المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية

اسم المقال: المسؤولية المدنية الناتجة عن جراحة إزالة السمنة "دراسة قانونية تحليلية"
اسم الكاتب: د. بشار طلال المومني
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/8004
تاريخ الاسترداد: 2025/06/08 23:12 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية جامعة مؤتة ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

المسؤولية المدنية الناتجة عن جراحة إزالة السمنة "دراسة قانونية تحليلية"

د. بشار طلال المومني *

تاريخ تقديم البحث: ٢٠١٦/١٢/٥م. تاريخ القبول: ٢٠١٧/٤/١٧م.

ملخص

ليس هناك قواعد قانونية خاصة في التشريع الإماراتي تعالج موضوع جراحة السمنة والعمليات التجميلية الناشئة عنها، والتي أصبحت من العمليات الجراحية والطبية الأكثر شيوعاً، لذا فقد وجدنا لزاماً علينا أن نعالج هذا الموضوع، لما يمتاز به من خصوصية مختلفة عن العمليات الجراحية والطبية الأخرى، في ظل القواعد العامة الناظمة للمسؤولية المدنية في القانون المدني، والقواعد الخاصة المقننة في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي، محاولةً منا لإيجاد قواعد قانونية تحدد ضوابط إجراء تلك العمليات الجراحية والطبية.

الكلمات الدالة: السمنة، جراحة إزالة السمنة، المشروعية، أساس، الخطأ المهني، الإثبات، المسؤولية المدنية، الالتزام ببذل الجهد، الالتزام بتحقيق نتيجة، القانون المدني، قانون المسؤولية الطبية.

قسم القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الشارقة.

حقوق النشر محفوظة لجامعة مؤتة، الكرك، الأردن.

The civil liability for Bariatric Surgery
"Analytical Legal Study"

Dr. Bashar Talal Al- Momani

Abstract

Emirati Legalization has no specific rules tackling the issue of obesity surgery and the resulting plastic surgeries that have become of the most common surgical and medical operations. Therefore, it is necessary to tackle such issue; since being distinct from other surgeries and medical operations, under the general rules regulating civil liability in civil law as well as the specific rules of the UAE medical liability law, as an attempt to find legal rules determining the controls regulating the procedures for such surgical and medical operations.

Keywords:Obesity, bariatric surgery, legality, basis, professional misconduct, proof, civil liability, commitment to exerting all efforts, commitment to achieving results, civil law, medical liability law.

مقدمة:

إنّ مهنة الطب من المهن الإنسانية القائمة على الاعتبار الشخصي، والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتقنيات والتكنولوجيا المتجددة، نظراً لحاجة الطبيب عامة، والجرّاح خاصة إلى متابعة كل ما هو جديد في عالم الطب والجراحة. إضافة إلى خطورة هذه المهنة كونها تبحث دوماً عن شفاء المريض، وتخفيف آلامه.

وفي ظل التطور العلمي والتكنولوجي الكبير، ظهرت أشكال كثيرة من الجراحات المتخصصة، التي تحتاج إلى جرّاحين متخصصين وعلى درجة كبيرة من الخبرة والكفاءة، والدقة والإتقان في العمل، ومراعاة الأصول العلمية، والقواعد المهنية التي تحدّد عمل الطبيب، كجراحات التجميل بأشكالها المختلفة والحديثة، كتجميل الوجه للمصابين بالشلل النصفي من خلال خيوط طبية تعيد تصحيح الوجه، وتركيب العيون الصناعية من خلال الجراحات التجميلية الدقيقة، وإعادة ترميم الجمجمة، وجراحة إزالة السمنة، والأخيرة هي موضوع بحثنا. وقد أفرز التطور التكنولوجي إمكانية إجراء التدخل الجراحي من خلال الأجهزة الحديثة ذات التقنية العالية فأصبحت تجرى بعض أنواع العمليات بالليزر وبدون أي تدخل جراحي.

وعلى الرغم من أن عمل الجرّاح يحتكم فيه إلى ضميره ووجدانه، إلا أن عليه التزامات وواجبات تفوق عمل الشخص العادي، قبل إجراء الجراحة، وأثناء القيام بها، وبعد الانتهاء منها، فمتى أخل بما هو مطلوب منه بوجود العقد أو عدمه، يبدأ البحث في مدى المسؤولية التي يتحملها.

هذا وقد عرّفت السمنة، وجراحة إزالتها[١] بأنها مرض مزمن ممتد طوال العمر، ومرتبط بالجينات الوراثية، وهو خطر على الحياة وله تأثيرات مرضية عالية الأهمية على الجانب الطبي والنفسي والاجتماعي والبدني والاقتصادي للمريض"[٢]. أو أنها زيادة في نسبة الشحوم والدهون بجسم الإنسان، أو

(١) في اللغة تعني كثر لحمه وشحمه ويقال امرأة سمينة، وسمن كلبك يأكلك كما قال الجوهري أحد علماء اللغة العربية، وهي نقيض الهزال انظر إبن منظور: معجم لسان العرب، مكتبة النوري– دمشق، ج٣، ط ١٩٧٩م، ص ٢٠١٤م.

(٢) فؤاد، حسام أحمد، محاضرة عن السمنة نشرت عبر الإنترنت الموقع التالي:

www.obesity.tabebak.com تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٤/٧/٣م، يوم الجمعة الساعة الثانية صباحاً وكذلك: www.youtube.com بتاريخ ٢٠١٦/١١/٢٣م نفس المرجع أعلاه.

تجميع للطاقة الزائدة عن حاجة الجسم، وتخزينها على شكل نسيج دهني في أماكن مختلفة تحت الجلد مسبّبة زيادة في وزن الجسم الطبيعي(١).

إضافة إلى أن جراحة السمنة تحتاج لفريق طبي متخصص كل له دوره قبل الجراحة وأثناءها وبعدها، كالطبيب النفسي، واختصاصي التخدير، واختصاصي التغذية نظراً لخطورة ودقة العملية الجراحية والوقاية من المضاعفات السلبية على المريض.

وتتمثل أهمية الدراسة في حصول تطور كبير في الأخطاء الجراحية، وخاصة جراحة إزالة السمنة، فارتأينا أن نسلط الضوء على هذه الأخطاء الطبية.

وتهدف الدراسة إلى بيان خصوصية هذه الجراحة، وتفريقها عن غيرها، ومدى ملاءمة وكفاية القواعد العامة لأحكام المسؤولية المدنية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي ومدى انطباقها على أهم جوانب مسؤولية جراح إزالة السمنة نتيجة التدخل الجراحي، بتسليط الضوء على جوانب القصور في القواعد القانونية الناظمة لمسؤولية الجراح لمثل هذا النوع من التدخلات الجراحية، والحلول المقترحة بشأنها في التعديلات التشريعية المرتقبة مستقبلاً. ومدى إمكانية إفادة بعض الدول من قانون المسؤولية الطبية الإمارتي لسنة ٢٠١٦م عند إصدارها لمثل هذه القوانين الخاصة، وخاصة مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني لسنة ٢٠١٦م الذي لم يتم إقراره لغاية الآن. ومحاولة لوضع مقترحات تساعد عند سن التشريعات الخاصة لمثل هذا النوع من الجراحة.

وتظهر مشكلة الدراسة في ضوء التساؤلات التالية: هل القواعد القانونية العامة والخاصة كافية لتأطير المسؤولية المدنية لجراحة السمنة؟ وما هو موقف القانون والشريعة من جهة والفقه والقضاء من جهة أخرى من هذه الجراحة؟ وهل تعتبر جراحة السمنة جراحة تجميلية أم علاجية؟ وما هو المعيار في التفرقة بينهما؟ وفي مجال الحديث عن مشكلة الدراسة نلفت النظر إلى المشاكل القانونية التالية وهي: ما هو الأساس القانوني لمسؤولية جرّاح السمنة وما طبيعتها؟ وطبيعة التزامه هل هو التزام بغاية أم بذل جهد؟ وكيفية إثباته؟ وما هو معيار خطأ جراح السمنة؟ وهل يوجد طرق بديلة لحل المنازعات بين الطبيب والمريض في جراحة السمنة؟

(١) انظر الموقع الإلكتروني التالي: www.alanba.com تاريخ الدخول ٢٠١٥/١١/٨م، الساعة الواحدة ظهراً. مقابلة مع استشاري الجراحة العامة والسمنة والمناظير بمستشفى رويال حياة، الملا، أحمد، الكويت. وكذلك العثمين، عبد العزيز إبراهيم، مقال حول السمنة، أسبابها وعلاجها عبر الموقع الإلكتروني: (www.sha.org.sa.arabic)

وقد ركزت الدراسة على موضوع جراحة إزالة السمنة بشكل أساسي، وإظهار خصوصية هذه النوع من الجراحات بشكل واضح، وباختصار غير مخل بالهدف المراد الوصول إليه، وفق الفرضيات الآتية:

الفرضية الأولى: لا يتحلل جراح السمنة من المسؤولية بمجرد موافقة المصاب بها على إجرائها، الأمر الذي يحتاج من الجراح إعلام المريض بكافة مخاطرها، ومتابعته بعد التدخل الجراحي.

الفرضية الثانية: تتحقق مسؤولية جراح السمنة عن فعله غير المشروع متى مارسها بخلاف الالتزام بضوابطها.

الفرضية الثالثة: تختلف جراحة إزالة السمنة عن الجراحات الأخرى بأنها قد تكون بهدف العلاج والتجميل معاً، وهي تصلح تشويهاً قد يعرض حياة الإنسان للخطر، بخلاف جراحة التجميل التي يكون الهدف منها تجميلي فقط وليس علاجياً، ولا حاجة لاجرائها سوى الفتنة والترف.

المنهجية:

أولاً: المنهج التحليلي: نظراً لعدم وجود تشريع خاص بالسمنة في دولة الإمارات، ارتأينا أن تكون دراسة قانونية تحليلية، مع الإشارة للقوانين الأخرى كلما اقتضت الضرورة. من خلال الرجوع للقواعد العامة الواردة في قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي، وقانون المسؤولية الطبية الإماراتي لعام ٢٠١٦م، والقرارات الوزارية، بالمناقشة والتحليل للخلاص برأي شخصي، أو تبني موقف في إحدى القوانين يمكن الأخذ به في قانون آخر. مدعماً بأحدث الأحكام القضائية العربية عامة، والفرنسية بقدر الإمكان لإثراء الدراسة القانونية، بتفنيدها بالمخالفة أو التأييد لحكم قضائي يمكن الأخذ به، وتبرير ذلك. وتخصيص موقف الشريعة والفقه الإسلامي من جراحة إزالة السمنة في موضعه الملائم، مع الإشارة للتجربة الغربية الفرنسية، ومدى إمكانية تطبيقها في القانون الإماراتي للاستفادة منها في التطوير التشريعي والقضائي والفقهي.

ثانياً: خطة البحث: تحقيقاً للهدف المنشود من البحث قمنا بتقسيمه إلى مبحثين عالجنا في الأول: مشروعية جراحة إزالة السمنة من خلال مطلبين: بحثنا في الأول: مدى مشروعية جراحة السمنة من خلال التنظيم التشريعي، وموقف الشريعة والفقه الإسلامي منها. وفي المبحث الثاني عالجنا أساس مسؤولية جراح السمنة وطبيعتها القانونية وطبيعة التزامه.

ثم عرضنا في الخاتمة النتائج والتوصيات التي خلصنا إليها لتحقيق الغاية المنشودة من خصوصة الدراسة. ونفصّل ذلك وفق التالي:

المبحث الأول: مشروعية جراحة إزالة السمنة

يحتاج البحث في مشروعية هذه الجراحة أن نبيّن مدى المشروعية لإجرائها في التنظيم التشريعي (المطلب الأول) ثم موقف الشريعة والفقه الاسلامي (المطلب الثاني) وفق التالي:

المطلب الأول: مدى مشروعية جراحة إزالة السمنة في التنظيم التشريعي:

استثناء من الأصل والمبدأ العام الذي يمنع المساس بجسد الإنسان، فإن ضرورة العلاج قد تتطلب الخروج عن المبدأ تطبيقاً للقاعدة الفقهية القانونية، الضرورات تبيح المحضورات. إضافة إلى مخاطر التطور في التكنولوجيا الحديثة، وما رافقه من تطور في قواعد المسؤولية المدنية. نتيجة التعامل في جسم الإنسان من خلال نقل الدم، وزرع الأعضاء، والتجارب الطبية بهدف العلاج[١] أو الجراحات التي تهدف للعلاج والتجميل كالسمنة.

وبما أن المشرع الإماراتي لم يضع تشريعاً خاصاً بجراحة إزالة السمنة، التي تعتبر في وقتنا الحاضر من الجراحات المتخصصة التي تتطلب عناية خاصة بالشخص الذي ستجرى له العملية، لذا فإن من يجريها، عليه أن يتقيّد بشروط محددة جاء ذكرها في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي الاتحادي لسنة ٢٠١٦م، ووردت عموما في الدساتير الطبية والقرارات الوزارية كواجبات على الطبيب وضرورة ما يبرر عمل الطبيب[٢]. وكذلك في قانون العقوبات الإماراتي الذي أجاز واعتبر من حالات استعمال الحق بمقتضى أحكام الشريعة أو القانون الجراحة الطبية وأعمال التطبيب متى تمت طبقاً للأصول العلمية المتعارف عليها في المهن الطبية المرخص بها، متى تمت برضى المريض أو النائب عنه قانوناً صراحة

(١) إبن النوى، خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، دار الفكر والقانون، مصر، المنصورة، لسنة ٢٠٠١م، ص ١٧.

(٢) انظر م ٤ وم ٨ مرسوم بقانون اتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦م بشأن المسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة. أنظر م٢ من مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني لسنة ٢٠١٦. الذي تمّ إقراره من مجلس الوزراء بتاريخ ٢٧/أبريل ٢٠١٦م وأحيل إلى ديوان التشريع. قرار وزير الصحة الإماراتي رقم ١١١ لسنة ٢٠١٥م، منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.aljarida.com تاريخ الدخول ٢٠١٥/١١/٨م الحادية عشرة صباحاً.

أو ضمناً، أو كان التدخل الطبي ضرورياً في الحالات العاجلة التي تقتضي ذلك[١]. وبذلك يتضح أن القانون الإماراتي اعتبر الفعل الذي يجيزه القانون هو تطبيق لفكرة استعمال الحق بمقتضى الشريعة أو القانون.

وجاء القانون الفرنسي بنص عام يبّن فيه أن لكل إنسان الحق في احترام جسده، وأن الجسم البشري غير قابل للمساس به، ولا يمكن أن يكون الجسم البشري أو عناصره أو منتجاته موضوعاً لحق مالي. ثمّ أضاف بأنه لا يمكن المساس بسلامة الجسم البشري إلا في حالة الضرورة الطبية أو بصورة استثنائية لمصلحة علاج الغير، وألزم الحصول على موافقة ذوي العلاقة مسبقاً في غير الحالة التي يفرض فيها وضعه تدخلاً علاجياً لا يمكنه الموافقة عليه[٢].

وعلى الرغم من أن القانون الفرنسي لم يعرّف جراحة إزالة السمنة بينما عرّف الجراحة التجميلية بأنها: الجراحة التي تهدف إلى تغيير المظهر الخارجي للشخص خارج كل ضرورة صحية حتى لو كان لها نتائج على نفسيته، وأنها خدمة يجريها الجرّاح بطلب من المريض من غير مبرر طبي[٣]. وبناءً على ذلك لا يغطيها التأمين الصحي الفرنسي[٤]. إلا أن لائحة الأعمال الطبية الفرنسية اعتبرت بتاريخ ٢٠١٥/٨/٢م جراحة السمنة بأنها: الجراحة الإصلاحية بعد إجراء التخسيس من السمنة المرضية. وأفادت بأن الجراحة متى كانت بعد إنقاص الوزن للمريض بسمنة مرضية و/ أو بعد جراحة السمنة و/ أو بعد إنقاص الوزن هي جراحة إصلاحية وصحية في نفس الوقت[٥].

كذلك فإن القانون الجديد ٢٠١٦م بشأن المسؤولية الطبية الإماراتي وقرار حديث لوزير الصحة الإماراتي رقمه ١١١ لسنة ٢٠١٥م وضع فيه ضوابط جديدة لإجراء عمليات السمنة في المستشفيات الحكومية والخاصة والشروط الواجب استيفاؤها لإجرائها في القطاعين وفق التحليل التالي[٦]:

---

(١) انظر م٥٣/ بند١ مرسوم بقانون اتحادي رقم ٧ لسنة ٢٠١٦م بتعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م. م ٢ من الدستور الطبي الأردني نفس المعنى. م ٦٢/بند ج من قانون العقوبات الأردني رقم١٦ لسنة ١٩٦٠م المعدّل بقانون رقم ٨/ لسنة ٢٠١١م، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٥٠٩٠ بتاريخ٢٠١١/٥/٢م.

(٢) انظر م ١٦ /١ وم ٣/١٦ من القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق.

(٣) قانون الصحة العامة الفرنسي م 1-R6322، المعدل بتاريخ ٢٠١٥/١/١٥م

(٤) م 2-32-R162 من قانون التأمين الصحي الفرنسي لسنة /٢٠١١/٣/١م المعدل لسنة/٢٠١٥/١١/١م

(٥) اللائحة المشتركة للأعمال الطبية الفرنسية المعتمدة لغايات التأمين الصحي التي دخلت حيز التنفيذ في حزيران /٢٠٠٥/١١م المعدلة بتاريخ ٢٠١٥/٨/٢م .

(٦) المواد (٤، و٥/١٠، و٦، و٨، ٩) مرسوم بقانون المسؤولية الطبية ٢٠١٦م. قرار وزير الصحة الإماراتي رقم ١١١ لسنة ٢٠١٥م، منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.aljarida.com تاريخ الدخول ٢٠١٥/١١/٨م الحادية عشرة صباحاً.

١- موافقة المريض: يعتبر من أهمها، لأن الهدف الجوهري منه إرادة المريض بالموافقة على تدخل جرّاح السمنة اللازمة له، ولحق المريض بحماية جسده من أي مساس به دون موافقته ورضاه، وتحمل جرّاح السمنة وإن لم يخطىء في العلاج كافة الأضرار الناشئة عن الجراحة، إلا في الحالات الطارئة التي تتطلب تدخلاً طبياً ويتعذر فيها الحصول على الموافقة لأي سبب من الأسباب على أن يبلغ أي من مرافقيه أو أقاربه بخطة العلاج. كما ومنع قانون المسؤولية الطبية ٢٠١٦م الطبيب من القيام باجراءات طبية أو عمليات جراحية غير ضرورية للمريض دون موافقته المستنيرة سنداً للمادة ٥/١٠ منه. ويلاحظ أن القانون أعلاه لم يشترط الموافقة الكتابية وهو باعتقادنا أمر حسن، إذ إنه في حالات الاستعجال قد لا يتمكن الجراح من أخذ موافقة المريض أو أقربائه على التدخل الجراحي، وينبغي عدم التشدد مع الجراح هنا لاعطائه الطمأنينة في عمله إضافة إلى خطورة عمله ودقته.

وتطبيقاً لضرورة موافقة المريض صدر حكم قضائي لمحكمة النقض الفرنسية يقيم مسؤولية الطبيب الجراح عن خطأ الطبيب المخدر الذي حل محله بدون موافقة المريض(١). وفي حكم آخر لا يسأل الطبيب المأجور تجاه المريض الذي لا يتعدى حدود المهمة المكلف بها من قبل المؤسسة الصحية الخاصة (٢).

٢- وقت ومكان إجراء الجراحة:

ألزم قرار وزير الصحة الإماراتي بعدم جواز إجرائها في القطاع الخاص قبل السابعة صباحاً ولا بعد التاسعة مساءً، وعند حصول مضاعفات بسبب تلك العملية الجراحية للسمنة للمرضى قد تتطلب التحويل إلى مستشفى حكومي، فإنه يجب تزويد إدارة التراخيص الصحية والمستشفى الحكومي بتقرير مفصل عن الحالة مرفق تقرير كامل عن العملية وتصويرها، عن طريق إسطوانة ممغنطة(CD)، ويجوز استدعاء الطبيب المعالج الذي أجرى العملية لمناقشته في المستشفى الحكومي.

(١) نقض مدني فرنسي ١(حكم الغرفة المدنية الاولى لدى محكمة النقض الفرنسية)، ١٣/آذار/مارس ٢٠٠١م، نشرة أحكام الغرف المدنية الأولى لدى محكمة النقض الفرنسية)، رقم ٧٢، التقرير، ص٤٣٠، دالوز ٢٠٠١، موجز ٣٠٨٤/ ملاحظات بينو، تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠١م، ص٩٣، ملاحظات شاباس، مجلة القصر ٢٠٠٢م، ٣٨٧، تعليق جنسي- تاندونه، مجلة فصلية مدني، ٢٠٠١، ٥٩٩، ملاحظات جوردان. أنظر فيدركر، جورج وآخرون، القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، لبنان، الطبعة العربية دالوز ٢٠١٢م، ص ١١٠٧.

(٢) نقض مدني فرنسي ١، ٩ تشرين الثاني/ نوفمبر ٢٠٠٤م: حكم الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض الفرنسية)، رقم ٢٦٢، التقرير، ص ٣٤٨، 11 دالوز ٢٠٠٥. بان ٤٠٥، ملاحظات بينو، الأسبوع القانوني ٢٠٠٥. ١١. القانون المدني الفرنسي بالعربية، المرجع سابق، ص ١١٠٧.

بموجب القرار السابق لا يجوز إجراء عمليات السمنة إلا في المستشفيات الحكومية والخاصة المصرح لها، ويحتفظ كل قسم جراحة بقائمة بأسماء الأطباء المرخص لهم بإجراء تلك العمليات، وفقا للشروط الواردة في القرار، وتحدّث القائمة دورياً كل سنة من جانب رئيس القسم، وتعتمد من مدير المستشفى، وترسل القائمة لمجلس أقسام الجراحة وإدارة التراخيص الصحية. وبموجب م٨/هـ من مرسوم بقانون المسؤولية الطبية تجرى الجراحة في منشأة صحية مهيأة تهيئة كافية لإجراء الجراحة المقصودة.

٣- الخبرة والتخصص والترخيص لجراح السمنة:

ولضمان مستوى جودة الخدمة والجراحة الآمنة لمرضى السمنة، تلتزم أقسام الجراحة العامة في المستشفيات الحكومية بتزويد مجلس أقسام الجراحة بأسماء الأطباء الجراحين المتمتعين بالخبرة في جراحة السمنة، وتزويد إدارة التراخيص الصحية بنسخة منها.

واشتراط الحصول على خبرة عملية موثّقة في سجل كتابي ومعتمد من أحد الاستشاريين بقسم الجراحة ذوي الخبرة في جراحة السمنة ورئيس القسم ومعتمدة من مجلس أقسام الجراحة.

كما يلتزم الأطباء المرخص لهم بإجراء جراحات السمنة باتباع السياسات والتوصيات والبروتوكولات المعتمدة عالمياً، وبما لا يتعارض مع هذا القرار. ثم جاء في القرار المشار إليه سابقاً تشكيل لجنة بمعرفة مجلس أقسام الجراحة من أطباء استشاريين في جراحة السمنة، تكون مهمتها النظر في ما يحال إليها من حالات استثنائية تعد خارج نطاق هذا القرار، وتقرير ما تراه مناسباً بعد بحث كل حالة على حدة.

٤- عمر من تجرى له جراحة إزالة السمنة وأخذ رأي الطبيب المختص واستشارته:

تضمّن القرار إجازة إجراء الجراحة لمن تتراوح أعمارهم بين ١٢ و١٦ سنة مع كتلة الجسم ٣٥ وما فوق في حال وجود مضاعفات شديدة مصاحبة للسمنة، أو لمن مؤشر كتلتهم ٤٠ فما فوق مع وجود مضاعفات أقل شدة، وفي جميع الأحوال يجب أخذ رأي طبيب اختصاصي أطفال واختصاصي طب النفس للأطفال، واختصاصي أمراض الغدد واختصاصي التغذية، على أن يكون من أطباء وزارة الصحة، قبل إجراء العملية. والتعاون مع غيره من الأطباء الذين لهم صلة بعلاج المريض وتقديم ما لديه من معلومات عن حالته الصحية والطريقة التي اتبعها في علاجه كلما طلب منه ذلك، واستشارة زميل متخصص إذا استدعت الحالة ذلك[١].

(١) انظر المواد (٣، ٤، ٥ ، ٧) من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي، و قرار مجلس الوزراء الإماراتي، بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المسؤولية الطبية، مرجع سابق.

٥- التزام جراح السمنة بالاعلام وتبصير المريض:

شدّد القانون والقرار السابق ذكره على الطبيب الجرّاح المصرّح له إجراء تلك العمليات إعلام المريض أو وليّه القانوني بمبررات إجراء العملية والفوائد المتوقعة، والمضاعفات والمخاطر المترتبة على العملية، مع الحصول على الموافقة الكتابية المستنيرة من المريض أو وليّه القانوني. ولهذا الالتزام أهمية كبيرة، نظراً لحالة الضعف المزدوج التي يكون عليها المصاب، فهو من جهة ضعيف مضطر وبحاجة للعلاج ليتجنب الألم، ومن جهة أخرى ليس لديه الخبرة في الجراحات الطبية وتقنياتها المتطورة إذا ما قورن بالجراح المتمرس، فيكون اختلال التوازن في العلاقة بين الجراح كمهني، والشخص المصاب[١]. وأساس هذا الالتزام الشرعي يدل عليه القرآن الكريم بآيات كثيرة منها قوله تعالى: "رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزا حكيما"[٢]. وقوله أيضا:" ... وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا" [٣]. فجاء الرسل لتبليغ رسالتهم، ولم يكن العذاب للمخالفين إلا بعد إعلامهم وإعذارهم. وبتطبيق ذلك على جراح إزالة السمنة والمصاب، ينبغي أن يعلم الجراح مريضه بمخاطر العلاج أو الجراحة ومضاعفاتها حتى يكون على بيّنة باتخاذ قرار واعٍ بإجراء الجراحة من عدمها.

ثم أكدّ قانون المسؤولية الطبية الإماراتي ٢٠١٦م صراحة على تبصير المريض من الجرّاح، بخيارات العلاج المتاحة والمضاعفات الطبية المحتمل حصولها بشكل واضح والتي تنجم التشخيص أو العلاج الطبي، أو التدخل الجراحي قبل بدء تطبيقه، والمبادرة إلى علاجها متى أمكن. وعدم خروج الطبيب عن الواجبات المنصوص عليها في القانون[٤]. ومشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني لعام ٢٠١٦م خلا من مثل هذا الالتزام رغم أهميته، الأمر الذي نقترح الأخذ به مستقبلا عن اصدار القانون بشكل نهائي أو التعديلات المرتقبة.

كما أن قانون المسؤولية الطبية الإماراتي ٢٠١٦م، استخدم مصطلحين بشكل مستقل هما الالتزام بالإعلام والالتزام بالتبصير، لذا نقترح دمجهما بالتزام واحد الالتزام بالتبصير. وأهمية التفرقة بينهما تكمن في قيام الالتزام بالتبصير وإن لم توجد علاقة عقدية بين الجرّاح والمريض كون موافقته

(١) سرحان، عدنان فكرة المهني، المفهوم والانعكاسات القانونية، مؤتمر مسؤولية المهنيين، من ٣-٥ أبريل لسنة ٢٠٠٤م، جامعة الشارقة، كلية القانون، كتاب الوقائع، ٢٠٠٦م، ص٧٣.

(٢) القرآن الكريم، سورة النساء، آية رقم ١٦٥.

(٣) القرآن الكريم: سورة الإسراء، آية رقم ١٥.

(٤) م٤ وم٣ مرسوم بقانون بشأن المسؤولية الطبية ٢٠١٦م الاماراتي. وراجع قرار مجلس الوزراء الإماراتي رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٩م باللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨م في شأن المسؤولية الطبية م ٣ وم ٧ منه.

لازمة في كل الأحوال، ولن تكون إرادة المريض ذات معنى ما لم تكن مستنيرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى إبرام وتنفيذ الالتزام، كون الإعلام يكون سابقاً أو عند إبرام العقد، بينما التبصير يصل إلى تنفيذ العقد[١]. لذا يعتبر الأخير أكثر دقة واتساعاً من مفهوم الإعلام، لأن التبصير يقتضي من الجراح إعلام المريض ليس فقط ما سيقدم عليه، بل تبصيره حتى يأذن في التدخل الطبي وهو على معرفة مستنيرة بهذا التدخل الجراحي ونتائجه[٢]. إضافة إلى أن التبصير للمريض يقوم على حقه بمعرفة ما يؤثر في سلامة جسده، ولن يتمكن من الموافقة على قبول العلاج أو رفضه إلا بتبصيره من الجراح، بطبيعة العلاج وفوائده ونتائجه المتوقعة ومخاطره المحتملة وبدائله[٣].

كما يلاحظ ويتضّح بمناقشة النصوص والقرار الوزاري وتحليله أنه لم تحدد الفترة اللازمة لمتابعة مريض السمنة بعد الجراحة، وفي ذلك نرى عدم تحديد مدة معينة وثابتة، وترك أمر تحديدها لأصول مهنة جراحة السمنة، وخبرائها تبعاً لحالة المريض وطبيعة العملية. أو وضع جدول زمني للمتابعة بعد العملية كعامل من عوامل تطوير الأعمال الطبية في مجال السمنة وفقاً لقواعد السلطة العليا للصحة الفرنسية[٤].

ونقترح أن يكون من ضمن شروط إجراء جراحة إزالة السمنة، عدم وجود وسيلة أخرى تحل محلها، وألا ينتج عن إجرائها ضرر أكبر بالشخص السمين، بأن يلتزم الجراح بسلامة المريض، بعدم تعرضه لأي أذى آخر غير السمنة.

---

(١) نجيدة، علي حسن، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، لسنة ١٩٩٢، ص١٦. وكذلك مراد، بن صغير مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٢) مراد، بن صغير مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

(٣) مساعدة، أيمن ومحاسنة، نسرين، الالتزام القانوني بتبصير المريض بالتدخل العلاجي المقترح، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد ٣٧، العدد ١، ٢٠١٠م، ص ١٨٤ ولغاية ص ١٨٦.

(4) Haute Autorité de Santé, Chirurgie de l'obésité : prise en charge pré et postopératoire du patient,

http://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2009-12/chirurgie_de_lobesite_-_prise_en_charge_pre_et_postoperatoire_du_patient_-_serie_de_criteres_de_qualite.pdf
قواعد السلطة العليا للصحة الفرنسية تاريخ ٢٠١٥/١١/١١م الساعة ١٢,٣٠ صباحاً .

المطلب الثاني: جراحة إزالة السمنة في الشريعة والفقه الاسلامي

من خلال الرجوع للقرآن الكريم يلاحظ أن الشريعة الإسلامية جاءت وأكدت على حسن هيئة الانسان وحاله بقوله تعالى: "لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"(١). ثم أكد الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله: "لكل داءٍ دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ باذن الله"(٢). أو قوله صلى الله عليه وسلم: " تداووا، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد: الهرم"(٣). أو قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله لم ينزل داءً إلا أنزل له شفاءً، علمه من علم وجهله من جهل" (٤).

وفي كتب الفقه الإسلامي يقول الأطباء: إن المرض خروج الجسم عن المجرى الطبيعي، والمداواة رده إليه، وحفظ الصحة بقاؤه عليه، فحفظها يكون بإصلاح الأغذية وغيرها، ورده يكون بالموافق من الأدوية المضادة للمرض، فكثير من المرضى يداوون فلا يبرؤون، فنبّه على أن ذلك لفقد العلم بحقيقة المداواة لا لفقد الدواء(٥).

ويستنتج مما سبق إجازة الشريعة والفقه الاسلامي للعمليات الجراحية متى كانت بهدف العلاج أو الشفاء، بخلاف تلك التي تكون بدافع الفتنة والترف فقط. وبتحليل ذلك وتطبيقه على جراحة إزالة السمنة وبما أن السمنة مرض، وجراحة إزالة السمنة تهدف في الأصل إلى العلاج من المرض، واستثناء بهدف التجميل، الذي يكون بحكم الضرورة لإزالة تشويه في المعدة بعد إزالة السمنة. فليس هناك ما يمنع من إجرائها في الشريعة والفقه الاسلامي، لأن معالجة العيب في الشكل الذي يخلق عليه الإنسان، أو يصاب به لاحقا هو تجميل للجسم، وعلاج أيضاً.

إضافة إلى أن الزوجة قد تلجأ لإنقاص وزنها إذا كانت سمينة، وزوجها لا يرغب بذلك ويعتبره عيباً، بأخذ الأدوية، أو تقلل أو تمنع نفسها من بعض الأغذية. وبالمقابل يجوز للزوجة من أجل التجميل

(١) القرآن الكريم، صورة التين، آية رقم 4.

(٢) الألباني، محمد ناصر الدين، سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف، الرياض ٢٠٩-٢٧٣هـ، الطبعة الأولى،١٩٩٦م، كتاب الطب، ١-باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، ص ٥٧٥.

(٣) الألباني، محمد ناصر الدين، سنن أبي داؤد، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض،٢٠٢-٢٧٥ هـ، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م، كتاب الطب، ١- باب في الرجل يتداوى ، ص ٥٨٠.

(٤) الشوكاني، الإمام محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار، دار الجيل، بيروت – لبنان، الجزء السابع، دار الحديث القاهرة، المجلد ٧-٨، بدون سنة نشر، أبواب الطب، باب إباحة الطب وتركه، ص ٢٠٠.

(٥). المازري، الإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر، المعلم بفوائد مسلم، ٥٣٦هـ -١١٤١م، تقديم وتحقيق النيفر، محمد الشاذلي، دار العرب الاسلامي، بيروت-لبنان، جزء ٣ ، ط٢، لسنة ١٩٩٢م، ص ٩٨.

والتزين لزوجها، وليس من باب الضرورة أن تسمن نفسها[١]. وفي ذلك رفع للضرر عنها في حياتها الأسرية والزوجية.

وفي الفقه الوضعي هناك من يرى:" أن الفقهاء لم يتعرضوا لهذه العمليات في حدود علمه، لأن الإنسان لم يكن يعرفها إلا بعد التقدم العلمي الكبير في مجال الطب والجراحة، وأن الناظر في كتب الفقهاء يجدهم قد أباحوا أخذ العلاج للتداوي. وأضاف بأن تعديل قوام الجسم بعملية سحب أو شفط الدهون من الجسم بقصد التداوي والعلاج جائز ما لم يكن يؤدي إلى ضرر أكبر"[٢].

في حين هناك من اعتبر جراحة شدّ الجلد بعد إنقاص الوزن تجميلية وصحيّة، لأنها تمنح للمريض حياة جيدة في إطار مرض السمنة. كون إنقاص الوزن للمريض يؤدي إلى حاجته لشد الجلد فهي لذلك ضرورة صحية ناتجة عن حالة نفسية. لكن في حال حدوث الترهل للجد بعد الجراحة فهذا لا يشكّل خطراً على حياة المريض متى بقي هذا الترهل. فهنا يكون الجانب التجميلي[٣]. أما عملية شفط الدهون فليست علاجاً لمرض السمنة، بل عملية تجميلية لتصحيح قوام الجسم لفئة معينة من الناس، ويجري شفط الدهون للأشخاص الذين يريدون تحسين القوام[٤].

ونحن نرى من حيث الأصل بأن جراحة السمنة هي بهدف العلاج لا التجميل، إلا أنها استثناء من هذا الأصل يمكن اعتبارها تجميلية تتطلبها الضرورة لاصلاح تشويه في الجسم قد يعرّض حياة الإنسان للخطر، وخاصة في المعدة بعد إزالة السمنة.

وهي بذلك تختلف عن جراحة التجميل التي تصلح تشويهاً لا يعرض حياته للخطر[٥]. وهو ما تأكد في أحكام القضاء[٦]. وتختلف أيضاً عن عملية شفط الدهون، التي تعرف بأنها عملية تجميلية يتم فيها إزالة خلايا الشحم من الجسم. أو أنها إجراء جراحي يناسب الرجال والنساء ذوي الأوزان القريبة من

(١)العواري، عبد الفتاح بهيج علي، الأحكام الفقهية للجراحات التجميلة في الفقه الاسلامي، ص٩٩ – ١٠١.

(٢)العواري، عبد الفتاح بهيج علي، المرجع السابق، ص ١٠٤ .

(3) Arnaud Basdevant, Traité Médecine et chirurgie de l´obésité, Médecine sciences Publication, 2011, Page 667.

(٤) الملا، أحمد الكويت، مقابلة نشرت عبر الموقع: www.alanba.com تاريخ الدخول ٢٠١٥/١١/٨م الحادية عشرة والنصف صباحاً.

(٥) الزبيدي، عبد الله محمد علي، الإشكاليات القانونية التي تثيرها المسؤولية العقدية للطبيب في جراحة التجميل، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد ٢، العدد ٤، شوال ١٤٣١هـ، تشرين أول ٢٠١١م، ص ٢٤٦، وص ٢٤٣.

(٦) الطعن المدني، حقوق دبي، رقم ٣٨١ لسنة ٢٠٠٣م، المسؤولية الطبية في ضوء الفقه والقضاء وماهية الخطأ الطبي، مقدم من رياض، محمد نبيل، محاكم دبي، لسنة ٢٠٠٦م، ص ٢١. وكذلك الطعن المدني رقم ٩٣ لسنة ١٥ ق، المحكمة الإتحادية العليا الإماراتية، مكتب فني ١٦– جلسة ١٠/٣٠ اكتوبر/ ١٩٩٤م، ص١٢٥٠. منشور عبر الموقع التالي: www.mohamoon-ju.net ، تاريخ الدخول ٢٠١٥/١١/١م.

الحدود الطبيعية، لديهم تجمعات دهنية تجعل أجسامهم غير متناسقة، وفي كثير من الحالات تكون تجمعات ذات سمة وراثية لا يمكن إزالتها إلا بشفط الدهون(١).

وهناك من أشار إلى وجود ضوابط ستكون إلزامية على ثلاثة مستويات في الإمارات: أولها كيفية اختيار المريض المناسب وأنسب أنواع عمليات الجراحة للمعدة، مما يساهم في تحديد تكلفة العملية. والثاني مدى أهلية الطبيب للجراحة، وعدد الساعات التدريبية التي تلقاها لاستخراج رخصة مزاولة المهنة. والثالث: المراكز الصحية التي تجرى فيها العمليات الجراحية، ومدى توفير الأجهزة اللازمة والرعاية لهذا النوع من العمليات، وتوافر طاقم طبي متكامل خاصة فيما يتعلق بجراحة سمنة الأطفال. ويعود السبب في وضع هذه الضوابط إلى انتشار تلك العمليات كقص، وربط، وتغيير(٢).

وبذلك يلاحظ أن للتدخل الجراحي ضوابط أساسية تتمثل بأربعة أمور: أولها الحصول على ترخيص قانوني بمزاولة مهنة الطب عامة، والجراحة خاصة. والثاني اتباع الأصول العلمية في الطب، والأمر الثالث موافقة المريض بمباشرة الجراحة الطبية. والرابع تبصير المريض من خلال إعلامه بطبيعة العلاج ومخاطره أو مخاطر الجراحة، حتى يكون على بيّنة من وضعه، وإمكانية الموازنة بين التدابير العالجية التي يمكن أن يتبعها(٣).

المبحث الثاني: أساس مسؤولية جراح إزالة السمنة وطبيعتها القانونية

يقع على عاتق جراح إزالة السمنة التزامات وواجبات يجب التحقق منها كما بيّنا في شروط ممارسة هذا النوع من الجراحات، وهنا ينبغي معرفة فيما إذا كان الإخلال نتيجة لخطأ من الجراح، أو نتيجة الإضرار بالمباشرة أو التسبب بعيداً عن فكرة الخطأ، أو نتيجة المخاطر أو تحمل التبعة وهو ما

(١) مقال العليوي، محمد، تحت عنوان: شفط الدهون مطلب للجمال أم ضرورة صحية (www.aawsat.com) وكذلك السدحان، عبد العزيز (www.6abib.com)

(٢) مقال قانوني بعنوان، ضوابط لتراخيص أطباء ومراكز جراحات السمنة في الإمارات، جريدة الاتحاد الإماراتية، الأحد ٨، نوفمبر ٢٠١٥م، الموقع الإلكتروني: www.alittihad.ae/details.php تاريخ الدخول ٢٠١٥/١١/٨ م، الساعة الثانية عشرة والنصف ظهراً. وكذلك حنا، منير رياض، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، لسنة ٢٠١١م، ص٤٠٨ ولغاية ص٤٤٤.

(٣) مراد، بن صغير، مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض، مرجع سابق، ص٢٦٦ وص ٢٦٧. وللمزيد من التفاصيل حول مفهوم الإلتزام بالإعلام انظر عبد الرحمن، خالد، التجارب الطبية – الالتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة ٢٠٠٠م، ص٥١. وآخرون.

نبحثه كأساس لمسؤوليته (المطلب الأول) ثم نبين التكييف القانوني لمسؤولية جراح السمنة المدنية فيما إذا كانت عقدية أو تقصيرية وطبيعة التزامه (المطلب الثاني)

المطلب الأول: أساس مسؤولية جرّاح إزالة السمنة

يقصد بالأساس سبب حق المضرور بالتعويض عن الأذى الذي لحق به من جراح إزالة السمنة. وبالرجوع للقواعد العامة بشأن أساس المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية فقد تراوح بين من نادى بالخطأ المنتج للضرر، ومنها من اعتبره الإخلال بالواجب العام بحدوث الإضرار غير المشروع بالغير المحقق للضرر بالمباشرة أو التسبب دون الأخذ بفكرة الخطأ. ومنها من أقام المسؤولية على أساس المسؤولية بدون خطأ (تحمل التبعة أو المخاطر)، وهو ما نعالجه تالياً:

الفرع الأول: الخطأ

اختلفت التشريعات الوضعية بشأن أساس المسؤولية المدنية فوضع القانون المدني الفرنسي والمصري والكويتي أساساً يقوم على فكرة الخطأ[١] المقترن بتحقق الضرر سواء أكان واجب الإثبات أم الخطأ المفترض، بالنص على أن كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر للغير، يجبر من حصل بخطئه على التعويض[٢]. وبنص آخر بيّن أنه يسأل كل شخص عن الضرر الذي سببه، ليس فقط بفعل ارتكبه بل أيضاً باهماله وعدم تبصره[٣]. في حين جاءت القواعد الخاصة فرجعت لفكرة الخطأ الجسيم – بخلاف ما استقر عليه الفقه والقضاء كما سنرى لاحقا في طبيعة المسؤولية ودرجة العناية المطلوبة – بموجب مرسوم بقانون جديد بشأن المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦م بموجب المادة السادسة حدد مفهوم الخطأ الطبي بأنه: ما يرتكبه مزاول المهنة نتيجة أي سبب من الأسباب التي جاءت على سبيل الحصر وهي: ١- جهله بالأمور الفنية المفترض الإلمام بها في كل من يمارس المهنة من ذات درجته وتخصصه. ٢- عدم اتباعه الأصول المهنية والطبية المتعارف عليها. ٣- عدم بذل العناية اللازمة. ٤-الإهمال وعدم اتباعه الحيطة والحذر. ثم ذكر في آخر النص وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا المرسوم بقانون معايير الخطأ الطبي الجسيم. وتأكد الأخير بموجب م٢٤ من ذات المرسوم بقانون لا يجوز توقيف الطبيب إلا بثبوت الخطأ الطبي الجسيم من المشكو في حقه بتقرير طبي نهائي من الجهة

(١) انظر حول الاختلاف في الآراء الفقهية حول وضوع مفهوم محدد للخطأ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(١)، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، طبعة ٢٠٠٩م، ٨٧٩ ولغاية ص٨٨١.

(٢) م ١٣٨٢ مدني فرنسي، مرجع سابق. يقابلها م ١٦٣ نفس المعنى مدني مصري، مرجع سابق. وم٢٢٧ مدني كويتي نفس المعنى، مرجع سابق.

(٣) م١٣٨٣ مدني فرنسي، مرجع سابق.

الصحية. بخلاف مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني لسنة ٢٠١٦م الذي تمّ اقراره لدى مجلس الوزارء الأردني بتاريخ ٢٧ أبريل لسنة ٢٠١٦م حيث أتى بمفهوم واسع للخطأ ومرن بأنه: " أي نشاط سواء بالفعل أو الترك لا يتفق مع القواعد المهنية، وينتج عنه الضرر"(١). دون ذكر للخطأ اليسير أو الجسيم، بل جاء النص الخاص مطلقاً بخلاف القانون الإماراتي الاتحادي(٢). وجاء النص الخاص الإماراتي تكراراً لما هو منصوص عليه في قانون المعاملات المدنية متفقاً مع القانون المدني الأردني(٣). وهو ما يؤكد الخلط الذي وقع به المشرع الإماراتي في أساس المسؤولية المدنية التقصيرية كما سيتضح لاحقا عند البحث في الإضرار بالمباشرة أو التسبب.

وعرفه السنهوري الخطأ المهني الجسيم بأنه: "الخطأ الذي يتصل ويتعلق بالأصول الفنية المهنية، وهو الانحراف عن المألوف في أصول وقواعد المهنة دون النظر إلى كفاءة أو إمكانية الرجل المتوسط في المهنة ذاتها"(٤). وحديثاً هناك من عرّفه بأنه:" كل فعل أو امتناع ينتج انحرافاً عن الحدود الدنيا المقبولة في الالتزام متى كان ذلك ناتجاً عن قلة احتراز أو إهمال مقرونين بالإرادة(٥).

ونحن نرى بان الخطأ الجسيم في مجال جراحة السمنة هو خطأ الجراح غير المألوف لأصول مهنة الجراحة والتزاماتها، الذي لا يأتيه أقرانه من ذات التخصص والخبرة والكفاءة المهنية متى كانوا في نفس ظروف الزمان والمكان والظروف الاستثنائية المحيطة.

هذا وقد حصل خلاف فقهي حول فكرة الخطأ المهني الجسيم بين مؤيد(مضيق) ورافض(موسع)، وآخر وسطي توفيقي. فالمؤيدون يرون وجوب التمييز بين نوعين من الخطأ، هما الخطأ العادي الذي يصدر من الجراح كأي شخص آخر من الناس مخالفا واجب الحرص المفروض على الكافة، كنسيانه القطن في موضع الجرح. والخطأ الثاني هو الخطأ المهني المتعلق بإصول المهنة كالخطأ في

(١) م٢ مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني ٢٠١٦ الموافق عليه من مجلس الوزراء لاحالته لديوان التشريع.

(٢) للمزيد من التفاصيل انظر أ.د نوري حمد خاطر، نوري حمد، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية" دراسة نظرية مقارنة" مجلة المنارة، تصدر عن جامعة آل البيت – الأردن، المجلد ٧، العدد ٢، لسنة ٢٠٠١م، ص ٤٧ وما بعدها.

(٣) م٢/٣٨٣ معاملات مدنية إماراتي يقابلها م ٢/٣٥٨ مدني أردني المطابقة.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٨٢١ ولغاية ٨٢٤. وللمزيد انظر شقوارة، عماد سالم عبد الله، خصوصية الخطأ المهني، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، سنة ٢٠١٣م، ص ١٣ وما بعدها.

(٥) العماوي، عيسى محمد عيسى، أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل أحكام القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، سنة ٢٠١٤م، ص ١٣.

التشخيص. وبناء على الرأي المؤيد لفكرة الخطأ الجسيم، فيسأل الجراح عن الخطأ العادي مهما كانت درجته يسيراً أو جسيماً، في حين لا تقوم مسؤوليته إلا عن الخطأ الجسيم متى كان الخطأ مهنيا. غير أن الرأي الموسع لمسؤولية الجراح والرافض لفكرة الخطأ الجسيم يتضمن مساءلة الجراح عن كل إهمال في مسلكه الطبي لا يرتكبه جراح في مستواه المهني متى وجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة ومهما كانت درجة جسامة الخطأ(١). بينما الرأي الوسطي التوفيقي فهو يرى بوجوب التفرقة بين أمرين، أولهما خروج الطبيب في عمله المهني عن الأصول المستقرة والمتفق عليها والتي أصبحت من المسلمات، فيسأل عنها مهما كان خروجه يسيراً أو جسيماً. والأمر الثاني المسائل الطبية العملية التي لا زالت محل خلاف ونقاش كالأمراض المستعصية، التي لا يسأل فيها إلا في حال ارتكابه خطأ جسيما(٢).

وبذلك يظهر التساؤل هل هناك خصوصية لخطأ جراح السمنة تميّزه عن الخطأ بالمفهوم العام وفقاً للقواعد العامة في نطاق المسؤولية المدنية، هل يقوم على الخطأ واجب الإثبات من قبل مريض السمنة تجاه الجراح وهو الأصل العام وفقا للقواعد العامة في الإثبات؟ أو يقوم خطأ الجراح على خطأ مفترض بمجرد تحقق الضرر استثناء من الأصل وبالتالي ينتقل عبء الإثبات للجراح؟ وما معيار خطأ جراح السمنة؟ وطبيعة التزامه؟

وعلى الرغم من أن الخطأ الطبي هو شكل من أشكال الخطأ المدني بصورة عامة، إلا أنه يتميّز عنه بخاصيتين أولهما: أن الخطأ الطبي يصدر من شخص صاحب مهنة إنسانية، يقدّم فيها خدمات جليلية، ويحتاج إلى قدر كبير من الاستقرار المتمثل بالطمأنينة. والأمر الثاني، أن الخطأ الطبي يكون محله جسم الإنسان وهو أغلى ما يملك، وما يحرص عليه الإنسان بمنع الاعتداء عليه(٣).

(١) انظر حول الاتجاه المؤيد والاتجاه الرافض ما أشار إليه: خاطر، نوري حمد، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية" دراسة مقارنة" مجلة المنارة للبحوث والدراسات – الأردن، مجلد ٩، عدد٣، لسنة ٢٠٠٣م، ص ٦٩- ٧٣.

(٢) صاحب هذا الرأي: خاطر، نوري حمد، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية" دراسة مقارنة" مجلة المنارة للبحوث والدراسات – الأردن، مجلد ٩، عدد٣، لسنة ٢٠٠٣م، ص٧٣.

(٣) الحسن، بن دالي، معيار الخطأ المدني للطبيب، وكيفية إثباته في ضوء الفقه والقضاء، مجلة المناظرة–هيئة المحامين بوجدة–المغرب، العدد الثالث، لسنة ١٩٩٨م، ص٥٥.

وفي نطاق مسؤولية الطبيب، وبتطبيق القواعد العامة في الإثبات [١]، يكون عبء إثبات خطأ الطبيب على المريض من حيث الأصل وفقا لطبيعة الالتزام[٢] سواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، وذلك بإثبات المريض عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه (متى كان التزام الطبيب بعناية)، وللطبيب نفيه تطبيقاً لمبدأ المجابهة بالدليل بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة في تنفيذ التزامه. أو بأن يثبت المريض وجود التزام الطبيب (متى كان التزام الطبيب بغاية)، وأن الضرر كان نتيجة عدم تحقق النتيجة، أي بمجرد عدم تحقق النتيجة تنعقد مسؤولية الطبيب، ولا يتحلل منها إلا بإثبات السبب الأجنبي[٣]. وفي حال تطبيق القاعدة العامة على جراح السمنة، يقع على الشخص المصاب بالسمنة إثبات عدم تنفيذ الجراح لالتزامه بالعناية المشددة من حيث الأصل. إلا أنه ونظراً لصعوبة إثبات المريض للخطأ المهني يجوز قانوناً نقل عبء الإثبات عن طريق القرائن القانونية والقضائية، وتطبيقاً لذلك التزام الجراح بإعلام المريض وتبصيره بالمخاطر والمضاعفات الناتجة عن العملية قبل اتخاذ القرار بإجرائها، فينتقل عبء اقامة الدليل–كون الالتزام بالإعلام وتبصرة المريض مقرر بموجب القانون أو الاتفاق[٤] على الجراح بأن يثبت قيامه بإعلام وتبصرة المريض بكافة المخاطر. في حين لا نتفق مع من يرى أن الخبرة الطبية تعد السبيل الأمثل أمام المريض (المضرور) لإثبات الخطأ الطبي ذي الطابع الفني المرتكب من جانب الطبيب وقيام مسؤوليته، مؤسسا رأيه على أن هذا النوع من الأخطاء يتطلب الاستعانة بذوي الخبرة من الأطباء الذين هم على علم ودراية بأصول وعلوم مهنة الطب[٥]. وتبرير عدم اتفاقنا مع الرأي السابق، أن الخبرة لا تلزم القضاء، وهي إحدى وسائل الإثبات، إضافة إلى قلة ثبوت خطأ الجراح بالاستناد إلى تقارير الخبرة في الواقع العملي.

(١)عبد الستار، قيس، أحكام وقواعد الإثبات وفقاً لقانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، معدلا بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٦م معززاً بالتطبيقات القضائية، دار الكتاب الجامعي، العين، الإمارات، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠١٤م، ص ٤٤ ولغاية ٥٠.

(٢)أبو مارية، علي، عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة والتوجهات الحديثة للفقه والقضاء، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات – العدد الرابع والثلاثون (١)، تشرين الأول لسنة ٢٠١٤م، ص ١١٧–ص ١٢٤، وص١٢٧.

(٣) للمزيد حول إثبات خطأ الطبيب انظر العازمي، عيد محمد المنوخ، جراحة التجميل بين المشروعية والمسؤولية، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٠م، ص١٥٨ وما بعدها.

(٤) انظر م ١٣٨٢ مدني فرنسي

(٥) النوايسة، باسل، الخبرة الطبية ودورها في إثبات الأخطاء الطبية ذات الطابع الفني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد السادس، العدد الثالث، شوال ١٤٣٥هـ/ آب ٢٠١٤م، ص ٦٤.

وهناك من يرى بأنه يتعين تكييف الالتزام بإعلام المريض بإعتباره التزام بنتيجة وعلى الطبيب إثبات الوفاء به، أو التحلل منه باثبات السبب الأجنبي، وذلك تفادياً لمشاكل إثبات عدم إعلام المريض بمخاطر العلاج والجراحة لأنه بمجرد تحقق الضرر قرينة قانونية لانعقاد مسؤولية الجراح على أساس الخطأ المفترض(١). وكذلك متابعة جراح السمنة للمريض بعد العملية وهو التزام بتحقيق نتيجة، فبمجرد حدوث الضرر للشخص السمين يفترض خطأ جراح السمنة. إضافة إلى التزام الجراح بسلامة الشخص السمين، بعدم تعريضه لأي ضرر ما، غير ما هو مصاب به، كأن يقع الشخص السمين عن السرير، فيفترض خطأ الجراح(٢). وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي(٣). ويلاحظ بأن هذا الالتزام هو سابق على التعاقد فرضه قانون المسؤولية الطبية الإماراتي ٢٠١٦م وفقا لأصول المهنة، والإخلال به يعدّ إخلالاً بالتزام قانوني ملزم بموجب القوانين الطبية والأعراف المهنية.

وتطبيقاً لالتزام الجراح ودرجة العناية المطلوبة منه صدر حكم عن محكمة تمييز دبي مفاده: أن على الجرّاح أن يقوم بواجبه تجاه مريضه بقدر معقول ومناسب من الكفاءة والمهارة، ويجب عليه أن يبذل درجة عالية من العناية والاهتمام واليقظة، والمعيار في ذلك هو ما يقبله أهل المهنة المهرة اليقظين ممن يفترض أن يكون هو في مستواهم، وتقدير القيام بالواجب المناط به بالدرجة المطلوبة منه من عدمه وفقاً لهذا المعيار تستقل به محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة التمييز طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها معينها في أوراق الدعوى، وأن لها مطلق السلطة في تقدير الأدلة والمستندات المقدمة أمامها وفي الموازنة بينها، وغير ملزمة بالأخذ بأي دليل بعينه طالما لم يلزمها القانون بذلك(٤). كما يلتزم الجرّاح ببذل العناية المطلوبة بجهود صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب(٥). وتأكيداً لذلك صدر حكم عن محكمة تمييز قطر مضمونه أن إلتزام الجرّاح ببذل العناية الصادقة لشفاء المريض مناطه ما يقدّمه جرّاح يقظ من أواسط زملائه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة بصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل المهنة

(١) رأي البيه، محسن، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٢) أنظر حول افتراض الخطأ العازمي، عيد محمد المنوخ، جراحة التجميل بين المشروعية والمسؤولية، مرجع سابق، ص١٦١ .

(٣) أنظر الأحكام القضائية الفرنسية في المبحث الثاني: الفرع الأول، المسؤولية التقصيرية لجراح السمنة.

(٤) الطعن المدني رقم ١١٣، محكمة تمييز دبي، السنة ١٩٩٧ القضائية، مكتب فني ٨، جلسة الأحد ٢ نوفمبر لسنة ١٩٩٧م، ص٨٤٥، منشور عبر الموقع التالي: www.mohamoon-ju.net تاريخ الدخول ٢٠١٥/١١/١م.

(٥)الطعن المدني رقم ٤٣١، المحكمة الإتحادية العليا / دولة الإمارات العربية المتحدة، لسنة ٢٢ القضائية، نشر عبر الموقع التالي: www.mohamoon-ju.net ، تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١١/١م.

لينفتح فيها باب الاجتهاد. انحراف الجرّاح عن أداء هذا الواجب خطأ موجب لمسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض ويفوّت عليه فرصة العلاج، شرطه أن يرتبط الخطأ بالضرر ارتباط السبب بالمسبب(١).

وهناك من يرى بأن الخطأ الطبي يعود في جوهره ومعياره إلى الخطأ في المسؤولية المدنية عموما، أي تقصير في مسلك الطبيب أثناء قيامه بعمله المهني الفني ومقتضيات مهنة الطب، ويقاس بأقرانه وبنفس الدرجة والتخصص متى وجد بنفس الظروف لمعرفة سلوك الطبيب فيما إذا كان قد ارتكب خطأ من عدمه(٢). وهو معيار مجرد أو موضوعي يقوم على أساس قياس سلوك الجراح محدث الضرر بسلوك جراح متوسط من نفس مستواه المهني وتخصصه، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية التي يحاط بها، فمتى انحرف عن السلوك العادي والمألوف يتعبر خطأ يوجب مسؤولية الجراح. ويخضع هذا المعيار لضابطين أولهما: مقياس المقارنة بين الجراح الوسط من نفس المستوى المهني، فيقاس سلوك الجراح بسلوك جراح معتاد من نفس اختصاصه. والضابط الثاني هو ضرورة مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت بمسلكه زماناً ومكاناً، والظروف الاستثنائية، ففي الظرف الزماني لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، فما كان يطبق سابقاً ويصلح في مجال الجراحة قد لا يصلح اليوم، والعكس كذلك لتغير المعطيات العلمية، والتطورات التقنية. وبالنسبة لظروف المكان ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار المكان الذي تجرى به الجراحة لمساءلة الجراح، وهو الذي يفرض عليه درجة العناية التي يستطيع تحقيقها للمريض، كالمكان النائي قليل الخدمات قليل وعدم كفاية الأجهزة الطبية فيه إذا ما قورن بالمكان كمستشفى متعدد التخصصات والإمكانيات. إضافة إلى أنه عند مساءلة الجراح ينبغي التفريق بين من يجري الجراحة بتأن وبدون استعجال، وبين من يجريها في حال وصول المريض بحالة مستعجلة

(١)الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٢٠٠٩م تمييز مدني قطري، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، وغيرها بمحكمة التمييز، السنة السادسة، من يناير ٢٠١٠ ولغاية ديسمبر ٢٠١٠م، ص٧١جلسة ١٢ يناير لسنة ٢٠١٠م منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.mohamoon.ju.net، تاريخ الدخول للموقع ٢٠١٥/١١/٣م. ونفس المعنى تمييز حقوق دبي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٣ و ١١٩ لسنة ٢٠٠٣ ، دائرة العدل (دبي) – محكمة تمييز – المكتب الفني، العدد الرابع عشر – الجزء الأول (حقوق) لعام ٢٠٠٣م، ص ٧٠٥، جلسة الأحد ٨ يونيو لسنة ٢٠٠٣م، ممنشور عبر الموقع التالي: www.mohamoon-ju.net ، تاريخ الدخول ٢٠١٥/١١/١م.

(٢)الجمال، مصطفى، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج١، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية،– بيروت، لسنة ٢٠٠٤م، ص ١٠٤.

وهو ما يسمى بالظروف الاستثنائية المحيطة بالجراح[١]. وهو ما نتفق معه بامكانية تطبيقه بشأن معيار خطأ جراح السمنة لتحقيق الطمأنينة في العمل للجراح وإنصافاً له دون تشدد مفرط، ودون تهاون.

الفرع الثاني: الإضرار غير المشروع بالمباشرة أو التسبب

وبخلاف القانون الفرنسي والمصري والكويتي يتفق قانون المعاملات المدنية الإماراتي والأردني على أساس آخر هو الإضرار غير المشروع سنداً للنص القانوني: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، ويكون الإضرار إما بالمباشرة أو التسبب"[٢].

وبناء عليه فإن ما قصده المشرّع بفعل الإضرار هو الفعل غير المشروع المجاوز للحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر، وهذا ينسجم مع الفقه الحنفي في معنى مصطلح الإضرار[٣].

وينتفي ضمان الضرر الناتج عن الفعل المشروع سنداً لنص القانون" الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"[٤]. ويقصد بهذه القاعدة أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً، لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه، وإلا لم يكن جائزاً[٥].

وهناك من يرى أن التمسك بفكرة الخطأ أساسا لقيام المسؤولية بالتعويض، ومعيار البحث عن سلوك المدين، وعدم مسؤوليته متى كان سلوكه سوياً تتعارض مع قيام المسؤولية المدنية على أساس المباشرة أو التسبب بعيداً عن فكرة الخطأ الذي يشترط الإدراك لتقرير الإنحراف عن السلوك ومساءلة

(١) الحسن، بن دالى، معيار الخطأ المدني للطبيب وكيفية إثباته، مرجع سابق، ص ٥٨ ولغاية ٦٣. وكذلك أبو زيد، محمد محمد، نحو إرساء القضاء الكويتي لأحد مبادىء المسؤولية الطبية (معيار خطأ الطبيب): تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية، (الدائرة التجارية الثانية) الصادر في جلسة ١٩٩٢/١/٢٧، في طعن رقم ٩٠/٢٠٦ تجاري، مجلة الحقوق (الكويت) المجلد العشرون، العدد الأول، ٣٣١-٣٣٣. ونفس المعنى خاطر، نوري حمد، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية" دراسة مقارنة" مجلة المنارة للبحوث والدراسات– الأردن، مجلد ٩، عدد٣، لسنة ٢٠٠٣م، ص ٧٣.

(٢) م ٢٨٢ معاملات مدنية إماراتي اتحادي، مرجع سابق. يقابلها م ٢٥٦ مدني أردني المطابقة.

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، الجزء الأول، دائرة القضاء–أبو ظبي، ط١،٢٠١٤م، ص٤٠٨. وللمزيد من التفاصيل راجع الزحيلي، محمد: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الجزء الأول، دار الفكر– دمشق، ط١، لسنة ٢٠٠٧م، القاعدة ٩٦، ص ٥٣٩.

(٤) انظر م ١٠٤ معاملات مدنية إماراتي وأصلها م٩١ من مجلة الأحكام العدلية، يقابلها م ٦١ مدني أردني المطابقة

(٥) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، المرجع السابق، ص ١١٥.

الفاعل. وبذلك فإن المسؤولية الموضوعية تقوم على رفض فكرة الخطأ والتمييز بين الالتزام ببذل الجهد والالتزام بنتيجة، كون التعويض يرتبط بوجود صلة بين فعل المسؤول والضرر، بمعنى العناصر المادية المكونة للضرر مما يؤدي إلى نسبة الضرر لفاعله، وليس سلوك المدين متى ارتكب خطأ. وهو الخلط الذي وقع فيه المشرع الإماراتي في ظل قانون المسؤولية الطبية لسنة ٢٠٠٨م سابقا الذي أقام مسؤولية الطبيب على الخطأ، وبقي كذلك في القانون ٢٠١٦م وهو ما رفضه في ظل القواعد العامة للمسؤولية المدنية(١). كما أن معيار التمييز بين الالتزام بغاية وبعناية لا يكون بمدى اتصال سلوك أو إرادة الدائن بتحقيق النتيجة، متى كان الالتزام من حيث المبدأ التزاما بتحقيق غاية، ثم تدخلت إرادة الدائن بمنع تحقيق النتيجة، ونكون أمام انقطاع لعلاقة السببية بين خطأ المدين وعدم تحقق النتيجة(٢). وخلافا للرأي السابق رأي آخر يشترط في التسبب التعمد، بمعنى أن الفاعل يريد الفعل والنتيجة(٣). وهو ما يصعب تطبيقه على جراح السمنة لأن التعدي يكون بمجاوزة الحد المألوف. وعليه لا يسأل الجراح متى لم يتجاوز أصول مهنته.

وفي ظل القانون الخاص الاماراتي الجديد ٢٠١٦م يلاحظ أنه عاد لفكرة الخطأ الجسيم، كمعيار للخطأ بخلاف ما استقر عليه القضاء دون تفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير. ولم يرجع لفكرة الإضرار غير المشروع بالمباشرة أو بالتسبب المستمدة من الفقه الإسلامي والتي استند إليها كأساس للمسؤولية المدنية. وبما أن قانون المسؤولية الطبية هدفه الجوهري مساءلة الطبيب تأديبياً. فإن القواعد العامة في الفعل الضار هي أساس التعويض متى كان الفعل بالمباشرة أو التسبب. ويساعد في ذلك فكرة التأمين من المسؤولية التي نادى بها قانون المسؤولية الاماراتي القديم ٢٠٠٨ وأكد بقاءها والزاميتها القانون الجديد لعام ٢٠١٦م(٤). كما أن الأخير رتب الأثر بعدم قبول الدعوى أمام القضاء في حال لم يتم اللجوء للجان الطبية حسب الأصول من قبل المريض. إلا أننا نرى أن مساءلة الطبيب تأديبياً لا تنصف المريض، ولا تعد بديلاً عن أحقيته بالتعويض عن الضرر وجبره لتخفيف الأذى الذي لحق به استناداً إلى القواعد العامة في الفعل الضار.

(١) خاطر، نوري حمد، مسؤولية الطبيب بين الالتزام بعناية والالتزام بنتيجة، مجلة الميزان، مجلة شهرية تصدر عن وزارة العدل الاماراتية، العدد ١٩١، السنة الثامنة عشرة، مايو ٢٠١٦م، ص ٣٦ – ٣٧.

(٢) جميعي، حسن عبد الباسط، مدى افتراض الخطأ المهني في ظل تقسيم الالتزامات إلى التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية، مؤتمر مسؤولية المهنيين، جامعة الشارقة، كلية القانون، من ٣– ٥ ابريل ٢٠٠٤م، كتاب الوقائع، ٢٠٠٦م، ٢٧ – ٢٩.

(٣) سرحان، عدنان، المصادر غير الإرادية للالتزام (الفعل الضار، الفعل النافع، القانون)، المرجع السابق، ص ٣١.

(٤) خاطر، نوري حمد، المرجع السابق، ص ٣٩ – ٤٠.

وبتطبيق ذلك الرأي على جراح إزالة السمنة، يكون الطبيب مباشراً للفعل المكون للضرر متى سبب ضرراً للمريض بتدخله بالعلاج متى كان التدخل علة في حدوث الضرر، بينما يكون متسبباً متى حدث الضرر من آلة أو جهاز استخدمه الجراح أو متى حدث الضرر بفعل تابعيه، وبناء على ذلك لا يسأل الطبيب متى لم يتجاوز حدود مهنته المعتادة وفق الأصول الطبية. وهو ما نؤيده في ظل تطور قواعد المسؤولية المدنية، ونظرا للتطور المستمر في التكنولوجيا الحديثة وأثرها على المسؤولية المدنية، وصعوبة إثبات خطأ جراح السمنة المهني من المريض، إلا من خلال القرائن وظروف الجراحة، فإننا نؤيد القول بقيام مسؤولية جراح السمنة على أساس المباشرة أو التسبب. وبناء على ذلك تكون العناية المطلوبة منه عناية أمثاله من أهل الاختصاص والخبرة اليقظين نظراً لخطورة هذه الجراحة التي يجتمع فيها طلب ورغبة المريض للشفاء والسلامة[١] (من أي أذى آخر غير السمنة) والتجميل لإزالة التشويه المؤثر.

الفرع الثالث: المسؤولية بدون خطأ (تحمل التبعة أو المخاطر)

تستند إلى فكرة الغنم بالغنم، إذ إن المتبوع يحصل على نفع أو ربح من نشاط التابع، فمن باب أولى أن يتحمل النتائج الضارة الناشئة عنه أثناء تادية عمله وإن لم يرتكب خطأ، وهي تقوم على تأسيس مسؤولية المستشفيات العامة والخاصة عن الضرر الذي يحدثه الطبيب أو الجراح العامل تحت رقابتها وإشرافها[٢]، لذا يصعب تطبيقها على جراح السمنة الذي يجري العملية في مركزه الخاص أو عيادته الخاصة. كما أنها تفتقد للأساس السليم كون الالتزام بالتعويض لدى القانون المدني الفرنسي والمصري والكويتي لا يكون إلا على من تسبب بخطئه في حدوث الضرر[٣]. وتوجب هذه الفكرة التعويض عن الضرر الواقع باعتباره واقعة مادية، ولو لم يتوفر عنصر الخطأ كأحد أركان المسؤولية المدنية التقصيرية[٤].

(١) سرحان، عدنان، فكرة المهني، المفهوم والانعكاسات القانونية، مرجع سابق، ص٧٨ – ٧٩.

(٢) العازمي، عيد المنوخ، جراحة التجميل بين المشروعية والمسؤولية، مرجع سابق، ص١٦٩-١٧٢. والآودن، سمير عبد السميع، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، مرجع سابق، ص ٢٤٠. وحسين، أنور يوسف، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة أسيوط، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤م، ص ٤٩٩ – ٥٠١.

(٣) م ١١٣٨٢ مدني فرنسي، مرجع سابق. وم١٦٣ مدني مصري، مرجع سابق. وم ٢٢٧ مدني كويتي مرجع سابق. السابق الإشارة إليها عند البحث في أساس المسؤولية لجراح السمنة.

(٤) الزحيلي، وهبة، الفقه الاسلامي وأدلته، ج٤، دار الفكر – دمشق، ط٢، ١٩٨٧م، ص ٢٩٨.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لجراح إزالة السمنة

لم نجد دراسات عربية متخصصة تبحث في مسؤولية جرّاح السمنة، بل أغلب الدراسات والمؤلفات العامة، كانت تبحث في المسؤولية المدنية أو الجزائية الطبية أو مسؤولية الطبيب أو في مسؤولية الطبيب الجرّاح عامة. حيث ظهر في المسؤولية الطبية عامة اتجاهان في الفقه: أحدهما نادى بالمسؤولية العقدية مستنداً إلى فكرة الخطأ العقدي القائم على الإخلال(١). والرأي الآخر أقام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن إخلال الجرّاح بالتزامه بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بعملية التدخل الجراحي وآثارها وتبصيره بمضاعفاتها قبل البدء بالجراحة، يحقق قيام المسؤولية التقصيرية، كون الالتزام بالتبصير والموافقة للمريض على إجراء الجراحة التزام سابق على التعاقد، يستند إلى مبدأ حسن النية قبل التعاقدي(٢) – كما سنوضح دوره لاحقاً للأهمية – ومنهم من يرى بقيام مسؤوليته عن الخطأ اليسير متى كان واضحاً (٣).

وبناء على ذلك نبحث في المسؤولية التقصيرية لجراح إزالة السمنة في (الفرع الأول) ثم نعالج المسؤولية العقدية وطبيعة التزام جراح إزالة السمنة في (الفرع الثاني) والتكييف المختار للمسؤولية جراح إزالة السمنة وطبيعة التزامه في (الفرع الثالث) وفق التالي:

الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية لجراح إزالة السمنة

استقر موقف القضاء على أن مسؤولية الجراحين والأطباء عامة تخضع للقواعد العامة، وأنه متى تحقق القاضي وثبت لديه الخطأ الطبي أو المهني المنسوب إلى الطبيب أو الجراح، وأياً كانت درجته جسيماً أو يسيراً، وأن ثمة رابطة سببية بين الخطأ والضرر، فإنه يتعين مساءلته عن خطئه، ذلك أن اباحة عمل الطبيب مشـــــروط بأن يكــون ما يجريه مطابقاً للأصــول العلمية المقررة، دون إفراط أو

(١) وللمزيد حول معيار الخطأ الطبي راجع خاطر، صبري حمد، معيار الخطأ الطبي، مؤتمر الشارقة، مرجع سابق، ص ١٢٧ ولغاية ١٣٨.

(٢) المهدي، نزيه محمد الصادق، المشكلات المعاصرة للمسؤولية المدنية للطبيب، مقدم إلى مؤتمر مسؤولية المهنيين، جامعة الشارقة، كلية القانون، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في الفترة من ٣ ولغاية ٥ إبريل لسنة ٢٠٠٤م، كتاب الوقائع، لسنة ٢٠٠٦م، ص ٩٠ – ٩١.

(٣) السعدي، واثبة، إباحة العمل الطبي والمسؤولية الجنائية للطبيب، مؤتمر مسؤولية المهنيين، جامعة الشارقة – كلية القانون، من ٣ ولغاية ٥ إبريل لسنة ٢٠٠٤م، كتاب الوقائع، ص ١٤٩.

مخالفة، وأن يبذل جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في عالم الطب[١].

وقد أقرت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات المبدأ القانوني القائم على مسؤولية الطبيب نتيجة تقصيره في بذل العناية المعتادة في سبيل شفاء المريض وفقاً لتقاليد المهنة وأصولها العلمية، وأن استخلاص الخطأ الموجب للتعويض يخضع لتقدير محكمة الموضوع. ففي قضية مضمونها وفاة مورث بسبب خطأ رئيس الفريق الطبي في مستشفى المفرق، لكونه لم يبذل العناية المعتادة في سبيل شفاء المريض وذلك برفضه تنظيف الجروح الناتجة عن حادث مروري وتداخل جراحي رغم وجود أعراض واضحة للالتهابات وارتفاع درجة حرارة المريض، وإشارة طبيب آخر بضرورة التنظيف مما أدى لنقل المريض لمستشفى الشيخ خليفة، حيث حاول أطباؤها إجراء التداخل الجراحي لتنظيف الجرح دون جدوى لتفاقمها ووجود تعفن وموت الأنسجة والعضلات مما أدى بحياة المريض[٢].

وهنا يظهر التساؤل حول طبيعة الالتزام ونوع المسؤولية الناتجة عن الإخلال بعدم أخذ الموافقة أو عدم تبصير المريض بمضاعفاتها على فرض الثبوت، هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟

أجاب القانون المدني الفرنسي صراحة على ذلك بموجب المادة ١٣٨٢ منه ومفادها أن الإخلال بالالتزام بالإفضاء بالمعلومات عند إبرام العقد يعتبر خطأ سابق على التعاقد ويجد جزاءه في أحكام المسؤولية التقصيرية. ويقع إثبات هذا الخطأ أو الالتزام الخاص بالإعلام على الشخص الملزم به قانونا

(١) المحكمة الاتحادية العليا–الإمارات، الأحكام الجزائية، الطعن رقم ٣١٨، لسنة ٢٠١٥ قضائية، بتاريخ ٢٠١٦/٢/٢٩م منشور عبر شبكة قوانين الشرق: wwweastlaws.comتاريخ الدخول للموقع الالكتروني ٢٠١٦/١٠/١٩م. وكذلك انظر المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٦٧ لسنة ٣٠ القضائية، مكتب فني ٢٢، جز١، ص ٤٠٣، تاريخ الجلسة ٢٠٠٠/٣/١٢م منشور عبر الموقع الإلكتروني السابق، بنفس تاريخ الدخول. حكم محكمة التمييز الأردنية الحقوقي، رقم 2119/2008 (هيئة خماسية) بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٤م منشور عبر شبكة قوانين الشرق الموقع الإلكتروني: www.eastlaws.com تاريخ الدخول ٢٠١٦/٩/١٠م صباحاً. وكذلك حكم محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعر رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٣م، القضائية، مكتب فني ٣١، ج٣، تاريخ الجلسة ٢٠٠٣/٣/٢٧م، ص ٣٨٨. الموقع أعلاه، المرجع الإلكتروني السابق بنفس تاريخ الدخول. وحكم محكمة التمييز الكويتية، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم ٤٣٩، لسنة ٢٠٠٧م، القضائية، تاريخ الجلسة ٢٠٠٨/٩/٩م، منشور عبر الموقع الإلكتروني السابق بنفس تاريخ الدخول.

(٢) طعن مدني رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٨م، صادر عن المحكمة الاتحادية العليا–أبو ظبي، مجلة الشريعة والقانون، العدد الحادي والأربعون، يناير، ٢٠١٠م، ص ٣٦٣ ولغاية ٣٦٤.

أو تعاقدياً وهو جراح السمنة الذي عليه أن يقدم الدليل على تنفيذ الالتزام[١]. ويستطيع الطبيب الجراح إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن[٢]. في حين نتفق مع الرأي القائل بوجوب التفريق بين التبصير للمريض بحد ذاته، وبين طبيعة المعلومات التي يجب الإدلاء بها[٣]، لأن التبصير هو حق للمريض في سلامة جسده وتقرير مصيره، ويعتمد في ذلك على ما قدّمه الطبيب من معلومات حتى يكوّن المريض رأياً سليماً بالموافقة أو الرفض للعلاج أو التدخل الجراحي.

وتطبيقاً على مسؤولية جرّاح السمنة صدر حكم لمحكمة فرنسية أفاد بقيام المسؤولية التقصيرية للجرّاح متى أخل بواجبه في تبصير وإعلام المريض عن كل ما هو مطلوب من الجرّاح، كأن تكون المعلومات التي يعطيها الطبيب كاملة، لأن جراحة السمنة لا يجب أن تكون حلاً سهلاً يقوم مقام الحمية. وأخذ رأي المريض أمر ضروري ومهم، لأنه يترتب عليه نتائج نفسية واجتماعية. وجاء تبرير المحكمة لتأسيس المسؤولية التقصيرية للطبيب على أساس أن الأخير أخل بواجب الإعلام للمريض، إذ إن مؤشر كتلة جسم المريض لم تدل على سمنة مفرطة، ولم يشتك من عوارض صحية أخرى، نفسية أو صحية تبرر للجرّاح إجراء العملية. وأخل بواجب متابعة المريض المطلوبة خلال فترة زمنية معينة وبصفة منتظمة. فقرّرت المحكمة التعويض للمضرور المريض بفوات فرصة العلاج بعدم إعلامه. وعدم تتبع الحالة بعد العملية أي تأخر الطبيب عن التشخيص بعد العملية مما ضاعف الأضرار، والتعويض عن جميع المخاطر الناتجة عن العملية والتي لا مبرر لها. ونحن لا نتفق مع حكم المحكمة الفرنسية التي أقامت مسؤولية جراح السمنة على الخطأ المفترض بمجرد تحقق الضرر، كونه عودة إلى فكرة الخطأ المختلفة عن الأضرار بالمباشرة أو التسبب. ولثبوت الإخلال بكافة صوره المذكورة سواء الإخلال بالإعلام الواجب قانوناً على الجراح، أو الاخلال بمتابعة المريض بعد جراحة السمنة، والتي تعطي الحق للمضرور بالتعويض عن كافة الأضرار الناتجة عن مخاطر الجراحة وفق الحيثيات السابقة[٤].

---

(١) نقض مدنية ١(حكم الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض الفرنسية)، ٢٥ شباط /فبراير/ ١٩٩٧م: نشرة مدنية ١(نشرة أحكام الغرف المدنية لدى محكمة النقض الفرنسية)، رقم ٧٥، التقرير، ص٢٧١، كبرى مدني، ط١٢، رقم ١٦، دالوز ١٩٩٧.

(٢) نقض مدنية١(حكم محكمة النقض المدنية الأولى الفرنسية)، ١٤/تشرين الأول/ اكتوبر ١٩٩٧م، نشرة أحكام الغرف المدنية لدى محكمة النقض الفرنسية، رقم ٢٧٨، التقرير ص٢٧١، الاسبوع القانوني، ١٩٩٧، ص١١.

(٣) مساعده، أيمن، ومحاسنة، ونسرين، الالتزام القانوني بتبصير المريض بالتدخل العلاجي المقترح، مرجع سابق، ص١٨٤ ولغاية ١٨٧.

(4) «Complication d'une gastroplastie », 2010, Responsabilité n°46, http://www.risque-medical.fr/decisions-justice/chirurgie/complication-gastroplastie-267

تاريخ الدخول للرابط ٢٠١٥/١٠/١١م الساعة الحادية عشرة والنصف ليلاً

وقد ينتج الضرر بسبب استخدام الشيء فهل تقوم مسؤوليته الجراح عن حراسة الشيء؟

للاجابة عن هذا التساؤل وتجنباً للخلط بين فعل الجرّاح وفعل الآلة ينبغي أن نفرّق بين أمرين، أولهما: الشيء متى كان مجرد أداة في يد الشخص، والثاني الآلات الطبية كشيء. ففي الأمر الأول: لا تقوم مسؤولية حارس الشيء لأن الأخير مجرد أداة في يده استخدمها لإحداث الضرر، كمن يطلق الرصاص على شخص من مسدس آلي، فالمسدس على الرغم من أنه من الأشياء الخطرة بطبيعتها، إلا إن تدخله كان مجرد أداة في يد حارسه، ولا يستند الضرر إلى المسدس كشيء، بل إلى الشخص الذي أطلق الرصاص تأسيساً على القواعد العامة في المسؤولية عن الأفعال الشخصية واجبة الإثبات.

بينما الأمر الثاني وهو الشيء كالآلات الطبية، فتقوم مسؤولية حارس الشيء على الخطأ المفترض، لأن الآلة ليس لها حركة إلا بتحريك صاحبها، لذا يلزم عدم الخلط بين فعل الجراح وفعل الآلة(١).

وحتى يتحقق افتراض الخطأ من الجراح يجب تحقق شرطين: أولهما أن يكون حارساً للشيء بسيطرته الفعلية عليه، وهو لحسابه الخاص وليس لجهة حكومية، والثاني عدم وجود عقد علاج بين المريض والجراح، لأنه متى وجد عقد العلاج واستخدم الجراح شيئاً كآلة جراحية، وتسببت في الإصابة بضرر المريض، فلا تقوم مسؤوليته، إلا إذا أثبت المريض الخطأ في جانب الجراح، كإثبات عدم صلاحية الجهاز للعلاج أو إهمال الجراح في استخدامه. وبأعمال ذلك على جراح السمنة نعتقد أنه تشدد غير مبرر في حق الجراح، ومبالغة في حماية المضرور على حساب الجراح. إضافة إلى أنه يؤثر سلباً في عمل الجراح، فيصبح بقلق دائم ويؤثر في تطور الأعمال الجراحية الطبية، ويهدد استخدام الأجهزة المتطورة(٢).

وجدير بالذكر أنه قد تقوم المسؤولية التأديبية لجراح السمنة متى ثبتت المخالفة المرتكبة أو الأفعال الضارة بحق المصاب بالسمنة، وتطبيقاً لذلك مخاطبة نقابة الأطباء الأردنيين وزارة الصحة بقرارها وقف عمل الطبيب الخاص بجراحة السمنة المحال إلى النيابة العامة لغاية الانتهاء من مجريات التحقيق، وذلك بعد صدور قرار مجلس نقابة الأطباء بإيقاف طبيب إزالة السمنة بناء على قرار المجلس التأديبي المتخذ سنداً لنص المادة ٥٣ من قانون نقابة الأطباء الأردنية: "إذا رأى مجلس التأديب أسباباً

(١) انظر الابراشي، حسن زكي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، بدون سنة نشر، ص ٣٤٩. وكذلك زهرة، محمد المرسي: المصادر غير الإرادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (الفعل الضار والفعل النافع)، مطبوعات جامعة الإمارات، ط١، لسنة ٢٠٠٢م، ص ٤٢٦-٤٣٥.

(٢) البيه، محسن، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٢٤٩-٢٥٣.

كافية لإيقاف الطبيب عن العمل مؤقتاً حتى نهاية المحاكمة، يرفع قراره لمجلس النقابة الذي له حق إصدار أمر التوقيف، وكان ذلك إثر مخالفة جراح السمنة الصادر قرار التوقيف بحقه بموجب وثائق تؤكد إجراءه لخمس عشرة عملية يومياً بما يخالف كافة الأعراف الطبية و٤٣ عملية يومياً قبل اثارة القضية، وتقدّمت جهة رسمية بالشكوى ضده، ثم شكّلت لجنة تحقيق وأحيل للنائب العام(١). ونحن نرى بعدم جدوى جدوى المسؤولية التأديبية في حق مصابي السمنة، كون إيقاف الطبيب لا يحقق إنصافاً لهم، ولا يعد بديلاً عن قيام المسؤولية التقصيرية أمام القضاء والمطالبة بالتعويض. كما أن مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني لسنة ٢٠١٦م، لم يجز توقيف مقدم الخدمة المشتكى عليه بجرم ارتكاب خطأ طبي أدى إلى وفاة أحد المرضى أو إصابته أو عجزه إلا بصدور حكم قطعي. ولا يحول ذلك دون قيام الجهة المختصة وفقاً لأحكام التشريعات النافذة من كف يد مقدّم الخدمة عن مزاولته لمهنته أو اتخاذ أي إجراء تأديبي آخر في حقة في حال صدر حكم قضائي قطعي بعدم مسؤوليته سنداً للمادة العاشرة من المشروع المذكور.

في حين بيّن قانون المسؤولية الطبية الإماراتي الجديد ٢٠١٦م أنه لا يجوز توقيف الطبيب إلا بثبوت الخطأ الطبي الجسيم من المشكو في حقه بتقرير طبي نهائي من الجهة الصحية(٢). ويعاقب كل من يثبت ارتكابه خطأ طبي جسيم وفقاً للمرسوم الجديد بالحبس مدة لا تزيد على سنة والغرامة التي لا تجاوز مائتي ألف درهم أو باحدى هاتين العقوبتين، وفي حالة وفاة الشخص تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين، والغرامة التي لا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو باحدى العقوبتين(٣). ورتب القانون ذاته أثر اللجوء للقضاء قبل إحالة الأمر للجان المسؤولية الطبية بعدم قبول دعوى التعويض التي ترفع سنداً للمادة ١٨ منه.

إلا أنه يلاحظ رجوع القانون الخاص الجديد الإماراتي إلى فكرة الخطأ الجسيم للطبيب–رغم الاستقرار القضائي على عدم التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير–متى ارتكبه نتيجة سبب من الأسباب الحصرية(٤). بخلاف مشروع القانون الأردني ٢٠١٦م الذي جعله مطلقاً شريطة تحقق الضرر دون تفريق بين خطأ يسير أو خطأ جسيم(٥). على الرغم من أن القواعد العامة في كلا القانونين أقاما المسؤولية على المباشرة والتسبب كما سبق بيانه. بينما أقامه المشرع الفرنسي على الخطأ المفترض من

(١) جريدة الدستور الأردنية، صحيفة يومية، ٢٠١٦/٣/٥م، الموقع الإلكتروني: www.adustour.com

(٢) م ٢٤ من قانون المسؤولية الطبية ٢٠١٦م.

(٣) مرسوم بقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٦، بشأن المسؤولية الطبية الإماراتي.

(٤) م ٦ مرسوم بقانون المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦م.

(٥) م ٢ مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني ٢٠١٦م.

جانب الطبيب[١]. في حين يلاحظ بعد الرجوع للمواد (٢، ٤، ٨، ١٠) من مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني أن مقدّم الخدمة قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً يمارس مهنة من المهن الطبية أو الصحية ويقوم بعمل من أعمال الخدمة في المكان المرخص له لتقديم الخدمة. وتتحدد المسؤولية الطبية والصحية بناء على مدى التزام مقدم الخدمة بالقواعد المهنية ذات العلاقة. وبيّن مشروع القانون الأردني وجود لجنة فنية عليا تشكّل حسب الأصول يكون من مهامها وصلاحياتها النظر في الشكاوى المقدمة إليها من متلقي الخدمة أو ولي أمره أو وصيه أو الوزير أو النقابة المعنية بحق مقدّم الخدمة ورفع قراراتها إلى الوزير أو النقابة المعنية أو الجهة القضائية المختصة. ولهذه اللجنة أن تتخذ قرارها أو تبدي رأيها الفني إذا أحيلت إليها الدعوى أو الشكوى من الجهة القضائية المختصة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الشكوى أو الطلب لإبداء رأيها الفني.

كما أن موقف قانون المسؤولية الطبي الإماراتي لسنة ٢٠١٦م[٢] نص صراحة بموجب المادة الثامنة على أهمية أخذ موافقة المريض قبل إجراء جراحة السمنة، وتبصيره بالآثار والمضاعفات التي قد تنتج عنها وهما إلتزامين سابقين على التعاقد. ثم جاءت المادة ١٩ من ذات القانون، وبيّنت أن الجهة الصحية هي التي يقدم أو يحال لها الشكاوى المتعلقة بالخطأ الطبي وفقاً لضوابط تحددها اللوائح التنفيذية، وعلى الجهة الصحية إحالة الشكوى للجنة المسؤولية الطبية التي تضع تقرير مسبب في كل حالة تعرض عليها وما ثبت لديها. وهنا يظهر التساؤل المهم ممن تتشكل هذه اللجان الطبية التي تضع التقرير: هل جميعهم أطباء؟ أم يوجد قانونيون؟

بالرجوع لقانون المسؤولية الطبية الإماراتي يلاحظ أن نص المادة ١٨ منه يدل صراحة على تشكيل مثل هذه اللجان من الأطباء المتخصصين، وهذا برأينا منتقد وقصور واضح لعدم وجود خبراء من رجال القانون لإعطاء المصداقية الأكيدة ومنعا لتواطؤ الأطباء المتخصصين مع بعضهم البعض. لذا نقترح إعادة النظر بهذا النص، وأن تتضمن اللجنة الطبية من لديهم الخبرة من رجال القانون في مثل

(١) م١٣٨٢ مدني فرنسي، مرجع سابق.

(٢) استخدام النص الخاص في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي لمصطلح الخطأ الطبي، ومسمى القانون –المسؤولية الطبية – وهو ما درج عليه الفقه وشرّاح القانون للدلالة على الخطأ الذي يؤدي ثبوته إلى انعقاد مسؤولية الطبيب، أو المسؤولية الطبية. **ونحن نتفق** مع من يفضّل استعمال مصطلح خطأ الطبيب أو خطأ الجرّاح لدقته وشموليته ودلالة التعبير السليم، وحتى لا يحدث الخلط بالفهم بين الخطأ الطبي المرتبط بالأعمال الطبية فقط، وبصرف النظر عن مرتكب الخطأ. وبين خطأ الجرّاح المنسوب إلى شخص بمقتضى صفته كجرّاح. انظر البيه، محسن عبد الحميد، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مطبوعات جامعة الكويت، بدون طبعة، لسنة ١٩٩٣م، ص٨.

هذه القضايا. اقتداء بموقف مشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني لسنة ٢٠١٦م، الذي أدخل المستشار القانوني في وزارة الصحة ضمن تشكيل اللجنة العليا الفنية سنداً للمادة ٨/فقره أ/بند ٦ منه وهو ما يشكل مصداقية أكبر وتجنباً لتواطؤ الأطباء المختصين.

كما يستنتج من النص إمكانية الأخذ بفكرة الخطأ المفترض ضمناً– التي نادى بها القانون والقضاء الفرنسيين–بمجرد تحقق الضرر لقيام مسؤولية الجراح، نظراً لاشتراط القانون الإماراتي المتعلق بالمسؤولية الطبية موافقة المريض وتبصيره بالآثار والمضاعفات التي قد تنتج عنها. وأعطى للجنة العليا للمسؤولية الطبية ابداء الرأي بمدى وجود خطأ الطبيب من عدمه وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا طلبت الجهات المختصة منها ذلك(١). وهو ما يؤكد الخلط في قواعد المسؤولية المدنية عموماً وقانون المسؤولية الطبية الإماراتي.

وبذلك فإن إقرار الموافقة الذي يأخذه الجراح من المصاب لا يعفيه من المسؤولية، نظراً للضرورة الملزمة للجراح بإعلام وتبصير المريض بالمضاعفات وخيارات العلاج. الأمر الذي يصبح معه عدم جدوى تطبيق المبدأ المعمول به بشأن الأخطاء الطبية التي يعفى الطبيب فيها عند علاج المريض وفقا لأصول المهنة وإن نتج عنه ضرر(٢). وهذا على فرض حضور المريض بدون عجلة من أمره، وإلا فمتى كان التدخل الجراحي مستعجلاً، كأن يصل الشخص المصاب بالسمنة فاقداً للوعي نتيجة تناوله كمية كبيرة من الحلويات مثلاً، فيبرر للجراح الخروج على الأصل العام وعدم أخذ موافقة المريض.

ولتحقيق التوازن والاستقرار في المعاملات المدنية نؤيد موقف قانون المسؤولية الطبية الإماراتي بفكرة نظام التأمين على الجراحين عند ممارستهم لأعمالهم الطبية لما قد يحققه من الطمأنية للجراح في ممارسة أعماله دون تردد أو قلق. وكذلك يحقق فائدة للشخص المريض أو من تجرى له الجراحة برجوعه على شخص مقتدر بالتعويض عن الضرر الواقع بالفعل جبرا له سنداً لنص المادة ٢٦ منه التي ألزمت صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة العاملين لديه ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، ويلزم بالتأمين عليهم ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة أو بسببها، ويتحمل صاحب المنشاة كامل

(١) نفس المعنى م ١ من الدستور الطبي الأردني واجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة ١٩٨٩م.

(٢) البدواوي، ابتسام، رئيس الدائرة المدنية الكلية الثالثة في محاكم دبي، مقال بعنوان: نحتاج إطاراً قانونياً يحدد مسؤولية أخطاء أطباء التجميل وترى: (بضرورة عدم تطبيق المبدأ المعمول به بشأن الأخطاء الطبية الأخرى التي يعفى الطبيب من المسؤولية فيها، حال علاجه للمريض، وفقا لما تقتضيه أصول مهنته ولو ترتب على تلك المعالجة ضرر بالمريض، المتضمنة أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨م في شأن المسؤولية الطبية على الأعمال الطبية التجميلية التي تهدف إلى التعرض لأجسام البشر دون حاجة علاجية) جريدة الاتحاد الإماراتية الثلاثاء ٢ اغسطس ٢٠١٦م، ص٩.

أقساط التأمين. أي التفريق بين نوعين من التأمين الملزم بهما صاحب المنشأة. بالإضافة للمادة ٢٥ من ذات القانون التي منعت مزاولة المهنة بالدولة دون التامين ضد المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية لدى شركات التأمين المرخص لها في الدولة. ولتحقيق الطمأنية في عمل الطبيب بيّن صراحة أنه لا تقوم مسؤولية الطبيب في أربع حالات حصرة(١).

ويلاحظ بذلك أن التأمين الزامي وليس اختيارياً ولا يمكن ممارسة المهنة دونه وهو ما يحقق نوعاً من الاستقرار للمريض والطبيب معاً(٢). ويجبر الضرر بتعويض المريض، من الشخص المليء وهو شركة التأمين.

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية لجراح إزالة السمنة

حتى تقوم المسؤولية العقدية لجراح إزالة السمنة ينبغي توافر العقد بين الطرفين ثم يحدث الإخلال بالالتزام العقدي بأحد أشكاله: كعدم تنفيذ الجراحة، أو التأخر في التنفيذ متى كانت مستعجلة، أو التنفيذ المعيب، ويشمل الاخلال من جانب الجراح الإخلال بالالتزامات المهنية التي تقررها القواعد الخاصة بقوانين المسؤولية الطبية، وأن يرافقه ضرر، ووعلاقة السببية بين الإخلال والضرر. ويلزم التفرقة بين الالتزام بغاية الذي يفرض على الجراح تحقق النتيجة الموعود بها المريض، وبمجرد عدم تحقق النتيجة يكون قد أخل بالتزامه العقدي، ويكفي المصاب أن يثبت عدم تحقق النتيجة(٣). وبين الالتزام ببذل جهد الذي يطلب من المدين به المحافظة على الشيء أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه من حيث الأصل ما لم يرد اتفاق أو نص على غير ذلك طبقاً للقواعد العامة. فقد لا يتحقق شفاء المريض في الالتزام ببذل الجهد من الجراح الذي يكون نفذ التزامه ببذل جهده المطلوب منه، ويحتاج المريض بالإضافة لعدم تحقق الشفاء أن يثبت تقصير الجراح في العنادية المطلوبة منه، أو مخالفته لأصول

(١) م١٧ مرسوم بقانون المسؤولية الطبية الاماراتي: "١- إذا لم يكن الضرر نتيجة أي سبب من الأسباب المحددة بالمادة ٦ من هذا المرسوم بقانون ولائحته التنفيذية. ٢-إذا كان الضرر قد وقع بسبب فعل المريض نفسه أو رفضه العلاج أو عدم اتباعه للتعليمات الطبية الصادرة إليه من المسؤولين عن علاجه أو كان نتيجة لسبب خارجي. ٣- إذا اتبع الطبيب اسلوبا طبيا معينا في العلاج مخالفا لغيره في ذات الاختصاص ما دام أسلوب العلاج الذي اتبعه متفقا مع الأصول الطبية المتعارف عليها. ٤-إذا حدثت الآثار والمضاعفات الطبية المتعارف عليها أو غير المتوقعة في مجال الممارسة الطبية وغير الناجمة عن الخطأ الطبي".

(٢) انظر الجابري، إيمان محمد، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية (على ضوء القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٨ في شأن المسؤولية الطبية) دراسة مقارنة للقوانين (الإماراتية، المصرية، الأمريكية، اليابانية)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١م، ص ٢١٨ – ولغاية ٢٢٦.

(٣) أنظر الأودن، سمير عبد السميع، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، مرجع سابق، ص ٣٩.

مهنته، لقيام المسؤولية العقدية[١]. وبذلك يمكن القول إن المسؤولية العقدية لجراح السمنة يحددها طبيعة الالتزام، وخاصة متى كان التدخل الجراحي دون عجلة، وتمّ الاتفاق على النتيجة وهي اجتماع الشفاء والسلامة والتجميل. وإلا فمتى لم يوجد العقد فيكون على الجراح التزام قانوني بعدم الإضرار غير المشروع بالغير.

وتطبيقاً لذلك حكم قضائي فرنسي أقام المسؤولية على الجرّاح نتيجة عدم قيامه بالتزامه ببذل الجهد المطلوب عند إجراء جراحة السمنة التي تفرض عليه توظيف كل الوسائل للوصول للنتيجة المتوخاة، حيث أجرى الجراحة لمريض سمنة ولم يقم باتخاد إجراءات السلامة، فكانت أسباب موت المريض خمج أو تعفن ناتج مباشرة عن إخلال الطبيب بواجبه، والمصحة بإخلالها بواجب السلامة، حيث تبيّن وجود تعفن في ثقب المعدة لم يحكم الطبيب إغلاقه من جهة، ومن جهة أخرى تأسيس مسؤولية المصحة عن عدوى المستشفيات بسبب تعفن مما أدى لوفاة المريض. فكان الحكم بالتعويض من المصحة والطبيب مائة وألفين ومائة وسبعة وأربعين يورو[٢].

وفي دراسة طبية فرنسية أجراها خبراء محلفون في جراحة السمنة لتسع حالات مرضية لتحويل المعدة، منها ما جاء لغايات التجميل وفقاً للغرض المراد من إجرائها، وحسب رغبة المريض. حيث لاحظ جرّاح السمنة بأن من نتائج إجراء جراحة السمنة أنه يظهر ألم عند إجرائها، ويستمر حتى بعد انتهائها، وتحدث أضرار تجميلية عند فتح المعدة، تفّوت فرصة التجميل لضياع وزنه، وتظهر مشاكل ثانوية في الإنجاب بعد العملية، كالعقم. وواحدة من الحالات التسع بعد أربع سنوات من إجراء العملية بالمتابعة والمراقبة، قال خبير هذه الحالة أن الضرر حدث بسبب حركة الجرّاح غير الدقيقة أثناء العملية، لأنه تأخر في قفل جرح المعدة، ولا يعلم سبب هذا التأخر، فسجّل الضرر التجميلي بنسبة ٧/٥ %، وفي الحالة الثانية سجّل الضرر التجميلي بقيمة ٧/٣ بسبب قص ربط المعدة بعد ست سنوات، لأنه أصبح غير ذي فائدة. وفي حالة ثالثة، مريضة أجريت لها جراحة السمنة بهدف التجميل لإنقاص الوزن وممارسة الرياضة، والتخلص من مشاكل الهضم[٣].

---

(١) سرحان، عدنان، المصادر الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، العقد والتصرف الانفرادي، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، ٢٠١٠م، ص ٢٠٨ – ٢٠٩.

(2) « Décès au décours de complication d'une gastroplastie », 2009, Responsabilité n°42, http://www.risque-medical.fr/decisions-justice/chirurgie/deces-decours-complication-gastroplastie-100

تاريخ الدخول للموقع : ٢٠١٥/١٠/١١م، الساعة الحادية عشرة ليلاً.

(٣) المجلة الطبية الفرنسية تحت عنوان: خبراء محلفون في جراحة السمنة واسم المجلة:

Jounal de chirurie viscesal – 12/20/3 responsabilite medicale daus le cade de la chisurgie A propos de neul cao eapentises.

الفرع الثالث: التكييف المختار لمسؤولية جراح إزالة السمنة وطبيعة التزامه

وبتحليل ومناقشة الحكمين الفرنسيين، والدراسة الطبية الفرنسية المذكورة سابقاً، ونظراً لخصوصية جراحة إزالة السمنة التي يجتمع فيها الشفاء والسلامة والتجميل أيضاً، فإننا نؤيد موقف القضاء الفرنسي في الحكمين السابقين، والدراسة الطبية فيما يتعلق بأن جراحة ازالة السمنة ينتج عنها أضرار تجميلية عند فتح المعدة، الأمر الذي يجعل الحاجة ماسة للخروج على القواعد القديمة المستقرة في تأسيس مسؤولية الطبيب والجراح، فيصبح التزام جراح السمنة التزاماً بنتيجة. ولا نتفق بشأن تأسيس المسؤولية على الخطأ المفترض، بل تأسيس مسؤوليته التقصيرية على أساس المباشرة أو التسبب المستمد من الفقه الاسلامي وهي فكرة مرنة تراعي التطور الحاصل في قواعد المسؤولية المدنية. وتأسيس مسؤوليته العقدية متى وجد العقد على أساس الاخلال بالالتزامات العقدية والمهنية، وما تفرضه القوانين واللوائح والأعراف المهنية. وهنا نكون أمام المسؤولية المهنية لسلوك الجراح وليس المسؤولية عما لحق مصاب السمنة من أضرار نتيجة لتدخله الجراحي(١). إضافة إلى أن المعيار لإثبات الخطأ المهني أو خطأ الطبيب عموما هو سلوك الطبيب الوسط من نفس المهنة والتخصص ومعيار ذلك أهل الخبرة اليقظين في مجال التخصص، استناداً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود(٢). الذي نص عليه قانون المعاملات المدنية الإماراتي متفقا مع الأردني والمصري والكويتي بموجب المادة ٢٤٦:" ١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف"(٣). وأكده القانون المدني الفرنسي بمضمون النص الملزم بانه: تقوم الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها، ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاهم المتبادل أو للأسباب التي يجيزها القانون. ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية(٤). وأشار إليه التعديل الأخير الحديث في قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي التي أجازت الجراحة الطبية

(١) خاطر، نوري حمد، مسؤولية الطبيب بين الالتزام بعناية والالتزام بنتيجة، مرجع سابق، ص ٣٥.

(٢) المهدي، نزيه محمد، المرجع السابق، ص٩١. وللمزيد من التفاصيل حول نقص العناية الطبية والأخطاء الواقعة أثناء مباشرة العلاج الجميلي، أسعد عبيد، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية لسنة ٢٠١١م، ص ٣٠٦ وما بعدها.

(٣) م٢٠٢ مدني أردني المطابقة، مرجع سابق. م ١٤٨ مدني مصري المطابقة، مرجع سابق.م١٦٧ مدني كويتي المطابقة، مرجع سابق. م١١٣٤/ فقره ٣ مدني فرنسي المطابقة، مرجع سابق.

(٤) م ١١٣٤/ 3مدني فرنسي، مرجع سابق.

وأعمال الطبيب متى تمت حسب الأصول والشروط المطلوبة، واعتبرت الفعل متى تم بنية سليمة استعمالاً لحق مقرر بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية أو القانون(١).

ويلاحظ أن القوانين أعلاه لم تعرّف حسن النية رغم النص عليه صراحة، إلا أنه ورد تعريفات له من الفقه الوضعي، منها من يرى أنه كل فعل أو امتناع عن فعل من شأنه أن يؤدي إلى عدم تكوين العقد أو تنفيذه(٢). كما أن تطبيق هذا المبدأ يغني في بعض الأحيان عن اللجوء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق(٣). وهو ما تأكدّ بموجب نص التعديل الجديد لقانون العقوبات الإماراتي الاتحادي أعلاه.

وبموجب هذا المبدأ فإن إرادة طرفي العقد تتجه لحظة إبرام العقد إلى البحث عن الفوائد من التعاقد، والرغبة في الحصول عليها، وهو ما ينشده كلا الطرفين من لحظة المفاوضات ثم الإبرام حتى التنفيذ. ويتوقع كل طرف عند التنفيذ للالتزام أن يحدث إخلال من الآخر يتمثل بعدم التنفيذ أو تاخره، او التنفيذ المعيب(٤).

وبتطبيق المبدأ المذكور ونظراً لأهميته على التزام جراح إزالة السمنة، فإن الشخص السمين يبحث من خلال الجراحة عن الشفاء من مرض السمنة ابتداء، ويبحث عن السلامة(٥) من الجراحة بعدم تعرضه لأي أذى آخر غير ما هو مصاب به، كما ويسعى إلى التجميل لمكان إزالة السمنة الذي يعرض حياته للخطر. وهذا كله يتطلب من الجراح تبصرة المريض بكافة المخاطر. وإلا فإنه يكون قد نفّذ التزامه بشكل مخل ومخالف لمقتضيات حسن النية.

وبذلك نرى أن يكون معيار خطأ جراح إزالة السمنة هو معيار موضوعي لجراح متوسط يوضع في نفس الظروف ودرجة الخبرة والتخصص. وينبغي التفرقة بين جراحة إزالة السمنة نظراً لخطورتها على جسم الانسان ويحتاج القيام بها إلى تأنٍ شديد ودقيق في الغالب، وغيرها من الجراحات الطبية العادية

(١) م٥٣/بند١ من قانون الاتحادي الإمارتي، مرجع سابق.

(٢) أحمد، وائل حمدي، حسن النية في البيوع الدولية، دار الفكر والقانون، المنصورة – مصر، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠١٠م، ص ٣١٦.

(٣) انظر السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، ص ٦٢٤ ولغاية ٦٢٩.

(٤) أحمد، إبراهيم سيد، فكرة حسن النية في المعاملات المدنية فقها وقضاء، دراسة مقارنة، منشأة المعارف – الإسكندرية، ٢٠١٥، بدون طبعة، ص ٦٧.

(٥) للمزيد من التفاصيل حول ضمان السلامة انظر عبد الحميد، ثروت، تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)، دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية، لسنة ٢٠٠٧م، ص ١٣٤ ولغاية ١٤٧.

التي تحتاج السرعة في إجرائها. وأن يكون التشدد في قيام مسؤولية جراح السمنة متى أجرى الجراحة دون ضرورة علاجية أو تجميلية لإزالة تشويه في المعدة، نظراً لخصوصية هذا النوع من الجراحات.

ونظرا لصعوبة اثبات الخطأ المهني من الشخص المصاب بالسمنة. تكون أحكام مسؤولية جراح السمنة أكثر وضوحاً وتحديداً من خلال الأخذ بموجبات العناية المشددة التي تتطلب من الجراح بذل العناية واليقضة وفقا لمعطيات العلم المعتمدة في الجراحة، وصولاً إلى إجراء تعديل محدد في جزء يعلمه الجراح ليتطابق مع رغبة الشخص السمين، وهو ما يحتاجه غالباً بعد جراحة إزالة السمنة، وليس مجرد تحقيق السلامة والشفاء فقط، بل السلامة والشفاء والتجميل. إضافة إلى تبصرة الشخص السمين الكاملة واعلامه بأخطار الجراحة التجميلية اللاحقة لجراحة إزالة السمنة مهما كانت درجتها بسيطة أو كبيرة، والأخطار الاستثنائية التي قد تحدث، حتى يكون مريض السمنة على بينة وقناعة وموافقة واضحة ووعي يساعده في اتخاذ قرار سليم بإجراء الجراحة من عدمه. وهو ما نميل إلى الأخذ به ونوصي بتطبيقه في القوانين الأخرى اقتداء بموقف القانون والقضاء الفرنسيين في شق منه دون الآخر كما أوضحنا.

الخاتمة: النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

١- المدة الزمنية التي ينبغي على جرّاح السمنة فيها متابعة المريض بعد إجراء جراحة السمنة غير محددة. وبالتالي يترك موضوع تحديد الفترة اللازمة لمتابعة مريض السمنة بعد إجراء العملية وفقاً لأصول المهنة وما يقرره الخبراء الجرّاحون في هذا المجال، وفقاً للمدة المعقولة وطبيعة العملية وحالة المصاب.

٢- إن جراحة السمنة هي بهدف العلاج لا التجميل من حيث الأصل، إلا أنها تحتاج في الغالب لعمليات تجميلية بعد العملية، لما لها من أثر سلبي على الحياة الاجتماعية. وهي بذلك تختلف عن جراحة التجميل متى كانت الأخيرة بهدف الفتنة والترف وليست علاجية.

٣- اتضح استقرار القضاء على مساءلة الطبيب الجراح عن خطئه سواء أكان يسيراً أم جسيماً. وهو ما خالفه قانون المسؤولية الطبية الإماراتي لسنة ٢٠١٦م عند أخذه بفكرة الخطأ الجسيم.

٤- تبين القصور في أساس مسؤولية جراح إزالة السمنة حيث خلط المشرع الإماراتي بين فكرة الأضرار بالمباشرة والتسبب وفكرة الخطأ: إذ تعتبر الأولى الأصل العام في تأسيس المسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة، والتي استمدها من الفقه الإسلامي، في حين خالف ذلك بموجب القواعد الخاصة في قانون المسؤولية الطبية مؤسسا إياها على الخطأ.

٥- خلص الباحث إلى أن معيار خطأ جراح السمنة ينبغي أن يقاس بمعيار مجرد موضوعي هو الشخص الوسط الذي يماثله في الدرجة والتخصص والخبرة، ضمن ضابطين: مقياس المقارنة بينه وبين جراح وسط من نفس المهنة والتخصص، وظروف الزمان والمكان والعوامل الاستثنائية كما تمّ تفصيله في متن البحث.

٦- أحسن المشرع الإماراتي بموجب القرار الصادر عن وزارة الصحة بما يتصل بجراحة السمنة حين شدّد على الطبيب الجرّاح المصرّح له إجراء تلك العمليات إعلام المريض أو وليّه القانوني بمبررات إجراء العملية والفوائد المتوقعة، والمضاعفات والمخاطر المترتبة على العملية والتخدير، وأن يثبت ذلك بالملف الطبي للمريض، مع الحصول على الموافقة الكتابية المستنيرة من المريض أو وليه القانوني.

٧- أحسن المشرّع الإماراتي بأخذه بفكرة إلزامية التأمين على الجراحين عند ممارستهم لعملهم، وكذلك إجبار صاحب المنشاة التي يعمل لديها أطباء بالتامين على العاملين لديه.

٨- أسس القانون الفرنسي المسؤولية المدنية على الخطأ واجب الإثبات متى كان التزام الجراح ببذل جهد، والخطأ المفترض متى كان التزامه بتحقيق غاية. ووحد دعوى المسؤولية المدنية الطبية للتقادم العشري من تاريخ ثبوت الضرر سندا للمادة ١١٤٢/ ف٢٨/ ف١ من قانون الصحة العامة الفرنسي.

٩- لم يعالج قانون المسؤولية الطبية الإماراتي بعض المسائل المهمة كتقادم المطالبة بدعوى المسؤولية المدنية الطبية تاركا ذلك للقواعد العامة. دون تحديد من يقع عليه إثبات الخطأ تاركا ذلك للقواعد العامة. الأمر الذي يحتاج لسياسة تشريعية وقضائية موحدة في التعامل مع المصاب المضرور والمسؤول عن الضرر في المجال الطبي من خلال تشريع عصري يراعي التطور المستمر.

ثانياً: التوصيات

١- يوصي الباحث بسن تشريع خاص ينظم هذا النوع من الجراحة وتحديد ضوابطها مع الاستفادة من التجربة الفرنسية بما يتلاءم والواقع.

٢- يوصي الباحث بتفضيل حل المنازعة في مجال جراحة السمنة بين المريض والجرّاح والجهات ذات الصلة باللجوء إلى طرق بديلة قبل اللجوء إلى القضاء، كالمصالحة الطبية أسوة بالقانون الفرنسي(١) الذي أسس المصالحة في المجال الطبي لضمان توافر شروط الحوار بين المريض والطبيب(٢).

٣- نقترح اعادة صياغة مطلع نص المادة ١٨ من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي المتعلقة بتشكيل اللجان الطبية بحيث يصبح كالتالي:"تنشأ بقرار من الوزير أو رئيس الجهة الصحية حسب الأصول لجنة خبرة من الأطباء المتخصصين في كافة التخصصات والخبراء القانونيين، تسمى لجنة المسؤولية الطبية، وتحدد اللائحة التنفيذية كيفية تشكيلها وقواعد وإجراءات عملها..."

٤- نوصي المشرّع العربي وخاصة الأردني الاقتداء والاستفادة من قانون المسؤولية الطبية الإماراتي عند إصداره المرتقب لقانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني بفكرة التأمين الالزامي على الأطباء عند ممارستهم لمهنتم أو تأمين صاحب المنشأة على العاملين لديه من الأطباء.

٥- التشدد في قيام مسؤولية جراح إزالة السمنة متى ثبت أنه أجرى الجراحة دون ضرورة علاجية أو تجميلية لإزالة تشويه في المعدة، نظراً لخصوصية هذا النوع من الجراحات.

٦- نوصي المشرّع الأردني الاستفادة من تجربة دولة الإمارات والتجربة الفرنسية (م١٣٨٢ مدني فرنسي) بإضافة نص يتعلق بالتزام الجراح بتبصير المريض قبل التدخل الجراحي وآثاره ومخاطره ومضاعفاته والبدائل عنه عند إصداره واقراره النهائي لمشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية لعام ٢٠١٦م المرتقب مستقبلاً.

٧- يوصي الباحث المشرع الإماراتي بالرجوع للقواعد العامة في الفعل الضار لتأسيس مسؤولية جراح إزالة السمنة بالاستناد إلى فكرة الإضرار بالمباشرة او التسبب المستمدة من الفقه الإسلامي. عند مطالبة الشخص السمين بالتعويض عن الضرر جبرا له، تجنباً للخلط الذي وقع فيه في القواعد الخاصة بتأسيس المسؤولية على الخطأ.

---

(١) المادة R 1112-92 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

(٢) المكتب الجهوي للصحة الفرنسي في جهة باريس ونواحيها. دليل الممارسات الصحيحة ٢٠١٢م – ٢٠١٣م، ص ٧ ولغاية ١٠.

٨- نوصي بقيام مسؤولية جراح السمنة التقصيرية عند عدم وجود عقد بين الجراح والمصاب بالسمنة على أساس الإضرار بالمباشرة أو التسبب المستمد من الفقه الاسلامي، في حين تكون عقدية متى وجد العقد بينهما على أساس الاخلال التزاماته، ويشمل هذا الاخلال بالالتزامات المهنية المفروضة عليه بموجب قواعد المهنة وأصولها استناداً إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. والتشدد في العناية المطلوبة منه، وان يكون التزامه بتحقيق غاية وهي الشفاء من السمنة، والسلامة من أي أذى آخر غير السمنة، والتجميل للتشويه في المعدة بعد إزالة السمنة. وعدم الأخذ بفكرة الخطأ المفترض التي نادى بها الفقه والقضاء الفرنسي والتي تعدّ تشدداً في حق الجراح، ولا يمكنه من ممارسة أصول مهنته بطمأنينة واستقرار.

٩- نوصي الدول العربية التي لم تصدر قانون للمسؤولية الطبية المسارعة بذلك كمشروع قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني الذي لم ير النور لغاية الآن. ومحاولة الاستفادة من تجربة القوانين الأجنبية كالفرنسي، والعربية كالإماراتي عند إصدار مثل هذه القوانين.

وكذلك الاستفادة من أحكام القضاء الغربي وخاصة الفرنسي في هذا الشأن، بما يتلاءم مع الواقع والمنطق المعقول دون تفريط أو تهاون.

١٠-ونقترح في التعديل المرتقب عند صدور قانون المسؤولية الطبية والصحية الأردني أن يكون من ضمن شروط إجراء جراحة إزالة السمنة، عدم وجود وسيلة أخرى تحل محلها، وألا ينتج عن إجرائها ضرر أكبر بالشخص السمين، بأن يلتزم الجراح بسلامة المريض، بعدم تعرضه لأي أذى آخر غير السمنة.