جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ميسان / كلية القانون
الدراسات العليا / قسم القانون الخاص

الحالة الظاهرة ودورها في اثبات الجنسية

"دراسة مقارنة"

رسالة تقدمت بها الطالبة:

اخلاص فرحان محي

إلى:

مجلس كلية القانون/ جامعة ميسان

كجزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف:

د. صادق زغير محيسن

أستاذ القانون الدولي الخاص

١٤٤٦ هـ ٢٠٢٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾

صدق الله العلي العظيم

[سورة الحجرات/١٣]

الإهداء:

إلى عمة السادات عقيلة بني هاشم جبل الصبر زينب الحوراء

إلى سور الوطن الحصين الجيش العراقي الباسل وشهداء العراق.

إلى من كللهم الله بالهيبة والوقار وعلموني العطاء دون انتظار القلوب الكبيرة والدتي ووالدي وإخواني واخواتي

أهديكم جميعاً هذا الجهد المتواضع..

الباحثة

شكروعرفان

بادئ ذي بدء أود أن أشكر الله عز وجل على نعمهِ الدائمة وتوجيهه وحمايته لي ومنحي التوفيق لكتابة وإكمال الرسالة..

كما أود أن أعبر عن خالص شكري وإمتناني إلى مشرفي العزيز الأستاذ الدكتور **صادق زغير محيسن** أستاذ القانون الدولي الخاص حيث منحني من وقته الثمين وأمدني بالدعم والإرشاد فكان لتوجيهاته السديدة بالغ الأثر فيما يظهر عليه جهدي هذا.

وأتقدم بالشكر والعرفان للأساتذة الاجلاء أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مهمة الاطلاع على هذا الجهد ومناقشة محتوى الرسالة ولهم مني وافر الاحترام والاعتزاز والامتنان.

كما أرغب بالتوجه بالشكر والتقدير إلى موظفي كلية القانون/جامعة ميسان، وبالأخص موظفي مكتبة الكلية الذين لم يبخلوا في تقديم المساعدة لي ولجميع طلاب العلم، من زملائي في الدراسة.

الباحثة

المستخلص

تعد الحالة الظاهرة طريقة من طرق إثبات الجنسية حيث يستطيع بمقدور الفرد الاحتجاج بها في حال غياب ما يثبت انتماءه للبلد الذي يدعي أحقيته بالحصول على جنسيته، ذلك أنها وضع قانوني يكون فيها الفرد غير قادر على اثبات جنسيته اما لفقدانه ما يثبت جنسيته من وثائق ثبوتية رسمية أو حدوث عارض جعل من مسألة جنسيته محل شك لدى الدولة التي يتواجد فيها.

تهدف هذه الدراسة إلى بيان موضوع الحالة الظاهرة عبر الوقوف على التنظيم القانوني الخاص بها في عدة دول محل الدراسة المقارنة لاكتشاف ما يمكن أن يتم تطبيقه في وضع قانوني يشابه وضع منعدم الجنسية، مع الأخذ بعين الاعتبار دراستها ومعرفة أركانها ومكوناتها وطرق إثباتها والاحتجاج بها.

كما سعت الدراسة إلى البحث عن مدى امكانية الحالة الظاهرة من إثبات الجنسية بأنواعها فضلا عن التطبيقات الفقهية الخاصة بالجنسية كحالة انعدام الجنسية أو ازدواجها، فضلا عن قيام هذه الدراسة بالبحث عن حالات معينة وواقعية متمثلة بجنسية اللقيط والبدو والبدون وغيرهم من الحالات الإنسانية التي هي مدار رعاية واهتمام القانون الدولي الخاص.

وقد توصلت الباحثة إلى مجموعة من التوصيات والاستنتاجات الآتية:

١- إنّ فكرة الحالة الظاهرة هي فكرة أوجدها المشرع الفرنسي ونص عليها في قانون الجنسية بوصفها قرينة قانونية وتبعه على ذلك المشرع الجزائري والمغربي على حد سواء، في حين أن المشرع المصري لم يأخذ بها وترك أمر الاعتماد عليها أو أهمالها خاضعا لتقدير القضاء، أما المشرع العراقي لم يتطرق لموضوع الحالة الظاهرة لا من قريب أو بعيد ولم يشر صراحة على ترك المسألة للقضاء؛ ولكن يفهم من خلال النصوص القانونية الواردة في قانون الاثبات والاجتهادات الفقهية احتساب الحالة الظاهرة قرينة قضائية يمكن للقاضي أن يستعين بها عند النزاع وإصدار حكمه بالاستناد إليها.

٢- تمثل الحالة الظاهرة فكرة يختزل معناها بما يدل على أن الفرد المتمسك بها يدعي انتماءه ووطنيته لبلد معينّ دون أن يملك أي دليل إثبات يمثل صحة ادعاءه، وبهذا فإن مستمسكات مثل كالمشاركة في الانتخابات وكذلك تأدية الخدمة العسكرية ودفع الضرائب ذهب بعضهم إلى عدّها دليلاً كافياً على ثبوت الحالة الظاهرة وبالتالي ثبوت أحقية الفرد بالحصول على جنسية البلد الذي يدعي انتماءه له.

٣- إجراء دراسات مستقلة والتعمق بها يبحث فيها عن دور الحالة الظاهرة وأهميتها في إثبات الجنسية نظرا لعدم توفر دراسات سابقة في هذا الشأن.

٤- تعد الحالة الظاهرة منتفية متى ما ظهر أن الفرد المتمسك بها قادر على اكتساب جنسيته بأحد طرق الاكتساب التي رسمها قانون الجنسية ولا يتم اللجوء إليها إلا في حالة انقطاع كل الأسباب والأدلة الأخرى.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١-٦
الفصل الأول: الاطار المفاهيمي للحالة الظاهرة كقرينة لإثبات الجنسية	٧-٦٤
المبحث الأول: مفهوم الحالة الظاهرة	٨-٣٢
المطلب الأول: ماهية الحالة الظاهرة	٨-٢١
الفرع الأول: التعريف بالحالة الظاهرة	٩-١٦
الفرع الثاني: عناصر الحالة الظاهرة	١٦-٢١
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحالة الظاهرة	٢٢-٣٢
الفرع الأول: الحالة الظاهرة قرينة قانونية	٢٣-٢٨
الفرع الثاني: الحالة الظاهرة قرينة قضائية	٢٩-٣٢
المبحث الثاني: أدلة أثبات الحالة الظاهرة وأساسها القانوني	٣٣-٦٤
المطلب الأول: أدلة اثبات الحالة الظاهرة	٣٣-٤٧
الفرع الأول: الأدلة المباشرة لإثبات الحالة الظاهرة	٣٤-٣٩
الفرع الثاني: الأدلة غير المباشرة في إثبات الحالة الظاهرة	٣٩-٤٧
المطلب الثاني: الأساس القانوني للحالة الظاهرة	٤٨-٦٤
الفرع الأول: فكرة الحيازة في القانون المدني	٤٨-٥٨
الفرع الثاني: استقلالية الحالة الظاهرة	٥٩-٦٤
الفصل الثاني: تفاوت دور الحالة الظاهرة في إثبات حق الجنسية	٦٥-١١٦
المبحث الأول: تفاوت الحالة الظاهرة في إثبات جنسية التأسيس والجنسية الأصلية	٦٦-٩٣
المطلب الأول: دور الحالة الظاهرة في إثبات جنسية التأسيس	٦٧-٨١
الفرع الأول: الحالة الظاهرة ودورها في إثبات جنسية التأسيس العراقية	٦٧-٧٤
الفرع الثاني: الحالة الظاهرة ودورها في اثبات جنسية التأسيس في دول أخرى	٧٤-٨١
المطلب الثاني: دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية الأصلية	٨١-٩٣
الفرع الأول: الحالة الظاهرة ودورها في اثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم	٨٢-٨٦

الفرع الثاني: الحالة الظاهرة ودورها في إثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم	**٨٧-٩٣**
المبحث الثاني: دور اثبات الحالة الظاهرة في اثبات الجنسية المكتسبة وحالات أخرى	**٩٤-١١٦**
المطلب الأول: دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المكتسبة (التجنس والزواج المختلط)	**٩٤-١٠٥**
الفرع الأول: دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المكتسبة عن طريق التجنس	**٩٥-٩٩**
الفرع الثاني: دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المكتسبة بطرق المنح المختلفة (الزواج المختلط، التبعية)	**١٠٠-١٠٥**
المطلب الثاني: دور الحالة الظاهرة في إثبات جنسية البدو والبدون	**١٠٦-١١٦**
الفرع الأول: الحالة الظاهرة ودورها في إثبات جنسية البدو	**١٠٧-١١٠**
الفرع الثاني: الحالة الظاهرة ودورها في إثبات جنسية البدون	**١١٠-١١٦**
الخاتمة	**١١٧-١١٩**
المصادر والمراجع	**١٢٠-١٢٩**

المقدمة

المقدمة

أولاً: التعريف بالموضوع

تعد الحالة الظاهرة واحدة من الوسائل التي جاء بها الفقه الفرنسي ونظر إليها وشرعها لتكون وسيلة من وسائل إثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية، ذلك أنها تفترض الجمع بين الظاهر وبين الحق، بأن تجعل كل من يتمسك بظاهر الحق صاحبا للحق، وبهذا فإن النظرية أسست بأخذ شيء من فكرة الحيازة التي يناقشها القانون المدني.

جاء الفقه الفرنسي بهذه النظرية قام بتطبيقها بعد أن أسس قواعدها ونظمها وشذبها ووضعها في قانون الجنسية الفرنسية، ومنح حق الحصول على الجنسية الفرنسية لكل من يتمسك بها، فكان وجود مثل هكذا نظرية يخدم واقع الحال بالنسبة لفرنسا ولما مر على النظام الفرنسي من تغيرات فكرية وسياسية أدت بطبيعة الحال إلى تزايد الحاجة إلى أدوات وقوانين منظمة لمسألة معرفة لمن يحق الحصول على الجنسية الفرنسية.

وفي بحثنا هذا سنحاول قدر الإمكان جمع أكبر عدد ممكن من الآراء التي تنظر للحالة الظاهرة بكونها وسيلة لإثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية وهذا ما يدعو لأن تكون الدراسة معمقة لما تفعله من مقارنة بين تشريعات مختلفة للوصول إلى أقرب الآراء الممكنة التي رسمتها التشريعات لوضع الحالة الظاهرة ، فمعنى الحالة الظاهرة يتمثل بكونها الحالة التي يظهر بها الفرد مدعيا انتماءه لبلد معين دون أن تكون لديه مستمسكات ثبوتية تثبت انتماءه و ادعاءه[1].

كما سنبين عناصر الحالة الظاهرة والمتمثلة بعنصر الاسم وعنصر الشهرة وعنصر المعاملة وقمنا بإيضاح كل عنصر وايجاد الأنسب منها لتمثيل الحالة الظاهرة والذي يتمثل بتوجهنا إلى القول بأن عناصر الحالة الظاهرة يشترط توافرها جميعا لتحقق الحالة الظاهرة أما تخلف ركن من الأركان يعني عدم تحقق الحالة الظاهرة.

---

(١) د. راشد سلطان علي الخضر، أسس التبعية القانونية والسياسية–دراسة مقارنة بين قانوني الجنسية في الإمارات العربية المتحدة والمملكة المغربية، ط١، دار السالم، الرباط ، ٢٠١٣ م، ص ٣٨٢.

تمكنا من معرفة كيفية إثبات الحالة الظاهرة عبر دراسة طرق الاثبات في مختلف التشريعات محل المقارنة وكيفية الاستناد إليها سواء الطرق المباشرة للاثبات التي تتمثل بالسندات والشهادة؛ أو الطرق غير المباشرة للاثبات التي تتمثل بالقرائن والخبرة والمعاينة ؛ وقد استبعدنا بعض من الأدلة التي وجدنا أنها لا تتلائم مع الوضع القانوني للحالة الظاهرة كما في حالتي الإقرار واليمين استنادا إلى القول بعدم جواز اصطناع المدعي دليلا لنفسه .

بحثنا في الأساس القانوني لوجود الحالة الظاهرة عبر مناقشة نظريتين تتمثل الأولى بأن فكرة الحيازة هي الأساس الذي أخذت منه نظرية الحالة الظاهرة ؛ اما الثانية فتمثلت بأن الحالة الظاهرة فكرة مستقلة بذاتها وطرحنا الأدلة بما يدعم رأينا في الموضوع .

قمنا بدراسة الحالة الظاهرة من الجانب الواقعي داخل القوانين والتشريعات محل المقارنة ومعرفة مدى اثر الحالة الظاهرة في إثبات انواع الجنسية المختلفة مع مقارنة موقف الدول في هذا الشأن كجنسية التأسيس و الجنسية الأصلية و الجنسية المكتسبة مع الأخذ بعين الاعتبار معرفة كل نوع جنسية من هذه الأنواع ومقارنتها من حيث الشروط إضافة إلى وضع دراسة مقارنة بين دول متعددة اتخذناها كمحل للمقارنة نظرا لتقارب الأفكار فيما بينها ؛ ففي حالة الجنسية الاصلية المبنية على حق الإقليم نجد أن غالبية الدول محل المقارنة اتفقت على منح اللقيط ومجهول النسب الذي يوجد في أرضها الجنسية المخصصة لهذا البلد بناءً على ظاهر الأمر وبالتالي توسع صلاحية الحالة الظاهرة في هذه المسألة .

وطرحنا مسألة البدو وكيفية معالجتها من خلال فكرة الحالة الظاهرة من خلال تتبع البدو وموقفهم القانوني في دول متعددة وكيف تم التعامل معهم في هذه الدول من خلال تشريعاتها مع طرح بعض الحلول لهذه المسألة.

ثم توصلنا إلى عدة نتائج تمثل عصارة الأفكار المطروحة في متن هذه الدراسة مع بيان لمجموعة من الاقتراحات التي نرى أنها ستناسب الموضوع كمعالجة لبعض الاشكاليات.

ثانياً: أهمية الدراسة

تبرز أهمية الدراسة بعدة أمور منها

١ – أنها توضح كيف يمكن للحالة الظاهرة أن تكون وسيلة لإثبات أحقية الفرد في الحصول على الجنسية من دون أن يكون هناك أي مستندات رسمية تثبت انتماءه.

٢ – أنها تمثل بياناً واضحاً لموقف عدة من التشريعات بين المؤيد والمعارض لفكرة الحالة الظاهرة والطرق القانونية لحل المشاكل التي تنتج عن الحالة الظاهرة.

٣ – أنها تسعى إلى بيان الطرق التي يمكن من خلالها الاعتماد على الحالة الظاهرة كوسيلة للاستدلال على أحقية الفرد بالحصول على الجنسية.

٤ – أنها تقوم بالبحث بكل حالات وانواع الجنسية وبيان مدى ملائمة الحالة الظاهرة لان تكون وسيلة لإثبات هذه الجنسية من خلالها.

٥ – أنها مسؤولة عن بيان مميزات الحالة الظاهرة في الفقه والقانون والقضاء واستكشاف مواقف الكل منها.

٦ – البحث عن مدى إمكانية إعطاء جنسية بلد ما للبدو الرحل من خلال الحالة الظاهرة.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

تتمثل إشكالية الدراسة بمدى قدرة الحالة الظاهرة على تنظيم وضع قانوني خاص للفرد المتمسك بها دون قدرته على امتلاك ما يؤيد صحة ادعاءه انتماءه أو نفي انتماءه عن جنسية بلد معين، وعلى هذا الأساس تبرز إشكالية أخرى تتمثل فيما إذا انتفت الحالة الظاهرة من الفرد إذا ما اكتشف كذب ادعاءه، وعلى هذا الأساس ايضا تبرز إشكالية أخرى تتمثل في حالة عدم اعتراف بعض التشريعات بالوضع الظاهر أو ما يعرف بالحالة الظاهرة فما يكون مصير المتمسك بها حينها، وعلى هذا الأساس يمكن أن نطرح عدة أسئلة منها:

١ – هل استطاعت التشريعات محل المقارنة أن تنظم الوضع القانوني الخاص بالفرد المتمسك بالحالة الظاهرة ام لا؟

٢ – هل بإمكان الحالة الظاهرة أن تمنح الفرد المتمسك بها أحقية الحصول على الجنسية أم لا؟

٣ – هل أن الحالة الظاهرة قادرة على اثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية في كل أنواع الجنسية (التأسيسية، الأصلية، المكتسبة) أم أنها تنحصر بنوع معين؟

٤ – هل أن الحالة الظاهرة تعد أداة إثبات يمكن الاعتماد عليها في مسألة الجنسية أم أنه يمكن دحضها متى ما توفر دليل آخر؟

٥ – هل تستطيع التشريعات من الاعتماد على الحالة الظاهرة بوصفها دليلا لإثبات إمكانية الفرد من الحصول على الجنسية أم لا؟

٦ – هل بإمكان الحالة الظاهرة أن تكون سببا لإعطاء البدو جنسية البلد الذي يتعايشون فيه ؟

رابعاً: اهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة كل ما يتعلق بالحالة الظاهرة سواء من حيث المعنى والمفهوم أو من حيث الطبيعة القانونية لها، وكذلك موقف التشريعات العربية منها، كما تهدف إلى مدى فاعلية الحالة الظاهرة وقدرتها على أن تثبت حقاً للمتمسك بها ومدى إمكانية الاستناد عليها في مسألة حصول الفرد على الجنسية أم لا، فضلاً عن إعطاء صورة واضحة عن كل ما يتعلق بالحالة الظاهرة.

خامساً: نطاق الدراسة

١ – النطاق المكاني: أن النطاق المكاني يشتمل على عدة دول منها دول رئيسية كونها الأكثر تنظيما لموضوع البحث من الجهة التشريعية مثل (فرنسا، الجزائر، المغرب)، وكذلك الاستعانة في بعض الأحيان بتشريعات بعض الدول المختلفة للمساعدة على معرفة جميع الآراء بموضوع البحث مثل (الكويت، الامارات، الاردن).

٢ – النطاق الموضوعي: سيقتصر النطاق الموضوعي للبحث على قوانين الجنسية الخاصة بالدول محل المقارنة، اضافة الى كل ما يتعلق بتنظيم قواعد الاثبات مثل قانون الاثبات وغيرها من القوانين المعنية بالجنسية.

سادساً: منهجية الدراسة

تتبع الباحثة الأسلوب التحليلي لدراسة موضوع البحث من خلال دراسة التشريعات العربية المختلفة الخاصة بمسألة الجنسية، وكذلك اتباع المنهج المقارن لمعرفة مواقف التشريعات العربية المختلفة من مسألة الحالة الظاهرة ومقارنتها مع موقف المشرع الفرنسي أيضا.

سابعاً: الدراسات السابقة

١ – كتاب الدكتور، ماهر إبراهيم السداوي، إثبات الجنسية الأصلية القائمة على حق الدم عن طريق الحالة الظاهرة، إذ تناولت هذه الدراسة مفهوم الحالة الظاهرة ودورها في إثبات الجنسية الأصلية القائمة على حق الدم، واتبع فيها منهاج الدراسة المقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي لمعرفة موقف المشرعين في مسألة الحالة الظاهرة بخصوص الجنسية الأصلية القائمة على حق الدم، نشر الكتاب في عام ١٩٨٢.

٢ – بلعرج محمد امين، إثبات الجنسية الأصلية في التشريع الجزائري حيازة الحالة الظاهرة نموذجا، تناولت هذا الدراسة موضوع الحالة الظاهرة وطريقة الاستعانة بها في إثبات الجنسية الأصلية الجزائرية، إذ تم تحليل نصوص قانون الجنسية الجزائرية ومطابقتها على وضع الحالة الظاهرة والنصوص التي تناولتها للاستدلال بها على أحقية المتمسك بالحالة الظاهرة بالحصول على الجنسية الجزائرية الأصلية.

٣ – علي باشا خليفة، فكرة الحالة الظاهرة في مجال إثبات الجنسية المصرية، تناولت هذه الدراسة الحالة الظاهرة بوصفها قرينة قابلة لإثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية المصرية من عدمه، إذ تناولت في البحث جميع قوانين الجنسية المصرية الملغية والنافذة.

٤ – زوكاري احمد، إثبات الجنسية الأصلية عن طريق الحالة الظاهرة، إذا تناولت هذه الدراسة طرق إثبات الجنسية الأصلية المغربية عن طريق الحالة الظاهرة، إذ تم استعراض الفكرة ومقارنتها بين القانون المغربي والقانون الفرنسي، كما تم تطبيق بعض النصوص القانونية والأحكام القضائية في المغرب لإثبات الحالة الظاهرة.

٥ – عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المصرية، تناولت هذه الدراسة الحالة الظاهرة وطرق إثباتها ومكوناتها وكيفية الاستدلال بها لإثبات الجنسية الأصلية المصرية عبر مقارنة النصوص القانونية والاستعانة بأحكام القضاء الإداري المصري.

تتميز دراستنا عن الدراسات السابقة أنها أكثر شمولية من باقي الدراسات ذلك اننا تناولنا الحالة الظاهرة بصورة دقيقة جدا عبر دراسة عناصرها ومكوناتها وماهيتها فضلاً عن طرق إثباتها ودورها في إثبات الجنسية بمختلف أنواعها، كما أن ما يميز الدراسة أنها قارنت بين أكثر من تشريع، كما تميزت بكونها أول دراسة للحالة الظاهرة في العراق.

ثامناً: هيكلية الدراسة

للغور في موضوع الدراسة ارتأينا أن نقسم دراستنا على فصلين نتطرق في الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي للحالة الظاهرة كقرينة لإثبات الجنسية والذي بدوره سنقسمه على مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الحالة الظاهرة، إما المبحث الثاني فنتطرق فيه إلى الأساس القانوني للحالة الظاهرة وأدلة اثباتها، في حين نتطرق في الفصل الثاني إلى تفاوت دور الحالة الظاهرة في إثبات حق الجنسية والذي سنقسمه أيضاً على مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى تفاوت الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية التأسيسية والجنسية الأصلية، إما المبحث الثاني فنتطرق سوف نتطرق فيه إلى أثر إثبات الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المكتسبة وحالات أخرى ونختتم دراستنا بخاتمة نتطرق فيها إلى أهم النتائج والتوصيات التي نستخلصها من دراستنا هذه.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للحالة الظاهرة كقرينة لإثبات الجنسية

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للحالة الظاهرة كقرينة لإثبات الجنسية

تعد الجنسية واحدة من الروابط القانونية التي تربط الفرد مع دولته وتمثل انتمائه لها وتكون المادة المساندة له عند الأزمات؛ فمن الطبيعي أن تمنح الجنسية لأفراد الشعب بصورة ينظمها قانون الدولة بما يمثل أعرافها وتقاليدها ورغبتها بتشريف أبناء البلد وإضفاء الاعتزاز لهم بانتمائهم، ولكن قد يحدث أن يفقد المرء في حالات أو ظروف معينة وسيلة إثباته الوحيدة في الانتماء إلى بلده لا سيما أن مظهر الجنسية هي شيء مادي ملموس قد يفقده المرء نتيجة حوادث أو أمور معينة، لذا تبرز أهمية إيجاد طريقة أو حالة تثبت امتلاك الفرد لجنسية دولته.

إنّ الحالة الظاهرة واحدة من الطرق التي يستفاد منها في معرفة الدولة التي ينتمي إليها الفرد في حال مجهولية جنسيته، وهي فكرة جاء المشرع الفرنسي بها من أجل الوقوف على حالات معرفة إثبات الجنسية لمن يكون ظاهرهم التمتع بالصفة الوطنية، ومن حينها والفقه يتناول موضوع الحالة الظاهرة كأحد من المواضيع المهمة في معرفة تمتع الفرد بالجنسية من خلال صفته الوطنية وكيفية إثبات ذلك؛ لا سيما أن ظاهرة الظهور بصفة الوطني هي الجوهر في معرفة انتماء الفرد لهذا البلد من العدم.

سنناقش في هذا الفصل مفهوم إثبات الجنسية عن طريق الحالة الظاهرة ذلك عن طريق شرح وإيضاح مفهوم الحالة الظاهرة مع ذكر اهم شروطها وأسبابها وعناصره ومكوناتها في مبحث اول، بينما سنناقش الاستدلال على الحالة الظاهرة في مبحث ثانٍ؛ وكما يأتي:

المبحث الأول

مفهوم الحالة الظاهرة

يذهب بعض الفقهاء عند التطرق إلى مفهوم الحالة الظاهرة إلى وصفها باعتبار عملها واماراتها إذ إنها تعني المظهر الخارجي لممارسة الجنسية، فمن يظهر بمظهر الوطني والذي يمكن الاستدلال عليه من كافة الدلائل أو الأمارات الخارجية يعد وطنياً، وبذلك تعد الحالة الظاهرة قرينة على كون الشخص الذي تشهد له هذه الحالة يتمتع بالجنسية الوطنية إلى أن يثبت العكس[1]. وبهذا فإن ماهية الحالة الظاهرة تنحصر في كونها دليلا على وطنية الفرد ولكن إن كان حق الفرد واضحاً من حيث استحقاقه الجنسية كونه أحد أفراد شعب هذه البلاد فكيف يمكن تمييزه عن الأجنبي المتواجد داخل البلاد أن لم يكن حاملا لامتيازات اقرها القانون لمصلحة الفرد الوطني على الفرد الأجنبي؟

لذا قبل الوصول إلى أي نتيجة مسبقة في بحثنا يحتاج أن نبحث في ماهية الحالة الظاهرة سواء من حيث ماهية الحالة الظاهرة أو من حيث العناصر الخاصة بها وكما مبين في المطالب الآتية:

المطلب الأول

ماهية الحالة الظاهرة

للوقوف على مفهوم الحالة الظاهرة لابد أن نعرف في بداية المسألة ماهية الحالة الظاهرة إذ يتوقف على معرفتها إدراك الحالة الظاهرة وممن تتكون، ويكمن معرفة ماهية الحالة الظاهرة بمعرفة التعريف المرتبط بالمفهوم ومعرفة شروطه أيضا لكونهما يمثلان المدخل الأساسي لمعرفة المفهوم، وسنتناول في مطلبنا هذا المفهوم بشقيه سواء من حيث التعريف أو من حيث الشروط وكما سنوضحه في الفرعين الآتيين.

---

(١) حورية غربي والطيب زروتي، إثبات الجنسية الجزائرية الاصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، ٢٠١٩ م، ص٩٣١.

الفرع الأول

التعريف بالحالة الظاهرة

لم يعرف المشرع العراقي الحالة الظاهرة كما أنه لم ينص عليها في قوانين الجنسية لذا فإن مسألة الوقوف على تعريف محدد للحالة الظاهرة في القانون العراقي تتعارض مع إشكالية عدم وجود نص معين يثبت التعريف الخاص بالحالة الظاهرة؛ لذا فإننا في محاولة إيجاد تعريف مناسب للحالة الظاهرة لابد من الوقوف على عدة مسائل نوضحها كما يأتي:

أولا: التعريف اللغوي للحالة الظاهرة:-

إنّ الحالة الظاهرة هي اصطلاح مكون من كلمتين (حالة) و (ظاهرة) لذا فإن التعريف اللغوي للمصطلح لابد أن ينتج بعد معرفة أجزاءه؛ فقد ورد في معاجم اللغة أن الحالة هي مؤنث الحال[1]، والحالة هي ما كان عليه الإنسان أو الحيوان من هيئة وصفات[2] لذا فإن الحالَةٌ تدل على ما يظهر للعيان من هيئات وصفات للفرد فيقال أنك وَجَدْتُهُ في حالَةٍ يُرْثَى لَها أي في وَضْعِيَّة، أو القول بأن تَبْعَثُ حالَتُهُ على القَلَقِ: أي أن حالَتُهُ سَيِّئَةٌ، أو في الحالَةِ الرَّاهِنَةِ أي في الوَقْتِ الحاضِرِ، ومثل القول في حالَةِ غِيابِهِ سَأَجْلِسُ مَكانَهُ أي عِنْدَ غِيابِهِ[3]، وغيرها من الأمثلة التي تفيد بأن الحالة ما هي إلا تجسيد لمظهر ما أو وضعية ظاهرة تعطي للمقابل صورة عن صاحب المظهر سواء من حيث الكيفية أو الوضعية التي يمر بها.

(١) د. احمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج١، ط١، عالم الكتب، ص٤٣٨.

(٢) جبران مسعود، المعجم الرائد، ط١، دار العلم للملايين، الطبعة السابعة، ١٩٩٢ م، ص٢١٥.

(٣) د. عبد الغني ابو العزم، المعجم الغني، ص١٩٨.

في حين أن المتتبع لمعاجم اللغة يجد أن عبارة (الظاهرة) هي كلمة مشتقة من الفعل ظَهَرَ و يظهَرُ وهي مؤنث لاسم الفاعل ظاهر؛ والظاهر خِلافُ الباطِنِ[١]، وقيل الظاهرة؛- الأَمرُ ينجم بين الناس[٢] وجمع الظاهرة ظواهر.

وتختلف المعاني المراد بها تعريف الظاهرة بحسب اختلافها في العلوم التي تدرس ولكي لا نخرج من بحثنا فإننا نكتفي بالإشارة إلى أن الظاهرة في اللغة هي ما يبرز من الشيء أمام الأنظار من بعد اختفاء فيقال أن المياه ظاهرة وغيرها من الأمثلة.

لذا فإننا يمكن أن نقول بأن التعريف اللغوي للحالة الظاهرة يتمثل بكونها الصورة الظاهرة للعيان بما لا يحمل الشك بخلافها ما لم يقم دليل على عكس ذلك.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للحالة الظاهرة

تناولنا فيما سبق المفهوم اللغوي للحالة الظاهرة عبر تحليل كلمتي الاصطلاح (الحالة) و (الظاهر)، وتبين لنا المفهوم اللغوي بعد جمع المفاهيم الخاصة بكلمتي المصطلح أن الحالة الظاهرة ما هي إلا ظهور الفرد بصورة واضحة للعيان بما لا يحمل الشك بخلافها ما لم يقم دليل على ذلك، الا أن التعريف اللغوي لا يمكنه أن يثبت المعنى الحقيقي، إذ لابد أن نتطرق للتعريف الاصطلاحي كي نتمكن من فهم ومعرفة ماهية الحالة الظاهرة وعلى الرغم أن المتعارف عليه في لغة فقهاء القانون بأن الظاهرة هي ما يثبت على أنها الوضع الراهن الطبيعي للأشياء[٣]، والثابت بحسب ما هو مألوف في عادات الناس ومعاملاتهم أياً كان سبب ثبوته، سواء أكان ثابتاً أصلاً أم عرضاً أم فرضاً أي هو المحسوس الذي يتوصل إليه بالعقل أو الوضع الظاهر أو

(١) جبران مسعود، المصدر السابق، ص١٥٨.

(٢) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية، القاهرة – مصر، ١٩٧٢ م، ج١، ص١٨٥.

(٣) عدنان ابراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن (رسالة ماجستير)، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، ١٩٨٦ م، ص١٠.

نتيجة لافتراضات قانونية[١]، لذا فإن الظاهر بمعنى أدق حسب هذا التعريف يعني الشيء الموجود على أرض الواقع والواضح للعيان.

وعلى الرغم من ذلك فقد حاول البعض من الفقه أن يتجهوا نحو تعريف الحالة الظاهرة بما يمثل واقعها؛ فنجد أن أغلب التعاريف التي جاءت من قبل الفقهاء متشابهة، فنرى البعض يعرف الحالة الظاهرة على أنها الحالة التي يظهر عليها الشخص في سلوكه وفي علاقاته مع المحيط الذي يعيش فيه من حيث عدّهْ أو عدم اعتباره من المواطنين وأفراد المجتمع الذي يحيا داخله[٢]، ونجد أن هذا التعريف قد ركز بصورة مباشرة على وضع الفرد اجتماعيا عبر مظهره وسلوكه في علاقاته مع المواطنين وأفراد المجتمع الذي يعيش به وهو تعريف اجتماعي أكثر من أن يكون تعريفاً قانونياً للحالة الظاهرة فتجده قد ركز بشكل كبير على الجانب الموضوعي للحالة الظاهرة من دون التطرق إلى الجانب الوظيفي؛ فضلا على أنه لم يحدد ماهية الحالة من حيث الوصف القانونية.

أما البعض الآخر فقد ذهب إلى القول بأن الحالة الظاهرة ما هي إلا جنسية يبدو الشخص بشأنها أمام الغير وكأنه يتمتع بها، من دون أن يعتبر كذلك وفقا لقواعد قانون الجنسية التي يظهر على أنه من وطنييها[٣]، ونجد أن هذا التعريف وان ركز على العلاقة القانونية للفرد بخلاف التعريف الأول إلا أن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه عدّ الحالة الظاهرة جنسية وهذا أمر لا يمكن حدوثه؛ لأن الجنسية هي أداة مادية ملموسة وان كان بعض الفقهاء يذهبون إلى تعريف الجنسية على أنها علاقة قانونية وسياسية واجتماعية وروحية بين الشخص والدولة ويترتب عليها حقوق

---

(١) د. سركون اسماعيل حسين، الظاهر ودوره في الاثبات دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩ م، ص٢٣.

(٢) د. راشد سلطان علي الخضر، مصدر سابق ، ص ٣٨٢.

(٣) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الكريم، دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المصرية، المجلة القانونية، العدد الاول، ٢٠١٧ م، ص ٤.

والتزامات متبادلة[١] وبهذا فإن الواقع المادي الملموس للجنسية بالنسبة للفرد هو وجود علاقة قانونية بين الفرد والدولة يتحدد بموجبها كيفية اكتساب الجنسية واثباتها وفقدانها والآثار المترتبة عليها، لذا فإن عدّ الحالة الظاهرة جنسية ثم القول بأنه لا يملك جنسية أمر فيه اشكال يضعنا في أزمة مفهوم بالأخص أنه يخبرنا بأنه لا يمكن عدّ حامل الحالة الظاهرة شخصا وطنياً في قانون هذا البلد وهذا أمر غير صحيح ذلك أن مسألة الحالة الظاهرة قد تعد وسيلة لإثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية، وبالتالي فإن تركيز هذا التعريف كان منصبا على إيجاد فكرة تتعارض مع أساسيات ومبادئ القانون الدولي الخاص.

وقد عرفها بعضهم بأنها مجموعة من العناصر الظاهرة تتوافر في حق شخص فيستشف منها ممارسته فعلا للجنسية الوطنية، وهو استنباط يقوم على افتراض هو أن الظاهر يترجم الحقيقة[٢]، ونجد أن هذا التعريف قد توافق مع الجانب الوظيفي للحالة الظاهرة؛ فهي مجموعة من العناصر التي تظهر أمام الآخرين لفرد ما يمكن القول من خلالها إلى أن هذا الفرد قد يكون مواطنا لدى هذه الدولة، ولكن يعاب على هذا التعريف أنه لم يأصل الواقع القانوني للحالة الظاهرة فلم يتناول ماهية الحالة الظاهرة ولم يتناول النتائج التي تترتب على المتمسك بالحالة الظاهرة، فضلا على اعتبارها استنباط يقوم على افتراض وهذا لا يمكن القبول به؛ لأن الحالة الظاهرة هي واقعة يمكن الافتراض بصحتها وهذا هو الفرق بين الواقعة وبين الاستنباط، لذا يكون هذا التعريف غير متكامل من هذه الجهات.

ونجد تعريفاً آخر يذهب إلى القول بأن الحالة الظاهرة هي قرينة قضائية تستشف من الظروف والوقائع المعروضة أمام القاضي ومن الأوراق والمستندات المقدمة إليه، كشهادة الميلاد، أو البطاقة الشخصية، أو جواز السفر، أو البطاقة الانتخابية، وما إلى ذلك من مستندات يستدل من خلالها على جنسية الشخص أو بطاقة بعض النوادي والمراكز والجمعيات التي لا تمنح إلا

---

(١) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥ م، ص٣٩.

(٢) لعيدي عبد القادر، المعالجة القانونية لحق الجنسية في التشريع الجزائري (رسالة ماجستير)، الجامعة الأفريقية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، ٢٠١١ م، ص٨٠

للوطنيين. وبمقتضاها؛ يكون وطنياً من يتمتع بالجنسية من يظهر بمظهر وطني[١]، ونجد في هذا التعريف أنه عدّ أن الحالة الظاهرة عبارة عن قرينة قضائية وهذا أقرب إلى الصواب ولكن ما يستشكل على هذا التعريف بوصفه أن اساس وجود الحالة الظاهرة مقترن بوجود نزاع معروض أمام القضاء يستند فيه القاضي على مجموعة من القرائن لإثبات وطنية هذا الفرد وهذا الأمر لا يحدث دوما بالأخص في حالات وجود أشخاص متوفين في أرض بلد ما دون العثور على ما يثبت أنهم وطنيين أم لا، كذلك في حالة اللقيط ومجهول النسب والذي عدّه القانون العراقي أن من ولد في العراق من أبوين مجهولين عراقياً ويعد اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولودا فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك[٢] وهذه الحالات لا يشترط فيها وجود نزاع ما بل أن القانون حددها ونظمها لذا فإن وصفها كقرينة قضائية قد يجعل منها محصورة في زاوية التنازع القضائي فحسب على الرغم أن بعض القوانين قد أقرت وجودها وكيفية التعامل معها كما فعل المشرع المغربي.

وبالعودة إلى التعريف التشريعي للحالة الظاهرة نجد أن أغلب القوانين والتشريعات العربية ذهبت إلى عدم وضع تعريف للحالة الظاهرة بما فيها التشريع العراقي وقد يعزى ذلك إلى أن الحالة الظاهرة أوضح من أن توضع بتعريف أو بعبارة أدق "أن المعرف لا يعرف"، إذ اعتمدت أغلب التشريعات على ذكر الحالة الظاهرة في نصوصها القانونية من دون الإشارة إلى تعريف محدد لها وتركت للفقه حيزاً واسعاً للخوض في تعريفها، لكن بعض التشريعات العربية رسمت الإجراءات المتبعة في حالة وجود الحالة الظاهرة وحددتها بحدود يمكن من خلالها معرفة الحالة الظاهرة وهذا ما نجده في التشريع المغربي الذي نص على أنه تنجم الحالة الظاهرة للمواطن المغربي عن مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس تثبت أن الشخص المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة المغربية وكان يعترف لهم بهذه الصفة لا من طرف السلطات العمومية فحسب، بل حتى من طرف الأفراد، ومن خلال تعريف المشرع المغربي نجده

---

(١) د. سالم حماد الدحدوح، الوجيز في الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، بلا ناشر، بلا طبعة، غزة – فلسطين، ٢٠١٦ م، ص١٩٠.

(٢) المادة (٣/ ب) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ المعدل.

أولى اهتماما لإيضاح ماهية الحالة الظاهرة لكنه لم يتطرق إلى وضع تعريف محدد لها واعتمد على إبراز عناصرها كدلائل لوجودها.

ومن خلال ما تقدم نجد أن الحالة الظاهرة ما هي إلا قرينة يمكن الاستدلال بها على وجود صفة الوطني للفرد المتمسك بها، ذاك أن القرينة لا تصل إلى مرحلة الدليل من حيث القوة في الإثبات كما أنها لا تحسم مثلما يفعل اليمين الحاسمة، فلذا كان عدّ الحالة الظاهرة قرينة هو الأنسب من حيث الواقع العملي لها والوصف القانوني الدقيق لهذا الاصطلاح.

وعليه نجد أن التعريف المناسب للحالة الظاهرة يتمثل بأنها قرينة تثبت من خلالها وطنية الفرد عبر ظهوره بمظهر الوطني أمام الغير قابلة للانتفاء أن تم إثبات خلافها أمام القضاء بدليل آخر أكثر قوة منها.

ونلحظ في ضوء التعريف السابق أن الحالة الظاهرة ماهي إلا قرينة تثبت بعدة شواهد لكن يمكن أن تنتفي بمجرد ظهور دليل قوي يثبت خلاف الظاهر والحالات كثر فلو أن فرداً من القومية الكردية كان يسكن في محافظة كركوك وادعى أنه عراقي الجنسية دون أن يثبت جنسيته بدليل كتابي واستعان بالحالة الظاهرة المتمثلة باسمه وشهرته وكنيته وحتى لغته ولهجته فهو عراقي ما لم يظهر دليل كتابي يثبت حصوله على جنسية دولة أخرى كالجنسية السورية أو الجنسية الإيرانية أو غيرها من الدول التي قد تتشابه في جل شروط وعناصر الحالة الظاهرة التي سنتناولها بالشرح لاحقاً.

بقي أن الحالة الظاهرة هو اصطلاح يطلق على حالات معينة من حالات الجنسية، وقد عرف بأكثر من اسم منها حيازة الحالة[١] ومنها أيضا التواتر والتسامع والشهرة العامة[٢]، لكن هذه الأسماء لا يمكنها أن تعطي لوقع الحالة ما يكفي لوصفه، فحيازة الحالة وإن كانت هي المسمى الأقرب لاصطلاح الحالة الظاهرة إلا أنه لا يعطي مفهوم الظاهر الذي تحدثنا عنه فيما سبق، بل يعطي أن هنالك حيازةٌ لحالة معينة من دون أن يعطي ما هي هذه الحالة فنكون أمام حالة لا

(١) د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ج١، الطبعة الأولى، ١٩٥٦ م، ص٢٧١.

(٢) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج١، جامعة الدول العربية، ١٩٥٨ م، ص٤٠١.

نعرف عنها شيء سوى أن المتمسك بها هو حائز عليها وهذا الأمر ينطبق على كل حائز؛ وسنناقش أوجه التشابه بين فكرة الحيازة وفكرة الحالة الظاهرة فيما بعد.

أما بالنسبة إلى المتواتر فهو اصطلاح لم تعرفه لغة القانون إلا من باب الشريعة، ذلك أن المتواتر هو اصطلاح يناقشه علم الحديث، فالمتواتر في اللغة مأخوذ من التواتر وهو عبارة عن مجيء الواحد تلو الآخر على وجه الترتيب، وفي اصطلاح علم الدراية هو خبر جماعة يفيد بنفسه القطع بصدقه[١] لذا فإن فالاصطلاح عرف بأنه خبر جماعة يؤمن امتناع تواطؤهم على الكذب عادة[٢]، كما عرف أيضاً بأنه ما رواه جماعة كثيرة يمنع بحسب العادة تواطؤهم على الكذب من زمن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) حتى وصل إلينا ويعد ذلك في جميع الطبقات ولو تعددت[٣]، فالمتواتر هو خبر يؤمن عادة من عدم كذبه لاشتهاره بين الناس لذا فإنه بحال أو بأخر يتشابه مع الحالة الظاهرة بأنه معلوم الحال ولكن لا يمكن أن نطبق اسم المتواتر على الحالة كون أن التواتر لا يحوي على ذات مكونات الحالة الظاهرة، إضافة إلى أنه لو أردنا تطبيقه حسب المنهاج الأصولي الاسلامي يستلزم وجود أكثر من ثلاث اشخاص يعرفون عنه في كل جيل من الأجيال حتى يطلق عليه لفظ المتواتر، لذا فإن التواتر يفيد الحالة الظاهرة من حيث إثباتها لكنه لا يعطي كاصطلاح المقصد المراد منه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نجد أن علماء الحديث ذاتهم يذهبون بالقول بأن العلم بامتناع تواطئ الرواة على الكذب أو العلم بعدم تواطئهم عليه لا يكون دليلاً على صدق الخبر وعدم تعمد المخبرين الكذب؛ لأن للكذب أسباباً ودواعيَ أخرى غير التواطؤ عليه[٤]، لذا فيكون احتمالية أن يكون هذا التواتر منقول بصفة جاهلة

---

(١) الميرزا أبو القاسم بن محمد حسين القمي، قوانين الأصول، الطبعة الحجرية، ص٤٢٠.

(٢) الشيخ جعفر السبحاني، دروس في علم الرجال والدراية، مركز المصطفى (ص)، إيران، ص١٦١.

(٣) د. أياد مطشر صيهود، المنهج القانوني في اصول الفقه الإسلامي المقارن، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٨ م، ص٥٤.

(٤) الشيخ جعفر السبحاني، أصول الحديث وأحكامه في علم الدراية، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، الطبعة العاشرة، قم المقدسة، ص٢٥.

بحقيقة الحال واردة جدا وعليه فإن التواتر لا يمكن قبوله كتعويض لاصطلاح الحالة الظاهرة من هذا الجانب أيضاً.

أما بالنسبة للمتسامع فهو مأخوذ من السمع والاستماع؛ أي ما وصل إلى مسامع الناس حتى أدركوه وعرفوه، فهو يستلزم وجود خبر أو حالة عرفه الناس وتسامعوا به حتى وصل إلى حد الشهرة بينهم فيكون بهذا معروفاً من قبلهم.

وهو كالمتواتر من حيث النتيجة ذلك أنه يفيد اثبات الحالة الظاهرة لكنه لا يعطي للاصطلاح المرجو منه.

أما بالنسبة للشهرة العامة فهي كالمصطلحين السابقين من حيث النتيجة، ذلك أنها تعني أنها اشتهرت بين الناس بشكل عام حتى أصبح العامة يعرفونها وسنناقش فيما بعد اصطلاح الشهرة بشكل أوسع.

لذا فإن اصطلاح الحالة الظاهرة هو الأنسب لوصف حالة الفرد الذي لا يملك جنسية بالرغم من ظهوره بمظهر الوطني.

الفرع الثاني

عناصر الحالة الظاهرة

للحالة الظاهرة عدة عناصر تعد اساساً لوجودها ومنطلقاً لمعرفتها، ويكاد يتفق اغلب الفقهاء عليها بأنها المكونات الأساسية للحالة الظاهرة ويستلزم توفرها لكي يستطيع الفرد الاستعانة بالحالة الظاهرة لإثبات الجنسية وأنها لا يمكن أن تقوم ما لم تتواجد كل هذه المكونات وهي كما يأتي:

١ – الاسم

ان المراد بالاسم هو أن يتمتع الفرد بإسم وطني من الأسماء التي يعرف بها هذا البلد[١]؛ فهو ما يميز الشخص عن الآخر، ويحقق شخصيته، وهو اللفظ الذي يطلق على الشخص،

(١) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٢٠

لتعيينه وتمييزه عن سائر أفراد عائلته[١]، ويشكل الإسم أحد مميزات الشخصية الطبيعية، فهو العلامة المميزة لكل شخص والتي تفرق بينه وبين غيره من الأشخاص وتمنع اختلاطه واشتباهه بغيره.

والإسم ضرورة إجتماعية للتعبير عن ذاتية كل شخص وتمييزه عن غيره من الناس في المجتمع. كما أن الإسم ضرورة قانونية، إذ لابد من ذكره في كافة العلاقات والمعاملات التي يجريها الشخص، وكذلك في كافة إجراءات التقاضي والتنفيذ التي يجب أن تتخذ من شخص أو مجموعة من الأشخاص في مواجهة شخص آخر أو مجموعة من الأشخاص[٢]، وقد عرف المشرع العراقي الاسم المجرد بأنه اسم الشخص الذي يميزه عن غيره في الأسرة الواحدة المدون في السجل المدني و قاعدة المعلومات[٣]، في حين أن المشرع الجزائري أوجب أن يكون للفرد اسم ولقب[٤]، وليس المراد بالاسم ما يتسمى به الفرد فحسب بل قد يشمل اللقب و الكنية أيضا[٥]، إذ إن هناك الكثير من الأسماء التي تتشابه في أكثر من دولة فلا تدل على وطنية الفرد وهذا الأمر يكثر بالأخص في الدول العربية والإسلامية وحتى في الدول الغربية، واللقب هو اللفظ الذي يفيد انتماء الشخص إلى عائلة معينة[٦]، وبذلك فإنه يتبين بأن الاسم الشخصي هو عامل مشترك بين أكثر من فرد في أكثر من دولة وقد تتشابه الاسماء بين فرد واخر لذا لا يمكن إثبات الجنسية بالاعتماد عليه فحسب أو حتى الاعتماد عليه في اثبات الحالة الظاهرة ما لم يقترن بقرينة أخرى، لذا فإن الاسم يشمل كل من الاسم الشخصية واللقب والكنية وبهذا يعرف قيمة عنصر الاسم بتوافر عناصره المعروفة (الاسم، اللقب، الكنية).

---

(١) موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠١٢ م، ص١١.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١ م، ص١٢٤.

(٣) المادة (١/ ١٤) من قانون البطاقة الوطنية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦ النافذ.

(٤) المادة (٢٨) من القانون المدني الجزائري النافذ الصادر بالأمر (٧٥ – ٥٨) لسنة ١٩٧٥.

(٥) حورية غربي والطيب زورتي، المصدر السابق، ص٩٢٩.

(٦) موشعال فاطيمة، المصدر نفسه، ص١١.

ولكن قد يثار التساؤل حول ما إذا كان الاسم بجميع عناصره قادرا على إثبات الجنسية من عدمه بوصفه أحد عناصر الحالة الظاهرة؟

والجواب على هذا السؤال يتوقف على معرفة فيما إذا كان الاسم بحد ذاته قادرا على إعطاء انطباع وطني لحامله من العدم، إذ إن هنالك الكثير من الأسماء تتشابه في عدة دول بالأخص أن بعضهم يجعل لقبه على لقب بعض المدن العربية فمثلا الأسماء التالية: (البغدادي، السامرائي، الجزائري، البيروتي، ....) وغيرها من الأسماء التي قد تبدو للوهلة الأولى أنها تثبت أن حاملها هو فرد عراقي في حين نجد أن هذه الأسماء لا يمكن أن تثبت ذلك؛ لأن أغلبها هي مشتركة بين دولة ودولة غير العراق لذا فإن عنصر الاسم وحده لا يمكن أن يثبت وجود حالة ظاهرة ما لم يقترن الاسم الخاص بالفرد بالعنصر الثاني الذي هو الشهرة تلك التي يظهر بها الفرد بين الناس بصورة الوطني.

٢ – الشهرة

تعني الشهرة بأن يظهر الفرد ويشتهر بمظهر الوطني أمام الآخرين سواء في تعاملاته معهم أو معتقداته، وتتكون الشهرة من ظهور الفرد أمام الناس على نحو دائم في صفة الوطني واعتقاد الناس على نحو مستمر ومتكرر بأن هذا الشخص يعد من المكونين لشعب الدولة فهو يظهر بمظهر الوطني بأن يمارس عاداته وتقاليده ويعتنق معتقداته، ويرتبط بهذا المجتمع بروابط فعلية وقانونية ويظهر أمام الناس في صورة الفرد الوطني[١].

ويذهب بعضهم إلى القول بأن الشهرة لها ركنان؛ الأول مادي يتمثل بقيام الشخص وأسلافه القريبين بالظهور بمظهر الوطني من الناحية الفعلية بأداء الالتزامات الوطنية الواجبة عليهم كخدمة العلم وأداء الالتزامات الضريبية وتمتعهم في المقابل بحقوق الوطنيين وأخصها الحقوق العامة أي الحقوق السياسية كالحق في الانتخاب والحق في الترشيح للمجالس النيابية المحلية أو العامة، أما الركن الثاني فهو معنوي يتمثل باعتقاد الناس وعدّهم لهذا الشخص بأنه وطني[٢].

---

(١) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٢١.

(٢) ينظر: د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، المصدر نفسه، ص٢١.

ونجد أن القول بركن الشهرة قد يتصادم مع ضرورة وجود مستمسكات رسمية للقيام بالواجبات المناطة بالفرد الوطني لا سيما أن هذه المستمسكات لا تمنح للفرد طالما أنه لا يحمل جنسية، فحق الانتخاب على سبيل المثال كما جاء في قانون انتخابات مجلس النواب العراقي هو حق لكل عراقي ممن توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في القانون[١] والتي نجد صراحة أنها اشترطت أن يكون الناخب مسجلا في سجل الناخبين وفقا لأحكام القانون والانظمة والاجراءات التي تصدرها المفوضية ولديه بطاقة ناخب الكترونية مع ابراز أحد المستمسكات الرسمية الثلاثة هوية الأحوال المدنية أو البطاقة الموحدة أو شهادة الجنسية العراقية[٢] والبطاقة الموحدة هي الوثيقة المعتمدة قانونا لتعريف الشخص الذي تعود اليه و تمنح للعراقي[٣] وعليه فإن الركن المادي المذكور آنفا سينتفي بمجرد وجود مستمسك رسمي يثبت وطنية الفرد وهذا ما يدعونا إلى التساؤل حول مدى إمكانية إثبات الحالة الظاهرة أو انتفائها في ظل وجود المستمسكات والوثائق الرسمية؟.

إن وجود الوثائق الرسمية أو المستمسكات دليل كافي على وطنية الفرد وبالتالي انتفاء الحالة الظاهرة محل البحث؛ لأن هذه الوثائق لا تمنح إلا لمن تم إثبات وطنيته وانتماءه للبلد، عكس الحالة الظاهرة التي تهدف إلى إثبات ذلك.

ومما تقدم نجد أن هذا العنصر (الشهرة) هو عنصر غير واقعي، وغير عملي أو منطقي، وأن الأخذ به في الفقه جاء بطريق المحاكاة والنقل الحرفي عن الواقع الفقهي والتشريعي في فرنسا، كما أن الدولة عندما تعامل حاملي الأسماء السابق الإشارة إلى أمثالها لا تنظر إلى عنصر الاسم وإلى عنصر الشهرة، عند فرض الأعباء والتكاليف العامة على المواطنين، وكذا عند منحهم المستندات او المستمسكات التي لا تمنح إلا للمواطنين مثل البطاقات الشخصية والشهادات الانتخابية.

---

(١) المادة (٤/ ١) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٢) المادة (٥/ ٤) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨ المعدل.

(٣) المادة (١/ ٧) من قانون البطاقة الوطنية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦ النافذ.

وعلى ذلك فإن المؤدى المنطقي الذي يتفق مع الواقع هو أن الحالة الظاهرة تتحقق بعنصر المعاملة فقط، ولا بأس من عدّها قرينةً بسيطةً قابلةً لإثبات العكس، ولكن يقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف ما تشهد به القرينة، وهذا هو الذي يتفق مع العدل والمنطق في تقديرنا، إذ إنه كيف يمكن تصوّر أن تعامل الدولة الأفراد على أنهم مواطنون، فإذا طالبوا بأي حق من حقوق المواطنة تطالبهم بإثبات أنهم مواطنون؟[١].

ويتضح مما تقدم أن عنصري الاسم والشهرة لا يمكن باجتماعهما ان يثبتا صفة الوطني للفرد من دون أن يقترنا بالعنصر الثالث الذي يتمثل بالمعاملة.

ثالثا: المعاملة

والمراد بالمعاملة هي أن يعامل الشخص من قبل الناس كافة على أنه من الوطنيين، كما يجب أن يعامل الشخص بهذه الصفة من قبل جهات الإدارة في الدولة، على أنه لا يعامل على هذا النحو من مجموعة معينة من الأفراد فحسب بل يجب أن يكون هذا التعامل بالصفة الوطنية متبادلا من جانب الشخص ذاته، واشتهاره بالوطني وبتعامله بهذه الصفة وبمعاملة الآخرين له كذلك بأن يعامل بهذه الصفة من قبل جهة الإدارة كان يقيد في جداول الناخبين أو تفرض عليه الضرائب مثلا أو الأعباء العامة بوصفه وطنيا أو يستدعى لأداء الخدمة العسكرية، لذا فإن السمعة العامة والعيش بصفة الوطني والاعتبار الشخصي كذلك من قبل الرأي العام تؤدي إلى إثبات الصفة الوطنية[٢].

وعليه فإن المعاملة جزء مكمل للشهرة إذ يتصف الشخص بالصفة الوطنية بمجرد معاملة الآخرين له على هذا النحو، وعليه فإننا نرى أن جوهر عناصر الحالة الظاهرة لا يكتمل إلا بوجود المعاملة كشرطٍ أساسي لقيام الحالة الظاهرة، إذ طالما كان هنالك ادعاء بوطنية الفرد لزم أن يكون

(١) د. عادل عبد المقصود عفيفي، إثبات الجنسية في النظام القانوني المصري، دراسة مقارنة، ص ٢٢٤.

(٢) علي باشا خليفة، فكرة الحالة الظاهرة في مجال اثبات الجنسية المصرية، مجلة جامعة جنوب الوادي، العدد السادس، ٢٠٢١، ص٣٠١.

هنالك ما يبرر هذا الادعاء ولا نجد مبررا كافياً سوى المعاملة التي تصدر من الآخرين اتجاه الفرد بوصفه شخصاً وطنياً.

وإن المعاملة لا تعني ما يتعامل به الأفراد مع صاحب الحالة الظاهرة فحسب بل هي علاقة متبادلة بين جميع الأطراف، فعليه أن يتعامل معهم على وفق معتقدات الأفراد أنفسهم كما أن يتحدث بلغتهم ويحتفل باحتفالاتهم فكل هذه الأمور تدخل في نطاق المعاملة التي تكمل باق المكونات التي يترتب على أساسها انطباق الحالة الظاهرة.

ومما تقدم يتبين لنا أن هذه المكونات لا يمكنها أن تقوم بمفردها لإثبات الحالة الظاهرة، بل أن تخلف أحدها يعني نقص في الحالة الظاهرة، وان اجتماع هذه المكونات الثلاثة يعطي انطباعا ظاهريا على تحقق الحالة الظاهرة، وكما أسلفنا فإن الاسم والشهرة لا يفيدان صحة الحالة الظاهرة طالما أن مكون المعاملة غير متحقق وكذلك الأمر بالنسبة أن تحقق مكوني المعاملة والاسم من دون أن يتحقق مكون الشهرة، وخلاصة القول إن اجتماع هذه المكونات الثلاثة يمكنها أن تحقق بصورة أو بأخرى ثبوت وجود الحالة الظاهرة والتي يمكن من خلالها الاستعانة بها لإثبات الجنسية وأن تخلف هذه المكونات الثلاثة يعني أن الحالة الظاهرة لا يمكن أن تقوم طالما لا تتواجد هذه المكونات.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للحالة الظاهرة

عند العودة إلى المشرع العراقي نجد أنه قد عرف المدعي بأنه من يتمسك بخلاف الظاهر وأن المنكر هو من يتمسك ببقاء الأصل، وبالعودة إلى عبء الإثبات نجد أن المشرع العراقي قد وزع عبء الإثبات بين المتداعيين، إذ أخذ بالقاعدة العامة القائلة بأن البينة على من ادعى[١] فأعطى الفرصة للمدعي بأن يثبت ادعائه بكافة طرق الإثبات، كما أعطى للمدعى عليه فرصة في التمسك بالأصل أيضا من خلال رد دعوى المدعي بكافة طرق الإثبات أيضا، لذا فإن عبء الإثبات حسب المادة السابعة من قانون الإثبات يقع على من يدعي خلافاً للظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً[٢].

عليه سنناقش في مطلبنا هذا (طبيعة قرينة الحالة الظاهرة) ونوعي القرينة: القانونية والقضائية كما مبين في الفرعين الآتيين.

(١) المادة (٢/٧) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) الظاهر يقسم في طبيعة الحال إلى الظاهر اصلا وعرضا وفرضا، فالظاهر اصلاً هو ما يظهر للناس بصفة عامة ويتفق مع الحقيقة ويمثل العادي والمألوف لذلك نطلق عليه الظاهر، لأن الناس تعتمد عليه في معاملاتهم في أكثر الأحوال، فإذا أدعى المدعي الجنسية العراقية لنفسه فأنه يدعي بخلاف الظاهر أصلاً أو يقع عليه إثبات تمتعه بالجنسية العراقية، اما الظاهر عرضا فهو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية خلافاً لما كان ظاهر أصلاً، فإذا أثبت المدعي صحة ادعاؤه بالأدلة القانونية فأنه ينقلب إلى ظاهر عرضاً، ومن ثم ينتقل عبء الاثبات الى الدولة ممثلة بوزير الداخلية الذي يأخذ مركز المدعي وعليه إثبات عكس ذلك، أما بالنسبة للظاهر فرضا هو ما افترض المشرع ظهوره بقرينة قانونية بسيطة يقيمها لصالح المدعي لكي تعفيه مؤقتاً من عبء الإثبات لحكمة يقدرها المشرع ومن ضمنها الحالة الظاهرة (ينظر: د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٦٣ – ١٦٤).

الفرع الأول

الحالة الظاهرة قرينة قانونية

عرف المشرع العراقي القرينة القانونية بأنها استنباط المشرع أمراً غير ثابت من أمر ثابت[١] لذا فإن كون القرائن القانونية هي استنباط المشرع يجعلها تنطوي على خطورة لا توجد بالنسبة لغيرها ذلك أن المشرع وهو يقوم باستنباطها والنص عليها في صيغة عامة مجردة حتى ولو بدت مغايرتها للواقع في بعض الحالات[٢] مما يجعل من فرص ايجادها قليلة بعكس ما يستنبطه القاضي من قرائن تعرض له في اثناء التقاضي أمامه.

وتقسم القرائن القانونية من حيث الإثبات الى قرائن قانونية قاطعة وغير قاطعة، ولكن قبل الخوض في تفاصيل أقسام القرائن القانونية لابد أن نوضح مدى حجية الحالة الظاهرة كقرينة قانونية لإثبات الجنسية سواء في التشريع العراقي أو التشريعات المقارنة، ونجد أن غالبية التشريعات انقسمت الى قسمين الأول هو الدور الساكت عن إيراد النص على حجية الحالة الظاهرة والثاني نادى بحجيتها ونص عليها في قوانينه، ومما تجدر به الإشارة هو قيام المشرع الفرنسي بأخذ الحالة الظاهرة كقرينة قانونية من بعدما كانت قرينة قضائية وذلك بقانون الجنسية الفرنسية الصادر في التاسع عشر من أكتوبر لعام ١٩٤٥ حين نصت المادة ١٤٣ على أنه إذا كانت الجنسية الفرنسية للشخص لا تجد مصدرها إلا في ثبوت النسب لأب فرنسي أو أم فرنسية فإنه يمكن إثبات أن هذا الشخص وأسلافه يتمتعون بحيازة الحالة الوطنية خلال ثلاثة أجيال ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، وبهذا فيكون المشرع الفرنسي اخذ بالحالة الظاهرة بوصفها قرينةً قانونيةً ولكنه لم يعطها حجية القرينة القانونية القاطعة وسمح في النص عليها بأن يثبت الآخرين خلافها عن طريق أي دليل له قوة قادرة على نفي هذه القرينة.

وعلى وفق هذا الأساس سار المشرع المغربي في اتباع المشرع الفرنسي بجعل الحالة الظاهرة قرينة قانونية، لإثبات الجنسية إذ تنجم الحالة الظاهرة للمواطن المغربي عن مجموعة من الوقائع العلنية

---

(١) المادة (١/٩٨) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، دار السنهوري، بيروت، ص ١٢٣.

المشهورة المجردة من كل التباس تثبت أن الشخص المعني بالأمر وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة المغربية وكان يعترف لهم بهذه الصفة لا من طرف السلطات العمومية فحسب، بل حتى من طرف الأفراد[١].

وكذلك قام المشرع الجزائري بالأخذ برأي نظيريه الفرنسي بعد أن اشترط أن يكون توافر حيازة الحالة الظاهرة لدى جيلين بأن يكون المعني بالأمر وابويه كانوا يتظاهرون بالصفة الجزائرية[٢]، وعدّ أن القرينة القانونية غير قاطعة ويمكن إثبات العكس[٣].

أمّا المشرع المصري فلم يعد الحالة الظاهرة قرينة قانونية ولم ينص عليها مما جعل بعض الفقهاء يذهبون إلى القول بأن المشرع المصري اكتفى بأن عدّ الحالة الظاهرة قرينة قضائية يمكن أن يتم إثبات عكسها بدليل اقوى[٤] وهو ما لم نتلمسه في النصوص التشريعية المصرية.

والمذهب ذاته عند المشرع المصري ذهب المشرع العراقي إذ لم ينص صراحة على ثبوت الجنسية بحيازة الحالة الظاهرة كما لم ينص على عدّها قرينة قانونية وجعل للقاضي فرصة لأن يعدها قرينةً أو لا، ولكن يثار التساؤل حول بعض الأحوال التي نص عليها المشرع العراقي في حالات منح الجنسية والتي تفيد في مفهومها جواز تطبيق الحالة الظاهرة كقرينة قانونية، وللإجابة على هذا الاستفسار لابد أن نعود إلى أقسام القرينة القانونية لنفصل في الإجابة.

إنّ الدور الرئيسي الذي تلعبه القرينة القانونية يتمثل بأنها تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات[٥] اي بمعنى أنها لا تعفيه من إثبات ادعائه ولكنها تغنيه عن الإثبات المباشر أي لا يكون له أن يثبت الواقعة مصدر الحق الذي يدعيه، لكن يجب عليه أن يثبت تحقق الواقعة التي تقوم عليها القرينة[٦].

---

(١) المادة (٣١) من قانون الجنسية المغربي رقم (١,٥٨,٢٥٠) لسنة ٢٠١١ النافذ.

(٢) المادة (٣٢/ ٣) من قانون الجنسية الجزائرية النافذ.

(٣) حورية غربي والطيب زورتي، المصدر السابق، ص٩٣٢.

(٤) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٣٨.

(٥) المادة (٩٨/ ٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٥٨ م، ص٦٠٢.

فالقرينة القانونية تنقل محل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها إلى واقعة أخرى متصلة بها يحددها المشرع، فتكون هذه الواقعة الأخيرة هي أساس القرينة التي يشترط القانون وجودها لانطباق حكم القرينة. وبذلك يتعين ثبوتها أولاً، وللخصم الذي يحتج عليه بالقرينة أن ينازع في توفر الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها، وعلى القاضي أن يمكنه من ذلك احتراماً لحق الدفاع[١]، فإذا ثبت قيام الواقعة أساس القرينة تعين على القاضي أن يأخذ بحكم القرينة وان يجعلها أساسا لما يستند عليه من قرار في حكمه حتى وإن بدا له عدم مطابقته للوقائع المنظورة امامه في الدعوى وإلا تعرض الحكم للنقض، وهذا هو جوهر القرائن القانونية القاطعة.

ويبقى التساؤل الذي يطرح حول إذا ما كانت القرائن القانونية القاطعة هي قاطعة بحيث لا يمكن نقضها بدليل أقوى أم لا؟

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع العراقي قد ميز بين نوعين من القرائن القانونية القاطعة وكما يأتي[٢]:

١ – ما لا يتعلق منها بالنظام العام أي الموضوعة لحماية مصلحة خاصة وهذه تقبل إثبات العكس بالإقرار واليمين فقط.

٢ – القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام. وهذه يجوز إثبات عكسها بأي دليل من أدلة الإثبات بما في ذلك الإقرار واليمين.

ونجد بعض الفقهاء يذهبون بالقول إلى أن شهادة الجنسية قرينة قانونية على ثبوت الجنسية لمن يدعيها إلا أنها لا تعد قرينة قاطعة على ثبوت الجنسية بل هي مجرد قرينة بسيطة يجوز نقضها بإثبات العكس[٣] استنادا لما اقره المشرع العراقي حين نص على أنه يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك[٤]، ونجد أن شهادة الجنسية لا يمكن

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٢) المادة (١٠١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٣) د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص١٧١.

(٤) المادة (١٠٠) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

عدّها قرينة قانونية إذ نص عليها المشرع العراقي في قانون الإثبات وجعلها من السندات الرسمية[١] وتعد حجة على الناس ولكن يطرح فرضا امكانية ان يكون ما ورد فيها جاء مخالفاً للواقع وعليه يطعن بتزويرها فهل ستبقى لشهادة الجنسية ذات الحجة؟ ونجد أن المتمسك بتزوير السند الرسمي هو من يقع عليه عبء الإثبات ذلك أن حيازة الشخص لشهادة الجنسية تضعه في مركز قانوني خاص يترتب عليه أن من يثير نزاعاً في الجنسية الثابتة بتلك الشهادة هو الذي يقع عليه عبء الإثبات ما دام يروم إثبات ما هو خلاف للظاهر[٢].

وعليه فأن شهادة الجنسية العراقية ليست بذاتها أداة لمنح الجنسية وإنما هي مجرد دليل إثبات، يفترض فيها أنها تعبر عن الواقع وتثبت دخول الشخص في حالة من حالات الجنسية الأصلية أو المكتسبة، وإذا ما ثبت عكس هذا الفرض فأن الجنسية تفقد حجيتها في الإثبات[٣]، وبهذا فإن صاحب الحالة الظاهرة إذا ما تمسك بشهادة الجنسية نرى أنه قد تمسك بالظاهر بمستمسك رسمي يمكن الطعن به من الغير ولكن يقع على الغير عبء الإثبات، وبهذا نرى أن المتمسك بالدليل الرسمي المتمثل بشهادة الجنسية لا يمكن قبوله كقرينة إلا في حالات معينة من ضمنها ان يكون المدعي بالصفة الوطنية متمسكا بشهادة الجنسية التابعة لأحد والديه وبهذا تمنح له الجنسية سواء كانت أصلية أم تبعية طالما أن شهادة الجنسية التي يحتج بها هي ثابتة لأحد آبائه.

ولقد جاء قانون البطاقة الوطنية بإلغاء صريح لعمل شهادة الجنسية وقد حلت البطاقة الموحدة محلا لشهادة الجنسية من حيث الإثبات[٤] إذ تعتمد البطاقة الوطنية لدى الجهات الحكومية وغير الحكومية في اثبات شخصية صاحبها والتعريف بجنسيته العراقية وتكون بديلة عن شهادة الجنسية العراقية وهوية الأحوال المدنية و بطاقة السكن و يراعى استخدام الرقم التعريفي في سجلاتها وله بموجبها الحصول على حقوقه المدنية و القانونية و الانسانية[٥].

---

(١) المادة (٢٢/ ١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص١٦٩.

(٣) نفس المصدر، ص١٦٩.

(٤) المادة (الثانية/ ج) من قانون البطاقة الوطنية العراقي رقم (٣) لسنة ٢٠١٦ النافذ.

(٥) المادة (١/٣٥) من قانون البطاقة الوطنية العراقي رقم (٣) لسنة ٢٠١٦ النافذ.

وبهذا نكون أمام فرضية جديدة تحتم علينا قبول شهادة الجنسية كقرينة قانونية قابلة لإثبات العكس في حالات معينة مثل أن يتمسك صاحب الحالة الظاهرة بشهادة الجنسية الخاصة بأحد والديه المتوفيين أو أجداده وهنا تكون القرينة القانونية متمثلة بمستمسك رسمي سابق تم الغاءه لكنه يحمل قوة في الإثبات عندها تثبت الجنسية لصاحب الحالة الظاهرة كونه حائزاً على قرينة قانونية.

وفي العودة إلى القرائن القانونية القاطعة التي يمكن أن يستند عليها صاحب الحالة الظاهرة نجد أن المشرع العراقي قد نص على أن أحكام المحاكم تعد من السندات الرسمية التي يمكن الاحتجاج بها[١]، كما يعد من قبيل القرائن القانونية القاطعة القرارات الإدارية التي تصدر من وزير الداخلية إذ أوجب القانون موافقته لقبول التجنيس غير العراقي أو تجريده من الجنسية أو باستردادها[٢]، وقد عدّ المشرع العراقي الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية والحائزة على درجة البتات حجة بما فصلت فيه من حقوق إذا أتحد طرفي الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً[٣] وعدها من القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام ونص على عدم جواز قبول أي دليل ينقض حجية الأحكام الباتة[٤].

وندخل هنا في فرض حصول الحائز على الحالة الظاهرة بقرار مكتسب للدرجة القطعية من قبل المحاكم العراقية بشأن جنسيته فهل سينتقل هذا الحق إلى آبائه وأبنائه ونجد أنه يمكن قبول ذلك استنادا إلى حجية الشيء المحكوم فيه طالما أن النزاع المتحقق كان بين صاحب الحالة الظاهرة وبين الدولة بشأن إثبات جنسيته وتمكن من إثباته فيسري هذا القرار بحق ابنائه وأبنائه ما لم يثبت العكس أي ما لم يكن أحد هؤلاء غير وطني؛ لأسباب قانونية ولا يشمل هذا الفرض ابنائه المولودين من صلبه.

---

(١) المادة (٢٢/ ٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) المادة (السادسة/ ١) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٣) المادة (١٠٥) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٤) المادة (١٠٦) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

ومن أقسام القرائن القانونية هنالك القرينة القانونية غير القاطعة والتي تؤدي نفس مؤدى نظيرتها القاطعة حيث أنها قائمة على الفرض أو الاحتمال الراجح في نظر المشرع، والأصل في القرائن أنها تكون غير قاطعة لأنها مقررة في صيغة عامة مجردة ونموذجية مما قد يؤدي إلى احتمالية عدم تطابقها مع الواقع في بعض الحالات الفردية[١]، وأن إثبات العكس عن القرائن غير القاطعة يعني إثبات الحالة الخاصة التي يكون الخصم بصددها، وإلا أنه لا يحوز إثبات عكس القرينة في عمومها؛ ولأن وصفها كقاعدة تشريعية فيعني أن الإثبات العكسي يستلزم إلغاء التشريع ذاته الذي أقام هذه القرينة ولا يلغي التشريع الا بتشريع اخر[٢].

ويمكن أن يتم إثبات العكس في القرائن القانونية غير القاطعة باي دليل ذي قوة مطلقة كالإقرار واليمين، ويرى بعض الفقهاء أنها يمكن أن تدحض بالكتابة او بمبدأ الثبوت بالكتابة معززة بالشهادة او القرائن القضائية وفقاً للقواعد العامة في الإثبات[٣].

وهذا الرأي لا يمكن قبوله ذلك أن القرائن القضائية تعني ما يستنبطه القاضي من الدلائل المعروضة امامه، فإن حجيتها لا تصل إلى مستوى حجية القرائن القانونية ذاتها كما أن القاضي لا يمكنه أن يحكم بما يخالف القانون، لذا فإننا نرى بأن القرائن القضائية لا يمكن اعتمادها لدحض القرائن القانونية غير القاطعة لا سيما أن المشرع جعل القاضي محدداً باستنباط القرائن التي لم يقرها القانون على وفق نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة فقط[٤].

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٢) د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ص١٣٠.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٤) المادة (١٠٢/ ٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

الفرع الثاني

الحالة الظاهرة قرينة قضائية

عرف المشرع العراقي القرينة القضائية على أنها استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة(١)، فالقاضي يستنبط هذه القرينة بحسب ما هو راجح الوقوع في الغالب ولكن هذا الاستنباط مقيد بحدود تتمثل بأي قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة(٢)، وبهذا فإن القرينة القضائية لا يمكن استنباطها خارج ما يجوز إثباته بالشهادة، وبهذا فإن بعض الفقهاء يذهبون إلى القول بأن القرائن القضائية تتكون من ركنين هما:

١ – الركن المادي: وهو يشمل الواقعة الثابتة المعلومة، وهي الأمارة، أو العلامة، أو الدلالة، وهي الثابتة لدى القاضي، من خلال ظروف الدعوى وملابساتها، ومنها ينطلق إلى التوصل لمعرفة الواقعة المجهولة.

٢ – الركن المعنوي: وهو يتضمن عملية الاستنباط، وهي العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي وفقاً لقواعد المنطق والعقل، التي من خلالها يتوصل القاضي إلى إثبات الواقعة المجهولة، أو المراد إثباتها انطلاقاً من الواقعة الثابتة الأمارة أو العلامة أو الدلالة التي لدى القاضي(٣).

ومما تقدم نجد أن القرينة القضائية لها شروط لقيامها تتمثل بالآتي:

١ – إنها مجهود اجتهادي ذهني يبذله القاضي عند نظر الدعوى فيستنبط أمرا غير ثابت من أمر ثابت.

٢ – تولد من أي قرينة لم يقررها القانون على أن تكون في حدود ما يجوز الإثبات به من خلال الشهادة.

---

(١) المادة (١٠٢/ ١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) المادة (١٠٢/ ٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٣) د. اياد احمد محمد ابراهيم، القرائن القضائية وعلاقتها بالسياسة الشرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد (٢٢)، العدد (٤٢)، ٢٠٠٦ م، ص٧.

وفي العودة إلى الحالة الظاهرة كقرينة قضائية نجد انها تنطبق عليها شروط القرينة القضائية إذ إن بإمكان القاضي أن يستنبط أحقية الفرد الحائز على الحالة الظاهرة بالجنسية كون ان الحالة الظاهرة قرينة على تملك الفرد بصفة الوطني عبر ظهوره بمظهر الوطني.

ونجد أن المشرع العراقي قد جعل للقاضي سلطة واسعة في تقدير القرائن؛ إذ إن قاضي الموضوع يختص وحده بالاستنباط والذي هو عبارة عن عملية ذهنية تعتمد في صوابها على مدى فهم وإدراك القاضي لوقائع النزاع وتقديره لدلالتها، ولهذا كان الخطأ وارداً في سياق هذا المجهود الفكري[١].

ولهذا نجد أن المشرع العراقي قد جعل القرينة القضائية في مرتبة الشهادة – صحيح أن الوقائع المراد الاستنباط منها هي وقائع لا تكذب أو تتحيز بسبب الطمع أو الحب أو الكراهية كالشهود، ولكن الخشية تكمن في دقة الاستنباط لدى القاضي ومقدار تجرده. فالقاضي ليس بمعصوم عن الخطأ فالكمال لله وحده ولا يمكن الجزم بأن القاضي نفسه لن يجذبها قوى إلى هنا تارة، وتدفعها تارة أخرى باتجاه مغاير. وهذه القوى إنسانية وإن لم تكن منطقية دائماً خاصة وأن الإثبات بالقرائن يتطلب تفكيراً منطقياً يعتمد على ذكاء القاضي وفطنته وخبراته السابقة، وتبقى العملية عملية اقناع واقتناع مما يجعل الخصوم والمحامي يبذلون قصارى جهدهم لإقناع القاضي وجعله يستلهم من الوقائع المعروضة أمامه حلاً لعلاج المشكلة المعروضة أمامه[٢].

ولكن ما يعاب على القرينة القضائية أنها خاضعة لاجتهاد القاضي وحده مما قد يفوت على المتمسك بالحالة الظاهرة في بعض الاحيان تصديق انتماءه إلى البلد أن رأى القاضي أن ما يملكه من دلائل ليست كافية لإثبات انتماءه للبلد، فالقاضي فيما له من سلطان واسع في التقدير، قد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة، وقد لا تقنعه قرائن متعددة، إذا كانت هذه القرائن ضعيفة لا تؤدي إلى إقناعه في شأن الوقائع محل النزاع؛ لأن تحصيل فهم الوقائع في الدعوى من شأن قاضي الموضوع وحده ولا رقيب عليه فيما يحصله متى كان قد اعتمد في ذلك على

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١٢٨.

(٢) نفس المصدر، ص ١٢٨.

اعتبارات سائغة، وفي هذا النطاق يختلف أيضاً استنباط القضاة باختلاف مداركهم و وسلامة تقديرهم للوقائع وهذا قائم على أساس أن لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته، لذا فإن القاضي عملاً بسلطته الواسعة في التقدير حر في تفضيل قرينة على أخرى متناقضة معها أو تفضيل شهادة الشهود عليها وإن تعارضت معها[١].

ومما تقدم نجد أن القرينة القضائية قد تؤثر على إمكانية الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة من الاحتجاج بوطنيته طالما أن القاضي هو الذي يرى ويستلهم جدوى الحالة الظاهرة كقرينة أو لا، وأن كنا نميل إلى القول بأن الحالة الظاهرة هي قرينة قضائية بحد ذاتها لما تملكه من مقومات بالأخص عناصرها التي تفيد الظن بوطنية الفرد بالأخص أن اجتمعن كلهن في وقت واحد (الاسم، الشهرة، المعاملة) الا ان القاضي وحده هو من يقدر فيما إذا كانت هي قرينة أم لا.

بقي أن نفترض أن قاضي الموضوع لم يتقبل الحالة الظاهرة كقرينة كافية لإثبات وطنية الفرد فما الحل عندها وما الذي سيؤول إليه مصير الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة؟

نجد أن المسألة هنا لا تخرج عن أمرين:

الأول: هو الطعن بقرار القاضي أمام محكمة التمييز بعريضة تشتمل على أسماء الخصوم وشهرتهم ومحل إقامتهم واسم المحكمة التي أصدرت الحكم المميز وتاريخ تبليغ الحكم المذكور مع بيان أوجه مخالفته للقانون[٢]، فإن جاء الطعن التمييزي منقوضاً ولصالح الطاعن صاحب الحالة الظاهرة عندها سيكون القرار ملزماً ان يثبت الجنسية إليه أما إذا جاء مصدقا لحكم المحكمة الابتدائي عندها سيحل الأمر الثاني ألا وهو عدّ الشخص غير وطني وغير حامل للجنسية.

الثاني: وهي الحالة التي تعرف بانعدام الجنسية فيكون الفرد في هذه الحالة منعدم الجنسية وهو الشخص الذي لا تعده أي دولة مواطناً لها بمقتضى تشريعها[٣] فيكون أجنبيا في أي دولة يتواجد فيها، ونكون أمام حالة خطرة تهدد الفرد والدولة على حد سواء.

---

(١) د. ادم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص١٢٨.

(٢) المادة (٢٠٥/ ١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣) المادة (١) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمركز عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤.

وهنالك حالة من الحالات تعرف بإعادة المحاكمة يمكن لمن ضاعت فرصته في إثبات الجنسية أن يطلب إعادة المحاكمة من أجل إثباتها أن تحصل على دليل كاف لإعادة المحاكمة نص عليه القانون[١].

ونجد أن التشريع يحوي على نقص كبير في علاج مسألة الحالة الظاهرة كقرينة قضائية ونفضل أن يتم تداولها على أنها قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس أسوة بالمشرعين الفرنسي والجزائري والمغربي لكي لا يقع الفرد ضحية التفسيرات الخاطئة التي قد تصدر من القضاء.

(١) المادة (١٩٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

المبحث الثاني

أدلة أثبات الحالة الظاهرة وأساسها القانوني

تبرز أهمية الاستدلال على الحالة الظاهرة بكونها إحدى الوسائل التي يتم إثبات الجنسية من خلالها، إذ يتم منح الجنسية على وفق عدة معطيات ومسببات لاكتسابها أو لمنحها للفرد ووجود الحالة الظاهرة والاستدلال بها يعد أمراً مهماً في إثبات الجنسية من عدمه بالأخص في حالة توارث الفرد من اسلافه الصفة الوطنية مما يجعل الاستدلال بالحالة الظاهرة أمراً جائزاً لإثبات انتماء الفرد لوطنه، كما أن الاستدلال بالحالة الظاهرة يحيلنا الى أمرين: الأول يكمن بمعرفة كيفية الاستدلال على الحالة الظاهرة ومدى جديتها بالإثبات بكافة طرق الإثبات للاستدلال عليها، والثاني: في معرفة الأصل الذي جاءت منه فكرة الحالة الظاهرة ومدى ملائمتها لطبيعة الفكرة الأساسية المأخوذة منها، وهذا ما يدعونا لأن نقسم المبحث هذا إلى مطلبين نبحث في الاول أدلة إثبات الحالة الظاهرة، ونتناول في الثاني الأساس القانوني لنشوء الحالة الظاهرة وكما يأتي:

المطلب الأول

أدلة اثبات الحالة الظاهرة

سبق واسلفنا بأن الحالة الظاهرة حسب توجه المشرع العراقي ما هي إلا قرينة قضائية بحد ذاتها، لكن هل أن هذه القرينة تثبت من دون إقامة دليل على وجودها؟ أم أنها قائمة بلا دليل؟ إن هذه الأمور تجعلنا نسأل فيما إذا كانت الحالة الظاهرة تقوم بذاتها بوصفها دعوى المدعي من دون إثبات أم انه يجب إثبات تمسكه بالحالة الظاهرة؟ أن الحالة الظاهرة دعوى يدعيها أحدهم يتمسك من خلالها بخلاف الظاهر وهي لا تقوم بمجرد الادعاء بل يجب على من يتمسك خلافاً للظاهر أن يبرز أدلته ليثبت دعواه ولما كانت الأدلة في الإثبات تنقسم إلى أدلة مباشرة و غير مباشرة لذا كان لزاما علينا أن نبحث فيهما؛ عليه فإننا في مطلبنا هذا سننظر للحالة الظاهرة بأنها طريقة مباشرة للإثبات وطريقة غير مباشرة للإثبات في الفرعين الآتيين وكما يأتي:-

الفرع الأول

الأدلة المباشرة لإثبات الحالة الظاهرة

تعرف أدلة الإثبات على أنها الوسائل المقبولة قانوناً والتي يلجأ إليها أطراف النزاع لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها[١] ومن هنا ذهب الفقهاء إلى القول بأن أدلة الإثبات من حيث الطرق تنقسم إلى مباشرة وغير مباشرة وقد عرفت الأدلة المباشرة بأنها تلك التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها[٢]، ونجد أن غالبية التشريعات لم تضع تعريفا مناسبا للأدلة المباشرة وجعلت للفقه مسألة وضع تعريف لها وكذلك المشرع العراقي فعل بمثل ما ذهب إليه نظرائه من المشرعين محل البحث، وعلى العموم فإننا نجد أن التعريف المناسب للأدلة المباشرة يكمن عدّها تلك الأدلة التي تنصب مباشرة من حيث الدلالة على الواقعة المراد إثباتها.

ومثلما لم ينص التشريع على تعريف معين للأدلة المباشرة نجد أنه لم يحدد ما هي الأدلة المباشرة بصورة عامة وما هو مقدار حجية هذه الأدلة؛ وترك الأمر للفقه أيضاً ليخوض في هذه التفاصيل. ولقد جاء الفقه متبايناً من حيث الاتفاق على هذه الأدلة فذهب البعض إلى القول بأن الأدلة المباشرة تتمثل بالكتابة والبينة، ويقابل اصطلاح الكتابة السندات في قانون الاثبات، أما البينة فتقابل الشهادة، وحجة هذا القول بأن الكتابة هي تسجيل للواقعة المراد إثباتها بالذات سواء كانت تصرفاً قانونياً كما هو الغالب أو كانت واقعة قانونية، فتكون طريقاً مباشراً لإثبات هذه الواقعة[٣].

في حين أن الشهادة إن كانت منصبة على صحة الواقعة المراد إثباتها بالذات، سواء كانت تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية فتثبت هذه الواقعة بصورة مباشرة[٤].

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص٥٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج٢، ص٩٨.

(٣) نفس المصدر، ص٩٨.

(٤) نفس المصدر، ص٩٩.

وعدّ الدكتور السنهوري المعاينة والخبرة دليلين من أدلة الإثبات المباشرة وعدّهما الطريقين اللذين يتصلان اتصالا مادياً مباشراً بالواقعة المراد إثباتها[١].

وبالعودة إلى مناقشة هذه الآراء نجد أننا نختلف في حسبان هذه الأدلة هي من تمثل الأدلة المباشرة ذلك ان الكثير من هذه الأدلة قد تخالف الواقع وهذا يتعارض مع اساس الأدلة المباشرة التي تنصب دلالتها على الواقعة المراد إثباتها.

ومما تقدم لابد لنا أن نوضح بأن الأدلة المباشرة والتي يكاد الجميع يتفق على أنها تتمثل بالكتابة والبينة ولكننا نذهب خلاف ذلك؛ لأن أصل الإثبات يجب أن يكون مباشرا حتى يكون الدليل دالاً على وقوع الحادثة محل الإثبات وهذا ما قد لا نجده في البينة والكتابة في بعض الأحيان، وللتوضيح أكثر لابد أن نتناولهما وفق الآتي:

اولا: الكتابة (السندات)

جعل المشرع العراقي الكتابة في فصل خاص لها بقانون الإثبات بالباب الثاني والذي يناقش فيه طرق الإثبات وكيفها على ستة فروع، إذ عدّ الدليل الكتابي طريقا من طرق الإثبات القوية، لإثبات الواقعة المادية وفصل في هذا الدليل بين حجية السندات الرسمية وحجية السندات العادية والرسائل والبرقيات[٢]، وعند تكييف الوقائع المراد إثباتها والمتمثلة بالحالة الظاهرة نجد أن الدليل الكتابي من أقوى الأدلة التي يمكن إثبات الحالة الظاهرة بها؛ لا سيما أن شهادة الجنسية تعد من السندات الرسمية التي يمكن الاحتجاج بها وبالأخص أن المشرع العراقي عدّها حجةً على الناس بما دون فيها من معلومات[٣]، وإن كنا احتسبنا مسبقاً أن وجود شهادة الجنسية قرينة قانونية على ثبوت الجنسية لمن يدعيها وثبوتها وانتفاء الحالة الظاهرة لكون ان شهادة الجنسية من السندات الرسمية التي يمكن الاحتجاج بها لإثبات الجنسية، لكننا في الوقت ذاته نرى أنه يمكن

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٩٩.

(٢) المواد (١٨ – ٥٨) من قانون الإثبات العراقي.

(٣) المادة (٢٢/ ١) من قانون الإثبات العراقي.

الاحتجاج بها في الحالة الظاهرة متى ما قام المتمسك بالحالة الظاهرة بإبراز شهادة الجنسية الخاصة بأحد اقاربه او أسلافه.

ومن المستندات الرسمية أيضاً نجد أن المشرع العراقي قد عدّ أحكام المحاكم من السندات الرسمية التي يمكن الاحتجاج بها على الجميع، ونجد أن هذه الأحكام تعد من الطرق المباشرة للإثبات لما لها من قيمة قانونية فضلاً على أنها تثبت حق أحد المتداعين وتبين مدى احقيته في الشيء المتنازع عليه، لذا فإن احتج المتمسك بالحالة الظاهرة بقرار قضائي صادر من المحكمة المختصة يوجب عدّه عراقياً عد هذا الحكم دليلاً قاطعاً على وطنية هذا الفرد وبذات الحالة لو كان قد تمسك به وكان القرار منصبا لصالح أحد أفراد عائلته كان يكون أخوه أو أبوه أو غيرهم من الذين تثبت مدى قرابته منهم[١].

ولا نرى حجية السندات العادية دليلاً كافياً للاستعانة بإثبات جنسية الفرد في الحالة الظاهرة؛ لان السند العادي لا يتدخل بإنشائه أو تحريره أي موظف أو مكلف بخدمة عامة أو أي جهة رسمية بل إنه يتم بين أفراد عاديين مما يسمح لهم بإنشاء أي واقعة تحت علمهم أمر مفروغ منه وبالتالي لا يجوز أن يدونوا حالة الفرد وانتماءه؛ لأنه ليس من اختصاص الأفراد هذا الشيء، وكذلك الحال بالنسبة للبرقيات والرسائل إلا ما كان موجه بصيغة رسمية من جهة رسمية، لأن

---

(١) وهذا ما التمسناه من توجه المشرع العراقي في قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل حيث نص في المادة (٢٢/ ١) منه عند التطرق إلى ماهية السندات الرسمية بنصه ((تعتبر من قبيل السندات الرسمية، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع واحكام المحاكم...)) وبالتالي فإن كل حكم قضائي مكتسب لدرجة البتات يمكن الاحتجاج به والاستناد عليه في كل حالة نزاع مشابهة وهذا هو توجه المشرع العراقي أيضا في المادة (١٠٥) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل حيث نص على ان ((للأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا)) ، أما المشرع المصري فقد ذهب إلى نفس مذهب المشرع العراقي وهذا ما استقراءناه في احكام المادة العاشرة من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل ، وكذلك هو نفس موقف المشرع الجزائري عند نصه على كيفية إثبات الجنسية حسب نص المواد (٣٤ و ٣٦) من قانون الجنسية الجزائرية النافذ .

الجهة الرسمية هي التي تدون وتنشأ كل ما يرتبط بالدولة من أمور وتكليف وواجبات تقوم بها او تمنحها ولما كان ما يصدر منها رسميا فنرى بأن الرسائل والبرقيات تكون حجة وتعد من قبيل السندات الرسمية التي عرفها المشرع العراقي بأنها حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا[١]، ونجد أن المشرع العراقي في ذات المادة أورد بعض السندات وعدّها من قبيل السندات الرسمية إلا أنها واردة على سبيل المثال لا الحصر لذا فنجد أن البرقيات والرسائل الرسمية تعد حجة ويمكن الاحتجاج بها بطريقة مباشرة لإثبات حالة الفرد الذي يتمسك بالحالة الظاهرة.

ثانيا: البينة (الشهادة)

جعل المشرع العراقي الشهادة من أدلة الإثبات التي يمكن التمسك بها، ولكن لم يذكر المشرع العراقي حجية الشهادة بل اكتفى بوضع الإجراءات الشكلية للشهادة وكيفية سماعها من قبل المحكمة.

ولكن هل يجوز إثبات الحالة الظاهرة بالشهادة؟ نجد أن الإجابة على هذا السؤال تحتاج أن نفرض مدى قبول المحكمة لشهادة الأفراد في مسألة رسمية وخطيرة كمسألة اثبات الجنسية، فإذا كان المبدأ العام يجوز اثبات الوقائع المادية بالشهادة[٢] ونجد أنه يجوز للمحكمة أن تأخذ بالشهادة في مثل هكذا حالة لا سيما أن المشرع العراقي قد رسم طرق الطعن ونص على أن تختص المحاكم الإدارية في الدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون الجنسية[٣] وجعل الحق لكل من طالبي التجنس والوزير إضافة الى وظيفته الطعن في القرار الصادر من المحاكم الإدارية لدى المحكمة الاتحادية[٤]، ولكن أمر حجية الشهادة وقبول سماعها امر مناط بالمحكمة إذ نص

(١) المادة (٢٢/ ١) من قانون الإثبات العراقي.

(٢) المادة (٧٦) من قانون الإثبات العراقي.

(٣) المادة (١٩) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٤) المادة (٢٠) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

المشرع على أن لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة[١] وبالتالي فإن تقدير الشهادة من حيث الحجية هو أمر خاضع لقناعة المحكمة وتقديرها، ثم السؤال الذي يطرح ها هنا هو حول مدى إمكانية الشهادة من إثبات الحالة الظاهرة؟ ومن خلال ما تقدم نجد أن مسألة إثبات الحالة الظاهرة بالشهادة ممكن إلا أنه يخضع لقناعة المحكمة من خلال المعطيات والوقائع المعروضة أمامها وهي صاحبة الاختصاص والحق بجدوى الشهادة وتأثيرها بالحكم من عدمه.

وفي النظر إلى التشريع الجزائري نجد أنه لم يحدد الشهادة كإحدى وسائل إثبات الحالة الظاهرة ؛ والتي سبق وأن اعتبرها قرينة قانونية يمكن التمسك بها ، ولكن يلاحظ على المشرع الجزائري أنه رسم طريقا لإثبات الجنسية يختلف عن نظيره العراقي يتمثل باعتبار المحاكم وحدها من يحق لها النظر في الأمور المتعلقة بالجنسية وان تكون النيابة العامة هي الخصم في هذه الدعاوى التي يمكن أن يتم استئنافها (٢) وبالتالي لا نستبعد إمكانية قبول الشهادة عند النزاع أمام القضاء الجزائري وان لم يصرح المشرع الجزائري بالقبول أو الرفض في هذه المسألة ، ولكن اعتبار المشرع الجزائري أن حالة الاثبات في الدعوى يتم اللجوء فيها إلى قانون الاثبات العادي (٣) حينها يمكننا القول بجواز قبول الشهادة لإثبات الحالة الظاهرة عند المشرع الجزائري .

إن الأخذ بالدليل الكتابي والشهادة كأدلة إثبات يمكن الاحتجاج بها من قبل الشخص المتمسك بالحالة الظاهرة هو مذهب اغلب الفقهاء إلا أننا نميل الى عدّ الإقرار دليلاً مباشراً ايضاً ذلك أن الإقرار القضائي هو اخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لأخر[٤] لذا فإننا نجد أن الإقرار ما هو إلا دليل مباشر يتصل بالواقعة المراد إثباتها، فإذا ما أقر أحد الأفراد ببنوة طفل ما خارج البلد وكان هذا الطفل متمسكا بالحالة الظاهرة عندها يكون هذا الإقرار حجةً ودليلاً كافياً

(١) المادة (٨٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) المادة (٣٧) من قانون الجنسية الجزائرية لعام ١٩٧٠ المعدل

(٣) المادة (٣٩) من قانون الجنسية الجزائرية لعام ١٩٧٠ المعدل

(٤) المادة (٥٩) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

لإثبات الصفة الوطنية للفرد طالما أن المقر هو من الأفراد الحاملين للصفة الوطنية، وأن كان المشرع العراقي نص صريحا على أن الاقرار حجة قاصرة على المقر[١]، ولكن إن كان الإقرار خارج المحكمة فما هو الحال بالنسبة لهكذا أمر؟ ونجد أن المشرع العراقي قد جعل الامر مناطاً لسلطة القاضي التقديرية فنص على أن الاقرار غير القضائي واقعة يعود تقديرها للقاضي ويجب اثباته وفقا للقواعد العامة في الإثبات[٢] لذا فإن هكذا إقرار يجب إثباته في بادئ الأمر ثم العودة إلى حجيته بعد إثباته ومسألة قبوله وعدمه يخضع لسلطة المحكمة.

الفرع الثاني

الأدلة غير المباشرة في إثبات الحالة الظاهرة

تعرف الأدلة غير المباشرة في الإثبات بأنها تلك الأدلة التي لا تنصب دلالتها بصورة مباشرة على الواقعة المراد إثباتها، لكنها تستخلص عن طريق الاستنباط من القرائن التي ينصب فيها الإثبات على واقعة أخرى متصلة اتصالاً وثيقاً بالواقعة المراد إثباتها بالذات بحيث يعد إثبات الواقعة الثانية إثباتاً للواقعة الأولى استنباطاً؛ فالدلالة غير المباشرة هي التي يتم فيها الإثبات عن طريق إقامة الدليل على تحقيق السبب الذي أدى إلى كسب الجنسية[٣].

وللأدلة غير المباشرة عدة صور منها: الاستجواب، القرائن، اليمين، المعاينة، الخبرة، وحجية الأحكام. ونجد أن أغلب هذه الأدلة لا تتلائم وطبيعتها مع إمكانية إثبات الجنسية في الحالة الظاهرة فمن غير المعقول أن يُحلف أحد ما على أنه مواطن للبلد أو غير مواطن فيه، كما أن طبيعة الحالة الظاهرة تمانع القبول بهذه الأدلة كوسيلة إثبات، فالشهرة والاسم والمعاملة لا يثبتها يمين ولا ينفيها استجواب.

---

(١) المادة (٦٧) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) المادة (٧٠) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٣) د. ماهر ابراهيم السداوي، إثبات الجنسية الاصلية القائمة على حق الدم عن طريق الحالة الظاهرة دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص المصري والفرنسي، ص٣٣.

فالاستجواب لا يتم إلا لوجود أسباب معينة تستلزم استجواب أحد الأفراد أما بناءً على قرار من المحكمة أو بناءً على طلب الخصوم[١]. عليه فإن المحكمة لا يمكنها أن تستجوب الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة وتسأله إن كان وطنياً أو لا؟، بالأخص أن دور المحكمة في قبول الاستجواب أو رفضه دور مطلق؛ فلها أن ترفض طلب الاستجواب متى ما وجدت أن الوقائع المراد استجواب الخصم عنها غير منتجة او غير جائزة الإثبات[٢]، وعليه فإن الاستجواب يعد من الأدلة غير المباشرة التي يستبعد قيامها بإثبات أحقية الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة بالنسبة لحقه في الحصول على الجنسية.

ونجد أن اليمين يعد من الأدلة المستبعدة أيضا في رأينا؛ فاليمين هو قسم يقوم به أحد المتداعيين على الكتاب المقدس الخاص بديانته يوجه له من قبل المحكمة بناءً على طلب الخصم أو المحكمة في حالات معينة ويكون الغرض منه حسم الدعوى عبر القسم على موضع الخلاف حين يعجز احد المتداعيين عن إيجاد دليل آخر أكثر قوة من القسم.

لذا فإن في حالة الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة نجد أن من يوجه له اليمين سيكون متمثلا بالمحكمة ولكن ما هي صيغة اليمين التي ستوجه لهذا الفرد؟ وهل يحلف الفرد على وطنيته من عدمها؟، أن هذا الأمر غير معقول إذ بإمكان الجميع أن يقسموا على أنهم أفراد وطنيون مما سيؤدي إلى كارثة قد تؤدي إلى وجود أفراد سيئي النية داخل البلد مما يزعزع أمنها وأمانها، ولهذا فإننا نستبعد اليمين كدليل إثبات من أدلة الإثبات غير المباشرة التي يمكن الاحتجاج بها في الحالة الظاهرة.

اما بالنسبة لحجية الأحكام فقد شرحنا بما فيه الكفاية حولها في مسألة حجية القرارات القضائية في الفرع السابق المتمثل بالحالة الظاهرة طريقة مباشرة في الإثبات.

أما أدلة الإثبات غير المباشرة التي يمكن الاحتجاج بها في الحالة الظاهرة فإننا نجد أنها تتمثل بالقرائن والمعاينة والخبرة وسنبحثها على النحو الآتي:-

---

(١) المادة (٧١) من قانون الإثبات العراقي.

(٢) المادة (٧٣/ ١) من قانون الإثبات العراقي.

أولاً: القرائن

سبق وأن عرفنا القرائن بأنها استنباط أمر غير ثابت أي مجهول من أمر ثابت معلوم على أساس أنه يغلب في الواقع أن يتحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني. والقرينة إذا استنبطها المشرع فيطلق عليها (قرينة قانونية) وإذا استنبطها القاضي فأنها تُعدّ قرينة قضائية[١]، ونجد ان المشرع العراقي لم ينص صراحة على صور القرائن ولكن نجده ذكر بعض الوثائق والسندات دون أن يذكر حجيتها ومن ضمن هذه الوثائق هي شهادة الولادة وشهادة الوفاة، فالشهادة ها هنا تعرف بأنها شهادة الولادة او الوفاة التي يجب ان تنظمها وتوقعها الجهة المكلفة بذلك بثلاث نسخ وفقا للنموذج الذي تقرره وزارة الصحة[٢].

فولادة الفرد يحتاج الاستدلال عليها بوجود وثيقة يذكر فيها موعد ولادته وذكر أبويه مع كافة المعلومات الشخصية للوالدين وبعض التفاصيل الخاصة بالمولود، وكذلك الحال بالنسبة لحالة المتوفي التي يستلزم أن تذكر فيها شخصيته واسمه الكامل إضافة إلى سبب الوفاة واسم المخبر عن الوفاة وكذلك تاريخ الوفاة.

ولكن يؤخذ على هذه الشهادات أنها لا تصدر الا بناءً على معلومات كاملة من أحد الأبوين في حالة الولادة ومعلومات المتوفي في حالة الوفاة، إذ يجب تدوين المعلومات على شهادة الولادة بالاستناد الى دفاتر نفوس الأبوين أو هوية الأحوال المدنية لهما[٣]، إن وجدت، ويشار إلى رقم، الصحيفة والسجل والمحافظة. وإذا تعذر الحصول على الوثيقتين المذكورتين فتدون المعلومات استناداً إلى ما يقدمه الأبوان من مستمسكات رسمية أخرى[٤].

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يعطِ نتيجة عن مدى قوة وعدّ هذه الوثيقة إن كانت تعامل كسند رسمي أم أنها مجرد قرينة، مما جعل قرارات المحاكم متخذة ذات الاتجاه بالنسبة لهذه

---

(١) د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص١٧١.

(٢) المادة (١) من قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ النافذ.

(٣) استعيض عنها بالبطاقة الوطنية الموحدة استنادا لأحكام المادة (٢ / ثانيا ج) من قانون البطاقة الوطنية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٤) المادة (١) من قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ النافذ.

الوثائق، فالمعهود عليه في المحاكم العراقية حاليا أنها في حالة وجود نزاع بين الزوجين بخصوص الأطفال فإنها تسأل المدعى عليه عن لائحة استدعاء الدعوى فيقر بالزوجية والدخول والبنوة على الرغم من اطلاع المحكمة على بيان الولادة الخاص بالطفل في حالة عدم امتلاكه لبطاقة وطنية[١]، وذات الحال بالنسبة لشهادة الوفاة التي لا يمكن أن يتم إصدار القسام الشرعي الخاص بالمتوفي ما لم يتم تسجيل وفاته في سجلات دائرة الأحوال المدنية على الرغم من أن قرار محكمة التمييز الاتحادية قد جاء صريحا بأن إصدار القسام الشرعي يعتمد على شهادة أو حجة الوفاة الصادرة من المحكمة المختصة ولا يشترط تأشيرها في دائرة الأحوال المدنية[٢] ويلاحظ من أن حكم محكمة التمييز الاتحادية قد جاء مخالفا لنص القانون إذ إنه يجب أن تسجل دائرة الأحوال المدنية الولادة او الوفاة المستوفية الشروط القانونية استناداً إلى الشهادة او الحجة الشرعية او القرار خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمها لنسخة من شهادة الولادة او الوفاة[٣] إلا أن محكمة التمييز الاتحادية في قرار حكمها هذا قد تكون تحاول ساعية إلى تخفيف الإجراءات الروتينية في مسألة إصدار القسام الشرعي.

ومما تقدم نجد أن التعامل مع شهادات الولادة والوفاة كقرينة من حيث الجانب العملي عند الإثبات على الرغم من ميلنا وتوجهنا إلى عدّها سندا رسميا ذلك أنها قد استوفت جميع الشروط الواجب توافرها في السند الرسمي، وعلى العموم ان كان التعامل بها على أنها قرينة من حيث الجانب العملي لابد لنا أن نوضح كيفية الاستدلال بالحالة الظاهرة من خلالها.

إن حصول الفرد على مستند أو محرر صادر من الجهة المختصة يثبت وفاة احد والديه قد يعد قرينة على اعتبار هذا الفرد وطنياً ذلك أن شهادة الوفاة لا تصدر إلا بناءً على شروط وضحناها مسبقاً، وكذلك الحال للمتمسك ببيان الولادة الخاص به ولم يستحصل على البطاقة الوطنية، فأي نزاع ينتج عن وطنية المتمسك بكلا الشهادتين يمكن حله أمام القضاء وان يعتبر

---

(١) وهذا ما جاء في قرار محكمة الأحوال الشخصية في العمارة بالعدد (٢٤٨٦/ش/٢٠٢٣) والصادر بتاريخ ٢٠٢٣/٥/٢١ (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١/ش/متفرقة/٢٠٢١) والصادر بتاريخ ٢٠٢١/١/١١ (غير منشور).

(٣) المادة (١٨) من قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ النافذ.

أن الشهادة المتمسك بها صاحب الحالة الظاهرة تعد قرينة على وطنيته لذا فإن فائدة القرينة تثبت متى ما لم يتم نفيها بدليل اخر اكثر قوة منها.

ثانيا: المعاينة

لم يورد المشرعان العراقي والمصري تعريفا محددا للمعاينة في قانون الإثبات الخاص بهما واكتفيا بشرح الإجراءات والشروط الواجب توافرها في المعاينة، ومن خلال النصوص القانونية الواردة في كلا القانونين يمكننا أن نعرف المعاينة على أنها طريقة من طرق الإثبات غير المباشرة والتي تنتقل فيها المحكمة لمعاينة المتنازع عليه بناءً على طلب من أحد الخصوم أو بقرار يصدر من المحكمة ذاتها متى ما رأت في طلبها مصلحة لتحقيق العدالة[١].

وعدّ بعض الفقهاء أن المعاينة من الأدلة المباشرة في الإثبات[٢] ولكننا بينا أن المعاينة لا يمكن أن يتم الاحتجاج بها بصورة مباشرة فبعض القضايا لا يمكن أن يتم فيها الأخذ بالمعاينة كما أن مسألة الأخذ بالمعاينة كدليل عند القرار بالحكم امر يرجع للمحكمة[٣] لذا تفقد القدرة على أن تكون صاحبة توثيق مباشر في الاثبات.

ولكن السؤال الأهم هل أن بإمكان المعاينة أن تكون إحدى الطرق غير المباشرة التي يمكن الاحتجاج بها في الحالة الظاهرة؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال مناطة بمعرفة فيما إذا كانت المعاينة جائزة على الأشخاص أم لا؟ ونجد في التشريع العراقي ان المعاينة ترد على الأموال والأشخاص مع الأخذ بنظر الاعتبار نقطتين مهمتين يجب على المحكمة في أثناء المعاينة أن تهتم بها وتتمثل:-

(١) المادة (١٢٥) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، وكذلك المادة (١٣١) من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل .

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج٢، ص٩٩.

(٣) المادة (١٣١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

١– إن معاينة الشخص يجب ان تتم مع كل الاحتياط الواجب لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته.

٢– على المحكمة أن تستعين بخبير لمعاينة الشخص إذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية أو فنية خاصة[١].

وهنا نجد أن المشرع العراقي قد ربط ما بين المعاينة والخبرة لإتمام عملية المعاينة على الأشخاص إذ جعل المعاينة لا تكتمل إلا بالاستعانة بخبير في المجالات العلمية والفنية.

إنّ ما يميز المشرع العراقي بمسألة المعاينة أنه جعل المعاينة جائزة على الأموال والأشخاص عكس نظيره المصري الذي لم يصرح على من تقع المعاينة ويفهم من نصوص قانون الإثبات المصري ان المعاينة تقع على الاشياء لا الأفراد وهذا ما هو مفهوم من خلال نص المادة الآتية: "يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الانتقال المعاينة"[٢] أي أن المعاينة ربطت بطريقة وبأخرى بالأشياء فقط وهذا هو توجه المشرع المصري.

وبالعودة إلى سؤالنا الرئيسي المتمثل في مدى إمكانية المعاينة من إثبات الحالة الظاهرة؟ نجد أن المعاينة لا تصلح أن تكون دليلاً يعتد به لإثبات الحالة الظاهرة، فانتقال المحكمة لا يمكن أن يتم إلا بناءً على طلب من أحد الخصوم أو بقرار يصدر من المحكمة ذاتها ولما كان احد الخصوم هو المتمسك بالحالة الظاهرة فكيف ستنتقل المحكمة لمعاينته؟ نعم قد يذهب البعض إلى القول بأن تقرير الخبرة هو من يفرق لكننا نرى أن الخبرة تختلف عن المعاينة وإن كانت المعاينة ترتبط بصورة وبأخرى بالخبرة، لذا فإن المعاينة لا تعد من الأدلة التي يمكن أن تحدث فارقا في إثبات وطنية الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة.

---

(١) المادة (١٢٦) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل ، وبنص مشابه ذهب المشرع المصري الى ذات الموقف في نص المادة (١٣٤) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ النافذ.

(٢) المادة (١٣٣) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ النافذ.

ثالثا: الخبرة

يعد اللجوء إلى الخبرة في نظر القضاء من الأمور المعتادة والمتكررة في الكثير من الحالات، ذلك وإن كان القضاء هو الفاصل في بيان الحق إلا أن القاضي في بعض الأحيان سيضطر للنظر في أمور لا يملك الخلفية العلمية او الثقافية الكافية عنها كالأمور الطبية والهندسية والزراعية وغيرها، فالقاضي ليس خبيرا بكل ما يعرض عليه، لذا فسح القانون له ان يستعين بخبرة من هم اهل لهذه المسائل وأصحاب الاختصاص فيها، لذا نجد أن المشرع العراقي قد سمح بتوسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة[١] كما الزم القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه[٢].

فالخبرة تدبير حقيقي واستشارة فنية يستعين بها القاضي بغية الوصول إلى معرفة علمية أو فنية تتعلق بالواقعة المعروضة عليه تنير الطريق أمامه ليبني حكمه على أساس سليم وهي نوع من أنواع المعاينة الفنية التي تتم بواسطة أشخاص تتوفر لديهم الكفاءة في النواحي الفنية التي لا تتوفر لدى القضاة[٣].

ونجد أن المشرع العراقي سمح للقاضي أن يبني أحكامه على ضوء الخبرة التي ينتدبها لبيان المسألة المتنازع فيها فنص على أن للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها[٤] وإن قضت المحكمة بخلاف رأي الخبير فعليها أن تضمن حكمها الأسباب التي اوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً[٥]، مما يفسر أن المشرع العراقي أعطى للخبرة الأهمية الكافية لبناء الحكم على تقريرها كونها هي الادق من حيث إعطاء المعلومة الفنية للمحكمة، إلا أن المشرع العراقي جعل من الخبرة محددة باختصاصها فقط لا أن تحكم نيابةً عن المحكمة أو تقرر بالنيابة

(١) المادة (١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) المادة (١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ص٢٨٧.

(٤) المادة (١٤٠/ ١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٥) المادة (١٤٠/ ١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

عنها فهي تتناول الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى من دون المسائل القانونية[١] ، عكس المشرع المصري الذي اعتبر أن راي الخبير لا يقيد المحكمة عند اتخاذها للحكم[٢] .

ولكن هل تؤثر الخبرة في مسألة الحالة الظاهرة كأن تكون دليلاً للمتمسك بالحالة الظاهرة أم لا تصلح بأن تكون دليل؟.

ونجد أن الخبرة ها هنا يمكن أن ترتبط بفحص الأنسجة الوراثية على سبيل المثال وغيرها من الأمور العلمية الدقيقة التي يمكن من خلالها الفصل بالدعوى، فإذا ادعى المتمسك بالحالة الظاهرة قرابته من أحد الأفراد الوطنيين وكان لا يملك دليلاً جاز له أن يطلب إحالته وإحالة اقاربه إلى اللجنة المختصة لعمل فحص الأنسجة الوراثية المعروف بال(D.N.A) والذي بسببه ستكون نتيجة التحليل فيصلا في بيان الحكم الذي اتخذته المحكمة، كما أن محكمة التمييز الاتحادية في آخر قراراتها اتجهت إلى ضرورة إعطاء هذا الفحص الأهمية الكافية لبناء قرار الحكم بالأخص أنه يتعلق بموضوع حساس مثل النسب.

وبهذا نجد أن الخبرة تعد من الأدلة غير المباشرة التي يمكن الاحتجاج بها في الحالة الظاهرة لبيان وطنية الفرد متى ما عجز عن إثبات ادعائه.

ومن خلال ما تقدم في بحثنا نجد أن الأدلة المباشرة هي الأقوى من حيث إثبات الجنسية فضلا عن الحالة الظاهرة، فإن امتلاك الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة لأي سند رسمي على سبيل المثال يعد دليلاً كافياً على تمتعه بصفة المواطن وعليه سيكون من المحتم حصوله على الجنسية كونها حق من الحقوق الأساسية التي يمنحها القانون بقوة للفرد[٣]، في حين أن الأدلة غير المباشرة يمكن أن تحدث الفرق عند عدم وجود دليل كتابي قوي يضمن صحة ادعاء المتمسك بالحالة

---

(١) المادة (١٣٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) المادة (١٥٦) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ النافذ.

(٣) وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي عند النص الصريح في دستور جمهورية العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٨/ ١): الجنسية العراقية حق لكل عراقي، وهي اساس مواطنته.

الظاهرة وبالتالي فإن الأدلة غير المباشرة يمكن أن تساهم بطريقة أو بأخرى بتقوية ادعاء المتمسك بالحالة الظاهرة وبالتالي إثباتها.

وخلاصة القول أن الأدلة المباشرة هي الأقوى من حيث إثبات الحالة الظاهرة لما تملكه من قدرة على إثبات واقع الحال، فالدليل الكتابي والمتمثل بالسند الرسمي لا يصدر إلا من جهة حكومية ولا يمكن الطعن به إلا عن طريق التزوير وبالتالي فله حجية تكاد أن تكون مطلقة، أما بالنسبة للبينة فهي أيضا من الأدلة القوية التي يمكن الاحتجاج بها، لأن واقع الشهادة سينصب على شيء معلوم وبالتالي فإن شهادة أحد الأفراد لآخر بمعرفته به يثير الاعتقاد بأسبقية المعرفة وبالتالي يتحقق مكونات الحالة الظاهرة التي تتمثل ب(الاسم، الشهرة، المعاملة) التي سبق وأن أسلفنا أنها تمثل أساس وجود الحالة الظاهرة.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للحالة الظاهرة

ان وجود الحالة الظاهرة ما هو إلا امتداد لباقي الأفكار التي توارثت من القوانين الأساسية التي عرفتها البشرية، فالقانون المدني والقانون الجزائي يمثلان لبة القوانين وأساسها بل هما الجذران اللذان يغذيان فروع القانون بالتفصيل، وفي مطلبنا هذا سنشرح اساس قيام الحالة الظاهرة وظهورها بما يغني ويفيض عبر ذكرنا لاهم الأفكار والآراء التي أوجدت مسألة وجود الحالة الظاهرة، وذلك عبر فرعين نتناول في الأول منهما فكرة الحيازة ومدى ارتباطها وتشابهها مع الحالة الظاهرة، وفي الثاني سنناقش استقلالية الحالة الظاهرة وكما يأتي:-

الفرع الأول

فكرة الحيازة في القانون المدني

لقد عرفت البشرية المعاملات المدنية فيما بين الأفراد منذ القدم، وكان لابد من نظام يحكم هذه المسألة فظهر القانون المدني، كما أن الجرائم التي تقع على الناس فيما بينهم كان لابد من ظهور نظام عقابي يردعهم فظهر القانون الجزائي، ولهذه الحاجة والأفكار امتدت وتداخلت الاشياء فيما بينها حتى بات البعض يأخذ من الكل، فظهرت الحالة الظاهرة كآمر مخالف للمعتاد ويحتاج إلى حل لاسيما أن نشوء الدولة يستلزم بالضرورة معرفة الشعب التابع لهذه الدولة ومن هنا بدأت الحاجة إلى الأخذ بالحيازة كمسألة فاصلة في بعض الأحيان، تعد فكرة الحيازة من المواضيع القديمة التي مارسها الانسان في السابق؛ لأنها تتناسق مع تلقائية الإنسان البدائي فمتى ما حاز الشيء أصبح مالكه، وتعد من الطرق المهمة بل الرئيسة التي يكتسب الشخص من خلالها الأشياء وبسبب تطور المجتمع فإن هذا التطور شمل الحيازة ايضاً[1]، فأصبحت الحيازة غير مقتصرة على الحقوق العينية والملكية فحسب وإنما شملت حقوق أخرى، فالمشرع نظمها ووضع نصوص قانونية تنظم الحيازة وتبين ما يمكن كسبه بالحيازة وما لا يمكن كسبه، فأصبحت الحيازة لا تقتصر

(١) باسمه محمد علي قاديش، الحيازة في العقار كسب من أسباب كسب الملكية، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، جامعه القدس، ٢٠١٧، ص٢.

على حيازة العقار و المنقول بل شملت حيازة المستندات الرسمية، مثل الجنسية ومن هذا المنطلق فسوف تتناول هذه الفكرة فقط بالقدر الذي يسمح لنا من خلاله معرف فيما إذا كان بالإمكان الاستعانة بالحيازة واقتباسها في فكرة الحالة الظاهرة من خلالها وذلك لكون كل من هاتين الفكرتين متشابهتين في جهة معينة، لكنهما لا تتشابهان بشكل كبير في مواضع أخرى، لذلك سوف نبين هل الحالة الظاهرة مقتبسة من فكرة الحيازة المعروفة في القانون المدني وما التقارب و التشابه بين الحيازة وحيازة الحالة الظاهرة التي تعدّ وسيلةً من وسائل إثبات الجنسية وتفصيل ما سوف يبحث من تعريف وغيرها وكما يأتي:-

اولاً: الحيازة وحيازة الحالة الظاهرة من حيث التعريف

تعد الحيازة واحدة من المواضيع التي ناقشها القانون المدني باستفاضة واتره ذلك أنها تعطي للمستفيد بها حقاً بالتملك، وقد دائب الفقهاء على تعريفها بعدة تعاريف تختلف بحسب آراءهم وتوجهاتهم، ومن التعريفات التي أوردها الفقه للحيازة بأنها مجرد سلطة فعلية وهذه السلطة التي يباشرها الشخص على الشيء قد تكون مستمدة من أي حق فيمارسها صاحب الحيازة بوصفه مجرد حائز ويبدو الحائز حتما في هذه الحالة الأخيرة كما لو كان صاحب حق بالفعل على الشي[1]، فالحيازة هنا حسب هذا التعريف حيازة واقعية وفعلية متمثل بقيام الحائز بأحراز شيء ويباشر عليه الأعمال المادية التي يباشرها المالك في ملكه من حيث الاستعمال الاستغلال والتصرف التي تجعل للحائز سيطرة فعلية على الشي محل الحيازة، لأن الغالب أن السيطرة ووضع اليد على الشيء من لوازم الملكية وآثارها، أي قرينة على الملكية ودليلاً ظاهراً عليها[2].

وعرفت أيضاً بأنها حيازة الشيء والانتفاع به كما يفعل المالك في ملكه فهي حالة مادية تنشأ من وجود المال تحت تصرف حائز وظهوره ازاءه بكل مظاهر التملك[3]، وفي هذا التعريف

---

(١) بوشامة يوسف ومعمش حفيظ، آليات إثبات الحيازة العقارية، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، ٢٠١٥ م، ص٣٨.

(٣) د. محمد طه البشير و د. غني سعدون طه، الحقوق العينية، ج١، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ص ١٨٣.

(٣) موسى الطيب، حيازة العقار في الفقه دراسة مقارنة، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١ م، ص٢٧.

نجده قد اتجه إلى اعتماد الحيازة من حيث مظهرها الواقعي فجعل المظهر سبب لإصدار الحكم بملكية الشيء المحاز.

كما عرفت أيضاً حسب الفقه الإسلامي بأنها وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه بواحد من الأمور: الإسكان أو غرس أو زرع أو بيع أو هدم أو بناء[١]، لذا فإن الحيازة في الفقه الإسلامي ما هي سوى وضع اليد على الشيء وتصرف فيه كالمالك في ملكه سواء صدرت هذه التصرفات من الحائز نفسه أو ممن يمثله كوكيله أو نائبه[٢].

وهناك من عرف الحيازة بأنها تصرف فعلي بموجبه يستند الشخص في تصرفه بالمال المنقول أو غير المنقول خلال وجوده في يده ويظهر ذلك من الناحية المادية في إستعماله والإفادة منه[٣] ولكن يلاحظ في هذا التعريف أن الحيازة تشمل جميع انواع الأموال سواء المنقولة أو غير المنقولة.

في حين أن آخرين ذهبوا إلى تعريفها بأنها وضع مادي يقصد به سيطرة الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق[٤]، فهنا تحولت السيطرة من المال إلى الشيء، والشيء أهم وأشمل من المال؛ لذا فقد عرفت على هذا المنوال بأنها السيطرة الفعلية من جانب الحائز على شيء يصلح للتعامل فيه عن طريق القيام بأعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق بنية اكتساب الحق العيني المتوافق مع السلطات التي يباشرها وعلى ذلك فانه تتحقق الحيازة في مجال حق الملكية بمباشرة سلطات للاستعمال والاستغلال والتصرف على الشيء محل الحيازة بما يتلائم مع طبيعة الخاصة كالسيارة أو اكتساب ارض زراعية[٥].

---

(١) عدلي أمير خالد، إكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣ م، ص١٩.

(٢) عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢ م، ص٣١.

(٣) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، حقوق عينية أصلية حق الملكية، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٤ م، ص٢٥٠.

(٤) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من أسباب الملكية في التشريع المصري المقارن، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٣ م، ص١٢.

(٥) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٢٥١.

في حين نجد أن المشرع العراقي قد قام بتعريف الحيازة على أنها وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق[١]، وبهذا فإن الحيازة لا تقع من قبل الحائز فحسب بل يمكن أن تقع بالواسطة أيضاً حسب توجه المشرع العراقي، ويفهم من هذا التعريف أن الحيازة عبارة عن وضع مادي يسيطر به الشخص على شيء أو حق قابل للتعامل فيه سيطرة فعلية سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق أو الشيء أو لم يكن وتتحقق السيطرة الفعلية على الحق أو الشيء عن طريق الأعمال المادية التي يقوم بها الشخص الحائز والتي يقتضيها مضمون هذا الحق[٢]، وعلى هذا الرأي نجد أن المشرع الفرنسي قد توافق معه إذ نجد المشرع الفرنسي في المادة (٢٢٢٨) من التقنين المدني الفرنسي قد عرف الحيازة بانها إحراز شيء أو استعمال حق، نحرزه او نستعمله بأنفسنا أو بوساطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا.

وبهذا فإن الحيازة ما هي إلا وضع قانوني يعطي ظاهره بأن الحائز مالك للشيء، وعليه فإن الحيازة شكل من أشكال الظهور بمظهر الملكية، ومن هنا نجده قد ارتبط بشيء واضح مع أساس الحالة الظاهرة التي هي ظهور الفرد بمظهر وطني؛ أي أن الحائز ما هو إلا مالك ظاهر، في حين أن الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة ما هو إلا وطني ظاهرا، فأسس الاشتراك بين الحائز والمتمسك بالحالة الظاهرة ما هو إلا المظهر وإن اختلف موضوع الظهور، فإن كان تعريف الحالة الظاهرة أنها قرينة تثبت من خلالها وطنية الفرد عبر ظهوره بمظهر الوطني أمام الغير قابلة للانتفاء أن تم إثبات خلافها أمام القضاء بدليل آخر أكثر قوة منها[٣]، فإن الحيازة أيضاً تتشابه مع الحالة الظاهرة في المعنى ذاته وإن كان الاختلاف في موضوع الشيء الظاهر (المحاز)، وعليه فإن فكرة الحالة الظاهرة من حيث التعريف لا تختلف عن فكرة الحيازة في شيء سوى في

---

(١) المادة (١/١١٤٥) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(٢) بوترعة زينب، الحيازة في القانون المدني (رسالة ماجستير)، جامعة اوكلي محند اولحاج –البويرة–، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩ م، ص٩.

(٣) هذا التعريف هو ما سبق وأن توصلنا اليه عبر بحثنا فيما سبق عن تعريف الحالة الظاهرة لذا ينظر ص٨ من الرسالة.

الموضوع الذي تعالجه، فالحالة الظاهرة تناقش حالة الفرد الظاهر بصفة الوطنية وادعاءه امتلاكه جنسية البلد المتواجد فيه، في حين أن الحيازة تناقش حالة الفرد الظاهر بصفته مالكاً للشيء الواقع تحت تصرفه، كما أنه لا يمكن منازعتهما هذا الحق ما لم يظهر دليل اقوى من تمسكهما بالمظهر يؤدي من خلاله إلى زعزعة وإثارة الشك حول هذا الظاهر، وبالتالي فإن كلا الفكرتين يصبان في الصفة ذاتها.

ثانيا: التكييف القانوني للحيازة والحالة الظاهرة.

اختلف الفقهاء في بيان التكييف القانوني للحيازة فمنهم من ذهب إلى أن الحيازة حقا ومنهم من قال بأن الحيازة وضع مادي[١]، أما بالنسبة للرأي الأول فقد عدّ الفقهاء الحيازة حقاً من الحقوق وتتوفر فيه جميع عناصر الحق و صفات الحق المطلق، فحق الحيازة يشمل بصفة اساسية حق الاستيلاء على الشيء ما دام لم يثبت أنه مملوك لغير وهذا الحق يحتج به أمام الكافة وله جميع صفات الحق المطلق[٢].

في حين أن القسم الثاني من الفقهاء قد ذهبوا في القول بأن الحيازة ما هي إلا وضع مادي لا تكون حقا عينياً أو حقاً شخصياً وهي ليست حقا أصلا واعتبروا أن الحيازة يمكن عدها كسبب من أسباب كسب الملكية فما هي إلا وضع مادي وسيطرة شخص سيطرة فعلية على الشيء وتكون هذا السيطرة من مجموعة من الأعمال المادية هي الاعمال ذاتها التي يقوم بها المالك عادة في استعماله الحقة[٣].

أما من حيث التكييف القانوني للحالة الظاهرة فقد أوضحنا أنها لا تخرج عن كونها قرينة يمكن الاستدلال بها على أن الفرد الذي يظهر بصفة المواطن ما هو إلا فرد منتمي للبلد ذاته

---

(١) د. حسن علي ذا النون، الحقوق العينية، المكتبة القانونية، ص١٨٣

(٢) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية الأصلية، ج٤، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، ص١٦.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج ٩، ص ٧٨٥.

استنادا إلى مظهره وهذا هو ما يدخل ضمن فلسفة الحالة الظاهرة؛ من حيث إنها تبني حقاً في الجنسية الوطنية لكل فرد يظهر بمظهر المواطن ما لم يثبت العكس.

إنّ التكييف القانوني للحالة الظاهرة لا يختلف عن وضع الحالة الظاهرة وتمييزها بكونها تعد دليل من ادلة اثبات لواقعة معينة، فنجد أن غالبية التشريعات كما أسلفنا ذهبت إلى عدّ أن الحالة الظاهرة هي عبارة عن قرينة يمكن الاستدلال بها في حالات معينة، وقد تكون الحالة الظاهرة قرينة قانونية عندما ينص عليها القانون كما فعل المشرع المغربي والمشرع الجزائري أو قد يترك أمرها لاستنباطات القاضي واعتماده عليها وهنا تكون قرينة قضائية وهو ما ذهب إليه غالبية التشريعات العربية ومنها ما ذهب إليه المشرع العراقي والمشرع المصري.

ثالثاً: الحيازة والحالة الظاهرة من حيث العناصر والاركان.

تعتمد الحيازة عنصرين أساسيين لقيامها يتمثلان بالعنصر المادي والعنصر المعنوي، ويمكن استبيان العنصر المادي للحيازة بكونه عبارة عن جملة من الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز تمنح الحائز سلطة فعلية على الشيء تشبه سلطة المالك على الملك، وهذه الاعمال التي تدخل في مضمون الحق يجب أن تتفق في مظهرها الخارجي مع الحق محل الحيازة المراد كسبه وتختلف باختلاف الشيء المحاز وحسب طبيعة الحق الذي ترد عليه الحيازة اي بأن الحائز يباشر الاعمال المادية مثلما يباشرها المالك في ملكه وطبقا لما يسمح به طبيعة الحق من استعمال واستغلال والتصرف به مثلا إذا كانت عقار يقوم بالسكن فيها أو إذا كانت سيارة يقوم باستعمالها[1]، كما ان الحائز يباشر بالأعمال المادية بنفسه لكن يجوز أن يقوم شخص آخر بهذا الأعمال مثلا الوكيل الذي يعمل في حدود وكالته ويأتمر بأوامر الموكل أو بواسطة العمال أو الخدم[2].

(١) فرج ابراهيم عبد الله سكر، الحيازة في المنقول كسبب من اسباب الملكية، رساله الماجستير، جامعه الأزهر، كلية الحقوق قسم القانون الخاص، ٢٠١١ م، ص ٣٦.

(٢) غدير فوزي حسين عينبوسي، خصوصية دعاوي حيازة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠١٥، ص٢٠.

أما العنصر المعنوي فهو قصد الحائز في الظهور بمظهر المالك، أي النية بتملك واستعمال الشي محل الحيازة بوصفه صاحب الحق عليه ويحوزه الحساب نفسه(١)، والمميز ما بين العنصر المادي والمعنوي في الحيازة يتمثل بالأعمال المادية، إذ إن الأعمال المادية المكونة للعنصر المادي للحيازة يجوز أن يقوم شخص آخر بهذه الأعمال لحساب الحائز أما في العنصر المعنوي فهذا العنصر من الضروري أن يتوفر عند الحائز شخصياً؛ لأن القصد أمر شخصي لابد من توفره لدى الحائز شخصياً، وعلى الرغم من ذلك إلا في حالة الحائز عديم التمييز الذي تكون إرادته معدومة فإنه يجوز أن يتوافر القصد عند من ينوب عنه وهذا أمر تقتضيه الضرورة(٢)؛ لأن القصد عنصر وجوده مهم في الحيازة اذا تخلف عنصر القصد فتكون الحيازة عرضية وتعتبر حيازة غير صحيحة ، فإن الضابط الذي يميز الحيازة الحقيقة عن العرضية هو وجود العنصر المعنوي فإذا لم يتوفر العنصر المعنوي تكون الحيازة عرضية؛ لأن الحائز في الحيازة العرضية يلتزم برده الشي الي المالك، وهذا الالتزام بالرد هو الذي يجعل حيازة عرضية، لذلك الحائز العرضي لا يكسب الملكية بالتقادم(٣).

أما الحالة الظاهرة فإن لها ركنين أيضاً هما الركن المادي والركن المعنوي، فالركن المادي للحالة الظاهرة يتمثل ممارسة لمكنات يفترضها الحق محل الحيازة أي أعمال مادية يقوم بها الحائز تختلف صورة الاعمال المادية باختلاف الشي المحاز يقوم الحائز الجنسية بمجموعة من الأعمال المادية التي يباشرها عادة الوطنيون من أجل أن يتحقق ظهور الشخص بمظهر وطني بحيث يجب أن تكون هذه الأعمال كافية لتحقيق هذا المظهر، مثل الاعمال التي يباشرها الحائز في الحصول على الشي محل الحيازة مثلا الحائز في حيازة الأشياء يقوم بالأعمال التي يقوم بها المالك حتى يحصل على الحيازة فإذا كان الشيء دارا دخلها واستحوذ

---

(١) حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، مجلة مركز دراسات الكوفة، كلية القانون جامعة كربلاء، العدد الثامن عشر، ٢٠١٠، ص ٩.

(٢) جفات كروان، القصد في الحيازة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العدد السادس، ٢٠١٧، ص ٣١٧٦.

(٣) قادري منى وضيفي حبيبة، حيازة العقار بين القانون و الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص٢٠.

عليها وسكنها، كذلك الحال بالنسبة الشخص الذي يريد ان يثبت جنسيته أن يقوم بالأعمال الوطنية التي تجعله يبدو وطنيا وقيام بأعمال كافية بذاتها لتحقق الركن المادي؛ وذلك لأن مباشرة هذه الأعمال و التصرفات تدل بذاتها على السيطرة الفعلية لمن يقوم بها على الشيء، كما يشترط في الأعمال المادية التي يأتيها الحائز الجنسية أن تكون من الكثرة والأهمية، بحيث تكفي للقول بأن هذا الحائز يظهر بمظهر وطني[١] ولكي يتحقق المظهر الكافي وتتحقق هذا الوقائع العلنية في نظر الناس وجهات الحكومية، أن يكون الحائز قادراً على خلق وضع ظاهر، بحيث يحمل على الاعتقاد بأن من باشره هذه الأعمال يريد أن يحصل على الجنسية فعلا يتمكن من خلال هذا الأعمال استخلاص حيازة للجنسية عن طريق المظاهر الخارجية والدلائل المعبر عن الركن المادي تتجلى مظاهر هذا الركن خلال تمتع الشخص بالحقوق التي لا يتمتع بها إلا الوطنيون مثلا الشخص يحمل الجواز سفر الدولة التي يدعى الانتساب إليها وتولى الوظائف العامة وتملك العقارات والمنقولات ومن خلال الاسم والشهرة والمعاملة أي الحقوق التي يباشرها الحائز في الدول الذي يريد أن يحصل على جنسيتها ويتحقق الركن المادي حتى من الالتزامات التي لا يلتزم بها إلا الوطنيون كالالتزام بأداء الخدمة العسكرية فإن الركن المادي في الحالة الظاهرة يمكن الاستدلال من الاعمال المادية وكافة الامارات والمظاهر الخارجية والدلائل المعبرة عنها أي يتكون الركن المادي للحالة الظاهرة من الاعمال التي يظهر بها الحائز أمام الناس وجهات الحكومية على أنه حائزا للجنسية اي بعبارة اخرى يتمثل العنصر المادي من مجموعه الاعمال المادية التي يباشرها عاده الشخص صاحب الحالة الظاهرة الذي يريد ان يثبت جنسيته وتكون هذه الاعمال تتفق في مظهرها الخارجي مع الاعمال التي يباشرها الوطني وتكون واضحه وعلانية ومجرد مشهوره كالالتزام بأداء الخدمة العسكرية فإن الركن المادي في الحالة الظاهرة يمكن الاستدلال من الأعمال المادية وكافة الامارات والمظاهر الخارجية والدلائل المعبرة عنها[٢].

---

(١) شكشاك عبد القادر، دعاوى الحيازة في التشريع الجزائري، المصدر السابق، ص ٤٤.

(٢) حورية غربي، اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية والسياسة،، العدد الثالث، ٢٠١٩ م، ص٩٣٣ و ٩٣٤.

ولكن هل الأعمال المادية التي يتحقق بها العنصر المادي للحالة الظاهرة هي ذاتها لأعمال المادية التي تحقق بها العنصر المادي للحيازة والمتمثل بالاستعمال الشيء والاستغلال والتغيير؟

الأعمال المادية المستعملة في الحيازة التي تتحقق بها يمكن أن تتلائم مع الحالة الظاهرة لو راينا تعريف الاستغلال سنجد بأن القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلات الشيء وثماره وهذا الأمر يمكن ان ينطبق على الحالة الظاهرة بالأخص أن ظهور الفرد بمظهر الوطني يمكنه من استغلاله مظهره بكسب مجموعه من الحقوق كحق الانتخاب مثلاً أو الحصول على المعونة الشهرية التي توزع حسب البطاقة التموينية وغيرها من الحقوق أما بالنسبة إلى الاستعمال فهو استعمال الشي بما يتفق مع طبيعته للحصول على منافعه وحصول على الثمار شريط عدم استهلاك الشيء نفسه فأن الفرد الظاهر بمظهر الوطني يستعمل مظهر هذا للاستفادة من بعض الحقوق الممنوحة لوطني كان يقوم بأنشاء العقود كأحد اطرافها مثل البيع والشراء وحتى ان يكفل أحد ما أو غيره من العقود المدنية التي لا تشترط إلا وجود الصقه الوطنية في التعامل وهكذا فأن الاعمال المادية التي يتحقق بها العنصر المادي للحالة الظاهرة الممثلة ظواهر الأمور والإمارات الخارجية التي يستدل منها على توافر الحالة الظاهرة على أساس أنها تمثل الركن المادي لحيازة الحالة هي ذاتها الأعمال المادية التي تحقق بها العنصر المادي للحيازة والمتمثل باستعمال الشيء واستغلاله وتغيير[١].

ويبدو مما تقدم أن الركن المادي في الحالة الظاهرة يتمثل باستمرار الفرد بالظهور بصفة الوطني، ومباشرته للأعمال التي تدل على ظهورها بصفه الوطني.

وبهذا فأن الأعمال المادية التي من خلالها يمكن أن تمثل الركن المادي للحالة الظاهرة يتمثل بالظهور الخاص للفرد بمظهر الوطني أمام الملأ حتى يتبادر إلى ذهنهم الاعتقاد بوطنية هذا الفرد.

(١) د. محمد طه البشير و د. غني سعدون طه، المصدر السابق، ص ٤٦.

في حين أن العنصر المعنوي في الحيازة يكمن بان نية الحائز في الظهور بمظهر المالك وصاحب حق عيني أخر على شيء محل الحيازة مباشر الحائز الأعمال المادية التي يمارسها عادة صاحب الحق العيني لحساب نفسة وليس لحساب شخص آخر وبنية اكتساب حق على هذا الشي[1] من خلال تطبيق الحيازة على الحالة الظاهرة نجد أن العنصر المعنوي في الحالة الظاهرة يتمثل بنية الشخص بظهور بمظهر وطني أمام الناس وجهات الحكومة وقصد الشخص اكتساب الحقوق والواجبات التي تمنحها الدولة لصالح المواطنين فيها أي توافر النية لدى الشخص في الحصول على جنسية هذه الدولة فإن الإرادة أو النية في حيازة الحالة الظاهرة تتوافر اذا مارس الشخص الاعمال الوطنية فعلا بنية وقصد الحصول على الجنسية وظهر بمظهر الوطني الذي يمكن الاستدلال عليه بكافة الإمارات، وعلى العموم فإن الركن المادي للحالة الظاهرة يعني ظهور الفرد بمظهر الوطني نتيجة للأعمال التي يقوم بها وما يفعله من أفعال أمام الآخرين، فإن الركن المعنوي يتمثل بالقصد أو النية المتوفرة في الحائز على الحالة الظاهرة بالظهور أمام الغير بمظهر الوطني.

أما السبب في القول بأن استناد الحالة الظاهرة الى الحيازة المعروفة في القانون المدني وانها فكرة مأخوذة منها، هو ما مرت به الحيازة من تطورات خلال الزمن؛ فلو نظرنا الى التطور التاريخي للحيازة فإن الرومان كانوا ينظرون إلى الحيازة سيطرة مادية بحتة لا تنطبق إلا على الأشياء المادية وحيازة الملكية ولكن تغيرت وتطورت نظراتهم حول الحيازة، فلم تعد الحيازة في نظرهم مجرد علاقه بين الشخص والشيء وانما اصبحت فكره عملية تشمل الى جانب الاشياء المادية حقوقا أخرى نتيجة ظهور الافكار الفلسفية والعملية والتي تجعل محل الحيازة هو الحق وليست الشيء المادي مما جعل الرومان يتجهون الى الاعتراف بحيازة الحقوق الأخرى غير حق الملكية كحقوق الحالة الشخصية كالحق في الاسم والحق في البنوة وغيرها من الحقوق المهمة البناء شخصية الإنسان كان القانون الروماني يعترف بحيازة هذا الحقوق كالحقوق العينية لو رينا القانون الكنسي كان أكثر تطورا بالنسبة كموضوع الحيازة، من القانون الروماني كان أكثر اتساعاً وعموميةً وتطوراً في مفهوم الحيازة فقد اعترف القانون الكنسي بحيازة حالة الزوجية والحالة السياسية والمدنية

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج٢، ص٢٣٢.

وحالة الأشخاص بصفة عامة تحت تأثير الضرورات العملية المتعلقة بالإثبات التي تخص حقوق الأشخاص اما بالنسبة للقانون الفرنسي المادة (٢٢٢٨) جاءت كلمة الحق فيها مطلقة وتشمل جميع الحقوق بحيث وسعت نطاق الحيازة، فتشمل بذلك الحقوق العينية وحقوق الحالة الشخصية فأن تطبيق فكرة الحيازة على الحقوق الشخصية وهي مؤسسة على ظهور صاحب الحالة كصاحب حق، فالحقوق عبارة عن اعتقادات وهذا الاعتقاد هو نشئ الحق بناء على حيازته. وتستعمل محكمة النقض الفرنسية تعبير حيازة الحالة وتعدّها مكسبة لحالة البنوة واكتساب الجنسية فإن من المفهوم المتقدم يتبين لنا أن الاتجاهات الفقهية والتشريعية في السابق اعترفت بحيازة الحالة[١]، أما بالنسبة للمشرع العراقي قد نص على حيازة الحالة الظاهرة بنظرنا لكن بشكل ضمني في المادة (١١٥٧) من يحوز شيئا يكون مالكاً له وهنا كلمة شيء جاءت ليست مختصره على المنقول والعقار وإنما شاملة و تشمل أشياءً اخرى وبرأينا حتى من ضمنها الجنسية؛ وذلك لأن الجنسية من الحقوق المهمة بالنسبة للشخص وإن اثبات الجنسية عن طريق الحيازة من الوسائل المهمة[٢].

والسبب في عدّ حيازة الحالة الظاهرة من ضمن الأشياء التي جاز القانون المدني العراقي حيازته وذلك بسب عدّ الحالة مجموعة صفات التي تكون لشخص والذي يهتم بها القانون ويرتب علية آثار قانونية أو يربط بها حقوقاً والتزامات والحالة تشمل مختلف الصفات التي ينتج عنها التمتع بالحقوق وتكون معبره عن حال الشخص، أي الوضعية الناشئة عنها هذه الصفات أو مجموعة الأوصاف القانونية التي يمكن أن يتصف بها شخص أو كل وصف منه على حدة[٣].

---

(١) مصطفى احمد عبد الجواد حجازي، الحيازة بسوء نيه كسبب لكسب الملكية (اطروحة دكتوره)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩ م، ص٨٠.

(٢) المادة (١/١١٥٧) من القانون المدني العراقي (من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له، حتى يقوم الدليل على العكس).

(٣) سيدني مصطفى اثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الدعوة المدنية، مجله الفقه هو القانون، العدد ٦٥، ص٨٧.

الفرع الثاني

استقلالية الحالة الظاهرة

لما كانت الآراء القائلة بأن الحالة الظاهرة ما هي إلا فكرة ناتجة عن تطور القانون المدني وأنها ما هي إلا صورة مأخوذة من فكرة الحيازة في القانون المدني ظهر رأي آخر يذهب إلى القول بأن الحالة الظاهرة فكرة مستقلة بذاتها، وفي العودة إلى أصل الرأي الأول سنجد أن حداثة العهد بالجنسية لدى التشريعات العربية جعلت من فقهائها ينظرون إلى الحالة الظاهرة على أساس امتدادها او اقتباسها من فكرة الحيازة او وضع اليد(١).

وفي العودة إلى التشريعات المقارنة نجد أن أغلب التشريعات العربية لم تضع الحالة الظاهرة مورداً لاكتساب الجنسية إلا في حالات معينة مما يعطي انطباعاً أن المشرع العربي لم يعطِ اهتماما بالحالة الظاهرة وعاملها كمعاملة فكرة غربية لا محل لها من الواقع وجل ما جادت به التشريعات العربية هي عدّها أن الحالة الظاهرة ما هي إلا قرينة يمكن من خلالها إثبات الجنسية بشكل غير كامل؛ فمتى ما قام الدليل بخلافها فإن الحالة الظاهرة تدحض.

فالتنظير على أساس أن الحالة الظاهرة مأخوذة من القانون المدني جعل بعض الفقهاء يطلق على الحالة الظاهرة اسم (حيازة الحالة) لكن المتتبع لموقف المشرع الفرنسي وما ذهب إليه الفقهاء المؤيدين لفكرة استقلالية الحالة الظاهرة يجد أن فكرة الحالة الظاهرة قائمة بذاتها بعدة أمور منها ان الحالة الظاهرة هي نظرية تدرس على وفق أحكام قانون الجنسية الذي يختص به القانون الدولي الخاص في حين أن الحيازة هي فكرة من تطبيقات القانون المدني، كما أن الأخذ باعتبار أن ظهور الحائز على الشيء دليل كافٍ على عائديته إليه وفق القاعدة القائل " الحيازة في المنقول سند الملكية"(٢) ان أردنا تطبيقه فيعني أن الشخص الظاهر بمظهر الوطني سيعتبر وطني وله كافة الحقوق الوطنية بمجرد مظهره هذا تماشيا مع فكرة الحيازة الحالة.

---

(١) د. ماهر ابراهيم السداوي، المصدر السابق، ص١٠٥.

(٢) د. محمد طه البشير و د. غني حسون، المصدر السابق، ص١٨٣.

كما أن الإمارات الخارجية الخاصة بالحالة الظاهرة والمتكونة من الاسم والشهرة والمعاملة تختلف عن إمارات الحيازة[١] فكل هذه الأمور تجعل من انتفاء الرأي القائل بأن الحالة الظاهرة فكرة مقتبسة من القانون المدني أمراً ممكناً؛ لا سيما أن الحالة الظاهرة تتمتع بسمة متفردة من نوعها وهي ظهور الفرد بالادعاء بوطنيته مما يجعل الخصم أمامه محدداً بالدولة ومؤسساتها أن خالفته، لذا فإن فكرة استقلالية الحالة الظاهرة وقيامها بذاتها أمر ممكن جداً لا سيما تطبيق فكرة وطنية اللقيط ومجهول النسب هي فكرة لها جذور إسلامية من الأساس؛ إذ جعل الإسلام من يجد طفلاً لقيطاً في دار الإسلام مسلماً وفي دار الكفر مشركاً[٢] وهكذا مما يعطينا ترجيحا اخر بشأن استقلالية الحالة الظاهرة من حيث اساس قيامها.

وعليه فإن حالة قيام الحالة الظاهرة بكونها فكرة مستقلة بذاتها يمكن أن نورد فيها الحجج التالية من دون الخضوع إلى سلطان القانون المدني وهي كالآتي:

١– إن فكرة الحالة الظاهرة تنظر وتنظم من قبل القانون الدولي الخاص في حين أن الحيازة ما هي إلا وضع مادي قننه التشريع المدني لتلافي اشكاليات المال المفقود.

٢– إن فكرة الحالة الظاهرة نتجت عن واقع حي يتمثل باستقلالية الدول ونشؤها في وقت تحتاج فيه إلى شعب أو سكان يقطنون في إقليمها. لذا لن تجد وسيلة لتنظيم هذا الشعب وعده من رعاياها إلا إذا أقرت باعتبار كل المتواجدين في أرضها وطنيين وعليه فأنهم جميعهم ظاهراً تابعين لهذه الدولة ويجب أن تمنح لهم هذه الجنسية بناءً على هذه الحالة.

وفي العودة إلى موضوع استقلالية الحالة الظاهرة نجد أن الحالة الظاهرة ما هي إلا صورة مطبقة من صور نظرية الوضع الظاهر التي تنطلق من فكرة اعطاء الحق لكل من يتمسك بالظهور بمظهر صاحب الحق فيبنى على اساس مظهره أنه صاحب للحق، وتعد نظرية الوضع الظاهر من النظريات التي تعمل على التوفيق بين الفلسفة النظرية والواقع العملي، وهذه الفلسفة

---

(١) ماهر ابراهيم السداوي، المصدر السابق، ص١٠٨.

(٢) السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، ط١، مؤسسة ال البيت عليهم السلام لإحياء التراث، قم – إيران، ١٩٩٧ م، ج١٤، ص١٣٧.

تقتضي التمسك بالمبادئ القانونية على نحو قد يتعارض مع مقتضيات الحياة ومتطلبات التطورات، إذ لا يمكن للقانون الذي ينظم أمر المجتمع أن يعيش بمعزل عنه وأنما عليه أن يتماشى مع الواقع والفطرة الإنسانية بكل ما تحمله من التناقضات وإلا لكان الواقع والمجتمع في وادٍ والقانون في وادٍ آخر(١)، وإن كنا لا نتفق مع القول الأخير ذلك أن الوضع الظاهر يمثل حالة قد يحدث أنها موجودة في الواقع العملي والأمثلة عليها كثيرة ومن ضمنها الحالة الظاهرة التي قد تحدث وإن ندرت، فالقانون لا يعترف بالواقع بقدر ما يؤسس من خلال المتخيل واقعاً آخر من خلال نظريات وآراء تصلح أن تطبق في الواقع متى ما تحقق التنظير.

فالظاهر ما هو إلا حالة واقعية غير صحيحة وعدم صحتها مختفٍ تحت شكل مركز قانوني صحيح في الظاهر، وللظاهر معنيين مادي ومعنوي؛ فالظاهر المادي غير متصور إلا لظاهرة مادية أي هو أن يكون واقعاً ملموساً لحالة معينة يتمسك بها فرد معين، أما الظاهر المعنوي فمجاله الحقوق أو المراكز القانونية، وبما أنها معنوية فوصفها بالظاهر لا يقصد به المرئي وإنما يقصد به غير الموجود أو الوهمي الذي يعتقد في وجوده(٢).

في ضوء ما تقدم يمكن القول أن استقلالية الحالة الظاهرة لا يمكن الجزم بها بشكل مطلق ذلك أن دوافع نشوء مثل هكذا فكرة لا يمكن أن تعود لسبب واحد، وأن مسألة أخذها من القانون المدني وتحديداً من فكرة الحيازة وإن استبعدناه فيما مضى إلا أننا لا يمكن أن ننكر أنها متشابهة معها في بعض الأوجه وتختلفان عن بعضهما في بعض الأوجه كما فصلناه سابقا، ويبقى الفيصل في حسم النزاع متروكا للبواعث والدوافع التي أدت إلى خلق نظرية الحالة الظاهرة بكونها وصفا لحالة ادعاء الفرد وطنيته وظهوره بمظهر الشخص الوطني وانتماءه لبلد ما، الأمر الذي يستوجب أن يظهر القانون بفكرة معينة لحل هذه المسألة من غير أن يكون مهما أمر اقتباس الفكرة من فكرة أخرى أو إبداعها ونشأتها من العدم إلى الوجود.

---

(١) د. سلامة عبد الفتاح حلية، احكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥ م، ص٩٩.

(٢) علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية دراسة مقارنة (أطروحة دكتوراه)، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٤ م، ص٥٨.

ومما تقدم يظهر لنا أن فكرة الحالة الظاهرة من الأفكار التي تقع وتنصب داخل القانون الخاص وتعالج مسألة مهمة تتمثل باحتمالية انتماء أحد الأفراد لبلد معين دون حصوله على ما يثبت هذا الانتماء أو ينفيه.

في ضوء ما تقدم في البحث تبين لنا عدة أمور: منها أن الحالة الظاهرة هي فكرة يتم تطبيقها في مجال القانون الدولي الخاص تنشأ نتيجة لظهور فرد ما يدعي وطنيته وانتماءه لدولة معينة من دون أن يكون مالكا لما يثبت ادعاءه، فالحالة الظاهرة اصطلاح يطلق على حالة من حالات الجنسية، كما يعرف باصطلاحات أخرى غيرها مثل حيازة الحالة والتواتر والتسامع والشهرة العامة، إلا أن الحالة الظاهرة هو الاصطلاح الأدق لوصف حالة الفرد الذي لا يملك مستندا يثبت انتماءه للبلد الذي يدعي انتماءه إليه.

وللحالة الظاهرة ثلاث مكونات تعد أساساً لوجودها ومنطلقاً لمعرفتها تتمثل بالاسم والشهرة والمعاملة، فالاسم عادة ما يكون من الأسماء التي يشتهر بها البلاد مع الأخذ بعين الاعتبار أن الاسم ها هنا ليس الاسم الشخصي فحسب بل يمكن أن يطبق على مفهوم الاسم ككل ويشمل الاسم الشخصي واللقب والكنية، أما الشهرة فهي مكون آخر من مكونات الحالة الظاهرة يمكن أن يستدل به على صحة ادعاء الفرد بأنه منتمٍ لهذه البلاد والشهرة تعني أن يكون هذا الفرد مشهورا بانتمائه للبلد واشتهر بين الناس على ذلك، أما المعاملة فهي أن يتم التعامل مع هذا الفرد كما يعامل الوطني من حيث الالتزامات والأحداث كان يحتفل هذا الفرد بالأعياد الوطنية والمناسبات الدينية والاجتماعية الخاصة بهذا البلد، وان تخلف أي مكون من هذه المكونات يعني عدم تحقق الحالة الظاهرة من حيث الانطباع الموقن لإثبات وجودها.

ان الطبيعة القانونية للحالة الظاهرة تتمثل بكونها قرينة يمكن للفرد التمسك بها للاستدلال على وطنيته، وقد اختلفت القوانين محل المقارنة فيما بينها باعتبار هذه القرينة هل هي قرينة قانونية ام قرينة قضائية، فنجد أن المشرع المغربي قد نص على هذه القرينة واعتبر وسيلة يمكن الاستدلال بها على وطنية الفرد، عكس المشرع العراقي والمصري، فالقرينة القانونية يمكن أن تثبت الحق المدعى به متى ما لم تتعارض مع دليل أكثر قوة منها كالمستندات الرسمية أو شهادة

الشهود، في حين أن القرينة القضائية يمكن للقاضي أن يستند عليها لإثبات الوقائع المعروضة أمامه، وتبقى مسألة تقدير هذه القرينة أمرا خاضعا للقضاء في الدول التي لم تنص على الحالة الظاهرة في قوانينها كالعراق ومصر.

إنّ الأدلة التي يمكن من خلالها الاستدلال على الحالة الظاهرة وإثباتها تنقسم إلى أدلة مباشرة وأدلة غير مباشرة، فالأدلة المباشرة هي تلك التي يمكن الاستدلال من خلالها مباشرة على وجود الحالة الظاهرة وتتمثل بالكتابة والبينة، أما الأدلة غير المباشرة فهي تلك التي لا يمكن الاستدلال بها بصورة مباشرة على الحالة الظاهرة بل يمكن من خلال ربطها مع بعض الوقائع والقرائن أن تكون اطمئنانا على صحة الادعاء؛ وتتمثل الأدلة غير المباشرة لإثبات الحالة الظاهرة بالقرائن والخبرة، وقد انتفى أن يكون الإقرار واليمين دليلا لإثبات الحالة الظاهرة؛ ذلك لأن الفرد لا يمكن منطقيا أن يصنع دليلاً لنفسه، وتبين لاحقا بأن الأدلة المباشرة هي الأكثر قوة في إثبات الحالة الظاهرة لارتباطها الوثيق بواقع الحال، فالمستندات الرسمية تعتبر حجة على الجميع وكذلك فإن شهادة الشهود هي واقع ظاهر للعيان تعارف الناس على أن هذا الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة أنه ينتمي إليهم وهكذا.

إنّ الأساس القانوني للحالة الظاهرة يتمثل بوجود فكرتين أساسيتين الأولى تتمثل بأن الحيازة هي أساس انبثاق فكرة الحالة الظاهرة وان الحالة الظاهرة ما هي إلا فكرة مشتقة من القانون المدني وبمعنى أدق أن فكرة الحالة الظاهرة مأخوذة من فكرة الحيازة، وتبين أن أساس هذه الفكرة غير صحيح لما تعالج فكرة الحيازة من حالات تختلف عن الحالة الظاهرة، وأن أوجه الشبه وإن تواجدت إلا أنها لا تعني في الأخير أن الحالة الظاهرة مقتبسة من الحيازة.

أما الفكرة الثانية فإنها تتمثل بأن الحالة الظاهرة ما هي إلا فكرة مستقلة وليست مأخوذة من القانون المدني، ذلك أن مسألة انبثاق و وجود دول جديدة يستلزم بطبيعة الأمران يكون لها مكونات أحدها مكون الشعب الذي سيكون بحاجة إلى وجود جنسية وعليه فإن تنظيم قانون الجنسية سيحدد من هو الوطني ومن هو الأجنبي، وبالتالي فإن بعض الأفراد قد يستحقون الجنسية الوطنية إلا أن الظروف قد تحول من دون حصولهم عليها، لأسباب قد تكون خارجة عن إرادتهم

فجاءة فكرة الحالة الظاهرة كواقع معالج لواقع لا حل فيه، وبالتالي فإن الفكرة انبثقت منذ ولادة الدول الجديدة.

ومما تقدم يظهر لنا أن فكرة الحالة الظاهرة من الأفكار التي تقع وتنصب داخل القانون الخاص وتعالج مسألة مهمة تتمثل باحتمالية انتماء أحد الأفراد لبلد معين من دون حصوله على ما يثبت هذا الانتماء أو ينفيه.

ويلاحظ أيضاً أن لا أهمية لما هو الأساس الذي أظهر فكرة الحالة الظاهرة سواء كانت الفكرة مستقلة أو مقتبسة من القانون المدني طالما أنها تعالج وضعية معينة فضلا على أن جميع المسارات القانونية تهدف إلى إنشاء وضع قانوني للأفراد الذين يعانون من هذه الحالات، وتبقى فكرة الحالة الظاهرة متميزة ذلك؛ لأنها تنقذ الفرد من مسألة انعدام الجنسية التي تعد أحد أهم مشكلات الجنسية.

الفصل الثاني

تفاوت دور الحالة الظاهرة في إثبات حق الجنسية

الفصل الثاني

تفاوت دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية

يعد حق الجنسية واحداً من الحقوق الأساسية والمهمة التي نادى بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فبموجبها يعيش الفرد حياة حرة وكريمة في البلد الذي ينتمي إليه، فهي أداة بموجبها يمكن للفرد أن يعلن للملأ انتماءه لأرض يتبعها، فالجنسية وإن كانت وسيلة ارتباط بين الفرد ودولته إلا أنها كذلك تتعدد تسميتها او بالأحرى طرق الحصول عليها، ذلك أن الفقه اتجه إلى تسمية أنواع الجنسية بحسب طرق الحصول عليها؛ فالدولة حين تنشأ وتتكون أمام المجتمع الدولي يجب عليها أن تمنح جنسيتها للأفراد القاطنين في أرضها وهذه الحالة هي ما تسمى بجنسية التأسيس، أما النوع الثاني من أنواع الجنسية فهو ما يعرف بالجنسية الأصلية؛ وهي تلك التي تمنح للفرد الوطني وفق رابطة الدم أو رابطة الإقليم حيث يعتبر المواطن اصليا بسبب ولادته في أرض الدولة أو انحداره من أصل وطني يعود إليه، أما النوع الآخر فهو ما يعرف بالجنسية المكتسبة وهي تلك التي يحصل عليها الفرد نتيجة تجنسه من قبل دولة أخرى أبدى رغبته بالانتماء إليها.

إن أنواع الجنسية تمثل المشكلة التي تظهر في بحثنا ذلك أنها تعتمد على أدلة أخرى غير الحالة الظاهرة بعكس النوع الأول الذي يعتمد عليها تماماً، لذا فإن مدار بحثنا في المطالب التالية سيتناول هذه الأنواع ذلك أنها تخضع إلى صعوبة التعامل معها متى ما اقترنت بوجود الحالة الظاهرة التي سيكون عليها إثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية، إذ ستتناول بالبحث عدة أمور توجب على المتمعن ادراك مدى اقتران الحالة الظاهرة كوسيلة اثبات لمن لا إثبات له، ونتناولها بالبحث كما يأتي:

المبحث الاول

تفاوت الحالة الظاهرة في إثبات جنسية التأسيس والجنسية الأصلية

تعد جنسية التأسيس والجنسية الأصلية من أوائل الأنواع الخاصة بالجنسية والتي تمهد للأجيال القادمة إمكانية الحصول على جنسية البلد، ذلك لأنهما أساس وجذر لامتداد باقي الفروع.

وتعد الجنسية التأسيسية أهم نوع من أنواع الجنسية؛ ذلك أنها تشبه بيان الولادة، فهي الوثيقة الاولى للفرد التي تعني انتماءه للبلد الذي عادة يكون حديث النشأة فالدولة حين تعلن استقلالها أو اندماجها أو انفصالها عن دولة أخرى فإنها تكون دولة جديدة تحتاج إلى أركان تلك التي تتمثل بالسيادة والشعب والاقليم، فالشعب هو مصدر السلطات كلها، ولولاه لن تقوم أي دولة حتى أن (بارتلمي) حين تعريفه للدولة عرفها بأنها الشعب المنظم[1].

يتفاوت دور الحالة الظاهرة في اثبات الجنسية، حيث يكون له دور فعال وأساسي في الجنسية التأسيسية فتكون الحالة ظاهر أثرها أقل مما هو عليه في الجنسية الأصلية، اما بالنسية للجنسية المكتسبة فتكون قليلة الأهمية وليس له أثر مباشر، وسنناقش في مبحثنا هذا اثر الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية التأسيسية والجنسية الأصلية وكما سنبينه تباعاً:

(١) د. عبد الجبار عبد الوهاب سلطان الجبوري، حقوق الإنسان بين النصوص والنسيان، ط١، دار الفارابي، بيروت، ٢٠١٥ م، ص١٧٢.

المطلب الأول

دور الحالة الظاهرة في إثبات جنسية التأسيس

إنّ جنسية التأسيس كحالها من أنواع الجنسية الأخرى تثبت عن طريق عدة أمور ويمكن اعتبار الحالة الظاهرة واحدة من الأمور التي بإمكانها إثبات الجنسية التأسيسية للفرد، وإن كانت هنالك أدلة أخرى أقوى على عدم انتماء الفرد لهذا البلد إلا أن الحالة الظاهرة قد تكون اقوى من الأدلة في بعض الأحيان.

إنّ الحالة الظاهرة قد تكون سببا من أسباب اكتساب الجنسية التأسيسية في بعض الحالات واستنادا إلى قوة القانون متى ما فرض عدة مسائل تدخل من حيث الشكل والمضمون بعمل يشابه عمل الحالة الظاهرة.

وفي هذا المطلب سنلخص أمر الجنسية التأسيسية وكيف يمكن للفرد أن يستعين بالحالة الظاهرة لإثبات أحقيته بالحصول على الجنسية التأسيسية وذلك على وفق ما يأتي:-

الفرع الأول

الحالة الظاهرة ودورها في إثبات جنسية التأسيس العراقية

إن جنسية التأسيس اول وثيقة تثبت انتماء الفرد للدولة الجديدة، ذلك أنها أولى الوثائق الرسمية التي تقرها الدولة وتعطيها بناء على نظام خاص تحدده الدولة، ولكن السؤال الذي يجب طرحه هو كيف يمكن إثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية التأسيسية لهذا البلد الجديد وكيف بالإمكان تمييزه بأنه من أبناء البلد رغم عدم توفر أي مستمسكات ثبوتية حينها أو وجود دليل بإمكانه إثبات وطنية الفرد؟

تكمن الإجابة هنا بما تصنعه الحالة الظاهرة من دليل أو قرينة لإثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية، ذلك أن الحالة الظاهرة هي من تحدد صفات الوطني عبر عناصرها ومكوناتها، وكذلك عدم وجود دليل كافي يدحض الحالة الظاهرة مما يعني ثبوتها والاعتماد عليها عند اتخاذ قرار الجنسية من عدمه.

بعد انفصال الدولة العراقية عن الدولة العثمانية صارت الحاجة إلى تنظيم قانون جنسية ينظم كيفية الحصول على الجنسية العراقية من الأمور الملحة بالأخص أن العراق دولة متعددة الطوائف، لذا ظهر أول قانون جنسية في التشريع العراقي وهو قانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٢٤ والذي نظم فيه المشرع العراقي أحكام الجنسية العراقية ورسم طرق الحصول عليها وبالأخص الجنسية التأسيسية التي مازالت معتمد عليها ليومنا هذا حسب التشريع النافذ الذي نص صراحة على أنه يعدّ عراقي الجنسية كل من حصل على الجنسية العراقية بموجب أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ الملغى[١].

وعند الرجوع الى قانون الجنسية الملغي نجد أن المشرع العراقي قد إعطاء للفرد إمكانية الحصول على الجنسية التأسيسية العراقية في ثلاث حالات وهي كما يأتي:

الحالة الأولى: حق الحصول على الجنسية التأسيسية بسبب السكن أو الإقامة

نصت المادة الثالثة من قانون الجنسية العراقية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ أنه ((كل من كان في السادس من آب عام ١٩٢٤ من الجنسية العثمانية وساكناً عادة في العراق تزول عنه الجنسية العثمانية ويعد حائزا على الجنسية العراقية ابتداءً من التاريخ المذكور))[٢].

ومن خلال النص السابق نجد أن أساس منح الجنسية العراقية في هذه الحالة تتكون من شرطين:

١ – أن يكون الشخص عثماني الجنسية بتاريخ ١٩٢٤/٨/٦: وهو تاريخ معاهدة لوزان ذلك أن المشرع العراقي عدّ أن كل من كان يملك الجنسية العثمانية قبل هذا التاريخ يعتبر عراقياً؛ أن استكمل الشرط الثاني (شرط السكن)، ولا تمنح الجنسية العثمانية إلا لمن كان مقيماً في الأراضي التابعة للإمبراطورية العثمانية وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون الجنسية العثمانية لسنة ١٨٦٩ والتي عدّت كل شخص مقيم في الديار العثمانية عثمانياً ويعامل كذلك إلى أن تثبت جنسيته الأجنبية بصفة رسمية[٣]، وبالتالي فإن الجنسية العراقية لن تشمل الأجانب في ذلك الوقت.

---

(١) المادة (٢) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦.

(٢) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٦١.

(٣) المصدر نفسه، ص٦٢.

٢ – أن يكون الشخص العثماني ساكناً بالعادة في العراق: ونجد في هذا الشرط أن المشرع العراقي اخذ بالإقامة بصفة أساسية لتأسيس الجنسية العراقية وقد نص في الفقرة (هـ) من المادة الثانية من قانون الجنسية العراقية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ على معنى السكن بالعادة إذ إن المراد به كل من كان محل إقامته في العراق منذ يوم ١٩٢١/٨/٢٣ ولغاية ١٩٢٤/٨/٦[١]، ويعد العثماني الذي غادر العراق قبل هذه المدة غير مستفيد من هذه المادة[٢].

ولكن الاعتماد على الجنسية العثمانية وحده لا يغني من وقوع بعض المشاكل لغالبية الأفراد وبالأحرى لعدد كبير منهم بالأخص أن المجتمع العراقي آنذاك لم يكن يشمل طبقات مثقفة وواعية فحسب بل كانت هناك طبقات فقيرة ويسود بها الجهل بالقانون وبمسألة وغير مكترثة به إضافة إلى فئة العبيد التي كان يحكمها الملاك وأصحاب النظام الاقطاعي، لذا كان اللجوء إلى قانون سابق وملغي بوثائق تحريرية كوصولات الضرائب وعقود العمل وسندات الطابو وغيرها من المستندات دليلاً لتحديد صفة الشخص العثماني بحسب فتوى ديوان التدوين القانوني[٣].

إن الملاحظ في هذه الحالة أنها تعتمد وبشكل كبير على الحالة الظاهرة، وعلى الرغم من اقرار المشرع العراقي بالجنسية العثمانية وعدّها كدليل لمنح الجنسية التأسيسية العراقية الا انها بذاتها اعتمدت الحالة الظاهرة للأفراد من خلال سكناهم في العراق لفترة من الزمن دليلاً كافياً لإعطائهم الجنسية العراقية، فإذا ما أثبت فرد أنه كان يسكن العراق خلال هذه الفترة فيعدّ عراقياً، فإن قام أحد الأفراد بإثبات أن له منزلاً في العراق وهو يسكنه لفترة تصل إلى الفترة المحددة قانوناً جاز عدّه عراقياً وبهذا فإن الحالة الظاهرة خرجت من كونها قرينة للأثبات وتحولت إلى دليل معتبر لا يمكن رده الا إذا ثبت خلاف ذلك بدليل اقوى موجود مستند رسمي يثبت انتماء هذا الفرد لغير دولة.

---

(١) ريا سامي سعيد الصفار، مصدر سابق، ص٣٢.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٧٧ م، ص ٧٢.

(٣) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٦٢.

الحالة الثانية: حق الحصول على الجنسية التأسيسية بسبب الوظيفة

نصت المادة (الثامنة) من قانون الجنسية العراقية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ في الفقرة (ج) منها على اعتبار كل من كان يوم السادس من شهر آب لعام ١٩٢٤عراقياً إذا كان مستخدماً في الحكومة العراقية كموظف عراقي في ذلك التاريخ أو قبله، وإن لم يكن سكناه قد بلغ المدة الواردة في الفقرة (هـ) من المادة (الثانية)[١].

وفي ضوء هذه المادة نجد أن المشرع العراقي قد اشترط عدة شروط لاكتساب الموظف لجنسية التأسيس تتمثل بما يلي:

١- أن يكون الشخص عثماني الجنسية حين تاريخ نفاذ معاهدة لوزان في ١٩٢٤/٨/٦.

٢- أن يكون ساكناً في العراق بالضرورة ودون التقيد بفترة زمنية محددة.

٣- أن يكون قد توظف في العراق لدى الحكومة العراقية: والوظيفة كما يعرفها المشرع العراقي بتشريع لاحق هي تكليف وطني وخدمة اجتماعية يستهدف القائم بها المصلحة العامة وخدمة المواطنين في ضوء القواعد القانونية النافذة[٢]، فالوظيفة ما هي إلا تكليف من قبل الدولة لأحد الأفراد للقيام بمجموعة من الأعمال لقاء اجر يقبضه عن خدماته، والموظف شخص يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام[٣]، ولم يعرف المشرع العراقي الموظف حينها إلا أنه عرفه لاحقاً بعدة تعاريف في قوانين خاصة فعرفه تارة بأنه كل من عهدت اليه وظيفة دائمة داخلة في الملاك البلدي الخاص بالموظفين في المؤسسة البلدية[٤]، وعرفه تارة أخرى بأنه كل شخص من موظفي دوائر الدولة والقطاع العام أو المتعاقدين والعاملين في المنظمات المهنية يقوم أو يساهم في

(١) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٦٣.

(٢) المادة (٣) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

(٣) د. رياض عبد عيسى الزهيري، أسس القانون الإداري، دار السنهوري، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١٦ م، ص٣١٤.

(٤) المادة (١/ ٨) من قانون إدارة البلديات رقم (١٦٥) لسنة ١٩٦٤ المعدل.

فعاليات التعداد العام للسكان والمساكن[١]، وعرفه في حين آخر بأنه كل شخص عهدت إليه وظيفة مدنية أو عسكرية أو ضمن قوى الأمن أو مكلف بخدمة عامة والذي يتقاضى راتباً او اجراً أو مكافأة من الدولة وتستقطع منه التوقيفات التقاعدية[٢]، وعرفه ايضاً بأنه كل شخص عهدت إليه وظيفة داخل ملاك الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة[٣]، ونجد أن المشرع العراقي لم يقف على تعريف محدد للموظف إذ إنه اعتمد في كل قانون على تعريف خاص بالموظف الذي يناط به العمل الوظيفي، ونجد ان تعريف المشرع العراقي في قانون انضباط موظفي الدولة هو تعريف جامع ومانع لمفهوم الموظف.

ومما تقدم فإنه يلاحظ بأن الحاجة إلى خبرة هؤلاء الموظفين استدعت من المشرع العراقي أن ينتبه إلى ضرورة ابقاءهم في البلد ومنحهم الجنسية العراقية لغرض كسب خبرتهم والاستفادة منها.

وفي مجال الحالة الظاهرة وإن كان يصعب وجود أمثلة عملية وتطبيقات خاصة عليها إلا أنها في الوقت ذاته مكملة للتشريع إذ جعل مجرد وجود الموظف العثماني في العراق دليلاً كافياً لمنحه الجنسية العراقية وبالتأكيد أن التوظيف في قطاعات الدولة يستلزم ظاهراً السكن في العراق لذا فيكون المشرع العراقي قد أخذ بالحالة الظاهرة في هذا المجال وإن لم يصرح نصاً عليها.

الحالة الثالثة: حق الحصول على الجنسية التأسيسية بسبب الولادة في العراق

نصت المادة (السابعة) من قانون الجنسية العراقية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ على أن من بلغ سن الرشد من تبعة الدولة العثمانية ولم يكن ساكناً في العراق عادة أو أنه مولود فيه، له أن يقدم في يوم ١٧ تموز سنة ١٩٢٧ أو قبله بياناً خطياً يختار فيه الجنسية العراقية، وعند ذلك

(١) المادة (١) من قانون التعداد العام للسكان رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٨ النافذ.

(٢) المادة (١/ ٧) من قانون التقاعد العام الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ النافذ.

(٣) المادة (١/ ٣) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.

يصبح عراقياً إذا وافقت الحكومة العراقية على ذلك وكان بينها وبين حكومة الدولة التي يسكنها ذلك الشخص اتفاق في هذا الخصوص أن كان وجود الاتفاق من هذا القبيل لازماً[١].

ومن خلال نص المادة الآنفة يتبين أن لاكتساب الجنسية التأسيسية العراقية بسبب الولادة هناك عدة شروط تتمثل بما يأتي:

١- أن يكون الشخص عثماني الجنسية.

٢- أن يكون بالغاً لسن الرشد في ١٩٢٧/٧/١٧ وسن الرشد في القانون العراقي هو إتمام الثامنة عشر عاماً[٢].

٣- لم يشترط المشرع العراقي في هذه المادة السكن لفترة معتادة في العراق.

٤- أن يكون ولد في العراق وعلى إقليمه.

٥- أن يقدم طلباً تحريرياً من قبله للسلطات العراقية المختصة (مديرية الجنسية العامة ووزارة الداخلية) باختيار الجنسية العراقية في موعد أقصاه ١٩٢٧/٧/١٧.

٦- موافقة السلطة المختصة على الطلب ولها سلطة تقديرية في قبول الطلب أو رفضه: ومن التطبيقات العملية على هذا الشرط هو حكم محكمة التمييز بخصوص دعوى نظرت فيها مسبقاً محكمة بداءة بغداد حين تقدم أحد الأشخاص بطلب لمديرية الجنسية العامة لمنحه شهادة الجنسية العراقية، الا أن طلبه رفض على الرغم من أنه قد ثبت تولده في محلة (المشاهدة) ببغداد سنة ١٩٣٤ من أبوين وجدين مولودين في العراق ولم يغادروه حتى وفاتهم فيه، وهو مسجل في سجل دائرة الأحوال المدنية وادى خدمة العلم عند بلوغه لسن الرشد، وأبوه عراقي من رعايا الدولة العثمانية، وكان سبب رفض وزير الداخلية ومدير الجنسية العام أنه غير عراقي بالولادة لذا طلب المدعي استدعاءهما للمرافعة والحكم عليهما إضافة لوظيفتهما بتثبيت جنسيته العراقية كونه عراقي بالولادة ومنح الشهادة المؤيدة لذلك وتحميلهما كافة المصاريف والرسوم واتعاب المحاماة.

---

(١) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٦٤.

(٢) المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

أصدرت محكمة بداءة بغداد قرارها بالعدد (١٣٢٤/ب/١٩٦٩) وبتاريخ ١٩٧٠/٥/١٥ حكماً حضورياً يقضي بمنع معارضة المدعى عليهما (إضافة لوظيفتهما) للمدعي بشأن الجنسية واعتباره عراقياً بالولادة وإلزام المدعى عليهما بمنحه شهادة الجنسية المؤيدة لذلك وتحميلهما كافة المصاريف والرسوم واتعاب المحاماة.

ولعدم قناعة المدعى عليهما بادرا إلى الطعن بالقرار تمييزاً وطلبا إلغاء القرار الخاص بمحكمة البداءة ونقضه فجاء قرار محكمة التمييز كما يأتي:

((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز مقدم ضمن المدة القانونية لذا تقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر وجد أن الحكم المميز بالنظر إلى ما استند إليه من أسباب جاء صحيحا وموافقا للقانون، ذلك أن التحقيقات التي أجرتها الجهات المتخصصة، أثبتت أن المدعي (المميز عليه) كان ساكنا عادة في العراق في يوم السادس من آب سنة ١٩٢٤ وكان عثماني الجنسية، فيعتبر هذا الأب عراقيا بحكم المادة الثالثة من القانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ أو أنه بحكم المادة الثالثة (فقرة ١) من القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ يعد المدعي (المميز عليه) عراقيا قانونا، فضلا عن الوثائق التي قدمها المدعي التي كشفت عن تمتعه بالجنسية العراقية من تسجيله في دائرة الأحوال الشخصية، وأدائه خدمة العلم، وتملكه عقاراً، وان اعترافات (المميز) غير واردة؛ لأن وجود أسماء أعجمية في قيد نفوس (المميز عليه) لا يدفع ما يثبت بالأدلة المقبولة في كونه عراقياً لذا تقرر تصديق القرار وصدر القرار في ١٩٧١/١/٣٠[1].

ومما تقدم يتبين لنا أن القضاء العراقي في هذه الواقعة قد أخذ بالحالة الظاهرة كقرينة لإثبات حالة المدعي ذلك أن ولادته وإن كانت بعد مضي الفترة التي نص عليها القانون إلا أنه من حيث المعطيات التي اثبتتها الحالة الظاهرة تبين أنه عراقي، إذ أن سجل القيد الخاص به يؤيد انتماءه لأباء عراقيين فضلاً عن تولده في العراق وهذه الأدلة تمثل ركني الشهرة والاسم، كما أن ركن المعاملة متوفر أيضا في حالته نظرا لكونه قد أدى خدمة العلم والتي لا تفرض الا

(١) النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، آذار، ١٩٧٢، رقم القرار (٦٨٧– حقوقية ثانية –٩٧)، تاريخ القرار ١٩٧١/١/٣٠.

على العراقيين، وعليه فإن القضاء العراقي استند على الحالة الظاهرة وبنى قراره عليها، مما يبين مدى اعتماد القضاء العراقي على الحالة الظاهرة حينها كونها أحد القرائن التي تتبع لإحقاق الحق.

الفرع الثاني

الحالة الظاهرة ودورها في اثبات جنسية التأسيس في دول اخرى

إن وجود الجنسية يرجع لوجود الدولة ونشأتها، ذلك أنها صاحبة الحق بتحديد رعاياها واعطاءهم حق الجنسية، وهذا ما يثير صعوبة في تحديد من هو الوطني في بعض الدول محل المقارنة، فالمشرع الفرنسي لم يعتمد على جنسية التأسيس ذلك أن الدولة الفرنسية قائمة منذ منتصف القرن التاسع للميلاد وعلى الرغم من تعاقب الجمهوريات فيها إلا أننا لم نجد أي ذكر لجنسية التأسيس التي تعطى لأفراد الدول الحديثة النشأة[١]، أما بالنسبة للجزائر فعلى الرغم من أنها كانت تحت راية الدولة العثمانية إلا أنها لم تعمل بنظام الجنسية فيها و سرت عليها أحكام الدين الإسلامي وفي الحقبة الاستعمارية سرت عليها القوانين الفرنسية مما يعطي تمييزا للجنسية الجزائرية[٢]، أما بالنسبة لدولة الإمارات فنجد أن المشرع الاماراتي قد جمع في قانون الجنسية ما بين جنسية التأسيس والاصلية تحت مسمى "الجنسية بحكم القانون" فجعل من جنسية التأسيس إحدى صور أو حالات ثبوت الجنسية الأصلية[٣]، ونجد المشرع الاماراتي عدّ المواطنين

---

(١) ريا سامي سعيد الصفار، دور الموطن في الجنسية (رسالة ماجستير)، جامعة الموصل، كلية القانون، ٢٠٠٥ م، ص٣٠.

(٢) لعيدي عبد القادر، المعالجة القانونية لحق الجنسية في التشريع الجزائري (رسالة ماجستير)، مصدر سابق، ص٤١.

إن الجزائر لم تعتمد على جنسية تأسيس بعد خروجها من حكم الإمبراطورية العثمانية ولما احتلتها فرنسا فإن القانون الفرنسي هو الذي بات ساريا على تنظيم شؤون الجنسية في الجزائر، وحتى بعد استقلالها من فرنسا فإن التشريع الجزائري لم يحدد ماهية جنسية التأسيس.

(٣) د. محمد الروبي، تأملات في قانون الجنسية الإماراتية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١ م، ص٣٠.

الإماراتيين هم من كانوا متوطنين في إحدى الامارات الاعضاء عام ١٩٢٥ أو قبلها وحافظ على إقامته العادية فيها حتى تاريخ نفاذ القانون وتعد إقامة الأصول مكملة لإقامة الفروع[١].

أما بالنسبة المشرع المصري فقد أسس قانون الجنسية كحال أغلبية الدول العربية التي نشأت بعد سقوط الإمبراطورية العثمانية، إذ نجد أن المشرع المصري لم يختلف كثيرا عن نظيره العراقي في تأسيسه لأحكام الجنسية التأسيسية إلا أن الفرق بينه وبين المشرع العراقي أنه قد اعتمد عدة تعديلات على قانون الجنسية بشكل عام وعلى جنسية التأسيس بشكل خاص بالأخص أنه أورد عدة فئات فيما بعد يحق لها الجنسية المصرية وتعود هذه المسألة بطبيعتها لأسباب سياسية معروفة نظراً لما عانته مصر من حروب ومسائل سياسية بحته.

يُعد القانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٢٩ نقطة البدء في تنظيم الجنسية المصرية الحديثة على أسس مستقرة، وقد نص على معايير جنسية التأسيس المصرية بصورة تبرز إستقلال الجنسية المصرية عن الدولة العثمانية، ثم صدر بعد ذلك القانون المرقم (١٦٠) لسنة ١٩٥٠ إذ أخذ بالأحكام السابقة بشأن جنسية التأسيس المصرية، وصدر بعد ذلك القانون رقم (٣٩١) لسنة ١٩٥٦ الذي عدل في جنسية التأسيس، وصدر قانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ (النافذ حاليا في مصر) فتضمن أحكاماً وتعديلات وتحديداً للأصول المصرية التي تتمتع بجنسية التأسيس المصرية تختلف عما سبق وعليه يمكن القول إن هذه القوانين الأربع قد حددت أسس جنسية التأسيس المصرية[٢] وعلى الرغم من التعديلات التي وردت على من يستحق الجنسية التأسيسية المصرية إلا أنه بإمكاننا جمعها وترتيبها على اساسين الاول هو من يستحقون الجنسية المصرية بقوة القانون، والثاني من يختار الجنسية المصرية بطلب ونبينها كما يأتي:

الحالة الأولى: الحق بالحصول على الجنسية التأسيسية المصرية بقوة القانون

تثبت الجنسية المصرية بقوة القانون لمن تتوافر فيهم الشروط التي حددها القانون، وقد نصت على هذه الجنسية الفقرات الخمس الأولى من قانون عام ١٩٥٠، الذي نقلها بدوره عن

(١) المادة (٢/ أ) من قانون الجنسية الإماراتية رقم (١٧) لسنة ١٩٧٢.

(٢) ريا سامي سعيد الصفار، مصدر سابق، ص٣٦.

المواد الخمس الأولى من قانون عام ١٩٢٩، وقد أضاف إليها قانون ١٩٥٦ حالة جديدة نص عليها في مادته الأولى، ثم استحدث تشريع الجنسية الجديد الصادر عام ١٩٧٥ حالة أخرى جديدة نص عليها في الفقرة الأولى من المادة الأولى، وتقوم على فكرة التوطن في مصر قبل ٥ نوفمبر ١٩١٤، ولما كانت الجنسية المصرية قد فرضت عليهم من دون اعتبار إرادتهم، فقد حرص المشرع على تطبيق المبدأ العام في الجنسية، الذي يقضي بحرية الشخص في اختيار جنسيته، فقضى في قانون ١٩٢٩ بمنح من فرضت عليهم جنسية التأسيس المصرية، حق اختيار جنسية إحدى الدول التي انفصلت عن الدولة العثمانية(١).

وبالتتبع التاريخي لتعديلات قانون الجنسية المصرية يتبين لنا أن هذه الحالة لا تخرج من خمس فئات يتمثلون بما يأتي:

١ – اعضاء العائلة المالكة: والمراد بهم كل من كان من نسل العائلة الملكية التي حكمت مصر منذ عام ١٨٠٥ ولغاية عام ١٩١٤ تحت السلطة الاسمية العثمانية.

٢ – المتوطنون في الأراضي المصرية قبل الاول من يناير لعام ١٨٤٨ واحتفظوا بإقامتهم العادية في مصر حتى ١٠ مارس ١٩٢٩ على أن لا يكونوا من رعايا الدول الأجنبية(٢): وفي هذه الحالة أخذ المشرع المصري بقانون عام ١٩٥٠ والذي عدّ كل من كان يسكن في مصر قبل عام ١٨٤٨ ولغاية العاشر من شهر مارس لعام ١٩٢٩ مصريا على شرط أن يكون يقيم بمصر إقامة اعتيادية، كما اشترط أن لا يكون من رعايا الدولة الأجنبية، ونجد هنا أن المشرع المصري أخذ بالإقامة كوسيلة لمنح الجنسية التأسيسية المصرية؛ واتخاذ المشرع من شرط الإقامة والتوطن في الأراضي المصرية قبل الاول من شهر يناير لعام ١٨٤٨ دليلا كافيا على قدم صلة الشخص وأسرته بدولة مصر، ولعل اختيار هذا التاريخ يرجع إلى أنه التاريخ الذي جرى فيه أول إحصاء للسكان في مصر في عهد محمد علي وتجدر الملاحظة أن المقصود بالتوطن هو الإقامة المعتادة، ولم يقرن المشرع بشرط التوطن شرط حمل الرعوية العثمانية، ولذلك يجوز لعديمي الجنسية المتوطنون في

(١) أ. د. احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، القاهرة، ٢٠١٢ م، ص٦٢.

(٢) نفس المصدر، ص٦٣.

الأراضي المصرية قبل التاريخ المذكور، الاستفادة من هذا الحكم[١]، وفي هذه الحالة فقد نجد ان المشرع اعتمد بشيء من الحالة الظاهرة للأفراد الذين يدعون أنهم يسكنون مصر.

٣ – الرعايا العثمانيون المولودون في الأراضي المصرية من أبوين مقيمين في مصر إقامة اعتيادية، اذا كانوا معتادين الاقامة ولغاية العاشر من شهر مارس لعام ١٩٢٩ على أن لا يكونوا قد اكتسبوا اي جنسية أجنبية[٢]: وبهذه الفئة اشترط المشرع المصري أن يكون العثماني المولود في الأراضي المصرية من أبوين يقيمان في مصر على سبيل الاعتياد مصرياً متى ما كان ساكناً في مصر بصورة اعتيادية حتى تاريخ ١٩٢٩/٣/١٠ وهو تاريخ نفاذ قانون الجنسية لعام ١٩٢٩، كما اشترط أن لا يكون قد اكتسب اي جنسية أجنبية، وهنا قد أخذ المشرع المصري أيضا بالإقامة كدليل كافي لمنح الجنسية التأسيسية المصرية.

٤ – الرعايا العثمانيون المولودون في الأراضي المصرية المقيمون فيها الذين قبلوا المعاملة بقانون القرعة العسكرية المصري، سواء بأدائهم الخدمة العسكرية أو يدفع البدل ولم يدخلوا في جنسية أجنبية، متى حافظوا على إقامتهم العادية في مصر إلى ١٠ مارس سنة ١٩٢٩[٣]: وهنا عد المشرع المصري الرعايا العثمانيون الذين ولدوا في الأراضي المصرية مصريين على شرط أن يكونوا معتادي الإقامة في مصر لحين نفاذ قانون الجنسية لعام ١٩٢٩، كما يجب أن يكونوا قد قبلوا بقانون القرعة العسكرية والذي يتم فيه تجنيد الأشخاص لخدمة العلم، سواء أدوا الخدمة العسكرية أو قاموا بدفع البدل، كما اشترط أن لا يكونوا قد اكتسبوا أي جنسية أجنبية، ومن خلال اشتراط الولادة في الأراضي المصرية وشرط المعاملة الخاص بالقبول والموافقة على أداء الخدمة العسكرية دليلاً على وطنية هذا الفرد وولاءه لمصر، وبالتالي فإن الحالة الظاهرة في هذه الفئة تثبت متى ما اقام الفرد دليلاً يثبت أنه ولد في مصر، كما أن دفعه للعوض عن الخدمة العسكرية أو اشتراكه فيها دليلا كافيا على أحقيته بالحصول على الجنسية التأسيسية المصرية؛ ذلك أن

---

(١) أ. د. احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٦.

(٢) نفس المصدر، ص٦٣.

(٣) نفس المصدر، ص٦٤.

الاشتراك بالخدمة العسكرية دليل كافي على وطنية الفرد وبالتالي تحقق الحالة الظاهرة التي تكون سببا في الحكم بأحقية الفرد بالحصول على الجنسية التأسيسية المصرية.

٥ – المتوطنون في الأراضي المصرية قبل أول يناير سنة ١٩٠٠ المحافظون على إقامتهم فيها حتى تاريخ نشر هذا القانون ولم يكونوا من رعايا الدول الأجنبية وتعد إقامة الأصول مكملة لإقامة الفروع والزوجة متى كانت لديهم نية التوطن.

ولا يفيد من هذا الحكم:

أ- الصهيونيون

ب الذين صدر حكم بإدانتهم في جرائم ينص الحكم على أنها تمس ولاءهم للبلاد أو تتضمن خيانتهم لها[١]: ونجد في هذه الفئة تعديلا لنص المادة الأولى من قانون ١٩٥٠ الذي كان امتدادا لقانون ١٩٢٩ الذي عدد من هم المصريين الأصليين عبر ما جاء بنص المادة الأولى من قانون الجنسية المصرية رقم (٣٩١) لعام ١٩٥٦ الملغي والمتضمن النص أعلاه، وبالتالي فإن هذا القانون وان لم يضف فئة جديدة إلا أنه عدل على قانون عام ١٩٥٠ من حيث النص على حرمان الاستفادة من حالة الحصول على الجنسية التأسيسية المصرية بالنسبة للصهاينة ولمن ثبت ارتكابهم لجرائم تمس بأمن البلد وخيانتهم له كجرائم التآمر والتجسس، والملاحظ من هذا النص النفس السياسي الذي تدخل بتعديله لا سيما أن تاريخ إقرار هذا القانون كان متزامنا مع حرب العدوان الثلاثي بين مصر وإسرائيل وبريطانيا وامريكا، وبالتالي فإن قانون الجنسية المصرية الحالي لعام ١٩٧٥ اعتمد على هذا التعديل كنص أساسي وتأصيل قانوني لمعرفة من هم المصريين الأصليين.

ومن خلال ما تقدم فإننا يمكن القول بأن الاعتماد على الحالة الظاهرة كان اساس ما استند عليه المشرع المصري في تأسيسه لمعرفة المصريين الأصليين الذين يستحقون الحصول على الجنسية التأسيسية المصرية؛ وذلك باعتماده على عدة أمور تدخل في صلب الحالة الظاهرة

(١) أ. د. احمد عبد الكريم سلامة، جنسية التأسيس المصرية في قضاء مجلس الدولة عام ١٩٩٩، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (٥٥)، ١٩٩٩ م، ص١٤١.

كالإقامة والولادة مع الإقامة إضافة إلى ركن المعاملة المتمثل بقبول الفرد أن يؤدي الخدمة العسكرية التي تعد بدورها واجباً على كل مواطن، وبالتالي فان الحالة الظاهرة برزت وقننت بصورة مباشرة وان لم يصرح المشرع المصري بالاعتماد عليها نظرياً ولكن بشكل واقعي وعملي هي أساس لإقامة الدليل على أحقية الفرد بالحصول على الجنسية التأسيسية.

الحالة الثانية: حق الحصول على الجنسية التأسيسية المصرية عن طريق الاختيار

إن المشرع المصري عند تنظيمه للجنسية التأسيسية راعا عدة أمور من ضمنها أن الجنسية لا تمنح للمستوطنين فحسب، فالنظام الذي كان يسري قبل انفصال الدول العربية عن الإمبراطورية العثمانية يعامل الجميع على أنهم عثمانيين وإن كانوا لا ينتمون إلى البلد الذي يقطنوه لذا عمد المشرع المصري إلى إيجاد حل لهذه المسألة يتمثل بإعطاء الحق لمن كان يرغب بالانتماء إلى مصر بأن يقدم طلبا للحصول على الجنسية وقد منح المشرع المصري هذا الحق لفئتين وكما يأتي:-

١ – الرعايا العثمانيون الذين جعلوا إقامتهم العادية في الأراضي المصرية بعد تاريخ ٥ نوفمبر ١٩١٤ وحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ وطلبوا خلال سنة من هذا التاريخ اعتبارهم داخلين في الجنسية المصرية(١).

ونلاحظ من هذه المادة أن المشرع المصري اشترط على هذه الفئة أن يكونوا من رعايا الدولة العثمانية وأن يكونوا قد أقاموا في مصر بعد إعلان انفصالها عن الدولة العثمانية واستمروا في الإقامة حتى تاريخ صدور قانون الجنسية لعام ١٩٢٩ على أن يقدموا طلبا لغرض الحصول على الجنسية التأسيسية المصرية خلال فترة سنة من تاريخ نفاذ القانون، ومما يلاحظ على هذه الفئة أن المشرع المصري أعطاهم الفرصة لإبداء الرغبة في الحصول على الجنسية المصرية على أن يقدموا طلبا للجهات المختصة التي لا يحق لها رفض الطلب إذ إن المشرع منحهم هذا الحق بموجب القانون، لذا لن يكون قرار السلطات التنفيذية ذا تأثير على استحقاقهم الجنسية التأسيسية المصرية(٢).

---

(١) أ. د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص١٤٢.

(٢) نفس المصدر، ص٧٨.

ونجد أن المشرع المصري قد اعتمد على الإقامة أيضا وابداء الرغبة للحصول على الجنسية المصرية سببا كافيا لاستحقاقها، وإن دور الحالة الظاهرة يتمثل بإثبات إقامة الفرد في مصر خلال هذه الفترة مما يجعل له الحق بالمطالبة بالجنسية المصرية بمجرد تقديمه لطلب الحصول على الجنسية.

٢ – الرعايا العثمانيون الذين كانوا يقيمون عادة في الأراضي المصرية من تاريخ ٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ ولم يحافظوا على تلك الإقامة حتى تاريخ ١٠ مارس سنة ١٩٢٩ وطلبوا خلال سنة من هذا التاريخ دخولهم في الجنسية المصرية وأعترف لهم وزير الداخلية بدخولهم فيها[١].

ومن خلال هذه المادة نجد أن المشرع المصري وضع بعين الاعتبار الساكنين في مصر من بعد انفصالها عن الإمبراطورية العثمانية لكنهم لم يحافظوا على الإقامة المعتادة في مصر فجعل لهم إمكانية الحصول على الجنسية المصرية ان أبدوا رغبتهم في الحصول على الجنسية المصرية، فاشترط المشرع المصري للحصول على الجنسية التأسيسية المصرية في هذه المادة ثلاثة شروط؛ الشرط الاول يتمثل بكون الفرد عثمانياً، أما الشرط الثاني فيتمثل بشرط الإقامة المنقطعة في مصر من تاريخ انفصالها عن الدولة العثمانية ولغاية نفاذ قانون الجنسية المصرية، أما الشرط الثالث فيتمثل بتقديمهم لطلب رسمي إلى الجهة المختصة والمتمثلة بوزير الداخلية خلال فترة سنة من نفاذ القانون على أن يوافق وزير الداخلية على هذا الطلب، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن سكوت وزير الداخلية عن الإجابة على هذا الطلب سواء بالقبول أو الرفض فإنه يعتبر موافقة ضمنية منه على هذا الطلب[٢].

ونجد في هذه الحالة ان المشرع المصري قد كان متعاطفا مع الرعايا العثمانية ذلك بأن سمح لهم بالحصول على الجنسية المصرية وإن كانوا غير مستقري الإقامة في مصر.

ومما يتبين من هذه المادة أن المشرع المصري اعتمد على الحالة الظاهرة بأن عدّ إثبات الإقامة في مصر وإن كانت منقطعة سبباً كافياً لإعطاء الجنسية المصرية العثماني، ولم يضع بعين الاعتبار أي أمور أخرى سوى إثبات الإقامة في مصر.

---

(١) أ. د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص١٤٣.

(٢) نفس المصدر، ص٨٠.

إن المشرع المصري من حيث التعامل بالجنسية التأسيسية اعتمد وبشكل كبير على الحالة الظاهرة وذلك بتقنين صورها ومكوناتها في القانون كي يتم تسهيل معرفة من هو الذي يستحق أن يكون مصرياً، وبهذا يكون المشرع المصري قد عدّ الحالة الظاهرة قرينة قانونية وإن لم يصرح بذلك بشكل واضح إلا أنه يفهم من تطبيقات النصوص ووقعها أن الحالة الظاهرة دليل معتبر حينها في نظر المشرع المصري.

إن إثبات جنسية التأسيس عن طريق الحالة الظاهرة لا يخرج من كون الفرد ساكن في البلد قبل إعلانها عن قانون الجنسية الجديد بعد نشأتها، فيكون أصلاً الباقين من بعده ويتبعونه من بعد ذلك، فمعاملة الفرد على أساس أنه وطني يعد دليلاً كافياً على أنه يستحق الجنسية التأسيسية لهذه الدولة، بالأخص أن قيام الدولة الجديدة يستوجب أن يكون لها شعب يسكن على أرضها، ويكون الاعتبار الاول هو السكن فمتى ما ثبت السكن الذي يعد جزءاً لا يتجزأ من الحالة الظاهرة ثابتاً عد هذا الفرد وطنياً.

المطلب الثاني
دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية الأصلية

الجنسية الأصلية هي تلك التي تعطى للفرد من دون شرط أو قيد وهي على نوعين؛ ما يمنح على أساس حق الدم، وما يمنح على أساس حق الإقليم، فالجنسية الأصلية هي الجنسية الأولى التي تثبت للفرد من دون حاجة إلى طلبها من سلطات الدولة كتقديم الطلب في الحصول عليها أو موافقة الجهة المانحة أو الاعتداء برأي ورغبة الفرد في الحصول عليها فهي حق ينشئ بموجب القانون ويحق له المباشرة بها متى ما انطبقت عليه الشروط من دون الحاجة لموافقة الدولة[1]، عليه فإن الجنسية الأصلية هي الإثبات الأول لوطنية الفرد.

وفي مطلبنا هذا سنتناول الجنسية الأصلية وكيفية إثباتها بواسطة الحالة الظاهرة عن طريق معرفة ما هو حق الدم وما هو حق الإقليم وكما يأتي:-

(١) فيروز منصوري، أحكام الجنسية بين الاكتساب والفقد (رسالة ماجستير)، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦ م، ص٦.

الفرع الأول

الحالة الظاهرة ودورها في اثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الدم

يكاد تعريف حق الدم أن يكون متشابهاً لدى فقهاء القانون إذ عرف بأنه الولد ذكراً كان أو أنثى يتلقى جنسية والديه أحدهما أو كلاهما منذ الميلاد وأياً كان محل ذلك الميلاد استناداً إلى نسبه أو بنوته إليهما[١]، وعُرف أيضاُ بأنه حق المولود ذكراً كان أو أنثى في التمتع بجنسية الدولة التي ينتمي إليها والداه لحظة الميلاد حكما بقوة القانون بسبب أصله العائلي المنحدر من الأب بصفة عامة، وبذلك تنتقل إلى المولود جنسية أبيه، فور ميلاده، أياً كان الميلاد داخل الدولة أو خارجها[٢].

وعليه فإن حق الدم ما هو إلا أساس الوجود وانتماء الفرد لبلد كان ابائه رعايا لهذا البلد، فهو أشبه بحق وجود وحق بقاء يمنح للفرد كواجب على البلد، فالبلد مثلما لها حقوق على رعاياها هي ملزمة أيضا بواجبات وأن حق الفرد بامتلاك جنسية هذا البلد هو وأبناءه جزء من واجبات الدولة اتجاه رعاياها لذا ما وجد حق الدم الا لتثبيت التجذر الحاصل بين أفراد الشعب و الدولة عبر الانتماء لها، وبهذا فإن غالبية التشريعات قد أقرت بحق الدم كسبب رئيسي لإعطاء الجنسية، وقد أقر المشرع العراقي هذا الحق حين نص على أن يكون عراقياً من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية[٣]، ولم يشترط المشرع العراقي اي شروط على الفرد الذي يولد من ام عراقية وساوى بينه وبين من يولد لأي عراقي واستثنى من ذلك حالة الفرد الذي يولد من أم عراقية واب مجهول أو عديم الجنسية واشترط عليه أن يختار الجنسية العراقية بعد سنة من بلوغه سن الرشد[٤] أي بعد أن يتم الثامنة عشر من عمره بعد سنة[٥].

---

(١) فيروز منصوري، مصدر سابق ، ص٧.

(٢) بوطبزة مريم، المفاضلة بين حق الدم وحق الإقليم لثبوت الجنسية (رسالة ماجستير)، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٨ م، ص١١.

(٣) المادة (٣/ أ) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٤) المادة (٤) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٥) سن الرشد في القانون العراقي هو إتمام الثامنة عشر عام حسب المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.

ومن التشريعات المقارنة نجد أن المشرع الفرنسي ذهب إلى النص على حق الدم في قانون الجنسية الفرنسية الصادر بتاريخ التاسع من يناير في عام ١٩٧٣ في مادته السابعة عشر؛ حيث منح هذا القانون الجنسية الفرنسية للطفل المولود لأبوين أحدهما على الأقل فرنسيا وسواء كان الميلاد في فرنسا أو في الخارج وسواء كان الطفل شرعيا أو غير شرعي[١].

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي أخذ بحق الدم بغض النظر عن الجنس أو تحقق الزواج الشرعي واكتفى بأن يكون أحد أبوي الطفل فرنسياً.

أما المشرع المصري فقد أخذ به أيضاً وذلك من حيث إنه نص على عدّ الفرد مصرياً متى ما ولد من اب مصري أو من أم مصرية[٢]، وهو بهذا يكون قد تساوى مع نظيره المشرع العراقي من حيث النظر إلى أهمية اعتبار الفرد مواطنا تابعا للبلد سواء كان الطفل مولوداً لابن أو لبنت البلد.

وكذلك فعل المشرع الجزائري إذ قام بالمساواة في منح الجنسية للفرد على أساس حق الدم لكل من يولد من اب جزائري أو لأم جزائرية[٣].

أما المشرع الأردني فقد أخذ بحق الدم ولكنه اختلف عن نظرائه السابقين إذ أخذ بحق الدم وعد الفرد أردنياً متى ما كان مولودا لأب أردني متمتعاً بالجنسية الأردنية[٤] وبهذا يكون قد حصر مسألة إعطاء الجنسية الأصلية بمن كان أبوه أردنياً وقت الولادة، بما يعني أن الطفل لو ولد من أب أردني لكن أباه كان قد فقد الجنسية الأردنية لأي سبب كان عندها لأن يعترف بالطفل على أنه اردني ولن يعط الجنسية الأردنية، وبهذا يكون المشرع ربط حق الدم بالأب و الولاء.

---

(١) جمال عاطف عبد الغني رضوان، طرق اكتساب الجنسية في الشريعة الإسلامية وانعكاسها على القوانين الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠١٣ م، ص ١٠٣.

(٢) قانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ المعدل بقانون (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤، (المادة الثانية/ الفقرة الأولى).

(٣) المادة (السادسة) من الأمر رقم (٠٥,٠١) والصادر بتاريخ السابع والعشرين من فبراير لعام ٢٠٠٥ والمعروف بقانون الجنسية الجزائرية النافذ.

(٤) المادة (٣/ ٣) من قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤ النافذ.

لكن المشرع الأردني من حيث حق الدم منح للام فرصة أن تكون سببا لوهب جنسيتها لأبنها وذلك في حالة واحدة وهي متى ما ولد الطفل من أم أردنية ولأب مجهول النسب على أن تكون الولادة في الاردن[١]، وبهذا حصر المشرع الأردني حق الأم بمنح أبنها جنسيتها عن طريق حق الدم بحق الإقليم مما جعل المشرع الاردني مخالفا للتشريعات العربية الأخرى موضوع المقارنة ومشدداً على أهمية الولاء للوطن في منح الجنسية لرعاياه.

أما المشرع الكويتي فقد حصر منح الجنسية الكويتية عن طريق حق الدم بالأب فقط فنص على أنه يعد كويتياً كل من ولد في الكويت أو في الخارج لأب كويتي[٢] وبهذا لم يجعل حق الإقليم متداخلا مع حق الدم بل عدّ كل من يولد لأب كويتي هو كويتي سواء كانت الولادة داخل الكويت أو خارجها، وبهذا يكون المشرع الكويتي لم ينظر لمسألة حق الدم بعين المساواة وجعلها حبيسة في الأب فقط.

وبهذا فإن التشريعات موضع المقارنة في دراستنا نجد أنها قد أخذت بحق الدم كأساس لمنح الفرد جنسية البلد، وأن اختلف البعض منها على ان حق الدم مشترك لكلا الأبوين أم هو حق لأحدهما من دون الآخر ولكن المهم أن رابطة الدم هي أساس لدى هذه التشريعات لمنح الجنسية الأصلية.

ويثار التساؤل هنا حول كيف يمكن للفرد المتمتع بالحالة الظاهرة من إثبات حقه في الحصول على الجنسية الأصلية من خلال حق الدم؟ وهل أن أنكار أحد الأبوين لابنه سبب كاف لسحب الجنسية أو انعدامها من هذا الابن؟

سبق وأن أسلفنا في الفصل السابق أن الحالة الظاهرة ما هي إلا قرينة يمكن الاثبات من خلالها أحقية الفرد بالحصول على جنسية البلد؛ ولأن غالبية التشريعات لم تتطرق لطرق إثباتها ففي هذه الحالة يمكن تطبيق جميع قواعد الاثبات وأدلتها لإثبات وجود الحالة الظاهرة من عدمها،

(١) المادة (٣/ ٤) من قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤ النافذ.

(٢) المادة (٢) من قانون الجنسية الكويتية رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩ النافذ.

لذا فإن مسألة إثبات أحقية الفرد بالحصول على جنسية البلد على وفق حق الدم من خلال الحالة الظاهرة يستوجب تطبيق قواعد الاثبات ذاتها لإثبات أحقيته بالحصول على الجنسية.

ولإثبات حق الدم عندها يستوجب على الفرد في البدء إثبات هذا الحق (حق الدم) لأنه هو المسبب لمنح الجنسية، فإذا ما ادعى الفرد صاحب الحالة الظاهرة أنه ابنٌ لأحد رعايا البلد؛ فعليه حين إذ أن يثبت هذا الادعاء بكل وسائل الإثبات ما لم يكن هنالك مستند ثبوتي أو وثيقة تثبت قرابته لهذا الفرد الذي يدعي العودة اليه نسباً، ونجد ان التشريعات السابقة الذكر لم تعالج كيفية إثبات الحالة الظاهرة بحق الدم، لكنها عالجت كيفية إثبات نسب الطفل لأبويه، فنجد المشرع العراقي قد ذهب إلى أن إثبات نسب الفرد يمكن أن يحدث بالإقرار بالبنوة وان كان في مرض الموت لمجهول النسب على أن يكون المقر قادراً على أن يلد من تم الإقرار له[١] اي بأن يكون تفاوت السن فيما بينهما معقولاً بما يجعل ذلك ممكناً[٢].

كما ذهب إلى جواز إثبات النسب بالبينة متى ما كانت المقرة بالنسب امرأة متزوجة أو معتدة[٣].

وبهذا فإننا نجد أن المشرع العراقي قد ذهب إلى إعطاء الفرد مجهول النسب والذي يتمسك بالحالة الظاهرة من خلال حق الدم فرصة؛ لأن يثبت ادعاءه، ولكن ماذا لو كان هذا الفرد كبيراً ولأبوين متوفين ويدعي نسبه لهما؟ في هذه الحالة نجد أن المشرع العراقي لم يتطرق لكيفية إثبات

---

(١) المادة (٥٢/ ١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٢) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٢م، ص ٢٠٠.

(٣) المادة (٥٢/ ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

وهنا اشترط المشرع العراقي أن يصادق الزوج زوجته بموضوع النسب فإن تعذر كما في حالة المعتدة من الوفاة عندها يثبت بالبينة على أن يوافق هذا النسب بالشروط الواردة في المادة ٥١ من القانون نفسه والتي تنص على:

((ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين:

١- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة الحمل.

٢- ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا)).

ذلك ولكن على المرجح أن تقوم البينة كوسيلة إثبات قادرة على إثبات دعوى الفرد المتمسك بحق الدم لإثبات حالته الظاهرة ويبقى تقدير ذلك للقاضي والأخذ باستنباط الحقيقة من الأدلة المعروضة أمامه.

وبهذا فإن المتمسك بالحالة الظاهرة يمكنه أن يثبت أحقيته بالحصول على الجنسية الأصلية من خلال حق الدم بكافة طرق الإثبات متى ما أثبت أحقيته بهذا الحق.

أما المشرع الفرنسي فقد ذهب إلى كيفية الإثبات عن طريق حق الدم بالوصول إلى أصل السبب المسبب لمنح الجنسية وفق حق الدم (البنوة)؛ أي تتبع الاجيال لإثبات ما إذا كانت تستحق الجنسية الفرنسية من عدمها، على أن الجنسية الفرنسية بطريق البنوة تثبت للشخص متى ما تمتع هو وأسلافه الذين يمكن أن ينقلوا الجنسية بالحالة الظاهرة خلال ثلاثة أجيال، أي أنه يجب اثبات قيامها لدى من يراد اثبات جنسيته ولدى والده وعلى أن تقرر هذه المادة جواز اثبات الجنسية الفرنسية للولد بناءً على حق الدم بإثبات الحالة الظاهرة، أي حيازة حالة الوطني، أي الحالة التي تدل على أنه هو وأبوه (أو أمه)، وجده أو جدته فرنسيون وبذلك يتعين اثبات حيازة حالة الوطني لثلاثة أجيال[١]، ثم جاء المشرع الفرنسي بتعديل لاحق على هذه المسألة وجعل إثبات الحالة الظاهرة مرتبط بجيلين لا ثلاثة مما سهل الأمر على المتمسك بالحالة الظاهرة[٢].

أما المشرع المصري فقد عدّ أن الحالة الظاهرة ما هي إلا قرينة قضائية يمكن من خلالها إثبات الحق بالحصول على الجنسية الأصلية من خلال حق الدم، إذ لم ينص المشرع المصري على الحالة الظاهرة كسبب من أسباب اكتساب الجنسية الأصلية وترك أمر ذلك للقاضي ليستنبط الحكم القضائي الذي يراه ملائما ومتناسبا مع الحالة الظاهرة، فيكون إثبات الحالة الظاهرة قبل إثبات حق الدم[٣]، وبهذا يكون المشرعان المصري والعراقي قد اتفقا على مسألة ضرورة أن يكون القضاء هو الفيصل في حل الناتج عن الحالة الظاهرة وما يترتب عليها.

---

(١) د. ماهر ابراهيم السداوي، المصدر السابق، ص١٣٥.

(٢) المادة (١٤٣) من قانون الجنسية الفرنسية الصادر في ٩ يناير ١٩٧٣ المعدل.

(٣) د. ماهر ابراهيم السداوي، المصدر السابق، ص١٧١.

الفرع الثاني

الحالة الظاهرة ودورها في إثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم

تبدأ فكرة حق الإقليم من الأرض؛ أو بمعنى أدق (الدولة)؛ ذلك أن الدولة لا تقوم إلا وفق اركان معينة تتمثل بالإقليم والشعب والنظام السياسي، فلا يمكن أن تقوم أي دولة ما لم يكن لها ارض تفرض سلطتها عليها وتنظم الشعب الساكن في أرضها بقوانينها التي يعدها هذا النظام، فعندما يكون هنالك أفراد لابد أن تتوفر لهم بقعة من الأرض يقيمون عليها وعلى وجه الاستقرار[١] لذا فإن مباشرة الدولة لسيادتها يجب أن تتحدد ببقعة معينة من الأرض حيث تقف عندها الدولة بمباشرة خصائصها السيادية ولا تصطدم بحقوق دولة أخرى[٢].

وقد عرف حق الإقليم بأكثر من تعريف فقد ذهب البعض لتسميته بحق الأرض لذا عرفوه بأنه الرابطة التي بموجبها تمنح جنسية الدولة للمولود في إقليمها[٣] وهو تعريف بسيط ركز على أهم الأشياء في حق الإقليم وهو المتمثل بالولادة داخل الإقليم.

وعرف أيضا بأنه أساس اكتساب الجنسية الأصلية بمجرد واقعة الميلاد على إقليم الدولة بقوة القانون، أي بسبب الولادة بمسقط رأس المولود، كما أن الدولة التي ولد بها الفرد تعد موطناً له ولوالديه اللذين يقيمان فيها، وترتبط الأسرة بالدولة ارتباط استقرار يكفل لها الاندماج في البيئة الوطنية[٤] ويلاحظ على هذا التعريف أنه عدّ أن حق الإقليم شاملا لوالدي الطفل وهذا الأمر مختلف عليه في بعض الدول إذا تشترط دول وجوده وأخرى عدمه وتمنح الجنسية للطفل فقط.

---

(١) د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩ م، ص٢٩.

(٢) أ. د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥ م، ص٣٧.

(٣) مجموعة مؤلفين، دراسة قانونية حول ظاهرة عديمي الجنسية في لبنان، جمعية رواد فرونتيز، بيروت، ٢٠٠٩ م، ص٥٥.

(٤) فيروز منصوري، مصدر سابق، ص١٣.

وعرف أيضاً بأنه الصلة التي تربط الفرد بالأرض التي ولد فيها وبصرف النظر عن جنسية والديه وسواء كانوا وطنيين أم أجنبيين[١] ونجد أن هذا التعريف هو الأكثر دقة من حيث الأداء العملي لمسألة فرض الجنسية الأصلية بواسطة حق الإقليم ذلك أن الدولة عندما تمنح على وفق هذا الحق لا تجعل في نظر الاعتبار مسألة جنسية الأبوين ولكن يشكل على هذا التعريف أن بعض الدول تمنح هذا الحق لمجهولي النسب و اللقطاء وتشترط أن يكون مجهول الأبوين فإذا ما ظهر أحد الأبوين وتبين أنه غير حامل لجنسيتها عندها يسقط السبب المانح للجنسية الأصلية.

عليه نجد أن التعريف المناسب لحق الإقليم يجب أن يعرف بأنه حق الفرد بالحصول على الجنسية الأصلية للبلد الذي ولد فيه والذي يمنح أما لدوافع إنسانية أو لدوافع سياسية خاصة بزيادة السكان.

ونجد أن أغلب التشريعات العربية محل المقارنة لم تمنح الفرد الحق في الحصول على الجنسية الأصلية من خلال حق الإقليم واكتفت بحق الدم كسبب رئيسي لفرض الجنسية الأصلية، واوردت بعض الاستثناءات على حق الإقليم لمنح الجنسية؛ فنجد أن المشرع الاردني اخذ بهذا الاستثناء وجعل اللقيط والذي ولد من والدين مجهولين أردنياً ويعد مولوداً في المملكة الأردنية ما لم يثبت خلاف ذلك[٢].

أما المشرع الكويتي فقد جعل الحق بالحصول على الجنسية الكويتية من حق اللقيط واعتبره أيضا مولودا في الكويت ما لم يثبت خلاف ذلك[٣].

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد جعل الجنسية المصرية حق للقيط الذي يعثر عليه داخل الأراضي المصرية ما لم يثبت العكس[٤].

---

(١) د. سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣ م، ص١٢٥.

(٢) المادة (٣/٥) من قانون الجنسية الاردني رقم (٦) لسنة ١٩٥٤ النافذ.

(٣) المادة (٣) من قانون الجنسية الكويتية رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩ النافذ.

(٤) المادة (٢/ ٢) من قانون الجنسية المصري النافذ.

وعليه فأن غالبية التشريعات العربية أوردت حق الإقليم كسبب من أسباب منح الجنسية الأصلية كاستثناء من القاعدة الأساسية بالمنح والمتمثلة بالمنح بموجب حق الدم، وجعلت للقيط موضعا قانونيا جيدا ذلك بأن سمحت له بأن يحصل على جنسيتها استثناءً من حق الدم الذي تشير أغلب قوانين هذه الدول إلى أن يكون الأساس الوحيد في منح جنسية هذه الدولة.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم يخالف نظراءه من المشرعين وأخذ بالاتجاه ذاته بالنسبة لحق الإقليم وللاستثناء الوارد فيه، فالمتتبع لموقف المشرع العراقي يجد اهتمامه وتنظيمه لقضية اللقيط قد جاء بإنصاف لهذه الفئة واعطاها الحقوق والحريات التي يستحقها اي فرد، إذ نص على ان اللقيط الذي يعثر عليه في العراق يعتبر مولودا فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك وبالتالي اعتبره عراقيا ويستحق الجنسية العراقية[١]، وهو الاستثناء الوحيد الذي أخذ به المشرع العراقي في منح الجنسية بواسطة حق الإقليم كما أسلفنا.

وأخذ المشرع العراقي بتنظيم مسألة حصول اللقيط على الجنسية ذلك عن طريق تبيين كيفية منحه الجنسية والجهة المسؤولة عن اختيار اسمه ولقبه ودينه، وما هو وضعه في سجلات الأحوال المدنية.

فنص على اعتبار محكمة الأحداث هي الجهة المختصة بإعطاء القرار وبصورة سرية يذكر في القرار الاسم الذي اختارته للقيط ومنحه لقبا عائليا ويتم فيه تثبت تاريخ ومحل ولادة الطفل والمؤسسة التي آوته وتاريخ العثور عليه على أن ترسل نسخة من القرار إلى وزارة الصحة[٢] وإلى مديرية البطاقة الوطنية[٣]، وتتكفل وزارة الصحة بعد وصول قرار المحكمة بأن تنظم شهادة الولادة الخاصة بالطفل بثلاث نسخ ترسل الاولى إلى مديرية الأحوال المدنية والثانية إلى محكمة الأحداث بصورة سرية

(١) المادة (٣) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٢) المادة (١٩/ ١) من قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ النافذ.

(٣) المادة (٢٠/ ١) من قانون البطاقة الوطنية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦ النافذ.

على أن تحتفظ الوزارة بالنسخة الثالثة من شهادة الولادة[١]، ويعد اللقيط مسلما ما لم يثبت خلاف ذلك[٢].

وعليه فإن المشرع العراقي قد أخذ على عاتقه كيفية جعل الطفل اللقيط لا يعاني بسبب حالته ورسم له طريقا يضمن سلامته بواسطة القانون والذي جعل سلطة مختصة كمحكمة الأحداث هي المسؤولة عن بيان وضعه القانوني وتبيين الأجدر بأخذه.

إن التشريع قد حصر حق الإقليم بحالتين فقط فإذن كيف يمكن أن نثبت أحقية الفرد المتمسك بالحالة الظاهرة كوسيلة لإثبات أحقية الفرد بالحصول على الجنسية الأصلية من خلال حق الإقليم؟ والجواب على هذه المسألة يكون بسيطا جدا ذلك أن الفرد الحائز على الحالة الظاهرة هو المستثنى في حق الإقليم والذي يتمثل باللقيط أو بمجهول النسب وكلاهما عاملهما النص القانوني معاملة ظاهرية بحيث أن الظاهر هو وطنيتهما فكل ما على المتمسك بالحالة الظاهرة إن كان لقيطاً أو مجهولاً للنسب أن يثبت ولادته داخل العراق وهذا أمر لا يمكن أن يغلب فيه طالما أن هنالك وثائق تثبت حالته، وسنناقش ذلك أكثر في المباحث القادمة.

عليه فإن حق الإقليم الذي يعد أساس لمنح الجنسية نجده حقا غير مشمول في القوانين العربية ولم يرد فيه ذكر لمنح الجنسية إلا على سبيل الاستثناء وفي حالات معينة الغرض منها انساني.

أما عن دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية الأصلية المبنية على حق الإقليم فنجد أن المشرع المصري قد ذهب إلى الاعتماد على الحالة الظاهرة كوسيلة من وسائل إثبات الجنسية الأصلية سواء كانت ناتجة عن حق الدم أو حق الإقليم وجعل منها قرينة قانونية يؤخذ بها وقد نص قرار محكمة النقض المصرية على أنه لا يوجد مانع قانوني في مصر يجعل من الأخذ بالحالة الظاهرة كقرينة احتياطية معززة بالأدلة الأخرى أن تثبت للجنسية سواء كانت تلك الجنسية

(١) المادة (١٩/ ٢) من قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ النافذ.

(٢) المادة (٢٠/ ٢) من قانون البطاقة الوطنية رقم (٣) لسنة ٢٠١٦.

وطنية أو أجنبية وسواء كانت مؤسسة على حق الدم أو حق الإقليم[1]، وبالتالي فإن حق الإقليم يمكن أن يتم إثباته من خلال الحالة الظاهرة عبر الاعتماد عليه كقرينة يمكنها إثبات العكس.

سبق وأن تطرقنا بأن غالبية الدول محل المقارنة قد عدّت اللقيط فرداً يستحق جنسيتها كما أنها عدته مولودا في أرضها بناءً على الظاهر حتى يتم إثبات خلاف ذلك، إذ إن التشريعات ذهبت إلى الأخذ بالظاهر مطلقا، فوجود الطفل اللقيط في أرضها يعني ظاهره أنه قد ولد في هذه الأرض، مستعينة بذلك مما اسلفناه من أفكار الشريعة الإسلامية التي اعتبرت كل مولود في أرض المسلمين هو مسلم.

لذا فإن اساس فكرة منح الجنسية للطفل اللقيط يتطابق مع أساس نظرية الحالة الظاهرة، ذلك ان الحالة الظاهرة تبنى على فكرة أن هنالك فرداً يدعي وطنيته وانتماءه للبلد كون أن ظاهره يوحي بذلك، في حين أن فكرة منح الجنسية للطفل اللقيط تبنى على أساس إيجاده في داخل أرض البلد بلا أي معرف أو دليل على انتماءه للغير.

وفي العودة إلى موضوعنا يثار سؤال يتمثل بكيفية إمكان الحالة الظاهرة من اثبات انتماء اللقيط للبلد الذي عثر فيه عليه إذا كان قانون البلد ذاته يعد أن مجرد وجوده في إقليم البلد يعني جواز إعطاءه الجنسية كما يعامله معاملة الوطني؟

وعليه فإن وجود اللقيط في أرض الدولة هو شرط كافٍ لبناء أنه قد ولد فيها، كما يعد سببا كافيا أنه يكون من رعايا هذا البلد، أو ناتج عن تلاقي بين رجل وامرأة ينتميان لهذا البلد، فيكون مسألة أعطاه الجنسية إن لم يكن على أساس حق الإقليم، فهو على أساس حق الدم وإن لم يثبت ذلك.

كما أن حالة ايجاد اللقيط التي قمنا بشرحها مسبقا تكفي لإيضاح أن الحالة الظاهرة هي أساس اثبات انتماء الطفل اللقيط لهذا البلد، بالأخص أن من بعد إيجاده فإن المحكمة هي من تقرر إعطاءه الاسم وتاريخ الميلاد، وبالتالي اصدار وثائق رسمية له تثبت وطنيته وانتماءه للبلد، من دون الحاجة إلى دليل آخر.

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، الطبعة الأولى ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٧ م ، ص١٥٥.

ولكن لو ادعى شخص خلاف الظاهر أن هذا اللقيط ليس من أبناء هذا البلد الذي وجد فيه؛ عندها سيتعين عليه أن يثبت ذلك إذ إن عبء الإثبات يقع على المتمسك بخلاف الظاهر وحسب القاعدة القانونية ((البينة على من ادعى))[١]، وبالأخص أن اللقيط لا يمكن أن يدافع عن نفسه في هذه الحالة كونه يجهل انتماءه لمن، وعليه فإن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر الموجود في أرض الواقع.

ولكن قد يحدث أن يدعي شخص أنه أب لهذا الطفل ويكون هذا الشخص اجنبياً، عندها تنظر محكمة الأحداث هذه الدعوى على وفق قانون الأحوال الشخصية[٢] وتتخذ كافة تحقيقاتها للوصول إلى الحقيقة، فإن كان الطفل فعلا يعود بنسبه لهذا الأجنبي عندها يتم معاملته معاملة الأجنبي، إلا أن المشرع العراقي لم يعالج هذه الحالة فهل سيقوم بسحب الجنسية من هذا الطفل أو إسقاطها أو الإبقاء عليها؟ وهو نقص تشريعي لم يعالج لغاية الآن، كما أن نص المادة الثالثة من قانون الجنسية جاء مبهماً في هذا الشأن ذلك أنها نصت على عدّ اللقيط عراقياً مولوداً في العراق ما لم يثبت خلاف ذلك[٣] ولم تعطِ حلا أو تكملة في حال إثبات ولادته أو عدم انتسابه لعراقي فما الحل حينها.

ونرى بأن الطفل اللقيط يعدُّ عراقياً ما لم يثبت العكس طالما أنه وجد في العراق فإن تجاوز عمر الخامسة عشر عام وظهر أن نسبه لا يعود لعراقي فإنه يلحق بابيه ويبقى متمتعاً بالجنسية العراقية، بالأخص أن قانون الجنسية العراقي يجيز ازدواج الجنسية[٤]، وتعد جنسيته جنسية مكتسبة وليست اصلية كون أن الجنسية الأصلية تمنح على وفق حق الدم فقط واللقيط في حالة استثنائية ولما كانت الحالة الاستثنائية قد انتفت عندها ينتفي اعتبار جنسيته اصلية، والحكمة من بقاء الجنسية هو لأن الطفل قد عاش لأكثر من ١٥ عشر سنة في العراق مما يعني أنه تطبع بأطباع أهل البلاد وأخذ عنهم أخلاقهم ومبادئهم فلا يعقل أن تسحب منه

(١) المادة (٧/ ١) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ المعدل.

(٢) المادة (٤٤) من قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ النافذ.

(٣) المادة (٣) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٤) المادة (١٠/ ١) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

الجنسية وهو قد نمت بذرته في أرض العراق، كما أن قانون الجنسية العراقية قد نص على جواز التجنيس لمن أمضى في العراق مدة ١٠ أعوام[١] وإن كانت اشترطت بلوغه سن الرشد ولكن ذلك لا يمنع بحكم أن السن هذه قريب لسن بلوغ الرشد؛ لذا فيكون إعطاءه الحق ببقاء الجنسية أمراً لا ضرر فيه.

(١) المادة (٦/ ١) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

المبحث الثاني

دور الحالة الظاهرة في اثبات الجنسية المكتسبة وحالات أخرى

هنا يقتصر الكلام عن أثر الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المكتسبة في حالات التجنيس والزواج المختلط بالإضافة إلى ذلك سنتناول أثر الحالة ظاهرة في إثبات الجنسية في حالات أخرى وتشمل حالات البدو البدون حسب التفصيل الآتي

المطلب الأول

دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المكتسبة (التجنس والزواج المختلط)

تعد الجنسية المكتسبة واحدة من أنواع الجنسية التي يتم اعتمادها لدى الدولة وتعطى للأجانب الذين يبدون رغبتهم بأن يكونوا من رعايا هذه الدولة التي بدورها ستشترط عدة شروط لقبول هذه الفئات وهؤلاء الأشخاص في حمايتها؛ لذا فإن عملية التجنس عملية تجتمع فيها رغبة الفرد الأجنبي بالحصول على جنسية غير بلده الأم وموافقة الدولة المانحة بعد تحققها من تمام الشروط في شخص الفرد طالب التجنس.

إنّ إعطاء الفرد جنسية أخرى قد يوقعه بمسألة تعد من مشاكل الجنسية والتي تعرف بازدواج الجنسية مما قد يؤدي إلى أن يضيع أو يعدم هذا الفرد إحدى جنسيتيه، لذا فيتحتم عليه أن يثبتها سواء كانت أسباب الفقد أو الإنكار ناتجا بسبب خطأ منه أو من قبل الجهة المانحة للجنسية فلذا يتعين عليه أن يثبت بالأول أنه قد منح الجنسية واكتسبها وأن يبين أسباب اكتسابه للجنسية ثم بعد ذلك عليه إثبات أنه لم يفقدها ولم تسحب منه لاحقاً، ولما تقدم فإننا في البدء لابد لنا من أن نتعرف على مفهوم الجنسية المكتسبة ثم بعد ذلك نتطرق إلى كيفية إثباتها عن طريق الحالة الظاهرة وكما يلي:

الفرع الأول

دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المكتسبة عن طريق التجنس

لم يقف تشريع معين على تعريف محدد لماهية الجنسية المكتسبة وفتح الباب للفقه لكي يغني روافد العلم بعدة تعاريف للجنسية المكتسبة واختلفت حسب اختلاف وتوجهات الفقهاء وآرائهم بخصوص هذه المسألة وعلى الرغم من تقارب وتشابه معظمها من حيث المضمون لذا نجد أن البعض قد عرف الجنسية المكتسبة بأنها التي تمنح للشخص بناءً على طلبه وبتوافر شروط معينة. وتسمى أيضا بجنسية ما بعد الميلاد، لأن الشخص يكتسبها في اثناء حياته بتاريخ لاحق على ولادته من دون أن تستند على هذا الوقت(١).

وبتعريف مشابه أيضاً السابق عرفت الجنسية المكتسبة بأنها تلك التي يحصل عليها الشخص في تاريخ لاحق على الميلاد، وهي تعتبر مكتسبة متى حصل عليها الشخص بعد الميلاد حتى ولو كان الميلاد عاملا في اكتسابها(٢).

وعلى هذا المنوال عرفت أيضاً بأنها الجنسية التي تكتسب بعد الميلاد، لأن الشخص يكتسبها في أثناء حياته بعد ولادته، ولا تكتمل عناصر اكتسابها بحكم القانون بمجرد الميلاد وإنما تكتمل فيما بعد. وتسمى أيضاً الجنسية اللاحقة أو الجنسية الطارئة أو الجنسية الممنوحة(٣).

وعلى ضوء ذلك عرفت بتعريف مشابه أيضاً بأنها الجنسية التي تمنحها الدولة للفرد فيما بعد الميلاد وبناء على طلبه وموافقة السلطة المختصة فيها، مع توافر شروط أهمها الإقامة والأهلية، ولا يغير من طبيعتها إذا كان الميلاد أحد عناصر ثبوتها طالما أنها لا تمنح للشخص فور الميلاد(٤).

---

(١) د. فؤاد رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨ م، ص١٧٦.

(٢) أحمد محمود موافي أحمد، الوجيز في قواعد الجنسية، مركز محمود للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠ م، ص٩٠.

(٣) أ. م. د. ظاهر مجيد قادر و أ. م. د. كاوان اسماعيل ابراهيم، و ا. م. د. هيوا ابراهيم قادر، مصدر سابق، ص٦٠.

(٤) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص٦٣.

وعلى الرغم من شبه اتفاق الفقهاء على تعريف الجنسية المكتسبة من حيث المضمون جاء القضاء ليؤكد هذا التشابه والتقارب في التعريف فقد عرفت الجنسية المكتسبة من قبل محكمة القضاء الإداري المصري بأنها الجنسية التي يكتسبها الفرد بعد الميلاد ولو كان الميلاد عاملا في كسبها[١].

ويعد التجنس واحداً من أهم طرق الحصول على الجنسية المكتسبة، والتجنيس أو (التجنس) في اللغة أنه مأخوذ من الجذر (ج ن س) الذي يعبر عن أصل صحيح واحد يدل على الضرب من الشيء، وكل ضرب جنس، وهو من الناس والطير والأشياء جملة واحدة[٢]، والتجنس يعني المجانسة بين الأشياء، والمجانسة يعني المشاكلة فيقال هذا يجانس هذا أي يشاكله[٣]، فالتجنس هو طريقة لاكتساب الجنسية[٤]، وفي اصطلاح القانون فإن التجنيس يعني منح الجنسية من الحكومة لأجنبي يطلبها[٥]، وعرف أيضاً بأنه طريق لكسب الجنسية بمنحها من الدولة حسب تقديرها المطلق للأجنبي الذي يطلبها بعد استيفاء الشروط التي يتطلبها القانون[٦]، وعلى العموم فإن مفهوم التجنيس لا يعدو كونه الا قيام الدولة بمنحها جنسيتها لأحد الافراد الأجانب بناءً على رغبته ليعد من رعاياها لاحقا.

وتختلف شروط التجنيس من دولة لأخرى ذلك أن الدول التي تعاني من كثافة سكانية يكون التجنيس فيها من الأمور الصعبة إذ تشترط عدة شروط صعبة عكس الدول التي يكون فيها الكثافة السكانية قليلة فتجنح إلى تبسيط إجراءات التجنيس[٧].

---

(١) سحر جاسم معن، مصدر سابق، ص٤١.

(٢) ابو الحسين احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج١، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت، ١٩٧٩، ص٤٨٦.

(٣) محمد بن مكرم بن منظور الاندلسي، لسان العرب، ج٦، دار صادر، الطبعة الثالثة، بيروت، ١٩٩٤ م، ص٤٣.

(٤) نديم مرعشلي و أسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الاول، دار الحضارة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٧٤ م، ص٢١٣.

(٥) د. مصطفى كامل ياسين، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، بغداد، ص٥٩.

(٦) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ١ دار النهضة العربية، الطبعة العاشرة، بيروت، ١٩٧٧ م، ص١٨٨.

(٧) د. ياسين طاهر الياسري، القانون الدولي الخاص الجنسية ومركز الأجانب، دار الحكمة، الطبعة الثانية، لندن، ٢٠١٩ م، ص٩٥.

لقد حدد المشرع العراقي شروط التجنيس والتي نص عليها في قانون الجنسية العراقية إذ جعل للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي عند توافر الشروط الآتية[١]:

أ- أن يكون بالغاً سن الرشد.

ب- دخل العراق بصورة مشروعة ومقيما فيه عند تقديم طلب التجنس ويستثنى من ذلك المولودون في العراق والمقيمون فيه والحاصلون على دفتر الأحوال المدنية ولم يحصلوا على شهادة الجنسية.

ج- إقام في العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية سابقة على تقديم الطلب.

د- أن يكون حسن السلوك والسمعة ولم يحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف.

هـ- أن يكون له وسيلة جلية للتعيش.

و- أن يكون سالماً من الأمراض الانتقالية.

ونلاحظ من خلال النص أعلاه بأن المشرع العراقي قد وضع نوعين من الشروط للحصول على الجنسية المكتسبة عن طريق التجنيس أحدها شروط موضوعية والآخر شروط شكلية.

والشروط الشكلية تتمثل بقيام الأجنبي بتقديم طلب إلى الجهة المختصة (وزير الداخلية) يروم فيه الحصول على الجنسية العراقية وأن يوافق الوزير على الطلب.

أما بالنسبة للشروط الموضوعية فهي تتضمن عدة أمور منها اشتراط سلامة الدخول الى العراق بصورة رسمية ونظامية كما اشترطت أن يكون هناك مدة إقامة سابقة قبل تقديم الطلب مقدارها عشر سنوات، واشترطت أيضا حسن سلوك الأجنبي والنظر بعين الاعتبار إلى وضعه الحياتي والبدني والصحي وهل أنه يملك عملا أو لا وهكذا فإن التجنيس وسيلة تقوم بها الدولة لكسب أبناء جدد للوطن.

اما المشرع الجزائري فيكاد تقريبا يوافق المشرع العراقي في ذات الشروط الخاصة بالتجنيس باستثناء فترة الإقامة داخل الجزائر التي نص على أن تكون مدتها سبعة أعوام وان يتم تقديم طلب التجنيس إلى وزير العدل كونه المختص في هذا الشأن[٢].

---

(١) المادة (٦/ ١) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٢) المادة (١٠) من قانون الجنسية الجزائرية رقم (٧٠ – ٨٦) لسنة ١٩٧٠ النافذ.

إن إثبات الجنسية المكتسبة لا يختلف عن إثبات الجنسية الأصلية في شيء ذلك أن ادعاء الفرد بانه يملك جنسية هذا البلد لا يمكنه أن يخالف الظاهر متى ما تم التسليم بأحقية من مثله بامتلاك جنسية هذا البلد، وإثبات الجنسية هو الالتزام بإقامة الدليل على ثبوت الجنسية أو نفيها باتباع احكام قانون تلك الجنسية[١]، وعليه فإنه يمكن إثبات الجنسية المكتسبة على وفق ما جاءت به قوانين الجنسية من علاج لكيفية إثبات جنسيتها، فالمميز بالجنسية المكتسبة أنها تمنح بقرار وموافقة من الجهة المختصة فتكون هذه الموافقة دليلاً كتابياً كافياً لإثبات أحقية الفرد بحصوله على الجنسية.

فالجنسية المكتسبة تمنح بقرار من قبل الوزير المختص وتمر عادة بعدة إجراءات مطولة عند الحصول عليها لذا فإنه يمكن إثباتها عن طريق موافقة وإقرار الوزير أو أي وثيقة رسمية أخرى تتعلق بأنه قد اكتسب الجنسية بناءً على اختياره، وقد أشارت التعليمات الخاصة بتسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية العراقية النافذ على أنه تعد البطاقة الشخصية (هوية الأحوال المدنية) التي تصدر عند تاريخ نفاذ هذه التعليمات والتي تحتوي على حقل (الجنسية) هي الوثيقة التعريفية الوحيدة للتعريف عن شخصية وعراقية حاملها، وتغني عن مطالبة حاملها بمستند شهادة الجنسية العراقية[٢]، وقد كان المشرع العراقي في السابق يحاول أن يبسط صعوبة تحديد أدلة إثبات الجنسية العراقية فقام بإعطاء وثيقة رسمية لمن اكتسب أو تجنس بالجنسية العراقية أو كل شخص صار عراقياً لأي سبب من الأسباب إلا أن عراقيته يصعب إثباتها، فتمثلت هذه الوثيقة الرسمية بما يعرف بشهادة الجنسية العراقية التي أصبح الاثبات من خلالها مباشراً[٣].

وعليه فإنه يمكن الفهم من خلال النص السابق أن المشرع العراقي عدّ الدليل الكتابي هو الدليل الوحيد القادر على إثبات الجنسية المكتسبة[٤].

---

(١) د. حسام الدين فتحي نصيف، نظام الجنسية في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٧ م، ص٢٧٦.

(٢) المادة (٣/ ٢) من تعليمات تسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية رقم (٣) لسنة ٢٠١٤.

(٣) د. ياسين طاهر الياسري، القانون الدولي الخاص الجنسية ومركز الأجانب، مصدر سابق، ص١٨٢.

(٤) أ. م. د. ظاهر مجيد قادر و أ. م. د. كاوان اسماعيل ابراهيم، و ا. م. د. هيوا ابراهيم قادر، القانون الدولي الخاص، ج١، الطبعة الأولى، مكتب التفسير للطبع والنشر، اربيل، ٢٠١٩ م، ص١٧٢.

أما في التشريع المصري فنجده قد وضع عبء الاثبات على من ادعى امتلاكه للجنسية المصرية أو من نفيها عن نفسه؛ ذلك أن عبء الإثبات يقع على المدعي الذي سيواجه الجهة المختصة بمنح الجنسية المصرية فعليه أن يقيم الدليل على ذلك، وقد ذهب البعض إلى القول بأن المرجع في ثبوت الجنسية المصرية هو احكام الدستور والقانون الذي ينظم الجنسية وليس الى ما يرد في أوراقه حتى لو كانت رسمية مادامت غير معدة اصلا لإثبات الجنسية وصادرة من جهة غير رسمية إذ أن ما يثبت في هذه الأوراق ما هو الا واقع أمر ما يملى على الإدارة من قبل صاحب الشأن دون أن تجري الإدارة تحرياتها بالنسبة لصحة هذه المعلومات من عدمها لذا لا يعتد بشهادة الميلاد ولا بتصريح العمل كما أن الحالة الظاهرة ليس لها أي حجية قطعية في مجال إثبات الجنسية المصرية ويجوز دائما إقامة الدليل على عكس ما تشهد به تلك الحالة[1]، وبالتالي فإن المشرع المصري لم يختلف عن نظيره العراقي من حيث إن عبء الإثبات يقع على المدعي وأن الحالة الظاهرة يمكن إثبات عكسها متى ما ظهر دليل اقوى منها.

ولكن قد يحدث أن يتم فقدان قرار الوزير المختص بمنح الجنسية وإتلاف السجلات الرسمية الخاصة بالجهة المانحة فكيف يتم إثبات انتماء المتجنس للبلد وحصوله على الجنسية الوطنية؟ نرى أن الإجابة تكمن بأنه أن كان الدليل الوحيد على إثبات حصول الأجنبي على جنسية البلد قد فقد بسبب عذر قاهر فيتحول الاثبات من الاثبات الاعتيادي المتمثل بالسند الرسمي إلى الحالة الظاهرة حيث يتم إثبات ذلك بكل طرق الاثبات والعودة إلى سبب الاكتساب ذاته، فإذا كان الأجنبي قد اكتسب الجنسية عن طريق الإقامة للفترة المعلومة حسب قانون الجنسية عندها يجب أن يثبت فترة إقامته في البلد ومدتها وغيرها من الأمور.

ونرى أن الشهادة يمكن أن تدخل في عملية اثبات الحالة الظاهرة للفرد عند مطالبته بالجنسية المكتسبة ذلك أنه قد تكون الشهادة دليل كافي لإثبات أن هذا الفرد قد اكتسب الجنسية، وتبقى جميع الأدلة ثابتة ويمكن الاستعانة بها في الإثبات باستثناء اليمين والإقرار لأنهما يدخلان في مجال صنع الفرد للأدلة بنفسه وهذا أمر غير معقول.

---

(١) احمد محمود موافي احمد، الوجيز في قواعد الجنسية، مركز محمود للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠ م، ص٢٦٦.

الفرع الثاني

دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المكتسبة بطرق المنح المختلفة (الزواج المختلط، التبعية)

أسلفنا بأن الجنسية المكتسبة تعرف بأنها تلك الجنسية التي تلحق بالشخص بعد ميلاده سواء كان وطني أو أجنبي عن الدولة مانحة الجنسية[١]، في لاحقة على ميلاد الفرد ويقوم هو باختيارها، وقد تعددت الطرق التي يتم فيها منح الجنسية المكتسبة للأفراد بحسب توجهات الدول ومعاييرها وشروطها التي تتخذها كسبب للمنح، وسبق أن تناولنا أحد أهم طرق المنح والمتمثل بالتجنس وسنناقش الطرق الأخرى وكيفية إثباتها وكما يأتي:

اولا: الزواج المختلط

يُعرف الزواج باللغة بعدة أسماء؛ والاسم الأرجح الذي مضى عليه الفقهاء في شرحهم وعرفه هو اسم أو لفظ (النكاح)؛ وهو مأخوذ من ضم الأشجار مع بعضها البعض، إذ يقال: تناكحت الأشجار اي تشابكت مع بعضها البعض، كما يطلق على المطر الذي يلامس الأرض فيقال نكح المطر الأرض واعتمد عليها أو على إثرها[٢].

والنكاح عند أصل العرب يعني الوطء، لذا يطلق على الزواج لفظ النكاح؛ لأنه السبب الرئيسي للوطء الحلال[٣]، كما يطلق على الزواج لفظ الاقتران ومثاله قوله تعالى ﴿احشروا الذين ظلموا وازواجهم وما كانوا يعبدون﴾[٤].

(١) مسعودة رقية وقموح أمينة، النظام القانوني للجنسية الجزائرية المكتسبة (مذكرة تكميلية للحصول على شهادة الماجستير)، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية،٢٠١٧ م، ص٥٢.

(٢) محمد عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ٢٠٠٥ م، ص٢٠٢.

(٣) أ. د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج٩، دار الفكر، الطبعة الرابعة، دمشق، ص٦٥١٣.

(٤) سورة الصافات، الآية ٢٢.

أما في الشرع فقد عرف الزواج بأنه رباط شريف شرعه الله تعالى رحمة بعباده، لبقاء النوع الإنساني وتنظيم الغرائز التي أودعها فيه، حفاظاً على عفة الإنسان ودينه، وأنساً لوحشته، ووصلاً لوحدته ونظماً لحياته[١]، كما عرف أيضاً بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً[٢].

فالشرع ذهب إلى عدّ الزواج رابط مقدس يحدث بين الرجل والمرأة الغاية منه الوطء الحلال والتناسل الصحيح إذ يلحق كل وليد بوالديه كونهما معلومين أمام المجتمع.

أما في لغة القانون فقد عرف الزواج بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالأخر على الوجه المشروع[٣]، وعلى هذا الأساس عرفت التشريعات محل المقارنة عقد الزواج على وفق هذه التفاصيل؛ فعرفه المشرع العراقي بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل[٤]، كما عرفه المشرع الجزائري بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الانساب[٥].

ومما تقدم يمكننا أن نصل إلى تعريف محدد للزواج المختلط من بعد ما عرفنا ماهية عقد الزواج لذا فإن تعريف الزواج المختلط لا يخرج من كونه عقد رضائي يحدث بين رجل وامرأة أحدهما يختلف عن جنسية الآخر يكون الغاية منه انشاء الحياة المشتركة والتناسل يوجب على اثره أن يكتسب الزوج الأجنبي فيه جنسية بلاد الزوج الآخر.

---

(١) السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، مرشد المغترب، دار الهلال، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠ م، ص٤٠٣.

(٢) سراج الدين عمر ابراهيم ابن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج٣، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٢ م، ص٨٣.

(٣) عبد الوهاب خلاف، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ١٩٩٠ م، ص١٥.

(٤) المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٥) المادة (٤) من قانون الأسرة الجزائري رقم (٨٤ – ١١) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

وقد عرفه البعض بأنه الزواج الذي لا تتحد فيه جنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج أو بعده[١]، كما عرف أيضا بأنه الزواج الذي يربط بين زوجين مختلفي الجنسية ويتحقق هذا الاختلاف في الجنسية بينهما وقت إبرام عقد الزواج[٢].

وقد اختلفت التشريعات في المدة التي يجوز فيها إعطاء الجنسية المكتسبة للزوج الأجنبي فنجد أن المشرع العراقي قد أعطى للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي ان تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الآتية:

أ- تقديم طلب الى الوزير.

ب- مضي مدة خمس سنوات على زواجها واقامتها في العراق.

ج- استمرار قيام الرابطة الزوجية حتى تاريخ تقديم الطلب ويستثنى من ذلك من كانت مطلقة او توفى عنها زوجها وكان لها من مطلقها أو زوجها المتوفى ولد[٣].

ويلاحظ ها هنا بأن المرأة التي تطلق أو يموت عنها زوجها دون أن تنجب منه فلا يحق لها أن تقدم طلباً لمنحها جنسية زوجها وأن لها أن تحصل على الجنسية العراقية على وفق أحكام التجنيس الاعتيادية[٤].

وفي حال زواج الأجنبية من العراقي الذي يتمسك بالحالة الظاهرة فإننا نرى بأنها تستحق الجنسية من تاريخ ثبوت العقد الصحيح لا من تاريخ الحكم بعراقيته؛ لأن هذه المسألة تدخل فيها المدة كأمر حاسم ولما كانت الحالة الظاهرة تعني ظهور الفرد بمظهر الوطني أي أنها قرينة على انتماءه للبلد فمتى ما عدّ أنه عراقي فعلاً وقانوناً عدت تصرفاته الشخصية ماضية وكل الحقوق تعاد إليه بأثر رجعي، وتثبت الحالة الظاهرة كما أسلفنا بكافة طرق الاثبات وفي هذه الحالة (حالة

---

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٦٠.

(٢) د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبع دار الفكر، الإسكندرية، ٢٠٠٥ م، ص١٢٣.

(٣) المادة (١١) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

(٤) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٩١.

الزواج) فيجب إثبات الزواج اولا قبل كل شيء ليتم على أساسها تثبيت الحالة الظاهرة وسبب منح الجنسية للأجنبي المتمسك بالحالة الظاهرة .

أما بالنسبة للمشروع الجزائري فنجده اعتبر أن للأجنبية أو الأجنبي الذين تزوجوا من الوطنيين الجزائريين أن يكتسبوا الجنسية الجزائرية متى ما كانت مضت مدة ٣ سنوات على الزواج وان يكون لهم إقامة في الجزائر لا تقل عن سنتين وأن يكونوا حسني السيرة والسلوك[١] ، ونجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إمكانية اعتماد الحالة الظاهرة في هذه الحالة كما أنه لم ينفِ إمكانية التمسك بها ، وبالتالي يمكن أن يتم الاعتماد عليها وفق ما تكلمنا عنه مسبقا .

ثانيا: التبعية

وتعني اكتساب الاولاد غير البالغين سن الرشد جنسية الدولة التي اكتسبها والدهم عند تحقيق الشروط التي يتطلبها قانون تلك الدولة لهذا الغرض[٢].

وهي حالة من الحالات الإنسانية التي أقرها القانون لمصلحة الأفراد فلا يمكن أن يمنح للاب أو للأم جنسية دولة يقطنوها من دون أن يحصل أطفالهم عليها، ولضمان وحدة الجنسية في العائلة وحفاظاً على تماسكها واستمرارها لرعاية الاباء لأولادهم القاصرين[٣]، وقد أخذت غالبية التشريعات على جواز منح الجنسية بالتبعية كالمشرع الفرنسي[٤] والمشرع الجزائري[٥]، ومن ضمن هذه التشريعات نجد المشرع العراقي قد أقر بها إذ نص على أنه إذا اكتسب غير العراقي الجنسية العراقية يصبح اولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين بشرط ان يكونوا مقيمين معه في العراق[٦].

---

(١) المادة (٩) من قانون الجنسية الجزائرية رقم (٧٠ – ٨٦) لسنة ١٩٧٠ النافذ.

(٢) أ. م. د. ظاهر مجيد قادر و أ. م. د. كاوان اسماعيل ابراهيم، و ا. م. د. هيوا ابراهيم قادر، مصدر سابق، ص٩٧.

(٣) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٩١.

(٤) المادة (٤٨) من قانون الجنسية الفرنسي لعام ١٩٧٣ التي نصت على أن ((اذا اكتسب أحد الوالدين الجنسية الفرنسية، فإن الطفل القاصر يصبح فرنسياً بقوة القانون)).

(٥) المادة (١٧) من قانون الجنسية الجزائرية المعدل .

(٦) المادة (١٤/ ١) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

وبالتالي فإن شروط اكتساب الجنسية بالتبعية بالنسبة للتشريع العراقي فتتمثل بأن يكون الأب قد اكتسب الجنسية العراقية بأحد الطرق التي أقرها قانون الجنسية العراقي، وأن يكون الطفل غير بالغ لسن الرشد، وأن يكون نسب الطفل ثابتاً من والده، وأن يكون الطفل مقيماً في العراق مع والده[١].

وعلى الرغم من انتهاج التشريع العراقي منهج منح الجنسية بالتبعية إلا أنه يُثار تساؤل بخصوص هذه التبعية هل أنها تشمل الأب من دون الأم؟ أي بمعنى إذا استطاعت المرأة الأجنبية من الحصول على الجنسية العراقية بأي طريقة قانونية فهل يحق لها أن تطالب بمنح الجنسية لأولادها الصغار بالتبعية؟

ونجد أن المشرع العراقي وأن لم يذكر بصريح العبارة أن المراد بمكتسب التبعية هو الذكر دون الانثى إلا أنه قد يثار القول بأن الاصطلاح الوارد في النص يعني الذكر من دون الانثى، ونجد أن هذا الأمر لا يمكن قبوله منطقيا فلو عدنا إلى النص نجد أنه شمل (غير العراقي) وإن كان قانون الجنسية لم يحدد من هو الاجنبي إلا أن المشرع العراقي عرفه بأنه كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق[٢] وعليه فيكون اصطلاح (غير العراقي) كلمة تشمل جميع من لم يحملوا الجنسية العراقية سواء كانوا ذكرا أو أنثى، كما أن التشريع العراقي لم يميز بين الذكور دون الإناث وهذا ما نص عليه صراحة في الدستور بأن العراقيين متساوين امام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الراي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي[٣]، وبالتالي فيحق للام التي استطاعت أن تحصل على الجنسية العراقية بأن تمنحها لأولادها الصغار بالتبعية.

وفي العودة إلى موضوع إثبات الحالة الظاهرة لمن اكتسب الجنسية عن طريق تبعيته؛ فنجد أن إقامة الدليل على حالة التبعية يكفي بحد ذاته لإثبات واقعة تجنس الفرد، وبمعنى ادق

---

(١) أ. م. د. ظاهر مجيد قادر و أ. م. د. كاوان اسماعيل ابراهيم، و ا. م. د. هيوا ابراهيم قادر، مصدر سابق، ص١٠٠ – ١٠١ .

(٢) المادة (١/ ٢) من قانون إقامة الأجانب رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ النافذ.

(٣) المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الدائم.

فإن الفرد أو الصغير الذي اكتسب الجنسية تبعاً لأحد والديه أن فقد ما يثبت اكتسابه للجنسية فيعد ظاهر أصله أو ولادته أو نسبه من الشخص حامل الجنسية دليلا كافيا لإثبات تمتعه بالجنسية المكتسبة ذلك أن الظاهر يحكم تبعية الطفل لأبيه أو لأمه، وكذا الحال بالنسبة لإقامة الدليل على ذلك وتستعمل كافة طرق الاثبات المعتد بها عند الدول لإثبات حالة تبعيته.

المطلب الثاني

دور الحالة الظاهرة في إثبات جنسية البدو والبدون

يعرف البدون بأنه "وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أي دولة على الاطلاق"[١]، وقد عُرف عديم الجنسية بحسب نص اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمركز عديمي الجنسية على أنه الشخص الذي لا تعتبره أي دولة مواطناً لها بمقتضى تشريعها[٢]، لذا فهو يعد أجنبياً بأي دولة يتواجد فيها، وتبقى مسألة انعدام الجنسية من الحالات غير الطبيعية والتي تعتبر شاذة في الواقع الدولي، ذلك أنها تخالف ما جاء به الاعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقيات الدولية التي حثت على التعاون للقضاء على هذه المشكلة أو تخفيف آثارها السلبية لأقصى حد ممكن[٣].

وقد عرف الفقه عديم الجنسية بأنه الفرد الذي لا يعترف به مواطناً في الدولة التي يقيم فيها وبالتالي لا تربطه أية صلة بتلك الدولة ولا يتمتع بجنسيتها ولا يحمل جنسية دولة أخرى، وبهذا لا يتمتع بالحماية القانونية، وليس له مركز قانوني يخول له اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[٤]، وبالتالي فانه لا يمكن الالتزام بشيء ليس الفرد طرفاً فيه بالأخص أن العلاقة القانونية بين الدولة وهذا الفرد منعدمة لذا لن يكون له أي امتياز أو واجب، ويعرف عديم الجنسية أيضا بمصطلح (البدون)، وهذا ما يدفعنا لأن نناقش في هذا المطلب حالة انعدام الجنسية لفئتي البدون والبدو وأثر الحالة الظاهرة في إثبات وضعهما القانوني وكما يأتي:

---

(١) براج هيثم، الوضعية القانونية لعديمي الجنسية (رسالة ماجستير)، جامعة العربي بن مهدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٨ م، ص٧.

(٢) المادة (١) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمركز عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤.

(٣) د. عباس العبودي، المصدر نفسه، ص١٤٤.

(٤) براج هيثم، المصدر السابق، ص٦.

الفرع الأول

الحالة الظاهرة ودورها في إثبات جنسية البدو

تعد هذه الحالة واحدة من مشاكل الجنسية والتي لابد من التطرق إلى إليها باعتبارها واحدة من أهم مشاكل الجنسية والمتمثلة بالبدو الرحل، إذ تطلق كلمة البدو (Nomads) على قاطني الصحراء، وهم جماعة رعوية تتحدث اللغة العربية، ويتواجدون في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، ويشكل البدو تقريباً عشر سكان الشرق الأوسط، وهم يقومون برعي الجمال في المناطق الصحراوية على الرغم من أنه يوجد العديد من جماعات البدو يرعون الماشية والماعز والأغنام، وينتظم البدو على هيئة جماعات لها ارتباطات عرقية في خط الذكور، يتراوح عددها بين خمسين فرداً أو بضع مئات، وفي فصل الشتاء البارد المعطر يهاجر البدو في جماعات صغيرة داخل الصحراء مع حيواناتهم، وفي فصل الصيف يتجمعون في جماعات أكبر حول مصادر الماء في أطراف الصحراء[١].

ويُعرف ابن خلدون البدو بأنهم المنتحلون للمعاش الطبيعي من الفلح والقيام على الأنعام[٢]، اي انهم أقوام تعتمد على الزرع ورعاية الماشية وغيرها من الحيوانات.

في حين أن عالم الانثروبولوجيا البريطاني براين سبونر (Brain spooner) عرف البدو بأنهم جماعات تهتم برعي الحيوانات مثل الإبل والأغنام والماعز، وهم عادة يتجولون بحثاً عن مصادر المياه، فيقومون بهجرات فصلية أو سنوية، ومن أهم خصائصهم انتظامهم في خط الانتساب الأبوي[٣].

---

(١) أمة الغفور زيد يحيى عقبات، البدو والبداوة في اليمن (رسالة ماجستير)، جامعة صنعاء، كلية الآداب، ٢٠٠٧ م، ص ١٦.

(٢) عبد الرحمن ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، دار التراث العربي، الطبعة الرابعة، بيروت، ج١ ص١٢١.

(3)Spooner, Brain: In Academic American Encyclopedia, Goalier Incorporated , Danbury Connecticut vol 3.1995 P: 154

ومن خلال ما تقدم نجد أن البدو هم أقوام تعتاد التنقل عادة من مكان لآخر دون وجود ضابطة معينة تلزمهم في البقاء بدولة دون أخرى، إذ أنهم يسعون إلى الرعي والترحال مما يجعل أمر بقاءهم في بلد معين أمر غير ممكن نوعا ما؛ لذا فإنهم يرتحلون متى ما وجدوا ان الزرع قد قل، لذا نجد أن غالبية الدول لم تمنحهم جنسيتها، وسعة الكثير من الدول إلى إيجاد حلول لتوطين البدو في أراضيها، إلا أن لعلاج مسألة انتقالهم من دولة لأخرى نجد بعض الدول سمحت بدخول البدو إلى أراضيها والخروج منها دون الحاجة إلى جواز سفر أو ابراز وثيقة معينة أو غيرها من المستمسكات الثبوتية؛ فنجد المشرع العراقي نص صراحة على أن البدو الرحل الذين تتطلب ظروفهم المعيشية التنقل عبر الحدود العراقية البرية مستثنون في مسألة عدم جواز مغادرة العراق الا لمن يحمل جواز سفر او جواز مرور او وثيقة سفر صادرة وفقا للقانون[١].

في حين نجد أن بعض الدول ذهبت إلى جواز منح البدو الجنسية الخاصة بهذه الدولة متى ما ثبت استيطانهم في ارض هذه الدولة، وتعد لبنان واحدة من هذه الدول التي اعتبرت البدو قبائل لبنانية متى ما امضوا في الأراضي اللبنانية عند كل عام ستة أشهر[٢]، وبهذا فإن الكثير من البلدان حاولوا توطين البدو بشتى الطرق لتلافي مسألة الوقوع في انعدام الجنسية الذي سيؤثر في عملية انتقال البدو حين الرعي من بلد لآخر بسبب ضوابط الدخول والخروج.

أما بعض الدول فقد شكلت البدو فيها اصلا قوميا كالأردن إذ تكاد تمثل فيها نسبا سكانية كبيرة مما دفع الحكومة الأردنية منذ مطلع السبعينيات الى محاولة توطين هذه الفئات ودمج جوانب الثقافة البدوية لإنشاء هوية وطنية أردنية[٣]، ويمنح قانون الجنسية الأردني الجنسية لكافة أفراد عشائر بدو الشمال الذين يعيشون فعلياً في المناطق التي أصبحت تابعة للمملكة في عام ١٩٣٠[٤] مما يجعل الغالبية العظمى من البدو مواطنين أردنيين في وقتنا الحالي؛ ويدعي البعض

(١) المادة (٣/ ٢/ ج) من قانون جوازات السفر العراقي رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ النافذ.

(٢) جمعية رواد فرونتيرز، رحلة عمر بين الظل والذل، جمعية رواد فرونتيرز، بيروت، ٢٠٠٩ م، ص١٣٥.

(٣) جوزيف مسعد، اثار استعمارية: تشكيل الهوية الوطنية في الاردن، ٢٠١١ م، ص٧٤.

(٤) المادة (٣/ ٦) من قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤.

بامتلاك جميع أفراد العشائر البدوية الأردنية الجنسية تقريباً أو استطاعتهم الحصول عليها دون أية مشاكل، كما ينص قانون الانتخاب الأردني على تحديد مجموعة من المقاعد لممثلي البدو" في البرلمان، بواقع مقعد واحد لكل منطقة[١].

أما المشرع المصري فلم نجد له أي محاولة لتوطين البدو واعطاءهم الجنسية المصرية وهذا ما وجدناه واضحا في خلو النص التشريعي الخاص بقانون الجنسية المصرية من أي إشارة إلى اعتبار البدو الرحل مواطنين مصريين، ومن التطبيقات العملية لحالة البدو في مصر نجد حالة قبيلة العزازمة هي مجموعات من البدو الرحل انتشرت ما بين صحراء النقب وصحراء سيناء على جانبي الحدود المصرية – الإسرائيلية، يقدر عدد أعضاء قبيلة العزازمة في سيناء بما بين ثلاثة آلاف إلى خمسة آلاف شخص، بعد جلاء الاحتلال الإسرائيلي عن سيناء توقع أعضاء القبيلة أن يحصلوا على الجنسية المصرية إلا أنهم لم يحصلوا فقط إلا على وثائق مرور من دون تحديد جنسية لهم[٢].

وفي ضوء ما تقدم نجد أن حالة البدو الرحل من أشد الحالات الإنسانية التي تحتاج معالجة من قبل المجتمع الدولي الذي يجب أن يلزم الدول عبر اتفاقيات معينة على توطين البدو وجعلهم ساكنين لهذه الدول.

أما بالنسبة لدور الحالة الظاهرة في إثبات حالة البدو الرحل فنجد أن حالة البدو الرحل تكمن في هل بالإمكان إثبات احقيتهم بالحصول على الجنسية؟ والجواب بطبيعة الحال لا ذلك

---

(١) كايلا إنش غنطوس و لوري ل. إليـر، حملة إنهاء حالات انعدام الجنسية في الاردن، بحث منشور بواسطة كلية القانون في جامعة بوسطن، ص٣٢.

جاء نص المشرع الاردني بمنح قانون الجنسية الأردنية الجنسية الجميع أفراد عشائر بدو الشمال الواردين في الفقرة (ي) من المادة ٢٥ من قانون الانتخاب المؤقت رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠، والذين كانوا يعيشون فعلياً في المناطق التي أصبحت تابعة للمملكة في عام ١٩٣٠. قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤ ١ كانون الثاني/ يناير ١٩٥٤، المادة (٣).

(٢) احمد عوض الله، البدون في مصر، ترجمة: محمد الرحماني، مقال منشور على الانترنت ووفق الرابط الاتي: https://ar.globalvoices.org/2012/11/01/26853/

إن غالبية الدول لا تمنح الجنسية للبدو، ولكن يبرز دور الحالة الظاهرة بإزالة اللبس عن مفهوم البدو، فمن خلالها يمكن معرفة أن هذا الفرد الذي يدعي انتماءه لبلد ما هو بدو، فطالما أن هيئته توحي بذلك وظاهره أنه ليس بمواطن ذي موطن معتاد فتسقط الحالة الظاهرة ادعاء البدوي بوطنيته، فمن خلال الموطن يمكن الحكم ظاهريا بعدم انتساب هذا الفرد لهذه البلاد.

كما أن الحالة الظاهرة تستوجب لإثباته وجود دليل على صدق ادعاء الفرد المتمسك بها، فإذا طلب من هذا المدعي أن يقدم ما يثبت صحة ادعائه من وصولات جباية أو دفاتر خدمة عسكرية عندها سيتعذر عليه إحضار هذه القرائن لإثبات الحالة الظاهرة وبالتالي فإن ادعاءه يرد.

وبهذا فإن الحالة الظاهرة تكون فائدتها العملية متمثلة بقدرتها على نفي وطنية البدو اكثر من إثباتها؛ وبالتالي فتكون الحالة الظاهرة دليلا كافيا لنفي الجنسية من البدو المدعي انتمائه لبلد ما.

الفرع الثاني

الحالة الظاهرة ودورها في إثبات جنسية البدون

تعد مسألة البدون من المسائل المهمة ذلك أن الفرد يعاني من حرمانه من أبسط حق من حقوقه والمتمثل بحقه بالحصول على جنسية بلد ينتمي إليه، كما أن مصطلح البدون كما أسلفنا يعطي معنى من معاني انعدام الجنسية، والفرق بين عديم الجنسية والبدون أن مصطلح عديم الجنسية يطلق على من فقد جنسيته لأحدى اسباب الفقد كان تسقط عنه جنسية بلده الأم أو يتم سحب الجنسية المكتسبة منه[١]، في حين أن مصطلح البدون قد يقترن بمن ولد ولا جنسية له[٢].

ظلت مسألة انعدام الجنسية تمثل مشكلة كبرى من مشاكل منازعات الجنسية لان الفرد منعدم الجنسية أو البدون على الرغم من جواز إقامته في إقليم دولة معينة إلا أنه يبقى في مركز

(١) فرانسواز بوشيه- سولنييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ترجمة: محمد مسعود، دار العلم للملايين، بيروت، ٢٠٠٦ م، ص ١٨٨.

(٢) كايلا إنش غنطوس و لوري ل. إلير، مصدر سابق، ص٣٢.

قانوني أدنى حتى من مراكز الأجانب العاديين، فالدولة تخضع إلى احترام الأجانب وتتقيد في معاملتهم وفق الاعراف والمعاهدات والاتفاقيات الدولية فإذا ما حدث خطر على الأجنبي يكون من حق دولته التدخل لحمايته، عكس البدون ومعدم الجنسية الذي لا حماية له من أي دولة ولا اعتراف(١).

وعلى الرغم من أن غالبية الدول سعت إلى محو هذه الظاهرة عبر اتخاذها جانبا إيجابيا في تشريع الجنسية الخاص بها منها أن يتم التخفيف في مسألة منح الجنسية بناءً على حق الدم من قبل الأبوين لا الاب وحده، واعطاء فرصة للقيط في حالة استثنائية لمنحه الجنسية بناءً على حق الإقليم(٢).

كما تظافرت الجهود الدولية لوضع حلول لهذه الظاهرة وربما تعد اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ الخاصة بعلاج مشكلة انعدام الجنسية من أبرز الجهود الدولية لعلاج ظاهرة عديمي الجنسية، إذ منعت الاتفاقية الدول من أن تجرد جنسيتها من مواطنيها بناءً على طلبه ورغبته بالتجنس لدولة أجنبية، وان تنتظر مسألة تجريده من جنسيتها حتى توافق تلك الدولة على منحه جنسيتها، كما وأن الزواج المختلط لا يمكنه ان يسقط الجنسية مباشرة ما لم تقم الدولة الأجنبية بمنح جنسيتها للزوج الآخر على أن لا تسقط جنسية الاطفال(٣)، ورغم أن الجهود الدولية مازالت مبذولة في شأن إيجاد علاج لحالة انعدام الجنسية إلا أن المشكلة ما تزال متواجدة لغاية اللحظة.

وفي النظر إلى حالة العراق فنجد أن أكبر تجمع للبدون سابقا كان يتمثل بالأكراد الفيليون وهم مجتمع كردي عرقي يعيش في العراق منذ العهد العثماني ويعدون سكاناً عابرين للحدود

(١) د. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، ٢٠٠٨ م، ص١٥٣.

(٢) أ. م. د. ظاهر مجيد قادر و أ. م. د. كاوان اسماعيل ابراهيم، و ا. م. د. هيوا ابراهيم قادر، مصدر سابق، ص١٦٥.

(٣) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٤٩.

العراقية الإيرانية[١]، وسبب اعتبارهم مجتمع بدون هو قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٦٦) لسنة ١٩٨٠ الذي قام بتجريدهم من الجنسية العراقية بحجة تبعيتهم لإيران وتسفيرهم على هذا الأساس إلى جمهورية إيران التي بدورها لم تعترف بهم كمواطنين إيرانيين لعدم وجود ما يثبت قانونا صحة انتماءهم لإيران؛ وبالتالي أصبح الأكراد الفيليون عديمي جنسية، وبعد سقوط نظام حزب البعث توجه المشرع العراقي إلى إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل عبر قانون الجنسية العراقية الجديد الذي منح للأكراد الفيليين الحق باسترداد جنسيتهم وارجاعها إليهم[٢].

وبهذا فإن المشرع العراقي قدر على تلافي مسألة انعدام الجنسية لفئة كبيرة من المجتمع عبر إعادة الجنسية إليهم والغاء القرارات الجائرة التي صدرت ابان حكم النظام السابق، حتى أن بعض الدراسات أشارت إلى أن نسبة من استعاد جنسيته العراقية من الأكراد الفيليين بلغت حدود ٩٧٪ من المجموع الكلي لهذه القومية ممن تم تسفيرهم وتجريدهم من جنسيتهم[٣].

أما البدون في الأردن فيتمثلون بالأقوام أصحاب الأصول العربية البدوية أو شبه البدوية، والذين يعزفون عن أنفسهم على أنهم بدو، و يعيشون حياة الترحال أو شبه الترحال، وينتمون لعشائر ومجموعات بدوية أردنية معروفة، لم يحصلوا على جنسية أردنية؛ لأن أباءهم وأجدادهم كانوا رحلاً يجوبون الصحراء بحثاً عن الماء والمرعى، ولم يكونوا مهتمين بالجنسية آنذاك، فنشأت بعد ذلك أجيال لا تملك أية وثائق هوية تثبت جنسيتها[٤]، وعلى الرغم من أن المشرع الاردني

---

(١) مجموعة مؤلفين، حالات انعدام الجنسية ومخاطر غيابها في العراق مجتمعات الأكراد الفيليون والبدون، مركز البيدر للدراسات والتخطيط، ص٣.

(٢) المادة (١٧) من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

وقد نص المشرع العراقي في المادة أعلاه على إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٦٦) لسنة ١٩٨٠ وتعاد الجنسية العراقية لكل عراقي اسقطت عنه الجنسية العراقية بموجب القرار المذكور وجميع القرارات الجائرة الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل بهذا الخصوص، وبالتالي فإن الجنسية تعاد كما كان الحال سابقا وتكون الجنسية اصلية عند إعادتها لا ممنوحة.

(٣) مجموعة مؤلفين، حالات انعدام الجنسية ومخاطر غيابها في العراق مجتمعات الأكراد الفيليون والبدون، مصدر سابق، ص٢.

(٤) كايلا إنش غنطوس و لوري ل. إلير، مصدر سابق، ص٣٣.

سمح لبعض قبائل البدو كما اسلفنا بالحصول على الجنسية الأردنية إلا أن البعض لم يستطع أن يستفد من هذه الحالة لعدم امتلاكه ما يثبت حالته الظاهرة من كونه بدويا أردنياً وبالتالي أصبح معدم الجنسية.

أما في الكويت فتبرز مشكلة البدون بصورة واضحة لما حدثت من مشاكل عديدة بخصوص مسألة البدون؛ إذ حاولت الكويت تسجيل المواطنين الكويتيين غير أن العديد ممن يعيشون في المناطق النائية، والذين هم في الأساس من أصل بدوي لم يسجلوا أسماءهم، ويرجع ذلك أساساً إلى نقص الوعي، ومع ذلك منحتهم الحكومة الكويتية الوصول الكامل إلى الخدمات الاجتماعية وأدرجتهم في البيانات السكانية الرسمية. كما تم إبلاغهم أنهم مازالوا مؤهلين لتقديم طلبات للحصول على الجنسية، وتم إصدار وثائق تعريفية مؤقتة تحددهم على أنهم بدون جنسية.

ومن خلال تعديلات قانون الجنسية الكويتي بين ١٩٦٠ – ١٩٨٧ أصبحت الأهلية والصالحية أكثر صعوبة بالنسبة للبدون. إلا أن هذا التحول الكبير نشأ مع اندلاع الحرب العراقية /الإيرانية في عام ١٩٨٠ عندما كانت سلسلة من الهجمات الإرهابية في البلد تهدد الأمن الداخلي، وبحلول عام ١٩٨٥ غيرت الحكومة الكويتية وضع البدون من مقيم قانوني بصورة شرعية بدون جنسية إلى مقيم غير شرعي وغير قانوني[١].

وعلى الرغم من المشرع الكويتي عامل البدون معاملة المقيم غير الشرعي إلا أنه تسامح في مسألة إقامته ولم يقم بأبعاده، فنظم قانون إقامة الأجانب رقم (١٧) لعام ١٩٥٩ مسألة الإقامة في الكويت وحدد الشروط والإجراءات التي يجب أن تتخذ للإقامة داخل الكويت إلا أنه عامل البدون معاملة خاصة واستثناهم من شرط الإقامة[٢]، ويعود هذا الاستثناء إلى مسائل تاريخية ذلك ان القبائل العربية في ذلك الوقت كانت تتنقل بين الحدود دون قيد وتعبر الحدود الكويتية برا بحثا عن الكلأ ومقايضة سكان الكويت بما يملكون من جلود وصوف ومنتجات حيوانية مقابل حصولهم

(١) مجموعة مؤلفين، حالات انعدام الجنسية ومخاطر غيابها في العراق مجتمعات الأكراد الفيليون والبدون، مركز البيدر للدراسات والتخطيط، ص٤.

(٢) المادة (٢٥/ د) من قانون إقامة الأجانب الكويتي رقم (١٧) لسنة ١٩٥٩.

على بعض المستلزمات والبضائع[١]، لذا رجح بعض الباحثين هذا السبب لإبقاء الكويت على البدون دون الحاجة إلى إجراءات الإقامة الواردة في قانون إقامة الأجانب الكويتي[٢].

وتحاول دولة الكويت ايجاد حل لظاهرة البدون أو ما تسميهم بالأفراد المقيمين بصورة غير قانونية، وقد شكلت الحكومة الكويتية في عام ٢٠١٠ بتأسيس الجهاز المركزي لمعالجة أوضاع المقيمين بصورة غير قانونية لمعالجة أوضاع البدون ومتابعتهم واقتراح مشاريع قوانين تفيد وضعهم القانوني وتعززه إضافة إلى الدراسات والابحاث المستمرة لإيجاد حل لهم[٣].

اما أثر الحالة الظاهرة في مسألة البدون فهو لا يخرج من إثبات حالته الظاهرة أمام الملأ، فتمسك عديم الجنسية أو البدون بالحالة الظاهرة لا يعني أنه قادر على اكتساب جنسية البلد بل هي إثبات ضده تفيد بعدم امتلاكه ما يثبت انتماءه للبلد وان هذا التمسك هو تمسك لتثبيت وضع قانوني للبدون ولعديم الجنسية، لا سيما أنهم لا يملكون ما يثبت انتماءهم للبلد، نعم لو أن أحد الأفراد الذين أسقطت عنه الجنسية ادعى أنه من مواطني البلد وحاول اخفاء قرار التجريد هنا يكون للحالة الظاهرة دور مغاير عبر إثارتها الشك أمام القضاء بأنه اي كان صاحب الادعاء من ادعاءه بالوطنية خلال هذه الفترة مما يستوجب أن تفتش السلطة في سجلاتها ووثائقها للاطلاع على قرار التجريد أو سحب الجنسية من هذا الفرد.

ويثار تساؤل فيما إذا قرر البدون أو عديم الجنسية أن يرفع دعوى لإثبات جنسيته أو نفيها أمام المحاكم المختصة فأي قانون سيتم تطبيقه بهذه الحالة بالأخص أن هذه الدولة لا تعترف بوجوده القانوني؟

---

(١) بدر الدين الخصوصي، دراسات في تاريخ الكويت الاجتماعي والاقتصادي في العصر الحديث، الطبعة الثانية، الكويت، ١٩٨٣ م، ص١٢٤.

(٢) د. رشيد حمد العنزي، البدون في الكويت، دار قرطاس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٤ م، ص٢٥.

(٣) الجمعية الكويتية لحقوق الإنسان، البدون... هوامش في بلد الانسانية، ص٩.

إن المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى هي التي تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على مثل هذه الحالة، وبمعنى أدق يكون للمحكمة السلطة التقديرية الكافية لحل هذه المسألة، ويكون وجوبا على المحكمة ان تقوم بتحديد القانون المختص، وتسترشد المحكمة في تعيينها القانون الواجب التطبيق على الشخص عديم الجنسية بالمعايير المطروحة بشأن الجنسية الفعلية، فتعود المحكمة للدولة التي يعيش فيها الشخص أو التي يعمل فيها أو التي يرتبط بها أكثر من غيرها[١]، وقد أخذ المشرع العراقي بهذه الحالة فنص على أنه تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد[٢]، وبهذا نجد أن المشرع قد أخذ بظاهر الأمور بالنسبة لحل النزاع الحاصل في تطبيق القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية.

في ضوء ما تقدم يتبين لنا أن الحالة الظاهرة يمكن الاستناد إليها لإثبات الجنسية الأصلية وجنسية التأسيس في الحالات التي لا يوجد لها دليل آخر كقرينة تكون عرضه للدحض في حالة إثبات عكسها، وإذا حدث ذلك أي لم يؤد الاستناد إلى الحالة الظاهرة إلى إثبات الجنسية، فيظل للحالة الظاهرة فائدة و صحة تتمثل في نقل عبء الإثبات من على عاتق من يدعي التمتع بها إلى عاتق من يزعم عدم تمتع الشخص بالجنسية التي تشهد بها حالته الظاهرة، إلى جانب القرينة المستفادة من فكرة الحالة الظاهرة، يمكن استخلاص قرائن أخرى لإثبات الجنسية مثل حصول الشخص على جواز سفر أو على بطاقة هوية.

أما فيما يتعلق بطرق إثبات الجنسية المكتسبة فهي لا تمثل ذات الصعوبة التي ينطوي عليها إثبات الجنسية الأصلية كما سبق أن رأينا لان الجنسية المكتسبة غالبا ما يكون كسبها مبنيا على أساس عمل قانوني كمرسوم أو قرار منح الجنسية فيكون كسب الجنسية في هذه الحالة ثابتا بناء على دليل رسمي يتمثل بمستند رسمي يصدر من جهة حكومية مختصة، وترتيبا على ذلك فان من يدعي اكتساب الجنسية بالتبعية أو التجنس عليه أن يقدم لوزارة الداخلية جميع الأدلة التي

---

(١) أ. م. د. ظاهر مجيد قادر و أ. م. د. كاوان اسماعيل ابراهيم، و ا. م. د. هيوا ابراهيم قادر، مصدر سابق، ص١٦٦.

(٢) المادة (٣٣/ ١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

يرى لزومها في هذا الشأن، واذا ما حدث نزاع أمام القضاء فتكفي هذه السندات لإثبات تمتعه هذا الفرد في جنسية البلد.

أما بالنسبة لدور الحالة الظاهرة في إثبات وضع منعدم الجنسية كالبدو والبدون فنجد أنها ذات تأثير إيجابي يتمثل بتثبيت الوضع الخاص بالبدو والبدون على حد سواء وتحفظ حقه بالمطالبة بجنسية اي بلد يستعطف حالته، كما أنها تحفظ حق الدولة من أن يتم استغلال قوانينها كاكتساب الجنسية لأفراد لا يستحقون هذا الحق.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال ما تقدم في دراستنا للحالة الظاهرة بكونها نظرية تطبق على مجال الجنسية في فرع القانون الدولي الخاص يتبين لنا عدة أمور يمكن من خلالها إرساء قواعد واضحة وخطوط بينة لماهية الحالة الظاهرة ودورها في إثبات الجنسية يمكنها أن تعطي مفهوماً كاملاً لما تعني به الحالة الظاهرة لذا فان خاتمة بحثنا يمكن تلخيصها بعدة نتائج ومقترحات لمن يود الخوض في مجال البحث والدراسة على الحالة الظاهرة يمكن تلخيصها بما يأتي:

أولاً: النتائج

١ – إن فكرة الحالة الظاهرة هي فكرة أوجدها المشرع الفرنسي ونص عليها في قانون الجنسية بوصفها قرينة قانونية وتبعه على ذلك المشرع الجزائري والمغربي على حد سواء، في حين إن المشرع المصري لم يأخذ بها وترك أمر الاعتماد عليها أو أهمالها خاضعاً لتقدير القضاء، أما المشرع العراقي لم يتطرق لموضوع الحالة الظاهرة لا من قريب أو من بعيد ولم يشر صراحة على ترك المسألة للقضاء؛ ولكن يفهم من خلال النصوص القانونية الواردة في قانون الإثبات والاجتهادات الفقهية اعتبار الحالة الظاهرة قرينة قضائية يمكن للقاضي أن يستعين بها عند النزاع وإصدار حكمه بالاستناد إليها.

٢ – تمثل الحالة الظاهرة فكرة يختزل معناها بما يدل على أن الفرد المتمسك بها يدعي انتمائه ووطنيته لبلد معين دون أن يملك أي دليل إثبات يمثل صحة ادعائه، وبهذا فإن مستمسكات مثل المشاركة في الانتخابات وكذلك تأدية الخدمة العسكرية ودفع الضرائب ذهب البعض إلى اعتبارها دليلا كافية على ثبوت الحالة الظاهرة وبالتالي ثبوت أحقية الفرد بالحصول على جنسية البلد الذي يدعي انتماءه له.

٣ – إن دور الحالة الظاهرة في إثبات وضع منعدم الجنسية كالبدو والبدون ذو تأثير إيجابي يتمثل بتثبيت الوضع الخاص بالبدو والبدون على حد سواء، كما تحفظ حقه بالمطالبة بجنسية أي بلد يستعطف حالته، كما أنها تحفظ حق الدولة من أن يتم استغلال قوانينها كاكتساب الجنسية لأفراد لا يستحقون هذا الحق.

٤ – تتجسد الحالة الظاهرة بأوج قوتها بالجنسية التأسيسية ذلك أن هذه الجنسية تمنح عادى عند ظهور دولة جديدة وعليه فإنها تعطى للسكان الأصليين الذين يكونون عادى غير قادرين على الحصول على وثائق رسمية تثبت انتماؤهم للبلد، فيكون للحالة الظاهرة الموقف الكافي لحل النزاع وإثبات صحة ادعاء الفرد.

٥ – إن دور الحالة الظاهرة يبرز أكثر في إثبات الجنسية الأصلية في حالة اكتسابها عن طريق حق الإقليم ذلك أنها أكثر قوة واستدلالاً بها من حق الدم، كون أن حالة اللقيط ومجهول النسب من الحالات التي أعطت التشريعات محل المقارنة الجنسية لها بناءً على ظاهر الأمر وطبيعته، عكس حق الدم الذي يثبت لمن كان أسلافه يحملون الجنسية وعليه فإن في حق الإقليم يكون دور الحالة الظاهرة فعلا لمنح الجنسية عكس حالة حق الدم التي يحتاج الاستدلال بها إلى وقت وجهد كبير.

ثانيا: المقترحات

١– محاولة تعديل قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ وإضافة مواد تسمح بعدّ الحالة الظاهرة دليلا أو قرينة قانونية يمكن من خلالها الاستدلال على وطنية الفرد المتمسك بها واحقيته بالحصول على الجنسية، نظرا لوجود حالات مشابهة نتجت بسبب السياسات الاقصائية لحكومة النظام البائد، فضلا على ما مر به البلد من ازمات إرهابية وتطهيرات عرقية أدت إلى اغتراب بعض مواطنيه.

٢ – تنشيط لجان خاصة لمتابعة حالة البدو والبدون في العراق وتفعيل دور الحالة الظاهرة بالنسبة لهم حتى يتم معاملتهم معاملة العراقيين وبالتالي القضاء على حالة انعدام الجنسية التي يتعايشون معها.

٣ – إجراء دراسات مستقلة والتعمق بها يبحث فيها عن دور الحالة الظاهرة وأهميتها في إثبات الجنسية نظرا لعدم توفر دراسات سابقة في هذا الشأن وتحديد ما هو مناسب لحل أزمة الحالة الظاهرة فضلا عن إيجاد الحلول المناسبة لهذه المسألة.

٤ – عدّ الحالة الظاهرة منتفية متى ما ظهر أن الفرد المتمسك بها قادر على اكتساب جنسيته بأحد طرق الاكتساب التي رسمها قانون الجنسية ولا يتم اللجوء إليها إلا في حالة انقطاع كل الأسباب والأدلة الأخرى.

٥ – إيجاد طريقة تساعد في معرفة الحالة الظاهرة بصورة واقعية؛ ونفضل أن يكون هذا الأمر موجودا عند القيام بحساب نسبة التوزيع السكاني وبمعنى أدق عند قيام الدولة باتخاذ الإجراءات اللازمة لمعرفة عدد السكن من خلال عملية التعداد السكاني التي ستكون بدورها عاملاً مهماً للفرد المتمسك بالحالة الظاهرة، متى ما استطاع أن يثبت أنه تم عده في هذا التعداد وعليه تكون نتائج عملية التعداد السكاني قرينة لإثبات الحالة الظاهرة للفرد.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

أولاً: المعاجم اللغوية

١. ابو الحسين احمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج١، دار الفكر، الطبعة الثانية، بيروت، ١٩٧٩.

٢. احمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج١، عالم الكتب، الطبعة الأولى.

٣. جبران مسعود، المعجم الرائد، دار العلم للملايين، الطبعة السابعة، ١٩٩٢ م.

٤. عبد الغني ابو العزم، المعجم الغني.

٥. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية، القاهرة – مصر، ١٩٧٢ م، ج١.

٦. محمد بن مكرم بن منظور الاندلسي، لسان العرب، ج٦، دار صادر، الطبعة الثالثة، بيروت، ١٩٩٤م.

ثانياً: الكتب

١. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج١، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٢م.

٢. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، حقوق عينية أصلية حق الملكية، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٤م.

٣. احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، القاهرة، ٢٠١٢ م.

٤. احمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الاماراتي، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، ٢٠٠٨م.

٥. احمد محمود موافي احمد، الوجيز في قواعد الجنسية، مركز محمود للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠ م.

٦. احمد محمود موافي احمد، الوجيز في قواعد الجنسية، مركز محمود للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

٧. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ج١، الطبعة الأولى، ١٩٥٦ م.

٨. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، دار السنهوري، بيروت.

٩. اياد مطشر صيهود، المنهج القانوني في اصول الفقه الإسلامي المقارن، دار السنهوري، ط١، بغداد، ٢٠١٨ م.

١٠. بدر الدين الخصوصي، دراسات في تاريخ الكويت الاجتماعي والاقتصادي في العصر الحديث، الطبعة الثانية، الكويت، ١٩٨٣م.

١١. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج١، جامعة الدول العربية، ١٩٥٨ م.

١٢. جمال عاطف عبد الغني رضوان، طرق اكتساب الجنسية في الشريعة الإسلامية وانعكاسها على القوانين الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠١٣م.

١٣. جمعية رواد فرونتيرز، رحلة عمر بين الظل والذل، جمعية رواد فرونتيرز، بيروت، ٢٠٠٩م.

١٤. جوزيف مسعد، اثار استعمارية: تشكيل الهوية الوطنية في الاردن، ٢٠١١م.

١٥. حسام الدين فتحي نصيف، نظام الجنسية في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٧م.

١٦. حسن علي ذا النون، الحقوق العينية، المكتبة القانونية.

١٧. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥م.

١٨. راشد سلطان علي الخضر، أسس التبعية القانونية والسياسية–دراسة مقارنة بين قانوني الجنسية في الإمارات العربية المتحدة والمملكة المغربية، ط١، دار السالم، الرباط، ٢٠١٣م.

١٩. رشيد حمد العنزي، البدون في الكويت، دار قرطاس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٩٤م.

٢٠. رياض عبد عيسى الزهيري، أسس القانون الإداري، دار السنهوري، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١٦م.

٢١. سالم حماد الدحدوح، الوجيز في الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، بلا ناشر، بلا طبعة، غزة – فلسطين، ٢٠١٦ م.

٢٢. سراج الدين عمر ابراهيم ابن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج٣، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٢م.

٢٣. سركون اسماعيل حسين، الظاهر ودوره في الاثبات دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠٠٩ م.

٢٤. سعيد يوسف البستاني، الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣م.

٢٥. سلامة عبد الفتاح حليبة، احكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥ م.

٢٦. السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل، مؤسسة ال البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى، قم – إيران، ١٩٩٧ م، ج١٤.

٢٧. السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، مرشد المغترب، دار الهلال، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠م.

٢٨. الشيخ جعفر السبحاني، اصول الحديث وأحكامه في علم الدراية، مؤسسة الامام الصادق (ع)، الطبعة العاشرة، قم المقدسة.

٢٩. الشيخ جعفر السبحاني، دروس في علم الرجال والدراية، مركز المصطفى (ص)، إيران.

٣٠. ظاهر مجيد قادر و أ. م. د. كاوان اسماعيل ابراهيم، و ا. م. د. هيوا ابراهيم قادر، القانون الدولي الخاص، ج١، الطبعة الأولى، مكتب التفسير للطبع والنشر، اربيل، ٢٠١٩م.

٣١. عادل عبد المقصود عفيفي، إثبات الجنسية في النظام القانوني المصري، دراسة مقارنة.

٣٢. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٥م.

٣٣. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة.

٣٤. عبد الجبار عبد الوهاب سلطان الجبوري، حقوق الإنسان بين النصوص والنسيان، دار الفارابي، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١٥ م.

٣٥. عبد الرحمن ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، دار التراث العربي، الطبعة الرابعة، بيروت، ج١.

٣٦. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٥٨ م.

٣٧. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، الطبعة الأولى ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٧ م .

٣٨. عبد الوهاب خلاف، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ١٩٩٠م.

٣٩. عدلي أمير خالد، إكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣ م.

٤٠. عدلي أمير خالد، تملك العقار بوضع اليد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٢م.

٤١. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ١ دار النهضة العربية، الطبعة العاشرة، بيروت، ١٩٧٧م.

٤٢. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد.

٤٣. فرانسواز بوشيه– سولنييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ترجمة: محمد مسعود، دار العلم للملايين، بيروت، ٢٠٠٦م.

٤٤. فؤاد رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨م.

٤٥. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من أسباب الملكية في التشريع المصري المقارن، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٣م.

٤٦. ماهر ابراهيم السداوي، إثبات الجنسية الاصلية القائمة على حق الدم عن طريق الحالة الظاهرة دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص المصري والفرنسي.

٤٧. مجموعة مؤلفين، حالات انعدام الجنسية ومخاطر غيابها في العراق مجتمعات الأكراد الفيليون والبدون، مركز البيدر للدراسات والتخطيط.

٤٨. مجموعة مؤلفين، دراسة قانونية حول ظاهرة عديمي الجنسية في لبنان، جمعية رواد فرونتيز، بيروت، ٢٠٠٩م.

٤٩. محمد الروبي، تأملات في قانون الجنسية الإماراتية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١م.

٥٠. محمد سعيد عبد الرحمن، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١١ م.

٥١. محمد طه البشير و د. غني سعدون طه، الحقوق العينية، ج١، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة.

٥٢. محمد عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ٢٠٠٥م.

٥٣. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية الأصلية، ج٤، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية.

٥٤. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج٢.

٥٥. مصطفى كامل ياسين، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، بغداد.

٥٦. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٧٧م.

٥٧. موسى الطيب، حيازة العقار في الفقه دراسة مقارنة، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١ م.

٥٨. موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠١٢ م.

٥٩. الميرزا ابو القاسم بن محمد حسين القمي، قوانين الأصول، الطبعة الحجرية.

٦٠. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، طبع دار الفكر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.

٦١. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج٩، دار الفكر، الطبعة الرابعة، دمشق.

٦٢. ياسين طاهر الياسري، القانون الدولي الخاص الجنسية ومركز الأجانب، دار الحكمة، الطبعة الثانية، لندن، ٢٠١٩م.

٦٣. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩م.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

١. أمة الغفور زيد يحيى عقبات، البدو والبداوة في اليمن (رسالة ماجستير)، جامعة صنعاء، كلية الآداب، ٢٠٠٧ م.

٢. باسمه محمد علي قاديش، الحيازة في العقار كسب من أسباب كسب الملكية، رسالة ماجستير، عمادة الدراسات العليا، جامعه القدس، ٢٠١٧.

٣. براج هيثم، الوضعية القانونية لعديمي الجنسية (رسالة ماجستير)، جامعة العربي بن مهدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٨م.

٤. بوترعة زينب، الحيازة في القانون المدني (رسالة ماجستير)، جامعة اوكلي محند اولحاج – البويرة–، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩ م.

٥. بوشامة يوسف ومعمش حفيظ، آليات إثبات الحيازة العقارية، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، ٢٠١٥ م.

٦. بوطبزة مريم، المفاضلة بين حق الدم وحق الإقليم لثبوت الجنسية (رسالة ماجستير)، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٨م.

٧. ريا سامي سعيد الصفار، دور الموطن في الجنسية (رسالة ماجستير)، جامعة الموصل، كلية القانون، ٢٠٠٥ م.

٨. عدنان ابراهيم سرحان، الأوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن (رسالة ماجستير)، جامعة بغداد، كلية القانون والسياسة، ١٩٨٦.

٩. علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية دراسة مقارنة (أطروحة دكتوراه)، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٤ م.

١٠. غدير فوزي حسين عينبوسي، خصوصية دعاوي حيازة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠١٥.

١١. فرج ابراهيم عبد الله سكر، الحيازة في المنقول كسبب من اسباب الملكية، رسالة الماجستير، جامعه الأزهر، كلية الحقوق قسم القانون الخاص، ٢٠١١م.

١٢. فيروز منصوري، أحكام الجنسية بين الاكتساب والفقد (رسالة ماجستير)، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٦ م.
١٣. لعيدي عبد القادر، المعالجة القانونية لحق الجنسية في التشريع الجزائري (رسالة ماجستير)، الجامعة الأفريقية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، ٢٠١١ م.
١٤. مسعودة رقية و قموح أمينة، النظام القانوني للجنسية الجزائرية المكتسبة (مذكرة تكميلية للحصول على شهادة الماجستير)، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧م.
١٥. مصطفى احمد عبد الجواد حجازي، الحيازة بسوء نية كسبب لكسب الملكية (اطروحة دكتوره)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩م.

رابعاً: البحوث والمقالات

١. احمد عبد الكريم سلامة، جنسية التأسيس المصرية في قضاء مجلس الدولة عام ١٩٩٩، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (٥٥)، ١٩٩٩م.
٢. اياد احمد محمد ابراهيم، القرائن القضائية وعلاقتها بالسياسة الشرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد (٢٢)، العدد (٤٢)، ٢٠٠٦ م.
٣. جفات كروان، القصد في الحيازة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، العدد السادس، ٢٠١٧.
٤. حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، مجلة مركز دراسات الكوفة، كلية القانون جامعة كربلاء، العدد الثامن عشر، ٢٠١٠.
٥. حورية غربي والطيب زروتي، إثبات الجنسية الجزائرية الاصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، ٢٠١٩ م.
٦. حورية غربي، اثبات الجنسية الجزائرية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة، مجلة العلوم القانونية والسياسة، العدد الثالث، ٢٠١٩ م.
٧. سيدني مصطفى اثبات الجنسية المغربية من خلال وقائع الدعوة المدنية، مجله الفقه هو القانون، العدد ٦٥.
٨. عبد الحكيم مصطفى عبد الكريم، دور الحالة الظاهرة في إثبات الجنسية المصرية، المجلة القانونية، العدد الاول، ٢٠١٧ م.

٩. علي باشا خليفة، فكرة الحالة الظاهرة في مجال اثبات الجنسية المصرية، مجلة جامعة جنوب الوادي، العدد السادس، ٢٠٢١.

١٠. كايلا إنش غنطوس و لوري ل. إلير، حملة إنهاء حالات انعدام الجنسية في الاردن، بحث منشور بواسطة كلية القانون في جامعة بوسطن.

١١. نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الاول، دار الحضارة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٧٤م.

خامساً: التشريعات

أ- الدساتير

١. دستور جمهورية العراق الدائم لعام ٢٠٠٥.

ب- القوانين

١. القانون المدني العراقي المعدل رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢. قانون الجنسية الأردنية رقم (٦) لسنة ١٩٥٤ النافذ.

٣. قانون الجنسية الكويتية رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩ النافذ.

٤. قانون إقامة الأجانب الكويتي رقم (١٧) لسنة ١٩٥٩.

٥. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٦. قانون إدارة البلديات رقم (١٦٥) لسنة ١٩٦٤ المعدل.

٧. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ النافذ.

٨. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٩. قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧١ النافذ.

١٠. قانون الجنسية الإماراتية رقم (١٧) لسنة ١٩٧٢.

١١. قانون الجنسية الفرنسية الصادر في ٩ يناير ١٩٧٣ المعدل.

١٢. قانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ المعدل بقانون (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤.

١٣. قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

١٤. قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ النافذ.

١٥. قانون الأسرة الجزائري رقم (٨٤ – ١١) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

١٦. قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل.
١٧. قانون الجنسية الجزائرية لعام ٢٠٠٥ المعدل بالأمر (٠٥/ ٠١).
١٨. قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ النافذ.
١٩. قانون التعداد العام للسكان رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٨ النافذ.
٢٠. قانون الجنسية المغربي رقم ١,٥٨,٢٥٠ لسنة ٢٠١١ النافذ.
٢١. قانون التقاعد العام الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ النافذ.
٢٢. قانون جوازات السفر العراقي رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٥ النافذ.
٢٣. قانون البطاقة الوطنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٦ النافذ.
٢٤. قانون إقامة الأجانب رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ النافذ.
٢٥. قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٨ المعدل.
٢٦. القانون المدني الجزائري النافذ.

ج- التعليمات

١. تعليمات تسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية رقم (٣) لسنة ٢٠١٤.

د- الاتفاقيات

١. اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمركز عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤.

سادساً: القرارات القضائية

١. النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، آذار، ١٩٧٢، رقم القرار (٦٨٧- حقوقية ثانية -٩٧)، تاريخ القرار ١٩٧١/١/٣٠.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١/ش/متفرقة/٢٠٢١) والصادر بتاريخ ٢٠٢١/١/١١ (غير منشور).
٣. قرار محكمة الأحوال الشخصية في العمارة بالعدد (٢٤٨٦/ش/٢٠٢٣) والصادر بتاريخ ٢٠٢٣/٥/٢١ (غير منشور).

سابعاً: المواقع الالكترونية

١. احمد عوض الله، البدون في مصر، ترجمة: محمد الرحماني، مقال منشور على الانترنت ووفق الرابط الاتي: https://ar.globalvoices.org/2012/11/01/26853/

ثامناً: المصادر الأجنبية

1. Spooner, Brain: In Academic American Encyclopedia, Goalier Incorporated , Danbury Connecticut vol 3.1995 P: 154

Summary:

Summary:

The apparent status is one of the ways of proving nationality, as the individual can invoke it in the absence of proof of his belonging to the country in which he claims to be entitled to obtain his nationality. This is because it is a legal status in which the individual is unable to prove his nationality, either because he has lost the official documents proving his nationality or An incident occurred that made the issue of his nationality questionable in the country in which he was located.

This study aims to explain the subject of the apparent situation by examining its legal organization in several countries under comparative study to discover what can be applied in a legal situation similar to that of a stateless person, taking into account its study and knowledge of its pillars and components and methods of proving and protesting it.

The study also sought to investigate the extent of the possibility of the apparent case of proving nationality of all kinds, as well as the jurisprudential applications of nationality, such as the case of statelessness or duality. In addition, this study searched for specific and realistic cases represented by the nationality of foundlings, Bedouins, Bidun, and other humanitarian cases that are the subject of care and concern. Private international law.

The researcher reached the following set of recommendations and conclusions:

1 -The idea of the apparent situation is an idea created by the French legislator and stipulated in the Nationality Law as a legal presumption, and the Algerian and Moroccan legislators alike followed suit, while the Egyptian legislator did not take it and left the matter of relying on it or neglecting it subject to the discretion of the judiciary. As for the Iraqi legislator He did not address the issue of the apparent situation, whether closely or remotely, and did not explicitly indicate that the matter should be left to the judiciary. However, it is understood from the legal texts contained in the Law of Evidence and jurisprudence that the apparent situation is considered a judicial presumption that the judge can use in the event of a dispute and issue his ruling based on it.

Summary:

2 -The apparent situation represents an idea whose meaning is reduced to what indicates that the individual who adheres to it claims his affiliation and patriotism to a specific country without having any proof that represents the validity of his claim. Thus, claims such as participation in elections, as well as performing military service and paying taxes, some have considered them to be sufficient evidence of Proving the apparent condition and thus proving the individual's eligibility to obtain the nationality of the country to which he claims to belong.

3 -Conduct independent studies and delve into them, examining the role of the apparent condition and its importance in proving nationality, given the lack of previous studies in this regard.

4- The apparent case is considered non-existent whenever it appears that the individual adhering to it is able to acquire his nationality through one of the methods of acquisition prescribed by the Nationality Law, and it is not resorted to except in the case of the absence of all other reasons and evidence..

The Republic of Iraq

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Maysan / College of Law

Postgraduate Studies /Private Law Department

The apparent status and its role in proving nationality "A comparative study"

A Letter submitted by the student:

akhilas farhan muhay

To:

Council of the College of Law / University of Maysan

As part of the requirements for obtaining a master's degree in private Law

supervised by:

Dr. Sadiq Zghair Mohaisen

Professor of private international law

1446 AH **2024 AD**