

Incarto n.
36.2010.92

Lugano
19 aprile 2011

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 26 luglio 2010 di

XXX

contro

CSS Assicurazione SA, 6002 Luzern

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. La società **XXX** di _____, impresa edile soggetta al Contratto nazionale mantello dell'edilizia e del genio civile (di seguito: CNM), ha concluso con la CSS Assicurazione SA (di seguito: CSS), un contratto d'assicurazione contro la perdita di guadagno in caso di malattia tramite il quale è stato assicurato tutto il personale e che prevede una copertura dell'80% del salario, con un periodo di attesa di 30 giorni, per la durata di 720 giorni in un periodo di 900 giorni con computo del periodo di attesa. Secondo le condizioni contrattuali il premio va corrisposto con scadenza trimestrale.

- 1.2. Il 27 settembre 2008 l'assicuratore ha richiamato la società al pagamento di una fattura del 28 maggio 2008 di fr. 20'317.50, fissando un termine scadente il 17 ottobre 2008 per versare quanto dovuto (cfr. plico doc. 11).

Con diffida del 1° novembre 2008 CSS ha assegnato un termine scadente il 25 novembre 2008 per saldare il premio scoperto, indicando le conseguenze della mora con riferimento agli art. 64a LAMal, 20 e 21 LCA, e meglio la sospensione del pagamento delle prestazioni in caso di mancato pagamento degli arretrati (cfr. plico doc. 11).

- 1.3. Il 22 novembre 2008 l'assicuratore ha richiamato la società al pagamento del premio di fr. 20'317.55 per il periodo ottobre-dicembre 2008 (cfr. plico doc. 11).

Con diffida del 20 dicembre 2008 CSS ha assegnato un termine scadente il 13 gennaio 2009 per il pagamento dell'importo in arretrato, indicando le conseguenze della mora con riferimento agli art. 20 e 21 LCA, e meglio la sospensione del pagamento delle prestazioni in caso di mancato pagamento degli arretrati (cfr. plico doc. 11).

- 1.4. Entrambi gli scoperti sono stati soluti il 19 febbraio 2009 (cfr. risposta di causa, punto 2.5: doc. V).

- 1.5. Il 29 gennaio 2009 CSS ha chiesto alla società il pagamento dell'importo di fr. 4'348.20 inerente il conguaglio per il 2008. Il pagamento è stato effettuato il 17 giugno 2009, dopo un richiamo del 21 marzo 2009 (cfr. plico doc. 10 e plico doc. 12).

- 1.6. Il 2 febbraio 2009 **XXX** ha informato CSS dell'inabilità lavorativa di _____, iniziata il 29 gennaio 2009 (doc. 14). L'assicuratore ha versato fr. 3'872 (per il periodo dal 29 gennaio 2009 al 26 marzo 2009, doc. 17).

- 1.7. Il 21 febbraio 2009 l'assicuratore ha richiamato alla società il pagamento del premio per il periodo da gennaio a marzo 2009 per un importo di fr. 20'317.55 (cfr. plico doc. 11).

Con diffida del 21 marzo 2009 CSS ha assegnato a **XXX** un termine scadente il 14 aprile 2009 per versare quanto dovuto, indicando le conseguenze della mora con riferimento agli art. 20 e 21 LCA, e meglio la sospensione del pagamento delle prestazioni in caso di mancato pagamento degli arretrati (cfr.

plico doc. 11). La fattura è stata saldata il 14 luglio 2009 (risposta di causa, punto 2.5, doc. V).

- 1.8. Il 22 giugno 2009 la società ha notificato all'assicuratore l'inabilità di _____ con effetto dal 17 giugno 2009 (doc. 18).
- 1.9. Il 29 giugno 2009 CSS ha informato **XXX** che "*il contratto presenta un risultato positivo*" per il periodo dal 1° gennaio 2006 al 31 dicembre 2008 per un importo complessivo di fr. 134'493 (doc. M), versati alla società nel corso del mese di luglio 2009.
- 1.10. Con scritto del 27 ottobre 2009 CSS ha comunicato a **XXX** che i casi di malattia annunciati (_____ e _____), non possono essere rimborsati a causa della "*mancata copertura assicurativa*", poiché risulta una "*interruzione della copertura assicurativa dal 30.11.2008 al 14.07.2009 per mancato pagamento dei premi*" ed ha chiesto la restituzione dell'importo di fr. 3'872 inerente prestazioni già erogate per l'incapacità lavorativa di _____ (doc. 17).
- 1.11. Con fax del 22 dicembre 2009 _____, broker assicurativo della società e suo rappresentante nei confronti dell'assicuratore, dopo aver informato CSS dell'integrale versamento dei premi ancora in arretrato, ha chiesto all'assicuratore il pagamento dei casi di malattia annunciati poiché, essendo il contratto in essere conforme alla LAMal, il diritto alle prestazioni è dovuto per tutto il periodo assicurativo (doc. FF).
- 1.12. Il 19 gennaio 2010 ed il 2 marzo 2010 CSS ha ribadito il rifiuto di erogare qualsiasi prestazione essendo in ambito di diritto privato (doc. 22 e 23).
- 1.13. Dopo un intenso scambio di corrispondenza e la richiesta dell'emissione di una decisione formale, che CSS non ha voluto emettere essendo il contratto retto dalla LCA, il 26 luglio 2010 la **XXX** ha inoltrato una petizione al TCA tramite la quale ha chiesto, in via principale, la condanna di CSS al pagamento di fr. 53'889.10 oltre interessi al 5% dal 29 gennaio 2009 su fr. 18'242.35 e dal 17 giugno 2009 su fr. 35'646.75 ed in via subordinata la condanna di CSS alla restituzione del premio assicurativo per il periodo dal 30 novembre 2008 al 14 luglio 2009, oltre accessori (doc. I).

L'attrice, attiva nel campo edile, fa valere di essere tenuta a rispettare il contratto nazionale mantello di categoria e di

assicurare le proprie maestranze, da ormai 40 anni, presso la CSS tramite un contratto assicurativo che rispetta le disposizioni previste dal contratto collettivo di lavoro categoria "edilizia" come comprovano numerose attestazioni dello stesso assicuratore emesse su richiesta del suo broker assicurativo, _____.

Attualmente è vincolata con un contratto che giungerà a scadenza il 31 dicembre 2012.

La società sostiene che, sulla base del contenuto del contratto nazionale mantello (cfr. in particolare l'art. 64 CNM) e delle attestazioni ricevute dall'assicuratore, il contratto sottoscritto con CSS deve essere soggetto alla LAMal. Lo comproverebbe anche un conteggio premi definitivo del 29 gennaio 2009 dove figura che il contratto in essere è una "copertura in analogia alla LAMal" (doc. H).

Per **XXX**, una volta soluto il debito contributivo, la copertura deve essere garantita anche per il periodo di sospensione, contrariamente a quanto avviene ai contratti retti dalla LCA. Per l'attrice è inspiegabile il motivo per il quale l'assicuratore abbia ommesso di segnalare di non disporre di prodotti assicurativi retti dal diritto pubblico, allorché la società voleva una copertura conforme al CNM e dunque soggetta alla LAMal. Solo in seguito al mancato pagamento dei due casi di inabilità lavorativa litigiosi, l'assicuratore avrebbe specificato la vera natura del contratto assicurativo in essere, ossia un negozio giuridico di diritto privato.

La società evidenzia che in passato si era già trovata a dover far fronte a ritardi nel pagamento dei premi ma di non essere mai stata sospesa dal versamento delle prestazioni. È la prima volta che l'assicuratore applica effettivamente la sospensione delle prestazioni per non pagare quanto pattuito. Con il suo atteggiamento nel corso degli anni CSS ha rafforzato la presunzione che il contratto fosse retto dalla LAMal.

L'attrice sostiene inoltre che la messa in mora non è comunque valida poiché, pur riportando il tenore degli art. 20 e 21 LCA, non specifica le conseguenze del mancato pagamento entro il termine indicato. La società si chiede inoltre per quale motivo l'assicuratore non ha proposto un contratto retto dalla LAMal e ritiene che CSS abbia intenzionalmente fatto credere all'attrice di garantirle una copertura in analogia alla LAMal. L'assicuratore deve pertanto erogare le prestazioni pattuite, ossia fr. 18'242.35 per il caso di _____ e fr. 35'646.75 per il caso di _____, per un importo complessivo di fr. 53'889.10.

In caso contrario CSS deve restituire il premio pagato per il periodo dal 30 novembre 2008 al 14 luglio 2009 in applicazione dell'art. 62 CO.

Questa soluzione, per l'attrice, trova conforto nell'interpretazione del contratto. La volontà della società era infatti quella di disporre di un contratto assicurativo retto dalla LAMal in quanto conforme al contratto nazionale mantello di categoria. L'impressione che la copertura pattuita fosse conforme alla citata esigenza era corroborata dalla circostanza che nei diversi momenti in cui l'attrice aveva un ritardo nel pagamento dei premi assicurativi la convenuta non ha mai sollevato alcunché, agendo e dando la certezza che la relazione in essere fosse conforme alla LAMal. Le dichiarazioni rilasciate dalla CSS hanno avuto l'effetto di fugare ogni dubbio circa la conformità alla LAMal poiché se l'attrice avesse saputo che la realtà era diversa, avrebbe optato da subito per un'altra compagnia atta a proporre una corretta applicazione secondo la LAMal.

In secondo luogo la società evidenzia che il 29 giugno 2009 CSS ha informato **XXX** che *"il contratto presenta un risultato positivo"* per il periodo dal 1° gennaio 2006 al 31 dicembre 2008 per un importo complessivo di fr. 134'493 versato alla società.

L'attrice rileva infine che dallo scambio di e-mail tra l'assicuratore e _____, suo broker assicurativo, emerge una situazione chiara, ossia la volontà della convenuta di risolvere la problematica. In particolare con e-mail dell'11 marzo 2009 CSS ha indicato al broker che l'attrice deve ancora fr. 24'665.80 per il 4° trimestre 2008 oltre al conteggio definitivo e fr. 20'317.55 per il 2009. Come confermato da _____ di CSS, di cui viene chiesta l'audizione, insieme a _____ e a _____, entrambi dipendenti di _____, non c'erano problemi di copertura assicurativa.

- 1.14. Con risposta del 6 settembre 2010 l'assicuratore propone la reiezione della petizione con argomentazioni che, laddove necessario, saranno riprese in corso di motivazione (doc. V).
- 1.15. Pendente causa le parti hanno prodotto ulteriore numerosa documentazione ed osservazioni, in particolare circa il contenuto del CNM e l'obbligo per il datore di lavoro di concludere un contratto d'assicurazione contro la perdita di guadagno in caso di malattia conforme all'art. 64 CNM (doc. da VII a XVIII).

- 1.16. Il 3 novembre 2010 il TCA ha interpellato le parti chiedendo loro di precisare i nominativi delle persone che hanno partecipato alla perfezione del contratto iniziale ed ai suoi rinnovi (doc. XIX e XX).
- 1.17. **XXX** ha risposto l'8 novembre 2010 (doc. XXI), mentre CSS, con scritto del 25 novembre 2010, ha precisato:

“Il contratto assicurativo d'indennità giornaliera collettiva secondo la LCA con la ditta **XXX** veniva stipulato ben oltre 10 anni fa. Il contratto veniva di seguito prolungato; per ogni prolungo del contratto veniva inviata una polizza assicurativa. Il contratto più vecchio da noi reperito risale al 1997 (doc. 4). Non disponiamo di documentazione contrattuale precedente e non siamo purtroppo in grado di indicarvi chi fosse il collaboratore che partecipò alla perfezione del contratto iniziale. L'informazione nemmeno risulta dal nostro nuovo sistema informatico, che è stato introdotto nel 2008 (e non riprende la totalità delle informazioni assicurative del passato).

Dal 2006 ha partecipato ai rinnovi del contratto assicurativo il signor _____, domiciliato a _____, collaboratore del settore Affari aziendali, che ha frattanto cessato la sua attività presso CSS Assicurazione SA (di seguito CSS). Gli affari aziendali – che, in breve, seguono l'acquisizione e l'assistenza dei clienti – sono sotto la conduzione del signor _____, domiciliato a _____, che è dal 01.11.2004 responsabile dell'Agenzia principale del Ticino; egli senz'altro dispone di informazioni utili circa il contratto assicurativo in questione. Nell'ambito della conclusione e rinnovo di contratti assicurativi la sezione Underwriting si occupa dell'analisi dei rischi e di calcolare i premi assicurativi e quindi di creare offerte assicurative, senza tuttavia avere un contatto diretto con il cliente, dal momento che le trattative vengono svolte dal Settore Vendita Affari aziendali (Per informazioni sulle mansioni di tale settore ed eventuali nominativi restiamo a disposizione).

I collaboratori che si erano occupati in precedenza del contratto con la ditta **XXX** hanno lasciato la CSS da parecchi anni ormai e sono (verosimilmente, per lo più) attivi presso la concorrenza; degli stessi non disponiamo più degli attuali indirizzi. Per preservare il segreto aziendale – e ritenuto che comunque precedenti collaboratori, a distanza di tanti anni, non saprebbero fornire elementi determinanti al caso, non siamo in grado di fornirvi ulteriori nominativi oltre a quelli indicati.” (doc. XXIV)

- 1.18. Il 15 dicembre 2010 si è tenuta un'udienza di discussione nel corso della quale sono stati sentiti _____, _____ e, citato seduta stante con l'opposizione di CSS, _____ (doc. XXVIII).
- 1.19. Successivamente le parti si sono nuovamente lungamente espresse in merito con ulteriori osservazioni (doc. XXIX e seguenti).

in diritto

In ordine

- 2.1. Oggetto del contendere è la natura (di diritto pubblico o di diritto privato) del contratto assicurativo sottoscritto dalle parti, nonché il diritto della società al pagamento delle indennità giornaliere per le inabilità lavorative di _____ ed _____, o, in via subordinata, alla restituzione dei premi versati per il periodo dal 30 novembre 2008 al 14 luglio 2009.

A questo proposito va evidenziato che il TCA è competente a decidere nel merito della controversia indipendentemente dalla natura (di diritto pubblico o di diritto privato) del contratto litigioso.

Infatti, se il contratto è retto dalla LAMal questo Tribunale è competente in virtù dell'art. 1 cpv. 1 Lptca secondo il quale il TCA giudica come istanza unica i ricorsi in materia di assicurazioni sociali federali ai sensi dell'art. 57 della legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (in seguito LPGa) e le azioni in materia di previdenza professionale.

Se per contro il contratto è retto dalla LCA, va evidenziato che per l'art. 85 cpv. 2 della legge federale sulla sorveglianza delle imprese d'assicurazione del 17 dicembre 2004 (LSA) nel tenore in vigore fino al 31 dicembre 2010, applicabile in concreto (cfr. anche art. 404 CPC in vigore dal 1° gennaio 2011), 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 cpv. 1 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.

Questo Tribunale è pertanto competente a decidere nel merito dell'atto intitolato "petizione" del 26 luglio 2010 (doc. I).

Nel merito

- 2.2. Le parti hanno concluso, da ultimo, con effetto dal 1° gennaio 2008, un'assicurazione contro la perdita di guadagno in caso di

malattia alla quale si applicano le condizioni generali edizione 2004 dell'assicuratore (doc. 2, di seguito: CGA).

La polizza prevede il versamento dell'80% del salario, dopo un periodo di differimento di 30 giorni, per una durata delle prestazioni di 720 giorni in un periodo di 900 giorni, con computo del tempo di attesa ed un'aliquota del premio del 3.97%.

In precedenza le parti avevano sottoscritto altri contratti, in parte simili (cfr. plico doc. 4).

A norma dell'art. 2 CGA il contratto si compone del testo contrattuale firmato, delle CGA e delle condizioni particolari. A complemento è applicabile la LCA.

In concreto le parti divergono innanzitutto circa la natura del contratto. L'attrice sostiene di aver voluto concludere un contratto retto dalla LAMal, la convenuta sostiene invece che le parti hanno sottoscritto una convenzione retta dalla LCA.

- 2.3. 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 (sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2; DTF 118 II 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; sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, cfr. anche sentenza 4A_34/2007 del 26 luglio 2007, consid. 3.1). Se non gli è possibile stabilire tale reale volontà, oppure se constata 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: sentenza 4A_34/2007 del 26 luglio 2007, consid. 3.1; sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 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 (sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 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 (sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 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).

2.4. Va ancora evidenziato come con sentenza 4C.6/2007 del 5 aprile 2007 l'Alta Corte ha affermato:

" La controversia verte principalmente sull'interpretazione della clausola contrattuale concernente la condizione alla quale è stato subordinato l'esercizio del diritto di compera.

(...)

3.2 In concreto è in particolare litigioso il significato della condizione per l'esercizio del diritto di compera, così definita: "se al momento dell'esercizio egli conduce ancora personalmente l'azienda agricola". La convenuta spiega che mediante questa condizione essa mirava chiaramente a escludere l'uso e la gestione da parte di terzi del nucleo dell'azienda, dove lei continuava a vivere insieme al marito; si era pertanto impegnata a vendere il fondo a condizione che al momento dell'esercizio del diritto di compera "il fulcro dell'azienda del padre, con stalla, fienile e annessi nonché con la casa d'abitazione dove i genitori vivono sotto lo stesso tetto con il figlio [fosse] stato utilizzato e gestito dal figlio". Ora, il fatto che nel 2003 la stalla e altre rimesse fossero utilizzate da altre persone indica che la condizione pattuita non è stata ossequiata, donde la sua opposizione all'adempimento del contratto. La decisione diversa dei giudici cantonali, secondo i quali per esercitare il diritto di compera bastava che l'attore facesse il contadino e conducesse personalmente

l'azienda agricola, è - secondo la convenuta - lesiva del diritto federale giacché i giudici, senza spiegarne i motivi, si sono discostati dalla regola della priorità dell'interpretazione soggettiva e hanno proceduto a un'interpretazione oggettiva della clausola contrattuale. Si tratta di una censura manifestamente infondata.

3.3 I giudici cantonali hanno infatti ritenuto che non vi fosse motivo di scostarsi dal testo chiaro della clausola contrattuale, attestante la reale volontà delle parti al momento della stipulazione del contratto. Essi sono giunti a questa conclusione riferendosi principalmente alla deposizione di D. _____ - coinvolto nell'allestimento dell'accordo ora controverso - il quale ha dichiarato che "l'intenzione dei contraenti era che il tutto rimanesse assieme e che appartenesse al gestore dell'azienda paterna". L'autorità cantonale ne ha dedotto che la madre aveva "promesso all'attore di vendergli il maggese se al momento dell'esercizio del diritto di compera questi avesse fatto il contadino e condotto personalmente la fattoria paterna". Più avanti i giudici cantonali hanno ribadito che "la testimonianza di D. _____ è indizio che lascia concludere alla vera volontà della madre e questa collima col testo della condizione posta".

Alla luce di quanto appena esposto è fuori di dubbio che la giurisprudenza sviluppata dal Tribunale federale attorno all'art. 18 cpv. 1 CO è stata applicata correttamente, perché la clausola contrattuale litigiosa è stata interpretata correttamente secondo il metodo soggettivo.

3.4 L'interpretazione soggettiva di un contratto, come detto al consid. 3.1, pertiene al fatto, deriva dall'apprezzamento delle prove ed è insindacabile nella giurisdizione per riforma. Per il Tribunale federale la volontà delle parti è pertanto quella accertata nella sentenza impugnata, secondo la quale i contraenti volevano che il podere di famiglia rimanesse unito e di proprietà del gestore dell'azienda paterna, ma non avevano precisato il modo in cui questa avrebbe dovuto essere gestita, né escluso cambiamenti futuri; ciò significa che il figlio non avrebbe necessariamente dovuto coltivare né utilizzare di persona tutti i fondi.

Tutte le argomentazioni che presuppongono uno stato di fatto diverso e che disquisiscono su quella che sarebbe stata l'intenzione della convenuta al momento della conclusione del contratto, si avverano di conseguenza inammissibili."

- 2.5. Per quanto concerne le condizioni generali va ancora rilevato che in virtù dell'art. 3 cpv. 1 LCA (nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2006) esse devono essere inserite nel formulario di proposta rilasciato dall'assicuratore o consegnate al proponente prima ch'egli abbia inoltrato il formulario contenente la sua proposta. Da ciò deriva, come evidenziato da dottrina (CARRE, *Loi fédérale sur le contrat d'assurance*, Losanna 2000, pag. 120 ad art. 3 LCA; VIRET, *Assurances-maladie complémentaires et loi sur le contrat d'assurance*, in: *Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances*, ed. IRAL 1997, pag. 666 segg., in particolare pag. 673) e giurisprudenza (sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2), che le condizioni generali d'assicurazione sono parte integrante del contratto d'assicurazione.

Come rammenta VINCENT BRULHART, *Droit des Assurances privées*, Stämpfli 2008 n° 263 e segg. (pag. 120 e segg.), il contenuto del contratto può essere di principio determinato liberamente ed è, il più delle volte, fissato nelle condizioni generali preformulate. Si tratta di "*conditions contractuelles qui règlent les droits et les obligations des contractants...fixent l'étendue de la couverture*" (V. BRULHART, op. cit., n° 26-4). La dottrina ricorda che l'uso di condizioni generali è la regola in materia di contratto d'assicurazione:

De fait, l'utilisation des conditions générales est indissociable de la technique d'assurance." (V. BRULHART, op. cit., n° 267)

La tecnica d'assicurazione (si veda l'autore citato no. 15 e segg. della sua opera) si fonda sulla legge dei grandi numeri ed il calcolo delle probabilità, da ciò la necessità di considerare un grande numero di eventi simili per dedurre le probabilità di sopravvenienza futura con necessità di definire convenientemente il rischio e le condizioni della sua assunzione da parte dell'assicuratore. Questi motivi, in uno con la necessità di mantenere i costi amministrativi degli assicuratori ridotti (V. BRULHART, op. cit., n° 270 pag. 121) conducono all'offerta di prodotti standardizzati, con rischi e garanzie uniformati "...ce qui intervient par l'utilisation de conditions contractuelles préformulées" (V. BRULHART, op. cit., n° 271, pag. 121).

Come indicato le CGA, che non hanno qualità di norme giuridiche, reggono il contratto solo se vengono integrate nello stesso.

La legge sul contratto d'assicurazione non definisce il contratto che regola. L'assicurazione è una convenzione per la quale, a fronte del versamento di un premio, l'assicuratore si impegna - in caso di realizzazione di un rischio aleatorio previsto - a garantire la sua controparte delle conseguenze dell'evento. Si tratta di un contratto sinallagmatico, successivo poiché esplica i suoi effetti nel tempo ed è generalmente, come rileva parte della dottrina (V. BRULHART, op. cit., n° 399) un contratto d'adesione siccome elaborato, redatto e stampato dall'assicuratore prima della sua conclusione, ciò che ha per effetto che il prenditore d'assicurazione aderisce, in genere senza discussione delle clausole, all'elaborato dell'assicuratore.

Di per sé il contratto d'assicurazione non è sottoposto ad alcuna condizione di forma e può essere concluso oralmente o per atti concludenti (WILLY KÖNIG, Schweizerisches Privat-

versicherungsrecht, 3a ed. Berna 1967 pag. 69 e DTF 112 II 245).

Se il contratto d'assicurazione non è sottoposto a condizioni di forma anche la proposta assicurativa ne è svincolata (V. BRULHART, op. cit., n° 404 e n° 262) pur potendo le parti convenire altrimenti. Per quanto attiene alle CGA, definite da ERNS KRAMER e BRUNO SCHMIDLIN, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Tomo IV, 3 ed., Berna 1986, pag. 177-178, quali forma di legislazione emanata dall'economia privata o di legislazione senza legislatore, le stesse regolano il contratto nella misura in cui siano, come detto, integrate nello stesso.

Se è ammissibile la conclusione di un contratto d'assicurazione per "*facta concludentia*", deve essere ammessa la possibilità di modificare il contratto stesso rispettivamente le CGA con le medesime modalità.

- 2.6. Nel caso di specie, al fine di determinare la volontà soggettiva delle parti al momento della conclusione del contratto, il TCA ha chiesto loro di fornire i nominativi delle persone che hanno partecipato alla sua perfezione ed ai suoi rinnovi nel corso del tempo (doc. XIX e XX).

Preso atto che il contratto assicurativo litigioso è stato da ultimo modificato il 1° gennaio 2008 (cfr. doc. 2), in sostituzione di altri contratti analoghi sottoscritti in precedenza, il TCA, sulla base delle risposte fornite dalle parti, ha sentito _____, collaboratore di CSS e da inizio 2011 attivo presso un altro gruppo assicurativo, _____, direttore con firma individuale della ditta **XXX** e, seduta stante e con l'opposizione di CSS, _____, partner di _____.

_____ ha affermato di aver iniziato a lavorare per la convenuta nel marzo 2006, quando era appena "*subentrato un cambio nell'ambito del contratto*". Il teste ha evidenziato che "*il precedente contratto era un contratto cosiddetto integrale sotto il cappello giuridico della LCA ma non prevedeva specificatamente quelle estensioni che si richiamano ai principi della LAMal che sono poi state riconosciute con il contratto successivo, contratto con estensione LAMal*" ed ha precisato come "*questa modifica contrattuale si è resa necessaria perché l'estensione di diritti analoghi a quella della LAMal è imposta dal contratto nazionale Mantello e dal CCL.*" Il consulente ha evidenziato che "*la Compagnia non offre, dalla mia entrata perlomeno, una*

copertura LAMal vera e propria” e che “il prodotto LCA estensione LAMal era già esistente al momento della mia attività a partire almeno dall’aprile 2006” (doc. XXVIII).

Da parte sua _____, direttore con firma individuale della ditta **XXX**, sentito in qualità di parte, ha precisato che *“il contratto IPG esiste almeno dal 1997 ed in occasione del suo rinnovo nel corso del 2005 io mi sono affidato ad _____ perché la problematica diventava di difficile gestione dal profilo giuridico e tecnico”* ed ha sottolineato come *“in virtù del contratto collettivo avevo la necessità di ottenere una copertura LAMal ed ero convinto di aver ottenuto una copertura LAMal”*. L’interessato ha precisato che *“è stato con intervento di _____ nel dicembre 2005 e quindi con effetto del 2006 che il contratto è cambiato nel senso che da quell’anno la copertura è passata da copertura integrale da copertura con estensione LAMal. Interlocutore era il sig. Passi che io non ho mai incontrato.”* (doc. XXVIII).

Dalle affermazioni dell’assicuratore e dalla deposizione di _____ emerge che la volontà soggettiva della convenuta era quella di concludere un contratto assicurativo retto dal diritto privato.

Questa volontà soggettiva diverge da quella dell’attore il quale avrebbe invece voluto concludere un contratto assicurativo retto dalla LAMal.

Essendoci una divergenza tra le volontà delle parti in merito alla natura del contratto assicurativo, occorre di conseguenza ricorrere all’interpretazione oggettiva, secondo il principio dell’affidamento, ovvero secondo il senso che ogni contraente poteva e doveva ragionevolmente attribuire alle dichiarazioni dell’altro nelle circostanze concrete (cfr. sentenza 4A_468/2008 del 20 febbraio 2009, consid. 2.4.1).

Come visto, dovendosi procedere all’interpretazione di dichiarazioni scritte, ci si riferisce in primo luogo al tenore delle stesse (DTF 129 III 702 consid. 2.4.1 pag. 707). La presenza di un testo chiaro non esclude tuttavia la possibilità di ricorrere ad altri criteri d’interpretazione. Dall’art. 18 cpv. 1 CO emerge infatti che le parole adoperate, quand’anche chiare, non sono necessariamente determinanti e che, al contrario, un’interpretazione puramente letterale è proibita. Anche se il tenore di una clausola contrattuale appare a prima vista chiaro, dalle altre condizioni menzionate dal contratto, dallo scopo perseguito dalle parti oppure ancora da altre circostanze può dunque risultare che il testo della menzionata clausola non

restituisca con esattezza il senso dell'accordo (DTF 130 III 417 consid. 3.2 pag. 425). Oltre al testo ed al contesto in cui sono state formulate le dichiarazioni delle parti, vanno prese in considerazione - nella misura in cui sarebbero riconoscibili anche per un terzo - le circostanze che hanno preceduto o accompagnato la stipulazione del contratto (DTF 128 III 265 consid. 3a con rinvii; BGE 131 III 377 S. 383 sull'interpretazione oggettiva delle dichiarazioni delle parti cfr. anche CORBOZ, *Le contrat et le juge*, in *Le contrat dans tous ses états*, Berna 2004, pag. 269 segg., in particolare pag. 273-276). Va ancora rammentato che quando l'assicuratore, al momento di concludere un contratto, presenta delle CGA, manifesta la volontà di impegnarsi secondo i termini di queste condizioni. Quando una volontà reale concordante non è stata constatata occorre domandarsi come il destinatario di questa manifestazione di volontà poteva comprenderla in buona fede. Ciò conduce ad un'interpretazione oggettiva dei termini contenuti nelle condizioni generali anche se ciò non corrisponde all'intima volontà dell'assicuratore (DTF 133 III 675, consid. 3.3).

- 2.7. Nel caso di specie, procedendo all'interpretazione delle clausole contrattuali secondo il principio dell'affidamento, che permette d'imputare ad una parte il senso oggettivo della sua dichiarazione o del suo comportamento anche se ciò non corrisponde alla sua intima volontà (DTF 130 III 417 consid. 3.2, DTF 129 III 118 consid. 2.5, DTF 128 III 419 consid. 2.2, DTF 127 III 444 consid. 1b; non ci si deve scostare dal senso letterale del testo adottato quando non c'è alcuna ragione seria per ritenere che non corrisponda alla volontà della parti; DTF 129 III 118 consid. 2.5; DTF 128 III 265 consid. 3a) emerge che il contratto assicurativo è retto dal diritto privato.

Nella polizza assicurativa figura il riferimento all'art. 12 LCA circa il termine per contestarne il contenuto in caso di divergenza, le CGA del 2004, parte integrante del contratto, prevedono espressamente all'art. 2.2 che a complemento del testo contrattuale, delle CGA e delle Condizioni particolari d'assicurazione, è "*applicabile la Legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA)*".

Ciò vale in ogni caso per quanto concerne le convenzioni successive al 1° gennaio 2006 che fanno tutte riferimento alle CGA del 2004 (cfr. plico doc. 4).

A questo proposito dalle tavole processuali risulta che il 17 gennaio 2006 le parti hanno sottoscritto un'offerta per "*l'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia per*

aziende”, dove si sono accordate, tra l’altro, circa l’applicabilità delle CGA “*edizione 1.2004*”, e dove figura che se la proposta “*viene ritornata alla CSS Assicurazione firmata, entro il periodo indicato, la stessa ha valore di proposta, ai sensi dell’art. 1 e seguenti della Legge sul contratto d’assicurazione (LCA)*” (doc. 6). A pagina 7, prima delle firme, viene inoltre precisato, tra l’altro, che “*in caso di risposta incompleta o non veritiera, in virtù delle disposizioni d’assicurazione e della legge sul contratto d’assicurazione (LCA), la CSS ha il diritto di recedere dal contratto*”. Da rilevare ancora che l’attrice ha scelto la variante 2, denominata “*copertura con estensione ai sensi della LAMal*”.

Successivamente, nel corso del mese di dicembre 2007, le parti hanno rinnovato il contratto (doc. F). L’attrice ha nuovamente scelto la variante denominata “*copertura integrale con estensione LAMal*”. Le pagine 5 e 6 dell’offerta, sottoscritta dall’attrice ed intitolata “*informazione ai clienti secondo la LCA*” contengono numerosi riferimenti al diritto privato ed in particolare le informazioni richieste dal nuovo art. 3 LCA. Anche in questo caso l’offerta contiene inoltre il riferimento all’art. 1 LCA e l’informazione secondo cui “*in caso di risposta incompleta o non veritiera, in virtù delle disposizioni d’assicurazione e della legge sul contratto d’assicurazione (LCA), la CSS ha il diritto di recedere dal contratto.*” E’ stato aggiunto che il proponente “*conferma di essere stato messo a conoscenza dell’informazione ai sensi dell’art. 3 LCA e dell’art. 45 della Legge sulla sorveglianza degli assicuratori (LSA).*”

Va inoltre evidenziato che, se nella prima ingiunzione di pagamento del 1° novembre 2008 sono citati sia l’art. 64a LAMal che gli art. 20 e 21 LCA, nelle diffide successive figura solo il riferimento agli art. 20 e 21 LCA (cfr. doc. 11).

Dal chiaro tenore delle offerte, delle polizze e delle CGA risulta pertanto senza ombra di dubbio che il contratto litigioso è retto dal diritto privato ed in particolare dalla LCA.

Gli scritti di CSS dove figura che il contratto in essere è da intendere “*con l’estensione ai sensi della LAMal*”, non sono atti a sovvertire questa interpretazione. Si tratta unicamente della denominazione del contratto retto dalla LCA, così come scelto dalla medesima attrice.

Non spetta invece a questo Tribunale stabilire se il CNM impone la conclusione di un contratto ai sensi della LAMal o se un

contratto soggetto alla LCA che contiene gli elementi descritti nell'art. 64 CNM è sufficiente, poiché in concreto non si tratta di una controversia tra dipendente e datore di lavoro, ma tra quest'ultimo e un assicuratore che non è parte del CNM (cfr. a tal proposito anche la sentenza 36.2009.172 del 19 maggio 2010).

- 2.8. Accertato che il contratto in esame è retto dalla LCA, va ora esaminato se l'assicuratore è tenuto a versare le prestazioni pattuite per quanto concerne i due casi di inabilità lavorativa intervenuti il 29 gennaio 2009 (_____) ed il 17 giugno 2009 (_____).

L'art. 20 LCA, a cui fa espressamente riferimento l'assicuratore nelle ingiunzioni di pagamento dei premi non pagati, concerne l'"*Obbligo della diffida. Conseguenze della mora*" dell'assicurato (cfr. nota marginale del disposto di legge). Esso prevede che nel caso in cui il premio non sia stato pagato alla scadenza o entro il termine di rispetto concesso dal contratto, il debitore debba essere diffidato per iscritto a sue spese e sotto comminatoria delle conseguenze della mora, ad effettuare il pagamento entro quattordici giorni dall'invio della diffida (cpv. 1). Se la diffida rimane senza effetto, l'obbligazione dell'assicuratore è sospesa a datare dalla scadenza del termine di diffida (cpv. 3).

La LCA regola il tema della mora contrattuale in maniera diversa rispetto alle disposizioni del Codice delle Obbligazioni (CO), nella misura in cui non fa dipendere la validità della mora dalla data di ricezione da parte del debitore della diffida. Nonostante il tenore della nota marginale dell'art. 20 LCA, la diffida non è obbligatoria; essa diviene necessaria se l'assicuratore intende ottenere la sospensione dei suoi obblighi contrattuali (TC SG in RUA XI n. 23; TC VD in RUA VI n. 107; TC NE in RUA VI n. 113, citati in: CARRÉ, *Loi fédérale sur le contrat d'assurance*, Losanna 2000, pag. 210 ad art. 20 LCA).

Se l'assicuratore non notifica una diffida al debitore, il primo non può liberarsi dei suoi obblighi nel caso in cui si produca l'evento assicurato e neppure può recedere dal contratto (KUHN/MONTAVON, *Droit des assurances privées*, Losanna 1994, pag. 197).

Tuttavia, l'invio di una diffida non è soggetto ad alcun termine se non a quello di due anni previsto dall'art. 46 LCA, trascorso il quale il diritto dell'assicuratore al pagamento del premio si prescrive (TC VD in RUA IX n. 52; RUA III n. 95, in: CARRÉ, *op. cit.*, pag. 212 ad art. 20 LCA). L'assicurato, infatti, non si trova in mora per il solo fatto che il premio è scaduto: è necessario

ancora che l'assicuratore lo diffidi. La diffida deve informare il debitore in modo esplicito e completo su *tutte* le conseguenze del ritardo nel caso in cui l'assicurato non adempia ai suoi obblighi nel termine concessogli (HASENBÖHLER, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basilea 2001, n. 42 ad art. 20 LCA; DTF 128 III 186, in particolare consid. 2; SJ 2003 I pag. 215 e seg.). Una diffida che non indica le conseguenze del mancato adempimento degli obblighi è irregolare e non può produrre gli effetti che non sono stati citati (DTF 128 III 186; SJ 2003 I pag. 215 e seg.).

La legge accorda comunque al debitore un termine legale di quattordici giorni (*termine di grazia*) per provvedere al pagamento. Questo termine non inizia a decorrere dalla notifica della diffida, ma dal momento del suo invio (STF in RUA XVIII n. 13, in: CARRON, La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Friburgo 1997, n. 179 pag. 61; KUHN/MONTAVON, op. cit., pagg. 189-193).

Contrariamente a quanto è previsto dal CO, la messa in mora diventa effettiva – e l'assicurato deve pure degli interessi moratori - se, alla scadenza del termine legale, il debitore non ha ancora dato seguito al pagamento del premio. Qualora il termine di grazia venga a scadere infruttuosamente, gli obblighi dell'assicuratore vengono sospesi (art. 20 cpv. 3 LCA). La sospensione dura fino al pagamento completo del premio, oltre accessori, a meno che un'intenzione diversa risulti dall'attitudine dell'assicuratore (DTF 112 II 463; DTF 103 II 204). Il pagamento, o semplicemente la maturazione di un altro premio intervenuta successivamente a quello che è stato oggetto della diffida, non hanno alcun effetto sulla sospensione. Ad ogni modo, l'assicuratore è tenuto ad accettare il pagamento di un premio posteriore, a meno che non intenda recedere dal contratto, possibilità questa cui non è obbligato (DTF 103 II 204). Infine, se l'assicuratore ha incassato il premio corrispondente al nuovo periodo d'assicurazione, ciò non significa che egli abbia rinunciato a ricevere i premi dovuti per i periodi anteriori e, ancor meno, che rinunci a sospendere le proprie obbligazioni (KUHN/MONTAVON, op. cit., pag. 189 segg.). Se, invece, il debitore adempie al suo obbligo contrattuale versando nei quattordici giorni di tempo di cui alla diffida il premio dovuto all'assicuratore, egli si sottrae alle conseguenze della mora. A tal proposito si osserva che l'obbligo dell'assicuratore di versare le prestazioni resta salvaguardato

durante tutto il termine legale (termine di grazia) per gli eventi che potrebbero sopraggiungere durante questo periodo. Tale obbligo permane anche se, più tardi, emergesse che la diffida è rimasta senza effetto (art. 20 cpv. 3 LCA).

Se allo scadere del termine di grazia il debitore ha pagato solo una parte del premio scaduto, bisogna ritenere che egli non ha adempiuto ai suoi obblighi contrattuali. In tal caso, gli obblighi dell'assicuratore sono sospesi (art. 20 cpv. 3 LCA), anche se la parte ancora dovuta rappresenta una piccola porzione dell'intero premio arretrato (KUH/N/MONTAVON, op. cit., pagg. 194 e 195). A dipendenza delle circostanze, rimangono tuttavia riservate le intenzioni diverse dell'assicuratore (DTF 112 II 463).

Alla luce di quanto precede, dunque, quando il premio arretrato *non* venga versato *prima* della scadenza del termine legale di quattordici giorni, la mora del debitore diventa effettiva. Ciò comporta la sospensione degli obblighi dell'assicuratore (art. 20 cpv. 3 LCA). Tuttavia, un contratto sospeso nei suoi effetti *non* equivale ad un contratto estinto o rescisso; significa invece semplicemente che *gli obblighi dell'assicuratore sono sospesi*, mentre il contratto d'assicurazione in quanto tale resta vigente. La sospensione degli obblighi dell'assicuratore interviene a danno dell'assicurato che resta debitore del premio. Si ribadisce quindi che, di regola, l'assicuratore *non* ha obblighi nei confronti dell'assicurato se un evento si produce dopo la scadenza infruttuosa del termine legale di diffida (quattordici giorni) (KUH/N/MONTAVON, op. cit., pag. 198 e seg.; HASENBÖHLER, op. cit., nn. 19-32 ad art. 21 LCA, pag. 334 segg.).

- 2.9. In concreto il 27 settembre 2008 l'assicuratore ha chiesto all'attrice il pagamento dell'importo di fr. 20'317.50 entro il 17 ottobre 2008 (doc. 11). La convenuta ha diffidato l'attrice il 1° novembre 2008, assegnandole un termine di pagamento al 25 novembre 2008. Sempre il 27 settembre 2008 CSS ha conteggiato anche i premi per il periodo da ottobre a dicembre 2008 per un importo di fr. 20'317.55 da pagare entro il 31 ottobre 2008. In assenza di un qualsiasi versamento, l'assicuratore, dopo un primo richiamo, ha diffidato l'attrice a pagare quanto dovuto entro il 13 gennaio 2009. Entrambi gli importi sono stati soluti il 19 febbraio 2009 (cfr. risposta di causa).

Infine il 3 dicembre 2008 CSS ha chiesto all'attrice il pagamento di fr. 20'317.55, corrispondente a quanto dovuto per il primo trimestre 2009. In assenza di un qualsiasi pagamento, dopo un richiamo, l'assicuratore, in data 21 marzo 2009, ha diffidato l'attrice a versare quanto dovuto entro il 14 aprile 2009. Il pagamento è avvenuto il 14 luglio 2009 (cfr. risposta di causa).

Nelle ingiunzioni di pagamento figura quanto segue:

" LCA art. 20 e 21: Se il premio non è pagato alla scadenza o entro il termine di rispetto concesso dal contratto, il debitore dev'essere diffidato per iscritto a sue spese e sotto comminatoria delle conseguenze della mora, ad effettuarne il pagamento entro quattordici giorni dall'invio della diffida. Se la diffida rimane senza effetto l'obbligazione dell'assicuratore è sospesa a datare dalla scadenza del termine di diffida. Quando l'assicuratore non abbia richiesto nelle vie legali il premio arretrato entro due mesi dalla scadenza del termine fissato all'articolo 20 della presente legge si ritiene che sia receduto dal contratto e abbia rinunciato al pagamento del premio."

L'attrice afferma che la messa in mora non è avvenuta correttamente perché non specifica le conseguenze legate al mancato pagamento entro il termine indicato.

A torto.

Infatti, l'assicuratore ha ripreso il tenore degli art. 20 e 21 LCA, dove figura che *"se la diffida rimane senza effetto l'obbligazione dell'assicuratore è sospesa a datare dal termine della data della diffida"*.

In concreto tuttavia, contrariamente a quanto ritenuto dall'assicuratore, la sospensione non è continua dal 30 novembre 2008 al 14 luglio 2009. Infatti, con il pagamento del 19 febbraio 2009, la sospensione è cessata, per poi riprendere dal 14 aprile 2009 al 14 luglio 2009.

Ritenuto tuttavia che entrambe le inabilità lavorative sono sorte quando il contratto era sospeso (29 gennaio 2009 e 17 giugno 2009), questa circostanza non è rilevante. Il pagamento successivo dei premi fa infatti rinascere le prestazioni ex nunc esclusi comunque i rischi realizzati (Su questi aspetti si veda V. Brulhart, op.cit., n° 563 Kuhn/Montavon, op.cit., pag. 199; DTF 6 maggio 2002 [5C_258/2001], cfr. anche sentenza 36.2009.174 del 17 febbraio 2011).

L'art. 21 LCA prevede infatti che:

"Quando l'assicuratore non abbia richiesto nelle vie legali il premio arretrato entro due mesi dalla scadenza del termine fissato all'articolo 20 della presente legge si ritiene che sia receduto dal contratto e abbia rinunciato al pagamento del premio. (cpv. 1)

Se l'assicuratore ha richiesto il premio o l'ha accettato più tardi, la sua responsabilità rinasce dal momento in cui il premio arretrato venga pagato con interessi e spese. (cpv. 2)".

Qualora gli effetti del contratto siano sospesi (art. 20 cpv. 3 LCA) e l'assicuratore non intenti una procedura esecutiva nei due mesi che fanno seguito alla scadenza del termine di grazia, v'è la presunzione irrefragabile – che esclude l'apporto della prova del contrario (STF in RUA VIII n. 109, in: CARRÉ, op. cit., pag. 218 ad art. 21 LCA) - che egli voglia recedere dal contratto e quindi che rinunci al pagamento del premio arretrato (TComm. ZH in RUA XIV n. 33, in: CARRON, op. cit., n. 194 pag. 67), fatto comunque salvo quanto prescritto al capoverso 2 dell'art. 21 LCA.

Il contratto, ai termini dell'art. 21 cpv. 1 LCA, si estingue dunque ex nunc e non *ab initio*. Anziché attendere che la presunzione irrefragabile sia effettiva (presunzione di rescissione), l'assicuratore ha la possibilità di dichiarare espressamente che vuole recedere dal contratto. Per far ciò, egli non deve aspettare che sia trascorso il periodo di due mesi, ma può dichiarare la sua volontà immediatamente (KUHN/MONTAVON, op.cit., pag. 199).

Se l'assicuratore recede effettivamente dal contratto, qualunque sia il modo in cui ciò avvenga (per dichiarazione dell'assicuratore o alla scadenza del termine di due mesi), giusta l'art. 21 cpv. 1 LCA egli perde automaticamente ogni diritto a ricevere i premi arretrati ed a rivendicare le prestazioni precedentemente fornite. V'è dunque una finzione della rinuncia da parte dell'assicuratore per il recupero dei premi arretrati (KUHN/MONTAVON, op. cit., pag. 198 e seg.; HASENBÖHLER, op. cit., nn. 4-18 ad art. 21 LCA, pag. 330 segg.).

Se l'assicuratore non ha intenzione di recedere dal contratto può pretendere dal debitore che quest'ultimo dia seguito ai suoi obblighi. Ciò significa che può esigere dall'assicurato l'esecuzione del contratto e quindi il pagamento del premio ormai scaduto. Onde evitare che si crei una situazione di presunzione di rinuncia all'adempimento contrattuale (art. 21 cpv. 1 LCA), il creditore può introdurre al competente ufficio una procedura esecutiva atta a recuperare il premio arretrato. Il creditore deve

agire nel periodo di due mesi che ha fatto seguito alla diffida legale di pagamento. Infatti, se in questo lasso di tempo l'assicuratore non si attiva per recuperare il premio, sussiste la presunzione di rinuncia a recuperare il premio arretrato (TC ZG in RUA XIX n. 30, in: CARRON, op. cit., n. 189 pag. 65).

Se l'assicuratore, trascorso il termine legale di grazia di quattordici giorni, sceglie di ottenere il pagamento del premio - e quindi di non rinunciare al contratto - e concede ancora del tempo all'assicurato prima di procedere con il recupero del premio, il contratto rimane ugualmente sospeso conformemente all'art. 20 cpv. 3 LCA (STF in RUA V n. 124, in: CARRÉ, op. cit., pag. 220 ad art. 21 LCA).

Nell'eventualità in cui la procedura esecutiva abbia avuto esito favorevole o che il creditore abbia accettato più tardi il pagamento del premio arretrato comprese le spese e gli interessi moratori (art. 21 cpv. 2 LCA) - anche se gli ammontari di questi ultimi dovessero essere esigui (DTF 112 II 463) -, gli obblighi dell'assicuratore rinascono dal momento in cui l'importo del premio arretrato è stato interamente pagato (*ex nunc*). Il pagamento non esplica effetti retroattivi a partire da quando gli obblighi dell'assicuratore sono stati sospesi (TD BE in RUA XIII n. 91, in: CARRON, op. cit., n. 196 pag. 67).

Gli obblighi dell'assicuratore rinascono dunque soltanto a condizione che egli abbia accettato più tardi il pagamento del premio scaduto (KUH/MONTAVON, op. cit., pag. 202).

Come indicato in precedenza, se l'assicuratore accetta il pagamento del nuovo premio *prima* che il premio arretrato sia stato soluto, ciò non significa che egli rinunci alla sospensione del contratto. L'assicuratore può prevalersi della sospensione della copertura anche se il precetto esecutivo teso al recupero del premio scaduto è notificato dopo il pagamento del nuovo premio (DTF 103 II 204).

La sospensione della copertura assicurativa si ripercuote sugli obblighi dell'assicuratore, e né la scadenza né il pagamento di un premio susseguente hanno per effetto che la garanzia contrattuale fornita dall'assicuratore torni in vigore (DTF 103 II 204, STF in RUA XIV n. 32, in: CARRON, op. cit., n. 188 pag. 65). Il rapporto d'assicurazione fra l'assicuratore e l'assicurato rinasce soltanto per accordo delle parti (STF in RUA VIII n. 25/109, in: CARRÉ, op. cit., pag. 218 ad art. 21 LCA). Grazie al solo pagamento, l'assicurato non può infatti rimettere unilateralmente

in vigore il contratto: il pagamento va infatti accettato da parte dell'assicuratore (art. 21 cpv. 2 LCA).

Ne segue che, di principio, nel caso di specie il contratto è stato validamente sospeso dal 25 novembre 2008 (cfr. plico doc. 11, data della prima ingiunzione con la comminatoria), fino al 19 febbraio 2009 (pagamento) e dal 14 aprile 2009 (cfr. plico doc. 11) al 14 luglio 2009 (pagamento). Per cui tutte le inabilità lavorative sorte in questi due periodi di sospensione non devono, di massima, essere pagate dall'assicuratore.

Ritenuto inoltre che quest'ultimo ha accettato entrambi i pagamenti dell'attrice, seppure tardivi, la società non ha neppure diritto al rimborso dei premi versati per i periodi di sospensione. Per cui la domanda tendente a condannare l'assicuratore a restituire i premi per il periodo dal 30 novembre 2008 al 14 luglio 2009 va in ogni caso respinta.

2.10. L'attrice accenna alla circostanza che il 29 giugno 2009 l'assicuratore l'ha informata che il contratto presentava un risultato positivo per il periodo dal 1° dicembre 2006 al 31 dicembre 2008 per un importo di fr. 134'493, bonificato senza nessuna deduzione alcuni giorni dopo (doc. M e doc. I pag. 4: "*L'importo è integralmente (dunque senza deduzioni di sorta) bonificato in favore della qui attrice*", sottolineatura del redattore), mentre la convenuta in sede di risposta evidenzia che il diritto alle eccedenze viene stabilito dall'assicuratore decorso il periodo di osservazione ed è erogato se viene raggiunto un determinato risultato positivo e se i premi sono stati interamente saldati. L'assicuratore sottolinea che nel caso di specie in mancanza di pretese reciproche scadute, visto che il premio è finanziato anche dal lavoratore, non ha potuto dar seguito alla richiesta di compensazione della società (doc. V, pag. 10).

2.11. Per l'art. 120 cpv. 1 CO quando due persone sono debentrici l'una verso l'altra di somme di denaro o di altre prestazioni della stessa specie, ciascuna di esse, purché i due crediti siano scaduti, può compensare il proprio debito col proprio credito. A norma dell'art. 120 cpv. 2 CO il debitore può opporre la compensazione sebbene il suo credito sia contestato.

L'art. 122 CO prevede che chi si è obbligato a vantaggio di un terzo non può compensare questo debito con ciò che gli deve l'altra parte.

Per l'art. 124 cpv. 2 CO i due crediti si riterranno allora reciprocamente estinti, per le quantità corrispondenti, al momento stesso in cui divennero a vicenda compensabili.

Va ancora evidenziato che l'art. 17 cpv. 3 LCA prevede che l'assicuratore non ha diritto di compensare i crediti che gli spettano verso lo stipulante coll'indennità dovuta all'assicurato. Rimane ferma la disposizione dell'articolo 18 capoverso 2 della legge per il quale nell'assicurazione per conto altrui l'assicuratore ha diritto di esigere il pagamento del premio anche dall'assicurato, se lo stipulante è divenuto insolubile e non ha peranco ricevuto il premio dall'assicurato.

Infine, la polizza assicurativa, a proposito delle eccedenze, prevede quanto segue:

"(...)

In caso di andamento positivo dell'assicurazione durante un periodo di osservazione di almeno tre anni assicurativi, che devono corrispondere a tre anni civili pieni, la CSS rimborsa al contraente una partecipazione alle eccedenze.

L'eccedenza di un periodo di osservazione è la somma che si ricava dal 70% dei premi, ridotta dei pagamenti per le prestazioni, nonché degli oneri per riserve e accantonamenti. La CSS rimborsa al contraente 60% di questa eccedenza. I premi del periodo di osservazione devono ammontare almeno a CHF 9'000 e devono essere stati pagati. Un'eventuale perdita non viene riportata nel nuovo periodo di osservazione." (sottolineature del redattore)

2.12. In concreto dagli atti emerge che con e-mail del 10 marzo 2009 _____, segretario e direttore con firma individuale dell'attrice, ha scritto a _____ della _____, broker assicurativo della società, chiedendogli di attivarsi presso l'assicuratore per disporre il riversamento delle eccedenze per il periodo 2006-2008 e meglio per compensare lo scoperto dell'ultimo trimestre 2008 con quanto dovuto da CSS (cfr. doc. O).

L'11 marzo 2009 _____, dipendente della convenuta, ha scritto un e-mail a _____ di _____, affermando che "*il cliente non può beneficiare delle partecipazioni alle eccedenze per compensare i premi. Inoltre non possiamo nemmeno anticipare per un singolo cliente il versamento delle partecipazioni*" (doc. P).

Il 29 ottobre 2009 la società ha affermato:

"(...)

3. L'interruzione dei pagamenti come da voi segnalata, si basava sul fatto che a partire dal 1.01.09 la nostra impresa aveva accumulato eccedenze per (a quel momento) ca. fr. 100'000.-- Importo che dopo i conteggi finali è aumentato fino a fr. 136'000.--. E non trovavamo comprensibile dover anticipare dei premi.

Attraverso il nostro broker (_____) abbiamo cercato di trovare una soluzione affinché si potesse compensare almeno una parte dei premi 2009 con queste eccedenze. Questo in quanto eravamo impegnati con il caso _____, i premi in sospeso e l'attesa di un riversamento delle eccedenze che si è prolungato fino al mese di luglio invece della fine di aprile per problemi informatici e amministrativi segnalatici dal vostro personale.

I mesi sono trascorsi velocemente. Quando ci è stato comunicato dalla CSS (10 giugno) che in ogni caso andavano riversati i premi in sospeso per l'ottenimento dei rimborsi e l'incasso delle eccedenze abbiamo proceduto subito al versamento di quanto richiesto.

Ora noi vogliamo regolare quanto prima tutti i premi ancora in sospeso fino al 31.12.09. Se possibile attraverso una compensazione con i casi _____, _____ e lovic. (...)" (doc. 20)

In sede di udienza _____ ha affermato che "*come datore di lavoro in virtù del contratto collettivo riconosco le eccedenze almeno parzialmente ai collaboratori e le porto in deduzione della quota a loro carico del premio IPG*" (doc. XXVIII, pag. 5), mentre _____ ha rilevato che:

"(...)

Per venire all'eccedenza di fr. 132'000.-- circa questo importo è stato riconosciuto. Non è però stato possibile immediatamente versarlo perché era condizionato al pagamento integrale dei premi per i periodi di interesse e rimanevano ancora scoperti i premi dell'ultimo trimestre e del conteggio definitivo a conguaglio.

Ad un altro cliente invece nonostante situazione analoga il pagamento delle eccedenze è avvenuto, il fatto è noto a _____.

La motivazione che mi era nota per il ritardo nel pagamento delle eccedenze era il cambiamento del sistema informatico.

Io posso confermare che ci sono stati casi, pochi, dove in via d'eccezione si è ammessa la compensazione tra premi ed eccedenze.

Da parte mia se ricordo bene ho chiesto ai miei superiori di compensare i premi con le eccedenze. La proposta è stata rifiutata." (doc. XXVIII)

- 2.13. In concreto la compensazione tra l'eccedenza e i premi non ancora soluti va esclusa per quanto concerne il debito

contributivo dell'anno 2008 già per il motivo che la polizza prevede espressamente che il diritto all'eccedenza sorge solo se tutti i premi del corrispondente periodo (in concreto 2006-2008) sono stati pagati. Poiché il debito della Cassa al momento della domanda di compensazione non era ancora scaduto, non avendo la società pagato tutti i premi (in concreto ultimo trimestre 2008 e conguaglio 2008), a giusta ragione l'assicuratore, in applicazione dell'art. 124 cpv. 1 CO, ha rifiutato la compensazione (cfr. e-mail dell'11 marzo 2009, doc. P).

Circa il debito contributivo del primo trimestre 2009, l'assicuratore afferma che il medesimo è stato saldato il 14 luglio 2009 (doc. V, pag. 4) e che dal giorno successivo la sospensione dal pagamento delle prestazioni è stata revocata.

Dagli atti emerge che l'attrice ha soluto l'intero debito contributivo del 2008 (conguaglio) al più tardi in data 17 giugno 2009 (cfr. plico doc. 12 e doc. 26/3), ossia il giorno in cui è iniziata l'inabilità lavorativa di _____ (cfr. doc. 19). Infatti lo stesso giorno l'assicuratore ha scritto alla società affermando:

" con la presente dichiariamo che la vostra rispettabile ditta ha pagato i premi relativi al contratto collettivo per la perdita di salario stipulato con la nostra Assicurazione fino al

31 dicembre 2008 (compreso)" (plico doc. 12)

Ci si potrebbe pertanto chiedere se la sospensione iniziata il 14 aprile 2009 a causa del mancato versamento del premio del primo trimestre 2009 non potrebbe essere terminata al più tardi il 17 giugno 2009 con la possibile compensazione tra l'eccedenza di fr. 134'493 riconosciuta dalla convenuta (ma solo il 29 giugno 2009) e il premio in arretrato di fr. 20'317.55 (poi pagato il 14 luglio 2009, cfr. doc. 26/3).

In concreto dallo scambio di e-mail prodotto dall'attrice si evince infatti che la società aveva chiesto telefonicamente la compensazione tra le eccedenze e i premi e che la convenuta, non essendo dati i presupposti, non l'ha accettata (cfr. doc. P: "*come detto telefonicamente, il cliente non può beneficiare delle partecipazioni alle eccedenze per compensare*").

Va qui evidenziato che Wolfgang Peter, in Basler Kommentar, OR I, 4a edizione, 2007, n. 2 ad art. 124, pag. 723, sostiene che la possibilità di dichiarare la compensazione prima che sorga il diritto è controversa in dottrina ("*Streitig ist, ob die Verrechnungserklärung bereits vor Entstehen der*

Verrechnungsmöglichkeit abgegeben werden kann”) ed evidenzia che mentre Von Tuhr/Escher sono contrari, Eugen Bucher lo ritiene possibile. Quest’ultimo autore, in Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2a edizione, a pag. 432 afferma infatti che *“es scheint nichts entgegenzustehen, eine im voraus (d. h. vor Entstehung der beiden zur Verrechnung stehenden Forderungen) abgegebene Verrechnungserklärung als wirksam zu betrachten, wobei die Wirksamkeit mit dem Gegenübertreten der beiden verrechenbaren Forderung eintritt.”*

Viktor Aepli in: Zürcher Kommentar, Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, art. 114-126 OR, 1991, n. 21 ad art. 124, pag. 284 rileva che la maggior parte della dottrina, di principio, non ritiene possibile una dichiarazione di compensazione anticipata, affermando che:

“Grundsätzlich ausgeschlossen ist eine Verrechnungserklärung zum voraus (so auch Von Tuhr/Escher 205; Rebmann/Säcker N 12 zu § 387; Esser/Schmidt 269; Staudinger/Kaduk N 6 zu § 387, N 5 zu § 388; a. A. Bucher 431). Im Hinblick auf eine erst in Zukunft entstehende Verrechnungsbefugnis kann nicht eine wirksame Verrechnungserklärung abgegeben werden. Sie würde eine Unsicherheit schaffen, die dem Kompensaten schon mit Rücksicht auf die Einseitigkeit der Verrechnung nicht zumutbar ist (ohne weiteres möglich ist aber ein entsprechender Verrechnungsvertrag, vgl. BGE 48 II 254 Nr. 38; zum Verrechnungsvertrag im allgemeinen: Vorb. Zu Art. 120 – 126 N 199 ff.).

Eine Ausnahme wäre denkbar, wenn der Zeitpunkt, in dem die Verrechnungsbefugnis der Erklärenden entstehen wird, bereits konkret feststeht oder vom Kompensaten abhängt. Zu dieser Ausnahme wäre aber ein Dreifaches zu bemerken. a. Voraussetzung müsste sein, dass die Verrechnungserklärung unmissverständlich als vorzeitige erkennbar ist. Andernfalls kann der Kompensat davon ausgehen, der Kompensant halte sich für den Zeitpunkt des Eintreffens der Erklärung zur Verrechnung befugt. Alsdann ist seine Verrechnungsbefugnis auf Zeitpunkt bezogen zu prüfen (fehlt sie, so ist die Verrechnungserklärung unwirksam). b. Der Kompensant wäre an seine vorzeitige Verrechnungserklärung gebunden. Die ihr zugrunde liegenden Obligationen könnten von ihm weder für eine andere Verrechnung verwendet werden noch könnte er seine Schuld durch effektive Erfüllung tilgen, ausser der Kompensat gäbe sein Einverständnis. c. Die vorzeitige Verrechnungserklärung könnte die allfällig bereits bestehende oder doch vor dem massgebenden Zeitpunkt entstehende Verrechnungsbefugnis würde sich unabhängig von der vorzeitigen Verrechnungserklärung des Kompensanten beurteilen. Der Kompensat könnte daher (falls die Voraussetzungen vorliegen) eine der vorzeitigen Verrechnungserklärung zugrunde liegende Obligation vor dem massgebenden Zeitpunkt für eine andere Verrechnung verwenden oder seine Schuld durch effektive Erfüllung tilgen. In beiden Fällen werde die vorzeitige Verrechnungserklärung des Kompensanten gegenstandslos.”

Va ancora evidenziato che con sentenza 4C.212/2006 del 28 settembre 2006 il TF ha rammentato che il debitore deve esprimere chiaramente la sua intenzione di compensare e la dichiarazione di volontà deve permettere al destinatario di comprendere, in funzione delle circostanze, qual è il credito compensato e qual è il credito compensante (sentenza citata, consid. 3.1.1). Se il debitore non precisa quale credito intende compensare la sua dichiarazione è incompleta e, di conseguenza, sprovvista di effetto giuridico (sentenza 4C.174/1999 del 14 luglio 1999 consid. 2b, in Semaine Judiciaire 2000 I pag. 78). Quando una parte invoca la compensazione le incombe di presentare i fatti che permettono di constatare che le condizioni della compensazione sono riunite (sentenza 4C.212/2006 del 28 settembre 2006 consid. 3.1.3).

In concreto questo TCA ritiene che le condizioni della compensazione non siano adempiute.

Innanzitutto in sede di petizione l'attrice ha solo accennato al fatto che il 29 giugno 2009 l'assicuratore l'ha informata che il contratto presentava un risultato positivo per il periodo dal 1° dicembre 2006 al 31 dicembre 2008 per un importo di fr. 134'493, bonificato senza nessuna deduzione alcuni giorni dopo (doc. M e doc. I pag. 4), senza tuttavia sollevare espressamente l'eccezione di compensazione.

In secondo luogo da un e-mail del 10 marzo 2009 di _____ a _____ di _____, emerge che la volontà della società era comunque di compensare i premi dell'ultimo trimestre 2008 (ed eventualmente il conguaglio) con le eccedenze, ciò che come visto in precedenza non era comunque possibile (doc. O: *“Volevo inoltre chiederti di attivarti per disporre con la CSS il riversamento delle eccedenze scaturite dal contratto di perdita di salario in caso di malattia periodo 2006-2007-2008. Resta scoperto l'ultimo trimestre del 2008 che potrebbe venir compensato con una semplice operazione contabile”*). Certo, in un successivo e-mail dell'11 marzo 2009 di _____ ad _____ emerge che le parti hanno discusso anche del debito contributivo del primo trimestre 2009 (doc. P) e nello scritto del 29 ottobre 2009 (doc. 20, consid. 2.12) prodotto dall'assicuratore risulta che l'attrice ha cercato di trovare una soluzione affinché *“si potesse compensare almeno una parte dei premi 2009 con queste eccedenze”* e che *“quando ci è stato comunicato dalla CSS (10 giugno) che in ogni caso andavano riversati i premi in*

sospeso per l'ottenimento dei rimborsi e l'incasso delle eccedenze abbiamo proceduto subito al versamento di quanto richiesto."

Tuttavia nel caso di specie l'attrice, al momento del pagamento del conguaglio del 2008, non ha espresso la sua volontà di compensazione, tant'è che a fine giugno 2009 la convenuta ha versato l'eccedenza senza alcuna deduzione (cfr. petizione, doc. I, pag. 4: "*L'importo è integralmente (dunque senza deduzioni di sorta) bonificato in favore della qui attrice*") e la società, il 14 luglio 2009, ha pagato l'intero premio del primo trimestre 2009 (cfr. doc. 26/3; 14.07.2009: "*versamento PVR*" per il periodo "*01.01.2009*" al "*31.03.2009*", fr. 19'962.75 e fr. 354.80). Per cui una compensazione non sarebbe comunque più possibile.

Non va poi dimenticato che l'attrice era in ritardo nel pagamento di diversi premi (cfr. doc. 26/3), in particolare il conguaglio 2008 e i contributi del primo trimestre 2009, e che la data della "futura" possibile compensazione sarebbe stata aleatoria e sarebbe dipesa unicamente dal volere dell'attrice. Come rileva la dottrina (cfr. in particolare Aepi, op. cit. loc. cit.), in un caso come quello in esame se si ammettesse la possibilità della compensazione futura si creerebbe un'insicurezza giuridica per la convenuta.

Si permetterebbe inoltre al debitore di numerosi contributi in arretrato, sospeso dal pagamento delle prestazioni, di decidere il momento più conveniente per il pagamento del conguaglio al fine di far nascere il diritto alle eccedenze con conseguente compensazione dei premi non ancora soluti e revoca della sospensione.

In queste condizioni, per i motivi suesposti, il TCA ritiene che non vi sia spazio, nel preciso caso di specie, per la compensazione.

- 2.14. Va ora esaminato se l'attrice ha comunque diritto alle prestazioni in virtù del principio della buona fede.

La società sostiene infatti che in passato l'assicuratore ha sempre tollerato dei ritardi nei pagamenti dei premi senza tuttavia mai sospendere realmente il pagamento delle prestazioni.

A proposito della buona fede derivante dall'art. 2 CC, in DTF 130 III 345, al consid. 2, il TF ha rammentato:

"(...)

2.2 Die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen setzt voraus, dass die Beteiligten in eine so genannte "rechtliche Sonderverbindung" zueinander getreten sind, welche erst rechtfertigt, die aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen zu lassen (BGE 120 II 331 E. 5a S. 336). Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. Ein zufälliges und ungewolltes Zusammenprallen, wie es im Regelfall einer auf Fahrlässigkeit gründenden Deliktshaftung eigen ist (BGE 128 III 324 E. 2.2 S. 327; Urteil des Bundesgerichts 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000, E. 3a, publ. in: SJ 2000 I S. 554 f.; KRAMER, a.a.O., N. 141; HANS PETER WALTER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, in: ZSR 120/2001 I S. 97), schafft dagegen keine derartige Sonderverbindung. Die Eigenhaftung eines Erfüllungsgehilfen kommt damit nur in Betracht, wenn er selbst in engen persönlichen Beziehungen zum Kunden seines Auftraggebers stand oder wenn er diesem aufgrund seines gesamten Verhaltens gleichsam persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts bot (Urteil des Bundesgerichts 4C.280/1999 vom 28. Januar 2000, E. 3a, mit Hinweis auf WIEGAND/BERGER, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, in: ZBJV 135/1999 S. 713 f. und 743)."

Con sentenza 4C.421/1999 del 17 febbraio 2000 (cfr. anche Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3a edizione, 2006, n. 43 ad art. 2, pag. 45) il TF ha rammentato:

"4.- Die Beklagte wirft der Klägerin Rechtsmissbrauch vor, weil diese die Ausgestaltung des Vertrages als Auftrag gewünscht und sich darin ausdrücklich verpflichtet habe, sämtliche Sozialabgaben selbst zu übernehmen. Nun verlange sie - über das vereinbarte Entgelt hinaus - von der Beklagten die hälftigen Sozialbeiträge. Ein derartiges widersprüchliches Verhalten halte vor Art. 2 ZGB nicht stand.

Als Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs erfasst Art. 2 Abs. 2 ZGB auch das widersprüchliche Verhalten (venire contra factum proprium). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gibt es allerdings keinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln. Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht würde. (BGE 125 III 257 E. 2; 121 III 350 E. 5b; 115 II 331 E. 5a; 106 II 320 E. 3; Merz, Berner Kommentar, N. 401 f. zu Art. 2 ZGB). Der Vertrauende muss aufgrund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen (BGE 121 III 350 E. 5b). Er lässt etwa rechtserhaltende Fristen verstreichen, unterlässt die Regressnahme auf Dritte weil er mit der eigenen Inanspruchnahme nicht gerechnet hat oder nimmt andere prozessrelevante oder tatsächliche Handlungen vor, die er ohne den vom Partner geschaffenen Vertrauenstatbestand so nicht vorgenommen hätte

(Merz, a.a.O., N. 407 f. zu Art. 2 ZGB; Soergel/Teichmann, N. 317 f., 321 zu § 242 BGB). Derartiges Vertrauen schafft indes derjenige nicht, der sich auf die Ungültigkeit einer Vertragsbestimmung wegen Verstosses gegen zwingendes Recht beruft. Dagegen spricht bereits, dass die widerrechtliche Klausel nicht rechtsbeständig ist, vielmehr ex tunc unheilbar unwirksam ist und die Nichtigkeitsfolge - ungeachtet allfälliger Parteienträge - amtswegige Beachtung erheischt (vgl. Kramer, Berner Kommentar, N. 308 f., 316 zu Art. 19-20 OR). Wie das Obergericht zutreffend erkannt hat, kann deshalb nichts darauf ankommen, wer die betreffende Ausgestaltung des Vertrages gewollt hat und von wem die konkrete Formulierung ausgegangen ist. Die Missbrauchseinrede ist damit unbegründet." (sottolineature del redattore)

Va ancora evidenziato che, nell'ambito delle assicurazioni sociali, con sentenza 9C_918/2007 del 14 gennaio 2009, il TF ha affermato:

" 3.3 Secondo giurisprudenza, una cassa malati che si assume - per sbaglio (come lo pretende nel caso di specie Y) e per un certo periodo (tre mesi essendo già stati ritenuti sufficienti [RAMI 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5c]) - delle prestazioni (ad es. un medicinale o un trattamento medico) senza esservi tenuta, fa nascere nell'assicurato l'aspettativa che queste continueranno ad essergli assegnate anche in futuro. In questo caso, la cassa non può interrompere l'assunzione delle prestazioni accordate a torto se l'assicurato, che non era a conoscenza dell'errore e nemmeno doveva esserlo, fondandosi sul comportamento della cassa ha preso delle disposizioni non reversibili senza pregiudizio (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni K 25/02 del 23 settembre 2002, in RAMI 2002 no. KV 230 pag. 473 consid. 5.2.1 e 5.2.2; 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5b con riferimenti; cfr. pure sentenza K 44/03 del 19 novembre 2004, in SVR 2006 no. KV 6 pag. 13, consid. 5.2). In siffatta evenienza, la buona fede dell'assicurato deve essere tutelata e allo stesso deve essere assegnato il tempo necessario per adattare e modificare le proprie disposizioni. Il che significa che una modifica della prassi della cassa malati può avvenire solo pro futuro (ex nunc), ma non con effetto retroattivo (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni K 19/79 del 22 gennaio 1980, in RJAM 1980 no. 414 pag. 150; cfr. pure sentenze del Tribunale federale delle assicurazioni K 107/05 del 25 ottobre 2005, consid. 3.4.1, e K 141/01 del 18 giugno 2003, in SVR 2003 KV n. 27 pag. 103, consid. 6.2).

Per contro, la presente Corte ha rilevato che nel caso in cui una cassa malati ha assunto per inavvertenza un trattamento medico, il diritto ad ottenere il rimborso di un trattamento identico reso necessario circa un anno dopo in seguito a una ricaduta della malattia dev'essere negato, l'assunzione del primo trattamento essendo da considerare isolato e non costituendo una prassi costante della cassa di natura tale da giustificare il diritto alla tutela della buona fede (RAMI 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5b con riferimenti)."

- 2.15. Nel caso di specie il teste _____, collaboratore di CSS e da inizio 2011 attivo presso un altro gruppo assicurativo, ha affermato che "*da parte mia vengo solo marginalmente informato*

della evoluzione dei pagamenti ma poi sono stati soprattutto i rappresentanti della **XXX** che si sono avvicinati a me per segnalarmi queste difficoltà, come appare dai e-mail e successivamente c'è stato un "buco" nell'interessamento perché sia io sia **XXX** che i suoi rappr. eravamo convinti che tutto si sarebbe risolto. Ricordo che ciò è avvenuto verso la fine del 2008 e salvo errore i premi erano quelli dell'ultimo trimestre 2008". Da parte sua _____, direttore con firma individuale della ditta **XXX**, sentito come parte, ha tra l'altro affermato che "quando il premio in precedenza era il 2% veniva pagato senza difficoltà, quando invece è notevolmente aumentato abbiamo avuto ritardi perché abbiamo raggiunto importi fino a fr. 140'000.- di premi annui. In quel periodo sono giunti richiami, ingiunzioni, diffide e nonostante questo le prestazioni venivano comunque pagate, quindi le indennità versate. Quando giungevano queste ingiunzioni o diffide avveniva un contatto, partivo io a verificare la situazione con la mia collaboratrice d'ufficio e poi mi appoggiavo su _____ e sistematicamente le prestazioni venivano riconosciute e veniva concordato un piano di rientro. Non so quantificarle in quanto a numero queste situazioni ma dal 30 al 50% delle volte in quel periodo storico avevamo questi ritardi e intervenivano questi richiami solleciti ingiunzioni. Capitava versassimo degli acconti sui premi e saldavamo poi il tutto in epoca successiva. Per il tramite di _____ veniva quindi concordato sostanzialmente un versamento rateale del premio ciò che noi facevamo in ditta, dandone poi comunicazione sia ad _____ che a CSS."

_____, partner di _____, citato seduta stante nonostante le obiezioni della rappresentante dell'assicuratore che ha ritenuto non doveroso procedere alla sua audizione siccome ha sentito quanto discusso ed è stato influenzato dalla discussione di causa, ha affermato che "ci sono stati questi ritardi nei pagamenti e ciò è capitato anche in concomitanza con casi aperti di inabilità lavorativa. Sono stati casi comunque dove l'assicuratore non ha mai rifiutato il pagamento anche se vi era una sospensione della copertura ma comunque onorato le sue prestazioni dicendo "non avremmo dovuto ma". Devo dire che in generale nell'ambito della mia attività ho riscontrato questo modo di agire frequentemente ossia con i clienti comunque pagatori, ancorché in ritardo, le Compagnie si dimostravano tolleranti ed onoravano i casi aperti. Ribadisco che anche se la **XXX** era fuori copertura i sinistri venivano onorati lo stesso perché comunque **XXX** pagava."

Chiamato dal Giudice a produrre tutte le situazioni in cui è intervenuto a pagare le indennità per perdita di guadagno in caso di sospensione e ciò possibilmente dal 2003, l'assicuratore ha evidenziato, in sede di udienza, che con il nuovo sistema informatico è verosimilmente difficile verificare la circostanza della sospensione.

Il 7 febbraio 2011 la convenuta ha informato il TCA che *“purtroppo siamo in grado di fornirvi solo informazioni parziali”* e che per *“il periodo precedente al 2008 non possiamo darvi informazioni precise. Ciò è da ricondurre al fatto che dal maggio 2008 disponiamo di un nuovo sistema informatico, che non riprende nella totalità la documentazione trasmessa alla ditta e fornisce solo informazioni parziali in merito a tale periodo”* (doc. XXXII). L'assicuratore, dopo aver descritto il contenuto delle stampe delle “schermate” del computer ha aggiunto che *“i periodi di sospensione delle prestazioni prima del maggio 2008 non possono venir dimostrati, ma solo ipotizzati, partendo dal presupposto che la lettera di diffida viene di regola inviata immediatamente decorso il termine di richiamo e che la sospensione viene di regola introdotta ca. 15 giorni decorso il termine di diffida. Non è di conseguenza possibile stabilire con precisione quali casi sono stati assunti durante la sospensione per mora, precedentemente al periodo indicato.”*

- 2.16. In concreto, a prescindere dalla circostanza che in passato la convenuta abbia o meno tollerato alcuni ritardi nel pagamento dei premi concedendo dilazioni ed abbia o meno versato prestazioni in costanza di sospensione delle medesime, le condizioni per riconoscere la buona fede dell'attrice non sono comunque adempite.

La società, tenuta contrattualmente a versare puntualmente i premi assicurativi, non è infatti stata indotta, dall'attitudine dell'assicuratore, ad adottare un comportamento (od un'omissione) a lei pregiudizievole.

In particolare l'attrice non comprova di aver preso disposizioni irreversibili fondandosi sull'atteggiamento della convenuta e nemmeno può sostenere di non essere stata cosciente che il tardivo pagamento dei premi avrebbe prima o poi comportato spiacevoli conseguenze (cfr. DTF 121 III 350 consid. 5b e sentenza 9C_918/2007 del 14 gennaio 2009).

Ne segue che già solo per questo motivo il principio della buona fede non può trovare applicazione.

- 2.17. Abbondanzialmente va pure evidenziato che l'attrice non ha prodotto certificati medici che comprovano i relativi periodi d'incapacità lavorativa e l'assicuratore, in sede di risposta, li contesta (cfr. doc. V pag. 9 punto 3.5: "*Non è quindi necessario esaminare ulteriormente se l'inabilità sia stata dettata da malattia nella misura annunciata per il periodo indicato dall'attrice*").
- 2.18. Questo Tribunale rinuncia infine all'assunzione di ulteriori prove ed in particolare all'audizione di _____ e _____, entrambi dipendenti della _____, ritenuto che gli accertamenti effettuati sono sufficienti per decidere nel merito della petizione.

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).

- 2.19. Il valore di causa è rappresentato dalla pretesa di versamento di indennità giornaliera per complessivi fr. 53'889.10. L'importo di fr. 30'000 per poter inoltrare un ricorso in materia civile al Tribunale federale in funzione del valore litigioso è raggiunto (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF).

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

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. Comunicazione alle parti ed alla FINMA, 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.

4. 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