المحاضرة الرابعة

الأساس التاريخي لمشكلة التكييف

نعرض في هذا المطلب إلى بعض القضايا التقليدية المعروفة في القانون الدولي الخاص التي فصل فيها القضاء الفرنسي لاستجلاء الصعوبات التي تواجه القاضي في التكييف و موقفه من حلها،حيث سنستعين بها في شرح آراء الفقه لاحقاً.

قضية وصية الهولندي

و تتلخص وقائعها في أن هولندياً مقيماً بفرنسا كان قد حرر فيها وصية بخط يده طبقاً لأحكام المادة 999 مدني فرنسي،التي تجيز للفرنسي و لو كان بالخارج أن يبرم وصية عرفية موقعاً عليها بخطه،و بمفهوم المخالفة يجيز القضاء و الفقه الفرنسيان للأجانب الموجودين بفرنسا إجراء وصاياهم في ذات الشكل أيضاً،و لما توفى الموصي طعن الورثة في صحة الوصية بالبطلان تأسيساً على المادة 992 من القانون المدني النيرلندي التي تمنع الهولنديين و لو كانوا في الخارج من إجراء وصاياهم في الشكل العرفي،و تعتبر إجراء الوصية في الشكل الرسمي مسألة مكملة للأهلية تتعلق بحماية الموصي، و لما عرض النزاع أمام محكمة "أورليان" وجدت نفسها أمام مشكلة متعلقة بالتكييف تدور حول تحديد طبيعة موضوع النزاع [5]هل هو خاص بالشكل الخارجي فتخضعه لقاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات القانونية و هي إسناده لقانون محل إبرامه(القانون الفرنسي)،و من ثم تقضي بصحة الوصية،أو هو متعلق بالشكل المكمل للأهلية الذي يلحق بحكم الأهلية و حينئذٍ يسري عليه قانون جنسية الموصى (القانون الهولندي) طبقاً لقاعدة التنازع في القانون الفرنسي،مما يؤدي إلى الحكم ببطلان الوصية طبقاً للمادة 992 مدني هولندي،إذن الإشكال المطروح يتعلق بتحديد القانون الذي يخضع له التكييف،إذا طبقت المحكمة القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي فهو يعتبر المسألة متعلقة بالشكل الخارجي،و أن كتابة الوصية عملاً بالمادة 999 مدني فرنسي القصد منه هو مجرد تيسير إثباتها فقط،أما إذا أخذت بتكييف القانون الهولندي فسوف تنتهي إلى أن موضوع النزاع (الشكل المطلوب لتحرير الوصية) يتعلق بالشكل المكمل للأهلية،لأن حظر إجراء الوصايا في الشكل العرفي يقصد منه في القانون الهولندي حماية المواطنين حتى لا ينقادوا بسهولة تحت تأثير بعض الظروف العارضة للتبرع بأموالهم من غير تبصر،و لكن المحكمة انتهت في الأخير إلى ترجيح وجهة النظر الأولى و كيفت النزاع على ضوء أحكام القانون الفرنسي فقضت بصحة الوصية،و لو فرضنا أن النزاع عرض على قاضي بلد آخر يتفق قانونه مع أسس القانون الهولندي لقضى بغير ما انتهى إليه القاضي الفرنسي.

.

ووهناك قضية ميراث المالطي قد فصلت فيها محكمة استئناف الجزائر بتاريخ 24 ديسمبر 1889 و تتلخص وقائعها في أن زواجاً تم بمالطا بين مالطيين الزوجين "بارتولو" (Bartholo) [6] طبقاً للقانون المالطي ثم هاجر الزوجان إلى الجزائر و أقاما فيها و تملك الزوج عقارات فيها،و بعد وفاته في الجزائر طالبت زوجته بحقها فيما تركه زوجها الذي خوله لها القانون المالطي،هذا الحق يعرف باسم نصيب الزوج الفقير أو البائس (La quatre du conjoint pauvre) و هو نظام معروف في القانون المالطي دون القانون الفرنسي الذي كان في ذلك الوقت لا يعطي للزوجة إلا الحق في قسمة الأموال المشتركة و حقها في استرداد أموالها الخاصة،فتردد القاضي المعروض عليه النزاع بين تطبيق القانون المالطي و القانون الفرنسي،إن المسألة تتعلق بتحديد الوصف القانوني الملائم للحق المطالب به،هل هذا الحق هو جزء من الميراث فيطبق عليه القانون الفرنسي طبقاً لقواعد الإسناد فيه (قانون موقع العقار) و من ثم لا تحصل الزوجة على الحق المطالب به،أو هو حق لها بسبب بقائها على قيد الحياة بعد وفاة الزوج و يعد منفعة زوجية فضلاً عن الميراث،و مع ذلك يدخل هذا النصيب في النظام المالي للزوجين الذي يخضع للقانون المالطي باعتباره القانون الخاص بنظام أموال الزوجين،و قد كيفت المحكمة المسألة التي يثيرها ادعاء الزوجية بأنه يدخل في فكرة الميراث و ذلك حسب أحكام القانون الفرنسي،قانون القاضي الذي ينظر الدعوى،و لما كان القانون الواجب التطبيق على الميراث في العقارات هو قانون الموقع،أي القانون الفرنسي،فقد قضت المحكمة في النهاية برفض ادعاء الزوجة،باعتبار أن القانون الفرنسي لا يعترف بمثل هذا الحق (نصيب الزوج المحتاج) وقت صدور الحكم.

و كذلك قضية أجدن تتلخص وقائعها أن فرنسياً قاصراً ذهب إلى انجلترا و تزوج هناك من امرأة انجليزية دون حصوله على إذن من والديه عملاً بالمادة 148 مدني فرنسي،و عندما عاد إلى فرنسا طالب أمام القضاء الفرنسي بإبطال الزواج للسبب المذكور،فأبطله القضاء الفرنسي ثم تزوج ثانية،كما تزوجت زوجته السابقة الانجليزية من زوج انجليزي،و عندما علم هذا الأخير سبق زواجها طالب أمام المحاكم الانجليزية ببطلان الزواج الثاني منها لتعدد الأزواج فقضت محكمة الاستئناف الإنجليزية سنة 1908 ببطلانه و اعتبار زواج الانجليزية من الفرنسي صحيحاً،إذن ما هو السر في تضارب هاذين الحكمين؟إن السبب راجع إلى التكييف و اختلاف مفهومه في القانون الفرنسي عنه في القانون الانجليزي ففي القانون الفرنسي يعتبر رضا الأولياء من الأشكال المكملة للأهلية، و بالتالي يخضع لقانون الجنسية و هو القانون الفرنسي،بينما يعتبر في القانون الانجليزي من الأشكال الخارجية و يخضع لقاعدة لوكيس و هو القانون الانجليزي ،و بالتالي عندما عرضت القضية أمام المحاكم الفرنسية كيفت النزاع بأنه يتعلق بالأهلية و طبقت عليه القانون الفرنسي،و لكن لو كيفته طبقاً للقانون الانجليزي و اعتبرت رضا الأولياء من الأشكال الخارجية و طبقت عليه قاعدة لوكيس لاعتبرت الزواج صحيحاً و العكس بالنسبة لموقف القضاء الانجليزي.

و قضية زواج اليوناني تتمثل وقائعها في أن يونانياً اسمه كراسلانيس(Caraslanis) تزوج في فرنسا من فرنسية طبقاً للشكل المدني المعمول به في فرنسا،فطعن أولياؤه ببطلان هذا الزواج لأنه لم يتم حسب الشكل الديني الذي يتطلبه القانون اليوناني،قانون جنسية الزوج،و الذي يعتبر إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة موضوعية و تدخل في نظام الأحوال الشخصية،و لكن محكمة النقض الفرنسية قضت باختصاص القانون الفرنسي في تحديد طبيعة المسألة المتنازع عليها، و اعتبرت إشهار الزواج في الشكل الديني مسألة شكلية لا موضوعية و تسري عليه قاعدة لوكيس و بالتالي قضت بصحة الزواج، و قالت المحكمة حيث أن مسألة تحديد ما إذا كان إشهار الزواج يدخل في قواعد الشكل أو في القواعد الموضوعية يفصل فيها القضاة الفرنسيون طبقاً لمفاهيم القانون الفرنسي الذي يعتبر الطبيعة الدينية أو المدنية للزواج مسألة شكل،و بالتالي الزواج المدني الذي أبرمه الزوجان يعتبر صحيحاً وفقاً لقاعدة لوكيس.

الظاهر من الأمثلة السابقة و غيرها اختلاف موقف القضاء بصدد التكييف الذي هو مسألة مهمة يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق،و أن القضاء كيّف الوقائع دائماً طبقاً للقانون الوطني،فهل هذا الموقف سديد أو أن له مساوئه؟ هذا ما نتعرف عليه فيما سيأتي:

موقف الفقه و التشريع من التكييف

نعرض في هذا المبحث إلى مختلف الآراء الفقهية المنظرة لمشكلة التكييف على ضوء القضايا التي سبق التعرض لها في المبحث الأول،ثم ننتقل إلى تبيان موقف مختلف التشريعات من التكييف لاسيما موقف المشرعين المصري و الجزائري على اعتبار أن قواعد الإسناد الجزائرية مستمدة من نظيرتها المصرية.

موقف الفقه من التكييف

اختلف الفقهاء في تعيين القانون الذي يخضع له التكييف،فرأى البعض أن التكييف يخضع للقانون الأجنبي المختص بحكم النزاع،و ذهب الرأي الراجح إلى إسناده لقانون القاضي،و اقترح البعض الآخر الجمع بين القانونيين،و رأى فريق رابع إخضاع التكييف للمبادئ العامة في القانون المقارن،و نشير بإيجاز إلى هذه الآراء فيما يلي:

إخضاع التكييف لقانون القاضي

يعتبر التكييف أو تحديد الوصف القانوني للمسألة محل النزاع عملية أولية لازمة لمعرفة و اختيار قاعدة الإسناد، و بالتبعية لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع،و من الطبيعي أن يجري القاضي التكييفات اللازمة حسب المبادئ و الأحكام السائدة في قانونه،و هذا أمر بديهي،فعملية التكييف ذات طبيعة واحدة سواء تعلق الأمر بمنازعات وطنية بحتة أم بمنازعات منطوية على عنصر دولي أو أجنبي.

و أول من ناد بهذه النظرية هو الفقيه الألماني "فرانتس كان" (Frantz Kahn)، و لكن يرجع الفضل في بلورتها و استخلاص عناصرها و إيضاح معالمها إلى الفقيه الفرنسي "بارتان" (Bartin)[15]

و يستند خضوع التكييف لقانون القاضي إلى عدة أسانيد،ساق بعضها الأستاذ "بارتان" و أضاف الفقه الحديث البعض الآخر.

السند الأول: عملي :و يقوم على الواقع القضائي،فقد كشف الأستاذ "بارتان" أن المحاكم الفرنسية قد درجت على إخضاع التكييف للقانون الفرنسي،باعتباره قانون القاضي،وحده دون غيره،و من بين القضايا التي استشهد بها هذا الفقيه، قضية ميراث المالطي،حيث كيفت المحكمة المسألة التي يثيرها ادعاء الزوجية بأنه يدخل في فكرة الميراث و ذلك حسب أحكام القانون الفرنسي،قانون القاضي الذي ينظر الدعوى،و لما كان القانون الواجب التطبيق على الميراث في العقارات هو قانون الموقع،أي القانون الفرنسي،فقد قضت المحكمة في النهاية برفض ادعاء الزوجة،باعتبار أن القانون الفرنسي لا يعترف بمثل هذا الحق (نصيب الزوج المحتاج) وقت صدور الحكم.

السند الثاني: سياسي :و يقوم على فكرة سياسية أكثر منها قانونية،و هي فكرة السيادة،حيث يرى الأستاذ "بارتان"،أن تنازع القوانين ما هو في الحقيقة إلا تنازعاً بين سيادات الدول المختلفة التي على صلة بالعلاقة محل النزاع،فالأمر يتعلق هنا بتحديد نطاق سلطان و مجال انطباق تشريعات تلك الدول،أي تحديد مدى السيادة التشريعية لها،و لما كانت وظيفة قاعدة الإسناد لا تعدو أن تكون فضا للتنازع بين السيادات،و كان التكييف يعتبر مسألة أولية و لازمة لإعمال قاعدة الإسناد فهو يتصل أيضاً بفكرة السيادة،و لما كان التكييف يحدد نطاق تطبيق قاعدة الإسناد فيكون من غير المتصور أن يتنازل المشرع أو القاضي الوطني عن هذه المسألة المتعلقة بنطاق سيادة دولته التشريعية لقانون آخر غير قانونه.

السند الثالث : قانوني :و لم يرق السند السياسي في نظر غالب الشراح،فإخضاع التكييف لقانون القاضي يقوم على وظيفة التكييف كعملية فنية في علاقته بقاعدة الإسناد فهذه الأخيرة،لا تهدف إلى فض التنازع بين سيادات أو رسم النطاق المكاني لتطبيق القوانين في الدول المختلفة،و إنما وظيفتها اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي. و هذا لا يمكن إدراكه أو تحقيقه إلا بعد إجراء التكييف اللازم للمسألة المعروضة،فالتكييف ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد ذاتها.

فالقاضي الذي يكيف شرط شهر الزواج في حفل ديني يحضره كاهن يقوم بطقوس معينة،لا يقصد في الواقع سوى تفسير قاعدة الإسناد التي تقرر اختصاص قانون محل إبرام الزواج بحكم مسائل الشكل،أو التي تقرر اختصاص القانون الشخصي بحكم المسائل الموضوعية في الزواج،و ذلك ليتوصل إلى معرفة ما إذا كان هذا الشرط يتعلق بالشكل أم بالموضوع،و هو إذ يفسرها لا يفسرها إلا حسب أحكام قانونه الذي تشكل قاعة الإسناد جزءاً منه.

و يقترب من هذه الحجة ما يراه الأستاذ موري من أن التكييف هو تفسير لقواعد الإسناد لا غير و على القاضي أن يفسر قواعد التنازع في قانونه طبقاً لهذا القانون أيضاً،مثلا ينبغي أن يتحدد شكل التصرف الخاضع لبلد الإبرام عملاً بقاعدة لوكيس حسبما هو مقرر في قانون القاضي،و قد أيد الفقيه باتيفول هذا الرأي معتبراً التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد و أخذ به غالبية الفقهاء في القانون المقارن.

السند الرابع: منطقي :و مقتضاه أن "البيئة أو الجو القانوني" الذي يعمل فيه القاضي الذي يواجه حل مشكلة تنازع القوانين يقودانه إلى تطبيق قانونه على عملية التكييف،فقاعدة الإسناد ذاتها،كما مضت الإشارة،قاعدة وطنية داخلية، و تشكل جزءاً من قانون القاضي،و كل ما يلزم لإعمالها يلتمس بجانب ذلك القانون،كما أن القاضي نفسه،و إن كان يفصل في منازعة خاصة دولية،ليس قاضياً دولياً بل قاضي وطني يتأثر في تكوينه و عمله بمفاهيم و أحكام قانونه الوطني،كل هذا يؤدي بالضرورة إلى إجراء التكييف وفقاً للمبادئ و الأحكام السائدة في قانونه.

و لا يعكر صفو هذا "الجو الوطني" تدخل قانون أجنبي حيث أن التكييف هو عملية أولية سابقة على إعمال قاعدة الإسناد و الكشف عن إمكانية تطبيق قانون أجنبي،فقبل تمام التكييف أو تحديد الوصف القانوني للمسألة المثارة لا يكون هناك قانون آخر ينازع قانون القاضي اختصاصه و لا يمكن التكهن بهذا القانون حيث أن القاضي لم يعرفه بعد.

و هناك حجة أخرى للفقيه أرمنجون الذي يرى أن التكييف يجب توحيده وطنياً،و يجب ألا يتغير بتغيير القانون المختص،فليس من المعقول أن يعتبر القاضي الوطني العلاقة مرة داخلة في الميراث و مرة أخرى مشارطات الزواج تبعاً لاختلاف القوانين في التكييف (راجع قضية المالطي)،إن العدالة تقضي أن يكون القانون الخاص بالتكييف قانوناً واحداً و هذا يتأتى بإعمال قانون القاضي وحده.

و الحقيقة هي أن التكييف يجب أن يخضع لقانون القاضي لاعتبار هام،و هو أنه في حالة تنازع عدة قوانين ليس من ضمنها قانون القاضي،فيجب أن يحتكم إلى هذا القانون ما دام النزاع رفع أمام محاكمه إذا فرضنا أن نزاع زواج اليوناني طرح أمام القاضي الجزائري نجد أن المسألة تنازعها ثلاثة قوانين،قانون مكان إبرام الزواج و القانون الوطني للزوجين و قانون القاضي،هذا القانون الأخير ليس له صلة بالاختصاص الموضوعي،و مع ذلك يجب الفصل بين القانونين الأولين بين ما يعود من النزاع إلى الموضوع و ما هو خاص بالشكل،طبقاً لأحكام قانون القاضي باعتباره قانوناً محايداً،و إلا كان إعمال أحد القانونين و تفضيله على الآخر من قبيل المصادرة على المطلوب.

الاستثناءات الواردة على فكرة خضوع التكييف لقانون القاضي.

التكييف الأولي و التكييف الثانوي: يفرق "بارتن" بين التكييف الأولي و السابق و التكييف اللاحق أو الثانوي:

الأول: غرضه الاهتداء إلى قاعدة الإسناد التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة لمعرفة القانون المختص بحكمها، و الثاني: هو الذي يتطلبه القانون الذي عينته قاعدة الإسناد بعد الاهتداء إليها،فالتكييف الأولي هو الذي يخضع لقانون القاضي،أما الثاني فيخضع للقانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد.

و عليه لو عرضت على القاضي علاقة اتفاقية معينة فإنه يقوم بتكييفها وفقاً لقانونه،فإذا اهتدى إلى أنها تدخل ضمن فئة الالتزامات التعاقدية أخضعها لقانون الإرادة،و هذا هو التكييف الأولي،و به قد عرف القانون المختص بحكمها،و ينتهي هنا دور قانون القاضي ليأتي دور القانون المختص ليكيف لنا هذه العلاقة التعاقدية فيما إذا كانت عقد بيع أو عقد هبة،و إذا كانت عقد بيع،هل هو بيع تجاري أم بيع مدني و هكذا...

و قد كان بارتن يعتبر في البداية التكييف الثانوي استثناء من التكييف وفقاً لقانون القاضي،غير أنه عدل عن ذلك في أبحاثه اللاحقة و اعتبره نتيجة منطقية للأساس الذي بنى عليه نظريته و هي فكرة السيادة،ذلك أنه لما كان يتوقف على التكييف الأولي معرفة القانون الأجنبي المختص،و الذي تطبيقه يعد انتقاصاً للسيادة التشريعية للدولة،فإنه لا يمكن أن يتم إلا وفقاً لقانون القاضي لأن هذا الأخير هو وحده الذي يملك بيان قدر هذا الانتقاص من السيادة و حدوده،و أما التكييف اللاحق فلما كان لا علاقة له بالاختصاص التشريعي و لا أثر له عليه،فخضوعه للقانون الأجنبي لا مساس فيه بالسيادة التشريعية للدولة.

و قد أقر الفقه الحديث رأي بارتن الذي يميز بين التكييف السابق و التكييف اللاحق،لكن على أساس مختلف،فالتكييف الأولي عند هذا الفقه ما هو إلا تفسير لقاعدة الإسناد في قانون القاضي،و لهذا فمن المنطقي ألا يخضع إلا لهذا القانون،أما التكييف اللاحق فهو تفسير للقانون الأجنبي فمن المنطقي ألا يتم إلا وفقاً لهذا القانون.

و يقول الأستاذان لورسان و بورال أن التكييفات الثانوية ليست تكييفات دولية،و إنما هي تكييفات داخلية،و عليه لا يمكن اعتبارها استثناءاً حقيقياً من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي.

2-مدى خضوع المال للتكييف وفقاً لقانون القاضي: يرى بارتن أن تكييف المال هل هو عقار أم منقول لا يخضع لقانون القاضي و إنما لقانون موقعه،و قد عد ذلك استثناءاً من التكييف وفقاً لقانون القاضي،و يبرر ذلك بما يحتاج إليه اكتساب الحقوق العينية من طمأنينة،و ما تتطلبه المعاملات من استقرار.

و الواقع أنه إذا كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي تخضع المال سواء كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون موقعه فإن هذا الاستثناء الذي أورده بارتن لا مبرر له لأنه لا تأثير له على القانون المختص الذي تعينه قاعدة الإسناد في قانون القاضي فيبقى دائماً هو نفسه بدون تغيير،و عليه فإن التكييف الذي يتم وفقاً لقانون موقع المال لا يعدو أن يكون في هذا الفرض من التكييفات اللاحقة التي سبق الحديث عنها.

و لكن إذا كان القانون المختص بحكم المال يختلف بحسب وصف هذا الأخير هل هو عقار أم منقول،كما هو الحال مثلاً في القانون الفرنسي الذي يخضع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفي،و الميراث في العقار لقانون موقعه،فإن هذا الاستثناء له حينئذٍ تأثير على القانون الذي يحكم المال محل النزاع إذ يختلف باختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف، و لذلك يعد هذا الاستثناء استثناءاً حقيقياً.

و قد انتقد جانب كبير من الفقه هذا الاستثناء على أساس أن سلامة المعاملات لا تتطلب بالضرورة الخروج على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضي،كما أن هذا الاستثناء من شأنه إعطاء لقاعدة الإسناد في قانون القاضي تفسيراً غير الذي أراده المشرع واضعها،ذلك أنه إذا كان المشرع قد أخضع العقار مثلا لقانون موقعه فإن التكييف الذي يتم وفقاً لقانون موقعه قد يجعل القاضي يطبق قانون الموقع على ما لا يعد عقاراً وفقاً لقانونه،و أخيراً فإن الأخذ بهذا الاستثناء سيكون صعباً لما يكون المال كائناً في إقليم أكثر من دولة و يختلف تحديد طبيعته من قانون إلى آخر مما يؤدي إلى تعدد قواعد الإسناد و تضاربها بشأن نفس النزاع.

و لكن النصوص القانونية الخاصة بالتكييف في القانون المقارن،لا تورد هذا الاستثناء صراحة،و كذلك لا يتضح هذا الاستثناء في قاعدة الإسناد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المال،و يعارضه كثير من الفقهاء،و مع ذلك فقد أخذ بهذا الاستثناء قانون الإمارات العربية المتحدة صراحة،فنصت الفقرة الثانية من المادة18 من القانون رقم5 لسنة 1985 على أن قانون الدولة التي يوجد بها المال هو الذي يحدد ما إذا كان هذا المال عقاراً أو منقول.

3- تكييف الفعل الضار : هل هو مشروع أو غير مشروع و إذا كان غير مشروع فهل هو جريمة مدنية أو جزائية يخضع لقانون المكان الذي وقع الفعل في إقليمه،لأن اختصاص هذا القانون من النظام العام و تقتضيه العدالة.

4-إذا تعلق محل النزاع بنظام قانوني غير معروف في قانون القاضي كنظام الوقف الإسلامي و نظام التراست في القانون الانجليزي ،و هما نظامان غير معروفين في القوانين اللاتينية،وجب أن يخضع التكييف للقانون الأجنبي الذي يعرف هذا النظام و إلا شوهت الطبيعة القانونية لمحل النزاع.

5-التكييف و قاعدة الإسناد الواردة في معاهدة: التكييف وفقاً لقانون القاضي ينبغي أن يتجنب لما تكون قاعدة الإسناد واردة في معاهدة دولية لأنه يؤدي إلى الاختلاف في تحديد نطاقها (أي نطاق قاعدة الإسناد) نتيجة الاختلاف في التكييف من دولة متعاهدة إلى أخرى،و في ذلك تعطيل لأحكام المعاهدة و تحلل من أحكامها،و إدراكا لهذه الخطورة فإن أغلبية المعاهدات المبرمة في الوقت الحاضر تحرص على إعطائها بنفسها التكييفات الأساسية اللازمة.

غير أن جانباً من الفقه لا يؤيد بارتان في الاستثناءات الأربعة الأولى،و يرى أن تطبيق قانون القاضي شامل لكل المسائل و إلا ترتبت نتائج عملية سيئة أحياناً،مثلاً في القانون الفرنسي يكيف المحل التجاري و مكاتب التوثيق على أنها منقولات بينما الأسهم التي يصدرها بنك فرنسا تعد من العقارات و يجوز رهنها رهناً تأمينياً،كذلك الإيرادات المرتبة تعد منقولات في القانون الفرنسي الحديث في حين كانت في القانون الفرنسي القديم و لا تزال في بعض القوانين الأجنبية من العقارات،كما أن البعض الآخر من الفقهاء يأخذ على رأي بارتان أن التوسع في تفسير القاعدة العامة يؤدي إلى قبول الاستثناءات الأخرى أو رفض الاستثناءات التي أقرها، و هذا على خلاف النظرية الثانية التي نعرضها فيما يلي: