

مطالعه تطبیقی وضعیت حقوقی شرط تعهد به دریافت در قراردادهای فروش و انتقال گاز

محمد مهدی حاجیان* - میترا موسوی**

چکیده

شرط تعهد به دریافت، یکی از عناصر حیاتی قراردادهای بلندمدت فروش و عرضه در حوزه انرژی و به طور خاص در قراردادهای فروش و انتقال گاز است. فلسفه و مبنای پیش‌بینی و درج شرط تعهد به دریافت به طور مشخص، متمرکز بر اهمیت و ضرورت تضمین سطح حداقلی درآمد فروشنده، به علاوه بازگشت سرمایه وی و همچنین پوشش هزینه‌های هنگفت ناشی از اجرای پروژه‌های بالادستی است که تا مرحله آماده‌سازی گاز برای انتقال به خریدار متقبل شده است. علی‌رغم اینکه در قراردادهای فروش و انتقال گاز به طور گسترده و متداول از روش شرط تعهد به دریافت استفاده می‌شود، اعتبار و قابلیت اجرای این شرط به نحو دقیق و کامل در نظام‌های حقوقی مختلف مشخص نشده و مورد مناقشه قرار گرفته است. یکی از مباحث قابل طرح درباره شرط تعهد به دریافت این است که برخی نظام‌های حقوقی از آن به عنوان شرط مجازات یاد کرده و از این رو آن را نامعتبر و غیرقابل اجرا تلقی می‌کنند. در نقطه مقابل، پاره‌ای دیگر، این شرط را به مثابه نوعی خسارت مقطوع انگاشته و آن را کاملاً معتبر و لازم‌الاجرا می‌دانند. این مقاله می‌کوشد پاره‌ای از ابهامات ماهیت حقوقی و اعتبار شرط تعهد به دریافت را با نگاهی ویژه به رویکرد نظام حقوقی انگلیس و ایران در این باره بررسی کند.

کلیدواژه‌گان: قرارداد فروش و انتقال گاز، شرط تعهد به دریافت، خسارت مقطوع، شرط جزایی، شرط تضمین خرید

hajian@atu.ac.ir

* استادیار حقوق خصوصی و اقتصادی دانشگاه علامه طباطبائی، (نویسنده مسئول)

mitramoosavi1370@gmail.com

** کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی

مقدمه

یکی از مهم‌ترین عرصه‌هایی که می‌تواند منافع عمومی و ملی ایران را در حوزه اقتصاد و سیاست در سطح بین‌المللی تأمین کند، تجاری‌سازی انرژی و از آن میان، عرضه گاز از طریق قراردادهای فروش و انتقال گاز^۱ است. در میان بخش‌های مختلف حقوق انرژی، یکی از مهم‌ترین مباحث، قراردادهای فروش گاز است که بنا به طبیعت موضوع و هدف قرارداد، به صورت طولانی‌مدت منعقد می‌شود. از آنجا که هدف از قرارداد فروش گاز، تبادل گاز و ثمن آن میان فروشنده و خریدار است، هریک از اطراف قرارداد می‌توانند تضمین یا تضمین‌هایی بخواهند تا اطمینان یابند طرف دیگر به وسیله آن، قید یا شرط یا تضمین تعهدات قراردادی پیش‌بینی شده را در طول مدت حیات قرارداد ایفا خواهد کرد. شرط تعهد به دریافت^۲ به همین مقصود در این قراردادها پیش‌بینی می‌شود و به یکی از شروط رایج و منصفانه در قراردادهای بلندمدت فروش گاز در بخش انرژی تبدیل شده است. (Roberts, 2004, 33). این مقاله بر آن است تا بعد از شناخت شرط تعهد به دریافت، ماهیت و اعتبار آن را در نظام‌های حقوقی مختلف و از جمله در نظام حقوقی ایران بررسی کند. مقصود اصلی، پاسخ به این سؤال است که آیا درج شرط تعهد به دریافت در قراردادهای خرید و فروش گاز که ایران یکی از اطراف آن قراردادهاست با موانع حقوقی روبه‌روست یا از وجاهت قانونی برخوردار است؟ و اگر چنین است جامه کدام ماهیت حقوقی را به تن دارد. با عنایت به عدم وجود ممنوعیت قانونی، فارغ از اینکه شرط مذکور چه ماهیتی داشته باشد، درج این شرط، صحیح، معتبر و لازم‌الاجراست و موقعیت قراردادی ایران را به‌عنوان یکی از دارندگان ذخایر عظیم گازی بهبود بخشیده و مسیر را برای حضور مستمر و مستقر در دنیای تجارت جهانی گاز، تسهیل و هموار خواهد ساخت. شرط تعهد به دریافت به‌طور گسترده در ضمن قراردادهای بلندمدت انرژی که اصولاً قراردادهایی با میزان سرمایه‌گذاری هنگفت و ریسک بسیار بالا^۳ هستند، درج و پیش‌بینی می‌شود (Polkinghorne, 2013, 3). ولی علی‌رغم این مهم، قواعد و مقررات قابل اجرای مربوط، به‌طور کامل و روشن در قوانین ملی کشورها به رشته تقنین درنیامده است. شایان توجه است قراردادهای فروش سوخت از جمله نفت خام و زغال سنگ، عمدتاً کوتاه‌مدت هستند. (Creti & Villeneuve, 2004, 8). در این قراردادها معمولاً الزام قراردادی صریحی مبنی بر تعهد خریدار به پرداخت در صورت عدم دریافت وجود ندارد. (Medina, 1991, 7). در مقابل، قراردادهای فروش گاز

1. Gas Sale and Transportation Agreements/ G.S.T.A
2. Take Or Pay Clause
3. Capital Intensive Projects

به دلیل حجم بالا و وسیع تعهدات مالی (مشمول بر هزینه‌های زیرساختی و هزینه‌های عملیاتی)^۱ و ماهیت فیزیکی گاز طبیعی در قالب قراردادهای بلندمدت تنظیم می‌شوند. (Ashley (Holland, 2008, 12. به طور مثال در این رابطه می‌توان به قراردادهای خرید نیرو^۲ و قراردادهای بلندمدت فروش گاز^۳ که در بردارنده تعهدات مالی عظیم و سنگین و در عین حال، همراه با اهمیت زیرساختی و موجد پیشرفت‌های زیربنایی است و همچنین به پروژه‌های با موضوع انرژی و معدن کاری اشاره کرد که طرفین قرارداد را به سمتی رهنمون می‌سازند که به منظور تضمین و تأمین امنیت سطح عرضه و تقاضا از مجرای پیش‌بینی برخی سازوکارها در قراردادهای فروش به منظور اینکه بازگشت سرمایه آن‌ها در آینده تضمین شود، چاره‌اندیشی‌هایی از جانب ایشان صورت پذیرد. در واقع، انتظار و استنباط از شرط تعهد به دریافت این است که از منافع هر دو طرف خریدار و فروشنده (اعم از اینکه تولیدکننده باشد یا عرضه‌کننده) حمایت کند به نحوی که سطح حداقل درآمدی را برای فروشنده تضمین و تأمین کند و از سوی دیگر به خریدار اطمینان دهد عرضه محصول به میزان قراردادی معین شده انجام خواهد یافت. (Polkinghorne, 2013, 1). مسلم است به دلیل بهره‌گیری مکرر از شرط مزبور در قراردادهای فروش گاز طبیعی^۴ و گاز مایع^۵ و با التفات به اهمیت این دسته از قراردادها ضروری است تا موضع نظام‌های مختلف حقوقی به ویژه ایران در رویارویی با این مقوله به دقت بررسی و ظرفیت حقوقی آن‌ها تعیین شود. در نوشتارهای فارسی تا کنون تحقیق مستقلی در این خصوص صورت نپذیرفته است اما در حقوق خارجی مطالعات زیادی انجام شده است. از آنجاکه موضوع مقاله از جمله موضوعات کاربردی است و برای گردآوری تحقیق پیش رو باید به منابعی همچون مقالات، ترجمه‌ها و کتاب‌ها در این زمینه مراجعه شود، روش کتابخانه‌ای را برگزیده است. در برخی از جنبه‌های موضوع مقاله، از روش میدانی نیز بهره گرفته شده است. اما از آنجاکه موضوع تحقیق، بدیع و به نوعی تخصصی است، روش کتابخانه‌ای ارجح بوده و روش کتابخانه‌ای برگزیده شده است. این نوشته در سه بخش ارائه می‌شود، بخش نخست به تبیین شرط تعهد به دریافت، بخش دوم به تحلیل و تدقیق ماهیت حقوقی شرط تعهد به دریافت در نظام حقوقی انگلیس و بخش سوم به بررسی همین مسئله از منظر حقوق ایران خواهد پرداخت. از آنجاکه ایران یکی از تولیدکنندگان و صادرکنندگان عمده در صنعت گاز است، ضرورت دارد با توجه به وضعیت فعلی قراردادهای

1. Infrastructure Costs & Operating Costs

2. power purchase agreements/ P. P. A

3. Gas Sale Agreements/ G. S. A

4. Natural Gas

5. Liquefied Natural Gas/ L.N.G

فروش گاز ایران و اهمیت مقوله جذب سرمایه گذار خارجی و تأمین منابع مالی پروژه‌های گاز در بخش پایین دستی^۱، وضعیت حقوقی شرط تعهد به دریافت در قراردادهای بلندمدت فروش گاز، مطالعه شود.

۱. تبیین شرط تعهد به دریافت

تعریف جامع و مانع از شرط تعهد به دریافت، که مورد قبول حقوق دانان مختلف در سیستم‌های حقوقی موجود باشد، امکان پذیر نیست اما اجمالاً می‌توان گفت: شرط تعهد به دریافت، شرطی است که اغلب در اثنای قراردادهای بلندمدت فروش گاز طبیعی پیش‌بینی می‌شود و می‌تواند خریدار گاز طبیعی یا گاز مایع را ملزم کند تا مبیع را دریافت و ثمن مقرر آن را تأدیه کند یا اگر محصول را فروشنده در دسترس وی قرار داده است، خواه دریافت و برداشت کرده باشد یا نکرده باشد، قیمت آن را در حق فروشنده، کارسازی کند. (Ibid, op.cit).

به عبارت دیگر، قید و شرطی است که خریدار را متعهد می‌کند به پرداخت درصدی از حجم گازی که فروشنده قادر است آن را مهیا و تولید کند، حال آنکه تفاوتی نمی‌کند خریدار یا به عبارتی مشروط‌علیه، عملاً و واقعاً مبیع را دریافت و برداشت کند یا نکند. اما نکته ظریف و قابل توجه این است که پرداختی که در مقام اعمال شرط از جانب خریدار صورت می‌گیرد در ازای مقداری از گاز موضوع قرارداد است که در دوره زمانی خاص مثلاً یک‌روزه، یک‌ماهه، سه‌ماهه یا سالانه باید برداشت شود. (Roberts, 2004, 45).

اکثریت قریب به اتفاق قراردادهای خرید و فروش طولانی‌مدت گاز، مشتمل بر قیودی است که خریدار را ملزم به دریافت مقدار حداقلی از گاز سالانه می‌کند که در مفاد قرارداد، تعیین و تصریح شده است (حداقل مقدار قراردادی)^۲ (Creti & Villeneuve, 2004, 1)؛ یا چنانچه خریدار قادر به دریافت و برداشت مجموع مقدار حداقل قراردادی نباشد، ملزم است مبلغ مابه‌التفاوت میان مقدار حداقل قراردادی و حجمی از گاز را که عملاً و واقعاً دریافت و برداشت کرده است برحسب همان شرط تعهد به دریافت مندرج در قرارداد که حداقل مبلغ را مشخص کرده به فروشنده (اعم از تولیدکننده یا تأمین‌کننده) بپردازد. (Medina, 1991, p.288). در خصوص مبنا و فلسفه این شرط باید اشاره داشت، فروشنده هزینه‌های سنگین استخراج، بهره‌برداری، تولید، آماده‌سازی محصول و تأمین تجهیزات لازم را به عهده دارد. این شرط در واقع، عوض یا مابه‌ازای

1. Down stream Operations

2. Minimum Annual Contract Quantity/ M.A.C.Q

این مخارج هنگفت محسوب می‌شود. (Riggaci, 2012, 4). درحقیقت، زمانی که خریدار تقاضا می‌کند تا گاز را برای تحویل، ارسال کنند این ریسک وجود دارد که خریدار، میباید را نخواهد و از دریافت آن به هر دلیلی امتناع ورزد یا از انجام قرارداد پشیمان شده و از ایفای تعهدات قراردادی استنکاف کند (Medina, 1991, 289) و از سوی دیگر، فروشنده با ضرر بسیار سنگینی روبه‌رو شود. (Roberts, 2004, 40). لذا فروشنده با درج شرط تعهد به دریافت، در پی این است که بر این ریسک تقاضا^۱ چیره شود. بدون این شکل از تضمین برای هر دو گروه تولیدکنندگان گاز و وام‌دهندگان آنان، واضح است که گاز در زمین می‌ماند. بنابراین قراردادهای فروش و انتقال گاز متضمن شرط تعهد به دریافت به لحاظ تاریخی برای توسعه میدان‌های گازی لازم بوده است. (Polkinghorne, 2013, 1). قراردادهای بلندمدت متضمن شرط تعهد به دریافت، نقش عمده‌ای در توسعه صنعت گاز ایفا کرده است. این امر در مواردی اهمیت دو چندان می‌یابد که گاز به نحو انحصاری با خریدار خاصی معامله می‌شود، یا در مواردی که فروش گاز به صورت غیرانحصاری است و فروشنده می‌تواند کالا را به خریدار دوم یا سوم بفروشد لکن خریدار اول از دریافت کالا امتناع ورزیده و خریدار دیگری در بازار برای دریافت همان حجم گاز با همان قیمت معین در قرارداد در آن موقعیت زمانی، وجود یا آمادگی ندارد. (Riggaci, 2012, 8). در قراردادهای بلندمدت تجارت کالا و علی‌الخصوص انرژی، تضمین خرید و ارائه کالا در زمان مقرر و تداوم عرضه و تقاضا در طول مدت حیات قرارداد، ضروری است. از آنجاکه پروژه‌های مربوط به تأمین انرژی مستلزم سرمایه‌گذاری‌های کلانی است که گاهی از میلیاردها دلار فراتر می‌رود، نیاز به سازوکار و روش‌های قراردادی که تداوم جریان عرضه و تقاضا و عایدات ناشی از قرارداد را به منظور برگشت سرمایه‌گذاری‌های بالادستی^۲ و میان‌دستی^۳ تضمین کند، بیش از هر چیز احساس می‌شود. همچنین در حوزه بازارهای گاز طبیعی، خریداران عمده انرژی نیز علی‌رغم حرکت این بازار به سمت آزادی کامل عرضه و تقاضا، به شدت به چند قرارداد مطمئن طولانی مدت تأمین گاز طبیعی احساس نیاز می‌کنند. عموماً فروشندگان به دلیل ریسک‌های قیمتی و جریان درآمدی مستمر برای بازگشت هزینه‌های سرمایه‌گذاری، تمایل به درصد تعهد به دریافت بالاتر دارند اما از طرف دیگر، خریداران به این علت که با ریسک مقدار^۴ روبه‌رو هستند تمایل دارند درصد تعهد به دریافت کمتری داشته باشند. به‌طور کلی هر قدر میزان تعهد به

1. Demand Risk
2. Up stream Operations
3. Mid stream Operations
4. Volume Risk

دریافت برای خریدار کمتر باشد، او می‌تواند از این انعطاف‌پذیری استفاده کند (Creti & Villeneuve, 2004, 10) و از دیگر سو، هر قدر میزان تعهد به دریافت در یک قرارداد گاز بیشتر باشد، مثلاً از ۶۰ درصد به ۶۵ درصد برسد، ممکن است خریدار، سراغ سایر فروشندگان برود و وارد معامله با رقبای دیگر شود. مضافاً ریسک مقدار خریدار کاهش می‌یابد و او دست بازتری دارد که بخشی از مقدار گاز مورد نیاز خود را از فروشندگان دیگر خریداری و تأمین کند. (Medina, 1991, p.293). به‌عنوان مثال، شرکت بوتاش ترکیه، گازش را از ایران، آذربایجان و روسیه دریافت می‌کند و از الجزایر، ال.ان.جی وارد می‌کند. این در حالی است که فروشندگان و تأمین‌کنندگان، مایل به کاهش این رقم نیستند و حتی‌الامکان اجازه نمی‌دهند خریداران، آن‌ها را به چالش و رقابت بکشند. باوجود این، علی‌رغم این ایده ممتاز که در پشت قراردادهای بلندمدت، متضمن شرط تعهد به دریافت نهفته است در مذاکرات قراردادی، مذاکره‌کنندگان همواره با این نگرانی و تردید مواجه‌اند دادگاه‌ها شرط تعهد به دریافت را غیرقابل اجرا بیندارند. لذا برای بی‌اثر کردن این خطر که همچون شمشیر داموکلوس، همواره بر سر قرارداد، سایه انداخته است، از سازوکاری جبرانی همچون شروطی که به نفع خریدار است استفاده می‌شود. باوجود این، در رویه قضایی برخی کشورها از جمله در نظام حقوقی کشور انگلیس، مواردی مشاهده می‌شود که از منظر دادگاه‌ها از آنجا که شرط تعهد به دریافت، قواعد مربوط به قانون منع درج مجازات در قراردادهای خصوصی^۱ را نقض می‌کند، لازم‌الاجرا نیست. پرداخت مبلغ به موجب شرط تعهد به دریافت و عدم برداشت گاز، طبق قرارداد می‌تواند باعث ایجاد حق جبران یا گاز جبرانی^۲ برای مشتری شود. البته این حق تا مدت مشخصی معتبر و پابرجاست و بعد از آن قابل استناد و استفاده نیست.^۳ از دید حقوقی، درج شرط تعهد به دریافت در قرارداد فروش و انتقال گاز، ناشی از توافق اراده‌هاست و از آنجا که خواسته صریح متعاملین است، عادلانه و همسو با لزوم قراردادهای

1. The Rule against Penalty Clauses

2. Make up Gas

۳. شرط گاز جبرانی به خریدار اجازه می‌دهد تا بدون پرداخت مجدد مبلغ، مقداری گاز به ارزش مقدار مبلغ کسری پرداخت‌شده در دوره‌های قبل را دریافت کند. شایان توجه است که خریدار فقط پس از دریافت حداقل مقدار سال جاری می‌تواند بازپس‌گیری کند. همچنین باید دانست مقدار بازپس‌گیری بر حسب قیمت قرارداد گاز در زمان بازپس‌گیری تعیین می‌شود. نباید از نظر دور داشت که ممکن است حق خریدار نسبت به بازپس‌گیری، از حیث زمانی توسط قرارداد یا قانون محدود شود. در صورتی که خریدار در محدوده زمانی مقرر، اقدام به بازپس‌گیری نکند از این امتیاز محروم خواهد شد و فروشنده مجاز به حفظ مبلغ کسری است. برخی از قراردادهای خریدار را مجاز می‌دارند تا در طول عمر قرارداد، کماکان امکان بازپس‌گیری میزان گازی را که موفق به برداشت آن نشده است، داشته باشند. برخی قراردادهای فروشنده می‌خواهند تا در پایان قرارداد، هر مبلغ کسری قابل ملاحظه‌ای را مسترد کند. اغلب این درخواست تا پایان مدت سررسید بوده و پس از آن غیرقابل اجراست و صرفاً یک بار در طول مدت قرارداد، قابل اعمال است. اما رویه غالب این است که در قراردادهای دوره زمانی بین ۳ تا ۵ سال برای بازپس‌گیری یا برداشت گاز جبرانی در نظر می‌گیرند.

لازم‌الاتباع بودن مفاد قرارداد است و تعادل تعهدات طرفین را تأمین می‌کند. از دید اقتصادی، شرط تعهد به دریافت، شرط کارآمدی است چرا که هدف اقتصادی دارد، بیمه‌ای ارزان‌تر را در اختیار متعهدله قرار می‌دهد، موجب کاهش هزینه‌های معاملاتی می‌شود، ارزش‌های شخصی تعهدات قراردادی را لحاظ می‌کند، مسیر را برای اجرای کارآمد معاملات گاز هموار می‌کند و مبتنی بر فرض عقلانیت متعاقدين است.

پس یکی از مؤلفه‌های تجزیه و تحلیل فنی و اقتصادی را زمانی می‌توان دقیقاً انجام داد که پیش‌فرض‌هایی مثل تعیین درصد واقعی تعهد به دریافت، صورت پذیرفته باشد. به‌علاوه یکی از پیش‌فرض‌ها همین قراردادهای فروش گاز است که برای انجام سرمایه‌گذاری به فروشنده اطمینان می‌دهد (Oladotun, 2008, 3)؛ بدین توضیح که به مقتضای این شرط، خریدار در برابر فروشنده متعهد می‌شود که در خلال مدت معینی مثلاً سالیانه، مقدار مشخصی گاز را خریداری و برداشت کند و بر مبنای فرمول قیمت قراردادی به فروشنده، پرداختی بکند. این بند، خریدار را تا حدودی با دشواری مواجه می‌کند چرا که با درج آن در قرارداد، انعطاف‌پذیری وجود ندارد و خریداران بسیار مترصد این امر بودند که بتوانند از فروشندگان در قراردادهایشان امکان تعدیل و انعطاف‌پذیری بگیرند درحالی که شرط تعهد به دریافت و پرداخت^۱ در قرارداد، انعطاف‌ناپذیری ایجاد می‌کرد^۲ و امکان تعدیل در اختیار خریدار قرار نمی‌داد. لذا در این قراردادها طرفین به این سو حرکت کردند تا این بند را قابل انعطاف کنند و از این رو شرط تعهد به دریافت (ibid, op.cit, 2) را جایگزین این بند کردند که درصدی از مقدار قراردادی سالانه را به خود اختصاص می‌دهد. ممکن است اطراف قرارداد در هنگام شروع قراردادهای گاز با دوره صعود حجم گاز^۳ در حال انتقال و در انتهای قرارداد با دوره نزول^۴ آن مواجه شوند. اگر مقدار گاز قرارداد به تدریج، سال به سال بالا رود تا به دوره ثابت^۵ برسد و اگر در انتهای قرارداد یا به عبارتی در سال‌های آخر قرارداد، به آرامی کاهش یابد، صورت مقدار تعهد به دریافت نیز تحت تأثیر آن قرار می‌گیرد. برخی از خریداران معتقدند در مقطعی که فروشنده به مرور زمان، هزینه‌های سرمایه‌گذاری

1. Take and Pay Clause

۱. به‌موجب این شرط، اگر خریدار از تحویل گرفتن گاز تعیین شده یا مفروض قرارداد امتناع ورزد باید جبران خسارت کند، یعنی مابه‌التفاوت میزان گازی که می‌بایست تحویل می‌گرفت و می‌پرداخت اما عملاً تحویل نگرفته است با میزان گازی که به‌طور واقعی

تحویل گرفته که در قیمت قراردادی ضرب می‌شود و مقدار پولی که باید پرداخت شود به دست می‌آید.

3. Ramp up Duration

4. Ramp down Duration

5. Plateau Duration

خودش را به دست می‌آورد، باید به تدریج بند تعهد به دریافت، انعطاف‌پذیرتر و نرم‌تر شود. فروشنده‌ای که پول یا ثمن متناسب و متنظر را دریافت کرده و سطح قابل توجهی از هزینه‌هایش را پوشش داده است، از این مقطع به بعد دیگر لزومی ندارد که خریدار همچنان همان میزان تعهد به دریافت سال‌های ابتدایی قرارداد را داشته باشد. هرچند خریداران، این مباحث را حین مذاکرات قراردادی مطرح و چانه‌زنی می‌کنند، اما در ارزیابی اقتصادی و مدل‌های اقتصادی، دوره کامل هر قرارداد را در نظر می‌گیرند. به‌علاوه خریداران بر این باورند که این امر تحمیلی، اهرم فشاری بر ایشان است، چرا که اگر خریداری گاز را برداشت نکند، فروشنده می‌تواند به مشتری دیگر یا در بازار دیگری آن را بفروشد. اما این باور صحیح نیست چرا که عملاً چنین انعطاف‌پذیری به‌طور معمول در پروژه‌های خط لوله گازی وجود ندارد، بدین ترتیب که گاهی فروشنده، میدان یا مخزن را به خریدار اختصاص می‌دهد و خطوط لوله و زیرساخت‌هایی را برای او ایجاد می‌کند. بدیهی است آسان نیست که آن را برای خریدار دیگری مهیا کند. لذا بر این اساس، فروشندگان با این استدلال در مقابل باور غلط خریداران می‌ایستند.

۲. بررسی ماهیت حقوقی و اعتبار شرط تعهد به دریافت در نظام حقوقی انگلیس

درباره ماهیت حقوقی شرط تعهد به دریافت در نظام حقوقی انگلیس، دو دیدگاه عمده وجود دارد. همان‌طور که اشاره شد، دسته‌ای از نویسندگان حقوقی معتقدند شرط تعهد به دریافت، از ماهیت مجازات و جریمه‌گون برخوردار است و از آنجا که اراده مشترک طرفین قرارداد، قدرت وضع جریمه یا مجازات قراردادی علیه یکی از طرفین قرارداد را ندارد، لذا طبق قانون منع درج مجازات در قراردادهای خصوصی^۱، درج شرط مجازات^۲ در قراردادها غیرمعتبر و غیرقابل اجراست. (Polkinghorne, 2013, 2). از جانب دیگر، برخی حقوق‌دانان، رویکردی کاملاً متفاوت را برگزیده‌اند و بر این اعتقادند که ماهیت حقوقی این شرط، نوعی جبران خسارت^۳ از زیان‌دیده محسوب می‌شود و طبق اصل جبران خسارات، این شرط با مانعی روبه‌رو نیست؛ از این رو صحیح و لازم‌الاجرا تلقی می‌شود. در رابطه با موضع حقوق انگلیس در مواجهه با این شرط، گفتنی است در حقوق این کشور، ابهاماتی وجود دارد. صرف‌نظر از اینکه شرط تعهد به دریافت، دارای ماهیت جزایی باشد و جامه جریمه و مجازات به تن پیوشد یا خیر، دادگاه‌های انگلیس، این شرط را غیرقابل اجرا تشخیص داده‌اند و اجازه اجرای آن را نمی‌دهند.

1. The Rule against penalty clauses

2. Penalty Clause

3. Liquidated Damages

استدلال آن‌ها این است که شرط تعهد به دریافت، به بهانه نقض قرارداد، مجازاتی را بر یکی از طرفین قرارداد، تحمیل می‌کند و این‌گونه مجازات‌ها و شروط جزایی باید از خساراتی که به زیان دیده وارد شده و سپس تسویه و جبران می‌شود تفکیک شود. از این رو لاجرم باید میان دو مقوله مجازات و جبران خسارت، تمایز قائل شد. اختلاف و تفاوت اصلی و عمده بین این دو موضوع این است که جبران خسارت، آن دسته از خساراتی را که همراه با نقض قرارداد است و خسارات حقیقی و خالص باشد، پوشش می‌دهد؛ در حالی که از سوی دیگر، مجازات، ابتداءه ساکن عمل می‌کند، به نحوی که با ایجاد ارباب در مشروط‌علیه، امکان نقض قرارداد را منتفی می‌کند. اگر شرط تعهد به دریافت به عنوان قید و شرطی با ماهیت جریمه و مجازات، تعبیر و تفسیر شود نمی‌تواند خسارات را پوشش دهد. بنابراین، هرگونه خسارات و ضرر و زیانی که به مشروط‌علیه وارد آمده، از باب قواعد عمومی مربوط به جبران خسارت، باید ترمیم یافته و جبران شود. (Uzezi Aziano, 2008, 12).

۲-۱. رویه قضایی انگلیس

این مسئله در دعوای میان *ام اند جی پلیمرز^۱ علیه ایمریس ماینرال^۲* در تاریخ ۲۹ فوریه سال ۲۰۰۸ برای نخستین مرتبه نزد دادگاه عالی بخش ملکه (دادگاه تجاری) انگلیس و ولز مطرح شد. (Oladotun, 2008, 8). اختلاف موضوع این پرونده، صراحتاً متمرکز بر مسئله شرط تعهد به دریافت است که در ماده (۵) این قرارداد پیش‌بینی شده است. قاضی پرونده^۳ با برخی سؤالات دقیق و بنیادین مواجه شد، از جمله اینکه آیا شرط تعهد به دریافت، شرط جزایی است یا خیر؟ آیا شرط مذکور، برخلاف قواعد حقوقی انگلیس (که مجازات‌های قراردادی را ممنوع اعلام می‌دارد) است یا خیر؟ اگر شرط مزبور به عنوان شرط جزایی در نظر گرفته شود، هنگام تهیه و تنظیم پیش‌نویس قرارداد فروش، چه اصول و قواعدی باید لحاظ شود؟ از منظر قانون منع درج مجازات در قراردادهای خصوصی، چه حداقل‌ها و استانداردهایی باید در قرارداد پیش‌بینی شود؟ (Ibid, op.cit, p.10). این دعوا مربوط به قراردادی به منظور فروش محصولات و فرآورده‌های شیمیایی و پتروشیمیایی است که در تاریخ ۲۵ ژانویه سال ۲۰۰۵ میان دو شرکت خواهان و خوانده برای مدت حداقل سه سال منعقد شده بود. همچنین به موجب ماده (۳) قرارداد فروش، شرکت خریدار که خوانده دعوا قرار گرفته، نسبت به خرید مقادیر حداقلی معین شده از محصولات، متعهد شده بود.

1. M & J Polymers Ltd
2. Imerys Mineral Ltd
3. Burton J

به‌علاوه در ماده (۱) ۱۰ فروشنده که همان خواهان دعواست، تعهداتی را از باب کیفیت محصول بر عهده گرفته بود. قاضی پرونده در مقام انشای رأی، اظهار داشت: به‌عنوان اصل، قانون منع درج مجازات می‌تواند قابل اجرا باشد و به کار گرفته شود. همچنین بر اساس حقایق موجود در پرونده، شرط تعهد به دریافت، دارای ماهیت مجازات‌گون نبوده است زیرا از نظر اقتصادی قابل توجیه است و منجر به ظلم و بی‌عدالتی نسبت به طرف قرارداد نمی‌شود، چرا که این شرط میان طرفین قرارداد، قبل از امضای قرارداد و در پیش‌نویس، مورد مذاکره قرار گرفته و طرفین، آزادانه آن را پذیرفته‌اند و هر دو طرف قرارداد از حیث قدرت چانه‌زنی و معاملاتی در موقعیت نظیر هم قرار داشتند و هدف عمده و غالب آن‌ها از درج این شرط، ارباب مشروط‌علیه از نقض قرارداد نبود. در نتیجه، پذیرش آن، منافاتی با قانون منع درج مجازات در قراردادهای خصوصی ندارد. به‌علاوه مبلغی که به‌موجب شرط تعهد به دریافت، مطالبه شده است به مثابه جبران خسارت نقض تعهد قراردادی، بر اساس مقدار حداقلی معین شده در قرارداد است. بدین ترتیب، برخلاف ادعای خواهان، مبنی بر پرداخت دین، این اختلاف، دعوای مربوط به موضوع دین یا بدهی نیست بلکه دعوای جبران خسارت است و خواننده باید از خواهان، جبران خسارت کند. دادگاه این مطلب را که آیا پذیرش امکان و اعتبار شرط تعهد به دریافت، تخلف و تجاوز از قواعد ممنوعیت مجازات قراردادی (Oladotun, 2008, p.12) و دکترین مجازات است یا خیر، با توجه به چهار عامل بررسی کرد: ۱. آیا شرط مذکور از نظر تجاری قابل توجیه است یا خیر؟ ۲. آیا این شرط، ناعادلانه است یا خیر؟ ۳. آیا هدف اصلی و اساسی این شرط، ارباب و برحذر داشتن مشروط‌علیه از نقض قرارداد است یا خیر؟ ۴. آیا طرفین قرارداد از توان معاملاتی یکسانی برخوردارند یا خیر؟

شایان ذکر است که قاضی رسیدگی کننده در دعوای دیگری موسوم به پرونده *ای نایک*^۱، داد که شرط تعهد به دریافت، صراحتاً در قانون انگلیس ممنوع نشده است ولی برای پوشش ریسک‌هایی که با درج شرط مذکور، احتمال دارد ایجاد شود، باید در پیش‌نویس قرارداد، چهار نکته‌ای که فوقاً ذکر شد در نظر گرفته شود.

۲-۲. خصوصیات نهادهای خسارت مقطوع و شرط جزایی در حقوق انگلیس

همان گونه که بیان شد، بر مبنای شرط تعهد به دریافت، مشتری مکلف است بعد از دردسترس قرار دادن و ممکن‌الوصول شدن قسمت مشخصی از مقادیر قراردادی توسط فروشنده، ثمن را صرف‌نظر از دریافت یا عدم دریافت کالا پردازد. برخلاف شرط تعهد به دریافت و

پرداخت که در آن خریدار، صرفاً ملزم به پرداخت قیمت گازی است که عملاً دریافت داشته است در شرط تعهد به دریافت، میزان دریافت واقعی گاز ملاک نیست. (Rigacci, 2012, p.6). بدیهی است بازگشت سرمایه و جبران هزینه‌های عملیاتی شدن پروژه، یک مؤلفه بسیار مهم در اجرایی شدن پروژه‌هاست. اگر در صورت توافق متعاقدین در مورد مقدار خسارت نقض قرارداد، میزان آن، مشتمل بر برآوردهای منطقی پیش‌بینی شده از خسارات واقعی باشد، ماهیت آن خسارت، مقطوع دانسته می‌شود. به عبارت دیگر، در صورتی که شروط پرداخت خسارت مندرج در قرارداد، ارزیابی معقول و مبتنی بر واقعیت از خسارت احتمالی آتی باشد و به نوعی بازتابنده خسارات مادی و معنوی و همچنین سایر خسارات احتمالی باشد که اثبات آن‌ها دشوار می‌نماید، خسارت مقطوع انگاشته شده و قابل پرداخت است. از دیگر سو، شرط مجازات، اغلب ایجاد و اتخاذ سازوکاری به نفع متعهدله پنداشته شده است (عابدی، ۱۳۹۲: ۷۵) با این استدلال که متعهدله از این طریق سعی دارد تا خود را در برابر هرگونه خسارات احتمالی که ممکن است بلاجبران بماند، بیمه کند. در مواردی که میزان خسارت مورد توافق، تعمداً به منظور ایجاد عامل بازدارنده بسیار گزاف و فراتر از میزان واقعی خسارت احتمالی در نظر گرفته شود، شرط مجازات نامیده می‌شود. (De Geest, Wuyts, 1999, 154).

به بیان دیگر، می‌توان اذعان داشت درج شرط خسارت مقطوع و شرط مجازات، روشی برای پوشش مسئولیت قراردادی و تعهد نسبت به جبران ضرر و زیانی است که در نتیجه عدم اجرای قرارداد، به طرف قرارداد وارد می‌شود. این ضرر و زیان، معمولاً از طریق پرداخت مبلغی پول جبران می‌شود، به نحوی که مبلغ پرداختی به مثابه معادل اجرای تعهد اصلی تلقی می‌شود؛ البته با این تفاوت که شرط خسارت مقطوع، دارای جنبه ترمیمی، لیکن شرط مجازات دارای جنبه تنبیهی است. (عابدی، ۱۳۹۲: ۶۳). بدیهی است که مسئولیت جبران خسارت، متعاقب پیمان شکنی ایجاد می‌شود و منبع مستقیم آن، عدم اجرای قرارداد است. شایان ذکر است در حقوق عرفی، دکترین مجازات و قانون منع درج مجازات در قراردادهای خصوصی، آزادی طرفین قرارداد را در خصوص درج شرط مجازات در قراردادها محدود می‌کند.

۲-۳. آثار پیش‌بینی ضرر و زیان قراردادی در حقوق انگلیس

چنانچه مبلغ خسارات مندرج در قرارداد، بیش از میزان واقعی باشد، ممکن است متعهد، قرارداد را به طور کامل اجرا کند و چنانچه کمتر از میزان واقعی باشد، ممکن است قرارداد را به طور کامل نقض

کند. اگر متعهد انتظار داشته باشد که مرجع قضایی به مبلغی بیش از میزان واقعی خسارت، حکم بدهد، منطقیاً قرارداد را به طور کامل اجرا خواهد کرد و در صورتی که احتمال دهد مرجع قضایی به مبلغی کمتر از میزان واقعی خسارت، حکم خواهد داد، قرارداد را به طور کامل نقض خواهد کرد. (De Geest and Wuyts, 1999, 142) خسارت مقطوع، مانع از تفاوت‌های برآورد بعدی می‌شود و به صورت پیشاپیش و در زمان انعقاد قرارداد و به عنوان مبلغی مقطوع تخمین زده شده و در قرارداد درج می‌شود و مانع از این می‌شود که مرجع قضایی بعداً مجبور به محاسبه خسارت شود زیرا برای دادگاه غیرممکن است که دقیقاً ترجیحات متعهدله را دریابد و به میزان واقعی خسارت معنوی پی ببرد زیرا متعاقدين نسبت به این امور، اشراف کامل‌تر و دقیق‌تری دارند. (Malmir, 2014, 183). تخمین پیشاپیش خسارت برای اشکال مختلف خسارت که اثبات آن‌ها دشوار به نظر می‌رسد، مفید است و بدین وسیله از ارتکاب خطای احتمالی مرجع قضایی در محاسبه میزان خسارت، اجتناب خواهد شد. به علاوه این ریسک که مرجع قضایی به ناحق و ناصواب، شرط خسارت مقطوع را اعمال کند، بدون اینکه متعهد علیه یا مدیون، مرتکب نقض قرارداد شده باشد نیز وجود دارد. (عابدی، ۱۳۹۲: ۶۲). درج شرط خسارت مقطوع و در واقع، مبلغ مندرج در قرارداد به نوعی معرف میانگین ریسک احتمالی متعهدله (در مانحن‌فیه، فروشنده) است. اما چنانچه شرط خسارت مقطوع، خصوصیات فردی و شخصی متعهدله را لحاظ نکند و به طور کلی دربردارنده شرایط استاندارد باشد، دیگر چنین کارکردی نخواهد داشت. البته نباید از ذهن دور داشت که درج خسارت مقطوع، اساساً هزینه‌های قبل از معامله را افزایش می‌دهد (De Geest and Wuyts, 1999, 146)، چرا که تخمین پیشاپیش خسارات، همواره پرهزینه‌تر از برآورد آن‌ها در زمان بعد از انعقاد معامله و حدوث واقعه خسارت‌بار است (عابدی، ۱۳۹۲: ۶۸) چون در ارزیابی بعد از ورود خسارت، معمولاً اطلاعات بیشتری در مقایسه با ارزیابی قبل از معامله در ارتباط با میزان خسارت وارده وجود دارد. (Malmir, 2014, 186).

در ارتباط با شرط مجازات، آن دسته از اقلیت حقوق دانان قائل به صحت و اعتبار این شروط، معتقدند چنانچه متعاقدين، قرارداد متضمن شرط مجازات را امضا کنند باید دلایل موجهی برای انجام آن داشته باشند و در صورتی که قرارداد از منظر آن‌ها ناکارآمد باشد، آن را منعقد نخواهند کرد. لذا این گروه بر این باورند که شروط مجازات باید در راستای احترام به اصل آزادی و حاکمیت اراده اطراف قرارداد، بدون تبعیض و بی‌قید و شرط اعمال شود چرا که طرفین، آگاهانه و منصفانه در ارتباط با این شرط به توافق رسیده‌اند. این دسته از نویسندگان ابراز می‌دارند: چنانچه شروط مجازات، انگیزه‌ای برای متعهدله در جهت اغوای متعهد به منظور

نقض قرارداد ایجاد کند، این خطر احتمالی در اثنای مذاکرات طرفین بر سر قیمت قراردادی یا سایر مفاد قرارداد، پدیدار خواهد شد. لیکن چنانچه شرط مجازات در فرایند مذاکرات باقی بماند به احتمال قریب به یقین، به این دلیل است که منافع متعهدله، بیش از هزینه‌های متعهد است و مقام عمومی یا حاکمیت با ایجاد موانع قانونی نمی‌تواند بدین دلیل که تصور می‌کند طرفین قرارداد، قادر به ارزیابی صحیح و منصفانه هزینه‌ها نیستند در این امر دخالت کرده و محدودیت یا ممنوعیت ایجاد کند. پذیرش شرط مجازات، حتی برای آن دسته از متعهدینی که دقیقاً و کاملاً مطابق قرارداد، تعهدات خویش را اجرا می‌کنند دارای ریسک است زیرا همیشه این احتمال هست که مرجع قضایی یک شرط مجازات را به علت مشکلات اجرایی یا مواردی از این دست به اجرا گذارد و متعهدی را که اتفاقاً در مقام اجرای حتی‌الامکان قرارداد و به نحو متعارف برآمده، به‌ناروا محکوم به پرداخت مبلغ جریمه قراردادی کند. لذا متعهدی که به طریقی مطلوب رفتار می‌کند ولی نمی‌تواند به اثبات برساند که به‌طور مثال، قوه قاهره‌ای وجود داشته است (Medina, 1991, 299) امکان دارد به غلط و غیرحق، محکوم به پرداخت مبلغ هنگفتی شود. بدین ترتیب گفته می‌شود هزینه‌های اشتباه قانونی در مورد شروط مجازات، بالاتر و بیشتر از خسارات مقطوع است. (عابدی، ۱۳۹۲: ۶۵).

به اعتقاد برخی نویسندگان، درج شرط مجازات در ضمن قراردادها مانع از ورود تازه‌واردان به بازار خواهد شد و این در تعارض با حقوق رقابت است. به‌طور مثال، قراردادی با مدت ۱۰ سال، همیشه مصرف‌کنندگان در بازار را به یک فروشنده انحصاری متعهد می‌کند. هزینه‌های تولید فروشنده انحصاری برابر با ۵۰ واحد و قیمت برابر با ۱۰۰ واحد است. مجازات نقض قرارداد، برابر با میزان مورد انتظار است، بدین مفهوم که خریدار در صورت نقض قرارداد باید ۵۰ واحد بپردازد. فروشنده یا تولیدکننده تازه‌وارد با هزینه ۵۰ واحد، همان محصول را با قیمت ۵۱ ارائه می‌دهد. در این صورت، هیچ‌یک از خریداران، قرارداد را نقض نخواهد کرد. چنانچه محصول به هزینه تولید یعنی ۵۰ واحد فروخته شود، مصرف‌کنندگان، بی‌تفاوت خواهند بود اما اگر فرض شود که تغییر شرکا متضمن هزینه‌های مثبت معامله است تازه‌واردان یا رقبای جدید، همچنان هیچ‌یک از مصرف‌کنندگان موجود را جذب نخواهند کرد. بنابراین درج شرط مجازات قراردادی، اجازه ورود رقیب جدید را نخواهد داد و این در مغایرت با اصول و موازین حقوق رقابت است که سعی دارد توازن و تعادلی میان وضعیت رقبا و سایر طرفین قرارداد مستقر کند. شروط مجازات دارای کارکرد علامت‌دهی است. به عبارت دیگر، ممکن است

محرکی برای ایجاد انگیزه و اعتماد در طرف دیگر قرارداد به منظور امضای قرارداد باشد. این کارکرد برای تازه واردان و رقبای جدید در بازار که تا کنون شهرتی به هم نروده‌اند اهمیتی دوچندان دارد. لذا یکی از شیوه‌های مؤثر برای متعهد به مجاب کردن طرف دیگر قرارداد در این خصوص که وی همان گونه که متعهد شده است، قرارداد را ایفا خواهد کرد، درج و پذیرش یک شرط مجازات علیه خویش است (عابدی، ۱۳۹۲: ۶۱). برخی از نویسندگان، همین کارکرد را برای خسارت مقطوع نیز قائل شده‌اند، بدین استدلال که شرط خسارت مقطوع با جبران کامل خسارت متعهدله، وی را نسبت به نقض یا اجرای قرارداد، بی تفاوت می‌کند. لذا چنانچه تازه واردی تعهد به جبران کامل خسارت در صورت نقض قرارداد کند، طرف‌های احتمالی نیز رضایت حاصل می‌کنند، اما با این تفاوت که خسارت مقطوع در مقایسه با شروط مجازات، در بردارنده مشکلات محرک کمتری است. می‌توان اذعان داشت در برخی شرایط، نظریه علامت‌دهی، (یا سیگنال‌دهی) تشویقی قابل دفاع می‌شود زیرا تهیه پیش‌نویس از یک شرط مجازات، ارزان‌تر از یک خسارت مقطوع است. در مورد شرط خسارت مقطوع باید از کلیه موارد خسارات احتمالی که ممکن است پیش آید، درکی وجود داشته باشد و میانگین آن‌ها به دست آید؛ حال آنکه در مورد یک شرط مجازات، کافی است تا بیشترین خسارت ممکن، تخمین زده شود. (عابدی، ۱۳۹۲: ۶۳).

به‌طور خلاصه می‌توان گفت تشخیص شرط مجازات از شرط خسارت مقطوع، مستلزم تفسیر قرارداد با عنایت به شروط مندرج در آن و اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد قرارداد است. (De Geest & Wuyts, 1999, 147). لذا صرف به کاربردن لفظ شرط مجازات یا شرط خسارت مقطوع از سوی طرفین، رافع اختلاف و معین ماهیت شرط نخواهد بود. البته ممکن است لفظ به کار برده شده به‌عنوان یکی از اماره‌ها در تعیین ماهیت شرط مورد اختلاف به کار رود؛ بدین ترتیب که مدعی، خلاف آنچه لفظاً شرط شده به اقامه دلیل و اثبات ادعای خلاف، مکلف باشد. (عابدیان، ۱۳۸۵: ۳۳). در ثانی، به منظور تشخیص ماهیت شرط مورد توافق طرفین، شروط قراردادی و نیز اوضاع و احوال حاکم در زمان انعقاد قرارداد باید مورد توجه قرار گیرد. (Malmir, 2014, 180). برخی از نویسندگان و تحلیل‌گران حقوقی، مخالف حیات، بقا و اعتبار این شرط هستند و از آنجا که مفاد این شرط، خریدار را ملزم به پرداخت مبلغی بیش از میزان ضرر و زیان واقعی وارد به فروشنده می‌کند، ماهیت جزایی برای این شرط قائل هستند و آن را غیر قابل اجرا و غیر معتبر تلقی می‌کنند. در مقابل، دیدگاه موافق وجود دارد با این استدلال که بنا به اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد فروش گاز و به‌موجب

اصل لزوم وفای به عهد و بر اساس نظر بسیاری از شرکت‌های حرفه‌ای بزرگ و مجرب، شرط تعهد به دریافت، غیرمنطقی نبوده و از نیازها و ضروریات بازار گاز است و مستفاد از عموماً حقوقی، طرفین باید خود را مأخوذ و ملزم به محتوای شرط مورد توافق دانسته و تعهدات قراردادی خود را ایفا کنند. یکی از سازوکارهایی که نظر موافق را تقویت و توثیق می‌کند، موضوع گاز جبرانی است، به نحوی که در برخی موارد، این امکان در قرارداد فروش گاز پیش‌بینی می‌شود که خریدار می‌تواند گاز را با تأخیر و برای زمان دیرتری برداشت کند. این وضعیت، بنا به ادبیات و نحوه انشای قرارداد، ممکن است تأخیر در اجرای تعهدات قراردادی پنداشته شود. لذا برخلاف نظر اول، جمعی از حقوق‌دانان، شرط مذکور را به‌عنوان یک شرط جزایی در مقام نقض تعهدات قراردادی تفسیر نمی‌کنند بلکه برای این شرط، ماهیتی غیرجزایی در نظر می‌گیرند و آن را تعهد مالی از نوع خسارت مقطوع یا دین ساده می‌پندارند.

۳. ماهیت حقوقی و اعتبار شرط تعهد به دریافت در حقوق ایران

در این بخش سعی شده است تا با تکیه بر مبانی و اصول نظام حقوقی ایران، ماهیت‌های قابل انطباق بر شرط تعهد به دریافت در نظام حقوقی ایران، شناسایی و میزان انطباق یا عدم انطباق آن تشخیص داده شود و از این منظر، اعتبار و صحت این شرط و امکان درج صحیح آن در قراردادهای بلندمدت فروش و انتقال گاز تبیین شود. بدین سبب که تا کنون این شرط همانند بسیاری از مسائل و ابهامات حقوقی موجود در قراردادهای فروش و انتقال گاز، مورد مناقشه و مذاقه حقوق‌دانان ایرانی قرار نگرفته است طبیعی است که در این زمینه دکترین حقوقی وجود ندارد و لذا ماهیت‌های بررسی‌شده در این قسمت، یا از دکترین‌های سایر نظام‌های حقوقی گرفته‌برداری و بررسی شده یا حسب تعاریف شرط تعهد به دریافت و نیز ترتیبات مقرر جهت این شرط در قراردادهای نمونه و واقعی فروش و انتقال گاز به‌عنوان نظری بدیع و خلاقانه، ماهیتی برای این شرط پیشنهاد شده است. گذشته از آن در خصوص هر یک از این ماهیت‌های پیشنهادی با عنایت به تأسیسات حقوق اسلامی و قواعد حقوقی مندرج در نظام حقوق مدنی ایران، این تحلیل صورت گرفته است.

۳-۱. اوصاف و کارکرد ضمان قراردادی

مطابق اصول کلی حقوقی حاکمیت و آزادی اراده،^۱ جبران خسارت (عابدی، ۱۳۹۲: ۶۰)، احترام

۱. مراجعه شود به قانون مدنی ایران، مواد ۲۲۱، ۱۰، ۲۲۳، ۳۰، ۲۱۹.

به مالکیت، لزوم وفای به عهد، صحت و لزوم (عادل، ۱۳۸۰: ۸۶) و همچنین به صراحت ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران، شرط جبران خسارت یا ضمان قراردادی پذیرفته شده است. (عابدیان، ۱۳۸۵: ۴۱). در این ماده، قانونگذار، مطالبه خسارت را با تحقق شرایط مقتضی امکان پذیر دانسته است. فرض اول این است که جبران خسارت در ضمن قرارداد تصریح شود و به علاوه باید درباره مبلغ لازم به پرداخت، در صورت ایراد خسارت، توافق شود. (Malmir, 2014. 179).

حالت دیگر این است که مبلغ قابل پرداخت درج نشود بلکه تشخیص و تعیین آن از طریق مرجع قضایی و با جلب نظر کارشناس صورت پذیرد. فرض دوم در مواردی است که جبران خسارت در متن قرارداد تصریح نشده است ولی تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد، یعنی عرف به نحو ضمنی، طرف قرارداد را متعهد به انجام تعهد بدانند. فرض سوم هم مشتمل بر مواردی است که تعهد از نظر قانون، موجب ضمان، قلمداد شده باشد. در خصوص خسارت قراردادی گفتنی است در صورتی که طرفین بخواهند این خسارت را در قرارداد به صورت پیشاپیش تعیین کنند، مشخصه اول آن، ثابت بودن مبلغ است. مشخصه دیگر این است که مبلغی که طرفین تعیین کردند، به عنوان جبران ضرر و زیان (و نه جریمه یا مجازات) تلقی می شود. مشخصه سوم این است که زیان دیده محق است به محض هرگونه نقض قرارداد، مبلغ مشخص شده را دریافت کند. در ارتباط با تحقق ضمان قراردادی، یکی از عناصر ضروری مطالبه ضرر و زیان، تقصیر طرف دیگر است اعم از اینکه عمدی یا غیرعمدی باشد. مشخصه دیگر، عدم ضرورت اثبات ورود ضرر و زیان و رابطه سببیت میان فعل و ترک فعل مقصر ورود خسارت است. برای اینکه متعهدله بتواند از متعهد علیه، خسارات ناشی از عدم اجرا یا تأخیر در اجرای قرارداد را مطالبه کند باید موعد انجام تعهد، منقضی شده باشد. (عادل، ۱۳۸۰: ۹۱). در خصوص امکان انطباق شرط تعهد به دریافت بر خسارت مقطوع قراردادی باید گفت، این انطباق، دور از ذهن نیست و اتفاقاً آموزه‌ها و رویه برخی کشورها نیز مؤید همین مطلب است. در حقوق ایران نیز تأسیس خسارت مقطوع یا تعیین پیشاپیش خسارت می تواند قابل انطباق با شرط تعهد به دریافت باشد که البته وجود شرایطی در این خصوص لازم است. باید گفت این شرط در صورتی خسارت مقطوع است که با خسارت واقعی وارد بر فروشنده که از عدم دریافت گاز توسط خریدار ناشی می شود تناسب داشته باشد. منظور از تناسب در اینجا، تساوی نیست بلکه منظور این است که مبلغ دریافتی فروشنده که از اجرای شرط تعهد به دریافت حاصل می شود نسبت به خسارت واقعی وارده بر او گزاف و نامعقول نباشد و عرفاً میزان مقطوع شده همان خسارت واقعی به شمار آید، به گونه‌ای که تحمیل مجازات بر خریدار تلقی نشود. با عنایت به اینکه اولاً؛ فروشنده تا رساندن گاز

به مرحله فروش و آماده کردن آن برای تحویل به خریدار، متحمل هزینه‌های هنگفتی شده است و جبران این هزینه‌ها جز با فروش گاز به خریدار امکان‌پذیر نیست و ثانیاً: وجود سازوکارهای جبرانی برای خریدار جهت دریافت مجدد گازی (Rigacci, 2012, p.13) که قادر به دریافت آن در موعد مشخص نبوده است و با عنایت به اینکه درصد تعهد به دریافت، قابل مذاکره است و هیچ‌گاه مشتمل بر صد درصد حجم گاز مورد توافق قراردادی نیست می‌توان اذعان کرد خسارتی که نتیجه اجرای شرط تعهد به دریافت است با خسارت واقعی فروشنده در تناسب است و لذا تأسیس خسارت مقطوع، قابل انطباق بر شرط تعهد به دریافت است. حال با فرض حصول انطباق این شرط بر خسارت مقطوع باید اشاره داشت که بر شرط تعهد به دریافت از حیث اعتبار، خدشه‌ای وارد نیست چرا که اولاً: از لحاظ عمومات، شرط تعهد به دریافت، شرط صحیح (و نه فاسد و نه مفسد) محسوب می‌شود و ثانیاً: با عنایت به دلایل، اصول و قواعد فوق‌الذکر، تعیین پیشاپیش خسارت یا خسارت قراردادی با ایراد و شبهه‌ای مواجه نیست و صحیح و معتبر است. نهایتاً اینکه با فرض انطباق شرط تعهد به دریافت بر خسارت مقطوع، این شرط دارای اعتبار است.

۲-۳. اعتبار شرط تعهد به دریافت بر اساس ماهیت شرط جزایی

دومین نهاد حقوقی که به نظر می‌رسد با ماهیت حقوقی شرط تعهد به دریافت سنخیت دارد و قابل انطباق است، شرط جزایی است. منظور از شرط جزایی (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۴۶۴)، غرامت و تاوانی است که دو طرف قرارداد در عقد تعیین می‌کنند تا هر کدام از طرفین که از مفاد قرارداد یا تعهد یا الزامات پذیرفته شده در عقد تخلف کند آن را به طرف مقابل پردازد. (عابدیان، ۱۳۸۵: ۸). این گونه شرط را شرط جزایی، غرامت توافقی یا وجه التزام می‌نامند. (عابدیان، ۱۳۸۵: ۱۷). در ارتباط با قابلیت انطباق شرط جزایی بر شرط تعهد به دریافت، این نکته حائز اهمیت است که آنچه در ادبیات حقوقی، شرط جزایی یا وجه التزام نامیده می‌شود (خسروی و بیرانوند، ۱۳۸۹: ۱۳۵) اعم از خسارت مقطوع و جریمه عدول از تعهد است.

قابلیت انطباق شرط تعهد به دریافت با خسارت مقطوع (De Geest & Wuyts, 1999, 144) و فرض اعتبار آن بررسی شد. در اینجا صرفاً به قابلیت انطباق شرط جزایی یا وجه التزام در مفهوم جریمه عدول از ایفای تعهد قراردادی و تأخیر در اجرای قرارداد (که در هنگام بررسی رویکرد حقوق انگلیس، شرط مجازات نامیده شد) پرداخته می‌شود، چرا که شرط جزایی اگر به معنای خسارت مقطوع باشد در اعتبار آن تردیدی نیست. اما شرط جزایی در مفهوم مضیق (شرط مجازات) چگونه بر شرط تعهد به دریافت در قراردادهای فروش و انتقال گاز قابل انطباق است.

حقیقت این است هرچند با در نظر گرفتن میزان هزینه کرد اولیه فروشنده و توجه به سازوکارهای جبرانی برای خریدار، این شرط عملاً بر خسارت مقطوع قراردادی نزدیک شده است اما با توجه به پیشینه ورود این شرط به قراردادهای انرژی معلوم می‌شود که این شرط، ماهیتاً به شرط جزایی (وجه التزام) نزدیک‌تر است. در بررسی تاریخچه و پیشینه این شرط، مشاهده می‌شود که در واقع، اپراتورهای شبکه انتقال و فروشندگان گاز، جهت اطمینان از فروش و اطمینان از اینکه خریداران در فصول مختلف که در برخی از آن‌ها نیاز کمتری به گاز وجود دارد، گاز تولیدی را خریداری خواهند کرد، این شرط را ابداع و در قراردادهای فروش و انتقال گاز وارد کردند. (Medina, 1991, 286). لذا با عنایت به قصد مشترک طرفین و هدف از درج این شرط در قرارداد، ماهیت تنبیهی، جریمه‌گون و مبتنی بر مجازات این شرط آشکار می‌شود چرا که طرفین به دنبال جبران خسارت نبوده‌اند بلکه جعل نوعی جریمه را مدنظر داشته‌اند که مقصود از پیش‌بینی آن، حصول اطمینان نسبت به دریافت گاز در مراحل و فصول مختلف قرارداد است. میزان خسارت، علی‌الاصول سنجیده نمی‌شد تا در قرارداد مقطوع شده آن درج شود بلکه مبلغی در قالب این شرط ذکر شده که اطمینان حاصل شود خریدار جهت رهایی از آن، گاز را مطابق مفاد قرارداد دریافت می‌کند و فروشنده با خطر روبه‌رو نمی‌شود.

در اینجا با فرض انطباق شرط جزایی بر شرط تعهد به دریافت، بررسی می‌شود که آیا در این فرض، این شرط معتبر و صحیح است یا ایراد دارد؟ ابتدا باید اذعان کرد شرط جزایی در مفهوم خسارت مقطوع، ایرادی ندارد و پیش از این نیز بیان شد.

اما در خصوص اعتبار شرط تعهد به دریافت با ماهیت شرط جزایی (شرط مجازات) باید عنوان داشت، واقع این است که حقوق ایران، متعرض این امر نشده است و حسب دکترین و رویه، وجه التزام به هر میزان که طرفین در خصوص آن توافق کرده باشند مورد قبول و معتبر است و علی‌الاصول، تناسب با خسارت واقعی ملحوظ نیست. دقت در ماده ۲۳۰ قانون مدنی^۱ نیز این نظر را کاملاً تأیید می‌کند (عادل، ۱۳۸۰: ۸۵) چرا که سوای اینکه این ماده، حدی برای تعیین غرامت نقض قرارداد قائل نیست، حتی دست دادگاه را در تعیین غرامتی کمتر یا بیشتر از خسارت توافقی می‌بندد و امکان تعدیل را نیز از بین می‌برد (عادل، ۱۳۸۰: ۹۵). فایده این امر، جز در بحث شرط مجازات حاصل نمی‌شود چرا که مداخله دادگاه و تعدیل در جایی موضوعیت پیدا می‌کند که میزان غرامت توافقی به نحو فاحشی از واقع، فاصله داشته باشد. (عابدیان، ۱۳۸۵: ۷).

۱. ماده ۲۳۰: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف، مبلغی به‌عنوان خسارت تأدیه کند، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند».

با عنایت به این امر، در صورتی که شرط تعهد به دریافت شرط جزایی در مفهوم خاص آن (شرط مجازات) باشد هم در حقوق ایران از حیث گزاف بودن غرامت مورد پیش‌بینی خدش‌های بر آن وارد نیست (خسروی و بیرانوند، ۱۳۸۹: ۱۳۸). شایان ذکر است، نباید عبارت «به‌عنوان خسارت» در متن ماده ۲۳۰ این شبهه را پدید آورد که صرفاً مبالغی که به‌عنوان خسارت در قرارداد ذکر می‌شود معتبر و صحیح است. لذا شرط جزایی یا وجه التزام، فراتر از خسارت، به علت اینکه حائز این وصف نیست از اعتبار می‌افتد، چرا که همواره طرفین وجه التزام را به مثابه خسارت در قرارداد ذکر می‌کنند و با نظر به شیوه نگارش ماده ۲۳۰ و نیز عدم اعتبار تعدیل قضایی، جز شرط جزایی از این ماده استنباط نمی‌شود. (خسروی و بیرانوند، ۱۳۸۹: ۱۳۳). لذا با فرض جرمه و مجازات بودن شرط جزایی نیز حقوق ایران این شرط را معتبر می‌پندارد. (خسروی و بیرانوند، ۱۳۸۹: ۱۴۶). بنابراین، چنانچه شروط تعهد به دریافت، وجه التزام تلقی شود، بر اساس حقوق ایران، توافق طرفین راجع به میزان مسئولیت متخلف از انجام تعهد به هر میزان، معتبر و لازم‌الاتباع است. مطابق ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران، توافق اطراف قرارداد فروش و انتقال گاز در مورد میزان درصد مربوط به جبران خسارت ناشی از تخلف خریدار از دریافت و برداشت گاز، معتبر است حتی اگر میزان واقعی خسارت وارده، بیشتر یا کمتر از مبلغ مورد توافق طرفین باشد. همین قضیه در فرضی که میزان خسارت توافق شده در قرارداد از میزان خسارت واقعی ناشی از نقض تعهد بیشتر باشد نیز صدق می‌کند و دادگاه نمی‌تواند ادعای ناقض عهد را در خصوص پایین‌تر بودن خسارات واقعی از خسارات مورد توافق (وجه التزام) پذیرفته و حکم به تقلیل وجه التزام بدهد.

۳-۳. اعتبار شرط تعهد به دریافت بر اساس تضمین خرید

شرط تعهد به دریافت، وقتی در تناسب با قرارداد فروش گاز سنجیده می‌شود، این کارکرد را دارد که قرارداد را تبدیل به قرارداد تضمینی یا تضمین شده می‌کند و به عبارتی می‌توان این شرط را به‌عنوان شرط تضمین خرید یا شرط خرید تضمینی محسوب کرد. این نوع تلقی از ماهیت شرط تعهد به دریافت در آرای حقوق‌دانان سایر کشورها که به بررسی ماهیت و اعتبار این شرط پرداخته‌اند مغفول مانده است. باین‌حال، این تأسیس اولاً: بسیار با ماهیت حقوقی شرط تعهد به دریافت نزدیک است و ثانیاً: در پیشینه فقهی (هاشمی شاهرودی، بی‌تا: ۲۸۰-۲۸۶) و نیز در سامانه کنونی حقوقی ایران، امکان یافتن موارد مشابه با این ماهیت و نتیجه‌گیری اعتبار و صحت آن وجود دارد. واقع امر این است که قرارداد فروش و انتقال گاز، بی‌تردید بیع است. عوضین این بیع،

حجمی از گاز با مشخصات معین قراردادی به‌عنوان میب و در واقع، مبلغ معینی از یک ارز مشخص به‌عنوان ثمن است. حال باید دید آنچه فروشنده حسب اجرای شرط تعهد به دریافت به دست می‌آورد چیست؟ مطابق نظری که در این قسمت دنبال می‌شود، ماحصل اجرای شرط تعهد به دریافت، چیزی جز بخشی از ثمن معامله (خرید و فروش گاز) نیست. لذا در صورتی که شرط تعهد به دریافت، فروشنده را به بخشی از ثمن معامله به‌عنوان یکی از عوضین اصلی قرارداد برساند، آیا می‌توان برای شرط تعهد به دریافت، ماهیتی جز شرط تضمین خرید قائل شد؟ توضیح اینکه آنچه از خرید عاید فروشنده می‌شود ثمن است و اگر شرطی در قرارداد دستیابی فروشنده به ثمن مورد انتظار را تضمین کند، آن شرط، شرط تضمین خرید است. با وجود این، و با توجه به ماهیت پیچیده قراردادهای فروش و انتقال گاز و به‌ویژه وجود میزان حداقلی تعهد به دریافت روزانه، ماهانه، فصلی یا سالیانه، روش‌های جبرانی تعبیه‌شده در این قراردادها، به نظر می‌رسد که تحلیل فوق، موضوع را به‌صورت بسیط بررسی کرده است. سؤال اساسی در اینجا این است که در صورتی که این شرط در واقع، شرط تضمین خرید توسط خریدار باشد، قاعدتاً یا باید کل حجم گاز مورد توافق در قرارداد را پوشش دهد یا اینکه حجم روزانه قراردادی برای هر روز را پوشش دهد؛ حال آنکه در حقیقت، اجرای شرط تعهد به دریافت از معبر و مجرای حداقل روزانه تعهد به دریافت اجرا می‌شود که لزوماً به میزان حجم قراردادی نیست و معمولاً ۶۰ تا ۹۰ درصد حجم قراردادی روزانه را شامل می‌شود و لذا تضمین قرارداد توسط این شرط، محل تأمل است. در پاسخ باید گفت قدرت و توان شرط تعهد به دریافت در تضمین خرید، بسته به همان میزان حداقل تعهد به دریافت روزانه است و این نظریه، ادعایی فراتر از این ندارد؛ به تعبیری، شرط تعهد به دریافت خرید روزانه را در حد میزان حداقل تعهد به دریافت تضمین می‌کند. با عنایت به اینکه شرط یا روش تضمین خرید یا خرید تضمینی، کمابیش چه در سابقه فقهی (عادل، ۱۳۸۰: ۱۰۰) در قالب بیعانه (بیع عربون) که در حقوق مدرن از طریق ابزارهای مشتقه مالی مثل قراردادهای آتی (معصومی‌نیا، ۱۳۸۸: ۱۸۴) وجود دارد و نیز در حقوق کنونی ایران، تضمین خرید، به‌ویژه در خصوص تضمین خرید انرژی، شناخته‌شده و معتبر است، باید دید آیا امکان دارد شرط تعهد به دریافت را نوعی تضمین خرید تلقی کرد و به تبع آن، قرارداد فروش و انتقال گاز را نوعی قرارداد خرید تضمینی یا خرید تضمین شده دانست؟ گفتنی است منظور از خرید تضمینی یا خرید تضمین شده با آنچه خرید به قیمت تضمینی نامیده می‌شود، متفاوت است و لااقل می‌توان گفت انطباق کامل ندارد. با این توضیح که مقصود از خرید تضمینی، ایجاد یک چارچوب داخلی در

قرارداد خرید و فروش است که خطر نکول آن را مرتفع می‌کند و فروشنده را از انجام خرید توسط خریدار مطمئن می‌کند. پس موضوع، تضمین خود قرارداد بنفسه است، درحالی که در خرید به قیمت تضمینی، آنچه تضمین شده و استحکام می‌یابد، قیمت خرید است و معمولاً خارج از چارچوب قرارداد است و معنای آن این است که خریدار (عمدتاً دولت یا نهاد عمومی) تضمین می‌کند که در صورت اقدام به خرید، قیمت خرید، کمتر از میزان مشخص نباشد. به هر رو، جهت مقایسه شرط تعهد به دریافت با تضمین خرید باید به ارکان و مورد معامله در قرارداد فروش و انتقال گاز توجه داشت. این قرارداد، مشتمل بر دو مورد معامله یا دو عنصر است که شامل حجمی از گاز طبیعی به عنوان میبع و مبلغی به عنوان ثمن است. در صورتی که بیع منعقد شود، مطابق ماده ۳۶۲ قانون مدنی، مشتری، مالک میبع و بایع، مالک ثمن می‌شود.

حال ابتدا با فرض وجود شرط تعهد به دریافت ۱۰۰ درصد، موضوع بررسی می‌شود. در این حالت، گاز مورد توافق، میبع و مجموع قیمت مورد توافق، ثمن است. در صورتی که خریدار گاز را دریافت نکند، مبلغی که می‌بایست مطابق شرط تعهد به دریافت پردازد، در واقع همین ثمن است که یکی از دو مورد یا دو موضوع معامله است و لذا نمی‌توان آن را جریمه یا خسارت پنداشت. ماحصل اجرای این شرط، چیزی جز تأکید و تأیید پرداخت ثمن نیست و لذا ماهیت این شرط در واقع، تضمین خرید است چرا که با محقق شدن خرید، استحقاق فروشنده به دریافت ثمن محقق است و شرط تعهد به دریافت، عملیاتی کردن این استحقاق است. به عبارت دیگر، تعهد به دریافت موجب می‌شود که خرید، محقق و قطعی شود و آنچه از قبل آن حاصل می‌شود، استحقاق دریافت ثمن برای فروشنده است. چنانچه ماهیت شرط تعهد به دریافت در حقوق ایران، خرید تضمینی یا حتی پیش‌خرید در نظر گرفته شود، اصول و قواعد بیع در مواد ۳۳۸ تا ۳۹۵ قانون مدنی ایران می‌تواند حاکم باشد. بر اساس ماده ۳۳۸ همان قانون، «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». به علاوه بر اساس ماده ۳۴۲ مقدار، جنس و وصف میبع باید معلوم باشد و در خصوص قرارداد فروش گاز نیز همین قواعد، قابل اعمال است. می‌توان شرط تعهد به دریافت را نوعی شرط تضمین خرید دانست. با وجود این، از آنجا که درصد شرط تعهد به دریافت یعنی میزان حداقلی که خریدار دریافت آن را تعهد می‌کند با حجم مورد توافق، یکسان نیست و کسری از آن است، ناگزیر باید گفت که تضمین خرید توسط این شرط، نه به کل حجم قراردادی بلکه به همان میزان حداقلی (که معمولاً ۶۰ تا ۹۰ درصد حجم گاز توافقی است) تعلق می‌گیرد و این شرط از اعتبار و وجاهت قانونی برخوردار

است. چنانچه ماهیت حقوقی شروط تعهد به دریافت، توافق راجع به مابه‌ازای قراردادی و دین ناشی از اجرای تعهد یعنی قابل دسترس کردن کالاها جهت قبض تلقی شود، در این فرض هم این شرط لازم‌الاجراست. همان طور که قبلاً اشاره شد، به موجب قرارداد بلندمدت تأمین کالا و انرژی، میزان میبوع در طول یک سال به موجب شروط مقدار سالیانه قرارداد و شرط تعهد به دریافت، مشخص و معلوم می‌شود. فروشنده از همان زمان انعقاد قرارداد، مستحق دریافت ثمن می‌شود. البته دریافت این ثمن به موجب شروط مذکور، مشروط به دو شرط کلی است: اولاً، تسلیم یا ممکن‌الوصول کردن میبوع در موعد و مکان مقرر جهت دریافت مشتری و در ثانی، حال شدن ثمن. با تحقق این دو شرط، بایع مطلقاً استحقاق دریافت ثمن مقرر را پیدا می‌کند و هیچ چیزی نباید مانع دریافت ثمن توسط فروشنده شود. به موجب شرط تعهد به دریافت، مقادیری که فروشنده یا تولیدکننده یا تأمین‌کننده نتواند مهیای تحویل کند، از مقدار تعهد کم می‌شود. بنابراین، همیشه در قرارداد فروش و انتقال گاز طبیعی، فروشنده باید گاز کافی برای ایفای تعهد خویش داشته باشد به نحوی که مشتری بتواند مقادیر مقرر را در موعد سررسید، دریافت و برداشت کند. در واقع، وظیفه فروشنده، تسلیم است نه تسلیم و قبض، حق مشتری است که حتی می‌تواند از آن اعراض کند. با تسلیم یا درمورد قراردادهای فروش و انتقال گاز طبیعی با در دسترس قراردادن میبوع، فروشنده به تعهدات خود عمل کرده و مستحق دریافت ثمن می‌شود. در عقد بیع، ثمن با میبوع مبادله می‌شود. پس منطقی است همچنان که بایع ملزم به تسلیم میبوع می‌شود، مشتری نیز ملزم به پرداخت ثمن شود. بند ۴ ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران در این ارتباط مقرر می‌دارد: «عقد بیع، مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند». به هر حال، چنانچه ثمن، کلی فی‌الذمه باشد در ذمه مشتری متجلی شده و با رسیدن اجل و حدوث موعد سررسید، هیچ چیزی مانع دریافت آن نخواهد شد. در ماده ۳۹۴ قانون مدنی ایران، مجدداً این الزام مورد تأیید و تأکید قانونگذار قرار می‌گیرد: «مشتری باید ثمن را در موعد و در محل و بر طبق شرایطی که در عقد بیع مقرر شده است، تأدیه کند». ماده ۳۹۵ نیز مقرر می‌دارد: «اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند، بایع حق نخواهد داشت که بر طبق مقررات راجع به تأخیر تأدیه ثمن، معامله را فسخ یا از حاکم، اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد». در حقوق ایران، صرف نظر از اینکه شرط تعهد به دریافت، افاده دین کند یا جبران خسارت، لازم‌الاجرا بوده و دادگاه در اجرای این شروط با مانع خاصی روبه‌رو نخواهد شد. در نتیجه، طرفین در صورت درج شرط مذکور در قرارداد باید به آن پایبند باشند.



نتیجه

در قرارداد فروش و انتقال گاز، بخصوص قراردادهای بلندمدت، هرچه مدت قرارداد و میزان گازی که قرار است تحویل داده شود زیادتر باشد، ریسک‌های بیشتری قرارداد را تهدید می‌کند. این امر، طرفین را مجبور به پیش‌بینی سازوکارهای لازم جهت پیشگیری از بروز اختلافات در مذاکره مجدد قیمت گاز، میزان گاز و کاهش یا افزایش میزان آن می‌کند. یکی از این سازوکارها، درج و پیش‌بینی شرط تعهد به دریافت در قالب این گونه قراردادهاست. شرط مذکور، صرف‌نظر از مباحث حقوقی به لحاظ تجاری، یکی از مهم‌ترین روش‌های انتقال ریسک احجام و مقادیر بالای پروژه‌های بالادستی به مشتریان پایین‌دستی بوده و کاملاً معقول و توجیه‌پذیر است. دیدگاه نظام‌های مختلف حقوقی در جهان، نسبت به اعتبار و ماهیت حقوقی شرط تعهد به دریافت، یکسان نیست. باوجود این، به‌طور کلی تفاسیر و رویه‌های قضایی در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا، درج شرط مذکور را صحیح و معتبر می‌دانند و غالباً ماهیت آن را خسارت مقطوع و بعضاً شرط جزایی می‌انگارند. در نظام حقوقی کامن‌لا و مشخصاً انگلیس، وضعیت حقوقی توافق راجع به خسارات احتمالی ناشی از نقض قرارداد مطرح بوده و با تفکیک شرط مجازات که جنبه تنبیهی دارد از خسارت مقطوع که جنبه ترمیمی دارد از این میان تنها اعتبار دومی را پذیرفته‌اند و شرط مجازات را غیرمعتبر و غیرقابل اجرا تلقی کرده‌اند. قاعدتاً در صورتی که شرط تعهد به دریافت خسارت، مقطوع تلقی شود قابل اجرا و در صورتی که شرط جزایی باشد، غیرقابل اعمال است. نظر غالب در اکثر پرونده‌ها بر این است که از آنجا که فروشنده هزینه سنگین استخراج را بر عهده داشته است این شرط در واقع عوضی بر تحمل آن هزینه‌های بسیار است و لذا این شرط می‌تواند خسارت مقطوع تلقی شده و معتبر است. با عنایت به ظرفیت‌های موجود و به لحاظ قانونی و اجرایی این امکان وجود دارد که ایران در قراردادهای فروش و انتقال گاز که با سایر کشورها منعقد می‌کند، شرط تعهد به دریافت را بگنجانند، همان‌طور که تا کنون در قراردادهای فروش و انتقال گاز خود، این شرط را درج کرده است و با موانع قانونی یا اجرایی برای درج آن مواجه نبوده است. در حقوق ایران، می‌توان شرط تعهد به دریافت را معتبر و صحیح دانست، فارغ از اینکه ماهیت این شرط، شرط جزایی یا خسارت مقطوع یا تضمین خرید دانسته شود. لذا اصل شرط، معتبر است.

به نظر می‌رسد در نظام حقوقی ایران، ماهیت شرط تعهد به دریافت، به تضمین خرید یا خرید تضمین شده نزدیک‌تر است و با آن تطابق و سازگاری بیشتری دارد.

درج شرط تعهد به دریافت در ضمن قراردادهای فروش و انتقال گاز که ایران یکی از اطراف آن است موجب بهبود و تقویت موقعیت قراردادی ایران خواهد شد. در حال حاضر، رتبه ایران در تجارت گاز، بسیار پایین است و در صادرات با فرض قدر مطلق ورود و خروج گاز از مرزهای کشور، عملاً ایران صادرکننده نیست زیرا مقدار صادراتش با مقدار وارداتش برابر است. به طور مثال، مقدار گاز صادراتی به ترکیه تقریباً برابر گاز وارداتی از ترکمنستان است. لذا ایران به مثابه تاجری است که انبارهایی مملو از کالا دارد ولی سهم او از تجارت بازار، بسیار ناچیز است. به عبارتی ایران از کشورهای تقریباً خنثی است زیرا میزان واردات و صادرات آن تقریباً برابر است. بنابراین در مقایسه با کشورهای همسایه هم تراز ایران مثل روسیه و قطر که تراز صادرات گاز آنها مثبت است، از وضعیت صادراتی خوبی برخوردار نیست. لذا باید با استفاده از ظرفیت شرط تعهد به دریافت و انعقاد قراردادهای فروش و انتقال گاز، وضعیت تراز تجاری خود را در حوزه فروش و تجاری سازی گاز بهبود بخشد. همچنین متعاقباً این ظرفیت را فراهم کند که ایران بورس گازی داشته باشد و بتواند شاخص قیمت داشته باشد.

منابع:

الف) فارسی

- کتاب

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۲). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
- حاتمی، علی؛ کریمیان، اسماعیل. (۱۳۹۳). *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*، تهران: انتشارات تیسرا.
- سماواتی، حشمت‌اله. (۱۳۹۰). *خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی*، تهران: نشر آدینه.
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۳). *حقوق نفت و گاز*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۸). *نظریه شروط عمومی و التزامات در حقوق اسلامی*، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- معصومی‌نیا، غلام‌علی. (۱۳۸۸). *انبارهای مشتقه، بررسی فقهی و اقتصادی*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- هاشمی شاهرودی. (بی‌تا). *سید محمود، القرائات الفقهیه المعاصره*، جلد ۲، دائره المعارف الفقه الاسلامی، قم.
- مجموعه قوانین و مقررات نفت و گاز و پتروشیمی. (۱۳۹۴). *جلد اول و دوم*، امور حقوقی شرکت ملی نفت ایران، چاپ اول، بهمن.

- مقاله

- اسکینی، ربیعا. (۱۳۶۷). «وجه التزام در قراردادهای بین‌المللی»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۹، پاییز و زمستان.
- بهروزی‌فر، مرتضی. (۱۳۸۵). «بازارهای جهانی گاز طبیعی و برنامه‌های صادرات گاز ایران»، *مجله اطلاعات سیاسی-اقتصادی*، مؤسسه اطلاعات سیاسی-اقتصادی، شماره ۲۲۴-۲۲۳، فروردین و اردیبهشت.
- تسخیری، محمد علی. (۱۳۸۴). «شرط جزایی در عقود»، *فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت*، شماره ۴۴، سال ۱۱.

- حسین آبادی، امیر. (۱۳۸۵). «بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد»، *مجله آموزه‌های قرآنی*، شماره ۱۹.
- خسروی فارسانی، علی؛ بیرانوند، شاهپور. (۱۳۸۹). «مقایسه تطبیقی وجه التزام و خسارت تنبیهی»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۰، تابستان.
- عابدیان، محمد حسین. (۱۳۸۵). «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها»، *مجله تخصصی الهیات و حقوق*، شماره ۱۹، بهار.
- عابدی، محمد. (۱۳۹۲). «تحلیل اقتصادی و حقوقی اعتبار شرط کیفری (وجه التزام)»، *فصلنامه حقوق اقتصادی* (دانش و توسعه سابق) دوره جدید سال بیستم، شماره ۴، پاییز و زمستان.
- عادل، مرتضی. (۱۳۸۰). «توافق بر خسارت در قراردادها»، *مجله دانشکده حقوق و علوم-سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۵۳، پاییز.
- قربانوند، محمدباقر. (۱۳۸۷). «تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادها»، *مجله کانون*، شماره ۸، خرداد و تیر، ۸۹.

- رساله

- مقصودی پاشاکی، رضا. (۱۳۸۷). *مطالعه تطبیقی وجه التزام*، رساله دکتری حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی.

(ب) انگلیسی

1. Adegun K. A. 2005, *Take or Pay contracts as investment drivers for gas development projects in developing countries: are there co pilots?*, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy Annual Review, University of Dundee, London
2. Beazley Richard, 1992, *Some Legal Aspects of Oil and Gas Transportation Arrangements*, *Oil and Gas Law and Taxation Review*, Vol.1, Sweet&Maxwell, London
3. Beggs, Daniel, Martyn R, David; 2002, *Gas Sales and Supply Contracts, in Natural Gas Agreements*, Sweet & Maxwell, London
4. Birmingham, Robert L. , 1970, "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", 24 *Rutgers Law Review*, 273-292
5. Creti, A., Villeneuve, B. , 2004, "Long-term contracts and take-or-pay clauses in natural gas markets", *Energy Studies Review*, 13, 75-94
6. Crocker, Keith J. and Scott E. Masten, 1985, "Efficient Adaptation in

Long-term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas", *American Economic Review*, 75, 1083- 1093

7. Crocker, Keith J. and Scott E. Masten, 1991 "Pretia ex Machina? Prices and Process in Long-Term Contracts", *Journal of Law and Economics*, 34, 69-99

8. Chung, Tai-Yeong, 1992, "On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses: An Economic Analysis", 8 *Journal of Law, Economics, and Organization*, 30-42

9. Davey Henry, 1997, "Take or Pay" and "Send or Pay": A Legal Review and Long-Term Prognosis, *Oil and Gas Law and Taxation Review*, Vol. 15, Sweet & Maxwell, London

10. De Geest, Gerrit and Wuyts, Filip 1999, "penalty clause and liquidated damage", *Tulsa law review – article 7- Volume 27, issue 2 (encyclo. Findlaw.com/4610 book.pdf)*, 142-152

11. Griffin, Paul & Herbert Smith, 2002, *Transnational Gas Projects and their Agreements in Natural Gas Agreements*, ed. Martyn R. David, Sweet & Maxwell, London

12. Groom Malcolm, 1993, *The Problems of Short-term Gas Contracts*, *Oil and Gas Law and Taxation Review*, Vol. 11, Issue 3, Sweet & Maxwell, London

13. Holland, Ben ,Ashley, Philip, 2008; "Enforceability of Take-or-Pay Provisions in English Law Contracts", *Journal of Energy and Natural resources Law*. Vol. 26, No. 4, 10-14

14. Malmir, Mohammad, Reza Ranjbaran, and Rahim Vakil Zadeh, 2014, "A Comparative Study of the Legal Status and Effects of Predetermining Contractual Damages in the Law of Iran and England", *Entrepreneurship and Innovation Management Journal*, 178-184

15. Medina, J. Michael, 1991; The Take or Pay wars: "A Cautious Analysis for The Future", *Tulsa Law Review*, article 7, 288-294

16. Oladotun, Ayeni, 2008, *M& J Polymers LTD V. Imerys Mineral Limited: "Can Take or Pay Clauses in Gas Contract Be Considered A Contractual Penalty?"*, *Tulsa Law Review*, 3-12

17. Polkinghorne, Michael, 2013, "Take or Pay Conditions in Gas Supply Agreement" , *White & Case, Paris Energy Series*, No. 7: April, 1-6

18. Rigacci Gomero, Carlos, 2012; "Should Take or Pay Payments Be subject to Royalties? Assessing the effects of Take or pay Provision on the Relationship Between the State and Producer", *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol. 21, No. 1, 3-13

19. Roberts ,Peter, 2004; *Gas Sales and Gas Transportation Agreements: Principles and Practice*, Sweet and Maxwell, London

20. Rea. Samuel A, 1984, "Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages", 13 *Journal of Legal Studies*, 22-27

21. Uzezi Azaino, Efe, 2008; "Natural GAS Contracts : Do Take or Pay Clauses Fall Foul of the Rule Against Penalties?", *Official Gazette , Ministry of Mining and Energy*, 5-13

سایت‌ها:

1. www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp_car14_55_382

097656.pdf.

2. http://www.whitecase.com/publications_062620Q8/

3. [Http:// WWW.Eia.doe.gov](http://WWW.Eia.doe.gov)