

eines andern Gläubigers zu überbinden. Weigert sich daher der Ersteigerer, in eine solche Änderung einzuwilligen, so bleibt nichts anderes übrig, als ihm die einzelnen Güten genau nach den durch die Steigerungsbedingungen festgestellten Beträgen zu überbinden und folglich die Gült des Beschwerdeführers weil nicht mehr durch die Steigerungssumme gedeckt zu löschen. Dann aber muß auch die Luzerner Kantonalbank die ihr unter der Voraussetzung entsprechender Reduktion der ersten Gült zugekommenen 3500 Fr. an die Konkursmasse zurückerstatten, da sie, wenn sie dieselben behielte, die fragliche Gült aber gleichwohl im ursprünglichen Betrage dem Ersteigerer überbunden würde, ungerechtfertigt bereichert wäre. Diese Summe wird dann für den Rekurrenten Knüsel als nächstberechtigten Gültgläubiger — alle vorgehenden werden durch die Überbindung befriedigt — frei und ist ihm zur Deckung seiner Pfandforderung anzuweisen. Gegen diese Auffassung läßt sich nicht etwa einwenden, daß die Kantonalbank infolge der Verfügung der Hypothekengerichtskanzlei ein unentziehbares Recht auf die 3500 Fr. erworben habe und sich somit nicht gefallen lassen müsse, daß an Stelle der Abzahlung die Überbindung trete. Denn da die Zuteilung des Verwertungserlöses verpfändeter Masseaktiven im Konkurs ausschließlich Sache der Konkursverwaltung ist, so war zweifellos die Hypothekengerichtskanzlei an sich gar nicht berechtigt, über die Verwendung der 3500 Fr. zu verfügen; es sind daher auch die Vollstreckungsbehörden nicht gezwungen, sich an ihre Verfügung zu halten.

Aus diesen Ausführungen folgt, daß der Rekurrent Knüsel die Einwendung seiner Gült zwar nicht verweigern kann. Denn wenn der Ersteigerer sie sich nicht freiwillig überbinden lassen will, so muß sie nach dem Gesagten gelöscht werden. Dagegen kann der Rekurrent beanspruchen, daß die Löschung nur gegen Zahlung des Gültbetrages erfolge. Sache des Konkursamtes wird es sein, die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um die Situation im Sinne der vorstehenden Erörterungen zu regeln.

Dennach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Motive begründet erklärt.

137. Sentenza 5 dicembre 1912 nella causa Hausmann.

Art. 83 LMcF: Un creditore che ottiene con sentenza di merito ancora appellabile il rigetto definitivo d'una opposizione non può chiedere il **pignoramento provvisorio**.

1. — In una esecuzione promossa da Luigi Hausmann, di Monaco, contro Brenni Luigi, in Chiasso, avendo l'escusso sollevato opposizione, il creditore otteneva con sentenza di merito il rigetto definitivo dell'opposizione e la condanna del debitore nella somma di franchi 18453,20 pel quale importo chiedeva in seguito che fosse proceduto al pignoramento provvisorio. Ma la sentenza di merito del Tribunale di Appello del Ticino essendo stata appellata al Tribunale federale e per ciò sospesa nei suoi effetti in base all'art. 65 della legge organica giudiziaria federale, il debitore Brenni si opponeva all'avviso di pignoramento provvisorio datogli dall'Ufficio in data 4 ottobre 1912, allegando che il pignoramento poteva essere chiesto solo in caso di rigetto provvisorio dell'opposizione, non mai, come nel fattispecie, quando il rigetto era stato accordato in via definitiva.

Statuendo su questa obiezione, l'Autorità cantonale di vigilanza ammetteva il ricorso, osservando: Il pignoramento provvisorio essere un provvedimento affatto speciale della procedura di esecuzione ed avere il carattere di un provvedimento conservativo concesso al creditore che è al beneficio di un rigetto provvisorio dell'opposizione. Nella procedura ordinaria il pignoramento provvisorio essere un provvedimento sconosciuto, nè valere il ragionamento opposto da Hausmann che, se concesso in tema di giudizio sommario, deve a maggior ragione concedersi nella procedura ordinaria, procedura circondata da maggiori garanzie, « chè non si possono per criteri, siano pure logici, applicare delle misure di legge non espressamente accordate ». Il creditore riconosciuto tale nella procedura ordinaria non può chiedere che il pignoramento definitivo; ma di questo diritto può usare solo quando è al beneficio di una sentenza cresciuta in giudicato, ciò che non è nel caso attuale.

2. — È contro questa decisione che il creditore Hausmann ricorre a questa Camera Esecuzioni e Fallimenti chiedendone l'annullazione nel senso della conferma dell'emesso avviso di pignoramento, mantenendo il suo punto di vista che debbasi il pignoramento provvisorio ammettere a fortiori in una situazione di causa quale la presente, non comprendendosi come il legislatore abbia voluto accordare un provvedimento conservativo al creditore che fece riconoscere il suo credito in una procedura di sola parvenza, quale è quella sommaria di rigetto provvisorio, e lo abbia invece negato al creditore che fece constatare il suo credito con tutte le garanzie della procedura ordinaria.

In diritto :

È fuori di dubbio che la tesi del ricorrente non trova nessun appoggio nei disposti della legge EeF. Secondo l'art. 83 il pignoramento provvisorio non può essere chiesto se non dal creditore in cui favore è stato pronunciato un rigetto provvisorio. E l'art. 82 non prevede la possibilità di un rigetto provvisorio se non nel caso in cui il creditore giustifichi la sua pretesa mediante un riconoscimento di debito. La semplice constatazione dell'inesistenza di una sentenza di rigetto provvisorio basta quindi per far escludere la possibilità di un pignoramento in base all'art. 83.

De lege ferenda si potrebbe invece benissimo discutere se non sia il caso di accordare il beneficio del pignoramento provvisorio anche al creditore che è al beneficio di una sentenza di merito ancora appellabile e perciò non ancora esecutiva, per lo spazio di tempo in cui dura l'appello. Diverse legislazioni procedurali straniere hanno accolto difatti quest'idea, dando facoltà al giudice di appello di dichiarare provvisoriamente esecutive sentenze contro le quali viene esperito il rimedio dell'appellazione. Ma *de lege lata* non si può ammettere la domanda del ricorrente. Vi si oppongono non solo i disposti già più sopra accennati della Legge Esecuzioni e fallimenti, ma anche quelli della Legge organica giudiziaria federale.

L'appellazione al Tribunale federale ha cioè, in base all'art. 65 della Legge organica giudiziaria federale, per

effetto di impedire che la sentenza appellata acquisti forza di cosa giudicata. Nè può quindi pretendersi che, mediante tale sentenza, l'obbligo a pagamento del debitore sia già, in certa qual guisa, accertato, potendo la soluzione del primo giudice essere modificata in seguito all'appello. Checchè ne sia, lo statuire delle regole divergenti al riguardo e l'accordare nell'uno o nell'altro caso una esecuzione provvisoria ad un giudizio sul quale è pendente ancora un'appellazione, è in ogni caso negli attributi della legge che regola gli effetti e il significato dell'appello. E questa legge è la legge di procedura civile alla quale spetta di stabilire quando un giudizio possa e debba ritenersi esecutivo e non la legge Esecuzioni e fallimenti che, come risulta anche dagli articoli 80 e 81, non ha potuto nè voluto occuparsi della questione.

Se la legge Esecuzione e fallimenti ha introdotto per l'escussione di crediti, basati sopra un titolo, un sistema privilegiato di esecuzione, sistema che procura loro una garanzia provvisoria prima che il credito sia stato riconosciuto giudiziariamente, ciò avviene in relazione all'esistenza del titolo che costituisce una dimostrazione prima facie del credito medesimo. Ma da tale circostanza non può essere arguito che debba essere trattato in egual modo anche colui che in favore del suo credito può invocare solo una sentenza non ancora esecutiva e non passata in cosa giudicata; che una simile conseguenza non sia in ogni caso voluta dalla legge federale, lo dimostra il rapporto che, secondo l'art. 83, esiste fra la procedura di rigetto provvisorio e le azioni di inesistenza del debito. Qualora cioè l'azione di inesistenza del debito non venga promossa entro 10 giorni dal rigetto provvisorio, questo rigetto diventa per legge, da provvisorio, definitivo. Nel caso concreto un'azione d'inesistenza del debito da parte dell'escusso non è evidentemente possibile; impossibile di conseguenza è anche un pignoramento provvisorio ; —

La Camera Esecuzioni e Fallimenti pronuncia :

Il ricorso è respinto.