

بررسی اعتبار شرط دریافت یا پرداخت در قراردادهای بین‌المللی خرید و فروش گاز طبیعی^۱

مهراب داراب پور*

مرجان فاضلی**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۳/۰۹

چکیده

شایسته است حقوق‌دانان کشوری که چهارمین تولیدکننده گاز دنیا است، مبنای مسائلی قراردادهای فروش گاز و شروط آن را، نه تنها به روش سنتی بلکه به روش اقتصادی تجزیه و تحلیل کنند. این اعتقاد از این واقعیت نشأت می‌گیرد که درج برخی از شروط در این قراردادها، به‌ویژه برای کشورهای تولیدکننده گاز به لحاظ فواید اقتصادی تا اندازه‌ای ضروری است که در بسیاری از موارد بدون درج آن، به دلیل عدم تحقق کالایی اقتصادی، توافقی حاصل نمی‌شود. موضوع مقاله حاضر بررسی یکی از این شروط اساسی دارای ماهیت اقتصادی به نام «شرط دریافت یا پرداخت» در این قراردادها است. به موجب این شرط خریدار حتی اگر گاز را قبض نکرده و مصرف نکند باید تمام یا بخشی از عوض قراردادی را بپردازد. این شرط صرفاً با ضرورت رعایت «سبب در تعهدات» یا وجوب مراعات «قواعد عمومی قراردادها» یا همگونی آن با «شروط کیفی» قابل رد نیست و روش‌های توجیه آن نیز محدود به «شیوه جایگزین اجرای تعهد» نمی‌شود. در ورای این دیدگاه‌های سنتی، توجیه‌های فنی و اقتصادی وجود دارد. مخالفان و موافقان در تحلیل‌های سنتی در خصوص بطلان یا صحت چنین شروط یا قراردادهایی سخن بسیار

* دانشیار دانشکده حقوق شهید بهشتی (نویسنده مسئول).

M-Darabpour@sbu.ac.ir

** دانش آموخته دکترای حقوق تجارت بین‌الملل

m.fazeli@drdarabpour.ir

گفته‌اند که در مقاله حاضر به مختصری از آن اشاره خواهد شد. اما این نوشتار درصدد آن است که ثابت کند در ورای تحلیل سنتی صحت یا بطلان شرط «دریافت یا پرداخت»، ضرورت پذیرش چنین شرطی بیشتر به خاطر عملی بودن و داشتن منافع برای متعاقدين و کارآمدی اقتصادی آن است.

کلید واژگان

دریافت یا پرداخت، کارایی اقتصادی، تعهد بدون سبب، شروط کیفری، سبب در تعهدات.

مقدمه

در نگاه اولیه، قرارداد خرید و فروش گاز طبیعی قراردادی مشابه با بقیه قراردادهای بیع می‌باشد. از حیث تعهدات، تعهدی مشابه سایر قراردادهای فروش مبنی بر مبادله مبیع و ثمن فیما بین طرفین شکل می‌گیرد. محتوای این قرارداد عبارت است از توافق بر کمیت گازی که قرار است فروخته شود؛ همچنین در مورد قیمت قابل پرداخت، ویژگی‌های خاص گاز مورد درخواست، محل تحویل، شیوه حمل، ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات قراردادی و موارد فسخ نیز توافق می‌شود.^۱ اما با این حال باید توجه داشت که در قرارداد فروش گاز ویژگی‌هایی هست که به دلیل نت گرفتن از عرف خاص صنعت گاز و خصوصیات منحصر به فرد موضوع قرارداد، یعنی گاز طبیعی، این قرارداد را از سایر قراردادهای فروش متمایز می‌سازد.

به‌طور معمول قرارداد فروش گاز طبیعی نوعی قرارداد بلند مدت فروش^۲ محسوب می‌شود. برخلاف سایر منابع طبیعی مثل نفت و ذغال سنگ که به صورت کوتاه مدت فروخته می‌شوند، گاز طبیعی غالباً با قراردادهای بلند مدت و طولانی‌تر از ۱۵ سال معامله می‌گردد. زیرا، تولیدکننده (بخش بالادستی) برای استخراج گاز لازم است سرمایه‌گذاری عظیمی در زیر ساخت‌ها انجام دهد و بعد از آنکه به مرحله تولید رسید نیاز به خریداری (بخش پایین دستی) دارد که دائماً و مرتباً محصولی را که استخراج می‌شود، از وی بخرد. این امر از لحاظ اقتصادی ممکن است مشکل ساز باشد. یعنی وضعیتی که در آن یکی از طرفین قرارداد با توجه به اینکه می‌داند دیگری به وی وابسته است از موقعیت سوء استفاده کرده و به رفتارهای فرصت طلبانه روی آورد.^۳ از این رو، طرفین به قراردادهای بلند مدت روی می‌آورند تا مانع از بروز چنین خطری شوند. یکی از مشکلاتی که در قراردادهای بلند مدت رخ می‌دهد عدم قابلیت انعطاف آن است. حفظ

1. AzainoEfeUzezi, 2012, Natural, Gas Contracts: Do Take or Pay Clauses Fall Foul of the Rule Against Penalties?, available at www.dundee.ac.uk/cefpmlp/.../files.php?file, pp 7-8.

2. Long term Sale Agreement.

۳. این اصطلاح در علم اقتصاد برای توصیف وضعیتی به کار می‌رود که دو طرف می‌توانند با همکاری به صورت بسیار کارآمد عمل کنند ولی به دلیل ترس از افزایش قدرت معاملاتی یکی از طرفین از همکاری امتناع کرده و در نتیجه منافع خود را کاهش می‌دهند (انصاری، مهدی؛ تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای، چ اول، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۰، ص ۲۲ به بعد).

روابط طرفین در دوران بلند مدت فروش انطباق با تغییرات و شرایط جدید را ایجاد می‌کند. از این‌رو، راه حل رفع این مشکل، طراحی شروطی خاص در قرارداد فروش است که به طرفین امکان مدیریت روابط با ثبات در طی این دوران طولانی را بدهد. یکی از این شروط شرط دریافت یا پرداخت است. شاید بتوان گفت این شرط، اصلی‌ترین و مهم‌ترین شرط در فروش گاز است.^۱ مطابق با این شرط، خریدار متعهد به پرداخت ثمن یا بخشی از آن است، ولو اینکه واقعا مبیع را دریافت نکند. معامله‌گران در صنعت گاز، پرداخت ثمن در مقابل قبض یا عدم قبض تمام یا بخشی از مبیع را اصطلاحاً «دریافت یا پرداخت» نام نهاده‌اند.^۲

امروزه رواج این شرط در صنعت گاز به حدی است که قراردادی را که فاقد آن باشد نمی‌توان یافت. چنین شرطی در سایر قراردادهای فروش کمتر یافت می‌شود. زیرا، در معاملات عادی در صورتی که خریدار هم از پرداخت ثمن و هم از تحویل گرفتن مبیع خودداری ورزد، راه حل، جبران خسارت وارده به بایع طبق قواعد عمومی قراردادها است و خریدار را به پرداخت بهای آن مالی که دریافت نکرده است مجبور نمی‌کنند.^۳

از این‌رو، تحلیل این شرط از نقطه نظر حقوقی، با چالش‌هایی چند مواجه می‌شود. زیرا، حقوق دانان مشابه تلاشگران فقهی، محتاط هستند. آنها درصدد هستند که موضوعات قراردادی را با اصول و مبانی موجود تجزیه و تحلیل کنند و بر صحت و بطلان آن اظهار نظر نمایند. شاید از نظر قضایی این دیدگاه پسندیده باشد و چاره‌ای جز تبعیت از آن نباشد. در دوس خارج فقه همه هم و غم تلاشگر فقهی کشف قانون است نه آنچه مطلوب او است. اما در دادگاه به مَرّ قانون عمل می‌شود و از تجزیه و تحلیل شروط قراردادی خودداری می‌گردد.^۴ اما این‌گونه تجزیه و تحلیل از دیدگاه حقوق دانان و محققین مطلوب نیست. گروهی دیگر از تلاشگران فقهی و حقوق دانان با توجه به اصل آزادی قراردادی و احترام به حقوق طرفین، صرف نظر از آثار

۱. علیخانی، محمد؛ **قرارداد فروش گاز**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶، ص ۴۲.

۲. عنوان انگلیسی این شرط take or pay است که در مقابل take and pay قرار می‌گیرد.

۳. داراب پور، مهرباب و ادیب، علی؛ **تأثیر عدم قابلیت پیش‌بینی در روند اجرایی قراردادهای تجاری**، مجله تحقیقات حقوقی شهید بهشتی، ۱۳۹۳.

۴. نگاه کنید به: داراب پور، مهرباب؛ **حقوق قراردادهای ج اول، ج جنگل**، ۱۳۹۴، فصل دوم صحت قراردادهای، ص ۱۳۸ - ۱۳۵.

اقتصادی و اجتماعی شرط، به صحت آن نظر می‌دهند. این امر صرفاً از باب اصول است نه اینکه آنها با تجزیه و تحلیل علمی به صحت یا عدم صحت شرط دریافت یا پرداخت رسیده باشند. به زودی بحث بیشتری در این مورد خواهیم داشت. زیرا، تئوری‌های حقوقی برای توجیه شروط قراردادی ساخته و پرداخته خود متشرعین و حقوق‌دانان است و مطلوبیت بالذات ندارد. هرگاه این تئوری‌ها و یافته‌ها معارض با رویه‌های عرفی و عقلایی تجار باشد و یا با تجزیه و تحلیل اقتصادی و فایده و هزینه و کارایی اقتصادی همراه نباشد، باید از صحنه خارج شوند و یا خود را تعدیل نمایند تا بتوانند پاسخگوی ضروریات جامعه و نیازهای امور تجاری باشند. شرط دریافت یا پرداخت هم یکی از شروطی است که در رویه تجار و بازرگانان (اعم از شرکت‌های خصوصی یا دولتی) معمول و مرسوم گشته است.

در اینجا مسائل و مشکلات عدیده‌ای طرح می‌شود. اول اینکه شرط دریافت یا پرداخت چه ماهیتی دارد؟ عناصر و اجزای آن چیست؟ چرا طرفین قراردادها به مذاکره پیرامون این شرط در قراردادهای فروش پرداخته و خود را در برابر آن متعهد می‌سازند؟ و مهم‌ترین سؤال اینکه نظام‌های حقوقی در خصوص اعتبار این شرط چه قضاوتی دارند؟ آیا این شرط از دیدگاه نظام حقوقی ایران می‌تواند شرط معتبری باشد یا خیر؟ لذا در مسیر پاسخ‌گویی به سؤالات فوق مباحث این مقاله به چهار بخش تقسیم می‌گردد. در بخش اول به ساختار در بخش دوم به تحلیل مبانی مدیریتی درج این شرط در قراردادها می‌پردازیم. در بخش سوم به بیان نظرات موافقان و مخالفان اعتبار حقوقی شرط دریافت یا پرداخت خواهیم پرداخت و متعاقب آن به جایگاه این شرط در حقوق ایران اشاره می‌گردد و پس از آن تجزیه و تحلیل اقتصادی به عمل می‌آید.

اول: ساختار و عناصر دریافت یا پرداخت

شرط دریافت یا پرداخت آن‌گونه شرطی است که به موجب آن خریدار در مقابل فروشنده ملتزم می‌شود تا برای حداقل مقدار مشخصی از گاز^۱ در یک دوره زمانی معین (به‌طور معمول سالانه) در مقابل فروشنده مبلغی بپردازد. هرچند که آن مقادیر گاز را نخواهد یا نتواند از وی تحویل

1. Minimum Quantity.

۲. این موقعیت آن‌گاه رخ می‌دهد که ظرفیت خطوط لوله برای دریافت مقادیر جدید گاز کامل شده یا اینکه خریدار از لحاظ عملیاتی نیازی به تحویل گرفتن مقادیر گاز تولید شده نداشته باشد.

بگیرد. به بیان دیگر، این شرط خریدار را مختار می‌سازد تا یا مبیع را تحویل بگیرد و ثمن آن را بپردازد یا فقط اینکه وجه آن را پرداخت کند.

شرط دریافت یا پرداخت (take or pay) را نباید با شرط دریافت و پرداخت (take and pay) اشتباه گرفت. بر اساس شرط اخیر خریدار در برابر فروشنده متعهد می‌شود تا هم گاز تولید شده را تحویل بگیرد و هم در ازای آن پرداخت انجام دهد. حال اگر خریدار از تحویل گرفتن خودداری کند، مرتکب نقض قرارداد شده و لازم است جبران خسارت کند. جبران خسارت در این حالت معمولاً برابر است با تفاوت قیمت بازاری میزان گازی که می‌بایست تحویل می‌گرفت ولی از تحویل آن خودداری ورزید. پس برای مبیعی که تحویل گرفته نشده پرداختی صورت نمی‌پذیرد. اما در شرط دریافت یا پرداخت، خریدار اجباری در قبض و دریافت گاز ندارد، و علی‌رغم آن باید ثمن را بپردازد و به پرداخت نکردن مخیر نیست. آن میزانی هم که پرداخت می‌شود درصد مشخصی از میزان سالانه قرارداد است.^۱ معمولاً این میزان پول برابر است با هزینه‌ای که فروشنده در موارد مختلف انجام داده است.

برای دقیق‌تر شدن شناخت از این شرط پیچیده عناصر و اجزای آن هم مورد تبیین قرار بگیرد. دقت در عناصر این شرط نشان می‌دهد متغیرهایی هست که تعهد خریدار را تلطیف ساخته و از شدت تکالیف وی می‌کاهد و وی را ترغیب به پذیرش این شرط نامأنوس می‌کند.

الف) میزان تعهد به دریافت یا پرداخت و تناوب در آن

در خصوص میزان تعهد به دریافت یا پرداخت باید عنوان نمود که خریداری که گاز را تحویل نگرفته متعهد می‌شود تا مبلغی را که از لحاظ قراردادی تعیین شده به فروشنده بپردازد. این مبلغ درصدی (معمولاً ۶۰ تا ۱۰۰ درصد) از مقدار سالانه قراردادی است.

در مذاکرات برای انعقاد قراردادهای فروش گاز، همیشه خریداران به دنبال این هستند تا این درصد کاهش یابد. برعکس فروشندگان مایل هستند تا این میزان افزایش پیدا کند تا درآمد تضمین شده خود را از محل فروش افزایش دهند.^۲ البته این درصد ممکن است در طول دوران قراردادهای بلند

1. Annual Contract Quantity (ACQ).

2. AzainoEfeUzezi, 2012, Natural Gas Contracts: Do Take Or Pay Clauses Fall Foul Of The Rule Against Penalties?, available at www.dundee.ac.uk/cepmlp/.../files.php?file.pp 9-10.

مدت فروش تغییر کند. برای مثال، این امکان وجود دارد که میزان آن در سال‌های اولیه انعقاد قرارداد به موازات گسترش بازار برای خریدار سیر صعودی داشته باشد و در سال‌های پایانی قرارداد سیر آن نزولی باشد. این کاهش میزان تعهد به دریافت یا پرداخت به این علت است که در سالیان پایانی قرارداد، فروشنده به مرور هزینه‌های خود را از پروژه بازیافت کرده است.^۱ در رابطه با تناوب در تعهد دریافت یا پرداخت، خریدار ملتزم به پرداخت درصد مشخصی می‌باشد که غالباً به‌طور منظم در دوران قراردادی تکرار می‌شود. به بیان ساده‌تر خریدار لازم است تا تعهد دریافت یا پرداخت را به ازای هر ماه یا هر سال تکرار کند. هر چه مدت زمان این تناوب طولانی‌تر باشد، نفع بیشتری عاید طرف خریدار می‌شود.^۲

ب) تعدیل تعهد و سازوکارهای جبرانی

همیشه به موجب قرارداد امکان کاهش تعهد دریافت یا پرداخت بر اساس تعدیل^۳ وجود دارد. در قراردادهای فروش گاز مواردی هست که بر اساس آن مقدار سالانه قرارداد تعدیل می‌شود و چنان‌که گفته شد با تعدیل مقدار سالانه قراردادی، تعهد دریافت یا پرداخت نیز که به‌صورت درصدی از آن تعیین می‌شود تعدیل می‌گردد. لازم به ذکر است در قراردادها معمولاً مکانیزمی طراحی می‌شود تا این تضمین به وجود بیاید که این تعدیل‌ها مقدار سالیانه قراردادی را به صفر نخواهد رسانید. فروشنده همیشه به دنبال این است تا این تعدیل‌ها را به حداقل برساند. زیرا، معمولاً تعدیلی که انجام می‌شود میزان تعهد به دریافت یا پرداخت و در نتیجه میزان درآمد وی را کاهش خواهد داد. برخی از مبانی تعدیل در قراردادهای فروش گاز، به‌طور غیر حصری، عبارت هستند از: اول؛ وقتی که فروشنده قادر به تحویل گاز با مشخصات قراردادی نباشد. دوم؛ وقتی که فورس ماژور مانع از تحویل دادن یا تحویل گرفتن گردد.

به موجب قرارداد، معمولاً امکان کاهش تعهد بر اساس سازوکارهای جبرانی نیز امری طبیعی است. یعنی علاوه بر اینکه امکان تعدیل این شرط پیش‌بینی شده، متغیرهایی در قراردادهای

1. AzainoEfeUzezi, 2012, Natural Gas Contracts: Do Take Or Pay Clauses Fall Foul Of The Rule Against Penalties?, available at www.dundee.ac.uk/cepmlp/.../files.php?file_pp 9-10.

2. Glachant & Hallack, 2010, Long Term Contract Implementation Cycle, available at s3.amazonaws.com/zanran_storage/www.grjm.net/.../2477558787.pdf, p 2.

3. Adjustment.

فروش گاز وجود دارد که به کاستن از شدت بار تعهد خریداران کمک می‌کند. از آنجایی که برای خریداران نامنصفانه خواهد بود که به‌طور دائم برای گازی نیز که تحویل نمی‌گیرند وجوهی بپردازند، در قراردادهای فروش گاز به کمک شروط تکمیل‌کننده‌ای که تبیین خواهند شد، به خریداران اجازه داده می‌شود تا تعهد دریافت یا پرداخت خود را به صورت میانگین متعارف در طول عمر قرارداد اعمال نمایند.^۱

بر مبنای اولین مکانیزم جبرانی همین که خریدار پرداختی انجام دهد، مقدار پرداختی وی وارد یک حساب می‌شود. این حساب وی را قادر می‌سازد تا در سال آینده به همان میزانی که قبلاً پرداخته ولی در مقابلش گاز تحویل نگرفته، به رایگان گاز دریافت کند. بر این اساس خریدار قادر می‌شود تا سال بعد ضرری را که قبلاً متحمل شده جبران^۲ کند. این امر باعث می‌شود تا خریدار خود را مغبون به حساب نیارد و از نظر اقتصادی نیز قراردادی کارآمدی داشته باشد.

اما راهکار دیگری نیز هست که بر اساس آن تعهد خریدار کاهش پیدا می‌کند. بر این اساس اگر خریدار در سالی بیش از میزانی که متعهد بوده گاز تحویل بگیرد، اعتباری برای سال‌های بعد پیدا می‌کند. یعنی چنانچه در سال‌های بعد کمتر از میزان تعهدش تحویل گرفت می‌تواند بر مبنای اعتباری که برایش ایجاد شده از میزان مسئولیت خود بکاهد.^۳

دوم: مبانی اقتصادی و مدیریتی درج شرط دریافت یا پرداخت در قراردادهای فروش گاز

بی‌تردید هر دو گروه فروشندگان و خریداران در تجارت گاز به‌عنوان بازیگران عاقل اقتصادی بهتر از هر کس دیگری با منافع خود در قرارداد فروش آشنا بوده و تمهیدات مدیریتی برای تأمین آن در طول سال‌های تکوین این نوع قراردادها اندیشیده‌اند. در ذیل به بیان دو دسته عواملی پرداخته می‌شود که درج این شرط را در قرارداد از لحاظ تحلیل‌های اقتصادی و مدیریتی مطلوب می‌سازد.

الف) شرط دریافت یا پرداخت به‌عنوان ابزار مدیریت ریسک

ویژگی خاص مبیع در قرارداد گاز عاملی است که درج شرط دریافت یا پرداخت را موجه می‌سازد. زیرا، گاز طبیعی بر خلاف نفت که مایعی با ثبات می‌باشد، سیالی است که کنترل آن برای

1. Trimble Niall, 1996, Upstream Oil and Gas Agreement, Sweet & Maxwell, p 168.

2. Make-up.

3. Trimble Niall, 1996, Upstream Oil and Gas Agreement, Sweet & Maxwell, p 168.

ذخیره‌سازی و حمل بسیار پرهزینه است. برای تولیدکننده بسیار دشوار است تا مخازنی برای ذخیره‌سازی گاز ساخته یا آن را در طبیعت بیابد. از این رو، گاز کالایی است که برای فروش، حالت از تولید به مصرف دارد. به طور معمول حداکثر ظرف دو روز از تولید به دست مصرف کننده می‌رسد و تولیدکننده (فروشنده) آن را پس از استخراج نزد خود انبار نمی‌کند.

علاوه بر این، این واقعیت نیز وجود دارد که برخلاف نفت در مورد گاز بازار بین‌المللی بزرگی برای خرید و فروش ایجاد نشده است. بنابراین، هر تولیدکننده‌ای که مبالغ هنگفتی صرف زیرساخت‌های لازم برای استخراج گاز نموده با این خطر روبه‌رو است که بعد از بیرون آوردن گاز از زیر زمین، برای محصول خود مشتری پیدا نکند. به بیان دیگر، مدیریت ریسک تجاری^۱ (ریسک بازار) توسط فروشنده ایجاب می‌کند تا از قبل برای بازار محصول خود فکر کرده باشد. این امر فروشنده را وادار می‌کند تا با خریداران خود قراردادهای فروش از نوع بلند مدت منعقد نموده و در قرارداد آنها را ملزم سازد تا گازی را که تولید شده تحویل بگیرند یا در غیر این صورت به پرداخت حداقل مقدار قراردادی متعهد باشند.^۲

از سوی دیگر فروشندگان گاز با ریسک قیمت^۳ مواجه هستند. از نظر اقتصادی وقتی خریداران انحصاری گاز با فروشندگانی روبه‌رو می‌شوند که سرمایه‌گذاری عظیمی انجام داده و می‌دانند که این سرمایه‌گذاری انجام شده برای استفاده‌های دیگر ارزش کمی خواهد داشت، ممکن است از این موقعیت سوء استفاده نموده و قدرت مذاکره خود را در برابر فروشنده در مورد قیمت بالا ببرند. خریداران همیشه به دنبال به دست آوردن انعطاف‌پذیری در قیمت هستند و مایل هستند مطمئن شوند قیمتی که می‌پردازند در بازار همچنان منطقی است.^۴ درج شرط دریافت یا پرداخت به فروشنده کمک می‌کند تا ریسک قیمت را کنترل کنند.

مطابق شرط دریافت یا پرداخت، خریدار متعهد می‌شود تا برای حداقل حجمی از گاز که از لحاظ قراردادی معین شده، پرداخت کند، حتی اگر در نهایت آن را تحویل نگیرد. بنابراین، کارکرد این شرط این است که از فروشندگان در مقابل تغییرات تقاضا از جانب خریداران حفاظت می‌کند.^۵ به

1. Commercial Risk.

2. AzainoEfeUzezi, Op.Cit,pp 6-7.

3. Price Risk.

4. Glachant&HallackOp.Cit, p 2.

5. AzainoEfeUzezi Op.Cit,p 8.

بیان دیگر، این شرط ریسک حجم^۱ را از فروشنده به خریدار منتقل می‌کند.^۲ اگر تعهد دریافت یا پرداخت خریدار ۱۰۰ درصد باشد به این معنی است که ۱۰۰ درصد ریسک حجم به خریدار منتقل شده است. در این صورت حتی اگر مصرف خریدار صفر هم باشد باز هم ملزم به پرداخت بهای تعیین شده است. اگر این تعهد ۶۰ درصد باشد در این حالت هم ۶۰ درصد ریسک به خریدار منتقل می‌شود.^۳ روی دیگر این شرط در اینجا این است که عرضه حجم معینی از گاز برای خریداران تضمین می‌شود.

ب) شرط دریافت یا پرداخت به‌عنوان مکانیزم جانبی تضمین در تأمین مالی پروژه

فروشنده‌ای که به استخراج گاز از چاه‌ها و تصفیه آنها می‌پردازد، اغلب به بانک‌هایی متکی است که سرمایه عظیم مورد نیاز وی را تأمین نموده‌اند. معمولاً تنها منبع این بانک‌ها برای بازپرداخت وامی که به تولیدکننده داده‌اند، عواید حاصل از خود پروژه است. به بیان دیگر، روش تأمین مالی پروژه^۴ به کار گرفته شده در توسعه میدین گاز، تولیدکنندگان را وادار می‌دارد تا به دنبال کش فلیو^۵ (جریان نقدینگی) مستمر و در عین حال تضمین شده باشند. شرط دریافت یا پرداخت در قراردادهای فروش بلند مدت گازی ابزاری است که به فروشندگان کمک می‌کند تا از جریان درآمدی تضمین شده‌ای در طول مدت پروژه بهره‌مند شوند و همین امر تضمین مدیریتی مفید و قابل اتکایی به بانک‌ها می‌دهد تا در چنین پروژه‌هایی ورود کنند.^۶

رعایت تمهیدات مدیریتی در جهت اقتصادی نمودن پروژه نشان می‌دهد کارکرد مهم این شرط در قراردادهای فروش گاز این است که طرفین را به اجرای بهتر تعهدات قراردادی ترغیب و تشویق می‌کند. از یک طرف فروشنده را که از درآمد خود اطمینان پیدا کرده به تحویل به موقع

1. Volume Risk.

۲. با توجه به اینکه خریدار (در بخش پایین دستی) - در فرضی که توزیع‌کننده باشد- هم اطلاعات بیشتری در مورد تقاضای نهایی در بازار مصرف‌کنندگان دارد و هم قادر است تا استراتژی‌هایی برای تحریک تقاضای جدید در بازار طراحی کند، از این‌رو، هم منطقی و هم از لحاظ اقتصادی کارا است تا ریسک حجم (مقدار) به عهده وی باشد.

3. Pulidija Patricia, 2010. To what extent take or pay contracts enhance natural gas development in Colombia? Available at www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php, p 2.

4. Project- finance.

5. Cash-flow.

6. Glachant & Hallack, Op.Cit, p 2.

گاز تولید شده تشویق می‌کند و از سوی دیگر خریدار را که می‌داند در هر حال ملزم به پرداخت پول است به تحویل گرفتن وادار می‌نماید. از این‌رو، می‌توان گفت این شرط بهترین ساز و کار طراحی شده مدیریت قراردادی است که خریدار و فروشنده را به انجام تعهدات قراردادی خود ترغیب می‌کند. از آنجا که در این قرارداد تحویل گرفتن مبیع اهمیت زیادی داشته- و عدم آن فروشنده را بسیار متضرر خواهد ساخت- و از طرفی خریدار باید اطمینان پیدا کند که گاز مورد نظر خود را دریافت خواهد کرد، مدیریت پروژه با این روش اطمینان پیدا می‌کند که پروژه و معاملات مرتبط با آن از نظر مادی برای متعاملین کارایی اقتصادی دارد و درج شرط دریافت یا پرداخت مفید بوده و در عمل هم طرفین به آن پایبند می‌مانند.

سوم: اعتبار شرط دریافت یا پرداخت

شروط دریافت یا پرداخت اولین بار در دهه ۷۰ میلادی در قراردادهای داخلی فروش گاز در آمریکا مورد استفاده قرار گرفت. این شرط نقش کلیدی در ایجاد توازن در روابط قراردادی میان تولیدکنندگان و شرکت‌های صاحب خطوط لوله^۱ ایفا می‌کرد هر چند امروزه در میان خریداران و فروشندگان گاز طبیعی در دنیا این شروط به‌طور گسترده مورد استفاده قرار می‌گیرند، اما در اکثر نظام‌های حقوقی ملی قواعدی قابل استناد و نظام‌مندی در مورد صحت یا بطلان این شروط وجود ندارد. بنابراین، این شرط مورد ابهامات بسیاری از لحاظ حقوقی قرار گرفته است.

الف) دلایل مخالفان صحت شرط دریافت یا پرداخت

برخی حقوق‌دانان در صحت شرط دریافت یا پرداخت تردید روا داشته‌اند. آنها برای اثبات ادعای خود مبنی بر معتبر ندانستن شرط به نظریه «تعهد بدون سبب» یا «لزوم عوض در قراردادها» استناد می‌کنند. گروهی دیگر- به‌طور خاص در حقوق انگلستان- شرط تحویل یا پرداخت را نوعی «شرط کیفری» دانسته و آن‌را غیر قابل اجرا تلقی می‌کنند. البته امکان دارد چنین شرطی که مندرج در قراردادهای فروش می‌شود با بعضی «ضمانت اجراهای خاص در مورد عدم تحویل» در قرارداد بیع در چارچوب نظام‌های حقوقی، برای مثال روسیه یا آمریکا، مغایرت داشته باشد. لذا، بررسی این دلایل در اینجا خالی از لطف نیست.

1. pipelines.

۱. تعهد بدون سبب

بر اساس حقوق اغلب کشورهای حقوق نوشته، تعهد خریدار مبنی بر پرداخت، باید در لحظه انعقاد قرارداد سبب^۱ داشته باشد. در غیر این صورت چنین تعهدی معتبر و لازم‌الاجرا نخواهد بود.^۲ در قراردادهای تجاری سبب تعهد بدهکار (متعهد علیه) وجود تعهدی هم‌تراز نزد طلبکار (متعهد له) است. در صورتی که طلبکار در مقابل تعهد خریدار حاضر به دادن عوضی نباشد، می‌توان ادعا کرد که تعهد بدهکار بدون سبب و در نتیجه باطل است.^۳

در حقوق فرانسه هر قرارداد باید دارای سبب باشد. بر اساس ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی فرانسه تعهد بدون سبب یا مبتنی بر سبب نامشروع باطل و بلااثر است. رویه قضایی فرانسه از این هم فراتر رفته و فقدان بخشی از سبب را در سرنوشت قرارداد مؤثر می‌داند. در حقوق انگلستان نظریه عوض^۴ در قراردادها معادل همان دکترین سبب در حقوق فرانسه است. بر این مبنا همیشه باید یک دلیل خوب و قابل قبول یا انگیزه‌ای وجود داشته باشد تا بتوان متعهد را ملزم به اجرای تعهدش دانست. این دلیل خوب و منطقی در قراردادهای دو جانبه عوض است. برخی حقوق دانان بر این باورند که عوض در قراردادهای بیشتر یک مفهوم اقتصادی است تا یک مفهوم حقوقی، نظریه عوض از سال ۱۹۹۲ تعدیل شده است.

خروج مال از دارایی یک شخص با ورود مال طرف دیگر به اموال وی قابل توجیه است.^۵ در اینجا، که در قرارداد شرط دریافت یا پرداخت می‌شود، سبب تعهد خریدار برای پرداخت در فرضی که هیچ‌گازی تحویل نگرفته است چیست؟ چگونه می‌توان به وجود این سبب مطمئن شد؟ یکی از پاسخ‌هایی که به این سؤال داده می‌شود این است که فروشنده نوعی قرارداد فروش انحصاری با خریدار منعقد کرده و متعهد شده تا گاز تولید شده را به خریدار دیگری نفروشد. بنابراین، تعهد فروش انحصاری خود نوعی عوض است. اما سؤال اینجا است که در فرضی که چنین تعهدی

1. cause.

۲. نگاه کنید به: همچین علامه حلی (یوسف بن علی بن مطهر الحلی)، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، بی‌تا، به انضمام فقه فارسی به قلم آیت الله حاج شیخ ابوالحسن شعرانی، ص ۲۴۱ به بعد.

۳. شعاریان، دکتر ابراهیم و ترابی، ابراهیم؛ **حقوق تعهدات**، مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۲۲۴ به بعد.

4. Consideration.

۵. امیری قائم مقامی؛ **حقوق تعهدات**، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۶، صص ۲۰۵-۲۰۶.

وجود نداشته باشد، تعهد خریدار چه سببی دارد؟ شاید استدلال به "حق جبران" به عنوان یک عوض در تعهد تحویل یا پرداخت قوی تر از دلیل فوق باشد. یعنی در مقابل تعهد خریدار فروشنده متعهد است تا در آینده در مقابل مقادیری که خریدار تحویل نگرفته به رایگان به وی گاز تحویل دهد. اما اگر حق جبران در قرارداد پیش بینی نشده باشد، توجیه اعتبار این تعهد بر اساس نظریه سبب یا عوض در قراردادها،^۱ کار چندان آسانی نخواهد بود.^۲

در اینجا تحلیل حقوق ایران جالب است. از یک طرف، المؤمنون عند شروطهم و اوفوا بالعقود طرفین را ملزم به رعایت قرارداد می کند و از طرف دیگر برای غبنی که ممکن است حاصل شود، حق خیار می دهد. و دادگاه هم به غبنی بودن یا نبودن قرارداد تکیه می کند. معضلی که به آسانی قابل حل نیست، مگر برای تلاشگران فقهی که عرف عقلا را مبنای همه قراردادهای می دانند و به عقود معین نیز دلبستگی خاصی ندارند و هر قراردادی را که با عرف و عادت معمول گردیده و عقلایی به شمار می آید را لازم الاتباع می شمارند.^۳ این امر می تواند توجیه گر صحت شرط دریافت یا پرداخت باشد که هم تراز با دلایلی است که معامله غرری را باطل می داند و یا عوض را در معاملات یا سبب را در امور تجاری ضروری می شمارد. پس در حقوق ایران و در فقه امامیه هم برای صحت و هم برای بطلان آن می تواند دلایل و مستندات فراوانی آورد.

۲. مغایرت شرط «دریافت یا پرداخت» با ضمانت اجراهای خاص موجود در قواعد و

مقررات بیع داخلی

در اغلب کشورها در مورد قرارداد فروش (بیع) مقررات ویژه‌ای وجود دارد. گاهی این مقررات با شرط دریافت یا پرداخت تعارض پیدا می کند. برای حل این تعارض‌ها چه راه حل‌هایی قابل ارائه است؟ برای مثال در حقوق ایالات متحده و بر اساس ماده ۷۰۸-۲ قانون متحد الشکل تجاری^۴ که در اکثر ایالات آمریکا قابل اعمال است، مقرر شده که در صورت امتناع خریدار از تحویل گرفتن

۱. علامه حلی؛ (یوسف بن علی بن مطهر المللی)، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، بی تا، به انضمام فقه فارسی به قلم آیت الله حاج شیخ ابوالحسن شعرانی، ص ۲۴۵.

۲. خمینی، امام روح اله؛ **تحریر الوسیله**، الجزء الاول، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم، چ دوم، بی تا، ص ۵۱۵.

۳. نگاه کنید به: داراب پور، مهرباب و داراب پور، محمدرضا؛ **حقوق قراردادهای**، ج اول، جنگل، ۱۳۹۴، ص ۱۳۵-۱۳۸.

4. UCC(Uniform Commercial Code).

مبیع، فروشنده حق دارد از خریدار صرفاً مابه‌التفاوت قیمت بازار و قیمت قراردادی را وصول کند. در آمریکا بعضی دادگاه‌ها معتقدند که در مورد امتناع خریدار از تحویل گرفتن گاز، همین ماده قابل اعمال بوده و لذا فروشنده حق دارد، صرفاً مابه‌التفاوت قیمت قراردادی و قیمت بازار را از خریدار اخذ کند.^۱ اما به هر حال، دادگاه‌های دیگر در آمریکا چنین تفسیری را قبول نداشته و معتقدند که شرط تحویل یا پرداخت از قاعده عمومی مستثنا بوده و لذا مبلغ تعهد به تمامی از خریدار قابل وصول است.

در روسیه، قراردادهای فروش گاز بر اساس قانون مدنی به‌عنوان قرارداد خرید و فروش محسوب می‌شوند. به‌طور طبیعی در این قراردادها نیز ضرورت دارد قواعد موجود در خصوص بیع اعمال گردد. بر اساس ماده ۴۸۴ قانون مدنی روسیه در مواردی که خریدار با نقض تعهد خود در قرارداد فروش از پذیرش کالاها خودداری کند، فروشنده حق دارد او را به قبض کالا اجبار نماید و یا اینکه به قرارداد خاتمه دهد. از این‌رو، به نظر می‌رسد اخذ خسارت به واسطه عدم تحویل در روسیه تابع قواعد عمومی مسئولیت خواهد بود.

بنابراین، گاهی ممکن است قواعد داخلی مانعی در توجیه شرط دریافت یا پرداخت ایجاد کند به نحوی که با این قواعد نتوان شرط دریافت یا پرداخت را توجیه کرد.

شاید شرط دریافت یا پرداخت را بتوان با مبحث «دو شرط در یک شرط» یا «دو عقود در یک عقد» توجیه کرد. تشتت آراء در مذاهب خمس در مورد این موضوع، مثل سایر موارد وجود دارد. برخی بر موهوم بودن بیع با دو ثمن مختلف المقدار اصرار کرده‌اند^۲ ولی در اینجا یک مبیع است که ثمن مختلف نیست. در اینجا بحث از اخذ یا عدم اخذ مبیع است که در بیان هیچ تلاشگر فقهی مطرح نشده است. البته برخی در مورد عدم قبض مبیع و ضرورت تسلیم آن به حاکم یکی دو جمله مختصر را تذکر داده‌اند.^۳ آزادی قراردادها به مفهومی که امروز در تجارت بین‌الملل مطرح است و در تئوری‌های غربی آمده است در لسان فقها فاقد معنا و مفهوم است، هر چند

1. Polkinghorne Michael, 2013, Take – or – Pay Conditions in Gas Supply Agreements, Paris Energy Series No 7. White & Case, p 2.

۲. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، العارقی، دائرةالمعارف عمومی حقوقی، ج اول، دو شرط در بیع واحد، کتابخانه گنج دانش، ج سوم، ۱۳۸۶، ص ۲۰.

۳. نگاه کنید به: صفایی، دکتر حسین؛ بیع بین‌المللی کالا، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۳، ص ۳۴۵.

حقوق دانان بی در پی بدون توجه به واقعیت فقه آن را به فقه اسلامی نسبت داده‌اند. برخی آن را به ماده ۱۰ قانون مدنی مرتبط دانسته‌اند.^۱ در فقه آن قدر قیود فراوان به عقود معین زده‌اند که تحلیل مسئله «شرط دریافت یا پرداخت» را با مشکل جدی مواجه می‌کند. بحث غرری بودن معامله، معلوم نبودن مقدار مورد معامله که بالاخره تحویل می‌شود، عدم امکان شناور بودن ثمن و محدود کردن عقود به عقود معین (و از آن بدتر محدود کردن این عقود به عقود زمان رسول الله (ص)) و حتی گاهی ضرورت رعایت تمامی شروط صحت معاملات در هر شرطی از قرارداد مزید بر علت می‌شود. این گونه امور بنا به ضرورت‌های اجتماعی به تلاشگران فقهی تحمیل می‌شود. هنگامی آنها این شروط و عقود را می‌پذیرند که برای همه عوام حل شده باشد. نمونه این موضوع را می‌توان در عقد بیمه ملاحظه نمود که اصولاً در ایران مطرح نبوده و هنگامی هم که مطرح شد، چندین دهه با آن مخالفت شدید گردید و در حرمت و مخالفت با شرع آن تردید نبود. البته برای حقوق دانان، پذیرش چنین شرطی با آزادی قراردادی و آزادی درج شروط و ضرورت رعایت عرف و عادت در معاملات و مقبولیت رویه‌های تجاری ولکس مرکاتوریا، امری بدیهی بلکه ضروری است که بدون آن انعقاد قرارداد و انجام تجارت میسر نیست.^۲

اگر تجزیه و تحلیل عرف‌گرایان که هر شرط منطقی را می‌پذیرند مقبول واقع شود، این مشکل در حقوق ایران و فقه امامیه نیز قابل حل است. در حقوق اسلامی امکان درج شرط دریافت یا پرداخت چه به صورت شرط ابتدایی یا ضمن عقد یا الحاقی وجود دارد. اما باید توجه داشت که برخی، شروط بعد از عقد را به مثابه شروط ضمن عقد دانسته‌اند، عده‌ای نیز آن را اصلاح یا تعدیل قرارداد قلمداد کرده‌اند و گروهی نیز آن را عقد جدید شمرده‌اند. اگر ماهیت شرط، مربوط به وظایف قراردادی باشد، آثارش مانند شروط ضمن عقد است، هر چند اصلاح و تعدیل قرارداد به شمار آید. اگر شرط امری کاملاً جدا و نامرتب با ماهیت قرارداد باشد که عرفاً قرارداد جدید شمرده شود، احتساب آن به عنوان عقد جدید منعی ندارد. ولی چون گاهی در قراردادهای پیچیده

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج اول، ۱۳۷۳، ص ۱۴۴ به بعد.

۲. الجزیری، عبدالرحمن و غروی، سید محمد و مازح، شیخ یاسر؛ کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البیت، المجلد الثانی، دارالثلثین، بیروت لبنان، ۱۹۹۸ میلادی، ص ۲۰۳ به بعد؛ خوبی، آیت الله العظمی ابوالقاسم؛ مصباح الفقهاء، الجزء الثالث، منشورات مکتبه الداوری، الکلام فی اشتراط العلم بالثمن، (ص ۶۱۵) و بالثمن (ص ۶۲۱ به بعد) به قلم محمد علی التوحیدی التبریزی، ۱۳۷۷.

امروزی ابقای قرارداد بدون تغییر و اصلاح و تعدیل ممکن نیست، بهتر است که این شروط متأخر الحاقی، به‌عنوان اصلاح و تعدیل قرارداد تلقی شود. با این اقدام، شروط بعدی، برای انطباق با اوضاع و احوال جدید قراردادی، به‌عنوان مطالب مرتبط با عقد به شمار می‌آید و منفک از آن شمرده نمی‌شود. شروط قرارداد اصلی، مثل داور و حل اختلاف و غیره، در مورد این بخش از تعدیل و اصلاح (شروط الحاقی) نیز حاکم است و دو قرارداد جداگانه به حساب نمی‌آید؛ و رعایت برخی از تشریفات (مثلاً کسب مجوز) ضروری شمرده نمی‌شود و این شروط متأخر از باب فسخ و انفساخ و اقاله، تابع قرارداد اصلی قرار می‌گیرند. در این صورت، ضرورت‌ها و اقتضائات جامعه امروز بیشتر برآورده می‌شود.^۱ با این توصیف، اگر بحث از غرر و غبن و خیار در میان آید و عرف عقلاً نادیده گرفته شود و مقتضیات قراردادهای طولانی مدت منظور نظر واقع نشود به سختی می‌توان شرط دریافت یا پرداخت در فقه و حقوق ایران را توجیه نمود.^۲

۳. احتمال احتساب شرط «دریافت یا پرداخت» به‌عنوان شرط کیفی

در حقوق انگلستان، مثل برخی کشورهای دیگر، شرط کیفی قابلیت و ضمانت اجرایی قانونی و دادگاهی ندارند. پس مهم‌ترین بحث‌ها و تردیدها پیرامون شروط تحویل یا پرداخت حول این موضوع شکل گرفته که آیا این شروط مشمول قاعده منع شروط کیفی^۳ هستند یا خیر؟ مطابق این قاعده دادگاه‌ها حق ندارند حکم به اجرای آن‌گونه شروط قراردادی بدهند که بر طرف مقابل در صورت نقض قرارداد، نوعی مجازات تحمیل کند. در حقوق انگلستان شرطی که مجازات ناقض قرارداد شمرده شود، غیر قابل اجرا تلقی می‌گردد و هرگونه خسارتی که از این حیث به طرف مقابل وارد شود بر اساس قواعد عمومی، و نه شرط کیفی، جبران خواهد شد. در مقابل شرط کیفی، «شرط خسارات تعیین شده» قرار دارد.^۴ این شروط به شروطی اطلاق می‌شوند که بر اساس آن طرفین به دنبال تخمین واقعی خساراتی هستند که به طرف مقابل وارد شده و جنبه بازدارندگی ندارند. معمولاً، در صورتی که دادگاه شرطی را از این دسته دوم تفسیر نماید، حکم به اجرای آن خواهد داد. به‌طور طبیعی، خسارت تنبیهی نباید در امور تجاری مطرح شود و دادگاه‌ها

۱. داراب پور، مهرباب و داراب پور، محمدرضا؛ **حقوق قراردادهای، جنگل، ۱۳۹۴**، صص ۱۳۸-۱۳۷.

۲. داراب پور، مهرباب؛ **حقوق بیع داخلی**، انتشارات جنگل، صص ۱۶۳-۱۶۴-۱۹۲-۲۱۹-۲۳۲.

3. Rule Against Penalties.

4. Liquidated Damages.

هم به آن متوسل نمی‌شوند.^۱

تشخیص ماهیت شرط دریافت یا پرداخت در حقوق انگلستان اولین بار در پرونده «ام اند جی پولیمرز»^۲ مطرح شد. در این پرونده خواهان (خریدار) در مقابل خوانده (فروشنده) به طرح این ادعا پرداخت که تعهد مندرج در این شرط نوعی مجازات محسوب شده و لذا غیر قابل اجرا است. در حالی که خوانده مدعی بود مبلغ مورد نظر بدهی (تعهد قراردادی) بوده و از شمول بحث خسارات (نقض تعهدات قراردادی) خارج است. از این طریق بر آن بود تا از مسئولیت بگریزد. قاضی «برتون جی» برای تشخیص اینکه آیا شرط دریافت یا پرداخت مشمول قاعده منع شروط کیفری قرار می‌گیرد یا خیر به ارائه چهار معیار پرداخت: اول؛ آیا این شرط از لحاظ تجاری قابل توجیه است؟ دوم؛ آیا هدف اولیه طرفین از درج آن در قرارداد بازدارندگی از نقض تعهد قراردادی بوده؟ سوم؛ آیا شرطی ظالمانه^۳ است؟ چهارم؛ آیا طرفین قدرت معاملاتی برابر دارند؟ قاضی بر اساس چهار معیار فوق نتیجه گرفت که شرط دریافت یا پرداخت مندرج در قرارداد فروش فی ما بین طرفین فاقد وصف کیفری است زیرا، هم طرفین دارای قدرت معاملاتی برابر هستند و هم شرط از لحاظ تجاری توجیه‌پذیر است.^۴

دادگاه انگلیس در این پرونده تنها به حکم بر لازم‌الاجرا بودن شرط اکتفا نکرد، بلکه در تشخیص ماهیت شرط گامی فراتر برداشته و بیان داشت که تحویل نگرفتن گاز در اینجا به مفهوم نقض تعهد قراردادی نیست. بنابراین، نمی‌توان قائل شد به اینکه موضوع مشمول عنوان خسارات قرار می‌گیرد، چون اساساً نقض تعهدی اتفاق نیفتاده تا بحث مسئولیت پیش آید. مفاد این شرط بیان می‌دارد که در صورت عدم دریافت گاز خریدار (متعهد) می‌تواند پول پرداخت نموده یا بر اساس سازوکار جبرانی، تعهد خود را با تأخیر اجرا نماید. بنابراین، هرگاه پرداختی صورت گیرد که علت آن واقعه خاص^۵ باشد و نه نقض مفاد تعهد قراردادی، آن پرداخت اجرای تعهد محسوب می‌شود

۱. داراب پور، مهرباب؛ «فلسفه حقوقی و ماهیت خسارت تنبیهی»، مجله مرکز خدمات حقوقی بین‌المللی

ریاست جمهوری، ۱۳۹۳، ص ۶۱ به بعد.

2. M&J Polymers Ltd v. Imerys Mineral Ltd [2008] EWHC 344(comm).

3. Oppressive.

4. "Take or Pay- to take or not to pay, that is the question"? 2008, White & Case report, p 2.

5. Specified event.

نه خسارت ناشی از نقص^۱ از این رو، شرطی که حاوی تعهد قراردادی برای خریدار می باشد قانونی و نسبت به وی لازم الاجرا است.

لازم به ذکر است که در حقوق ایران شرط تحویل یا پرداخت ممکن است به صورت وجه التزام ظهور پیدا کند. درج مبلغی در قراردادها، برای جبران خسارات وارده ناشی از نقض عهد به متعهدله، را وجه التزام می گویند. این وجه التزام گاهی بسیار اندک است که گویا هدف از بین بردن خسارات طرف دیگر بوده است و گاهی آنقدر زیاد است که گویا جز مجازات متعهدله، غرضی در کار نبوده است. قانون مدنی با این پیش فرض که طرفین خسارات واقعی و متعادل خود را به عنوان وجه التزام در قرارداد می گنجانند، از وجه التزام سخن گفته است. لذا با این پیش فرض بسیار نادرست، ماده ۲۳۰ قانون مدنی را به شرح زیر وضع کرده است:

«اگر در ضمن معامله، شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند.»

این قانون از فرانسه اخذ شده و در سال ۱۹۷۵ یعنی ۳۳ سال پیش اصلاح گردید، لیکن در حقوق ایران، مانند وحی منزل در جایگاه خویش ایفا گردیده است. در حقوق کامن لو نیز وجه التزام اندکی که بسیار ناچیز است یا وجه التزام بسیار زیادی که شکل مجازات به خود را می گیرد، مورد پذیرش قرار نگرفته است.

به هر حال، ترس متعهد از محکوم شدن به پرداخت وجه التزام در مواقعی که وجه کلانی برای اجرای تعهد قرار داده شده، او را به طور غیر مستقیم به اجرای تعهد اجبار می کند و این در حالی است که اگر وجه التزام اندک باشد، هیچ تهدید و یا ترغیبی برای متعهد به وجود نخواهد آورد. قرار دادن وجه التزام برای تأخیر در اجرای تعهد، یک نوع جریمه خصوصی مالی است که طرفین بر آن توافق می کنند. برخلاف وجه التزام، جریمه هایی که دادگاه به افراد تحمیل می کند، به دولت تعلق می گیرد. نه جریمه دولتی و نه وجه التزام از اصل دین نمی کاهد و متعهد هم مجبور خواهد بود اصل تعهد را ایفا کند و هم وجه التزام را پرداخت کند. پس توجیه «شرط دریافت یا پرداخت» با وجه التزام در حقوق ایران چندان مطلوب و مفید به نظر نمی رسد.

1. Ben Holland and Ashley Philip Enforceability of take or pay provisions in English law contracts, , 2008 , Journal of Energy and Natural Resources law vol 4, p 612.

ب) دیدگاه موافقین صحت شرط دریافت یا پرداخت

بر خلاف دلایلی که برای مخالفت با اعتبار این شرط اقامه شده، موافقان در توجیه اعتبار شرط به‌طور خاص بر نظریه تعهد جانشین (مستقل)^۱ تأکید ورزیده‌اند. در مقاله «ماهیت شرط دریافت یا پرداخت در حقوق سوئیس» نویسنده^۲ مدعی شده است که گر چه در حقوق سوئیس هنوز در خصوص ماهیت این شرط رویه قضایی شکل نگرفته، اما می‌توان گفت این شرط قابل اجرا است زیرا، شیوه جایگزین اجرای تعهد محسوب می‌شود. بر اساس این شرط، خریدار آزاد است تا صرف نظر از اینکه ترجیح فروشنده چه باشد، یکی از دو گزینه را انتخاب کند. یعنی یا گاز را از فروشنده در مقابل ثمن تحویل بگیرد یا اینکه مبلغ مقرر ولو با عدم قبض گاز را پرداخت نماید و هر کدام از اینها قابل جایگزینی با یکدیگر است.

بنابراین تعهد خریدار به پرداخت، تحت هیچ کدام از عناوین شرط کیفری یا خسارات تعیین شده قابل توصیف نمی‌باشد، بلکه می‌توان گفت ماهیت این تعهد نوعی تعهد جانشین است.^۳ در حقوق فرانسه نیز بر اساس مفاد ماده ۱۱۳۹ قانون مدنی می‌توان از همین نظریه در خصوص ماهیت شرط طرف‌داری کرد.

چهارم: جایگاه شرط دریافت یا پرداخت در حقوق ایران^۴

همان‌طور که ملاحظه شد در خصوص ماهیت شرط دریافت یا پرداخت هنوز رویه قضایی و ادبیات جامعی در بین کشورهای دنیا شکل نگرفته است. نویسندگان هر یک در این زمینه از دیدگاه خود به ارائه نظریات پرداخته و دلایلی بر رد یا قبول اعتبار چنین شرطی اقامه کرده‌اند. در ایران تاکنون ابعاد حقوقی این مسئله مورد بررسی قرار نگرفته است. با توجه به کثرت قراردادهای منعقد با خریداران خارجی، بعید نیست که در قرارداد فروش گاز، قانون ایران به‌عنوان قانون حاکم تعیین گردد، بنابراین توجیه اعتبار این شرط در نظام حقوقی ایران ضروری است. برای قضاوت در خصوص اعتبار شرط یک راه این است که صحت دلایل ارائه شده توسط دیگران را ارزیابی کنیم. به نظر می‌رسد در مجموع تحت نظام حقوقی ایران هم کفه ترازو به

1. Alternative (independent) obligation.

2. Polkinghome Michael, op.cit.p 5.

3. Polkinghome Michael, op.cit.p 5.

سمت اعتبار شرط باشد.

از دیدگاه برخی،^۱ در حقوق ایران سبب تعهد از ارکان اصلی عقد محسوب نشده و از این رو، بر فرض که تعهد دریافت یا پرداخت فاقد سبب باشد^۲ بر اساس قاعده مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که ارکان صحت عقد را بر می شمرد و داشتن سبب را جزء این ارکان نمی داند، این تعهد تعهد صحیحی خواهد بود. از طرف دیگر، این شرط نه جزء شروط مبطل است و نه در زمره شروط باطل شمرده می شود. به رسمیت شناسی صحت قراردادهای بلاعوض نیز این امر را توجیه می کند.^۳ چنانچه قرارداد فروش گاز بیع محسوب شود، مطابقت مفاد آن با احکام قانون مدنی در خصوص بیع مورد بحث باشد، به نظر می رسد اینجا هم اشکالی پیش نیاید. زیرا، در صورتی که قائل شویم بر اساس قانون مدنی قبض مبیع از تعهدات خریدار در مقابل فروشنده محسوب می گردد، قانون مدنی و تجارت تصریحی در مورد چگونگی اجبار خریدار به قبض یا ضمانت اجرای عدم ایفای این تعهد قراردادی به چشم نمی خورد. هر چند در فقه راه حل هایی، مثلاً تحویل به حاکم، ارائه شده است.^۴ بنابراین، تعیین ضمانت اجرای خاص برای عدم قبض مبیع با منعی مواجه نخواهد بود. چنانچه طرفین در قرارداد خود به این مهم اشاره کرده باشند، اراده آنها حاکمیت خواهد داشت و الا چنانچه قرارداد آنها مسکوت باشد و در نتیجه عدم قبض مبیع خسارتی به فروشنده وارد شود، باید آن را وفق قواعد عمومی قراردادها جبران نماید.

اما در خصوص تفسیر ماهیت این شرط به شرط کیفری گفته شده است که چنین تفکیکی، صرف نظر از مفید یا مضر بودن آن، مبنی بر منع شرط کیفری در حقوق ایران وجود نداشته و مقام قضایی ایرانی بدون تعدیل وجه التزام تعیین شده در قرارداد، به طور غالب حکم بر اجرای آن

۱. نگاه کنید به: داراب پور، مهرباب و داراب پور، محمدرضا؛ **حقوق قراردادهای، جنگل**، ۱۳۹۴، ص ۵۷ به بعد.

۲. امامی، دکتر حسن؛ **حقوق مدنی**، انتشارات اسلامی، ج اول، ۱۳۵۶، ص ۴۲۴ به بعد؛ قاسم زاده، دکتر سید مرتضی؛ **اصول قراردادهای و تعهدات**، نشر دادگر، ۱۳۸۳، ص ۴۹ به بعد؛ شمس، دکتر احمد و منصور، دکتر سعید؛ **عقود معین**، نشر دادگستر، ۱۳۹۲، ص ۳۲ به بعد؛ یوسف زاده، دکتر مرتضی؛ **شرکت سهامی انتشار**، ۱۳۹۰، ص ۳۲.

۳. نگاه کنید به: کاتوزیان، دکتر ناصر؛ **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای**، ج دوم، ۱۳۷۲، ج اول، ۱۱۳؛ ج دوم، ۱۲۸۸؛ ص ۱۶۷ به بعد، جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر؛ **فلسفه حقوق مدنی**، ج اول و دوم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰، ص ۴۱۰؛ صفایی، دکتر سیدحسین؛ **حقوق بیع بین المللی**، ۱۳۹۲، ص ۱۹ و ص ۱۸۱ به بعد.

۴. داراب پور، مهرباب؛ **حقوق بیع داخلی**، جنگل جاودانه، ۱۳۹۲، ص ۲۲۵.

صادر می‌نماید. اصلاحی که در قانون فرانسه در سال ۱۹۷۵ در مورد وجه التزام صورت گرفت، در حقوق ایران رخ نداد و کماکان ماده ۲۳۰ قانون مدنی یکه تاز میدان است. در عمل دادگاه‌ها شروط گزاف و نامعقول را نمی‌پذیرند. در خصوص شرط دریافت یا پرداخت تاجر بودن طرفین قرارداد فروش- به‌عنوان بازیگران عاقل اقتصادی- تضمین می‌کند که آنها از تعیین مبالغ ناعادلانه بابت عدم دریافت اجتناب خواهند ورزید و این نگرانی نیز از سوی قاضی ایرانی وجود نخواهد داشت. برای نمونه، عرفا در شرط دریافت یا پرداخت در قراردادهای منعقد در ایران میزان تعهد ۸۵ درصد از میزان سالانه قراردادی را تشکیل می‌دهد که این رقم معقول و منصفانه به نظر می‌رسد.

در ایران از نظر علم حقوق و تئورسین‌ها پذیرش چنین شرطی عادی، معمول و مطلوب و مجری است. اما از نظر فن حقوق، اگر مسئله در محاکم ایران مطرح شود ضرورتاً چنین نتیجه‌ای از دادگاه بیرون نخواهد آمد. چون دادگاه محل اعمال قانون است نه تئوری‌های حقوقی یا تأیید قراردادهایی که طرفین منعقد نموده‌اند. هر چند بحث از علم حقوق و فنی حقوق در این مقاله نمی‌گنجد ولی همین اندازه کافی است که بیان شود گاهی حقوق‌دانان تفاسیری از قواعد و مقررات می‌کنند تا به عدالت نزدیک‌تر شوند، ولی ضرورتاً این امر در دادگاه‌ها اتفاق نمی‌افتد. در حقوق ایران، معمولاً به قانون به صورت تجریدی می‌نگرند و در عمل وقع زیادی به تفاسیر حقوق‌دانان قائل نمی‌شوند.^۱

با توجه به مطالب فوق شاید بتوان عنوان نمود که ماهیت شرط «دریافت یا پرداخت» از منظر حقوق تعهدات ایران قرارداد موضوع ماده ۱۰ ق.م.شمرده شده با تعهد مصالحه‌ای است. در این مصالحه، بعد از انعقاد صحیح عقد متصالح مخیر است به انجام اقداماتی که در قرارداد آمده است. هرگاه مصالحه‌ای با تخییر در انتخاب چند موضوع گوناگون وجود داشته باشد، متصالح به صورت تخییری متعهد به اجرای یکی از چند تعهد است. توجیه شرط دریافت یا پرداخت، به عنوان مصالحه علاوه بر اینکه عقد بیع را به عقد صلح تبدیل نمی‌کند، از نظر تئوری نیز قابلیت توجیه ندارد، مگر اینکه از همان ابتدا قرارداد به صورت عقد صلح منعقد شود.

در این تعهد، که از ابتدا قرارداد به صورت عقد صلح منعقد می‌شود، تمام موضوعات از نظر تعلق

۱. نگاه کنید به: داراب پور، مهرباب: **قاعده مقابله با خسارات**، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷، ص ۱۱۷ به بعد.

ذمه به آن برابر است و مدیون (متعهد) در انتخاب یکی از آنها مختار است. در این مصالحه برای ایجاد تعهد تخییری، معمولاً موضوعها باید در عرض هم بوده و ترتب و الویتی در میان آنها وجود نداشته باشد. در اینجا که خریدار مختار در انتخاب گزینه دریافت کردن در مقابل ثمن یا پرداخت مبلغ بدون قبض بخش یا کل مبیع مشخص شده است، تردیدی در مورد صدق این نوع تعهد بر شرط مورد نظر باقی نمی ماند. بنابراین، به نظر می رسد در چارچوب نظام حقوقی ایران درج شرط دریافت (مبیع) یا پرداخت (مبلغ) در قرارداد فروش گاز برای الزام به وفای به عهد کفایت کرده و این شرط دارای اعتبار خواهد بود و ضرورتی به توسل به عقد صلح نباشد.

نتیجه‌گیری

بنابر آنچه عنوان گردید، رویه شرکت‌های تجاری در خصوص شرط «دریافت و پرداخت» گرچه با روش‌های سنتی قابل تجزیه و تحلیل است و می‌توان بر مقبولیت آن نظر داد. اما روش‌های سنتی نیستند که برای این‌گونه شروط تعیین تکلیف می‌کنند، بلکه رویه‌های تجاری که دارای کارآمدی اقتصادی بوده و مطلوب طبع جامعه هستند، برای قانون‌گذار تکلیف می‌کنند که آنها را به رسمیت شناخته و از رویه و عرف معمول تبعیت کنند.

از نظر اقتصادی پذیرش شرط دریافت یا پرداخت از استحکام لازم برخوردار است. تولید گاز بدون پیش‌بینی پیش فروش آن و اطمینان از دریافت بهای آن با سختی‌های بسیار همراه است. تولیدکنندگان هزینه‌های کلانی در این راستا می‌نمایند تا این کالای مفید را استخراج کنند. قبل از هر چیز باید در هزینه و سود آن تعادلی وجود داشته باشد. خریدار در موقعیت مناسبی است که گاز خریداری شده را شخصاً مصرف کند یا بازار مناسبی برای آن بیابد. او در موردی که توزیع‌کننده گاز است هم اطلاعات بیشتری در مورد تقاضای نهایی در بازار مصرف‌کنندگان دارد و هم قادر است استراتژی‌هایی برای ایجاد تقاضای جدید در بازار طراحی کند. خریدار با اطلاع از اینکه باید ثمن گاز یا بخشی از آن را بپردازد، ولو اینکه آن را قبض نکند، درصد تحویل گرفتن و مصرف آن بر می‌آید. فروشنده هم مطمئن می‌شود که هزینه‌های وی بازپرداخت خواهد شد و می‌تواند وام‌های تأمین‌کننده مالی پروژه را به موقع پرداخت کند. در این روش، از همه منابع و فرصت‌ها استفاده می‌شود و هیچ منبعی هدر نمی‌رود و هیچ فرصتی هم برای به دست آوردن منافع بیشتر فوت نمی‌شود و از نظر فنی کارایی به حداکثر می‌رسد. هر کدام از این فرصت‌ها و منافع در جای خویش به کار می‌رود و از این نظر کارایی تخصیصی هم جایگاه خود را پیدا می‌کند. چون در مجموع هر دو کارایی فنی و تخصیصی وجود دارد کارایی اقتصادی آن محرز است. به همین علت هم هست که طرفین به پذیرش و اجرای چنین شرطی تن در می‌دهند. اگر کارایی اقتصادی وجود نداشت، چنین شرطی پذیرفته و اجرایی نمی‌شد.

هر چند قرارداد و توافق طرفین به موجب اصل آزادی قراردادها و آزادی تجارت و برابری طرفین محترم است و ضرورتی ندارد که قراردادهای جدید و شروط مذکور در آنها، بر مبنای قوانین و

مقررات سنتی و تاریخی منعقد شوند، اما بازرگانان و شرکتهای تجاری احتیاطهای لازم را در این خصوص معمول می‌دارند. آنها برای اینکه با مشکلات آتی قضایی که توسط سنت‌گرایان افراطی اعمال می‌شود، مواجه نگردند، قراردادها را بر اساس قوانین و مقررات موجود منعقد می‌کنند. شرط «دریافت یا پرداخت» در حقوق ایران با مشکل جدی همراه نیست، از یک طرف نقش قراردادی غرری نیست و عدم تمایل خریدار به قبض بخشی از مبیع یا عدم توانایی او، وی را از تکلیف پرداخت ثمن بری نمی‌کند و حتی صلح بلاعوض نیز قانونی است (ماده ۷۵۷ ق.م). از طرف دیگر انجام کارهای بزرگ و کلان بدون وجود چنین شرطهایی ممکن نیست. پرداخت قسطهای تأمین‌کنندگان مالی تنها با درج چنین شروط عقلایی امکان دارد. این امر با کشفیات تلاشگران فقهی قابل حل و فصل نیست. البته با توجه به گستره عرفی و عقلایی این شروط، و اعتقاد بسیاری از آنان که شارع مقدس بر عرف زمان خود و عرف زمان‌های ما بعد خود صحت گذارده است، توجیه چنین شروطی چندان دشوار نیست. لذا احتیاط عقلی ایجاب می‌کند که حداقل کشورهای تولیدکننده، از توجیه قانونی شرط «دریافت و پرداخت» غفلت نورزند و در قوانین و مقررات خود به آن تصریح کنند.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. الجزیری، عبدالرحمن و غروی، سید محمد و مازح، شیخ یاسر؛ کتاب **الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل البيت**، المجلد الثاني، بیروت: دارالتقیین، ۱۹۹۸ میلادی.
۲. امامی، دکتر حسن؛ **حقوق مدنی**، انتشارات اسلامیة، ج اول، ۱۳۵۶.
۳. امیری قائم مقامی؛ **حقوق تعهدات**، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۶.
۴. انصاری، مهدی؛ **تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها**، چ اول، انتشارات جاودانه، جنگل، ۱۳۹۰.
۵. جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر؛ **العراق، دائره المعارف عمومی حقوقی**، چ اول، دو شرط در بیع واحد، کتابخانه گنج دانش، ج سوم، ۱۳۸۶.
۶. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر؛ **فلسفه حقوق مدنی**، چ اول، کتابخانه گنج دانش، ج اول و دوم، ۱۳۸۰.
۷. خمینی، امام روح اله؛ **تحریر الوسیله**، الجزء الاول، چ دوم، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی تا.
۸. خویی، آیت الله العظمی ابوالقاسم؛ **مصباح الفقهاهه**، الجزء الثالث، منشورات مکتبه الداوری، الکلام فی اشتراط العلم بالثمن، و بالثمن به قلم محمد علی التوحیدی التبریزی، ۱۳۷۷.
۹. داراب پور، مهراپ؛ «**فلسفه حقوقی و ماهیت خسارت تنبیهی**»، مجله مرکز خدمات حقوقی بین المللی ریاست جمهوری، ۱۳۹۴، ش ۵۲.
۱۰. داراب پور، مهراپ؛ **حقوق بیع داخلی**، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
۱۱. داراب پور، مهراپ؛ **حقوق قراردادها (ج اول)**، چ جنگل، ۱۳۹۴.
۱۲. داراب پور، مهراپ؛ **قاعده مقابله با خسارات**، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۷.
۱۳. داراب پور، مهراپ و ادیب، علی؛ **تأثیر عدم قابلیت پیش بینی در روند اجرایی قراردادهای تجاری**، مجله تحقیقات حقوقی شهید بهشتی، ۱۳۹۳.
۱۴. شعاریان، دکتر ابراهیم و ترابی، ابراهیمی؛ **حقوق تعهدات**، مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین المللی، مؤسسه

- مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳.
۱۵. شمس، دکتر احمد و منصوری، دکتر سعید؛ **عقود معین**، نشر دادگستر، ۱۳۹۲.
 ۱۶. صفایی، دکتر سیدحسین؛ **حقوق بیع بین‌المللی**، ۱۳۹۲.
 ۱۷. صفایی، دکتر حسین؛ **بیع بین‌المللی کالا**، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۳.
 ۱۸. علامه حلی (یوسف بن علی بن مطهر الحلی)، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، بی تا، به انضمام فقه فارسی به قلم آیت الله حاج شیخ ابوالحسن شعرانی.
 ۱۹. علیخانی، محمد؛ **قرارداد فروش گاز**، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۶.
 ۲۰. قاسم زاده، دکتر سید مرتضی؛ **اصول قراردادهای و تعهدات**، نشر دادگر، ۱۳۸۳.
 ۲۱. کاتوزیان، دکتر ناصر؛ **قواعد عمومی قراردادهای**، ج اول، ۱۳۷۳.
 ۲۲. کاتوزیان، دکتر ناصر؛ **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای**، ج دوم، ۱۳۸۸.
 ۲۳. یوسف زاده، دکتر مرتضی؛ **شرکت سهامی انتشار**، ۱۳۹۰.

(ب) لاتین

24. Azaino Efe Uzezi, "Natural, Gas Contracts: Do Take or Pay Clauses Fall Foul of the Rule against Penalties?", (2012), available at: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp_car16_67_778061497.pdf.
25. Ben Holland and Ashley Philip, "Enforceability of take or pay provisions in English law contracts", *Journal of Energy and Natural Resources law* vol. 4, (2008).
26. Glachant & Hallack, "Long Term Contract Implementation Cycle", (2010), available at: http://s3.amazonaws.com/zanran_storage/www.grjm.net/ContentPages/2477558787.pdf.
27. Polkinghorne Michael, "Take – or – Pay Conditions in Gas Supply Agreements", Paris Energy Series No 7. White & Case, (2013).
28. Pulidia Patricia, 2010 "To what extent take or pay contracts enhance natural gas development in Colombia?" Available at: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp_car14_55_382097656.pdf.
29. "Take or Pay- to take or not to pay, that is the question?" 2008, White & Case report.
30. Trimble Niall, 1996, Upstream Oil and Gas Agreement, Sweet & Maxwell.