

Raccomandata



Incarto n.  
36.2007.170  
36.2008.1

Lugano  
17 aprile 2008

CS

In nome  
della Repubblica e Cantone  
Ticino

## 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 31 ottobre 2007 di

**A Assicurazione SA Sede centrale Diritto & Compliance,**  
6002 Luzern

contro

**XXX**

in materia di assicurazione complementare contro le malattie

e sulla domanda riconvenzionale del 27 dicembre 2007 (inc. 36.2008.1) di

**XXX**

contro

**A Assicurazione SA Sede centrale Diritto & Compliance,**  
6002 Luzern

in materia di assicurazione complementare contro le malattie  
**in fatto**

ritenuto,

- 1.1. **XXX**, già dipendente della **XXX** di **XXX**, era assicurato contro la perdita di guadagno in caso di malattia presso la **A**

Assicurazione SA per il tramite del proprio datore di lavoro. Dal 1° settembre 2003 è passato nell'assicurazione individuale.

In seguito ad un'inabilità lavorativa, inizialmente coperta dalla **XXX**, **XXX** ha beneficiato dal 1° gennaio 2003 al 30 dicembre 2004 delle prestazioni assicurate nell'ambito dei predetti contratti.

- 1.2. Nel corso del mese di febbraio 2006 la A Assicurazione SA è stata informata che il proprio assicurato è stato messo al beneficio di  $\frac{3}{4}$  di rendita AI per un ammontare di fr. 1'757 (fr. 719 per lui, fr. 216 di complementiva per la moglie e fr. 274 per ognuno dei 3 figli) al mese per gli anni 2003-2004.

In seguito a questa informazione, l'assicuratore ha riesaminato la fattispecie ed ha calcolato un sovraindennizzo per il periodo dal 1° gennaio 2004 al 30 dicembre 2004 di fr. 13'904.

Con scritto del 5 aprile 2006 A Assicurazione SA ha chiesto ad **XXX** il rimborso di fr. 11'234, giacché la Cassa **XXX** ha deciso di rimborsare l'importo di fr. 2'670.

Dopo vari scambi di corrispondenza, visto che l'interessato non ha dato seguito alle richieste di pagamento, l'assicuratore ha fatto spiccare un precetto esecutivo dell'importo di fr. 11'234 oltre alle spese e agli interessi del 5% dal 5 aprile 2006, contro il quale **XXX** ha sollevato opposizione.

- 1.3. Il 31 ottobre 2007 l'assicuratore ha inoltrato al TCA una petizione con la quale ha chiesto la condanna di **XXX** al pagamento dell'importo di fr. 11'234 per indennità giornaliere versate in troppo per il periodo dal 1° gennaio 2004 al 30 dicembre 2004 oltre ad interessi al 5% dal 5 aprile 2006 ed il rigetto dell'opposizione al precetto esecutivo (doc. I).
- 1.4. Con risposta del 27 dicembre 2007 l'assicurato, rappresentato dal **XXX**, chiede la reiezione della petizione e fa valere, in via riconvenzionale, il rimborso, da parte di A Assicurazione SA, dell'importo di fr. 2'670 versato dall'AI all'assicuratore (doc. VI). Il convenuto rileva di non aver restituito l'ammontare richiesto poiché, in assoluta buona fede, ha creduto di essersi assicurato per le prestazioni figuranti nella polizza, ossia fr. 84 al giorno per 720 indennità giornaliere. Egli non ha mai pensato che la somma versatagli potesse in qualche modo costituire un semplice anticipo delle prestazioni dell'AI, altrimenti non si sarebbe mai

assicurato. Infatti il premio da versare per ottenere un semplice anticipo sarebbe stato troppo elevato. La circostanza che le prestazioni sono solo un anticipo nell'attesa di poter percepire la rendita AI, secondo il convenuto configura un inganno.

**XXX** afferma inoltre che l'assicurazione sottoscritta è un'assicurazione di somma. A comprova cita quanto affermato dall'avv. **XXX**, rappresentante dell'attrice, : *"pur trattandosi di un'assicurazione per un importo fisso ..."*. e rileva che nel doc. 8 viene indicato *"foglio d'indennità giornaliera in franchi fissi"*.

Il convenuto fa inoltre valere che il passaggio nell'assicurazione individuale presuppone che esso avvenga con le medesime prestazioni garantite dalla polizza collettiva. Le condizioni generali d'assicurazione (CGA) tuttavia non corrispondono. In particolare l'art. 12.1 CGA collettiva precisa che l'assicuratore integra la parte di effettiva perdita di guadagno non coperta dalle suddette assicurazioni, al massimo l'indennità giornaliera stabilita contrattualmente. In altri termini il conteggio della sovrassicurazione si deve effettuare partendo dal 100% del salario perso e non dall'indennità giornaliera assicurata.

Infine l'assicurato chiede che venga preso in considerazione il fatto che il salario assicurato da A corrisponde solo al 55% del reddito effettivamente perso in seguito all'inabilità lavorativa. Per cui va dedotto solo l'importo della rendita AI corrispondente alla percentuale ivi indicata. L'importo della rendita AI di fr. 1'757 va ridotto di fr. 597 (deduzione già operata dalla A Assicurazione SA), e il saldo, ossia fr. 1'160, va conteggiato proporzionalmente al reddito perso, ossia il 55% che corrisponde a fr. 638. Questo importo va moltiplicato per 12 mesi e rapportato al reddito effettivo assicurato presso l'attrice (2'600 x 13). La somma finale determina l'eventuale sovrassicurazione.

- 1.5. Il 28 gennaio 2008 l'attrice ha ribadito la sua posizione (doc. VIII).
- 1.6. Con scritto del 1° febbraio 2008 **XXX** ha ritirato la domanda riconvenzionale (doc. VII: *"con riferimento alla domanda riconvenzionale, registrata con il numero d'incarto di cui in oggetto, ci preghiamo di revocare la richiesta. La preghiamo quindi di ritenerla annullata."*).

### **in diritto**

### **in ordine**

- 2.1. Secondo quanto disposto dall'art. 1a cpv. 1 LAMal l'assicurazione sociale contro le malattie comprende l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie e l'assicurazione d'indennità giornaliera facoltativa. La LAMal si applica soltanto all'assicurazione malattia sociale. Le assicurazioni complementari offerte dalle casse malati sono rette dal diritto privato ed in particolare, in applicazione dell'art. 12 cpv. 3 LAMal, dalla legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA). Giusta l'art. 85 cpv. 2 della legge federale sulla sorveglianza delle imprese d'assicurazione del 17 dicembre 2004 (LSA), per le controversie relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale malattie, i Cantoni prevedono una procedura semplice e spedita, nella quale il giudice accerta d'ufficio i fatti e valuta liberamente le prove.

In ambito cantonale, la LCAMal all'art. 75 prevede che le contestazioni relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie praticate da assicuratori autorizzati all'esercizio ai sensi della LAMal sono decise dal TCA, che applicherà, per analogia, la Legge di procedura per le cause davanti al TCA (LPTCA).

In concreto, la causa concerne una vertenza relativa ad un contratto di indennità giornaliera in caso di malattia retto dalla LCA, ossia un ambito di competenza del TCA.

- 2.2. Con scritto del 1° febbraio 2008 il convenuto ha ritirato la domanda riconvenzionale presentata con la risposta di causa del 27 dicembre 2007 (doc. I e VII, inc. 30.2008.1). La causa va quindi stralciata dai ruoli.

### **nel merito**

- 2.3. Oggetto della vertenza è la questione a sapere se l'assicuratore può chiedere al convenuto la restituzione di fr. 11'234 versati a titolo di indennità giornaliera dal 1.1.2004 al 30.12.2004 a causa di sovraindennizzo, oltre interessi al 5% dal 5 aprile 2006.
- 2.4. Per quanto concerne l'indennità perdita di guadagno, va innanzitutto rilevato, come emerge da una sentenza del TF del

26 settembre 2007 (4A\_53/2007), che l'art. 324a cpv. 1 CO prevede che se il lavoratore è impedito senza sua colpa di lavorare, per motivi inerenti alla sua persona, come la malattia, il datore di lavoro deve pagargli per un tempo limitato il salario, compresa un'adeguata indennità per perdita del salario in natura, in quanto il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi (sulle condizioni di applicazione di questa norma, cfr. Adrian von Kaenel, Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pag. 109-131, in particolare pag. 111-115).

La durata del pagamento del salario dipende dalla durata del rapporto di lavoro (art. 324a cpv. 2 CO; sui criteri usualmente applicati dai tribunali in questi casi cfr. Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 116 seg.).

Salvo pattuizione contraria, l'obbligo di pagamento del salario in caso di malattia cessa con la fine del rapporto di lavoro (Hans-Rudolf Müller, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pag. 19-45, in particolare pag. 20).

Queste norme configurano il regime legale di base a tutela del lavoratore, gli garantiscono una protezione minima alla quale non può essere derogato a suo svantaggio (art. 362 cpv. 1 CO; cfr. DTF 131 III 263 consid. 2.2 pag. 628).

L'art. 324a cpv. 4 CO prevede la possibilità di derogare al regime di base legale appena descritto mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore (sull'aspetto dell'equivalenza cfr. Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 120 segg.). Si tratta, di regola, di un regime che comporta una riduzione delle prestazioni del datore di lavoro durante il periodo minimo previsto dalla legge, ma compensa questa riduzione mediante l'estensione del periodo durante il quale il datore di lavoro procede al versamento (Gabriel Aubert, in: Commentaire romand, n. 50 ad art. 324a CO).

La deroga al regime di base deve essere pattuita in forma scritta. Trattandosi di un accordo che concerne i diritti minimi del lavoratore, esso deve menzionare i punti essenziali del regime convenzionale, quali ad esempio la percentuale del guadagno assicurato, i rischi coperti, la durata delle prestazioni, se del caso la durata del periodo di attesa. Qualora – come spesso accade

nella pratica - il datore di lavoro stipuli un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, l'accordo indica anche le modalità di finanziamento dei premi assicurativi; per il resto può rinviare alle condizioni generali di assicurazione o a un altro documento tenuto a disposizione del lavoratore (DTF 131 III 623 consid. 2.5.1 con numerosi riferimenti dottrinali).

Già si è detto che nella pratica numerosi sono i datori di lavoro che - come nel caso qui in esame - stipulano un contratto d'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, sottoposto alla LCA (Vincent Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain, Le droit social dans la pratique de l'entreprise, Questions choisies, Berna 2006, pag. 95-112, in particolare pag. 101).

Va ancora rammentato che ai sensi dell'art. 62 cpv. 1 CO chi senza causa legittima si trovi arricchito a danno dell'altrui patrimonio, è tenuto a restituire l'arricchimento. Si fa luogo alla restituzione specialmente di ciò che fu dato o prestato senza valida causa, o per una causa non avveratasi o che ha cessato di sussistere (art. 62 cpv. 2 CO).

- 2.5. In concreto, rilevanti, per la verifica della fondatezza delle pretese dell'attrice, sono le Condizioni generali d'assicurazione (in seguito CGA), nonché la LCA e il CO che costituiscono il fondamento legale su cui poggia il rapporto fra le parti.

Per quanto concerne le CGA, sono applicabili quelle del 1997 relative all'assicurazione individuale, poiché l'attrice chiede la restituzione di importi versati dal 1° gennaio 2004, quando l'assicurato aveva già effettuato il passaggio (cfr. doc. I, doc. VI punto 3 e doc. A/27; cfr. anche sentenza del 4 agosto 2004, inc. 36.2003.95).

- 2.6. Va inanzitutto esaminato se le parti hanno concluso un'assicurazione di danno oppure di somma. Infatti l'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia può essere stipulata nella forma di un'assicurazione di somme o di un'assicurazione contro i danni (STF del 26 settembre 2007, inc. 4A\_53/2007, consid. 4.4.2). L'assicurazione di somme garantisce una prestazione che è stata definita al momento della conclusione del contratto e non dipende dal verificarsi di un pregiudizio economico: essa è dovuta non appena l'evento assicurato si sia verificato (cfr. STF del 26 settembre 2007, inc. 4A\_53/2007, consid. 4.4.2; cfr.

anche sulla nozione di assicurazione di somme in relazione a un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattie la sentenza del 16 luglio 2007 nella causa 4A\_168/2007 consid. 3.2.4 e 3.2.5, pubblicata in DTF 133 III 527).

L'assicurazione contro i danni mira invece a rimborsare il danno: in questo caso il versamento e la misura delle prestazioni dipendono dalla misura del pregiudizio economico effettivamente patito dall'assicurato (cfr. STF del 26 settembre 2007, inc. 4A\_53/2007, consid. 4.4.2)

La questione di sapere se si è in presenza dell'una o dell'altra forma di assicurazione va decisa mediante l'interpretazione del contratto di assicurazione e delle condizioni generali d'assicurazione che lo accompagnano (CGA), secondo le regole usuali dell'interpretazione dei contratti (sui criteri di distinzione fra queste due modalità di assicurazione cfr. anche sentenza dell'11 giugno 1998 nella causa 4C.83/1998 consid. 3c e 3d).

Va ancora rilevato che in una sentenza 5C.243/2006 del 19 aprile 2007, il TF ha affermato:

" La demanderesse reproche à l'autorité cantonale d'avoir faussement appliqué le droit fédéral en estimant que le contrat d'assurance auquel elle a souscrit auprès de la défenderesse constitue une assurance contre les dommages et non une assurance de sommes. Elle fait valoir que ce contrat donne droit, en cas d'incapacité de travail entraînant une perte de gain, à une somme journalière fixe et non à une indemnité calculée sur la base d'un pourcentage de salaire. Selon elle, la défenderesse doit fournir les prestations convenues dès que l'assuré est incapable de travailler, indépendamment de savoir s'il a prouvé l'existence d'un dommage. Sur le vu de l'art. 96 LCA, la perte économique qu'elle a subie ne saurait donc être compensée par l'assurance de sommes conclue avec Z.\_\_\_\_\_. Enfin, le Tribunal cantonal aurait estimé à tort que les conditions générales d'assurance autorisent la défenderesse à tenir compte de toute prestation allouée par un autre assureur, qu'il soit privé ou social.

3.1 La loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) établit une distinction entre l'assurance contre les dommages (régie par les art. 48 à 72 LCA), d'une part, et l'assurance de personnes (qui relève des art. 73 à 96 LCA), d'autre part, sans toutefois définir ces deux notions (Christian Boll, Commentaire bâlois, 2001, n. 1 des remarques préliminaires à l'art. 48 LCA; Bernard Viret, Droit des assurances privées, 3e éd. 1991, p. 155).

L'assurance de personnes est celle qui a pour objet une personne physique et où la prestation de l'assureur dépend généralement d'un événement qui atteint la personne de l'assuré, tel que maladie, accident, lésion corporelle, invalidité ou décès (Viret, op. cit., p. 158; Moritz Kuhn/Pascal Montavon, Droit des assurances privées, 1994, p. 85; Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd. 1995, p. 168 et 271).

L'assurance de personnes se caractérise, par rapport à l'assurance contre les dommages, par sa nature non indemnitaire: elle est une promesse de capital indépendante du montant effectif du préjudice subi par le preneur ou l'ayant droit (ATF 49 II 364 consid. 3 p. 370; Viret, op. cit., p. 153 et 158; Kuhn/Montavon, op. cit., p. 85 s.). Ainsi, même dans le cas d'une assurance qui, comme celle contre la maladie, a pour objet une personne physique, on est en présence d'une assurance de personnes uniquement lorsque les parties au contrat d'assurance n'ont subordonné la prestation de l'assureur dont elles ont fixé le montant lors de la conclusion du contrat qu'à la survenance de l'événement assuré, sans égard à ses conséquences pécuniaires; on est en revanche en présence d'une assurance contre les dommages lorsque les parties au contrat d'assurance ont fait de la perte patrimoniale effective une condition autonome du droit aux prestations (ATF 104 II 44 consid. 4c p. 50; 119 II 361 consid. 4 p. 365 et l'auteur cité; Kuhn/Montavon, op. cit., loc. cit.).

3.2 En l'occurrence, la police d'assurance prévoit le paiement d'une indemnité journalière différée, d'un montant de 70 fr., dès le 31<sup>e</sup> jour. Les conditions spéciales relatives à l'assurance maladie complémentaire litigieuse (catégorie P. \_\_\_\_\_) ont pour titre "Assurance d'indemnités journalières pour perte de gain". L'art. 1 ch. 1.1 de ces conditions indique ce qui suit: "En contrepartie d'une perte de salaire ou de gain consécutive à une incapacité de travail par suite de maladie ou d'accident, Y. \_\_\_\_\_ S.A. alloue, selon la couverture choisie par l'assuré, une ou des indemnités journalières au sens des dispositions ci-après. Ces prestations sont allouées jusqu'à concurrence de la perte économique réelle de l'assuré". De plus, selon l'art. 2, l'ouverture du droit aux prestations est déterminée par la survenance d'une incapacité de travail entraînant une perte de gain (ch. 2.1), et l'assuré doit notamment fournir, pour faire valoir son droit, une déclaration de perte de gain attestée par son employeur ou une déclaration personnelle s'il est indépendant; en cette dernière occurrence, les revenus déclarés à l'AVS, à défaut de ceux déclarés à l'administration fiscale, servent de base pour le calcul de la perte de gain (ch. 2.3). Enfin, le chiffre 2.4 de cette dernière disposition prévoit que lorsqu'une incapacité de travail n'est que partielle - mais d'au moins 50% - le dommage économique résultant de la perte de gain ne donne droit qu'à une indemnité proportionnelle.

Il apparaît ainsi que le droit à une indemnité journalière prévu par la police d'assurance perte de gain litigieuse est subordonné à ce que l'assuré subisse une perte effective sur le plan économique; en effet, le montant journalier est prévu en fonction non pas du seul degré de l'incapacité de travail de l'assuré, mais des conséquences économiques réelles du sinistre pour celui-ci. Le fait que la police mentionne une indemnité de 70 fr. par jour ne permet pas de déduire le contraire: cette somme correspond au montant maximal assuré prévu par l'art. 1 ch. 1.2, c'est-à-dire à la limite la plus élevée de la prestation en cas de sinistre. La fixation d'un tel montant - aussi appelé somme d'assurance ou assurée (cf. art. 69 al. 1 LCA) - n'empêche pas que seul le dommage effectif soit couvert (cf. notamment Raphaël Tatti, La surassurance, la sous-assurance et la double assurance, thèse Lausanne 2005, p. 40 ss).

Interprétées au regard du principe de la confiance (art. 18 CO; ATF 122 III 118 consid. 2a p. 121 et les arrêts cités; 112 II 245 consid. II/1c p. 253), la police et les conditions spéciales en cause ne peuvent ainsi être comprises que dans le sens que le risque couvert

par le contrat est la perte de gain effective, subie en raison d'une incapacité de gain consécutive à une maladie ou un accident. Les juges cantonaux n'ont donc pas enfreint le droit fédéral en qualifiant l'assurance litigieuse d'assurance contre les dommages."

- 2.7. Per costante giurisprudenza al contratto d'assicurazione si applicano i principi generali dell'interpretazione dei contratti, tanto più che la legge speciale non contiene disposizioni particolari in proposito: l'art. 100 cpv. 1 LCA rinvia infatti al diritto delle obbligazioni e, di riflesso, al Codice civile (STF del 9 ottobre 2006, 5C.13/2006 consid. 3.2; DTF 118 III 342 consid. 1a pag. 344). Dovendosi determinare il contenuto di un contratto d'assicurazione e delle condizioni generali che ne formano parte integrante, il giudice deve, come per ogni altro contratto, ricorrere in primo luogo alla cosiddetta interpretazione soggettiva, ovvero ricercare la "vera e concorde volontà dei contraenti", se del caso in modo empirico, basandosi su indizi (art. 18 cpv. 1 CO; STF del 9 ottobre 2006, 5C.13/2006 consid. 3.2, cfr. anche STF del 26 luglio 2007, inc. 4A\_34/2007, consid. 3.1). Se non gli è possibile stabilire tale reale volontà, oppure se constatata che uno dei contraenti non ha compreso la reale volontà espressa dall'altro, il giudice ricercherà il senso che le parti potevano e dovevano attribuire alle reciproche manifestazioni di volontà (principio dell'affidamento: STF del 26 luglio 2007, inc. 4A\_34/2007, consid. 3.1; STF del 9 ottobre 2006, 5C.13/2006 consid. 3.2, DTF 129 III 118 consid. 2.5; 126 III 119 consid. 2a; 122 III 118 consid. 2a). Punto di partenza di tale interpretazione è l'espressione letterale del contratto; il giudice dovrà tuttavia tener conto delle circostanze che hanno caratterizzato la conclusione del contratto (DTF 127 III 444 consid. 1b; 125 III 305 consid. 2b). Sarebbe infatti errato attribuire un'importanza decisiva ai termini utilizzati dalle parti, seppur chiari; dall'art. 18 cpv. 1 CO traspare che non si può erigere a principio l'assioma che in presenza di un testo chiaro si debba escludere il ricorso ad altri mezzi d'interpretazione; sebbene una clausola contrattuale possa apparire a prima vista chiara ed indiscutibile, il fine perseguito dalle parti, ma anche altre circostanze possono lasciar intendere che l'espressione verbale non restituisca pienamente il senso dell'accordo concluso (STF del 9 ottobre 2006, 5C.13/2006 consid. 3.2, DTF 128 III 212 consid. 2b/bb, consid. 3c). Sussidiariamente, all'interpretazione di clausole redatte esclusivamente dall'assicuratore ed alle clausole generali prestampate trova applicazione il principio "in dubio contra stipulatorem", in virtù del quale esse vanno lette a sfavore di chi le ha redatte, dunque dell'assicuratore (DTF 122 III 118 consid. 2a). L'art. 33 LCA ne è

un'espressione (STF del 9 ottobre 2006, 5C.13/2006 consid. 3.2, DTF 115 II 264 consid. 5a). Perché questa regola venga applicata non basta, tuttavia, che le parti discordino sul significato da attribuire ad una dichiarazione; questa deve effettivamente prestarsi a differenti interpretazioni, ed inoltre deve essere impossibile, in assenza di altri mezzi d'interpretazione, dissipare altrimenti il dubbio venutosi a creare (DTF 122 III 118 consid. 2d; 118 II consid. 1a).

- 2.8. In concreto l'assicuratore ha versato le indennità pattuite dal 1° gennaio 2003 (quando il convenuto era assicurato per il tramite dell'assicurazione collettiva) al 30 dicembre 2004.

Il 1° settembre 2003 il convenuto è passato nell'assicurazione individuale, continuando a percepire il medesimo importo precedentemente assicurato, e con il 1° gennaio 2004, è stato messo al beneficio di  $\frac{3}{4}$  di rendita d'invalidità (in precedenza:  $\frac{1}{4}$ ).

Quest'ultimo avvenimento ha indotto la Cassa malati a ricalcolare il diritto alla prestazione ed ha chiedere la restituzione dell'importo di fr. 13'904 (compensato, nella misura di fr. 2'670, con le prestazioni versate dall'AI) sulla base dell'art. 15.1. CGA 1997 dell'assicurazione individuale.

L'assicuratore ritiene che si sia in presenza di un'assicurazione di danno poiché il convenuto è passato dall'assicurazione collettiva, dove la prestazione era calcolata in base al salario (assicurazione di danno), a quella individuale mantenendo le medesime prestazioni.

Dalla polizza d'assicurazione individuale risulta una copertura in caso di malattia per una durata delle prestazioni di 730 giorni nell'arco di 900 giorni, con un periodo di attesa di 3 giorni. L'indennità riconosciuta ammonta a fr. 84 (doc. A/20).

Le CGA 1997 dell'assicurazione individuale all'art. 9.1 prevedono che l'assicuratore versa "la comprovata perdita di guadagno dovuta ad un'incapacità lavorativa assicurata." (sottolineatura del redattore). Per l'art. 9.2 "la variante assicurata, l'ammontare, la durata ed il periodo di differimento sono riportati sulla polizza."

L'art. 9.1 CGA 1999 dell'assicurazione collettiva, applicabili fino al 31 agosto 2003, sulla base della quale sono state versate, perlomeno fino a tale data, le prestazioni, prevede che il calcolo

delle prestazioni d'indennità giornaliera in funzione del salario si basa sull'ultimo salario sottoposto all'AVS percepito dall'assicurato prima dell'inizio della malattia, comprese le componenti non ancora pagate, alle quali egli ha diritto e che sono assicurate.

Per l'art. 9.2 CGA 1999 se per l'assicurato specificato nel contratto è stato precedentemente pattuito un salario annuo fisso, è considerata guadagno assicurato la 365esima parte di detto salario (assicurazione di somma).

Nell'appendice l'assicuratore ha precisato che l'assicurazione contro i danni "(regola)" copre *"la comprovata perdita di guadagno a seguito di malattia o infortunio; le prestazioni di altri assicuratori o aventi l'obbligo di risarcimento vengono computate. L'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera secondo la LCA della A è da considerarsi assicurazione contro i danni"* mentre l'assicurazione di somma "eccezione" è *"l'assicurazione di una somma definita in franchi. E' possibile cumulare le prestazioni con i pagamenti di altri assicuratori o altri aventi l'obbligo di risarcimento."*

Nella polizza d'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera LCA relativa all'ex-datore di lavoro per il periodo 1.1.2003-31.12.2003 non figura che per un determinato assicurato, e meglio per il convenuto, sia stato pattuito un salario annuo fisso. Le parti hanno unicamente precisato che, in generale, il salario massimo assicurabile ammonta a fr. 252'000.

Dagli atti emerge inoltre che l'assicuratore ha calcolato l'indennità versata dal 1° gennaio 2003 sulla base dell'ultimo salario mensile percepito (fr. 2'600) a cui ha aggiunto la tredicesima (fr. 216.58), moltiplicato per 12 e diviso per 365 ed ha versato il 90% del risultato così ottenuto, ossia fr. 84 (doc. A8). Il 31 luglio 2003 l'attrice ha scritto al convenuto a proposito della decisione di rendita AI della Cassa **XXX** e a proposito del sovraindennizzo lo ha informato che *"il computo del sovraindennizzo si basa sulla perdita effettiva di salario per il periodo 01.01.2003 al 28.02.2003"* ed ha calcolato un importo da restituire di fr. 2'478 che sarebbe stato chiesto direttamente alla Cassa (doc. A31).

Alla luce di quanto appena esposto, per quel che concerne l'assicurazione collettiva questo Tribunale, come del resto già stabilito in una recente sentenza (STCA del 28 febbraio 2008, inc. 36.2007.56), deve concludere che dal tenore delle condizioni

generali menzionate risulta che il diritto all'indennità giornaliera per perdita di guadagno previsto dalla polizza assicurativa è subordinata alla circostanza che l'assicurato subisca una perdita effettiva sul piano economico. L'importo viene calcolato sulla base dell'ultimo salario percepito.

Interpretate alla luce del principio dell'affidamento (cfr. art. 18 CO; DTF 122 III 118 consid. 2a pag. 121 e riferimenti; DTF 112 II 245 consid. II/1c pag. 253), la polizza assicurativa e le condizioni generali possono essere comprese solo nel senso che il rischio coperto dal contratto è la perdita di guadagno effettiva, subita a causa di un'incapacità di guadagno causata da una malattia. Si tratta dunque di un'assicurazione contro i danni.

Dev'essere quindi dimostrata una perdita di guadagno effettiva, in quanto presupposto necessario per l'assegnazione delle indennità giornaliere.

Dal 1° settembre 2003 l'interessato è passato nell'assicurazione individuale, dove ha continuato a percepire lo stesso importo precedentemente assicurato di fr. 84 al mese. Dalla "proposta per un'assicurazione malattie", sottoscritta dal convenuto (allegato al doc. 2), a pag. 4 "disposizioni importanti LCA" figura che "il/la sottoscritto/a conferma che le assicurazioni non esplicitamente modificate rimangono nella forma finora avuta." e "conferma di aver ricevuto le disposizioni d'assicurazione e di averle incondizionatamente riconosciute."

Per l'art. 13.3 CGA 1999 nell'ambito delle condizioni e delle tariffe in vigore per l'assicurazione individuale, applicando il relativo premio, l'assicuratore garantisce le prestazioni assicurate in precedenza. L'art. 13.4 CGA 1999 aggiunge inoltre che se, come in concreto, l'assicurato è inabile al lavoro nel momento in cui passa nell'assicurazione individuale o in caso di ricaduta dopo il passaggio, si terrà conto della durata delle prestazioni corrisposte nel quadro dell'assicurazione collettiva, computando i relativi giorni nella nuova assicurazione individuale.

Per cui, anche nell'ambito l'assicurazione individuale siamo in presenza di un'assicurazione contro i danni.

Del resto, l'allora rappresentante del convenuto (cfr. doc. A/27), il 9 agosto 2004, ossia quando l'interessato era già nell'assicurazione individuale, ha scritto all'assicuratore affermando che "vi informiamo che con decisione del 24.05.2004" il convenuto "è stato messo al beneficio di prestazioni complementari alla rendita AI. Vi chiediamo

*cortesemente di voler verificare se sulla base di questi nuovi elementi sussiste un eventuale sovraindennizzo*” (allegato al doc. A/30, sottolineatura del redattore). Ciò a conferma che le parti erano coscienti che, nel caso di specie, è stata conclusa un’assicurazione di danno e che il convenuto era al corrente della possibilità di poter essere chiamato a restituire prestazioni ricevute in troppo.

In queste circostanze non trova conferma l’affermazione secondo la quale l’assicurato non avrebbe mai pensato che le prestazioni derivanti dall’assicurazione individuale fossero solo degli anticipi ed in assoluta buona fede ha creduto d’essersi assicurato per le prestazioni così come figuranti nella polizza assicurativa.

Certo, come rileva il convenuto, in uno scritto del 1° settembre 2006, l’assicuratore ha iniziato una frase affermando che *“pur trattandosi di un’assicurazione per un importo fisso”,* l’attrice ha tuttavia continuato la frase nei seguenti termini: *“l’assicurazione d’indennità giornaliera stipulata non è un’assicurazione di somma, bensì un’assicurazione di danno.”* (doc. 16).

Per cui da quanto affermato ad inizio della frase, il convenuto non può dedurre alcun particolare diritto.

Quanto alla circostanza che nei fogli di calcolo dell’indennità giornaliera venga indicato *“foglio d’indennità giornaliera in franchi fissi”* (cfr. doc. A/25; allegato al doc. A8), secondo il TCA questa espressione poco felice, non permette ancora di concludere che le parti abbiano voluto concludere un’assicurazione di somma. Infatti, questi fogli di calcolo non sono stati usati unicamente quando il convenuto è passato nell’assicurazione individuale (cfr. allegato al doc. A8), bensì anche quando l’interessato era ancora nell’assicurazione collettiva, che come, visto, era un’assicurazione contro i danni. Il passaggio nell’assicurazione individuale non ha modificato il tipo di copertura. Pertanto, l’importo di fr. 84, indicato nella polizza di assicurazione d’indennità giornaliera altro non è che il reddito giornaliero presumibile dell’assicurato e non la “somma” da rimborsare in caso di perdita di guadagno.

- 2.9. Per quanto concerne il calcolo stesso della sovrassicurazione, per l’art. 12.1 CGA 1999 qualora l’assicurato percepisca prestazioni da un’assicurazione sociale svizzera, da un’assicurazione straniera paragonabile o da un terzo avente la responsabilità civile, allo scadere del periodo di differimento, la Cassa malati integra la parte di effettiva perdita di guadagno non

coperta dalle suddette assicurazioni, al massimo tuttavia l'indennità giornaliera stabilita contrattualmente.

A norma dell'art. 12.6 CGA 1999 le disposizioni previste alla cifra 12 non sono valedoli, qualora l'indennità giornaliera sia assicurata in franchi o in somma salariale fissa (assicurazione di somma).

Per l'art. 15.1 CGA 1997 nei casi di prestazioni per i quali è d'obbligo l'indennizzazione secondo la LAINF, l'assicurazione militare oppure l'assicurazione invalidità, nell'ambito delle prestazioni assicurate l'attrice paga la parte di prestazioni dovute, non coperta da tali assicuratori.

Dal chiaro tenore delle CGA del 1997 e del 1999 emerge che le parti hanno inteso concludere un'assicurazione che copre, in caso di versamento di prestazioni da parte di altri assicuratori sociali (LAINF, assicurazione militare o assicurazione invalidità), unicamente la differenza tra l'importo dovuto dalla Cassa e l'ammontare complessivo versato dagli altri assicuratori (cfr. anche STCA 36.2003.95 del 4 agosto 2004 e STCA del 28 febbraio 2008, inc. 36.2007.56, non ancora cresciuta in giudicato).

- 2.10. Per quanto concerne il calcolo del sovraindennizzo, dagli atti emerge che l'assicuratore, vista la perdita di salario al 75% (cfr. doc. A13), dal 1.1.2004 al 30.12.2004, ha versato un importo di fr. 22'995 (fr. 84 per 365 X 0.75). Nel contempo le rendite AI (fr. 1'757 al mese) versate ammontavano a fr. 13'920 (1'757 al mese - 597 [importo di cui beneficiava già in precedenza] X 12) e non fr. 13'904 come indicato in sede di petizione.

Poiché l'assicurazione AI ha versato all'assicuratore un importo di fr. 2'670, la Cassa malati chiede il rimborso dell'ammontare residuo di fr. 11'234 (13'904 - 2'670; in realtà l'importo da chiedere in restituzione sarebbe stato di fr. 11'250).

Il convenuto, sulla base dell'art. 12.1 CGA 1999 ritiene che il conteggio della sovrassicurazione si determina partendo dal 100% del salario perso e non dall'indennità giornaliera assicurata. Per cui il conteggio è errato ed andrebbe rifatto partendo dalla perdita salariale effettiva anziché dall'indennità giornaliera che in questo caso è determinata al 90% del salario.

In realtà, come già avuto modo di stabilire in passato (cfr. STCA del 4 agosto 2004, inc. 36.2003.95 consid. 2.12; STCA del 7

febbraio 2006, inc. 36.2005.64, consid. 2.8, nonché sentenza del 28 febbraio 2008, inc. 36.2007.56 non ancora cresciuta in giudicato), questo Tribunale ritiene che per calcolare l'importo dell'indennità giornaliera da versare all'assicurato, vada presa in considerazione l'indennità giornaliera massima assicurata (in concreto il 90% del salario conseguito) e che solo questo importo possa, al massimo, essere erogato. Infatti, occorre altresì tener conto del fatto che, dopo la realizzazione del rischio, l'assicurato è liberato dal versamento di certi oneri sociali, valutati all'incirca al 10% del salario lordo (cfr., per quanto concerne le controversie nell'ambito dell'assicurazione sociale: DTF 122 V 315 con riferimenti; STF H 305/01 del 7 marzo 2003, consid. 4.1). Su questo punto il calcolo dell'attrice si rivela pertanto corretto.

Il convenuto afferma inoltre che nel 2003 era beneficiario di un quarto di rendita AI per un importo di fr. 597 e lavorando percepiva un importo di fr. 2'600, assicurato tramite l'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera. Tuttavia, in seguito all'opposizione da lui interposta, gli è stata assegnata una rendita intera nel dicembre 2002, una mezza rendita dal 1.1.2003 al 31.12.2003 e  $\frac{3}{4}$  di rendita con un grado del 62% dal 1.1.2004 per un importo di fr. 1'757.-. Il convenuto ritiene che *“per giungere al grado del 62% l'ufficio AI parte da un salario perso da valido di franchi 61'295.- (valore 2004) e stima che l'assicurato è ancora in grado di realizzare un reddito residuo di franchi 23'649.- Egli è potenzialmente nella condizione di poter realizzare tale reddito, tanté che aveva trovato anche un posto di lavoro presso la Biamekka (ditta poi fallita) a partire dal 1.02.2006 per un salario di fr. 1750.- per tredici. Per cui non è corretto da parte della A detrarre tutta la rendita AI (al netto del quarto già assegnata prima dell'opposizione) perché tale importo non è derivante dal 2600 fr. assicurato da loro, ma bensì dal salario realizzato in precedenza. Il signor XXX è assicurato alla A per un salario di fr. 33'800.- ma egli a seguito dell'invalidità perde un reddito di fr. 61295.-. In buona sostanza il salario assicurato alla A corrisponde al 55% del reddito perso.”* (doc. VI).

Anche per quanto concerne questo aspetto il TCA, in precedenti sentenze (STCA 28 febbraio 2008, inc. 36.2007.56 non ancora cresciuta in giudicato; cfr. anche STCA del 4 agosto 2004, inc. 36.2003.95 consid. 2.12; STCA del 7 febbraio 2006, inc. 36.2005.64, consid. 2.8), ha confermato l'agire dell'assicuratore, nel senso che non vengono presi in considerazione salari

conseguiti presso altri datori di lavoro e la rendita AI viene dedotta completamente, tranne se un altro assicuratore, a sua volta, deduce la prestazione nell'ambito del suo calcolo del sovraindennizzo. In tal caso occorre evitare una doppia deduzione della rendita (STCA 28 febbraio 2008, inc. 36.2007.56, non ancora cresciuta in giudicato).

Va qui in particolare rammentato che per l'art. 9.1 CGA 1999, nell'ambito del calcolo dell'indennità giornaliera, se prima della malattia l'assicurato era occupato presso più datori di lavoro, viene considerato soltanto il salario percepito nell'azienda dello stipulante e che per l'art. 13.3 CGA 1999 (passaggio nell'assicurazione individuale) nell'ambito delle condizioni e delle tariffe in vigore per l'assicurazione individuale, l'assicuratore garantisce le prestazioni assicurate in precedenza. Non va poi dimenticato che il contratto stipulato dal datore di lavoro con l'assicurazione è un contratto a favore di terzi (art. 112 CO; Vincent Brulhart, op. cit., pag. 99). Il lavoratore non è parte al contratto, anche se ne è il beneficiario (Hans-Rudolf Müller, op. cit., pag. 30).

Con la (valida) conclusione di un contratto di assicurazione malattia collettiva il datore di lavoro si libera dal suo obbligo di continuare a versare il salario (DTF 120 V 38 consid. 3); gli subentra l'assicuratore, il quale non versa al lavoratore/assicurato il salario vero e proprio, dal quale andrebbero ancora dedotti i contributi sociali, bensì un'indennità giornaliera, esente da tali contributi (Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 116).

Per cui solo il salario conseguito presso la **XXX** di **XXX** può essere preso in considerazione per il calcolo della sovrassicurazione, ad esclusione degli altri importi conseguiti con ulteriori datori di lavoro o tramite altre prestazioni. Inoltre, considerato che il convenuto non fa valere che altri assicuratori nell'ambito del loro calcolo di sovrassicurazione, abbiano preso in considerazione la rendita AI, deve essere utilizzato l'intero importo.

In queste condizioni la richiesta della Cassa che chiede il rimborso dell'importo di fr. 11'234 (per il calcolo cfr. supra), va confermata.

2.11. L'attrice chiede anche interessi al 5% dal 5 aprile 2006.

Per l'art. 102 cpv. 1 CO se l'obbligazione è scaduta, il debitore è costituito in mora mediante interpellazione del creditore.

A norma dell'art. 102 cpv. 2 CO quando il giorno dell'adempimento sia stato stabilito o risulti determinato da una disdetta preventivamente convenuta e debitamente fatta il debitore è costituito in mora pel solo decorso di detto giorno. L'art. 104 cpv. 1 CO prevede che il debitore in mora al pagamento di una somma di danaro deve pagare gli interessi moratori del cinque per cento all'anno, quand'anche gli interessi convenzionali fossero pattuiti in misura minore.

In concreto dagli atti emerge che il 21 febbraio 2006 l'assicuratore ha scritto al convenuto, informandolo dell'avvenuta sovrassicurazione e chiedendogli il pagamento di fr. 9'864 entro 30 giorni. Il 5 aprile 2006 l'attrice ha nuovamente scritto all'assicurato, informandolo che l'Al ha restituito unicamente fr. 2'670, per cui l'importo da rimborsare sarebbe aumentato a fr. 11'234 ed ha concesso un termine di 30 giorni per versare il dovuto. L'assicurato è stato ulteriormente interpellato il 11 maggio 2006 ed il 12 giugno 2006. Il 3 novembre 2006 ad **XXX** è stato notificato il precetto esecutivo.

Considerato che la prima interpellazione per il pagamento dell'importo di fr. 11'234 ha avuto luogo il 5 aprile 2006 è che l'assicuratore ha concesso un termine ulteriore di 30 giorni per il pagamento, gli interessi sono dovuti dal 5 maggio 2006.

Vincente in causa solo per quanto concerne la decorrenza degli interessi, il convenuto ha diritto a ripetibili ridotte.

- 2.12. Con il 1° gennaio 2007 è entrata in vigore la legge federale sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (LTF).

A proposito della materia qui in questione (causa di diritto civile), la nuova legge prevede la via del ricorso in materia civile (art. 72 cpv. 1 LTF; cfr. anche l'art. 72 cpv. 2 LTF, che elenca quali altre decisioni soggiacciono al ricorso in materia civile). Giusta l'art. 74 cpv. 1 lett. b LTF, nelle cause a carattere pecuniario il ricorso è ammissibile soltanto se il valore litigioso ammonta a Fr. 30'000.-. Quando il valore litigioso non raggiunge questo importo, il ricorso è ugualmente ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 74 cpv. 2 lett. a LTF). Per l'art. 75 cpv. 1 LTF, il ricorso è ammissibile contro le decisioni pronunciate dalle autorità cantonali di ultima istanza e dal Tribunale amministrativo federale.

L'art. 95 LTF prevede che il ricorrente può far valere la violazione del diritto federale (lett. a), del diritto internazionale (lett. b), dei diritti costituzionali cantonali (lett. c), delle disposizioni cantonali in materia di diritto di voto dei cittadini e di elezioni e votazioni popolari (lett. d), del diritto intercantonale (lett. e). A norma dell'art. 97 cpv. 1 LTF, il ricorrente può censurare l'accertamento dei fatti soltanto se è stato svolto in modo manifestamente inesatto o in violazione del diritto ai sensi dell'articolo 95 e l'eliminazione del vizio può essere determinante per l'esito del procedimento. Possono essere adottati nuovi fatti e nuovi mezzi di prova soltanto se ne dà motivo la decisione dell'autorità inferiore. Non sono ammissibili nuove conclusioni (art. 99 LTF). Il ricorso contro una decisione deve essere depositato presso il Tribunale federale entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF). Per l'art. 100 cpv. 7 LTF, il ricorso per denegata o ritardata giustizia può essere interposto in ogni tempo. Di regola, il ricorso non ha effetto sospensivo (art. 103 cpv. 1 LTF). Nei limiti delle conclusioni presentate, il ricorso ha effetto sospensivo in materia civile se è diretto contro una sentenza costitutiva (art. 103 cpv. 2 lett. a LTF). Secondo l'art. 105 LTF, il Tribunale federale fonda la sua sentenza sui fatti accertati dall'autorità inferiore, riservato il caso in cui l'accertamento è stato fatto in modo inesatto o in violazione del diritto ai sensi dell'articolo 95. Giusta l'art. 107 cpv. 1 LTF, il Tribunale federale non può andare oltre le conclusioni delle parti.

Va ancora rilevato che, laddove non sia ammissibile il ricorso ordinario in materia civile, è aperta la via del ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 LTF). A norma dell'art. 116 LTF, con questo ricorso può essere censurata la violazione di diritti costituzionali. A proposito del ricorso in materia costituzionale, va evidenziato come, affinché sia ammissibile, è necessario che il ricorso ordinario sia escluso, o perché il valore litigioso non è raggiunto o perché il caso figura in un catalogo di eccezioni, che la decisione impugnata emani da un'autorità cantonale di ultima istanza e che venga fatta valere una censura in ambito di diritto costituzionale (cfr., a questo proposito, BERNARD CORBOZ, Introduction à la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, SJ 2006, n. 8, pag. 319 segg., in particolare pag. 351 segg.).

Infine, l'art. 119 LTF prevede la possibilità di inoltrare un ricorso ordinario simultaneo. Al riguardo il cpv. 1 della norma stabilisce che "la parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con una sola e medesima istanza (cpv. 1). Il Tribunale federale tratta i due ricorsi nella stessa

procedura (cpv. 2) ed esamina le diverse censure secondo le disposizioni applicabili ai due diversi tipi di ricorso."

In concreto, con la petizione l'attrice chiede la condanna del convenuto al pagamento di un importo di fr. 11'234 oltre interessi al 5% dal 5 aprile 2006.

Trattandosi di una causa di carattere pecuniario, non sono pertanto dati gli estremi per interporre un eventuale ricorso in materia civile al Tribunale Federale sulla base del valore litigioso (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF).

Secondo l'art. 49 cpv. 2 LSA, i tribunali svizzeri devono trasmettere gratuitamente all'autorità di sorveglianza una copia di tutte le sentenze civili concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione; s'impone perciò di notificare all'autorità di sorveglianza anche la presente sentenza.

Per questi motivi

**dichiara e pronuncia**

1. La petizione è **parzialmente accolta**.

Di conseguenza:

§ **XXX** è condannato a rimborsare alla A Assicurazione SA l'importo di fr. 11'234.- per indennità giornaliere versate in sovrindennizzo, oltre ad interessi al 5% dal 5 maggio 2006.

§§ L'opposizione al precetto esecutivo n. 242916 dell'UEF di **XXX, XXX**, del 3 novembre 2006 è rigettata in via definitiva per l'importo di fr. 11'234.- oltre agli interessi al 5% dal 5 maggio 2006 e alle spese di fr. 100.

2. La domanda riconvenzionale formulata da **XXX, XXX**, è **stralciata dai ruoli**.
3. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. A Assicurazione SA verserà ad **XXX** fr. 100 (IVA inclusa) a titolo di ripetibili.
4. Comunicazione alle parti ed all'UFAP, Berna.  
Contro il presente giudizio è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione.

L'atto di ricorso, in 3 esemplari, deve indicare quale decisione è chiesta invece di quella impugnata, contenere una breve motivazione, e recare la firma del ricorrente o del suo rappresentante. Al ricorso dovrà essere allegata la decisione impugnata e la busta in cui il ricorrente l'ha ricevuta.

Nelle cause di carattere pecuniario il ricorso è ammissibile soltanto se il valore litigioso ammonta almeno a:

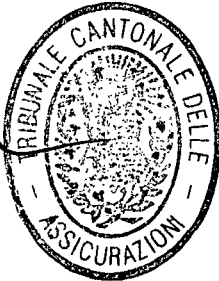

- a. Fr. 15'000.- nelle controversie in materia di diritto del lavoro e di locazione;
- b. Fr. 30'000.- in tutti gli altri casi.

Quando il valore litigioso non raggiunge l'importo determinante secondo il punto precedente, il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale.

5. Qualora non sia ammissibile il ricorso in materia civile, contro la presente decisione è ammesso il ricorso sussidiario in materia costituzionale al Tribunale federale entro il termine di trenta giorni dalla notificazione.

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni  
Il presidente

Daniele Cattaneo



Il segretario

Fabio Zocchetti

