص ١٢٨.
- (٥٩) علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٧٧، ص ٣٦.
- (٦٠) سامية بومدين، مصدر سابق، ص ١٥٣.
- (٦١) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١١٤.
- (٦٢) Casanova: La responsabilitemedicale, these, Aix- En- Provence, 1940.P233.
- (٦٣) سعدون العامري، تعويض الضرر، ط ١، دار وائل للنشر، ٢٠١١، ص ١٤٨.
- (٦٤) تنص المادة ١/١٦٩ من القانون المدني العراقي على انه: ((اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره)) تقابلها المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري
- (٦٥) نقض ١٩٤٧/٤/١٧ مجموعة عمر ٥ ص ٣٩٨ - ١٩٤٢/٦/٤ مجموعة عمر ص ٤٧٣. انظر: محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٣١.
- (٦٦) نادية محمد قزمار، مصدر سابق، ص ١٧٤، كذلك: د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٣١.
- (٦٧) نادية محمد قزمار، مصدر سابق، ص ١٧٥.
- (٦٨) منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، ط ٣، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٧٧٥.
- (٦٩) محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٣٢.
- (٧٠) سامية بومدين، مصدر سابق، ص ١٦٢.
- (٧١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج ١، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٩٩٧.
- (٧٢) سامية بومدين، مصدر سابق، ص ١٦٣.
- (٧٣) رياض عبد الغفور العاني، مصدر سابق، ص ١٧٤.
- (٧٤) زينب هادي حميد الربيعي، مصدر سابق، ص ١٨٠.
- (٧٥) سامية بومدين، مصدر سابق، ص ١٨٢.
- (٧٦) عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب، مطبعة دار المعارف، لبنان، ١٩٦٧، ص ٢٢٥.
- (٧٧) المصدر نفسه، ص ٢٢٦.
- (٧٨) نادية محمد قزمار، مصدر سابق، ص ١٧٩.

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

العدد الأول/ السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

المصادر

المراجع باللغة العربية

أولاً/ الكتب

- ١- ابن منظور, لسان العرب, ج ٨, ط ٣, دار احياء التراث العربي, بيروت, بدون سنة طبع.
- ٢- جماعة من كبار المؤلفين العرب, المعجم العربي الاساسي, المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم, ١٩٨٩.
- ٣- د. حسن زكي الابراشي, مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية, دار النشر للجامعات المصرية, ١٩٥١.
- ٤- د. داوود عبده, واحمد عايد و د. احمد مختار عمر و د. صالح حداد طعمه و الجلالي بن الحاج يحيى و نديم مرعشلي, المنجد في اللغة العربية والاعلام, ط ٣, منشورات دار الشرق- بيروت, ١٩٨٨.
- ٥- سعدون العامري, تعويض الضرر, دار وائل للنشر, ٢٠١١.
- ٦- طلال عجاج, المسؤولية المدنية للطبيب, المؤسسة الحديثة للكتاب, لبنان, ٢٠٠٤.
- ٧- عبد الجبار ناجي الملا صالح, مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود, ط ١, بغداد, ١٩٧٥.
- ٨- د. عبد الباسط جمعي, مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة, دار النهضة العربية- القاهرة, ٢٠٠٠.
- ٩- د. عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, نظرية الالتزام بوجه عام, ج ١, مصادر الالتزام, دار النشر للجامعات المصرية, القاهرة, ١٩٥٢.
- ١٠- د. عبد السلام التونجي, المسؤولية المدنية للطبيب, مطبعة دار المعارف, لبنان, ١٩٦٧.
- ١١- د. عبد المنعم موسى ابراهيم, حسن النية في تنفيذ العقود, منشورات زين الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٦.
- ١٢- د. محسن البنية, نظرة حديثة الى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية, مكتب الجلاء الجديدة, المنصورة, ١٩٩٣.
- ١٣- د. محمد حسين منصور, المسؤولية الطبية, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, ٢٠٠٦.
- ١٤- محمد سامي الشوا, الخطأ الطبي امام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة في القضاء المصري والفرنسي), دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٣.
- ١٥- د. محمد علي عمران, الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٥.
- ١٦- د. محمود جمال الدين زكي, مشكلات المسؤولية المدنية, ج ١, مطبعة جامعة القاهرة, ١٩٧٨.

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول/ السنة التاسعة ٢٠١٧

- ١٧- منير رياض حنا, الخطأ الطبي الجراحي, ط٢, دار الفكر الجامعي الاسكندرية, ٢٠٠٨.
- ١٨- -----, النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات العربية ودعوى التعويض الناشئة عنها, ط١, دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, ٢٠١١.
- ١٩- يوسف الياس, قانون العمل العراقي- علاقات العمل الفردية, ج١, مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية, بغداد, ١٩٨٠.

ثانياً/ الرسائل والأطاريح

- ٢٠- ابراهيم علي حمادي الحلبوسي, الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بابل, ٢٠٠٧.
- ٢١- احمد سلمان شهاب, عقد العلاج الطبي, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهريين, بغداد, ٢٠٠٧.
- ٢٣- اسعد عبيد الجميلي, الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد, ط١, ٢٠٠٨.
- ٢٤- ايمان محمد طاهر العبيدي, الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة الموصل, ٢٠٠٣.
- ٢٥- ايناس مكي عبد نزار الجنابي, ضمان فوات الوصف في المبيع, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بابل, ٢٠٠٧.
- ٢٦- راسم عايد حسن الدعيمي, المسؤولية المدنية لمنتج الدواء, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بابل, ٢٠١٣.
- ٢٧- رياض احمد عبد الغفور العاني, الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهريين, بغداد, ٢٠٠٣.
- ٢٨- زينب هادي حميد الربيعي, الالتزام بضمان السلامة في العقد الطبي, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة النهريين, بغداد, ٢٠٠٣.
- ٢٩- سامية بومدين, الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة مولود معمري - تيزي وزو, الجزائر, ٢٠١١.
- ٣٠- سلام عبد الزهرة الفتلاوي, نطاق العقد, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد, ٢٠٠٦.
- ٣١- عبد القادر محمد اقصاصي, الالتزام بضمان السلامة في العقود, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة ادرار, الجزائر, ٢٠٠٨.

أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية
العدد الأول / السنة التاسعة ٢٠١٧

- ٣٢ - علي عبيد عودة, العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد, ١٩٧٧ .
- ٣٣ - نادية محمد قزمار, الجراحة التجميلية الجوانب القانونية والشرعية, اطروحة دكتوراة مقدمة الى جامعة عمان العربية للدراسات العليا, الاردن, ٢٠١٠ .

ثالثاً/ البحوث

- ٣٤ - منصور مصطفى منصور, تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والايجار, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية, جامعة عين شمس, السنة الاولى, العدد الثاني, ١٩٥٩ .

رابعاً/ القوانين

- ٣٥ - القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ .
- ٣٦ - القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- ٣٧ - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٣٨ - قانون النقل العراقي, رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ .

المراجع باللغة الفرنسية

- 39 - P. JOURDAIN: Le Fondement de l'obligation de securite: Gaz. Pal du 23 September 1997.
- 40 - Casanova: La responsabilite medicale, these, Aix-En-Provence, 1940.
- 41 - CONSTANT ELIASHBERG ,Risques et Assurances De Responsabilite Civil , paris , 2002 .
- 42 - JEAN PENNEAU , La Responsabilite Du Medecin ,2 ed , Dalloz ,Paris , 1996 .

Abstract

The evolution of the science of surgery effect in escalating effort Medical Center in this field , in a manner did not prevent the medicine from that Asergdma in achieving the scientific achievements of the great conqueror areas were banned him for a long time , the most important field of cosmetic surgery imposed by reality and practice , especially after the two world wars and Mantj them from deformed was hope the biggest is to remove Chohathm to meet others better and more beautiful , featuring this surgery for other surgeries that hold them is perfect or Thasina not necessary in some cases , and people become after Makanwa reluctant to clinics and hospitals for treatment and recovery Iqilon them for decorations and perfect formal.

With the progress the growing number of doctors and the diversity of their work , accompanied by an increase in the use of machinery, medical devices , led to the large number of risks arising from the medical business , he went opinion in Aqdhae French that the provisions of general liability is no longer sufficient to provide the necessary protection to the victims of accidents, medical errors took looking for a solution to achieve this protection was wandering in the idea of the obligation to ensure safety.

The beginning of the application of the obligation to ensure the safety was in the contract of carriage , where he became the carrier does not adhere only to deliver the passenger to the destination only, but should it delivers safe and sound , and hereby take the obligation to ensure the safety applies to all contracts career that includes a threat to the physical safety of one of the contractors , he was at the forefront of those contracts decade , medical doctor or where it is supposed surgeon committed to ensuring that safety does not affect the patient's disease, a new disease outside the scope of the original.

The Impact of Prejudice Plastic Surgeon to Ensure Safety

BY

**A.P.Dr. WASAN K. ALKHAFAGY
NOUR H. ALKHUZAEE**