

عقود المشاركة الطبية -دراسة مقارنة- (*)**د. نزار حازم الدملوجي****مدرس القانون المدني****كلية الحقوق / جامعة الموصل****الاستخلص**

كان من نتاج الفكر البشري ظهور مهنة الطب تلك المهنة التي تعد من أنبل المهن الإنسانية، وعلى الرغم من أهمية هذه المهنة فقد ظهرت بعض الظواهر التي شابها الغموض منها إحلال طبيب زميل له في عيادته الخاصة لانشغاله بأموره الخاصة أو أمور تخص المهنة، هذا الحلول الذي يحتاج الى تفويض من قبل الطبيب صاحب العيادة الخاصة لزميله بالمباشرة بفتح العيادة ومعاينة مرضاه سواء الجدد الذين يراجعون لأول مرة أم المرضى الذين لهم مراجعة دورية للعيادة. وهذا بالطبع جاء تحليلاً واقعياً للوصول إلى التكييف القانوني لهذه الحالة وذلك لوجود قصور تشريعي بل وفقهي في معالجة مثل هذه الحالات، ولعل غياب التنظيم القانوني يعود لعدم توقع ظهور مثل هذا النوع من العقود، مما يستدعي إلى تدخل المشرع والفقهاء القانوني لإيجاد الحلول المناسبة من خلال تحديد التزامات الأطباء الذين يمثلون أطراف العقد ومسؤوليتهم إذا ما خالفوا القواعد القانونية العامة .

Abstract

as a result of humanity needs and thoughts, medicine as profession have been found, which is considered as one of the most nobel professions. despite of the importance of medicine, some of confusing phenomena have been appeared. one of these phenomena is physician's allowance to other physician to inspect patients and prescribe medications in his own clinic and under his title. this type of situations require specific authorization from original physician to the other one. presence of such circumstances

(*) أستملم البحث في ٢٠١٨/٨/٥ *** قبل للنشر في ٢٠١٨/١٠/١.

indicating legalization of some regulations and laws will find solutions for any problems that may initiate in the future. one of these regulations suggestions is a contract form contain all the terms and conditions that keep rights and duties for both parties, in addition, this contract should be supervised by Iraqi medical association.

أقدمية

نبدأ بحمد الله جلت قدرته وعظمته، على سابغ نعمته وفيض إحسانه، ونصلى ونسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد : فإننا نوضح مقدمة بحثنا هذا من خلال الفقرات الآتية :

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث :

مما لاشك فيه ان عقود المشاركة الطبية الذي يبرم بين الأطباء لحلول طبيب محل زميله الطبيب في عيادته الخاصة شأنه شأن باقي العقود لا بد ان يقوم على اتفاق الطرفين فلا بد من وجود ارادتين هما ارادة الطبيب صاحب العيادة الخاصة والطبيب الذي يحل محله وهو الذي يقوم باستغلال العيادة واشغالها خلال الفترة المتفق عليها مع الطرف الاول . وهذا العقد له خصوصية معينة فهو يقوم على اساس الثقة المتبادلة بين الطرفين فلولا ثقة الطرف الاول (صاحب العيادة) بالطرف الثاني (الطبيب الذي يحل محله) وبخبرته وعلمه ودرايته بالعلوم الطبية ما كان هذا العقد لينعقد . فهذا النوع من العقود يقوم على الاعتبار الشخصي الذي يلعب مبدأ حرية الارادة الدور الكبير فيه، فطرفا العقد لهما الحرية المطلقة في الاختيار وهو ما يقودنا الى الكلام عن التوازن في هذا العقد، فكلما الطرفين ذو خبرة ودراية وعلم واسعين في مجال الاختصاص مع احتمال وجود الفارق الفني البسيط.

وإذا كان الامر يبدو سهلاً للوهلة الاولى ولكن الامر ليس كذلك اذا ما تناولنا اثر هذا العقد على الغير الا وهو المريض أو المراجع الذي يراجع العيادة قاصداً الطبيب الأصيل صاحب العيادة وليس الطبيب البديل (١) في العقد موضوع البحث، فعند مراجعة مريض

(١) يعرف الطبيب البديل ب" ذلك الطبيب الذي يخلف الطبيب المعالج بصفة مؤقتة في تنفيذ كل العلاج او في جزء منه بمفرده دون ان يكون الطبيب المعالج الى جانبه وهو بذلك يختلف عن الطبيب المساعد الذي يكون تحت اشراف الطبيب الأصيل" . نقلاً =

لعيادة طبيب مشهور ذي خبرة ومن ثم يتبين له بأن الطبيب المتواجد ليس بالطبيب المقصود او المراد، وان المتواجد في العيادة طبيب اخر حل محل الطبيب المشهور لفترة مؤقتة. فيكون المريض أو من يمثله بالخيار بين ان يكشف عليه ويعالجه الطبيب البديل ام لا. وقد نذهب الى ابعد من ذلك فقد يتفاجأ الأخير بأن الطبيب الذي كشف عليه ليس المطلوب الذي قصده، ويكون ذلك بسبب جهل المريض وعدم انتباهه لإعلان وضع في العيادة ولعدم معرفة المريض بشخص الطبيب الذي يقصده، فيكشف الطبيب البديل على المريض والاخير جاهل بالطبيب الذي يكشف عليه فيأخذ باستشارته الطبية ويستخدم العلاج الموصوف ويتفاجأ فيما بعد بأن الطبيب الذي كشف عليه ليس بالطبيب المقصود. من هذا المنطلق ثار موضوع البحث في ذهننا وطرح التساؤل عن الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود فهل هذا العقد يعد عقد ايجار ام عقد عمل ام عقد مشاركة (يقوم بدفع الطبيب البديل للطبيب الأصيل نسبة من المبالغ التي يحصل عليها نتيجة لاستغلال العيادة) وعن مسؤولية الطبيب البديل والطبيب الأصيل في حالة حصول الخطأ الطبي، وعن ضرورة تبصير المريض المراجع بأن الطبيب المتواجد ليس بالطبيب الأصيل . هذا ما سوف نحاول نبينه في بحثنا هذا .

ثانياً : أهمية البحث :

تبرز أهمية هذا البحث من خلال تسليط الضوء على حالة واقعية تسود المجتمع الا وهي حلول طبيب محل طبيب في عيادته الخاصة فعادة ما يكون الطبيب الذي حل هو اقل شهرة من الطبيب الأصيل صاحب العيادة الخاصة، وهو يقودنا لتسليط الضوء على القصور التشريعي في موضوع حلول الأطباء محل بعضهم البعض في عياداتهم الخاصة وطبيعة الاتفاق بالحلول هذا، وما لهذا الحل من تأثير على إرادة المريض المراجع لتلك العيادات، وفي عدم الوضوح الذي يشوب مسؤولية أولئك الأطباء في حالة حدوث الأخطاء الطبية.

=عن: أيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري - تيزي وزو/ الجزائر، ٢٠١١، ص ٤٨ . متاحة على شبكة المعلومات العالمية . <http://www.droitentreprise.com>

تاريخ الزيارة ٢٠/٧/٢٠١٨.

ثالثاً : فرضية البحث :

تتمثل فرضية البحث بوضع قواعد قانونية رصينة تبين طبيعة عقود المشاركة الطبية بين الأطباء لحلول طبيب محل زميله في عيادته الخاصة من خلال الإفادة من التشريعات القانونية للدول التي عالجت الموضوع أو من خلال استعارة قوالب قانونية وصهر القواعد التقليدية فيها بما يتلاءم مع انتشار الحالة اخذين بنظر الاعتبار ان العلوم الطبية علوم إنسانية أولاً وأخيراً .

رابعاً : نطاق البحث :

سيقتصر نطاق البحث على حالة حلول طبيب محل طبيب زميل له في عيادته الخاصة اثناء غيابه او انشغاله بأموره الخاصة او بأمور تخص المهنة كالمؤتمرات والندوات وغيرها .

خامساً : مشكلة البحث :

ان حلول طبيب محل زميل له في عيادته الخاصة محل نقاش في ظل القواعد القانونية الطبية، مما يدفعنا للتساؤل عن الطبيعة القانونية لهذا الحلول ومدى مسؤولية الطبيب الأصيل والبديل في حالة حصول الخطأ الطبي، فظلا عن غياب التنظيم القانوني المحكم مما يدفعنا الى المناداة للاستعارة بالقوالب القانونية التقليدية لمعالجة القصور التشريعي لهذه الحالات .

سادساً : منهجية البحث :

سيعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج التحليلي والعملية التطبيقي وذلك من خلال استقراء النصوص القانونية الخاصة بممارسة مهنة الطب .وسيعتمد الباحث المنهج المقارن اذ سيقارن بين قانون نقابة الأطباء العراقي بتحليله ومقارنته بالقوانين المقارنة مثل قانون الصحة العامة الفرنسي و مدونة الأخلاقيات الطبية الفرنسية، قانون ممارسة مهنة الطب المصري، الدستور الطبي الأردني/ واجبات الطبيب وآداب المهنة، قانون ممارسة مهنة الطب المغربي، وغيرها التشريعات ذات الاختصاص .

سادساً : هيكلية البحث :

سوف يتم تناول البحث من خلال الهيكلية التالية :

المبحث الأول : التعريف بعقود المشاركة الطبية :

المطلب الأول : تعريف عقود المشاركة الطبية .

- المطلب الثاني : خصائص عقود المشاركة الطبية وتكييفها القانوني .
 المبحث الثاني : أركان عقود المشاركة الطبية والآثار الناشئة عنها :
 المطلب الأول : أركان عقود المشاركة الطبية .
 المطلب الثاني : الآثار الناشئة عن عقود المشاركة الطبية .

المبحث الأول

التعريف بعقود المشاركة الطبية

إن العقد في القوانين القديمة لم يكن يرد إلا على الأشياء المادية أما الحقوق والأموال المعنوية والمنافع (الإيجار، المقاولة، العمل) فلم يكن يعترف بصحة العقود الواردة عليها، ولكن بحدوث تطور الفكر القانوني وما وصلت إليه العقود بوصفه مصدراً رئيساً لإنشاء الحقوق والالتزامات أصبحت هذه العقود ترد على الحقوق والأموال المادية والمعنوية فضلاً عن ورودها على المنافع والخدمات . هذا ما أوصلنا إلى القول بإمكانية وجود عقود ترد على الخدمات التي يكون فيها الدافع الرئيسي للتعاقد هو الحصول على خدمة معينة بالذات سواء أكانت هذه الخدمة تجارية ام علمية ام طبية، وهو ما سنحاول ان نبينه من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف عقود المشاركة الطبية أما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه خصائص عقود المشاركة الطبية وتكييفها القانوني وكما يأتي :

المطلب الأول

تعريف عقود المشاركة الطبية

العقد لغة : نقيض الحل . والعقد يعني الإحكام والشد، فيقال عقد الحبل، نقيض حله وعقد البيع أو اليمين احكمه، والعقد هو العهد فيقال تعاقد القوم أي تعاهدوا^(١).
 والعقد اصطلاحاً: "ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"^(٢).

- (١) العلامة أبين منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٢٢.
 (٢) المادة رقم ٧٣ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ . ومن الملاحظ في هذا المجال بان القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ لم يذكر فيه تعريف مباشر =

كما عرف بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أشخاص في مواجهة شخص أو أشخاص آخرين إما بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"^(١).

وعرف العقد بأنه تبادل إرادات لإنشاء التزامات وهذه الإرادة هي القوة الملزمة للعقد استناداً لمبدأ سلطان الإرادة^(٢).

والمشاركة لغة هو اسم مصدره شارك، ومشاركة في العمل هي المساهمة فيه . ومشارك فاعل شارك مشاركة، ويقال اشتركنا بمعنى تشاركنا واشترك الرجلان وتشاركنا وشارك أحدهما الآخر^(٣).

وعقود المشاركة الطبية تتم بين طرفين الأول منهما الطبيب صاحب العيادة الخاصة والثاني الطبيب الذي يحل محله . وبمقتضى هذا الاتفاق يكون الطرف الاول ملزم بتمكين الطرف الثاني من استغلال عيادته الخاصة لفتحها امام الجمهور، مقابل التزام الطرف الثاني بدفع المقابل المالي نظير استغلاله لتلك العيادة مع مراعاته لأصول وقواعد المهنة التي تحددها الجهة ذات الاختصاص^(٤).

من هنا يمكننا ان نعرف عقود المشاركة الطبية بأنها (اتفاق بين طرفين يتمثل الاول منهما بالطبيب صاحب العيادة الطبية الخاصة "والذي عادة ما يتمتع بالشهرة" اما

=للعقد وقد اكتفى المشرع المصري في المادة رقم ٨٩ بذكر الطريقة التي يتم بها العقد بقولها " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

(١) المادة رقم ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ طبعة ٢٠٠٣ .

(٢) د. نزمين محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة على علاقات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، غزة، ٢٠٠٢، ص ٢١ .

(٣) العلامة ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٤) وهذه الجهة هي نقابة الاطباء في جميع دول العالم، فمثلا نصت المادة ١١ من قانون نقابة الاطباء العراقي رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ على انه " يتولى المؤتمر العام وعلى وجه الخصوص الأمور التالية خامساً : تحديد أتعاب الأطباء" . كما نصت المادة ٤١ من الدستور الطبي الاردني / واجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة ١٩٨٩ على انه " للنقابة الحق في وضع حد أدنى وحد أعلى للأجور الطبية ويحظر على الطبيب تقاضي أجور أقل أو أعلى من الأجور المقررة من النقابة "

الطرف الثاني فيتمثل بالطبيب الذي يحل محله في تلك العيادة، ويتعهد الطرف الأول بمقتضى هذا الاتفاق بتمكين الطرف الثاني من استغلال عيادته الخاصة مقابل مبلغ مالي معين يدفع على شكل بدل ايجار او على شكل نسبة من الأجر "الكشفية" التي يحصل عليها من المراجعين).

وقد اتجه الفقه والقضاء في الجزائر إلى الاعتراف بمشروعية اتفاقيات الحلول التي يرمها الطبيب المعالج مع زميل له فيعهد للأخير بعلاج مرضى الطبيب الأصيل لمدة مؤقتة، وفقا لقواعد أخلاقيات مهنة الطب، التي تشترط أن يكون البديل على كفاءة وخبرة تتناسب ومستوى الطبيب الأصلي . كي لا تهتز ثقة المريض في طبيبه مع بقاء المريض حراً في الخضوع للطبيب البديل أم لا على أن يكف البديل عن العلاج حتى رجوع الطبيب الأصيل، وعليه أن يتمتع طوال عام واحد عن فتح عيادة في موقع يتيح له أن ينافس منافسة مباشرة للطبيب الذي خلفه، إلا إذا كان بين الأطراف اتفاقية معينة يبلغ فيها الفرع النظامي الجهوي . فقد تقتضي ظروف الطبيب المعالج، التوقف مؤقتا عن الاستمرار في العلاج لأسباب مرضية أو من أجل السفر لحضور مؤتمر علمي أو من أجل الراحة...، فيصبح من واجبه حينذاك إحضار من يحل محله طوال مدة غيابه . فإمكانية استبدال طبيب مكان طبيب آخر، هو ضمان لاستمرارية علاج المرضى في طور المعالجة، وضمن عدم تضرهم من غياب طبيههم المعالج^(١).

فيلجأ الاطباء من اصحاب العيادات الخاصة لأبرام هذا النوع من العقود عند سفرهم او لانشغالهم بأمورهم الخاصة، او لسبب مرض او عجز يصابون به . وعلى الرغم من ان معظم التشريعات القانونية الخاصة بمهنة الطب قد فرضت على الاطباء فترة زمنية معينة لهذا الحلول، الا انه من الملاحظ وجود حالات يستمر فيها هذا الحلول لفترة تزيد وتتجاوز على ما نصت عليه تلك التشريعات والقوانين^(٢).

(١) أيت مولود ذهبيّة، مرجع سابق، ص ٥٠ .

(٢) من هذه التشريعات الدستور الطبي الأردني/ واجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة ١٩٨٩ فالمادة ٣٦ تنص على انه " لا يسمح للطبيب أن يدير عيادة زميل له بصورة مؤقتة لمدة تزيد عن شهر واحد متصل الا بموافقة مجلس النقابة "نقابة الأطباء" على ان لا تزيد عن سنة". والمادة ٣٨ من نفس التشريع التي تنص على انه" لا يجوز ان تدار عيادة طبيب في حالة غيابه عنها خارج البلاد لمدة تزيد عن سنة اشهر الا بموافقة مجلس النقابة" =

ولكن هذا الحلول له شروط معينة فقد اشترطت بعض القوانين الخاصة بممارسة مهنة الطب الحصول على موافقات اصولية من الجهات الرقابية ذات الاختصاص فمثلا تنص المادة ٤٧ من قانون ممارسة مهنة الطب المغربي رقم ١٣١.١٣ لسنة ٢٠٠٥ الواردة في الفرع الرابع تحت عنوان شروط النيابة في العيادة الطبية على انه "في حالة غياب مؤقت يمكن لطبيب أن يطلب من رئيس المجلس الجهوي الترخيص له بأن ينيب عنه في عيادته أحد زملائه المقيد في جدول نفس المجلس الجهوي للهيئة من فئة اطباء القطاع الخاص أو من القطاع العام...".

ونصت المادة ٣٦ من الدستور الطبي الاردني/ واجبات الطبيب وآداب المهنة لسنة ١٩٨٩ على انه "لا يسمح للطبيب ان يدير عيادة زميل له بصورة مؤقتة لمدة تزيد عن شهر واحد متصل الا بموافقة مجلس النقابة على ان لا تزيد عن سنة" والمادة ٣٧ من نفس الدستور على انه "لا يجوز للطبيب ان ينيب عنه بصورة مؤقتة لمراقبة ومعالجة مرضاه الا طبياً مسجلاً في النقابة ومرخصاً له بالعمل وفي نفس الاختصاص".

ونصت المادة ١٩ من قانون الآداب الطبية اللبناني رقم ٢٨٨ لسنة ٢٠٠٩ على انه "لا يحق للطبيب ان ينيب عنه للقيام بنشاطاته المهنية ولأجل محدود سوى زميل له مسجل في نقابة الاطباء.....".

كما نصت المادة ٢٣ من قانون لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري لعام ١٩٧٤ على انه "لا يسمح لطبيب ان يدير عيادة زميل له بصورة دائمة الا عند الضرورة وبموافقة المجلس....." ونصت المادة ٢٤ من نفس القانون على انه "لا يجوز للطبيب ان ينيب عنه بصورة مؤقتة لمراقبة ومعالجة مرضاه الا طبياً مسجلاً في النقابة.....".

وكذلك الحال بالنسبة لقانون مزاولة مهنتي الطب البشري وطب وجراحة الأسنان لدولة قطر رقم ٢ لسنة ١٩٨٣ في المادة ١٤ منه بقولها "يجب على الطبيب المرخص له

=اما قانون نقابة الاطباء العراقيين رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤، فلم نجد فيه ما يشير الى تحديد مدة معينة لحلول طبيب محل زميله في عيادته الخاصة فقط كانت هنالك اشارة في المادة ٢٨ فقرة ٥ الى حالة عقوبة الطبيب الاصيل صاحب العيادة بقولها "اذا عوقب العضو بالمنع من مزاولة المهنة فلا يجوز ان يحل في عيادته زميل اخر مدة المنع".

بالعمل في القطاع الخاص إخطار الجهة المختصة بكتاب موسى عليه عند مغادرته البلاد لمدة تزيد عن شهرين . كما يجب عليه غلق العيادة مدة غيابه، إلا إذا قدم طلباً للترخيص لطبيب مرخص آخر للعمل محله أثناء غيابه، وتمت الموافقة على هذا الطلب بإخطار كتابي من الجهة المختصة . وفي حالة إيقاف الطبيب من عمله لفترة لا يجوز أن يحل محله طبيب آخر مدة الإيقاف، وتغلق العيادة".

بينما انكرت مدونة الأخلاقيات الطبية الفرنسية الصادرة في ابريل ٢٠١٧ هذا الحلول كقاعدة عامة وحصرته في حالة الوفاة والمرض الذي وصفته بالخطر فنصت المادة ٨٩ من هذه المدونة على انه "يحظر على الطبيب أن يدير عيادته بواسطة زميل له . ومع ذلك، يجوز لمجلس المحافظة المختص، بأن يأذن بذلك لفترة ثلاثة أشهر، قابلة للتجديد مرة واحدة، إذا ما كانت العيادة لزميل متوفى أو ممنوع لأسباب صحية خطيرة من مواصلة نشاطه".

اما بالنسبة لقانون نقابة الاطباء العراقيين رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ فلم ترد اية اشارة على الشروط المفروضة على هذا الحلول ولا حتى على المدة الزمنية لهذا الحلول واكتفى المشرع العراقي بذكر الحالات التي يمنع فيها هذا الحلول وذلك في الفقرة ٥ من المادة ٢٨ من هذا القانون بقولها "اذا عوقب العضو بالمنع من مزاولة المهنة فلا يجوز ان يحل في عيادته زميل اخر مدة المنع". وهذا دليل اباحة حلول طبيب محل طبيب زميل له في عيادته الخاصة. وهذا التوجه محل نظر فلا يمكن ترك الباب مفتوحاً فلا بد من تحديد حالات معينة يسمح فيها للطبيب ان يحل الطبيب محل زميله في عيادته الخاصة كالإيفاد لأغراض علمية وغيرها من حالات الضرورة مع تحديد فترة زمنية معينة لهذا الحلول.

المطلب الثاني

خصائص عقود المشاركة الطبية وتكييفها القانوني

إن عقود المشاركة الطبية شأنها شأن باقي العقود لها خصائص تميزها، فهي تتميز بخصائص عامة كسائر العقود، فهي عقود رضائية، وعقود معاوضة، وملزمة للجانبين وعقود مستمرة.

عليه ولما تقدم سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الفرع الأول لبيان الخصائص التي تمتاز بها عقود المشاركة الطبية، أما الفرع الثاني فسوف نتناول فيه التكييف القانوني لعقود المشاركة الطبية وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

خصائص عقد المشاركة الطبية

تمتاز عقود المشاركة الطبية بأنها من العقود غير المسماة كما تمتاز بأنها من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها مجرد تراضي الطرفين دون الحاجة إلى اتخاذ العقد لشكل معين، كما تمتاز بأنها من عقود المعاوضة التي تنشئ التزامات متقابلة على طرفيها، وهي من العقود المستمرة. عليه سوف نتناول هذا المطلب وفق التقسيم التالي أولاً: عقود المشاركة الطبية باعتبارها عقوداً رضائية ثانياً: عقود المشاركة الطبية عقود معاوضة وعقود ملزمة للجانبين اما ثالثاً : فسوف نتكلم على عقود المشاركة الطبية باعتبارها عقوداً مستمرة وعقوداً مختلطة وعلى النحو التالي :

أولاً : عقود المشاركة الطبية عقود رضائية

تعتبر عقود المشاركة الطبية من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها توافق الإرادتين، ولم يشترط القانون شكلاً معيناً لهذا الاتفاق . فيكفي في هذا النوع من العقود مجرد ارتباط الإيجاب الصادر احد الطرفين بالقبول الصادر من الطرف الاخر في العقد . فهذا العقد ينعقد بمجرد قبول الطرف الثاني للإيجاب الصادر من الطرف الأول^(١).

كما تنقسم العقود من حيث تنظيمها التشريعي إلى عقود مسماة تكفل المشرع بتنظيمها وخصص لها اسماً معيناً مثل " البيع والإيجار " وذلك لشيوعها في التعامل بين الناس، وعقود أخرى لم يقم المشرع بتنظيمها ولم يحدد لها اسماً معيناً ولم يرتب لها أحكاماً خاصة تعرف بالعقود غير المسماة^(٢). وهذه العقود تخضع في تنظيمها وآثارها

(١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧٦، ص ٤٢.

(٢) لقد عرف الفقه الإسلامي العقود المسماة وهي خمسة وعشرون عقداً تضمنت مجلة الأحكام العدلية ثمانية عشر عقداً منها وهي (البيع، والإجارة، والكفالة، والحوالة، والرهن، وبيع الوفاء، الخ)، د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، ١٤١٨ هـ، ١٩٨٨ م، ص ٦٠٥ - فقرة ٤٦/١، نقلاً عن د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة "، دار الكتب العلمية، بيروت / لبنان، ٢٠٠٩، ص ١٣ .

للقواعد العامة التي تحكم مختلف العقود^(١). فالعقود تتطور من زمن إلى آخر بحسب ما يألفه الناس من تعامل وما تفرضه الحاجة والتطور في شتى الميادين القانونية والعلمية، والإنسان حر في إبرام ما يشاء من العقود بشرط ان تكون هذه العقود غير مخالفة للقانون والنظام العام والآداب العامة .

ثانياً : عقود المشاركة الطبية عقود معاوضة ملزمة للجانبين

وتتصف عقود المشاركة الطبية بأنها من عقود المعاوضة، تلك العقود الذي يأخذ فيه كلا المتعاقدين مقابلًا لما أعطاه . فهي عقود معاوضة بالنسبة للطبيب صاحب العيادة الخاصة لأنه يأخذ مقابلًا لما أعطاه كبذل ايجار او نسبة من الاجور التي يحصل عليها الطبيب البديل , وبالعكس فأن الطبيب البديل يتمكن من استخدام العيادة كمقابل للذي يعطيه .

فضلا عن ما تقدم تعد عقود المشاركة الطبية من العقود الملزمة للجانبين والتي تلقي على عاتق كل طرف التزامات متقابلة، فالطبيب الأصيل صاحب العيادة ملزم بتمكين البديل من استخدام عيادته الخاصة، وبالمقابل على الطبيب البديل باعتباره الطرف الثاني في العقد ابتداء تسديد المقابل المالي نظير استفادته من العيادة ومن ثم الالتزام بالاستخدام الأمثل لهذه العيادة من خلال العمل بمهنية بما يتناسب واخلاق مهنة الطب.

ثالثاً : عقود المشاركة الطبية من عقود المدة

وتعد عقود المشاركة الطبية من العقود المستمرة أو ما تعرف بعقود المدة التي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها بحيث يكون المقياس الذي يقدر به محل العقد^(٢).

فتنص المادة ٣٦ من الدستور الطبي الاردني لسنة ١٩٨٩ على انه "لا يسمح للطبيب أن يدير عيادة زميل له بصورة مؤقتة لمدة تزيد عن شهر واحد متصل إلا بموافقة

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة رقم ٧٦ من القانون المدني العراقي على انه (تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل)، كما نصت الأعمال التحضيرية الثانية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في المادة رقم ١٢٩ على أن (١). تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل).

(٢) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، البيع والإيجار، الطبعة الثالثة، بغداد، ١٩٧٤، ص٥.

مجلس النقابة على أن لا تزيد عن سنة" كما تنص المادة ٣٨ منه كذلك على انه "لا يجوز أن تدار عيادة طبيب في حالة غيابه عنها خارج البلاد لمدة تزيد عن ستة أشهر إلا بموافقة مجلس النقابة".

الفرع الثاني

التكييف القانوني لعقود المشاركة الطبية

إن تحديد طبيعة العلاقة القانونية وردها إلى نظام قانوني معين تسمى التكييف، والتكييف القانوني هو (عمل قضائي أولاً، ثم عمل فقهي ثانياً) فهو من حيث أنه عمل قضائي يقوم به القاضي بإعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة المعروضة عليه تمهيداً لتطبيق الحكم القانوني الملزم عليها " كما أنه عمل فقهي يقوم به الفقيه بتصنيف الوقائع حسب أوصافها فيجمع عدداً منها ويضعها في مجموعة واحدة ثم يقوم بتسمية هذه المجموعة ليتم من بعد ذلك إدراج الوقائع المماثلة، وهذا ما جعل بعضهم يطلق لفظ التصنيف على التكييف^(١).

وكلمة تكييف على وزن تفعيل أي أن الذي يقوم بهذا الفعل هو الذي يجعل موضوع الفعل متكيفاً لحكم قانوني^(٢). وتكييف العقد يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسير إرادة الطرفين، فمتى تبين للمحكمة إرادة الطرفين على حقيقتها كان بإمكانها الوصول إلى التكييف القانوني الصحيح للعقد من غير التقيد بتكييف العاقدین له.

(١) د. سامي بديع منصور، د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥، ص ٨٥. نقلاً عن د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، مجلد ١، السنة التاسعة، عدد ٢٠، السنة ٢٠٠٤، ص ٩٢.

(٢) المقولات العشر في مبحث القيم (الأكسيولوجيا) هي: الجوهر، الكم، الكيف، إلخ إضافة، الأين، الـمتى، الوضع، الملك، الفعل، والانفعال. د. إمام عبد الفتاح إمام، محاضرات في المنطق، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٨٩. نقلاً عن د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، المرجع سابق، ص ٩٣.

وحيث ان عقود المشاركة الطبية من العقود الحديثة النشأة سوف نحاول الوصول الى التكييف القانوني لهذه لعقود من خلال قياس الأحكام العامة عليها وكما يأتي فنتكلم اولاً عن عقد المشاركة الطبية باعتبارها عقد إيجار، وثانياً عن عقد المشاركة الطبية باعتباره عقد عمل. اما ثالثاً و أخيراً فسوف نبحث في عقد المشاركة الطبية باعتباره عقد مقاوله وكما يأتي :

أولاً: عقد المشاركة الطبية باعتباره عقد إيجار

عرف المشرع العراقي عقد الإيجار بأنه "تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور"^(١). وبمقتضى عقد الإيجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المأجور بمقابل التزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر دون ان يؤدي ذلك إلى انتقال ملكية الشيء محل العقد إلى المستأجر، فالملكية تبقى خالصة للمالك، وان المستأجر ملزم بإعادة محل العقد إلى المؤجر عند انقضاء العقد^(٢). وبالرغم من توافق عقود المشاركة الطبية مع عقد الإيجار كونه أكثر انسجاماً وتوافقاً مع أحكام هذا العقد لأنه عقد رضائي وملزم للجانبين وعقد معاوضة وعقد من عقود المدة . الا انه لا يمكن تكييفه في جميع الحالات على انه عقد ايجار وذلك لوجود حالات يتم فيها الاتفاق على حصول الطبيب الأصيل على نسبة من الاجور التي يتقاضاها الطبيب البديل اثناء استغلال لعيادة الأصيل. وهناك حالات اخرى لا يأخذ الطبيب الأصيل مقابل من البديل اذا ما كانت مدة الحلول قصيرة نسبياً، وتكمن فائدة الطرف الاول في هذه الحالة في الاستمرار بفتح عيادته الخاصة تجنباً لخسارة زبائنه فضلاً عن ضمان الاستمرار بمتابعة المرضى الذين اعتادوا مراجعته.

ثانياً : عقد المشاركة الطبية باعتباره عقد عمل

عرفت المشرع العراقي عقد العمل بأنه (عقد يتعهد به احد طرفيه بان يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر ويكون في ادائه تحت توجيهه وادارته مقابل اجر يتعهد به الطرف الآخر، ويكون العامل أجيراً خاصاً)^(٣).

(١) المادة رقم ٧٢٢ مدني عراقي، تقابلها المادة رقم ٥٥٨ مدني مصري، المادة رقم ٥٦١

مدني كويتي، المادة رقم ٦٥٨ مدني أردني.

(٢) د. سعدون العامري، مرجع السابق، ص ٢٨٩.

(٣) المادة ٩٠٠ مدني عراقي، تقابلها المادة ٦٧٤ مدني مصري.

وعرف المشرع الفرنسي عقد إجارة العمل في المادة رقم ١٧١٠ من القانون المدني الفرنسي بأنه " ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد أطرافه بعمل شيء لحساب آخر لقاء أجر متفق عليه بينهما". من هذا يتضح ان عقد العمل هو اتفاق الغرض منه قيام شخص بأداء عمل لحساب شخص آخر وتحت ادارته واشرافه لقاء اجر معين. ومع اقتراب فكرة عقد العمل من عقود المشاركة الطبية الا اننا وحسب وجهة نظرنا المتواضعة نرى بأنه من غير المنطقي ان يلتزم طبيب بالعمل تحت اشرف وتبعية طبيب اخر خصوصاً وان الطبيبان يحملان نفس المؤهل والكفاءة العلمية التي تفرضها معظم القوانين المختصة.

ثالثاً : عقد المشاركة الطبية باعتباره عقد مقاوله

عُرف عقد المقاوله بأنه (عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الأخر)^(١). ويعد عقد المقاوله من العقود المسماة التي يلتزم بها الطرف الأول والذي يسمى بالمقاول بأن يعمل أو يصنع شيئاً لمصلحة الطرف الثاني الذي يسمى برب العمل مقابل أجر متفق عليه مسبقاً. لذا فإن من اهم خصائص عقد المقاوله ان من يقوم بالعمل يفعل ذلك مستقلاً دون ان يخضع في ذلك لإشراف او ادارة الطرف الاخر وهو ما يميز عقد المقاوله عن عقد العمل^(٢). ولا يكون رب العمل مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه^(٣).

وبدورنا نعتقد انه لا يمكن اعتبار عقد المشاركة الطبية عقد مقاوله لأن العقود الطبية تقوم على الاعتبار الشخصي التي يكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار، فمن المؤكد ان من يراجع عيادة خاصة لطبيب معين يكون قاصداً لشخص ذلك الطبيب، ولو لم يكن للاعتبار الشخصي مكانة في ذلك العقد لكان قد راجع مشفى او مركز صحي عام، ومن المفروغ منه ان الطبيب البديل لا يمكن ان يتنازل عن هذا الحلول لطبيب آخر يحل محله، وهو ما يسمح به عقد المقاوله تحت تسمية المقاوله من الباطن.

(١) المادة رقم ٨٦٤ مدني عراقي، تقابلها المادة رقم ٦٤٦ مدني مصري، المادة ١٧١٠ مدني فرنسي.

(٢) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاوله، دار النهضة العربية، دون سنة الطبع، ص ٦٠ .

(٣) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة "دراسة مقارنة"، مطبعة وأوفسييت عشثار، بغداد، ١٩٨٥، ص ٢٣ .

وبعد ان انتهينا من بيان الآراء التي قيلت في تكييف العقود بشكل عام محاولين الوصول الى التكييف القانوني المناسب لعقود المشاركة الطبية فأننا نميل إلى القول بتكييف عقود المشاركة الطبية في معظم حالاتها هي عقود شراكة بين الاطباء يلتزم الطرف الاول فيها بتقديم العيادة وموجوداتها بالسمعة التي تتمتع بها مقابل اعطاء الطرف الثاني جزءاً من الاجور التي يحصل عليها من المرضى الذين يراجعون تلك العيادة ويكون هذا العقد في ظروف استثنائية نصت عليها القوانين ذات الاختصاص، وتبرز صورة الشراكة من جانب الطبيب صاحب العيادة بما يقدمه للطبيب البديل من عيادة وموجوداتها من اثاث واجهزة طبية وتتمثل الشراكة بالربح اذا ما عملت هذه العيادة وورد عليها الزبائن اما الخسارة فتتمثل بحالة عدم توافد المرضى وتحمل الطبيب الاصيل ايجار العيادة وباقي المصاريف المترتبة عليها من اجور ماء وكهرباء وضرائب، اما بالنسبة للطبيب البديل فيتمثل عنصر المشاركة لديه بالجهد الذي يبذله في استقبال المرض ومعاينتهم والكشف عليهم اما عنصر الخسارة فيتمثل بتواجده بالعيادة واضاعته لوقته استعدادا لاستقبال المرضى الذين سوف يزورون العيادة .

كما قد يكون عقد ايجار يتعهد الطبيب الاصيل بتمكين البديل من استغلال عيادته الخاصة مقابل مبلغ مالي معين يدفعه البديل فضلا عن الالتزامات الاخرى التي يفرضها هذا العقد. وقد يكون هنالك اتفاق على فتح العيادة واستغلالها من قبل الطبيب البديل بدون مقابل مالي يدفع لصاحب العيادة، وتكمن الفائدة للطرف الاول بالاستمرار بفتح عيادته أمام زبائنه .

المبحث الثاني

أركان عقود المشاركة الطبية والآثار الناشئة عنها

إن من موجبات تكوين العقد توافر أركانه فإذا توافرت أركانه صحيحة قام العقد وإذا تخلفت أركانه بطل العقد . فأركان العقد تعد من الشرائط الأساسية لقيامه فهي بمثابة العناصر التي تكونه وهي من الشروط اللازمة لوجوده وهو ما يعرف ببنية العقد^(١) . وعقود المشاركة الطبية كسائر العقود لا بد لقيامها من توافر الاركان الخاصة بالعقد وهي الرضا

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم من بعد، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤ - ٥.

والمحل والسبب، وإذا ما قامت هذه العقود فإنها سوف ترتب آثاراً على أطرافها وهو ما سنحاول ان نبينه من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول اركان عقود المشاركة الطبية أما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه الآثار القانونية لعقود المشاركة الطبية وكما يأتي:

المطلب الأول

أركان عقود المشاركة الطبية

الأركان جمع ركن والركن في اصطلاح علماء الأصول ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان غير داخل في حقيقته، وأركانه هي أجزاؤه التي يتألف منها ويتحقق بها وجوده وانعقاده^(١). فليقيام العقد لابد من توافر رضا طرفيه وأن ينصب هذا التراضي على محل قابل لترتيب أثر عليه، ولما كانت الإرادة تصدر من إنسان عاقل فهي لا تصدر إلا لغاية أو دافع لهذا كان السبب ركناً آخر من أركان العقد.

ولما تقدم سوف نتناول اركان عقود المشاركة الطبية كما يأتي : فنتناول الرضا باعتباره الركن الاول بينما نتناول المحل باعتباره الركن الثاني ونتناول السبب باعتباره الركن الثالث من اركان عقود المشاركة الطبية وكما يأتي : —

أولاً : الرضا في عقود المشاركة الطبية

يحظى ركن الرضا في مجال التعاقد باهتمام بالغ سواء من جانب المشرع أو الفقه والقضاء ويرجع ذلك لكون الإرادة جوهر العقد وأكثر موضوعاته حاجة إلى البيان والتفصيل، سواء من حيث التعبير عنها أو من حيث وجودها وصحتها وكذلك من حيث حمايتها وتنويرها^(٢).

(١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة معدلة، دار الفكر

المعاصر، بيروت / لبنان، ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م، ص ١٩٣٠.

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد في الإعلام في عقد البيع، في ضوء

الوسائل التكنولوجية الحديثة، دراسة مقارنة، بلا مكان طبع، ٢٠٠٥، ص ٤-٥.

والرضا أو التراضي هو "اتفاق إرادتين على إحداث اثر قانوني"^(١). فالرضا يمثل العمود الفقري للعقد، ويجب لوجود الرضا أن توجد إرادة، والإرادة هي المصدر الأساسي في العقد فلها أن تضمنه ما تشاء من شروط إلا ما يخالف النظام العام والآداب العامة، وأن تتجه هذه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين، وأن يعبر عن هذه الإرادة بإحدى الطرائق المعروفة قانوناً .

فضلا عن ذلك يجب أن تتجه الإرادة إلى علم من وجهت إليه لكي تكون منتجة لآثارها القانونية. وإن مجرد وجود التراضي لا يكفي لانعقاد العقد صحيحاً وناظراً مرتباً الحقوق والواجبات على أطرافه، فيجب أن يكون التراضي صحيحاً، وهو لا يكون كذلك إلا بتمتع أطراف العقد بالأهلية اللازمة لإبرامه على أن تكون هذه الأهلية سليمة من العيوب^(٢). ومن غير المعقول أن يكون الشخص المجاز لممارسة مهنة الطب غير بالغ سن الرشد او يعتره عارض من عوارض الأهلية فمهنة الطب قاصرة على من تتوفر فيه شروط هذه المهنة المنصوص عليها في جميع التشريعات الخاصة بها والتي سبق ذكرها والتي يمكن اجمالها في اشتراط الحصول على المؤهل العلمي المطلوب والتمتع بالجنسية والقيود في جدول النقابات المختصة .

ولما كانت العلاقة القائمة بين الطبيب الأصيل صاحب العيادة الخاصة والطبيب الذي سيحل محله هي علاقة تعاقدية، لذلك لزم بأن يكون كلا الطرفين احراراً في اختيار من يتعاقدون معه، وبالتالي يكون لكل منهما الحق في التعاقد من عدمه بصرف النظر عن اسباب هذا الرفض . وذلك استناداً لمبدأ حرية الشخص في اختيار من يتعاقد معه .

وبما ان عقود المشاركة الطبية من العقود الرضائية الملزمة للجانبين الامر الذي يستلزم وجود الاهلية اللازمة للتعبير عن الرضا وتطبيقاً للقواعد العامة فإن الطبيب كي يباشر مهنته سواء في القطاع الخاص ام في القطاع العام يجب ان يكون متمتعاً بالأهلية القانونية اللازمة وبلوغ سن الرشد من الأمور المفروغ منها فمن غير المعقول ان يباشر طبيب مهنة الطب الا اذا كان بالغاً سن الرشد، والاهلية التي تهمنا في الموضوع هي اهلية

(١) د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١١٧ .

(٢) د. عبد الحكيم فودة، موسوعة التعليق على القانون المدني بقضاء النقص، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتب الفني للموسوعات القانونية- الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٩ .

الشخص بمباشرة العمل الطبي وهي استيفاءه الشروط القانونية اللازمة لمباشرة مهنة الطب المتمثلة بالحصول على المؤهل العلمي المطلوب والتقييد في سجلات النقابات والجنسية بالنسبة للعراقيين أو قبول الانتماء للنقابة على اساس المعاملة بالنسبة لغير العراقيين . فتتضمن المادة ٣ من قانون نقابة اطباء العراقيين مثلاً على انه (لا يجوز للطبيب ممارسة المهنة في العراق إلا بعد انتمائه إلى النقابة وحصوله على شهادة التسجيل وإجازة ممارسة المهنة) . كما تنص المادة ٤ من نفس القانون على انه "يشترط في العضو أن يكون عراقي الجنسية حائزاً على شهادة كلية طب عراقية أو ما يعادلها وللنقابة قبول انتماء الأطباء العرب والأجانب الذين لم يحرموا من حق الممارسة في بلادهم بسبب أساءتهم للمهنة ومن تعامل بلادهم العراق بالمثل أو الذين قد ارتبطوا مع إحدى الجهات الوطنية في القطر أو الأجنبية العاملة فيه على أن تقتصر ممارستهم للمهنة على أعمال وظيفتهم إذا كانت بلادهم لا تعامل العراق بالمثل". وكذلك بالنسبة لقانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ ان تنص المادة ١ منه على انه "لا يجوز بوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها وكان اسمه مقيداً بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية و بجدول نقابة الأطباء البشريين ...".

وكذلك الحال بالنسبة لقانون الصحة العامة الفرنسي رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٤ فتتضمن المادة ٦٢ في ترخيص المهن الصحية على انه "يحظر الترخيص لمزاولة أي مهنة صحية، أو مهنة صحية مساعدة، إلا بعد توافر الشروط المحددة من الوزارة والنقابة ذات العلاقة"، كما تنص المادة ٦٣ منه على انه "يحظر مزاولة أية مهنة صحية، أو مهنة صحية مساعدة، إلا بعد الحصول على الترخيص".

ثانياً : المحل في عقود المشاركة الطبية

يعرف المحل بأنه "العملية القانونية التي تراضى المتعاقدان على تحقيقها وبشرط أن لا تكون مخالفة للقواعد العامة للعدالة والآداب العامة"^(١).

(١) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٩٢.

وهو الركن الثاني في العقد، فحتى ينعقد العقد صحيحاً لا بد أن يكون له محل قابل لحكمه^(١).

ومحل عقود المشاركة الطبية بالنسبة للطرف الاول وهو صاحب العيادة الخاصة تمكين الطرف الثاني من استغلال عيادته الخاصة فضلاً عن الحصول على الموافقات الاصولية لهذا الحلول، أما المحل بالنسبة للطرف الثاني هو اداء المبلغ المالي المتفق عليه مع الطرف الاول واحترام اصول وقواعد المهنة والمحافظة على سمعة وموجودات العيادة .

ثالثاً : السبب في عقود المشاركة الطبية

يعرف السبب بأنه "الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه"^(٢). ويتصل السبب اتصالاً وثيقاً بالإرادة، ولكنه ليس نفس الإرادة بل انه الغرض المباشر الذي تتجه إليه الإرادة، فيوجد السبب حيث توجد الإرادة^(٣). فيجب أن يكون لكل عقد سبب فيكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع أو مخالف للنظام العام أو للأداب العامة^(٤). كما يعرف السبب بأنه "الباعث على التعاقد، أي الغرض

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة رقم ١٣٣ من القانون المدني العراقي على أن (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بان يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه صحيحة سالمة من الخلل).

(٢) تعريف كابيتان للسبب، نقلًا عن . عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزام في القانون المدني، مجموعة المحاضرات التي ألقاها على طلبة كلية الحقوق العراقية سنة ١٩٤٠. ١٩٤١، مطبعة التقييض الأهلية، بغداد، ١٩٨٠، ص ٧١ .

(٣) د. فريد فتیان، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٥، ص ٦٩ .

(٤) تنص الفقرة الأولى من المادة رقم ١٣٢ من القانون المدني العراقي على أنه (يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للأداب).

البعيد أو غير المباشر الذي جعل الملنزم يتعاقد^(١). وهو ما جاءت به النظرية الحديثة للسبب .

ونعتقد ان السبب في عقود المشاركة الطبية يتمثل بالغرض البعيد او الباعث الدافع الذي قصده كلا الطرفين في العقد، والسبب بالنسبة للطرف الاول يتمثل بالاستمرار بفتح العيادة امام الجمهور للإفادة منها مادياً والحفاظ على سمعتها. اما بالنسبة للطرف الثاني فيتمثل السبب بالحصول على الشهرة والمنفعة المادية من جراء استغلاله العيادة والعمل بها، كون الطرف الثاني وهو الطبيب الذي حل محل الطبيب الأصل اقل شهرة وزبائناً من الطرف الاول.

المطلب الثاني

الآثار الناشئة عن عقود المشاركة الطبية

بعد قيام عقود المشاركة الطبية بتوافر أركانها الثلاث المتمثلة بالرضا والمحله والسبب وصدور الإرادة ممن هو أهل لها وعدم تعرض أطرافها لعارض من عوارض الأهلية أو لعب من عيوب الإرادة سوف ينشأ العقد صحيحاً مرتباً لآثاره القانونية على أطرافه من حقوق تنشأ لهم والتزامات تترتب عليهم، ونتيجة لعدم التزام أحد الأطراف بالتزامات التي يفرضها عليه العقد تنهض مسؤوليته بجميع أشكالها المدنية منها والجزائية عند توافر أركانها.

عليه ولما تقدم سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الأول لبيان الحقوق والتزامات التي يترتبها هذا العقد، أما الفرع الثاني فسوف نتناول فيه المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزامات الناشئة عن عقود المشاركة الطبية وكما يأتي: —

(١) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص ١٠١.

الفرع الأول

حقوق والتزامات طرفي عقود المشاركة الطبية

لعل من الواجب ذكره أثناء الكلام على الآثار القانونية التي تترتب على عقود المشاركة الطبية ذكر الالتزامات التي يرتبها هذا العقد على طرفيه والحقوق التي يعترف لهم بها، فعقود المشاركة الطبية ترتب التزامات متقابلة على طرفيه، فيعطى الطبيب صاحب العيادة الخاصة وهو الطرف الأول للعقد حقوق كما يرتب عليه التزامات، وكذلك هو الحال بالنسبة للطرف الثاني في العقد وهو الطبيب الذي يحل محله.

فمن أهم الالتزامات الذي تفرضها عقود المشاركة الطبية على الطرف الأول هو الالتزام بتمكين الطرف الثاني من استغلال العيادة الطبية، كما يترتب عليه التزام بإعلام الجهات ذات الاختصاص في حالة تغيبه عن العيادة وتكليف زميل إداراتها فمثلا تنص المادة ٤٧ من قانون ممارسة مهنة الطب المغربي على انه "في حالة غياب مؤقت يمكن لطبيب ان يطلب من رئيس المجلس الجهوي للهيئة بأن ينيب عنه أحد زملائه"، كما تنص المادة ٣٨ من الدستور الطبي الأردني على انه "لا يجوز أن تدار عيادة طبيب في حالة غيابه عنها خارج إلا بموافقة مجلس النقابة".

ومقابل هذه الالتزامات فأن الطبيب البديل تترتب عليه التزامات منها تسديد المقابل المالي لاستغلاله لعيادة الطرف الاول، والحفاظ على موجودات العيادة من اجهزة طبية واثاث، ومسؤولية الحفاظ على سمعة العيادة، وتجنب منافسة الطبيب الأصيل عند انتهاء مدة العقد، كما يقع عليه التزام اعلام المريض بأنه ليس بالطبيب الأصيل صاحب العيادة وانه البديل عنه وهذا الطول لا يتعارض مبدئياً مع قواعد مهنة الطب واخلاقياتها متى كان الطبيب الجديد على قدرة وكفاءة تتناسب مع كفاءة الطبيب الأصيل وهو تكريس لمبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه^(١). وبالنظر لكون هذه العقود من العقود الملزمة للجانبين فأن ما يعد حقاً بالنسبة لطرف فإنه يعد التزاماً على الطرف الآخر.

(١) زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٧٢.

الفرع الثاني

المسؤولية المترتبة على الإخلال بعقود المشاركة الطبية

يحكم القانون سلوك الأفراد في المجتمع من خلال تنظيم الروابط والعلاقات فيما بينهم وذلك بتنظيم حقوقهم وواجباتهم المتبادلة، فكل حق يقابله التزام وكل إخلال بالالتزام يترتب المسؤولية على الطرف المخل. والمسؤولية لغة: هي "التبعة"^(١).

أما المسؤولية اصطلاحاً : فهي "الموجب (الالتزام) الذي يتحملة الشخص نتيجة لأفعاله أو لأفعال الآخرين المسؤول عنهم أو الأشياء التي يملكها أو يستعملها"^(٢). ويعرف الفقيه سافاتييه المسؤولية بأنها: "الالتزامات التي تؤخذ على عاتق من يكون مسؤولاً عن نتائج النشاط الذي يقوم به"^(٣).

وتقوم فكرة المسؤولية المدنية الحديثة بشقيها العقدي و التقصيرية على أساس الضرر الذي يصيب المضرور بأسرع وقت وأقصر طريق، ومن هذه الفكرة تطورت المسؤولية المدنية تطوراً مذهلاً أصاب مختلف جوانبها، فأخذ هذا التطور خطى متسارعة فقد تم توظيف جميع المعارف والاكتشافات العلمية في تقنيات الإنتاج لمختلف السلع والخدمات مما أدى إلى ظهور عقود جديدة لم يكن لها وجود قبل وقت قصير مما يدفع المشرع إلى إعداد التنظيمات والتشريعات القانونية لمعالجتها^(٤). والمسؤولية بكافة أشكالها يتطلب لنهوضها توافر ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

- (١) المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة مصر، ١٣٨١هـ، ١٩٦١م، ص ٢٢٠ .
- (٢) د. روجي البعلبكي، مورييس نخلة، صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي "عربي، فرنسي، إنكليزي" الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/ لبنان، ص ١٥٢١ .
- (٣) د. جبار طه، إقامة المسؤولية على العمل غير المشروع على عنصر الضرر، منشورات جامعة صلاح الدين، العراق، بلا سنة طبع، ص ١٨ .
- (٤) د. درع جهاد، المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد ٩، العدد ١٦، جمادي الأول ١٤٢٧، أيار/ مايو ٢٠٠٦، ص ٢٠٧ .

وتنشأ المسؤولية في عقود المشاركة الطبية نتيجة للإخلال بالالتزامات التي يفرضها القانون والعلاقة العقدية ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود فضلاً عن الأخلاق والمبادئ العامة، فتترتب المسؤولية المدنية بشقيها العقدية و التقصيرية فضلاً عن المسؤولية الجزائية على طرفي العقد نتيجة للإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد والقانون. ولغرض الابتعاد عن القواعد العامة التقليدية في موضوع المسؤولية التي تتناول مسؤولية طرفي العقد عن الإخلال بالالتزامات، سوف نناقش على من تقع هذه المسؤولية في عقود المشاركة الطبية.

فكما بينا من خلال بحثنا هذا بأن طرفي العقد هما اطباء يمارسون مهنة الطب فقد يقع خطأ طبي يستلزم قيام المسؤولية المدنية بمختلف اشكالها بمناسبة هذا العقد، فعلى من تقع هذه المسؤولية فهل تقع على الطبيب صاحب العيادة كون الفعل قد وقع بعيادته وبسبب اشخاص تقع عليه مسؤولية اختيارهم ام تقع على الطبيب الذي حل محل الطبيب الاصلي صاحب العيادة على اعتبار الاستقلالية في العمل؟.

والإجابة على هذا السؤال تختلف باختلاف التكييف القانوني الذي يعتمد، فإذا اعتبر العقد الذي تم بين الطرفين عقد إيجار فيتحمل الطبيب الذي حل محل الطبيب الأصل في العيادة تلك المسؤولية على اعتبار الطبيب البديل متمتع بالاستقلال في عمله.

كذلك هو الحال اذا ما تم تكييف العقد على انه عقد مشاركة كون الطبيب الأصل مشترك بعيادته فقط اما الطبيب البديل هو من يقوم بالعمل الفني المرتبط بمهنة الطب.

ويصدق الامر فيما اذا كان المريض يراجع العيادة لأول مرة أم انه سبق له مراجعة الطبيب الأصل. فاذا ما وقع الخطأ من قبل الطبيب البديل في حالة كون المريض يراجع العيادة لأول مرة فتكون المسؤولية على ذلك الطبيب، والامر يختلف في حالة كون الخطأ قد وقع اثناء علاج لمريض سبق له مراجعة الطبيب الأصل فأوكل الطبيب الأصل مهمة متابعة حالة ذلك المريض للطبيب البديل، فاذا قبل المريض بالاستمرار بالعلاج لدى الطبيب البديل فلا يعني ذلك قيام عقد جديد مع الطبيب البديل انما هو استمرار للعقد الذي سبق وأن أبرمه مع الطبيب الأصل عندها يكون المريض بالخيار بالرجوع بأحكام المسؤولية التقصيرية في مواجهة الطبيب البديل أو بالرجوع وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية

عن فعل الغير في مواجهة الطبيب الأصيل^(١). كون العقد الذي يبرمه الطبيب الاصيل مع البديل لا يفسخ العقد الاصيلي الذي ابرمه الطبيب الاصيل مع المريض بل هو وسيلة لضمان استمرارية نفاذه، فهو مجرد تفويض لتنفيذ الالتزام مؤقتاً، فبمجرد عودة الطبيب الاصيل تنتهي مهمة البديل^(٢).

والسؤال الذي يطرح نفسه عن حكم المسؤولية الناجمة وما طبيعتها القانونية في حالة كون العقد القائم غير صحيح (الطبيب الأصيل صاحب العيادة لم يبلغ الجهات الرقابية بحلول طبيب محله في العيادة الخاصة به ولم يستحصل الموافقات الاصولية لذلك)؟
فإذا ما أقدم طبيب على احلال طبيب محله في عيادته الخاصة وهو غير قادر على أن يستوفي الشروط اللازمة لهذا الحلول (الحصول على اذن من الجهات المختصة) كان مخطئاً وحقت عليه المسؤولية، ويكون للمريض الذي يراجع العيادة وهو مطمئن إلى المظهر الصحيح أن يركن إلى طلب التعويض تطبيقاً لأحكام المسؤولية بشقيها العقدية او التقصيرية اذا ما تحقق له الضرر^(٣).

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي كرسناها لموضوع عقود المشاركة الطبية فإننا قد توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات والتي نوردها كما يأتي :

أولاً النتائج :

١. ان المشرع العراقي لم ينظم هذا النوع من العقود، بل انه لم يحدد حتى الشروط اللازمة لحلول طبيب محل طبيب اخر في عيادته الخاصة كما فعلت معظم التشريعات المختصة بذلك . بل انه تناول الموضوع بشكل خجول في الفقرة الخامسة من المادة ٢٨ من قانون نقابة اطباء العراقيين رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ بقولها "اذا عوقب العضو بالمنع من مزاوله المهنة فلا يجوز ان يحل في عيادته زميل اخر مدة المنع".

(١) زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص ٧٣ .

(٢) آيت مولود ذهبية، مرجع سابق، ص ٥٢ .

(٣) بهذا المعنى د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، شركة التايميس للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ٩٦-٩٧.

٢. إن عقود المشاركة الطبية من العقود حديثة النشأة والتي تخضع للقواعد العامة، وهي عقود رضائية تنعقد باتفاق الطرفين كما انها من عقود المعاوضة التي يأخذ كلا طرفيها مقابلاً لما يعطيه، وهي كذلك من العقود المستمرة التي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها.

٣. ان عقود المشاركة الطبية في معظم الحالات هي عقود شراكة لوجود اتفاق على حصول الطبيب الأصيل على نسبة من الأجر التي يتقاضاها الطبيب البديل اثناء استغلال عيادة الأصيل، كما انها قد تكون من عقود الإيجار. وهناك حالات أخرى لا يأخذ الطبيب الأصيل مقابلاً من البديل اذا ما كانت مدة الحلول قصيرة نسبياً، وتكمن فائدة الطرف الأول في هذه الحالة في الاستمرار بفتح عيادته الخاصة تجنباً لخسارة زبائنه فضلاً عن ضمان الاستمرار بمتابعة المرضى الذين اعتادوا مراجعته.

٤. ترتب عقود المشاركة الطبية مجموعة من الحقوق لطرفي العقد كما تترتب عليهم مجموعة من الالتزامات.

٥. تترتب على طرفي عقود المشاركة الطبية المسؤولية من جراء عدم الالتزام بما يقتضيه القانون والعقد. فتتحقق المسؤولية التقصيرية بحق الطبيب البديل اذا ما كيف العقد على انه عقد مشاركة او عقد إيجار، وتختلف مسؤولية طرفي العقد باختلاف حالة المريض المراجع للعيادة فتتحقق مسؤولية الطبيب البديل إذا ما كان المريض يراجع لأول مرة وتكون المسؤولية على الأصيل والبديل اذا ما كان المريض يراجع لأكثر من مرة مع رضائه بأن يستمر العلاج لدى الطبيب البديل.

ثانياً : التوصيات

ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم موضوع حلول الأطباء محل بعضهم البعض بنص خاص وفق شروط معينة وكما فعلت التشريعات المقارنة . محددًا فيه ضرورة : الحصول على موافقة نقابة الأطباء العراقية، تسجيل الطبيب البديل في سجلات النقابة وموافقتها، شهادة وخبرة الطبيب البديل، مدة الحلول.

ندعو المشرع كذلك الى صياغة قواعد قانونية تلزم الأطباء البدلاء بإعلام المراجعين بحالة الحلول اذا ما حدثت.

كما ندعو الى تنظيم هذا النوع من العقود بقالب قانوني خاص لتسهيل تفسير أحكامه في حالة حدوث خلاف بين طرفيه ولتسهيل تطبيق احكام المسؤولية الطبية في حالة حصول الخطأ الطبي.

المصادر

أولاً . المعاجم :

١. العلامة ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤ .
٢. المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة مصر، ١٣٨١هـ، ١٩٦١م .

ثانياً . كتب الفقه :

٣. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة معدلة، دار الفكر المعاصر، بيروت / لبنان، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م .

ثالثاً . الكتب القانونية :

٤. د. جبار طه، إقامة المسؤولية على العمل غير المشروع على عنصر الضرر، منشورات جامعة صلاح الدين، العراق، بلا سنة طبع .
٥. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول ، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٧٦.
٦. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، شركة التايميس للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١ .
٧. د. روجي البعلبكي، مورييس نخلة، صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي " عربي، فرنسي، إنكليزي "، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان .
٨. د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول، البيع والإيجار، الطبعة الثالثة، بغداد، ١٩٧٤.
٩. د. عبد الحكيم فودة، موسوعة التعليق على القانون المدني بقضاء النقض، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتب الفني للموسوعات القانونية، ٢٠٠٧.
١٠. عبد الحميد عمر وشاحي، نظرية الالتزام في القانون المدني، مجموعة المحاضرات التي ألقاها على طلبة كلية الحقوق العراقية سنة ١٩٤٠-١٩٤١، مطبعة التفويض الأهلية، بغداد .

١١. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الأول، البيع و المفايضة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٦٠.
١٢. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
١٣. د. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم من بعد، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ .
١٤. د. عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع، في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، دراسة مقارنة، بلا مكان طبع، ٢٠٠٥ .
١٥. د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
١٦. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠.
١٧. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة "، دار الكتب العلمية، بيروت / لبنان، ٢٠٠٩ .
١٨. د. فريد فتیان، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٥ .
١٩. د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة " دراسة مقارنة "، مطبعة وأوفسيت عشتار، بغداد، ١٩٨٥.
٢٠. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، لقاهرة، ١٩٧٧ .
٢١. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، دون سنة الطبع.
٢٢. د. نرمين محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة على علاقات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، غزة، ٢٠٠٢ .

رابعاً . الرسائل الجامعية :

٢٣. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٥.
٢٤. آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية / الجزائر، ٢٠١١.
- متاحة على شبكة المعلومات العالمية :

<http://www.droitentreprise.com>

خامساً . البحوث القانونية :

٢٥. د. درع جهاد، المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، مجلد ٩، العدد ١٦، جمادي الأول ١٤٢٧، أيار/ مايو ٢٠٠٦.
٢٦. د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الموصل، مجلد ١، السنة التاسعة، عدد ٢٠، السنة ٢٠٠٤.

سادساً . القوانين :

١. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ طبعة ٢٠٠٣ .
٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٤. لقانون مزاولة مهنة الطب المصري رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤.
٥. قانون مزاولة مهنتي الطب البشري وطب وجراحة الأسنان لدولة قطر رقم ٢ لسنة ١٩٨٣.
٦. قانون نقابة الأطباء العراقي رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ .
٧. الدستور الطبي الأردني / واجبات الطبيب وأداب المهنة لسنة ١٩٨٩ .
٨. لائحة آداب المهنة المصرية رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣ .
٩. قانون الصحة العامة الفرنسي رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٤.
١٠. قانون ممارسة مهنة الطب المغربي رقم ١٣٠١٣١ لسنة ٢٠٠٥ .
١١. قانون الآداب الطبية اللبناني رقم ٢٨٨ لسنة ٢٠٠٩ .
١٢. مدونة الأخلاقيات الطبية الفرنسية لسنة ٢٠١٧ .