المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص: 358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الاتفاقات المعدلة لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل
دراسة تحليلية في القانون المدني العراقي

دانا حمه باقي عبدالقادر[١]، بمو برويز خان الدلوي[٢]
قسم القانون، كلية القانون، جامعة السليمانية، السليمانية، العراق[١،٢]
قسم القانون، كلية القانون، جامعة جيهان- السليمانية، العراق[٢]
bamo.parwez@sulicihan.edu.krd[2]

الملخص:
يلتزم الطبيب الجراح في عمليات التجميل باجراء العملية المتفق عليه مع مريضه، و أجاز القانون تعديل هذا الالتزام باتفاق طرفيه شدة و تخفيفاً وذلك في حدود القانون، و حكم الاتفاق على تعديل الالتزام يختلف بينما إذا انصب على أحد عنصريه (المديونية و المسؤولية) عن الآخر، ويختلف باختلاف صورتي التعديل (التشديد و التخفيف)، ومن خلال هذا البحث ركزنا على مدى جواز الاتفاق المعدل لالتزام طبيب الجراح إذا كان غاية العملية تتمثل في تجميل المريض، وذلك بالاعتماد على موقف القانون و القضاء العراقيين و الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الصدد.

پوخته :
پزیشکی نەشتەرگەری لە نەشتەرگەرییە جوانکارییەکاندا پابەندی ئەو ڕێکەوتنە دەبێت کە لەگەڵ نەخۆشەکەیدا ئەنجامیداوە ،و یاسا ڕێگەی داوە بۆ ئەوەی ئەو پابەندییە هەموار بکرێ بە ڕەزامەندی هەردوولا ، چ توند بکری یان سوک لە چوارچێوەی یاسادا و حوکمی ئەوە ڕێکەوتنەش جیاواز دەبێ لەوەی لەسەر ڕەگەزێک لە ڕەگەزەکانی پابەندێتی ئەگرسێتەوە (قەرزارێتی و بەرپرسیارێتی)، هەروەک جیاواز دەبێ بە جیاوازی جۆری هەمواركردنەکە چ توند بکرێ یان سوک کردن ، لەم تۆژینەوەدا جەختکراوەتەوە لە سەر ڕادەی شیاوی هەمواری پابەندێتی پزیشکی نەشتەرگەری گەر ئەنجامی کارەکە تەنها بریتی بێ لە جوانکاری ، ئەمەش بە پشت بەستن بە هەڵوێستی یاسا و دادوەری لە عێراقدا و ڕاو بۆچونە فقهیەکان کە لەو بوارەدا خراونەتەڕوو .

Abstract:
The surgeon in Plastic surgery is obliged to perform the operation agreed upon with the patient, and the law permits the amendment of this obligation by mutual agreement the strictness and extenuation of these obligations within the limits of the law. The agreement to amend the obligation varies if focus is given to either element of indebtedness or liability, and it differs according to both forms of amendment (strictness and extenuation) and through this research we focused on the extent of permissibility of the amended agreement on the commitment of the surgeon if the goal of the operation is beautification of the patient, and that depends on the position of the law and the Iraqi judiciary and jurist opinion stated in this regard.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المقدمة

نوضح مقدمة هذا الحث من خلال الفقرات الآتية:

أولاً/مدخل تعريفي بموضوع الدراسة: إذا أحس شخص بألم في جسمه يلجأ إلى الطبيب بهدف رئيسي وهو شفاؤه من مرض يعانيه، الأمر الذي قد يستدعي عملية جراحية، و قد يرافق هدف الشفاء، هدف التجميل، إذ تقتصر جراحة التجميل في البداية على الحالات التي تكون الجراحة فيها لشفاء عضو في جسم المريض بالاضافة الى التجميل، ولكن مع تطور العمليات الجراحة الطبية من الناحية التقنية والطبية وظّف ذلك التقدم في العمليات التجميلية لتغيير الجسم شكلاً وحسب طلب الشخص، دون ان يكون لذلك علاقة بالمرض بل من أجل الزينة وزيادة مستوى الجمال، و النوع الأخير لا يتم إلا بناءً على عقد طبي في المستشفيات الأهلية، ومن خلاله يتفق طرفاه على عناصر العقد، الامر الذي قد يطرأ عليه تعديل أو تغيير بشأن مارود من التزامات وحقوق في القواعد العامة التي تخص العقد، وفي هذا البحث تقتصر الدراسة على ما ورد في العقد الطبي من الاتفاقات المعدلة لالتزام الطبيب الجراح بعمليات التجميل.

ثانياً/ مشكلة الدراسة: أمام غياب نصوص تمس مباشرة موضوع بحثنا، تثار اشكاليات تتعلق بمدى جواز الاتفاق على تعديل التزام الطبيب بعملية الجراحة التجميلية، إذ ان الفقهاء تطرقوا إلى حكم تعديل كل من المسؤولية و الالتزام، ولكنهم خلطوا في بعض الأحيان بينهما سواءً من حيث القيود أو من حيث المحل، فهل هما يتشابهان في الحكم؟ إذا كان الجواب بالايجاب، فهل تستغرقه (تسري عليه) المادة (259) من القانون المدني التي تنص على جواز الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية كأصل عام؟ أم ان جانباً من الفقه محق فيما حرمه من تخفيفها، وإذا لم يتحقق هذا الاستغراق، فما هو السند الذي يدعم الفقه الذي يرى جواز تشديده؟ وإذا كان الجواب بالنفي ما هي العلاقة التي تربط أحدهما بالآخر؟ و ما هو حكم الاتفاقات التي تأتي بصددهما سيما ما يتعلق بالالتزام؟ إضافة إلى ذلك تثار إشكالية أخرى تتعلق بوقت إتمام الاتفاقات المعدلة للالتزام مقارنة بشرط الامكانية في الالتزام، إذ إن المادة السابقة أجازت ذلك في حين أن غياب هذا الشرط يتبعه بطلان الالتزام، فهل البطلان يؤدي إلى بطلان الاتفاق؟ أم ان كلاً منهما مستقل عن الآخر.

ثالثاً/منهج الدراسة: ولاجل معالجة الاشكاليات المذكورة في الفقرة السابقة و الاشكاليات الأخرى التي تثار ضمن هذه الدراسة، نتبع المنهج التحليلي في القانون العراقي، مع اللجوء الى مصادره التاريخية لغرض تفسير النصوص ذات العلاقة، وتحليل الآراء الفقهية التي قيلت في هذا المجال.

رابعاً/ هيكلية الدراسة: ارتأينا تقسيم البحث الى مطلب تمهيدي لبيان مفهوم التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل، ومبحثين، نخصص الاول منهما لمعالجة الاتفاقات المعدلة لعنصر المديونية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل، ونبين في الثاني الاتفاقات المعدلة لعنصر المسؤولية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل، ثم نختم البحث بأهم الاستنتاجات والتوصيات التي نتوصل إليها.

مطلب تمهيدي:مفهوم تعديل التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل: نوضح مفهوم تعديل التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل، من خلال بيان معناه مستنداً إلى تحليل فكرة الالتزام من جهة وتحديد نطاقه من جهة ثانية، فسنخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً كالآتي:

الفرع الأول:معنى تعديل التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل من خلال تحليل فكرة الالتزام :إن أحد طرفي الرابطة المديونية إما ان يكون ملتزماً أو صاحب حق شخصي(1) فاذا كان ملتزماً بمحل معين كان الآخر صاحب حق شخصي على هذا المحل، وعليه ان الطبيب الجراح للتجميل يرتبط بعلاقة المديونية مع مريضه، يقع عليه أداء عملية الجراحة التجميلية إضافة إلى التزاماته الأخرى كالتبصير والمحافظة على الاسرار التي حصل عليها اثناء العملية.

و هدف عملية جراحة التجميل قد يكون علاجي وقد يكون اصلاحي، وجراحة التجميل العلاجي غرضها العلاج ثم الجمال، أما جراحة التجميل الاصلاحي فتهدف الى اصلاح بعض التشوهات الطبيعية، وهذا يعني ان معيار التمييز بينهما يكمن في غرض الجراحة، والجراحة التجميلية تحوي هذا المفهوم في اغلب الاحوال، إلا أنها قد تُجرى لاغراض وظيفية والتي ترمي الى تخليص

(1) استخدم جانب من الفقه عبارة (حق الدائنية) بدلاً من عبارة (الحق الشخصي) لأن الاخيرة لاتدل على الأولى فحسب بل تدل على بعض الحقوق العينية أيضاً، ولكننا استبعدنا هذه العبارة مجاراةً للتشريع العراقي (ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، 1963، هـ1).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

الجسم من عارض غير طبيعي(2)، وذهب البعض(3) إلى ان جراحة التجميل لا يهدف من حيث المبدأ الى اهداف علاجية، و تجنبا عن اشكالية استخدام المصطلحات شكلاً، تقتصر الجراحة التجميلية في بحثنا على ما إذا كانت العملية غايتها التجميل حتى لو كان الغرض منها علاجي، أما إذا كانت غايتها علاجي وكان غرضها التجميل فنكون أمام جراحة علاجية تجميلية، وبانعدام الغرض لها في الحالة الاخيرة فانها تدخل في إطار الجراحة العامة، ويخرج ذلك من موضوعنا، ومستنداً إلى ذلك يلتزم الطبيب الجراح في عمليات التجميل باداء عملية التجميل بناء على عقد، لتحقيق غاية مفادها رفع مستوى جمال المريض.وقد عمد جانب من الفقه(4) إلى النظر إلى الالتزام على انه رابطة موحدة، إلا ان التمييز بين عنصري الالتزام (المديونية و المسؤولية) لا يزال مسلماً به من قبل جانب اخر من الفقه(5)، بحجة ان الكثير من الحالات لا تفسر إلا على اساس ازدواج رابطة الالتزام. فقد توجد المديونية دون المسؤولية، وقد تزيد المديونية على المسؤولية أو بالعكس وما شاكل ذلك. بيد أنه لا يمكن تعميم أي من الاتجاهين على نوعي الالتزام (العقدي والتقصيري) فيما يخص المسؤولية الناشئة عنهما (المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية)، إذ يستحيل تحديد إحدى المسؤوليتين على نسق الآخر، لذا فاننا نخالف الرأي القائل بانهما مصدرين للالتزام(6)، لان الالتزام (أو بالاحرى الالزام) الناجم عن المسؤولية العقدية لا يعد التزاماً جديداً بل هو أثر المسؤولية، و كذلك اننا نخالف الرأي القائل بان المسؤولية التقصيرية كالعقدية هي جزاء الاخلال بالتزام سابق(7)، و بالنسبة للمسؤولية التقصيرية تعد مصدراً للالتزام، أما المسؤولية العقدية التي كنا بصددها، فنصت المادة (168) مدني عراقي على"اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي..." و هذه المادة جاءت ضمن عنوان (المسؤولية التعاقدية) (ضمان العقد) ونجد الخلط بين المسؤولية و الضمان، والأخير أوسع من الأول، وفي المواد التي تلتها تتعلق بأحكام التعويض عن الاستحالة، في حين ان أحكام التنفيذ بطريق التعويض جاءت ضمن آثار العقد(8)، لذا قد يفسر هذا الموقف بان المسؤولية تدخل ضمن الالتزام كأثر للعقد وقد يفسر على أنها أثر الالتزام وعندئذ لا تعد عنصراً منه، ونعتقد ان التفسير الأول أولى بالأخذ به، لأنه لو كان التفسير الثاني هو المراد لنظمها المشرع ضمن (آثار الالتزام)، وعليه يفضل ادراج المواد الخاصة بالتعويض ومنها المادة (168) مدني ضمن موضوع التنفيذ بطرق التعويض مع حذف العنوان المذكور (المسؤولية التعاقدية) وذلك أسوة بالمشرع المصري(9).

وعليه ان الالتزام الشخصي في نطاق نظرية العقد يتحلل إلى عنصري المديونية والمسؤولية، وعلى المدين تنفيذ الدين الملقاة على عاتقه، فإذا امتنع عنه، يجبر عليه، فإن كان مستحيلاً، عندئذ تتحقق مسؤوليته العقدية وتطبق أحكام التعويض. لذا فان الالتزام يعد ناقصاً دون تحقق عنصر المسؤولية فيه. و بناءً على تحليل الالتزام إلى عنصريه، يتحقق التعديل فيه بصورتين، الأولى، ان ينصب التعديل على المديونية، فيؤثر بشكل غير مباشر على المسؤولية، لكون الأولى منشئاً للثانية، إذ ان التعديل المنصب على المديونية والذي يتمثل في التعديل المنصب على محله -سنأتي إليه بالتفصيل- وذلك إما بحذف الالتزام أو بتعديل العناية المطلوبة لتنفيذه، يؤثر على نحو غير مباشر على المسؤولية، أما الثانية، فينصب على ذات المسؤولية، وهذا التعديل لا يؤثر على المنشأ، لان اللاحق لا يؤثر على السابق منطقياً. وتعديل الالتزام بصورتيه، يكون بالتخفيف أو بالتشديد.

الفرع الثاني:نطاق صور الاتفاقات المعدلة لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل : تقترب تعديل أحد عنصري الالتزام (المديونية و المسؤولية) من العنصر الآخر كما تقترب تعديل المسؤولية من الزام الطبيب الجراح للتجميل بالتعويض، لذا يقتضي تحديد نطاق موضوعنا، ان نتطرق إلى التمييز بين الاتفاقات المعدلة لأحد عنصري الالتزام بالنسبة للعنصر الآخر ، أما التمييز الثاني فنعالجه ضمن المبحث الثاني.

و يجوز للمتعاقدين ان يوردا في العقد ماشاؤوا من الالتزامات والحقوق طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، كما يجوز لهما ايراد شرط فيه يؤكد مقتضى العقد او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة، على ان لا يكون مخالفاً لقاعدة قانونية آمرة أو للنظام العام

(2)للتفاصيل في تعريف الجراحة التجميلية ينظر: د. منذر الفضل، المسؤولية الطبية، دار ئاراس، أربيل، 2005، ص51 وما بعدها، و د. حساين سامية، خصوصية الجراحة التجملية فقهاً قضاءً تشريعا، بحث منشور في مجلة المفكر، العدد(13)، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2018، ص163-167.

(3) د. محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة النشر، ص73.

(4) ينظر في هذا الرأي: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص86.

(5)د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص86 وما بعدها.

(6)للتفاصيل في هذه الآراء ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص9 ومابعدها.

(7)للتفاصيل في هذه الآراء ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص9 ومابعدها.

(8)ينظر: المواد (255-260) مدني عراقي.

(9)ينظر: المواد (203-233) مدني مصري.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و الآداب العامة(10)، بناءً على ذلك فإن الارادة المشتركة هي أساس مجمل الالتزامات العقدية والاتفاق المعدل للالتزام، وذلك في حدود القانون بمعناه العام. و ذهب البعض(11) إلى أن الاتفاق المعدل للمسؤولية يشمل الاتفاق على تحديد مضمون العقد، إذ أن هناك صورتين للاتفاق المعدل للمسؤولية، هما الصورة المباشرة لتعديل المسؤولية، فهو تعديل في ذات المسؤولية، والصورة غير المباشرة، والتي تتحقق إذا أنصب الاتفاق على مضمون الالتزام، وهذا الرأي جعل المسؤولية اثراً للاخلال بمضمون العقد (الالتزامات العقدية)، في حين أن المسؤولية تعد عنصراً داخلاً في الالتزام لذا وقريباً من ذلك النسق نقول: إن الاتفاق المعدل لعنصر المديونية يؤثر شدة وتخفيفاً على المسؤولية لا لكون المسؤولية اثراً للاخلال بالتزام عقدي وانما لكونها اثراً للاخلال بمضمون المديونية. وخلط بعض الآخر(12) بين صورتي الاتفاقات المعدلة للالتزام، إذ قيد شرط الاعفاء من المسؤولية بان لايكون مخالفاً لمقتضى العقد، في حين ان هذا القيد يستوجب العمل به قبل تحقق المسؤولية(13). و ذهب اتجاه آخر إلى أن الاتفاق المعدل للمسؤولية يقتصر على الاتفاق الذي ينصب على ذات المسؤولية ولا يشمل مضمون الالتزام، لأن الاتفاق المعدل للالتزام ينصب على الالتزام أما الاتفاق المعدل للمسؤولية-على حسب وجه نظر هذا الاتجاه- ينصب على مسؤولية فقط(14)، و اننا نتفق مع هذا الاتجاه من حيث تحلل محل الاتفاق، ولكننا نختلف معه في ان المسؤولية تبقى خارج الالتزام، إذ ان التعديل قد ينصب على عنصر المديونية وقد ينصب على عنصر المسؤولية كما قد ينصب على كليهما. وبناءً على التحليل السابق، فإنه على الرغم من أوجه التشابه بين الاتفاق المعدل لعنصر المديونية مع الآخر من حيث التراضي كمنشأ لهما، و من حيث تقيدهما في حدود النظام العام والآداب والقواعد القانونية الآمرة، و من حيث الصور (الاعفاء أو التخفيف أو التشديد)، إلا أنهما يختلفان من حيث ان الاتفاق المعدل للمديونية ينصب على ذات الاداء(15) بالاعفاء أو التخفيف أو التشديد عنه، فالمدين في الحالة الأولى يكون بريء الذمة كلياً من المديونية فلا تنشأ مسؤوليته من حيث الأصل، و هكذا بالنسبة الى الحالة الثانية فانه يكون بريء الذمة بقدر ما خفف من عنصر المديونية ومن ثم فإنه لا تنشأ مسؤوليته بقدر التخفيف، وذلك على خلاف الاتفاق المعدل لعنصر المسؤولية بالاعفاء او التخفيف و الذي يقتصر أثره على إعفاء المدين من المسؤولية أو تخفيفها دون أن تمس المديونية في وجوده أو في نطاقه وشدته، فيبقى المدين ملزماً بالتنفيذ، ولكنه لا يسأل عن عدم تنفيذه، وعليه فإن تعديل المديونية يتسع ليؤثر على المسؤولية وقد يطلق عليه بتعديل الالتزام، في حين ان تعديل المسؤولية لا يؤثر على المديونية، لذا ينهض العمل به في حالة الاخلال بالمديونية.

ويترتب على التمييز السابق، ان الاتفاق المنصب على الالتزام بأكمله أو عنصر المديونية، على خلاف الاتفاق المنصب على المسؤولية، يمنع الدائن المطالبة بالتنفيذ في حالة الحذف أو التخفيف بقدر التخفيف، كما انه في حالة غموض دلالة الاتفاق المعدل للالتزام فانه يفسر على اساس قاعدة (الشك يفسر لمصلحة المدين) (16)، أما في حالة الغموض في الاتفاق الآخر فانه لا يفسر لمصلحة المسؤول باعتباره مديناً، لانتفاء علة قاعدة (17)، بل يتجه التفسير الى الاقتراب من الأصل وهي عدم الإعفاء من المسؤولية.

وأخيرا نشير الى ان الاتفاق المعدل للالتزام يشمل تعديل عنصريه، وفي حالة الشك، فيفسر حسب القاعدة القاضية (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني)(18).

(10)ينظر: المادة (131) مدني عراقي.
(11)د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ط2، 1995، ص464.
(12)ينظر: كاظم كريم علي و د. رؤى عبدالستار صالح، شرط الاعفاء من المسؤولية في القانونين الانكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها جامعة بغداد، المجلد (32)، العدد (1)، 2017، ص255 وما بعدها.
(13)ذهب البعض الى الى عدم جواز ايراد قيد منافاة الشرط لمقتضى العقد على شرط الاعفاء من المسؤولية، لأن الأخير أقل شدة من الأول (د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد (1)، نظرية العقد، القسم الثالث، آثار العقد وانحلاله، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2002، ص410) .
(14)ينظر: أسماعيل محمد علي المحاقري، الاعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، بلا الناشر ومكان النشر، 1996، ص347.
(15) ينظر في نفس المعنى: د. سعدي البرزنجي، شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، مطبعة جامعة صلاح الدين، اربيل، 2003، ص23.
(16)ينظر: المادة (166) مدني عراقي.
(17)علة القاعدة هي أن الظاهر هو براءة المدين، في حين أن المسؤول أثبت أركان مسؤوليته، أي الظاهر هو مثقل بالمسؤولية.
(18)ينظر: المادة (1/155) مدني عراقي .

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المبحث الأول
الاتفاقات المعدلة لعنصر المديونية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل

ان تعديل التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل–كما بينا- قد يقع على عنصر المديونية، وبدوره يؤثر على المسؤولية، و يختلف حكم التعديل باختلاف مضمون المديونية- ولتوضيح ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول منهما لبيان مفهوم تعديل عنصر المديونية لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل، ونبين في الثاني حكم هذا التعديل.

المطلب الأول:مفهوم تعديل عنصر المديونية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل: يتحقق تعديل عنصر المديونية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل بصور عدة، وتوضيح مفهوم هذه الصور لا يتحقق بدقة إلا بعد تحديد محل التعديل و توصيفه قانوناً، الأمر الذي يقتضي التطرق إلى مواضيع ثلاثة وهي، تحديد محل تعديل عنصر المديونية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل و توصيف محل هذا التعديل، وكذلك صوره، و نكرس لكل منها فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول :تحديد المحل في تعديل عنصر المديونية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل :إن أحد طرفي الرابطة المديونية يكون مديناً والآخر يكون دائناً، وبمقتضاها يحق للأخير مطالبة الأول إما القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، وأطلق المشرع العراقي على هذه الرابطة بـ(الالتزام) وكذلك أشار الى أنه يؤدي التعبير بلفظ (الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي) (19). ولكن الإلتزام عبء إرادي يوقعه الشخص على نفسه فيصبح مدينا لشخص آخر هو الدائن(صاحب حق شخصي) ، فالحق الشخصي يقابل الالتزام. والمديونية هي علاقة بين الدائن و المدين بمقتضاها يلقى الدين على الأخير، والدين له مفاهيم عديدة لدى الفقه(20)، منها قد يعرف بانه (قيمة مالية تُشغل بها الذمة) (21)، وهذا يعني ان الدين هو كل محل للإلتزام متعلق في الذمة(22)، و لكل التزام محله عين أو عمل أو توثيق أن يتحول إلى إلتزام بدين كما دعا إليه جانب من الفقه، إذا إنشغلت به الذمة. وذهب جانب من الفقه إلى أن الدين هو اثر الالتزام، على أن الالتزام ليس دينا أما المسؤولية فهي إمكان الاستيفاء جبراً(23) عينا أم بمقابل.

وذهب البعض الآخر(24) إلى إمكان توزيع عنصري الالتزام على شخص المدين و ذمته المالية، فعنصر المديونية يتعلق بشخص المدين وعنصر المسؤولية يرتبط بذمة المدين المالية، ومن عناصرها الايجابية يستوفي الدائنون ديونهم ولا شأن لهم بشخص المدين، و استناداً إلى ذلك يرتبط برابطة المديونية طرفان أحدهما دائن والآخر مدين، ولا تخص هذه الرابطة بذمة المدين، إلا بعد إجباره أي بعد نهوض المسؤولية، وهذا الرأي يتعارض، بل ويتناقض، مع ما ذهب إليه الاتجاه القائل بأن الدين يأتي كأثر للالتزام.

للتوصل إلى الرأي الأقرب من الصواب، على وفق القانون العراقي، نحلل النصوص ذات العلاقة للوصول الى مقصودنا في هذا المقام، إذ نصت المادة (1/169) مدني على " الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن و مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل"، يتضح من ذلك ان محل الحق الشخصي المرادف للالتزام والدين –على وفق الفقرة (3) من نفس المادة- هو اداء، سواءً أكان أيجاباً كتسليم المبيع وتسديد الدين، أم سلبياً كامتناع البائع عن التعرض و كعدم منافسته غير مشروعة(25)، وهذا النص يتعارض مع نص المادة (126) مدني الذي جعل الدين محلاً للالتزام وذلك بقوله "لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح ان يكون المحال مالاً، عيناً كان او ديناً او منفعة، او أي حق مالي آخر كما يصح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل"، ولكون الدين مرادفاً للالتزام في النص الأول، لذا لا يمكن الأخذ بالاتجاه القائل بأن الدين يأتي بعد الالتزام، عليه نعتقد أن اصطلاح (الدين) يقابل اصطلاح (العين)، فإن كان موضوع

---

(19) ينظر: المادة (69) مدني عراقي.

(20)للتفاصيل ينظر: محمد طه البشير، الدين و أحكامه في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة بغداد، عدد خاص بمناسبة الإحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس، 1984، ص164.

(21)عرف بعض الفقه الدين بأنه قيمة متعلقة بالذمة، (ينظر د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 1998، ص17).

(22)الدين هو (ما وجب في ذمة المديون بعقد إستهلاك أو ضمان غصب) ، ينظر: المادة (168) مرشد الحيران.

(23)ينظر: د. محمد فرحات حجازي، طبيعة الالتزام في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ص72، المتاح على الانترنت: http://qspace.qu.edu.qa/bitstream/handle/10576/9550/039109-0002-fulltext.pdf?sequence=4.

(24) د. محمد فرحات حجازي، مصدر سابق، ص72.

(25) ذهب الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، إلى أن محل الالتزام هو أداء يلتزم به الملتزم، (ينظر مؤلفه، نظرية الالتزام برد غير المستحق، احسان للنشر والتوزيع، ط1، 2014، دون مكان النشر، ص46.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الالتزام (دين) نكون أمام التزام شخصي، وإن كان منصباً على عين نكون أمام التزام عيني(26)، وقد ساوى المشرع العراقي في المادة (126) مدني بين محل الالتزام وموضوعه، على الرغم من أن هذا الموقف منتقد(27)، إذ أن محل التزام الطبيب في موضوعنا هو العملية الجراحية ذاتها، أما موضوعه فهو القيام بها، إلا أنه يجب أن نأخذ هذا الموقف بعين الاعتبار لبيان موقف القانون العراقي بصدد الالتزام و الدين، وعليه أن الدين هو محل الالتزام الشخصي، ومضمون الدين هو إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا المضمون يصبح مضموناً للالتزام على وفق الفقرة (3) من المادة (169) مدني، لذا فإن تعديل المديونية تقع على الاداء ويؤثر بشكل غير مباشر على المسؤولية، أما تعديل الالتزام فانه يقع على عنصريه، ولكن الفقه(28) استخدم اصطلاح تعديل الالتزام للدلالة على تعديل المديونية. بناءً على ما تقدم فان التزام الطبيب يتحلل إلى عنصرين : المديونية والمسؤولية، والمديونية هي رابطة بين الطبيب ومريضه، وبمقتضاها يصبح الطبيب مديناً بدين تجاه دائنه (مريضه)، ومضمون هذا الدين هو إما القيام بعمل وهو إجراء عملية جراحية للتجميل، أو الامتناع عن عمل كامتناعه عن افشاء اسرار مريضه التي اطلع عليها اثناء العملية، والاداء، هنا، سلبياً كان أم إيجابياً، إما أداء ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، ففي الأول يلتزم ببذل العناية المطلوبة دون النظر إلى النتيجة، أما في الثاني، فيلتزم بتحقيق نتيجة، أي أن العناية المطلوبة في الأول قد تكون عناية شخص معتاد أو أكثر من ذلك أو أقل على النحو الذي نصل إليه لاحقاً، أما العناية المطلوبة في الثاني فتحدد على أساس النتيجة، فإن تحققت النتيجة يعتبر باذلاً للعناية المطلوبة، وإن فشلت يفترض أنه لم يبذل هذه العناية فتتحق المسؤولية ما لم يثبت السبب الاجنبي.

لذا فإن تعديل عنصر المديونية لالتزام الطبيب ينصب مباشرةً على العناية المطلوبة للاداء الملقاة على عاتق الطبيب، وذلك بتشديد العناية أو بتخفيفها أو الاعفاء من الاداء.

الفرع الثاني: توصيف محل تعديل عنصر المديونية لالتزام الطبيب في عمليات التجميل :ان وصف الاداء الملقاة على طبيب الجراح التجميل في علاقته مع مريضه، هو ذات وصف التزامه، و اختلف الفقه حول تحديد هذا الوصف، فنوضح أدناه الآراء التي قيلت بهذا الصدد:

1-**التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة**: ذهب اتجاه فقهي(29) الى جعل التزام الطبيب في الجراحة التجميلية التزام بتحقيق نتيجة، إذ تنهض مسؤولية الطبيب بمجرد فشل العملية ما لم يتم نفي العلاقة السببية بين فعل الطبيب و الضرر الواقع.

وحجة هذا الاتجاه هو أنه من النادر توفر الشروط التي تبرر المساس بجسم الانسان وسلامته وهي تدور حول ضرورة شفاء المريض من مرض يعاني منه، فضلاً عن انه لا وجود في جراحة التجميل للتناسب بين الضرر الذي يتعرض له المريض وبين الفائدة المتوقعة، لذا فإن التزام الطبيب في جراحة التجميل هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتم نفي العلاقة السببية بين الفعل و الضرر الواقع(30). وأكدت محكمة السين الفرنسية عام 1929 على هذا الموقف بأن مجرد الاقدام على عمل طبي لا يهدف سوى تجميل من أجريت له العملية يعد خطأً بحد ذاته(31).

2-**التزام الطبيب التزام ببذل عناية:** ان مضمون التزام الطبيب هو تقديم جهود بهدف تحسين حالة المريض وشفائه، وان مهنة الطب مهنة انسانية يرتبط بحياة الانسان والطبيب بحكم مهنته يقع عليه الالتزام بعناية المريض و هذا يجعل التزام الطبيب التزام ببذل عناية، لذا فإن الاصل في التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية(32)، إذ لا يلتزم الطبيب بشفاء المريض، بل بتقديم العناية التي تتفق مع أصول المهنة مراعياً التطور الواقع في هذا المجال. وعلى هذا المسلك ذهب إتجاه فقهي(33) إلى ابقاء مسؤولية الطبيب ضمن القواعد العامة للمسؤولية، وان التزامه هو بذل عناية، لأن الجراحة التجميلية أصبحت فرعاً من فروع الجراحة العامة لها أصولها وتعليمها فليس ثمة ما يبرر استثناءها من حكم القواعد العامة.

---

(26) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، احسان للنشر والتوزيع، ط1، 2014، دون مكان النشر، ص41.

(27)ينظر في هذه الانتقادات: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، مصدر سابق، ص46-47.

(28) ذهب الشراح في التمييز بين الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة من خلال النظر الى الاداء المطلوب (ينظر: د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، العاتك، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ط3، 2009، ص122، ص12-13).

(29)ينظر: جاسم الشامي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص427، وينظر في هذا الرأي: د. ناجية العطراق، طبيعة التزام الطبيب طبقاً للقانون المدني الليبي والفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية-ليبيا، السنة الثانية، العدد (7)، ديسمبر 2015، ص201.

(30) ينظر: منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، الاردن، ط2، 1995، ص38.

(31) أشار إليه: أريج نايف الشيخ، مصدر سابق، ص43.

(32) ينظر: أريج نايف الشيخ، مصدر سابق، ص44.

(33) أشار إليه: عبد الحميد الشورابي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص91-92.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

ويثور تساؤلا هنا عن مقدار العناية الواجبة على الطبيب الجراح في أداء عمليات التجميل، ولما اعتبر هذا الاتجاه بأن التزام الطبيب في الجراحة التجميلية يدخل ضمن التزامات الطبيب في عموم الجراحات، لذا نحلل الآراء التي قيلت بصدد التزام الطبيب عموماً، فذهب بعض الفقهاء في فرنسا الى وجوب التمييز في مزاولة المهنة بين الخطأ العادي والخطأ المهني، فمعيار الخطأ العادي المرتكب من قبل الطبيب هو معيار الخطأ المعروف(الشخص المعتاد) ، اما الخطأ المهني فلا يسأل عنه الطبيب، في نظر هولاء الفقهاء الا اذا كان خطأ جسيمًا، حتى لا ينعقد به الخوف من المسؤولية عن مزاولة مهنته بما ينبغي له من الحرية في العمل من الطمأنينة والثقة في مهنته وفي كفايته الشخصية، ويرى البعض الآخر من الفقهاء(34)، ان التمييز السابق، لامبرر له، فاذا كان الطبيب بحاجة الى الطمأنينة والثقة فإن المريض، أيضًا، في حاجة الى الحماية من الاخطاء الفنية.

يرى اتجاه آخر في الفقه(35) الى ان التزام طبيب الجراح التجميل لا يرقى الى التزام بتحقيق نتيجة و أكثر من التزام ببذل عناية، إذ أنه يحتل منزلة وسطى بين الالتزامين، بحيث يمكن وصفه بأنه التزام ببذل عناية مشددة لان هذه العمليات لا تهدف إلى شفاء المريض من علة فيه بل ان الغرض منها تحسيني وكمالي، وان القضاء الفرنسي استعمل عبارات جعلت التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل اكثر من التزام ببذل عناية، إذ قضت بأن على الطبيب الامتناع عن القيام بالعملية إلا إذا كان واثقاً من نجاحها نظراً لان الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض أو صحته(36).

أما موقف القانون العراقي فإن التزام الطبيب ينصرف الى بذل عناية، استناداً إلى البند (ثانياً) من دستور السلوك المهني الطبي الصادر في العراق عام 2002، الذي ينص على ((1- ان المسؤولية الطبية تجاه المريض هي مسؤولية عناية ومعالجة واسناد وليست مسؤولية شفاء.2- ان الطبيب مسؤول عما يستعمله أو يقصر في استعماله من وسائل وليس مسؤولاً عن الشفاء))، يتضح من ذلك إن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، ويخضع التزام الطبيب في الجراحة التجميلية لهذا الحكم، أما العناية المطلوبة، و لعدم وجود نص خاص، فإنها تخضع للقواعد العامة في القانون المدني وهي عناية الشخص المعتاد(37)، ومع ذلك فإن القضاء العراقي أشار إلى أن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم(38)، واتجاه القضاء هنا لا يدعمه سند تشريعي، وفي هذا المجال نرى بأن النص السابق بحاجة إلى إعادة النظر فيه في ضوء الموازنة بين غرض العقد الطبي المبرم لغرض التجميل، وبين ذات العمل الطبي، إذ إن المريض يلجأ إلى تجميل جسمه لغرض التجميل وليس التقبيح أو البقاء على حاله، والعمل الطبي بطبيعته و الذي يخرج جانب منه عن ارادة الطبيب، فغرض العقد يستوجب تشديد الالتزام، وطبيعة العمل، يستوجب تخفيف الالتزام، وبين هذين الأمرين نفضل سن نص تشريعي بحيث يجعل التزام الطبيب التزام ببذل عناية مشددة، سيما ان العمليات الجمالية لا تهدف إلا الى تحسين المظهر الخارجي للشخص ولا تتسم بالضرورة الملحة والعاجلة.

الفرع الثالث:صور تعديل عنصر المديونية لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل: من خلال العقد المبرم في جراحة التجميل يحدد مضمون الالتزامات التي يلتزم بها كل من طرفي العقد تجاه الآخر، وهذا قد يعدل نطاق العناية المطلوبة من الطبيب المحددة على وفق القانون، وطبيعة الالتزام تحدد من خلال هذه العناية، ويتصور تعديل المديونية بالصور الآتية:

أولاً/ تخفيف العناية المطلوبة: إن التزام الطبيب الجراح في عملية التجميل هو التزام ببذل عناية، والعناية المطلوبة هي عناية شخص معتاد في نفس الظروف الخارجية للطبيب المسؤول، وتخفيف الالتزام ينصب على العناية المطلوبة من الطبيب، كأن يتفق الطرفان على أن العناية المطلوبة هي ما يبذلها الطبيب في شؤونه الخاصة، ومن ذلك الاتفاق على أن الطبيب يبذل ما في وسعه في عملية تجميل الاسنان أو الانف فإن كان الطبيب أقل حرصاً، نكون أمام تخفيف الالتزام، والعكس بالعكس.

---

(34)أشار إلى هذه الاراء: د..عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952، ص822.

(35) أشار إليه: عبد المنعم محمد داود، المسؤولية القانونية للطبيب ، اصدار الجمعية المصرية للطب والقانون، الاسكندرية، 1987، ص50.

(36) قرار محكمة استئناف باريس في 7/نوفمبر/1972، و قرارها في 11/جون/1974.

(37) ينظر: المادة (251) مدني عراقي، مما تجدر الاشارة اليه هو ان القضاء الجنائي ميز بين الخطأ المهني والخطأ العادي (ينظر: نقض جنائي عراقي، رقم 535 / تمييزية / 1968 في 1968/11/30 المنشور في مجلة العدالة العراقية، تصدرها وزارة العدل ، العدد 3س3 ، 1977 –ص471.

(38)محكمة استئناف بغداد /الرصافة –العدد /1335 /س/1998 في 1998/5/20 و قرار محكمة التمييز الصادر في 1998/10/24 المرقم 2913 /م1/98، المشار اليهما لدى: ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2007، ص42.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و حذف الالتزام يدخل ضمن التخفيف، و على الرغم من ان مصطلح (الحذف) لا يستغرقه العنوان (التخفيف) من الناحية اللغوية، إلا أنه من الناحية القانونية يدرج ضمنه مجازاً(39). والاتفاق على حذف العناية المطلوبة يمحو الالتزام بأكمله، إذاً، وفقاً لهذا النوع من الاتفاقات لا يكون ملتزماً قطاً، ومن ثم لا تقوم مسؤوليته أصلاً.

ثانياً/تشديد العناية المطلوبة: ان التشديد ينصب، أسوة بالتخفيف، على العناية المطلوبة من الطبيب في أداء عمله، والاتفاق على تشديد التزام الطبيب له صور، و نلقي الضوء عليها فيما يلي:

1-**الاتفاق على تشديد العناية المطلوبة في نطاق الالتزام ببذل عناية:** يقصد به الاتفاق في نطاق عقد الجراحة التجميلية على ان يبذل الطبيب على بذل عناية أكبر من العناية المعتادة، وعندئذ تكون العناية المطلوبة هي عناية شخص حريص، وفي هذه الحالة يسأل الطبيب عن أخطائه التافهة .

2-**الاتفاق على تشديد العناية المطلوبة إلى تحقيق نتيجة:** يعد من قبيل تشديد العناية، الاتفاق على تحويل العناية في الالتزام من الاصل (بذل عناية) إلى تحقيق غاية، وعلى وفق هذا الاتفاق يلتزم المدين بتحقيق النتيجة المطلوبة، وإلا فيسأل حتى لو بذل عناية شخص معتاد، ولكن ذلك لا يمنع الطبيب المسؤول من التمسك بسبب أجنبي للتخلص من المسؤولية وكذلك فإن الاستناد إلى هذا الاتفاق لا يمنع المسؤول من التمسك بالسبب الاجنبي كسبب لانقضاء الالتزام.

3-**الاتفاق على تحويل العناية المطلوبة الى ضمان النتيجة (نجاح العملية):** قد يتفق الطرفان على ان يكون المدين ملتزماً بضمان النتيجة، وأطلق البعض على هذا بـ(الالتزام بالضمان)، ويقصد به التزام الشخص بمقتضى نص القانون أو الاتفاق بأن يعوض المتضرر عن كل ضرر وان كان ناشئاً عن السبب الأجنبي(40). ويتحقُّق ذلك من خلال إقرار الحماية الموضوعية المجرَّدة، التي قوامها مجرد تحقُّق الضرر دون الخطأ، وبهذا يمكن القول بأنَّ علة الحكم بالتضمين هي الضرر، والضمان شرِّع أصلاً لجبر الضرر.

4-**الاتفاق على ضمان نتيجة العملية الجراحية للتجميل:** ومن صور تشديد العناية هو الاتفاق على ضمان نتيجة العملية الجراحية، وهذا الاتفاق يختلف عن الاتفاق على تحقيق النتيجة وضمان النتيجة، من حيث أن الأول ينصب على النتيجة بعد نجاح العملية، أما الآخران فينصبان على ذات العملية من حيث النجاح و الفشل، إذا اتفق الطرفان على ان الطبيب يضمن جمال **محل التجميل نكون** أمام الاتفاق على ضمان نتيجة العملية الجراحية، كأن يتعهد الطبيب بأن زراعة الشعر يكون على قدر يتحقق بها التجميل فعلياً أو على قدر لا يحس به الناظرين، وإلا فيكرر العملية دون مقابل، فهذا الاتفاق لاينصب على ذات العملية بأنه يضمن النجاح، بل يأتي أثر الاتفاق بعد نجاح العملية، أما إذا اتفق الطرفان على تحقق نجاح العملية، حينئذ نكون أمام الاتفاق على تحويل العناية الى تحقيق نتيجة أو ضمان النتيجة على حسب الأحوال.

المطلب الثاني:حكم تعديل عنصر المديونية لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل: يجوز للمتعاقدين طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) -كما بيّنا سابقاً- ان يتفقا على تعديل ما ورد في القانون من حذف الالتزام أو تخفيفه أو تشديده، وأن للدائن في رابطة المديونية مطالبة مدينه، إما القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، وتعديل المديونية يتحقق بتعديل محلها، وحكم هذا التعديل يتوقف على صورتي التعديل (التشديد و التخفيف)، وللالمام بحكم هاتين الصورتين سنخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً.

لفرع الاول:حكم الاتفاق المخفف لعنصر المديونية لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل :تنقسم الالتزامات الناشئة عن العقد من زاوية العناية المطلوبة من المدين الى التزامات رئيسية والتزامات ثانوية، ويقصد بالنوع الأول، بأنه الاثر الذي ينشئه مقتضى العقد، و هو الاثر الرئيس للعقد، والذي يحدد وصف العقد وخصائصه ويميزه عن غيره من العقود (41)، أما الالتزام الثانوي فيتمثل بالالتزام الذي يتصور العقد بدونه، ويتحدد هذين الالتزامين بمقتضى نص أو اتفاق، مترتباً على ذلك، انه هناك معيارين لتحديد الالتزامات الجوهرية من الالتزامات الثانوية، الأول، معيار موضوعي، مفاده أن الالتزام الجوهري هو الذي لا يتصور وجود العقد بدونه على النحو الذي أراده القانون، و يؤدي الاتفاق عليه إلى انعقاد العقد، وبفقدانه يفقد العقد تسميته القانونية(42)،

(39)أشار الفقه إلى موضوع (الاعفاء من المسؤولية) ضمن موضوع (التخفيف من المسؤولية)، (ينظر: د. عبد المجيد الحكيم و آخرون، مصدر سابق، ص122 و ص170.

(40)ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، المجلد(1)، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص188-189.

(41)ينظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2006، ص259.

(42)مجاهد أسامة أبو الحسن، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص26.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

في حين أن الالتزام الثانوني هو الالتزام المقرر قانوناً، ولا يؤثر فقدانه على تسمية العقد، وبناءً عليه فان الالتزامات الرئيسية للطبيب الجراح في عمليات التجميل هي التزاماته التي تتصل بجسم المريض وسلامته كاجراء عملية التجميل و متابعة المريض وما شاكل ذلك، أما الالتزامات الثانونية في عمليات التجميل، فهي الالتزامات التي لا تؤثر على تسمية العقد الطبي للتجميل، كالتزام الطبيب باجراء العملية في موعد معين أو ايواء الطبيب في مكان معين أو تقديم خدمات ثانونية الى مريضه أو ما شاكل ذلك. أما الثاني، معيار شخصي، وبمقتضى هذا المعيار يتحدد الالتزام الرئيسي من الآخر بمقتضى ارادة الطرفين. و يفرق جانب من الفقه بشأن الالتزامات التي يجوز استبعادها بين نوعي الالتزامات (الرئيسة و الثانوية)، إذ لايجوز الاتفاقات على حذف الالتزامات الرئيسية الناشئة عن العقد أو مخالف لمقتضى العقد(43) لان ذلك يحول العقد الى عقد آخر طبقاً لنظرية تحول العقد، إذا توفرت شروطها أو يجرد العقد من ماهيته. وينظر لتحديد الالتزام بين الرئيسية والثانوية الى الاداء الملقاة على المدين. و لما كان الاتفاق على تعديل التزام طبيب الجراح التجميل هو في نهاية المطاف شرط مدرج في العقد الطبي، لذا يخضع لاحكام الشرط المقترن بالعقد، إذ نص المشرع العراقي في المادة (131) على "1 – يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة.2 – كما يجوز ان يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً". عليه يجوز اقتران العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة، أو يكون الشرط يعود بالنفع لأحد العاقدين على أن لا يخالف القواعد القانونية الآمرة أو النظام العام أو الآداب العامة، و يمكن استنتاج الشرط الباطل بانه هو ذلك الشرط الذي يخالف مقتضى العقد(44) و لم يجر به العرف والعادة، و كذلك الشرط الذي ليس فيه نفع لأحد العاقدين أو الغير، وكذلك الشرط الذي فيه نفع ولكن مخالف للنظام العام والآداب.

وبناءً على الفقرات السابقة فان الاتفاق على تخفيف عناية الطبيب الرئيسية يعد باطلاً، لمخالفته لمقتضى العقد، مثل الاتفاق على ان تكون العناية المطلوبة من الطبيب بعملية التجميل أقل من عناية شخص معتاد، او حذف هذه العناية (الالتزام)، والسبب في البطلان يعزى إلى تنظيم هذه الالتزامات بمقتضى قواعد قانونية آمرة، وتعديل هذا الالتزام سيفقد ذاتية العقد، وكذلك يعزى إلى كون تخفيف أو حذف هذه الالتزامات يمس سلامة جسم الانسان والتي تعد من النظام العام ولا يجوز تجاوزها، لذا لا يمكن عد التوقيع المأخوذ من المريض قبل العملية، بأنه تنازل عن حقوقه المحمية تجاه الطبيب، أو عده بانه اتفاق على اعفاء الطبيب من التزاماته أو امراً من هذا القبيل، وإنما هو بمثابة الاذن بمعالجة المريض ، أما بصدد الالتزامات الثانوية فيجوز الاتفاق على تخفيفها إلا إذا حرمه نص قانوني.

الفرع الثاني :حكم الاتفاق المشدد لعنصر المديونية لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل :قبل الولوج في بيان موضوع هذا الفرع، ننوه الى أن محل تشديد عنصر المديونية، الذي نقصدها، يتمثل في القيام بعمل وهو إجراء عملية التجميل إذا كان ممكناً، إذ يجب أن يتوافر في المحل إضافة إلى شرط المشروعية، أن يكون ممكنا لا مستحيلاً، وبخلافه إذا كان مستحيلاً استحالة مطلقة، يكون الالتزام باطلاً، فلا التزام بمستحيل، لذا اذا كان التزام الطبيب باجراء عملية التجميل مستحيلاً كأن يكون جسم المريض لا يتقبل هذه العملية بطبيعته، نكون أمام استحالة طبيعية، وجزاء هذه الاستحالة هو البطلان، ويتبعه بطلان الاتفاقات التي تأتي بصدده، سواءً بالتخفيف أو الحذف أو التشديد. و إذا كان الالتزام ممكناً، ذهب البعض إلى جواز الاتفاق على تشديده على أن يبذل قدراً من العناية يتجاوز القدر المطلوب منه عادةً عند إجراء العملية(45)، وأكدت محكمة النقض الفرنسية على أن العقد المبرم ينشيء على عاتق الطبيب، مالم يكن هناك اتفاق مخالف، التزاما يقضي فقط بالتعهد باستخدام الوسائل لتحقيق نتيجة الشفاء الملائمة وبالتالي فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض لانه لايعقل قانونا ان يكون محل الالتزام حياة الانسان، وانما يبذل ما في وسعه الوسائل المتاحة لعلاج المريض وشفائه(46)، وهذا يعني انه يجوز الاتفاق على تشديد التزام الطبيب وذلك بتشديد العناية المطلوبة.و هذا الرأي صائب بالنظر إلى نتيجته، وهي تقرير حماية أكثر للمتضرر، وبالتحديد لجسم المريض، ولكنه محل للنظر، لو نظرنا إلى

(43)د. كاظم كريم علي و د. رؤى عبدالستار صالح، مصدر سابق، ص257.

(44) ينظر: القرار 245/صحية/58 في 1958/2/13، الخاص ببطلان شرط مخالف لمقتضى بيع السيارات، المنشور لدى سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج1، شركة الطبع والنشر الأهية، 1962، ص124.

(45)ينظر:د. وسن قاسم الخفاجي و نور حسين الخزاعي، أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، تصدرها جامعة بابل، المجلد (9)، العدد (1)، السنة (9)، 2017، ص377، و ينظر في نفس المعنى: بحماوي الشريف، مدى التزام الطبيب في الجراحة التجميلية، بحث منشور في مجلة الاجتهاد، تصدرها معهد الحقوق-المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد (1)، جانفي 2012، ص190، المتاح على الانترنت (آخر زيارة 2019/3/26):
http://alijtihed.cu-tamanrasset.dz/wp-content/uploads/2015/06/alijtihed-mag-001-art-010.pdf

(46)أشار اليه: د. ناجية العطراق، مصدر سابق، ص198.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

محل الالتزام أو بالأحرى المحل الذي ورد عليه الأداء نجد ان التزام الطبيب في بعض وجوهه ينصب على جسم الانسان والمضاربة به، وهنا يجب التمييز بين العمل الجراحي وبين النتيجة الجراحية للتجميل، أما بالنسبة للأول فيكون التزام الطبيب فيه هو التزام ببذل عناية، وهذا التزام يمس جسم الانسان وكيانه المعنوي، و تعد حماية سلامة الانسان وحياته من حقوقه اللصيقة بذاته، و يخرج من دائرة التعامل وذلك لأنه ليس شيئاً قابلاً للتصرف فيه، ويكون أي اتفاق محله جسم الانسان وسلامته باطلاً، ومثل هذا الاتفاق مخالف للنظام العام، وذهب جانب آخر من الفقه الى القول بأن حياة الانسان وجسمه وسلامته أشياء فوق مجال الاتفاقات، و انها أموال تبقى خارج دائرة التعامل(47). وهذه الاراء جاءت عند الحديث عن سبب بطلان الاتفاق على تخفيف المسؤولية، ولكنهم أجازوا تشديد المسؤولية، صراحة أو ضمناً. بيد أننا نعتقد انه إذا كان جسم الانسان خارج عن التعامل واعتباره من النظام العام، فلا يجوز ان يكون محلاً للتصرفات القانونية مطلقاً، بصرف النظر عن أثر التصرف بين كونه يحمي جسم الانسان أو يضر به، فنضرب مثالاً هنا لنبرر ما نقوله، إن المشرع أخرج بعض الاشياء عن دائرة التعامل كالتركة المستقبلية، وان التعامل فيها باطل ولو برضا المورث و الورثة، وذلك لاعتبارات عدة، فان السماح بالتعامل فيه يتضمن مضاربة على حياته، بل قد يشجع الوارث على انهاء حياة مورثه(48)، و هذا يدل على ان الاشياء المحرمة لا يجوز ان يكون محلا للتصرف بغض النظر عن آثار التصرف .

و لما كان جسم الانسان خارج عن دائرة التعامل فلا يجوز ان يرد التصرف عليه، أو بالاحرى لا يجوز ان يرد محل الالتزام عليه، إذ أن محل الالتزام هو قيام بعمل أو امتناع عن عمل، وهذا المحل وجب ان لا يرد على الاشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعته أو بحكم القانون، لذا فإنه لا يجوز ان يرد العمل الطبي على جسم الانسان إلا إذا أجاز القانون ذلك، ولما كان القانون اجاز ان يرد العمل الطبي بقصد الشفاء مادياً كان أم نفسياً، لذا وجب التعامل مع هذا القصد كاستثناء، ولايجوز المضاربة بجسم الانسان لأي دافع، عليه فإننا نعتقد ان اجراء عملية التجميل، هو التزام باداء عمل يرد على جسم الانسان، وهذا أجازه القانون كاستثناء يرد على اصل عام وهو عدم جواز ورود الالتزام على جسم الانسان وذلك بقصد التجميل، وهذا الاستثناء لا يجوز التوسع فيه، سيما انه قد يتضمن المضاربة على حياة المريض وكيانه المعنوي، بل قد يشجع المريض الى الحاق الضرر بنفسه بدافع انه سيأخذ التعويض من الطبيب، وعليه فإن الاتفاق على تشديد العناية المطلوبة أو تخفيفها قاصرة على الأموال دون الاشخاص، فيعد الاتفاق باطلاً إذا ورد الالتزام على جسم الانسان أو كيانه المعنوي بصرف النظر عن الضرر اللاحق بالانسان مادياً كان أم معنوياً. وإذا كان الحكم السابق ينطبق على تشديد الالتزام بصوره بالنسبة إلى التزام الطبيب بالعمل الجراحي، إلا أنه يختلف بالنسبة للنتيجة الجراحية للتجميل، فتخضع الأولى إلى مبدأ الالتزام ببذل عناية أما الثانية فتخضع لمبدأ الالتزام بتحقيق نتيجة، فيجوز للطرفين ان يتفقان في العقد على أن يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة، فالعقد شريعة المتعاقدين ما لم يكن الاتفاق مخالفاً للنظام العام(49).

و إن الاتفاق على تشديد العناية المطلوبة من الطبيب بضمان نتيجة عملية التجميل، يأتي بعد نجاح العملية، إذ أنه لا يتضمن المضاربة بجسم الانسان، فالطبيب، على وفق هذا الاتفاق، يضمن نتيجة العملية بعد نجاحها، ففي المثال السابق، والذي يتعهد بموجبه الطبيب بأن تكون زراعة الشعر على قدر يتحقق بها التجميل فعلياً، وإلا فيكرر العملية دون مقابل، فهذا الاتفاق لا يضمن نجاح العملية، كما هو الحال بالنسبة للاتفاق على جعل العناية من الطبيب بتحقيق نتيجة، بل ينصب على نتيجة العملية بعد نجاحها، وهي تحقق جمال عملية التجميل، و لما لم ينصب الاتفاق على جسم الانسان، لذا لا مانع من الاتفاق بصدده، عليه فإذا نجحت عملية زراعة الشعر يعتبر الطبيب موفياً لالتزامه الرئيس، ولكن إذا لم يتحقق الجمال أو يختلف الشعر المزروعة عن الشعر الأصلي بناءً على رأي الخبراء، فيعد الطبيب مخلاً بالتزامه اتفاقاً. وهذا يعني ان حكم الاتفاق المنصب على ذات العملية يختلف عن المنصب على نتيجة العملية، فالأول يعد باطلاً لكونه متضمناً المضاربة بجسم الانسان، في حين الاتفاق على ضمان نتيجة العملية يعد صحيحا وجب الوفاء به.

(47)د. سعدي البرزنجي، مصدر سابق، ص109.
(48)يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الميسرة، لبنان، ط2، 2011، ص144.
(49)بحماوي الشريف، مصدر سابق، ص190.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المبحث الثاني
الاتفاق المعدل لعنصر المسؤولية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل

نعالج من خلال هذا المطلب ما يخص الاتفاق على تعديل عنصر المسؤولية لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل، والذي نسميه بتعديل ذات المسؤولية، والتزاماً بالمسلك المنطقي، علينا بيان مفهوم هذا التعديل لذات المسؤولية أولاً ثم بيان حكمه، ونكرس لكل منهما مطلباً خاصاً، كالآتي.

المطلب الأول:مفهوم تعديل ذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل: إن تعديل ذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل لا يمس إلا المسؤولية، ولا يشمل تعديل درجة عناية المدين المسؤول، لذا فإن التعديل هنا يتحقق عند الاتفاق على مخالفة أحكام المسؤولية على وفق القواعد العامة في القانون المدني، و لما أمكن تحديد مفهوم تعديل ذات المسؤولية من خلال بيان صوره من جهة ونطاقه من جهة ثانية، لذا نستبعد التطرق الى تعريفه، و نكتفي الاشارة اليهما فيما يأتي:

الفرع الأول :صور تعديل ذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل وبيان تعريفها: يتصور تعديل ذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل بالاتفاق على الاعفاء أو التشديد، فسنوضح تعريف كل منهما فيما يأتي:

أولاً: تعريف الاتفاق المعفي لذات مسؤولية طبيب الجراح التجميل: يقصد بالاتفاق المعفي للمسؤولية، تعديل أحكام المسؤولية الناجمة عن العقد، وذلك بالتخفيف من وطأتها، إما برفع المسؤولية كلية (الاعفاء الكلي)، أو بتخفيفها (الاعفاء الجزئي)، وكالآتي:

1-**الاعفاء الكلي من المسؤولية:** هو عبارة عن بند يرد في عقد أو باتفاق منفصل، يعفي بموجبه الدائن مدينه مسبقاً من المسؤولية التي قد تترتب في ذمة الأخير اعفاءً تاماً جراء عدم تنفيذه لالتزامه، فلا تتحقق المسؤولية بالاتفاق، رغم تحققها وفقاً للقواعد العامة(50)، و يمتنع عن ترتيب آثارها رغم توافر أركانها وشروطها.

2-**الاعفاء الجزئي من المسؤولية:** هو اعفاء المدين من المسؤولية إعفاءً جزئيا، كالاتفاق على افتراض خطأ المريض او الاتفاق على توسع نطاق السبب الأجنبي في حالة عدم الاستغراق وذلك لتخفيف مسؤولية الطبيب .

ثانياً: تعريف الاتفاق المشدد لمسؤولية طبيب الجراح التجميل: والاتفاق، هنا، لا يمس إلا المسؤولية بتشديدها، ولا يشمل الاتفاق على تشديد درجة عناية المدين، لذا يقصد به بأنه ذلك الشرط الوارد في العقد أو في وثيقة منفصلة، الذي يقضي بمسؤولية المدين في حالة أو أحوال تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بمقتضى القواعد العامة في السؤولية العقدية، و ان الاتفاقات المشددة للمسؤولية كانت نادرة في العقود المبرمة بين المحترفين والاخرين اللذين ليست لهم القدرة على التفاوض، إذا ما قورنت بالاتفاقات المعفية للمسؤولية، وذلك على خلاف العقود المبنية على المساومة الحرة(51) ، أما في ميدان الجراحة التجميلية، فيتبادر الاطباء إلى عرض مثل هذه الاتفاقات لمنح الثقة لمرضاهم في ابرام عقودهم الطبية.

ونلتمس تشديد المسؤولية من خلال الاتفاق على تحمل المدين تبعة السبب الأجنبي، سواءً أكان التزام المدين بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، لذا فإن الاتفاق على تشديد مسؤولية الطبيب في جراحة التجميل يتحقق إذا اتفق الطبيب مع مريضه في عقد التجميل على تحقق مسؤولية الطبيب إذا لم يتحقق الغرض (التجميل) المرجو من العقد الطبي.

الفرع الثاني:تعديل ذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل و التعويض الاتفاقي: يقصد بالتعويض الاتفاقي بأنه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان قبل وقوع الضرر مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، و ذهب البعض(52) إلى عد التعويض الاتفاقي صورة من صور تعديل المسؤولية، بأن التزام المدين بدفع تعويض جزئي، هو تشديد للمسؤولية إذا أصاب الدائن بضرر أقل من المبلغ المقدر، ويعد تخفيفاً إذا أصاب الدائن ضرر أكبر منه. وهذا محل نظر لان التزام الطبيب ينشأ مباشرة من العقد، أما التعويض فيترتب على المسؤولية ويوصف بالالزام وليس الالتزام، لان المسؤولية تعد عنصراً في الالتزام والأخير يختلف عن الإلزام ، فالالتزام ينشأ عن مصادر إرادية ، أي أنه ينشأ بإرادة الملتزم، أما الالزام فهو إجبار، أي أنه ينشأ بسبب غير إرادي(53)، و يرى البعض(54) ان الالتزام يعني ان الشخص قد التزم طواعية، فهو مقتصر على تلك المترتبة على التصرفات

(50)أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الدراسات العليا- جامعة النجاح الوطني في طرابلس، فلسطين، 2006، ص35.

(51)ينظر: د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، مطبعة الكرامة، الرباط، ط3، 2011، ، ص50.

(52)د. ياسين محمد الجبوري، مصدر سابق، ص412 .

(53) للتفاصيل ينظر: د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية، بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص30و ما بعدها.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الارادية، اما الذي ينشأ عن الوقائع التي لاتكون لارادة الإنسان دخل فيها ، فهو الزام وليس التزام. و لما كان الالزام يترتب في الحالات التي لا دخل فيها لارادة الانسان، لذا فإنه لا يقتصر نشوءها على المصادر المعروفة في القانون المدني وهي المسؤولية غير العقدية و الكسب دون السبب و القانون، بل ينشأ كأثر يحدده القانون جبرا من الانظمة القانونية، منها كأثر المسؤولية العقدية، إذ أن المتعاقد يلتزم بمقتضى التصرف الذي ابرمه، فإذا نفذه، انقضى التزامه طبيعياً، وان امتنع عنه يجبر عليه، وإذا أستحالت عليه بتعد منه، تنشأ مسؤوليته العقدية وفق المادة (168) مدني عراقي السابق ذكرها، ويترتب على الأخيرة، إما التعويض النقدي أو التعويض بمقابل، ولما لا دخل لارادة المدين في تحديد هذا الاثر، نقول: إنه يلزم بأحدهما، وهذا يعني أن الالزام ينشأ كأثر المسؤولية، ولا يعني ذلك ان المسؤولية سبب لالزام، بل ان الأخير اثر لها لأنه لو حكم القاضي بالتعويض النقدي أو العيني، فهو امتداد لالتزامه العقدي، ويبقى التأمينات الضامنة لالتزامه بالنسبة لالزامه، عليه ان المسؤولية تنشأ بعد الاخلال بالمديونية، اما الالزام فهو الاجبار على الوفاء بما اوجب القانون على الشخص لمصلحة غيره.

و عليه يمكن القول بأنه يترتب على مسؤولية طبيب الجراح التجميل الزامه بتعويض مريضه عما لحقه من ضرر، و إذا اتفقا على مقدار هذا التعويض نكون أمام تعديل الزام الطبيب باتفاق الطرفين ويسمى بالتعويض الاتفاقي، والذي ينشأ من هذا الاتفاق هو التزام وليس الزام، لكون ارادة الطرفين لها دخل في نشوئه. و ان الاتفاق المعدل للالزام يدخل ضمن موضوع التعويض وله أحكام تختلف عن أحكام الاتفاق المعدل للمسؤولية، إذ ان المشرع جعل بعض أحكام التعويض الاتفاقي من النظام العام، إذ اشترط وقوع الضرر شرطاً لاستحقاق التعويض الاتفاقي، وأجاز المشرع للقاضي أن يتدخل لتعديل التعويض الاتفاقي بناءً على طلب أحد العاقدين لمراعاة المساواة بين التعويض والضرر، إذ يجوز له ان ينقص مقدار التعويض الاتفاقي إذا كان مبالغاً فيه و في حالتي غش الدائن أو خطأه الجسيم، كما يجوز له ان يزيد قيمة التعويض الاتفاقي وذلك إذا جاوز خطأ المدين مقدار التعويض بأن يثبت الدائن ارتكاب المدين خطأ جسيماً أو غشاً يجاوز حدود التعويض الاتفاقي كل ذلك مراعاةً للتوازن العقدي، وهذا الحكم يعد من النظام العام، في حين ان القاضي ليس له هذه السلطة في المساس بالاتفاق المعدل للالتزام، وكل ما له هو ان يحكم بالبطلان إذا كان يتجاوز الحدود المسموح قانوناً -سنأتي إليه لاحقاً- أو يحكم بصحته، ولا يجوز له ان يتدخل لتعديله. ويتبين مما سبق ان منشأ تعديل التزام طبيب الجراح التجميل و الزامه والذي كنا بصدده هو اتفاق ارادي، ولكن يختلفان من حيث المحل، إذ ان الاتفاق المعدل للالزام ينصب على اثر المسؤولية (ذات التعويض) بالزيادة عن التعويض الحقيقي أو النقصان عنه، أما الاتفاق المعدل للالتزام فإما أن ينصب على عنصر المديونية أو على ذات المسؤولية بالتشديد أو التخفيف أو الاعفاء (أو الحذف حسب التعبير)، وان كانا يتقاربان في صورتي الأولى والثانية مع اختلاف أحكامهما إلا أنهما يتباعدان في الصورة الثالثة وهي الاعفاء.

وفي النهاية نشير إلى أنه على الرغم من اختلاف كل من صورتي تعديل التزام الطبيب بعضها عن بعض من جهة وكل منهما بالنسبة لتعديل الزام الطبيب من جهة أخرى، إلا أن ذلك لا يعني ان أحدها مستقل تماماً عن الآخر، فأحد صور التعديل يؤثر قريباً أو بعيداً على الآخر، إذ ان الاتفاقات المعدلة لالتزام الطبيب إما أن ينصب على عنصر المديونية وإما أن ينصب على عنصر المسؤولية، والتعديل المنصب على المديونية يؤثر على المسؤولية لكون الاخلال بالمديونية يعد منشئاً للمسؤولية، و العكس ليس بصحيح، و لما يعد الالزام بالتعويض يترتب كأثر رئيسي للمسؤولية، لذا فإنه يتأثر شدة وتخفيفاً في تعديل الالتزام بعنصريه.

المطلب الثاني:حكم الاتفاق المعدل لذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل

نظراً لاختلاف حكم الاتفاق على تعديل ذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل باختلاف صورتيه من الاعفاء و التشديد، لذا سنعالج حكم كل منهما في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول:حكم الاتفاق المعفي لذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل: يجوز للمتعاقدين ان يتفقان على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالاعفاء كلياً أو جزئياً، وذلك تطبيقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، ولكن هذه الحرية مقيدة قانوناً، إذ نصت المادة(259) مدني عراقي على أنه "وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا تلك التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه" ، و الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه أقل الناس حيطة وحذراً، و هو خطأ يتعارض مع حسن النية، أما الغش فهو أشد قوة من الخطأ الجسيم، لذا فبإمكان المشرع أن يكتفي بالنص على الخطأ

(54) نقلاً عن: د. محمد سليمان الاحمد و د. بَمو برويز خان الدلوي، المسؤولية العينية الناجمة عن سرقة الضمان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدرها مركز النشر العلمي-جامعة البحرين، المجلد (12) العدد(1)، 2015، ص406.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

الجسيم، وعندئذ يشمل الغش عن الطريق القياس من باب أولى(55)، استناداً إلى هذا النص نسلم بأن الاتفاق على اعفاء الطبيب من المسؤولية العقدية الناجمة عن الاخلال بالتزامه بتجميل المريض، يعد باطلاً إذا نشأ عن خطأه الجسيم أو غشه، أما الاتفاق المعفي الخارج عن الخطأ الجسيم فامر أختلف الفقه بصدده، إذ ذهب اتجاه فقهي إلى جواز الاتفاق على استبعاد المسؤولية العقدية للطبيب مستنداً في ذلك إلى قرار محكمة السين، ورد الاتجاه الآخر على هذا الرأي بأن السبب الذي جعلت المحكمة تقرر اعفاء الطبيب الجراح من المسؤولية لا يعزى إلى الاتفاق المعفي المبرم بين الطبيب و المريض وإنما يعزى إلى تخلف ركن الخطأ من جانب الطبيب(56)، ويؤخذ على هذا الرأي بأنه خلط بين الاعفاء من المسؤولية وانتفاء المسؤولية. بيد ان القضاء الفرنسي يرفض، باستثناء حالة وجود نص قانوني، العمل بتطبيق شرط الاعفاء من المسؤولية عند ثبوت خطأ في احداث ضرر جسماني ولو لم تصرح بذلك صراحة، بل بررت موقفها بأن المدين ارتكب خطأ جسيماً(57)، أنه يرد على قاعدة جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية، استثناءً، إذا كانت المسؤولية ناشئة عن احداث ضرر بصحة وسلامة الانسان بما فيهم المتعاقدين فان مصير الاتفاق المعفي هو البطلان(58)، إذ نص بعض التشريعات صراحة على بطلان الاتفاق على الاعفاء من مسؤولية الطبيب إذا وقع الاتفاق قبل وقوع الضرر(59).

أما موقف القانون العراقي فعلى الرغم من أنه لم يحسم حكم الاتفاق السابق، فبالنظر إلى هدف الاتفاق، يمكن تحريمه، إذ تعد حماية سلامة الانسان وحياته ومقوماته المعنوية من الحقوق الطبيعية التي تولد مع ولادة الانسان وتكون لصيقة بذاته، وتبقى لحين وفاته(60)، و أن حياة الانسان وجسمه وسلامته أشياء فوق مجال الاتفاقات ولأنه ليس شيئاً قابلاً للتصرف فيه، فلا يجوز لشخص تخويل غيره بقتله أو جرحه بدون عقاب أو بتعويض أقل من الضرر، فهو اتفاق باطل حتى ولو كان خارج نطاق الخطأ الجسيم أو الغش(61) ، وأي اتفاق محله جسم الانسان وسلامته يعد باطلاً، لذا لايجوز للطبيب الاتفاق مع المريض على استبعاد مسؤوليته عن الاضرار التي تصيب المريض اثناء عمليات جراحة التجميل. ولكل ذي مصلحة ان يتمسك ببطلان العقد وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها(62) ، والعقد الباطل منعدم قانوناً، ولكل من طرفيه ان يرتب أموره على أساس أن العقد منعدم، وليس من اللازم صدور الحكم لتقرير هذا البطلان(63)، و ان بطلان الاتفاق المعفي من المسؤولية لا يؤدي، كأصل، إلى بطلان العقد الطبي الذي تضمنه إلا إذا كان الاتفاق باعثاً للتعاقد(64).

عليه يبقى العقد الطبي صحيحاً مع حذف الاتفاق المعفي إذا لم يكن باعثا للتعاقد، مرتباً لجميع اثاره من حقوق والتزامات، دون ان يحق لاي من الطرفين الرجوع عن العقد إلا بمقتضى الاتفاق أو نص القانون، أما إذا كان الاتفاق المعفي باعثا للتعاقد، فيبطل معه العقد، و انه غير صالح لأن يرتب آثاره القانونية من حقوق والتزامات، ولتطبيق هذا الحكم وجب التمييز بين حالتين إثنتين، الأولى، إذا لم يبد طرفا العقد بتنفيذ ما التزما به، و عندئذ لا يلتزم كل منهما بالتنفيذ، مثلاً إذا انصب العقد الطبي على عملية تجميل الانف، فالطبيب لا يلتزم باجراء عملية التجميل، وله ان يتصرف على أساس أن العقد غير موجود، فإذا حدد موعداً لاجراء هذه العملية، له أن يبرم عقداً آخراً مع مريض آخر في نفس الموعد، وهكذا بالنسبة للمريض، إذ أنه لا يلتزم بدفع الأجر المتفق عليه مع الطبيب المتعاقد معه، كما له ان يبرم عقداً آخراً لاجراء عملية التجميل مع طبيب آخر. الثانية، إذا أبدى المتعاقدان بتنفيذ العقد، فالطبيب إذا بدء باجراء عملية التجميل، وفشلت عملية التجميل، وفي هذه الحالة، يختلف الحكم بينما إذا فشلت العملية كلياً عما إذا كان فشلها جزئياً، وإذا كانت العملية فشلت كلياً، تنهض مسؤولية الطبيب، على وفق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، و يترتب على ذلك، الزام الطبيب المسؤول بدفع تعويض عن الضرر الذي أصاب المريض. أما إذا كانت العملية فشلت جزئياً، حينئذ يستحق المريض المتضرر التعويض عن الضرر الجزئي، ولما كان الطبيب قد بذل جهداً مرضياً في نجاح جزئي لعملية التجميل، كأن قام بزراعة الشعر بجلستين، ونجح في إحداهما، لذا له حق المطالبة بالتعويض على أساس الكسب دون سبب.

---

(55)ينظر: د. هلدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2011، ص102 و 107.

(56)مازو و تونك، ينظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج3، الرابطة السببية، دار وائل للنشر، الاردن، 2006، ص249، وأيد هذا الاتجاه بعض الشراح (ينظر: د. وسن قاسم الخفاجي و نور حسين الخزاعي، مصدر سابق، ص378).

(57)ينظر: د. سعدي البرزنجي، مصدر سابق، ص82-83.

(58)ينظر: د. سعدي البرزنجي، مصدر سابق، ص111، و د. عبد القادر العرعاري، مصدر سابق، ص53.

(59)ينظر: المادة (23) من قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم (17) لسنة 1986.

(60)ينظر: د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصدر سابق، ص402-403.

(61)ينظر: د. سعدي البرزنجي، مصدر سابق، ص109.

(62)ينظر: المادة (141) مدني عراقي.

(63)ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز، مصدر سابق، ص122.

(64)ينظر: المادتان (2/131 و139) مدني عراقي.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الفرع الثاني:حكم الاتفاق المشدد لذات مسؤولية الطبيب الجراح في عمليات التجميل :ان تشديد المسؤولية العقدية للطبيب الجراح في عمليات التجميل هو الاتفاق المبرم بينه وبين مريضه على تحقق مسؤولية الطبيب حتى لو كان خطأه قد تم بسبب أجنبي، وأجاز المشرع العراقي الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية أو تشديدها إلا ما ينشأ عن غش أو خطأ جسيم، و أشار البعض إلى أنه يرد على قاعدة جواز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية العقدية، استثناء، إذا كانت المسؤولية ناشئة عن احداث ضرر بصحة وسلامة الانسان بما فيهم المتعاقدين فان مصير الاتفاق المعفي هو البطلان(65)، إلا أنه يجوز الاتفاق على تشديد المسؤولية(66)، ولكننا نعتقد انه لايمكن الأخذ بالجواز على اطلاقه في نطاق الجراحة التجميلية، ونناقش هذا الموضوع من جانبين، الأول دائرة الاتفاق من حيث أثره على أثر السبب الأجنبي، الثاني دائرة محل الاتفاق من حيث مدى تعلقه بجسم الانسان وكيانه المعنوي.

الأول/ مدى جواز الاتفاق المشدد لذات المسؤولية في دائرة استحالة التنفيذ بسبب أجنبي:تنشأ المسؤولية العقدية إذا توافرت أركانها الثلاث من الخطأ والضرر والرابطة السببية، ولكن إذا تدخل السبب الأجنبي في هذا التسلسل وكان هذا التدخل منتجاً لاحداث الضرر فانه يؤدي إلى انتفاء المسؤولية أو تخفيفها، و يلاحظ هنا انه لايمكن اطلاق تسمية تشديد المسؤولية بالمعنى الدقيق، إذا انتفت هي لاستغراق الخطأ بسبب أجنبي لأنها لا تنهض أصلاً حتى يشددها، وحسناً فعله المشرع العراقي حيث لم يستخدم اصطلاح (المسؤولية) في الفقرة (1) من المادة (259) مدني(67)، ولتوضيح حكم الاتفاق هنا علينا ان نعالج ثلاث مسائل، وهي: نطاق السبب الأجنبي المشمول بالاتفاق المشدد للمسؤولية، و مدى تأثر الاتفاق المشدد للمسؤولية بوقت الاستحالة، وكذلك مدى منطقية قاعدة جواز الاتفاق المشدد للمسؤولية.

1-**نطاق السبب الأجنبي المشمول بالاتفاق المشدد لذات المسؤولية:** ، و السبب الأجنبي إما أن يكون سبباً ناتجاً عن فاعل غير عاقل، كآفة سماوية أو قوة قاهرة أو حادث فجائي، وإما ان يكون ناتجاً عن فاعل عاقل كفعل الغير و خطأ المتضرر، و يلاحظ أن المادة (259) مدني قصرت نطاق الاتفاق على القوة القاهرة والحادث الفجائي، ولم يشر إلى خطأ الدائن و فعل الغير، وهل ما ورد في النص جاء على سبيل الحصر أم جاء على سبيل المثال ويشمل الصور الأخرى للسبب الأجنبي؟

ذهب رأي(68) إلى أن هذا الموقف ينبع من صعوبة الاثبات وكان هذه الصعوبة منعدمة في حالتي خطأ المتضرر و فعل الغير، فان مثل هذا الاتفاق غير سليم من الناحية القانونية، ولكننا نعتقد أنه على الرغم من أن المادة (259) مدني قصرت نطاق الاتفاق على حالتي القوة القاهرة والحادث الفجائي، إلا أن المادة (211) مدني أجازت الاتفاق بالنسبة للصور الأخرى للسبب الأجنبي، بقولها ((اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك)، ويتضح من هذا النص انه يجوز الاتفاق على تحمل نتيجة السبب الأجنبي بصوره المختلفة، ويثور تساؤل هنا، هل النص الأخير يقتصر تطبيقه في دائرة المسؤولية التقصيرية أم يتسع لتشمل دائرة المسؤولية العقدية؟ نعتقد ان السبب الاجنبي الوارد في المادة (168) مدني الخاصة بالمسؤولية العقدية والمادة (425) مدني الخاصة بانقضاء الالتزام هو ذات السبب الاجنبي الوارد في المادة (211) مدني الوارد في نطاق المسؤولية التقصيرية (69).

عليه واستناداً الى النص الأخير يجوز للطبيب ان يتفق مع مريضه على أنه يضمن تبعة الاضرار الناجمة عن الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المريض، إلا أنه في الحالة الأخيرة يشترط أن لا يكون خطأ المريض يصل إلى درجة الخطأ الجسيم أو الغش، لأنه بالنسبة له يعد اتفاقاً على الاعفاء من المسؤولية.

2-**مدى تأثر الاتفاق المشدد لذات المسؤولية بوقت الاستحالة:** نص المشرع العراقي على انتفاء المسؤولية إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي(70)، أما إذا لم يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً حتى لو تدخل السبب الأجنبي، فيجبر المدين على التنفيذ العيني، إذ أن المسؤولية العقدية لا تنهض إذا كان تنفيذ الالتزام ممكناً، وإذا لم يقم به المدين طوعاً أجبر على تنفيذه عينياً، وإذا صار مستحيلاً تنهض المسؤولية إذا حصلت الاستحالة بخطأ المدين، وبخلافه تنتفي المسؤولية بتدخل السبب الأجنبي. و انتفاء المسؤولية بتدخل السبب الأجنبي، يعزى إلى أثر الأخير في قطع الرابطة السببية، و ذلك إذا كان مستغرقاً لخطأ المسؤول، كأن يستغرق خطأ

(65)ينظر: د. عبد القادر العرعاري، مصدر سابق، ص53.
(66)ينظر: أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ط1/ الاصدار الثاني، 2008، ص177.
(67) جاءت عبارة (تحمل التبعة) في المادة (2/259) لدلالة على تحقق الضمان وليس المسؤولية.
(68)أحمد سليم فريز نصرة، مصدر سابق، ص179.
(69)ينظر في هذا الرأي: د. بيرك فارس حسين الجبوري و عواد حسين ياسين الجبوري، انقضاء الالتزام بالسبب الاجنبي-دراسة تحليلية معززة بالتطبيقات القضائية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية تصدرها كلية القانون-جامعة كركوك، المجلد(1)، العدد (1)، 2012، ص3 وما بعدها.
(70)ينظر: المادتان المادة (168 و 211) مدني عراقي.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المريض خطأ الطبيب في فشل عملية التجميل، ويلاحظ أنه قد لا يؤدي تدخل السبب الاجنبي إلى قطع العلاقة السببية بأكمله بل يشترك معه خطأ المسؤول، فعندئذ نكون أمام تخفيف المسؤولية، أو يعزى إلى كونه مسبباً في إحداث الضرر كما لو قام الطبيب بوضع المواد المستخدمة للتجميل في مكانها الطبيعي و قبل استخدامها صار زلزال مؤدياً إلى وقوع الضرر.

وعليه فإن مسؤولية الطبيب العقدية لا تنهض إلا في حالة استحالة التنفيذ، فإذا لم يكن مستحيلاً يجبر على التنفيذ العيني، وهكذا بالنسبة إلى التأخير، فإذا تأخر عن تنفيذ التزامه، فيعد مستحيلاً بالنسبة للماضي، وإذا كان التأخير حصل بخطئه يعد مسؤولاً عن التعويض عن التأخير، إلا إذا أثبت تدخل السبب الأجنبي.

بناءً على الفقرات السابقة يجوز لطرفي عقد التجميل الاتفاق على نهوض مسؤولية الطبيب عن استحالة التنفيذ إذا نشأ الاخلال عن سبب أجنبي سواءً أكان السبب الاجنبي هو السبب الوحيد في إحداث الضرر أم أشترك مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر مستغرقاً كان أم غير مستغرق، ولكن هل يجوز الاتفاق على تحمل الطبيب نتيجة السبب الأجنبي إذا كان التزامه مستحيلاً قبل الاتفاق؟ و قد يتفق الطبيب مع مريضه على أنه يضمن نتيجة عملية التجميل حتى لو فشلت بسبب أجنبي، كأن يكون الفشل راجعاً إلى جسم المريض و لم يتقبل العملية أصلاً وكان ثابتاً بتقرير لجنة طبية مختصة، فوقت استحالة التنفيذ يرجع إلى ما قبل الاتفاق على تشديد مسؤولية الطبيب، وفي هذه الحالة يعد التزام الطبيب بالتجميل باطلاً، فهل يبطل معه الاتفاق المشدد للمسؤولية، أو بالأحرى هل الطبيب يتحمل تبعة الاستحالة؟ للاجابة عن هذا التساؤل لابد من تكييف الاتفاق المشدد للمسؤولية.

ذهب جانب من الفقه(71) إلى أن الاتفاق المشدد للمسؤولية بمثابة تأمين للدائن، كشركة التأمين التي تقبل المسؤولية عن حوادث القوة القاهرة، و ذهب اتجاه ثاني(72) إلى عد الاتفاق المشدد للمسؤولية هو تشديد المسؤولية، وذهب اتجاه ثالث(73) إلى عد الاتفاق المشدد هو ضمان اتفاقي، وبمقتضاه يلتزم المدين بتعويض المتضرر عن الضرر الناجم عن السبب الأجنبي.

ولما كانت احكام العقد من حيث التكوين والمسؤولية الناجمة في اطاره، هي المنظمة كقاعدة ضمن نصوص مكملة، لذا يجوز لأطراف الرابطة العقدية الاتفاق على تعديلها وذلك في الحدود المسموح بها قانوناً في حدود القواعد الآمرة والنظام العام والآداب العامة، عليه نعتقد ان تكييف الاتفاق المشدد للمسؤولية يؤسس على ارادة اطراف العقد، فإذا أراد تشديد المسؤولية من حيث الاثبات و مدة التقادم، عندئذ وجب تحقق اركان المسؤولية العقدية، ونكون أمام تشديد المسؤولية، وإذا تجهت ارادة الطرفين إلى عد الاتفاق تأميناً، فلا مانع من الاتفاق على ذلك وعندئذ يخضع الاتفاق لأحكام التأمين، وكذلك إذا اتجهت الارادة إلى عد الاتفاق ضمان اتفاقي فعندئذ يخضع لأحكام الالتزام بالضمان.

وبناءً على الفقرة اعلاه، فإن الاتفاق على تشديد المسؤولية بين الطبيب ومريضه في حالة استحالة تحقق النتيجة بسبب يعود إلى جسم المريض، يعد باطلاً إذا كان المراد من الاتفاق هو تشديد المسؤولية أو الالتزام بالضمان، والسبب في بطلان تشديد المسؤولية هو أن المسؤولية العقدية تنهض عن اخلال بالتزام عقدي، وبطلان الالتزام لاستحالته يؤدي إلى انفساخ العقد بحكم القانون، مؤدياً إلى منع تحقق المسؤولية، ونفس السبب يصلح في بطلان الاتفاق على أنه التزام بالضمان، لأن المدين، على الرغم من أنه يضمن النتيجة في التزامه بالضمان، حتى لو نشأ الاخلال عن سبب أجنبي، إلا أنه لصحة هذا الالتزام وجب أن لا يكون مستحيلاً، ولما كان التزام الطبيب مستحيلاً فيعد باطلاً.

أما إذا اتفق اطراف العقد الطبي على ان الطبيب يضمن النتيجة على أنه تأمين، و كان التزامه مستحيلاً، وجب لتبيان حكمه الاستدلال بالاحكام الخاصة بمحله وسنتطرق اليه لاحقاً.

3-**مدى منطقية قاعدة جواز الاتفاق على تشديد المسؤولية:** إن المشرع جعل القاعدة السابقة قاعدة مكملة ولم يجعلها من النظام العام، إذ أجازت المادة (1/259) مدني، صراحة الاتفاق على نهوض المسؤولية العقدية إذا نشأت عن حادث فجائي وقوة قاهرة، وموقف المشرع العراقي هنا تعرض لنوع من الانتقاد، عند المقارنة بينه وبين موقفه بصدد نظرية الظروف الطارئة، إذ جعلت الأخيرة من النظام العام ولم يجز الاتفاق على تحمل المدين نتيجة الظروف الطارئة(74)، وذهب رأي(75) إلى أن نظرية الظروف الطارئة جاءت لحماية المصلحة العامة أو الطرف الضعيف، لذا نظمت أحكامه بقواعد آمرة، و لكن كل من النظريتين تقومان على

(71)د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد (2)، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3 الجديدة، 2011، ص757.

(72)استخدم بعض الفقه مصطلح تشديد المسؤولية: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد (2)، مصدر سابق، ص756.

(73)ينظر: أحمد سليم فريز نصرة، مصدر سابق، ص181.

(74)ينظر: المادة (2/146) مدني عراقي

(75)د. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، تصدرها جامعة الكوفة، المجلد (1)، العدد(38)، 2015، ص88.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

نفس الشروط وهي ان يكون عاماً وغير متوقع و لايستطاع دفعه، وكل ما في الأمر ان أثر القوة القاهرة أكثر شدة من الثاني، لذا ذهب رأي آخر(76) إلى أنه لما كانت نظرية الظروف الطارئة أقل تاثيراً على الالتزام من القوة القاهرة، يجب تبعاً لذلك الا يجاوز الاتفاق على تحمل تبعة القوة القاهرة. ونعتقد مع البعض(77) في أن المشرع وقع قد في تناقض ويرجع ذلك إلى أن النص مأخوذ من القانون المدني المصري، والمشرع المصري أخذ النص الخاص بنظرية الظروف الطارئة من نظام قانوني اجتماعي الطابع فتعود جذورها الى القانون الكنسي، وقد ضعفت هذه النظرية بعد بروز مبدأ سلطان الارادة ولهذا لم يأخذ به القانون الفرنسي، في حين أن النص المتعلق بالقوة القاهرة من نظام قانوني فردي الطابع، لذا نوصي المشرع العراقي بتعديل المادة (2/146) مدني على نحو ينظمه بقاعدة مكملة لكي تكون المادة (1/259) أكثر منطقياً.

ثانياً/مدى جواز الاتفاق المشدد لذات المسؤولية بالنظر إلى محله: بينا سابقا بان تكييف الاتفاق المشدد لذات المسؤولية قد يكون بمثابة التأمين وقد يكون تشديدا للمسؤولية كما قد يكون اتفاق الضمان، على حسب نية المتعاقدين وظروف العقد، وأياً كان التكييف فإنه تسري عليه القواعد العامة في العقود، إذ يستوجب توافر التراضي و محل وسبب، و لا غرابة على ركني التراضي و السبب، أما المحل فيجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين وأن يكون موجوداً أو ممكن الوجود وكذلك يجب أن لا يكون محرماً بطبيعته أو بحكم القانون، و قد يتبادر إلى الذهن بان الاتفاق المشدد في نطاق **الجراحة** التجميلية يرد على جسم الانسان أو يمسه في بعض الأحيان، ولتحليل ذلك علينا البحث عن العقد الذي يقترب منه، وعقد التأمين ضد المخاطر الواقعة على جسم الانسان يتشابه من حيث المحل مع الاتفاق موضوع بحثنا. وعلى الرغم من أن العقد الطبي المتضمن تعويض المريض عن الاضرار الواقعة بسبب أجنبي يختلف عن عقد التأمين، من حيث طبيعة الالتزام، إذ أن التزام الطبيب قد يكون التزام بتحقيق نتيجة وقد يكون التزام ببذل عناية في أن التزام شركة التأمين هو التزام بتحقيق ضمان التعويض، ومن حيث أن التزام المريض هو دفع الثمن المتفق عليه في حين أن التزام المؤمن له هو دفع الاقساط المتفق عليه وما شاكل ذلك، إلا أن التزام الطبيب يتشابه و التزام شركة التأمين من حيث إن محل التزام الطبيب هو تعويض المتضرر عن إصابة المريض فيشبه التزام شركة التأمين بتعويض المؤمن له عن إصابة أو عن موت .و تتعدد صور التأمين فمنها التأمين لحالة الوفاة و التأمين ضد الحوادث والاصابات الجسدية، ومحل التأمين هو مصلحة مشروعة، وتدخل في هذه المصلحة عناصر ثلاثة وهي: الخطر والقسط و مبلغ التأمين(78)، والخطر هو حادث محتمل الوقوع لا يتوقف تحققه على محض ارادة المتعاقدين، وهذا يدل على أن محل التأمين لا يتمثل في ذات جسم الانسان وكيانه المعنوي، بل يتمثل في ذات الحادث، ومن خلال هذا التوضيح نصل الى نتيجة هي أن محل الاتفاق المشدد لذات مسؤولية الطبيب يتمثل في ذات الحادث وهذا الحادث أدى إلى ايقاع الضرر بجسم الانسان و كيانه المعنوي، أي أن المحل هو الحادث وليس ذات جسم الانسان و كيانه المعنوي، و عليه فإن الاتفاق المشدد للمسؤولية الناجمة عن الاضرار اللاحقة بالمريض جائز لكون محله يتمثل في الحادث أسوة بالتأمين، ولابد أن ننوه هنا الى ان هذا الاتفاق لا يخضع لأحكام التأمين لاختلاف النظامين بعضهما عن البعض، إلا إذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى ذلك، وذلك على خلاف الاتفاق المعدل للمديونية –كما بينا في المبحث الأول- فأنه يقع باطلاً لورود الاداء فيها على جسم الانسان .

وإذا اتفق الطبيب مع مريضه على التشديد بأنه تأمين فهذا أمر جائز وعندئذ يخضع لاحكام عقد التأمين، إذ أشار المشرع العراقي إلى جواز ورود محل التأمين إلى كل شيء مشروع يعود على الشخص بنفع من عدم وقوع خطر معين(79)، حتى لو رجع الخطر الى سبب أجنبي، ولما كان الغرض من الاتفاق المشدد للمسؤولية هو حماية جسم المريض وكيانه المعنوي، لذا يصلح ان يكون محلاً للتأمين، إذ يحميه من الحاق الضرر به نتيجة وقوع خطر والذي يتمثل بالعملية الجراحية، وأشار في فقرة أخرى إلى أنه ((يقع عقد التأمين باطلاً، اذا تبين ان الخطر المؤمن ضده كان قد زال او كان قد تحقق في الوقت الذي تم فيه العقد، وكان احد الطرفين على الاقل عالماً بذلك)) (80) ، والشطر الثاني من هذه الفقرة يجعل التأمين باطلاً عند تحقق الخطر، فالمراد من الخطر هو وقوع الفعل الضار، و لا علاقة لهذه العبارة باستحالة التنفيذ، لذا يجوز الاتفاق المشدد للمسؤولية في دائرة الجراحة التجميلية حتى لو كان الالتزام مستحيلاً لسبب سابق على الاتفاق، أي يرجع الاستحالة إلى جسم المريض، أي يصح الاتفاق بين الطبيب والمريض على أن الأول يضمن الاضرار الناجمة عن عملية التجميل حتى لو تبين ان العملية كانت مستحيلة بناءً على تقرير طبي بشرط ان يكون

(76) عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، دمشق، 1971، ص175.
(77) للتفصيل في الاراء التي قيلت: أحمد سليم فريز نصرة، مصدر سابق، ص167-169.
(78) ينظر: المادتان (983-984) مدني عراقي.
(79) ينظر: الفقرة (1) من المادة (984) مدني عراقي.
(80) الفقرة (2) من المادة (984) مدني عراقي.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:358-376
المجلد (3) – العدد(2) , كانون الأول 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

قبل وقوع الخطر، ولكن يقع الاتفاق باطلاً اذا تم بعد وقوع العملية الجراحية المؤدي إلى وقوع الضرر، وكان أحد الطرفين عالماً بوقوع الضرر، لأنه عندئذ يتحول إلى صلح.

ولابد أن نشير إلى الاتفاق على تشديد مسؤولية الطبيب إذا كان جائزاً لكونه شرط يزيد في المسؤولية ويعزز سلامة الانسان إلا أنه قد يكون هذا الاتفاق باطلاً تبعاً لبطلان التصرف، مثلاً ان يتفق الطبيب مع المريض على اجراء العملية ويغلب على الظن انه يؤدي بحياته أو تعد مخاطرة في جسمه فان الاتفاق باطل تبعاً لبطلان التصرف(81)، إذ قد يكون العقد الذي تضمن الاتفاق على تشديد المسؤولية باطلاً لتجاوزه على النظام العام، كأن يكون الالتزام الذي تضمنه ينصب على جسم الانسان و كيانه المعنوي، فعندئذ يبطل الاتفاق المشدد للمسؤولية تبعاً لبطلان العقد، وهذا يعني أن الاتفاق المشدد للمسؤولية المبرم بين الطبيب مع مريضه، يعد باطلاً، إذا كان محل التزام الطبيب هو اجراء عملية التجميل و يغلب على الظن انها ستؤدي بحياته أو تعد مخاطرة في جسمه سيما في الجراحة التجميلية حيث لا ضرورة ملحة تكمن وراء هذه العملية .

الخاتمة

في نهاية هذا البحث نختم هذا البحث بأهم الاستنتاجات و الاقتراحات وهي:

أولاً/ الاستنتاجات:

1-للاتفاقات المعدلة لالتزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل صور ثلاثة: الأولى الاتفاقات المعدلة للالتزام بأكمله، الثانية الاتفاقات المعدلة لعنصر المديونية، الثالثة الاتفاقات المعدلة لعنصر المسؤولية، واما الاولى فيدخل حكمه ضمن الصورتين الآخيرين.

2-يختلف تعديل التزام الطبيب بصورتيه (تعديل المديونية و تعديل المسؤولية) عن تعديل الزام الطبيب بالتعويض، فالأول يرتب الثاني ويؤثر عليه والعكس ليس صحيحاً، إضافة إلى اختلاف أحكامهما من حيث تدخل القاضي في تعديل الاتفاق.

3-يختلف تعديل عنصر المديونية عن تعديل عنصر المسؤولية من حيث الأثر، فالأول يقع على العناية المطلوبة للأداء الواقع على عاتق المدين سلبياً أم ايجابيا، بالتخفيف منها أو بحذفها أو بتشديدها ويؤثر ذلك بشكل غير مباشر على تعديل المسؤولية، أما الأخير فلا يمس إلا المسؤولية، لذا تبقى المديونية وجوداً، خاضعاً للأحكام العامة في تنفيذ الالتزام.

4-ان توصيف التزام الطبيب في الجراحة التجميلية هو ذات توصيف عنصر المديونية، وإختلف الفقه بصدده، إلا أنه يوصف في القانون العراقي بنفس وصف التزام الطبيب عموماً، والذي هو التزام ببذل عناية على وفق القاعدة العامة في القانون المدني.

5-على الرغم من التشابه في حكم الاتفاقات المعدلة لصورتي التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل من حيث تقييدهما بالقانون بمعناه العام (القواعد القانونية الآمرة، النظام العام والآداب العامة)، إلا أن الاتفاقات المعدلة لعنصر المديونية تتقيد بأن لا يمس الالتزامات الرئيسية، وتقتصر دائرتها في حدود الالتزامات الثانونية، في حين أن الاتفاقات المعدلة لعنصر المسؤولية تتقيد بالخطأ الجسيم أو الغش.

6-ان استحالة تنفيذ التزام طبيب الجراح التجميل لسبب يرجع إلى جسم المريض، يؤدي إلى بطلان الاتفاقات التي تأتي بصدد عنصريه (المديونية و المسؤولية) بالتخفيف أو التشديد، إلا إذا اتجهت ارادة الطرفين في تعديل المسؤولية إلى أن يأتي الاتفاق بمعنى التأمين من المسؤولية.

7-ان العلة في بطلان الاتفاقات التي تنصب على عنصر المديونية التي ترد على جسم المريض وكيانه المعنوي بالتخفيف أو الحذف أو التشديد هو كون الجسم من النظام العام، ولا يجوز المضاربة به، وإذا انعدمت هذه المضاربة عندئذ يحكم بالجواز، لذا يجوز الاتفاق على تشديد عنصر المديونية بضمان نتيجة عمل الجراحة التجميلية.

8-لا يجوز الاتفاق على تخفيف المسؤولية في التزام الطبيب الجراح في عمليات التجميل كونه يؤدي الى الحاق الضرر بجسم المريض، أما الاتفاق على التشديد فلكونه يرد على حادث ولا يمس جسم الانسان، لذا يعد أمراً جائزاً حتى لو نشأ الضرر عن سبب أجنبي.

9-موقف المشرع العراقي منتقد في المادة (2/259) الخاصة بجواز الاتفاق على تحمل نتيجة الحادث الفجائي والقوة القاهرة، لو نقارن ذلك بموقفه بصدد المادة (2/146) الخاصة ببطلان الاتفاق في نطاق نظرية الظروف الطارئة.

(81)ينظر: أحمد سليم فريز نصرة، مصدر سابق، ص208-209.

ثانياً/ الاقتراحات: نوصي المشرع العراقي بما يلي:

1-ان تنظم المواد (168-176) ضمن الفرع الثاني (التنفيذ بطريق التعويض) بعد المادة (255) من القانون المدني
2-ان تنظم عمل الاطباء في الجراحة التجميلية، على نحو يجعل التزام الطبيب في الجراحة التجميلية التزاماً ببذل عناية مشددة.
3- ان السبب في عدم جواز الاتفاق على تشديد المديونية الملقاة على عاتق الطبيب هو كونه يرد على جسم المريض، على وفق القواعد العامة، لذا يفضل ان ينص على جوازه صراحة حماية للمريض.
4-لحسم الاختلاف الفقهي بصدد جواز الاتفاق على تخفيف مسؤولية طبيب الجراح التجميل، يفضل ان ينص على بطلان الاتفاقات التي تهدف الى تخفيف مسؤولية الاطباء تجاه مريضه في الجراحة التجميلية.
5-ان ينص على منع اجراء عملية جراحة التجميل في حالة رجحان الضرر المتوقع على المصلحة المرجوة.
6-ان ينص على بطلان الاتفاق المشدد لمسؤولية الطبيب في حالة استحالة اجراء عملية التجميل إلا إذا كان ضرباً من التأمين.
7-حذف العبارة (ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.) في الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني لكي تكون المادة (2/159) أكثر منطقياً.

المصادر

أولاً/ الكتب القانونية

1. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في اطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2007.
2. أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ط1/ الاصدار الثاني، 2008.
3. أسماعيل محمد علي المحاقري، الاعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني، بلا الناشر ومكان النشر، 1996.
4. د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ط2، 1995.
5. د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2006.
6. د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج3، الرابطة السببية، دار وائل للنشر، الاردن، 2006.
7. جاسم الشامي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
8. د. سعدي البرزنجي، شروط الاعفاء من المسؤولية العقدية في القانونين الفرنسي والعراقي، مطبعة جامعة صلاح الدين، اربيل، 2003.
9. عبد الحميد الشورابي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.
10. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية، القاهرة، 1963.
11. عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، دمشق، 1971.
12. د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، مطبعة الكرامة، الرباط، ط3، 2011.
13. د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، العاتك، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ط3، 2009، ص122.
14. عبد المنعم محمد داود، المسؤولية القانونية للطبيب ، اصدار الجمعية المصرية للطب والقانون، الاسكندرية، 1987.
15. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 1998.
16. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد (2)، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3 الجديدة، 2011.
17. د. محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة النشر.
18. د. محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية، بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
19. د. محمد فرحات حجازي، طبيعة الالتزام في الفقه الاسلامي والقانون المدني، ص72، المتاح على الانترنت:
20. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
21. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، احسان للنشر والتوزيع، ط1، 2014، دون مكان النشر.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.2.17

22. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، احسان للنشر والتوزيع، ط1، 2014، دون مكان النشر.
23. د. منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، الاردن، ط2، 1995.
24. د. منذر الفضل، المسؤولية الطبية، دار ئاراس، أربيل، 2005
25. د. هلدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2011، ص102 و 107.
26. د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد (1)، نظرية العقد، القسم الثالث، آثار العقد وانحلاله، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2002.
27. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الميسرة، لبنان، ط2، 2011.

ثانياً/ الرسائل والاطاريح:

28. أحمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الدراسات العليا-جامعة النجاح الوطني في طرابلس، فلسطين، 2006.

ثالثاً/ البحوث القانونية:

29. د. ناجية العطراق، طبيعة التزام الطبيب طبقاً للقانون المدني الليبي والفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية-ليبيا، السنة الثانية، العدد (7)، ديسمبر 2015.
30. بحماوي الشريف، مدى التزام الطبيب في الجراحة التجميلية، بحث منشور في مجلة الاجتهاد، تصدرها معهد الحقوق-المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد (1)، جانفي 2012، ص190، المتاح على الانترنت (آخر زيارة 2019/3/26):
http://alijtihed.cu-tamanrasset.dz/wp-content/uploads/2015/06/alijtihed-mag-001-art-010.pdf

31. د. حساين سامية، خصوصية الجراحة التجملية فقهاً قضاءً تشريعا، بحث منشور في مجلة المفكر، العدد(13)، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2018
32. د. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، تصدرها جامعة الكوفة، المجلد (1)، العدد(38)، 2015.
33. د. وسن قاسم الخفاجي و نور حسين الخزاعي، أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، تصدرها جامعة بابل، المجلد (9)، العدد (1)، السنة (9)، 2017.
34. كاظم كريم علي و د. رؤى عبدالستار صالح، شرط الاعفاء من المسؤولية في القانونين الانكليزي والعراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها جامعة بغداد، المجلد (32)، العدد (1)، 2017.
35. مجاهد أسامة أبو الحسن، فكرة الالتزام الرئيسي في العقد وأثرها على اتفاقات المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
36. محمد طه البشير، الدين و أحكامه في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة بغداد، عدد خاص بمناسبة الإحتفال باليوبيل الماسي للكلية، مايس، 1984.

رابعاً/ التشريعات:

37. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.