

حقوق مالکانه از منظر حقوق عمومی نقدی بر دادنامه‌ای از دیوان عدالت اداری

عبدالله خدابخشی*

متن دادنامه:

شعبه ۴۴ دیوان عدالت اداری به موجب دادنامه شماره ۷۷۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۵/۲۹ موضوع پرونده شماره ۹۶۰۱۱۷ مقرر می‌دارد: «شاکی اظهار داشته است که مورث ایشان به‌عنوان دکتر داروساز دارای مجوز تأسیس داروخانه بوده که با توجه به فوت نامبرده در سال ۱۳۹۴، وراثت دیگر، وی را به‌عنوان فرد واجد صلاحیت جهت انتقال پروانه تأسیس داروخانه معرفی نموده‌اند که طرف شکایت به بهانه فقدان مدرک دکترای داروسازی و عدم کسب امتیاز لازم، از صدور مجوز به نام موکل امتناع می‌نماید. این در حالی است که پروانه تأسیس داروخانه، حقی مالی است که قهراً به وراثت منتقل می‌گردد و نیازی به احراز شرایط تأسیس اولیه نمی‌باشد. ضمناً مؤسس و مسئول فنی از یکدیگر مستقل بوده و نیازی به تأیید صلاحیت فنی مؤسس نمی‌باشد. نظریه تفسیری شورای نگهبان، نظریه مشورتی اداره قوانین مجلس و نیز آراء متعدد صادرشده از شعب دیوان عدالت اداری مؤید این مطلب می‌باشد. طرف شکایت اظهار داشته است که صدور پروانه تأسیس داروخانه مستنداً به بند ۱۲ ماده ۱ قانون تشکیل وزارت بهداشت، از وظایف ذاتی وزارت می‌باشد؛ نظر به حساسیت امر تصدی داروخانه، واگذاری آن به فرد فاقد صلاحیت فنی می‌تواند عواقب خطرناکی بر بهداشت و سلامتی مردم داشته باشد لذا رد شکواییه شاکی را تقاضا نموده است. بنابراین با توجه به مندرجات دادخواست و اوراق پرونده، ختم رسیدگی را اعلام و به شرح ذیل مبادرت به صدور رأی می‌نماید: «رأی دیوان» اول - پروانه تأسیس داروخانه همچون سایر مجوزهای تأسیس اماکن ارائه‌دهنده کالا و خدمات به عموم به لحاظ برخورداری از ارزش

مالی و قابلیت انتقال به غیر دارای مالیت بوده و معنای حقوقی «مال» به‌طور کامل در خصوص آن مصداق می‌یابد اما پرواضح است که پیچیدگی برخی امور فنی و مقتضیات منافع اجتماعی، قانون‌گذار را بر آن داشته تا حقوق مالکانه مالک را در خصوص این‌گونه مجوزها براساس مقتضیات فنی امر و منافع عمومی، تحدید نماید. این محدودیت‌ها منافی حقوق شرعی مالک نسبت به اموال خویش نبوده و در موارد متعددی به تأیید شورای نگهبان رسیده است؛ به‌عنوان نمونه، ماده ۳ اصلاحی قانون مقررات مربوط به امور پزشکی و دارویی مصوب ۱۳۷۹/۱۲/۱۰ مقرر می‌دارد: «هرکس بدون مجوز وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی پروانه کار خود را به دیگری واگذار نماید بلافاصله محل کار او توسط وزارت بهداشت، تعطیل و به پرداخت جریمه محکوم خواهد شد». همچنین ماده ۶۹ قانون دفاتر اسناد رسمی و کانون سردفتران و دفتریاران سردفتر بازنشسته و نیز وراث سردفتر متوفی را ملزم به معرفی فرد واجد صلاحیت (از جمله صلاحیت علمی و برخوردارگی از تحصیلات حقوقی) می‌نماید که در صورت امتناع وراث از این امر، سازمان ثبت اسناد را مختار به تعیین فرد جایگزین می‌نماید. با مذاقه در این مقررات ملاحظه می‌گردد که قانون‌گذار حقوق مالکانه اشخاص را در این موارد به‌دلیل قائم به شخص بودن پروانه و لزوم احراز شرایط عمومی و فنی در متقاضی محدود نموده بنابراین زمانی که شخص مؤسس در زمان حیات خویش توانایی انتقال پروانه به فرد فاقد صلاحیت فنی را ندارد، به قیاس اولویت، وراث وی دارای چنین اختیاری نخواهند بود. به همین قیاس چنانچه مؤسس داروخانه در اجرای احکام دادگستری محکوم به پرداخت مالی باشد، پروانه تأسیس داروخانه به‌عنوان مال، قابلیت توقیف را دارد اما بی‌گمان اجرای احکام نمی‌تواند در فرآیند مزایده، پروانه را به افراد فاقد صلاحیت علمی واگذار نماید. در واقع، حقوق عمومی و ضرورت‌های اجتماعی محدودیت‌هایی را بر حقوق مالکانه اشخاص بار نموده که تحلیل مفهوم مال با رویکرد محض حقوق خصوصی در این مورد نتایج صحیح را در پی نخواهد داشت؛ دوم - صرف‌نظر از جنبه فنی پروانه، قانون‌گذار به جهت حفظ حقوق مالی وراث به‌موجب تبصره ۲ ماده ۳ قانون مربوط به امور پزشکی و دارویی این امکان را برای وراث فراهم نموده تا در بازه زمانی دو ساله ضمن تقویم ارزش مالی پروانه، به‌صورت معوض، پروانه را به فردی دارای شرایط عمومی و فنی منتقل نمایند.

بنابراین، اقدام اداره سالب حقوق مالی وراث نخواهد بود؛ سوم هیچ توجیه و منطق حقوقی وجود ندارد تا وجود شرایط فنی و عمومی تأسیس داروخانه را صرفاً مربوط به زمان تأسیس اولیه و نه ادامه فعالیت آن توسط وراث بدانیم. پرواضح است که همان ضرورت و منطقی که افراد متقاضی را ملزم به برخورداری شرایط جهت تأسیس داروخانه می‌داند، همچنان در ادامه فعالیت آن توسط وراث وجود دارد و زایل نشده است. از سویی، معافیت ورثه از داشتن تحصیلات تخصصی و ارزیابی فنی، ایشان را در جایگاهی نابرابر نسبت به سایر متقاضیان تأسیس داروخانه قرار داده که به دلیل فقدان توجیه فنی و قانونی تبعیضی نارواست که خلاف اصل برابری در ارائه خدمات عمومی محسوب خواهد شد. بنابراین می‌توان نتیجه گرفت همان‌گونه که انتقال پروانه سردفتری به وراث سردفتر در صورت فقدان مجوز ممنوع است، به لحاظ پیچیدگی فنی امر تصدی داروخانه و تأثیر مستقیم آن بر سلامتی شهروندان، انتقال پروانه تأسیس به وراث بدون ارزیابی فنی توسط دانشگاه علوم پزشکی و معافیت از داشتن صلاحیت فنی، فاقد توجیه قانونی بوده و کمیسیون ماده ۲۰ به‌عنوان نهاد تنظیم‌گر در این حوزه و دانشگاه علوم پزشکی همچنان ملزم به ارزیابی شرایط متقاضی در فرض فوت مؤسس می‌باشد. با این وصف، شکایت شاکی را موجه ندانسته مستنداً به مواد ۱۰ و ۶۵ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، حکم به رد شکایت صادر و اعلام می‌گردد.

نقد رأی و اهم نکات حقوقی

الف- رأی، مستدل، و نتیجه آن نیز قابل تأیید به نظر می‌رسد. قاضی صادرکننده در دوره دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، مشغول به تحصیل و تقویت دانش هستند و امیدوارم انصاف و توجه به مبانی تفسیرهای آزاد از قوانین را (به معنای مکاتب اجتماعی و اقتصادی) همواره سرلوحه تصمیمات خویش قرار دهند و عنایت ویژه به فقه و حقوق تطبیقی داشته باشند.

ب- مفهوم و تعریف «مال» در حقوق مدنی، حقوق جزا و البته در حقوق عمومی، خالی از دشواری نیست (خدابخشی، ۲۷۱: ۱۳۹۵-۲۹۱)؛ چراکه گاه در مورد اعمال آثاری که بر مالیت شیء مترتب است به دلیل ابعاد فرهنگی و فنی آن، تردیدهایی به وجود می‌آید. برای مثال، آیا ربودن یا تخریب و زوال آنچه که شرعاً

ذاتاً) مالیت ندارد (مانند برخی حیوانات خانگی یا مشروبات الکلی) یا فاقد مالیت قانونی و عَرَضی است (نظیر وسایل دریافت ماهواره)، سرقت یا تخریب و قابل مجازات است؟ همچنین ربودن بخش ناچیزی از یک کل (مثل دانه‌های گندم از یک خروار یا میوه‌ای از باغستان) جرم است؟ حتی با رأیی مواجه شده‌ایم که صرفاً برای هشت عدد میوه نارنج، مجازات حبس سنگینی مقرر گشته بود.

پ- در حقوق مدنی، برخی بزرگان، اطلاق مال به دانه‌های گندم را به‌دلیل ناچیز بودن (شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۳۳-۳۳۷)، و از نظر فرهنگی نیز اعمال مجازات را در برخی اشیاء، خالی از تزلزل نمی‌دانند. حقوق کیفری، تابع «نظم عمومی پیشرفته» یعنی سطحی بالاتر از نظم عمومی مدنی است (خدابخشی، ۱۳۹۲: ۹۵) و به توصیفات مدنی، همیشه پایبند نیست لذا ممکن است برای ربودن این دسته از «اشیاء-اموال»، مجازاتی وضع کند اما در سکوت قانون، گریزی از این‌که باید اطلاق مال بر موضوع، محرز باشد نیست و با تردید، مجازات هم مردود می‌شود. البته رویه قضایی مدبر نیز در این مسیر، سرگردان است.

ت- با این حال، مفهوم مال را نباید با محدودیت‌های مالکانه درهم تناند. حقوق عمومی و خصوصی، از این نظر تفاوت مبنایی ندارند. برخی از اموال، غیرقابل نقل و انتقال هستند اما پاره‌ای از آن‌ها به‌رغم غیرقابل نقل بودن، قابلیت انتقال دارند. بعضی هم در بازه زمانی معین قابل نقل نیستند و بالاخره می‌توان برای مدت معین، متعهد به عدم نقل اموال بود و ...؛ این محدودیت‌ها تنها ممکن است به اعتبار اوصاف خاص حقوق عمومی، گستره و شدت بیشتری داشته باشد اما نمی‌تواند مبنا یا بنای تمایز در مفهوم‌شناسی بین حقوق عمومی و خصوصی باشد. بدین‌سان اگر بخشی از دادنامه («در واقع حقوق عمومی و ضرورت‌های اجتماعی، محدودیت‌هایی را بر حقوق مالکانه اشخاص بار نموده که تحلیل مفهوم مال با رویکرد محض حقوق خصوصی در این مورد، نتایج صحیح را در پی نخواهد داشت»)، به این معنا باشد که محدودیت‌های حقوق عمومی - فی‌المثل - منبعث از ضرورت‌های اجتماعی، مفهوم متمایزی به مال می‌دهد، پذیرفتنی نیست ولی اگر به معنای اعمال محدودیت شدیدتر در مقایسه با حقوق مدنی و خصوصی باشد معقول به نظر می‌رسد زیرا - همان‌طور که گذشت - حقوق خصوصی نیز مملو از محدودیت‌هایی از این قبیل است که ریشه در ضرورت‌های اجتماعی دارد و اساساً

مفاهیم اخلاق حسنه و نظم عمومی را بدون توجه به این ضروریات نمی‌توان تحلیل کرد، از این رو برخی بزرگان حقوق مدنی پیشنهاد کرده‌اند که برای صحت عقود، شرط دیگری جدای از موارد منصوص در ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز با عنوان «همگامی عقد با مصالح اجتماعی»، قابل تصور و لازم است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۴۴).

ث- در بخشی از دادنامه می‌خوانیم: «پروانه تأسیس داروخانه همچون سایر مجوزهای تأسیس اماکن ارائه‌دهنده کالا و خدمات به عموم، به لحاظ برخورداری از ارزش مالی و قابلیت انتقال به غیر دارای مالیت بوده و معنای حقوقی «مال» به‌طور کامل در خصوص آن مصداق می‌یابد اما پرواضح است که پیچیدگی برخی امور فنی و مقتضیات منافع اجتماعی، قانون‌گذار را بر آن داشته تا حقوق مالکانه مالک را در خصوص این‌گونه مجوزها براساس مقتضیات فنی امر و منافع عمومی، تحدید نماید. این محدودیت‌ها منافی حقوق شرعی مالک نسبت به اموال خویش [نیست]...». این بخش از دادنامه قابل تأیید است زیرا تعریف «مال»^۱ بر مجوز مذکور صدق می‌کند. در باب ماهیت این قبیل اموال (مادی یا معنوی یا مختلط، ذاتی یا عرضی، آلی یا اصلی و ...) و ماهیت حقوقی انتقال آن (بیع، صلح، عقد نامعین و ...)، اختلاف هست.

ج- شرایطی که برای صدور و تحقق یک ماهیت حقوقی لازم است منطقاً و جز در مواردی که خلاف آن متکی به دلیل باشد برای بقاء نیز ضروری است لذا اگر پروانه تأسیس داروخانه نیازمند مقدماتی باشد انتقال آن بدون مقدمات، ناصحیح خواهد بود و این ویژگی نه‌تنها مختص حقوق عمومی نیست بلکه در حقوق خصوصی نیز موارد بسیار دارد چنانکه در روابط استیجاری (انتقال حق کسب یا پیشه یا تجارت) یا شرکت‌های بازرگانی (انتقال سهام شرکت تعاونی) دیده می‌شود.

ج- به موجب ماده ۱۱ آیین‌نامه تأسیس و اداره داروخانه‌ها (مصوب سال ۱۳۹۳): «در صورت فوت مؤسس داروخانه، وراث او می‌توانند با ارائه گواهی تسلیم دادخواست حصر وراثت و معرفی مسئول فنی واجد شرایط، درخواست صدور پروانه مسئول فنی موقت نمایند. اعتبار این پروانه به مدت دو سال از تاریخ فوت مؤسس خواهد بود. وراث مکلفاند طی مهلت یادشده با ارائه دادنامه حصر وراثت نسبت به

۱. هرچیزی که یکی از نیازهای مادی و معنوی انسان را مرتفع سازد.

معرفی شخص واجد شرایط قانونی دریافت پروانه به‌عنوان مؤسس جدید اقدام کنند در غیر این صورت، داروخانه توسط دانشگاه تعطیل خواهد شد. تبصره ۱- چنانچه مؤسسين داروخانه دو نفر يا بیشتر باشند در صورت فوت يکي از آنها رضایت وراثت متوفی و ساير مؤسسين و تأييد کميسيون قانونی، داروخانه می‌تواند با رعایت ساير ضوابط به فعاليت خود ادامه دهد. تبصره ۲- وراثت مکلفانده فوت مؤسس را به اطلاع دانشگاه برسانند در غير اين صورت، عواقب آن به عهده آنان خواهد بود. دانشگاه مکلف است بعد از اطلاع از فوت مؤسس، مراتب قانونی (ارائه گواهی تسليم دادخواست حصر وراثت، معرفی مسئول فنی و مهلت دوساله وراثت نسبت به معرفی شخص واجد شرایط قانونی دریافت پروانه به‌عنوان مؤسس جديد) را بلافاصله به‌صورت کتبی به وراثت ابلاغ نماید».

ح- به‌دروستی معلوم نیست که نزاع خواهان بر سر انتقال پروانه تأسیس داروخانه است یا تغییر مسئول فنی داروخانه؟ این دو عنوان، به‌موجب رأی شماره ۲۴ مورخ ۱۳۸۴/۰۵/۳۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، دارای آثار متفاوتی هستند؛ به‌طوری‌که یکی، از حقوق مالکانه بهره‌مند است و دیگری، از ویژگی فنی و تخصصی؛ در مورد مؤسس، مباحث حقوق مالکانه، مالی و خصوصی مطرح می‌باشد ولیکن در دومی، مباحث حقوق عمومی و سلامت مردم. در رأی مذکور می‌خوانیم: «قانون‌گذار به شرح ماده ۱ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی، دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی مصوب ۱۳۳۴ ایجاد هر نوع مؤسسه پزشکی از جمله داروخانه را منوط به اخذ پروانه مخصوص از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی نموده و به شرح ماده ۲ آن قانون به‌موجب حکم جداگانه، تصدی امور فنی مؤسسات مزبور را توسط مسئولین فنی ذی‌صلاح و دارای پروانه رسمی از آن وزارت‌خانه مجاز اعلام داشته است. نظر به این‌که احکام مقنن در این باب، مفید وجوه افتراق عناوین مؤسس و مسئول فنی مراکز پزشکی، آزمایشگاهی و دارویی از یکدیگر و تمایز شرایط اختصاصی هر یک از دو عنوان مزبور از جمله داشتن مدارک تحصیلی لازم برای تصدی امور فنی داروخانه می‌باشد و سیاق عبارات قانون، دلالتی بر لزوم داشتن مدارک تحصیلی در رشته داروسازی در مورد متقاضیان تأسیس داروخانه ندارد، بنابراین، مصوبه شماره ۴۲۲۱/د مورخ ۱۳۸۳/۰۴/۰۹ معاون غذا و دارو وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تحت عنوان ضوابط و شرایط تأسیس داروخانه که با تعیین شرایط غیرمرتبط و تخصیص امتیازات

متفاوت برای هر یک از آن‌ها و تعمیم شرط مدرک تحصیلی مختص مسئول فنی داروخانه به متقاضی تأسیس آن، موجبات تضییق دایره شمول ماده ۱ قانون فوق‌الذکر و حسب مورد محدودیت یا محرومیت متقاضیان ایجاد داروخانه از حق مقرر در آن ماده را فراهم کرده است، مغایر هدف و حکم مقنن و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و مستنداً به قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

خ- با این بیان، عبارت «چنانچه مؤسس داروخانه در اجرای احکام دادگستری، محکوم به پرداخت مالی باشد پروانه تأسیس داروخانه به‌عنوان مال، قابلیت توقیف را دارد اما بی‌گمان اجرای احکام نمی‌تواند در فرآیند مزایده، پروانه را به افراد فاقد صلاحیت علمی واگذار نماید»، خالی از ایراد نیست زیرا مؤسس داروخانه هرچند بر حسب موازین ممکن است برخی شرایط را داشته باشد اما قطعاً این شرایط نباید با ویژگی‌های مسئول فنی ادغام شود و انتقال پروانه تأسیس داروخانه را محدود یا ممنوع کند. وراثت می‌توانند مالک جدیدی را برای داروخانه خود برگزینند و حقوق مالکانه را منتقل کنند. این انتقال، تابع حقوق خصوصی است و ضروریات اجتماعی نیز تنها در حدود نصوص قانونی در آن دخالت دارد ولی انتقال مسئولیت فنی، امری عمومی و تابع قواعد حقوق عمومی خواهد بود. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به‌موجب دادنامه شماره ۷۷۴ مورخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۶ مقرر داشته است: «به صراحت بند (الف) شق ۱۲ و قسمت آخر شق ۱۳ ماده ۱ قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی مصوب ۱۳۶۷، صدور، تمدید و لغو موقت یا دائم پروانه‌های مؤسسات پزشکی، دارویی، بهزیستی و کارگاه‌ها و مؤسسات تولید مواد خوراکی و آشامیدنی و بهداشتی و آرایشی و همچنین تعیین ضوابط و مقررات لازم برای موارد مذکور در بندهای (الف) و (ب) شق ۱۲ ماده ۱ قانون از جمله وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی قلمداد شده است. نظر به اینکه جواز تعیین ضوابط و مقررات مؤسسات فوق‌الذکر از جمله داروخانه‌ها، متضمن تفویض اختیار تعیین شرایط تأسیس داروخانه است. بنابراین، مصوبه مورد اعتراض در این زمینه مغایرتی با قانون ندارد و خارج از حدود اختیارات وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در وضع مقررات مزبور نمی‌باشد». با عنایت به تمایز ماهوی این دو (تأسیس و مسئولیت فنی)، به نظر می‌رسد در مورد اولی، دخالت

وزارت بهداشت از باب مانع است و در دومی، از جهت مقتضی؛ یعنی این وزارتخانه باید مالک جدید را به رسمیت شناسد مگر موانع آن را نشان دهد ولی در مورد مسئولیت فنی، تا اجازه این وزارتخانه نباشد تغییری صورت نخواهد گرفت. یکی وابسته به حقوق خصوصی است و دیگری، وابسته به حقوق عمومی، از این رو می‌توان گفت حقوق خصوصی در پی موانع است (آزادی قراردادی) اما حقوق عمومی، اقتضائات را هدف‌گیری می‌کند (اقتضائات اجتماعی).

د- این معنا در دادنامه‌های دیگری نیز منعکس شده است که از جمله می‌توان به دادنامه‌های شماره ۹۶ و ۹۷ مورخ ۱۳۸۰/۰۴/۰۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد: «نظر به تأکید مقنن به ضرورت اداره امور فنی مؤسسات پزشکی از جمله داروخانه به وسیله مسئول فنی واجد صلاحیت و دارای تخصص و تحصیلات لازم در رشته مربوط و وجوه تمایز شرایط مسئول فنی با شخص مؤسسه مراکز مذکور و اینکه داشتن مدرک تحصیلی دکتری در مورد مؤسس مراکز پزشکی متکی به حکم صریح قانون‌گذار نیست؛ البته نسبت به مسئول فنی باید طبق مقررات اقدام شود. بنابراین، دادنامه‌های صادره از شعب ۶ و ۱۲ و ۱۳ بدوی دیوان عدالت اداری در حدی که متضمن این معنی است موافق اصول و موازین قانونی می‌باشد». دادنامه‌های اخیر براساس همان مبانی یادشده صادر گشته‌اند: تمایز بین تأسیس و مسئولیت فنی؛ آزادی اعمال حق انتقال و بهره‌برداری از مال که یکی از سه اصل مهم مالکیت با عناوین اطلاق مالکیت، انحصار و دوام آن است.

ذ- قانون نظام صنفی (مصوب سال ۱۳۹۲) نیز مقرراتی در خصوص انتقال مجوز مالکانه دارد. به موجب مواد ۱۸ الی ۲۰، «در صورتی که دارنده پروانه کسب بخواهد محل کسب خود را به دیگری واگذار کند باید درخواست کتبی خود را به اتحادیه تسلیم نماید. اتحادیه در صورتی که فرد معرفی شده را واجد شرایط قانونی بداند با رعایت سایر مقررات، پس از ابطال پروانه کسب قبلی، پروانه جدیدی به نام فرد معرفی شده صادر می‌کند...»؛ «در صورتی که دارنده پروانه کسب، محجور شود قییم می‌تواند با رعایت غبطه محجور و طبق مقررات این قانون نسبت به اداره یا انتقال واحد صنفی اقدام کند»؛ «در صورت فوت صاحب پروانه کسب، حقوق متعارف ناشی از واحد صنفی، متعلق به ورثه است. چنانچه ورثه یا نماینده قانونی آن‌ها مایل باشند در صورت دارا بودن شروط فردی، می‌توانند ظرف مدت دو سال نسبت به

أخذ پروانه کسب با رعایت مقررات اقدام کنند. پس از انقضای مهلت مقرر، پروانه متوفی از درجه اعتبار ساقط است». حال با توجه به مطالب پیش گفته، پرسش‌هایی به ذهن متبادر می‌گردند که پاسخ دادن به آن‌ها خارج از حوصله این مقال است و پرداختن به آن‌ها طالب مجال دیگر. و اما سؤالات عبارتند از: (۱) آیا حق ورثه در این مورد و نیز مجوز داروخانه، مجموعی و غیرقابل انحلال است یا استقرایی و انحلالی می‌باشد؟ به عبارت دیگر، آیا هر یک از ورثه در آن سهیم هستند و نیز می‌توانند خواستار انتقال مجوز به هر شخص ذی‌صلاح شوند یا همه ورثه باید به اتفاق، یک تصمیم اتخاذ کنند؟ تقسیم مال مشاع در خصوص این مجوز چگونه خواهد بود؟ آیا اساساً تأسیس مشاع داروخانه یا واحد صنفی ممکن است؟

ر- به نظر می‌رسد: اولاً، دادنامه از این منظر که به برخی مبانی اجتماعی و ویژگی‌های عمومی در خصوص مجوزهایی مانند تأسیس داروخانه به لحاظ منابع جامعه (حق بر سلامتی) اشاره دارد، مطلوب و قابل تأیید است؛ ثانیاً از جهت تمایز بین مفهوم مال و محدودیت‌های مالکانه، نیازمند روشنی بیشتر و بهتر می‌بود تا موجه بودن رأی کامل‌تر می‌شد؛ ثالثاً، از حیث عدم اعمال مبانی حقوق خصوصی در مورد تأسیس داروخانه که متمایز از مسئولیت فنی آن است، قابل نقد می‌باشد و با جهت‌گیری مثبتی که دیوان عدالت در آراء نوعی خود داشته، حق این بود که مرجع صادرکننده، از اعمال قواعد حقوق عمومی بر مالکیت افراد خودداری می‌نمود و نهایت اینکه قواعد مذکور را به‌عنوان «موانع» آزادی قراردادی (انتقال مالکیت) و آزادی بهره‌برداری، تلقی می‌کرد ولی با وصف فعلی، شائبه «مقتضی» بودن این قواعد در میان است. این اقتضاء، نه ضروری و نه منطبق با قواعد کلی حقوق می‌باشد؛ قواعدی که بایستی فراتر از حقوق عمومی و خصوصی یافت.

ز- در خاتمه، سخن خود را با تضمین کلام مرحوم کاتوزیان در نقد یکی از تصمیمات خویش به پایان می‌بریم: «با وجود این، آنچه پس از این نقد و تحلیل در ذهن می‌ماند تقدیر و خشنودی است نه افسوس و انکار. این آرزو نیز در ضمیر عاشقان عدالت جوانه می‌زند باشد که همه آراء دادگاه‌ها از این دست شود و تعقل و پژوهش، جانشین گریز از بحث یا انجام دادن وظیفه بی‌روح گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۳).

فهرست منابع

- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۲)، **تمایز بنیادین حقوق مدنی و کیفری**، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- _____ (۱۳۹۵)، **حقوق دعاوی**، تحلیل حقوقی روایات، جلد پنجم، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، **تشکیل قراردادهای و تعهدات**، چاپ اول: تهران: نشر حقوق‌دان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد ۱، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۷)، «ویژگی‌های اعتبار امر قضاوت‌شده در امور کیفری، نقدی بر قرار دادیار»، **فصل‌نامه مطالعات حقوق خصوصی**، دوره ۳۸، شماره ۱.

