

tion de la créance est une question de droit matériel que seul le juge peut trancher définitivement. Pour l'office, il suffisait de constater que les conditions auxquelles le droit de poursuite, soit l'art. 59 al. 3 LP, subordonne la continuation de la poursuite contre les héritiers étaient réalisées en l'espèce. Si les recourants entendent soutenir que, contrairement à ce qui a été exposé ci-dessus, la créance à la base de la poursuite est éteinte, c'est au juge qu'ils doivent soumettre cette exception de droit matériel. On doit toutefois observer que la voie qui leur est indiquée à cet effet par l'instance cantonale, c'est-à-dire celle prévue à l'art. 85 LP, n'est pas applicable dans le cas particulier où les débiteurs n'invoquent pas un titre, mais un prétendu motif légal d'extinction de la créance. Pour saisir le juge ordinaire de cette contestation ils devront ou bien intenter l'action en répétition de l'indû (art. 86 LP) ou bien procéder conformément à l'art. 77. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de juger que cette dernière voie doit être suivie par le débiteur qui conteste la régularité d'une cession de la créance (v. RO 22 p. 670) et par identité de motifs il y a lieu d'admettre que, dans le cas analogue du transfert de la dette, le nouveau débiteur peut aussi faire valoir, après l'expiration du délai légal d'opposition, les moyens qui n'ont pris naissance que par le fait de sa succession à la dette et qu'il n'a donc pas été en mesure d'invoquer auparavant. C'est à ce point de vue que se placent les recourants. Mais c'est à tort qu'ils ont cru pouvoir s'adresser simplement à l'office en contestant la poursuite dont ils sont l'objet. L'office doit au contraire continuer la poursuite tant que le juge, seul compétent d'après l'art. 77 pour autoriser après coup l'opposition, n'aura pas été saisi par les débiteurs et n'aura pas déclaré recevable leur opposition.

Par ces motifs,

*la Chambre des Poursuites et des Faillites prononce :*

Le recours est écarté.

### 5. Sentenza 5 febbraio 1919 nella causa **Spillmann e Beckert**

Debito ipotecario non scaduto: contestazione giudiziaria sulla estensione del diritto di pegno che lo assiste. Pendente questa causa, il pegno immobiliare (albergo) non può essere realizzato.

A. — Il credito di 500,000 fr. notificato dalla Banca della Svizzera Italiana nel fallimento di Ermanno Burkard, albergatore in Calprino, come assistito da diritto di pegno (ipoteca di 1° grado) sull'albergo dell'Europa di proprietà del fallito e *sul mobilio d'inventario*, ammesso dall'amministrazione del fallimento, fu contestato in sede di graduatoria dai creditori ipotecari Hoffmann & C. in Zurigo e Alessandro Beckert in Calprino con due azioni separate: la contestazione del primo concerneva l'ammontare del credito, quella del secondo solo l'estensione del pegno, che esso voleva limitato allo stabile, escluso il mobilio.

Una risoluzione 4 giugno 1918, colla quale la seconda assemblea dei creditori aveva deciso che in pendenza di detta causa si procedesse immediatamente alla realizzazione degli stabili e del mobilio, fu annullata ad istanza di Alessandro Beckert e di altro creditore ipotecario dal Tribunale federale con decisione del 5 agosto 1918, sostanzialmente per i seguenti motivi: « Nel merito è » pacifico che il debito ipotecario verso la Banca della » Svizzera Italiana non è scaduto: in virtù degli art. 208 » e 135 LEF esso deve quindi venir assegnato al delibera- » tario. Ma, come ha ammesso il Tribunale federale » a diverse riprese (RU ed. sep. 16 p. 304, ed. gen. 39 » I p. 651, 40 III p. 85 e 86, 42 III p. 438), questo » assegno suppone che i crediti ipotecari siano definiti in » precedenza nella loro consistenza e nell'estensione del » diritto di pegno che li conforta, potendo altrimenti » avvenire, che il prezzo di aggiudicazione non corrisponda » al valore degli stabili realizzati. Questa constatazione » non può risultare se non dallo stato di graduazione » passato in forza, cioè a definizione delle cause pendenti :

» donde segue che la realizzazione non può essere indetta  
 » prima di questo momento. »

B. — In seguito, tolta per transazione la causa della ditta Hoffmann & C., ma pendente quella di Alessandro Beckert, l'amministrazione del fallimento indisse per il 6 novembre 1918 il primo incanto delle stabile (senza il mobilio), pubblicandone l'avviso nel foglio ufficiale del 4 ottobre 1918. Con ricorso 10 ottobre i creditori Spillmann e Beckert insorsero contro questo provvedimento perchè prematuro secondo la decisione succitata del Tribunale federale. Il gravame fu respinto il 18 novembre 1918 dall' Autorità cantonale di Vigilanza per i motivi seguenti: Nella causa ancora pendente tra la Banca della Svizzera Italiana e Alessandro Beckert si tratta solo di sapere se il mobilio dell' albergo sia accessorio dello stabile, e cioè se il suo ricavo debba garantire solo la prima ipoteca o andare a beneficio di altri creditori ipotecari. Nulla osta quindi che lo stabile sia realizzato separatamente, poichè un esito della causa favorevole al sig. Beckert altra conseguenza non potrebbe avere se non quella di far attribuire il ricavo del mobilio a tacitamento del suo credito anzichè di quello della Banca.

C. — Da questa decisione Spillmann & Beckert ricorrono al Tribunale federale nei termini e nei modi di legge domandando che venga annullato l'avviso di primo incanto del 4 ottobre 1914 ;

*Considerando in diritto :*

1. — A ragione i ricorrenti sostengono che, in linea di diritto, la questione da decidere è perfettamente identica a quella su cui ebbe a statuire il Tribunale federale il 5 agosto 1918. Se, infatti, caduta la causa Hoffmann & C., l'ammontare del credito vantato dalla Banca della Svizzera Italiana non è più litigioso, lo è ancora l'estensione del pegno che lo assiste. La graduatoria del fallimento Burkard non è quindi ancora cresciuta in giudicato ; contro l'ammissibilità di una realizzazione separata dello

stabile stanno quindi ed hanno tuttora pieno valore gli argomenti succitati della decisione 5 agosto 1918 del Tribunale federale, cui si fa riferimento.

L'argomento cardinale della querelata decisione, secondo il quale, se il giudizio nella pendente controversia è favorevole all'attore Beckert, il mobilio dovrà essere realizzato separatamente, non tien conto che di una delle ipotesi e non di quella, parimenti possibile, in cui venga riconosciuto alla Banca diritto di pegno anche sul mobilio, nel qual caso l'ufficio sarebbe tenuto a procedere ad una vendita globale dello stabile e del mobilio.

*La Camera esecuzioni e fallimenti pronunzia :*

Il ricorso è ammesso.

**6. Auszug aus dem Entscheid vom 8. Februar 1919**  
 i. S. Christen.

Arrestlegung auf neues Vermögen gestützt auf einen Konkursverlustschein : Wenn der Richter den Betrag des neuen Vermögens festgestellt hat, wird der diesen Betrag übersteigende Teil der verarrestierten Summe ohne weiteres frei.

Die Frage, ob der Verlustschein-Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist, fällt ausschliesslich in die Kompetenz des Richters. Ihre Bejahung ist unbedingt notwendiges Requisite einer neuen Betreibung im Sinne des Art. 265 Abs. 2. Hieraus folgt, dass wenn der Richter den Betrag des neuen Vermögens festgestellt hat, nur hinsichtlich dieses Betrages die Betreibung fortgesetzt und ein Mehr weder gepfändet noch auch, da der Arrest nur die Exekution sichern soll, verarrestiert werden kann. Ist aber, wie hier, ein Arrest bereits ausgewirkt, so wird, als weitere Folge des Gesagten, d.h. weil der Richter diesbezüglich die Unmöglichkeit einer Exekution festge-