المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية
المجلد (8) – العدد(1)، حزيران 2024
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)
ص: 85-105

التكييف القانوني لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية

(دراسة تحليلية مقارنة)

زبير مصطفى حسين

قسم القانون، كلية القانون، جامعة السليمانية، السليمانية، العراق
قسم القانون، كلية القانون، جامعة جيهان- السليمانية، السليمانية، العراق

Email: zuber@sulicihan.edu.krd

الملخص:

يتناول هذا البحث احد الموضوعات القانونية المهمة المعاصرة الذي يتعلق بسلامة الانسان الجسدية الا وهو التكييف القانوني لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية، الذي بحاجة الى قواعد قانونية منظمة له بشكل توفر الحماية القانونية للمستشير. 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 وطالب الاستشارة من جهة اخرى الاستفادة من هذه الاستشارة، والتي تتمثل بعقدالاستشارة الطبية الالكترونية 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 تعريف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية ودراسة عناصره، وكذلك تكييفه القانوني.

والهدف من هذه الدراسة هوتحديد الوصف القانوني الدقيق للعقد محل الدراسة من اجل الوصول الى معرفة القواعد القانونية التي تطبق عليه، ومن ثم معرفة حقوق والتزامات الطرفين وبالاخص الطرف الضعيف في العقد الذي هو طالب الاستشارة. وتبين في ختام الدراسة ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد ذو طبيعة خاصة ولايدخل ضمن العقود المسماة المنظمة في القانون المدني كعقد الوكالة وعقد بيع الخدمات وعقد العمل والمقاولة. وانه بحاجة الى تنظيم تشريعي خاص لمعالجة الاشكاليات القانونية التي تنجم عنه.

الكلمات المفتاحية: التوصيف القانوني، القواعد القانونية ، حقوق الاستشار، النزاعات التعاقدية.

پوختە:

ئەم توێژینەوەیە باسی یەکێك لە بابەتە یاساییە گرنگەکانی سەردەمی هاوچەرخ دەکات ئەم بابەتەش بریتیە لەڕاوێژی پزیشکی ئەلیکترۆنی، کە پەیوەندی بە لەش ساغی مرۆڤەوەیە، لەبەر ئەوە پێویستی بەیاساو رێسایە کە ئەم گرێبەستە ڕێکبخات بەشێوەیەك پارێزگاری یاسایی بۆ کەسی سودمەند لەڕاوێژ دابین بکات،

وەلەبەر گرنکی راوێژی پزیشکی و پێویستی خەڵك پێی بەتایبەتی لەسەردەمی ئێستادا کەچەندین جۆر نەخۆشی بوونی هەیەو بڵاوبۆتەوە، شێوەیەکی تایبەت لە گرێبەست سەری هەڵدا کە بە هۆیەوە ڕاوێژکاری پزیشکی لەلایەك وە سودمەند لەلایەکی ترەوە دەتوانن سوودی لێ وەربگرن، ئەم شێوە تایبەتەش لەگرێبەست بریتیە لە گرێبەستی ڕاوێژی پزیشکی ئەلیکترۆنی 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 رێسای یاسایی هەیە کەبەئاسانی کێشەکانی دروست دەبن لە جێبەجێکردنی چارەسەربکات، بەتایبەتی کەیاسا دانەری عێراقی ئەم گرێبەستەی لەیاسایەکی تایبەت رێکنەخستووە، ئەم توێژینەوەیە بابەتی ناساندنی گرێبەستەکە لەخۆدەگرێت و لێکۆڵینەوە لە پێکهاتەکانی و تایبەتمەندیەکانی و دیاریکردنی سروشتەکەی دەکات.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

وە ئامانجی ئەم لێکۆڵینەوەیە بریتیە لە دیاریکردنی سروشتی ووردی گرێبەستەکەو تەکیفەکەی، بەمەبەستی دیاریکردنی ئەو ڕێساو یاساییانەی کە بەسەریدا جێبەجێدەکرێت. وە بۆئەوەی لایەنەکانی گرێبەست ماف و ئەرکەکانیان بزانن، بەتایبەت لایەنی سوودمەند لە ڕاوێژ. لە کۆتاییدا دەرکەوت کە ئەم گرێبەستە خاوەن سروشتێکی تایبەتەو، ناچێتە ژێر چەتری ئەو گرێبەستانەی کە یاسای شارستانی ڕێکی خستوون وەك گرێبەستی وەکالەو فرۆشتنی خزمەتگوزاری و کارو بەڵێندەرایەتی. لەبەرئەوە ئەم گرێبەستە پێویستی بەیاسایەکی تایبەت هەیە کە هەموو کێشە یاساییەکانی کەبە هۆیەوە دروست دەبن چارەسەری بکات و ئەحکامەکانی ڕێکبخات.

کلیلە وشەکان: تایبەتمەندی یاسایی، یاسا یاساییەکان، مافی ڕاوێژکار، ناکۆکییەکانی گرێبەست.

Abstract:

This research deals with one of the important contemporary legal issues related to human physical care, which is the legal characterisation of the electronic medical consultation contract, which requires legal rules to regulate it, and in a way that provides legal protection for the consultant. Given the importance of medical advice and the need for it, especially at the present time, which is characterized by the presence and prevalence of different types of diseases. As a result, a contract formula has emerged through which the medical advisor on the one hand and the advisor on the other hand can both benefit from this advice. And, that is represented in the electronic medical consultation contract as one of the legal mechanisms to achieve this end. Equally this contract achieves the convergence of the interests of each of its parties, which traditional contracts may be unable to achieve.

The emergence of this form of contracts requires setting legal rules for it, and facilitating the resolution of disputes raised in regards to such contracts; especially since the Iraqi legislator neither organize nor provide for this contract in a special legislative organization.

The aim of this study is to determine the exact legal description of such contracts in order to develop legal rules that apply to it, and then secure the rights and obligations of the parties, especially the weak party in the contract who is the advisor. Further, such contracts are not included in the so-called contracts regulated in the civil law code, such as the agency contract, the contract for the sale of services, and the contract of work and contracting.

Key words: Legal characterization, Legal rules, Consultant's rights, Contractual disputes

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المقدمة: مدخل تعريفي للموضوع

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

ونظرا لاهمية الاستشارة الطبية الالكترونية والحاجة اليها بالاخص في الوقت الراهن الذي يمتاز بوجود وشيوع انواع مختلفة من الامراض، فقد ظهرت صيغة تعاقد من خلاله يستطيع المستشارمن جهة وطالب الاستشارةمن جهة اخرى بالاستفادة من هذه الاستشارة، والتي تتمثل بعقد الاستشارة الطبية الالكترونية كاحد الاليات القانونية لتحقيق هذه الغاية، حيث انه يحقق التقاء مصالح كل طرف من طرفيه والتي قد تعجز العقود التقليدية عن تحقيقها. الحقيقة ان الصحة الالكترونية قد نهضت في وقتنا المعاصر، وزادت اهميتها بسبب اتساع مجالات التعاملات الالكترونية، وما يعيشه العالم اليوم من تقدم في مناحي الحياة كافة، مما نشأ عنه حاجة ملحة لمزيد من التخصص العلمي والعملي.

ويمتاز الاستشارات الالكترونية بمزايا عديدة تجعلها اكثراستخداما من الاستشارات التقليدية منها، فالخصوصية فيها اعلى بكثير، والمستشار لايعرف هوية طالب الاستشارة. كما أنهاتوفر وقتاً اكثر للمستشير لانها لاتحتاج لتضيع وقت بالحجوزات وزحمة الطرق والانتظار في العيادة. بالاضافة الى انها تسهل على الاشخاص التعبيرعما بداخلهم. كما انها تسمح للمستشير بالتواصل مع المستشار وحضور جلسات استشارية اكثرمن مرة في اوقات مناسبة للطرفين.

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 في تشريع خاص، بالاضافة الى ان خصوصية هذا العقد تجعل من الصعوبة بمكان تطبيق القواعد العامة عليه، فضلا عن اختلاف الفقه القانوني في تكييف هذا النوع من العقود. ومن هذا المنطلق وقع اختيارنا على موضوع التكييف القانوني لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية.

مشكلة البحث: تتجسد مشكلة هذا البحث في غياب التنظيم التشريعي الخاص لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية، فلم يورد المشرع العراقي نصوصا خاصة لا في القانون المدني رقم(40)لسنة(1951) ولا في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم(78) لسنة(2012) وتعليمات السلوك المهني للاطباء رقم(6)لسنة 1985 لتنظم احكام وشروط هذا العقد. وان غياب هذا التنظيم التشريعي يؤدي الى اثارة العديد من الاسئلة التي بحاجة الى معالجات قانونية، ومن اهمها:

1-معرفة حقيقة عقد الاستشارة الطبية الالكترونية.
2-ماهي خصائص هذا العقد؟ ومن هم اطرافه؟ وما هو محله؟.
3-ما هو التكييف القانوني لهذا العقد؟ وما هي الاحكام والقواعد القانونية التي تطبق عليه في حال اخلال احد الطرفين بالتزاماته ؟.

اهداف البحث: تسليط الضوء على عقد الاستشارة الطبية الالكترونية، وبيان تكييفه القانوني لمعرفة حقيقته، للوصول الى معرفة هل انه يعتبر عقد بيع خدمات ام عقد وكالة ام عقد عمل ام عقد مقاولة؟ بغية تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق اذا نشأ نزاع حول تنفيذه او عدم تنفيذه، وذلك من اجل انارة السبيل امام المشرع العراقي لتنظيم هذا العقد في ظل تشريع يتناوله بالتنظيم من حيث احكامه وشروطه ونطاقه وتحديد تكييفه وماهيته. بهدف حماية اطراف العقد ومعرفة كل واحد منهما لحقوقه والتزاماته خصوصا الطرف الضعيف منهما الا وهو طالب الاستشارة.

اهمية البحث: تكمن اهمية البحث في انه يتناول احد الموضوعات القانونية المهمة المعاصرة الذي يتعلق بالاستشارات الطبية الالكترونية التي تتعلق بسلامة الانسان الجسدية، الامر الذي يتطلب دراسة التكييف القانوني له بغية تحديد ماهية القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقد الاستشارة الطبية الالكترونية بشكل توفر الحماية القانونية للمستفيد من الاستشارة. بالاضافة الى أن استخدام هذا العقد للحصول على الاستشارة تقل فيه الخطأ تكثر فيه الاصابة.

منهج البحث: نستخدم في كتابة موضوع البحث المنهج التحليلي والمقارن، الذي يستند على تحليل اراء الفقهاء والنصوص القانونية المتعلقة بالتكييف القانوني لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية ليتم تأطيره بتنظيم قانوني. ومقارنة نصوص القانون المدني العراقي وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي بقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم(5)لسنة(1985) واللائحة التنظيمية لخدمات الرعاية الصحية عن بعد الصادر بقرار اداري رقم(30)لسنة(2017) الذي نظم الاستشارة الالكترونية ولو بشكل غير واف، من اجل الخروج بنتائج قانونية مفيدة للمشرع عند تنظيمه لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

هيكلية البحث: لغرض الالمام والاحاطة بموضوع البحث نقسمه الى مقدمة ومبحثين وخاتمة وكالاتي:

المبحث الاول:ماهيةعقد الاستشارة الطبية الالكترونية.
المطلب الاول:تعريف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية.
المطلب الثاني:خصائص عقدالاستشارة الطبية الالكترونية.
المطلب الثالث:عناصرعقد الاستشارة الطبية الالكترونية.
المبحث الثاني:تكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية
المطلب الاول:تكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية كونهاعقد وارد على الخدمات
المطلب الثاني: تكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية كونهاعقد بيع خدمات.
المطلب الثالث:رأينا الخاص حول تكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية.

ونختتم الدراسة بعرض اهم الاستنتاجات والتوصيات التي نتوصل اليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الاول: ماهيةعقد الاستشارة الطبية الالكترونية

للتعرف علي ماهية عقد الاستشارة الطبية الالكترونية لابد لنا ان نقوم بوضع تعريف له، وبيان خصائصه العامة والسمات التي يتميز بها هذا العقد، بالاضافة الى تحديد اطرافه ومحله والتي من خلالها نستطيع اعطاء الوصف القانوني الصحيح له. وفيما يلي نلقي الضوء على هذه المفردات كل في مستقل وكالاتي:

المطلب الاول: تعريف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية

الاستشارة في اللغة تأتي بمعنى طلب الرأي[1].

اما اصطلاحا فقد عرفت بأنها:(عبارة عن التزام عقدي-بمقابل او بدون مقابل-محله التزام احد المتعاقدين المحترف ذو الخبرة الفنية بتقديم معلومات للمتعاقد الاخربصورة محددة وذلك بشأن مسألة من اختصاص الاول.)[2].

وعرفت ايضا بأنها:(الرأي الذي يدل على ما يجب فعله، فهو الراي الذي يرشد صاحبه الى ما يجب ان يفعله[3]).

اما الاستشارة الالكترونية فقد عرفها البعض بأنها:الاستشارة المتخصصة التي تحمل شكل سؤال محدد يوجهه متصل بالانترنت الى موقع متخصص دون مقابلة مع المستشار. بحيث يرسل المتخصص مشورته عن طريق البريد الالكتروني الى طالبها عبر بريده. وذلك مقابل اجرفي غالب الاحيان تكون محددة في الموقع، ويتم تسديده بوسيلة الكترونية، ويغلب استخدام بطاقة الائتمان[4].

وعرف البعض الاخرالتطبيب عن بعد الذي يعتبر الاستشارة الطبية الالكترونية نموذجا له بأنه:تقنية عبارة عن استخدام اجهزة الاتصال وتكنلوجيا المعلومات من اجل تقديم المشورة الطبية والرعاية الصحية عن بعد بأستخدام أجهزة ومعدات طبية. تسهل من عملية نقل المريض والاجهزة الطبية. الامر الذي يساعد في أنقاذ أرواح لاسيما في حالات الطواريء والعناية[5].

وفي ضوء ما تقدم فقد عرف البعض عقد الاستشارة الطبية الالكترونية بأنه:العقد الذي يتعهد فيه مهني متخصص في مجال الطب بان يقدم بمقابل استشارة لغير متخصص باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من شأنها ان يستند اليها في اتخاذ قراره[6].

وعلى صعيد التشريعات المقارنة فلم يعرف المشرع العراقي بل ولم ينظم عقد الاستشارة الطبية الالكترونية لا في القانون المدني ولا في القوانين الخاصة المتعلقة بموضوع البحث، وهذا ما يعد نقصا تشريعيا ويؤخذ عليه، لان التطور التكنلوجي السريع ادى الى

([1]) ابن منظور،لسان العرب،دار المعارف،2016،مادة (شور)، 495/3.
([2]) د.محمد سعد خليفة،عقدالاستشارة الهندسية،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص18.
([3]) د.سماح حسين علي،الالتزام بتقديم المشورة في سوق الاوراق المالية(دراسة مقارنة)،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بابل،العدد3،المجلد2016،8،ص632.
([4]) حمادي عبد النور،المسؤولية المدنية للمحامي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة ابوبكر بلقايد-تلمسان-السنة الجامعية (2011-2012)،ص88.ود.ابراهيم بن صالح بن ابراهيم التنم،الاحكام الفقهية المتعلقة بالاستشارة الطبية الالكترونية،مجلة العلوم الشرعية،العدد السابع والثلاثون،شوال،1436ه،ص24.
([5]) عبدالله بن حمود الرقادي،التطبيب عن بعد،مقال متوفر على الموقع الالكتروني www.hope-oman.net،تأريخ الزيارة 2022/7/27.
([6])، م صون كل عزيز عبدالكريم،م.د.هند فالح محمود،الجوانب القانونية لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية،مجلة الرافدين،العدد 40، ص244.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

خلق هذا النوع من العقود واصبح من العقود الشائعة الاستخدام الذي بحاجة ملحة الى التنظيم التشريعي لمواكبة هذا التطور، ولكي يعرف طرفا العقد حقوقهما والتزاماتهما بالاضافة الى انه يساعد القاضي على اعطاء الوصف الصحيح للعقد.

وذلك بخلاف المشرع الاماراتي الذي تطرق الى موضوع الاستشارة الطبية الالكترونية من خلال اللائحةالتنظيمية لخدمات الرعاية الصحية عن بعد الصادربالقرار الاداري رقم (30)لسنة(2017). حيث عرفت المادة(2)منها الاستشارة عن بعد بأنها:(استخدام مختلف تقنيات تكنلوجيا المعلومات والاتصالات للرعاية الصحية عن بعد لتعزيزفعالية التواصل الالكتروني بين المهني والمريض، بحيث تسمح الاستشارة عن بعد للمهنيين بالمساعدة في التشخيص، وتقديم النصيحة الطبية للعلاج او توجيه المريض للمنشأت الصحية التي يتوفر فيها العلاج المناسب او عند الحاجة لاخذ رأي مهني اخر).

وبناءً على ما تقدم يمكننا تعريف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية بأنه:(عقد يبرم بوسيلة الكترونية بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد حقيقي يلتزم بموجبه احدهما وهو المستشار الذي يكون متخصصا في مجال مهنة الطب بأن يقدم استشارة طبية للطرف الاخرطالب الاستشارة الذي غالبا يكون غير متخصص وذلك مقابل اجرمحدد يدفعه الطرف الاخيروغالبا يكون بوسيلة الكترونية).

المطلب الثاني: خصائص عقد الاستشارة الطبية الالكترلونية

يتسم عقد الاستشارة الطبية الالكترونية بخصائص عدة تمييزه عن بقية العقود، وفيما يلي نلقي الضوء على تلك الخصائص:

اولا-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية 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[7]. وعقد الاستشارة الطبية الالكترونية من العقود غير المسماة وهو عقد من نتاج التطور العلمي، ويرجع ذلك الى حاجة الانسان غير المتخصص الى راي واستشارة الاخرين [8].

لم ينظم المشرع العراقي عقد تقديم الاستشارة الطبية لانه لم يكن شائعا وقت صدور القانون المدني في عام 1951، 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. ولكنه يعتبر عقدا مسمى في القانون الاماراتي لانه نظم هذا النوع من الاستشارة في المادة الاولى من اللائحة التنظيمية لخدمات الرعاية الصحية عن بعد[9].

ثانيا-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد رضائي

لانه ينعقد بمجرد ارتباط ارادتي الطرفين وتوافقهما ولا يستلزم اية شكلية معينة لانعقاده، لان القانون لايشترط ذلك من جهة، كما أن الاصل في العقود هو الرضائية [10].

اذن يكفي اتفاق ارادتي طالب الاستشارة والمستشار لانعقاد العقد من دون الحاجة لافراغه في قالب معين، ومن غير ان تشترط اي اجراءات اخرى يفرضها القانون ويلتزم بها المتعاقدين ومع ذلك مثلما يكون الايجاب والقبول شفاها يمكن ان يكون كتابة[11].
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[12].
ثالثا:عقد الاستشارة الطبية الالكترونيةعقد ملزم للجانبين من حيث الاصل:

([7]) د.جعفر الفضلي،الوجيز في العقود المدنية،الناشر العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة،بدون سنة النشر،2010
([8]) عبدالله عيسى مطشر الغريري،عقد الاستشارات الهندسية-دراسة مقارنة في القانون الاردني والعراقي-رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط،اب/2015،ص25.
([9]) راجع ص(6) من هذا البحث.
([10]) د.عبد المجيد الحكيم،عبدالباقي البكري،محمد طه البشير،الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج1،مصادر الالتزام،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،بغداد،1980،ص23.
([11]) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،،مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني-دراسة مقارنة-مجلة جامعة تكريت للحقوق،السنة(1)المجلد(1)العدد(1)،الجزء(2) ايلول 2016م،ص132.
([12]) د.عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج1،مصادر الالتزام،دار احياء التراث العربي،بيروت،لبنان،بدون سنة نشر، ص150.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلد (8) – العدد (1)، حزيران 2024
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية يعتبر من العقود الملزمة للجانبين لانه ينشيء منذ ابرامه التزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه المستشار وطالب الاستشارة، بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا للاخر في آنٍ واحد، وهذا يعني انه لايحق لاي طرف من اطرافه ان يتحلل من العقد بارادته المنفردة دون ان يتحمل نتائج هذا التحلل[13]. 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 فسخ العقد، وقد نصت على ذلك المادة(177)من القانون المدني العراقي[14].

ففي عقد الاستشارة الطبية الالكترونية يلتزم المستشار بتقديم الاستشارة التي تعد اداءاً ذات طبيعة ذهنية والتي من شأنها ان تؤثر بطريقة فعالة في توجيه قرارات طالب الاستشارة، 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[15]. ولكن بالرغم من ذلك قد يكون العقد ملزما لجانب المستشاروحده اذا كانت الاستشارة مجانية. .

رابعا-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد معاوضة

عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد معاوضة لانه يمتازبان كل طرف فيه يأخذ مقابلا لما يعطي، ويعطي مقابلا لما يأخذ[16]. فالمستشار يحصل على الاجر مقابل تقديمه الاستشارة للمستشير، وبالمقابل طالب الاستشارة يحصل على الاستشارة التي يقصدها مقابل ما يدفعه من الاجر المتفق عليه في العقد او الذي يقضي به القضاء. ويترتب على ذلك ان اتفاق المستشار مع طالب الاستشارة على عدم اقتضاء الاجر صراحة او ضمنا يؤدي الى انتفاء وصف عقد الاستشارة الطبية الالكترونيةعلى الاتفاق المبرم بينهما، ويعتبرفي هذه الحالة عقد تبرع أو عقد غير مسمى من نوع آخر.

خامسا-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية 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[17].

ولكن يجوز ان يكون هذا العقد مستمر التنفيذ اذا اتفق طالب الاستشارة-المريض- اومؤسسة طبية مع المستشارالطبي على ان يقدم له استشارات طبية تخص مرضا معينا على دفعات ولمدة معينة [18]-كأن تكون سنة، مثلا، ففي هذه الحالة لا يستطيع المستشار ان ينفذ التزامه بتقديم الاستشارة للمستشير في الحال وبدفعة واحدة[19]، كالعقد المبرم بين جامعة نجران السعودي وبين مستشفى القاضي. او اذا كانت الاستشارة هي متابعة المريض او الطبيب هو طبيب تغذية مثلا.

([13]) د.عبد المجيد الحكيم،مصدر سابق، ص45.ود.مصطفى العوجي،القانون المدني،ج1،ط5،العقد،منشورات الحلبي الحقوقية، 2011،ص140.

([14]) تقابلها المادة(272) من المعاملات المدنية الاماراتي.

([15]) م صون كل عزيز عبدالكريم،م.د.هند فالح محمود،مصدر سابق، ص245و246.

([16]) د.عدنان ابراهيم السرحان،د.نوري حمد خاطر،شرح القانون المدني الاردني،مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات)،دراسة مقارنة،ط1،،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيعالاصدار الاول،2000، ص37.

([17]) د.محمد حسين منصور،النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-دار الجامعة الجديدة،2006، ص67.

([18])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 الالكتروني www. n-alhadath.com تاريخ الزيارة 10/7/ 2022.وقد ورد في البند الثاني من الاتفاق انه:

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.

([19]) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق، ص24.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

سادسا-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية 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[20].

ففي عقد الاستشارة الطبية الالكترونية يستطيع كل من المستشار وطالب الاستشارة 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 طالب الاستشارة يعرف مقدار الاجر الذي عليه دفعه كمقابل للاستشارة التي حصل عليها، ولكن اذا كانت صيغة العقد توحي بأن المستشار لا يعرف القدر الذي يعطي من الاستشارة فحينئذ ينتفي عنه صفته المحددة.

سابعا-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي في الغالب

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 ابرام العقد[21].

ويعد عقد الاستشارة الطبية الالكترونية من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، اي انه تعتمد على الثقة التي يوليها طالب الاستشارة بالمستشار، فالمستشار موضع ثقة وتقدير طالب الاستشارة[22]، 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 النتائج التي تترتب على ذلك ان يختص المستشار بعينه بتقديم المشورة، ولا يحق له ان يعهد الى غيره، فقد يكون غرض طالب الاستشارة عمل المستشار نفسه لتميزه بجودة المشورة[23].

ومن آثار اعتبار عقد تقديم الاستشارة الطبية من عقود الاعتبار الشخصي انه في حالة موت الطبيب المستشار او فقد اهليته فان العقد المبرم بينه وبين طالب الاستشارة ينقضي ولا ينتقل الى ورثته حتى وان كان الورثة يمارسون المهنة نفسها، الا انه اذا رغب طالب الاستشارة الاستمرار في العقد مع الورثة فان عليه ان يبرم عقدا جديدا بينه وبين الورثة[24].

واذا كان تقديم الاستشارة يتم عن طريق شركة او مؤسسة طبية فان العلاقة الشخصية تقوم في هذه الحالة بين طالب الاستشارة 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[25].

ثامنا-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية 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 التي تعد بمثابة النصيحة الموجهة الى العميل فيتخذ قراره النهائي باتباع المشورة او عدم اتباعها[26].

ان عقدالاستشارة الطبية الالكترونيةعقد يبرم مع مهني متخصص وهو المستشار ويقدم اداءً يحتاج اليه طالب الاستشارة، فالطبيب المستشار يعد ممارساً لمهنة حرة، ومن ثم يصبح عقده مع طالب الاستشارةعقدا مهنيا. فالطبيب المستشار يمارس مهنته على وجه الاستقلال، وهو مهني متخصص يتمتع بمهارات علمية وفنية خاصة ويمتلك معارف متميزة يقدمها للمستشير. وهذا الاستقلال يتحقق سواء بالنسبة للطبيب المستشار او بالنسبة للمستشير، فبالنسبة للطبيب المستشار يتمثل في عدم خضوعه عند ممارسته لنشاطه الا

---

[20] د.حسن علي الذنون،النظرية العامة للالتزامات،بغداد،1976، ص33.
[21] د.حسام الدين كامل الاهواني،النظرية العامة للالتزام،ج1،المجلد الاول،المصادر الارادية للالتزام،ط3، 2000، ص 61.
[22] د.فؤاد الشعيبي،التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات، ط1،،منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص 423.
[23] د.ابراهيم بن صالح بن ابراهيم التنم،مصدر سابق، ص31.
[24] ريما محمد فرج،عقد المشورة،المنشورات الحقوقية،مطبعة صادر ناشرون،بيروت،2006،ص 26.
[25] م.صون كل عزيز عبد الكريم وم.د.هند فالح محمود،مصدر سابق،ص 246.
[26] د.فؤاد الشعيبي،مصدر سابق،ص423.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

لضميره واخلاقه متى كان مراعيا الاصول العلمية التي توجبها اصول المهنة التي يمارسها، وبالنسبة للمستشير يتمثل في الحرية المقررة له في اختيار المستشار من جهة والحرية في اتباع المشورة او عدم اتباعها من جهة اخرى[27].

فالمستشاراذن يكون مهنيا متخصصا في مجال الطب ويقدم اداءات ذات طبيعة ذهنية يحتاج اليها طالب الاستشارة. وهو يمارس عمله على وجه الاستقلال ويلتزم باحترام العناية اللازمة والضرورية لممارسة عمله. حيث تبدأ وظيفته بالسؤال من طالب الاستشارة عن كافة المعلومات التي يكون بحاجة اليها لتقديم الاستشارة التي تعكس خبرته والتي تمثل بالنسبة للمستشير افضل الحلول التي من الممكن ان يتبعها[28].

تاسعا-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية من العقود الالكترونية

العقود الالكترونية هي التي يتم ارامها عبر شبكة الانترنت، وهي تكتسب صفته الالكترونية من الطريقة التي تبرم بها، فالعقد الالكتروني ينشأ من تلاقي الايجاب والقبول بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون حاجة الى التقاء الاطراف المادي والتقاؤهم في مكان معين، اي انتفاء مجلس العقد الحقيقي، فمجلس العقد في العقود الالكترونية مجلس افتراضي حكمي[29].

وعقد الاستشارة الطبية الالكترونية باعتباره صورة من صور العقود الالكترونية ينعقد بارتباط القبول بالايجاب بوسيلة الكترونية. فقد عرف قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم(78) لسنة2012 في المادة(1/عاشرا) العقد الالكتروني بانه:(ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية) [30]. ويتميزعقد الاستشارة الطبية الالكترونية عن العقود الالكترونية الاخرى بأنه يبرم وينفذ عبر الانترنت فالتزام المستشار بأداء المشورة الى طالب الاستشارة التزام ينفذ عبر الشبكة، في حين انه هناك عقود الكترونية تبرم عبر الانترنت لكن تنفيذها يقع خارج محيط الانترنت لاسيما العقود التي يكون محلها شيء ملموس كعقد البيع الالكتروني[31].

المطلب الثالث: عناصر عقد الاستشارة الطبية الالكترونية

نبحث في هذه الفقرة عن عناصرعقد الاستشارة الطبية الالكترونية، والذي يتكون من الاطراف والمحل والسبب. اما السبب فلا حاجة لدراسته لانه ليس له خصوصية في العقد محل الدراسة. فهو الباعث الدافع الى ابرام العقد بالنسبة لكلا الطرفين الذي ينبغي ان يكون مشروعا[32]، فطالب الاستشارة يبتغي الحصول على استشارة مرشدة له لاتخاذ قراره المناسب في الموضوع الذي في صدده الاستشارة.

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 (1/132) بقولها:(يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام اوللاداب) [33]. لذا نركز في هذا المطلب على اطراف العقد ومحله كل في فرع مستقل.

([27]) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص31.
([28]) م.صون كل عزيز عبدالكريم و م.هند فالح محمود،مصدر سابق،ص246و247.
([29]) امل المرشدي،مقال قانوني مميز عن العقد الالكتروني،مقال متاح على الموقع الالكتروني www.mohamah.net تأريخ الزيارة 2022/7/27.
([30]) تقابلها المادة(1)من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم(1) لسنة 2006.
([31]) م.صون كل عزيز عبدالكريم و م.هند فالح محمود،مصدر سابق،ص 247.
([32]) 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،ص101.
([33]) لا توجد ما تقابلها في قانون المعاملات المدنية الاماراتي،ولكن المادة(207) من القانون المذكور نص على مايقارب المادة(132) من القانون المدني العراقي فقد نصت على انه:(يجب ان يكون(اي السبب)موجودا وصحيحا ومباحا وغير مخالف للنظام العام اوالاداب).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الفرع الاول: اطراف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية

من خلال تعريفنا لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية تبين ان لهذا العقد طرفان احدهما المستشار، وثانيهما طالب الاستشارة. وفيما يلي نلقي الضوء عليهما:

اولا-المستشار: المستشار كاحد اطراف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية هو شخص متخصص في معرفة علمية او فنية او طبية يتمتع بالاستقلال يقوم بتقديم الاستشارة للمستشير. أوبمعنى اخر شخص يتمتع بالاستقلالية في الراي والعمل، يقدم خبرته ودرايته المتمثلة في استشارة شفهية او كتابية او الكترونية للمستشير. واداؤه ذو طبيعة ذهنية وعقلية[34].

ويتنوع المستشار بحسب موضوع الاستشارة فقد يكون المستشار متخصصا في مجال الاستشارة او يكون غير متخصص فيها لكنه يقوم بها كالمحامين والاطباء والمهندسين والمعماريين ونحوهم[35].

اذن المستشار[36] كطراف من اطراف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية هوالمهني المتخصص في مجال الطب الذي يقوم بتقديم استشارة طبية للمستشير، والاستشارة التي يقوم باعدادها المستشار بناء على دراسة وتحليل لوضع طالب الاستشارة، وفي ضوء حاجات الاخير، وكذلك الاصول الفنية المرعية يقدم المستشار الطبي دراسته التي تعد بمثابة رأي يهدي طالب الاستشارة بموجبه الى اتخاذ قرار معين[37].

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 الكترونية للمستشير تكون هادية ومرشدة له في اتخاذ قرارمن عدمه بالنسبة للموضوع محل الاستشارة).

ثانيا-طالب الاستشارة

الطرف الثاني في عقد الاستشارة الطبية الالكنرونية هو الشخص الذي يتعاقد مع المستشار للحصول على ما يبتغيه من استشارة طبية من اجل علاج حالته الصحية او حل مشكلة صحية بحاجة الى مشورة طبية، وهذا الشخص يسمى بطالب الاستشارة.
عرف البعض طالب الاستشارة بانه (الشخص الطبيعي او المعنوي المتعاقد مع المستشار الطبي بغية الحصول على المعلومات والخدمات الطبية من الاخير ليهديه الى اتخاذ قرار معين)[38].

ويرى البعض ان طالب الاستشارة 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)[39].
ولكن البعض يرى بان ليس بالضروة ان يكون طالب الاستشارة دائما شخصا غير متخصص، فقد يكون شخصاً متخصصاً 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[40].

ونؤيد ما ذهب اليه الرأي الثاني بان طالب الاستشارة قد يكون متخصصاً في الطب، ولكن مع ذلك لا يتمكن من اختيار الحل المناسب لعلاج مشكلة صحية معينة، فيلجأ الى متخصص اخر يتمكن من اختيار الحل المناسب له. كالعقد المبرم بين مستشفى القاضي وبين جامعة نجران السعودي من اجل الحصول على استشارات سريرية مع ان المستشفى متخصصة في مجال الطب.

([34]) د.حسن حسين البراوي،عقد تقديم المشورة،دراسة قانونية لعقد تقديم المشورة الفنية،دار النهضة العربية،القاهرة،1998،ص 54.
([35])د. ابراهيم بن صالح بن ابراهيم التنم،مصدر سابق،ص 23.
([36]) 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،ط4،مكتبة الشروق الدولية،الجزء الاول،القاهرة،2004،ص499.
([37]) ابراهيم صالح عطية الجبوري،النظام القانوني لعقد الاستشارات الهندسية،دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2013،ص28.
([38]) 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،2013،ص453.
([39]) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص53.
([40]) د.ذنون يونس صالح وهاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص190.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلد (8) – العدد (1)، حزيران 2024
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الفرع الثاني: محل عقد الاستشارة الطبية الالكترونية

ب-محل عقد الاستشارة الطبية الالكترونية: نظم القانون المدني العراقي المحل في المواد(126-130) [41]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[42]. كما هو الحال في عقد الاستشارة الطبية الالكترونية فان محل العقد هو تقديم الاستشارة الطبية والاجر، اما محل التزام المستشار هو تقديم الاستشارة الطبية، ومحل التزام طالب الاستشارة هو دفع الاجر. اذن ان محل عقد الاستشارة الطبية الالكترونية مزدوج فهو بالنسبة الى التزامات المستشار يتمثل في الاستشارة الطبية، وبالنسبة الى التزامات طالب الاستشارة يتمثل بالاجر. وايا كان المحل ينبغي ان يكون موجودا او ممكن الوجود، وان يكون معينا او قابلا للتعيين، وان يكون مشروعا اي الا يكون ممنوعا قانونا والا يكون مخالفا للنظام العام والاداب العامة. [43]. وفيما يلي توضيح ذلك.

اولا-الاستشارة الطبية

تعد الاستشارة محلا لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية، وهي الخدمة التي يقدمها المستشار الى طالب الاستشارة من خلال الاعتماد على معرفته العلمية[44]. وعرف ايضا بأنها:(استنباط المرء الرأي من الغير فيما يعرض له من مشكلات الامور. او استنباط الرأي من ذوي الخبرة فيه للتوصل الى اقرب الامور للمصلحة) [45].

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 للمستشير ام لم يكن كذلك[46].

ويرى جانب اخر من الفقه الى ان الاستشارة الطبية لا تنصرف الى الرأي المجرد بل يجب ان يكون هذا الرأي هاديا ومرشدا للمستشير ودافعا له لاتخاذ قرار بالتصرف من عدمه[47].

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

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

ويشترط في الاستشارة الطبية باعتبارها محلا لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية الشروط العامة التي ذكرها القانون المدني العراقي في المواد(127-130)، وهي ان تكون الاستشارة الطبية ممكنة ومعينة او قابلة للتعيين ومشروعة.

(41) تقابلها المواد(199-205)من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
(42) د.عبدالمجيد الحكيم،مصدر سابق،ص 181.
(43) راجع المواد(127-130)من القانون المدني العراقي،والمواد(200-205) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
(44) نصير صبار لفته،عقد البحث العلمي،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون،جامعة بغداد،2005،ص21.
(45)د. ابراهيم بن صالح بن ابراهيم التنم،مصدر سابق،ص 23.
(46) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص 19.
(47) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص 50.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ثانيا-الاجر

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

فالاجر هومحل التزام طالب الاستشارة في عقد الاستشارة الطبية الالكترونية، وهو المقابل الذي يلتزم طالب الاستشارة 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:

أ-ان يكون الاجر موجودا او قابلا للوجود:لابد من وجود الاجر في عقد الاستشارة الطبية الالكترونية والا يعتبرمن عقود التبرع، والاصل انه متى دلت الظروف على ان الاستشارة الطبية ماكانت لتتم بدون اجر فان طالب الاستشارة يكون ملزما بدفع قيمتها للمستشار، حتى وان كان العقد خاليا من الاتفاق على الاجر، وفي هذه الحالة على المحكمة ان تعتبر ان هناك إتفاقاً ضمنيا بين طرفي العقد على وجود الاجر، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة(880)من القانون المدني العراقي بقولها(ويجب اعتبار ان هناك اتفاقا ضمنيا على وجوب الاجر، اذا تبين من الظروف ان الشيء او العمل الموصى به ماكان ليؤدي الا لقاء اجر يقابله) [48].

وينبغي ان يكون الاجر جديا اي مقاربا للحقيقة وان تتجه ارادة طالب الاستشارة الى دفعه وان تتجه ارادة المستشار الطبي الى استيفائه، وليس من الظروري ان يكون الاجرمساويا بالضبط لقيمة العمل وانما ينبغي ان يكون جديا والا يكون صوريا[49]. فلوكان الاجر صوريا فلا يعتبر العقد حينئذ عقد استشارة طبية، وانما يعد عقدا غير مسمى.

ب-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[50].

ج-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(130)من القانون المدني العراقي بقولها(يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالف للنظام العام او الاداب العامة والا كان العقد باطلا) [51].

([48]) لا توجد ما يقابلها في قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([49]) د.سعيد مبارك و د.طه الملاحويش و د.صاحب عبيد الفتلاوي،الوجيز في العقود المسماة،دار الحكمة للطباعة والنشر،بغداد،1992-1993،ص417.
([50]) د.جعفر الفضلي،مصدر سابق،ص382و383.
([51]) تقابلها المادة(205) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلد (8) – العدد (1)، حزيران 2024
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المبحث الثاني: تكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية

بعد ان بحثنا في المبحث الاول عن عقد الاستشارة الطبية الالكترونية وبيان خصائصه وتحديد عناصره، نبحث في المبحث الثاني عن تكييفه القانوني اي اعطاء الوصف القانوني الصحيح له. يقصد بتكييف العقد هو البحث عن تحديد هذا العقد وادخاله في فئة قائمة سابقا، وتطبيق قواعدها على تلك العلاقة. فالوصف او التكييف طريقة يستخدمها القانوني ويعرف بأنها:(نهج فكري يرتكز على ربط حالة ملموسة بمفهوم قانوني مجرد تعترف به سلطة معيارية من اجل ان يطبق عليها نظامها)[52].

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[53].

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 الاستشارة الطبية الالكترونية، فانقسموا الى عدة اتجاهات، فمنهم من رأى انه عقد وارد على الخدمات كعقد وكالة اوعقد عمل او عقد مقاولة، في حين يرى البعض انه عقد بيع خدمات[54]. وفيما يلي نخصص لكل اتجاه من الاتجاهات السابقة مطلب مستقل، مع بيان رأينا الخاص حول الموضوع.

المطلب الاول: تكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية كونها عقد وارد على الخدمات

ذهب بعض الفقهاء الى ان عقد الاستشارة الطبية الالكتروني عقد وكالة، بينما يرى اخرون بأنه عقد عمل، واعتبر البعض الاخر انه عقد مقاولة. وفيما يلي نخصص لكل رأي من الاراء المذكورة فرع مستقل:

الفرع الاول: مدى اعتبار عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد وكالة

عرفت المادة(927)من القانون المدني العراقي الوكالة بأنها:(عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) [55].
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[56].

يتبين مما تقدم ان عقد الوكالة يتميز بالخصائص الاتية:1-انه عقد رضائي اي ان انعقاده يتوقف على ارادة المتعاقدين، بحيث يتطابق قبول احدهما بايجاب الاخر. 2-انه عمل قانوني اي ان محله يكون دائما تصرفا قانونيا. 3-انه من عقود الاعتبار الشخصي، لان كلا المتعاقدين يدخل في اعتباره شخصية الاخر. 4-انه عقد تبرع، الوكالة في الاصل من عقود التبرع لكن يجوز ان تكون بمقابل وذلك باتفاق الطرفين صراحة او ضمنا. 5-انه عقد غيرلازم، بحيث يستطيع كلا الطرفين فسخه دون الرجوع للاخر[57].

ذهب بعض فقهاء القانون المدني الى ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية هو عقد وكالة، ويرون بان الخدمة التي يقدمها اصحاب المهن الحرة تخضع لاحكام عقد الوكالة وليس لاحكام ايجار الاشخاص. فالمقابل الذي يدفعه طالب الاستشارة 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

([52]) بوليل اعراب،الطبيعة القانونية للعقد الطبي،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/جامعة اكلي محند اولحاج-البويرة،2013،ص7.
([53]) 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،2010،ص160.
([54]) بوليل اعراب، مصدر سابق،ص7.
([55]) تقابلها المادة(924) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([56]) ريما محمد فرج،مصدرسابق،ص41.
([57]) السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء السابع،المجلد الاول،دار احياء التراث العربي،بيروت،لبنان،ص372 وما بعدها.د.محمد كامل مرسي باشا،شرح القانون المدني،العقود المسماة،الجزء الاول،منشأة المعارف بالاسكندرية،2005،ص337 وما بعدها.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

اليدوية، ويسمو بالطبيب على ان يكون اجيرا يمارس نشاطه تحت سلطان رب الخدمة[58]. واستند هذا الاتجاه الذي يرى بان عقد تقديم الاستشارة الطبية عقد وكالة على مبررات يمكن اجمالها بما يلي:

1-التقاء العقدين في خاصية الاعتبار الشخصي التي تسود بين الاطراف في كلا العقدين، إذ ان شخصية الوكيل او الموكل تعتبر ذات اهمية كبيرة بالنسبة لكل منهما، وايضا شخصية المستشار الطبي تكون محل اعتبار بالنسبة للمستشير في عقد الاستشارة الطبية الالكترونية، لان الامر يتعلق هنا بتقديم ارشادات قد تكون مهمة جدا ولا تخلو من بعض الخطورة احيانا، ولهذا يحرص طالب الاستشارة 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[59].

2-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[60].

3-الوكيل يعمل لحساب الموكل وباسمه، ومع ذلك فإنه يتمتع باستقلال في اداء مهمته، وكذلك المستشار فهو يمارس عمله كنائب عن طالب الاستشارة، وفي نفس الوقت يؤدي عمله والمهام المكلف بها باستقلال عنه[61].

4-لا يقتصر التزام المستشار على اداء مشورته، بل يلزم كذلك باتباع كافة الوسائل التي تمهد القيام بهذا الالتزام مما يقرب عمله من عمل الوكيل[62].

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 الاستشارة الطبية الالكترونية، وذلك للاسباب الاتية:

1-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 الاستشارة الطبية الالكترونية 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 طالب الاستشارة أاو المريض بل باسمه الشخصي، ووفقا لما يراه مناسبا لحالة طالب الاستشارةدون اي اشراف من هذا الاخير[63].

2-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[64]. فالمستشار الطبي بسعيه الى الحفاظ على سلامة وصحة طالب الاستشارة 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 الاستشارة الطبية الالكترونية فهو من عقود المعاوضة، وان الزامية دفع المقابل في العقد الاخير تجعل طبيعته القانونية مختلفة عن الوكالة التي هي من عقود التبرع[65].

([58]) لتفاصيل هذا الرأي انظر:بوليل اعراب، مصدر سابق،ص13.ومروة ابو العلا،مقال يشرح التكييف القانوني لعقد العلاج،متاح على الموقع الالكتروني https:www.mohamah.net>law تاريخ الزيارة2022/8/18.

([59]) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله، مصدر سابق،ص204و203.

([60]) بوليل اعراب، مصدر سابق،ص14.

([61]) ابراهيم صالح عطية حسن، مصدر سابق،ص41.

([62]) ريما محمد فرج، مصدر سابق،ص54.

([63]) بوليل اعراب، مصدر سابق،ص16.

([64]) السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء السابع،المجلد الاول،مصدر سابق،ص373.

([65]) مروة ابو العلا، مصدر سابق.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

3-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 للمستشير، اي ان الوكيل يتصرف باسم الموكل ولحسابه، اما المستشار فان عمله يصدر باسمه ولحاسبه الخاص[66].

خلاصة القول ان وجود بعض الخصائص والعناصر المشتركة بين عقدي الوكالة والاستشارة الطبية الالكترونية لا تشفع في القول بالتطابق بين العقدين، لان المقارنة اثبتت تباعدا بينهما.

الفرع الثاني: مدى اعتبارعقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد عمل

عرف القانون المدني العراقي في المادة(900) [67] 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(71)لسنة1987 وتعديلاته النافذ في اقليم كردستان العراق في المادة(29) 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) [68].

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 الاستشارة الطبية الالكترونية بانه عقد عمل، وهذه العناصر هي:

1-عنصر العمل: وهو العنصر الاساسي في العقد الذي يربط العامل بصاحب العمل، فهو محل التزام العامل وسبب التزام صاحب العمل.
2-عنصر الاجر: ويقصد به المقابل الذي يتقاضاه العامل لقاء العمل الذي يؤديه لصالح صاحب العمل. وهذا يعني ان عقد العمل من عقود المعاوضة.
3-عنصر التبعية: ويقصد بها سلطة صاحب العمل في الرقابة والاشراف وتوجيه العامل في ادائه للعمل والانصياع لاوامره وتعليماته.
4-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[69].

ذهب جانب من الفقه الى اعتبار عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد عمل لتطابق طبيعة العمل في كلا العقدين، حيث يلتزم طالب الاستشارة باداء الاجر للمستشار مقابل التزام المستشار بتقديم الاستشارة[70]. واستند مؤيدي هذا الاتجاه على عدة مبررات نوجزها فيما يلي:

1-المقابل: يلتزم المستشار بموجب العقد المبرم بينه وبين طالب الاستشارة بتقديم الاستشارة مقابل اجر معلوم. فلا فرق في ذلك بين الاعمال الفكرية التي يعتمد عليها المستشار في اداء نشاطه وبين من يمارس الاعمال اليدوية، اذ ان الاستشارة الطبية او العلاج الطبي عمل مادي ولا ينفي ماديته ان يكون عملا عقليا[71].
اذن ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية وعقد العمل يلتقيان من حيث انهما من عقود المعاوضة وان محلهما عبارة عن عمل مادي.
2-بموجب المادة(903) [72]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(1-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) [73].

([66]) ابراهيم صالح عطية حسن، مصدر سابق،ص44.والسنهوري،الوسيط،الجزء السابع،المجلد الاول،مصدر سابق،ص373.
([67])تقابلها المادة(897)من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([68]) وعرف قانون العمل العراقي رقم(37)لسنة(2015) النافذ في العراق دون اقليم كردستان عقد العمل في الفقرة التاسعة من البند-1-من المادة الاولى بأنه:(أي اتفاق سواء كان صريحا ام ضمنيا،شفويا او تحريريا يقوم بموجبه العامل بالعمل أو تقديم خدمة تحت ادارة و اشراف صاحب العمل لقاء أجر أيا كان نوعه).تقابلها المادة(1)من قانون العمل الاماراتي رقم(8)لسنة(1980).
([69]) راجع في تفاصيل تعريف عقد العمل وخصائصه وعناصره د.غالب علي الداودي،شرح قانون العمل العراقي وتعديلاته،دراسة مقارنة،طبع على نفقة جامعة السليمانية،2008،ص54و55.
([70]) 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 الجامعية2016-2017،ص14وما بعدها.
([71]) السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء السابع،المجلد الاول،مصدر سابق،ص18.
([72]) لاتوجد ما يقابلها في قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([73]) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص45.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

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

1-ان العلاقة التبعية غير موجودة في علاقة المستشار الطبي بطالب الاستشارة، فالاول يتمتع بحرية واستقلالية تامة في اداء عمله، فلا يخضع في القيام بعمله إلاَّ للاصول الفنية لمهنة الطب وما يمليه ضميره ومباديء العلم المعاصرة. فلا يتلقى المستشار الطبي اثناء قيامه بمهمته من طالب الاستشارة أي توجيهات، بل بالعكس طالب الاستشارة هو الذي يحتاج الى الاستعانة براي وتوجيهات المستشار. اذن عقد العمل يقوم على التبعية، بينما يقوم عقد الاستشارة الطبية الالكترونية على الاستقلالية التامة للمستشار[74].

2-ثارجدل فقهي حول طبيعة العلاقة بين المستشار الطبي وطالب الاستشارة في حالة تقديم المشورة بدون مقابل، فذهب جانب من الفقه الى وجود عقد تبرع بينهما، وفي هذه الحالة لا يمكن وصف هذا العقد بانه عقد عمل الذي لا يقوم دون وجود الاجرة[75].

3-ان تطبيق احكام عقد العمل على اعمال المستشار الطبي بصورة مطلقة يؤدي الى نتائج لا تتلائم مع طبيعة عقد الاستشارة الطبية الالكترونية 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[76].

بناءا على ما تقدم لايمكن اعتبار عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد عمل لوجود الفوارق المذكورة انفاً بينهما.

الفرع الثالث: مدى اعتبارعقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد مقاولة

عرفت المادة(864)من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بانه:(عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر) [77].

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)[78].

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[79].

هذه الخصائص توجد ايضا في عقدالاستشارة الطبية الالكترونية مما ادى بجانب من الفقه [80]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 عقدالاستشارة الطبية الالكترونية، الذي نحن بصدد دراسته، نظرا لاندماج هذه الاعمال الذهنية في موضوع البحث[81].

ويدعم اصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالادلة الاتية:

1-ان الاستشارات الطبية الالكترونية يرد كعقد المقاولة على الاعمال المادية، فعمل المستشار ينسب اليه من حيث ادائه لانه يقوم به باسمه الشخصي وان كان لمصلحة طالب الاستشارة، وبالتالي لا يكون عمله هذا تصرفا قانونيا بل عملا ماديا. وليس معنى ذلك ان يؤدي المستشارا عمالاً مادية خالية من الفكر، بل إن ما يميز الأعمال التي يؤديها اصحاب المهن الحرة عموما والمستشار خصوصا ان ناحية الفكر فيها هي الغالبة[82].

([74]) قماز منصور،مصدر سابق،ص15.و د.خالد رضوان احمدالسمامعة،التكييف القانوني لعقد استشارة المحامي في القانون الاردني-دراسة تحليلية تطبيقية-مجلة الميزان للدراسات الاسلامية والقانونية،المجلد الثاني،العدد الثاني،شعبان،1436ه/حزيران،2015م،ص439.
([75]) بوليل اعراب،مصدر سابق،ص27.
([76]) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص46.
([77])تقابلها المادة(872)من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([78]) د.محمد لبيب شنب،شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء،منشاة المعارف بالاسكندرية،الطبعة الثانية،2004،ص15.
([79]) السنهوري،الوسيط،الجزء السابع،المجلد الاول،مصدر سابق،ص6 وما بعدها.
([80]) لتفاصيل هذا الاتجاه راجع ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص45 وما بعدها.
([81]) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص216و217.
([82]) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص51.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

2-الاستقلال التام للمستشار في ابداء استشاراته الطبية، فهو يقوم بالعمل باسمه الخاص مستقلا عن ادارة طالب الاستشارة واشرافه، ويختار الوسائل والطرق التي يراها مناسبة لانجاز العمل الموكل اليه، ولا يجوز للمستشير ان يتدخل في طريقة تنفيذ المستشارلعمله 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 الاستشارة الطبية الالكترونية مع المستفيد تحت وصف عقد المقاولة[83].

3-يلزم المستشار بابداء المشورة والنصيحة للمستشير في نواحي العمل الفنية والمهنية، وهذا هو عين التزام المقاول في بعض صور المقاولة حيث يلزم المقاول بتبصير رب العمل في جوانب العمل كافة[84].

4-يتشابه عقدالاستشارة الطبية الالكترونية 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[85].

5- يكون إلتزام المستشار إلتزاماً بتحقيق نتيجة وهوتسليم الاستشارة الطبية المنجزة، اذا كانت الاستشارة ترد على حقائق ومسلمات ثابتة لا مجال للخلاف بشانها وهذا عينه التزام المقاول بتحقيق النتيجة التي يريدها رب العمل، وهو متحقق في عقد المقاولة لان رب العمل يطلب عملا يتحتم انجازه[86].

وما تجدر الاشارة اليه انه على الرغم من وجاهة الادلة التي قيلت لدعم الراي القائل بتكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية بعقد المقاولة الا انه لم يسلم من سهام النقد اليه، ومن اهم الانتقادات التي وجهت اليه هي ما يأتي بيانه:

1-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 يمارس مهنة حرة ولا يكتسب صفة التاجر، فهو يمارس عمله لقاء مقابل يحصل عليه ولا يهدف الى تحقيق الربح كما هي الحال بالنسبة للتجار[87].

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 اعمالاً مدنية، لان اعمال اصحاب المهن الحرة ليست باعمال تجارية بحسب احكام القانون[88].

2-ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية يقوم بالدرجة الاساس على الاعتبار الشخصي، أي أن شخصية المستشار 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[89].

ولكن يمكن الرد على هذا القول بانه لا يكون هناك مانع من ان يكون عقد المقاولة قائما على الاعتبار الشخصي للمقاول كما هو حال عقدالاستشارة الطبية الالكترونية، وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الاولى من المادة (882)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) [90].

3-ان عقد المقاولة يقوم على اعمال مادية، بينما المستشاريقوم 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[91].

4-يكون إلتزام المستشار إلتزاماً ببذل عناية، وهذا على العكس مما هو مستقر في عقد المقاولة، لان رب العمل يريد عملا يتحتم انجازه، ويقع على عاتق المقاول تحقيق النتيجة التي يريدها رب العمل. ولكن يرد على هذا الانتقاد بان عقدالاستشارة الطبية

([83]) مروة ابو العلا،مصدر سابق،ص3.
([84]) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص219.
([85]) تنص الفقرة الاولى من المادة(874)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).لا توجد ما يقابلها في قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([86]) د.سعيد مبارك و د.طه الملا حويش ود.صاحب عبيد الفتلاوي،مصدر سابق،ص428.
([87]) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص47.
([88]) ابراهيم صالح عطية حسن،مصدر سابق،ص57و58.
([89]) قماز منصور،مصدر سابق،ص17.
([90]) تقابلها المادة(890)من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([91]) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص47و48.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الالكترونية يلتقي مع عقد المقاولة في كونه يلزم المستشار بتحقيق نتيجة تتمثل بانجاز المشورة وتسليمها الى طالب الاستشارة، ويرى جانب من الفقه الى ان عدَّ التزام المستشار 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[92].

في ضوء ما تقدم لايمكننا وصف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية بأنه عقد مقاولة، وذلك بسبب الانتقادات التي وجهت الى الرأي القائل بأنه عقدمقاولة، بالاضافة الى الطبيعة الخاصة لهذا النمط من العقد،

المطلب الثاني: تكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية كونهاعقد 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(506)من القانون المدني العراقي بانه:(مبادلة مال بمال) [93].

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[94].

ولكن 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[95].

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 الاستشارات الطبية الالكترونية- 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[96].

يستنتج مما تقدم ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية 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 –وصف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية بأنه 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 عنها بشكل نهائي لتصبح من حق طالب الاستشارة(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[97].

ولكن على الرغم من وجاهة تبريرات هذا الاتجاه إلا انه لا يمكن السليم به، فلا يمكن عد عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد بيع خدمات وذلك للاسباب الاتية:

1-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[98].

([92]) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص223.
([93]) تقابلها المادة(489)من قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([94]) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص42.
([95]) د.صبري حمد خاطر،الضمانات العقدية لنقل المعلومات،بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة النهرين،المجلد الثالث،العدد الثالث،1999،ص117.
([96]) د.حسن حسين البراوي،مصدر سابق،ص113.
([97]) د.صبري حمد خاطر،مصدر سابق،ص117.
([98]) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص48.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

2-ان محل عقد الاستشارة الطبية الالكترونية 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 الالكترونية 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 طالب الاستشارةالمالية، بل تترك بين يديه فقط المنفعة المقدمة من المستشار[99].

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[100].

3-ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية 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[101].

4-تترتب على عقد الاستشارة الطبية الالكترونية التزامات غير تقليدية، كالالتزام بالسرية والالتزام بالتعاون تتعدى مرحلة تنفيذ العقد وتستمر الى ما بعد انتهاء الرابطة القانونية بين المستشار وطالب الاستشارة، وهذا الامر لا يستقيم مع ما تقرره احكام القانون بخصوص عقد البيع[102].

5-لا يستطيع طالب الاستشارة ان يلجا الى قواعد التنفيذ الجبري عند امتناع المستشار اداء الاستشارة الطبية، وذلك للارتباط الوثيق بين الاستشارة الطبية كمحل للعقد وبين المستشار صاحب المعرفة والتخصص، ويقتصر حق طالب الاستشارة في المطالبة بانهاء الرابطة التعاقدية والتعويض ان كان له مقتضى[103]، وهذا الامر يختلف عما تقرره القواعد الخاصة بعقد البيع عند اخلال البائع بالتزاماته في عقد البيع[104]. لهذه الاسباب لايمكن التسليم بأن عقد الاستشارة الطبية الالكترونية هو عقد لبيع خدمات،

المطلب الثالث: رأينا الخاص في تكييف عقد الاستشارة الطبية الالكترونية

نستنتج مما تقدم ان عقدالاستشارة الطبية الالكترونية 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 عقدالاستشارة الطبية الالكترونية، فالامر يحتاج الى احكام خاصة لمثل هذا العقد، وذلك لسببين هما:

1-ان عقدالاستشارة الطبية الالكترونية يعتبر ذات اهمية كبيرة من حيث تنوع وتعدد المجالات التي يتناولها، فهذا العقد يتناول ويشمل مختلف الإختصاصات 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 الالكترونية خاصة على الصعيد الدولي، وبرز حديثا ما يسمى بالتطبيب عن بعد بهدف تحسين وسائل معالجة المرضى[105]. 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.

2- قد يصيب طالب الاستشارة باضرار بسبب الاستشارة الطبية اثناء تنفيذها، وهنا يثار تساؤل حول الشروط الواجب توفرها لتطبيق احكام الضمان في عقد الاستشارة الطبية الالكترونية، فهل تخضع لذات الشروط الواردة في ضمان العيب في عقد المقاولة؟ ففي العقد الاول ينبغي وجود التزام بضمان السلامة لتعلقه بحياة طالب الاستشارةوصحته وسلامة جسمه، وذلك لخلو القوانين محل المقارنة من اي نص يقيم التزاما بسلامة طالب الاستشارة من اضرار الاستشارة الطبية.

([99]) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص43.
([100]) د.خالد رضوان احمد السمامعة،مصدر سابق،ص437.
([101]) ابراهيم صالح عطية حسن،مصدر سابق،ص48.
([102]) د.ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله،مصدر سابق،ص213.
([103]) عبدالله عيسى مطشر الغريري،مصدر سابق،ص49.
([104]) تنص الفقرة الثانية من المادة(248)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).لاتوجد ما يقابلها في قانون المعاملات المدنية الاماراتي.
([105]) ريما محمد فرج،مصدر سابق،ص110.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

3-ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية يتميز بطريقة ابرامه، حيث لا يوجد تفاعل مادي بين طرفيه بسبب تباعدهما عن بعضهما البعض، فهذا العقد يدخل ضمن طائفة العقود عن بعد أو العقود الالكترونية، الذي يختلف في الكثير من احكامها عن العقود التقليدية. وخلاصة القول ان عقد الاستشارة الطبية الالكترونية يتميز بميزات معينة تتمثل بانه عقد مهني وقائم على الاعتبار الشخصي، وانه ينشيء التزامات غير تقليدية على عاتق طرفيه، بالاضافة الى أنه عقد الكتروني. 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، الذي يستلزم تنظيم عقد الاستشارة الطبية الالكترونية في تشريع خاص به.

الخاتمة

نختتم هذه الدراسة بعرض اهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها:

اولا: الاستنتاجات

1-عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد يبرم بوسيلة الكترونية بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد حقيقي يلتزم بموجبه احدهما وهو المستشار الذي يكون متخصصا في مجال مهنة الطب بأن يقدم استشارة طبية للطرف الاخر طالب الاستشارة الذي غالبا يكون غير متخصص وذلك مقابل اجرمحدد يدفعه الطرف الاخير بوسيلة الكترونية.

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

3-يتسم عقد الاستشارة الطبية الالكترونية بجملة من الخصائص منها:انه عقد قائم على الاعتبار الشخصي، وانه عقد مهني، وايضا انه عقد منشيء لالتزامات غير تقليدية، ومن العقود الالكترونية.

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

5-هناك خلاف فقهي كبير حول تكييف العقد المبرم بين الطبيب والمريض -وعقد الاستشارة الطبية الالكترونية كنموذج لهذا العق- فذهب اتجاه الى اعتباره عقد وكالة بينما ذهب اتجاه اخر الى اعتباره عقد عمل ويرى اتجاه ثالث بانه عقد بيع خدمات، وذهب اتجاه اخر الى عده صورة من صور عقد المقاولة.

6-لايمكن اعتبار عقد الاستشارة الطبية الالكترونية عقد وكالة او عقد عمل او عقد بيع خدمات او عقد مقاولة، نظرا لطبيعته الخاصة، واتسامه بخصائص تميزه عن تلك العقود، لذا ليس من الممكن تطبيق احكام العقود المذكورة عليه.

ثانيا:التوصيات

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

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

أ-تحديد الوصف القانوني الدقيق لعقد الاستشارة الالكترونية من خلال تعريفه له تعريفا جامعا ومانعا، بالاضافة الى تحديد طريقة ابرام العقد.

ب-تحديد حقوق والتزامات الطرفين(المستشار وطالب الاستشارة) بصورة دقيقة، نظرا لتعلق العقد بصحة وسلامة الانسان.

ج-الزام المستشار بالحفاظ على اسرار طالب الاستشارة، وبعدم الاحتفاظ باية مستندات يتعلق بطالب الاستشارة بعد انتهاء العقد.

د- الزام المستشارباداء الخدمات المنوط بها بنفسه وألاَّ يستعين بالغير إلاَّ بموافقة كتابية وصريحة من طالب الاستشارة، وذلك لان هذا العقد يقوم على اعتبارات شخصية تتمثل في الكفاءة الفنية والمهنية للمستشار.

ه- الزام المستشار بتقديم خدمات الاستشارات الطبية باستقلال تام بعيدا عن الرقابة الادارية والتنظيمية والمهنية من جانب طالب الاستشارة ووفقا للاصول المهنية الطبية بحيث يمارس عمله مستقلا.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

قائمة المصادر

أولا / الكتب

1. د. ابراهيم صالح عطية الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستشارات الهندسية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.
2. د. جعفرالفضلي، الوجيز في العقود المدنية، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة نشر.
3. د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، المجلد الاول، المصادر الارادية للالتزام، ط3، 2000.
4. د. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دراسة قانونية لعقد تقديم المشورة الفنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
5. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، 1976.
6. ريما محمد فرج، عقد المشورة، المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر ناشرون، بيروت، 2006.
7. د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، الوجيز في العقود المسماة، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1992-1993.
8. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، المجلد الاول، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
9. د. عدنان ابراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات)، دراسة مقارنة، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000.
10. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام ط1، الاصدار الاول، ، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
11. د. عبدالمجيدالحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980.
12. د. غالب علي الداودي، شرح قانون العمل العراقي وتعديلاته، دراسة مقارنة، طبع على نفقة جامعة السليمانية، 2008.
13. د. فؤاد الشعيبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصالات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، .
14. د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشاة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الثانية، 2004.
15. د. محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
16. د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الاول، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2005.
17. د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، 2006.
18. د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، ط5، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.

ثانيا/ البحوث

1. د. ابراهيم بن صالح بن ابراهيم التنم، الاحكام الفقهية المتعلقة بالاستشارة الطبية الالكترونية، مجلة العلوم الشرعية، العدد السابع والثلاثون، شوال، 1436ه.
2. د. خالد رضوان احمد السمامعة، التكييف القانوني لعقد استشارة المحامي في القانون الاردني، دراسة تحليلية تطبيقية، مجلةالميزانللدراسات الاسلامية والقانونية، المجلد الثاني، العدد الثاني، شعبان، 1436ه، حزيران، 2015م.
3. د. سماح حسين علي، الالتزام بتقديم المشورة في سوق الاوراق المالية(دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد3، السنة الثامنة، المجلد، 2016.
4. د. ذنون يونس صالح و هاني حمدان عبدالله، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني-دراسة مقارنة-مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة(1)المجلد(1)العدد(1)، الجزء(2) ايلول 2016م.
5. 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، 2013.
6. 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، 2010.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

7. د. صبري حمد خاطر، الضمانات العقدية لنقل المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة النهرين، المجلد الثالث، العدد الثالث، 1999.
8. م. صون كل عزيز عبدالكريم، م. د. هند فالح محمود، الجوانب القانونية لعقد الاستشارة الطبية الالكترونية، مجلة الرافدين، العدد 40.

ثالثا /الرسائل العلمية

1. د. حمادي عبدالنور، المسؤولية المدنية للمحامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابوبكر، بلقايد، تلمسان، السنةالجامعية(2011-2012).
2. عبدالله عيسى مطشر الغريري، عقد الاستشارات الهندسية-دراسة مقارنة في القانون الاردني والعراقي-رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، ، اب/2015.
3. احلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية، رسالة ماجستر مقدمة الى كلية الحقوق/جامعة الجزائر، السنة الجامعية(2000-2001).
4. نصير صبار لفته، عقد البحث العلمي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2005.
5. بوليل اعراب، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/جامعة اكلي محند اولحاج-البويرة، 2013.
6. قماز منصور، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم الحقوق/جامعة الشهيد حمة لخضر-الوادي، السنة الجامعية2016-2017.

رابعا / القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم(40)لسنة 1951المعدل المنشور في الوقائع العراقية العدد(3015)في1951/9/8.
2. قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم(5)لسنة 1985.
3. تعليمات السلوك المهني للاطباء الصادربقرار مجلس نقابة الاطباء رقم(6)لسنة 1985.
4. اللائحة التنظيمية لخدمات الرعاية الصحية الالكترونية الصادرة بموجب قرار رقم 30لسنة 2017، من هيئة الصحة بدبي،
5. قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم(78)لسنة 2012.
6. قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم(1) لسنة 2006.
7. قانون العمل العراقي رقم(37) لسنة 2015.
8. قانون العمل النافذ في اقليم كردستان العراق رقم(71) لسنة 1987.
9. قانون العمل الامراتي رقم(8) لسنة 1980.

خامسا /المواقع الالكترونية

1. www. n-alhadath. com تاريخ الزيارة 2020/6/10.
2. امل الرشدي، مقال مميز عن العقد الالكتروني، متاح على الموقع الالكترونيwww. mohamah. net تاريخ الزيارة 2022/7/27.
3. عبدالله بن حمود الرقادي، التطبيب عن بعد، مقال متوفر على الموقع الالكترونيwww. hope-oman. net تاريخ الزيارة 2022/7/21.
4. مروة ابو العلا، مقال يشرح التكييف القانوني لعقد العلاج، متاح على الموقع الالكترونيwww. mohamah. net تاريخ الزيارة 2022/8/18.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/8.1.6
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)