

ماهیت قراردادهای مبتنی بر عملکرد انرژی (خدمات انرژی)

عباس کاظمی نجف‌آبادی

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبائی

abaskazemi@gmail.com

امیر دودابی نژاد

دانشجوی دکتری اقتصاد نفت و گاز (حقوق و قراردادها) دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

doudabi921@atu.ac.ir

یکی از روش‌های مهم صرفه‌جویی انرژی استفاده از قراردادهای خدمات انرژی است. شرکت خدمات انرژی راهکارهای صرفه‌جویی انرژی را در قالب قراردادهای مبتنی بر عملکرد انرژی (خدمات انرژی)، برای متقاضیان انجام داده و ریسک انجام کار را می‌پذیرد. بر این اساس نوع قرارداد این شرکت‌ها نسبت به دیگر قراردادها، ابعاد جدید، ظریف و متفاوتی خواهد داشت. حال این سؤال مطرح است که آیا می‌توان این نوع قرارداد را تحت عنوان یکی از عقود معین شناسایی کرد؟ در این صورت با کدام عقد معین بیشتر سازگار است؟ و در صورت عدم تطابق با عقود معین، آیا این قرارداد حائز شرایط صحت عقود است؟ در مقاله ضمن بررسی چارچوب قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی و قرارداد تضمین صرفه‌جویی که از اقسام اصلی قرارداد مبتنی بر عملکرد هستند، اسناد همسان قرارداد خاص منتشرشده توسط وزارت نفت، نیز با عقود معین بیع، جعاله، اجاره به شرط تملیک و شرکت مقایسه شده و مشاهده می‌شود که قرارداد خاص مورد بررسی، مطابق هیچ‌یک از عقود معین فوق نیست و لازم است در چارچوب اصل حاکمیت و آزادی اراده، ناشی از ماده ۱۰ قانون مدنی بررسی شود. در ادامه به منظور بررسی تطابق قرارداد خاص بررسی شده با قوانین، غرری نبودن این قرارداد نشان داده شده است. همچنین درحالی که بررسی چارچوب قرارداد تضمین صرفه‌جویی نیز همین نتیجه را حاصل می‌کند اما چارچوب قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی مشابه در عقد معین جعاله است.

کلمات کلیدی: قرارداد خدمات انرژی، قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی، عقود معین، غرر

۱. مقدمه

امروزه اغلب کشورهای جهان به مدیریت مصرف انرژی به‌عنوان یک منبع جدید انرژی می‌نگرند که اعمال این مدیریت منجر به شکوفایی صنعت، اقتصاد و بروز فرهنگ مصرف منطقی شده است. کشورهای صنعتی به‌منظور گسترش مدیریت مصرف انرژی به گسترش صنعت خدمات انرژی همت گماشته‌اند. با وجود عدم فعالیت جدی بخش خصوصی در قالب شرکت‌های خدمات انرژی در ایران، پتانسیل قابل توجه صرفه‌جویی در بخش‌های مختلف مصرف‌کننده می‌تواند بازار مناسبی را برای این شرکت‌ها فراهم نماید. بررسی قوانین، مقررات و آئین‌نامه‌های مصوب در کشور نشان می‌دهد در چند سال اخیر، با ارائه سیاست‌های کلی نظام، قانون اصلاح الگوی مصرف انرژی، قانون هدفمندی یارانه‌ها و قانون برنامه پنجم توسعه، توجه به شرکت‌های خدمات انرژی بیشتر شده و نقش آن‌ها در کاهش شدت انرژی^۱ کشور بارزتر شده است. (مهذب ترابی، ۱۳۸۸)

با وجودی که در برخی قوانین مانند قانون برنامه پنجم توسعه، قانون اصلاح الگوی مصرف و قوانین بودجه، شرکت‌های خدمات انرژی^۲ مورد اشاره قرار گرفته است، اما تلاش چندانی برای تعریف مفاهیم مربوط به آن نشده است. حال آنکه در این مقاله ملاحظه خواهیم کرد این شرکت‌ها انواع و حالت‌های کاملاً متفاوتی دارد و فعالیت اثربخش این شرکت‌ها مستلزم طراحی سازوکار مناسب حقوقی، اقتصادی و مالی است. با توجه به عدم فعالیت قبلی این صنعت، ضرورت دارد چارچوب و الزامات مربوطه مورد شناسایی و تبیین دقیق قرار گیرد.

تدوین قراردادهای مبتنی بر کارایی انرژی، ایجاد ساختار و نظام مالی مناسب برای تأمین مالی پروژه‌های خدمات انرژی در کشور، بالا بردن انگیزه اسکوها (ESCO's) برای افزایش ظرفیت‌های فنی

1. Energy Intensity

2. Energy Service Company (ESCO)

و تخصصی خود، انجام چندین پروژه نمونه توسط دولت جهت اطلاع‌رسانی و آموزش به مردم، صنایع و اسکوها و تشریح تمامی مزایای آن، موجب توسعه فعالیت این شرکت‌ها می‌گردد. (عرب، ۱۳۹۳)

خطرپذیری توسط شرکت‌های ارائه‌کننده خدمات مهم‌ترین بعد قرارداد مبتنی بر عملکرد خدمات انرژی است که آن را از سایر قراردادهای بهینه‌سازی انرژی متمایز می‌کند. عدم تنظیم درست قرارداد ضمن آنکه سبب محقق نشدن هدف اصلی و استفاده درست از این ابزار خواهد شد می‌تواند موجب بروز اختلافات حقوقی در جامعه و زیان طرفین نیز بشود. بر این اساس لازم است ماهیت و الزامات این قرارداد واکاوی گردد.

در این مقاله پس از مرور تعریف، چارچوب مفهومی و مشخصات کلی قرارداد خدمات انرژی، ارکان اصلی قرارداد همسان بهبود کارایی آب/انرژی در صنعت نفت که در سال ۹۳ منتشر شده است (نشریه شماره ۵۳)، تبیین می‌شود. (وزارت نفت، ۱۳۹۳)

در ادامه این قرارداد با چند نمونه از عقود معین که مشابهت‌هایی با آن دارند مقایسه می‌شود. سپس با توجه به عناصر اصلی قرارداد، غرری بودن آن بررسی خواهد شد.

۲. کلیات و مفاهیم مرتبط

۲-۱. تعریف شرکت خدمات انرژی

در قانون اصلاح الگوی مصرف مصوب ۱۳۸۸ شرکت خدمات انرژی چنین تعریف شده است: «شرکتی از نوع خدماتی و مهندسی است که در کلیه بخش‌های مصرف‌کننده انرژی، پروژه‌های مرتبط با بهبود کارایی انرژی را طراحی، اجرا و تأمین مالی می‌کند. این شرکت با تضمین حصول سطح مشخصی از کارایی انرژی، تمام مخاطرات پروژه را بر عهده می‌گیرد و هزینه و سود خود را از محل صرفه‌جویی انرژی تأمین می‌کند.» تعریف دیگری که توسط مرکز تحقیقات مشترک کمیسیون اروپایی^۱ ارائه شده است عبارت است از اینکه «شرکت خدمات انرژی شخص حقیقی یا حقوقی است

1. European Commission, Joint Research Centre

که خدمات انرژی یا راهکارهای بهبود بازدهی انرژی را برای متقاضیان انجام داده و بخشی از خطر (ریسک) مالی انجام کار را می‌پذیرد و حق الزحمه‌اش را از محل انرژی صرفه‌جویی شده دریافت می‌کند». (برتولد^۱، ۲۰۰۵، ص ۱۸) همچنین بر اساس یافته‌های شورای جهانی انرژی^۲، تعاریف برای شرکت‌های خدمات انرژی در هر کشور متفاوت است. این شرکت‌ها با شرکت‌هایی مانند شرکت‌های مهندسی مشاور، تأمین‌کننده تجهیزات و پیمانکاران که خدمات انرژی یا اجرای راهکارهای بازدهی انرژی ارائه می‌دهند، با عنوان و مفهوم قراردادهای مبتنی بر کارایی انرژی متفاوت می‌شوند. این بدین معنی است که پرداخت حق‌الزحمه شرکت‌های خدمات انرژی مستقیماً به میزان انرژی صرفه‌جویی شده ارتباط دارد. (ارج-ورساتز^۳، ۲۰۰۷، ص ۲)

در تعریف سازمان بین‌المللی اندازه‌گیری کارایی انرژی، شرکت خدمات انرژی: شرکتی که (الف) پروژه‌های صرفه‌جویی انرژی را به صورت کلید در دست، توسعه داده، تأمین مالی کرده و اجرا می‌کند. (ب) در پرداخت خدمات خود بر اساس عملکرد واقعی صرفه‌جویی‌های تجهیزات نصب‌شده، ریسک می‌کند. (اوو^۴، ۲۰۰۹) چنان‌که ملاحظه می‌شود عنصر ریسک و خطرپذیری فصل مشترک هر چهار تعاریف ارائه شده است. بر این اساس در این مطالعه صرفاً به قراردادهای خطرپذیری که منجر به صرفه‌جویی در مصرف انرژی می‌شود یا همان قراردادهای مبتنی بر کارایی خواهیم پرداخت و تعریف ارائه شده در قانون اصلاح الگوی مصرف را به عنوان تعریف مبنا پذیرفته و به عناصر اصلی این تعریف اشاره می‌کنیم. در این تعریف خدمات موضوع فعالیت شرکت خدمات «پروژه‌های مرتبط با بهبود کارایی انرژی» قید شده است.

کارایی انرژی^۵ مفهومی است فنی که در ارتباط با دستگاه‌های تولیدکننده یا مصرف‌کننده انرژی مطرح شده و عبارت است از نسبت تبدیل نهاده انرژی در فناوری‌های تولید انرژی یا وسایل

-
1. Bertoldi
 2. World Energy Council
 3. Ürge-Vorsatz
 4. EVO
 5. Energy Efficiency

مصرف کننده نهایی انرژی. (درخشان، ۱۳۸۵، ص ۸) بهبود کارایی انرژی^۱ یا صرفه‌جویی انرژی نیز به مجموعه اقداماتی گفته می‌شود که عرضه کنندگان و مصرف کنندگان انرژی برای کاهش مصارف غیر ضروری انرژی انجام می‌دهند. (همان، ص. ۸)

در تعریف ارائه شده در قانون اصلاح الگوی مصرف، طراحی، اجرا و تأمین مالی به‌عنوان سه رکن توأم فعالیت شرکت‌های خدمات انرژی ذکر شده است. احصای موارد فوق در تعریف قرارداد خدمات انرژی، به‌منظور ایجاد تمایز با سایر خدماتی است که توسط شرکت‌های مشاور، پیمانکار یا تأمین کننده مالی انجام می‌شود.

یک نوع از پروژه می‌تواند صرفاً شامل خدمات طراحی باشد که توسط شرکت‌های مهندسی مشاور انرژی انجام می‌شود. قرارداد خدمات مهندسی برای انجام خدمات طراحی و مهندسی، نظارت بر تهیه تجهیزات، نظارت بر عملیات نصب و نظارت بر راه‌اندازی واحد منعقد می‌گردد. (گلابچی و فرجی، ۱۳۹۰، ص ۲۴۶) خدمات قابل ارائه توسط شرکت‌های مهندسی مشاور انرژی معمولاً شامل ممیزی انرژی، است. ممیزی انرژی مجموعه مطالعات و فعالیت‌های فنی و اقتصادی است که منجر به شناخت و ارزیابی نحوه، میزان و محل مصرف حامل‌های انرژی، تلفات انرژی و عوامل مؤثر در آن می‌شود و موجب پیشنهاد شیوه ارتقاء سطح بازدهی مصرف حامل‌های انرژی و روش‌های اعمال مدیریت انرژی در کارخانه‌ها، ماشین‌آلات، تجهیزات، فرآیندهای صنعتی و ساختمان‌ها می‌گردد.

طراحی پایه^۲ و تفصیلی^۳ بخش‌های دیگر طراحی است. مرحله طراحی پایه بخشی از فرآیند طراحی است که بر مبنای سیمای کلی طرح یا پروژه و با بررسی کامل و میدانی و انتخاب دانش فنی مناسب در صورت نیاز و انجام محاسبات مهندسی، مشخصات اجزای اصلی طرح یا پروژه تعیین می‌شود. مرحله طراحی تفصیلی، بخشی از فرآیند طراحی است که بر اساس نتایج طراحی پایه و انجام محاسبات مهندسی، مشخصات و جزئیات اجرایی طرح یا پروژه در بخش‌های مختلف

-
1. Energy Saving
 2. Preliminary Design
 3. Detailed Design

طراحی شده و مدارک لازم برای عملیات اجرایی و نصب و راه‌اندازی مبتنی بر مهندسی ارزش تهیه می‌شود. (نظام فنی و اجرایی کشور، ۱۳۸۵)

همچنین اندازه‌گیری و تأیید مقادیر صرفه‌جویی^۱ شده نیز توسط این شرکت‌ها قابل انجام است. مهندسی ارزیابی یا اندازه‌گیری و بازیابی یکی از ملزومات اصلی در صحت فعالیت و ارتقای سطح کارایی شرکت‌های خدمات انرژی است. اصلی‌ترین کاربرد مهندسی ارزیابی محاسبه منافع یا کارمزد این شرکت‌ها و همچنین میزان موفقیت آن‌ها در اجرای پروژه بهینه‌سازی مصرف انرژی است. (مهدب ترابی، ۱۳۸۸، ص ۳)

نوع دیگری از پروژه‌ها می‌تواند صرفاً شامل خدمات اجرایی باشد که توسط شرکت‌های پیمانکار انرژی انجام می‌شود. اجرای پروژه به‌طور معمول شامل خرید، نصب و راه‌اندازی تجهیزات است. تعمیر و نگهداری تجهیزات و تأسیسات منصوبه نیز به‌طور معمول توسط پیمانکاران اجرا می‌گردد. (مهدب ترابی، ص ۴) در نهایت تأمین مالی به‌عنوان یکی از خدمات قابل ارائه این شرکت‌ها ذکر شده است؛ که معمولاً توسط بانک‌ها یا مؤسسات مالی و صندوق‌های سرمایه‌گذاری و ... ارائه می‌شود.

به‌عبارت‌دیگر شرکت‌های خدمات انرژی مجموعه همه خدمات لازم برای بهبود کارایی انرژی را ارائه می‌نمایند. البته چنان‌که در ادامه توضیح داده خواهد شد تأمین مالی در همه انواع قرارداد خدمات انرژی وجود ندارد و تعریف ارائه‌شده در قانون اصلاح الگوی مصرف، محدود به یک نوع خاص از این نوع قرارداد شده است و نوعی تعریف مضیق است؛ بنابراین مهم‌ترین ارکان تعریف قرارداد خدمات انرژی را می‌توان به شرح زیر احصا کرد:

- قراردادی که موضوع آن ارتقای کارایی انرژی باشد.
- تمام درآمد کارگزار (شرکت خدمات انرژی) در قرارداد، از محل صرفه‌جویی‌های انرژی ناشی از خدمات ارائه‌شده قابل پرداخت باشد. این نوع قرارداد، قرارداد مبتنی بر کارایی نامیده می‌شود.

– همه خدمات حرفه‌ای بهبود کارایی انرژی برای مصرف‌کننده نهایی انرژی تأمین شود. این خدمات می‌تواند شامل تأمین مالی هم باشد.

۲-۲. انواع قراردادهای خدمات انرژی

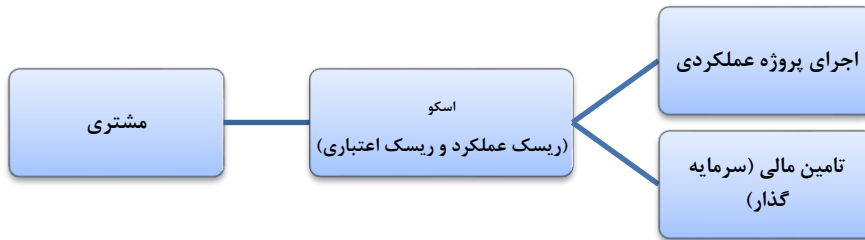
با توجه به مطالب مورد بحث در بخش ۱-۲ و بر اساس تعریف مورد ارائه شده در این مقاله صرفاً به قراردادهای خدمات انرژی که در دسته کلی قراردادهای مبتنی بر کارایی (عملکردی) طبقه‌بندی می‌شود پرداخته خواهد شد. در قراردادهای مبتنی بر عملکرد، عوض قرارداد وابسته به عملکرد پروژه است؛ یعنی کل پرداخت به شرکت تا سقف ارزش صرفه‌جویی حاصل شده ناشی از اجرای موضوع قرارداد در یک دوره زمانی مشخص قابل انجام است.

این نوع از قراردادها را به دو قسمت تقسیم می‌کنند: قراردادهای مشارکت در صرفه‌جویی^۱ و قراردادهای تضمین صرفه‌جویی^۲. (ارج- ورساتز، ۲۰۰۷، ص ۲)

۲-۲-۱. قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی

قراردادهای خدمات انرژی در ابعاد بزرگ، بیشتر از نوع مشارکت در صرفه‌جویی هستند. شکل (۱) کلیات روش کار این نوع قراردادها را نشان می‌دهد. در این نوع از قراردادها، ارزش حاصل از صرفه‌جویی در انرژی در یک دوره زمانی مشخص و به نسبت مشخص از پیش تعیین شده‌ای بین شرکت خدمات انرژی و مشتری تقسیم می‌گردد. (درسن^۳، ۲۰۰۳، ص ۳)

-
1. Shared Savings
 2. Guaranteed Savings
 3. Dreessen



شکل ۱. کلیات روش کار قراردادهای مبتنی بر عملکرد، نوع مشارکت در صرفه‌جویی

در ارائه این گونه خدمات، قرارداد کارایی انرژی مابین شرکت خدمات انرژی و مصرف‌کننده انرژی منعقدشده و شرکت خدمات انرژی هزینه انجام پروژه را تقبل می‌نماید. این هزینه توسط خود شرکت خدمات انرژی پرداخت شود یا اینکه با استفاده از وام یا تسهیلات از بانک‌ها یا بنگاه‌های اقتصادی پرداخت می‌گردد. اگر شرکت خدمات انرژی تأمین مالی را از منابع خود تأمین نماید بایستی هر دو ریسک مربوط به عملکرد و اعتبار را علاوه بر ریسک قرارداد مدیریت نماید، اما در صورت تأمین مالی از طریق سرمایه‌گذار ریسک‌های قرارداد و عملکرد را متحمل خواهد شد.

بسته به شرایط می‌تواند نحوه تقسیم سود صرفه‌جویی در قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی پس از انجام پروژه بهینه‌سازی بسته به توافق اولیه در قرارداد خدمات انرژی تا پایان مدت‌زمان قرارداد قسمتی از سود ناشی از صرفه‌جویی در انرژی به مصرف‌کننده انرژی و بخش دیگر به شرکت خدمات انرژی تعلق می‌گیرد. (درس، ۲۰۰۳، ص ۴) بدیهی است سهم شرکت خدمات انرژی از سود ناشی از صرفه‌جویی می‌بایست به گونه‌ای تنظیم گردد که بازپرداخت وام، تأمین هزینه سرمایه‌گذاری اولیه و سود آن را پوشش دهد. این نوع قراردادها معمولاً طولانی‌مدت (بیش از ۱۰ سال) منعقد می‌گردند. لازم به ذکر است هیچ‌گونه رویه استاندارد برای میزان مشارکت وجود ندارد و درصد مشارکت به صورت توافقی و بر اساس عواملی نظیر میزان سرمایه‌گذاری، مدت‌زمان قرارداد و همچنین میزان ریسک پذیرفته‌شده توسط شرکت خدمات انرژی یا مشتری تعیین می‌گردد. (بر تولدی، ۲۰۰۵)

در این مدل قراردادی شرکت خدمات انرژی، بر اساس مقادیر بالقوه بهبود کارایی انرژی (صرفه‌جویی انرژی) که از مطالعات ممیزی انرژی به دست می‌آید سرمایه‌گذاری نموده و متعهد می‌شود پس از گذشت زمانی مشخصی که «دوره زمانی»^۱ نامیده می‌شود صرفه‌جویی انرژی به دست آید. این مقدار «صرفه‌جویی برآورد شده»^۲ نامیده می‌شود. مقدار مشخصی از صرفه‌جویی برآورد شده که سهم کارفرما از قرارداد است به‌عنوان «صرفه‌جویی تضمین‌شده»^۳ معرفی می‌شود. در طول «دوره زمانی»، مشتری مقدار انرژی صرفه‌جویی حاصل شده را ثبت و بر اساس «صرفه‌جویی محقق شده»^۴ به شرکت خدمات انرژی بابت مجموعه خدماتش پرداخت می‌نماید. (کوپنز،^۵ ۲۰۱۳، ص ۲۸) بر این اساس پرداخت در سه حالت مختلف اتفاق می‌افتد.

حالت اول: اگر میزان صرفه‌جویی محقق شده برابر با مقدار برآورد شده باشد، مشتری مقداری معادل صرفه‌جویی توسط شرکت خدمات انرژی را نگه‌داشته و میزان صرفه‌جویی باقیمانده را به شرکت خدمات انرژی پرداخت می‌نماید. در واقع آنچه شرایط پرداخت کاملاً مطابق قرارداد بوده و پرداخت بر اساس مقادیر پیش‌بینی شده انجام خواهد شد.

حالت دوم: اگر میزان صرفه‌جویی محقق شده کمتر از میزان صرفه‌جویی برآورد شده باشد، مشتری مقداری معادل صرفه‌جویی تضمین‌شده توسط شرکت خدمات انرژی را نگه‌داشته و ارزش پولی میزان صرفه‌جویی باقیمانده را به شرکت خدمات انرژی پرداخت می‌نماید.

حالت سوم: اگر میزان صرفه‌جویی واقعی بیش از مقدار برآورد شده باشد، مشتری تا سطح صرفه‌جویی برابر با مقدار برآوردی، مطابق حالت اول، عمل نموده و مقدار صرفه‌جویی بیشتر به‌صورت مساوی (سهم ۵۰٪) بین شرکت خدمات انرژی و مشتری تقسیم می‌گردد. (انجمن صنفی کارفرمایی خدمات انرژی، ۱۳۹۱، ص ۸۸-۸۶)

1. Payback Period
2. Declared Savings
3. Guaranteed Savings
4. Actual Savings
5. Coppins

۲-۲-۲. قرارداد تضمین صرفه‌جویی:



شکل ۲. کلیات روش کار قرارداد تضمین صرفه‌جویی انرژی

در این نوع از قراردادها، قرارداد خدمات انرژی بین کارفرما (مصرف‌کننده انرژی) و شرکت خدمات انرژی منعقد می‌گردد و مطابق آن شرکت خدمات انرژی تحقق مقدار مشخصی صرفه‌جویی انرژی را برای مصرف‌کننده تضمین می‌نماید. هزینه اجرای پروژه توسط کارفرما تأمین می‌گردد که یا خود آن را پرداخت نموده و یا اینکه از طریق دریافت وام از بانک یا بنگاه‌های مالی و اعتباری تأمین می‌گردد. (درس، ۲۰۰۳، ص ۴)

در این روش، شرکت خدمات انرژی تحقق یک سطح مشخص از صرفه‌جویی انرژی را تضمین می‌نماید، بنابراین تمامی ریسک‌های ناشی از عملکرد را متقبل می‌شود، چرا که در صورت عدم تحقق صرفه‌جویی‌زیانی برابر با تضامینی که ارائه کرده است را تحمل خواهد کرد. اما هیچ‌گونه ریسک اعتباری متوجه شرکت نیست. از سوی دیگر کارفرما نیز ریسک‌های مربوط به بخش سرمایه‌گذاری را پوشش می‌دهد. با توجه به روش کار، می‌توان گفت این مدل قرارداد عمدتاً در مدل‌های تأمین مالی توسط مشتری از شخص سوم به کار گرفته می‌شود. (برتولدی، ۲۰۰۵، ص ۲۵)

پس از پایان پروژه عوض تعیین شده در قرارداد به شرکت خدمات انرژی پرداخت می‌شود. اما تضامین تا زمان تحقق صرفه‌جویی نزد کارفرما می‌ماند. در جدول (۱) قراردادهای تضمین صرفه‌جویی و مشارکت در صرفه‌جویی مقایسه شده‌اند.

جدول ۱. مقایسه روش‌های تضمین صرفه‌جویی و مشارکت در صرفه‌جویی

مشارکت در صرفه‌جویی	تضمین صرفه‌جویی
ریسک عملکرد با شرکت خدمات انرژی اعتباری با کارفرما است. اعتباری با کارفرما است.	ریسک عملکرد با شرکت خدمات انرژی است اما ریسک اعتباری با کارفرما است.
تأمین اعتبار با کارفرما است و وام در ترازنامه آن قرار می‌گیرد.	تأمین اعتبار با کارفرما است و وام در ترازنامه آن قرار می‌گیرد.
عملکرد نسبت به میزان صرفه‌جویی ایجادشده در انرژی صرفه‌جویی در سنجیده می‌شود.	عملکرد نسبت به میزان صرفه‌جویی ایجادشده در انرژی صرفه‌جویی در سنجیده می‌شود.
پرداخت به شرکت خدمات انرژی عموماً ثابت بوده و صرفاً مقدار صرفه‌جویی ایجادشده و قیمت انرژی مربوط می‌شود.	پرداخت به شرکت خدمات انرژی عموماً ثابت بوده و صرفاً مقدار صرفه‌جویی ایجادشده و قیمت انرژی مربوط می‌شود.
موردعلاقه شرکت‌های خدمات انرژی بزرگ است. برای نسبت‌های اهرمی ترازنامه‌ای شرکت‌های کوچک نامناسب است	شرکت می‌تواند پروژه‌های بیشتری انجام دهد بدون آن‌که به نسبت‌های اهرمی او فشار وارد شود. ^۱

مأخذ: (بر تولدی، ۲۰۰۵، ص ۲۶)

بدیهی است روش‌های مالی ابداعی نیز می‌توانند بر اساس نیاز به وجود آمده استفاده شوند. مثلاً ترکیب مشارکت در صرفه‌جویی و تضمین صرفه‌جویی به صورتی که با تغییر میزان صرفه‌جویی نسبت تقسیم سود ناشی تغییر نماید یا اعتبارات و تسهیلات مالی که در پروژه‌های خاص توسط شرکت‌های خدمات انرژی سرمایه‌گذاری می‌گردند. عموماً شیوه تضمین صرفه‌جویی در بخش ساختمان و در پروژه‌های کوچک‌تر انجام می‌شود که مصرف‌کننده با تأمین اعتبار، صرفه‌جویی تا مقدار معینی را به دست می‌آورد. در پروژه‌های بزرگ‌تر و اغلب پروژه‌های صنعتی از شیوه مشارکت در صرفه‌جویی استفاده می‌شود که از جمله دلایل آن بالا بودن سرمایه‌گذاری اولیه و نیز ارجحیت سرمایه‌گذاری در کارایی انرژی این بخش‌ها است. (کوینز، ۲۰۱۳، ص ۲۸)

1. Highly Leveraged

۳-۲. مفاهیم عمومی تدوین قرارداد تپ خدمات انرژی

با توجه به مفاهیم ارائه شده، قراردادهای خدمات انرژی با سایر قراردادهای مرسوم متفاوت می‌باشند. این نوع قراردادها بیشترین شباهت را با قراردادهای طرح و ساخت^۱ دارند. بر همین اساس، بایستی این موارد در تدوین قراردادهای خدمات انرژی مدنظر قرار گیرند. موارد زیر به‌عنوان مفاهیم اصلی در این قراردادها، قابل استنباط است.

جدول ۲. مفاهیم اصلی در قراردادهای خدمات انرژی

ردیف	مفهوم	شرح و ضرورت
۱	شرح کار	در بسیاری از قراردادهای خدمات انرژی، تمامی ابعاد و شرح کار از ابتدا مشخص نبوده و شرکت با هدف کاهش هزینه‌های انرژی وارد مجموعه مشتری می‌شود. هرچند در ابتدا بر روی مواردی جهت شروع کار توافق می‌گردد، اما در حین انجام کار و پروژه، ممکن است پروژه‌های جدیدی تعریف شوند. قرارداد عملکردی انرژی بایستی چارچوبی منعطف برای این مسئله داشته باشد.
۲	مبلغ قرارداد	با توجه به بزرگی و حجم فعالیت‌ها و پروژه‌های قابل انجام، در بعضی از موارد، به‌خصوص در پروژه‌های بخش صنعت و نیروگاهی، برآورد دقیق مبلغ پروژه ممکن نیست. همچنین ممکن است در حین کار، شرح خدمات جدیدی به فعالیت‌ها اضافه شود که این خود باعث تغییر در مبلغ پروژه می‌گردد. همچنین ممکن است برآوردهای انجام‌شده در خصوص میزان صرفه‌جویی انرژی با مقادیر حاصل‌شده متفاوت باشد، به‌نحوی که مدت‌زمان قرارداد را با چالش مواجه نماید. قرارداد خدمات انرژی بایستی چارچوبی منعطف برای تعدیل در

1. EPC: Engineering, procurement, construction.

قرارداد طرح و ساخت را می‌توان در ساده‌ترین شکل پروژه مهندسی، تأمین کالا و ساخت و اجرا تعریف کرد. در چنین پروژه‌هایی تمام فعالیت‌های لازم برای اجرای پروژه از مرحله طراحی و مهندسی تا تدارکات و ساخت نهایی بر عهده یک پیمانکار گذاشته می‌شود. در این پروژه‌ها کارفرما با انتقال بخش اعظمی از مسئولیت‌ها و ریسک‌های پروژه به پیمانکار از مسئولیت‌های خود کاسته و به طبع بر مبلغ قرارداد می‌افزاید. شرایط و ضوابط این نوع قرارداد که در نظام فنی و اجرایی کشور پذیرفته شده است طی نشریه‌ی شماره‌ی ۵۴۹۰ سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی منتشر شده است. (موافقتنامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان‌های مهندسی، تأمین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب به صورت توأم، EPC، ۱۳۸۰)

ردیف	مفهوم	شرح و ضرورت
		مبلغ و زمان، مبتنی بر یک نظام مالی شفاف داشته باشد.
۳	مدت قرارداد	مدت زمان قراردادهای خدمات انرژی بر این اساس تدوین می‌شوند که سرمایه‌گذاری انجام شده توسط شرکت خدمات انرژی با نرخ مناسب و جذابی بازگشت داده شود. تغییر در قیمت حامل‌های انرژی، تغییر در مشخصه‌های عملکردی و بهره‌برداری سیستم، تغییر در شرح کار یا تحقق میزان صرفه‌جویی مغایر با برآورد انجام شده می‌تواند منجر به کم یا زیاد شدن مدت قرارداد گردد. البته ممکن است طرفین زمان قرارداد را ثابت در نظر بگیرند.
۴	اندازه‌گیری میزان صرفه‌جویی حاصل شده	در تمامی قراردادهای خدمات انرژی، طرح اندازه‌گیری و صحت‌گذاری از ابتدای شروع کار بایستی مشخص شده و مورد توافق طرفین قرار گیرد. این طرح با توجه به مشخصات و نوع پروژه قابل انجام متفاوت بوده و می‌تواند مدل‌های مختلفی داشته باشد. در این قسمت می‌توان از خدمات نیز در صورت نیاز استفاده نمود. در تمامی قراردادهای عملکردی انرژی بایستی طرح M&V به تفکیک پروژه‌ها یا طرح‌ها که به تأیید طرفین رسیده است به‌عنوان ضمیمه قراردادی درج گردد.
۵	نحوه پرداخت‌ها	در بسیاری از فعالیت‌ها و پروژه‌ها، درآمد حاصله، ماهیت برآوردی دارند. بر همین اساس میزان انرژی قابل صرفه‌جویی در پروژه‌های عملکردی انرژی دارای عدم قطعیت و همراه با ریسک‌های عملیاتی و بهره‌برداری است. استفاده از خدمات شرکت‌های M&V باعث حصول اطمینان از میزان صرفه‌جویی انرژی حاصل شده می‌گردد. در خصوص میزان پرداخت‌ها، نحوه و زمان انجام پرداخت‌ها بایستی یک نظام مالی شفاف در هزینه‌ها و درآمدهای پروژه‌های عملکردی انرژی وجود داشته باشد که از بروز اختلافات مالی جلوگیری نماید.
۶	چارچوب قراردادی	دو مدل اصلی قراردادی مبتنی بر نوع تأمین مالی، شامل مشارکت در صرفه‌جویی و تضمین صرفه‌جویی در قراردادهای خدمات انرژی وجود دارد. قرارداد خدمات انرژی بایستی از انعطاف لازم جهت تأمین نیازهای این دو مدل قراردادی برخوردار باشد.
۷	تأمین مالی	تأمین مالی یکی از مزیت‌های اساسی کار شرکت‌های خدمات انرژی است که به‌واسطه آن، پتانسیل‌های ارجاع کار به آنان افزایش می‌یابد. منابع مالی دارای هزینه هستند که بایستی هزینه آن‌ها در مبلغ پروژه لحاظ گردد. لذا تفاهم‌نامه تأمین مالی از هر منبعی که صورت گیرد و در هر قالب قراردادی دنبال شود بایستی در ضمیمه قراردادی درج گردد.
		ریسک‌های مختلفی شامل: ۱- ریسک ماشین‌آلات و تجهیزات منصوبه توسط شرکت ۲- ریسک تجهیزات و ماشین‌آلات مشتری ۳- ریسک سرمایه‌گذاری شرکت یا مشتری ۴- ریسک فنی عدم موفقیت اجرای پروژه ۵- ریسک عدم حصول صرفه‌جویی انرژی تضمین شده
۸	بیمه	

مفهوم	شرح و ضرورت
	۶- مخاطرات و حوادث غیرمترقبه
	۷- ریسک‌ها و مخاطرات کارکنان
	۸- مسئولیت اجتماعی و عمومی
	در پروژه‌های مبتنی بر قراردادهای خدمات انرژی وجود دارد. برخی از این موارد بر عهده شرکت و برخی دیگر بر عهده مشتری است. قرارداد خدمات انرژی بایستی انعطاف لازم جهت پوشش‌های بیمه‌ای لازم برای این ریسک‌ها را فراهم نماید.

مأخذ: نتایج تحقیق

۳. چارچوب قراردادی موجود

در اردیبهشت سال ۱۳۹۳ نسخه اول "اسناد قرارداد همسان بهبود کارایی آب و انرژی در صنعت نفت" مشتمل بر ۴۳ ماده و ۱۵ پیوست، توسط امور مهندسی وزارت نفت منتشر گردید. در مقاله، این پیش‌نویس قراردادی خاص نیز مبنای تحلیل قرار می‌گیرد. این قرارداد مؤلفه‌هایی از هر دو قرارداد تضمین صرفه‌جویی و مشارکت در صرفه‌جویی را دارا است و به‌صراحت نمی‌توان گفت به کدام یک نزدیک‌تر است. روند کلی یک پروژه خدمات انرژی در این قرارداد در ۱۲ مرحله اصلی تقسیم شده است:

۱. ممیزی کارفرما ۲. برگزاری مناقصه (مذاکرات اولیه) ۳. دریافت پیشنهادها ۴. انتخاب مناسب‌ترین پیشنهادها ۵. امضای قرارداد ۶. تکمیل سند M&V ۷. تأمین مالی، طراحی، تأمین کالا، تکمیل اجرا ۸. دوره تحویل موقت ۹. بازگشت سرمایه/تعمیر و نگهداری ۱۰. خاتمه دوره بهره‌برداری و نگهداری ۱۱. تسویه حساب نهایی ۱۲. استمرار صرفه‌جویی (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۵).

در ماده ۲-۶ قرارداد تصریح شده است که کلیه هزینه‌های قرارداد شامل هزینه‌های تأمین مالی، طراحی و مهندسی، تهیه و تأمین و تدارک تجهیزات، نصب و اجرا، راه‌اندازی، تعمیرات و بهبود عملکرد تجهیزات، پیگیری عملکرد، آزمایش‌ها، آموزش، مدیریت پروژه، بیمه‌ها، مالیات و سایر هزینه‌های مرتبط با اجرای کار بر عهده شرکت است و بازپرداخت این هزینه‌ها صرفاً از محل عایدی حاصل از صرفه‌جویی‌های انجام شده صورت می‌گیرد؛ که طبق ماده ۲-۱۱ و ۲-۱۲ حداقل ۲۵ درصد

از عواید صرفه‌جویی متعلق به کارفرما و حداکثر ۷۵ درصد از عواید متعلق به شرکت خواهد بود. (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۷). درعین حال در ماده ۲-۷، هر نوع ریسک عدم دسترسی به نتیجه به عهده شرکت گذاشته شده است. (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۷).

مدت این قرارداد در ماده ۳ و شامل کلیه مراحل دوازده‌گانه پیش‌گفته تعیین شده و هرگونه تغییر احتمالی منوط به موافقت طرفین گردیده است. دوره تضمین صرفه‌جویی نیز تا زمان تحویل نهایی تعیین شده است که هریک از این زمان‌ها به تفکیک در قرارداد مشخص می‌شود. به این ترتیب انعطاف کمی برای زمان قرارداد در نظر گرفته شده است. (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۱۱ و ۱۲).

مبلغ قرارداد نیز به‌طور قطعی در ماده ۵، شامل جمع کل هزینه‌های اجرای تعهدات موضوع قرارداد اعم از هزینه تأمین مالی پروژه سرمایه‌گذاری پروژه اعم از هزینه‌های سرمایه‌ای و غیرسرمایه‌ای، حق الزحمه و سود شرکت، انجام خدمات قرارداد، خرید تجهیزات و تدارکات، هزینه‌های نگهداری و تعمیرات و هزینه‌های دوره بازگشت سرمایه و بازپرداخت کل هزینه‌ها تا مرحله تحویل نهایی موضوع قرارداد است. ضمناً بر اساس پیوست ۱۱ قرارداد، جزئیات هزینه‌ها به‌طور تفصیلی مشتمل بر دو بخش کلی خدماتی و خرید، تعیین و مورد توافق قرار می‌گیرد.

هزینه‌های خدماتی شامل طراحی (مفهومی، پایه و جزئیات)، مدیریت (مهندسی خرید، پروژه، تأمین مالی، قراردادی و حقوقی)، اجرای راهکارهای بهینه‌سازی (نصب و راه‌اندازی تجهیزات) اندازه‌گیری، پایش و صحنه‌گذاری، آموزش، نگهداری، تعمیرات و بهره‌برداری، انواع بیمه‌ها و مالیات‌های متعلقه، هزینه‌های مالی (دوره اجرا و دوره بازپرداخت) و سود، ریسک و موارد دیده نشده. هزینه‌های خرید هم شامل خرید کالا و تجهیزات و هزینه‌های مرتبط با آن گمرک، سود بازرگانی، تجهیزات اندازه‌گیری و پایش استفاده شده در پروژه و دانش فنی است. (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۱۲ و ۶۵)

ضمناً در صورت حصول صرفه‌جویی بیش از مقدار تعیین شده یا پرداخت کلیه صورتحساب‌ها پیش از زمان تحویل نهایی، پرداخت به پیمانکار متوقف خواهد شد. همچنین اگر در زمان تحویل

نهایی قرارداد صرفه‌جویی محقق شده کمتر از مقدار تضمین شده باشد بازهم قرارداد خاتمه می‌یابد و پیمانکار مابقی هزینه‌هایش را دریافت نمی‌کند (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۱۲).

برای پوشش دادن این عدم اطمینان و همچنین سایر تغییرات احتمالی مانند اضافه / کسر بهای تغییرات تجهیزات پروژه و خدمات قرارداد و انجام راهکارهای جدید عبارت مبلغ نهایی قرارداد معرفی شده است (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۱۳). همچنین مقرر شده است که عواید صرفه‌جویی براساس مقدار فیزیکی صرفه‌جویی تعیین شود و نه ارزش زمان صرفه‌جویی که این مبلغ بر اساس نرخ پایه ثابت واحد حامل انرژی و آب مصرفی در زمان برگزاری مناقصه و دریافت بسته پیشنهادی شرکت که از سوی دولت در قبوض مشترکین اعلام شده، تعیین می‌شود و به‌این ترتیب ریسک افزایش یا کاهش قیمت انرژی از قرارداد حذف گردیده است.

طبق ماده ۸، کارفرما متعهد شده است در مقابل اجرای کامل، مناسب و به موقع پروژه توسط شرکت مطابق اسناد و مدارک قرارداد، مبلغ قرارداد را پس از تأیید، صرفاً از محل صرفه‌جویی‌های تضمین و حاصل شده به شرکت پرداخت نماید؛ بنابراین این قرارداد از طرف کارفرما نیز لازم دانسته شده است. البته پرداخت عوض، مشروط به اجرای مطابق برنامه قرارداد و همچنین تحقق صرفه‌جویی شده است چراکه تصریح شده است پرداخت صرفاً از محل صرفه‌جویی انجام خواهد شد.

طبق ماده ۹، شرکت موظف شده است پیش از امضای قرارداد و به‌منظور تضمین انجام تعهدات درج شده، ضمانت‌نامه‌ای بدون قید و شرط و غیرقابل برگشت و قابل تمدید به مبلغ پنج درصد مبلغ اولیه قرارداد تهیه و تسلیم کارفرما کند. (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۱۹). بر این اساس قرارداد از طرف شرکت لازم تلقی شده است اما طبق ماده ۹ همان قرارداد حصول نتیجه (تحقق صرفه‌جویی) به‌عنوان تعهد شرکت درج نگردیده است.

بر اساس ماده ۱۹ و ۲۵، میزان صرفه‌جویی محقق شده نایستی بیش از ۱۰٪، از میزان صرفه‌جویی پیشنهادی و تضمین شده شرکت در قرارداد کمتر باشد در غیر این صورت خسارت وارده به کارفرما، طبق روش توافق شده در پیوست قرارداد، از صورت حساب شرکت کسر خواهد شد. در صورت جبران کاهش صرفه‌جویی تضمین شده دریافت خسارت متوقف خواهد شد،

به هر صورت مدت قرارداد به دلیل کاهش میزان صرفه‌جویی تضمین شده افزایش نخواهد یافت. (وزارت نفت، ۱۳۹۳، ص ۲۵ و ۳۵).

بر این مبنا در قرارداد فوق مبلغ و مدت زمان قرارداد بر اساس توافق اولیه تعیین و تثبیت می‌شود و بازپرداخت به شرکت صرفاً از محل ۷۵ درصد ارزش صرفه‌جویی محقق شده (بر اساس نرخ انرژی در زمان عقد قرارداد) در زمان اعتبار قرارداد انجام می‌شود، ضمن آن که کاهش بیش از ده درصد از صرفه‌جویی پیش‌بینی شده سبب جریمه شرکت هم خواهد شد. بنابراین چنان که ملاحظه می‌شود این قرارداد با مدل مشارکت در صرفه‌جویی تفاوت‌هایی دارد. در مدل متعارف مشارکت در صرفه‌جویی، صرفه‌جویی محقق شده به نسبت مشخصی بین طرفین تقسیم می‌شود و لزوماً ارتباطی بین هزینه و منافع پروژه نیست، اما در این مدل بازپرداخت در حد هزینه شرکت و به عبارت دیگر ثابت خواهد بود.

این عنصر قرارداد را به مدل تضمین صرفه‌جویی نزدیک کرده است. البته شرکت می‌تواند ریسک پروژه را هم در هزینه‌هایش لحاظ کند و به این ترتیب هزینه‌های ادعاشده را تا حد سهم مجاز از صرفه‌جویی افزایش دهد. در صورت تحقق صرفه‌جویی در حد ۹۰ درصد از مقدار ادعاشده پرداخت به شرکت مطابق مقدار توافق شده در قرارداد خواهد بود، اما اگر صرفه‌جویی کمتر از این حد باشد شرکت جریمه شده و همه هزینه‌هایش را دریافت نخواهد کرد. از طرف دیگر اگر صرفه‌جویی بیش از مقادیر پیش‌بینی شده باشد شرکت پاداشی از این بابت دریافت نخواهد کرد. به این ترتیب ریسک عدم محاسبه دقیق یا حوادث پیش‌بینی نشده برای شرکت مضاعف خواهد شد. درج این مورد نیز، قرارداد را به مدل تضمین صرفه‌جویی تبدیل می‌کند. با ثابت فرض شدن قیمت انرژی نیز ریسک تغییرات قیمت برای طرفین وجود نخواهد داشت. ثابت فرض کردن قیمت انرژی به میزانی برابر با قیمت زمان عقد قرارداد نیز از مؤلفه‌های مرسوم در قرارداد تضمین صرفه‌جویی است.

همچنین اگر هزینه شرکت قبل از زمان تحویل دائم و از محل سقف صرفه‌جویی پیش‌بینی شده به‌طور کامل بازگشت داده شود قرارداد خاتمه خواهد یافت اما عدم تأمین هزینه (که می‌تواند ناشی از انحراف پیش‌بینی‌ها یا شرایط پیش‌بینی نشده باشد) سبب افزایش زمان نمی‌شود.

در این قرارداد معوض معامله عبارت است از تعهد به صرفه‌جویی انرژی ناشی از خدمات فنی و مهندسی (مشمول بر سرمایه‌گذاری در تجهیزات و تأسیسات) که از سوی شرکت خدمات انرژی به‌منظور کاهش مصرف انرژی تأسیسات و تجهیزات کارفرما به عمل می‌آید. عوض قرارداد نیز عبارت است از بخش مشخصی از ارزش صرفه‌جویی به‌عمل‌آمده در فرایند یا محل موضوع قرارداد. به‌عبارت‌دیگر مشتری در بخشی از سود مشتری که از صرفه‌جویی در مصرف انرژی به دست می‌آید شریک می‌شود.

۴. ماهیت قرارداد خدمات انرژی در مقایسه با عقود معین

۴-۱. پیشینه

پیش از این مطالعه، اصلانی و علوی در مقاله‌ای با عنوان درآمدی بر حقوق حاکم در قراردادهای خدمات انرژی، به بررسی ماهیت این قراردادها پرداخته‌اند. در آن مقاله مفهوم کلی قرارداد خدمات انرژی بدون تفکیک به دو شکل رایج مشارکت در صرفه‌جویی و تضمین صرفه‌جویی با تعدادی از عقود معین مقایسه شده است. ضمن آنکه در آن مطالعه یک قالب قراردادی مشخص، مانند آنچه در بخش سوم مرور شد مبنای تحلیل قرار نگرفته است. محققین ضمن تأکید بر اهمیت این نوع قراردادها نتیجه گرفته‌اند با وجود شباهت‌های این نهاد با عقود اجاره اشخاص، جعله و حق‌العمل کاری، افتراق آن‌ها به اندازه‌ای زیاد است که توصیف قرارداد اسکو در پرتو عقود مذکور درست نمی‌باشد و نمی‌توان آن‌ها را تحت یک رژیم حقوقی آورد و کاملاً منطبق نیستند. از این رو با توجه به اوصاف و عناصر وجودی قرارداد اسکو، ماهیت مناسب آن تابع ماده ۱۰ و ۱۸۳ قانون مدنی یعنی اصل آزادی قراردادها، اصل صحت قراردادها و تقدم ماهیت بر عنوان انتخابی می‌باشد. (حمیدرضا اصلانی؛ فاطمه علوی، ۱۳۹۳)

چنانکه اشاره شد در تحقیق حاضر ضمن بررسی تفکیکی دو نوع قرارداد متعارف مبتنی بر عملکرد، چارچوب قراردادی منتشر شده توسط وزارت نفت نیز ارزیابی شده و علاوه بر عقد جعاله، با عقود بیع، اجاره به شرط تملیک و شرکت نیز مقایسه شده و نتایج نسبتاً متفاوتی گرفته شده است.

۴-۲. مقایسه با عقد بیع

در برخی از مقالات یا مستندات غیرحقوقی، از خرید صرفه‌جویی انرژی بحث می‌شود. به عنوان نمونه در سال ۱۳۹۳ شرکت بهینه‌سازی مصرف سوخت همایشی را با عنوان مصرف بهینه، خرید صرفه‌جویی انرژی برگزار کرد. (شرکت بهینه‌سازی مصرف سوخت) اما آیا می‌توان به این قرارداد عنوان بیع داد. ماده ۳۳۸ قانون مدنی ایران بیع را بدین عبارت تعریف کرده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم» از این تعریف سه ویژگی تملیکی بودن، معوض بودن و عین معین بودن مبیع فهمیده می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۲۸)

منظور از تملیکی بودن عقد بیع این است که انتقال مبیع به خریدار و ثمن به فروشنده با ایجاب و قبول واقع می‌شود. همین که خریدار و فروشنده درباره مبادله دو کالا و شرایط آن توافق کردند، مبیع و ثمن خودبه‌خود مبادله می‌شود و نیاز به کار دیگری ندارد. معوض یعنی عین مالی که فروخته می‌شود و با حال دیگر مبادله می‌شود. همچنین از تعریف ماده ۳۳۸ قانون مدنی استفاده می‌شود که مبیع باید عین باشد. عین عبارت است از مالی که وجود مادی و محسوس دارد و به‌طور مستقل مورد دادوستد قرار می‌گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۴۱) عین معین مالی است، که در عالم خارج، جدای از سایر اموال مشخص و قابل اشاره باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۳۵)

پس با آوردن کلمه «عین» قانون‌گذار مفهوم بیع را از عقود که در آنجا معوض، چیزی غیر از عین باشد جدا ساخته است. درحالی که موضوع در قرارداد خدمات انرژی، ارائه تجهیزات، فناوری و تعهد به استقرار تأسیسات است. حال اگر فرض کنیم عوض معامله چنانکه اشاره شد صرفه‌جویی محقق شده باشد نمی‌توان صرفه‌جویی را عین معین دانست. اگر هم تجهیزات و خدمات ارائه شده را به عنوان معوض تلقی کنیم هدف اصلی این قرارداد تملک این اموال نیست بلکه طرفین متعهد به

انجام خدمات و جبران متناسب می‌شوند، بنابراین این قرارداد عقد عهدی تلقی می‌شود و تلقی بیع از قرارداد خدمات انرژی در هر حالت نادرست و گمراه‌کننده است.

۴-۳. مقایسه با جعاله

جعاله عقدی است که طبق آن هر کس می‌تواند از دیگری بخواهد در مقابل کاری که برای او انجام می‌دهد، مبلغ معینی را به‌عنوان اجرت دریافت کند. گاهی فرد از انسان معینی می‌خواهد که این کار را برای او انجام دهد، در این صورت اسم این عقد، جعاله معین است و گاهی انسان به‌صورت کلی از دیگران می‌خواهد که یکی از آن‌ها کاری برای او انجام دهد - مثل مؤذگانی‌ها - که در آن فرد به دیگران اعلام می‌کند که هر کسی، مال گمشده او را پیدا کند و به او تحویل دهد، مبلغی را به‌عنوان مؤذگانی دریافت می‌کند. به‌موجب ماده ۵۶۱ قانون مدنی «جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف، معین باشد یا غیرمعین». جعاله در لغت به معنای مزدی است که در برابر انجام کاری قرار داده می‌شود. در اصطلاح فقهاء صیغه‌ای است که ثمره آن به دست آوردن منفعتی است در برابر عوض و شرط نیست کارمزد معلوم باشد. (شهید ثانی، ۱۳۸۲، ص ۲۴۹)

جعاله از سه رکن تشکیل می‌شود.

۱- جاعل: کسی که درخواست انجام کار می‌کند.

۲- عامل: کسی که کار درخواستی را انجام می‌دهد.

۳- جُعَل یا (جعيله): یا همان عوض و مزد.

بر اساس ماده ۵۶۳ ق.م. «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست، بنابراین اگر کسی ملتزم شود که هر کس گم شده او را پیدا کند حصه مشاع معینی از آن مال او خواهد بود، جعاله صحیح است».

طبق ماده ۵۶۴ ق.م در جعاله گذشته از عدم لزوم تعیین عامل ممکن است عمل هم مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد. طبق ماده ۵۶۵ ق.م. «جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده

است هر یک از طرفین می توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد».

منظور از تعهد در ماده فوق همان عقد جعاله است که هر یک از جاعل و عامل مثل هر عقد جایز دیگری حق فسخ دارند، منتها به لحاظ وضع خاص جعاله به جای حق فسخ قانون حق رجوع را عنوان نموده است. جاعل حق رجوع دارد و این حق رجوع مربوط به قبل از اتمام کار است.

همچنین طبق ماده ۵۶۶ ق.م «هرگاه در جعاله عمل دارای اجزاء متعدد بوده و هر یک از اجزاء مقصود بالاصاله جاعل بوده باشد و جعاله فسخ گردد عامل از اجرت‌المسمی به نسبت عملی که کرده است مستحق خواهد بود اعم از این که فسخ از طرف جاعل باشد یا از طرف خود عامل».

طبق ماده ۵۶۷ ق.م «عامل وقتی مستحق جُعَل (اجرت) می گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد». بر طبق ماده ۵۶۸ ق.م. اگر عاملین متعدد به شرکت هم عمل را انجام دهند هر یک به نسبت مقدار عمل خود مستحق جعل می گردد.

نسبت به ماهیت جعاله میان فقها از یک طرف و حقوقدانان از طرف دیگر اختلاف نظر وجود دارد، به طوری که عده‌ای اعتقاد دارند که جعاله ایقاع است و برای این اثبات موضوع موارد زیر ذکر شده است:

اول) از عناصر عمومی عقود این است که هر عاقد از نظر عاقد دیگر معلوم و معین باشد و حال آنکه جعاله چنین نیست.

دوم) قبول، عنصر عقود است و حال آنکه اگر عامل در جعاله بدون اطلاع از کار جاعل در تعیین جایزه، مال مفقود او را یافته باشد استحقاق مال الجعاله را دارد.

سوم) اهلیت عاقد شرط صحت عقد است و حال آنکه در جعاله اهلیت عامل ضرورت ندارد؛ صغیر و سفیه هم اگر مال مفقود جاعل را بیابند استحقاق مال الجعاله را دارند.

چهارم) عقد باید طرف معین (یک یا چند نفر) داشته باشد؛ عقد به طرفیت عام منعقد نمی شود حال آنکه جعاله به طرفیت عموم صحیح است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۳۲۵ و ۳۲۶)

حال با توجه به موارد فوق می‌توان استنباط نمود که شبیه‌ترین عقد معین به قرارداد خدمات انرژی، عقد جعاله است. چراکه در این قرارداد، جاعل (کارفرما) متعهد می‌شود که درازای موفقیت عامل (شرکت) به کاهش مصرف انرژی بخشی از ارزش صرفه‌جویی شده را به او پردازد و شرکت وقتی مستحق جعل (حق الزحمه) می‌گردد که متعلق جعاله (خدمات منجر به صرفه‌جویی در مصرف) را انجام داده باشد. درعین حال چنانکه ملاحظه شد ممکن است عمل مردد و کیفیات آن نامعلوم باشد به عبارت دیگر قانون‌گذار این حق را به شرکت می‌دهد که در بین گزینه‌ها و روش‌های ممکن ارائه خدمات صرفه‌جویی بهترین روش را انتخاب نماید ضمن آن که در جعاله معلوم بودن دقیق اجرت لازم نیست و کارفرما می‌تواند بخشی از ارزش صرفه‌جویی محقق شده را در صورت موفقیت به شرکت پردازد. اما از سوی دیگر دیدیم که جعاله تعهدی جاز فرض شده است و در صورت رجوع عامل، مسئولیتی متوجه وی نیست، اما در نمونه قرارداد معرفی شده پنج درصد از مبلغ قرارداد به عنوان تضمین انجام تعهدات از شرکت اخذ می‌شود. به عبارت دیگر، چنان‌که اشاره شد در قرارداد مورد بررسی عقد از سوی طرفین لازم در نظر گرفته شده است، بنابراین قرارداد بررسی شده با قرارداد جعاله در لازم بودن متفاوت است.

اما عقد جعاله با تعریف عمومی از قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی تطابق بسیار زیادی دارد. به عبارت دیگر اگر عقد جعاله به همراه «شرط صفت» تحقق صرفه‌جویی انرژی به کار گرفته شود می‌تواند اهداف چارچوب مفهومی قرارداد خدمات انرژی را به طور کامل برآورده نماید.

ضمناً با توجه به چارچوب مفهومی بیان شده برای قرارداد تضمین صرفه‌جویی می‌توان گفت که این قرارداد نیز قاعداً باید لازم باشد چراکه شرکت در ازای خدماتی که ارائه می‌کند عوض خود را دریافت کرده، اما تضمین می‌کند که خدماتش منجر به تحقق صرفه‌جویی معادل یا بیش از مبلغ دریافت شده شود. بنابراین، این قرارداد برای شرکت لازم تلقی شده و به این ترتیب نمی‌توان قرارداد تضمین صرفه‌جویی را در قالب عقد جعاله طبقه‌بندی کرد.

۴-۴. مقایسه با اجاره به شرط تملیک

قرارداد اجاره به شرط تملیک می‌تواند قراردادی برای تهیه و واگذاری اموال منقول و غیرمنقول توسط فروشنده به خریدار تلقی گردد مشروط بر اینکه چنانچه مبلغ قرارداد در اقساط معین شده مسترد گردد، خریدار مالک اموال مزبور خواهد شد. اجاره به شرط تملیک به عنوان قراردادی خاص، سابقه‌ای در فقه و قانون ندارد. در آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانکی مصوب ۱۳۶۲ هیئت وزیران چنین تعریف شده است: «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود. مستأجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجر را مالک گردد». این آیین‌نامه در تاریخ ۸۱/۵/۲۰ اصلاح شد. در ماده ۵۸ آیین‌نامه مذکور مقرر می‌دارد: «بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور خدماتی، کشاورزی، صنعتی و معدنی، ساختمان و مسکن، بازرگانی و کسب و کار و مصرف کالاهای با وام ساخت داخل کشور به عنوان موجر مبادرت به معاملات اجاره به شرط تملیک نمایند».

در مورد ماهیت عقد اجاره به شرط تملیک اتفاق نظر وجود ندارد. برخی معتقدند که شرط تملیک شرط فرعی عقد اجاره بوده و عقد اصلی همان اجاره است و مستأجر در طول زمان اجاره از منافع مال بهره‌مند می‌شود. گروه دیگر اعتقاد دارند که عقد اصلی بیع است و اجاره صرفاً برای پرداخت به اقساط مطرح می‌شود. برخی دیگر نیز این عقد را متمایز از عقود معین می‌دانند. اگرچه اجاره به شرط تملیک در قانون مدنی به کار برده نشده، لیکن با اندکی تأمل در سایر قوانین و مقررات و شرایط خاص مندرج در قانون، آیین‌نامه و دستورالعمل اجرایی، این نظر تقویت می‌شود که این عقد تأسیس جدید است و از سایر عقود مشابه خود نظیر اجاره و بیع مستقل است. (علی اسلامی پناه؛ رضا عباسیان، ۱۳۸۸) در مجموع باید گفت اجاره به شرط تملیک یک عقد لازم، تملیکی و معوض است و جز در موارد پیش‌بینی شده در قرارداد یا به دلیل قانونی، هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند آن را بر هم زند.

ممکن است بین قرارداد اجاره به شرط تملیک و قرارداد خدمات انرژی شباهت‌ها و تفاوت‌هایی به نظر برسد. مهم‌ترین شباهت پرداخت تدریجی ثمن معامله و تملک تجهیزات و دارایی‌ها است، اما باید توجه داشت که تنها شرط تملک مضمن معامله در اجاره به شرط تملیک، پرداخت مطابق توافق و

در مدت مشخص شده است. حال آنکه در قرارداد خدمات انرژی، هدف اصلی کاهش مصرف انرژی است و در صورت عدم تحقق این هدف ممکن است کارفرما هیچ نیازی به تأسیسات و تجهیزات نصب شده نداشته باشد. حتی ممکن است در صورت تحقق صرفه‌جویی نیز شرط شود که در پایان مدت قرارداد تجهیزات مورد استفاده به شرکت بازگردانده شود. ضمناً در زمان قرارداد خدمات انرژی کیفیت و کمیت تجهیزات به‌طور دقیق مشخص نیست. درحالی‌که در اجاره به‌شرط تملیک مال‌الاجاره مشخص است. تفاوت دیگر معین نبودن عوض قرارداد خدمات انرژی است.

۴-۵. مقایسه با عقد شرکت

در این بخش قرارداد خدمات انرژی را با عقد شرکت مقایسه می‌کنیم. البته منظور از شرکت، شرکت مدنی است و نه شرکت تجاری. در تعریف عقد شرکت گفته شده است: «عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به‌منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر، حقوق خود را در میان می‌نهند تا به‌جای آن مالک سهمی مشاع از این مجموعه شوند». (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۱۷). شرکت عقدی است که ثمره آن جواز تصرف مالکین متعدد شیء واحد در سال مشترک است، بنابراین سمت هر یک از شرکا بعد از تحقق عقد شرکت و کالت و عاملیت است و همین امر تفاوت شرکت مدنی با حالت اشاعه صرف است که بر اثر ارث یا عقد به وجود می‌آید. (کاشانی، ۱۳۶۵)

ماده ۵۷۱ ق.م در تعریف شرکت می‌گوید: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». در حقیقت آنچه قانون‌گذار در تعریف عقد شرکت گفته است، تعریف عقد شرکت نیست بلکه تعریف اشاعه است که مقدمه و شرط ایجاد شرکت است. در حقیقت می‌توان گفت اشاعه جزئی از عقد شرکت محسوب می‌شود که اگر وجود نداشته باشد سایر ارکان عقد شرکت که بر مبنای آن شکل می‌گیرد به وقوع نخواهد پیوست. ضمناً از تعریف مذکور چنین به دست می‌آید که برای تحقق اشاعه موارد زیر ضرورت دارد:

۱. وجود حق مالکیت متعدد (دو نفر یا بیشتر)، ۲. اجتماع حقوق، ۳. وحدت شیء.

عقد شرکت دارای اوصافی به شرح ذیل است:

- عقدی است معوض: زیرا در نتیجه تراضی شرکا، حقی که به‌عنوان آورده در میان گذاشته شده است، با مالکیت مشاع همه اموال مبادله می‌شود.
 - عقدی است تملیکی: به خاطر این که هر شریک سهم مشاع از ملک خود را به دیگران تملیک می‌کند. مگر در مورد مزج اختیاری اموالی که تمیز آن‌ها ممکن نیست.
 - عقدی است مستمر: درست است که اشاعه یک‌بار واقع می‌شود، لیکن حقوق و تعهدات شریکان در برابر یکدیگر ادامه می‌یابد و تا زمان انحلال شرکت باقی است.
 - عقدی است جایز: شرکت عقدی است جایز و هر یک از شرکا می‌توانند هر زمان که بخواهند آن را فسخ کنند و چون فسخ گردید اذن در تصرف نیز زایل می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۱۶).
- تصرفات شرکا در مال مشاع چنانچه از نوع تصرفات مادی باشد، احتیاج به اجازه شریک دارد. طبق ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی حق همه گونه دخل و تصرف در مالکیت خویش را دارد این اصل که از نتایج مالکیت است در مورد مال مشاع قابل اجرا نیست. در مال مشاع هر ذره‌ای از ذرات مال متعلق به کلیه شرکا است، بنابراین تصرف هر یک از شرکا در هر جزئی از مال مشاع موجب تصرف در مال غیر است و تصرف در مال غیر بدون اذن مالک جایز نیست. برخلاف تصرفات مادی که هر یک از شرکا از تصرف در مال مشاع بدون سایر شرکا ممنوع بود، تصرفات «حقوقی» یا «معنوی» هر یک از شریکان در صورتی که منحصر در تصرف حقوقی باشد مجاز است و احتیاج به اذن سایر شرکا ندارد. هر یک از شرکا حق دارد تمام یا قسمتی از سهم خود را از مال مشاع بدون اذن از سایر شریکان بفروشد. یا صلح کند یا هبه نماید و در معنی عام به دیگری منتقل نماید. این مطلب در ماده ۵۸۳ ق. م. مورد تصریح قرار گرفته است. این ماده می‌گوید: هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکا دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالث منتقل کند؛ اما منافع شرکت صرفاً براساس سهم الشرکه تقسیم می‌شود.

یکی از اصول اساسی در عقد شرکت تقسیم سود و زیان به نسبت سهم الشرکه است اگر سهم الشرکه مساوی باشد سود نیز باید به طور مساوی تقسیم شود و اگر سهم شرکا مختلف باشد سود به

نسبت سهم تقسیم می‌شود. بنابراین اگر شرط شود سود حاصله از شرکت متعلق به یکی از شرکا باشد و یا آنکه سود بیشتری به وجود تساوی سهم برای یکی از شرکا در نظر گرفته شود، این نوع شرکت باطل است. (کاشانی، ۱۳۶۵)

بر اساس نکات فوق شباهت‌های قرارداد خدمات انرژی با عقد شرکت به شرح زیر است:

- هر دو معوض‌اند.

- هر دو تجارته‌اند.

- هر دو رضایی‌اند.

مهم‌ترین تفاوت‌ها به شرح زیر است:

۱. در قرارداد خدمات انرژی، اشاعه محقق نمی‌شود. بالتبع شرکا نسبت به کل اموال اذن تصرف پیدا نمی‌کنند.

۲. عقد شرکت برای طرفین جایز است، اما قرارداد خدمات انرژی لزوماً این چنین نیست.

۳. در قرارداد خدمات انرژی سود و زیان بر اساس سهم‌الشرکه مشخص نمی‌شود.

بنابراین چنان که ملاحظه می‌شود قرارداد خدمات انرژی با شرکت تفاوت‌های بسیار اساسی دارد و نمی‌توان به این قرارداد عنوان شرکت داد.

۴-۶. ماده ۱۰ قانون مدنی

پیشرفت زندگی، پیدایش یک سری عقود که در قانون بخصوص ذکر نشده، یعنی عقود غیر معین را سبب شده است که جنبه خصوصی دارد و طرفین در مورد احکام و آثار آن بین خود تراضی می‌کنند. (شهیدی، ۱۳۹۳) ماده ۱۰ ق.م. اشعار می‌دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن‌ها را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» مطابق اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهای افراد در انعقاد قراردادهای آزادی کامل دارند، مگر در مواردی که قراردادی خلاف صریح قانون باشد.

به موجب اصل آزادی قراردادهای، هر عقد و قرارداد بین اشخاص معتبر است. ضرورت ندارد که قانون معین نظر به اعتبار یک یک قراردادها بدهد، فقط کافی است که قانون از قرارداد خاصی منع نکرده باشد. پس اگر دیده شود که قانون، قراردادی را منع نکرده است، آن قرارداد معتبر است و این اعتبار از اصل فوق سرچشمه می‌گیرد. (لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۰۱)

حاکمیت اراده، قالب خاص نمی‌شناسد و هدف از اصلی که در ماده ۱۰ قانون مدنی بیان شده این بوده است که مفاد تراضی، جز در مواردی که در قانون به صراحت منع شده است، حاکم بر روابط دو طرف آن باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴) اصل آزادی قراردادی در مرحله نخست بیان می‌دارد که اراده برای انشای عقد و ایجاد عقد، شروط و اوصاف و نوع تعهد آزاد هستند و مجرد تراضی آنان برای ایجاد التزام کافی است. (حائری، ۱۳۷۳، ص ۳۹)

به موجب این آزادی، افراد می‌توانند روابط قراردادی خود را بدان گونه که می‌خواهند تنظیم کنند و مکلف نیستند از قالب‌ها و نمونه‌هایی که قانون در اختیارشان گذاشته استفاده نمایند، یا آنکه افراد توافق‌های خود را به صورت شروطی در ضمن آن‌ها قرار دهند. (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۴۷).
از اصل آزادی قرارداد نتایجی می‌توان گرفت که عبارت‌اند از:

- اشخاص می‌توانند قرارداد را ذیل هر عنوانی که مایل باشند منعقد سازند و آثار آن را به دلخواه معین کنند.

- عقد با تراضی واقع می‌شود و تشریفات خاصی بر آن حاکم نیست.

- دو طرف عقد ملزم به رعایت آن بوده و تعهدات آن را باید اجرا کنند.

- عقد محدود به کسانی است که در تراضی دخالت داشته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ص ۱۴۶ و ۱۴۷).

اما اگر قراردادی شرایطی یکی از عقود معین را نداشته باشد، آیا می‌توان قرارداد را به عنوان قراردادی غیرمعین صحیح تلقی کرد؟ مثلاً چنانکه اشاره شد قرارداد خدمات انرژی مورد بررسی از مجموعه شرایط جعاله، شرط جائز بودن را دارا نیست. حال آیا می‌توان این قرارداد را به عنوان یک عقد غیرمعین صحیح دانست؟ این عقیده ناصحیح است که عقد معینی که فاقد یکی از شرایط اختصاصی باشد را مشمول ماده ۱۰ ق.م.بدانیم و آن را بر این اساس معتبر جلوه دهیم؛ زیرا از یک

طرف باید پذیرفت که ضمانت اجرای شرایط اختصاصی عقود معین مانند موجود بودن مبیع در بیع عین معین، یا مثلی بودن مال مورد قرض و... بطلان معامله فاقد یکی از این شرایط است و از طرف دیگر اگر قرار باشد، عقد فاقد یکی از شرایط اختصاصی را بتوان به استناد ماده ۱۰ ق.م.صحيح دانست، باید همه مقررات قانونی مربوط به این شرایط و تعاریف و احکام و آثار را زائد و صرفاً مقرراتی اختیاری تلقی نمود که چنین پنداری صحیح نیست. (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۱۸۵ و ۱۸۶)

باید توجه داشت که صرف عنوان و نام‌گذاری قانونی نمی‌تواند عقود را از یکدیگر متمایز سازد و آنچه سبب تمایز عقود از یکدیگر می‌شود حقیقت و ماهیت آن‌ها است که این ماهیت‌ها نیز به نوبه خود با لحاظ آثار حقوقی آن‌ها از یکدیگر متمایز می‌گردد. پس اگر طرفین عقدی را منعقد کنند که به لحاظ ماهیت و آثار، عقد معینی باشد، نام‌گذاری آن قرارداد به قرارداد خصوصی ماده ۱۰ ق.م. حقیقت آن را تغییر نمی‌دهد و بالعکس. (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۱۸۶)

با توجه به موارد پیش‌گفته پیش‌نویس قرارداد مورد بررسی را صرفاً در چارچوب قراردادهای غیر معین می‌توان طبقه‌بندی کرد. همچنین قرارداد تضمین صرفه‌جویی در همین قالب قابل طراحی است، اما چارچوب مفهومی قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی در قالب عقد جعله قابل تبیین است. حال باید ببینیم شرایط صحت این قرارداد چیست؟

ماده ۱۰ قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را تنها در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ و معتبر می‌شناسد، به قوانین امری نظری داشته و خواسته است از توافق اراده افراد برخلاف این گونه قوانین جلوگیری کند. (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۵۰)

با توجه به محتوای ماده ۱۹۰ ق.م که عنوان می‌دارد: «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است...». و نیز مواد مربوط دیگر، عام و از قوانین آمره است و به این ترتیب عقود غیر معین نیز ذیل این قانون آمره جای می‌گیرد. مشروعیت جهت و معلوم و معین بودن مورد معامله از شرایط اساسی است که عهده‌دار پاسداری از نظم اجتماعی و قضایی است و لزوم آن در عقود معین و نامعین دارای ملاک واحدی است. (شهیدی، ۱۳۸۲، صص ۱۲۴-۱۲۵) بر این اساس لازم است مشروعیت قرارداد

خدمات انرژی را بررسی کنیم. لذا صحت قرارداد مورد اشاره را در چارچوب قاعده منع غرر ارزیابی خواهیم کرد.

۵. آیا قرارداد خدمات انرژی غرری است؟

از جمله قواعدی که فقیهان در بررسی معاملات به ویژه معاملات جدید به آن توجه می‌کنند، قاعده فقهی «نفی غرر» است. مستند این قاعده، حدیث معروف نبوی است که در آن آمده است: «نَهَى الْإِنْبِيَّ عَنْ بَيْعِ الْغُرَّرِ». منظور از معامله غرری قرارداد و عقدی است که وضعیت آن، برای یک یا دو طرف عقد، زیان مالی به دنبال داشته و سبب ایجاد اختلاف و کشمکش بین آن‌ها خواهد شد. چنان که اشاره شد در بسیاری از قراردادهای عملکردی انرژی، تمامی ابعاد و شرح کار از ابتدا دقیقاً مشخص نبوده و شرکت خدمات انرژی با هدف کاهش هزینه‌های انرژی وارد مجموعه مشتری می‌شود. همچنین عوض قرارداد هم دقیقاً مشخص نمی‌شود و معادل سهمی از صرفه‌جویی پیش‌بینی شده خواهد بود. حال ممکن است این ابهام، شبهه غرری بودن قرارداد خدمات انرژی را ایجاد نماید. ممکن است مدت زمان قراردادهای خدمات انرژی بر این اساس تدوین شوند که سرمایه‌گذاری انجام شده توسط شرکت با نرخ مناسب و جذابی بازگشت داده شود و تغییر در قیمت حامل‌های انرژی، تغییر در مشخصه‌های عملکردی و بهره‌برداری سیستم، تغییر در شرح کار یا تحقق میزان صرفه‌جویی مغایر با برآورد انجام شده منجر به کم یا زیاد شدن مدت قرارداد گردد. در مورد تعریف عقد غرری نزد فقها شاهد تفاوت در نظرات هستیم. مثلاً ملا احمد نراقی در تعریف بیع غرری می‌نویسد: «بیع غرری معامله‌ای است که یکی از عوضین در معرض خطر یعنی در معرض نابودی و از دست رفتن و تباه شدن باشد». صاحب جواهر اعتقاد دارد «غرری که از آن نهی شده است، یعنی خطر ناشی از جهل به صفات و مقدار مبیع، نه مطلق خطر». (جواهر، ص ۳۸) اما شیخ انصاری می‌گوید: «کلیه فقها متفق‌اند که در معنای غرر، جهالت اخذ شده است، (و جهل قدر جامع بین تفاسیر وارده در معنای غرر است)، خواه جهل، به اصل وجود مبیع تعلق گرفته باشد، خواه به حصول آن در دست منتقل‌الیه و خواه به صفات مبیع از حیث کمیت و کیفیت» (انصاری، ص ۱۷۸).

اگرچه عمده مباحث فقهی در خصوص غرر به عقد بیع اختصاص یافته است، اما از مجموعه نوشته‌ها و استدلال‌ها می‌توان استنباط کرد که این قاعده صحت معاملات، به بیع اختصاص ندارد. طبق فقه امامیه و قانون مدنی ایران، غرر مخصوص عقد بیع نیست و در سایر عقود معاوضه‌ای مانند مضاربه، اجاره، سلم و نظایر آن نیز جاری است. ولی در عقود تبرعی مانند هبه و وصیت به دلیل آنکه هدف از آن‌ها احسان و مسامحه است نه معامله و مغایره و از آنجایی که غرر در آن‌ها به منازعه منجر نمی‌شود و اکل مال به باطل نیز نمی‌شود، حکم غرری جاری نیست. در عقودی مانند نکاح، کفالت و وکالت با توجه به طبیعت خاص آن‌ها و اینکه مقصود اصلی آن‌ها معاوضه‌ای نیست، غرر وجود ندارد (حسن پور، ۱۳۹۳).

به‌طور کلی سه مورد زیر به‌عنوان عواملی که موجب غرری شدن معامله می‌شود قابل استنباط است: اشتراط قدرت بر تحویل عوضین معامله؛ اشتراط علم بر مقدار و کیفیت عوضین؛ اشتراط علم بر امور مربوط به معامله چون زمان تحویل، زمان خیار و... در عین حال با وجود آن‌که اکثر مباحث در خصوص عقد بیع بیان شده است بسیاری از فقها معتقدند غرر اختصاص به بیع ندارد.

در حقوق ایران عقد غرری تعریف نشده است اما می‌توان آن را به این صورت تعریف کرد: «عقد یا معامله غرری، عقدی است که به جهتی از جهات، نتیجه و پایان آن برای طرفین معامله یا یکی از آن‌ها مجهول باشد و در نتیجه احتمال ضرر و زیان وجود داشته باشد؛ به عبارت دیگر، معامله غرری، قرارداد و عقدی است که وضعیت و شرایط انعقاد آن برای یک یا دو طرف قرارداد زیان مالی به دنبال داشته و سبب ایجاد اختلاف و کشمکش بین آن‌ها خواهد شد». طبق ماده ۳۴۸ قانون مدنی بیع چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است.^۱

طبق بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ... ۳) موضوع معین که مورد معامله باشد...». به نظر می‌رسد که کلمه معین در این ماده به معنی مشخص است که

۱. ماده ۳۴۸ - بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت و یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است مگر این که مشتری خود قادر بر تسلیم باشد.

هم شامل معین به معنی خاص، یعنی غیر مردد بین دو یا چند چیز و هم دربرگیرنده مفهوم معلوم، یعنی مشخص و نامبهم از لحاظ جنس و وصف و مقدار است. این قاعده علاوه بر بند فوق، مستنبط از مواد ۴۷۲ و ۶۹۴ قانون مدنی است. معامله‌ای که موضوع آن مبهم باشد در اصطلاح فقهای اسلام معامله‌ای غرری نامیده می‌شود. غرر در لغت به معنی جهل یا خطر است و معامله غرری معامله‌ای خطرناک است که عرف به آن دست نمی‌زند (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۲ و ۱۳۳).

طبق ماده ۳۴۲ ق.م. مورد معامله باید از سه جهت معلوم باشد، مقدار و جنس و وصف. آنچه به عنوان اصل، برای صحت معامله لازم است، علم تفصیلی نسبت به ماهیت و مقدار و وصف آن است. علم تفصیلی به مورد معامله یعنی علم کامل به امور سه‌گانه مذکور از هر جهتی که عرفاً در تحقق رضا به معامله مؤثر باشد... رضای مبتنی بر عوامل مبهم مذکور همان است که در فقه از آن به کلمه غرر یاد شده (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۹۲). از طرف دیگر ماده ۲۱۶ ق.م می‌گوید مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است. منظور از علم اجمالی، آگاهی محدودی است به درجه‌ای که امر معلوم را از امور دیگر در واقع متمایز و مشخص می‌کند بدون اینکه همه خصوصیات آن در حوزه آگاهی قرار گیرد (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۹۳).

حال این سؤال مطرح می‌شود که در چه مواردی علم اجمالی کافی است. ممکن است این تلقی وجود داشته باشد که صرفاً در مورد عقود معینی که قانون‌گذار تصریح کرده باشد (مانند عقد جعاله)، علم اجمالی کفایت می‌کند. از طرفی برخی از حقوقدانان معتقدند که در عقود مبتنی بر تسامح و ارفاق علم اجمالی کفایت می‌کند (شهیدی، ۱۳۹۳، ص ۹۳) (کاتوزیان، ۱۳۷۱). اما به نظر برخی دیگر از حقوقدانان ضابطه تشخیص ضرورت علم تفصیلی یا اجمالی در معاملات، ضابطه عرفی است. طرفداران این نظر می‌گویند:

اولاً، دلیلی وجود ندارد که موارد علم اجمالی به موارد منصوص در قانون محدود شود. این نظر، نه تنها با فقه اسلامی مناسبتی ندارد، بلکه با عرف امروز و مصلحت اجتماعی که تسهیل در معاملات را ایجاب می‌کند، منافات دارد.

ثانیاً، ضابطه قراردادهای مبتنی بر تسامح، کفایتی در رفع نیازهای جامعه امروز ندارد و از سویی همه موارد تصریح شده در قانون را نمی‌شود با این معیار توجیه کرد. مثلاً بنا به مستفاد از ماده ۵۳۳ ق.م. در عملیات مورد مضاربه، علم تفصیلی و ذکر تجارت خاص لازم نیست و علم اجمالی کافی است. حال آنکه مضاربه را نمی‌توان یک قرارداد مسامحه‌ای به شمار آورد.

ثالثاً، ضابطه عرفی با فقه اسلامی هم سازگار است، چراکه مبنای فقهی بطلان معامله مجهول، قاعده غرر است که معیار آن عرف می‌باشد. یعنی هر جا که به علت جهل به یکی از ارکان عقد، معامله عرفاً خطرناک یا مجهول بنا بر نظری محسوب شود، به گونه‌ای که عرف از آن اجتناب کند، بر طبق قاعده غرر، فقها آن را باطل می‌دانند. در اینجا مانند بسیاری از موارد دیگر معیار تشخیص، عرف است. (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۴ و ۱۳۵)

با فرض این که قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی، تحت عنوان عقد معین جعاله مبادله شود در این بخش بررسی نمی‌گردد. در خصوص چارچوب قراردادی وزارت نفت، ملاحظه شد که قرارداد مذکور از سوی طرفین لازم بوده، شرح کار یا به عبارت دیگر معوض قرارداد به صورت اجمالی توسط کارفرما و شرکت تعیین می‌شود و در ادامه با بررسی طرفین مورد توافق قرار می‌گیرد و پس از طراحی پایه و تفصیلی دقیقاً مشخص می‌شود. در صورت نیاز به تغییرات احتمالی موارد توسط دو طرف مورد تجدیدنظر قرار می‌گیرد و در سقف مجاز که حداکثر معادل ۲۵ درصد از مبلغ قرارداد اعلام شده است مورد توافق قرار می‌گیرد. تا این بخش از کار شباهت بسیار زیادی به قرارداد EPC دارد. در این قرارداد تأمین مالی هم بر عهده شرکت است و هزینه تأمین مالی از کارفرما اخذ می‌شود، بنابراین این قرارداد از نوع EPC¹ خواهد بود. به این ترتیب معوض قرارداد ولو به صورت اجمالی معین می‌شود که در سایر قراردادهای پذیرفته شده نیز کار به همین ترتیب انجام می‌گردد.

همچنین در کنار همه مشخصات و شرایط فنی که در قرارداد تعیین می‌شود یک شرط صفت مبنی بر تحقق مقادیر مشخصی از صرفه‌جویی ناشی از اجرای پروژه نیز تعهد می‌شود، بنابراین علاوه

1. Engineering, procurement, Construction, Finance

بر معوض قرارداد، شرط صفت هم به صورت کمی و با اعلام بازه مجاز رواداری معین می‌گردد. با توجه به این که عدم تحقق صرفه‌جویی منظور طرفین از قرارداد را برآورده نمی‌کند به عنوان وصف اصلی مورد توافق قرار می‌گیرد. همچنین از آنجا که عوض متناسب با صرفه‌جویی تعیین می‌شود امکان تجدیدنظر در مبلغ قرارداد وجود خواهد داشت. تفاوت معامله‌ای که مقدار و کمیت مورد آن صرفاً وصف مورد معامله را تشکیل دهد نسبت به معامله‌ای که اجزای مورد آن در برابر اجزای ثمن قرار گیرد، این است که در گونه نخست مثلاً اگر کمیت مورد معامله کمتر از مقدار مقرر در عقد باشد، خریدار حق فسخ معامله را به علت فقدان وصف کمی مقرر خواهد داشت. در صورتی که در گونه دوم خریدار می‌تواند عقد را به علت فقدان صفت مزبور فسخ کند یا این که عقد را نگه‌داشته و آن قسمت از ثمن را که در برابر میزان کمبود مبیع قرار گرفته استرداد کند. (شهیدی، ۱۳۹۳)

عوض قرارداد نیز به صورت تفصیلی و در قالب فهرست هزینه‌ها، تحت عنوان کلی مبلغ قرارداد مشخص می‌گردد. البته با توجه به تغییرات احتمالی در شرح کار یا تحقق صرفه‌جویی کمتر از مقدار مجاز پیش‌بینی شده تغییر در مبلغ قرارداد پیش‌بینی شده است که حاصل آن مبلغ نهایی قرارداد نامیده می‌شود. با عنایت به موارد فوق مشاهده می‌شود که:

اولاً، عوض قرارداد دقیقاً مشخص شده و تغییرات در سقف ۲۵ درصد که در قراردادهای بزرگ و مرکب کاملاً متعارف است مورد پذیرش قرار گرفته است؛ بنابراین هم از حیث مقدار تغییر و هم از نظر روش تعیین تغییرات احتمالی، علم اجمالی نسبت به عوض وجود دارد.

ثانیاً، روش کاهش احتمالی ناشی از عدم تحقق صرفه‌جویی نیز دقیقاً در پیوست‌های ۸ و ۱۲ تعیین می‌شود. بنابراین اگرچه نسبت به مبلغ کاهش عوض، آگاهی وجود ندارد، اما روش تعیین آن، به طور دقیق مورد توافق قرار می‌گیرد.

۶. نتیجه‌گیری

عنوان قرارداد خدمات انرژی به طیفی از انواع قراردادهای مبتنی بر عملکرد ارتقای کارایی انرژی اطلاق می‌شود که باهدف بهینه‌سازی مصرف انرژی در تأسیسات و تجهیزات بین کارفرما و

شرکت خدمات انرژی منعقد می‌شود. در حالی که قراردادهای خطرناپذیر تا حد زیادی شناخته شده است؛ آگاهی کمی از ماهیت و کارکرد قراردادهای خطرپذیر که در دو نوع عمده مشارکت در صرفه‌جویی و تضمین صرفه‌جویی طبقه‌بندی می‌شود وجود دارد. با ملاحظه اسناد قرارداد همسان شماره ۵۳ وزارت نفت ملاحظه شد که ماهیت این قرارداد مشابه هیچ یک از دو نوع چارچوب فوق نیست و عناصری از هر دو قرارداد را دارا است.

همچنین ملاحظه شد که این قرارداد با عقود بیع، اجاره به شرط تملیک، جعاله و شرکت سازگار نیست و باید در زمره قراردادهای صحیح ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی قرار گیرد. در ادامه صحت قرارداد شماره ۵۳ در چارچوب قاعده منع غرر بررسی گردید که با توجه به ضابطه وجود علم اجمالی نسبت به مورد معامله صحت این قرارداد نشان داده می‌شود. همچنین مشخص شد که می‌توان به طرز رضایت بخشی چارچوب قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی را در قالب عقد جعاله تبیین کرد، اما چارچوب قرارداد تضمین صرفه‌جویی نیز در قالب عقود معین بررسی شده، نمی‌گنجد.

با توجه به مطالب بیان شده می‌توان گفت که اگرچه پیش‌نویس قرارداد منتشر شده توسط وزارت نفت از منظر حقوق ایران صحیح است، اما با قالب‌های متعارف و شناخته شده در دنیا، متفاوت است. بررسی اجمالی این مقاله نیز نشان داد که ریسک و پاداش در مدل قراردادی تدوین شده به طور متناسب تقسیم نشده که بررسی تفصیلی این موضوع می‌تواند در مقاله مستقل دیگری انجام شود. همچنین با توجه به تطابق مدل قرارداد مشارکت در صرفه‌جویی با عقد جعاله، می‌توان توصیه کرد که این قرارداد در قالب همان عقد معین منعقد شود.

در نهایت با توجه به تأمین منافع این نوع قرارداد برای طرفین (شرکت خدمات انرژی و کارفرما) و همچنین نقش مثبت آن در بهبود شاخص‌های اقتصاد ملی و ملاحظه شرایط صحت عقود در حقوق ایران، می‌توان تلاش برای توسعه هرچه بیشتر آن‌ها را توصیه نمود.

منابع

- اسلامی پناه، علی و رضا عباسیان (۱۳۸۸). "ماهیت حقوقی اجاره به شرط تملیک". فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۳، ۲۳-۴۳.
- اصلانی، حمیدرضا و فاطمه علوی (۱۳۹۳). "درآمدی بر حقوق حاکم در قراردادهای خدمات انرژی". مطالعات اقتصاد انرژی، صص ۱۸۳-۲۱۷.
- انجمن صنفی کارفرمایی خدمات انرژی (۱۳۹۱). ساز و کارهای قانونی، اجرایی و فنی جهت توسعه فعالیت شرکت‌های خدمات انرژی در کشور.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۳۸۵). *المکاسب*، قم: دارالفکر.
- ایران، س.م. (۱۳۸۰). "موافقتنامه، شرایط عمومی و خصوصی پیمان‌های مهندسی، تأمین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب بصورت توام EPC"، تهران: سازمان مدیریت و برنامه ریزی ج.ا. ایران.
- جعفری لنگرودی، م.ج. (۱۳۷۹). "مجموعه محشای قانونی مدنی". انتشارات گنج دانش.
- صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۳۹۵). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تهران: خرسندی.
- حائری، م. (۱۳۷۳). "مبانی فقهی اصل آزادی قراردادها و تحلیلی از ماده ۱۰ قانون مدنی". تهران: انتشارات کیهان.
- حسن پور، ر. (۱۳۹۳). بررسی فقهی حقوقی غرر در معاملات غیر بیع.
- درخشان، م. (۱۳۸۵). "اصطلاحات انرژی". *ترازنامه انرژی*. وزارت نیرو.
- شرکت بهینه‌سازی مصرف سوخت (بی‌تا). بازیابی در ۲۰۱۵ april برگرفته از: <http://ifco.ir/hamayesh.asp>
- شهیدی، م. (۱۳۹۳). *حقوق مدنی ۳ (تعهدات)*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- شهیدثانی. (۱۳۸۲). *الروضه البهیة*، ج ۲، قم: دارالتقریر قم.
- شهیدی، م. (۱۳۹۳). *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- صفایی، ح. (۱۳۹۲). *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

- عرب، ق.؛ جعفری، ح. و ا. دودایی نژاد (۱۳۹۳). "تدوین راهبردهای توسعه شرکت‌های خدمات انرژی (اسکو) در کشور". دهمین همایش بین‌المللی انرژی، تهران: کمیته ملی انرژی ایران.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۷۱). قواعد عمومی قراردادها، ج ۲. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۷۳). عقود معین، جلد ۲. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۷۴). دوره عقود معین، جلد اول. تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۶). اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۶). حقوق مدنی، جلد دوم. تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاشانی، س. م. (۱۳۶۵). شرکت مدنی، مجله تحقیقات حقوقی.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۷۲). قواعد عمومی قراردادها، تهران: مدرس.
- گلابچی، د. م. و فرجی، ا. (۱۳۹۰). مدیریت پروژه‌های صنعتی، تهران: دانشگاه تهران.
- لنگرودی، م. ج. (۱۳۵۷). دائره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: چاپخانه مشعل آزادی.
- مهذب ترابی، س.؛ دودایی نژاد، ا. و م. وثوقی فرد (۱۳۸۸). "بررسی نقش و الزامات فعالیت شرکت‌های خدمات انرژی در کشور". هشتمین همایش بین‌المللی انرژی.
- سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور (۱۳۸۵). نظام فنی و اجرایی کشور.
- وزارت نفت (۱۳۹۳). قرارداد بهبود کارایی انرژی/آب منتشر شده در وزارت نفت. تهران: وزارت نفت.

- Bertoldi, P.** (2005). "Latest Development of Energy Service Companies across Europe", *Institute for Environment and Sustainability*.
- Coppens, R.** (2013). *Energy Performance Contracting A Risk Management Decision Model for The Promotion of Energy Efficiency*, Eindhoven University of Technology.
- Dreessen, T.** (2003). *Advantages and Disadvantages of The Two Dominant ESCO Models; Shared Savings and Guaranteed Saving*, Proceedings of the First Pan-European.
- EVO.** (2009). *The International Performance Measurement and Verification Protocol*. Efficiency Valuation Organization.
- Knox, B.** (2000). *How to Hire an Energy Services Company*. California Energy Commission.
- Ürge-Vorsatz, D.** (2007). *An Assessment of on Energy Service Companies (ESCOs) Worldwide*, World Energy Council.