



## **СОДЕРЖАНИЕ**

### **ЗАЛОГОВОЕ ПРАВО**

Вещный момент в залоговом праве: отечественная доктрина и исторические уроки .....	6
Комиссионная оговорка при залоге: в поисках согласования интересов сторон реального обеспечения .....	19
Удержание, законное владение и проблема приоритета .....	58
Догматика последующего залога: опыт римской юриспруденции .....	70

### **ОБЯЗАТЕЛЬСТВО**

Делегация и исполнение: анатомия обязательства.....	104
Russian Private Law and European Legal Transplants .....	229
Наука сравнительного права и кауза сделки в Гражданском кодексе РФ .....	242
Исполнение обязательства в натуре: возрождение договорной дисциплины в постсоветском обязательственном праве или новое определение ценности обязательства .....	255
Объективные критерии освобождения от ответственности в гражданском праве .....	294
Изменение и расторжение договора вследствие существенного изменения обстоятельств: европейская правовая традиция и современные тенденции .....	305

### **ДОГОВОР КУПЛИ-ПРОДАЖИ**

Специфика обязательства продавца по римскому праву и нормативная относительность производного приобретения покупателя.....	342
--	-----

“Fidem emptoris sequi”: Good Faith and Price Payment in the Structure of the Roman Classical Sale .....	354
Reconstructing the Jurist’s Reasoning: ‘bona fides’ and ‘synallagma’ in Labeo (D. 19, 1, 50).....	377
Возложение риска на покупателя в классической купле-продаже.....	398

# **ЗАЛОГОВОЕ ПРАВО**

## ВЕЩНЫЙ МОМЕНТ В ЗАЛОГОВОМ ПРАВЕ: ОТЕЧЕСТВЕННАЯ ДОКТРИНА И ИСТОРИЧЕСКИЕ УРОКИ

**Аннотация:** Утверждение понимания залогового права как вещного требует отказа от узких материалистических трактовок вещного права. Трудности осмысления института залога связаны с преодолением пережитков отживших конструкций реального обеспечения. Осознание исторических корней современных заблуждений ведет к разработке развитой догматики залогового права.

**Abstract:** The understanding of the security right as proprietary one implies refusal of a narrow materialistic treatment of the right in a thing (*ius in re*). The difficulties in assessment of the institutes of mortgage and pledge are connected with the overcoming of obsolete conceptual settings of security. The comprehension of historical roots of the present-day doctrine shortcomings may bring to a proper dogmatic conceptualization of the security right.

Содержание залогового права составляет проблему, решение которой в европейской юридической науке затянулось. Это объясняется тем, что господствующие в практике большинства европейских стран конструкции реального обеспечения существенно отличались от научных концепций залогового права. Многие реликты этих неразвитых конструкций до сих пор представлены в действующем законодательстве ведущих стран европейской правовой традиции. Учет затянувшегося преобладания примитивных форм гарантий обязательства необходим для понимания того отнюдь не прямолинейного пути, по которому идет развитие обеспечительных форм и научного осмысления этой области гражданского права. Если основы догматики института и развитого понимания сущности залогового права были заложены в середине XIX в., то законодательное воплощение этих достижений юридической науки значительно ближе к нам по времени: впервые залоговые отношения в развитой форме были предусмотрены лишь в гражданских кодексах Нидерландов (1992 г.) и России (1994 г.)<sup>1</sup>.

---

<sup>\*</sup> Впервые опубликовано в издании: Гражданское право. 2015. № 2. С. 6–12.

<sup>1</sup> Неудивительно, что одной из прорывных работ в современном осмыслении сущности залогового права стало немецкое исследование регулирования в голландском

Ситуация предстанет менее парадоксальной, если учесть, что и в голландской и в российской юридической литературе до сих пор распространены воззрения далекого прошлого, которое, казалось бы, было преодолено в действующем законе. Небесполезно проследить полемику прошлого и критически проанализировать аргументацию современных сторонников отживших концепций.

Классический залог как способ обеспечения исполнения обязательства наделяет залогового кредитора правом на преимущественное перед другими кредиторами удовлетворение из стоимости заложенной вещи (приоритет — *ius praelationis*). Это право позволяет кредитору преследовать заложенную вещь в руках любого третьего лица (по вещному иску) даже в случае смены собственника-залогодателя (право следования — *ius sequelae*), что предполагает наличие у залогодержателя особого абсолютного права на заложенную вещь. Вещное право кредитора не отменяет право собственности залогодателя, а, напротив, находит в нем свое оправдание и основание: залоговое право — это *право на чужую вещь*. По словам Г.Ф. Пухты, «оно предоставляет кредитору благо, из ценности которого он получает удовлетворение, если оно не последует от должника»<sup>2</sup>.

Данная конструкция, которую можно рассматривать как выражение «общей природы залогового права», получила признание лишь в результате напряженных научных споров с теми исследователями, которые видели в залоговом праве дополнительное обязательство должника, наделяя права залогодержателя лишь обязательственным значением<sup>3</sup>. Именно так понимались слова источников о залоге как «обязательстве вещи» (*obligatio rei*)<sup>4</sup>. А. Бринц построил на этом концепцию ответственности вещей, которая вместе с ответственностью

---

праве непосессорного залога (все еще неизвестного немецкому праву): Reich B. Das stille Pfandrecht der Niederlande. Göttingen, 2006. Об актуальности голландского опыта для российского права см.: Егоров А.В., Усманова Е.Р. Залог и титульное обеспечение: теоретико-практическое сравнение конструкций // Вестник гражданского права. 2014. № 4 (14). С. 94 и сл.

<sup>2</sup> Puchta G.F. Lehrbuch der Pandekten, 4. Aufl. von A. F. Rudorff. Leipzig: Barth, 1853. § 246. S. 726: “Es wird dem Gläubiger ein Gut angewiesen, durch dessen Verwertung er seine Befriedigung, wenn sie nicht von dem Schuldner erfolgt, finden soll”.

<sup>3</sup> Уже в работах Бюхеля (*Büchel K. Über die Natur des Pfandrechts // Civilrechtliche Erörterungen. Bd. 1. Marburg: Garthe 1834*) и Синтениса (*Sintenis K.F.F. Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle: Schwetschke, 1836*). О дискуссии о природе залога в науке XIX в. см.: *Wiegand W. Zur Entstehung der Pfandrechts-theorien im 19. Jahrhundert // ZNR. 1. 1981. S. 1 sqq.*

<sup>4</sup> См.: *Хвостов В.М. Система римского права [1908]. М., 1999. С. 330 сл., 337 слл.*

лиц образует единую систему ответственности<sup>5</sup>. Однако специфика терминологии сама по себе ничего не говорит о юридической природе залога. Это выражение следует, вслед за Г. Дернбургом<sup>6</sup>, понимать как «обременение вещи» залогом или ипотекой (*res pignori (hypothecae) obligari*: D. 2, 14, 52, 4; 20, 6, 4, 2; 5, 2; 11 pr, 12 pr)<sup>7</sup>, что соответствует идее вещного, а не обязательственного права. Залог неоднократно прямо называется в источниках «вещным правом» — *ius in re* (D. 9, 4, 30; 39, 2, 19 pr). Поддерживая это толкование, Л.А. Кассо совершенно справедливо говорит о «картинных выражениях» источников<sup>8</sup>.

Опровергая построения К. Бюхеля и К.Ф. Сентениса, Г. Дернбург<sup>9</sup> показал, что обращение взыскания на вещь покоится на вещном господстве кредитора, а не на обязательственном праве. Во-первых, такое взыскание из стоимости вещи не требует предварительного предъявления требования из основного обязательства. Во-вторых, власть кредитора над заложенной вещью защищается вещным иском (*actio hypothecaria — actio in rem*)<sup>10</sup>. По этому иску кредитор требует у владельца не исполнения обязательства, а добивается выдачи владения на основании права, которое ему принадлежит против вещи (D. 21, 2, 66 pr; 20, 6, 12, 1; 8, 6; C. 8, 14, 18). Отказ выдать вещь приводит к присуждению не суммы долга, а всей стоимости вещи (D. 20, 1, 16, 3; 21, 3). Это было бы невозможно, если бы вещь отвечала за долг, а ее владелец рассматривался как представитель должника. Наконец, заложенная вещь никогда не получает положения активного субъекта (и от должника не требуется действий), но всегда — пассивное положение обремененной вещи: вещь оказывается подчиненной кредитору, тогда как должник остается от него независимым. Если установление обязательства никогда не уподобляется отчуждению (отчуждение объ-

<sup>5</sup> *Brinz A.* Lehrbuch der Pandecten. Bd. 2. Abt. 2. Erlangen, 1882. § 207–208.

<sup>6</sup> *Dernburg H.* Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. I. Leipzig, 1860. S. 96 sq.

<sup>7</sup> Ср. “*pignus liberari*” (освободить вещь от залогового обременения) в D. 20, 6, 4, 1; 6 pr.

<sup>8</sup> *Кассо Л.А.* Понятие о залоге в современном праве [1898]. М., 1999. С. 23.

<sup>9</sup> *Dernburg H.* Das Pfandrecht. S. 107–109.

<sup>10</sup> Вещный характер иска подчеркивают его наименования: “*petitio*”, “*vindicatio*” (С. 8, 32, 2), как показал уже Бахофен: *Bachofen J.J.* Das römische Pfandrecht [1847] Kessinger Publishing, 2010. S. 30), однако важно не наименование, а то, что кредитор обращает взыскание непосредственно на вещь. Залоговый кредитор располагает также негаторным иском (D. 8, 1, 16) и иском собственника в случае кражи — *condictio ex causa furtiva* (D. 13, 1, 12, 2).

екта обязательства состоится лишь в будущем), то обременение вещи залогом трактуется как отчуждение, подобно установлению сервитута (С. 4, 51, 7).

Теория обязательственного залога заслуживает критического осмысления не только потому, что в современной отечественной цивилистике она получила незаслуженное возрождение, но потому что она выявляет извечные проблемы понимания права на чужую вещь, которое требует развития понятийного аппарата и не может удовлетвориться узким горизонтом утилитаристских трактовок.

Уже в первом издании ставшего классическим трактата, во многом определившего развитие российской науки договорного права, В.В. Витрянский<sup>11</sup> определил залоговое право как *обязательственное*. Ученый опирался на дискуссию о природе залога в дореволюционной отечественной литературе, включение залога в конкурсную массу в случае банкротства должника, возможность установить залоговое право на требование, а также на право, которое должник приобретет в будущем, на применение к передаче залоговых прав правил о цессии. Ученому представлялось, что все приведенные факты несовместимы с вещной трактовкой залога. Однако они не отменяют того, что залоговое право пользуется по нашему закону вещно-правовой защитой и отличается правом следования, т.е. является абсолютным имущественным правом. Исключение в действовавшем тогда законе возможности приобретения залогодержателем права собственности на залог представлялось ведущим аргументом против вещно-правовой квалификации отношения. В дальнейшем, несмотря на допущение оставления залога в собственности кредитора (абз. 2 п. 1 ст. 334 ГК РФ)<sup>12</sup>, эта позиция не изменилась. Критически относясь к предусмотренному новой редакцией ГК применению правил о вещных правах к залогу недвижимости (п. 4 ст. 334), В.В. Витрянский и сегодня считает, что залог движимого имущества «сохранил все черты обязательно-правового отношения»<sup>13</sup>.

Обращение к истории русского залогового права и его изложение у В.В. Витрянского показывают, что взгляды ученого на залоговое

<sup>11</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1998. С. 395 и сл. (автор главы – В.В. Витрянский).

<sup>12</sup> Закон № 306-ФЗ от 30 декабря 2008 г. «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество».

<sup>13</sup> Витрянский В.В. Новое в правовом регулировании залога // Хозяйство и право. № 19. 2014. С. 26.



право наведены исторически отжившими конструкциями и в целом определяются узостью представлений о вещном праве. По традиционному русскому праву обращение взыскания на заложенную вещь вело к ее обращению в собственность кредитора (Псковская судная грамота и закладные грамоты XV–XVI вв.). Уложение Алексея Михайловича (гл. X, ст. 196) сходным образом предусматривает обращение закладной в купчую в случае просрочки должника, тогда как уплата долга почиталась за выкуп должником своего залога. Г.Ф. Шершеневич<sup>14</sup> указывает на две попытки введения развитой конструкции, предполагающей продажу залога, обязанность кредитора к возвращению излишка и возможность обращения взыскания на другое имущество должника в случае недостачи. Закон 1557 г. предусматривал такой порядок для движимых вещей; закон 1737 г. — для любых<sup>15</sup>. Обе эти попытки автор считает временными, поскольку и в XVI–XVII вв. закладная обычно обращается в купчую, а после нововведений 1737 г. прежний порядок был вновь восстановлен по закону 1774 г. Развитая конструкция залога утверждается лишь в 1800 г. в Банкротском уставе (хотя и здесь для движимости допускается оставление вещи за кредитором).

Излагая эти перипетии развития залогового права в России, Г.Ф. Шершеневич противопоставляет залоговое право на чужую вещь отчуждению в пользу кредитора права собственности с сохранением за должником права выкупа, считая свойственным залоговому праву характер права на чужую вещь. Это право заключается в том, чтобы получить удовлетворение из стоимости заложенной вещи путем ее продажи. Факультативную возможность оставить вещь за собой ученый считает «остатком прежнего порядка». В интерпретации В.В. Витрянского история заметно видоизменяется, так что с правом на чужую вещь якобы конкурирует обязательно-правовая конструкция залога<sup>16</sup>. Утрата залоговым правом вещно-правового характера усматривается уже в том, что согласно закладным грамотам заложенная вещь обращается в собственность кредитора не с момента установления залога, а лишь с момента просрочки. Попытка же введения продажи (!) залога в 1557 г., кажется В.В. Витрянскому, должна похоронить кон-

<sup>14</sup> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 242.

<sup>15</sup> Правда, последний закон сохранял и пережитки прежнего порядка: в случае недостачи кредитор мог оставить вещь за собой, утрачивая право обратиться взыскание на остальное имущество должника.

<sup>16</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 401.

цепцию Шершеневича, которая торжествует, лишь когда заложенные вещи вновь стали обращаться в собственность кредитора по закону 1635 г. Сходным образом, говоря о зарубежных правопорядках, автор противопоставляет реализацию залога в форме принудительной продажи (что якобы не отвечает вещно-правовой концепции) фидуциарному переносу собственности (в английском или немецком праве) и возможности оставить вещь за собой с разрешения суда (во французском праве), которые в его представлении лучше отвечают причислению залогового права к вещным правам, утвердившемуся во всех современных правовых системах<sup>17</sup>.

Обращение к древнейшей конструкции реального обеспечения в римском праве — фидуциарному залого (fiducia cum creditore) — распространенный прием демонстрации вещного характера залогового права. Раз фидуциарный залогодержатель получает на залог право собственности, рассуждал в свое время Г. Дербург, то и более развитое и абстрактное залоговое право, возникающее без передачи владения залогодержателю, также выстроено по этой схеме, хотя и лишено материальной основы (materielle Gründe)<sup>18</sup>. Между тем обращение к фидуциарному залого — особенно в таком понимании, как наделение кредитора правом собственности на вещь должника, не проясняет, а затемняет вещно-правовые характеристики классического залога, не позволяя раскрыть специфику права залогодержателя, особенно при непоссессорном залоге. Во-первых, характер вещного права фидуциарного залогодержателя нельзя считать выясненным: фидуциарный залогодатель сохраняет целый ряд вещных правомочий, которые не сводятся к простому ожиданию обратного переноса собственности со стороны кредитора после погашения долга, и ясно, что фидуциарная «собственность» в этой форме реальной гарантии отличается от полной собственности, как и фидуциарная сделка с обеспечительной целью отличается от простого отчуждения<sup>19</sup>. Во-вторых, фидуциарный залогодержатель принимает на себя вполне определенные обязанности и мера его ответственности перед залогодателем в рамках возникающего обязательственного отношения тем выше, чем сильнее его вещно-правовая позиция.

Таким образом, фидуциарный залог, будучи посессорной формой реальной гарантии обязательства, обладает теми же слабостями, что

<sup>17</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 402.

<sup>18</sup> Dernburg H. Das Pfandrecht. S. 110.

<sup>19</sup> См. подробнее: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2008. С. 524 и сл. (п. 283).

и развитый классический залог с передачей владения залогодержателю: кредитор принимает на себя функцию охраны вещи, и его обязанности усиливаются в интересах залогодателя, тогда как его вещно-правовая позиция, хотя и наделяет его контролем за вещью и даже повышает определенность удовлетворения за счет вещи, отнюдь не представляет собственно обеспечительный аспект вещного права в более чистом виде, затемняя его более сильной, чем у классического залогодержателя, выходящей за рамки обычного залога и более близкой к праву собственности позицией.

Традиционная схема развития форм залога от фидуциарной собственности к закладу, а затем — к непосessorным формам (ипотека)<sup>20</sup> должна ориентировать на признание преходящего и исторически случайного характера посessorных форм, которые постепенно отмирают в ходе совершенствования и кристаллизации института, представляя собой «шумы» в плане значения. Однако преобладающее в науке направление трактует эти посторонние элементы в качестве основных, так что ряд переходных и служебных форм — таких, как условная собственность на залог (отменительное условие в фидуциарном залоге, отлагательное условие приобретения права собственности залогодержателем при *lex commissoria*<sup>21</sup>) или реестровый залог.

Эта позиция полна противоречий. Придание материальному господству кредитора над предметом обеспечения значения контроля над имущественной сферой должника логически отрицает адекватное воплощение обеспечительного интереса в форме абстрактной юридической связи с активами должника и искажает цели и функции залогового права. Так, собственно посessorный элемент следовало бы отличать от материального господства: реестровый залог сообщает обеспечению публичность, вовсе не наделяя кредитора правом пользоваться вещью. Искомая возможность парализовать акты распоряжения должника не только признает наличие вещных прав у обеих сторон, но и показывает, что возможность осуществлять пользование вещью не составляет главной искомой ценности при определении содержания прав сторон залогового отношения.

Поиск вещественного субстрата залогового права противоречит обеспечительной функции отношения. Кредитор-залогодержатель

<sup>20</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 213 и сл.

<sup>21</sup> Критику суррогатных форм реальной гарантии см.: Дождев Д.В. Комиссорная оговорка при залоге: проблема совместимости правовых конструкций // Частное право и финансовый рынок: Сборник статей. Вып. 2 / Отв. ред. М.Л. Башкатов. М.: Статут, 2014. С. 84—122; Егоров А.В., Усманова Е.Р. Указ. соч.

не стремится к господству над материальной стороной обеспечения, напротив, он заинтересован в том, чтобы оставить должнику-залогодателю возможность эксплуатации вещи, что повышает шансы погашения долга. Материальное господство над вещью, ее предварительное изъятие из имущества должника означало бы предвосхищение неисполнения и преждевременный перевод отношения на стадию ответственности. Материально-вещественное в позиции залогодержателя следует считать привходящим моментом в залоговом праве. При сообщении ему ведущего модуса отношения обеспечительная функция залогового права подменяется компенсаторной, будто залог устанавливается для того, чтобы еще на этапе исполнения наделить кредитора правом собственности (или неким *пользовладением*) на вещь должника, как бы в обмен на долговое обязательство. Такая конфигурация реального обеспечения, когда кредитору предоставляется возможность пользоваться вещью должника и тем самым погашать долг за счет ее эксплуатационных возможностей, утверждается в средневековой Германии (*Nutzungspfand*) как порядок, предвещающий окончательное присвоение вещи кредитором в случае неисполнения (*Verfallpfand*)<sup>22</sup>. Однако именно такое представление о залоге выдвигает сегодня В.А. Белов<sup>23</sup>:

*«...вопреки господствующему мнению, мы усматриваем сущность залогового права в правомочиях владения, а если это предусмотрено договором, то также и пользования его объектом (индивидуально-определенной вещью), а отнюдь не в возможностях по распоряжению чужим правом собственности и присвоению результатов такого распоряжения. Право залогодержателя является вещным не потому, что он может продать или присвоить чужую вещь, а потому, что он вправе владеть ею, защищая такое владение от всякого и каждого, включая собственника-залогодателя и третьих лиц — добросовестных приобретателей вещи»* (Курсив автора. — Д.Д.).

В.А. Белов опирается на предусмотренную в ГК РФ вещно-правую защиту залогового права (ст. 347), которая формулируется как

<sup>22</sup> Так называемый *ältere Satzung* (старый залог) в терминологии В. Альбрехта, открывшего это явление истории германского права (*Albrecht W.E. Die Gewaehre als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg, 1828*), в отличие от «нового» залога (*neuere Satzung*) с оставлением вещи у залогодателя, который в Германии так и остался исключением. Подробнее см.: *Кассо Л.А.* Понятие о залоге в современном праве [1898]. М., 1999. С. 40 и сл.

<sup>23</sup> *Белов В.А.* Гражданское право. Т. III. Особенная часть. Абсолютные гражданско-правовые формы: Учебник. М., 2012. С. 353 (там же литература).

защита владения вещью должника, в том числе с целью обеспечения возможности пользоваться вещью должника (п. 2 ст. 347). Здесь же он признает, что такая трактовка лишает залоговое право самостоятельного значения, наделяя его свойством средства достижения юридической цели, отличной от самого залогового права, которое «может и *вовсе не иметь самостоятельной ценности*».

Эта позиция является следствием двух неверных представлений. Во-первых, В.А. Белов сводит вещное право к возможности эксплуатации вещи, по сути, отождествляя его с владением. Только такое право, по Белову, может иметь своим объектом *саму вещь*<sup>24</sup>. Во-вторых, Белов отрицает научно установленное содержание залогового права как права залогодержателя на часть стоимости имущества залогодателя, равной сумме убытков. Здесь автор<sup>25</sup> вступает в противоречие с формулировкой закона (п. 1 ст. 334 ГК РФ и ст. 1 Закона РФ «О залоге»), в котором залог определяется как право «...получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества». Это положение, воспринятое ведущей учебной литературой<sup>26</sup>, Белов отвергает, отказываясь считать такое право *вещным* по пяти причинам.

(1) Содержанием такого права является возможность распоряжения, которое, согласно автору, имеет своим объектом «не саму вещь, а лишь *право собственности* на нее и на ее *денежную ценность (стоимость)*».

(2) Осуществлению залогового права не могут помешать ни залогодатель, ни третьи лица, что лишает смысла возможные юридические обязанности, корреспондирующие такому праву. Тем самым залоговое право, как оно определено в законе, относится, по Белову, к *секундарным правам*.

(3)носителем ценности, извлекаемой залогодержателем, может быть любое благо, а не только индивидуально-определенная вещь.

(4) Право получить удовлетворение из стоимости имущества должника принадлежит не только залоговому кредитору, но и ретентору (осуществляющему удержание вещи должника), а также любому иному кредитору, прибегнувшему к процедурам описи и ареста (ст. 80–83 Федерального закона «Об исполнительном производстве»), что ведет к выделению определенного имущества из общей имущественной массы должника на цели удовлетворения отдельного требования такого кредитора.

---

<sup>24</sup> Там же. Т. III. С. 33.

<sup>25</sup> Там же. С. 351–352. Там же другая литература.

<sup>26</sup> Гражданское право: Учебник / Под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд. Т. III. С. 115–116.

(5) Такое право может быть только охранительным и относительным, так как оно возникает лишь вследствие нарушения прав залогодержателя.

Эти положения подлежат последовательному критическому опровержению. Идея права на денежную стоимость вещи (1), которую В.А. Белов допускает, прибегая к понятию *права собственности* (недопустимому здесь уже потому, что речь идет о праве на *чужую вещь*), восходит к учениям Пухты и Дернбурга<sup>27</sup> и противоречит выдвигаемому Беловым тезису. Тот факт, что получить удовлетворение из стоимости вещи может не только залогодержатель, но и другие кредиторы (4), не снимает задачи юридической квалификации залогового права, так как залогодержатель обращает взыскание на вещь, имея на это специальное право — залоговое право, тогда как необеспеченные кредиторы получают удовлетворение из данной вещи лишь случайно, обращая взыскание на все имущество должника. Смещение права обращения взыскания на имущество должника, которое основано на том, что должник отвечает по своим обязательствам всем своим имуществом (ст. 24 ГК РФ), и правом получить удовлетворение из стоимости вещи, обремененной залогом, восходит к теории генеральной ипотеки, утвердившейся во французской доктрине рентного права в XVI в. (ключевая роль принадлежит Дюмулену)<sup>28</sup>. Историческая обусловленность и явная ошибочность такого представления не могут служить доказательством отсутствия самостоятельного значения у залогового права, но, напротив, ориентируют на поиск его адекватной юридической квалификации. В этом отношении существенно, что залоговое право дает кредитору преимущество по взысканию (п. 2 ст. 334 ГК РФ), поскольку устанавливается на конкретное имущество, и только в случае его недостачи залоговый кредитор обращает взыскание на все имущество должника — в общем порядке (п. 3 ст. 334).

Обращение к концепции *вторичного права* (2), воспринятое Беловым из работы Агаркова<sup>29</sup>, совершенно неприменимо к залоговому

<sup>27</sup> В отечественной науке это положение обосновано в работе: *Зволицкий А.С.* О залоге по русскому праву. Киев, 1912. С. 117 и сл.

<sup>28</sup> См. подробнее: *Кассо Л.А.* Указ. соч. С. 190 и сл.

<sup>29</sup> *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. М., 2002. С. 277 и сл. Понятие вторичного права В.А. Белов излагает в работе: *Белов В.А.* Гражданское право: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Т. I: Общая часть. Введение в гражданское право. М., 2012. См. также: *Зеккель Э.* Вторичные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. 2007.