المحاضرة الثالثة

مفهوم وأحكام الجنسية

من الناحية التاريخية لم تكن الجنسية هي التي تحدد انتماءات الأفراد للدولة كما عليه الآن ، وإنما كان الانتماء على أساس الدين والمكان الذي يعيشون فيه هؤلاء الافراد ، وبعد أن استقرت فكرة الدولة ظهر مفهوم الجنسية المعروف بانتماء الفرد الى دولة معينة ، وكان ذلك في اواخر القرن الثامن عشر وتحديداً بعد الثورة الفرنسية عندما صدرت قوانينها التي تمنح الحق في التمتع بجنسيتها للوطنيين دون الأجانب ، وكان أول ظهور لمفهوم الجنسية بمعناها الحديث في عام 1835م ، أما قبل هذا التاريخ فكانت وحدة الدين هي التي تجمع الأفراد باعتباره معيارا لتحديد الصفة الوطنية لهم ،

وايضا كان انتماء الأفراد للتراب الوطني له أهمية في تحديد هذه الصفة من خلال الاقامة او التوطن في اقليم معين لمجموعة معينة من هؤلاء الافراد قبل ظهور فكرة الجنسية التي ارتبطت بفكرة الدولة .

اما من الناحية القانونية فقد ارتبطت الجنسية في نشوئها بقانون الجنسية العثمانية عندما كان العراق جزءا من الامبراطورية العثمانية حتى قيام الحرب العالمية الاولى عام 1914- 1918 , وصدر اول قانون للجنسية في العراق هو القانون العثماني في 19 / 1/ 1869 كونه تابع للدولة العثمانية , والذي كان متأثرا الى حد ما بالقانون الفرنسي , وبعد ان تفككت الدولة العثمانية الى دول متعددة على وفق معاهدة لوزان عام 1923 التي اعترفت باستقلال العراق في 6 / 8 / 1924 صدر قانون الجنسية العراقي رقم (42) لسنة 1924 الذي كان تنفيذه باثر رجعي اي من تاريخ تنفيذ معاهدة لوزان على العراق واشارت لذلك المادة (21) منه ، ثم الغي هذا القانون وصدر القانون رقم (43) لسنة 1963 الذي ظل نافذا لغاية عام 2006 على الرغم من صدور قانون الجنسية العراقية والمعلومات المدنية رقم (46) لسنة 1990 الا انه لم ينفذ منذ صدوره و اخيرا صدر قانون الجنسية العراقية النافذ رقم (26) لسنة 2006 الذي كان صدوره لتوحيد احكام الجنسية من خلال استحداث احكاما جديدة تراعي كافة الاعتبارات الانسانية والاجتماعية التي تتلاءم مع المعايير الدولية ولأهمية هذا الموضوع سوف نعرض عن مفهوم الجنسية واساسها القانوني وسلطة الدولة في تنظيمها فضلا عن دراسة أنوع ومشكلات الجنسية وعلى النحو الاتي :

1- تعريف الجنسية .

2- أنواع الجنسية وأسس تعيينها .

3- فقد الجنسية واستردادها .

4- مشكلات الجنسية .

أولا : تعريف الجنسية (أركان – طبيعة – أساس – وظائف)

أورد الفقه عدة تعريفات للجنسية وجميعها تؤكد على الرغم من اختلاف صياغتها على إنها " رابطة قانونية سياسية وروحية بين الفرد والدولة تترتب عليها مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة " ولا شك بأن الدولة هي التي تنظم شروط فرضها ومنحها وفقدها واستردادها بقانون يحقق مصالحها ، وهناك جانب من الفقه يؤكد على الجانب القانوني ، فقد عرفها الاستاذ الفرنسي باتيفول بأنها " انتماء الفرد قانوناً للشعب المكون للدولة " في حين عرفها جانب آخر من الفقه بأنها " الأداة التي يتم على اساسها التوزيع القانوني للأفراد بين سائر الدول ، وهي الوسيلة التي تحدد ركن الشعب في الدولة ".

وعرفتها محكمة العدل الدولية في عام 1955 بأنها " علاقة قانونية تقوم في أساسها على رابطة أصلية وعلى تضامن فعلي في المعيشة والمصالح والمشاعر ".

ولذلك فإن الاتجاه الذي يعتمد على الجانب القانوني يعتبر الجنسية فكرة متصلة بالقانون الخاص دون العام وليست رابطة سياسية بين الفرد والدولة ، في حين إن الاتجاه الذي يذهب بتغليب الجانب السياسي يعتبر ان الجنسية فكرة متصلة بالقانون العام ، وسبب هذا الخلاف يرجع للطبيعة القانونية للجنسية . وسنبين تفاصيل تلك الطبيعة لاحقاً .

وفي ضوء ما تقدم لم نجد تعريفا تشريعيا للجنسية ولذلك فإن المعنى التقليدي المعتمد لدى جميع الفقه والذي يأخذ بكل جوانب الجنسية هو التعريف الاتي "علاقة قانونية وسياسية واجتماعية وروحية بين الفرد والدولة يترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة " واخذ به القضاء في كثير من الدول . فهي علاقة قانونية كون القانون ينظم احكام نشأتها ووسائل اكتسابها وفقدها ويبين الاثار المترتبة عليها ، وهي علاقة سياسية كون تنظيمها السياسي يقوم على اساس الولاء السياسي للفرد تجاه دولته التي ينتمي اليها , وهي علاقة اجتماعية كونها تمنح الفرد الشعور بالانتماء للجماعة والعيش معهم , وروحية لأنها ليست علاقة مادية تقتضي وجود الفرد داخل الدولة او خارجها , وإنما علاقة معنوية بين الفرد والدولة قوامها الولاء والتضحية لدى الفرد تجاه دولته وتقديم ما يمكنه من عطاء لها .

1- أركان الجنسية

للجنسية ثلاثة اركان أو عناصر كما يطلق عليها بعض الفقه يجب توافرها لقيام الجنسية وهذه الاركان تتوزع وفقا لما ورد من تعريفات فإنها تتوزع بين الدولة المانحة للجنسية والفرد المتلقي لها الى جانب العلاقة القانونية والسياسية التي يترتب عليها الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما وسنبين ذلك وفقاً لما يأتي :

أ ـ الركن الأول : الدولة : وهي شخص من اشخاص القانون الدولي العام يتمتع بسلطة اوسع من الاشخاص الدوليين باعتبارها ركن اساسي من اركان الجنسية , وتكون الدولة مختصة بمنح وتنظيم الجنسية, ولا يجوز لأي جهة او هيئة عليا ان تمنح الجنسية كالأمم المتحدة مثلا التي تعتبر أعلى من الدولة , ولا ينطبق عليها وصف الدولة ، وكذلك الحال بالنسبة لدول الاتحاد الاوربي فإن لكل دولة داخل الاتحاد جنسيتها الخاصة بها كونها تمتلك شخصيتها القانونية والدولية , على الرغم من وجود محاولات مستمرة لتوحيد جنسية دول الاتحاد الاوربي , وهكذا الحال بالنسبة للدول الاتحادية التي تنظم سلطة دولة واحدة كالولايات المتحدة

الامريكية , بحيث لا يمكن لهذه الولايات داخل الولاية الاتحادية ان تمنح جنسية وانما تُمنح جنسية واحدة لجميع الولايات داخل الاتحاد , وهي جنسية الولايات المتحدة الامريكية التي تسري على جميع الولايات , وكذلك لا يشترط ان تكون الدولة تامة السيادة او معترف بها من قبل دولٍ اخرى لكي تمارس سلطتها في منح جنسية خاصة , بمعنى يجوز للدولة ان تكون ناقصة السيادة أو تحت الحماية أو الوصاية أو الانتداب , يجوز لها أن تصدر جنسية خاصة بها طالما تحتفظ بشخصيتها الدولية , كما في العراق الذي كان تحت الانتداب البريطاني واصدر اول قانون للجنسية رقم (42) لسنة 1924 ، وكذلك سوريا عندما كانت خاضعة للانتداب الفرنسي واصدرت اول قانون عام 1925, اما اذا فقدت الدولة شخصيتها القانونية بشكل كلي كما هو الحال بالنسبة للدول المستعمرة او التي تم انضمامها الى دولٍ اخرى فان افرادها لا تثبت لهم جنسية خاصة بهم وانما يكونون تابعين للدول التي استعمرت اقاليمهم أو دولتهم التي فقدت سيادتها بالكامل .

ب ـ الركن الثاني : الفرد : بعد أن تحرر الانسان من العبودية وأصبح يمتلك شخصيته القانونية التي يترتب عليها التمتع بما له من حقوق ويتحمل ما يقع عليه من التزامات , وكان من أهم هذه الحقوق هو أن يكون له انتماء سياسي لدولة معينة تضمن حمايته تجاه الافراد والدول , وهذا الحق أصبح من الحقوق الاساسية للإنسان واكدته المادة (15) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948[1] . واذا كان هذا الحق يتمتع به الانسان الطبيعي فإن هذا الحق (حمل الجنسية) بالنسبة للشخص المعنوي كان محل خلاف بين الفقه وذلك في اتجاهين[2] الاول انكر حق الشخص المعنوي في حمل الجنسية كونه يفتقر لبعض خصائص هذا الحق كالولاء السياسي والانتماء الروحي وان الشخص المعنوي لا يدخل ضمن التعداد السكاني للدولة , والثاني يعترف للشخص المعنوي بحق حمل الجنسية إسوةً بالشخص الطبيعي وهو الرأي الراجح واخذت به الهيئات الدولية بل اقرته , وكذلك الامر بالنسبة لجنسية الاشياء ولذلك فإن مفهوم الجنسية لا ينطبق فقط على الشخص الطبيعي الذي يعتبر أحد أركان الجنسية , وإنما يشمل الشخص المعنوي كالشركات والجمعيات والاشياء كالبواخر والطائرات وأضاف اليها بعض الفقه الأقمار الصناعية [3].

جـ ـ الركن الثالث : علاقة قانونية سياسية : لا شك ان العلاقة القانونية هي الرابطة التي تكون بين الفرد والدولة وتحكمها قاعدة قانونية , لذلك عندما نقول ان الجنسية رابطة قانونية بمعنى ان القانون هو الذي ينظم احكام فرض الجنسية ومنحها وفقدانها واستردادها وما يترتب عليها من اثار , وهذه الاثار قد تكون فردية او جماعية .

وبطبيعة الحال فان هذه العلاقة القانونية يترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة بين كل من الفرد و الدولة , لذلك فان الفرد الذي يتمتع بالجنسية يحصل على الصفة الوطنية وغيره تكون صفته اجنبية , والدولة تمنح الامتيازات لمن يحمل الصفة الوطنية , ولذلك تصبح العلاقة قانونية سياسية بينهما لكي يتمتع بجنسيتها ، كون الجنسية تؤدي غرضاً مزدوجاً ، لأنها تبين مقدار الحقوق والالتزامات بين عنصري العلاقة ، فضلاً

([1]) نصت المادة (15) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على " ان يكون لكل انسان الحق في الجنسية " وكذلك نصت المادة 2/24 من العهد الدولي الخاص باتفاقية الحقوق المدنية والسياسية على أنه " لكل طفل الحق في أن تكون له جنسية " .

([2]) د . عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مصدر سابق ، ص 26 وما بعدها .

([3]) لمعرفة المزيد من التفاصيل ينظر د . فؤاد عبد المنعم رياض ، مبادئ الجنسية في القانون المصري المقارن ، ط2 ، دار النهضة العربية ، 1993 ، القاهرة ، ص7 .

عن إنها تبين القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية ، والفرد له دور مهم في هذه العلاقة او الرابطة القانونية السياسية التي تربطه بدولته لان استقلال الدولة واستمرارها يعتمد اساسا على الشعب المكون لها , باعتبار الفرد جزءا منه وله دور في تكوين الدولة وبقائها .

2- الطبيعة القانونية للجنسية

لقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للجنسية ، فهناك نظرتين او اتجاهين تبين لنا تلك الطبيعة وسوف نعرض لهما على النحو الآتي :

الاتجاه الأول : ذهب هذا الاتجاه الى وصف الجنسية بأنها عقد تبادلي بين الفرد والدولة ، والعلاقة بينهما هي علاقة عقدية ، وأساس هذا الوصف هو نظرية العقد الاجتماعي للفقيه الفرنسي جان جاك روسو ، وهذا العقد يستلزم وجود ارادتين هما ارادة الفرد وارادة الدولة (إيجاب وقبول) تتجه كل من الارادتين الى إحداث أثر قانوني وهو صدور الجنسية ، إلا إن الواقع هذه النظرية أو هذا الاتجاه لا يستند على أساس قانوني سليم وتعرض للانتقاد بسبب إن الدولة تُعبر عن إرادتها أولا ووفق ما تضعه من شروط لكسب جنسيتها بصيغة ايجاب عام موجه الى الجمهور ، وارادة الفرد تكون برغبته في الحصول على الجنسية فيكون قبولا منه ، وهذا الايجاب والقبول يظهر بصورة مختلفة وبحسب نوع الجنسية ، فإذا كانت الجنسية أصلية يكون إيجاب الدولة عام موجه للجميع ، وفي اطار الجنسية المكتسبة أحيانا تكون إرادة الفرد في قبول الايجاب صريحة في إطار الجنسية المكتسبة كما هو الحال في التجنس [4] ، وتكون ضمنية كما في الحاق الزوجة بجنسية الزوج بفعل الزواج المختلط أحياناً أخرى ، في حين تكون الإرادة مفروضة في إطار الجنسية الأصلية ، أي تفرض الدولة جنسيتها على الفرد بحكم القانون دون اعتبار لإرادته كونها تثبت للمولود منذ ولادته .

وكذلك الحال عندما تقوم بتجريد الفرد من جنسيته المكتسبة (اللاحقة) بالتجنس لأي سبب من الاسباب المحددة قانوناً دون الرجوع لإرادته ، أي ان إرادة الدولة تغلب على إرادة الفرد في مثل تلك الحالة ، في حين لو كانت الجنسية عقد بين الطرفين لا يجوز لإحداهما الرجوع عن العقد أو تعديله أو إنهائه بإرادة منفردة ، وهو ما أشارت له المادة (146) من القانون المدني العراقي النافذ [5] .

وهناك رأي فقهي يذهب الى تشبيه الجنسية بالشركة ، يعتبر فيها الوطنيين هم أعضاء في هذه الشركة ، وهذا الرأي لا يقوم على أساس قانوني سليم ، لان علاقة الجنسية تخضع كما مرَّ بنا لأحكام قواعد القانون العام ، في حين إن علاقة الشركة تخضع في أكثر الأحيان لقواعد القانون الخاص .

الاتجاه الثاني : ذهب هذا الاتجاه الى وصف الجنسية بعلاقة قانونية بين الفرد والدولة ، والدولة هي التي تكون مختصة بوضع قانون ينظم حالات فرض الجنسية ومنحها وفقدها واستردادها ، وفقا لمصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، في حين ان إرادة الفرد لا تظهر إلا بصورة محدودة وتحديدا في إطار

([4]) د . عكاشة محمد عبد العال ، الوسيط في أحكام الجنسية اللبنانية ، دار الحلبي الحقوقية ، ط1 ، بيروت 2001 ، ص 5 .

([5]) نصت المادة (146) من القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 على أنه " اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي " .

الجنسية المكتسبة عند تقديم الفرد طلبا للجهة المختصة في الدولة للحصول على جنسيتها [6]، وهذا هو الرأي الراجح لدى أغلب الفقه . لذلك فإن الجنسية هي علاقة قانونية تنظم بقانون يصدر بإرادة الدولة يحدد شروط فرضها ومنحها وفقدها واستردادها.

3- أساس الجنسية : يمكن أن نبين الأساس القانوني للجنسية من خلال اتجاهين [7] : الاول يمثله الفقه الانكلوسكسوني الذي يذهب الى ان اساس الجنسية هي المنفعة المتبادلة بين طرفيها , لان الفرد تكون له بموجب الجنسية حقوق وحماية له في داخل الدولة وخارجها ، والدولة لها بموجب جنسيتها الحق في ممارسة ولايتها وسيادتها على من يحمل جنسيتها في الداخل والخارج مما يضمن لها السيطرة المادية والقانونية على مواطنيها .

والثاني يمثل الفقه اللاتيني الذي يذهب الى قيام الجنسية على اساس روحي فيصفها بأنها رابطة روحية قوامها الولاء السياسي و الانتماء الروحي بين الفرد والدولة .

وحقيقة الامر ان الجنسية كما يذهب بعض الفقه تقوم على اساسين الاول مادي (نفعي) والثاني معنوي (روحي) لا يمكن الفصل بينهما ، لان احدهما يقوم على الاخر ، وهو ما اكدته محكمة العدل الدولية في قضية نوتبوم عام 1955، باعتبارها قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي السارية على جميع الدول ، والتي تتلخص بأن تكون صلة حقيقية وفعالة بين الفرد والدولة لكي تمنح تلك الدولة جنسيتها للأفراد .

4- وظائف الجنسية : للجنسية وظيفتان الاولى داخلية عندما يكون الفرد داخل الدولة التي يحمل جنسيتها والثانية دولية في حالة اذا كان الفرد خارج دولته ، ولذلك لابد من عرض تلك الوظيفتين [8] :

1- الوظيفة الداخلية : تؤدي الجنسية وظائف داخلية تتمثل بما يأتي :
أ- الحقوق والالتزامات : تعتبر الجنسية معيار لتمييز الوطنين عن الاجانب ، وتميز ايضا بين الوطنيين الاصليين عن الطارئين (المتجنسين) لتحديد ما يتمتعون به من حقوق وما يقع عليهم من التزامات ، فالدولة توفر للوطنيين حقوق والتزامات اوفر من التي تمنحها للأجانب ، وتمنحها بشكل فوري ومباشر للوطنيين الاصليين ، وتعلق هذا المنح على مضي مدة معينة بالنسبة للوطنيين المتجنسين وعليه فأن الجنسية تؤدي وظيفة داخلية كما هو شأن جميع دول العالم.
ب - النظام القانوني : تعتمد الجنسية في اكثر دول العالم معيارا لتحديد الاختصاص القانوني في مسائل الحالة الشخصية للأفراد ، وتُعد عنصر من عناصر الحالة الشخصية ، كونها تصل بين حالة الشخص واهليته وزواجه وطلاقه ونسبه وميراثه والنظام القانوني لدولة جنسيته ، ولذلك فإنها تؤدي وظيفة داخلية لها ابعاد دولية ولها تأثير على المركز القانوني للفرد في العلاقات ذات البعد الدولي او المشوبة بعنصر اجنبي ، وعليه تعتبر الجنسية معيار عالمي لأنها تعتمد لدى اغلب الدول لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الاحوال الشخصية ، في حين تعتمد بعض الدول الموطن بوصفه معيارا في هذا المجال منها بريطانيا

([6]) د . ابراهيم أحمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، 2003 ، ص13 .
([7]) د . عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مصدر سابق ، ص 32 .
([8]) د . عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، مصدر سابق ، ص 33 وما بعدها .

والولايات المتحدة الامريكية ، وايضا اعتماد الجنسية لتحديد النظام القانوني الداخلي للشخص المعنوي اذا تم منحه جنسية دولة مركز الادارة الرئيس.

2 - الوظيفة الدولية : و تتمثل هذه الوظيفة بما يأتي :

1- قبول الدولة دخول مواطنيها في حالة ابعادهم من دولة اجنبية او عودتهم بعد انتهاء اقامتهم في الخارج ، وكذلك تلتزم بعدم ابعاد مواطنيها عن اراضيها وخاصة الاصليين كونهم يحملون جنسية الدولة ويتمتع بحق القرار على اراضيها الوطنية.

2- تلتزم كل دولة بحماية مواطنيها دبلوماسيا في حالة اذا لحقهم ضرر دون ارادتهم ، ولم يستطيعوا الحصول على حقوقهم ، من خلال الاجراءات القضائية الداخلية في دولة اقامتهم .