

Raccomandata

Incarto n.
36.2014.105

Lugano
12 febbraio 2015

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: Gianluca Menghetti

statuendo sulla petizione del 24 novembre 2014 di

AT 1

contro

CV 1

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto, **in fatto**

- 1.1. _____, nato nel 1962, ha sottoscritto, il 6 ottobre 2011, con effetto dal 1° novembre 2011, presso CV 1 (di seguito: CV 1), per lui e sua moglie, AT 1, nata nel 1965, un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di ricovero in ospedale con la formula "coppia/coniugi". La copertura assicurativa, retta dalla LCA, prevede il pagamento di un importo di fr. 250 al giorno a partire dal 3° giorno

di degenza ospedaliera (doc. 7).

1.2. Dal 9 dicembre 2013 al 3 febbraio 2014 AT 1 è stata degente presso la Clinica _____ a causa di patologie psichiche (disturbi dell'adattamento, ICD-10 GM F: 43.2; disturbo somatoforme indifferenziato, ICD-10 GM: F 45.1; altri problemi connessi alla cerchia relazionale ristretta, compreso l'ambiente familiare, ICD-10 GM: Z 63; problemi legati all'abitazione e alle condizioni economiche, ICD-10 GM: Z 59; problemi legati all'alfabetizzazione ed all'educazione, ICD-10 GM: Z 55). Essa era inoltre affetta da alcune malattie somatiche, e meglio: sindrome spondilogenica, discopatia degenerativa a livello L4-L5, L5-S1 e cefalea cronica (doc. 6).

In seguito alla dimissione dal nosocomio l'interessata ha chiesto all'assicuratore il versamento delle indennità pattuite.

1.3. Con scritti del 24 febbraio 2014 (doc. A) e del 20 marzo 2014 (doc. H), CV 1 ha rifiutato di versare le prestazioni richieste poiché la dichiarazione di degenza ospedaliera non è stata trasmessa entro il termine di 30 giorni dal ricovero come previsto dall'art. _____.

1.4. Il 25 marzo 2014, AT 1 ha inoltrato una petizione al TCA, tramite la quale ha domandato di condannare l'assicuratore al versamento di un importo complessivo di fr. 14'000 (fr. 250 x 56 giorni).

1.5. Dopo aver eseguito alcuni accertamenti il TCA ha convocato l'attrice al fine di comunicarle che l'assicuratore, a dipendenza dell'esito della causa, avrebbe potuto chiederle la restituzione di prestazioni già versate (fr. 6'500) per un successivo ricovero avvenuto dal 24 aprile 2014 al 20 maggio 2014 e le ha assegnato un termine per determinarsi in merito e per eventualmente ritirare l'azione (doc. XXVIII, inc. 36.2014.27).

1.6. Il 24 novembre 2014 AT 1 ha mantenuto la petizione, rilevando che il 17 novembre 2014 CV 1 ha annullato il contratto in oggetto in applicazione dell'art. 9 LCA e che *"la presente"* vale *"quale formale petizione di ricorso"* (doc. I).

1.7. Con sentenza del 27 novembre 2014 (inc. 36.2014.27), cresciuta incontestata in giudicato, il TCA ha respinto la petizione inoltrata il 25 marzo 2014, affermando tra l'altro:

" (...)

Non vi è pertanto dubbio alcuno che l'interessata, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all'esperienza medica, a ricadute (*"Dal 2004 ad oggi vi sono state esacerbazioni sintomatologiche che hanno richiesto alcuni ricoveri psichiatrici, inoltre durante i periodi intercritici non vi è stata una completa restitutio ad integrum della funzionalità globale"*), e che il rischio assicurato si era già realizzato prima della conclusione del contratto. Del resto, a comprova della ciclicità della patologia, vi è pure la circostanza che l'interessata ha inoltrato, ad oggi, numerose richieste di rendite AI (*"attualmente riferisce di aver fatto nuovamente richiesta AI, infatti dopo il terzo ricorso, la domanda è nuovamente in valutazione"*), proprio a causa delle patologie psichiche di cui soffre (dalla perizia SAM emerge proprio un disturbo somatoforme in personalità ipoevoluta con

problemi di adattamento ed il dr. med. _____ già il 16 febbraio 2005 aveva diagnosticato una sindrome fibromialgica, depressione, sindrome da disadattamento; cfr. doc. XVII).

Come visto, se l'assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all'esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili. Una malattia che si è già dichiarata, non può essere assicurata se delle ricadute ulteriori appaiono come un'evoluzione normale (DTF 127 III 21 consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004).

Ne segue che, per la degenza dal 9 dicembre 2013 al 3 febbraio 2014, l'attrice non può rivendicare alcunché all'assicuratore.

All'interessata non può essere d'aiuto la circostanza secondo cui per l'art. _____ durante i primi due anni assicurativi non possono essere erogate prestazioni per ricoveri ospedalieri dovuti a postumi d'infortunio o di malattie che si sono verificate o sono state sottoposte a trattamento medico negli ultimi due anni precedenti l'inizio del contratto, rispettivamente dell'assicurazione (art. _____) e secondo cui per l'art. _____ allo scadere del differimento della durata di due anni saranno poi invece erogate le prestazioni contrattuali previste in caso di ricovero ospedaliero conseguente ad eventuali precedenti malattie o infortuni.

Infatti, in ogni caso, l'art. 9 LCA, ai sensi dell'art. 97 cpv. 1 LCA è una norma imperativa cui non può essere derogato. Ne segue che eventuali disposizioni prese dalle parti e che sono contrarie all'art. 9 LCA non hanno alcun valore.

Per quanto concerne la questione sollevata dall'attrice secondo cui l'assicuratore avrebbe conosciuto la sua situazione valetudinaria avendo indicato nella proposta d'assicurazione di essere invalida e di non essere stata personalmente informata di tutte le condizioni del contratto, essendo analfabeta, va evidenziato che lo stato di salute indicato nel formulario di proposta concerneva il marito, poiché è stato quest'ultimo ad aver concluso e stipulato la convenzione con l'assicuratore (cfr. doc. 7), mentre lo stato valetudinario della moglie non vi figura (doc. 7). Del resto, oggetto del contendere è solo la degenza dal 9 dicembre 2013 al 3 febbraio 2014 per le note patologie psichiatriche e non eventuali ricoveri dovuti ad altre malattie.

In queste condizioni l'interessata non ha diritto a prestazioni per degenza ospedaliera per il caso in esame (DTF 127 III 21 e DTF 136 III 334)."

- 1.8. Chiamata a presentare la risposta di causa sulla nuova petizione del 24 novembre 2014, l'assicuratore ne ha chiesto la reiezione, chiedendo contestualmente la restituzione dell'importo di fr. 6'500 relativo alla degenza dell'assicurata dal 24 aprile 2014 al 20 maggio 2014, dopo deduzione dei premi da restituire all'attrice pari a fr. 2'744, per un ammontare a saldo dell'assicuratore di fr. 3'805 (doc. VIII).

in diritto

in ordine

- 2.1. Oggetto del contendere è l'annullamento del contratto di assicurazione d'indennità giornaliera in caso di ricovero in ospedale con la formula "*coppia/coniugi*", in vigore dal 1° novembre 2011, per quanto concerne l'attrice.
- 2.2. L'assicuratore ribadisce, come nella precedente causa, che la

competenza per decidere nel merito della petizione in esame non è del TCA, ma del Giudice civile.

Per i medesimi motivi già indicati nella sentenza 36.2014.27 del 27 novembre 2014, e ripresi qui di seguito (cfr. consid. 2.3), questo Tribunale si ritiene competente.

2.3. 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).

Ai sensi dell'art. 12 cpv. 2 LAMal le casse malati possono offrire, oltre all'assicurazione sociale malattie ai sensi della presente legge, assicurazioni complementari; secondo le condizioni e nei limiti massimi determinati dal Consiglio federale possono pure esercitare altri rami d'assicurazione.

A norma dell'art. 13 OAMal le casse possono esercitare le assicurazioni complementari previste nell'articolo 12 capoverso 2 della legge se ne sono state autorizzate dal Dipartimento federale di giustizia e polizia.

Per l'art. 14 OAMal gli altri rami d'assicurazione ai sensi dell'art. 12 capoverso 2 della legge sono: indennità in caso di morte di 6000 franchi al massimo (lett. a), indennità in caso di morte in seguito a infortunio di 6000 franchi al massimo (lett. b), indennità in caso d'invalidità in seguito a malattia e infortunio di 6000 franchi al massimo cadauna (lett. c), indennità in caso d'invalidità in seguito a paralisi di 70000 franchi al massimo.

Secondo l'art. 85 cpv. 1 della legge federale sulla sorveglianza delle imprese d'assicurazione del 17 dicembre 2004 (LSA), il giudice decide le controversie di diritto privato che sorgono fra le imprese di assicurazione o fra queste e gli assicurati.

Per l'art. 7 CPC i Cantoni possono designare un tribunale competente a decidere, in istanza cantonale unica, le controversie derivanti da assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie secondo la legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie.

Il Canton Ticino prevede all'art. 75 LCAMal che le contestazioni degli assicuratori tra loro, con i loro membri o con terzi concernenti le assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie o altri rami d'assicurazione, praticati da assicuratori autorizzati all'esercizio ai sensi della LAMal e delle relative Ordinanze, sono decise dal Tribunale cantonale delle assicurazioni.

In concreto la causa concerne una vertenza relativa ad un contratto di *"indennità giornaliera ospedaliera"* retta dalla LCA.

In caso di degenza ospedaliera l'assicuratore versa un'indennità giornaliera ai sensi dell'art. 7. Le prestazioni non sono a destinazione vincolata e vengono versate direttamente alla persona assicurata, a prescindere da altre prestazioni assicurative.

Con sentenza 36.2004.85 del 21 marzo 2005, in un caso relativo ad un contratto di indennità giornaliera in caso di malattia retta dalla LCA, il TCA ha già avuto modo di stabilire che lo scopo dell'art. 75 LCAMal voluto dal legislatore è quello di permettere al cittadino, per ragioni di chiarezza e trasparenza e per evitare confusioni ed incertezze, di adire lo stesso giudice (nel caso di specie: il TCA) quando i due rami dell'assicurazione (sociale e privata) sono praticati dallo stesso assicuratore.

Attribuendo al TCA la competenza di giudicare anche nel merito delle cause nelle quali si applica il diritto privato (in particolare la LCA), si vuole conferire *“ad un'unica istanza la competenza di giudizio in ogni settore dell'assicurazione contro le malattie”*.

Questa norma prevede che il TCA può essere adito per le contestazioni relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie se praticate da assicuratori autorizzati all'esercizio ai sensi della LAMal. In particolare a questo Tribunale sono attribuite le cause contro gli assicuratori sociali *“tradizionali”* che offrono anche le assicurazioni complementari, indipendentemente dalla forma giuridica scelta per gestire le assicurazioni private.

In concreto _____ è il soggetto di diritto per l'assicurazione di base (LAMal), è un assicuratore sociale autorizzato all'esercizio ai sensi della LAMal e figura in quanto tale nell'elenco degli assicuratori malattie autorizzati pubblicato dall'UFSP. CV 1 è invece il soggetto di diritto per le assicurazioni complementari ed offre, in generale, le assicurazioni complementari alle assicurazioni LAMal.

La prestazione in oggetto viene di principio versata in caso di degenza ospedaliera (cfr. art. _____), ossia una fattispecie che, di norma, apre il diritto anche a prestazioni derivanti dalla LAMal.

La convenuta, con riferimento ad un articolo di dottrina (Sara Lehner, *Zum Begriff <<Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung>> im Sinne der Schweizerischen ZPO*, in BJM, pag. 169 e seguenti), nell'inc. 36.2014.27 ha fatto valere un'interpretazione restrittiva della nozione di assicurazione complementare alla LAMal ed ha sostenuto che il TCA non è competente a decidere nel merito della petizione.

A torto.

La medesima autrice, che ritiene le assicurazioni di capitale che prevedono il versamento di una determinata somma in caso di invalidità o morte derivanti da malattia o infortunio e le assicurazioni complementari di indennità giornaliera, quali assicurazioni che dovrebbero esulare dalla competenza dei Tribunali delle assicurazioni, non trattandosi, secondo lei, di assicurazioni complementari ad un'assicurazione sociale (op. cit., pag. 185, cfr. anche pag. 188: *“Entgegen der bundesgerichtlichen und kantonalen*

Rechtsprechung sind kollektive Krankentaggeldversicherungen m.E. nicht als Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung zu qualifizieren. Auch wenn man kollektive Versicherungen unter den Begriff fassen wollte, so sind doch bei der Krankentaggeldversicherung, welche vom Arbeitgeber abgeschlossen wird, die Verknüpfungen mit dem Arbeitsrecht intensiver als diejenigen mit der Krankenpflegeversicherung“), rileva che l'esame delle recenti sentenze federali mostra che il TF non intende modificare la sua giurisprudenza dopo l'entrata in vigore del nuovo CPC. L'interpretazione relativa all'iter dell'adozione dell'art. 7 CPC (che è stato voluto dal parlamento, allorché il Consiglio federale non l'aveva previsto nel proprio progetto) tende semmai a sostenere che il legislatore voleva permettere ai Cantoni di mantenere le proprie competenze („*bisherigen <<acquis>>*“; op. cit. pag. 190). L'autrice conclude affermando che sarebbe sorprendente se con l'entrata in vigore del CPC la cerchia delle assicurazioni qualificate di “complementari” fosse interpretata più restrittivamente.

A questo proposito l'art. 7 CPC, che non era previsto nel progetto del Consiglio federale concernente il Codice di diritto processuale svizzero (FF 2006 pag. 6593 e seguenti), è stato adottato dal Parlamento federale dopo numerose discussioni relative al principio della doppia istanza previsto dall'art. 75 cpv. 2 LTF (Lehner, op. cit., pag. 173/174). La nozione di assicurazione complementare alle assicurazioni sociali non è invece stata dibattuta (Lehner, op. cit., pag. 173/174).

Il legislatore federale ha voluto mantenere le competenze cantonali, al fine di continuare a permettere il coordinamento delle procedure derivanti dalle assicurazioni complementari alla LAMal e dalla LAMal stessa (Lehner, op. cit., pag. 174). Tramite la conferma della possibilità di prevedere una competenza unica per i due tipi di assicurazione che si completano a vicenda, si vuole facilitare l'accesso alla giustizia.

Dal Messaggio del Consiglio federale del 28 giugno 2006 concernente il Codice di diritto processuale svizzero (FF 2006, pag. 6593 e seguenti) e dai successivi lavori parlamentari non emerge, in altre parole, che il legislatore abbia inteso modificare la competenza cantonale in questo ambito. Piuttosto, l'introduzione, in particolare, dell'art. 7 CPC deve permettere ai Cantoni di mantenere le specificità circa il trattamento delle assicurazioni complementari alle assicurazioni sociali (cfr. anche Lehner, op. cit., pag. 174/175).

Questo TCA non ha di conseguenza alcun motivo per scostarsi dalla giurisprudenza cantonale valida prima dell'entrata in vigore del CPC il 1° gennaio 2011 (cfr. in particolare sentenza 36.2004.85 del 21 marzo 2005). In concreto la vertenza concerne un'assicurazione complementare proposta da un assicuratore che esercita anche l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie e l'assicurazione in oggetto copre i costi di degenza ospedaliera in caso di malattia.

Per cui, anche se si tratta di un'assicurazione di somma, il TCA è competente (cfr. per un caso in cui questo Tribunale, recentemente, è entrato nel merito di una causa di indennità giornaliera di somma [capitale fisso] retta dalla LCA: inc. 36.2013.54 del 26 febbraio

2014).

In queste condizioni questo Tribunale può entrare nel merito della petizione inoltrata dall'attrice.

Nel merito

2.4. Nel caso di specie il marito dell'attrice ha concluso, per sé stesso e per sua moglie, _____, _____.

Ai sensi dell'art. _____ viene definita degenza ospedaliera qualsiasi degenza di almeno 24 ore in uno stabilimento di cura. Se una persona assicurata viene dimessa ufficialmente dall'ospedale per rientrarvi dopo esservi stato assente per almeno 24 ore, le due degenze vengono considerate separatamente.

Sono considerati stabilimenti di cura gli ospedali e le cliniche riconosciute dallo Stato, con una sorveglianza garantita 24 ore su 24 da parte di medici con diploma federale e personale medico specializzato, nonché dotate dei principali strumenti e dell'attrezzatura tecnica necessari per emettere una diagnosi e per effettuare interventi chirurgici. Sono equiparate agli ospedali e alle cliniche le cliniche di riabilitazione e di maternità a condizione che dispongano di un'assistenza medica. Non vengono considerate alla stregua di stabilimenti di cura le case di riposo, le residenze per la terza età e le case di cura per malati cronici, nonché gli stabilimenti termali.

Per l'art. _____ se si sceglie la formula <<persona singola>>, a beneficiare della copertura assicurata è solo la persona assicurata. Se si opta per la formula <<coppia/coniugi>>, la copertura contrattuale si estende al coniuge, al/alla partner registrato/a o al/alla convivente. Il/la convivente deve tuttavia vivere nella stessa economica domestica (...). Sulla polizza è indicata la formula scelta.

Secondo l'art. _____ in caso di degenza ospedaliera l'assicuratore versa un'indennità giornaliera ai sensi dell'art. _____. Le prestazioni non sono a destinazione vincolata e vengono versate direttamente alla persona assicurata, a prescindere da altre prestazioni assicurative. In caso di parto, invece dell'indennità giornaliera è corrisposto un forfait pari alla somma di cui all'art. _____. Questa prestazione è versata per ogni degenza ospedaliera dovuta a parto.

La variante _____, scelta dal marito dell'attrice, prevede, ai sensi dell'art. _____, il versamento di un'indennità giornaliera di fr. 250.

Secondo l'art. _____, il diritto alle prestazioni inizia il 3° giorno della degenza ospedaliera. Per l'art. _____ in caso di degenza ospedaliera a seguito di infortunio o di degenza nel reparto di cure intensive o di rianimazione, in linea di massima il diritto alle prestazioni inizia il primo giorno della degenza.

L'art. _____ prevede che il diritto alle prestazioni sussiste durante una degenza ospedaliera dovuta a

ragioni mediche. La durata massima per ogni caso è tuttavia la seguente: - 48 mesi al massimo per singola degenza in stabilimenti di cura; - 2 mesi al massimo per singola degenza e al massimo per 6 mesi nel corso di un anno in cliniche di riabilitazione e cliniche psichiatriche oppure reparti psichiatrici in ospedale.

A norma dell'art. _____ per far valere il diritto alle prestazioni, la persona assicurata è tenuta ad inoltrare la dichiarazione di degenza ospedaliera al più tardi entro 30 giorni dal ricovero. Se il differimento non è rispettato per colpa della persona assicurata, l'assicuratore non è in obbligo di prendere a carico le prestazioni. Se lo ritiene necessario, l'assicuratore è autorizzato a richiedere o a procurarsi direttamente ulteriori informazioni o prove per determinare il diritto alle prestazioni. Su richiesta dell'assicuratore, la persona assicurata è tenuta a sottoporsi ad una visita medica effettuata dal medico di fiducia. La persona assicurata o il suo rappresentante legale è tenuta ad esonerare dal segreto professionale tutti i medici e le autorità.

Per l'art. _____ durante i primi due anni assicurativi non possono essere erogate prestazioni per ricoveri ospedalieri dovuti a postumi d'infortunio o di malattie che si sono verificate o sono state sottoposte a trattamento medico negli ultimi due anni precedenti l'inizio del contratto, rispettivamente dell'assicurazione (art. 5). A norma dell'art. _____ allo scadere del differimento della durata di due anni saranno poi invece erogate le prestazioni contrattuali previste in caso di ricovero ospedaliero conseguente ad eventuali precedenti malattie o infortuni.

- 2.5. 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).

2.6. Per quanto concerne le condizioni generali (di seguito: CGA), va ancora rilevato che esse 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 é, 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 é 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 Privatrecht, 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.

- 2.7. Nel caso di specie con lettera del 17 novembre 2014 la convenuta ha constatato la nullità del contratto in esame in applicazione dell'art. 9 LCA, affermando che l'attrice soffre di depressione e di una sindrome fibromialgica e quindi "*l'evento temuto che sarebbe dovuto essere assicurato è già avvenuto*" (doc. A).

L'assicuratore ha annullato retroattivamente il contratto con effetto al 1° novembre 2011, mantenendo in essere solo la copertura assicurativa per il marito (doc. A).

Con la petizione l'attrice chiede in sostanza il mantenimento del contratto.

- 2.8. Per l'art. 9 LCA, riservati i casi di cui all'articolo 100 capoverso 2, il contratto di assicurazione è nullo se, al momento in cui fu concluso, il rischio era già scomparso o il sinistro già accaduto.

Per l'art. 97 cpv. 1 LCA (prescrizioni inderogabili) non si possono modificare mediante convenzione, tra gli altri, l'art. 9.

In una sentenza del 19 ottobre 2000, pubblicata in DTF 127 III 21, il TF ha stabilito che giusta l'art. 9 LCA i sinistri già accaduti non possono, in linea di principio, essere assicurati (cosiddetto divieto dell'assicurazione retroattiva). Se l'assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in

base all'esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili.

In quell'occasione l'Alta Corte ha evidenziato che il riprodursi di sintomi di una malattia soggetta a ricadute giuridicamente non può essere assimilata ad una nuova malattia o ad un sinistro parziale, ma ad una continuazione di una patologia già presente, e meglio alla realizzazione di un rischio già accaduto ai sensi dell'art. 9 LCA (*“Daraus folgt aber, dass das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit juristisch nicht als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen ist, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG”*).

In DTF 136 III 334 (sentenza 4A_163/2010 del 2 luglio 2010) il TF, al consid. 3, ha precisato che per sinistro, si intende la realizzazione del rischio assicurato; il sinistro è il realizzarsi dell'avvenimento paventato a causa del quale il contratto è stato concluso.

L'Alta Corte ha rammentato che in applicazione dell'art. 9 LCA il contratto è nullo se il rischio contro il quale ci si vuole assicurare è già sopraggiunto al momento della conclusione del contratto (cfr. anche sentenza 8C_324/2007 del 12 febbraio 2008). L'art. 9 LCA non deve essere confuso con la reticenza; questo disposto rende il contratto nullo anche se le parti non sapevano che, al momento della conclusione, il sinistro era già realizzato (DTF 127 III 21, consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004 del 9 luglio 2004, consid. 2.1.2). Nel caso in cui un sinistro parziale è già accaduto, è possibile assicurarsi contro la parte di rischio non ancora realizzata se la sua realizzazione è aleatoria (DTF 127 III 21, consid. 2b/aa; sentenza B 101/02 del 22 agosto 2003 consid. 4.5). Se una malattia si è già dichiarata, non è possibile assicurarla, anche se non si manifesta più al momento della conclusione del contratto, se delle ricadute ulteriori appaiono come un'evoluzione normale (in DTF 127 III 21 consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004 il TF ha affermato: „[...] Ist eine Krankheit im Sinne dieser Definition bei Vertragsschluss bereits ausgebrochen, so ist die Versicherung gegen ihre Folgen nach Art. 9 VVG ausgeschlossen, unbekümmert darum, ob sie noch andauert (vgl. BGE 118 V 158 E. 5c S. 169) [...]”).

Nel caso giudicato dal TF il rischio assicurato era l'incapacità di guadagno dovuta ad una malattia o ad un infortunio. Dalle costatazioni delle autorità cantonali non era emerso che l'assicurato era stato incapace al guadagno a causa del suo disturbo ossessionale compulsivo prima della conclusione del contratto. Il rischio assicurato non si era pertanto mai realizzato prima della conclusione del contratto.

Secondo le costatazioni cantonali il disturbo ossessionale compulsivo non era stato diagnosticato al momento della conclusione del contratto, la sua evoluzione verso un'incapacità di lavoro era incerta e l'assicurato ignorava tutto della sua patologia. Non si era in un caso in cui, al momento della conclusione del contratto d'assicurazione, era già sicuro che il rischio si sarebbe realizzato. L'Alta Corte ha evidenziato che la cassa ha concluso un contratto con un assicurato che, per ragioni inerenti alla sua

persona, ma sconosciute ad entrambe le parti, costituiva un cattivo rischio. Non si tratta di circostanze che permettono all'assicuratore di liberarsi dai suoi obblighi contrattuali, poiché ruolo dell'assicuratore è quello di assumersi i rischi, operando una sorta di compensazione tra casi buoni e casi meno buoni.

- 2.9. Nel caso di specie, come accertato nella sentenza 36.2014.27 del 27 novembre 2014, cresciuta incontestata in giudicato, l'attrice, già prima della conclusione del contratto soffriva di numerose patologie psichiatriche che avevano reso necessario cure e ricoveri.

In particolare, nel rapporto di dimissione del 6 maggio 2014 della _____, redatto dalla dr.ssa med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia e dal dr. med. _____, medico assistente, figura che l'attrice è stata ricoverata per un quadro psicopatologico caratterizzato da deflessione timica, insonnia ed aumento della tensione endopsichica reattivo a dinamiche conflittuali con il marito, noto in clinica per patologie psichiatriche e che sono presenti anche problematiche di natura economica (cfr. incarto 36.2014.27).

I medici del nosocomio _____ hanno attestato che *“l'esordio psicopatologico viene proprio collocato nel 2004 in seguito all'infortunio sul lavoro. Da allora lamenta algie diffuse a livello della gamba sinistra e al rachide cervicale, cefalee verosimilmente di origine muscolo tensiva, peraltro la sintomatologia algica non le permette, a suo dire, di effettuare i normali lavori domestici. Ha ripreso dal 2006 al 2008, periodo in cui ha terminato definitivamente le attività lavorative. Dal 2004 ad oggi vi sono state esacerbazioni sintomatologiche che hanno richiesto alcuni ricoveri psichiatrici, inoltre durante i periodi intercritici non vi è stata una completa restituito ad integrum della funzionalità globale. Attualmente riferisce di aver fatto nuovamente richiesta di AI, infatti dopo il terzo ricorso, la domanda è nuovamente in valutazione”* (cfr. inc. 36.2014.27).

La presenza delle medesime patologie da diversi anni è confermata dalla notifica di degenza ospedaliera del 10 febbraio 2014 (doc. F, inc. 36.2014.27: alla questione di sapere quando è stata diagnosticata la malattia per la prima volta, i medici hanno risposto: “2004”) e dal medico curante, dal 14 luglio 2006, dr. med. _____, il quale, interpellato dal TCA ha affermato che *“nella documentazione, se evidenzia una sindrome fibromialgica, depressione, sindrome da disadattamento nel rapporto del 16.02.2005 del collega Dr.med. _____ . Inoltre la paziente è stata valutata nell'ambito psichiatrico nel corso dell'anno 2005 da parte del Dr. med. _____, e del Dr.med. _____”* ed ha rilevato la presenza di due ricoveri, il primo dal 14 dicembre 2012 al 16 gennaio 2013 ed il secondo dal 9 dicembre 2013 al 3 febbraio 2014 (doc. XVII, inc. 36.2014.27).

L'allegata perizia pluridisciplinare del SAM del 9 settembre 2005 fa stato di una diagnosi di disturbo da dolore somatoforme in personalità ipoevoluta con problemi di adattamento e segnala un ricovero presso l'ospedale di _____ per distimia con somatizzazione da ansie multiple nel 1993.

Non vi è pertanto dubbio alcuno che l'interessata, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in

base all'esperienza medica, a ricadute (*"Dal 2004 ad oggi vi sono state esacerbazioni sintomatologiche che hanno richiesto alcuni ricoveri psichiatrici, inoltre durante i periodi intercritici non vi è stata una completa restitutio ad integrum della funzionalità globale"*), e che il rischio assicurato si era già realizzato prima della conclusione del contratto.

Del resto, a comprova della ciclicità della patologia, vi è pure la circostanza che l'interessata ha inoltrato, ad oggi, numerose richieste di rendite AI (*"attualmente riferisce di aver fatto nuovamente richiesta AI, infatti dopo il terzo ricorso, la domanda è nuovamente in valutazione"*), proprio a causa delle patologie psichiche di cui soffre (dalla perizia SAM emerge proprio un disturbo somatoforme in personalità ipoevoluta con problemi di adattamento ed il dr. med. _____ già il 16 febbraio 2005 aveva diagnosticato una sindrome fibromialgica, depressione, sindrome da disadattamento; cfr. doc. XVII, inc. 36.2014.27).

Come visto, se l'assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all'esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili. Una malattia che si è già dichiarata, non può essere assicurata se ricadute ulteriori appaiono come un'evoluzione normale (DTF 127 III 21 consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004).

Ciò tuttavia non è sufficiente per ritenere nullo tutto il contratto ai sensi dell'art. 9 LCA.

Nel caso in cui un sinistro parziale è già accaduto, è possibile assicurarsi contro la parte di rischio non ancora realizzata se la sua realizzazione è aleatoria (DTF 127 III 21, consid. 2b/aa; sentenza B 101/02 del 22 agosto 2003 consid. 4.5).

A questo proposito, nella sentenza B 101/02 del 22 agosto 2003 consid. 4.5, l'Alta Corte ha rammentato che il rischio va considerato parziale se si è realizzato per un singolo infortunio od una singola malattia ben determinata, ma non quando i sintomi di una malattia soggetta a ricaduta si sono già manifestati (*"Von Art. 9 VVG nicht erfasst werden Fälle, da die Gefahr nur teilweise eingetreten ist (Roelli/Keller/Tännler, a.a.O., S. 175). Als nur teilweise eingetreten gilt die Gefahr bei einzelnen Unfällen (vorübergehende Arbeitsunfähigkeit, teilweise Invalidität oder Ganzinvalidität) oder einzelnen Krankheitsfällen (Roelli/Keller/Tännler, a.a.O., S. 610), nicht aber das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit, welche juristisch nicht als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen ist, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit (BGE 127 III 25 Erw. 2b/bb)"*).

Non vi è nullità se lo stipulante al momento della conclusione del contratto non ha conoscenza della malattia, non era data alcuna diagnosi medica e niente indicava che l'evento si realizzasse (DTF 136 III 334).

Ciò significa, nel caso concreto, che la circostanza che il rischio si è già realizzato per determinate patologie (segnatamente depressione, sindrome fibromialgica e sindrome da disadattamento), non implica l'annullamento del contratto per tutte le malattie,

comprese quelle che non si sono mai dichiarate.

L'assicuratore sostiene che il contratto è completamente nullo poiché la fibromialgia e la depressione comportano vari sintomi, tra cui dolore, stanchezza, rigidità, disturbi del sonno, mal di testa, dolori al volto, acufeni, disturbi della sensibilità, disturbi gastrointestinali, disturbi urinari, ecc.. Ciò rendere difettoso l'intero contratto.

Tant'è che in presenza di tali disturbi la convenuta non lo avrebbe mai concluso.

L'assicuratore tuttavia confonde due piani. La circostanza che non avrebbe mai concluso il contratto se fosse stato a conoscenza di queste patologie, è imputabile unicamente alla medesima convenuta che per questo tipo di prodotto non fa sottoscrivere allo stipulante alcun formulario sullo stato di salute.

L'assicuratore non può ora, in applicazione dell'art. 9 LCA, per una sua manchevolezza, annullare tutto il contratto.

L'art. 9 LCA è chiaro. Il contratto di assicurazione è nullo se, al momento in cui fu concluso, il rischio era già scomparso o il sinistro già accaduto.

In concreto, il sinistro si è già realizzato, in ogni caso, per quanto concerne le patologie psichiche pregresse ed è per queste malattie (ed eventuali altre già dichiaratesi prima della sua conclusione) che il contratto è nullo.

Esso, conformemente alla giurisprudenza, continua invece ad esplicare tutti i suoi effetti per quelle patologie che non erano state diagnosticate e che non si sono erano manifestate al momento della conclusione del contratto.

Il contratto rimane pertanto in essere per tutte quelle malattie che prima della sua conclusione, non si sono mai manifestate, non sono state diagnosticate e quelle per le quali una ricaduta non appariva al momento del contratto come un'evoluzione normale (cfr. sentenza 4A_163/2010 del 2 luglio 2010).

Per quanto concerne la questione sollevata dall'attrice secondo cui l'assicuratore avrebbe conosciuto la sua situazione valetudinaria avendo indicato nella proposta d'assicurazione di essere invalida e di non essere stata personalmente informata di tutte le condizioni del contratto, essendo analfabeta, va evidenziato che lo stato di salute indicato nel formulario di proposta concerneva il marito, poiché è stato quest'ultimo ad aver concluso e stipulato la convenzione con l'assicuratore (cfr. doc. 7), mentre lo stato valetudinario della moglie non vi figura (doc. 7). Inoltre, come già indicato nella sentenza 36.2014.27 del 27 novembre 2014 all'interessata non può essere d'aiuto la circostanza secondo cui per l'art. _____ durante i primi due anni assicurativi non possono essere erogate prestazioni per ricoveri ospedalieri dovuti a postumi d'infortunio o di malattie che si sono verificate o sono state sottoposte a trattamento medico negli ultimi due anni precedenti l'inizio del contratto, rispettivamente dell'assicurazione (art _____) e secondo cui per l'art. _____ allo scadere del differimento della durata di due anni saranno poi invece erogate le prestazioni contrattuali previste in caso di ricovero ospedaliero conseguente ad

eventuali precedenti malattie o infortuni.

Infatti, in ogni caso, l'art. 9 LCA, ai sensi dell'art. 97 cpv. 1 LCA è una norma imperativa cui non può essere derogato. Ne segue che eventuali disposizioni prese dalle parti e che sono contrarie all'art. 9 LCA non hanno alcun valore.

- 2.10. L'assicuratore, in sede di risposta, chiede che l'attrice sia condannata a versarle l'importo di fr. 3'805 pari alla differenza tra quanto già pagato per la degenza dal 23 aprile 2014 al 20 maggio 2014 (fr. 6'500) e i premi versati dal 1° novembre 2011 al 13 dicembre 2014 (fr. 2'774).

Alla richiesta non può essere dato seguito. L'assicuratore non ha prodotto alcun atto medico in proposito, limitandosi ad affermare, in uno scritto del 15 luglio 2014 (doc. XIV, inc. 36.2014.27), che *“ha avuto modo di accertare che anche la recente degenza avveniva per una patologia preesistente (risalente al 2004)”*. Tuttavia agli atti non vi è nessuna documentazione in merito a questa degenza, di cui non si conoscono i motivi e neppure il luogo.

In assenza di qualsiasi atto medico in merito, e ritenuta la parziale validità del contratto, la domanda riconvenzionale dell'assicuratore, cui incombe l'obbligo di comprovare che anche la predetta degenza va fatta risalire ad una patologia preesistente, va respinta.

- 2.11. Per quanto concerne l'ammissibilità di un ricorso al TF in funzione del valore litigioso della causa, con sentenza 4A_83/2013 del 20 giugno 2013 l'Alta Corte ha affermato che:

" (...) Esso è ammissibile a prescindere dal valore litigioso (di soli fr. 1'120.--) poiché, come afferma correttamente la ricorrente, nel Cantone Ticino le controversie tra assicurati e assicuratori concernenti le assicurazioni complementari all'assicurazione contro le malattie sono di competenza del Tribunale cantonale delle assicurazioni in prima e unica istanza (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF; art. 7 CPC; art. 75 della legge ticinese di applicazione della LAMal del 26 giugno 1997 [RL/TI 6.4.6.1]; DTF 138 III 799 consid. 1.1)"

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

Per questi motivi

dichiara e pronuncia

1. La petizione è **parzialmente accolta** ai sensi dei considerandi.
Il contratto rimane in essere per tutte quelle malattie che prima della sua conclusione, non si sono mai manifestate, non sono state diagnosticate e per le quali una ricaduta non appariva al momento del contratto come un'evoluzione normale.

2. La domanda riconvenzionale della convenuta è **respinta**.
3. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato.
4. 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.

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Daniele Cattaneo

Il segretario

Gianluca Menghetti