

RACCOMANDATA



Incarto n.
36.2002.00103

Y.
24 luglio 2003

CS/cd

In nome
della Repubblica e Cantone
del Ticino

57

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni

composto dei
giudici:

Daniele Cattaneo, presidente,
Raffaele Guffi, Ivano Ranzanici

redattore:

Christian Steffen, vicecancelliere

segretario:

Fabio Zocchetti

statuendo sulla petizione del 27 agosto 2002 di

C., X.,
rappr. da: X., 6601 Z.,

contro

Cassa Malati KKK
rappr. da: X., 6901 Y.

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. C. è assicurata presso la Cassa malati KKK (di seguito: KKK) per le cure medico-sanitarie di base e per alcune complementari.

Nel corso del mese di novembre 2001 l'interessata ha trasmesso alla KKK una richiesta di aumento di grado assicurativo, al fine di poter beneficiare dell'assicurazione ospedaliera complementare KOMBI 3 (ramo assicurativo F).

Dal 9 al 14 dicembre 2001 C. è stata ricoverata presso l'Ospedale di Z. dove ha subito un'operazione di etmoidectomia microscopica bilaterale.

- 1.2. Poiché l'assicuratore si è rifiutato di assumersi le spese d'ospedalizzazione conformemente alla copertura assicurativa richiesta, l'interessata, tramite l'X., ha presentato al TCA una petizione, con la quale chiede quanto segue:

"Nel merito:

1.

Nel corso del mese di ottobre 2001, la signora C., già assicurata secondo la LAMal e per altre assicurazioni complementari presso la KKK Krankenkasse (in seguito denominata KKK), ha presentato alla stessa cassa malati una richiesta di aumento di grado assicurativo, chiedendo di beneficiare dell'assicurazione ospedaliera complementare KOMBI 3 (ramo assicurativo F). A quel momento la signora C. presentava soltanto dei disturbi alla schiena, per i quali riceveva pure prestazioni dall'assicurazione invalidità e di cui la KKK era già al corrente.

2.

Nello stesso periodo la signora C. riceveva la polizza assicurativa della KKK per il 2002, datata 22.10.2001, sulla quale risultavano le assicurazioni di cui in precedenza già beneficiava.

Di conseguenza la signora C. sollecitava una decisione della KKK in merito alla richiesta dell'aumento di copertura assicurativa. L'agenzia di Y., della KKK a quel momento assicurava già la signora C. che l'aumento anzidetto era in fase di accoglimento, indicando pure di non procedere ad alcun pagamento sulla base della polizza 2002 appena emessa e che avrebbero inviato successivamente una nuova polizza.

3.

Dal 9 al 14 dicembre 2001 la signora C. è stata ricoverata d'urgenza presso l'Ospedale di Z. causa la presenza di polipi nel suo setto nasale e di conseguenza veniva operata di etmoidectomia microscopica bilaterale.

All'entrata in ospedale, il 9 dicembre 2001, è stato accertato da questo ente, tramite informazioni presso l'agenzia di Y. della KKK, di quali coperture poteva beneficiare a quel momento la paziente.

A due differenti e distinte riprese, a due diversi addetti all'ammissione dell'Ospedale di Z., è stata confermata la copertura per un'ospedalizzazione in prima classe, sulla base della copertura accordata KOMBI 3.

4.

A seguito di tale conferma di copertura, la signora C. è stata ricoverata in prima classe e ha beneficiato delle relative cure e prestazioni.

5.

Soltanto una volta dimessa dall'ospedale, la signora C. prendeva visione di una comunicazione scritta della KKK, datata 10.12.2001, ma notificata alla stessa dopo l'uscita dall'ospedale, secondo cui la stessa KKK indicava di rifiutare l'aumento di copertura assicurativa a suo tempo richiesta e in un primo momento accordata.

Questa determinazione risultava contraria alla precedente decisione di copertura e che era già stata chiaramente comunicata alla signora C., tramite i responsabili dell'Ospedale di Z..

La stessa si configura in ultima A.lisi quale tardivo ripensamento circa l'aumento di copertura assicurativa, già deciso positivamente in precedenza, ripensamento probabilmente avvenuto soltanto al momento in cui la sede centrale della KKK è venuta a conoscenza del ricovero della signora C. in ospedale.

6.

Sulla base della detta seconda decisione, questa volta di rifiuto, della KKK, la stessa si è rifiutata di coprire le spese di ricovero e cure in prima classe presso l'Ospedale di Z., per un importo totale di fr. 10'314.50.

Il comportamento illegale della KKK è chiaramente da stigmatizzare, nella misura in cui ha tentato di approfittare del fatto che nessuna attestazione scritta di copertura assicurativa non era ancora giunta alla signora C., malgrado la relativa decisione positiva era stata già presa e comunicata.

La signora C., già provata per l'operazione cui si è dovuta sottoporre d'urgenza, si è ritrovata in una situazione alquanto demoralizzante a seguito del detto comportamento della KKK.

7.

A nulla sono valsi i tentativi della signora C., tramite pure il sottoscritto legale, per farsi riconoscere i suoi diritti assicurativi e le relative coperture da parte della KKK.

Di conseguenza si è resa necessaria la presente procedura al fine che la KKK sia condA.ta a versare alla signora C. quanto dovuto e ad assicurarle le coperture già promesse.

8.

Tramite chiara e inequivocabile comunicazione all'assicurata, tramite i responsabili dell'Ospedale di Z., la KKK ha esplicitamente ammesso l'esistenza della copertura assicurativa complementare KOMBI 3 (Sezione F) dalla stessa offerta e richiesta dalla signora C..

Tutte le condizioni previste dalla legge e dalle condizioni d'assicurazione della KKK sono adempiute.

In particolare, per essere validamente operante, tale copertura assicurativa non abbisogna di una comunicazione o una conferma scritta da parte della KKK.

Di conseguenza, anche sulla base dei principi generale che reggono l'interpretazione dei contratti, la signora C. era nella situazione di poter in buona fede recepire le comunicazioni date dalla KKK nel senso intese dalla stessa assicurata.

La KKK è quindi tenuta ad adempiere le sue obbligazioni quale assicuratrice anche per quanto riguarda l'assicurazione complementare KOMBI 3 il cui contratto con la signora C. deve ritenersi pienamente operante.

Per tutti questi motivi,

riservato un più ampio sviluppo nei fatti e in diritto nel seguito della procedura, in applicazione degli art. 1 e ss. LCA e LSA, delle CGA e delle disposizioni complementari della KKK applicabili nella presente fattispecie,

si chiede di giudicare:

1.

La presente petizione è accolta.

2.

Di conseguenza è accertato che tra la KKK, Dübendorf, e la signora C., X., è stato concluso e ha effetto il contratto d'assicurazione complementare ospedaliera combinata secondo la LCA denominata KOMBI 3, Sez. F.

3.

La KKK di Dübendorf è condA.ta a versare alla signora C. di X. un importo di fr. 10'314.50, con interessi al 5% dal 7.2.2002 sull'importo di fr. 2'370.-- e dal 14.2.2002 sul rimanente importo di fr. 7944.50.

4.

Protestate spese e ripetibili, tutte a carico della KKK Dübendorf."
(cfr. doc. I)

1.3. Con risposta del 26 settembre 2002 la Cassa propone di respingere la petizione e osserva:

"(...)

2.

Come di consueto, l'agenzia KCM di Y. ha trasmesso la richiesta per esame alla sede principale della KCM a Dübendorf. Quando l'attrice ha chiesto informazioni riguardo alla sua richiesta, l'incaricata dell'agenzia KCM di Y. le ha correttamente comunicato che la stessa si trovava per esame presso la sede principale della KCM e che si doveva attendere la sua decisione in merito. Anche da parte dell'attrice non viene giustamente affermato null'altro.

3.

In data 5 dicembre 2001, la richiesta in questione è stata sottoposta al medico di fiducia della KCM, il quale ha consigliato, il giorno dopo,

di rifiutare la conclusione dell'assicurazione complementare ospedaliera "Kombi, reparto privato". Da osservare che all'epoca si sapeva già che l'attrice doveva sottoporsi ad un intervento al naso il 10 dicembre 2001. Nella fattispecie, non si può quindi parlare di intervento d'urgenza, come asserito dall'attrice.

Prove: cronologia del caso di malattia del 5.12.2001 Allegato 2

4.

Il 9 dicembre 2001, l'attrice è entrata all'Ospedale di Z. per sottoporsi al citato intervento al naso. Solo un giorno dopo - e non lo stesso giorno come asserito dall'attrice - l'Ospedale di Z. ha chiesto una garanzia di copertura dei costi all'agenzia KCM di Y., la quale ha trasmesso la richiesta in questione alla sede principale della KCM a Dübendorf, senza aver in alcun modo preso posizione né nei confronti dell'attrice, né nei confronti dell'Ospedale.

Prove: richiesta di garanzia di copertura dei costi del 10.12.2001
Allegato 3

lettera dell'agenzia KCM di Y. del 12.12.2001
Allegato 4

5.

Sempre in data 10 dicembre 2001, la sede principale della KCM ha comunicato all'attrice, mediante lettera raccomandata, la sua decisione di rifiuto di concludere l'assicurazione complementare ospedaliera "Kombi, reparto privato". Conformemente a tale decisione, la KCM ha semplicemente rilasciato all'Ospedale di Z. una garanzia di copertura dei costi per la degenza ospedaliera dell'attrice nel reparto comune (Fr. 332.- al giorno).

Prove: lettera della KCM del 10.12.2001 Allegato 5

garanzia di copertura dei costi della KCM del 20.12.2001
Allegato 6

6.

Riassumendo, va rilevato che la KCM non ha mai fatto in alcun momento la promessa, né verbale, né scritta, di accogliere la richiesta di conclusione dell'assicurazione complementare ospedaliera "Kombi, reparto privato". Quando l'attrice ha chiesto informazioni riguardo alla sua richiesta, le è stato semplicemente comunicato che la stessa si trova per esame presso la sede principale della KCM a Dübendorf e che in merito si doveva attendere la decisione della Cassa. Contrariamente a quanto dichiarato dall'attrice, anche all'Ospedale di Z. è stato solo comunicato che si doveva innanzitutto attendere la decisione della sede principale della KCM. Ragione per cui l'Ospedale di Z. si è appunto rivolto - come sopra indicato - alla sede principale della KCM per richiedere una garanzia di copertura dei costi.

Respingendo la petizione, va perciò constatato, a tenore della domanda di risposta, che fra l'attrice e la convenuta non è mai stato

concluso nessun contratto per un'assicurazione complementare ospedaliera "Kombi, reparto privato".

7.

Di conseguenza, dato che fra l'attrice e la convenuta non sussisteva, né sussiste un contratto per l'assicurazione complementare ospedaliera "Kombi, reparto privato", la KCM non è neppure tenuta a fornire prestazioni per coprire i costi supplementari risultanti dalla degenza ospedaliera dell'attrice. Anche a tale riguardo va respinta la petizione a tenore della domanda di risposta." (cfr. doc. V)

1.4. Con scritto del 9 ottobre 2002 l'assicurata ha precisato quanto segue:

"(...)

Ad 1,2 e 3

La signora C. ha chiesto l'aumento di grado assicurativo già nel corso del mese di ottobre 2001, tramite diverse telefonate presso l'agenzia di Y. della KKK, quindi già prima che si fosse presentato la problematica dei polipi al naso.

Tale diagnosi effettuata dal Dr. med. M. è avvenuta soltanto il 4 dicembre 2001 e in tale occasione si è deciso il ricovero con operazione al più presto, fissato dal 9 dicembre successivo. E' a quel momento (4.12.2001) che si è avvisato l'agenzia di Y. della KKK, la quale già a quel momento alla responsabile dell'Ospedale di Z. ha confermato la copertura di prima classe.

Ad 4

L'Ospedale di Z., al momento dell'inizio della degenza della signora C., ha chiesto conferma della copertura di prima classe ricevendo subito conferma positiva.

Come si vede proprio dagli atti prodotti dalla controparte la comunicazione scritta della sede centrale della cassa malati è stata inviata all'Ospedale di Z. soltanto il 20 dicembre 2001. Nulla può quindi essere rimproverato alla signora C. per eventuali malintesi e ritardi nelle comunicazioni all'interno della cassa malati stessa." (cfr. doc. IX)

1.5. Pendente causa il TCA ha sentito quali testi R. e B. dipendenti dell'Ospedale di Z., nonché H. ed G. collaboratrici della KKK ed ha richiamato dal nosocomio locarnese l'originale della garanzia per la camera comune fornita dalla KKK datata 20 dicembre 2001, la cartella medica relativa alle A.lisi di laboratorio effettuate su C., con riferimento alla data delle A.lisi, le "annotazioni e/o appunti" presi dalle persone preposte all'accettazione e alla fatturazione circa la copertura assicurativa di cui beneficiava C. in quel periodo e la videata del computer relativa alla degenza dell'attrice (doc. XXI).
Delle risultanze si dirà nei successivi considerandi (cfr. in particolare consid. 2.4).

1.6. Chiamata a presentare osservazioni scritte in merito alle
risultanze processuali, l'assicurata ha osservato:

"(...)
1.

In relazione a quanto riferisce la KKK Cassa Malati sede di Y. con
scritto 17.12.2002, doc. B2, si precisa che la domanda di
assicurazione sottoscritta dalla cassa malati in data 15.11.2002 è
giunta per posta alla signora C. il sabato 17.11.2001; la stessa l'ha
sottoscritta e rinvia, per posta A, lo stesso giorno 17.11.2002 alla
cassa malati, la quale verosimilmente ne ha potuto prendere
conoscenza già il lunedì successivo 19.11.2002.

Come pure ricordato dalla controparte, l'invio alla sede centrale è
invece avvenuto soltanto una settimA. dopo, il 26.11.2001, ricevuto
dalla stessa il 27.11.2001 (v. timbro sul doc. 1) e trasmessa al medico
fiduciario soltanto il 5.12.2001 (v. altro timbro sul doc. 1), il quale ne
ha preso conoscenza e si è di conseguenza determinato soltanto il
giorno successivo 6.12.2001 (doc.2).

La sede centrale avvisava direttamente l'assicurata del rifiuto
d'aumento di grado assicurativo con lettera 10.12.01(doc. 5), ricevuta
dall'assicurata il 14.12.01.

Malgrado ciò e nei giorni successivi, il 12.12.01 la sede luganese
della cassa malati trasmetteva alla sede centrale la richiesta di
garanzia di 1. classe dell'ORL (doc.3) senza formulare alcuna
osservazione particolare, ma indicando però chiaramente e
solamente:

"pregandola di volerla ritornare al relativo mittente". (doc. 4)

La sede centrale, come si è visto e sebbene tardivamente, è stata di
altro avviso (doc. 5 e 6).

Tutto ciò a maggiore dimostrazione di come in effetti presso la sede
di Y. la cassa malati non abbia mai dubitato dell'esistenza e/o
dell'accoglimento della copertura di 1. classe in favore dell'assicurata
e di cosa effettivamente sia stato comunicato telefonicamente alle
responsabili dell'ORZ.

2.

Per una migliore determinazione delle **ripetibili** da rifondere alla
signora C., nel caso come da noi prospettato di accoglimento della
petizione, considerata in particolare l'importanza e la complessità del
caso, nonché l'istruttoria del processo (v. annesso estratto criteri del
Consiglio di moderazione), si invia in annesso la nota professionale
del sottoscritto legale per l'attività svolta finora.

Si consideri che l'onorario esposto di fr. 4'600.-- è stato fissato
tenendo conto di un dispendio orario di ca. 23 ore e di un costo per
ora di soltanto fr. 200.--.

Il solo dispendio orario per le 2 trasferte da Z. a Y. per le due udienze
è stato di totali 4 ore, per totali fr. 800.--, e il dispendio per dette due
udienze è stato di totali 5,5 ore, per totali fr. 1'100.--.

Ugualmente le spese di cancelleria di totali fr. 552.70 includono
quelle relative alle trasferte (93 km x 2 = 186 Km x fr. 1.--/km = fr.186)
e ai parcheggi per totali fr.10.--." (cfr. doc. XXVIII)

1.7. La Cassa ha osservato:

"(...)

Innanzitutto, mi preme far rilevare come il giorno 17.12.2001 fosse un sabato e che l'ufficio postale di X. solitamente chiude alle ore 11.00. Pertanto, non è verosimile che l'assicurata abbia risposto alla lettera del 17.11.2001 in circa 10 minuti e abbia rispedito la domanda di assicurazione il giorno stesso. Ammesso e non concesso che la signora C. avesse imbucato la lettera il sabato, essa comunque sarebbe partita il lunedì, giungendo così a destinazione solo in data 20.11.2001.

La parte ricorrente peraltro aveva ammesso di rispondere alle domande principali nell'ambito della domanda di assicurazione, relative alla dichiarazione dello stato di salute, ovvero al quesito N. 5: "Prevedete di richiedere un consulto medico o di subire un'ospedalizzazione?", oltre che al quesito N. 7: "Avete già subito una operazione (ambulatoria / ambito ospedaliero)?".

La KKK Cassa Malati (in seguito denominata KCM) anziché rispedito la dichiarazione dello stato di salute ha provveduto, tramite una collaboratrice, ad interpellare l'assicurata e a chiedere informazioni circa i quesiti N. 5 e N. 7 della dichiarazione dello stato di salute. Va inoltre rilevato che si tratta dei quesiti più importanti del questionario dello stato di salute, soprattutto se si pensa che lo scopo della ridetta dichiarazione era la richiesta di un aumento della copertura assicurativa. Peraltro, non v'è chi non veda in tale reticenza una malafede contrattuale. Non appena poi in possesso delle indicazioni mancanti, la KCM ha tempestivamente provveduto ad inoltrare la richiesta di aumento della copertura assicurativa alla sede centrale di Dübendorf.

Mi preme inoltre attirare l'attenzione di codesta lodevole Corte sul fatto che a pag. 6 del verbale del 3.12.2002 si statuisce quanto segue: "L'intervento al naso è stato redatto da me su informazioni dell'assicurata". È doveroso precisare al riguardo che la signora H. aveva chiesto telefonicamente le informazioni sullo stato di salute mancanti, di cui ai quesiti N. 5 e N. 7, volutamente tralasciati dall'assicurata poiché ben sapeva che si sarebbe sottoposta ad un intervento chirurgico nell'arco delle due settimane successive.

È per giunta prassi costante che un aumento della copertura assicurativa decorra a far data dal 1 gennaio o dal 1 giugno. In tal caso, invece, è stata formulata esplicita richiesta dall'assicurata di poter usufruire della nuova copertura sin dal 1 dicembre 2001, così da poter essere operata al naso per quei disturbi che la medesima aveva in un primo tempo sottaciuto.

Osservo altresì che la KCM di Y. aveva inviato alla sede centrale di Dübendorf la summenzionata richiesta senza formulare particolari osservazioni, poiché non era di competenza dell'agenzia di Y. prendere posizione sul tema della copertura assicurativa di cui si disputa. Non è prassi che detta agenzia prenda posizione, in quanto la decisione viene emessa allorquando si sia espresso il medico fiduciario della sede centrale. Così come è prassi ormai costante che nella corrispondenza amministrativa e commerciale venga apportata

la seguente dicitura: "Pregandola di volerla ritornare al relativo mittente".

Si contesta l'asserzione per cui la sede centrale si è discostata nel parere dall'agenzia di Y., poiché quest'ultima non ha fornito il benché minimo preavviso circa l'aumento della copertura assicurativa (non essendo propria la competenza in materia). Essa non ha neppure espresso dubbi o valutazioni (vedi ultimo paragrafo, punto 1 dell'allegato XXVIII), si è attenuta semplicemente alla realtà dei fatti, ovvero nel trasmettere la richiesta di garanzia alla sede centrale e nell'ammettere la garanzia relativamente alla camera comune.

Si contesta inoltre il fatto che il ricovero di una paziente in ospedale venga accettato sulla base di una semplice conversazione telefonica (nel caso specifico, quella della signora R.), dovendo far fede la garanzia scritta. Visto poi che si tratta di una camera privata, sorprende che la signora B. non abbia richiesto la conferma scritta (anche per fax) circa la copertura della camera privata (d'altronde, trattavasi pur sempre di una modifica della copertura assicurativa ancora in corso!).

Si precisa che la collaboratrice della KCM aveva innanzitutto confermato che l'assicurata era affiliata all'agenzia, poi affermato che era in corso una domanda di aumento della copertura assicurativa, precisando che dall'1.10.2001 l'assicurata aveva chiesto di poter fruire dell'opzione camera privata e che si era però in attesa di una risposta da parte della sede centrale di Dübendorf.

La signora B., lavorando nel settore ospedaliero, doveva pur sapere che - in previsione di un prossimo intervento chirurgico - la Cassa malati non avrebbe accettato la copertura in camera privata (almeno per questo intervento, poiché avrebbe potuto essere apposta una riserva). Il rimprovero mosso alla signora B. vale, a maggior ragione, se si pensa al fatto che ella lavora sin dal 1994 presso l'Ente ospedaliero e si è formata quindi una solida esperienza. Ella si è macchiata di superficialità non avendo neppure ritenuto opportuno approfondire gli elementi forniti dalla signora H., collaboratrice della KCM.

Si contesta in aggiunta - in quanto inveritiera - l'affermazione della signora B. secondo la quale: "Preciso meglio che la mia interlocutrice mi disse che c'era un errore nel senso che a lei risultava privata ma che a Dübendorf risultava una copertura in comune". È pure del tutto falso quanto asserito dalla medesima collaboratrice dell'ente ospedaliero, per cui "La conferma l'ha avuta il giorno dopo".

Per i motivi precedentemente esposti è impossibile che la signora H. abbia fornito la conferma il giorno successivo. A comprova di quanto asserito circa la malafede della signora C. si produce la fotocopia della "Domanda di assicurazione", così come l'aveva compilata l'assicurata, omettendo scientemente di rispondere ai quesiti N. 5 e N. 7 della dichiarazione dello stato di salute (lo si evince chiaramente dal fatto che il questionario a tali quesiti è stato compilato da un'altra persona, con una scrittura del tutto differente). Ci si riserva di produrre l'originale non appena in possesso dello scrivente legale.

Si osserva in ultimo che se la signora H. avesse inviato detta domanda alla sede di Dübendorf, così come compilata

dall'assicurata, essa sarebbe ritornata dalla sede centrale con relativa richiesta di prendere posizione ai quesiti N. 5 e N. 7. Visto inoltre che la signora C. si era presentata per l'accettazione in data 4.12.2001 o 5.12.2001, sorprende che l'Ospedale non abbia richiesto tempestivamente - eventualmente per fax - il 5.12.2001 oppure anche il 6.12.2001 la richiesta di garanzia.

Alla luce di questi fatti, vi è semmai una negligenza dell'Ospedale che non si è preoccupato - per il tramite dei suoi funzionari - di chiedere tempestivamente la garanzia, inoltrata per posta A solo in data 10.12.2001 ad intervento chirurgico ormai effettuato.

Domando pertanto che codesta lodevole Corte voglia disporre **una nuova audizione della teste** signora H. M., nonché **l'interrogatorio formale dell'attrice** signora C., in quanto vertente su un punto essenziale della vertenza de quo, suscettibile di mettere nella giusta luce il comportamento tenuto dalle parti nella presente fattispecie.

Vista la descritta negligenza commessa dall'Ospedale, si contesta recisamente che la convenuta debba versare delle ripetibili all'attrice. Nella denegata ipotesi in cui codesta lodevole Corte dovesse assegnare alla controparte delle ripetibili, se ne contesta - in via del tutto sussidiaria - l'importo preteso dalla controparte. In effetti, mal si comprende il quantitativo di ore esposte dall'Avv. Y., ossia di 23 ore per un causa dal profilo giuridico estremamente semplice se confrontata ad altre procedure giudiziarie nell'ambito dell'assicurazioni infortuni (LAINF) o nell'ambito della previdenza professionale (LPP), ove sia i patrocinatori sia gli onorevoli Giudici preposti debbono raffrontarsi con problematiche giuridiche oltremodo complesse (quali il nesso di casualità naturale ed adeguato nella LAINF o la congruenza materiale e temporale nella LPP).

Inoltre, non si ravvede per quali motivi la convenuta debba far fronte ai costi della richiesta formulata dall'attrice, volta ad ottenere la resa di una decisione formale (cfr. al riguardo lo scritto del 21.03.2002 dell'Avv. Y. alla KCM e la risposta del 23.04.2002 della KCM all'Avv. Y., ivi allegati).

Si osserva in merito che deve essere ammesso un numero equo di ore (e non eccessivo) per una pratica giudiziaria alquanto semplice quale raffigurata dalla fattispecie oggetto della procedura giudiziaria che ci occupa. Si contesta pertanto il numero di ore eccessivo esposto dall'Avv. Y., poiché non giustificato da seri motivi oggettivi.

A titolo esemplificativo, è inoltre doveroso rilevare che codesto lodevole Tribunale ha assegnato allo scrivente legale - in una procedura ben più complessa nell'ambito LAINF - delle ripetibili per un importo di CHF 1'800.- (si richiama a tal riguardo la sentenza del TCA del 20.11.2001, in re A. M. contro s Assicurazioni SA, Incarto N. 35.2000.00085).

Orbene, dati questi presupposti, sorprenderebbe che codesta lodevole Corte accordi - nel denegato caso di accoglimento della petizione de quo - delle ripetibili considerevolmente superiori agli usuali parametri applicati in altre procedure giudiziarie fondate sul diritto assicurativo.

Infine, tenuto conto che nel presente caso sono applicabili le disposizioni della LCA e che pertanto la presente fattispecie riveste il carattere di una causa civile, mal si comprende un onorario di CHF 4'600.- per una causa del valore litigioso di soli CHF 10'314,50." (cfr. doc. XXXII)

1.8. L'assicurata ha ancora rilevato quanto segue:

"1. Quanto è stato indicato al punto 1 del mio precedente scritto 27.1.2003, in relazione alla cronologia nella compilazione e trattazione della domanda di assicurazione, aveva per scopo di rilevare sia i tempi lunghi con cui gestisce i casi la controparte sia la non coordinazione tra la sede luganese e la sede centrale della cassa malati.

Irrilevante pertanto il fatto che la domanda inviata dall'assicurata il 17.11.2001 sia giunta effettivamente il 19.11.2001 o il giorno successivo 20.11.2001.

Pure irrilevanti le elucubrazioni della controparte circa il momento in cui la ricorrente abbia potuto prendere visione e rispedire la domanda di assicurazione: si osservi comunque che la ricorrente, come d'abitudine, riceve la corrispondenza postale verso le 09.30 di ogni giorno, pertanto un invio fatto lo stesso giorno è cosa tutt'altro che impossibile.

2. Come già indicato in sede di petizione (v. punti 1.e 2.), già nel corso del mese di ottobre 2001, tramite diverse telefonate presso l'agenzia di Y. della cassa malati, la signora C. aveva chiesto l'aumento di grado assicurativo.

Ricevuto il formulario "domanda di assicurazione" il 17.12.2001, la stessa l'ha compilato nei punti per lei chiari, mentre a quel momento non ha potuto dare alcuna risposta a quelle domande a cui non sapeva come meglio rispondere (per es. non era sicura che il raschiamento, poi indicato al punto 7, fosse un intervento da indicare appunto in tal punto) e per le quali era già d'accordo che avrebbe avuto aiuto dall'interlocutrice telefonica della cassa malati.

Contrariamente alle gratuite illazioni espresse dalla controparte, proprio dalla documentazione prodotta da quest'ultima risulta che la signora C. non è stata in alcun momento reticente, sia avendo indicato sul formulario di proprio pugno di non sentirsi in perfetto stato di salute (v. risposta 2), sia che la propria capacità lavorativa non era al 100% (v. risposta 3), sia e soprattutto lasciando libere tutte le caselle concernenti le domande 5 e seguenti (v. differente grafia delle "x" apposte alle domande 2,3,4 in confronto alle "x" alle domande 5 e seguenti).

Reticenza ci sarebbe stata se l'assicurata avesse risposto con una "x" alle caselle "no" di tutte le domande da 5 a 8, situazione non presente nel nostro caso.

Già all'inizio della settimana successiva l'invio del formulario, la signora C. ha chiamato, lei, l'assicurazione per delucidare i punti a cui non era stata in grado di capire e quindi di rispondere.

In particolare ai punti 5 e 7, come pure negli altri punti lasciati interamente vuoti, le indicazioni sono poi state inserite sulla base delle informazioni fornite dall'assicurata.

Anche qui la controparte viene male a sostenere una reticenza: ciò sarebbe stato il caso se telefonicamente l'assicurata avesse negato la prevista operazione al naso e il raschiamento effettuato nel settembre 2001.

Il formulario è stato in seguito inoltrato alla sede centrale interamente compilato in maniera veritiera, pertanto nulla può essere rimproverato all'assicurata.

3. In ambito assicurativo non è per nulla inusuale che una modifica di copertura avvenga in altri periodi dell'anno che non soltanto all'1.1. o all'1.6.

Semmai è la prassi che l'entrata in vigore venga fissata al più presto dal momento che l'assicurato lo richiede.

4.

Si noti comunque e in tutti i casi che quanto sollevato dalla controparte e di cui si è detto ai punti precedenti di questo scritto non è determinante per la problematica giudiziaria da risolvere, cioè verificare se la cassa malati debba essere tenuta a garantire una copertura Kombi 3 Sez. f e il pagamento come richiesto in sede di petizione, siccome impegnarsi in tal senso a favore dell'assicurata.

5.

Contestata l'allegazione di controparte secondo cui la frase "pregandola di volerla ritornare al relativo mittente" sia una prassi e priva di qualsiasi senso.

La controparte confonde inoltre le cose:

- nella domanda di assicurazione inoltrata alla sede centrale erano già indicati tutti gli estremi per A.lizzare la richiesta e beninteso la sede di Y. non aveva la necessità di apporre ulteriori osservazioni.
- Altra cosa è l'inoltro da parte della sede di Y. alla sede centrale della richiesta di garanzia del 10.12.2001 dell'Ospedale di Z. (v. allegato 3 risposta di causa) nella quale è chiaramente indicata la classe 1, con una lettera del 12.12.2001 (v. allegato 4 risposta di causa), per nulla standardizzata, in cui, come si è già precedentemente fatto rilevare, l'agenzia di Y. pregava semplicemente di volerla ritornare al relativo mittente.

Rimangono pertanto valide le considerazioni già espresse con lo scritto del 27.1.2003.

6.

Inutile l'ennesimo tentativo della controparte di voler capovolgere la realtà dei fatti, volendo far sostenere prassi inesistenti e negando invece prassi consolidate e per forza di cose operanti.

E' pertanto prassi regolare che la copertura assicurativa di un paziente venga accertata anche telefonicamente, soprattutto come nel nostro caso in cui era in corso una modifica di copertura, da subito fatta rilevare dalla paziente.

Le dipendenti dell'Ospedale di Z., come ben ricorda anche la controparte, lavorano nel settore ospedaliero da diversi anni e pertanto hanno agito come da prassi.

D'altronde le testimonianze rilasciate dalle stesse sono state chiare, dettagliate e univoche.

Senz'altro le stesse sono da ritenere veritiere, considerato che per le stesse dipendenti sarebbe stato meno impegnativo testimoniare qualche cosa d'altro di quello che hanno riferito.

Come si vede, in effetti, ora viene messa in dubbio dalla controparte la veridicità delle dichiarazioni delle dipendenti dell'ospedale, alle quali la controparte arriva persino a sostenere una negligenza. Semmai inveritiere dovrebbero essere ritenute le testimonianze delle dipendenti della cassa malati, sicuramente più interessate a non ammettere sbagli con conseguenze in relazione al loro rapporto di lavoro.

7.
Considerato quanto precede, **risulta non giustificata e inutile la richiesta di nuova audizione della tesse H., nonché l'interrogatorio formale dell'attrice, che nulla apporterebbero di nuovo circa la problematica che deve essere risolta.**

8.
Si conferma la richiesta di cui al punto 2. della lettera del 27.1.2003 del sottoscritto legale relativa alle ripetibili.
Contrariamente a quanto sostiene la controparte, come chiaramente rilevato il dispendio orario per la trattazione della pratica, escluso il dispendio orario per le due trasferte da Z. a Y. e le due udienze di audizioni testi, è di sole 13,5 ore.
Tale dispendio di tempo è giustificato tenuto conto dell'attività necessaria che è stata svolta e come pure risulta dalla distinta annessa alla nota professionale.
Il sottoscritto legale ha inviato la nota professionale per permettere "una migliore determinazione delle ripetibili da rifondere alla signora C.", senza quindi formulare alcun importo determinato di ripetibili ma lasciando all'autorità giudicante di calcolare ciò. (doc. XXXIV)

in diritto

2.1. Secondo quanto disposto dall'art. 1a LAMal in vigore dal 1.1.2003, corrispondente al vecchio art. 1 LAMal, l'assicurazione sociale contro le malattie comprende l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie e l'assicurazione di indennità giornaliera facoltativa.

La LAMal si applica soltanto all'assicurazione malattia sociale così definita e le assicurazioni complementari offerte dalle casse malati (art. 13 OAMal) e gli altri rami d'assicurazione (art. 14 OAMal) sono diventate di puro diritto civile e sono rette, in applicazione dell'art 12 cpv. 3 LAMal, dalla legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA).

Dal profilo procedurale, la LAMal ha operato una cesura completa fra i rimedi giuridici nell'assicurazione malattia sociale e nelle assicurazioni complementari: se per la prima le vie di diritto sono quelle previste dalla procedura amministrativa (cfr. art. 85ss LAMal), per le vertenze relative alle seconde sono da intraprendere le vie di diritto previste per i litigi di diritto civile.

Giusta l'art. 47 cpv. 2-4 della legge federale del 23 giugno 1978 sulla sorveglianza degli istituti d'assicurazione privati (modificata in occasione dell'adozione della LAMal), per le contestazioni relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie giusta la legge federale del 14.3.1994 sull'assicurazione malattie, i cantoni prevedono una procedura semplice e spedita, nella quale il giudice accerta d'ufficio i fatti e valuta liberamente le prove.

In concreto la contestazione si fonda sulla conclusione di una copertura assicurativa in materia di prestazioni complementari ai sensi dell'art. 12 cpv. 2 e 3 LAMal (cfr. A. Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, ed. Helbing et Lichtenhahn 1996, pag. 134), ambito nel quale le casse malati e gli altri istituti assicurativi non sono autorizzati a emA.re decisioni. Il TCA è pertanto competente a statuire sulla petizione presentata dall'interessata.

- 2.2. Oggetto del contendere è la questione a sapere se le parti hanno concluso il contratto di assicurazione Kombi 3 così come proposto dall'attrice e se la convenuta va condA.ta al pagamento delle prestazioni effettuate presso l'Ospedale di Z. dal 9 al 14 dicembre 2001.

Rilevanti per la verifica della fondatezza delle pretese dell'attrice sono le Condizioni generali d'assicurazione (in seguito CGA), le condizioni complementari (in seguito CC), nonché la LCA che costituisce il fondamento legale su cui poggia il rapporto fra le parti.

Per l'art. 1 LCA chi ha fatto all'assicuratore la proposta d'un contratto di assicurazione rimane vincolato per quattordici giorni, quando non abbia fissato un termine più breve per l'accettazione (cpv. 1). Rimane vincolato per quattro settimane se l'assicurazione richiede una visita medica (cpv. 2). Il termine comincia a decorrere dalla consegna o dall'invio della proposta all'assicuratore od al suo agente (cpv. 3). Il proponente è liberato quando l'accettazione dell'assicuratore non gli sia giunta prima della scadenza del termine (cpv. 4).

Si ritiene accettata la proposta di prolungare o di modificare un contratto o di rimettere in vigore un contratto sospeso, quando l'assicuratore non l'abbia respinta entro quattordici giorni dal ricevimento (art. 2 cpv. 1 LCA).

Ove una visita medica sia richiesta dalle condizioni generali d'assicurazione, la proposta si ritiene accettata se l'assicuratore non l'ha respinta entro quattro settimane dal ricevimento (art. 2 cpv. 2 LCA).

Giusta l'art. 100 cpv. 1 LCA *"per tutto quanto non sia previsto nella presente legge il contratto d'assicurazione è retto dalle disposizioni del diritto delle obbligazioni."*

Per l'art. 1 CO il contratto non è perfetto se non quando i contraenti abbiano manifestato concordemente la loro reciproca volontà (cpv. 1). Tale manifestazione può essere espressa o tacita (cpv. 2).

- 2.3. Il TF, a proposito dell'applicazione dell'art. 1 LCA, ha precisato che *"l'assureur qui se tait ne viole donc aucun devoir; simplement, le proposant n'est plus lié, l'offre n'est plus susceptible d'acceptation. Si le risque assuré se produit dans le délai légal, l'offre devient partiellement caduque, autant du moins que l'objet du contrat n'en est pas seulement réduit"* (DTF 112 II 245, pag. 252).

Il contratto d'assicurazione non è concluso se l'accettazione non giunge al proponente entro 14 giorni durante i quali è vincolato alla propria proposta (RUA XIX n°8 citato in: Carron, La loi fédérale sur le contrat d'assurance, 1997, pag. 3).

Quando si tratta di concludere un nuovo contratto d'assicurazione conformemente a quanto prevede l'art. 1 LCA il silenzio dell'assicuratore deve essere considerato quale rifiuto della proposta. Vi è silenzio solo ove l'assicuratore non ha accettato la proposta espressamente o per atti concludenti quali l'invio della polizza o l'incasso del premio (RUA VII n° 2 citato in: Carron, op. cit. pag. 3).

Il contratto d'assicurazione è concluso con l'accettazione della proposta da parte dell'assicuratore (TC VD RUA VIII n° 15/106). L'accettazione può avvenire *"expressis verbis"* o per atti concludenti (TF RUA VI n° 19).

Per accettare la proposta, l'assicuratore non deve necessariamente fare una dichiarazione esplicita. E' sufficiente che l'assicuratore faccia sapere in maniera probante che accetta l'offerta (Kuhn/Montavon, Droit des assurances privées, pag. 139). In particolare il fatto di trasmettere al prenditore una distinta dei premi o la polizza assicurativa prima della scadenza

del termine di accettazione costituisce un elemento sufficiente per l'accettazione.

Da rilevare che la legge obbliga l'assicuratore a preparare la polizza immediatamente dopo la conclusione del contratto. Con la consegna della polizza al prenditore prima della scadenza del termine, l'assicuratore che non intende esprimere la sua accettazione in altra maniera manifesta con un atto concludente di accettare la proposta (Kuhn/Montavon, op. cit., pag. 140). La legge non prevede alcuna esigenza di forma per l'accettazione. Anche quando la proposta è scritta, l'accettazione può avvenire oralmente o risultare da atti concludenti come la consegna della polizza. Tuttavia se le parti decidono di subordinare la conclusione del contratto ad un'esigenza di forma particolare, la proposta e l'accettazione devono entrambe soddisfare questa esigenza, pena la nullità (Kuhn/Montavon, pag. 140). Per essere valida l'accettazione deve pervenire al prenditore o al suo rappresentante (Kuhn/Montavon, op. cit., pag. 140). Essa deve inoltre pervenire al destinatario prima della scadenza del termine durante il quale resta vincolato dalla proposta (Kuhn/Montavon, op. cit., pag. 141).

L'onere della prova della conclusione del contratto appartiene alla parte che si prevale della conclusione (cfr. art. 8 CC, Kuhn/Montavon, pag. 142). Occorre provare che la proposta del proponente è valida e completa dal punto di vista del contenuto e che l'accettazione dell'assicuratore è valida, non contiene alcuna riserva ed è pervenuta a tempo al destinatario. Si considera che la prova è apportata quando le parti agiscono "de facto" come se il contratto fosse concluso "de jure". Il comportamento delle parti può essere sufficiente: il prenditore paga il premio senza emettere alcuna riserva e l'assicuratore incassa il premio senza nessun'altra formalità (Kuhn/Montavon, op. cit., pag. 142).

La LCA non contiene nessuna disposizione in merito al momento della conclusione del contratto d'assicurazione. E' necessario pertanto far riferimento ai principi generali del CO enunciati agli art. da 3 a 9, secondo i quali l'accettazione dell'offerta ha effetto al momento in cui perviene al destinatario (Kuhn/Montavon, pag. 142). La conclusione del contratto è effettiva dal momento in cui l'accettazione dell'assicuratore perviene al prenditore d'assicurazione o, nel caso più raro in cui l'assicuratore è il proponente, dal momento in cui l'accettazione che proviene dal prenditore d'assicurazione perviene all'assicuratore o al suo agente. Generalmente l'accettazione dell'assicuratore si manifesta tramite la consegna della polizza. In altre parole il

contratto è concluso a partire dal momento in cui l'assicuratore rimette la polizza al prenditore. In questo caso la ricezione della polizza ha esattamente lo stesso significato dell'accettazione (Kuhn/Montavon pag. 143).

Mentre il CO prevede agli art. 3 cpv. 2, 5 cpv. 1-3, 9 e 10 cpv. 2 che il proponente è vincolato a partire dal momento in cui il destinatario riceve la proposta, per la LCA il proponente è vincolato a partire dalla consegna o dall'invio all'agente o all'assicuratore della propria proposta. La regolamentazione speciale della LCA ha quale scopo quello di facilitare al prenditore il calcolo del lasso di tempo durante il quale è vincolato dalla sua proposta. Infatti, deve essere in grado di stabilire precisamente a partire da quale momento non è più vincolato per potere, per esempio, rivolgersi ad un altro assicuratore (Kuhn/Montavon, op. cit., pag. 134).

Se la proposta è fatta dall'assicuratore e non dal prenditore, non si applicano gli art. 1 e 2 LCA, bensì le norme del CO, art. da 3 a 7 (DTF 126 III 82 e DTF 120 II 133). Il TF ha in particolare affermato che *"l'assureur intervient comme proposant dans certains cas n'exigeant aucune sélection des risques, telles les assurances par tickets ou automates ("Coupon- oder Automatenpolicen") en usage dans l'assurance contre les accidents de voyage et des bagages (Koenig op. cit., p. 506 et FJS no 30a ch. 1; Viret, op. cit., p. 77), ou lorsqu'il accepte la proposition du preneur sous condition, en la modifiant, ou avec retard. En pareil cas seules les dispositions générales du Code des obligations sont applicables (Koenig, op. cit., pag. 506)." (DTF 120 II 133, cfr. anche Kuhn/Montavon, op. cit., pag. 135, sottolineature del redattore). Va qui sottolineato come l'Alta Corte, nella medesima sentenza ha confermato che *"même si le proposant fait usage d'une formule de l'assureur et si celle-ci a été remplie avec l'aide d'un agent de ce dernier, l'offre émane néanmoins du preneur ou futur preneur d'assurance (Viret, Droit des assurances privées, p. 76, Koenig, op. cit., p. 505)." (DTF 120 II 133, cfr. anche Kuhn/Montavon, op. cit., pag. 135, sottolineature del redattore).**

- 2.4. In data 3 dicembre 2002 il TCA ha sentito innanzitutto R., segretaria a metà tempo presso l'Ospedale ... (doc. XVIII), la quale ha affermato che:

"(...)

Ricordo il ricovero della sig.ra C., ricordavo anche la data attorno agli inizi di dicembre dello scorso anno perché questo caso mi ha colpito. La sig.ra si era presentata allo sportello ed io le avevo chiesto la natura della sua copertura assicurativa e la sig.ra C. mi rispose che aveva la copertura per la camera privata, e chiesi se fosse sicura e

mi disse che aveva cambiato da poco, se non erro specificò il mese di ottobre. La circostanza della mutazione mi creava una responsabilità poiché i dati della paziente sono inseriti nel computer e sono accessibili, ma non modificabili, anche da altre persone. Sto particolarmente attenta poi in casi di mutazione per evitare i casi di omonimia.

Quel giorno la sig.ra C. dopo essersi presentata mi ha comunicato che doveva andare in laboratorio, le dissi che avrei verificato la copertura assicurativa ciò che feci telefonando quel giorno stesso prima di mezzogiorno perché io lavoro a metà tempo la mattina. Rividi la sig.ra casualmente in laboratorio perché mi ero recata lì per recuperare un classificatore al fine di eseguire delle fatturazioni, ciò è avvenuto poco dopo. La sequenza temporale è quindi la presenza della sig.ra allo sportello, la mia telefonata a KKK in Y. e l'incontro casuale con la stessa in laboratorio. In quest'ultima occasione confermai verbalmente alla signora che la copertura era in ordine. C'è una mia collega, che so essere oggi convocata per essere sentita quale teste, che ha eseguito a sua volta una verifica presso K. ritenuta la mia segnalazione di cambiamento recente di classe di copertura.

Il giudice mi dice che il giorno della accettazione o meglio dell'inizio della degenza è il 9 dicembre che corrisponde ad una domenica. La domenica io non lavoro e quindi questa accettazione della paziente dev'essere avvenuta in precedenza probabilmente in venerdì o forse in un'altra data. Preciso che la stampa delle etichette che contengono un codice a barre il nome del paziente la sua data di nascita e forse anche la data di allestimento dell'etichetta stessa viene eseguita al momento dell'accettazione. Se il ricovero avviene successivamente all'accettazione le etichette vengono depositate al centralino. Quindi se un paziente arriva di venerdì per l'accettazione e viene effettivamente ricoverato di domenica io allestisco il tutto e faccio trovare le etichette e l'accettazione al centralino.

Con riferimento alla mia telefonata alla K parlai, per quanto posso ricordare dalla voce dell'interlocutrice con la solita persona di cui non conosco il nome, persona cortese all'approccio.

Ricordo che nel corso del contatto telefonico mi annunciai col cognome come siamo obbligati a fare, le spiegai che ero del... di Z., le chiesi di darmi la copertura della sig.ra C. senza rivelare le informazioni che la paziente mi aveva dato. La signorina dopo pochi istanti mi ha detto che era in privato, a quel momento le chiesi se fosse sicura perché la paz. mi aveva appunto detto che la mutazione era recente.

Mi ha confermato. Non mi ha detto che l'inc. era stato mandato alla Sede per la verifica.

La risposta fu decisa e non condizionata da nulla.

Il giorno successivo la mia collega, che siede di fronte a me, ricevendo i miei atti mi chiese se per quel caso tutto fosse a posto io le risposi affermativamente, che io avevo controllato.

Mesi dopo la mia collega mi comunicò che c'erano dei problemi con la degenza C. e io le dissi che non era possibile perché io avevo controllato e la cosa era a posto. Parlandone con la C. lei mi disse che aveva pure eseguito il controllo e allora io le dissi di non preoccuparsi che di problemi non ce ne dovevano essere.

La sig.ra C. precisa che la teste le disse di avere lavorato in una CM e le chiesi se aveva ricevuto una conferma scritta del cambiamento di

classe assicurativa, alla mia risposta negativa la sig.ra R. mi disse che avrebbe allora verificato puntualmente.

La teste aggiunge di ricordare che la sig.ra C. le disse di avere già chiamato la CM per la sua mutazione.

La teste aggiunge che i controlli in particolare per le accettazioni dei degenti sono particolarmente meticolosi per evitare appunto errori che possono avere una grande incidenza a livello finanziario sul paziente.

In sostanza da noi vige un controllo incrociato che avviene tra me e la mia collega. Noi facciamo il "giro" delle entrate il giorno successivo si riverificano tutti i dossier." (cfr. doc. XVIII)

Da parte sua B., collega di R., ha affermato:

"Dall'ottobre 1994 sono collaboratrice dell'Ospedale ... presso il settore fatturazione degenti di cui sono responsabile da 7 anni. All'accettazione dei pazienti presso ... ci sono altre persone che provvedono, in particolare la sig.ra R., loro organizzano amministrativamente l'entrata del paziente chiedono le informazioni relative alla CM al grado di copertura. Tutte le informazioni acquisite vengono successivamente elaborate. Preciso che già al momento dell'accettazione degenti nel caso di un paz. che indica il reparto privato e semi-privato la verifica della copertura avviene immediatamente ad opera della persona che esegue l'accettazione. Di principio quando una verifica viene eseguita presso una Cassa la persona che esegue questa verifica è responsabile e non si esegue più ulteriore verifica, ciò tranne casi particolari per i quali si hanno dei dubbi, ad esempio persone in ritardo con il pagamento dei premi di cui abbiamo notizie. La prassi è questa, le ammissioni degenti vengono eseguite il giorno stesso, quando è prevista invece una ammissione degente per la settimA. successiva prepariamo l'entrata il venerdì precedente modificando a computer la data del giorno dell'entrata effettiva (lunedì, martedì, ecc...).

Per il caso concreto ricordo che la sig.ra R. mi segnalò il caso della sig.ra C. dicendomi di avere telefonato al momento dell'accettazione e di avere verificato con l'assicuratore la copertura in reparto privato. Io non ho più eseguito una ulteriore verifica presso KKK sino a che mi è giunta la garanzia per il ricovero solo in reparto comune. Il giudice mi ha mostrato il documento 6. Riconosco il documento ed il suo contenuto e quando l'ho ricevuto ho visto il problema del grado di copertura. Ho chiamato la CM. Io chiamo sempre per K. la sede di Y. siccome la sig.ra C. è ticinese ed ho parlato con una signorina da una voce giovane, cortese, la voce era la stessa che avevo già sentito in altre occasioni. Ho spiegato alla signorina il problema dicendo che la sede di K. garantiva per la comune. La signorina mi ha confermato l'esistenza della copertura privata, non so dire se abbia verificato al computer. Io ho specificato che la garanzia giungeva da Dübendorf e allora la dipendente della K. mi ha detto che avrebbe verificato. Il giorno dopo mi ha richiamato mi ha detto che c'era una copertura solo comune. Mi ha detto che c'era in ballo la mutazione. Preciso meglio che la mia interlocutrice mi disse che c'era un errore nel senso che a lei risultava privata ma che a Dübendorf risultava una copertura in comune. La conferma l'ha avuta il giorno dopo.

Tra il primo contatto telefonico con K. Y. ed il secondo del giorno dopo io ho inserito in postit sulla garanzia della sig.ra C. in cui annotavo che sarebbe arrivata la nuova garanzia per la 1.a classe. Il giorno dopo si è rovesciata la situazione. Io con la sede di K. non ho avuto contatto telefonico.

Ho fatturato di conseguenza la base alla K. e il resto all'assicurata. Ho conferito con la sig.ra C. spiegandole la situazione dal nostro punto di vista.

A domanda dell'X. confermo che io non chiesi a K. dopo l'accettazione da parte della sig.ra R. e prima di avere ricevuto la conferma per la comune dalla CM una conferma, via fax o in altro modo, della copertura in privato." (cfr. doc. XVIII)

H. M., dipendente della Cassa, ha affermato:

"Da un anno sono collaboratrice della KKK , lavoro con due apprendisti e la responsabile della sede che è la sig.ra G.. Vedo la sig.ra C. che non conoscevo di vista ma avevo già sentito telefonicamente. Mi occupo delle ammissioni, dimissioni e mutazioni ma le decisioni sono di competenza della sede principale. Il giudice mi fa vedere il doc. 1, si tratta di una domanda di assicurazione, e meglio della sua modifica, la firma in fondo per la K. è la mia, ho anche riempito alcune parti di questa richiesta di mutazione. In pratica ho riempito il contratto in alcune sue parti l'ho firmato il 15 novembre, l'ho trasmesso alla sig.ra C. che ha fatto le sue aggiunte e lo ha firmato a sua volta e quindi me lo ha retrocesso. Io l'ho mandato alla sede. Non ricordo l'esatta data dell'invio del contratto alla sede, la specificherò per il tramite dell'X., reputo di averlo spedito a Dübendorf un paio di giorni o tre dopo averlo ricevuto di ritorno. Osservo che l'indicazione dell'entrata in vigore della mutazione doc. 1 pag. 1 in altro a destra al 1° dicembre 2001 fu volontà della sig.ra C..

L'indicativo a pag. 3 l'intervento al naso è stato redatto da me su informazioni dell'assicurata. Non so specificare la data ma dall'Ospedale ... di Z. sono stata contattata dalla sig.ra di cui non ricordo il nome in questo momento ma credo di averne annotato il nome in ufficio e lo comunicherò tramite il nostro legale, la quale mi chiese come fosse coperta assicurativamente la sig.ra C.. Risposi che aveva la copertura per la camera comune che aveva richiesto una copertura per la camera privata a partire dall'1.12.01 ma che la sede doveva ancora decidere in merito.

Più precisamente venni contattata non detti una risposta prendendo il tempo di verificare perché dal computer mi risultava la camera comune ma sapevo che era in corso la mutazione nella camera privata. Io richiamai lo stesso giorno dopo una ventina di minuti dopo avere verificato l'esistenza o meno di una risposta da parte della sede di Dübendorf alla richiesta di mutazione del contratto. Non avendola trovata ho richiamato l'Ospedale dicendo che la copertura era solo comune.

Dal mio dossier non ho rilevato le tracce di contatti precedenti di colleghi della nostra sede di Y. con l'Ospedale riferiti a quel ricovero. Il giudice mi dice che il ricovero è avvenuto domenica 9.12.01, la dimissione il 14.12.01 e mi dice che dagli atti la deposizione della sig.ra R., il nome non mi dice nulla, indica un contatto precedente il ricovero tendente a stabilire il grado di copertura. Secondo la deposizione R. vi sarebbe stata una risposta da parte

dell'interlocutrice presso la sede di K. a Y. e non vi sarebbe stato ulteriore contatto telefonico nella stessa giornata.
Il giudice mi dice che la sig.ra B. indica invece un contatto con la K. dopo avere ricevuto dalla sede la garanzia per il ricovero in camera comune e quindi una richiamata da parte del responsabile di K. per la risposta. La sig.ra B. rammenta che la richiamata avvenne il giorno successivo. Da parte mia dico che il nome B. mi risulta ho parlato con questa sig.ra al telefono. Ribadisco il contenuto del nostro colloquio. Il giudice mi dice che la sig.ra B. racconta i fatti seguenti:

"Io chiamo sempre per K. la sede di Y. siccome la sig.ra C. è ticinese ed ho parlato con una signorina da una voce giovane, cortese, la voce era la stessa che avevo già sentito in altre occasioni. Ho spiegato alla signorina il problema dicendo che la sede di K. garantiva per la comune. La signorina mi ha confermato l'esistenza della copertura privata, non so dire se abbia verificato al computer. Io ho specificato che la garanzia giungeva da Dübendorf e allora la dipendente della K. mi ha detto che avrebbe verificato. Il giorno dopo mi ha richiamato mi ha detto che c'era una copertura solo comune. Mi ha detto che c'era in ballo la mutazione. Preciso meglio che la mia interlocutrice mi disse che c'era un errore nel senso che a lei risultava privata ma che a Dübendorf risultava una copertura in comune. La conferma l'ha avuta il giorno dopo."

Io ribadisco la mia versione, i fatti me li ricordo così, e preciso che io ho un dischetto di computer sul quale sono elencati gli assicurati, le mutazioni su questo dischetto vengono fatte a Dübendorf e ci vengono spediti di volta in volta i dischetti aggiornati.

Dall'istruttoria emerge però, secondo la deposizione della sig.ra R., che vi sarebbe stato un ulteriore contatto telefonico dell'Ospedale con la sede di Y. della K.. Questo contatto sarebbe avvenuto il giorno stesso dell'accettazione della paziente come degente che risulta essere di qualche giorno antecedente al ricovero. Secondo le indicazioni si tratterebbe del 4.12.2001 o 5.12.2001 come precisa la sig.ra C..
Io dichiaro di avere avuto il contatto telefonico solo con la sig.ra B..

A domanda del giudice delegato preciso che tutte e quattro in ufficio rispondiamo al telefono e tutti abbiamo accesso al computer ma non tutti possiamo dare informazioni all'esterno. Quando chiama una farmacia anche gli apprendisti possono indicare l'esistenza della copertura ma quando chiamano gli ospedali non devono dare risposta dettagliata e meglio possono confermare l'esistenza di una copertura nel senso che alla richiesta se una tale persona è assicurata da K. la risposta può essere data, ma oltre a ciò non sono autorizzati a farlo.

Vi è inoltre la sig.ra G. non so se abbia avuto lei contatto telefonico con la sig.ra R.. Con la sig.ra G. ho parlato di questo caso e lei non mi ha riferito di nessun contatto con l'Ospedale.

Preciso che i dischetti con le indicazioni dei nostri assicurati ci permettono di eseguire una ricerca del nome, grado di copertura, oltre alle informazioni sui data A.grafici in nostro possesso. Ribadisco che non siamo in rete con la sede e dico che quando ci viene richiesta una verifica io mi baso sia sul computer che sulla

corrispondenza e gli atti dell'assicurato rispettivamente chiamo la sede perché potrebbe esserci stata corrispondenza diretta con loro.

La sig.ra C. fa rilevare di avere avuto a più riprese contatti con K. a Y. in merito alla richiesta di mutazione, da ultimo il giorno stesso del prelievo del sangue prima di recarsi in Ospedale dopo che il dott. M. le indicò la necessità del ricovero e le fece riempire un formulario in cui venivano richiesti gli estremi della copertura per sapere come era la sua situazione del suo grado copertura chiamò K. che confermò il grado privato.

Il giudice chiede alla teste se fu lei ad avere questo contatto.

Dico che io ho avuto certamente il contatto con l'assicurato per la modifica contrattuale nei termini che ho detto, proposti alla sig.ra l'1.1.02 con la privata e lei mi disse che voleva invece l'1.12.01. Altri contatti io non ricordo per quanto concerne me personalmente non posso però dire se altre colleghe hanno parlato con la sig.ra C..

La sig.ra C. a richiesta dal giudice specifica di non poter giurare che la voce della teste fosse la stessa della persona degli ulteriori contatti.

La teste aggiunge che è sua la firma in calce al doc. 4, si tratta della trasmissione della richiesta di garanzia del... mandata alla sede." (cfr. doc. XVIII)

Infine, G. della KKK , ha affermato:

"(...)

In seno alla K. sono amministratrice, collaboro con due apprendiste e una collaboratrice, pure mio marito collabora ma si occupa delle consulenze prevalentemente.

Vedo presente in aula la sig.ra C. che non avevo mai visto in precedenza. Non mi sembra di avere mai parlato con la sig.ra C. telefonicamente. Mi è nota la controversia nata con la sig.ra C..

Il giudice mi spiega che dagli accertamenti svolti mediante l'audizione di alcuni testi sarebbe accertato che una funzionaria dell'ospedale ... di Z. avrebbe contattato nel 2001, in data 4.12.2001, la direzione di Y. di K. per domandare la natura della copertura assicurativa della sig.ra C.. Io non ho conferito con una funzionaria del..., non mi risulta, devo dire che normalmente io non rispondo alle telefonate presso K. poiché rispondono o l'impiegata o le due apprendiste. Se rispondo trasmetto comunque a queste persone la comunicazione quando si tratta di verifica delle coperture perché loro hanno il computer al loro posto di lavoro. Il nome della sig.ra R. non mi dice nulla e di questa vertenza ho saputo solo recentemente quando mi è stata trasmessa la documentazione. So che la sig.ra C. ha chiesto di modificare la sua copertura il 17.11.2001 e di ciò si è occupata la sig.ra Hiraldes. Io mi occupo principalmente delle relazioni tra la succursale e la direzione centrale e di questioni amministrative.

Mi è noto che la sig.ra C. non è stata ammessa nella copertura privata.

Devo dire che di un contatto telefonico con ... di Z. nella persona della sig.ra R. non mi è stato neppure riferito nulla dalle colleghe.

La sig.ra Hiraldes so che ha avuto un contatto con ..., non so con chi abbia parlato so però che ha comunicato che la paziente era in camera comune.

(...)

Preciso che la prassi da noi è quella di modificare le iscrizioni a computer una volta che una mutazione è stata ammessa. La competenza per autorizzare un cambio di copertura è dalla sede centrale. Noi svolgiamo le pratiche amministrative e gli accertamenti medici li esegue il nostro medico fiduciario.

A domanda dell'X. preciso che se qualcuno avesse guardato il computer e nelle date del 9-10 dicembre 2001 relativi alla sig.ra C. avrebbe constatato le date d'ammissione di K., le date di inizio delle varie coperture, la natura delle coperture e invece non risulta una mutazione in corso ossia una richiesta di modifica di una copertura non compare a video fino a quando non è accettata dalla sede centrale.

Per noi la sig.ra C. risulta in camera comune.

Mi viene mostrato il doc. XXII/4 relativo all'annotazione della funzionaria dell'Ospedale ... che accerta il contatto telefonico e la conferma della copertura in privato.

Dichiaro di aver saputo da una scritto di controparte che la sig.ra C. si era dovuta ricoverare d'urgenza. Questo sarebbe avvenuto il 10 dicembre 2001 mentre rilevo sullo scritto che mi è stato dato che la data è del 4 dicembre 2001. Osservo che il documento indica pure la dicitura secondo cui la sig.ra C. "non è sicura per il privato". Preciso anche che a video da noi non risultano, nel campo osservazioni o A.logo, le richieste di mutazione.

A complemento preciso comunque che presso di noi a Y. rimane la traccia cartacea della richiesta di mutazione. Abbiamo il computer non collegato in rete con la sede, le mutazioni sono iscritte grazie a un dischetto di aggiornamento e dico che la collaboratrice che risponde al telefono, per prima cosa, quando si tratta di informazioni sulla copertura verifica a video. Capita di eseguire verifiche sulle carte quando abbiamo dei casi di mutazioni in corso o di nuove assicurazioni. Quando la modifica è accolta riceviamo la conferma via fax mentre l'aggiornamento del dischetto ci impiega qualche giorno in più.

Ribadisco che non abbiamo ricevuto con riferimento alla sig.ra C. nessuna conferma dalla sede di accettazione della mutazione richiesta.

A domanda dell'avv. Y. completo il mio esposto che se la richiesta di mutazione è in corso noi, richiesti di confermare una determinata copertura, contattiamo la sede per verifica che non sia stata ammessa o rifiutata la modifica. Come ho detto però noi riceviamo tempestivamente il fax o la comunicazione telefonica della sede." (cfr. doc. XXIII)

- 2.5. Dagli atti prodotti dall'Ospedale di Z. emerge che C. si è recata in data 4 dicembre 2001 verso le 10 presso il nosocomio per effettuare le A.lisi richieste (doc. XXII/2).

Dal doc. XXII/4, intitolato "*Verifica copertura assicurativa pazienti degenti*", datato 4 dicembre 2001, emerge che nello spazio relativo a "*il paziente dichiara di essere assicurato per camera*" è stata apposta una crocetta a "*privata*". Tuttavia, subito sotto, vi è l'annotazione "*non è sicura X il privato.*" Sotto la dicitura "*verifica copertura*" è stata apposta la crocetta a privato con l'annotazione a lato "*OK telefonato*" e la stessa firma di quella apposta in calce al documento.

Anche nel doc. XXII/5 prodotto dall'Ospedale e relativo alla "*programmazione interventi*" figura una crocetta nello spazio riservato alla camera "*privata*".

Ciò corrisponde alla deposizione della teste R..

In data 9 dicembre 2001 l'attrice ha firmato una dichiarazione nella quale è indicato che "con la presente dichiaro di richiedere un'ospedalizzazione in camera "*privata*" (doc. XXII/6)

Da rilevare che con scritto 10 dicembre 2001 KKK ha scritto a C. affermando:

"G. Signora C.

La cassa malati KKK è autorizzata, in caso di malattia o disturbi che sono ancora in corso o che col tempo possono essere recidivi (causando eventuali prestazioni proprio sulla nuova richiesta assicurativa), a rifiutare un'eventuale richiesta di aumento di grado assicurativo.

Di conseguenza, essendo / essendo stata Lei in cure mediche, siamo costretti a rifiutare la Vostra richiesta.

Lei ha la possibilità in circa anni (!) di formulare una nuova richiesta in proposito. Noi giudicheremo nuovamente secondo i nuovi dati." (cfr. doc. 5 - XVIII)

Infine, con scritto 17 dicembre 2002 la Cassa, tramite G., ha trasmesso ulteriore documentazione affermando:

- copia della garanzia rilasciata della sede di Dübendorf in data 20 dicembre 2001.
- domanda d'assicurazione trasmessa il 15.11.2001 dalla nostra segretaria signorina H., all'assicurata.
La predetta ha firmato l'ammissione il 17.11.2001 e ci è pervenuto nella settimA. seguente. Il lunedì seguente 26.11.2001 è stato trasmesso l'ammissione alla direzione (vedi lettera allegata).
- per quanto concerne, l'annotazione accennato dalla signorina H., non ci è stato possibile trovare traccia alcuna, e per altro essa è già in ferie e non ci è possibile fare altre verifiche.

In questo contesto, dal verbale dell'interrogatorio della signorina R. emerge, che la degenza è iniziata il 09.12.2001, di conseguenza, la garanzia essendo datata del 20.12.2001 è stata rilasciata nei termini della convenzione con gli ospedali." (cfr. doc. B2)

- 2.6. Consensuale, il contratto d'assicurazione è perfetto quando le parti hanno, reciprocamente ed in modo concordante, manifestato la loro volontà (art. 1 CO). Ma la proposta e l'accettazione sono soggette a particolari regole (DTF 120 II 133 consid. 3; DTF 112 II 245 consid. II/1 pagg. 251 e 252). Giusta l'art. 1 LCA, colui che ha fatto all'assicuratore la proposta d'un contratto di assicurazione rimane vincolato per quattordici giorni, quando non abbia fissato un termine più breve per l'accettazione (cpv. 1); questo termine comincia a decorrere dalla consegna o dall'invio della proposta all'assicuratore o al suo agente (cpv. 3) ed il proponente è liberato quando l'accettazione dell'assicuratore non gli giunge prima della scadenza del termine (cpv. 4).

Invece, se la proposta tende a prolungare o a modificare un contratto già in essere o a rimettere in vigore un contratto sospeso, il silenzio dell'assicuratore nei quattordici giorni di tempo vale quale accettazione, salvo che non si tratti di una proposta di aumento della somma assicurata (art. 2 cpv. 1 e 3 LCA; cfr. consid. 2.2).

L'art. 2 LCA si applica unicamente quando non è esclusa la possibilità di poter modificare un contratto né per espresso accordo delle parti né se previsto dalle CGA (STOESSEL in: Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basilea 2001, N. 15 ad art. 2 LCA, pag. 66).

Per proposta ai sensi dell'art. 2 LCA si intende ogni manifestazione di volontà dell'assicurato che necessita il consenso da parte dell'assicuratore, eccetto per i diritti che l'assicurato può far valere unilateralmente (per esempio gli artt. 23, 50 e 90 LCA). Il termine di 14 giorni dell'art. 2 LCA comincia a decorrere dalla ricezione da parte dell'assicuratore della proposta di modifica o di estensione (DTF 120 II 133 consid. 3).

Trattandosi nella presente fattispecie della conclusione di un nuovo contratto (siccome - cfr. doc. B ed F - C. non beneficiava di copertura complementare per le cure di Ospedalizzazione KOMBI) e comunque di un aumento del grado assicurativo, poiché in precedenza l'attrice non era assicurata in camera privata (cfr. doc. B, polizza d'assicurazione del 22 ottobre 2001 valida dal 1.1.2002, dove figurano l'assicurazione UTI e Plus, ma non Combi), per stabilire se il contratto è stato concluso va

applicato l'art. 1 LCA, che prevede che l'assicurato è vincolato per 14 giorni alla sua proposta. In caso di silenzio dell'assicuratore, tranne se è richiesta una visita medica, ciò che in concreto non è il caso, il contratto non è concluso (cfr. consid. 2.2).

A proposito dell'applicazione dell'art. 1 LCA, va qui rammentato che il TF ha stabilito che la trasformazione di un'assicurazione casco totale in un'assicurazione casco parziale dev'essere trattata come una modifica di un contratto d'assicurazione esistente. Se l'assicuratore non reagisce entro il periodo legale di 14 giorni dalla ricezione della proposta di modifica, si reputa che il cambiamento proposto è stato accettato tacitamente (DTF 120 II 133).

Se le date d'inizio e fine dell'assicurazione figurano nella proposta, come in concreto laddove viene indicato l'1.12.2001 quale inizio dell'assicurazione, ciò va interpretato come una proposta di concludere un nuovo contratto e non come proposta di modifica di un contratto in corso (RUA XVI n° 3 alZ., citato in: Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, LosA. 2000, pag. 117 ad art. 2 LCA), anche se si intitola proposta di modifica (Carron, op. cit., n. 8 pag. 3).

Per l'art. 1 cpv. 3 LCA il termine comincia a decorrere dalla consegna o dall'invio della proposta all'assicuratore o al suo agente. L'attrice afferma di aver spedito la proposta in data 17 novembre 2001 (cfr. consid. 1.6 e 1.8). Non essendo stata richiesta alcuna visita medica, il termine per l'accettazione è spirato sabato 1° dicembre 2001, visto che non va computato il giorno di spedizione (cfr. art. 77 CO), e in virtù dell'art. 78 CO si è protratto a lunedì 3 dicembre 2001 (cfr. Kuhn/Montavon, op. cit., pag. 137, nota 125), ossia prima della visita per A.lisi dell'attrice di martedì 4 dicembre 2001 e della successiva conferma telefonica da parte della Cassa (cfr. testimonianza R.) circa la copertura in camera privata.

Poiché, in ogni caso, l'assicuratore non ha fatto pervenire la sua accettazione all'assicurata entro il sopra citato termine, il contratto non può essere stato concluso. Infatti, il silenzio dell'assicuratore deve essere considerato come un rifiuto della proposta (cfr. Carron, op. cit., n. 7 pag. 3, Carré, op. cit., pag. 114 ad art. 1).

- 2.7. Una proposta d'assicurazione accettata dopo la scadenza del termine di 14 giorni potrebbe costituire a sua volta una nuova

offerta, accettata per atti concludenti dal prenditore, in particolare con il pagamento del premio (DTF 126 III 82, Carré, op. cit. pag. 114 ad art. 1).

In concreto, da alcune delle testimonianze agli atti, emerge che l'assicuratore avrebbe confermato telefonicamente, perlomeno alla teste R. dipendente dell'Ospedale di Z., che l'attrice beneficiava di una copertura privata.

Ciò potrebbe costituire, a mente del TCA, una nuova proposta, da esaminare secondo le norme del CO (cfr. DTF 126 III 82).

Per l'art. 4 CO la proposta fatta a persona presente senza fissare un termine cessa di essere obbligatoria se l'accettazione non segue incontinenti. Se le parti o i loro mandatari si sono personalmente serviti del telefono, il contratto si intende concluso tra presenti.

Giusta l'art. 5 CO la proposta fatta a persona assente senza fissare un termine è obbligatoria per il proponente fino al momento in cui dovrebbe giungergli una risposta spedita regolarmente ed in tempo debito. Nel computo di questo momento il proponente può ritenere che la sua proposta sia giunta in tempo debito. Se la dichiarazione di accettazione, spedita in tempo, giunge al proponente dopo quel momento, ove egli non intenda rimanere vincolato, deve comunicare immediatamente la revoca della proposta.

Per l'art. 6 CO quando la natura particolare del negozio o le circostanze non importino un'accettazione espressa, il contratto si considera concluso se entro un congruo termine la proposta non è respinta.

Giusta l'art. 9 CO la proposta si considera non avvenuta quando la revoca giunga all'altro contraente prima della proposta stessa o contemporaneamente, o quando, essendo arrivata posteriormente, sia comunicata all'altro contraente prima che questi abbia avuto conoscenza della proposta. Lo stesso vale per la revoca dell'accettazione.

L'offerta è fatta tra assenti se è formulata in presenza di una persona non abilitata a rappresentare il destinatario (DTF 25 II 458, citata in Scyboz & Gilliéron, CC & CO annotés, 1993, ad art. 5 CO, pag. 6). In concreto le dipendenti dell'Ospedale che hanno chiesto conferma alla Cassa circa la copertura in camera privata non erano abilitate a rappresentare l'attrice nella conclusione del negozio giuridico. Esse dovevano infatti solo accertarsi se il contratto era già concluso.

L'art. 5 CO potrebbe trovare applicazione ma nel caso di specie non risulta che l'attrice abbia trasmesso alla Cassa l'accettazione della proposta fatta telefonicamente, nemmeno per atti concludenti.

Per cui un nuovo contratto non è stato validamente concluso. Successivamente la Cassa, con lettera del 10 dicembre 2001 ha comunque espressamente rifiutato una sua copertura per il ricovero in reparto privato.

- 2.8. Va poi rilevato che, se anche il contratto fosse stato concluso e se anche la Cassa avesse dato la garanzia di copertura per la camera privata, l'assicuratore non sarebbe stato tenuto al rimborso delle prestazioni effettuate nel nosocomio locarnese.

Infatti, come visto in precedenza, l'attrice è stata ricoverata ed ha subito un'operazione per una patologia esistente al momento della compilazione della proposta.

Per l'art. 9 LCA, riservati i casi di cui all'articolo 100 capoverso 2, il contratto di assicurazione è nullo se, al momento in cui fu concluso, il rischio era già scomparso o il sinistro già accaduto (da rilevare che l'art. 100 cpv. 2 LCA prevede che per gli stipulanti e gli assicurati considerati disoccupati ai senso dell'articolo 10 della legge del 25 giugno 1982 sull'assicurazione contro la disoccupazione sono inoltre applicabili per analogia gli articoli 71 capoverso 1 e 73 della legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie).

In una sentenza del 19 ottobre 2000, pubblicata in DTF 127 III 21, il TF ha stabilito che giusta l'art. 9 LCA i sinistri già accaduti non possono, in linea di principio, essere assicurati (cosiddetto divieto dell'assicurazione retroattiva). Se l'assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all'esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili.

L'alta Corte ha affermato:

" A.- E.M. unterzeichnete am 31. Oktober 1997 ein Antragsformular zur Aufnahme in die X. Versicherung. Dabei verneinte sie, zur Zeit krank oder arbeitsunfähig zu sein, bejahte aber das Vorliegen von Krankheiten der Knochen und Gelenke mit dem präzisierenden Hinweis auf Arthritis, die 1990 durch Dr. B. behandelt worden sei; die Behandlung sei abgeschlossen. Die X. Versicherung ordnete eine Untersuchung durch den Hausarzt von E.M., Dr. Z. an, welche am 25. November 1997 durchgeführt wurde. Per 1. Januar 1998 wurde E.M. bei der X. Versicherung obligatorisch krankenversichert.

Dabei schloss sie auch Zusatzversicherungen für erweiterte besondere Pflegeleistungen, Aufenthalte in der Privatabteilung eines Spitals oder einer Klinik sowie für Naturheilmethoden ab.

Erstmals am 13. Januar 1998 begab sich E.M. wieder wegen Gelenkschmerzen in ärztliche Behandlung. Die behandelnde Ärztin Dr. G. diagnostizierte aufgrund von Untersuchungen vom 18. und 24. März 1998 eine seropositive, A. positive Polyarthritits mit mässiger Entzündungsaktivität. Mit Schreiben vom 28. August 1998 unterbreitete Dr. Z. als behandelnder Hausarzt der X. Versicherung ein Kurgesuch für eine stationäre Balneotherapie, da E.M. seit Monaten an einem Schub ihrer bekannten chronischen Polyarthritits leide. Die X. Versicherung teilte der Versicherten am 12. November 1998 mit, sie hebe die Zusatzversicherungen rückwirkend auf Vertragsbeginn auf und werde die dafür geleisteten Prämien zurückerstatten, da die behandelten Beschwerden bereits im Jahre 1990, also vor dem Beitritt in die Krankenkasse, aufgetreten seien, was weder im medizinischen Fragebogen des Aufnahmegesuchs noch bei der Arztvisite bei Dr. Z. erwähnt worden sei.

B.- Mit Klage vom 30. April 1999 beantragte E.M. dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau, 2. Kammer, die X. Versicherung zur Ausrichtung der vertraglich vereinbarten Leistungen aus den Zusatzversicherungen zu verpflichten. Das Versicherungsgericht stellte in teilweiser Gutheissung der Klage fest, E.M. habe die Anzeigepflicht nicht verletzt und die X. Versicherung sei somit nicht berechtigt gewesen, gestützt auf Art. 6 VVG vom Vertrag bezüglich der Zusatzversicherungen zurückzutreten; im Übrigen wies es aber die Klage ab.

C.- Gegen das Urteil des Versicherungsgerichts führt E.M. Berufung mit dem Antrag, dieses aufzuheben und die Klage vollumfänglich gutzuheissen. Die X. Versicherung schliesst auf Abweisung der Berufung. Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

1.- Die Vorinstanz verneinte ein Rücktrittsrecht der Beklagten gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1), da nicht erstellt sei, dass die Klägerin ihre Anzeige- bzw. Nachmeldepflicht verletzt habe. Sie erwog, gemäss Art. 4.1.1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Zusatzversicherung (im Folgenden: AVB) seien bei Inkrafttreten des Vertrages bereits bestehende Leiden von der Versicherung ausgeschlossen. Unter einem bestehenden Leiden sei eine Krankheit zu verstehen, die bereits ausgebrochen sei und bei der Aufnahme in die Kasse andauere. Sowohl Dr. Z. als auch die Rheumatologin Dr. G. seien übereinstimmend zum Schluss gekommen, dass die Klägerin an einer chronischen Polyarthritits leide, deren erster Schub im Jahre 1990 erfolgt sei. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei diese Krankheit bereits ausgebrochen gewesen, wenn sie auch zwischen Januar 1991 und Herbst 1997 offenbar keine Symptome gezeigt habe.

(...)

2.- a) Dass der Klägerin keine Verletzung ihrer Anzeigepflicht vorgeworfen werden kann und die Beklagte mithin zu einem Vertragsrücktritt gemäss **Art. 6 VVG** nicht berechtigt war, ist nicht mehr umstritten. Zu beurteilen bleibt, ob die Beklagte berechtigt ist, die Ausrichtung von Leistungen für das erneut ausgebrochene Arthritisleiden der Klägerin zu verweigern. Dass die Untersuchung durch Dr. Z. vom 25. November 1997 mangelhaft gewesen sei, wird von der Beklagten nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen, so dass auf die Frage, wem dies anzulasten wäre, nicht einzugehen ist.

b) Die Beklagte hält den Argumenten der Klägerin sinngemäss entgegen, eine individuelle Abrede betreffend Kostenübernahme für ein bei Vertragsschluss bereits bestehendes Leiden sei gar nicht möglich, da eine entsprechende Abrede gemäss dem zwingend anwendbaren **Art. 9 VVG** nichtig wäre.

aa) Gemäss **Art. 9 VVG** ist ein Versicherungsvertrag u.a. dann nichtig, wenn bei Vertragsschluss das befürchtete Ereignis bereits eingetreten ist. Die Gefahr, gegen deren Folgen versichert wird, muss sich auf ein zukünftiges Ereignis beziehen; ist dieses bereits eingetreten, ist eine künftige Verwirklichung der Gefahr nicht möglich. Eine sogenannte Rückwärtsversicherung, bei welcher der Versicherer die Deckung für ein bereits vor Vertragsschluss eingetretenes Ereignis übernimmt, ist unzulässig, unabhängig davon, ob der entsprechende Schaden vor oder nach Vertragsschluss eintritt. Ob die Vertragsparteien vom Eintritt des Ereignisses bei Vertragsschluss Kenntnis hatten, ist unerheblich (ROELLI/KELLER/TÄNNLER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, Bern 1968, S. 172 ff.).

In der Krankenversicherung besteht die Gefahr, gegen deren Folgen versichert wird, in der Erkrankung der versicherten Person (ROELLI/KELLER/TÄNNLER, a.a.O., S. 234). Die Beklagte versichert als Krankheit "jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat" (Ziff. 2.4 AVB); die Umschreibung entspricht der Krankheitsdefinition nach Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10). Ist eine Krankheit im Sinne dieser Definition bei Vertragsschluss bereits ausgebrochen, so ist die Versicherung gegen ihre Folgen nach Art. 9 VVG ausgeschlossen, unbekümmert darum, ob sie noch andauert (vgZ. BGE 118 V 158 E. 5c S. 169).

Nicht erfasst werden von **Art. 9 VVG** Fälle, da die Gefahr nur teilweise eingetreten ist; die Versicherung eines nach Vertragsschluss eingetretenen Teilereignisses ist zulässig (ROELLI/KELLER/TÄNNLER, a.a.O., S. 175 und Fn. 1). Als nur teilweise eingetreten gilt die Gefahr bei einzelnen Krankheitsfällen (a.a.O., S. 610); insoweit schliessen Erkrankungen vor Abschluss des Versicherungsvertrages die Deckung künftiger Erkrankungen nicht ohne weiteres aus, handle es sich um gleichartige Erkrankungen oder um andersartige. Fraglich ist nun, wie ein Gesundheitszustand zu bewerten ist, wenn die Krankheit früher bereits einmal ausgebrochen ist und, obwohl seither eine längere Phase der Symptomfreiheit zu verzeichnen war, aus medizinischer Sicht die Gefahr von Rückfällen besteht.

bb) Nach den im angefochtenen Urteil zitierten Äusserungen von Dr. B. soll sich aus seinen Aufzeichnungen ergeben, dass die

Röntgenbilder der Hände und Füsse der Klägerin nebst geringen Abnutzungen Hinweise auf eine Polyarthritis zeigten. Dr. G. erklärte zu Händen der Vorinstanz, eine chronische Polyarthritis könne chronisch progressiv oder intermittierend mit Perioden von teilweiser oder vollständiger Remission verlaufen; bei der Klägerin sei von einem intermittierenden Verlauf auszugehen, wobei im Jahre 1990 der erste Schub erfolgt sei. Schliesslich diagnostizierte nach den Feststellungen der Vorinstanz auch Dr. Z. nach dem Auftreten des zweiten Schubes eine chronische Polyarthritis, wobei die Erkrankung im Jahre 1990 als deren erster Schub zu betrachten sei. Aus medizinischer Sicht ist demnach die Erkrankung der Klägerin als einheitliches Ereignis aufzufassen, wobei die Symptome nur intermittierend auftreten.

Der rechtliche Krankheitsbegriff deckt sich nicht notwendig mit dem medizinischen (BGE 124 V 118 E. 3b S. 121). Das heisst aber nicht, dass er beliebig definierbar ist und auf medizinische Grundgegebenheiten keine Rücksicht zu nehmen hat. Dies wäre aber der Fall, wenn nur darauf abgestellt würde, ob jemand an gesundheitlichen Symptomen leidet und unberücksichtigt bliebe, dass sich die Gesundheit trotz Verschwindens der Symptome in einem prekären Zustand befindet, wenn sich der Wiedereintritt der Störung mit Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, die Krankheit also trotz vorübergehender Symptommfreiheit als Ursache künftiger Störungen bestehen bleibt. Eine Differenzierung aufgrund mehr oder weniger langer symptomfreier Phasen führte zu kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten. Daraus folgt aber, dass das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit juristisch nicht als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen ist, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von **Art. 9 VVG**. Die Auffassung, wonach nicht das Auftreten von Symptomen, sondern deren medizinische Ursache für die Definition des Krankheitsbegriffs im Vordergrund steht, ist mit der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (BGE 124 V 118 E. 6b S. 124 f.), aber auch mit der Regelung des Vorbehaltsrechts in der obligatorischen Krankenversicherung im Einklang. **Art. 69 Abs. 1 KVG** (SR 832.10) behandelt den Rückfall bezüglich des Ausschlusses aus der freiwilligen Taggeldversicherung ausdrücklich gleich wie eine bestehende Krankheit; schon **Art. 5 Abs. 3 KVG** kannte eine entsprechende Regelung, die im Übrigen nach der Botschaft des Bundesrates (BBl 1961 I 1440) in Anlehnung an **Art. 9 VVG** getroffen wurde, dem man auch damals das Verbot der Versicherung von Rückfällen entnahm.

Obwohl der Krankheitsschub der Klägerin im Jahre 1998 nach einer relativ langen symptomfreien Phase auftrat, liegt aufgrund der verbindlichen Sachverhaltsdarstellung der behandelnden Ärzte ein Rückfall in eine vorbestehende Krankheit vor. Somit war das massgebende Ereignis mit der vor Vertragsschluss erfolgten Arthritiserkrankung der Klägerin bereits eingetreten und dieses Leiden damit gemäss **Art. 9 VVG** nicht mehr versicherbar. Da es sich hierbei um eine zwingende Vorschrift handelt (**Art. 97 Abs. 1 VVG**), ist irrelevant, ob die zwischen den Parteien getroffene Individualabrede nach Treu und Glauben als Derogation des Leistungsausschlusses gemäss Art. 4.1.1 AVB zu verstehen wäre." (DTF 127 III 21, sottolineature del redattore)

Nel caso di specie, come emerge dal questionario di salute, alla domanda "prevedete di richiedere un consulto medico o di subire un'ospedalizzazione?" figura un'indicazione positiva con l'aggiunta che l'ospedalizzazione è prevista per il 10 dicembre 2001 (doc. 1).

Per cui, in virtù dell'art. 9 LCA, a prescindere dalla questione quò alla conclusione del contratto, la copertura del rischio già accaduto, seppur regolarmente annunciato, non era possibile (DTF 127 III 21). La Cassa, anche se il contratto fosse stato concluso, non avrebbe dovuto rimborsare alcunché per la degenza presso l'ospedale locarnese.

La petizione va di conseguenza respinta.

- 2.9. Le parti, nel corso di causa, hanno chiesto l'assunzione di ulteriori prove (in specie documentali, cfr. I pag. 5/6). Come visto in precedenza il TCA ha sentito 4 testi ed ha richiamato numerosa documentazione dall'Ospedale di Z. rispettivamente documenti sono stati prodotti anche dalla convenuta. A mente di questo Tribunale l'assunzione di ulteriori prove non modificherebbe l'esito della vertenza essendo la fattispecie sufficientemente chiarita.

Conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca l'amministrazione o il giudice, in base ad un apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori non potrebbero modificare il risultato, si rinuncerà ad assumere altre prove (apprezzamento anticipato delle prove; Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, pag. 212 no. 450, Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2a ed., pag. 39 no. 111 e pag. 117 no. 320; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2a ed., pag. 274; cfr. anche STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01; DTF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). Tale modo di procedere non costituisce una violazione del diritto di essere sentito desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (e in precedenza dall'art. 4 vCost.; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti).

La petizione va respinta senza carico di tasse e spese. Non si assegnano ripetibili.

Per questi motivi

dichiara e pronuncia

- 1.- La petizione è **respinta**.
- 2.- Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. Non si assegnano ripetibili.
- 3.- Intimazione alle parti.
Contro il presente giudizio è dato ricorso per riforma al Tribunale federale di LosA. ai sensi degli art. 43 segg. della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (OG).

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Il segretario

Daniele Cattaneo

Fabio Zocchetti