

التعويض عن الكسب الفائت في ضوء النظام السعودي مقارناً بالقانون الدولي للاستثمار

Compensation of Lost Opportunity in Light of the Saudi Legal System, Compared to international Investment Law

[10.35781/1637-000-162-002](https://doi.org/10.35781/1637-000-162-002)

د. هامل بن جريف السلمي*

*أستاذ القانون الدولي المساعد - قسم القانون

كلية الشريعة والقانون - جامعة تبوك - المملكة العربية السعودية

<https://orcid.org/0000-0002-2012-2641>

الملخص

تشريعياً استباقياً حول التعويض عن الكسب الفائت من فكرة قانونية فضفاضة إلى التزام تعاقدى محدد المعايير، منتقلاً من الضمان التفاعلي إلى الحوكمة الوقائية التي تسد ذرائع التقدير الجزافي. وأوصى البحث بضرورة اعتماد معيار "تحقق سبب الكسب" حلاً تشريعياً مقترحاً في إطار إصلاح قانون الاستثمار الدولي، وتحسين البنود التعاقدية المتفق عليها بشأن التعويض ضد تعارضهما، وصياغة شرط مانع للانتقائية (Forum Shopping) في حل نزاعات عقود الاستثمار، وتعميم حوكمة نظام التخصيص على سائر العقود الاستثمارية لحماية المالية العامة من الأحكام الفالجة.

الكلمات المفتاحية: التعويض عن الكسب الفائت، النظام السعودي، القانون الدولي للاستثمار، قواعد مسؤولية الدولة الدولية (ARSIWA)، التحكيم في منازعات الاستثمار، الأحكام الفالجة.

ينطلق هذا البحث من إشكالية التباين الجوهرى بين معيار "التعويض العادل" في النظام السعودي ومعيار "التعويض الكامل" في القانون الدولي، وما يثيره تقدير الكسب الفائت في التحكيم في منازعات الاستثمار من طابع ظني يفضي إلى أحكام تحكيمية مرهقة قد تُثقل كاهل الدول. وقد اعتمد البحث المنهج التحليلي المقارن لنصوص نظام المعاملات المدنية ونظام الاستثمار ونظام التخصيص السعودي، مقابل مواد مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (ARSIWA) واجتهادات هيئات التحكيم الدولية. وخلص البحث إلى نتيجة محورية مفادها أن التعويض العادل في النظام السعودي هو تعويض كامل، في حين أن التعويض الكامل وفق قواعد (ARSIWA) ليس بالضرورة عادلاً؛ لتسامحه مع الغرر الفاحش عبر توقعات احتمالية تحسب وفق نموذج خصم التدفقات النقدية، بينما ينضبط التعويض في الفقه الإسلامي بضابط "تحقق سبب الكسب" مانعاً التعويض عن مجرد الأوهام والأمال. وأظهر البحث فرادة نظام التخصيص السعودي بصفته نموذجاً

Compensation of Lost Opportunity in Light of the Saudi Legal System, Compared to international Investment Law

D. Hamel Joreef Alsulamy*

*Assistant Professor of Public International Law Public International Law-
At Faculty of Shari'ah and Law
<https://orcid.org/0000-0002-2012-2641>

Abstract

This research focuses on the fundamental problem of the sharp divergence between the “fair compensation” standard under Saudi law and the “full compensation” standard under international law, and the speculative nature inherent in the assessment of lost profits in investment dispute settlement (arbitration), which gives rise to exorbitant arbitral awards that may overburden States. The study adopts a comparative analytical methodology, examining the texts of the Saudi Civil Transactions Law, the Investment Law, and the Privatization Law alongside the International Law Commission’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) as well as International Arbitral Tribunal Awards. The research arrives at a pivotal conclusion: that fair compensation under the Saudi legal system is inherently full compensation, whereas full compensation under the ARSIWA framework is not necessarily fair; the latter’s tolerance of gross uncertainty (*gharar*) through probabilistic projections calculated under the discounted cash flow model, standing in contrast to the Islamic jurisprudential criterion of “realization of the cause of gain,” which confines compensation to what is certain and precludes reparation for mere

conjectures and hopes. The study further reveals the distinctiveness of the Saudi Privatization Law as a proactive legislative model that transforms compensation for lost profits from an amorphous legal notion into a contractually defined obligation with specific parameters, thereby effecting a shift from reactive liability to preventive governance that forecloses avenues for arbitrary estimation. The research recommends the adoption of the “realization of the cause of gain” criterion as a proposed legislative solution within the framework of international investment law reform; the fortification of agreed-upon contractual provisions on compensation against the risk of their being set aside on grounds of conflict; the drafting of an anti-forum shopping clause for the resolution of investment contract disputes; and the extension of the governance mechanisms of the Privatization Law to all investment contracts in order to shield public finances from crippling awards.

Keywords: Compensation for Lost Profits, Saudi Legal System, International Investment Law, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA), Investor-State Arbitration (ISDS), Crippling Awards.

تمهيد

يعد التعويض عن الكسب الفائت في منازعات الاستثمار الأجنبي من أدق المسائل القانونية التي تتقاطع فيها الأنظمة الوطنية مع مبادئ القانون الدولي متى ما كان المدعي به مستثمراً أجنبياً محمياً بموجب اتفاقية استثمار المملكة طرفاً فيها. وتبرز أهمية هذا الموضوع في ظل سعي الدول لجذب الاستثمارات وضمن حقوق المستثمرين عبر آليات جبر الضرر، والتي تتجاوز مجرد التعويض عن الخسارة الفعلية لتشمل الأرباح التي كان من المؤمل تحقيقها، مما يثير إشكاليات قانونية حول معايير التقدير، ومدى يقين هذه الأرباح، وتأثير ذلك على السيادة المالية للدول المضيفة.

الدراسات السابقة

1. التعويض في القانون الدولي العام للباحثة د. باية فتيحة

تناول هذا المقال المنشور في مجلة القانون والتنمية المحلية (المجلد 1، العدد 2) في يونيو 2019، موضوع التعويض كأثر قانوني للمسؤولية الدولية المترتبة على الفعل غير المشروع. وقد ركزت الباحثة على التأصيل النظري لأشكال التعويض، مفرقةً بين التعويض العيني (إعادة الحال إلى ما كان عليه) والتعويض المالي (النقدي)، مع دراسة هذا الموضوع من الجانب النظري العام المتعلق بأسس تقدير التعويض المالي، حيث أشارت الباحثة إلى أن التعويض يجب أن يشمل "مافات الضرر من كسب" وفقاً للمادة 36 من مشروع لجنة القانون الدولي لسنة 2001. فيما يخص تطبيقات التعويض في قضايا حقوق الإنسان والأضرار البيئية، بينما أغفل التفصيل الجانب المتعلق بتعويض المستثمرين الأجانب، وآليات تقدير الكسب الفائت التي يؤسس عليها مطالباتهم بالتعويض، والتي تثير إشكالات معقدة في قضايا التحكيم الدولي، كما أنه لم يتطرق إطلاقاً إلى النظام السعودي أو خصوصية منازعات الاستثمار.

2. التأصيل الفقهي لقواعد المسؤولية الدولية عن أضرار البيئة للمؤلف د. جمال بارافي.

استعرض هذا البحث المنشور في عام 2021، الأبعاد التاريخية والأسس النظرية التي يقوم عليها نظام المسؤولية الدولية والتعويض، مع إجراء مقارنة تأصيلية معمقة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الدولي المعاصر. وقد أبدع الكاتب في إبراز القواعد الفقهية الكبرى مثل "لا ضرر ولا ضرار" و"الغرم بالغنم" كأساس لوجوب الضمان وجبر الضرر، موضعاً كيف تتقاطع هذه المبادئ مع النظريات القانونية الحديثة في تقدير التعويض النقدي عند استحالة الرد العيني. ومع ذلك، فقد ركزت هذه الدراسة بشكل حصري على "الأضرار البيئية" وتلوث الموارد الطبيعية، مبينةً معايير تقدير تتناسب مع جسامه الانتهاكات البيئية، في حين أغفلت تماماً جانب التعويض في التحكيم المتعلق بمنازعات الاستثمار وعلى وجه الخصوص التعويض عن الكسب الفائت، والذي يمثل جوهر النزاعات في عقود

الاستثمار الدولية. ولم تتناول الدراسة آليات الموازنة بين هذه القواعد الشرعية وبين الأنظمة السعودية الحديثة المتخصصة في الاستثمار، مما يترك فجوة واسعة سيقوم البحث الحالي بسدها من خلال التركيز على المنازعات الاستثمارية والبيئة التنظيمية السعودية.

3. التعويض في إطار القانون الدولي العام للكاتبه رجاء أسماء عامر.

تناول هذا البحث المنشور في مجلة الجامعة العراقية (المجلد 53، العدد 2) في كانون الثاني 2022، مفهوم التعويض كأثر قانوني يترتب على عائق الشخص الدولي نتيجة قيام مسؤوليته الدولية. وقد ركزت الباحثة على أشكال التعويض، مفرقةً بين الرد العيني والتعويض المالي والترضية، مع الإشارة إلى أن التعويض المالي يجب أن يغطي الكسب الفائت. يؤسس هذا البحث الجانب النظري العام المتعلق بمبدأ شمولية التعويض المالي للخسارة اللاحقة والكسب الفائت وفقاً للجنة القانون الدولي. ومع ذلك، فقد انحصر نطاقه بشكل أساسي على تطبيقات التعويض في قضايا حقوق الإنسان، بينما ترك التفاصيل في مسألة تعويض المستثمرين الأجانب عن الكسب الفائت، وكذلك في آليات تقديره التي تُعد أساساً لمطالباتهم بالتعويض، وهي آليات تشير إشكالات مركبة في منازعات التحكيم الدولي، فضلاً عن إغفاله التام للنظام السعودي وخصوصية منازعات الاستثمار فيه.

4. التعويض عن الأضرار في الفقه الإسلامي والقانون الدولي العام للمؤلف طلال جاسم حمادي.

تبنى هذا البحث المنشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية بجامعة كركوك (المجلد 10، العدد 37) في مايو 2021، منهجاً مقارناً لتحليل أركان المسؤولية والتعويض، محاولاً إيجاد أوجه الشبه والفروق بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي في معالجة الضرر المادي والمعنوي. وقد نجح الكاتب في تأصيل مشروعية المطالبة بالتعويض عن "الخسارة اللاحقة" و"الكسب الفائت" من منظور شرعي وقانوني، معتبراً أن جبر الضرر هو مبدأ كوني لا يختلف باختلاف النظم القانونية. إلا أن الدراسة غلبت عليها الصبغة الجنائية والمدنية التقليدية، حيث ركزت على الأضرار التي تصيب الأشخاص الطبيعيين والدول في سياق النزاعات العامة، ولم يشمل نطاقها المنازعات "الاستثمار الأجنبي" وما تتطلبه من معايير تقدير خاصة مثل تدفقات النقدية المخصومة. فضلاً عن ذلك، لم يتطرق البحث إلى معالجة تفصيلية لجانب تعويض المستثمرين الأجانب، ولا لوسائل قياس الكسب الفائت التي تستند إليها دعاوهم بالتعويض مثل خصم التدفقات النقدية، رغم ما تشهده تلك الوسائل من إشكاليات معقدة في قضايا التحكيم الدولي، كما خلا تماماً من أي إشارة إلى النظام القانوني السعودي أو إلى الخصوصية التي تتسم بها منازعات الاستثمار في هذا السياق.

5. تعويض تفويت الفرصة للحقوقي د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل.

يعد هذا البحث المنشور في مجلة الحقوق بجامعة الكويت (المجلد 10، العدد 3) عام 1986، مرجعاً أساسياً في فلسفة التعويض، حيث تناول بعمق فكرة "تفويت الفرصة" كضرر حالاً ومؤكداً يستوجب الجبر، مفرقاً بينها وبين الضرر الاحتمالي المحض والتعويض عن تفويت الفرصة. وقد أصل المؤلف لمشروعية التعويض عن الأرباح التي حُرِم منها الشخص نتيجة خطأ الغير، مستشهداً بأحكام القضاء الفرنسي والمصري والكويتي. ومع القيمة العلمية الكبيرة لهذا البحث، إلا أنه يظل محبوباً في إطار "القانون المدني" والمسؤولية التقصيرية الفردية، ولا يعكس التطورات الحديثة في "قانون الاستثمار الدولي" الذي يتعامل مع الكسب الفائت بمعايير تختلف عن القواعد المدنية التقليدية. كما أن الفارق الزمني الكبير بين تاريخ النشر وبين واقع الاستثمار المعاصر في المملكة العربية السعودية يجعل الدراسة قاصرة عن مواكبة الأنظمة السعودية الحديثة واتفاقيات حماية الاستثمار الثنائية، وهو الجانب الذي يتصدى له بحثك الحالي عبر دمج مفهوم تفويت الفرصة في سياق منازعات الاستثمار الأجنبي بالمملكة.

6. التعويض عن الربح الفائت في النظام الإداري السعودي من اعداد الباحث د. عبد الفتاح الشرقاوي.

تناولت الدراسة المنشورة في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا (المجلد 31، العدد 1) لعام 2016 موضوع التعويض عن الكسب الفائت في إطار المسؤولية الإدارية وتطبيقاته القضائية. ركّز صاحبها على التأصيل النظامي لهذا الموضوع محلاً موقفاً ديوان المظالم السعودي عبر أحكام قضائية أقرت التعويض عن الأرباح الضائعة. ومع أنها تؤسس للجوانب التطبيقية القضائية للمطالبة بالتعويض عن الكسب الفائت داخل النظام السعودي، إلا أنها ركّزت أساساً على العلاقة التعاقدية الداخلية بين الجهة الإدارية والمقاول المحلي، بينما أغفلت التفصيل في جانب تعويض المستثمرين الأجانب وآليات تقدير الكسب الفائت التي تستند إليها مطالباتهم بالتعويض في ضوء أحكام القانون الدولي. ولم يشمل نطاق الدراسة أحكام المسؤولية التقصيرية في نظام المعاملات؛ لأن آن ذلك كان طي الدراسة.

7. التعويض عن الربح الفائت في غير الديون: دراسة تأصيلية تطبيقية، من إعداد الباحث د. عبد الحميد بن عبد الله بن ناصر المجلي.

تناول هذا البحث المنشور في مجلة قضاء التابعة للجمعية العلمية القضائية السعودية (العدد 148) في يونيو 2019، إشكالية التعويض عن الربح الفائت في المعاملات المالية خارج نطاق الديون. ناقش فيها الباحث أقوال الفقهاء في مسألة التعويض عن فوات المنفعة بعد عزو كل قول إلى مصدره الأصلي ومناقشة أدلته معتبراً أن هذا الخلاف هو سبب تباينهم آراءهم حول حكم التعويض عن المنافع. وشملت الدراسة الجانب التطبيقي من خلال استقراء أحكام ديوان المظالم والقضاء العام السعودي، مفرقاً بين

الربح المحقق والربح الاحتمالي. ومع أنه يؤسس فهماً دقيقاً للمعايير التي يعتمد عليها القضاء السعودي في قبول دعاوى التعويض عن الأرباح الفائتة وتوافقها مع الشريعة الإسلامية إلا أن نطاقه أنه حصر دراسته بشكل أساسي في المنازعات المدنية والإدارية المحلية، بينما أغفل الجانب المتعلق بتعويض المستثمرين الأجانب، وكذلك آليات احتساب الكسب الفائت الذي تُبنى عليه مطالباتهم، مع أن تلك الآليات تشير إشكالات معقدة في التحكيم الدولي، كما أن النص لم يتعرض -إطلاقاً- للنظام السعودي أو لما تتسم به منازعات الاستثمار من خصوصية.

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في احتمال وجود تباين جوهري بين المعايير الوطنية والدولية في تحديد نطاق التعويض الجابر للضرر في مشروعات الاستثمار؛ حيث يتبنى النظام السعودي معيار "التعويض العادل"، بينما يميل القانون الدولي والاجتهاد الخاص بالقضاء الدولي مثل محكمة العدل الدولية وهيئات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي إلى معيار "التعويض الكامل" الذي يشمل الربح الفائت بلا قيود صريحة في بعض الحالات.

وتبرز المشكلة في "الطابع الظني" لتقديرات الربح الفائت، خاصة في المشروعات الحديثة التي تفتقر لسجل تشغيلي، مما يجعل لجوء هيئات التحكيم لأساليب تقييم معقدة مثل "خضم التدفقات النقدية" محلاً للانتقاد، لكونه قد يؤدي إلى تعويضات مبالغ فيها تتجاوز قيمة الاستثمار الأصلية مثقلة كاهل ميزانيات الدول.

لذلك يبتغي البحث الإجابة على سؤال عام ومجموعة من الأسئلة الفرعية:

السؤال العام: ما هي الأحكام القانونية والمعايير المتبعة للتعويض عن الربح الفائت للمستثمر الأجنبي في ضوء الأنظمة السعودية وقواعد القانون الدولي؟

الأسئلة الفرعية:

ما الأساس الذي يحكم العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي في تحديد نطاق التعويض عن الكسب الفائت أمام هيئات التحكيم، وكيف ينعكس تغليب المعيار الدولي على احتمالية صدور ما يُعرف بـ "الأحكام الفالجة"؟

إلى أي مدى تعكس الممارسات التحكيمية في اعتماد أسلوب "خضم التدفقات النقدية" طابعاً تخمينياً يتجاوز اليقين المطلوب في جبر الضرر، وما الانتقادات المنهجية التي يوجهها الفقه الإسلامي والنظام السعودي لهذه الآليات الاحتمالية الموسعة؟

ما الأسس التي أقام عليها المنظم السعودي نموذج الحوكمة الاستباقية في نظام التخصيص لتقييد التعويض عن الكسب الفائت، وكيف يمكن الاستفادة من معيار "تحقق سبب الكسب" في إصلاح قواعد التعويض الدولية لردع التقديرات الجزافية؟

منهج البحث

اعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن؛ وذلك من خلال تحليل النصوص النظامية في المملكة العربية السعودية (مثل نظام المعاملات المدنية ونظام الاستثمار) ومقارنتها بمواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول (ARSIWA) واعتمد البحث على استعراض وتحليل السوابق القضائية والتحكيمية الدولية (مثل قضية مصنع خورزوف وقضايا الأكسيد) لاستنباط المعايير التطبيقية لتقدير التعويضات.

أهداف البحث

للبحث هدف رئيسي وأهداف فرعية:

الهدف الرئيسي: تحليل النظام القانوني للتعويض عن الكسب الفائت في منازعات الاستثمار الأجنبي تأصيلاً ونقداً وتقويماً، من خلال مقارنة معايير تقديره وشروط استحقاقه في الفقه الإسلامي والنظام السعودي من جهة، وفي ممارسات هيئات التحكيم الدولية المستندة إلى القانون الدولي من جهة أخرى.

الأهداف الفرعية:

أولاً: تحليل الأسس التي تضبط أعمال القانون الوطني والقانون الدولي عند تكييف الفعل غير المشروع وتحديد نطاق التعويض عنه، ولا سيما في المنازعات الناشئة عن المعاهدات الدولية، مع بيان موقف هيئات التحكيم من إشكالية التعارض بين أحكامهما.

ثانياً: استقراء ممارسات هيئات التحكيم الدولية في تقدير التعويض عن الكسب الفائت، لتحديد الشروط التي أوجبتها لاعتماد أسلوب خصم التدفقات النقدية والحالات التي ردت فيها، مما يكشف عن الضوابط المنهجية المتبعة في هذا الشأن.

ثالثاً: رصد الانتقادات القانونية والسياسية الموجهة للتوسع في منح تعويضات عن الأرباح المستقبلية، وتحليل أثرها في إضعاف السيادة المالية للدول المضيفة وإحداث "التثبيط التظليمي"، في ضوء ما أفرزته ممارسات التحكيم الدولي من "أحكام فالجة"، وتقويم موقف الفقه الإسلامي والنظام السعودي بالمقارنة مع المعايير الدولية.

رابعاً: تبين موقف المنظم السعودي في حوكمة مثل هذه التعويضات في الأنظمة التخصصية مثل نظام التخصيص.

حدود البحث

انحصر نطاق هذا البحث في مسألة التعويض عن الكسب الفائت بوصفه عنصراً من عناصر الضرر الموجب للجبر، دون أن يمتد إلى تحرير القول في سائر أركان المسؤولية المدنية أو الدولية؛ إذ انطلق البحث من افتراض مسبقٍ مناطه أن ركني الخطأ والعلاقة السببية قد تحققا فعلاً، وأن الفعل الضار قد استقام نسبه إلى المسؤول، فلم يكن ثمة موجب للخوض في تقرير هذين الركنين أو تحليل شروط قيامهما.

وقد اقتضت طبيعة الموضوع هذا الحصر المنهجي، إذ إن الإشكال الجوهرى الذي يعالجه البحث لا يتعلق بأصل انعقاد المسؤولية، بل بمدى قابلية الكسب الفائت للتعويض وشروط استحقاقه وآلية تقديره، وهو ما استغرق البحث في مقارنة موقف الفقه الإسلامى والنظام السعودى من جهة، والقانون الدولى واجتهادات هيئات التحكيم من جهة أخرى، دون أن يتشبت بالضرورة في مباحث الخطأ وأنواعه، أو في إثبات السببية ونفيها، على اعتبار أن هذه المباحث - على أهميتها - خارجة عن لباب الإشكالية المطروحة، فكان صرفُ إليهما مما يثقل البحث ويُخرجه عن نطاقه المحدد.

محددات البحث

يُعد عدم نشر الأعمال التحضيرية لمشروعات الأنظمة - كالمذكرات الإيضاحية ومحاضر مداولات اللجان المختصة - من أبرز العوائق المعرفية التي اعترضت سبيل هذا البحث؛ إذ تحجب هذه الأعمال المقصد التشريعي الذي انطوت عليه نصوصٌ بحيث يصبح معناها عسيرَ التبين في بعض المواضع، ولا سيما النصوص المتعلقة بالتعويض عن الكسب الفائت حيث يغيب التحديد الصريح لمراد المنظم من عبارات مجملة كـ "التعويض العادل". وقد توقى البحث أثر هذا الحاجز المنهجي بعدم الركون إلى ظواهر النصوص وحدها، بل سلك سبيل الاستقراء المنهجي للنصوص النظامية ذات العلاقة في ضوء أصول الفقه الإسلامى وأحكام القضاء الإدارى السعودى، مستنداً إلى قاعدة أن النص يُفسر في ضوء منظومته التشريعية الكلية، لا بمعزل عنها، مما أتاح تقريب معنى النص من غير تكلف في التأويل.

ولا يخفى أن نقل المصطلح ومفاهيم القانونى الدولى من أصله الأعجمى إلى العربية ينطوي على آفة منهجية، هي أن الترجمة - مهما بلغت من الدقة - تفقد بعضاً من مدلولات اللفظ الأصلية وما يُحيط به من سياق، خصوصاً في مصطلحات مركبة كـ (Lucrum Cessans) و (Lost Opportunity) التي تبني عليها أحكام التعويض عن الربح الفائت. وقد دفع البحث هذا الخلل اللفظى باتباع سبيل التحرر في الترجمة: فكان يُثبت المصطلح بلفظه الأعجمى عند أول ورود له، ثم يُتبعه بأكثر من مقابل

عربي، ويعضد الفهم بالرجوع إلى كتب الفقه القانوني الدولي وشروح لجنة القانون الدولي، لا مجرد القواميس اللغوية، حرصاً على تقرير المعنى الاصطلاحي لا المعجمي وحده، مما خَفَّ غُلُو هذا القصور الاضطراري.

أخيراً، إن من أظهر ما كابده هذا البحثُ قلة الدراسات القانونية المتخصصة التي تفرد موضوع التعويض عن الكسب الفائت في منازعات الاستثمار الأجنبي من منظور مقارنة بين النظام السعودي والقانون الدولي؛ إذ وجد الباحث أن أغلب ما كُتِب في هذا الباب إما مقصور على إطار القانون المدني وحده، أو متناول للقانون الدولي دون تعريخ على التطبيق السعودي. وقد عولجت ندرة المادة العلمية بطريقتين:

أولاهما: إعمال منهج التحليل المقارن الذي يبني الجسور بين حقلي الفقه الإسلامي المقنن ومبادئ القانون الدولي، في محاولة لتوليف حكم المسألة من أطراف متفرقة.

ثانيتهما: العودة إلى المصادر الأولية من نصوص الأنظمة ومواد لجنة القانون الدولي والأحكام التحكيمية الدولية، واتخاذها عمدةً يُستتبط منها الحكم قبل العروج على ما كتبه الشراح، سداً للفراغ المعرفي باجتهاد أصولي مباشر.

هيكلية البحث

لتحقيق أهداف الدراسة والإجابة على تساؤلاتها، تم تقسيم البحث إلى 4 مباحث وخاتمة.

خُصص المبحث الأول للإطار المفاهيمي، حيث تناول التعريف بمفردات البحث (التعويض، الربح الفائت، الاستثمار، والمستثمر الأجنبي) من المنظورين اللغوي والاصطلاحي، مع تبيان موقف المنظم السعودي والقانون الدولي منها. أما المبحث الثاني، فقد ركز على الجوانب التطبيقية والمعايير الدولية للتعويض عن الربح الفائت، وذلك من خلال استعراض مواد لجنة القانون الدولي وممارسات هيئات التحكيم.

اهتم المبحث الثالث ببحث كيفية تقنين التعويض عن الكسب الفائت في النظام السعودي الذي كان يحكمه الفقه الإسلامي قبل إصدار نظام المعاملات المدنية، لذا فقد تطرق هذا المبحث إلى مطلبين وهما موقف الفقه الإسلامي من التعويض تحت فكرة "الضمان" وذلك بشكل مختصر وموقف النظام السعودي وعلى رأسه نظام المعاملات المدنية، والأنظمة التخصصية كنظام الاستثمار ونظام نزع ملكية العقارات للمصلحة العامة ووضع اليد المؤقت عليها.

أخيراً بعد استيفاء الباحث السالفة، اهتم المبحث الرابع بإخضاع المنظومتين للمقارنة التحليلية النقدية.

المبحث الأول: التعريف بمفردات البحث

يتصدى البحث الى أكثر من مفردة الأمر الذي يستلزم بحث كل واحدة على حدة في مطلب مستقل، وذلك باستجلاء دلالاتها اللغوية الجذرية التي تشكل اللبنة الأساسية لهما، ثم الانتقال إلى استعراض معناها الاصطلاحي في السياق القانوني، وعلى رأس هذه المفردات: التعويض والكسب الفائت.

المطلب الأول: التعويض

أولاً: لغة

العَوْضُ في اللغة الخَلْفُ والبدلُ. وعَاضَهُ من الشيءِ تَعْوِيضاً: أعطاهُ إياه عوضاً عنه" (الفيروزآبادي، 2005) كذلك (نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، 1972). ويبدو من خلال اقتفاء معاني المادة في المعاجم أن المعنى يحوم حول إعطاء شيء في بدل عن شيء آخر. (الفيروزآبادي، 2005) فالكلمة مشتقة من الجذر "ع و ض"، الذي يدل على البدل والخلف. ويُقال "عَوَّضَهُ" أي أعطاه عوضاً أو بدلاً عما فاته أو خسره. و"التعويض" هو مصدر للفعل "عَوَّضَ" على وزن "فَعَّلَ"، وهذا الوزن يدل على التعدية، أي جعل الشخص يأخذ عوضاً. (نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، 1972)

ثانياً: اصطلاحاً

يقتضي هذا الفرع من البحث معنى التعويض في النظام السعودي والقانوني الدولي تبعاً.

كعادة الأنظمة التي تتجنب التعريفات بحسبان أنها صناعة فقهية، لم يورد نظام المعاملات المدنية السعودي تعريفاً للتعويض، وعلى الرغم من هذا إلا أن نظام الاستثمار أشار إلى مفهوم "التعويض العادل" كجزء من حقوق المستثمر كما جاء في الفقرة ج من المادة 4 الخاصة بحقوق المستثمر.¹

ولذلك كان لزاماً الوقوف على تعريف هذه المفردة كما جاءت في كتب الفقهاء، وفي هذا الخصوص يشير فضيلة الشيخ محمد العايد وغيره من الفقهاء إلى أن مصطلح "التعويض" لم يُعرف بشكل مباشر ودقيق في كتابات الفقهاء القدامى (الشويبي - كاري، 2025 ص: 241)، ومع ذلك، كان مفهومه حاضراً ضمن مصطلح الضمان ولعل أوضح هذه التعريفات القائل بأن الضمان بأنه "هو جبر الضرر الذي يلحق بالمضروب من خلال دفع بدل مالي نتيجة لضياع المنفعة أو عدم تحقيقها" (الزحيلي، 2002).

¹ نظام الاستثمار، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/19 وتاريخ 16/1/1446هـ، المادة 4.

والأمر كذلك بالنسبة للقانونيين الذين لم يتطرقوا لمصطلح التعويض، ولكن اهتموا بمصطلح المسؤولية التصديرية (الشويبي و كاري، 2025) كذلك (محمد، 2024) وبتحليل أصحاب هذين التوجهين ينتهي المؤلف إلى أن "التعويض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالضرر، فهو وسيلة من وسائل جبر الضرر، سواء كان ذلك الضرر مادياً أو معنوياً (حمد، 2024ص:228).

أما في القانون الدولي فتشير موسوعة ماكس بلانك (Max Planck) للقانون الدولي التابعة لجامعة أكسفورد أن مصطلح التعويض يعني "القيام بدفع مناسب ومعادل لشخص ما مقابل الخسارة أو الضرر التي لحق به، وهذا ينقل المعنى الاشتقاقي للتعويض بكونه ما يعادل شيئاً آخر، وهو ما ينعكس أيضاً في الاستخدامات المختلفة لمصطلح "التعويض" في القانون الدولي، كما يشير التعويض إلى شكل من أشكال جبر الضرر في قانون المسؤولية الدولية للدولة بخلاف رد الأوضاع إلى الحالة التي كان عليها قبل تحقق الضرر أو رد الاعتبار (في حال الضرر الذي لا يجبر بالمال)، (Wittich, 2020) وبالتالي فإن التعويض يعني دفع مبلغ معين من المال جبراً للضرر الناتج عن انتهاك سابق لالتزام دولي، وبهذا المعنى يُطلق التعويض أيضاً على جبر الضرر بما يعادل القيمة أو التعويض المالي (Wittich, 2020).

والذي يظهر من تعريف القانون الدولي للتعويض السابق بيانه والتعريفات التي ساقها الباحثون في معرض شرحهم الاصطلاحي للتعويض، اتفاهم على أن التعويض التزام بشيء يكون مقابل شيء وهو الضرر، غير أن تعريف القانون الدولي جعل من التعويض -بجانب إعادة الوضع إلى الحال التي كان عليها قبل الضرر ورد الاعتبار- نوعاً من أنواع جبر الضرر بشكل أوضح، وهذا لا ينفي معرفة فقهاء المسلمين سواء المتأخرين أو المتقدمين هذا الفرق، فعلى سبيل المثال فرق الشيخ وهبة الزحيلي بين الضمان والتعويض، إذا قال في معرض حديثه عن الغصب والإتلاف "وهذان النوعان أو ما يدل عليهما: وهو وضع اليد عدواناً أحد أسباب الضمان أو التعويض المالي عن الاعتداء على مال الغير أو حقه (الزحيلي، 2002، ج: 6، ص: 4785). فالمؤلف قصد بالضمان هنا ضمان عين الشيء، وهذا يدل على تفرقتهم بين إعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر أو التعويض المالي الجابر للضرر.

المطلب الثاني: الربح الفاتت

أولاً: الكسب لغة

الكَسْبُ: طَلَبُ الرِّزْقِ وَأَصْلُهُ الْجَمْعُ (ابن منظور، 1414). ويبدو من خلال تتبع معاني المادة في المعاجم أن المعنى الأصلي يدور حول التَّحْصِيلِ وَالْإِجْتَابِ. فالكلمة مشتقة من الجذر "ك س ب"، الذي يدل على ما يُحْصَلُهُ الْإِنْسَانُ مِنْ نَفْعٍ وَخَيْرٍ. وَيُقَالُ "كَسَبَ الْمَالُ" أَي جَمَعَهُ وَحَصَلَهُ، و"الكَسْبُ" هو اسم

للمصدر الذي يدل على ما يُحرز من رزق وفائدة. وهو يدل على ما يُساق إلى الشخص من عائد سعيه (طه، 1971).

ثالثاً: الكسب الفائت اصطلاحاً

كحال غالب الأنظمة، لم يتعرض نظامي المعاملات المدنية والاستثمار ولا لأثنته التنفيذية صراحة لتعريف الكسب (الربح) الفائت بحسبان أنها صناعة فقهية مع أن نظام المعاملات المدنية قد نص في المادة 136 على أنه "يتحدد الضرر الذي يلتزم المسؤول بالتعويض عنه بقدر ما لحق المتضرر من خسارٍ وما فاتته من كسب، إذا كان ذلك نتيجةً طبيعيةً للفعل الضار. ويعد كذلك إذا لم يكن في مقدور المتضرر تفاديه ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد".

ومن جانب آخر يشير الدكتور عبدالفتاح الشرقاوي أن القضاء المصري عرف الكسب الفائت بأنه "ما كان المضروب يأمل في الحصول عليه من كسب ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة وبمعنى آخر الكسب الفائت هو ما فات على المضروب تحقيقه بسبب الإخلال بالالتزام أو بسبب الفعل الضار. (الشرقاوي - اليزيد، 2016)

أما في القانون الدولي فقد تطور مصطلح الكسب الفائت (Lost Opportunity) والمعروف باللاتينية باسم (Lucrum Cessans) الربح الفائت أو المكاسب التي فاتت بشكل أساسي من خلال الاجتهاد القضائي للمحاكم والهيئات القضائية الدولية، ومن ثم دُون في مشاريع المواد الموثوقة الصادرة عن لجنة القانون الدولي (ILC)، فقد قامت أحد هيئات محكمة العدل الدولية الدائمة (PCIJ) في قضية قضية مصنع خورزوف (The Factory at Chorzów Case (1928) بإرساء القاعدة الجوهرية للجبر الكامل للضرر (Full Reparation) الناجم عن فعل غير المشروع دولياً، ويعني هذا أن التعويض الممنوح يجب قدر الإمكان أن "يمحو جميع عواقب الفعل غير المشروع ويعيد إرساء الوضع الذي كان سيوجد على الأرجح، لو لم يرتكب ذلك الفعل". ويستلزم هذا المبدأ دفع مكونين للضرر:

- الضرر الفعلي اللاحق (Damnum Emergens) الخسارة الفعلية.
 - الربح الفائت (Lucrum Cessans) الأرباح المفقودة أو قيمة الفرص الضائعة.
- وما لبثت حتى أن دونت لجنة عمل القانون الدولي (ILC) القواعد المستمدة من مبدأ خورزوف سابق الذكر (Crawford et al., 2010, P. 565)، والذي يمثل القانون الدولي العرفي بشأن مسؤولية الدولة في المادة 36 والمعنونة بالتعويض والتي تنص على "أن الدولة المسؤولة ملزمة بالتعويض عن الضرر الذي تسببت فيه، وأن التعويض "يجب أن يغطي أي ضرر يمكن تقديره مالياً بما في ذلك الربح الفائت بقدر ما يكون ثابتاً (Crawford et al., 2010, P. 565).

وبمقارنة موقف القانون الدولي من القانون السعودي وعلى وجه الخصوص نظام الاستثمار ولأئحته التنفيذية، يتضح أن النظام السعودي أخذ بمعيار التعويض العادل بينما أخذ القانون الدولي بمعيار التعويض الكامل، بل أن هذا الأخير نص صراحة على أن يشمل التعويض أيضا الكسب الفائت وبلا قيود (without qualifications) إلا أن الفقه الإسلامي على نحو ما سيتم شرحه تاليا وضع بعض القيود.

المبحث الثاني: التعويض عن الكسب الفائت في إطار مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول تطبيقاته والانتقادات الموجه له

يتكون هذا المبحث من مطلبين رئيسيين، يخصص المطلب الأول فيه لدراسة "مبدأ التعويض الكامل المنبثق من القانون الدولي وعلاقته بالقانون الوطني في تحديد الفعل غير المشروع ونطاق التعويض، أما المطلب الثاني فيتناول "التزام الدولة بالتعويض عن الأرباح الفائتة: الممارسات وأسسها القانونية.

المطلب الأول: القانون الدولي وعلاقته بالقانون الوطني في تحديد الفعل غير المشروع ونطاق التعويض

يتألف هذا المطلب الأول من فرعين رئيسيين: يحلل فيه الفرع الأول علاقة القانون الدولي بالقانون الوطني، حيث يناقش معايير تحديد الفعل غير المشروع دولياً، ومدى تأثير القانون الوطني في تكييف هذا الفعل، استناداً إلى مبدأ استقلالية القانون الدولي وعدم جواز التمسك بالقانون الداخلي للتحلل من الالتزامات الدولية. بينما يناقش الفرع الثاني التزام الدولة الدولي عن التعويض غير المشروع ونطاق التعويض.

الفرع الأول: القانون الدولي وعلاقته بالقانون الوطني

يُعد حكم محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر عام 1928 في قضية مصنع خورزوف (Chorzów) (بين ألمانيا وبولندا) المرجع الأساسي لمبدأ "التعويض الكامل" في القانون الدولي العام. فبموجب هذا الحكم، تلتزم الدولة "بإزالة كافة الآثار المترتبة على الفعل غير المشروع" (محكمة العدل الدولية الدائمة، (1928)، (كروفرود، 2013، ص 47). ولا يقتصر هذا المبدأ على التعويض عن الخسارة الفعلية (الضرر الفعلي) فحسب، بل يشمل صراحةً أيضاً تعويضاً عن الأرباح الفائتة (الكسب الفائت). وقد مثل هذا التوجه في فترة ما بين الحربين العالميتين بياناً سياسياً بالغ الأهمية، كرّس فيه القانون الدولي أولوية حماية المصالح الاقتصادية الخاصة من أي تدخل تعسفي للدول (مونت أورزون، 2012).

في المقابل يقدم بابارينسكي قراءة تحليلية نقدية لهذه القضية، إذ يرى أن "معيار خورزوف" نشأ في سياق انتهاك بنود اتفاقية وبالتالي يعتبر "أشد وطأة من المعتاد" أي أنه خطأ جسيم اتسم بسوء النية الواضح؛ وبناءً على ذلك فإن تطبيق هذا المعيار في رأي المؤلف، تطبيقاً مطلقاً في إطار المسؤولية الدولية الحديث يُعد اجتهاداً قانونياً مبالغاً فيه، أي: أنه يرى أنه تنزيل حكم حالة خاصة (الخطأ الجسيم) على الخطأ غير المقصود، معللاً أن هذه المبالغة لها دافع سياسي (بابارينسكي، 2022)، وهو ما يسمى عند الأصوليين إلحاق مسألة بعموم حكم آخر مع وجود فرق جوهري يمنع الإلحاق.

وبالرغم من هذا الانتقاد ومدى صحته تاريخياً، يظل حكم مصنع خورزوف (Chorzów) اليوم حقيقة قانونية كما هو واضح من تقنيته ضمن مواد مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (ARSIWA) الصادرة عن لجنة القانون الدولي عام 2001. فالمادة 31 منها، وفق ما ورد في تعليقها التفسيري التي تؤكد صراحةً إلى استنادها المباشر إلى مبدأ المحكمة الدائمة للعدل الدولي (كراوفورد، 2013). وبهذا التأكيد لمبدأ التعويض الكامل، أرسى اللجنة إطاراً قانونياً للمساءلة الموضوعية للدولة، يمنع من تهريبها من تحمل كافة التبعات المالية لانتهاكاتهما الدولية (مونت أورزون، 2012). غير أن هذا المعيار القانوني العام عند التطبيق -على نحو ما سيوضح البحث لاحقاً- استُخدم لتبرير تعويضات تفوق قيمة الاستثمار الأصلي بكثير. وهكذا، تحول المبدأ العام لمسؤولية الدول إلى أداة قوية لصالح رأس المال الخاص، مما يُضعف في كثير من الأحيان السيادة المالية للدول (لوبيز، 2027).

فلما كان المستثمر الأجنبي أحد أشخاص القانون الخاص فيثور التساؤل عمّا إذا كان القانون الدولي وعلى وجه الخصوص مواد مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (ARSIWA) هو الإطار الوحيد لتحديد مسؤوليتها تجاه المستثمر؟ بشكل عام لا يوجد إطار قانوني موحد للتعويضات في نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار، بل تمزج هيئات التحكيم بين أحكام القانون الوطني والقانون الدولي، وذلك بعد الوقوف على مسألة القانون الواجب التطبيق والذي يتم تحديده في غالب الأمر بناء على طبيعة اختصاص الهيئة، وطبيعة المطالبة أو المطالبات (مصدرها مخالفة العقد أو انتهاك اتفاقية دولية) وشروط الاتفاقية.

ففي المنازعات الناشئة عن المعاهدات الدولية، تتكئ هيئات التحكيم على معاهدة الاستثمار والقانون الدولي كمصادر أساسية لتحديد التعويضات، في حين يقتصر دور قانون الدولة المضيفة على الجوانب الثانوية، أما في المنازعات الناشئة عن العقود بين المستثمر والدولة المضيفة فيكون للقانون الوطني دوراً أكبر، وسيركز هذا البحث فقط على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عن المعاهدات الدولية.

يُعد حكم هيئة التحكيم في قضية شركة كومباثيا ديل ديسارولو دي سانتا إيلينا إس.إيه ضد كوستاريكا (اكسيد) مثالاً بارزاً على ذلك، حيث قررت الهيئة أن معيار التعويض عن نزع الملكية يستمد من القانون الدولي، وطبقت مبدأ التعويض الكامل على أساس القيمة السوقية العادلة، تاركة تطبيق أي قيود محتملة في القانون الكوستاريكي بشأن التقييم العقاري أو القيود البيئية Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica (ICSID). وعلى ذات المنوال، أكدت هيئة التحكيم في قضية آزوريكس كورب ضد الأرجنتين (الأيديسيد)، ضمن القسم المخصص لـ "القانون

الواجب التطبيق على تقدير التعويضات"، أن تقديرها للتعويض يستند إلى معاهدة الاستثمار الثنائية والقانون الدولي العام، مستبعداً إمكانية تطبيق القانون الأرجنتيني من تقدير قيمة التعويض بعد ثبوت وقوع خطأ دولي بموجب المعاهدة (Azurix Corp. v. Argentina, 2006).

تؤكد هذه الأحكام أمراً جوهرياً في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عن المعاهدات الدولية، مفاده أنه إذا تم توصيف الفعل بأنه انتهاك لالتزام دولي، فإن تقدير التعويضات يخضع للمعايير الدولية، لا للقواعد الداخلية للدولة المضيفة.

غير أن بعض الدراسات، كتلك التي أجرتها كيوس، تشير إلى أن القانون الوطني لا يُستبعد كلياً من عملية تقدير التعويض أمام هيئات التحكيم؛ بل يُستأنس به لسد الثغرات أو عندما يكون متوافقاً مع المعايير الدولية (كيوس، 2013). ويتجلى هذا بوضوح في القضايا ذات الطابع المختلط أو تلك الناشئة عن نزاعات عقود استثمارية، وليس فقط عن المعاهدات الدولية (Kjos, 2013).

ففي قضية المؤسسة الوطنية للنفط ضد شركة صن أويل الليبية (التحكيم أمام الغرفة التجارية الدولية)، طبقت هيئة التحكيم القانون الليبي عملاً بشرط العقد، واعتمدت اعتماداً كبيراً على أحكام القانون المدني الليبي والفقهاء الصادر عن المحكمة العليا الليبية لتقييم دفع القوة القاهرة وتحديد التعويضات، بالاستناد إلى آراء خبراء متخصصين في القانون الليبي لقياس حجم الخسارة (National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co, 1985/1987).

وفي سياقات مشابهة، ذهبت هيئات تحكيم أخرى، كتلك التي نظرت في قضية أغوايتيا إنيرجي ضد بيرو (الأكسيد)، إلى إمكانية الفصل بين المسؤولية وتقدير التعويض استناداً إلى قانون الدولة المضيفة وحده، متى وافق الطرفان على جعله القانون الأساسي وتوافقت معايير مع المعايير الدولية وظيفياً (Aguaytia Energy LLC v. Peru, 2008)، (Kjos, 2013) وفي هذه الحالات، لا يكون القانون الوطني بديلاً عن المعيار الدولي بسبب تعارضه معه، بل لأن هيئة التحكيم لا ترى تعارضاً حقيقياً بين النظامين، فتؤسس منطلقها في شأن التعويض على مبادئ القانون الخاص المحلي.

عندما ينشأ تعارض حقيقي بين قواعد التعويض في القانون الوطني للدولة المضيفة والمعايير المنصوص عليها في المعاهدات أو القانون الدولي العرفي، فإن هيئات التحكيم التي تنظر في منازعات استثمارية منبثقة عن اتفاقيات دولية تغلب تطبيق القانون الدولي. ويتجلى هذا التوجه بوضوح في قضية سي إم إي ضد جمهورية التشيك والذي تم وفقاً لقواعد الأونسيترال بموجب المعاهدة الهولندية-التشيكية)، حيث دفع الجانب التشيكي بأن القانون الوطني الإداري وقوانين تنظيم الإعلام تحد بشكل كبير من نطاق الخسائر الواجب التعويض عنها. إلا أن هيئة التحكيم، وفي مرحلة تقدير التعويض، قررت أن معاهدة الاستثمار الثنائية والقانون الدولي العام هما الإطار القانوني الحاسم لتحديد

مبلغ التعويض، رافضةً قيود القانون التشيكي على تقدير التعويضات، ومؤكدةً أن المبدأ الدولي القاضي بالتعويض الكامل لا يمكن تقويضه بمفاهيم قانونية محلية متى ما كان تطبيقها يؤدي إلى انتهاك هذا المبدأ (CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, 2001–2003).

خلاصة القول، إن هيئات التحكيم التي تنتظر في منازعات استثمارية منبثقة عن اتفاقيات دولية قد تستند إلى قانون الدولة المضيفة لتحديد طبيعة الحقوق، لكنها، عند وجود التعارض، تُخضع قواعد التعويض الوطنية للمعيار الدولي متى ما كان يوفر هذا المبدأ حماية أكبر، وهو ما يمثل الاتجاه الراسخ في الممارسة التحكيمية.

وعليه، لا يوجد جواباً واحداً لمسألة كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم بين المستثمر والدولة بخصوص الضرر الذي يجب فيه التعويض؛ وذلك لأن هذه المسألة متعددة الأوجه تختلف باختلاف عدة عوامل؛ فالنتيجة ليست محددة سلفاً، بل تتشكل حسب السياق الخاص لكل نزاع على النحو الآتي:

أولاً: تعتمد هذه المسألة على تحديد طبيعة ولاية هيئة التحكيم (ما إذا كانت هيئة تحكيم إقليمية تخضع لقانون مقر التحكيم، أم هيئة تحكيم ذات طابع دولي مثل تلك المنبثقة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار "الإكسيد" والتي تحكمها معاهدتها التأسيسية).

ثانياً: ينظر إلى اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين (الدول (أو الدولتين) الموقعة على الاتفاقية) وأي خيار للقانون قاموا به، احتراماً لمبدأ حرية الأطراف.

ثالثاً: يجب على هيئة التحكيم وبشكل حاسم أن تُكيّف "الأساس الجوهري" للمطالبة، محددةً ما إذا كان ذا طابع تعاقدي أم مستندة إلى معاهدة، وما إذا كان وطنياً أم دولياً. ويوجه هذا التكييف بعد ذلك مسار التطبيق: فإما أن يُطبق القانون الوطني بشكل أساسي (على أن يكون للقانون الدولي دور تصحيحي أو تكميلي) وهذا غالباً ما يكون في المنازعات الناشئة عن العقود بين المستثمر والدولة المضيفة أو إذا نصت الاتفاقية صراحة على إعمال القانون الوطني، أو يُطبق القانون الدولي بشكل أساسي (على أن يكون للقانون الوطني دور غير مباشر أو واقعي)، وهذا غالباً ما يكون في المنازعات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية. وفي النهاية لا توجد صيغة جامدة، وكثيراً ما تطبق هيئات التحكيم كلا النظامين القانونيين بالتزامن أو تشير إلى اتساقهما، مما يؤدي إلى تحديد مرن ومرتبطة بوقائع كل حالة بدلاً من قاعدة واحدة قابلة للتنبؤ.

الفرع الثاني: التزام الدولة الدولي بالتعويض عن الفعل غير المشروع ونطاق التعويض كوسيلة لجبر الضرر.

يعتبر التزام الدولة بجبر الضرر الناجم عن الفعل غير المشروع دولياً ركيزة أساسية في إطار مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (ARSIWA) في الباب الثاني من الفصل الأول من ويشكل خاص المواد من 30 إلى 37 (كراوفورد، 2013). ويضع هذا الإطار تدرجاً لكيفية علاج الآثار القانونية المترتبة على المسؤولية الدولية، إذ يبدأ بالالتزامين الأساسيين المتمثلين في وقف الفعل غير المشروع وعدم تكراره (المادة 30)، وهما التزامان يهدفان إلى حماية القاعدة القانونية أو الوضع القانوني الذي انتهكته الدولة ومنع التعدي عليه مستقبلاً (رويس-سميت، 2007). بعد ذلك، ينتقل الثقل القانوني إلى الالتزام بالتعويض الكامل (المادة 31)، وهو التزام يتحقق عبر ثلاث صور قانونية متميزة: أ/ الرد، ب/ إعادة الحالة إلى ما كانت عليه (المادة 35)، والتعويض المالي (المادة 36)، وأخيراً ج/ الترضية (المادة 37). ومن خلال هذه الآلية، يتحول الفعل غير المشروع، بغض النظر عما يحمله من دلالات سياسية، إلى التزام مالي محدد يقع في ذمة الدولة (مونت أورزون، 2012).

يكشف تطبيق هذا الإطار وخصوصاً في قضايا نزع الملكية عن موقف قانوني حاسم في ممارسة التحكيم في منازعات الاستثمار بين المستثمر والدول، حيث يُعتبر نزع ملكية الأصول المملوكة للأجانب ممارسة لسلطة الدولة السيادية أمراً مشروعاً شريطة أن يستوفي الشروط الدولية المتمثلة في التعويض الفوري والكافي والفعال (كراوفورد، 2013؛ مونت أورزون، 2012). وبالتالي، فإن الفعل غير المشروع دولياً بموجب معاهدة استثمارية يُعرف عادةً ليس على أنه الاستيلاء المادي بحد ذاته، بل عدم استيفاء الدولة معيار التعويض الكامل المطلوب، أو انتهاكها لمعيار مرتبط مثل معيار المعاملة العادلة والمنصفة (مونت أورزون، 2012). هذا التمييز القانوني ذو أهمية قانونية لأنه يضمن أن يكون جبر الضرر الناتج عن نزع الملكية غير المشروع هو المعيار الأكثر شمولاً من الناحية المالية أي التعويض الكامل بموجب المادة 31، وعليه فإن سلطة الدولة في نزع الملكية وإن كانت غير مقيدة بالقانون الدولي إلا أن حدود مشروعيتها مقترن بالتعويض العادل (بابارينسكيس، 2022؛ رويس-سميت، 2007).

كما يكشف التحليل النقدي لهذا الإطار أن الرد (إعادة الحالة إلى ما كانت عليها) تأسيسياً على المادة 31 يحتل، من الناحية الفنية، مرتبة متقدمة لمحو الآثار القانونية للفعل غير المشروع. بيد أن استحالة تطبيقه، قانوناً أو واقعاً، خصوصاً في حالات نزع الملكية، يؤدي عملياً إلى تحويل كامل الثقل في مجال جبر الضرر إلى التعويض المنصوص عليه في المادة 36 (كراوفورد، 2013). ويرى بابارينسكيس أن هذه الآلية، التي تشمل صراحةً تعويض خسارة كل من رأس المال وكذلك الأرباح المحتملة (الكسب الفائت) وضعت أصلاً لتسوية المنازعات بين الدول، غير أنها ما لبثت من واقع التجارب

العملية حتى تعرضت لانتقادات شديدة بسبب التوسع المفرط في تطبيقه في إطار نظام تسوية المنازعات بين المستثمر والدول، حيث تلجأ إليه هيئات التحكيم لحساب أضرار مستقبلية بعيدة الوقوع، مما يُخل بالتوازن السياسي الذي توخته لجنة القانون الدولي (بابارينسكيس، 2022).

المطلب الثاني: التزام الدولة بالتعويض عن الأرباح الفائتة: الممارسات وأسسها القانونية.

يتناول هذا المطلب التزام الدولة بالتعويض عن الأرباح الفائتة بالتحليل ودراسة الجوانب النظرية والتطبيقية لأحد أكثر موضوعات مسؤولية الدول وذلك من خلال ثلاثة فروع يعضد بعضها البعض. يخصص الفرع الأول لتأصيل الأساس القانوني للتعويض عن الأرباح الفائتة، عبر تتبع مشروعية هذا النوع من التعويض في مصادر القانون الدولي، لا سيما في أحكام محكمة العدل الدولية وأعمال لجنة القانون الدولي. ثم ينتقل الفرع الثاني لاستعراض تطبيقات هيئات التحكيم للتعويض عن الربح الفائت، حيث يحلل الاجتهادات القضائية الصادرة عن هيئات التحكيم في منازعات الاستثمار، موضحاً الشروط التي استوجبتها لتطبيق أساليب التقييم المالي وعلى وجه الخصوص أسلوب خصم التدفقات النقدية، وحالات رفضه. وأخيراً يختتم الفرع الثالث بمناقشة الانتقادات الموجهة لتطبيقات التعويض عن الربح الفائت، مركزاً على الإشكاليات المرتبطة بالطابع الظني لا اليقيني لهذه التقديرات، ومدى اتساقها مع مبدأ التناسب واليقين القانوني في إطار مسؤولية الدول.

الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الأرباح الفائتة.

يُعد منح تعويضات عن الأرباح المستقبلية أو الفائتة (الكسب الفائت) في إطار القانون الدولي إحدى السمات البارزة لنظام تسوية المنازعات بين المستثمر والدول، إذ يُفسر هذا المنح تحت مبدأ التعويض الكامل سابق الذكر (مونت أورزون، 2012). وتستند هيئات التحكيم في تبرير هذه التعويضات إلى اعتبار أن الفعل غير المشروع الصادر عن الدولة، كنزح الملكية دون تعويض كامل إخلالاً بأحكام المعاهدة المطبقة، ويعلل بأن هذا النزح للملكية يُشكل سبباً قانونياً مباشراً أدى إلى انقطاع الإيرادات المتوقعة، مما يستوجب تعويض المستثمر عن كامل العوائد الاقتصادية التي كان مشروعه سيدها (المادة 36 من مواد لجنة القانون الدولي) (كراوفورد، 2013). ويُعزز هذا المنطق القانوني اعتماد الكثير من الهيئات على طريقة خصم التدفقات النقدية المستقبلية، التي تقوم على حساب القيمة الحالية للأرباح المتوقعة بغرض تحديد تقدير التعويض عن الكسب الفائت (لوبيز، 2027).

ويرى بعض النقاد ومنهم مونت أن الاعتماد الموسع على طريقة خصم التدفقات النقدية - حتى في تقدير تعويضات استثمارات شديدة المضاربة أو استثمارات المشروعات الجديدة التي لا تمتلك سجلاً تجارياً سابقاً - يتجاوز كونه مجرد تطبيق قانوني موضوعي ليتخذ طابعاً سياسياً، إذ يُوظف كأداة

قضائية لإنفاذ قواعد تحمي توقعات رأس المال العابر للحدود وتُرجحها (مونت أورزون، 2012). غير أن البعض ومنهم لوبيز ترى أن هذا الخيار السياسي، الذي يُقدّر قيمة الفرصة المستقبلية ويعوض عن فقدان الفرصة الاستثمارية بحد ذاتها، يُشكل آلية ردع فعالة في وجه أي تدخل تنظيمي محتمل من جانب الدولة (لوبيز، 2027). بمعنى أن لوبيز ترى إمكانية تطبيق هذا المعيار فقط في أحوال نزاع الملكية غير المباشر وذلك من خلال التنظيم مثل وضع قيود ضريبية أو رفع الاستثناءات الضريبية في حال منحها. إلا أن بابارينسكيس يوضح أن النتيجة السياسية المترتبة على استخدام هذا المعيار بلا قيود هي نشوء نظام مالي تُعاقب فيه الدول ليس على أساس خسائر ملموسة تحققت على أرض الواقع، بل على أساس أداء السوق المستقبلي الذي لم يقع. وهذا يحدث انزياحاً قانونياً كبيراً، ومحلاً للنقد، مختلفاً بشكل كبير عن الباعث الأصلي خلف مبدأ مصنع خورزوف (بابارينسكيس، 2022).

الفرع الثاني: تطبيقات هيئات التحكيم للتعويض عن الربح الفائت.

في مجال التحكيم في منازعات الاستثمار، تباينت مواقف هيئات التحكيم من اعتماد أسلوب خصم التدفقات النقدية لتقدير التعويض عن الكسب الفائت:

أولاً: حالات الرفض - رفض هذا المنهج حين افتقر الاستثمار إلى سجل تشغيلي كافٍ، لأن التوقعات المستقبلية تخمينية محضة لا تصلح أساساً للتعويض. ففي قضية ميتالكلاذ ضد المكسيك رفضت المطالبة لأن المكب لم يدخل حيز الجاهزية بعد (Metalclad Corp. v. United Mexican States, 2000). وفي فينا هوتيلز ضد مصر وُصف المنهج بأنه "غير ملائم" و"تخميني للغاية" لأن أحد الفندقين عمل سبعة عشر شهراً فقط والآخر كان قيد التجديد (Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, 2000). وبالمثل، في سذرنباسيفك بروبرتيز ضد مصر رفض أسلوب المشروع السياحي لم يعمل مدة كافية لتوليد بيانات ذات دلالة، إذ بيع نحو 6% فقط من وحداته (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, 1992). وفي تيكميد ضد المكسيك جاء الرفض لأن تاريخ تشغيل المكب لم يتجاوز العامين، مما حال دون بناء نموذج تنبؤي معقول (Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, 2003).

وترسي هذه الأحكام مبدأً أساسياً مفاده أن الرصيد الإنتاجي والأرباح الفعلية شرط لازم لاستخدامها أساساً لتقدير الدخل المستقبلي، إذ إن قصر السجلات لا يمثل دورة اقتصادية كاملة تسمح بنموذج تنبؤي موثوق.

ثانياً: حالات القبول - قبل هذا المنهج حين تمتع الاستثمار بتدفق إيرادات مستقر يمكن البناء عليه، أو حين توافرت بيانات بديلة تجعل التوقعات معقولة. ففي قطاع الاتصالات قبلت هيئة التحكيم

في دويتشه تيليكوم ضد الهند الأسلوب ومنحت تعويضاً قدره 93.30 مليون دولار بناءً على التدفقات المخصومة لحساب القيمة السوقية العادلة (Deutsche Telekom AG v. Republic of India, 2020)، وكذلك في سي سي/ديفاس ضد الهند حيث قُدِّر التعويض بـ 111 مليون دولار على الأساس ذاته بعد إلغاء اتفاقية الطيف الترددي (CC/Devas (Mauritius) Ltd. v. Republic of India, 2020). ويعكس ذلك مبدأً أن قيمة الأصل تساوي القيمة الحالية لتدفقاته المستقبلية المتوقعة. وبعيداً عن السجل الطويل، أجازت هيئة التحكيم في البلول ضد طاجيكستان المنهج في مشاريع التنقيب عن الهيدروكربونات متى وجدت بيانات كافية لتوقعات معقولة (Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan, 2010)، وفي روميلي تيليكوم ضد كازاخستان اعتبرت المحكمة الأسلوب تقريباً إحصائياً يعكس تفاوض بائع ومشتري منطقيين، مما يدعم تقدير القيمة السوقية العادلة (Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, 2008).

يُستشف من هذه الأحكام جملةً، بتباينها بين القبول والرفض، غياب معيار منضبط يحدد بدقة استحقاق التعويض عن الكسب الفائت، مما يحول دون مرجعية واضحة تهتدي بها هيئات التحكيم أو تسند إليها تسبب قراراتها. وتُفضي حالة عدم اليقين هذه إلى اضطراب الأحكام وتناقضها، إذ تعالج كل قضية بمعزل عن الأخرى، مما يفتح الباب لإساءة استعمال حق التقاضي من المستثمر الأجنبي للضغط على الدولة المضيفة، وقد يؤدي أيضاً إلى "جمود تنظيمي" يدفع الدول إلى التردد في اتخاذ تدابير ضرورية لحماية الأمن أو الصحة العامة خشية صدور أحكام تحكيمية باهظة غير متوقعة.

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة لتطبيقات التعويض عن الربح الفائت.

أثار التوسع في منح تعويضات فاحشة عن الأرباح الفائتة انتقادات محورها أن تلك الأحكام قد تباعدت عن المفهوم الأصلي لمبدأ التعويض الكامل كما أُرسى في القانون الدولي (بابارينيسكيس، 2022). ويتمثل أبرز أوجه هذا النقد في أن اعتماد هيئات التحكيم على طريقة خصم التدفقات النقدية - ولا سيما في تقييم مشروعات جديدة تفتقر إلى سجل مالي سابق - يُحوّل احتساب التعويض إلى عملية تخمينية ظنية تفتقر إلى اليقين القانوني الذي يشترطه القانون الدولي العرفي في تقدير الأضرار (لوبيز، 2027؛ كراوفورد، 2013). ومقتضى ذلك أن التعويض لم يعد قائماً على خسارة حقيقية، بل على سيناريوهات نجاح سوقية واستقرار سياسي افتراضي، مما يُحوّل نظام التحكيم من وسيلة لجبر الضرر إلى آلية للتأمين ضد مخاطر الاستثمار (مونت أورزون، 2012).

على الصعيد السياسي، يترتب على التعويضات التخمينية "تأثير الجمود التنظيمي" الذي يُمارس ضغطاً على سيادة الدول (مونت أورزون، 2012)، بسبب تهديدها بمطالبات تصل إلى مليارات الدولارات عن أرباح متوقعة لم تتحقق، مما يدفعها - ولا سيما النامية منها - إلى التراجع عن تبني

سياسات عامة ضرورية كالتشريعات البيئية أو التدابير الصحية الوقائية، خشية المساس بالأرباح المتوقعة للمستثمرين (لوبيز، 2027). ويزيد من ذلك أن غياب معيار منضبط لاستحقاق التعويض عن الكسب الفائت يُؤيد "مغامرة أخلاقية" لدى المستثمرين، إذ يُحفزهم على الإقدام على مشاريع غير مجدية اقتصادياً مع علمهم بإمكانية تحصيل تعويض عن كامل العوائد المتوقعة بمجرد تدخل الدولة، مما يُخلّ بسلامة القرارات الاستثمارية ويُضعف مسؤولية المستثمر (لوبيز، 2027).

نتج عن هذا التوسع اصطلاحاً مصطلح الأحكام الفالجة (Crippling Awards) التي تُقوض اقتصاد الدول (بابارينسكيس، 2022)، حيث افترضت لجنة القانون الدولي ندرة هذه المطالبات الضخمة ووجود ضمانات تحول دون تجاوزها، وهو افتراض نقضته ممارسات التحكيم الحديثة (بابارينسكيس، 2022). ويُعد الحكم الصادر ضد باكستان لصالح شركة تيثيان كوبر سابق الذكر بنحو ستة مليارات دولار عن منجم لم يبدأ تشغيله بعد مثلاً صارخاً على هذا الخلل، إذ حوّل النزاع التجاري إلى أزمة مالية وطنية (لوبيز، 2027)، ويمكن إضافة الحكم الصادر ضد ليبيا في قضية الخرايفي، نظراً لحجم التعويض وعدم نضج المشروع أساساً. وقد زعزت هذه الأحكام الثقة في مشروعية النظام، وكشفت عن انحياز أيديولوجي لحماية رأس المال على حساب السلامة المالية والاقتصادية للدول (مونت أورزون، 2012)، حيث تُرغم الدول على تحويل موارد مالية عامة - قد تفوق ميزانياتها للصحة والتعليم - إلى مستثمر خاص واحد (بابارينسكيس، 2022)، مما يقوّض الشرعية الديمقراطية للدولة بإملاء هيئة تحكيم خاصة للسياسة المالية الوطنية وإعلاء التوقعات المالية للمستثمرين الأجانب على الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية المحلية الملحة (رويس-سميت، 2007).

دفعت هذه التحديات الدول إلى إعادة تقييم علاقاتها بمنظومة التحكيم ككل (مونت أورزون، 2012)، وصولاً إلى الانسحاب من معاهدات الاستثمار وتكثيف الجهود في إطار الفريق العامل الثالث للأونسيترال الذي طالب بتبني تدابير تحد من استخدام خصم التدفقات النقدية وتضع سقفاً للتعويض عن الأصول غير العاملة، مما يعكس مساءلة سياسية للنظام الذي تجاوز الحدود المالية المقبولة (لوبيز، 2027). واقترح في هذا السياق إنشاء محكمة استثمارية دائمة متعددة الأطراف بهدف تخفيف المخاطر المالية، وهو توجه ليس مجرد تدبير مصلحي، بل تأكيد على حق الدولة السيادي في تنظيم أمورها الداخلية وإصدار التشريعات التي تستعيد التوازن بين حماية المستثمر والمصلحة العامة دون تهديد من المستثمرين (بابارينسكيس، 2022؛ مونت أورزون، 2012).

المبحث الثالث: الإطار الشرعي والنظامي للتعويض عن الريح الفائت في المملكة

يتناول هذا المبحث الإطار الشرعي والنظامي للتعويض كوسيلة لجبر الضرر الذي يصيب المضرور، مع التركيز على مدى جواز التعويض عن الكسب (الريح) الفائت، وذلك في مطلبين؛ يستعرض الأول الأدلة والضوابط والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية للتعويض ومدى جواز التعويض عن الكسب الفائت، بينما يحلل الثاني موقف النظام السعودي وعلى وجه الخصوص نظام المعاملات المدنية، ويهدف هذا المبحث إلى تبيان مدى استحقاق التعويض عن الكسب الفائت وشروطه، وكيف وازن الفقيه أو القاضي بين جبر الضرر وبين منع الإثراء بلا سبب أو التعويض الجزائي.

المطلب الأول: الضمان في الفقه الإسلامي

يُعد الضمان في الفقه الإسلامي نظاماً تشريعياً متكاملًا، يتسم بالمرونة والصلاحية لكل زمان ومكان؛ إذ يهدف بصفة أساسية إلى جبر الضرر وإعادة التوازن المالي وتحقيق العدالة القضائية بين الأفراد. وقد استتدت مشروعيتها إلى أدلة قطعية من الكتاب والسنة، مع انعقاد الإجماع على أصوله العامة.

فمن القرآن الكريم، تقررت مشروعية الضمان كأثر مترتب على التعدي في جملة من الآيات، منها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 194]، حيث قررت الآية مبدأ "المماثلة" في استيفاء الحق وجبر العدوان، وهو أصل في ضمان المتلفات بالمثل أو القيمة (القرطبي، 1964). كما استدلت الفقهاء بقوله سبحانه: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: 38]، وقوله: ﴿وَلَا تَرُؤُا وَاِزْرَةً وِزْرًا أُخْرَى﴾ [الأنعام: 164]، للتأصيل لمبدأ المسؤولية الشخصية؛ إذ لا يتحمل تبعه الفعل الضار إلا فاعله أو المتسبب فيه، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بـ "تحمل التبعة" الناتجة عن الكسب والعمل (الجصاص، 1415هـ).

أما السنة النبوية، فقد استفاضت الأحاديث والآثار التي تُقرر قواعد الضمان وتؤسس للمسؤولية المالية، ومن أبرزها قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» (مالك، 2004)؛ وهو حديثٌ جليل اتخذهُ الفقهاء قاعدةً كليةً من قواعد الشريعة الخمس الكبرى، ويُستدل بها على وجوب إزالة الضرر وجبره بالضمان المالي (ابن نجيم، 1999). كما ورد قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» (أبو داود، دت)؛ وهو نصٌّ صريح في إثبات يد الضمان على من استولى على مال غيره، سواء كان الاستيلاء غصباً أو عاريةً مضمنة، ويلزمه رد العين إن كانت قائمة أو ضمان مثلها أو قيمتها إن تلفت (ابن قدامة، 1968). وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذها يريد إتلافها أتلفه الله» (البخاري، 1422هـ)؛ وفي هذا وعيدٌ شديد

لمن عزم على إتلاف أموال الغير، مما يؤكد حرمة المال ووجوب صيانتها، وأن الإتلاف سبب شرعي من أسباب الضمان التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

وقد انعقد إجماع الفقهاء على أصل مشروعية الضمان، ووجوب تعويض المتضرر عما لحقه من نقص مالي بسبب تعدي الغير أو تفريطه؛ صيانةً للأموال من الضياع. وقد نقل غير واحد من الأئمة هذا الإجماع بعبارات متقاربة؛ حيث ذكر الإمام ابن قدامة المقدسي (1968) في المغني: «أجمع المسلمون على أن من أتلف مال غيره بغير إذنه ضمنه، سواء كان الإتلاف بالمباشرة أو بالتسبب» (ج 5، ص 343). كما قرر الإمام النووي (د.ت) في المجموع الإجماع على أن الغاصب ضامنٌ للعين المغصوبة وما يطرأ عليها من نقص أو تلف تحت يده العادية (ج 14، ص 45). وفي ذات السياق، حكى الإمام الشافعي (1990) في كتابه الأم اتفاق العلماء على أن من استهلك شيئاً لأمرئ مسلم ضمنه بمثله أو قيمته (ج 3، ص 211). وأكد الإمام القرافي (د.ت) في الفروق اتفاق الفقهاء على أن «الجنابة على الأموال موجبة للضمان»، معتبراً ذلك أصلاً قطعياً لحماية الملكية الخاصة في الشريعة (ج 4، ص 27).

ويفرق فقهاء الشريعة بين صورتين رئيسيتين للمسؤولية المالية، وهما: ضمان الغصب و ضمان الإتلاف:

أولاً: ضمان الغصب: ويُعرف فقهيًا بأنه استيلاءً على حق غيره عدواناً بغير حق (ابن قدامة، 1968). وقد انعقد الإجماع على أن يد الغاصب يد ضمان، فإذا تلف المغصوب في يده ضمنه بمثله إن كان مثلياً، أو بقيمته إن كان قيميماً (النووي، د.ت). وقد اختلف الفقهاء في ضمان منافع المغصوب؛ فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى وجوب ضمان المنافع فائتة كانت أو مستوفاة؛ لأن المنفعة مالٌ متقوم، ولأن الغاصب بفعله قد فوّت على المالك فرصة الانتفاع، ويده يد عدوان (الدردير، د.ت: الرملي، 1984). أما الحنفية، فالأصل عندهم أن المنافع لا تضمن لأنها أعراض لا تبقى زمانين، إلا أنهم استثنوا منافع مال الوقف، ومال اليتيم، والمال المعد للاستغلال، فأوجبوا فيها الضمان صيانةً لها (ابن عابدين، 1992).

ثانياً: ضمان الإتلاف: ويتحقق بإفشاء مال الغير أو إخراج كونه مالاً بغير حق، سواء كان ذلك بالمباشرة أو بالتسبب (الكاساني، 1986). وقد قرر الفقهاء وجوب الضمان في الإتلاف استناداً لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». ويميز الفقهاء في هذا المقام بين حالتين:

أ - الإتلاف بالمباشرة: وهو الفعل الذي يؤدي إلى التلف بذاته دون وسائط، والقاعدة فيه أن: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد»؛ فلا يُشترط فيه التعدي لثبوت الضمان.

ب- الإلتلاف بالتسبب: وهو الفعل الذي لا يؤدي إلى التلف بذاته بل يكون وسيلة إليه (كحفر بئر في غير ملكه)، والقاعدة فيه أن: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي أو التريط» (السيوطي، 1983)؛ أي إذا خرج بفعله عن حدود المباح شرعاً.

ويمثل مفهوم الضمان في الفقه الإسلامي إطاراً متكاملًا للمسؤولية المالية، وهو يباين في مصادره ومنطلقاته مفهوم المسؤولية المدنية (الفعل الضار) في القانون الوضعي، وإن اختلفا في بعض النتائج الإجرائية. وتتجلى أهم الفروق الجوهرية في كون القوانين الوضعية -كالقانون المدني المصري- تقيم المسؤولية التقصيرية غالباً على ركن "الخطأ" أو "عدم المشروعية"، فلا يتحقق الضمان إلا إذا كان الفعل غير مشروع، مع تلطيف ذلك بنظرية "التعسف في استعمال الحق" لجبر الأضرار الناتجة عن أفعال مباحة قصد بها الإضرار.

وفي المقابل، ينطلق الفقه الإسلامي من مبدأ "الإلتلاف" بقطع النظر عن مشروعية الفعل أو أهلية الفاعل؛ فالقاعدة الفقهية تقرر أن «المباشر ضامن وإن لم يتعمد» (السيوطي، 1983)، ولذا يضمن الصبي والمجنون في مالهما ما ألتفاه (الكاساني، 1986). كما أن يد الغاصب يد ضمان تضمن ما تلف تحتها ولو بأفة سماوية (ابن قدامة، 1968). إلا أن هذا المبدأ ينضبط بقاعدة كبرى هي: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»، ولها صيغ منها: «ما ترتب على المأذون فليس بمضمون»؛ وهي تعفي من المسؤولية من أحدث ضرراً بفعل أذن الشارع له به (كفعل الطبيب الماهر المأذون له، أو تأديب الزوج أو الولي بضوابطه)، ما دام الفاعل ملتزماً بحدود الإباحة ولم يقع منه تعدٍ أو تريط (النووي، دت: ابن عابدين، 1992).

ولهذا التباين في المنطلقات أهمية بالغة من الناحية التطبيقية، لا سيما في مسألة توزيع عبء الإثبات. ففي الشريعة الإسلامية، يتقرر الضمان بمجرد ثبوت ركني «الإلتلاف والعلاقة السببية»؛ إذ الأصل في أموال المعصومين الحرمة، فإذا ثبت إلتلاف الفاعل لمال غيره، انعقد سبب الضمان في ذمته مباشرة (ابن قدامة، 1968). وبناءً عليه، لا يُكلف المدعي (المضرور) بإثبات "خطأ" الفاعل أو "عدم مشروعية" فعله، بل يقع عبء الإثبات على المدعي عليه (الفاعل) إذا أراد دفع المسؤولية عن نفسه، بأن يثبت انطباق قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان»، أو أن فعله كان مأذوناً فيه شرعاً ولم يتجاوز حدود تلك الإباحة (النووي، دت: الكاساني، 1986).

أما في القانون الوضعي، فإن الأصل يختلف؛ حيث يقع عبء الإثبات على عاتق المدعي (المتضرر) منذ البداية؛ إذ يتعين عليه إثبات أركان المسؤولية التقصيرية الثلاثة (الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية). فإذا لم يثبت المدعي "ركن الخطأ" أو "عدم مشروعية الفعل"، سقط حقه في التعويض، إلا في حالات ضيقة تتعلق بالمسؤولية المفترضة أو نظرية التعسف في استعمال الحق وفق الضوابط التي يحددها المنظم.

ومع إجماع فقهاء الشريعة على أصول أحكام الضمان، إلا أنه تعددت آراء الفقهاء واجتهاداتهم في العديد من المسائل التفصيلية، مما يعكس حيوية الفقه الإسلامي وقدرته على استيعاب النوازل المعاصرة. ومن أبرز هذه المسائل الخلافية:

أولاً: التعويض عن الضرر الأدبي (المعنوي): اختلف الفقهاء المعاصرون في مشروعية التعويض المالي عن الأضرار غير المادية، كالقذف، والجرح المعنوي، والألم النفسي، على اتجاهين:

الرأي الأول: عدم جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي المحض، وأن جبره يكون عبر العقوبات التعزيرية أو الوسائل غير المالية، وعللوا ذلك بأن هذه الأضرار قيم معنوية لا يمكن تقويمها بمال، وأن المال لا يجبر انكسار النفس أو المساس بالعرض (ابن عابدين، 1992). وهذا ما انتهى إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (1994)، الذي أكد على أن الضرر الأدبي لا يُعوض عنه بالمال إذا لم ينجر عنه ضرر مادي مؤكد.

الرأي الثاني: جواز التعويض المالي عن الضرر الأدبي، قياساً على وجوب الدية والأرش في الجنابة على النفس والأعضاء، ولعموم أدلة إزالة الضرر ووجوب جبره (القرافي، د.ت). واستدلوا بما روي أن النبي ﷺ أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يعطي أعرابياً صاعاً من تمر زائداً «مكان ما روعته»، أي جبراً لما أصابه من الخوف (ابن أبي شيبة، 1409هـ)، مما يدل على جواز الجبر المالي للألام النفسية والمعنوية.

ثانياً: التعويض عن مظل المدين الموسر: اختلف الفقهاء المعاصرون في تكييف وحكم إلزام المدين الماطل -مع قدرته على السداد- بدفع تعويض مالي للدائن جبراً للضرر الناتج عن التأخير، وذلك على اتجاهين:

الرأي الأول (المانعون): ذهبوا إلى عدم جواز إلزام المدين بدفع أي زيادة مالية للدائن مقابل التأخير؛ صيانةً للعقد من الوقوع في ربا الجاهلية (الزيادة مقابل الأجل). واستدلوا بالقاعدة الفقهية المستندة إلى الآثار: «كل قرض جر نفعاً فهو ربا» (ابن أبي شيبة، 1409هـ)، مؤكدين أن التعويض المالي عن التأخير في الديون -وإن سمي تعويضاً- هو في حقيقته زيادة على أصل الدين لا يقابلها إلا الزمن، وهو عين الربا المحرم (ابن قدامة، 1968). وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي الدولي (1989) في قراره بشأن السندات والتأخير.

الرأي الثاني (المجيزون): ذهبوا إلى جواز إلزام المدين الماطل بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر فعلي مؤكد ناتج عن تفويت المال، استناداً إلى قاعدة: «لا ضرر ولا ضار» (مالك، 2004)، ولقوله ﷺ: «ليُّ الواجد يُحلُّ عرضه وعقوبته» (البخاري، 1422هـ)؛ حيث فسروا "العقوبة" بأنها تشمل العقوبة المالية والتعزير بالمال لإزالة الضرر (ابن تيمية، 1995). واشترطوا أن يكون التعويض مقدراً بقدر الضرر

الفعلي لا بنسبة مئوية من الدين لتلا يشبه الربا ، وهو ما أخذت به بعض الهيئات الشرعية بشروط دقيقة تضمن عدم التذرع به للربا.

ثالثاً: ضمان المتلفات (الجناية على ما دون النفس): اتفق الفقهاء على وجوب التعويض المالي في الجنايات التي لم يحدد لها الشارع ديةً مقدرة أو أرشاً معلوماً، كالجروح واللطمات التي لا ينتهي أثرها إلى قطع عضو أو ذهاب منفعة كاملة. وقد اختلفوا في آلية تقدير هذا التعويض، والذي يُعرف فقهيًا بـ «الحكومة»، على اتجاهين:

الاتجاه الأول (الجمهور): ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن التعويض (الأرش) يُقدر بطريقة «حكومة العدل»؛ وصورتها أن يُفترض المجني عليه عبداً سليماً ويُنظر إلى قيمته، ثم يُفترض عبداً معيباً بتلك الجناية ويُنظر إلى قيمته، فما نقص من القيمة السوقية استحق المجني عليه حصته من الدية الكاملة بناءً على تلك النسبة (ابن قدامة، 1968؛ النووي، د.ت؛ الدردير، د.ت).

الاتجاه الثاني (الحنفية): ذهب الحنفية إلى أن التقدير يرجع إلى اجتهاد القاضي أو الحكيم، حيث يقدر مبلغاً من المال يراه مناسباً لجبر الضرر، مراعيًا في ذلك حال الجاني والمجني عليه وجسامة الفعل، دون التقيد الإلزامي بمعادلة نقصان القيمة السوقية للعبد (الكاساني، 1986).

والراجح في النوازل المعاصرة - نظراً لانتفاء نظام الرقيق - أن يُصار إلى اجتهاد القاضي واستثناسه بأهل الخبرة والطب لتقدير الضرر الفعلي بما يحقق العدالة والمواساة، وهو ما يقترّب من مذهب الحنفية وتطبيقات "حكومة العدل" عند المتأخرين.

رابعاً: الشرط الجزائري: اختلف الفقهاء المعاصرون في التكييف الفقهي ومدى لزوم الشرط الجزائري المتفق عليه مسبقاً في العقود (خلاف عقود المديانات)، وهل يجب إنفاذه على المتعاقد المخالف بتمامه ولو جاوز الضرر الفعلي؟ وذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: وجوب الالتزام بالشرط الجزائري المتفق عليه وإمضاؤه على المخالف؛ استناداً إلى عموم الأدلة الموجبة للوفاء بالعقود والشروط، ومنها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]، وقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم» (أبو داود، د.ت). وأصل هذا المذهب يرجع إلى ما قرره الحنابلة من التوسع في إجازة الشروط ما لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً، ولما رُوِيَ عن القاضي شريح أنه قال: «من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه» (ابن قيم الجوزية، 1991؛ البخاري، 1422هـ).

الاتجاه الثاني (وهو المعمول به في المجامع الفقهية): جواز مشروعية الشرط الجزائري من حيث الأصل، مع تقييد لزمومه بحدود «الضرر الفعلي»؛ فللقاضي الحق في تعديل قيمة التعويض المتفق عليها

إذا كانت مبالغاً فيها أو لا تتناسب مع الضرر الواقع، ليكون التعويض جابراً للضرر لا وسيلة للإثراء بلا سبب أو استغلال الطرف الضعيف، عملاً بقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» (مالك، 2004). وهذا ما استقر عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (2000)، الذي أجاز الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن اشتراط الزيادة فيها عند التأخير ربا محض.

خامساً: ضمان المنافع: اختلف الفقهاء في وجوب ضمان المنافع الفائتة بسبب الغصب أو الإلتلاف، بناءً على اختلافهم في حقيقة "المنفعة" وهل تُعد مالاً متقوماً بذاته أم لا؟ وذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول (جمهور الفقهاء): ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن المنافع أموالٌ متقومة، ولذا يجب ضمانها؛ لأنها هي المقصودة من الأعيان في الغالب، ولأن فواتها على المالك بفعل الغاصب أو المتلف يستوجب الجبر المالي قياساً على إلتلاف الأعيان (الدردير، دت: الرملي، 1984؛ ابن قدامة، 1968). واستدلوا بأن الشارع جعل المنافع محلاً للعقود (كالإجارة)، وما جاز أن يكون محلاً للعقد وُجب أن يكون مضموناً عند التعدي.

الاتجاه الثاني (الحنفية): ذهب الحنفية في الأصل إلى عدم ضمان المنافع؛ لأن "المال" عندهم هو كل ما يمكن حيازه وإحرازه والانتفاع به عند الحاجة، والمنافع أعراضٌ لا تبقى زمانين، فلا يتصور إحرازها (ابن عابدين، 1992). إلا أنهم استثنوا من هذا الأصل ثلاث صور يجب فيها ضمان المنفعة صيانةً للحقوق، وهي: مال الوقف، ومال اليتيم، والمال المعد للاستغلال (الكاساني، 1986). كما أوجبوا الضمان في "المنافع المستوفاة" فعلاً؛ لأن الغاصب باستهلاكها قد صار كأنه استهلك عيناً.

وبناءً على هذا الخلاف الجوهرية في تكيف المنافع، تفرع خلاف الفقهاء في "ضمان الكسب الفائت" (الريح الفائت)، حيث يميل الجمهور إلى إلحاقه بضمان المنافع إذا كان محققاً، بينما يتوسع الحنفية في منعه تبعاً لأصلهم في المنافع.

سادساً: التعويض عن الكسب الفائت (الريح الفائت): ويُقصد به فوات منفعة مادية أو ربح مالي كان المضرور يرجو الحصول عليه، ويوجد من الأسباب الظاهرة ما يؤكد تحققه لولا وقوع الفعل الضار. وقد قرر الفقهاء أن الكسب الفائت لا يخرج عن كونه «تقويتاً لمعدوم انعقد سبب وجوده»؛ فالمنفعة هنا وإن لم تكن قائمة وقت التعدي، إلا أن مقتضيها قد وجد وتكامل (ابن تيمية، 1995).

ولاستحقاق التعويض عنه، يشترط الفقهاء -بجانب شروط الضمان الأخرى- أن يكون هذا الكسب «محققاً» لا مجرد وهم أو أمل محتمل؛ إذ إن القواعد الفقهية تفرق بين الضرر المحقق الذي يجب جبره، وبين الضرر الاحتمالي الذي لا يدخل في نطاق الضمان (ابن عابدين، 1992). وبناءً عليه،

فإن الكسب الذي انعقد سببه (كأجرة الأجير المعطل، أو ثمر الشجر المؤبر) يُلحق بضمان الأعيان والمنافع عند جمهور الفقهاء؛ لأن تقويت الكسب المؤكد كإعدام الموجود (ابن قدامة، 1968).

يمكن استخلاص موقف الفقهاء من التعويض عن الكسب الفائت عبر استقراء القواعد العامة في الضمان والمسؤولية المالية، وإن لم يرد هذا المصطلح بلفظه المعاصر في مدوناتهم القديمة. ويتلخص الرأي الأول في الآتي:

الرأي الأول: عدم وجوب التعويض عن الكسب الفائت مطلقاً؛ وهو المذهب المقرر عند فقهاء الحنفية؛ إذ يرون أن الضمان يقتصر على ذات العين المتلفة أو قيمتها يوم الغصب أو الإتلاف، ولا يمتد ليشمل الأرباح المتوقعة أو الكسب المأمول الذي لم يتحقق بعد (الكاساني، 1986).

وقد بنوا هذا التوجه على علل فقهية رصينة، منها:

- أ- انعدام المحل وقت الإتلاف: فالأرباح والكسب الفائت هي أمور معدومة وقت وقوع الفعل الضار، والضمان في مذهبهم يقوم على "المماثلة"، ولا مماثلة بين موجود ومعدوم (ابن عابدين، 1992).
- ب- طبيعة الأموال المضمنة: يشترط الحنفية في المال المضمون أن يكون عيناً يمكن حيازتها وإحرازها، والكسب الفائت ليس عيناً قائمة ولا منفعة مستوفاة، فلا يثبت فيها الضمان (المرغيناني، د.ت).
- ت- نفي الغرر والجهالة: إن الكسب الفائت مبني على الظن والاحتمال، والضمان لا يثبت بالشك، بل يجب أن يكون على ضرر محقق واقع في ملك المضرور وقت التعدي.

الرأي الثاني: وجوب التعويض عن الكسب الفائت بشروط: وهو الاتجاه الذي يمكن استخلاصه من قرارات جمهور الفقهاء (المالكية، والشافعية، والحنابلة) في تطبيقاتهم الفقهية، وإن لم يطلقوا عليه هذا الاصطلاح المعاصر. وينطلق هذا الرأي من أن الكسب إذا انعقد سببه وتأكد حصوله لولا فعل الغصب أو الإتلاف، فإنه يُلحق بالمال الموجود في وجوب جبره (ابن تيمية، 1995).

وتتجلى تطبيقات هذا الرأي في المذاهب الثلاثة كالآتي:

عند المالكية: يقرر فقهاء المالكية أن الغاصب يضمن غلة المغصوب ومنافعه سواء استوفاه أو تركها تضيع تحت يده العادية؛ بل إنهم قضوا في بعض النوازل بتضمين غاصب الأرض الزراعية قيمة ما كان يمكن أن تنتج من زرع (كسب فائت) استناداً إلى قاعدة "الغرم بالغنم" (الخطاب، 1992).

عند الشافعية والحنابلة: يوجبون على الغاصب أجرة المثل للعين المغصوبة مدة بقائها في يده، وهذا التعويض عن "المنفعة" هو في حقيقته تعويض عن الكسب الذي كان المالك سيحصل عليه لو استغل عينه بنفسه أو أجرها (الرملي، 1984؛ ابن قدامة، 1968).

نقصان القيمة السوقية: يضمن الغاصب عند الجمهور نقصان القيمة الناتج عن حبس العين عن الأسواق؛ فإذا فاتت فرصة بيع العين في وقت رواجها بسبب الغصب، ثم رخصت قيمتها، ضمن الغاصب هذا النقص، وهو تعويض صريح عن ربح فائت محقق (النووي، د.ت).

الرأي الثالث: التفريق بين الكسب المؤكد والكسب الاحتمالي: وهو الرأي الذي يمثل المسلك الوسط في تقرير المسؤولية؛ حيث يوجب التعويض عن الكسب المؤكد الذي انعقد سبب وجوده وتكاملت شرائطه لولا وقوع الفعل الضار، ومثاله: استحقاق العامل لأجرته المعتادة في مدة تعطيله القسري عن العمل بسبب الجناية عليه، أو فوات ربح صفقة تجارية قائمة تعين حصولها (ابن تيمية، 1995). وفي المقابل، يمنع هذا الرأي التعويض عن الكسب الاحتمالي الذي يقوم على محض التوقع أو الأمان غير المستتدة إلى سبب ثابت؛ لأن الضرر فيه غير محقق، والقاعدة الفقهية تقرر أن: «الضمان لا يثبت بالشك» (ابن نجيم، 1999). فالضمان في الشريعة يُبنى على اليقين أو الظن الغالب الذي يُلحق المعدوم بالموجود إذا انعقد سبب وجوده.

لكي يستحق المضرور التعويض عن الكسب الفاتت، لا بد من توافر جملة من الضوابط الشرعية التي تضبط هذا الحق وتمنع التوسع فيه بما يخرج به إلى حد الغرر أو الجهالة، ف بجانب الأركان العامة للمسؤولية المالية (التعدي، والضرر، والعلاقة السببية)، يُشترط في التعويض عن الكسب الفاتت «تحقق سببه».

وهذا الشرط يعني أن يكون الكسب مبنياً على سبب قائم وفعلي لولا وقوع الفعل الضار لآل إلى التحقق يقيناً أو ظناً غالباً؛ إذ إن القواعد الفقهية تقرر أن «الضمان لا يثبت بالشك» (ابن نجيم، 1999). وبناءً عليه، يفرق الفقهاء بين الكسب الذي انعقد سبب وجوده (كتقويت غلة العين المغصوبة) وبين الأمانى المحتملة التي لا تستوجب الضمان لعدم تحقق سبب استحقاقها وقت وقوع الضرر (ابن قدامة، 1968).

يُمثل «انعقاد سبب الكسب» الشرط الجوهرى الذي يدور معه وجوب التعويض عن الكسب الفاتت وجوداً وعمداً؛ إذ يُشترط أن يكون هناك سبب قائم وفعلي يجعل حصول المضرور على النفع أمراً مؤكداً أو راجحاً راجحاً بيناً لولا وقوع الفعل الضار. وقد استند الباحثون في تأصيل هذا المفهوم

إلى ما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية (1995) في قواعده الفقهية حيث قال: «الإتلاف نوعان: إعدام موجود، وتقويت لمعدوم انعقد سبب وجوده، وهذا تقويت» (ج 30، ص 31).

فالمفضة في هذه الحالة وإن لم تكن قائمة وقت التعدي، إلا أن مقتضياتها قد وجدت وتكاملت، كالأجرة التي استحقها الأجير بعقده لولا تعطيله، أو ثمار الشجر التي تأبرت لولا إتلافها. ويؤكد ابن تيمية في موضع آخر أن ترك العامل للعمل في المساقاة حتى يفسد الثمر يوجب عليه ضمان نصيب المالك؛ لأن كفه عن العمل مع قيام العقد حراراً، فيلحق حكمه بإتلاف الثمرة تحت اليد العادية (ابن تيمية، 1995). وبناءً عليه، فإن السبب المنعقد (سواء كان عقداً أو استحقاقاً عرفياً مؤكداً) هو الضابط الذي يحول "الفرصة المحتملة" إلى "ضرر محقق" يستوجب الجبر المالي.

المطلب الثاني: التعويض عن الكسب الفائت في النظام السعودي

يتناول المبحث الثالث التنظيم القانوني للتعويض عن الكسب الفائت في ظل النظام السعودي، لا سيما إذا ارتبط النزاع بعنصر أجنبي متمثلاً في (المستثمر الأجنبي) المطالب أو المدعي بالتعويض. ويسعى هذا المبحث إلى إبراز التكييف النظامي لهذا التعويض، مبيناً كيف واءم المنظم السعودي بين مقتضيات تشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي واستقرار المراكز القانونية، وبين المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي التي تُعد الركيزة الأساسية للتشريع في المملكة.

الفرع الأول: التعويض عن الكسب الفائت في نظام المعاملات المدنية

يمثل صدور نظام المعاملات المدنية السعودي نقلة تشريعية في تنظيم المسؤولية المدنية، إذ جاء ليجمع الأحكام المنثورة في المذاهب والاجتهادات القضائية المستقاة من الفقه الإسلامي، ويضعها في إطار نظامي موحد يُحكم قواعد التعويض (Mallat, 2022). وقد كان من أهم ثمار هذا التقنين الحد من الخلافات الفقهية التي كانت تؤدي في السابق إلى تباين الأحكام القضائية رغم تشابه أن لم يكن اتحاد الوقائع؛ فبعد أن أصبحت مواد النظام مرجعية واضحة للقاضي، أمكن تحقيق قدر أعلى من الاستقرار والاتساق في تحديد أركان المسؤولية ونطاق التعويض، مما وفر بيئة قضائية أكثر قابلية للتنبؤ بالنتائج (Oxford Business Group, 2026).

من المواضيع التي قنتها هذا النظام قواعد المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث: الفعل الضار، والتي يقابلها في الفقه بأحكام الضمان والتي تم التطرق لها البحث سابقاً. إذ حدد النظام أركان المسؤولية المدنية للتعويض في ثلاث أركان مترابطة هي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية، وهو ما تستخلصه المحاكم من نصوص المواد (120) و(121) من النظام. فقد نصت المادة (120) على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض"، مما يؤصل الركن الأول باعتباره ملازمة لحقوق

الغير دون سند مشروع، ولم يقف النظام عند لفظ الخطأ وحده، بل أشار إلى مظاهره العملية بمصطلح "الضرر الضار" في المادة (121) التي قررت أنه "إذا كان الفعل الضار من مباشر له؛ عدَّ الضرر ناشئاً بسبب ذلك الفعل؛ ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك"، وهو ما يُعنى بإثبات العلاقة السببية عبر قرينة افتراضها في حالة المباشرة ما لم ينفها المدين.

لا تقتصر المسؤولية في النظام على من باشر الفعل الضار بذاته، بل تمتد لتشمل صوراً أخرى تستدعي التفرقة بينها لاختلاف أسانيدھا القانونية وشروط قيامھا. فهناك المسؤولية عن فعل الغير التي تنشأ في حالات خاصة كمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (الخفاجي والبعاج، 2019)، والمسؤولية عن الضرر الناجم عن الأشياء التي تخضع لقواعد الحراسة والمراقبة على الأشياء التي يُحتمل أن تحدث ضرراً (الزحيلي، 1995). وتأتي أهمية هذه التفرقة في تحديد من يجب أن يقع عليه عبء الإثبات، وفي ضبط نطاق التعويض؛ إذ تختلف أحكام كل نوع منها من حيث وجود قرينة الخطأ أو افتراض السببية، ومن حيث إمكانية إعفاء المسؤول منها في بعض الأحوال، مما يجعلها عنصراً حاسماً في تكييف الدعوى أمام القضاء.

حدد النظام معيار التعويض في المادة (136) بأنه "جبر الضرر كاملاً؛ وذلك بإعادة المتضرر إلى الوضع الذي كان فيه أو كان من الممكن أن يكون فيه لولا وقوع الضرر"، ثم فصل نطاق الضرر القابل للتعويض في المادة (137) ليشمل الخسارة الواقعة والكسب الفائت بشرط أن يكونا نتيجة طبيعية للفعل الضار، كما وسع نطاق التعويض ليشمل الضرر المعنوي بموجب المادة (138) بعد أن كان محل خلاف في القضاء. لكن مما تجدر ملاحظته في شأن التعويض عن الكسب الفائت أن النظام السعودي - خلافاً لما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة - لم ينص صراحة على شرط "تحقق سبب الكسب" أي كون سبب الربح مقطوعاً به، واكتفى باشتراط كونه نتيجة طبيعية للفعل الضار وفق المادة (137).

عدم النص على هذا القيد صراحة يعطي المحاكم سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بهذا الشرط المستفاد من الفقه الإسلامي أو تركه، مما يعني أنه على الرغم من أن نظام المعاملات المدنية قد بتَّ في الخلاف الفقهي الذي ثار حول مشروعية التعويض عن الكسب الفائت، فإنه أرجأ إلى الاجتهاد القضائي الإجابة عن السؤال الأهم: متى تتوافر الشروط الكافية للحكم به، مما يجعل موقف القضاء هو المحدد الفعلي لفاعلية هذا النص.

الفرع الثاني: التعويض عن الكسب الفائت في الأنظمة التخصصية

أولاً: نظام الاستثمار ونظام نزع ملكية العقارات للمصلحة العامة ووضع اليد المؤقت

يشكل التعويض العادل للمستثمر حقاً أصيلاً يتجلى في تفاعل بين الأنظمة في المملكة العربية السعودية، إذ يستند هذا الحق إلى المادة (18) من النظام الأساسي للحكم التي تنص على أن "الدولة تكفل حرية الملكية الخاصة وحرمتها، ولا ينزع من أحد ملكه إلا للمصلحة العامة على أن يعوض المالك تعويضاً عادلاً". ويأتي نظام الاستثمار الجديد (الصادر بالمرسوم الملكي م/19 لسنة 1446هـ) ليؤكد هذا المبدأ في المادة الرابعة/ج، حيث يُحظر نزع الملكية (بشكل مباشر أو غير مباشر) إلا للمصلحة العامة ووفق الإجراءات النظامية ومقابل "تعويض عادل". غير أن هذا النص العام يجد تفعيله عبر الإحالة إلى نظام خاص هو نظام نزع ملكية العقارات للمصلحة العامة ووضع اليد المؤقت (الصادر بالمرسوم الملكي م/61 لسنة 1447هـ)، الذي يحدد الآليات التنفيذية لقياس هذا التعويض. وي طرح هذا التكامل التشريعي إشكالية جوهرية مفادها أن نظام نزع الملكية، في صيغته المستحدثة، يقتصر في نصوصه الصريحة على التعويض عن قيمة العقار المنزوع (القيمة السوقية العادلة مضافاً إليها 20٪) والتعويض عن الأضرار المباشرة الناجمة عن إجراءات النزع، دون أن يتضمن نصاً واضحاً يجيز التعويض عن "الربح الفائت" الذي كان المستثمر سيحققه لولا النزع.

وقبل صدور نظام المعاملات المدنية، كان موقف القضاء الإداري (ديوان المظالم) من التعويض عن الكسب الفائت قائماً على مبدأ أساسي هو رفض التعويض عن الأرباح المحتملة التي لم يتحقق سببها، مستنداً إلى قاعدة فقهية تمنع التعويض عن الغرر (Freshfields, 2022)، حيث اعتبرت المحاكم أن تقييم الربح في سيناريو افتراضي ينطوي على قدر من الاحتمالية التي قد تقع أو لا تقع (الشرقاوي، 2016). ومثاله الحكم في القضية رقم 4663/2 ق لعام 1429هـ إذ قررت الدائرة في معرض حكمها برفض التعويض عن الكسب الفائت أن مطالبة المدعي بالتعويض عن الأرباح والفرص الفائتة هي مطالبة عن ضرر محتمل لا يعوض عنه شرعاً. وقضي بذات الشيء في حكم آخر (لقضية رقم 1300/1 ق لعام 1433هـ) على معلة أن "طلب المدعية يدخل في إطار التعويض عن الأضرار المحتملة والأرباح على افتراض أنه لو قامت بالتعاقد مع الجهة المدعى عليها، لتحققت لها تلك الأرباح والمكاسب، وهذا الضرر المحتمل غير الحال أو المباشر لا يُعوض عنه قضاءً".

بل أن بعض دوائر الديوان كما هو الحال في الحكم الصادر برقم (1/1783 ق) لعام 1413هـ، في معرض تنفيذ حكم أجنبي صدر عن محاكم دبي اخذت بالقول المحرم للتعويض عن الكسب الفائت مع أن نطاق الامتناع عن تنفيذ الأحكام الأجنبية لا يتجاوز بحث موضوع الدعوى ولا يجيز

للقاضي الامتناع عن التنفيذ إلا في حدود المصلحة العامة التي تنتهي بما أن هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء.

ومع ذلك، لم يكن هذا الموقف مطلقاً، فقد استقر اجتهاد المحاكم الإدارية على جواز التعويض عن الكسب الفائت متى ما توفر سبب مباشر وواضح له وتم إثباته بدليل قاطع، كأن يكون قائماً على علاقة تعاقدية واضحة أو حسابات قابلة للتحديد (الشرقاوي، 2016). وفي هذا السياق، صرحت محكمة الاستئناف بديوان المظالم بأن "الموقف المستقر للمحاكم بعدم منح تعويض عن الربح الفائت ليس مطلقاً"، وأجازت في حالات محددة التعويض عن فرصة ضائعة يعترها اليقين، خاصة في قضايا الإخلال بالالتزامات التعاقدية أو القرارات الإدارية الخاطئة التي أدت إلى إغلاق منشآت تجارية (الشرقاوي، 2016). ويبرز هذا التوجه استعداداً مبكراً للقضاء الإداري مسألة تطوير مفهوم التعويض العادل، وهو ما تم تعزيزه لاحقاً مع إصدار نظام المعاملات المدنية الذي سمح صراحة بالتعويض عن "الضرر الأدبي والضرر المادي المتمثل في فوات كسب" وفق ضوابط محددة.

وعليه من الممكن أن يتم تعويض المستثمر عن الكسب الفائت شريطة أن يكون هذا التعويض من الأضرار المباشرة لنزع ملكيته وهو ما يفهم من عجز الفقرة ج/1 من المادة والتي تنص على تعويض المستثمر عن "مقابل الأضرار الناشئة نتيجة إجراءات نزع الملكية".

ثانياً: نظام التخصيص

تقوم فلسفة نظام التخصيص السعودي ولأئحته التنفيذية على إرساء مبدأ "الاستقرار المالي للمشروع" كضمانة أساسية لجذب الاستثمارات طويلة الأجل (Supra, 2022)، حيث يتبنى النظام منهجاً يعوض المستثمر عن الأضرار الناتجة عن القرارات السيادية أو التغييرات الجوهرية التي تجريها الدولة للمصلحة العامة (Renneboog and Sarmento, 2016). ويهدف هذا الإطار القانوني إلى طمأنة القطاع الخاص بأن دخوله في شراكة مع الدولة لن يجعله عرضة لخسائر ناتجة عن تقلبات السياسات الإدارية، بل يُضمن له استرداد نفقاته الرأسمالية وتحقيق عائد معقول على الاستثمار وفقاً لما تم الاتفاق عليه في دراسات الجدوى المعتمدة (Xiong, W, 2017).

أما فيما يخص التعويض بشكل عام والتعويض عن "الربح الفائت" بشكل خاص، فإن النظام ولأئحته يفرقان بدقة بين استحقاقه في مرحلة ما قبل التعاقد وبعده؛ فقبل توقيع العقد، لا يوجد كأصل أي التزام قانوني بالتعويض كما هو واضح من نص المادة 13 من النظام ونصها " للجهة التنفيذية في أي وقت قبل توقيع العقد إلغاء طرح مشروع التخصيص، بعد موافقة الجهة المختصة متى رأت في ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة. وفي هذه الحالة؛ لا يستحق أي من المتنافسين أي تعويض ما لم يقرر مجلس

إدارة المركز غير ذلك بناءً على توصية من الجهة التنفيذية". وكاستثناء أعطت هذه المادة مجلس إدارة المركز السلطة التقديرية في منحه.

فيما يخص بعد توقيع العقد، فقد أعطى النظام الجهة المتعاقدة صلاحية الاتفاق على التعويض عن الكسب الفائت الذي يستحقه الطرف الخاص في حال إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لسبب مرتبط بالجهة التنفيذية دون وقوع إخلال من الطرف الخاص، كما هو واضح من الفقرة 3 من المادة 24 من النظام والتي تنص على "مع مراعاة أحكام العقد ذات العلاقة، يجوز أن يحدد العقد نطاق التعويض عن الكسب الفائت الذي يستحقه الطرف الخاص في حال إنهاء عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص لسبب مرتبط بالجهة التنفيذية دون وقوع إخلال من الطرف الخاص".

تضيف هذه الفقرة قيوداً على منح المستثمر التعويض عن الكسب الفائت -بالإضافة إلى الشروط الأخرى- ألا وهو ألا يكون المتعاقد الطرف المتسبب في إنهاء العلاقة التعاقدية.

ومع ذلك، يثور التساؤل حول ما إذا كان المتعاقد الذي أنهى عقده بسبب إخلاله بالتزاماته الجوهرية، يستحق تعويضاً عن الكسب الفائت، إذا ما استتبع هذا الإنهاء نزع ملكية عقارات المشروع وفقاً لنظام نزع ملكية العقارات للمصلحة العامة ووضع اليد المؤقت. فالمادة السادسة من نظام نزع الملكية تقضي باستحقاق المالك تعويضاً يقوم على القيمة السوقية للعقار، مضافاً إليه عوض نزع ملكية بنسبة 20٪، ومقابل الأضرار الناشئة عن إجراءات النزع.

إلا أن أعمال القاعدة الأصولية القاضية بأن "الحكم الخاص يُقدم على الحكم العام" يقتضي حمل المطلق على المقيد. فحكم المادة الرابعة من نظام نزع الملكية ورد عاماً مطلقاً في تقرير التعويض العادل، في حين أن حكم المادة الرابعة والعشرين من نظام التخصيص يُعد نصاً خاصاً مقيداً يحكم الحالة تحديداً، مما يوجب تقديمه. ومن ثم، يمنع النص الخاص المتعاقد المخل من التعويض عن الكسب الفائت. ويمكن الوصول إلى النتيجة ذاتها بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية؛ ذلك أن سبب إنهاء العقد والحرمان من الكسب المستقبلي يرجع إلى تقاعس المتعاقد ذاته، مما يؤدي إلى انقطاع رابطة السببية بين إجراء نزع الملكية الصادر عن الجهة الإدارية وضرر الكسب الفائت.

كذلك يعالج النظام أيضاً مسألة التعويض من خلال "التعويض العيني" وليس النقدي فقط، مثل تمديد مدة العقد أو تعديل التعريف. هذا النوع من التعويض يعزز فرضية "المنشأة المستمرة"، حيث يُمنح المستثمر وقتاً إضافياً لاسترداد أرباحه التي فاتته بسبب التعليق أو التعديل، مما يحافظ على الجدوى

الاقتصادية للمشروع دون تحميل خزينة الدولة أعباء نقدية فورية ضخمة ، وهو حل توازني يخدم استدامة الشراكة.

وفيما يتعلق بالتمييز بين المنشأة المستمرة (Going Concern) وغير المستمرة (Non-Going Concern)، فإن نظام التخصيص ولأئحة التنفيذية لا تفرقان صراحة بين هذين المفهومين عند تحديد قيمة التعويض، لا سيما في حالات "إنهاء العقد للمصلحة العامة".

إلا أن اللائحة أجازت عند توقيع عقد التخصيص سلطة التمييز بين هاتين المنشأتين في كل عقد من عقود التخصيص على حدة، إذ تمنح اللائحة التنفيذية (المادة 21 من النظام والمواد المرتبطة في اللائحة) مرونة واسعة في صياغة "بنود التعويض" داخل عقود التخصيص، حيث تسمح للطرفين بالاتفاق على معادلات حسابية محددة سلفاً لحالات التعويض.

حوكمة مرحلة صياغة عقد التخصيص تتيح للمستثمر ضمان حقوقه في الربح الفائت عبر النص على "معدل العائد الداخلي المستهدف"، بحيث إذا تدخلت الدولة وأثرت على هذا العائد، يتم تعويضه بما يضمن بقاءه ضمن النطاق المتفق عليه، وهو ما يجسد مفهوم حماية المنشأة ككيان رابح مستمر. فإذا كان المشروع يُعامل كمنشأة مستمرة (Going Concern)، فإنه من الممكن ألا يقتصر التعويض فقط على التكاليف الفعلية فحسب، بل يمتد ليشمل القيمة الحالية للأرباح المستقبلية المتوقعة حتى نهاية مدة العقد، مع خصمها بمعدل يتناسب مع القيمة الزمنية للنقود، لضمان حصول المستثمر على تعويض يماثل القيمة السوقية العادلة لمشروعه القائم والمنتج.

أما في حالة التعامل مع المشروع كمنشأة غير مستمرة - (Non-Going Concern) وهو ما يحدث غالباً عند إنهاء العقد بسبب تقصير جسيم من المستثمر أو في مراحل البناء الأولية التي لم تبدأ فيها العمليات التشغيلية بعد - فإن التعويض يميل إلى التركيز على "التكاليف الغارقة (Sunk Costs) والنفقات الرأسمالية الفعلية التي أنفقت، مع استبعاد الأرباح المستقبلية أو تقليصها إلى حدها الأدنى.

فالمرونة الممنوحة للجهة التعاقدية هنا تسمح بحماية المستثمر من خسارة رأس المال المستثمر ولكنه لا يضمن له أرباحاً لم تتحقق أسسها التشغيلية بعد أو كان هو المتسبب في توقفها.

ختاماً، يمكن القول: إن نظام التخصيص السعودي ولأئحته قد انتقلا من مفهوم "التعويض عن الخسارة الفعلية" فقط إلى مفهوم "التعويض عن الضرر الاقتصادي المتوقع" وذلك من خلال إعطاء مرونة للأطراف في عقد التخصيص الاتفاق على تقدير التعويض الذي يمكن الجهة التفرقة بين حالات الاستمرار والتوقف، وفصل الربح الفائت المؤكد عن الاحتمالي، بما يوجد بيئة قانونية تتسم بالشفافية

والقدرة على التنبؤ، وهي الركيزة الأساسية التي يبحث عنها المستثمرون في مشاريع البنية التحتية والخدمات العامة الكبرى.

يمثل هذا التحول التشريعي نقلة مركبة من نموذج منفتح تجاه التعويض عن الكسب الفائت إلى نموذج منضبط؛ إذ انتقل المشرع أولاً من الإطلاق إلى التقييد الموضوعي، في حين يجيز نظام المعاملات المدنية هذا التعويض ويسكت عن قيوده وترك أمر تقديره للسلطة القضائية أو للهيئة التحكيمية الواسعة، إلا أن نظام التخصيص تدخل فيه بنصوص واضعاً قيداً موضوعياً صريحاً (الإخلال الجوهري) يحجب التعويض بصرف النظر عن أي اجتهاد لاحق.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل جاوزه بالانتقال من الدور التفاعلي إلى الدور الاستباقي، فبعد أن كان دور المشرع مقتصرًا على تقرير مبدأ قابلية الكسب الفائت للتعويض والانسحاب لحين نشوء النزاع والذي قد تتفاجأ بقيمته خزينة الدولة، صار يتولى توجيه إرادة الأطراف مسبقاً بإلزامهم بالاتفاق التعاقدية على سقف التعويض وطرق احتسابه، حائثاً إياهم على إدارة المخاطر في مرحلة ما قبل التعاقد.

المبحث الرابع: تحليل أوجه التمايز والتطبيقات العملية بين أحكام الضمان في الشريعة وقواعد المسؤولية الدولية

بعد أن استوفت المباحث السابقة دراسة نطاق مسؤولية الدولة عن التعويض عن الكسب الفاتت ضمن قواعد ARSIWA وتأسيس قواعد المسؤولية التقصيرية في النظام الوطني بما في ذلك قواعد الضمان في الشريعة الإسلامية، يأتي هذا المبحث ليُخضع تلك الأصول للمقارنة التحليلية النقدية، فيكشف عن تكامل المنظومة الشرعية وانسجام حلول نظام التخصيص السعودي معها.

وعليه قسم هذا المبحث إلى سبعة مطالب: مستهلاً ببيان نطاق المخاطبين بأحكام الضمان مقارنة بأحكام قواعد ARSIWA، ثم تعرّج على المنطلقات العقدية والفلسفية الحاكمة لكل منهما، لتتعلق بعد ذلك إلى تحديد نطاق العلاقات القانونية المشمولة بالحكم والنطاق الموضوعي لقيام المسؤولية، ثم تحلل دور النية أو العلم في ترتيب الضمان على المباشر والمتسبب، وبعد تمهيد هذه الأصول المقارنة تخلص إلى المعيار الضابط للتعويض عن الكسب الفاتت، لتتوّج أخيراً بعرض أساليب حوكمة نظام التخصيص السعودي باعتبارها أنموذجاً تشريعياً مستجيباً لتلك الأصول ورادعاً للأحكام الفالجة.

المطلب الأول: نطاق المخاطبين بالأحكام

تتميز قواعد الضمان في الشريعة الإسلامية بشمولية خطابها؛ فهي لا تقصر أحكامها على فئة دون أخرى، بل تخاطب كل مكلف أياً كانت صفته. فالحاكم والمحكوم، والدولة والمنظمة الدولية، والفرد العادي، هم سواء في تحمل تبعه الضمان متى تحققت أركانه المتمثلة في الإلتاف والضرر والعلاقة السببية.

ففي هذا الإطار، لا تتمتع الدولة في الفقه الإسلامي بحصانة مطلقة تمنع مساءلتها عن أفعالها الضارة، بل هي كالفرد تلتزم بجبر الضرر الذي تتسبب به للغير، وهي ما يعبر عنه الفقهاء بقاعدة "الحصانة لا تعني الإفلات من الضمان".

أما قواعد ARSIWA فهي ذات نطاق شخصي محدود، إذ تخاطب أشخاص القانون الدولي العام حصراً، وعلى رأسهم الدول والمنظمات الدولية، بوصفها كيانات ذات سيادة تمارس اختصاصاتها على الصعيد الدولي. ولا يستطيع الفرد العادي الاحتجاج بهذه المواد مباشرة، بل يحتاج إلى أن يتبنّى دولته مطالبته عبر آلية الحماية الدبلوماسية.

غير أن نظام التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي أحدث تطوراً مهماً في هذا الشأن، مما منح المستثمر الأجنبي حقاً استثنائياً في مقاضاة الدولة المضيفة مباشرة استناداً إلى أحكام ARSIWA، معتبراً إياه طرفاً في العلاقة القانونية الدولية بمقتضى معاهدة الاستثمار. وهذا يختلف جوهرياً عن أصل

القاعدة في الشريعة الإسلامية، حيث يحق لكل متضرر -سواء كان مستثمراً أم لا، وطنياً أم أجنبياً- أن يرفع دعواه مباشرة أمام القاضي دون حاجة إلى وسيط، لأن حق التقاضي وجبر الضرر حق أصيل للإنسان لا يتوقف على صفته أو جنسيته.

وخلاصة القول: إن وحدة القواعد كقواعد الضمان في الشريعة الإسلامية تقيم نظاماً قانونياً متكاملًا تذوب فيه الفوارق المصطنعة بين المسؤولية الوطنية والدولية، فتسري أحكامه على الدولة والفرد بذات المعيار ودون تفرقة؛ فالأصل أن الضمان ينشأ عن مجرد الإلتاف والضرر والعلاقة السببية، دون اشتراط وصف الفعل بكونه "غير مشروع دولياً" أو تكييف العلاقة بأنها "عامة" أو "خاصة"، مما يغلط باب الانتقائية التي تتيح للمستثمر الأجنبي تعويضاً كاملاً عبر معاهدة دولية بينما يخضع المواطن لقيود أضيق. وهذا الانصراف ييسر سبيل التقاضي المباشر لكل متضرر دون وسيط دبلوماسي أو شرط معاهدة، ويحمي المالية العامة في الآن ذاته من خلال ضابط "انعقاد سبب الكسب" الذي يحصر التعويض في الضرر المحقق والأرباح المؤكدة، مانعاً التعويضات الجزافية التخمينية التي تثقل كاهل الدول، ومحققاً بذلك توازناً عادلاً بين جبر الضرر وحماية المصلحة العامة.

المطلب الثاني: من حيث المنطلقات

ينطلق فقه الضمان في الشريعة الإسلامية من قاعدة كلية مفادها أن الضرر لا يكون مبرراً لضرر مماثل، وأن التعويض مشروع لجبراً لحق بالمضروب من خسارة حقيقية محققة لإثراء المدعي به. ولهذا الأصل حُرِّم الربا تحريمًا قطعياً لأنه فضل مال بلا عوض يفضي إلى أكل أموال الناس بالباطل، وحُرِّم الغرر لأنه مظنة النزاع ومنبت الخصام القائم على الجهالة الفاحشة التي لا يُحتمل مثلها في عقود المعاوضات، واعتُبر الغبن الفاحش مع التفرير من أسباب فسخ العقد لأنه استغلال لعدم استواء المتعاقدين في خبرة السلعة أو ظروف السوق.

في مقابل ذلك، فإن قواعد المسؤولية الدولية ARSIWA توجب صراحة دفع فوائد على مبلغ التعويض المستحق عن الفعل غير المشروع (المادة 38)، وتجعل من التعويض عن الخسائر المستقبلية غير المؤكدة جزءاً من الممارسة التحكيمية التي تنتظر إلى الكسب الفائت على نحو احتمالي واسع، كما أن أسواق المال والاستثمار الدولية تقوم على عقود وعمليات ينظر إليها الفقه الإسلامي بوصفها من قبيل الغرر المحرم؛ فالمشترقات المالية وعقود التأمين التجاري والمضاربة غير المنضبطة أمثلة ظاهرة على هذه المفارقة الجوهرية. وهكذا، تتجلى القطيعة المنهجية بين منظومتين: الأولى تُخضع حق التعويض لعدسة اليقين ونفي الظلم، والثانية تُسبِّس هذا الحق ضمن معادلات اقتصادية تبيح الربا وتتسامح مع الغرر في سبيل استمرار دورة رأس المال الدولي.

تتبعكس هذه المنطلقات الشرعية انعكاساً مباشراً على عقيدة القاضي الوطني وطريقته في النظر إلى طلبات التعويض، وبخاصة التعويض عن الكسب الفائت. فالقاضي الوطني الذي تشرب عقيدة تحريم الغرر لا يبني حكمه على مجرد احتمال الربح، بل يشترط أن يكون الكسب الفائت قائماً على يقين أو على ظن الذي يغلب عليه اليقين، مشترطاً تقديم أدلة مادية ملموسة تثبت أن الفرصة كانت محققة لا مبنية على مجرد الأمل. وهو بهذا يُضيقُ الخناق على التقديرات الجزافية ويعيد التعويض إلى وظيفته الجابرة لا المثرية بلا سبب، رافضاً أن يكون القضاء أداة لتحويل مجرد الأمل إلى دين واجب الأداء.

المطلب الثالث: نطاق العلاقات القانونية المشمولة بالحكم

تتجاوز قواعد الضمان في الشريعة الإسلامية التقسيمات القانونية الحديثة بين القانونين العام والخاص، وبين العلاقات الأفقية (بين الأفراد) والعلاقات الرأسية (بين الفرد والدولة). فالضمان في الفقه الإسلامي ينشأ عن كل إتلاف أياً كان مصدره، سواء صدر عن فرد عادي في سياق علاقة تعاقدية أو تقصيرية، أم صدر عن السلطة العامة بصفتها متعاقداً أو مصدرراً لقرارات إدارية. ولا يشترط الفقه الإسلامي لقيام الضمان أن يوصف الفعل بأنه "غير مشروع دولياً"، بل يكفي أن يتحقق الإتلاف والضرر، وينظر إلى طبيعة الفعل لا إلى طبيعة العلاقة التي نشأ عنها.

أما نطاق ARSIWA الموضوعي فيقتصر على الأفعال التي تشكل "انتهاكاً لالتزام دولي" قائم بموجب معاهدة أو قاعدة عرفية، أي أن المسؤولية الدولية لا تتعد لمجرد الإضرار بالغير، بل يجب أن يقتصر هذا الضرر بخرق قاعدة من قواعد القانون الدولي العام. وهذا القيد الموضوعي يُخرج من نطاق ARSIWA العلاقات الخاصة بالبحثة بين الأفراد، والمنازعات التي يحكمها القانون الوطني حتى لو كان أحد أطرافها دولة.

لذلك تلجأ هيئات التحكيم في منازعات الاستثمار إلى التمييز الحاسم بين المطالبات ذات الطابع التعاقدية (التي تخضع للقانون الوطني ونطاقه الموضوعي الأوسع) والمطالبات المنبثقة من المعاهدات الدولية (التي تخضع لـ ARSIWA ونطاقها الموضوعي المقيد بوجود خطأ دولي).

وهذا التفريق يعني عملياً أن قواعد ARSIWA لا تشمل كل علاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، بل تقتصر على العلاقات التي يكون فيها الإخلال من جانب الدولة موجهاً ضد التزام دولي قطعته في معاهدة استثمار، بينما تخضع سائر العلاقات الأخرى للقانون الوطني، الذي يمثل هو الآخر - في حال كان قانوناً يستند إلى أحكام الشريعة كالنظام السعودي - مظلة أوسع من حيث العلاقات المشمولة بالضمان.

المطلب الرابع: النطاق الموضوعي

تقوم مسؤولية الدولة في القانون الدولي، وفقاً للمادة الثانية من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً (ARSIWA)، على ركن جوهري هو "العمل غير المشروع دولياً"، والذي يتحقق بشرطين: نسبة الفعل إلى الدولة، وكون ذلك الفعل خرقاً لالتزام دولي قائم. وبهذا، فإن عدم المشروعية (Wrongfulness) أو الخطأ الدولي هو ركن تأسيسي للمسؤولية؛ فإذا كان فعل الدولة مشروعاً بموجب قواعد القانون الدولي، انتفت مسؤوليتها، ولو ترتب على هذا الفعل أضرار جسيمة بالغير. فلا يكفي مجرد الضرر لإقامة المسؤولية الدولية، بل يتعين على المدعي أن يثبت أن الفعل الذي أحدث الضرر يشكل انتهاكاً لمعاهدة أو قاعدة عرفية دولية.

أما أحكام الضمان في الشريعة الإسلامية وعلى وجه الخصوص عند مسؤولية المباشر، فإنها تنطلق من منطقتين مغايرتين تماماً؛ فالمسؤولية عن الضرر لا تتوقف على كون الفعل "غير مشروع" أو "خطأ"، بل تقوم متى تحققت أركانها الثلاثة: الإلتلاف (أي فعل الإضرار)، والضرر، والعلاقة السببية بينهما. فالدولة أو الفرد يُسأل عن كل فعل ضار أياً كان وصفه الشرعي من حيث الإباحة أو المنع، طالما ترتب عليه ضرر بالغير، ولا يُستثنى من ذلك إلا ما قام عليه دليل خاص يُسقط الضمان، كقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" التي تعفي من أضر بفعل أذن له الشرع به إيداناً محددًا مقيداً بضوابطه (كإجراء الطبيب عملية جراحية بإذن صحيح).

العبرة إذن بالإلتلاف والضرر لا بعدم المشروعية، وهذا يعني أن الدولة تُسأل عن أفعالها المشروعة التي أفضت إلى ضرر بالآخرين بنفس الأساس الذي تُسأل به عن أفعالها غير المشروعة، فلا تبراؤها ذمتها المالية إلا بجبر الضرر، وهو ما يجعل نطاق المسؤولية في الشريعة أوسع وأثقل على الدولة منه في القانون الدولي.

وهذا الفارق يلقي على عاتق الدولة التزاماً أشمل وأثقل، إذ لا تجد في قواعد الضمان منفذاً للتهرب من تبعات أفعالها بحجة أنها "مشروعة" بموجب قاعدة دولية أو قرار أممي؛ ويتجلى هذا الأثر بوضوح في أفعال كالعقوبات الاقتصادية التي تُفدت ضد شعب العراق بين عامي 1990 و2003، والتي نجم عنها كوارث إنسانية مهولة ومع ذلك تظل الدولة القائمة بها بمنأى عن المسؤولية في إطار ARSIWA لانتهاء وصف عدم المشروعية الدولية عن تلك العقوبات.

ولعل تطبيق المملكة العربية السعودية أحكام الضمان الشرعي بوصفها أساساً لمسؤولية الدولة المدنية يُفسر جانباً مهماً من نجاحها في تجنب موجة الدعاوى التحكيمية التي رفعها المستثمرون الأجانب تجاه العديد من الدول المستضيفة إبان الأزمات الاقتصادية في عامي 1990 و2008؛ ذلك أن هذه الأحكام، لشمولها كل فعل ضار أياً كان مصدره، أوجدت نسيجاً قانونياً متماسكاً يعالج المظالم

في الداخل أولاً، فلا يضطر المستثمر المتضرر إلى الالتجاء للتحكيم الدولي بحثاً عن إنصاف يفتقده في نظام وطني قاصر عن مساواة دولته.

المطلب الخامس: دور النية

من أوجه الشبه بين أحكام الضمان في الشريعة الإسلامية وقواعد مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً ARSIWA أن كلا النظامين لا يجعل من نية المخطئ ركناً لازماً لقيام أصل المسؤولية في جملة من التطبيقات؛ إذ تقوم مسؤولية الدولة الدولية متى تحقق خرق الالتزام الدولي بصرف النظر عن قصدها أو سلامة نيتها.

بالمثل تقوم مسؤولية الضمان في الفقه الإسلامي في صور الإلتلاف المباشر بمجرد تحقق الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية دون توقف على نية الفاعل أو علمه.

غير أن الفقهاء -لإحكامهم النظر في مناط الضمان- استلزموا وجود النية أو التعدي لتضمنين المتسبب، بخلاف المباشر الذي يضمن إلتافه ولو انتفت نيته، في تفصيل بديع يضبط عدالة التوزيع بين صور الفعل. كذلك ضمنّت قواعد ARSIWA في المادة 16 من الباب 4 الدولة المقدمة للعون أو للمساعدة لدولة أخرى (الدولة التي أقدمت على إتيان الفعل غير المشروع) شريطة العلم بوجود التعدي.

وقد يقال إن نظام المعاملات المدنية السعودي لا يفرق بين المباشر والمتسبب بحكم أن نصوص الفصل الثالث خلت من أي أحكام تقابل تلك الموجودة في الفقه الإسلامي بهذا الخصوص. غير أن هذا القول مردود عليه بأن عجز المادة 1 من هذا النظام أتاحت "إن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها" تطبيق "الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام". والمدعي بالتعويض وفق هذا النظام بالخيار أن يقيم دعواه على المباشر فقط وفق أحكام هذا النظام وله إقامتها أيضاً ضد المتسبب وفق الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية، فعدم تقنينها في الفصل الثالث ليس مانعاً دام أن النظام سكت عنها بالكلية فلا تعارض من تطبيقها عند إذ.

المطلب السادس: المعيار الضابط لمنح التعويض عن الكسب الفاتت

لم تضع قواعد المسؤولية الدولية للدولة عن الأفعال غير المشروعة ARSIWA ولا الاجتهادات القضائية والتحكيمية معياراً دقيقاً وملزماً يفصل بين حالات التعويض عن الكسب الفاتت وحالات رفضه، بل تركت المادة 36 من ARSIWA الباب مفتوحاً أمام سلطة تقديرية واسعة للمحكم أو القاضي الدولي. فبعد أن نصت على أن التعويض يغطي "الضرر المحقق" بما فيه "مافات من كسب"، أضافت قيداً عاماً مفاده أن يكون ذلك "في الحدود التي يثبت فيها"، دون أن تحدد مستوى الإثبات المطلوب أو طبيعة الأدلة المقبولة.

وبسبب هذا الفراغ التشريعي تأرجح القضاء وهيئات التحكيم الدوليين بين صيغ لغوية فضفاضة، فاشتراط تارة أن يكون الكسب الفائت "مؤكدًا" أو قائمًا على "احتمال معقول" أو "غير تخميني صرف"، وتبنت تارات أخرى معيار "السببية الكافية" التي قد تسمح بإدخال خسائر بعيدة الصلة بالضرر الأصلي. وأشهر مثال على هذا التذبذب ما ورد في قضية مصنع خورزوف (Chorzów Factory) حيث ربطت المحكمة العدل الدائمة الدولية التعويض عن الأرباح الفائتة بـ"إثبات وجودها"، ثم تركت المحاكم اللاحقة هذا المفهوم عرضة للاجتهادات المتباينة، فمرة يُرفض التعويض لعدم كفاية الأدلة، ومرة يُقبل بناءً على تقارير خبراء ماليين تستند إلى معادلات اكتوارية تفترض أسعار فائدة ربوية ومعدلات نمو افتراضية لا تعكس يقيناً اقتصادياً بل مجرد توقعات.

ولما كان الحال كذلك أصبح التعويض عن الكسب الفائت في الممارسة الدولية مسألة متروكة لتقدير المحكمة في كل قضية على حدة، مما يفقد المبدأ قدرته على تشكيل قاعدة ضابطة تلجأ إليها الأطراف مقدماً، ويُحوّل الحكم إلى نتيجة تفاوضية بين خبراء الاقتصاد لا إلى تطبيق لقانون موضوعي ثابت.

على النقيض من ذلك، أسس الفقه الإسلامي قاعدة واضحة ومضبوطة للتعويض عن الكسب الفائت مردّها إلى فكرة "تحقق سبب الكسب"، وهي قاعدة فقهية تبني على ركنين متلازمين:

الأول: أن يكون سبب الكسب قائماً ومستقراً وقت وقوع الضرر، كأن يكون الضحية قد أبرم عقداً ملزماً، أو زرع أرضاً وأثمرت، أو امتن حرفة قائمة لها دخل متحقق، فيُعد ما يفوته من ربح بفعل العدوان بمثابة خسارة محققة، لا مجرد أمل أو فرصة يكتسبها الغرر.

الثاني: أن العبرة في التقدير بحصول اليقين أو الظن الغالب الذي يلحق باليقين، فلا يُلتفت إلى الأرباح المتوهمة أو التي لم تنشأ مقدماتها المادية، ولهذا يرفض القاضي دعوى التعويض عن مشروع لم يبدأ المتضرر في تنفيذه، أو عن تجارة لم يبرم عقودها، لأن هذه الصور من "الكسب الفائت" تدخل في باب الغرر المنهي عنه، فلا تصلح محلاً للضمان.

بهذا المنهج يصبح المعيار الشرعي معياراً موضوعياً محدداً: فمتى تأكد سبب الكسب، تأكد التعويض، ومتى كان السبب مظنوناً ظناً لا يبلغ درجة الرجحان أو كان موهوماً، انتفى الضمان. وهذا يمنع القضاء من فوضى التقدير التي تعترى القانون الدولي، حيث يتحول التعويض عن الكسب الفائت من تعويض عن ضرر محقق إلى وسيلة للتأمين ضد الآمال الزائفة.

المطلب السابع: حوكمة التعويض عن الكسب الفائت

بسبب أهمية تشجيع الاستثمار الأجنبي خصوصا في عقود التخصيص من جهة وتجنب آثار الأحكام الفالجة من جهة، أخذ نظام التخصيص موقفا استباقيا يزيد من مسؤولية الجهة الإدارية ويطمئن المستثمر من خلال أساليب حوكمة فاعلة.

تتعلق حوكمة التعويض عن الكسب الفائت في نظام التخصيص من قاعدة أولية مفادها أن الأصل عدم جواز المطالبة بأي تعويض عن المراحل السابقة على إبرام العقد، مما لا يرتب التفاوض ولا الأمل في الترسية التزاما قبل تبادل الإيجاب والقبول الملزمين.

غير أن نظام التخصيص، بطبيعة عقود الاستثمارية المعقدة أجاز للطرفين الاتفاق على معايير احتساب قيمة التعويض عن الكسب الفائت صراحة في متن العقد، مما يُخرج المسألة من دائرة الاجتهاد القضائي أو هيئات التحكيم عند نشوء النزاع ويُخضعها لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. فهذا الأسلوب يحوّل التعويض عن الخسائر المستقبلية من فكرة قانونية فضفاضة إلى بند عقدي محدد المعايير، يقاس على ضوئه مقدار الربح الذي كان المتعاقد سيحققه فعلاً لولا الإنهاء للعلاقة العقدية، ويؤسس بذلك سباجا قانونيا يمنع تضخيم المطالبات ويضبط التوقعات من البداية.

لم تكتفِ حوكمة نظام التخصيص بوضع معيار اتفاقي للحساب، بل ربطت استحقاق التعويض بقيدين موضوعيين يضبطان فعالية النظام:

القيد الأول: هو الحيلولة دون استحقاق التعويض عن الكسب الفائت إذا كان سبب إنهاء العقد راجعاً إلى إخلال المتعاقد نفسه بالتزاماته الجوهرية، إذ لا يُعقل أن يُكافأ المخلّ بتمكينه من أرباح كان سيحنيها لو أنه التزم.

القيد الثاني: ذو طبيعة مالية إجرائية تمثل في اشتراط عدم جواز مصادرة المشروع أو إنهائه لمصلحة عامة إلا بعد اعتماد مخصص مالي في الميزانية العامة يغطي التزامات الدولة تجاه المتعاقد، مما يضع الإدارة أمام يقين مسبق بحجم مسؤوليتها المالية ويمنعها من الإقدام على قرارات مفاجئة لا تقدر على تحمل تبعاتها.

وإلى جانب هذين القيدين، منح النظام مرونة للإدارة في صياغة بنود العقد بما يسمح بالتمييز بين المنشأة المستمرة التي يتدفق ربحها فعلاً والمنشأة غير المستمرة التي لم تتجاوز مرحلة التأسيس، فلا يُسوّى بين الكسب الفائت المتحقق السبب والكسب الموهوم الذي لا تتمحص له أي مقدمات مادية، وهذا التمييز ينطبق انطباقاً دقيقاً مع مقاصد الشريعة في إناطة الضمان بتحقيق السبب لا بمجرد الأمل

كما كان الحال في قضية الخورافي (Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. V .The Government of the State of Libya and Others, 2015).

تؤدي أساليب الحوكمة سابقة الذكر إلى زيادة فاعلية وكفاءة عمل الجهاز الإداري من جهة، وإلى تقليص سلطة هيئات التحكيم من جهة أخرى، مما تصبح هيئة التحكيم مقيّدة بالنموذج الذي اتفق عليه طرفا العقد لاحتساب التعويض عن الكسب الفائت، فلا تملك أن تستبدله باجتهادها الخاص أو أن تفرض معايير مثل خصم التدفقات النقدية لا يعترف بها النظام العقدي، وبذلك ينتقل مركز الثقل في اتخاذ القرار من سلطة هيئة التحكيم التقديرية الواسعة إلى العقد نفسه.

وانطلاقاً من هذه الضعالية، يوصي البحث بتعميم هذه الأساليب على سائر عقود الاستثمار متى ما كان ذلك ضرورياً، أما في حال تمتع الجهة الإدارية بقوة تفاوضية، فالأولى أن يُنص صراحة على استبعاد التعويض عن الكسب الفائت برمته من نطاق التعويض، والاكتفاء بجبر الضرر الحالّ والمصروفات الفعلية، وذلك سداً لذرائع تحويل الفرص التجارية غير المؤكدة إلى ديون على الدولة، وحسماً لمادة النزاع التي تستند إلى تقديرات يعترها الغرر والمجازفة ولا تستند إلى اليقين.

الخاتمة

انطلق هذا البحث من إشكالية قانونية دقيقة طالما أجمت أدبيات القانون الدولي العام، ألا وهي: هل يُعوّض المستثمر الأجنبي عن كسب لم يتحقق بعد، وفي أي حدّ يكون هذا التعويض جابراً للضرر لا أداة للإثراء؟

لم تكن ندرة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع عند تقاطع النظام السعودي والقانون الدولي مجرد فراغ أكاديمي، بل كانت دليلاً على أزمة منهجية أعمق؛ إذ تولّد عن غياب التاصيل المقارن ضبابية تحيط بمعايير التقدير، وتأرجح بين مفهوم "التعويض العادل" في الذي أخذت به النصوص الوطنية و"التعويض الكامل" الذي أخذت به قواعد المسؤولية الدولية للدولة عن الأفعال غير المشروعة (ARSIWA).

تبرز فريدة البحث الحالي - في هذا السياق - من كونه لم يكتفِ برصد هذا التباين، بل كشف عن جذوره الفلسفية؛ فبيّن كيف تتعارض منطلقات الشريعة الإسلامية القائمة على تحريم الغرر والربا مع ممارسات دولية توسّعت في التعويض عن الأرباح الفائتة حتى بلغت حدّ "الأحكام الفالجة". ولأول مرة - في حدود اطلاع الباحث - يضع هذا البحث نظام التخصيص السعودي تحت مجهر المقارنة التحليلية، ليكتشف فيه نموذجاً تشريعياً استباقياً يلزم الأطراف بحوكمة التعويض تعاقدياً، منتقلاً من دور المشرّع المتفاعل مع الأزمة إلى دور المهندس الوقائي الذي يسدّ ذرائع النزاع قبل نشوئه.

بهذا، لا يقدم البحث حلاً لمشكلة قائمة فحسب، بل يؤسس لنتيجة وهي أن معيار التعويض العادل في النظام السعودي هو تعويض كامل أما معيار التعويض الكامل في قواعد (ARSIWA) ليس بالضرورة أن يكون عادلاً.

بجانب هذه النتيجة خلص البحث إلى أهم النتائج والتوصيات التالية:

النتائج

ينفرد نظام الضمان في الشريعة الإسلامية بخاصية "وحدة المخاطبين"؛ إذ تذوب فيه الفوارق بين الفرد والدولة، فيسري عليهما معياراً واحداً في المسؤولية وجبر الضرر. في المقابل، تقتصر قواعد ARSIWA على مخاطبة الدول والمنظمات الدولية وحدها، مع أتاحتها للمستثمر الأجنبي فرصة الاختيار بين نظامين قانونيين مختلفين، فتتولد بذلك مشكلة الانتقائية (Forum Shopping)؛ إذ ينتقي الفرد الأجنبي النظام الأكثر مُحاباةً لمصلحته، بل قد يلجأ إليهما على التعاقب: مرةً أمام القضاء الوطني، وأخرى أمام هيئات التحكيم الأجنبية، بغية تعظيم قيمة التعويض وتحصيل ما لا يستحقه في نظام منفرد.

ينطلق الضمان الشرعي من قاعدة تحريم الربا والغرر، فلا تعويض إلا عن ضرر محقق، بينما تتسامح -إن صح التعبير- قواعد ARSIWA وممارسات التحكيم مع الغرر والربا عبر فرض فوائد على التعويضات لحد أن هيئات التحكيم في بعض الأحيان تبني مثل عذا التعويض بناء التقديرات على توقعات احتمالية محولة مسؤولية الدولة كنوع من أنواع التأمين ضد المخاطر. بينما يتشرب القاضي الوطني عقيدة تحريم الغرر، فلا يحكم بتعويض عن كسب فائت إلا قائم على يقين أو ظن غالب، رافضاً تحويل الأمل إلى دين واجب الأداء، مما يضيق على التقديرات الجزافية.

اختلف الفقهاء في مسألة التعويض عن الكسب الفائت وتشعبت أحكام القضاء بخصوصه زماناً طويلاً، حتى حسم المنظم هذا الخلاف وأزاله بتقرير مشروعية هذا التعويض في المادة (137) من نظام المعاملات المدنية؛ عملاً بقاعدة "حكم الإمام يرفع الخلاف" التي تجعل النص النظامي مرجعاً باتاً. في المقابل، انتحت قواعد ARSIWA منحى آخر؛ إذ أرست مبدأ التعويض الكامل وأدخلت فيه الكسب الفائت بلا قيود تُذكر، مستتيرة في ذلك بحكم قضية خورزوف الذي يذهب الفقيه بابارينسكيس إلى أن اللجنة التحضيرية لهذا المشروع كانت متأثرة ببواعث سياسية أكثر منها قانونية، مما يكشف عن تباين جوهري في المنطلقات بين منظومة تقوم على اليقين وتضييق أبواب الغرر، وأخرى تمد نطاق الضمان مداً يبلغ حد التأمين ضد المخاطر.

على عكس قواعد ARSIWA التي تجعل "الفعل غير المشروع دولياً" شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية الدولية، تقوم المسؤولية في الشريعة على أركان "الإتلاف، والضرر، والرابطة السببية" بغض النظر عن وصف الفعل. مما يجعل نطاق مساءلة الدولة أوسع وأثقل في ظل أحكام الضمان، فلا تجد منفذاً للتهرب من تبعة أفعالها بحجة أنها كانت "مشروعة" دولياً، كحالة العقوبات الاقتصادية. ولعل تطبيق المملكة لأحكام الضمان الشرعي، بشموليتها وعدتها تفسر جانباً مهماً من نجاحها في تجنب موجة الدعاوى التحكيمية التي واجهتها دول أخرى إبان الأزمات الاقتصادية.

لم تضع قواعد ARSIWA ولم تؤسس الممارسات التحكيمية معياراً منضبطاً للتمييز بين الكسب الفائت المستحق وغير المستحق، مما يجعل التعويض مسألة متروكة للسطة التقديرية الواسعة للمحكم تأخذ تارة بنموذج خصم التدفقات النقدية وتارة تتركه. في المقابل، يؤسس الفقه الإسلامي معياراً موضوعياً محدداً هو "تحقق سبب الكسب"، والذي يمنع القضاء من فوضى التقدير، ويحصر التعويض في الأرباح المؤكدة مانعاً التعويض عن الأوهام والأمال.

كفلت أنظمة المملكة حق الملكية الفردية وشددت على اشتراط التعويض العادل عند نزاعها وفق إجراءات ناجزة؛ وهذا أصل مقرر دستورياً. غير أن المشرع السعودي لم يقف عند حد الضمان التفاعلي، بل جاوزه في نظام التخصيص إلى بناء نموذج استباقي فريد؛ مؤداه أن الأصل براءة ذمة الدولة

من أي تعويض عن كسبٍ فائت قبل انعقاد العقد وتبادل الإيجاب والقبول الملزمين. ومع ذلك، فتح النظام - استباقاً للنزاع - باب الاتفاق على معايير احتساب هذا التعويض في صلب عقد التخصيص ذاته، فيُحوَّل التعويض من فكرة قانونية فضفاضة إلى التزامٍ تعاقدِيٍّ محدّدٍ القدر، تُصان به توقعات الطرفين وتُسدّ به ذرائع التقدير الجزائي.

خلا نظام التخصيص ولأئحته التنفيذية من تفرقةٍ صريحة بين المنشأة المستمرة التي تدرّ ربحاً محققاً، والمنشأة غير المستمرة التي لم تتجاوز طور التأسيس ولم يتأكد كسبها؛ مع أن جملةً من هيئات التحكيم الدولية رفضت منح التعويض عن الكسب الفائت في الحالة الثانية، لانعدام اليقين. غير أن المرونة الواسعة التي منحها المنظّم للجهة المعنية في صياغة بنود التعويض داخل عقد التخصيص تمكّن من سد هذا الفراغ، بأن يُفرّق في صلب العقد بين الحالين، ويُحصّر تعويض المنشأة غير المستمرة في التكاليف الغارقة والنفقات الفعلية دون ما يُتوقّع من ربح، انسجاماً مع قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" ..

جرت عادة هيئات التحكيم في المنازعات المنبثقة عن الاتفاقيات الدولية، عند تعارض أحكام القانون الدولي مع أحكام القانون الوطني، على تغليب الأول وإقصاء الثاني؛ مما ما يزيد من احتمال التعرض لـ "الأحكام الفالجة" التي قد تثقل كاهل خزينة الدول. لذلك، ينبغي أن تُصاغ البنود التعاقدية المتفق عليها بشأن معايير احتساب التعويض عن الكسب الفائت صياغةً تجعلها تسدّ الفراغ التشريعي الذي اعترى قواعد ARSIWA؛ بحيث لا تُدرج على أنها مجرد بنود مستمدة من القانون الوطني فيُتدرّع بإقصائها، بل تُدمج في صلب الاتفاق بصفقتها عنصراً مكماً للنظام القانوني الدولي الذي يحكم النزاع، فتُصبح بذلك قيماً على سلطة المحكم لا يملك تجاوزه.

التوصيات

وجوب اعتماد النص النظامي (المادة 137) مرجعاً حاسماً، فلا يجوز النكوص إلى الخلاف بعد تقنين الحكم؛ لأن "حكم الإمام يرفع الخلاف" وفق القاعدة الأصولية، وعليه تُبنى المرافعات وتصدر الأحكام على أن المشرّع قد بتّ في أصل المشروعية، فلا محل لإعادة الجدل فيها أمام القضاء، ويقتصر النظر على تحقق الشروط.

صياغة بند مانعاً لمشكلة الانتقائية (Forum Shopping) بإدراج شرط صريح في اتفاقيات أو عقود الاستثمار يلزم المستثمر الأجنبي بحسم خياره بين القضاء الوطني والتحكيم الدولي، فإن اختار أحدهما سقط حقه في الآخر، سداً لذريعة التكبسب المزدوج، استناداً إلى أن "الحق لا يثبت مرتين" وأن الجمع بين البديلين من أكل أموال الناس بالباطل.

تقديم معيار "تحقق سبب الكسب" بوصفه حلاً تشريعياً مقترحاً في إطار إصلاح قانون الاستثمار الدولي؛ فلا يُحكم بتعويض عن كسب فائت إلا إذا قام الدليل على أن سببه قد انعقد فعلاً قبل وقوع الفعل الضار، وأن تخلفه كان نتيجة حتمية لهذا الفعل، احتكاماً إلى قاعدة أن "المعدوم الذي انعقد سبب وجوده يُلحق بالموجود في باب الضمان"، وهذا يمنع فوضى التقدير التي تعتري التحكيم.

استثمار المرونة التشريعية التي منحها النظام للجهات المعنية لسد هذا الفراغ عبر إدراج تعريفين ملزمين في كل عقد تخصيص: أحدهما لـ "المنشأة المستمرة" التي يحق لها تعويض عن كسبها الفائت بشروط، والآخر لـ "المنشأة غير المستمرة" التي يُقصر تعويضها على التكاليف الغارقة والنفقات الفعلية، عملاً لقاعدة "اليقين لا يزول بالشك"؛ فريحية المنشأة غير المستمرة شك لا يصلح مناطاً للضمان.

تحسين نصوص الاتفاق على معايير التعويض ضد الإقصاء بحجة أنها جزء من الـ "قانون الوطني"؛ بصياغتها على نحو يُدمج أحكامها في متن الاتفاقية الدولية ذاتها أو في عقد التخصيص أو في عقد الاستثمار متى ما كان ذلك ضرورياً، أو بالنص على أن هذه المعايير تمثل "إرادة الطرفين المتعاقدين" وتُشكل جزءاً لا يتجزأ من "القانون الواجب التطبيق" الذي لا تملك هيئة التحكيم مخالفته، لأن "العقد شريعة المتعاقدين" و"المسلمون على شروطهم"، فتصبح هذه المعايير قيداً على سلطة المحكم لا مجرد قانون جزء من القانون الوطني يمكن تجاوزه تحت ذريعة التعارض، وبذلك يُنتقل من الحماية السلبية إلى التحسين الإيجابي.

تشجيع الدراسات البينية التي تتظافر فيها معارف القانون والاقتصاد والاستثمار والمحاسبة لاستجلاء مزايا نماذج تقدير الكسب الفائت - كخصم التدفقات النقدية - وعيوبها، ثم تععيد صياغتها بأساليب مُيسرة تستقر في فهم القاضي الوطني؛ سداً لذريعة التفاوت بين الممارسات التحكيمية الدولية وواقع القضاء، ومنعا للاضطراب الناشئ عن البت في مثل هذه النماذج المالية من غير أهل الاختصاص.

قائمة المراجع

المراجع القدسية

القرآن الكريم

أبو داود ، سليمان بن الأشعث. (د.ت). سنن أبي داود. (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد). المكتبة العصرية.

البخاري، محمد بن إسماعيل. (1422هـ). صحيح البخاري. (تحقيق: محمد زهير الناصر). دار طوق النجاة.

المعاجم

ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم. (د.ت.). *لسان العرب*. (دار صادر - بيروت).

الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب. (د.ت.). *القاموس المحيط*. (مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت)

مجمع اللغة العربية بالقاهرة. (د.ت.). *المعجم الوسيط*. (مكتبة الشروق الدولية)

الأنظمة

النظام الأساسي للحكم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/90) بتاريخ 1412/8/27 هـ.

نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/191) بتاريخ 29/11/1444 هـ.

نظام الاستثمار الصادر بالمرسوم ملكي رقم (م/19) بتاريخ 16/1/1446 هـ.

الأحكام الدولية

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (Sept. 13, 2001) & Final Award (Mar. 14, 2003).

CC/Devas (Mauritius) Ltd. v. Republic of India, PCA Case No. 2013-09, Award on Compensation (Oct. 13, 2020).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award (Feb. 17, 2000).

Deutsche Telekom AG v. Republic of India, UNCITRAL, Final Award (May 27, 2020).

Factory at Chorzów (Germany v. Poland), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13).

- Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Aug. 30, 2000).
- Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. State of Libya*, Ad Hoc Arbitration, Final Award (Nov. 22, 2013).
- Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan*, SCC Case No. 064/2008, Award (June 8, 2010).
- National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co.*, ICC Arbitration, Award (1985/1987).
- Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award (July 29, 2008).
- Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (July 23, 2001).
- Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (May 20, 1992).
- Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (May 29, 2003).
- Tethyan Copper Co. Pty Ltd. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Award (July 12, 2019).
- Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (Dec. 8, 2000).

أحكام القضاء الوطني

ديوان المظالم ، حكم رقم 4663/2/ق لعام 1429هـ.

ديوان المظالم ، حكم رقم 1300/1/ق لعام 1433هـ.

ديوان المظالم ، حكم رقم 1783/1/ق لعام 1413هـ.

قائمة المراجع العربية

أبو الليل ، إ. د. (1986). تعويض تفويت الفرصة. مجلة الحقوق ، 10(3).

ابن أبي شيبة ، ع. ا. ب. م. (1409هـ). المصنف في الأحاديث والآثار. دار السلف.

ابن تيمية ، ت. ا. أ. (1995). مجموع الفتاوى. مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.

- ابن عبد البر، ي. ب. ع. (1387هـ). التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد. وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- ابن عابدين، م. أ. (1992). رد المحتار على الدر المختار. دار الفكر.
- ابن قدامة، م. ا. ع. ا. (1968). المغني. مكتبة القاهرة.
- ابن قيم الجوزية، م. ب. أ. ب. (1991). إعلام الموقعين عن رب العالمين. دار الكتب العلمية.
- ابن نجيم، ز. ا. ب. إ. (1999). الأشباه والنظائر. دار الكتب العلمية.
- الرملي، ش. ا. م. (1984). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. دار الفكر.
- الزحيلي، م. و. (1995). المسؤولية الناشئة عن الأشياء. مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، 7(9)، 13396-.
- الزحيلي، و. (2002). الفقه الإسلامي وأدلته (ط. رقم الطبعة). (دار الفكر.
- السيوطي، ج. ا. (1983). الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية. دار الكتب العلمية.
- الشرقاوي، ع. ا. (2016). في النظام الإداري السعودي وتطبيقاته القضائية: دراسة مقارنة بالأنظمة الوضعية والفقه الإسلامي. مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، 31(1)،
<https://doi.org/10.21608/mksq.2016.7784.168>
- الشافعي، م. ب. إ. (1990). الأم. دار المعرفة.
- العايد، م. (2020). ضمان الكسب الفاتت في الفقه الإسلامي والقانون. [بيانات النشر غير متوفرة].
- الفتيحة، ب. (2019). التعويض في القانون الدولي العام. مجلة القانون والتنمية المحلية، 1(2).
- القرافي، ش. ا. أ. (د.ت.). أنوار البروق في أنواع الفروق. عالم الكتب.
- القرطبي، م. ب. أ. (1964). الجامع لأحكام القرآن (تحقيق أ. البردوني و إ. أطفيش). دار الكتب المصرية.
- القيرواني، ع. ا. ب. أ. ز. (1999). النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات. دار الغرب الإسلامي.
- الكاساني، ع. ا. (1986). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. دار الكتب العلمية.
- المرغيناني، ع. ب. أ. ب. (1415هـ). الهداية في شرح بداية المبتدي. دار إحياء التراث العربي.
- النووي، ي. ب. ش. (د.ت.). المجموع شرح المهذب. دار الفكر.

- الجعاص، أ. ب. ع. (1415هـ). أحكام القرآن (تحقيق م. ص. قمحاوي). دار إحياء التراث العربي.
باراي، ج. (2021). التأصيل الفقهي لقواعد المسؤولية الدولية عن أضرار البيئة.
البعاج، ع. غ.، و خفاجي، ع. ك. ج. (2019). نظرية الضمان القانوني كأساس لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة. مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، 12(40)، 327-
حمادي، ط. ج. (2021). التعويض عن الأضرار في الفقه الإسلامي والقانون الدولي العام. مجلة كلية القانون لجامعة كركوك، 10(37).
الخطاب، م. ب. م. (1992). مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. دار الفكر.
الدردير، أ. ب. م. (د.ت.). الشرح الكبير. دار الفكر.
عامر، ر. أ. (2022). التعويض في إطار القانون الدولي العام. مجلة الجامعة العراقية، 53(2).
مالك بن أنس. (2004). الموطأ (تحقيق م. م. الأعظمي). مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان.
مجمع الفقه الإسلامي الدولي. (1989-2000). قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي. منظمة المؤتمر الإسلامي.
المجلي، ع. ا. ب. ع. (2019). في غير الديون: دراسة تأصيلية تطبيقية. مجلة قضاء، 148(1).

قائمة المراجع غير العربية

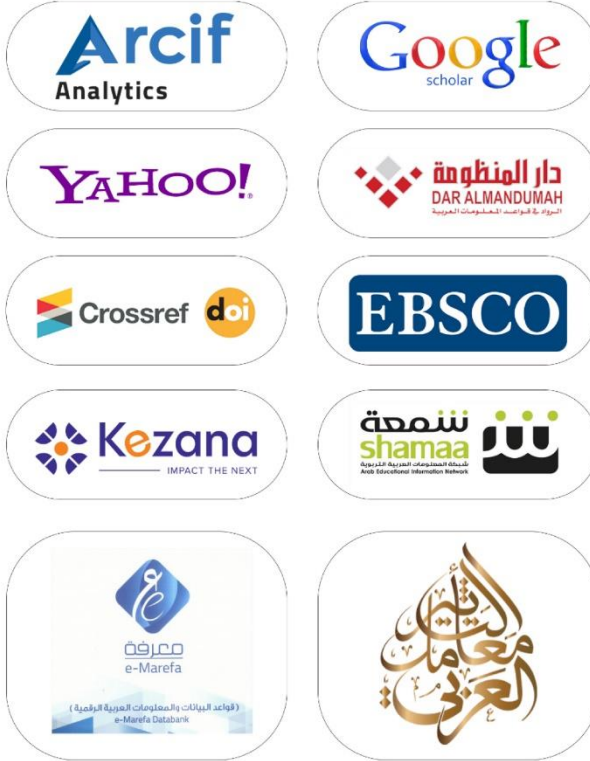
- Freshfields Bruckhaus Deringer. (2022, March 22). The recovery of damages under Saudi law: Understanding the basics. *Freshfields Risk & Compliance Blog*. <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102h14o/the-recovery-of-damages-under-saudi-law-understanding-the-basics>
- JD Supra. (2022, April 27). Saudi PPPs – Assessing the impact of the Saudi privatisation law. *JD Supra*. [يُضاف الرابط]
- Mallat, C. (2022). *The normalization of Saudi law*. Oxford University Press.
- Oxford Business Group. (2026). Legal framework. In *The report: Saudi Arabia 2025*. Oxford University Press.
- Sarmiento, J. M., & Renneboog, L. (2016). Anatomy of public-private partnerships: Their creation, financing, and renegotiations. *International Journal of Managing Projects in Business*, 9(1), 94–122. <https://doi.org/10.1108/IJMPB-03-2015-0023>

Xiong, W., Zhao, X., Yuan, J.-F., & Luo, S. (2017). Ex post risk management in public-private partnership infrastructure projects. *Project Management Journal*, 48(3), 76–89. <https://doi.org/10.1177/875697281704800305>



مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية
مجلة دولية شهرية علمية محكمة
الترقيم الدولي الإلكتروني: ISSN:2410- 521X
الترقيم الدولي الورقي: ISSN:2410- 1818
البريد الإلكتروني: journal@andalusuniv.net

المجلة مفهسة في المواقع الآتية :



2025	2024	2023	2022	2021	العام
0.5978	0.3068	0.3759	0.1954	0.2692	معامل أرسيف
1.59	1.55	1.25	1.73	1.60	معامل التأثير العربي