النظام القانوني لعقد تقديم الاستشارة الطبية

أ.م.د.زبير مصطفى حسين*

* قسم القانون/ كلية القانون، جامعة السليمانية- اقليم كوردستان العراق; قسم القانون/ كلية القانون، جامعة جيهان- السليمانية- اقليم كردستان العراق.

الملخص

يتناول هذا البحث احد الموضوعات القانونية المهمة المعاصرة الذي يتعلق بالاستشارات الطبية التي تتعلق بسلامة الانسان الجسدية،الامر الذي يتطلب دراسة القواعد القانونية المنظمة لعقد تقديم الاستشارة الطبية بشكل توفر الحماية القانونية للمستفيد من الاستشارة. ونظرا لاهمية الاستشارة الطبية والحاجة اليها بالاخص في الوقت الراهن الذي يمتاز بوجود وشيوع انواع مختلفة من الامراض،فقد ظهرت صيغة تعاقد من خلاله يستطيع المستشار الطبي من جهة والمستفيد من جهة اخرى الاستفادة من هذه الاستشارة،والتي تتمثل بعقد تقديم الاستشارة الطبية كاحد الاليات القانونية لتحقيق هذه الغاية،حيث انه يحقق التقاء مصالح كل طرف من طرفيه والتي قد تعجز العقود التقليدية عن تحقيقها.

ان ظهور هذا الشكل من العقود يحتاج الى وضع قواعد قانونية له ،وتسهيل حسم ما يثار بشانه من منازعات،خصوصا ان المشرع العراقي لم ينظم هذا العقد تنظيما تشريعيا خاصا.وتناول البحث التعريف بعقد تقديم الاستشارة الطبية ودراسة عناصره وتمييزه عن غيره من العقود وكذلك تكييفه القانوني واثاره.

والهدف من هذه الدراسة هو تسليط الضوء على العقد محل الدراسة وبيان الاشكاليات القانونية التي تنجم عنها وتقديم المقترحات والحلول القانونية اللازمة لمعالجتها،وذلك من اجل انارة السبيل امام المشرع العراقي لتنظيم هذا العقد في ظل تشريع يتناوله بالتنظيم من حيث احكامه وشروطه ونطاقه.

پوختە

سستەمی یاسایی گرێبەستی پێشکەشکردنی ڕاوێژی پزیشکی

ئەم توێژینەوەیە باسی یەکێك لە بابەتە یاساییە گرنگەکانی سەردەمی هاوچەرخ دەکات ، کە پەیوەنی بەڕاوێژی پزیشکی هەیە ، کە ئەویش پەیوەندی بە لەش ساغی مرۆڤەوەیە ، لەبەر ئەوە پێویستە لێکۆڵینەوە لەو یاساو ڕێسایانەوە بکرێت کە گرێبەستی پێشکەشکردنی ڕاوێژی پزیشکی ڕێکدەخات بەشێوەیەك پارێزگاری یاسایی بۆ کەسی سودمەند لەڕاوێژ دابین بکات.

وەلەبەر گرنکی راوێژی پزیشکی و پێویستی خەڵك پێی بەتایبەتی لەسەردەمی ئێستادا کەچەندین جۆر نەخۆش بوونی هەیەو بڵاوبۆتەوە ، شێوەیەکی تایبەت لە گرێبەست سەری هەڵدا کە لە ڕێگەوەیەوە ڕاوێژکاری پزیشکی لەلایەك وە سودمەند لەلایەکی ترەوە دەتوانن سوودی لێ وەربگرن ، ئەم شێوە تایبەتە بریتیە لە گرێبەستی پێشکەشکردنی ڕاوێژی پزیشکی وەك ئامرازێکی یاسایی بۆ بەدیهێنانی مەبەستی سەرەوە بەشێوەیەك بەیەگگەیشتنی بەرژەوەندی هەریەکێك لەلایەنەکان دەستەبەر بکات ، کە گرێبەستە کلاسیکەکان ناتوانن بەدیبهێنن.

سەرهەڵدانی ئەم شێوەیە لە گرێبەست پێویستی بەدانانی ڕێسای یاسایی هەیە کەبەئاسانی کێشەکانی دروست دەبن لە جێبەجیکردنی چارەسەربکات ، بەتایبەتی کەیاسا دانەری عێراقی ئەم گرێبەستەی لەیاسایەکی تایبەت ڕێکنەخستووە.

ئەم توێژینەوەیە بابەتی ناساندنی گرێبەستەکە لەخۆدەگرێت و لێکۆڵینەوە لە پێکهاتەکانی و جیاکردنەوەی لە گرێبەستەکانی تر و دیاریکردنی سروشتەکەی دەکات.

وە ئامانجی ئەم لێکۆڵینەوەیە بریتیە لە ڕۆشنایی خستنە سەر گرێبەستەکەو دیاریکردنی کێشە یاساییەکان و خستنە ڕووی پێشنیار و چارەسەری یاسایی پێویستە بۆ چارەسەرکردنیان بەمەبەستی ڕۆشنکردنەوەی بەرچاوی یاسادانەری عێراقی بۆ ڕێکخستنی ئەم گرێبەستە بەیاسایەکی تایبەت کە ئەحکام و مەرجەکان و چوارچێوەکەی دیاری بکات.

Abstract

The Legal System of a Medical Advice Contract

This research deals with one of the important contemporary legal issues related to medical consultations in relation to a person's physical safety. However, this requires studying the legal rules governing the contract for providing medical advice in a manner that provides legal protection for the beneficiary of the advice. In view of the importance of medical advice and the need for it, in particular, at the present time that is characterized by the presence and prevalence of various types of diseases, a contract form/formula has emerged through which the medical advisor on the one hand and the beneficiary on the other hand can benefit from this advice, which is the contract to provide medical advice as one of the legal mechanisms to achieve this. The goal, as it achieves the convergence of the interests of each of the two parties, which traditional contracts may not be able to achieve.

The emergence of this form of contracts requires setting legal rules for it, and facilitating the resolution of disputes raised in connection with it, especially since the Iraqi legislator did not organize this contract in a special legislative regulation. The research dealt with defining the contract for providing medical advice, studying its elements and distinguishing it from other contracts, as well as its legal adaptation.

The aim of this study is to shed light on the contract under study and to clarify the legal problems that result from it and to present the proposals and legal solutions necessary to address them, in order to illuminate the way for the Iraqi legislator to organize this contract in light of legislation that deals with the regulation in terms of its provisions, conditions and scope.

المقدمة

نقسم مقدمة بحثنا الى الفقرات الاتية:

اولا: مدخل للموضوع:

يحتل قطاع الخدمات مكانة هامة في البلدان المتقدمة،حيث نشأت شركات متخصصة تقدم للمؤسسات والأفراد خدماتها،ومن اهم هذه الخدمات هي عقود تقديم الاستشارة.

واصبح تقديم الاستشارة كنشاط مهني يتخذ اهمية كبيرة،واصبحت كلمة استشارة موضوعا للعديد من المهن الحرة،كالاطباء والمحامين والمهندسين والمستشارين الماليين.

ونظرا لاهمية الاستشارة الطبية والحاجة اليها بالاخص في الوقت الراهن الذي يمتاز بوجود وشيوع انواع مختلفة من الامراض،فقد ظهرت صيغة تعاقد من خلاله يستطيع المستشار الطبي من جهة والمستفيد من جهة اخرى الاستفادة من هذه الاستشارة،والتي تتمثل بعقد تقديم الاستشارة الطبية كاحد الاليات القانونية لتحقيق هذه الغاية،حيث انه يحقق التقاء مصالح كل طرف من طرفيه والتي قد تعجز العقود التقليدية عن تحقيقها.

ان ظهور هذا الشكل من العقود يحتاج الى وضع قواعد قانونية له ،وتسهيل حسم ما يثار بشانه من منازعات،خصوصا ان المشرع العراقي لم ينظم هذا العقد تنظيما تشريعيا خاصا،بالاضافة الى ان خصوصية هذا العقد تجعل من الصعوبة بمكان تطبيق القواعد العامة عليه،وكذلك انه يتميزعن غيره من العقود بمميزات وخصائص،فضلا عن اختلاف الفقه القانوني في تكييف هذا النوع من العقود.ومن هذا المنطلق وقع اختيارنا لموضوع بحثنا على مفهوم عقد تقديم الاستشارة الطبية وطبيعته القانونية.

ثانيا: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في غياب التنظيم التشريعي الخاص لعقد تقديم الاستشارة الطبية،فلم يورد المشرع العراقي نصوصا خاصة لا في القانون المدني ولا في قانون اخر لتنظم احكام وشروط هذا العقد.وان غياب هذا التنظيم التشريعي ادى الى خلق جملة من الاشكاليات التي بحاجة الى معالجات قانونية،ومن اهمها:

١-معرفة حقيقة عقد تقديم الاستشارة الطبية.

٢-تمييزه عما يشتبه به من العقود الاخرى.

٣-ماهية الطبيعة القانونية لالتزامات المستشار الطبي.

٤-ما هو التكييف القانوني لهذا العقد؟ وهل انه يقترب من عقد الوكالة او المقاولة او العمل او ماذا؟

٥-ماهية خصائص هذا العقد؟

٦-ماهية الالتزامات الناشئة التي تترتب في ذمة عاقديه؟

ثالثا: اهداف البحث:

تسليط الضوء على عقد تقديم الاستشارة الطبية وبيان الاشكاليات القانونية التي تنجم عنها وتقديم المقترحات والحلول القانونية اللازمة لمعالجتها،وذلك من اجل انارة السبيل امام المشرع العراقي لتنظيم هذا العقد في ظل تشريع يتناوله بالتنظيم من حيث احكامه وشروطه ونطاقه.

رابعا: اهمية البحث:

تتجلى اهمية البحث في انه يتناول احد الموضوعات القانونية المهمة المعاصرة الذي يتعلق بالاستشارات الطبية التي تتعلق بسلامة الانسان الجسدية،الامر الذي يتطلب دراسة ماهية القواعد القانونية المنظمة لعقد تقديم الاستشارة الطبية بشكل توفر الحماية القانونية للمستفيد من الاستشارة.

خامسا: منهج البحث:

نعتمد في دراسة موضوع البحث على المنهج التحليلي الذي يستند على تحليل الجزئيات المتعلقة بعقد تقديم الاستشارة الطبية ليتم تأطيره بتنظيم قانوني.

سادسا: هيكلية البحث:

لغرض الالمام والاحاطة بموضوع البحث نقسم البحث الى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة،نخصص المبحث الاول لماهية عقد تقديم الاستشارة الطبية ونوزعه على مطلبين،نتناول في المطلب الاول مفهوم العقد ونبحث في المطلب الثاني عن خصائصه.ونخصص المبحث الثاني لعناصرعقد تقديم الاستشارة الطبية وتمييزه عن غيره من العقود المتشابهة له، وذلك في مطلبين

،نبحث في الاول منهما عن عناصر هذا العقد، ونبحث في الثاني منهما عن تمييزه عن غيره من العقود.ونتناول في المبحث الثالث اثار عقد تقديم الاستشارة الطبية وتكييفه القانوني،ونقسمه الى مطلبين نبحث في المطلب الاول عن اثار هذا العقد،ونتطرق في المطلب الثاني الى بيان التكييف القانوني للعقد محل الدراسة.ونختتم الدراسة باهم الاستنتاجات والتوصيات التي نتوصل اليها.

المبحث الأول

ماهية عقد تقديم الاستشارة الطبية

للتعرف علي ماهية عقد تقديم الاستشارة الطبية لابد لنا ان نقوم بوضع تعريف له، وبيان خصائصه العامة والسمات التي يتميز بها هذا العقد والتي من خلالها نستطيع تميزه عن غيره من العقود والالتزامات المشابهة له،لذلك فأن البحث عن عقد تقديم الاستشارة الطبية يستلزم منا دراسته في المحاور الاتية،المحور الاول هو تحديد هوية هذا العقد وذلك من خلال تعريفه وبيان خصائصه العامة والخاصة له ، ويتمثل المحور الثاني في تحديد الطبيعة القانونية لالتزامات المستشار الطبي ،فسنكرس لكل منهما مطلبا مستقلا وكالاتي:

المطلب الاول

مفهوم عقد تقديم الاستشارة الطبية وخصائصه

نقسم هذا المطلب الي فرعين نخصص الاول منهما لبيان تعريف عقد تقديم الاستشارة الطبية ،ونبحث في ثانيهما الخصائص العامة والخصائص الخاصة لهذا العقد.

الفرع الاول: تعريف عقد تقديم الاستشارة الطبية

ان الهدف الرئيس عند التعريف باي شيء يقتضي بيان ماهية هذا الشيء،ومن ثم تحديد العناصر التي تميزه عن غيره،فلكل شيء جوهر يستقل به عن غيره،وان التعريف بالشيء يستوجب تحديد هذا الجوهر[1] .

([1]) د. رياض القيسي، علم اصول القانون، ط١،بيت الحكمة،بغداد ٢٠٠٢،ص٨٧.

وتتعدد الالتزامات في هذا النوع من العقود بحسب الشخص المتخصص والجهة التي يعود لها،فعقد تقديم الاستشارة قد يلتزم بموجبه شخص متخصص في فرع من فروع المعرفة لديه تجربة وممارسة جعلت منه عنصرا متميزا في تخصصه بما يملكه من مواهب وقدرة فائقة في المعرفة،وقد يكون مؤسسة استشارية عامة مرتبطة بالدولة او مكتبا خاصا يمتلكه افراد في تخصصات مختلفة[١].

وبما ان عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد محله تقديم المشورة الطبية يستوجب علينا ان نعرف العقد والاستشارة اولا،ثم بعد ذلك نحاول تعريفه.فقد عرف القانون المدني العراقي[٢]العقد بصورة عامة في المادة (٧٣) منه بقوله (العقد هوارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه). وقدعرفه فقهاء القانون المدني الفرنسي بأنه(اتفاق ارادتين على انشاء التزام او نقله) [٣].

ان عقد تقديم المشورة عقد حديث نسبيا وبالاخص العقد موضوع الدراسة ،حيث انبثق عن التطور المتلاحق للفكرالانساني وما لاحق هذا التطور من انتشار الهائل للجهات المختصة في اعطاء المشورة، فالركيزة الاساسية التي يقوم عليها هذا العقد هي الالتزام بتقديم المشورة،وقد تطور لتضع المشورة النظرية موضع التنفيذ،وذلك عن طريق طلب النصيحة من المستشارمن قبل المستفيد لحاجته الضرورية والملحة والتي ينفرد بها المتخصص مقابل أجر[٤].

ويقصد بالاستشارة عموما الرأي الذي يدل على ما يجب فعله،فهو الراي الذي يرشد صاحبه الى ما يجب ان يفعله. فالاستشارة لاتنصرف الى معنى الرأي المجرد بل يجب ان يكون الرأي مرشدا للمستشير لاتخاذ قرار ما[٥].

---

(١) د. ابراهيم صالح عطية حسن، النظام القانوني لعقد الاستشارات الهندسية-دراسة مقارنة-منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣،ص١٠.

(٢) القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة ١٩٥١المعدل.

(٣)نقلا عن د.عبدالمجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،ج١،مصادر الالتزام،ط٥،مطبعة نديم ،بغداد،ص٣٣.

(٤) د.احمد محمود سعد،نحو ارساء نظام قانوني لعقد تقديم المشورة المعلوماتية(المعالجة الالية للبيانات بواسطة الحاسب الالي)،ط١،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٤،ص٩٣.

(٥) د.سماح حسين علي،الالتزام بتقديم المشورة في سوق الاوراق المالية(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بابل،العدد٣،المجلد، ٢٠١٦،٨،ص٦٣٢.

وفي ضوء ما تقدم وحينما يكون الالتزام الاساسي ومحل الاداء الرئيس في العقد هو تقديم المشورة فأن هذا العقد هوعقد تقديم المشورة او الاستشارة،فكونه يبرم بين طرفين المستشاروالمستفيد(المريض)،بغية حصول الاخير على استشارة من شانها ان توجهه لاتخاذ قراره.فالمستفيد يسأل المستشار باعتباره مختصا ومقتنيا للمعارف الفنية التي تؤهله ان تقدم المساعدة،هذه المساعدة تتخذ عادة شكل الاستشارة التي يطلبها المستفيد من المستشار.

يتضح مما تقدم ان المستشار يقدم خبرته ودرايته المتمثلة في شكل استشارة يقدمها للمستفيد وهي اداءات ذات طبيعة ذهنية وعقلية وفنية[١].

ان الاداءات التي يلتزم بها المستشار تجاه المستفيد تفرض بالضرورة ان المستشار يمتلك قدرا كافيا من المعارف وان الاداء الاساسي الذي يلتزم به هو نتاج العقل والفكر، وهذه الاداءات ذات الطبيعة الذهنية يصعب حصر المهن التي تمارس من خلالها،فيندرج تحت هذه الطائفة-على سبيل المثال- المحامين والاطباء والمهندسين الاستشاريين والاستشاريين القانونيين....الخ[٢].

لأجل ذلك لم يستقر الفقه القانوني على تعريف جامع ومانع لهذا العقد،وذلك لصعوبة تحديد مضمون هذا النوع من العقود هذا من جانب [٣].وعدم وجود مصادر متخصصة حول العقد محل الدراسة من جانب اخر.ولكن بما ان عقد تقديم الاستشارة الطبية يدخل في نطاق عقود تقديم المشورة التي يكون الاداء الرئيس فيها هو الالتزام بالمشورة،فقد عرفه جانب من الفقه بانه(العقد الذي يتعهد فيه المهني ان يقدم بمقابل استشارة لغير المتخصص في فرع من فروع المعارف الفنية العلمية يكون من شأنها ان يستند اليها غير المتخصص في اتخاذ قراره) [٤].

وعرفه جانب اخر من الفقه بانه (العقد الذي يكون الاداءالرئيسي فيه هو تقديم المشورة) [٥].وعرفه اخر بانه(العقد الذي يعتمد على اداء معين لمستشار متخصص في مجال معين الذي

---

(١) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني-دراسة مقارنة-مجلة جامعة تكريت للحقوق،السنة(١)المجلد(١)العدد(١)،الجزء(٢) ايلول ٢٠١٦م،ص١٢٨و١٢٩.

(٢) د.حسن حسين البراوي،عقد تقديم المشورة،دراسة قانونية لعقد تقديم المشورة الفنية،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٨،ص٥٥.

(٣) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدرسابق،ص١٢٩.

(٤) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص١٢٩.

(٥) هاشم علي الشهواني،المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات،ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،٢٠٠٩،ص٢٧.

يضع فيه رب العمل ثقته نتيجة خبرة فنية وعملية مكتسبة وبالتالي يتخذ من خلال توجيهه قراره النهائي) [١].

وعرف ايضا بانه(اتفاق بين شخصين احدهما مهني-يقال له الاستشاري-متخصص في فرع من فروع المعرفة الفنية،يلتزم بمقتضاه في مواجهة الطرف الاخر-يقال له العميل-وبمقابل اجر،ان يقدم على وجه الاستقلال استشارة ودراسة هي اداء من طبيعة ذهنية،من شانها ان تؤثربطريقة فعالة في توجيه قرارات العميل) [٢].

يتبين من التعاريف الانفة الذكر انها ركزت على الهدف من ابرام هذا العقد والذي يتجسد في الحصول على الاستشارة التي من شانها انجاح الاهداف التي يسعى اليها طرفي العقد.حيث يرتكز هذا العقد على التزام المستشار بتقديم معلومات معينة معتمدا في ذلك على مجرد تفوقه وخبرته الفنية في مجال عمله المتميز،وهذا ما يعتبر من العناصر الاساسية والجوهرية لعقد تقديم الاستشارة الطبية.وبناءً على التعاريف السابقة الخاصة بعقد عموماً،يمكننا تعريف عقد تقديم الاستشارة الطبية بأنه:(عقد بين طرفين بمقتضاه يلتزم احدهما وهو المستشار الطبي وهو شخص متخصص في مجال الطب تجاه الطرف الاخر المتمثل بالمستفيد بان يقدم له وبمقابل اجراستشارة طبية مفيدة ومرشدة من شانها ان تحقق له الهدف الذي من اجله ابرم العقد).

الفرع الثاني: خصائص عقد تقديم الاستشارة الطبية

يتمتع عقد تقديم الاستشارة الطبية بخصائص عامة يشترك فيها مع العقود الاخرى،كما انه يتميز ببعض السمات التي تجعل له خصوصية متميزة عن بقية العقود.لذا سنقسم هذا الفرع الى مقصدين،نبحث في المقصد الاول الخصائص العامة لعقد تقديم الاستشارة الطبية،ونبحث في المقصد الثاني خصوصية هذا العقد.

المقصد الاول: الخصائص العامة لعقد تقديم الاستشارة الطبية

يشترك عقد تقديم الاستشارة الطبية مع بقية العقودالمدنية الاخرى في خصائص عامة،منها:انه يعد عقدا رضائيا،وانه ملزما للجانبين،وانه من عقود المعاوضة،وانه من العقود

---

(١) سمير عبدالسميع الاودن،مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح،منشاة المعارف،الاسكندرية،٢٠٠٤،ص٢٨.

(٢) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص٢٦.

المحددة،وانه فوري التنفيذ،وانه عقد غير مسمى. وفيما يلي نبحث عن هذه الخصائص بصورة مختصرة.

اولا:عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد غير مسمى:

العقد المسمى هو العقد الذي نظمه المشرع وخصصه باسم معين وتولى تنظيمه باحكام خاصة لشيوعها بين الناس في تعاملهم، اما العقود غيرالمسماة فهي تلك التي لم يخصها المشرع باسم معين ولم يتولى تنظيمها باحكام خاصة[1].وعقد تقديم الاستشارة الطبية من العقود غير المسماة وهو عقد من نتاج التطور العلمي ،ويرجع ذلك الى حاجة الانسان غير المتخصص الى راي واستشارة الاخرين [2].

لم ينظم المشرع العراقي عقد تقديم الاستشارة الطبية لانه لم يكن شائعا وقت صدور القانون المدني في عام ١٩٥١،وبالتالي لايوجد تشريع ينظم هذا العقد ويبين اثاره واحكامه،لذا فهو يبقى عقد غير مسمى بالرغم من اهميته ،لذا نطلب من المشرع العراقي تنظيم هذا العقد بتشريع خاص.

ثانيا:عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد رضائي:

فهو ينعقد بمجرد ارتباط ارادتي الطرفين وتوافقهما ولا يستلزم اية شكلية معينة لانعقاده،لان القانون لايشترط ذلك من جهة،ولان الاصل في العقود الرضائية [3].

اذن يكتفي اتفاق ارادتي المستفيد والطبيب المستشارلانعقاد العقد من دون الحاجة لافراغه في قالب معين،ومن غيران تشترط اي اجراءات اخرى يفرضها القانون ويلتزم بها المتعاقدين فمثلما يكون الايجاب والقبول شفاها يمكن ان يكون كتابة[4].

ويبقى العقد عقدا رضائيا حتى وان اشترط القانون لاثباته شكلا مخصوصا اذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة اثباته، فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي،حتى لو اشترط القانون لاثباته كتابة اونحوها[1].

---

(1) د.جعفر الفضلي،الوجيز في العقود المدنية،الناشر العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة،بدون سنة النشر،١٠.

(2) عبدالله عيسى مطشر الغريري،عقد الاستشارات الهندسية-دراسة مقارنة في القانون الاردني والعراقي-رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط،،اب/٢٠١٥،ص٢٥.

(3) د.عبد المجيد الحكيم،عبدالباقي البكري،محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١،مصادر الالتزام ،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،بغداد،١٩٨٠،ص٢٣.

(4) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدرسابق،ص١٣٢.

ونرى بان عقد تقديم الاستشارة الطبية اذا كان بين شخصين طبيعيين عادة يتم بصيغة شفوية ولا يحتاج ان تكون مكتوبة لان الاستشارة المطلوبة من قبل المستفيد غالبا ما تكون معلومة آنية،ولكن اذا كان العقد بين شخصين معنويين-كان تكون بين مؤسسة طبية وجامعة معينة –فهنا ينبغي ان يكون العقد مكتوبا لان العرف المتبع في العمل في هكذا مؤسسات تقتضي ذلك[٢].

ثالثا:عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد ملزم للجانبين:

ان عقد تقديم الاستشارة الطبية يعتبر من العقود الملزمة للجانبين لانه ينشيء منذ ابرامه التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه المستشار والمستفيد،بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا للاخر في ان واحد،وهذا يعني انه لايحق لاي طرف من اطرافه ان يتحلل من العقد بارادته المنفردة دون ان يتحمل نتائج هذا التحلل[٣].ويوجد ترابط بين التزامات كل طرف من طرفي العقد،ويترتب على ذلك انه اذا لم يقم احد الطرفين بتنفيذ التزاماته جاز للطرف الاخر ان يمتنع هو ايضا عن تنفيذ التزاماته وان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ اويطلب فسح العقد،وقد نصت على ذلك المادة(١٧٧)من القانون المدني العراقي.

ففي عقد تقديم الاستشارة الطبية يلتزم الطبيب المستشار بتقديم الاستشارة التي تعد اداءا ذات طبيعة ذهنية والتي من شأنها ان تؤثر بطريقة فعالة في توجيه قرارات المستفيد المستشير،ويلتزم الاخير بدفع المقابل المتفق عليه في العقد.ويؤدي الاخلال بأي التزام ناشيء عن العقد الى قيام المسؤولية العقدية التي تعتبر نتيجة طبيعية لهذه الخاصية[٤].

---

(١) د.عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج١،مصادر الالتزام،دار احياء التراث العربي،بيروت،لبنان،بدون سنة نشر، ص١٥٠.

(٢) ابرم عقد لتقديم استشارات طبية بين جامعة نجران السعودي وبين مستشفى القاضي،وتضمن العقد تقديم استشارات طبية من جهة المستشفى الجامعي لتغطية الاحتياج لدى مستشفى القاضي في مجال الاستشارات السريرية.مأخوذ من الموقع الالكترونيwww. n-alhadath.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١٠.

(٣) د.عبد المجيد الحكيم،مصدر سابق، ص٤٥.ود.مصطفى العوجي،القانون المدني،ج١،العقد،منشورات الحلبي الحقوقية،ط٥، ٢٠١١،ص١٤٠.

(٤) م صون كل عزيز عبدالكريم،م.د.هند فالح محمود،الجوانب القانونية لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية،مجلة الرافدين،العدد ٤٠، ص٢٤٥و٢٤٦.

رابعا: عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد معاوضة:

عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد معاوضة لانه يمتازبان كل طرف فيه يأخذ مقابلا لما يعطي ويعطي مقابلا لما يأخذ[1].فالطبيب المستشار يحصل على الاجر مقابل تقديمه الاستشارة للمستفيد،وبالمقابل المستفيد يحصل على الاستشارة التي يقصدها مقابل ما يدفعه من الاجر المتفق عليه في العقد او الذي يقضي به القضاء.ويترتب على ذلك ان اتفاق الطبيب المستشار مع المستفيد على عدم اقتضاء الاجر صراحة او ضمنا يؤدي الى انتفاء وصف عقد تقديم الاستشارة الطبية على الاتفاق المبرم بينهما،ويعتبرفي هذه الحالة عقد تبرع أو عقد غير مسمى من نوع آخر.

خامسا:عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد فوري التنفيذ:

يعتبر العقد فوري التنفيذ اذا كان التزامات المتعاقدين فيه من الممكن تحديده بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول،ولا يكون الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذه،حتى ولو كان هذا التنفيذ على دفعات.حيث يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه دفعة واحدة او في الحال،دون ان تحتاج بطبيعتها او وفقا للغاية منها،الى مضي زمن معين[2].

ولكن يجوز ان يكون هذا العقد مستمر التنفيذ اذا اتفق المستفيد-المريض- اومؤسسة طبية مع المستشارالطبي على ان يقدم له استشارات طبية تخص مرضا معينا على دفعات ولمدة معينة [3]-كأن تكون سنة مثلا-ففي هذه الحالة لا يستطيع المستشار ان ينفذ التزامه بتقديم الاستشارة للمستفيد في الحال وبدفعة واحدة[4]،كالعقد المبرم بين جامعة نجران السعودي وبين مستشفى القاضي.

سادسا: عقد تقديم الاستشارة الطبية من العقود المحددة:

العقد المحدد هوالعقد الذي يتحدد فيه مركز المتعاقدين المالي عند التعاقد.بحيث يعرف كل متعاقد عندابرام العقد القدر الذي يأخذ والقدر الذي يعطي[5].

---

(1) د.عدنان ابراهيم السرحان،د.نوري حمد خاطر،شرح القانون المدني الاردني،مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات)،دراسة مقارنة،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،ط١،الاصدار الاول،٢٠٠٠، ص٣٧.

(2) د.محمد حسين منصور،النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٦، ص٦٧.

(3) انظر البند الثاني من العقد النموذجي لخدمات واستشارات طبية الملحق بالبحث.

(4) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق ، ص٢٤.

(5) د.حسن علي الذنون،النظرية العامة للالتزامات،بغداد،١٩٧٦، ص٣٣.

ففي عقد تقديم الاستشارة الطبية يستطيع كل من المستشار والمستفيد ان يعرف بالضبط المقدار الذي اخذ والمقدار الذي اعطى.فالمستشار يعرف عند ابرام العقد نطاق الاستشارة التي يلتزم بالادلاء بها والزمن الذي عليه ان يؤدي خلاله الاستشارة،وكذلك المستفيد يعرف مقدار الاجر الذي عليه دفعه كمقابل للاستشارة التي حصل عليها،ومدى التعاون الذي يفرضه عليه عقد تقديم الاستشارة الطبية مع المستشار وهذا هوالاصل،ولكن اذا كانت صيغة العقد توحي بأن المستشار لا يعرف القدر الذي يعطي من الاستشارة فحينئذ ينتفي عنه صفته المحددة.

سابعا: عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد محله القيام بعمل:

عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد يرد على العمل،فالعمل هو الاداء لتحقيق النتيجة النهائية المتفق عليها والتي تتمثل بالاستشارة،فهو لايرد على التصرفات القانونية وانما يرد على اعمال مادية عبارة عن اداء ذهني يعتمد على العقل، فالمستشار اضافة الى التزامه بتقديم الاستشارة فهوملزم بتقديم النصيحة للمستفيد لما يتمتع به من الخبرة والكفاءة في مجال تخصصه المهني حيث ان هذه الاعمال تتعلق بمهنته[1].

المقصد الثاني: خصوصية عقد تقديم الاستشارة الطبية

تبرز خصوصية عقد تقديم الاستشارة الطبية في كل مرحلة من مراحله ابتداءً بتكوينه ومرورا بتنفيذه وانتهاءً بانقضائه،فعند تكوينه تكمن خصوصيته في ركون المستفيد الى الاعتبار الشخصي للمستشار عند اختياره ابرام العقد معه،وعند التنفيذ تضفي على المستشار التزامات غير تقليدية يغلب عليها صفة المهنية،لانها التزامات يغلب فيها الطابع الذهني والنتاج الفكري،وعند انقضائه تتجسد خصوصية هذا العقد في بقاء بعض الالتزامات حتى بعد انقضاء العقد كالالتزام بالسرية الذي يوصف بانه التزام مؤبد مما دفع بالفقه الى عدم الاخذ بالحلول التقليدية فيما يتعلق بفسخ العقود[2].

وعليه يمكن القول بان خصوصية عقد تقديم الاستشارة الطبية تتجلى في نقاط ثلاث،الاول انه عقد يقوم على الاعتبار الشخصي،والثاني انه عقد مهني،والثالث انه عقد منشيء لالتزامات غير تقليدية.وهذا ما سنوضحه في الفقرات الاتية:

([1]) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله، مصدر سابق، ص١٣٨.

([2]) عبدالله عيسى مطشر الغريري، مصدر سابق، ص ٢٦.

اولا:عقد تقديم الاستشارة الطبية من عقود الاعتبار الشخصي:

والعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي هي تلك العقود التي تكون ملحوظة فيها شخصية المتعاقد على مستوى انعقاد العقد وتنفيذه،فالعقد يعتمد في قيامه وفي تنفيذه على شخصية المتعاقد،فشخصية المتعاقد كانت الباعث الدافع الى الالتزام اي سبب الالتزام[١].

ويعد عقد تقديم الاستشارة الطبية من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي ،اي انه تعتمد على الثقة التي يوليها المستفيد بالمستشار،فالطبيب المستشار موضع ثقة وتقدير المستفيد[٢]،لان الاخير اذا اراد الحصول على الاستشارة فانه يلجأ الى المستشار الذي له سمعة في المجال الطبي مراهنا في ذلك على خبرته في هذا المجال.

ومن اثار اعتبا رعقد تقديم الاستشارة الطبية من عقود الاعتبار الشخصي انه في حالة موت الطبيب المستشار او فقد اهليته فان العقد المبرم بينه وبين المستفيد ينقضي ولا ينتقل الى ورثته حتى وان كان الورثة يمارسون المهنة نفسها،الا انه اذا رغب المستفيد الاستمرار في العقد مع الورثة فان عليه ان يبرم عقدا جديدا بينه وبين الورثة[٣].

واذا كان تقديم الاستشارة يتم عن طريق شركة او مؤسسة طبية فان العلاقة الشخصية تقوم في هذه الحالة بين المستفيد من ناحية وبين من يمثل الشخص المعنوي امام الغير من ناحية اخرى،وتكون الثقة ممنوحة في هذا الفرض للشخص المعنوي ممثلا في شخص مديره الذي يمثله قانونا امام الغير[٤].

ثانيا:عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد مهني:

العقود المهنية هي التي يقوم فيها الاستشاري بالتعرف من العميل على كافة البيانات والمعلومات التي يحتاج اليها لتكوين رأيه،ثم يقوم بتحليلها ودراستها،حتى يقدم الاستشسارة

---

(١) د.حسام الدين كامل الاهواني،النظرية العامة للالتزام،ج١،المجلد الاول ،المصادر الارادية للالتزام،ط٣، ٢٠٠٠، ص ٦١.

(٢) د.فؤاد الشعيبي،التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات،منشورات الحلبي الحقوقية،ط١، ٢٠١٤، ص ٤٢٣.

(٣) ريما محمد فرج،عقد المشورة،المنشورات الحقوقية،مطبعة صادر ناشرون،بيروت،٢٠٠٦ ،ص ٢٦.

(٤) م.صون كل عزيز عبد الكريم وم.د.هند فالح محمود،مصدر سابق،ص ٢٤٦.

التي تعد بمثابة النصيحة الموجهة الى العميل فيتخذ قراره النهائي باتباع المشورة او عدم اتباعها[1].

ان عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد يبرم مع مهني متخصص وهو الطبيب المستشار ويقدم اداء يحتاج اليه المستفيد، فالطبيب المستشار يعد ممارسا لمهنة حرة، ومن ثم يصبح عقده مع المستفيد عقدا مهنيا.فالطبيب المستشار يمارس مهنته على وجه الاستقلال، وهو مهني متخصص يتمتع بمهارات علمية وفنية خاصة ويمتلك معارف متميزة يقدمها للمستفيد.وهذا الاستقلال يتحقق سواء بالنسبة للطبيب المستشار او بالنسبة للمستفيد،فبالنسبة للطبيب المستشار يتمثل في عدم خضوعه عند ممارسته لنشاطه الا لضميره واخلاقه متى كان مراعيا الاصول العلمية التي توجبها اصول المهنة التي يمارسها،وبالنسبة للمستفيد يتمثل في الحرية المقررة له في اختيار المستشار من جهة والحرية في اتباع المشورة او عدم اتباعها من جهة اخرى[2].

فالمستشار الطبي اذن يكون مهنيا متخصصا في مجال الطب ويقدم اداءات ذات طبيعة ذهنية يحتاج اليها المستفيد.وهو يمارس عمله على وجه الاستقلال ويلتزم باحترام العناية اللازمة والضرورية لممارسة عمله.حيث تبدأ وظيفته بالسؤال من المستفيد عن كافة المعلومات التي يكون بحاجة اليها لتقديم الاستشارة التي تعكس خبرته والتي تمثل بالنسبة للمستفيد افضل الحلول التي من الممكن ان يتبعها[3].

ثالثا:عقد تقديم الاستشارة الطبية ينشيء التزامات غير تقليدية:

ذكرنا سابقا بان عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد ملزم للجانبين،ينشيء التزامات متقابلة ومترابطة في ذمة كل من المستشار الطبي والمستفيد،وهذه الالتزامات بعضها تقليدي كالالتزام بدفع الاجر والالتزام بتقديم الاستشارة،وبعضها الاخر التزامات غير تقليدية كالالتزام بالسرية والالتزام بالتعاون.وان اللاتقليدية في هذه الالتزامات تشمل جميع مراحل العقد ابتداءً بتكوين

(1) د.فؤاد الشعيبي،مصدر سابق،ص٤٢٣.
(2) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٣١.
(3) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص٦٤.

العقد مرورا بتنفيذ العقد والبعض منها يبقى قائما الى ما بعد انتهاء العقد،كالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي اطلع عليها الطبيب المستشار[1].

ومما يلاحظ ان هذه الالتزامات غير التقليدية بقيت الى وقت قريب واجبات اخلاقية لا ترقى الى التزامات قانونية.الا ان الفقه القانوني ذهب مؤخرا الى اعتبار هذه الالتزامات كأثر مباشر عن عقد تقديم الاستشارة الطبية.وهذا التطور كان بسبب ارتباط هذه الالتزامات بعقد حديث نسبيا يعتمد على الاداء الفكري والذهني للمستشار الطبي،بالاضافة الى الثقة الراسخة والمتجسدة بشخصه.وهذا ما يؤدي الى القول بان دمج الالتزامات التقليدية والالتزامات غير التقليدية في عقد تقديم الاستشارة الطبية تعد ميزة جديدة لهذا العقد،بحيث يعتبر المصدر المباشر لهذه الالتزامات بدلا من البحث في مصادر اخرى خارج نطاق الرابطة العقدية[2].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لالتزامات المستشار الطبي العقدية

يعتبر عقد تقديم الاستشارة الطبية من العقود التبادلية التي ينشيء التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه، فالمستشار الطبي ملزم بتقديم الاستشارة الطبية المتفق عليها والمستفيد ملزم باداء الاجر ،ولا يثير تحديد طبيعة ومضمون التزام هذا الاخيراي اشكال عكس التزام المستشار الطبي الذي يثير عدة مشاكل قانونية وعملية.

ويلاحظ بان تحديد الطبيعة القانونية لالتزام المستشار الطبي تعد من المسائل الشائكة نظرا لصعوبة تحديدها في بعض الحالات. فهو يلتزم ببذل عناية في الاصل، ولكن مع ذلك هناك حالات يلتزم فيها بتحقيق نتيجة استثناءا من الاصل،وهذا ما سنتناوله في الفرعين القادمين:

الفرع الاول: التزام المستشار الطبي التزام ببذل عناية

يقصد بالتزام ببذل عناية الالتزام الذي يلتزم فيه المدين بان يتخذ الحيطة والحذر لمحاولة الوصول الى النتيجة المطلوبة، فاذا لم تتحقق هذه النتيجة كان على الدائن ان يثبت ان المدين لم

(1) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٣١و٣٢.
(2) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص١٤٥.

يتخذ الحيطة اللازمة التي التزم بها، اي ان اثبات الاهمال وعدم اتخاذ الحيطة في جانب المدين يقع على الدائن[١].

الاصل ان التزام المستشار الطبي تجاه المستفيد التزام ببذل عناية،ويتلخص هذا الالتزام في بذل الجهود الخالصة، الصادقة واليقظة التي تتفق والظروف القائمة مع الاصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المستفيد وتحسين حالته الصحية[٢]. وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (٢٥١)من القانون المدني العراقي بقولها:(في الالتزام بعمل اذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيء اوان يقوم بادارته او كان مطلوبا منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود).

فالمستشار الطبي ووفق العقد الذي بينه وبين المستفيد يلتزم لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية واليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة بالمستفيد،والتي تتفق مع اصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي[٣]،وهذا ما اكدته قواعد السلوك المهني للاطباء في العراق والتي نصت على ان(المسؤولية الطبية تجاه المريض هي مسؤولية عناية وليست مسؤولية شفاء) [٤].

اذن المستشار الطبي لا يلتزم بشفاء المريض،ويعود السبب في ذلك الى انه لايعقل منطقا وقانونا ان يكون محل الالتزام حياة الانسان ،وانما يبذل كل ما في وسعه مستخدما كل الوسائل المتاحة لعلاج المستفيد وشفائه[٥].

---

(١) د.توفيق حسن فرج و د.مصطفى الجمال،مصادر واحكام الالتزام،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الاولى، ٢٠٠٨، ص٢٨.

(٢) احلوش بولحبال زينب،رضا المريض في التصرفات الطبية،رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الحقوق/جامعة الجزائر،السنة الجامعية(٢٠٠٠-٢٠٠١)،ص٣٣.والسلوك الطبي واداب مهنة الطب الصادر عن نقابة الاطباء العراق،٢٠١٧، ص٦.

(٣) د.ناجية العطراق، طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي،مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع، ديسمبر٢٠١٥، ص١٩٧.

(٤) تعليمات السلوك المهني للاطباء الصادربقرار مجلس نقابة الاطباء رقم(٦)لسنة ١٩٨٥.

(٥) محمد عبد النباوي،المسؤولية المدنية لاطباء القطاع الخاص،الطبعة الثالثة،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،يناير،٢٠٠٠،ص١٤٣.

وما تجدر الاشارة اليه هو ان هناك عدة عوامل تساهم في تحديدالتزام الطبيب لا على النحو السالف الذكر وهذه العوامل هي:

١-المستوى المهني:

بمعنى يجب ان يتم قياس التزام المستشار الطبي بالمقارنة بطبيب اخر في نفس ظروف تخصصه،مثلا يتم مقارنة اخصائي القلب باخر يحمل نفس الدرجة العلمية ونفس التخصص ونفس الظروف[١].

٢-الجهود المبذولة من قبل المستشار الطبي:

من الضروري ان تكون الجهود المبذولة من قبل المستشار الطبي عند تقديم الاستشارة متفقة مع الاصول العلمية الثابتة،لانه لا يقبل منه استخدام وسائل طبية قديمة تخالف التطور العلمي الحديث،بل عليه استخدام الوسائل التي استقر عليها الطب الحديث،ويختار افضلها واكثرها ملائمة لحالة المريض والامكانيات المتاحة وتطويرها بحيث تتفق مع ظروفه الخاصة[٢].

٣-دور المستفيد :

يتاثر المستشار الطبي بالمعلومات التي تقدمها اليه المستفيد حتى يتمكن من تقديم الاستشارة المطلوبة .بالاضافة الى ذلك ان المستفيد حر في اخذ الاستشارة كما هي او عدم الاخذ بها،ويبقى المستفيد مسؤولا عن خياراته.فالمستشار الطبي لا يمكن ان يضمن نتيجة استشارة يمكن لارادة المستفيد ان تستبعدها[٣].

٤-الاحتمال والمجازفة:

لا يضمن المستشار الطبي للمستفيد تحقيق نتيجة معينة وانما يتعهد له بان يبذل العناية اللازمة والممكنة في تقديم الحلول المناسبة وفق الاصول العلمية المتعارف عليها والتي تساعده في اتخاذ قراره،وهو اذ يقوم بكل ذلك لا يمكن القول بانه يضمن نتيجة محددة يجب ان تحقق،بل يكون مدينا بالتزام ببذل عناية وتتحقق مسؤوليته اذا اخل به[٤].

---

(١) د.ناجية العطراق،مصدر سابق،ص١٩٩.

(٢) احلوش بولحبال زينب،مصدر سابق،ص٣٤.

(٣) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص٦٦.

(٤) م.صون كل عزيز عبد الكريم و م.د.هند فالح محمود،مصدر سابق،ص٢٥٥.

الفرع الثاني: التزام المستشار الطبي التزام بتحقيق نتيجة

في هذا النوع من الالتزام تكون النتيجة مقصودة لذاتها ولا يكون النشاط الذي يبذله المدين لتحقيق النتيجة الا مجرد وسيلة ليست محل الالتزام،فاذا لم تتحقق النتيجة كان المدين مسؤولا ولا يدرا المسؤولية عنه الا ان يثبت ان ثمة سببا اجنبيا عنه هو الذي حال دون تحقق النتيجة[١]. تبين لنا في الفرع السابق ان التزام المستشار الطبي من حيث الاصل هو التزام ببذل عناية،الا انه وبسبب وجود فكرة الاحتمالية التي تسيطر على نتائج مهنة الطبيب،فانه يوجد حالات استثنائية تجعل التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة.ومما يلاحظ ان التزام المستشار الطبي في هذه الحالات يعد استثناءً عن الاصل.ولكي يتحمل المستشار الطبي هذا الالتزام ينبغي ان يكون هناك اتفاق بينه وبين المستفيد يلتزم بمقتضاه الاول بتحقيق نتيجة معينة للثاني، ويكون مخطئا اذا لم تتحقق النتيجة.فضلا عن طبيعة اداء المستشار الطبي،تلزمه في بعض الاحيان بالتزام بتحقيق نتيجة وهذا الالتزام لايمكن حصر حالاته نظرا للتطورالعلمي السريع[٢].

والحالات التي يلتزم فيها المستشار الطبي بتحقيق نتيجة هي:

١-الالتزام بسلامة المريض:

وهذا لا يعني التزام المستشار الطبي بشفاء المريض بل يلتزم بان لا يعرضه للاذى من جراء ما يستعمله من ادوات او اجهزة او ما يصفه من ادوية[٣].وهذا الالتزام يقتصرعلى الحالة التي يلتقي فيها المستشار مع المريض وعندئذ يصبح طبيبا وليس مستشارا،اما اذا لم يلتقي المستشارمع المريض او قدم الاستشارة الى طبيب آخر او مؤسسة طبية فلا يبقى محل لهذا الالتزام.

٢-الالتزام باعلام المريض وتبصيره بطبيعة المرض والعلاج:

وياتي هذا الالتزام نتيجة عدم المساواة في العلم والمعرفة بينهما ،الامر الذي يلقي على عاتق المستشار الطبي الاكثر علما التزاما باعلام المريض وتبصيره بالمعلومات اللازمة للعقد[٤].

---

(١) د.عبدالحي الحجازي،النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي-دراسة مقارنة-الجزء الاول،مصادر الالتزام،مطبوعات جامعة الكويت،١٩٨٢،ص١٦٩.

(٢) د.ناجية العطراق، مصدر سابق، ص٢٠٠.

(٣) صفة التزام الطبيب مع المريض، جورسبيديا القانون المشارك،ب حث منشور على الموقع الالكتروني-www.ar.jurispdia.com،ص٣،تاريخ الزيارة(٢٠٢٠/٨/١٨).

(٤) موسى رزيق،الالتزام بتبصير المريض،دراسة تحليلية،المجلة الدولية للقانون،العدد(٣)،٢٠١٦،ص٦،و احلوش بولحبال زينب،مصدر سابق،ص٤١.

٣-الالتزام بعدم افشاء سر المهنة:

ويعتبر هذا الالتزام من اكثر الالتزامات التصاقا بواجبات المستشار الطبي الاخلاقية والانسانية والمعلومات التي يحصل عليها المستشار يجب ان تعامل بسرية تامة.

وفي الختام نرى كما ذهب اليه البعض [١].انه كلما كانت الاستشارة الطبية تتحكمها فكرة الاحتمالية والمجازية كان التزام المستشار الطبي الالتزام ببذل عناية،وكلما كانت طبيعة الاستشارة محددة ولا تتحمل التاويل كأن تتضمن الاستشارة حقائق ومسلمات علمية ثابتة فان التزام المستشار الطبي هو التزام بتحقيق نتيجة.

المبحث الثاني

عناصر عقد تقديم الاستشارة الطبية و تمييزه عن غيره من العقود

نوزع هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول عناصر عقد تقديم الاستشارة الطبية ،ونبحث في المطلب الثاني عن تمييزه عن غيره من العقود المتشابهة له وكالاتي:

المطلب الاول

عناصر عقد تقديم الاستشارة الطبية

نبحث في هذا المطلب عن عناصرعقد تقديم الاستشارة الطبية،ويتطلب البحث تقسيمه الى فرعين نخصص الفرع لاطراف هذا العقد،ونخصص الفرع الثاني لمحله.اما السبب فلا حاجة لدراسته لانه ليس له خصوصية في العقد محل الدراسة.فهو الباعث الدافع على ابرام العقد بالنسبة لكلا الطرفين الذي ينبغي ان يكون مشروعا[٢]، فالمستفيد يبتغي الحصول على استشارة هادية ومرشدة له لاتخاذ قراره المناسب في الموضوع الذي في صدده الاستشارة.

---

(١) م.صون كل عزيز عبد الكريم و م.د.هند فالح محمود،مصدر سابق،ص٢٥٧.

(٢) للسبب معنيين، احدهما هوالسبب بمعناه التقليدي الذي يقصدبه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه. وثانيهما هو السبب بمعناه الحديث الذي هوالغرض غير المباشر او الغاية البعيدة اي الباعث الدافع لابرام العقد. د.عبدالمجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق،ص١٠١.

ووفقا للقواعد العامة يجب ان يكون السبب موجودا،ومشروعا اي الايكون ممنوعا او مخالفا للنظام العام والاداب العامة.ونصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (١/١٣٢) بقولها:(يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام اوللاداب).

الفرع الاول: اطراف عقد تقديم الاستشارة الطبية

من خلال دراستنا لعقد تقديم الاستشارة الطبية تبين لنا ان لهذا العقد طرفان احدهما هوالمستشار الطبي، وثانيهما هوالمستفيد.وفيما يلي نبحث عنهما في الفقرتين الاتيتين:

اولا: المستشار الطبي:

المستشار[١] الطبي كاحد اطراف عقد تقديم الاستشارة الطبية هوالمهني المتخصص في مجال الطب الذي يقوم بتقديم استشارة طبية للمستفيد، الاستشارة التي يقوم باعدادها المستشار بناء على دراسة وتحليل لوضع المستفيد،وفي ضوء حاجات الاخير،وكذلك الاصول الفنية المرعية يقدم المستشار الطبي دراسته التي تعد بمثابة رأي يهدي المستفيد الى اتخاذ قرار معين[٢].

وعرفه أخرون بانه كل مهني متخصص في مجال الطب سواء اكان شخصا طبيعيا او معنويا يحترف مهنة معينة، يقوم بتقديم استشارة طبية لعميل ليهديه الى اتخاذ قرار معين[٣].

يتبين من التعاريف المتقدمة ان المستشار الطبي يمتلك قدرا من المعرفة الفنية يفوق حتما ما يمتلكه المستفيد، وانه متخصص في فرع من فروع الانشطة الانسانية.فالمستشار الطبي يقدم خبراته ودرايته المتمثلة في شكل استشارة طبية للمستفيد وهي اداءات ذات طبيعة ذهنية وعقلية،فهو لايكون مجرد عامل على آلة اوكونه يطبق نظريات فنية وانما هو نتاج عقل بشري

---

(١) تطلق تسمية المستشار بشكل عام على الشخص الذي يؤخذ رأيه في امر هام علمي او فني او سياسي او قانوني او نحوه. ابراهيم مصطفى واخرون،المعجم الوسيط،ط٤،مكتبة الشروق الدولية،الجزء الاول،القاهرة،٢٠٠٤،ص٤٩٩.

(٢) ابراهيم صالح عطية الجبوري،النظام القانوني لعقد الاستشارات الهندسية،دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،٢٠١٣،ص٢٨.

(٣) حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص٥٤.

وخبرة انسان،بمعنى انه متخصص يتمتع بمهارات فنية خاصة ويمتلك معارف متميزة يقدمها للمستفيد على وجه الاستقلال [١].

وفي ضوء ما تقدم يمكننا تعريف المستشار الطبي بانه كل شخص طبيعي او معنوي مختص في مجال الطب يمتلك مهارات فنية وعلمية تؤهله لتقديم استشارة طبية للمستفيد تكون هادية ومرشدة له في اتخاذ قرارمن عدمه بالنسبة للموضوع محل الاستشارة.

يستنتج من هذا التعريف ان المستشار الطبي قد يكون شخصا طبيعيا وهو -كما ذكرنا سابقا-شخص مهني م تخصص يقدم اداءً ذهنيا وعقليا يتجسد في مشورة طبية يوجه المستفيد لاتخاذ قراره في المرض محل المشورة،وهو بهذا يتمييز عن مقدمي الخدمات الاخرى ،كالمساعد الفني،والمدير،والخبير[٢]. وقد يكون شخصا معنويا متمثلا بالمكاتب الاستشارية.ووفقا للقانون العراقي يتم تأسيس المكتب الاستشاري من شخص من اشخاص القانون الخاص او من اشخاص القانون العام،وهذا ما سنوضحه فيما ياتي:

١-المكتب الاستشاري العام: بموجب المادة (١/اولا/١)من قانون مكاتب الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي رقم(٧)لسنة١٩٩٧[٣]على(اولا/١-لكل من الجامعات والهيئات والكليات والمعاهد والمراكز التابعة لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي،بناء على دراسة الجدوى وقرار مجلسها وموافقة وزير التعليم العلي والبحث العلمي،تأسيس مكاتب خدمات علمية واستشارية متخصصة او متعدد الاختصاصات عند توفر الامكانات).يتضح من هذا النص انه يمكن لاشخاص القانون العام كالجامعات والهيئات والكليات والمعاهد والمراكز التابعة لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي تأسيس مكاتب خدمات استشارية متخصصة او متعددة الاختصاصات عند توفر الامكانات.ويتمتع المكتب الاستشاري بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والاداري للقيام بالتصرفات القانونية لتحقيق اهدافه ويمثله مديره او من ينيبه امام القضاء والجهات الاخرى[٤].كما هو الحال بالنسبة للعقد المبرم بين جامعة نجران السعودي ومستشفى القاضي الذي اشرنا اليه سابقا.

---

(١) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص١٧٨.

(٢) ريما محمد فرج ،مصدر سابق،ص٣٦.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص٧٣.

(٣) نشر هذا القانون في الوقائع العراقية،العدد٣٦١٧،في١٩٩٦/٥/٢٦.

(٤) راجع المادة(١/ثانيا)من قانون مكاتب الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي.

٢-المكتب الاستشاري الخاص: تنص المادة(٢)من قانون المكاتب الاستشارية غير الحكومية العراقي رقم (١٦)لسنة(٢٠٠٠) [١]. على(اولا:لا يجوز فتح مكتب استشاري الا وفق احكام هذا القانون.ثانيا:تتولى النقابة المختصة منح اجازة تأسيس المكتب الاستشاري لاعضائها وتتولى هيئة التخطيط من اجازة تأسيس المكتب الاستشاري في حالة عدم وجود نقابة مختصة او عدم انتماء صاحب الطلب الى نقابة مختصة).

يتبين من هذا النص انه بامكان الشخص الطبيعي تأسيس مكتب استشاري طبي بعد حصوله على موافقة النقابة المختصة،وتوافرعدة شروط واردة في القانون المذكور انفا منها:ان يكون شخص طبيعي او اكثر،وان يكون حاصلا على شهادة جامعية في مجال اختصاصه،وان تكون له ممارسة فعلية في النشاط الذي يمارسه لمدة معينة تحددها القوانين المعنية تلي الشهادة الجامعية،وان يكون له محل مناسب[٢].

يخلص مما تقدم ان المستشار الطبي بوصفه شخصا معنويا هو كيان مهني متخصص في مجال الطب ويتمتع بالشخصية المعنوية،هذا الكيان يؤسسه شخص طبيعي او معنوي لتقديم الاستشارة الطبية الى المستفيد مقابل اجر يتفق عليه الطرفان.

ثانيا: المستفيد:

الطرف الثاني في عقد تقديم الاستشارة الطبية هو الشخص الذي يتعاقد مع المستشار الطبي للحصول على ما يبتغيه من استشارة طبية من اجل علاج حالته الصحية او حل مشكلة صحية بحاجة الى مشورة طبية،وهذا الشخص يسمى بالمستفيد.

عرف البعض المستفيد بانه الشخص الطبيعي او المعنوي المتعاقد مع المستشار الطبي بغية الحصول على المعلومات والخدمات الطبية من الاخير ليهديه الى اتخاذ قرار معين[٣].

يتبين من هذا التعريف بان المستفيد قد يكون شخصا طبيعيا يهدف من حصوله على المشورة الطبية علاج مرضه،وقد يكون المستفيد شخصا معنويا كالمؤسسات العامة الحكومية وغير الحكومية والجمعيات والاندية.

([١])نشر هذا القانون في الوقائع العراقية،العدد٣٨١٧،في٢٠٠٠/٣/١٣ .

([٢]) راجع المادة(٣)من قانون المكاتب الاستشارية غير الحكومية.

([٣]) اسراء ناطق عبدالهادي،المسؤولية المدنية في عقد خدمات المكاتب الاستشارية،بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية،تصدر عن كلية القانون والعلوم السياسية/جامعة الانبار،المجلد الاول،العدد الثامن،٢٠١٣،ص٤٥٣.

ويرى البعض ان المستفيد هو الشخص غير المتخصص الذي لجأ الى المستشار الطبي يطلب منه مشورة طبية، والذي يعرف بانه الشخص الذي لا يكون على علم ودراية باصول وقواعد علم الطب[١].

ولكن البعض يرى بان ليس بالضروة ان يكون المستفيد دائما شخص غير متخصص،فقد يكون شخص متخصص في مجال الطب ،ولكن مع ذلك يجهل العلاج المناسب للمرض محل المشورة او يجهل الحل المناسب للمشكلة الطبية المعروضة،لذا يلجأ الى متخصص اخر يستطيع الوصول الى هذا الحل[٢].فقد ذكرنا بان مستشفى القاضي ابرم عقد مع جامعة نجران السعودي من اجل الحصول على استشارات سريرية مع انه-اي المستشفى-متخصص في مجال الطب.

ونؤيد ما ذهب اليه الرأي الثاني بان المستفيد قد يكون متخصص في الطب ،ولكن مع ذلك لا يتمكن من اختيار الحل المناسب لعلاج المشكلة الصحية المعروضة،فيلجأ الى متخصص اخر يتمكن من اختيار الحل المناسب له. فقد ذكرنا بان مستشفى القاضي ابرم عقد مع جامعة نجران السعودي من اجل الحصول على استشارات سريرية مع انه-اي المستشفى-متخصص في مجال الطب.

خلاصة القول هو ان المستفيد قد يكون شخصا طبيعيا وهو في هذه الحالة يكون في الغالب فردا مريضا يتعاقد مع المستشار الطبي للحصول على علاج لمرضه أو قد يكون طبيبا تعاقد مع المستشارللحصول على المشورة الطبية في مجال معين او بالنسبة لمرض معين،وقد يكون شخصا معنويا -عاما او خاصا-كمؤسسة طبية اوجامعة معينة يستشير المستشار حول مسألة طبية.

الفرع الثاني: محل عقد تقديم الاستشارة الطبية

نظم القانون المدني العراقي المحل في المواد(١٣٦-١٣٠)منه،وقد خلط بين محل الالتزام ومحل العقد.وميز الفقه بين محل العقد ومحل الالتزام،بحيث ينصرف محل العقد الى ما ورد عليه العقد،وينصرف محل الالتزام الى تنفيذ ما اتفق عليه المتعاقدان بصدد المحل[٣].كما هو

---

(١) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص٥٣.
(٢) د.ذنون يونس صالح وهاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص١٩٠.
(٣) د.عبدالمجيد الحكيم،مصدر سابق،ص ١٨١.

الحال في عقد تقديم الاستشارة الطبية فان محل العقد هو تقديم الاستشارة الطبية والاجر،اما محل التزام المستشار هو تقديم الاستشارة الطبية،ومحل التزام المستفيد فهو دفع الاجر.

اذن ان محل عقد تقديم الاستشارة الطبية مزدوج فهو بالنسبة الى التزامات المستشار الطبي يتمثل في الاستشارة الطبية ، وبالنسبة الى التزامات المستفيد يتمثل بالاجر.وايا كان المحل ينبغي ان يكون موجودا او ممكن الوجود، وان يكون معينا او قابلا للتعيين،وان يكون مشوعا اي الا يكون ممنوعا قانونا والا يكون مخالفا للنظام العام والاداب العامة. [١].وفيما يلي توضيح ذلك.

اولا: الاستشارة الطبية:

تعتبر الاستشارة الطبية موضوع ومحل عقد تقديم الاستشارة الطبية،وهي الخدمة التي تقدمها المستشار الى المستفيد من خلال الاعتماد على معرفته العلمية كقاعدة اساس[٢].

وهناك خلاف بين الفقهاء حول تحديد معنى جامع للاستشارة الطبية ،فذهب جانب من الفقه الى اعتبارها معلومات ذات قيمة اقتصادية جديرة بالحماية يمكن نقلها الى الغير باية وسيلة،وان العقد الوارد على المعلومات يعد عقد تقديم الاستشارة مادام هذا العقد ينشيء التزاما اصليا بتقديم هذه المعلومات،وبعبارة اخرى فان الاستشارة الطبية تنصرف الى الراي المجرد سواء اكان موجها للمستفيد ام لم يكن كذلك[٣].

ويرى جانب اخر من الفقه الى ان الاستشارة الطبية لا تنصرف الى الرأي المجرد بل يجب ان يكون هذا الرأي هاديا ومرشدا للمستفيد ودافعا له لاتخاذ قرار بالتصرف من عدمه[٤].

ونرى بان الرأي الثاني هو الاصوب،لان تخصص المستشار الطبي واعتماده على نشاط الفكر والعقل الذي يملكه،والثقة التي يوليها المستفيد للمستشار الطبي والغاية التي يسعى اليها المستشار من تقديم الاستشارة وهي الاجر، كل ذلك يدفعنا الى القول بوجوب ان تكون الاستشارة الطبية هادية للمستفيد ومتضمنة التوجيه لاتخاذ قرار معين.

---

(١) راجع المواد(١٢٧-١٣٠)من القانون المدني العراقي.

(٢) نصير صبار لفته،عقد البحث العلمي،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون،جامعة بغداد،٢٠٠٥،ص٢١.

(٣) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص ١٩.

(٤) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص ٥٠.

وفي ضوء ما تقدم يمكن تعريف الاستشارة الطبية بانها معلومات متخصصة في مجال الطب يتوصل اليها المستشار بعد تحليل ودراسة وضع المستفيد تعكس خبرة المستشار الطبي،والتي من شأنها توجيه المستفيد نحو اتخاذ قرار معين.

ويشترط في الاستشارة الطبية باعتبارها محلا لعقد تقديم الاستشارة الطبية الشروط العامة التي ذكرها القانون المدني العراقي في المواد(١٢٧-١٣٠)،وهي ان تكون الاستشارة الطبية ممكنة ومعينة او قابلة للتعيين ومشروعة.

ثانيا: الاجر:

بما ان عقد تقديم الاستشارة الطبية من العقود الملزمة للجانبين فانه يرتب التزامات على عاتق كل من اطرافه، ومن هذه الالتزامات التزام المستفيد بدفع الاجرة.

فالاجر هومحل التزام المستفيد في عقد تقديم الاستشارة الطبية،وهو المال الذي يلتزم المستفيد بدفعه للمستشار الطبي في مقابل قيام الاخير بتقديم المشورة الطبية.

ووفقا للقواعد الواردة في القانون المدني العراقي يجب توافر عدد من الشروط في المحل،وهذه الشروط هي ما يلي:

١-ان يكون الاجر موجودا او قابلا للوجود: لابد من وجود الاجر في عقد تقديم الاستشارة الطبية والا يعتبرمن عقود التبرع،والاصل انه متى دلت الظروف على ان تقديم الاستشارة الطبية ماكان ليتم بدون اجر فان المستفيد يكون ملزما بدفع قيمتها للمستشار الطبي،حتى وان كان العقد خاليا من الاتفاق على الاجر،وفي هذه الحالة على المحكمة ان تعتبر ان هناك عقدا ضمنيا بين طرفي العقد على وجود الاجر،وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة(٨٨٠)من القانون المدني العراقي بقولها(ويجب اعتبار ان هناك اتفاقا على وجوب الاجر،اذا تبين من الظروف ان الشيء او العمل الموصى به ماكان ليؤدي الا لقاء اجر يقابله).

وينبغي ان يكون الاجر جديا اي مقاربا للحقيقة وان تتجه ارادة المستفيد الى دفعه وان تتجه ارادة المستشار الطبي الى استيفائه،وليس من الظروري ان يكون الاجرمساويا بالظبط لقيمة العمل وانما ينبغي ان يكون جديا والا يكون صوريا[1].

(1) د.سعيد مبارك و د.طه الملاحويش و د.صاحب عبيد الفتلاوي، الوجيز في العقود المسماة،دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٢-١٩٩٣، ص٤١٧.

٢-ان يكون الاجر معينا او قابلا للتعيين: لكي يكون الاجر معلوما للمتعاقدين يجب ان يتفقان على تحديده في العقد.ويتم تحديد الاجر بعدة صور،فقد يتم تحديد الاجر اجمالا،اي تحديد مبلغ اجمالي مقدما وقت ابرام العقد.وقد يتم تحديد الاجر على اساس ثمن القائمة،اذ توجد قائمة تتضمن ثمن كل نوع من انواع الاستشارة الطبية.وقد يغفل الطرفان الاتفاق على تحديد الاجر فيكون الاجرحينئذ هو اجر المثل[١].

٣-ان يكون الاجر مشروعا:يجب ان يكون الاجر غيرممنوع قانونا او مخالفا للنظام العام او الاداب العامة،وهو ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة(١٣٠)من القانون المدني العراقي بقولها(يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالف للنظام العام او الاداب العامة والا كان العقد باطلا).

المطلب الثاني

تمييز عقد تقديم الاستشارة الطبية عن غيره من العقود

يشتبه عقد تقديم الاستشارة الطبية ببعض العقود التي ترد على المعلومات،وتعتمد على اداءات ذهنية لاحد اطرافها الذي يمتلك معلومات واسرار وخبرات،وهذه المعلومات والخبرات لا يملكها الطرف الاخر،ومن هذه العقود عقد نقل التكنولوجيا وعقد البحث العلمي،لذا يجب التمييزبينه وبينهما، وهذا ما سنبحثه في الفرعين الاتيتين:

الفرع الاول: تمييز عقد تقديم الاستشارة الطبية عن عقد نقل التكنولوجيا

يعرف عقد نقل التكنلوجيا بانه (عقد تمكين من الانتفاع من صيغ وطرق يحتفظ المرخص بسرها،لا من الانتفاع بها) [٢].

---

(١) د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، الناشر العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة نشر، ص٣٨٢و٣٨٣.

(٢) د.صلاح الدين الناهي،الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية،الطبعة الاولى،الاردن،دار الفرقان،١٩٨٣،ص٣٢٨.

وعرفه اخرون بانه :(اتفاق يتم ابرامه بين شخصين يتعهد احدهما بان ينقل التكنلوجيا التي يملكها او يحوزها الى الاخر الذي يبحث عنها وفق صيغ تتناسب مع موضوعها)[1].

وعرفه قانون التجارة المصري رقم(١٧)لسنة ١٩٩٩ في المادة(٧٣)منه بانه(اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بان ينقل معلومات فنية الى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لانتاج سلعة معينة او تطويرها او لتركيب اوتشغيل اوتاجير او استئجار السلع،ولا بيع المعلومات التجارية او الاسماء التجارية او الترخيص باستعمالها الا اذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا او كان مرتبطا به).

يتبين من التعاريف السابقة بان هذا العقد يقترب من عقد تقديم الاستشارة الطبية في الكثير من الجوانب خصوصا وانهما من العقود الواردة على معلومات متخصصة يملكها احد طرفي العقد دون الاخر.لهذا السبب فان هناك تشابه كبير بين العقدين يتجسد في النقاط الاتية:

١-من حيث المقابل: فالاجر يعتبر من المسائل الجوهرية بالنسبة لكلا العقدين،فلا يكونان الا بمقابل.

٢-من حيث الاثر: ينشيء عقد نقل التكنولوجيا التزامات غير تقليدية،وهذا ما يعتبر نقطة التقاء بينه وبين عقد تقديم الاستشارة الطبية الذي يتميز بانشائه لالتزامات غير تقليدية كالالتزام بالسرية والالتزام بالتعاون.

٣-من حيث الموضوع: فموضوع عقد نقل التكنولوجيا هو اداء ذهني، حيث يلتزم احد المتعاقدين بنقل ما لديه من معرفة الى المتعاقد الاخر مقابل اجر،وكذلك في عقد تقديم الاستشارة الطبية حيث يقوم المستشار الطبي بتقديم اداءات طبية ذات طبيعة ذهنية[2].

ومع وجود اوجه التشابه بين العقدين في الجوانب المذكورة سابقا،الا انهما يتميزان عن بعضهما البعض من عدة جوانب تتمثل بالاتي:

١-ان وظيفة المستشار الطبي في العقد المبرم بينه وبين المستفيد تقتصر على مجرد قيامه بتوجيه المستفيد نحو القيام بعمل او الامتناع عن العمل،اما في عقد نقل التكنولوجيا يقوم المجهز بنقل اسرار تكنولوجية ذات ابعاد صناعية والتنازل عنها للطرف الاخر المتلقي[1].

---

(١) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٣٥.

(٢) د.ذنون يونس صالح وهاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص١٧٣.

٢-في عقد نقل التكنلوجيا ينتقل الحق في استغلال المعرفة التكنلوجية من المجهز الى المتلقي بحيث يفقد المجهز مكنة التصرف فيها الى متلقي ثان بعد ابرامه،بخلاف الامر في عقد تقديم الاستشارة الطبية حيث لا مانع فيه يمنع المستشار الطبي من ان يبدي ذات الاستشارة الى مستفيد اخر او اكثر ما دامت الوقائع المعروضة امامه متشابهة وتدعو الى الاخذ بنفس الحلول [٢].

٣-يختلف مفهوما الاستشارة والتكنولوجيا اختلافا واضحا،فالاستشارة الطبية معلومة تتضمن معنى التوجيه والارشاد من شانها مساعدة المستفيد في اتخاذ قراره،اما التكنولوجيا تتمثل في مجموعة من المعارف المستخدمة في انتاج سلعة جديدة [٣].

٤- يعتبرعقد نقل التكنولوجيا من العقود التجارية،اما عقد تقديم الاستشارة الطبية فانه يعتبر من العقود المدنية [٤].

الفرع الثاني: تمييز عقد تقديم الاستشارة الطبية عن عقد البحث العلمي

عرف عقد البحث العلمي بانه عقد يتعهد بموجبه الباحث بان يقوم ببحث علمي في مجال من المجالات المتخصص فيها لفائدة اخر يسمى المستفيد،قصد استغلاله في تحقيق مصلحة يبتغيها لقاء مقابل يتفقان على تحديد مضمونه[٥].

يتضح من هذا التعريف ان عقد تقديم الاستشارة الطبية يشبه عقد البحث العلمي من عدة جوانب منها:

١-يقوم العقدان على ركيزة اساسية مفادها الاعتبار الشخصي في شخص احد الطرفين، الباحث في عقد البحث العلمي والمستشار في عقد تقديم الاستشارة الطبية،لان المستفيد في كلا

---

(١) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٣٧.

(٢) ندى كاظم المولى،الاثار القانونية لعقود التجارة الدولية لنقل التكنلوجيا،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون،جامعة بغداد،١٩٩٦،ص٤٨.

(٣) بشار الياس،عقود واتفاقيات نقل التكنولوجيا،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم الحقوق،جامعة المسيلة،السنة الجامعية ٢٠١٢-٢٠١٣،ص١٥ وما بعدها.

(٤) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص١٧٤.

(٥) عائشة كاملي،عقد البحث العلمي في التشريع الجزائري،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم الحقوق،جامعة ام البواقي،السنة الجامعية ٢٠١١-٢٠١٢،ص٢٣.

العقدين عندما ابرم العقد مع الطرف الاخر ابرمه معه بناءً على ثقته المطلقة فيه ،ويستند اعتقاده هذه الى السمعة والكفاءة العلمية والامانة وماقام به من اعمال تكسبه تجربة علمية كافية[١].

٢-يعتبر المقابل من المسائل الجوهرية بالنسبة لكلا العقدين، اذ يهدف كل من الباحث والمستشار من وراء العقد الحصول على مقابل نقدي.

٣-ينشيء عقد البحث العلمي على الباحث التزامات ذات طبيعة خاصة كالالتزام بالسرية والالتزام بالتعاون، وهي عين الالتزامات التي ينشئها عقد تقديم الاستشارة الطبية على المستشار الطبي.

٤-يتشابه العقدان في ان محلهما الاساسي هو اداءات ذات طبيعة ذهنية تعتمد على الفكر والعقل[٢].

ورغم التشابه الكبير بين العقدين في الجوانب المذكورة سابقا،الا انهما يتميزان عن بعضهما البعض من جانبين تتمثل بالاتي:

١-ان عقد البحث العلمي يتضمن نقل لملكية الحق في البحث، لان الباحث يتنازل عن حقه في نشر البحث لمدة محدودة من الزمن،وتؤول ملكية الحق في نشر البحث والاستغلال المالي الى المستفيد.بخلاف عقد تقديم الاستشارة الطبية الذي لا يتضمن نقلا لملكية الاستشارة محل العقد،فلا يمنع هذا العقد المستشار الطبي من ان يعطي نفس الاستشارة الى شخص اخر[٣].

٢-يشترط في البحث العلمي الابداع والاصالة ومطابقة علاقة السبب والاثر،في حين ان المستشار الطبي في عقد تقديم الاستشارة الطبية لا يلزم سوى ببذل عنايته وجهوده من اجل توصيل المستفيد الى الهدف الذي يرمي اليه من الاستشارة محل العقد[٤].

---

(١) د.عصمت عبدالمجيد بكر،المدخل الى البحث العلمي،الموسوعة الصغيرة،جامعة ام البواقي،دار الشؤون الثقافية،وزارة الثقافة العراقية،بغداد،٢٠٠١،ص٢٩.

(٢) نصير صبار لفته،عقد البحث العلمي،مصدر سابق،ص ١٣٤و١٣٧.

(٣) نصير صبارلفته،نفس المصدر،ص٦٦.

(٤) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص١٧١.

المبحث الثالث

آثار عقد تقديم الاستشارة الطبية وطبيعته القانونية

سنتاول في هذا المبحث اثار عقد تقديم الاستشارة الطبية،وبيان تكييفه او طبيعته القانونية، لذا نوزعه على مطلبين :

المطلب الاول

آثار عقد تقديم الاستشارة الطبية

ذكرنا سابقا بان عقد تقديم الاستشارة الطبية من العقود الملزمة للجانبين ،بحيث ينشيء عدة التزامات في ذمة كل من طرفيه وهما المستشار الطبي والمستفيد. واستناداً الى الطبيعة التبادلية لهذا العقد فان التزامات كل طرف تكون حقوقا للطرف الاخر.

بناء على ما تقدم نوزع هذا المطلب الى فرعين نبحث في الفرع الاول عن التزامات المستشار الطبي، ونخصص الفرع الثاني لبحث التزامات المستفيد، كالاتي:

الفرع الاول: التزامات المستشار الطبي

يرتب عقد تقديم الاستشارة الطبية التزامات عدة في ذمة المستشار الطبي،وفيما يلي نبحث عن اهم هذه الالتزامات:

اولا:الالتزام بتقديم الاستشارة الطبية:

ان الالتزام الاساس والرئيس الذي يترتب على عاتق المستشار الطبي هو الالتزام باعطاء المشورة المتفق عليها عن طريق قيامه بتقديم الاستشارات،ويعتبر هذا الالتزام جوهر عقد تقديم الاستشارة الطبية وغايته،وان الاداء به يعتمد على مهارة وذكاء المستشار الطبي وخبرته وتفوقه العلمي والفني.

ويذهب الفقه القانوني الى ان الالتزام بتقديم الاستشارة الطبية يمر بمراحل ثلاث[1]،وكالاتي:

([1]) اشار اليه عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٦٨.

١-مرحلة تجميع البيانات والمعلومات اللازمة لتحقيق رغبات المستفيد:في هذه المرحلة على المستشار الطبي القيام بجمع المعلومات اللازمة حول المسالة موضوع الاستشارة لاعداد المشورة الطبية،ومن اجل ذلك عليه ان يسال المستفيد ويطلب تزويده بالبيانات والمعلومات الضرورية واللازمة لانجاح المشورة،اي بمعنى ان يكون لدى المستشار سجل صحي يتضمن معلومات صحية تتمثل في بيانات واراء عن حالة المستفيد النفسية والعقلية والجسدية واي معلومات اخرى تخص شخصية المستفيد او حالته الاجتماعية يتم تجميعها في مكان واحد لغرض تقديم الاستشارة الطبية[١].وعلى المستفيد ان يحدد للمستشار الحاجات التي يريدها من وراء الاستشارة التي يطلبها[٢].

٢-مرحلة البحث عن المعرفة واعداد تصور عام للخيار الانسب للمستفيد:على المستشار الطبي وقبل تقديم الاستشارة ان يتحقق ويثبت من كل اقتراح يبدو له مناسبا قبل عرضه على المستفيد،وقد يجد نفسه امام عدة خيارات وحلول يمكن طرحها، ولكن تكمن الصعوبة هنا في ايجاد الخيار الانسب للمستفيد واستبعاد الخيارات التي لاتتوافق مع حالته ومصلحته المالية والصحية،لذا يتعين على المستشار ان يبذل الجهد المعقول في التقصي عن المركز والوضع الذي سوف يقدم الاستشارة بشأنه،وأن يتحرى الدقة في جمع المعلومات وجمع الاسباب والعلاج للوصول الى الطرح الامثل للمستفيد[٣].

٣-مرحلة ابداء الاستشارات:والتي ينبغي ان تكون مناسبة ودقيقة بحيث تمكن المستفيد من الاعتماد عليها لكي تكون اساسا متينا يتيح له ان يتخذ قراره على بينة من الامر وثقة حقيقية.فعلى المستشار الطبي بعد ان يتوصل الى رأي في المسألة المطروحة ان يوجه الى اختيار الحل المناسب مع ظروفه وامكاناته ،وعليه اثناء قيامه بتوجيه المستفيد ان يتأكد من ان الاخير كان فاهما معنى الاستشارة ومضمونها،وفي حال اقتراحه عدة حلول ان يوجه المستفيد الى الحل

---

(١) انظر المادة(٢)من اللائحة التنظيمية لخدمات الرعاية الصحية الالكترونية الصادرة بموجب قرار رقم(٣٠)لسنة(٢٠١٧)من هيئة الصحة بدبي،ص٤.والسلوك الطبي واداب مهنة الطب،مصدر سابق،ص١٦.

(٢) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص٢٤٦.

(٣) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٦٩.

الاكثر ملائمة لمصالحه ولامكاناته المادية[1].وفي كل ذلك على المستشار الطبي ان يضع مصلحة المستفيد اولى اهتماماته وان يبذل ما في وسعه لاتقان العمل حسب ما تقتضيه المهنة من الدقة والامانة وفقا للاصول العلمية المتعارف عليها واخلاقيات المهنة للوصول الى الصحيح مع عدم استغلال حاجته لغرض تحقيق منفعة غير مشروعة لنفسه او لغيره[2].

ثانيا: الالتزام بالتبصير والتحذير:

ينقسم هذا الالتزام كما يتضح من العنوان الى التزامين مختلفين عن الاخر ولكن متكاملتين لبعضهما الاخر،وفيما يلي نبحثهما تباعا:

١-الالتزام بالتبصير:وهو تنبيه واعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها القاء الضوء على واقعة ما او عنصر من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من ابرام العقد[3].

وهذا الالتزام يجد سنده من المباديء العامة الواردة في القانون المدني كمبدأ حسن النية،فهو لا يستند على العقد الوارد فيه[4].فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (١٥٠)من القانون المدني العراقي على أنه:(يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).بموجب هذه الفقرة يقتضي حسن النية ان يختار في تنفيذ العقد الطريقة التي تفرضها الامانة والنزاهة في التعامل.لهذا السبب يقع على المستشار الطبي اعلام المستفيد بجميع البدائل العلاجية والاثار التي تترتب عليها ثم يترك له حرية اختيار المناسب منها والهدف من ذلك هو الحفاظ على مصلحة المستفيد وصيانة حقه في اختيار ما يناسبه من ضرورية العلاج بماله على جسده من سلطان[5].اذن مبدأ حسن النية هنا يفرض على المستشار الطبي التزاما ايجابيا بالصدق والامانة مع المستفيد.

---

(١) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص٥٨.

(٢) راجع المادة(٩)من اللائحة التنظيمية لخدمات الرعاية الصحية الالكترونية الصادرة بموجب قرار رقم ٣٠لسنة ٢٠١٧،من هيئة الصحة بدبي،ص١١.

(٣) د.خالد جمال احمد،الالتزام بالاعلام قبل التعاقد،دار النهضة العربية،٢٠٠٠،ص٨٢.

(٤) نواف مفلح محمد الذيابات،الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة الشرق الاوسط،٢٠١٣،ص٤٧.

(٥) موسى زريق،مصدر سابق،ص٤١.

٢-الالتزام بالتحذير:وهو التزام ينطوي على جذب اوحث انتباه المتعاقد الاخر بخصوص اثر سلبي في العقد او في الشيء محل التعاقد،وان هذا الاثر هو في الحقيقة خطر او مخاطر يتم التحذير بسببها من جانب الطرف الاخر[١].

وتظهر اهمية الالتزام بالتحذير في عقد تقديم الاستشارة الطبية كونه مرتبطا ارتباطا وثيقا برضا المستفيد اذ يجب ان يكون رضاه مستنيرا لكي يكون صحيحا ولا يتحقق الرضا المستنير الا اذا قام المستشار الطبي بتحذير المستفيد واحاطته علما بالمخاطر المتعلقة بالاستشارة الطبية مما يساعده في اتخاذ قراره بارادة حرة مستنيرة.فمن اجل تحقيق حماية فعلية للمستفيد كان من الضروري تحذيره من المخاطر التي قد تنجم عن اشياء معينة بسبب طبيعتها او استعمالها او كونها معقدة تقنيا[٢].

وما يجدر الاشارة اليه هو ان هذا الالتزام التزام يجد سنده في القانون[٣]،يفرضه المشرع على المهني بان يقدم للعميل كافة المعلومات التي تمكنه من اختيار الخدمة التي تتناسب وتحقق رغبته من العملية العقدية.

وعلى ضوء ما تقدم كان ينبغي على المستشار الطبي ان يدعم آراءه بتحذير كلما كانت المسالة موضوع الاستشارة تحمل مخاطر صحية وقانونية ،وقد يصل هذا الالتزام الى حد التدخل في شؤون المستفيد بدرجة من الاصرار لمنعه من اتيان تصرف لا يناسب حاجاته ومحاولة اقناعه باتخاذ قرارات اكثر ملائمة لتلبية مصالحه[٤].

ثالثا: قيام المستشار الطبي بالعمل بنفسه:[٥]

ان عقد تقديم الاستشارة الطبية كما ذكرنا سابقا من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي،اذ ان شخصية المستشار الطبي كانت ملحوظة ومحل اعتبار المستفيد عند ابرام العقد والتي تقتضي من الاول القيام بالعمل بنفسه والا يوكله الى غيره،كل ذلك اذا كانت الاستشارة

---

(١) د.خالد جمال احمد،مصدر سابق،ص٧.

(٢) م.صون كل عزيز عبدالكريم و م.د.هند فالح محمود،مصدر سابق،ص٢٥٢.

(٣) انظر المواد(١٥٠و٢٣١)من القانون المدني العراقي،والمادة(٦)من قانون حماية المستهلك العراقي رقم(١)لسنة(٢٠١٠).

(٤) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص٦٠.

(٥) انظر البند السابع من العقد النموذجي لخدمات واستشارات طبية الملحق بالبحث.

مقيدة بان يشترط المستفيد على المستشار الطبي القيام بالعمل بنفسه.اما اذا كانت الاستشارة مطلقة ولم يشترط المستفيد على المستشار تقديم الاستشارة بنفسه فله ان يستعمل غيره،كما لو تعاقد شخص مع مؤسسة طبية تضم عددا من المهنيين الذين يقدمون خدمات استشارية طبية،فللمستشار الطبي تحويله الى غيره من المهنيين الاخرين المعنيين بتقديم الاستشارة الطبية[١].

رابعا: الالتزام بالسرية:[٢]

وهو الالتزام الذي يفرض على المستشار الطبي التزام الصمت بخصوص كل ما يصل الى علمه او يكتشفه خلال ممارسته لمهنته[٣]. بمعنى ان المعلومات والبيانات والاخبار التي وصلت الى علم المستشار الطبي عن حالة المستفيد الصحية-لكونه مستشار طبيا وليس شخصا عاديا- تعد سرا وجب كتمانه وعدم افشائه مهما كانت الوسيلة او الطريقة التي توصل بها الى الاحاطة بهذا السر[٤].وعلى المستشار الطبي حفظ اسرار المستفيد سواء اشترط عليه ذلك في العقد ام لم يشترط[٥]،لان من موجبات حسن النية في تنفيذ العقد ليس الاقتصار على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام وهذا ما اكدته الفقرة الثانية من المادة (١٥٠)من القانون المدني العراقي.

بالاضافة الى ما تقدم فقد اعتبر المشرع العراقي في المادة(٤٣٧)من قانون العقوبات رقم(١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل الاخلال بواجب عدم افشاء السر المهني جريمة تنشأ عنها المسؤولية الجزائية بالاضافة الى المسؤولية المدنية بتعويض الضرر عند توافر شروطها.

---

(١) م.صون كل عزيز عبدالكريم و م.د.هند فالح محمود،مصدر سابق،ص٢٥١.

(٢) انظر البند الخامس من العقد النموذجي لخدمات واستشارات طبية الملحق بالبحث.

(٣) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق، ص٨٠.

(٤) د.رايس محمد،مسؤولية الاطباء المهنية عن افشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد(٢٥)ا، العددالاول، ٢٠٠٩،ص ٢٥١.

(٥) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص ٨١و٨٢.

الفرع الثاني: التزامات المستفيد

بما ان عقد تقديم الاستشارة الطبية من العقود الملزمة للجانبين،فانه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه،وبما اننا بحثنا التزامات المستشار الطبي في الفرع الاول من هذا المطلب،فاننا سندرس التزامات المستفيد في هذا الفرع وكالاتي:

اولا: الالتزام بدفع الاجر:

عقد تقديم الاستشارة الطبية من العقود الملزمة للجانبين،بمعنى ان هناك التزامات متقابلة تترتب على ابرام هذا العقد،فمثلما يلتزم المستشار الطبي تجاه المستفيد بتقديم الاستشارة الطبية،فأن المستفيد بدوره يلتزم تجاه المستشار الطبي باداء مقابل محدد لهذا الالتزام الناشيء عن عقد تقديم الاستشارة الطبية،ذلك لان هذا العقد من عقود المعاوضة.

اذن فان محل التزام المستفيد هو الاجر الذي يلتزم بسداده الى المستشار الطبي والذي يشترط فيه ان يكون موجودا ومعينا او قابلا للتعيين ومشروعا وفقا للقواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بمحل الالتزام[1].وقد تكلمنا سابقا عن الاجر كعنصر من عناصر عقد تقديم الاستشارة الطبية ،لذا وتجنبا للتكرار نكتفي بهذا القدر.

ثانيا:الالتزام بالتعاون:

لقد اصبح الالتزام بالتعاون من الالتزامات المألوفة في الاطار التعاقدي لغرض الارتقاء بطرفي العقد معنويا واخلاقيا،فمضمون هذا الالتزام بالسلوكيات والتصرفات التي يكون الغرض منها العمل على خدمة طرفي العقد وتحقيق المصالح المشتركة لهما،فهو تطبيق لمبدأ حسن النية في التعاقد بمعناه الواسع[2].وفي مجال عقد تقديم الاستشارة الطبية يهدف المستفيد من ابرام هذا العقد مساعدته من اجل اتخاذ قرار مناسب بشأن المرض موضوع الاستشارة.ومن اجل تحقيق هذا الهدف بالطريقة التي تناسب المستفيد انه من الضروري ان يتعاون مع المستشار الطبي،فهذا الاخير ينتظر من المستفيد معاونته في تنفيذ التزامه بتقديم الاستشارة من خلال

---

(1) د.سماح حسين علي، الالتزام بتقديم المشورة في سوق الاوراق المالية، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث،السنة الثامنة،ص ١٥ . وانظر البند الثالث من العقد النموذجي لخدمات واستشارات طبية الملحق بالبحث.

(2) انظر المادة(١٥٠)من القانون المدني العراقي .

البيانات والمعلومات التي يلتزم المستفيد بتقديمها لمعرفة هدفه وغرضه من الاستشارة،حيث تساهم هذه البيانات والمعلومات في تقديم استشارة تتناسب مع الظروف الصحية للمستفيد[١].

فالمستفيد لا يجوز له البقاء مكتوف اليدين في مرحلة اعداد المشورة،وانما يجب اظهار الحرص والاهتمام للوصول الى الاستشارة الناجحة.

ومن مظاهر الالتزام بالتعاون قيام المستفيد بتسلم الاستشارة،اذ عليه ان يستلم الاستشارة من المستشار الطبي. واذا كان على الاخير تقديم الاستشارة فان ذلك يتطلب ان يكون هناك شخص اخر يتسلمها وهو المستفيد في عقد تقديم الاستشارة الطبية في المكان والزمان المتفق عليها من قبل المتعاقدان.

خلاصة القول ان الالتزام بالتعاون يتميز بتحديد مضمونه من خلال قيام المستفيد بالاستعلام من المستشار عما يحتاج اليه من بيانات ومعلومات،وان يظهر المستفيد بكامل الاهتمام والتميز في التعاون والمساهمة في تقديم المستلزمات اذا تطلب الامر لانجاح عمل المستشار،ففي عقد تقديم الاستشارة الطبية على المستفيد تقديم المعلومات الجوهرية والضرورية حول المرض او المشكلة موضوع الاستشارة للمستشا الطبي لكي يتمكن من اعداد استشارة ناجحة ومفيدة للمستفيد[٢].

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد تقديم الاستشارة الطبية

يقصد بالكشف عن طبيعة العقد القانونية البحث عن تحديد هذا العقد وادخاله في فئة قائمة سابقا،وتطبق قواعدها على تلك العلاقة.فالوصف او التكييف طريقة يستخدمها القانوني وتعرف بأنها:(نهج فكري يرتكز على ربط حالة ملموسة بمفهوم قانوني مجرد تعترف به سلطة معيارية من اجل ان يطبق عليها نظامها)[٣].

---

(١) د.سماح حسين علي،مصدر سابق،ص ١٦و١٧ .

(٢) ابراهيم صالح عطية حسن،النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق/جامعة النهرين،٢٠٠٩،ص ١٦٠وما بعدها.

(٣) بوليل اعراب،الطبيعة القانونية للعقد الطبي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/جامعة اكلي محند اولحاج-البويرة،٢٠١٣،ص٧.

ان مسألة التكييف تثار عندما نكون ازاء عقد لم ينظمه المشرع تنظيما خاصا في تشريع معين،وهذا بدوره يقودنا الى درج هذا العقد ضمن احد الانظمة القانونية القائمة وذلك من خلال تكييف هذا العقد،وبالتالي فان على رجال القانون النظر في العقود المستحدثة،وان يحاولوا ادخال هذه العقود الجديدة في نطاق العقود التقليدية الاقرب اليها،كي تسري عليها احكامها ،من هنا تظهر اهمية تحديد الوصف القانوني للعقد اي تكييفه وذلك لكونها مسألة اساسية وضرورية لتحديد ما اذا كان العقد مسمى ام كان عقد غير مسمى،وتكمن اهمية هذا التكييف في تعيين القواعد واجبة التطبيق على هذا العقد[1].

وثار جدال كبير في الفقه بشأن الوصف القانوني الواجب اعطاؤه للعقد الذي يبرمه المريض مع الطبيب ومشابهته بمختلف العقود المعروفة والمسماة في القانون المدني ويصدق القول ذاته بالنسبة لعقد تقديم الاستشارة الطبية،فانقسموا الى عدة اتجاهات.فمنهم من رأى انه عقد وكالة،ورأى اتجاه اخر بانه عقد عمل ،في حين يرى البعض انه عقد بيع خدمات،ويذهب البعض الاخر الى انه عقد مقاولة[2].وفيما يلي نخصص لكل اتجاه من الاتجاهات السابقة فرع مستقل وكالاتي:

الفرع الاول: عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد وكالة

عرفت المادة(٩٢٧) من القانون المدني العراقي الوكالة بأنها:(عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم).

اذن فالوكالة رابطة بين شخصين موكل ووكيل ترد على عمل قانوني ،وهي نيابة اتفاقية،اذ ينوب الوكيل عن الموكل للقيام ببعض التصرفات القانونية وليس الاعمال المادية.وان كان الفقه حديثا يذهب الى امكانية قيام الوكيل ببعض الاعمال المادية التابعة للاعمال القانونية،ويحتفظ العقد بطبيعته كوكالة متى تغلب عنصر الاعمال القانونية،ويفقد الصفة متى تغلب عنصر الاعمال المادية[3].

---

(1) د.عامر عاشور عبدالله،تكييف العقد في القانون المدني،بحث منشورفي مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية القانون جامعة تكريت،العدد السادس،السنة الثانية،٢٠١٠،ص١٦٠.

(2) بوليل اعراب، مصدر سابق،ص٧.

(3) ريما محمد فرج،مصدرسابق،ص٤١.

يتبين مما تقدم ان عقد الوكالة يتميز بالخصائص الاتية:١-انه عقد رضائي اي ان انعقاده يتوقف على ارادة المتعاقدين،بحيث يتطابق قبول احدهما بايجاب الاخر.٢-انه عمل قانوني اي ان محله يكون دائما تصرفا قانونيا.٣-انه من عقود الاعتبار الشخصي،لان كلا المتعاقدين يدخل في اعتباره شخصية الاخر.٤-انه عقد تبرع،الوكالة في الاصل من عقود التبرع لكن يجوز ان تكون بمقابل وذلك باتفاق الطرفين صراحة او ضمنا.٥-انه عقد غيرلازم ،بحيث يستطيع كلا الطرفين فسخه دون الرجوع للاخر[١].

ذهب بعض فقهاء القانون المدني الى ان عقد تقديم الاستشارة الطبية هو عقد وكالة ،ويرون بان الخدمة التي يقدمها اصحاب المهن الحرة تخضع لاحكام عقد الوكالة وليس لاحكام ايجار الاشخاص.فالمقابل الذي يدفعه المستفيد للمستشار الطبي لا يعد الا هبة منه ليخفف عن نفسه واجب العرفان بالجميل،اذ ان الطبيب يقوم بالعلاج بدون مقابل مادي.فاعمال الطب التي هي من الاعمال العقلية يطغى عليها الطابع الفكري،فلا تكون بذلك محلا لاجارة الاشخاص بل محلا للوكالة،وهذا ما يسمو بها عن الاعمال اليدوية، ويسمو بالطبيب على ان يكون اجيرا يمارس نشاطه تحت سلطان رب الخدمة[٢].واستند هذا الاتجاه الذي يرى بان عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد وكالة على مبررات يمكن اجمالها بما يلي:

١-التقاء العقدين في خاصية الاعتبار الشخصي التي تسود بين الاطراف في كلا العقدين،تبين لنا سابقا بان شخصية الوكيل او الموكل تعتبر ذات اهمية كبيرة بالنسبة لكل منهما،وايضا شخصية المستشار الطبي تكون محل اعتبار بالنسبة للمستفيد في عقد تقديم الاستشارة الطبية،لان الامر يتعلق هنا بتقديم ارشادات قد تكون مهمة جدا ولا تخلو من بعض الخطورة احيانا،ولهذا يحرص المستفيد على اختيار شخص له دراية كبيرة ورجل عارف باصول فنه اكثر من غيره،وعليه يصعب ان توكل مهمة تقديم المشورة لشخص لا تتوفر فيه هذه المعلومات.وكذلك نجد ان عنصر الثقة له دور مهم في كلا العقدين،والثقة مطلوبة عند انشاء العقدين وتزداد ضرورتها عند التنفيذ[٣].

---

(١) السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء السابع،المجلد الاول،دار احياء التراث العربي،بيروت،لبنان،ص٣٧٢ وما بعدها.د.محمد كامل مرسي باشا،شرح القانون المدني،العقود المسماة،الجزء الاول،منشأة المعارف بالاسكندرية،٢٠٠٥،ص٣٣٧ وما بعدها.

(٢) لتفاصيل هذا الرأي انظر:بوليل اعراب، مصدر سابق،ص١٣.

(٣) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله، مصدر سابق،ص٢٠٤و٢٠٣.

٢-ان عمل اصحاب المهن الحرة ومنها الاستشارة الطبية او العلاج الطبي تغلب عليه الصفة العقلية والذهنية،فلا يمكن ان يكون محلا لعقد مربح،لانها تتميز عن الاعمال اليدوية والتعاقد عليها يكون دائما عن طريق وكالة تبرعية[١].

٣-الوكيل يعمل لحساب الموكل وباسمه،ومع ذلك فأنه يتمتع باستقلال في اداء مهمته،وكذلك المستشار الطبي فهو يمارس عمله كنائب عن المستفيد،وفي نفس الوقت يؤدي عمله والمهام المكلف بها باستقلال عنه[٢].

٤-لا يقتصر التزام المستشار الطبي على اداء اداء مشورته،بل يلزم كذلك باتباع كافة الوسائل التي تمهد القيام بهذا الالتزام مما يقرب عمله من عمل الوكيل[٣].

ومع وجود اوجه التشابه المذكورة بين العقدين،نرى بأنه لايمكن التسليم بهذا الاتجاه نظرا الى الانتقادات الشديدة التي وجهت اليه والتي ادت الى زعزعة اساسه،وكذلك لكونه تتعارض مع الواقع القانوني لعقد تقديم الاستشارة الطبية،وذلك للاسباب الاتية:

١-ان محل عقد الوكالة يكون دائما تصرفا قانونيا يقوم به الوكيل لحساب الموكل،اي ان محله لايكون عملا ماديا،وهذا هو المميز الرئيسي بين عقد الوكالة وعقد تقديم الاستشارة الطبية الذي يكون محله العمل المادي او العقلي.ويقوم عقد الوكالة اساسا على النيابة،حيث ان الوكيل يتصرف باسم الموكل ولحسابه ونيابة عنه،كما ان الوكيل يباشر تلك التصرفات وفقا لتعليمات الموكل.اما المستشار الطبي فعند قيامه باداء المشورة او تقديم العلاج لا يكون ذلك باسم المستفيد او المريض بل باسمه الشخصي،ووفقا لما يراه مناسبا لحالة المستفيد دون اي اشراف من هذا الاخير[٤].

٢-ان القول بان العمل العقلي لا يصلح ان يكون محلا لعقد مربح قول يناقض الواقع،لان المعروف ان اصحاب المهن الحرة التي تعتمد اغلبها على الطابع الذهني يبرمون مع عملائهم عقودا يبغون من ورائها الربح،ولا تعاب سمعتهم ان قاموا بها مقابل اجر[٥].فالمستشار الطبي

---

(١) بوليل اعراب، مصدر سابق،ص١٤.
(٢) ابراهيم صالح عطية حسن، مصدر سابق،ص٤١.
(٣) ريما محمد فرج، مصدر سابق،ص٥٤.
(٤) بوليل اعراب، مصدر سابق،ص١٦.
(٥) السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء السابع،المجلد الاول،مصدر سابق،ص٣٧٣.

بسعيه الى الحفاظ على سلامة وصحة المستفيد عن طريق العمل الطبي،وان كان يقوم بعمل نبيل لكن يهدف كذلك الى كسب لقمة عيشه بالحصول على مقابل لخدماته.

وهذا يعني ان عقد الوكالة عقد تبرع بخلاف عقد تقديم الاستشارة الطبية فهو من عقود المعاوضة،وان الزامية دفع المقابل في العقد الاخير تجعل طبيعته القانونية مختلفة عن الوكالة التي هي من عقود التبرع[1].

٣-الوكيل يعتبر تابعا للاصيل،وذلك اذا كان يقوم بعمله تحت ادارته واشرافه،في حين ان المستشار الطبي يقوم بعمله حرا مستقلا دون ان يكون تابعا للمستفيد،اي ان الوكيل يتصرف باسم الموكل ولحسابه،اما المستشار فان عمله يصدر باسمه ولحاسبه الخاص[2].

خلاصة القول ان وجود بعض الخصائص والعناصر المشتركة بين عقدي الوكالة وتقديم الاستشارة الطبية لا تشفع في القول بالتطابق بين العقدين،لان المقارنة اثبتت تباعدا بينهما.لذا نحاول البحث عن تكييف اخر للرابطة العقدية بين المستشار الطبي والمستفيد.وهذا سنوضحه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد عمل

عرف القانون المدني العراقي في المادة(٩٠٠) منه عقد العمل بانه (عقد يتعهد به احد طرفيه بان يخصص عمله لخدمة الطرف الاخر ويكون تحت توجيهه وادارته مقابل اجر يتعهد به الطرف الاخر.ويكون العامل اجيرا خاصا).وعرفه قانون العمل العراقي رقم(٧١)لسنة١٩٨٧ وتعديلاته النافذ في اقليم كردستان العراق في المادة(٢٩) بانه:(اتفاق بين العامل وصاحب العمل يلتزم فيه العامل باداء عمل معين لصاحب العمل تبعا لتوجيهه وادارته ويلتزم فيه صاحب العمل باداء الاجر المتفق عليه للعامل) [3].

([1]) بوليل اعراب، مصدر سابق،ص١٧.

([2]) ابراهيم صالح عطية حسن، مصدر سابق،ص٤٤.والسنهوري،الوسيط،الجزء السابع،المجلد الاول،مصدر سابق،ص٣٧٣.

([3]) وعرف قانون العمل العراقي رقم(٣٧)لسنة(٢٠١٥) النافذ في العراق دون اقليم كردستان عقد العمل في الفقرة التاسعة من البند-١-من المادة الاولى بأنه:(أي اتفاق سواء كان صريحا ام ضمنيا،شفويا او تحريريا يقوم بموجبه العامل بالعملأو تقديم خدمة تحت ادارة و اشراف صاحب العمل لقاء أجر أيا كان نوعه).

يتضح من التعريفين السابقين بان عقد العمل يقوم على عناصر تكون ذاتيته وتميزه عن غيره من العقود الواردة على العمل،وتساعدنا على المقارنة لاستخلاص مدى صحة تكييف عقد تقديم الاستشارة الطبية بانه عقد عمل،وهذه العناصر هي:

١-عنصر العمل: وهو العنصر الاساسي في العقد الذي يربط العامل بصاحب العمل، فهو محل التزام العامل وسبب التزام صاحب العمل.

٢-عنصر الاجر: ويقصد به المقابل الذي يتقاضاه العامل لقاء العمل الذي يؤديه لصالح صاحب العمل.وهذا يعني ان عقد العمل من عقود المعاوضة.

٣-عنصر التبعية:ويقصد بها سلطة صاحب العمل في الرقابة والاشراف وتوجيه العامل في ادائه للعمل والانصياع لاوامره وتعليماته.

٤-عنصر المدة:ويقصد منها المدة الزمنية التي يضع فيها العامل نشاطه وخبرته وجهده في خدمة صاحب العمل وادارته،وتتحدد المدة باتفاق اطراف العقد او عن طريق القانون[١].

ذهب جانب من الفقه الى اعتبار عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد عمل لتطابق طبيعة العمل في كلا العقدين، حيث يلتزم المستفيد باداء المقابل للمستشار مقابل التزام المستشار بتقديم الاستشارة[٢]. واستند مؤيدي هذا الاتجاه على عدة مبررات اهمها هي ما يلي:

١- يلتزم المستشار الطبي بموجب العقد المبرم بينه وبين المستفيد بتقديم الاستشارة مقابل اجر معلوم.فلا فرق في ذلك بين الاعمال الفكرية التي يعتمد عليها المستشار الطبي في اداء نشاطه ومن يمارس الاعمال اليدوية،اذ ان الاستشارة الطبية او العلاج الطبي عمل مادي ولا ينفي ماديته ان يكون عملا عقليا[٣].

اذن ان عقد تقديم الاستشارة الطبية وعقد العمل يلتقيان من حيث انهما من عقود المعاوضة وان محلهما عبارة عن عمل مادي.

---

(١) راجع في تفاصيل تعريف عقد العمل وخصائصه وعناصره د.غالب علي الداودي،شرح قانون العمل العراقي وتعديلاته،دراسة مقارنة،طبع على نفقة جامعة السليمانية،٢٠٠٨،ص٥٤و٥٥.

(٢) راجع في تفاصيل هذا الاتجاه قماز منصور،الطبيعة القانونية للعقد الطبي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم الحقوق/جامعة الشهيد حمة لخضر-الوادي، السنة الجامعية٢٠١٦-٢٠١٧، ص١٤وما بعدها.

(٣) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء السابع، المجلد الاول،مصدر سابق، ص١٨.

٢-العلاقة التبعية:يخضع المستشار الطبي لاشراف المستفيد وادارته،وهذه التبعية لا يقصد بها التبعية الفنية[١] التي تخول المستفيد توجيه المستشار في ما يتعلق بالاصول الفنية للعمل،وانما يقصد بها تبعية تنظيمية او ادارية يقتصر فيها اشراف المستفيد على تحديد الظروف الخارجية التي يتم فيها تنفيذ العمل.والتبعية التنظيمية لا يشترط فيها ان يقوم المستفيد بالاشراف بصفة مباشرة ومستمرة على المستشار الطبي بل يكفي لثبوتها تحقق مكنة المستفيد في الرقابة والتوجيه وان لم يمارسها[٢].وهذا يعني ان العقدان يشتركان في خاصية التبعية والخضوع.

٣-بموجب المادة(٩٠٣)من القانون المدني العراقي يسري احكام عقد العمل على اداء الخدمة ايضا،وان الاستشارة الطبية كعقد يبرم مع شخص متخصص في مهنته لاداء خدمة معينة،فهو عمل داخل في مهنة من يؤديها.فقد نصت على انه(١-يفرض في اداء الخدمة،ان يكون باجر اذا كان قوام هذه الخدمة عملا ليس مما جرت العادة بالتبرع به.او عملا،داخلا في مهنة من اداه) [٣].

وتجدر الاشارة الى ان هذا الاتجاه الذي يذهب الى اعتبار عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد عمل لا يمكن التسليم به، وذلك للاسباب الاتية:

١-ان العلاقة التبعية غير موجودة في علاقة المستشار الطبي بالمستفيد،فالاول يتمتع بحرية واستقلالية تامة في اداء عمله، فلا يخضع في القيام بعمله الا للاصول الفنية لمهنة الطب وما يمليه ضميره ومباديء العلم المعاصرة.فلا يتلقى المستشار الطبي اثناء قيامه بمهمته من المستفيد اي توجيهات،بل بالعكس المستفيد هو الذي يحتاج الى الاستعانة براي وتوجيهات المستشار.اذن عقد العمل يقوم على التبعية،بينما يقوم عقد تقديم الاستشارة الطبية على الاستقلالية التامة للمستشار[٤].

٢-ثارجدل فقهي حول طبيعة العلاقة بين المستشار الطبي والمستفيد في حالة تقديم المشورة بدون مقابل،فذهب جانب منهم الى وجود عقد تبرع بينهما،وفي هذه الحالة لا يمكن وصف هذا العقد بانه عقد عمل الذي لا يقوم دون وجود الاجرة[٥].

---

(١) وهي تعني خضوع العامل عند ادائه العمل خضوعا تاما لرب العمل.د.غالب الداودي، مصدر سابق، ص٦.
(٢) بوليل اعراب، مصدر سابق، ص٢٥.
(٣) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق، ص٤٥.
(٤) قماز منصور،مصدر سابق،ص١٥. وانظر البند الثاني من العقد النموذجي لخدمات واستشارات طبية الملحق بالبحث.
(٥) بوليل اعراب،مصدر سابق،ص٢٧.

٣-ان تطبيق احكام عقد العمل على اعمال المستشار الطبي بصورة مطلقة يؤدي الى نتائج لا تتلائم مع طبيعة عقد الاستشارة الطبية الذي يعتمد اساسا على جهد الانسان الفكري وابداعه الذهني من ناحية الحقوق التي يتمتع بها المستشار الطبي،اذ لا يتمتع بالحماية المقررة للعامل بمقتضى القواعد الخاصة بتنظيم العمل كتحديد ساعات العمل والعطلة الاسبوعية[١].

الفرع الثالث: عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد بيع خدمات

ان عقد البيع هو عقد يلتزم فيه البائع ان ينقل الى المشتري ملكية شيء او حقا ماليا مقابل ثمن من النقود.وعرفته المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي بانه:(مبادلة مال بمال).

يتبين من التعريفين المذكورين ان عقد البيع من العقود الرضائية،ومن العقود الملزمة للجانبين،ومن عقود المعاوضات،ومن العقود المحددة،ومن العقود الناقلة للملكية.حيث ان نقل الملكية هو الغاية الاساسية من البيع،والمبيع يتصور ان يكون شيئا ماديا او معنويا او اي حق مالي[٢].والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو:هل يمكن القول ان المشورة الطبية هي سلعة يرد عليها البيع مقابل الثمن الذي يدفع للمستشار؟.

ان الاستشارة الطبية باعتبارها خدمة يمكن ان ترد كمحل لعقد البيع،لان مفهوم عقد البيع لم يعد ضيقا بان لا يرد الا على الاشياء المادية،وانما يرد على الاشياء غير المادية ايضا،لذا لا يوجد مانع من ان تكون الخدمات محلا لعقد البيع[٣].

وذهب جانب من الفقه الفرنسي الى امكانية بيع الخدمات، ذلك ان الخدمات ماهي الا قيمة اقتصادية يمكن ان تنسب الى من يؤديها،وتاخذ وصف السلعة وتصبح قابلة للتقويم ويقدر لها سعر.ولكن بيع الخدمات-عقد تقديم الاستشارات الطبية- ليس بيعا بالمعنى التقليدي ،اي نقل ملكية شيء مادي،وانما هو بيع من نوع خاص،والسبب في ذلك ان الخدمات تستهلك بمجرد تقديمها الى المشتري،كما هو الحال في بيع الطاقة في شكل تيار كهربائي[٤].

---

(١) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٤٦.

(٢) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص٤٢.

(٣) د.صبري حمد خاطر،الضمانات العقدية لنقل المعلومات،بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة النهرين،المجلد الثالث،العدد الثالث،١٩٩٩،ص١١٧.

(٤) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق ،ص١١٣.

يستنتج مما تقدم ان عقد تقديم الاستشارة الطبية وفقا لهذا الراي هوعقد بيع خدمة وهذا العقد يختلف عن عقود البيع التقليدية،حيث يتم فيه تبادل اشياء غير مادية مقابل مبلغ من النقود.

بالاضافة الى ذلك ان هذا التكييف –اعتبار عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد بيع خدمات- يتفق مع قصد العاقدين،طالما انه لا يتضمن اية مخالفة لاحكام عقد البيع التقليدي،ذلك ان المراد ببيع الاستشارة الطبية هو تنازل المستشار الطبي عنها بشكل نهائي لتصبح من حق المستفيد(المشتري)الذي يجوز له التصرف بها بالتصرفات القانونية كافة،فله ان يستغلها او يستعملها او يتصرف بها،وله ان يحتج على الغير بملكيته لهذه المعلومات[١].

ولكن رغم وجاهة تبريرات هذا الاتجاه الا انه لا يمكن السليم به،فلا يمكن عد عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد بيع خدمات وذلك للاسباب الاتية:

١-من الصعب تقسيم البيوع الى بيع اشياء او حقوق وبيع خدمات،فالخدمات تنظمها في القانون الخاص عقود اخرى تختلف عن عقد البيع،كعقد العمل وعقد المقاولة[٢].

٢-ان محل عقد تقديم الاستشارة الطبية المتمثل بالمشورة الطبية يصعب اعتبارها سلعة او شيئا او حقا ماليا.فالمشورة هي خدمة تقدم من مستشار متخصص يملك من علم ومعرفة في سبيل خدمة زبائنه،ولا يمكن باي حال من الاحوال نقل ملكية هذا العمل،فموضوع عقد الاستشارة الطبية هو تقديم استشارة تعكس خبرة المستشار وثقافته،بينما عقد البيع يقتضي ان يكون موضوعه حقا استئثاريا.اي ان الفرق الجوهري بين العقدين هو ان عقد البيع يقع على اشياء مادية قابلة للانتقال،اما عقد الاستشارة الطبية يقع على خدمات غير قابلة للانتقال فهي تفنى وتنتهي بمجرد تسليمها،ولا تضيف اي قيمة في ذمة المستفيد المالية،بل تترك بين يديه فقط المنفعة المقدمة من المستشار[٣].

بمعنى اخر ان عقد البيع يفترض انتقال شيء من شخص لاخر،وهذا لا يمكن تحققه بالنسبة للخدمة المتمثلة بالمشورة الطبية،ذلك لانها تنطوي على افكار،فاذا انتقلت الفكرة من شخص لاخر صارت الفكرة لدى كليهما[٤].

---

(١) د.صبري حمد خاطر،مصدر سابق، ص١١٧.
(٢) عبدالله عيسى مطشر الغريري، مصدر سابق، ص٤٨.
(٣) ريما محمد فرج، مصدر سابق، ص٤٣.
(٤) السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن، مصدر سابق، ص٢٧٩.

٣-ان عقد تقديم الاستشارة الطبية يقوم على الاعتبار الشخصي من حيث الاصل،وكون محله اداءات ذات طبيعة ذهنية وعقلية امر يجعل اطلاق وصف عقد البيع عليه امرا ليس من السهل التسليم به[١].

٤-تترتب على عقد تقديم الاستشارة الطبية التزامات غير تقليدية،كالالتزام بالسرية والالتزام بالتعاون تتعدى مرحلة تنفيذ العقد وتستمر الى ما بعد انتهاء الرابطة القانونية بين المستشار الطبي والمستفيد،وهذا الامر لا يستقيم مع ما تقرره احكام القانون بخصوص عقد البيع[٢].

٥-لا يستطيع المستفيد ان يلجا الى قواعد التنفيذ الجبري عند امتناع المستشار الطبي اداء الاستشارة الطبية،وذلك للارتباط الوثيق بين الاستشارة الطبية كمحل للعقد وبين المستشار الطبي صاحب المعرفة والتخصص،ويقتصر حق المستفيد في المطالبة بانهاء الرابطة التعاقدية والتعويض ان كان له مقتضى[٣]،وهذا الامر يختلف عما تقرره القواعد الخاصة بعقد البيع عند اخلال البائع بالتزاماته في عقد البيع[٤].

الفرع الرابع: عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد مقاولة

عرفت المادة(٨٦٤)من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بانه: (عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر).

وعرف بعض الفقه عقد المقاولة بانه:عقد يقصد به ان يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص اخر في مقابل اجر دون ان يخضع لاشرافه او ادارته[٥].

---

(١) ابراهيم صالح عطية حسن، مصدر سابق، ص٤٨.

(٢) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص٢١٣.

(٣) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٤٩.

(٤) تنص الفقرة الثانية من المادة(٢٤٨)من القانون المدني العراقي على انه(فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة او بغير استئذانها في حالة الاستعجال.كما انه يجوزله ان يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض).

(٥) د.محمد لبيب شنب،شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء،منشاة المعارف بالاسكندرية،الطبعة الثانية،٢٠٠٤،ص١٥.

يتبين من التعريفين السابقين بان عقد المقاولة يتميز بعدة خصائص وهي ان عقد المقاولة عقد رضائي وعقد ملزم للجانبين وانه من عقود المعاوضة كما انه من العقود المهنية الواردة على العمل،فضلا عن استقلالية المقاول في اداء العمل[١].

هذه الخصائص توجد ايضا في عقد تقديم الاستشارة الطبية مما ادي بجانب من الفقه [٢]الى اعتباره عقد مقاولة.بالاضافة الى ذلك ان التطورات الحاصلة في مفهوم الاداءات التي يقوم بها المقاول قد تعدت الاطار التقليدي له باعتباره يقوم باداءات مادية فقط،حيث انه ليس ثمة ما يمنع من ان المقاولات تعني ذلك النوع من الاداءات،وايضا الاداءات ذات الطابع الذهني،فالمهن الحرة التي تندرج تحت مفهوم عقد المقاولة اصبحت تتميز بوجود الاداءات الذهنية.بمعنى ان هذا المفهوم يتسع لاستيعاب عقد تقديم الاستشارة الطبية الذي نحن بصدد دراسته نظرا لاندماج هذه الاعمال الذهنية في موضوع البحث[٣].

ويدعم اصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالادلة الاتية:

١-ان عقد تقديم الاستشارات الطبية يرد كعقد المقاولة على الاعمال المادية،فعمل المستشار الطبي ينسب اليه من حيث ادائه لانه يقوم به باسمه الشخصي وان كان لمصلحة المستفيد،وبالتالي لا يكون عمله هذا تصرفا قانونيا بل عملا ماديا.وليس معنى ان يؤدي المستشار الطبي اعمال مادية،ان تاتي خالية من الفكر بل ان ما يميز الاعمال التي يؤديها اصحاب المهن الحرة عموما والمستشار الطبي خصوصا ان ناحية الفكر فيها متغلبة[٤].

٢-الاستقلال التام للمستشار الطبي في ابداء استشاراته الطبية،فهو يقوم بالعمل باسمه الخاص مستقلا عن ادارة المستفيد واشرافه،ويختار الوسائل والطرق التي يراها مناسبة لانجاز العمل الموكل اليه،ولا يجوز للمستفيد ان يتدخل في طريقة تنفيذ المستشار الطبي لعمله ما دام مطابقا لما هو متفق عليه في العقد ولما تفرضه عليه الاصول العلمية والفنية لمهنته،وهذا هو السبب الذي دفع البعض من الفقه الى القول بان غياب رابطة التبعية القانونية امر من شأنه ان يسمح بأن يندرج عقد تقديم الاستشارة الطبية مع المستفيد تحت وصف عقد المقاولة[٥].

---

(١) السنهوري،الوسيط،الجزء السابع،المجلد الاول،مصدر سابق،ص٦ وما بعدها.
(٢) لتفاصيل هذا الاتجاه راجع ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص٤٥ وما بعدها.
(٣) د. ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص٢١٦و٢١٧.
(٤) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص٥١.
(٥) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص٩٦.

٣-يلزم المستشار الطبي بابداء المشورة والنصيحة للمستفيد في نواحي العمل الفنية والمهنية،وهذا هو عين التزام المقاول في بعض صور المقاولة حيث يلزم المقاول بتبصير رب العمل في جوانب العمل كافة[١].

٤-يتشابه عقد تقديم الاستشارة الطبية مع عقد المقاولة من حيث طريقة التنفيذ،حيث يقوم المقاول بتنفيذ العمل المناط به على شكل مراحل متتابعة ويستحق اجرا مستقلا عن كل مرحلة ينجزها[٢].

٥-يلتزم المستشار الطبي بالتزام بتحقيق نتيجة وهوتسليم الاستشارة الطبية المنجزة،اذا كانت الاستشارة ترد على حقائق ومسلمات ثابتة لا مجال للخلاف بشانها-كما ذكرنا سابقا-وهذا عينه التزام المقاول بتحقيق النتيجة التي يريدها رب العمل ،وهو متحقق في عقد المقاولة لان رب العمل يطلب عملا يتحتم انجازه[٣].

وما تجدر الاشارة اليه انه على الرغم من الادلة التي قيلت لدعم الراي القائل بتكييف عقد تقديم الاستشارة الطبية بعقد المقاولة الا انه من الانتقادات التي وجهت اليه ومن اهمها هي ما يأتي بيانه:

١-المقاول يعد مضاربا،وهذه المضاربة قد تحقق له الخسارة تارة والربح تارة اخرى،وعليه يكتسب صفة التاجر اذا كان محل المقاولة عملا تجاريا ،في حين ان المستشار الطبي يمارس مهنة حرة ولا يكتسب صفة التاجر،فهو يمارس عمله لقاء مقابل يحصل عليه ولا يهدف الى تحقيق الربح كما هي الحال بالنسبة للتجار[٤].

يرد على هذا الانتقاد ان المقاول لا يكتسب صفة التاجر لمجرد انه مقاول،فعقد المقاولة قد يكون مدنيا وقد يكون تجاريا حسب مقتضى الحال.ومن الثابت ان الاعمال الذهنية تعد اعمال مدنية،لان اعمال اصحاب المهن الحرة ليست باعمال تجارية بحسب احكام القانون[٥].

---

(١) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص٢١٩.

(٢) تنص الفقرة الاولى من المادة(٨٧٤)من القانون المدني العراقي على انه(اذا كان العمل مكونا من اجزاء متميزة او كان الثمن محددا بسعر الوحدة،جاز لكل من المتعاقدين ان يطلب اجراء المعاينة عقب انجاز كل جزء او عقب انجاز قسم من العمل يكون ذا اهمية كافية بالنسبة للعمل في جملته.ويجوز للمقاول في هذه الحالة ان يستوفي من الثمن بقدر ما انجز من العمل).

(٣) د.سعيد مبارك و د.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي،الوجيز في العقود المسماة،دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩٢-١٩٩٣، ص٤٢٨.

(٤) ريما محمد فرج، مصدر سابق،ص٤٧.

(٥) ابراهيم صالح عطية حسن،مصدر سابق، ص٥٧و٥٨.

٢-ان عقد تقديم الاستشارة الطبية يقوم بالدرجة الاساس على الاعتبار الشخصي،اي ان شخصية المستشار الطبي تكون محل اعتبار عند ابرام العقد،اما عقد المقاولة فأن للمقاول ان ينفذ العمل بنفسه او عن طريق غيره ما لم يوجد شرط يقضي بغير ذلك[١].

ولكن يمكن الرد على هذا القول بانه لا يكون هناك مانع من ان يكون عقد المقاولة قائما على الاعتبار الشخصي للمقاول كما هو حال عقد تقديم الاستشارة الطبية،وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الاولى من المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي بقولها(يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية).

٣-ان عقد المقاولة يقوم على اعمال مادية،بينما المستشار الطبي يقوم بخدمات ذات طابع ذهني وعقلي. ويرد على هذا الانتقاد بان عقد المقاولة لا يقتصر على القيام باعمال مادية،بل يتناول ايضا الاعمال المختلفة ومنها الخدمات.والخدمة هي كل عمل يتمثل بنشاط تقني او حرفي او فكري،اي قد تأخذ شكل اداء ذهني او عقلي،كالعقود المبرمة مع الاطباء والهندسة الاستشارية.وان هذه الاعمال الفكرية تطبع عقد المقاولة بخصوصية تسمح له باستيعاب مهن حرة متعددة تمتاز هي ايضا بالاداءات الذهنية[٢].

٤-يلتزم المستشار الطبي ببذل عناية،وهذا على العكس مما هو مستقر في عقد المقاولة،لان رب العمل عملا يتحتم انجازه،ويقع على عاتق المقاول تحقيق النتيجة التي يريدها رب العمل.ولكن يرد على هذا الانتقاد بان عقد تقديم الاستشارة الطبية يلتقي مع عقد المقاولة في كونه يلزم المستشار الطبي بتحقيق نتيجة تتمثل بانجاز المشورة وتسليمها الى المستفيد،ويرى جانب من الفقه الى ان عد التزام المستشار الطبي ببذل عناية لا يتصل بمفهوم انجاز العمل،وانما يقصد به من جانب التزامه بتحقيق ضمان السلامة الاقتصادية –التي تعني تحقيق المشورة الطبية للغرض الذي من اجله طلبت-او ما يسميه الفقه الحديث بضمان المطابقة الاقتصادية[٣].

٥-ان عقد المقاولة عقد ملزم للجانبين بمعنى لا يستطيع احد طرفيه انهئه باراته المنفردة دون ان يلتزم بمبلغ تعويض يؤديه للطرف الاخر[٤]،في حين يستطيع كل طرف في عقد تقديم

---

(١) قماز منصور،مصدر سابق،ص١٧.

(٢) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص٤٧و٤٨.

(٣) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله، مصدر سابق،ص٢٢٣.

(٤) راجع المادة(٨٨٥)من القانون المدني العراقي.

الاستشارة الطبية ان ينهي العقد بارادته المنفردة دون اي التزام عليه.ولكن هذا القول بعيد عن الصحة لان الفقه القانوني استقر على ان المستشار الطبي لا يستطيع ابتداء انهاء العقد بارادته المنفردة،بينما المستفيد يستطيع انهاء العقد بارادته المنفردة،ولكن يلزم عندئذ بالتعويض[1].

نستنتج مما تقدم ان عقد تقديم الاستشارة الطبية يقترب كثيرا من عقد المقاولة الى حد اعتباره نوع خاص من المقاولة،ويمكن تطبيق قواعدها عليه ،ولكن مع ذلك نرى بان القواعد العامة الواردة في القانون المدني تبقى قاصرة ولا تكفي لتنظيم عقد تقديم الاستشارة الطبية،فالامر يحتاج الى احكام خاصة لمثل هذا العقد،وذلك لسببين هما:

١-ان عقد تقديم الاستشارة الطبية يعتبر ذات اهمية كبيرة من حيث تنوع وتعدد المجالات التي يتناولها،فهذا العقد يتناول ويشمل مختلف اختصاصات الطبية كالطب العام وطب الاطفال والطب النفسي،وما يصاحب هذه الاختصاصات من موضوعات مختلفة خاضعة لاصول علمية خاصة بها،وتتطور بتطور الحياة الاجتماعية ،ومع التطور التكنولوجي ازدادت اهمية تقديم الاستشارات الطبية خاصة على الصعيد الدولي،وبرز حديثا ما يسمى بالتطبيب عن بعد بهدف تحسين وسائل معالجة المرضى[2].وهنا يثار سؤال هو هل يخضع كل ما سبق ذكره لذات القواعد الخاصة بعقد المقاولة،لا شك ان تقديم الاستشارة وادائها يحتاج الى وقت وعناية فائقة سواء في مرحلة المفاوضات على العقد اوعند ابرام العقد او في مرحلة التنفيذ.

٢-قد يصيب المستفيد او الغير باضرار بسبب الاستشارة الطبية اثناء تنفيذها،ويثار تساؤل حول ما اذا يشترط في تطبيق احكام الضمان هنا لذات الشروط الواردة في ضمان العيب في عقد المقاولة،حيث لابد من وجود التزام بضمان السلامة في عقد تقديم الاستشارة الطبية وذلك لخلو القانون العراقي من اي نص يقيم التزاما بسلامة المستفيد والغير من اضرار الاستشارة الطبية.

وخلاصة القول ان عقد تقديم الاستشارة الطبية يتميز بخصوصية معينة تتمثل بانه عقد مهني وقائم على الاعتبار الشخصي،وانه ينشيء التزامات غير تقليدية على عاتق اطرافه.الامر الذي يدفعنا الى القول بان هذا العقد هو عقد ذو طبيعة خاصة تقوم على الذاتية والاستقلالية ما ليس لغيره من العقود الاخرى،وخاصة فيما يخص محل العقد والدور الذي يقوم به المستشار الطبي،الذي يستلزم تنظيم عقد تقديم الاستشارة الطبية تنظيما تشريعيا خاصا.

---

(1) عبدالله عيسى مطشر الغريري، مصدر سابق، ص٥٣وما بعدها.
(2) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص١١٠.

الخاتمة

نختتم هذه الدراسة بعرض اهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها:

اولا: الاستنتاجات:

١-عقد تقديم الاستشارة الطبية عبارة عن اتفاق بين طرفين بمقتضاه يلتزم احدهما وهو المستشار الطبي وهو شخص متخصص في مجال الطب تجاه الطرف الاخر المتمثل بالمستفيد بان يقدم له وبمقابل اجراستشارة طبية مفيدة ومرشدة من شانها ان تحقق له الهدف الذي من اجله ابرم العقد.

٢-لم ينظم المشرع العراقي عقد تقديم الاستشارة الطبية بتنظيم تشريعي خاص،مما ادى الى فراغ قانوني في مجال تقديم الاستشارات الطبية،ونجم عن ذلك اشكالات قانونية عدة حول هذا العقد التي تتعلق بتحديد ماهيته وتكييفه القانوني والطبيعة القانونية لالتزامات المستشار الطبي وكذلك خصائصه ومعيار تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له.

٣-يشارك عقد تقديم الاستشارة الطبية العقود الاخرى في جملة من الخصائص منها:انه عقد رضائي و ملزم للجانبين ومن عقود المعاوضات،ولكن مع ذلك يختص ببعض الخصائص الخاصة به ومنها:انه عقد قائم على الاعتبار الشخصي،وانه عقد مهني،وايضا انه عقد منشيء لالتزامات غير تقليدية، كالالتزام بالتعاون والالتزام بالسرية.

٤-ان التزام المستشار الطبي في الاصل التزام ببذل عناية،الا في حالات استثنائية فيلتزم بتحقيق نتيجة.

٥-يتمثل اطراف عقد تقديم الاستشارة الطبية بالمستشار الطبي من جهة والمستفيد من جهة اخرى، وقديكون كل منهما شخصا طبيعيا او شخصا معنويا كالشركات والمؤسسات، فهناك عقد لتقديم الاستشارة الطبية ابرم بين جامعة معينة ومستشفى.

٦-هناك خلاف فقهي كبير حول تكييف عقد تقديم الاستشارة الطبية،فذهب اتجاه الى اعتباره عقد وكالة بينما ذهب اتجاه اخر الى اعتباره عقد عمل ويرى اتجاه ثالث بانه عقد بيع خدمات، ولكن اتجه الغالبية من الفقه الى عده صورة من صور عقد المقاولة.

٧-يختلف عقد تقديم الاستشارة الطبية عن كل من عقد نقل التكنلوجيا وعقد البحث العلمي.

٨-ينشيء عقد تقديم الاستشارة الطبية التزامات غير تقليدية على عاتق المستشار الطبي كالالتزام بالسرية الذي يبقى الى مابعد تنفيذ العقد.

ثانيا: التوصيات:

١-نوصي المشرع العراقي تنظيم عقد تقديم الاستشارة الطبية تنظيما خاصا باصدار تشريع خاص بما ينسجم مع التطور العلمي المعاصر،وبما يحقق مصلحة الطرف الضعيف الذي هو المستفيد.لان هذا العقد يتعلق بالجانب الجسدي والصحي له،ويتعلق بالصحة العامة للمجتمع ايضا.ولان الفراغ التشريعي يؤثر سلبا على حقوق المستفيد وحمايته.

٢-نوصي المشرع في حالة سن تشريع خاص لتنظيم عقد تقديم الاستشارة الطبية ان يتضمن ما يأتي:

ا-الزام المستشار الطبي بالحفاظ على اسرار المستفيد ،وبعدم الاحتفاظ باية مستندات يتعلق بالمستفيد بعد انتهاء العقد.

ب- الزام المستشار الطبي باداء الخدمات المنوط بها بنفسه والا يستعين بالغير الا بموافقة كتابية وصريحة من المستفيد حيث لان هذا العقد تقوم على اعتبارات شخصية تتمثل في الكفاءة الفنية والمهنية.

ج- الزام المستشارالطبي بتقديم خدمات الاستشارات الطبية باستقلال تام بعيدا عن الرقابة الادارية والتنظيمية والمهنية من جانب المستفيد ووفقا للاصول المهنية الطبية بحيث يمارس عمله مستقلا.

ملحق

صيغة عقد خدمات واستشارات طبية

هذه الصيغة لعقد تقديم الاستشارات الطبية وضعت من قبل الموقع الالكتروني(lawyeregypt.net)محامي مصر تاريخ الزيارة(٢٠٢٠/٦/٥):

انه في.....يوم الموافق / /٢٠١٨ تحرر بين كل من:

اولا:شركة.....مصر الكائن مقرها-الدور الثاني،.....التجمع الخامس القاهرة الجديدة ويمثلها قانونا السيد/.....بصفته المدير العام والممثل القانوني للشركة. (طرف اول)

ثانيا:السيد/.....الجنسية.....ومقيم.....ويحمل بطاقة قومي رقم.....بتاريخ..../.....(طرف ثاني)

تمهيد

حيث ان الشركة الطرف الاول تعمل في مجال ادارة مطالبات التأمين الطبي وترغب في الاستعانة بخدمات احد الاطباء الاستشاريين لتقديم خدمات الاستشارات الطبية وكذلك.....وحيث ان الطرف الثاني يعمل طبيبا ومقيد بنقابة الاطباء برقم.....ولديه من الخبرة الكافية لتقديم متطلبات الشركة الطرف الاول من استشارات طبية وما تتطلبه طبيعة نشاط الشركة في ذلك الشأن وقد ابدى الطرف الثاني استعداده لتقديم خدمات الاستشارات الطبية للشركة الطرف الاول ولاقي ذلك قبولا منها وصار اتفاقهما على النحو الاتي:

البند الاول

يعتبرالتمهيد السابق جزء لا يتجزء من العقد وكملا ومتمما له.

البند الثاني

بموجب هذا العقد يلتزم الاستشاري بتقديم خدمات الاستشارات الطبية باستقلال تام بعيدا عن الرقابة الادارية والتنظيمية والمهنية من جانب الشركة الطرف الاول ووفقا للاصول المهنية

الطبية بحيث يمارس عمله مستقلا ويتعهد بتكريس جزء من وقته عن الايام.....بعدد ساعات.....يوميا لاداء الخدمات المنوط به ادائها وهي عبارة عن الاتي:

-١

-٢

-٣

البند الثالث

اتفق الطرفان على ان يتم دفع اتعاب الخدمات الاستشارية شهريا بمقابل.....(.....جنيه مصري) ويتعهد الاستشاري بتقديم بيان مفصل لما تم انجازه من خدمات.

البند الرابع

يتعهد الاستشاري بسداد قيمة ما يستحق على الاتعاب التي يتقاضاها وفقا لهذا العقد من ضرائب او تأمينات قد تستحق طبقا للقانون المصري المعمول به في ذلك الشأن

البند الخامس

يتعهد الاستشاري بعدم افشاء اسرار الشركة الطرف الاول ويلتزم بالحفاظ على سرية المعلومات التي تصل اليه بمناسبة عمله وعدم الاحتفاظ باية مستندات تخص الشركة الطرف الاول بعد انتهاء هذا العقد او القيام باي عمل يتعارض مع مصالح الشركة وفي حالة اخلال الطرف الثاني يكون من حق الشركة الطرف الاول الرجوع عليه بالتعويض المناسب جبرا لما يصيبها من اضرار.

البند السادس

مدة هذا العقد هي سنة ميلادية تبدأ من الموافق..../..../....وتنتهي يوم....الموافق..../..../....ولا يجوز تجديدها لمدة مماثلة الا بموافقة كتابية من الطرفين ويحق للطرفين فسخ هذا العقد بشرط اخطار الطرف الاخر بالرغبة في الفسخ بأنذار كتابي قبله بمدة ثلاثين يوما.

البند السابع

يتعهد ويلتزم الاستشاري ان يؤدي الخدمات المنوط بها والواردة بالبند الثاني من هذا العقد بنفسه والا يستعين بالغير الا بموافقة كتابية وصريحة من الشركة الطرف الاول حيث تم ابرام هذا العقد لاعتبارات شخصية تتمثل في الكفاءة الفنية والمهنية.

البند الثامن

يتعهد الاستشاري بصحة البيانات والمؤهلات والخبرات والتي دعت الشركة الطرف الاول للتعاقد معه لاداء الخدمات والاستشارات موضوع هذا العقد وفي حالة ثبوت عدم صحة ذلك يفسخ العقد فضلا عن حق الشركة الطرف الاول في التعويض المناسب.

البند التاسع

في حالة طلب الشركة الطرف الاول من الاستشاري تقديم بعض الخدمات خارج مصر فأنها تتحمل كافة التكاليف المتمثلة في تذاكر الطيران والاقامة والاعاشة ولا تدخل ضمن الاتعاب التي يتقاضاها الاستشاري.

البند العاشر

تختص محاكم القاهرة باي نزاع ينشأ في تطبيق احكام او تفسير بنود هذا العقد

البند الحادي عشر

تححر هذا العقد من نسختين ومكون من احدى عشر بندا ويقع في ثلاث صفحات وقع عليه من الطرفين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها عند اللزوم.

طرف اول	طرف ثاني
اسم الشركة:	الاسم:
توقيع ممثلها:	التوقيع:

قائمة المصادر

أولا / الكتب

١. د. ابراهيم صالح عطية الجبوري،النظام القانوني لعقد الاستشارات الهندسية،دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

٢. ابراهيم مصطفى واخرون،المعجم الوسيط،ط٤،مكتبة الشروق الدولية، الجزء الاول، القاهرة، ٢٠٠٤.

٣. د.احمد محمود سعد، نحو ارساء نظام قانوني لعقد تقديم المشورة المعلوماتية (المعالجة الالية للبيانات بواسطة الحاسب الالي)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

٤. د.توفيق حسن فرج و د.مصطفى الجمال،مصادر واحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٨.

٥. د.جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، الناشر العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة نشر.

٦. د.حسام الدين كامل الاهواني،النظرية العامة للالتزام،ج١،المجلد الاول، المصادر الارادية للالتزام،ط٣، ٢٠٠٠.

٧. د.حسن حسين البراوي،عقد تقديم المشورة،دراسة قانونية لعقد تقديم المشورة الفنية،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٨.

٨. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد،١٩٧٦.

٩. د.خالد جمال احمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد،دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

١٠. د. رياض القيسي، علم اصول القانون، ط١، بيت الحكمة، بغداد ٢٠٠٢.

١١. ريما محمد فرج، عقد المشورة، المنشورات الحقوقية،مطبعة صادر ناشرون،بيروت،٢٠٠٦.

١٢. د.سعيد مبارك و د.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي، الوجيز في العقود المسماة،دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد،١٩٩٢-١٩٩٣.

١٣. سمير عبدالسميع الاودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم المفتاح،منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤..

١٤. د.السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء السابع،المجلد الاول، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

١٥. د.صلاح الدين الناهي،الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الاولى،الاردن، دار الفرقان،١٩٨٣.

١٦. د.عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج١،مصادر الالتزام،دار احياء التراث العربي،بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

١٧. د.عبد المجيد الحكيم،عبدالباقي البكري،محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١،مصادر الالتزام ،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،بغداد،١٩٨٠.

١٨. د.عبدالحي الحجازي،النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي-دراسة مقارنة-الجزء الاول،مصادر الالتزام،مطبوعات جامعة الكويت،١٩٨٢.

١٩. د.عبدالمجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،ج١،مصادر الالتزام،ط٥،مطبعة نديم ،بغداد.

٢٠. د.عصمت عبدالمجيد بكر،المدخل الى البحث العلمي،الموسوعة الصغيرة،جامعة ام البواقي،دار الشؤون الثقافية،وزارة الثقافة العراقية، بغداد،٢٠٠١.

٢١. د.غالب علي الداودي، شرح قانون العمل العراقي وتعديلاته،دراسة مقارنة،طبع على نفقة جامعة السليمانية،٢٠٠٨.

٢٢. د.فؤاد الشعيبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٤،.

٢٣. محمد عبد النباوي،المسؤولية المدنية لاطباء القطاع الخاص،الطبعة الثالثة،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،يناير،٢٠٠٠.

٢٤. د.محمد كامل مرسي باشا،شرح القانون المدني،العقود المسماة،الجزء الاول،منشأة المعارف بالاسكندرية،٢٠٠٥.

٢٥. د.محمد لبيب شنب،شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء،منشاة المعارف بالاسكندرية،الطبعة الثانية،٢٠٠٤.

٢٦. د.مصطفى العوجي، القانون المدني،ج١،العقد،منشورات الحلبي الحقوقية،ط٥، ٢٠١١.

٢٧. هاشم علي الشهواني،المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات،ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،٢٠٠٩.

ثانيا /البحوث

٢٨.د.سماح حسين علي،الالتزام بتقديم المشورة في سوق الاوراق المالية(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بابل، العدد٣، السنة الثامنة، المجلد،.٢٠١٦

٢٩.د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني-دراسة مقارنة-مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة(١)المجلد(١)العدد(١)، الجزء(٢) ايلول ٢٠١٦م.

٣٠.د.ناجية العطراق،طبيعة التزام الطبيب طبقا للقانون المدني الليبي والفرنسي،مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع،ديسمبر،٢٠١٥.

٣١. موسى رزيق،الالتزام بتبصير المريض، دراسة تحليلية، المجلة الدولية للقانون،العدد(٣)،.٢٠١٦

٣٢.اسراء ناطق عبدالهادي،المسؤولية المدنية في عقد خدمات المكاتب الاستشارية،بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية،تصدر عن كلية القانون والعلوم السياسية/جامعة الانبار،المجلد الاول، العدد الثامن،.٢٠١٣

٣٣. د.رايس محمد،مسؤولية الاطباء المهنية عن افشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري،بحث منشور في مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد(٢٥)ا،العددالاول،.٢٠٠٩

٣٤. د.عامر عاشور عبدالله،تكييف العقد في القانون المدني،بحث منشورفي مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية القانون جامعة تكريت،العدد السادس،السنة الثانية،.٢٠١٠

٣٥.د.صبري حمد خاطر،الضمانات العقدية لنقل المعلومات،بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة النهرين،المجلد الثالث،العدد الثالث،١٩٩٩.

٣٦.م.صون كل عزيز عبدالكريم،م.د.هند فالح محمود،الجوانب القانونية لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية،مجلة الرافدين،العدد ٤٠.

ثالثا /الرسائل العلمية

٣٧.عبدالله عيسى مطشر الغريري،عقد الاستشارات الهندسية-دراسة مقارنة في القانون الاردني والعراقي-رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط،،اب/٢٠١٥.

٣٨.احلوش بولحبال زينب،رضا المريض في التصرفات الطبية،رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الحقوق/جامعة الجزائر،السنة الجامعية(٢٠٠٠-٢٠٠١).

٣٩. نصير صبار لفته،عقد البحث العلمي،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون،جامعة بغداد،.٢٠٠٥

٤٠.ندى كاظم المولى،الاثار القانونية لعقود التجارة الدولية لنقل التكنلوجيا،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون،جامعة بغداد،.١٩٩٦

٤١.بشار الياس،عقود واتفاقيات نقل التكنلوجيا، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم الحقوق،جامعة المسيلة،السنة الجامعية ٢٠١٢-٢٠١٣.

٤٢.عائشة كاملي،عقد البحث العلمي في التشريع الجزائري،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم الحقوق، جامعة ام البواقي،السنة الجامعية ٢٠١١-.٢٠١٢

٤٣.نواف مفلح محمد الذيابات،الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ،جامعة الشرق الاوسط،.٢٠١٣

٤٤.ابراهيم صالح عطية حسن، النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق/جامعة النهرين، ٢٠٠٩.

٤٥.بوليل اعراب،الطبيعة القانونية للعقد الطبي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/جامعة اكلي محند اولحاج-البويرة،.٢٠١٣

٤٦.قماز منصور، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم الحقوق/جامعة الشهيد حمة لخضر-الوادي، السنة الجامعية ٢٠١٦-٢٠١٧.

رابعا / القوانين

٤٧.القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل المنشور في الوقائع العراقية العدد (٣٠١٥) في ١٩٥١/٩/٨.

٤٨.القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤.

٤٩.قانون حماية المستهلك العراقي رقم(١) لسنة (٢٠١٠).

٥٠.تعليمات السلوك المهني للاطباء الصادربقرار مجلس نقابة الاطباء رقم (٦) لسنة ١٩٨٥.

٥١.قانون مكاتب الخدمات العلمية والاستشارية في مؤسسات التعليم العالي والبحث العلمي.

٥٢. قانون المكاتب الاستشارية غير الحكومي رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٠.

٥٣. اللائحة التنظيمية لخدمات الرعاية الصحية الالكترونية الصادرة بموجب قرار رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٧، من هيئة الصحة بدبي .

خامسا /الموقع الالكتروني

٥٤.www. n-alhadath.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١٠.

٥٥. صفة التزام الطبيب مع المريض،-www.ar.jurispdia.com-، ص٣، تاريخ الزيارة (٢٠٢٠/٨/١٨).