

Raccomandata

Incarto n.

36.2014.83

Lugano

4 marzo 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 7 ottobre 2014 di

AT 1

rappr. da: RA 1

contro

CV 1

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. Nel corso del mese di marzo 2009 AT 1, nato il _____, al beneficio di una rendita di vecchiaia svizzera, ha chiesto a CV 1 di essere affiliato tramite una copertura completa per cure mediche sia in Svizzera che all'estero anche per il settore privato, avendo trasferito il proprio domicilio da _____ a _____ in _____.

- 1.2. Il 25 marzo 2009 AT 1 ha sottoscritto il contratto assicurativo _____ (di seguito: _____) retto dalla LCA, valido in tutto il mondo (art. _____), che permette di mantenere una copertura privata anche in Svizzera. Il contratto prevedeva l'esclusione di prestazioni per le "malattie colonna vertebrale".
- 1.3. Dal 1° maggio 2009 l'assicuratore ha pagato un importo complessivo di fr. 98'927.40 per prestazioni usufruite (tutte in Svizzera) da AT 1, da cui vanno dedotte le franchigie, per un importo netto di fr. 95'727.40. Tutte le fatture assicurative sono sempre state trasmesse all'indirizzo in Svizzera, che l'interessato ha indicato di aver definitivamente lasciato per recarsi in _____.
- 1.4. Nel corso dei mesi di agosto e settembre 2012 CV 1 ha negato l'erogazione di prestazioni assicurative in relazione con la cura di una lombalgia acuta, essendo escluse dall'assicurazione _____ e segnatamente una cura stazionaria presso la clinica _____, i costi del servizio ambulanza e una cura stazionaria presso la _____ di _____.
- 1.5. In seguito al rifiuto dell'assicuratore di pagare le citate prestazioni, AT 1, rappresentato da RA 1, ha segnalato a CV 1 che l'assicurazione in essere non era conforme con quanto previsto dalla LAMal e dall'Accordo sulla libera circolazione delle persone ed ha chiesto il rimborso di fr. 6'996.40 di prestazioni LAMal, domandando nel contempo *"che l'assicurazione sia ricondotta nei parametri di diritto regolari, con evidentemente il postulato del mantenimento dell'estensione della copertura complementare ai sensi di quanto riconosciuto a suo tempo da CV 1"*.
- 1.6. Con effetto dal 1° gennaio 2013 AT 1 ha riportato il proprio domicilio a _____ ed ha domandato a CV 1 l'affiliazione sia per la copertura obbligatoria che per le assicurazioni complementari. L'assicuratore ha dato seguito alle sue richieste, sottoscrivendo in particolare le assicurazioni _____ ambulatoriale ed ospedaliera, variante _____, rette dalla LCA. L'attore ha beneficiato del privilegio degli affiliati alla _____ ed ha potuto concludere le assicurazioni complementari senza nuovo esame dello stato di salute.
- 1.7. CV 1 ha mantenuto il diniego di versare prestazioni in relazione con la patologia ricadente sotto la riserva assicurativa (doc. 9). L'assicuratore ha affermato che se l'interessato intende chiedere prestazioni LAMal il contratto assicurativo andrebbe adattato ex tunc, con conseguente obbligo di restituzione delle prestazioni della LCA e riconoscimento delle sole prestazioni LAMal, ciò comporterebbe anche la disdetta di tutto il pacchetto assicurativo, compresa la situazione acquisita in ambito LCA. L'assicuratore ha evidenziato che l'interessato ha beneficiato di numerosi vantaggi dall'assicurazione _____ non solo per le prestazioni ottenute, ma anche per il fatto che grazie a questo tipo d'assicurazione nel 2013 ha potuto passare nelle assicurazioni LCA senza nuovo esame dello stato di salute. CV 1 ha pertanto ritenuto di mantenere la copertura in essere,

senza alcuna modifica, ma contestualmente senza il pagamento delle prestazioni soggette a riserva. L'assicurato non si è detto d'accordo con questa presa di posizione ed ha preteso una decisione formale, imposta dal TCA con decisione del 17 giugno 2013 in seguito al ricorso per denegata giustizia dell'assicurato (inc. 36.2013.22).

1.8. Con decisione formale del 22 ottobre 2013 CV 1 ha affiliato AT 1, quale cittadino svizzero titolare di una rendita pensionistica, domiciliato in _____ e non esonerato dall'obbligo assicurativo, alla LAMal con effetto dal 1° maggio 2009. Contestualmente l'assicuratore ha indicato in fr. 32'760 i premi dovuti dall'assicurato ed in fr. 48'828.80 le prestazioni riconosciute, oltre fr. 6'996.40 per prestazioni da lui rivendicate e non ancora rimborsate.

L'assicuratore ha inoltre dichiarato compensate le pretese LAMal dell'assicurato nei suoi confronti (fr. 17'065.20), ritenuto che l'affiliazione aveva comportato la revoca dell'assicurazione _____ e l'insorgere di una pretesa di restituzione di CV 1 nei confronti dell'assicurato per fr. 56'664.40 (fr. 95'727.40 di prestazioni erogate – fr. 39'063 di premi corrisposti), ceduta parzialmente ai sensi dell'art. 164 CO in misura dell'importo di prestazioni LAMal.

Ogni pretesa di AT 1 nei confronti di CV 1 era da intendersi compensata con le pretese di CV 1 e CV 1 negava un diritto di AT 1 all'erogazione di ulteriori importi della LAMal.

CV 1 ha negato eventuali responsabilità in applicazione dell'art. 78 LPG, in assenza di un danno.

1.9. Con decisione su opposizione del 12 settembre 2014 l'assicuratore ha confermato l'affiliazione di AT 1 alla LAMal dal 1° maggio 2009, ha ribadito che con l'affiliazione alla _____ non poteva ritenersi danneggiato poiché aveva ottenuto prestazioni pari a fr. 50'000 che altrimenti non avrebbe potuto usufruire e che motivi di buona fede non potevano permettere di invocare la nullità del contratto assicurativo e nel contempo l'erogazione di ulteriori prestazioni LAMal. CV 1 ha aggiornato il conteggio delle prestazioni LAMal in fr. 58'969 dopo aver preso a suo carico un'ulteriore fattura del 10 ottobre 2012 della _____ di _____ prodotta solo con l'opposizione. L'assicuratore ha confermato che non avrebbe versato ulteriori importi poiché la pretesa di restituzione di CV 1 è stata ceduta in compensazione della pretesa dell'assicurato avverso CV 1. L'assicuratore ha inoltre informato AT 1 che CV 1 avrebbe formalizzato l'annullamento dell'assicurazione _____ e avrebbe fatto debitamente valere le sue pretese di restituzione a seguito della rettifica ex tunc della situazione assicurativa.

1.10. AT 1, sempre rappresentato da RA 1, oltre a presentare ricorso al TCA contro la predetta decisione su opposizione (inc. 36.2014.82), ha inoltrato una petizione tramite la quale ha chiesto:

“(…)

1. La petizione è accolta.

2. CV 1 non ha alcun diritto di modifica retroattiva del contratto _____.

3. CV 1 non ha alcun diritto di pretesa di storno monetario da parte del mio cliente.
4. Il passaggio da _____ all'assicurazione complementare ordinaria CV 1, avvenuto con effetto dal 1° gennaio 2013, è confermato definitivamente nei fatti.
5. Protestate spese e ripetibili." (doc. I)

1.11. Con risposta e domanda riconvenzionale del 10 novembre 2014 l'assicuratore ha proposto la reiezione della petizione e la condanna dell'assicurato al pagamento di un importo di fr. 34'455.40.

L'assicuratore sostiene che in seguito all'affiliazione dell'attore presso la LAMal dal 1° maggio 2009, il contratto assicurativo _____ è nullo, ciò in applicazione dell'art. 20 LCA. Nella misura in cui la convenzione non fosse nulla, essa andrebbe annullata per errore ai sensi degli art. 23 e seguenti LCA.

CV 1 ha affermato:

"(...)

L'entità delle conseguenze del ripristino della corretta situazione assicurativa veniva comunicata a più riprese all'assicurato, non da ultimo nella decisione del 22.10.2013 e quella su opposizione del 12.09.2014 (doc. 9, 11, 18). La rettifica retroattiva si rendeva necessaria a seguito della richiesta di prestazioni dalla LAMal per la cura effettuata nel mese di agosto-settembre 2012, in relazione con la patologia alla schiena (esclusa dall'assicurazione _____, cfr. doc. 7,10). In quel momento CV 1 è stata tenuta a riesaminare la situazione assicurativa e nell'ambito delle verifiche messe in atto di accertare che l'assicurazione _____ conclusa si rivelava essere contraria alla LAMal e agli accordi bilaterali con l'UE in merito, in assenza di un esonero dall'assoggettamento alla LAMal; in presenza di difformità con il diritto pubblico, l'_____ andava ritenuta nulla (ai sensi dell'art. 20 CO). L'assicurazione _____ è del resto esclusa in caso di assoggettamento alla LAMal (come da art. _____ dell'_____), e pure inammissibile è la stipula di assicurazione complementari alla LAMal secondo la LCA presso CV 1, tutte presupponendo il domicilio in Svizzera. La revoca dell'assicurazione _____ ab initio era dunque la logica conseguenza della richiesta dell'attore; l'attore era stato informato in merito.

Nella presente procedura CV 1, respingendo la tesi dell'attore, chiede l'accertamento della nullità dell'assicurazione _____ con le relative conseguenze, e la condanna dello stesso a rifondere a CV 1 le prestazioni erroneamente erogate, come da art. 62ss CO. La richiesta avviene tempestivamente stante la dichiarazione dell'attore del 13.08.2013 valevole sino al 31.12.2014.

(...)

L'assicurazione sottoscritta dall'attore (...) presso CV 1 con effetto dal 01.05.2009 è concepita per persone che abbiano notificato ufficialmente la cessata residenza in Svizzera e che non siano sottoposte all'obbligo assicurativo secondo la LAMal o la LAInf (art. _____), ed ha validità in tutto il mondo (art. _____). L'_____ ed è l'unico prodotto assicurativo secondo la LCA che permette ai cittadini svizzeri di mantenere una copertura privata anche in Svizzera, dal momento che le altre assicurazioni complementari secondo la LCA richiedono la presenza di domicilio in Svizzera. Il prodotto offre pertanto indubbi vantaggi ed è stato ritenuto come equivalente _____ di _____ in data 23.08.2002. In data 25.03.2009 sottoscriveva il

contratto assicurativo confermando di essere informato circa tutte le condizioni che accettava, con un'esclusione di prestazioni per una patologia preesistente ("malattie colonna vertebrale", cfr. doc. 3, 3a).

Senonché la "vexata questio" si poneva perché CV 1 in data 12.09.2012 si rifiutava di erogare prestazioni per la cura della "lombalgia acuta" (oggetto di riserva). L'assicurato interveniva allora facendo valere, in breve, la non conformità dell'assicurazione conclusa presso CV 1 con la LAMal, rispettivamente con gli accordi bilaterali tra la Svizzera e l'UE e postulava l'erogazione di prestazioni LAMal quantificate in CHF 6'996.40 (...)

Con il senno di poi, maggiore prudenza e attenzione al momento della stipula da parte di entrambe le parti. Eventuali "manchevolezze" da parte di CV 1 avvenivano in perfetta buona fede, con la volontà di mantenere l'impegno assunto dimostrato con l'erogazione di ingenti e ripetute prestazioni assicurative nell'arco di breve periodo. Infatti, nel periodo dal 01.05.2009 CV 1 versava numerose prestazioni dall'assicurazione _____, per un importo complessivo di CHF 98'927.40 (al netto della franchigia di CHF 1000 all'anno, pari a CHF 95'727.40 di prestazioni nette) tutte avvenute in Svizzera, come da tabella riassuntiva delle prestazioni erogate (...). Detto importo è ben superiore a quanto l'assicurato avrebbe avuto diritto se affiliato per la LAMal: in tal ambito CV 1 ha calcolato che le prestazioni sarebbe state di ben oltre CHF 50'000 inferiori (...)

Ora, CV 1 non può che respingere in toto le contestazioni dell'insorgente e ribadire che:

. l'annullamento dell'_____ si rendeva necessario a fronte delle pressanti richieste dell'assicurato per ripristinare una situazione legalmente corretta. Occorreva quindi affiliare l'insorgente per l'assicurazione secondo la LAMal dal 01.05.2009, con i relativi obblighi per le parti (cfr. RAMI 1999 KV 71, 188ss), dal momento che era risultato che il diritto in vigore imponeva di affiliare lo stesso – cittadino svizzero titolare di una rendita pensionistica svizzera, domiciliato in _____ e non esonerato dall'obbligo assicurativo – secondo la LAMal (....) Ai sensi dell'art. 20 cpv. 1 CO "Il contratto che ha per oggetto una cosa impossibile o contraria alle legge ed ai buoni costumi è nullo". Le suindicate disposizioni di diritto pubblico rendono il contratto _____ nullo. L'assoggettamento alla LAMal escludeva nel caso concreto la stipula dell'assicurazione _____; inammissibile affermare che "*il contratto _____ discende da quanto sopra (accertamento inesatto di fatti fondanti da parte di CV 1) e costituisce un tutt'uno rispetto alla copertura di assicurazione malattie del mio assistito*" (pag. 3).

Quanto versato nell'ambito di un contratto nullo va dunque restituito secondo l'art. 62ss. CO.

In via subordinata il contratto è viziato da errore, in quanto CV 1 aveva di mira un contratto diverso, con una persona diversa (art. 23 ss CO). CV 1 ha pertanto tempestivamente notificato a controparte l'intenzione di non mantenerlo e chiede la restituzione della prestazioni fatta (art. 31 CO).

. Il mantenimento della copertura complementare secondo la LCA presso CV 1 non è possibile per gli assicurati che trasferiscono il domicilio all'estero; al di fuori dell'_____ – assicurazione che non può esistere parallelamente alla LAMal essendo prevista unicamente per chi non soggiace all'obbligo assicurativo secondo la LAMal (art. _____) – non vi è un prodotto assicurativo presso CV 1 per i residenti all'estero.

Non appare quindi contrario alle regole della buona fede far sopportare anche all'assicurato le conseguenze di un'eventuale situazione erronea a livello di copertura assicurativa (cfr. sentenza TFA K 22/05 in ambito assicurazioni sociali, dove in una fattispecie diversa, appariva invece giustificato tutelare l'assicurato da una rettifica retroattiva), dal momento che dalla situazione erronea egli ha sinora beneficiato e non ha subito un danno.

. Contrariamente a quanto affermato dal ricorrente, nel caso di errori nel riconoscere prestazioni è possibile rettificare la situazione con effetto ex tunc, basta confrontarsi con quanto previsto dagli art. 25 LPGA (che regola la restituzione in particolare delle prestazioni erogate a torto) e dell'art. 62ss. CO per quanto riguarda le prestazioni extracontrattuali erogate a torto senza giusta causa; solo in circostanze ben determinate e circoscritte – la rettifica avviene ex nunc.

. La eventuali “manchevolezze” da parte di CV 1 nell'ambito della conclusione del contratto assicurativo non giustificano ammettere una responsabilità di CV 1. La disattenzione di CV 1 è avvenuta di buona fede, ed è stata dimostrata durante il rapporto contrattuale, nel cui ambito essa ha erogato ingenti prestazioni assicurative, alle quali, come visto, non vi sarebbe stato diritto in ambito LAMal (a CHF 52'098.60 ammontano le prestazioni private, doc. 12). Dalla situazione l'unico a trarne benefici è stato quindi senza ombra di dubbio l'assicurato, che non è stato danneggiato dalla situazione. Del resto anche all'attore non può non venir attribuita una parte di leggerezza per la situazione venutasi a creare: infatti egli conosceva al meglio la propria situazione domiciliare e assicurativa in quanto già assicurato presso _____, e riceveva da CV 1 le Condizioni generali d'assicurazione (CGA), le Condizioni supplementari (CS) e le Condizioni particolari (CP), che riconosceva. Sino ad allora CV 1 non aveva motivo di dubitare che il contratto assicurativo non era frutto della sua volontà e intenzione. Egli non dimostra in alcun modo come le sue scelte di vita siano state influenzate da CV 1 e l'abbiano indotto ad atti pregiudizievoli.

. Egli non è di buona fede – e poi si contraddice – quando contesta la tipologia di assicurazione stipulata dal 01.05.2009 con riguardo al caso di prestazioni dell'agosto 2012 e poi considera invece la stessa valida quando si tratta di chiedere a CV 1 l'affiliazione alla LAMal dal 01.01.2013 (per trasferimento di domicilio in Svizzera) e la stipula di assicurazioni complementari secondo la LCA: a seguito dell'assicurazione _____ egli non ha dovuto sottoporsi ad un nuovo esame dello stato di salute per mantenere un'equivalente copertura LCA, tale vantaggio decade con l'annullamento dell'assicurato _____.

Pacta sunt servanda non può essere invocato illimitatamente, ma soggiace anch'esso a dei limiti, non da ultimo la buona fede.

Di conseguenza, si giustifica la soluzione qui esposta; non appare contrario alle regole della buona fede far sopportare anche all'assicurato le conseguenze di una situazione erronea a livello di copertura assicurativa (cfr. sentenza del TFA K 22/05), l'invocazione della buona fede non permette all'assicurato di arrogarsi tutti i vantaggi delle assicurazioni in gioco.

(...)

In conclusione, sono pertanto date le premesse per il ripristino della situazione corretta nel suo insieme, ciò che comporta non solo l'affiliazione per la LAMal ma pure la revoca ex tunc dell'assicurazione _____, con i relativi obblighi delle parti.

La revoca dell'_____ ha conseguenze anche per la situazione assicurativa in ambito assicurazioni complementari secondo la LCA dell'attore dal 01.01.2013, dal momento che le facilitazioni concesse gli con il ripristino del domicilio in Svizzera (stipula di nuove coperture senza l'esame dello stato di salute), presupponevano la presenza di una valida _____. CV 1 riconsidererà anche tale situazione.

Si giustifica quindi la pronuncia della nullità dell'assicurazione _____.

B. Domanda riconvenzionale

(...)

2. Quanto prestato in un contratto nullo va restituito, come da art. 62ss.

CO. Ai sensi dell'art. 62 CO "Chi senza causa legittima si trovi arricchito a danno dell'altrui patrimonio, è tenuto a restituire l'arricchimento. Si fa luogo alla restituzione specialmente di ciò che fu dato o prestato senza valida causa, o per una causa non avveratasi o che ha cessato di sussistere".

La situazione dell'assicurazione _____ nulla, periodo 01.05.2009-31.12.2012, è la seguente (comprovata dalla documentazione allegata):

- Prestazioni nette erogate da CV 1: CHF 95'727.40 (doc. 4)
- Premi pagati dall'assicurato: CHF 39'063.00 (doc. 21)

e quindi un importo tot. di CHF 56'664.40 erogato a torto, da restituire a CV 1 da parte dell'attore in quanto illecito arricchimento, come da art. 62ss. CO.

(...)

3. Non appena rilevato nell'ambito di verifiche che l'assicurazione era da revocare in quanto nulla, CV 1 ha proceduto tempestivamente a correggere la situazione e al calcolo di quanto erogato a torto dalle parti; l'accertamento era faticoso e richiedeva del tempo. A titolo cautelativo, nell'attesa della definizione della situazione, CV 1 ha chiesto e poi ottenuto in data la dichiarazione di rinuncia di prescrizione sino al 31.12.2014.

(...)

4. La pretesa di restituzione di CV 1 nei confronti di AT 1 è formulata in conformità dell'art. 62ss CO. E' quindi fatto obbligo all'attore di rifondere a CV 1 l'importo di CHF 56'664.40; l'importo di CHF 22'209 riconosciutogli in ambito LAMal va computato alla pretesa (risultando un saldo scoperto di CHF 34'355.40, oltre interessi di mora, cfr. doc. 18a). (...)"

1.12. Con replica del 21 novembre 2014 l'attore ha ribadito la sua posizione (doc. VII).

L'interessato ha rilevato:

"(...)

Chiarendo i concetti, e prendendo i medesimi per quelli che realmente sono e non come li vorrebbe artatamente orientare, pro domo sua, la convenuta, nell'essenziale le cose stanno così:

- a. la copertura assicurativa proposta e sottoscritta da CV 1 di certo non era conforme;
- b. non avendo però, CV 1, provveduto ai necessari approfondimenti preliminari, e non potendo, la convenuta, imputare al mio cliente forzature, reticenze, omissioni o altro nella finalità di ottenere un accordo di favore, la medesima è vincolata al contratto (*pacta sunt servanda*), dovendosi constatare *in casu* un danno irreparabile per il mio cliente in una situazione diversa (pagamento di prestazioni e perdita della copertura LCA corrente in contratto di altra natura).

In concreto la convenuta ha garantito non solo di principio, ma anche per atti concludenti, e su un arco di tempo significativamente prolungato, al mio cliente una determinata copertura assicurativa, per la quale del resto il mio assistito ha sempre regolarmente versato i premi richiesti. Tanto da far sorgere legittime aspettative di continuazione nel tempo.

Nella misura in cui oggi l'assicuratore volesse recedere *ex tunc* dai propri impegni viola il principio della buona fede.

Ne deriverebbe infatti un duplice pregiudizio irreparabile per il mio cliente, in ambito LCA, in quanto:

- a. dovrebbe assumere personalmente le spese in un primo tempo

- formalmente riconosciute dall'assicuratore;
- b. questo orientamento comporterebbe la perdita dell'attuale copertura LCA, non più possibile presso altri assicuratori in ragione dello stato anagrafico e valetudinario del medesimo.

(...)

La vera interpretazione rileva dal fatto che in un precedente soggiorno alla _____, e precisamente quello avvenuto nel 2010, la convenuta ha saldato tutta la fattura, ivi compresa la parte LCA che sarebbe dovuta essere soggetta alla nota riserva.

Il mio cliente, nel corso dei contatti preliminari con la convenuta per stabilire il sito dell'intervento, e quindi la garanzia della medesima al nosocomio, ha fatto esplicitamente menzione alle conseguenze della riserva in ambito LCA, di cui era ben cosciente (e quindi riteneva di aver diritto alle sole prestazioni che discendono dall'assicurazione obbligatoria), ricevendo però, a sorpresa stessa del mio cliente, una risposta vaga dalla convenuta medesima.

Che poi, di fatto, ha sottoscritto dapprima la garanzia totale, e di seguito ha scientemente pagato l'intero importo della fattura nosocomiale afferente, parte LCA compresa. (...)" (doc. VII)

- 1.13. Il 12 febbraio 2015 le parti sono state sentite nel corso di un'udienza di discussione dove hanno ribadito le loro richieste (doc. X).

in diritto

in ordine

- 2.1. L'assicuratore insiste nel chiedere la congiunzione delle procedure derivanti dal ricorso del 7 ottobre 2014 contro la decisione su opposizione del 12 settembre 2014 (inc. 36.2014.82) e dalla petizione del 7 ottobre 2014 inoltrata dal medesimo assicurato contro la CV 1 (inc. 36.2014.83).

La richiesta va respinta. Infatti, pur portando sul medesimo periodo e pur concernendo il medesimo assicurato, le procedure sono state inoltrate contro due assicuratori diversi, sottostanno la prima a norme di diritto pubblico (inc. 36.2014.82), la seconda a norme di diritto privato (inc. 36.2014.83) e i mezzi di diritto contro le sentenze che emanerà questo Tribunale non sono i medesimi (ricorso in materia di diritto pubblico nel primo caso, ricorso in materia civile nel secondo caso).

Ne segue che le procedure restano separate. In concreto oggetto del contendere è unicamente l'aspetto assicurativo retto dalla LCA.

nel merito

- 2.2. L'attore chiede in sostanza di accertare la validità dell'assicurazione _____ (di seguito: _____) in vigore tra le parti dal 1° maggio 2009 al 31 dicembre 2012, di accertare che l'assicuratore non ha alcuna pretesa nei suoi confronti e che il passaggio dall'assicurazione _____ "all'assicurazione complementare ordinaria" avvenuto con effetto dal 1° gennaio 2013 "è confermato definitivamente nei fatti" (doc. I).

La convenuta chiede che il contratto sia dichiarato nullo ai sensi

dell'art. 20 CO, rispettivamente sia annullato per errore essenziale ai sensi degli art. 23 e 24 CO e domanda, in via riconvenzionale, che l'attore sia condannato a restituire l'importo di fr. 56'664.40 (prestazioni nette: 95'727.40 – premi: 39'063), da cui va dedotto l'importo di fr. 22'209 riconosciuto in ambito LAMal (doc. V), poi aumentato a fr. 27'562.70 (cfr. doc. XIII, inc. 36.2014.82).

- 2.3. Per l'art. 20 cpv. 1 CO il contratto che ha per oggetto una cosa impossibile o contraria alle leggi od ai buoni costumi è nullo. Secondo l'art. 20 cpv. 2 CO se il contratto è viziato solo in alcune parti, queste soltanto sono nulle, ove non si debba ammettere che senza la parte nulla esso non sarebbe stato concluso.

Giusta l'art. 23 CO il contratto non obbliga colui che vi fu indotto da errore essenziale.

Per l'art. 24 cpv. 1 CO l'errore è essenziale specialmente nei seguenti casi:

1. quando la parte in errore abbia avuto di mira un contratto diverso da quello al quale ha dichiarato di consentire;
2. quando la volontà della parte in errore fosse diretta ad un'altra cosa, o, trattandosi di contratto concluso in considerazione di una determinata persona, fosse diretta ad una persona diversa da quella da essa dichiarata;
3. quando la parte in errore abbia promesso o si sia fatta promettere una prestazione di un'estensione notevolmente maggiore o minore di quella cui era diretta la sua volontà;
4. quando l'errore concerne una determinata condizione di fatto, che la parte in errore considerava come un necessario elemento del contratto secondo la buona fede nei rapporti d'affari.

Non è invece essenziale l'errore che concerne solo i motivi del contratto (cpv. 2). Semplici errori di calcolo non infirmano la validità del contratto, ma devono essere rettificati (cpv. 3).

Per l'art. 26 cpv. 1 CO la parte, che prevalendosi del proprio errore si sottrae agli effetti del contratto, è tenuta al risarcimento dei danni pel mancato contratto, ove l'errore derivi da sua colpa, salvo che l'altra parte l'abbia conosciuto o dovuto conoscere. Il giudice può concedere un maggior risarcimento, quando l'equità lo richieda (cpv. 2).

L'art. 31 cpv. 1 CO prevede che il contratto viziato da errore, dolo o timore si considera ratificato, se, nel termine di un anno, la parte per la quale non è obbligatorio non abbia notificato all'altra, che essa non intende mantenerlo o non abbia chiesto la restituzione della fatta prestazione. Per il cpv. 2 il termine decorre nel caso di errore o di dolo dal momento in cui furono scoperti, e, nel caso di timore, dal momento in cui è cessato.

La ratifica di un contratto viziato da dolo o timore non esclude per

sé stessa l'azione del risarcimento del danno (cpv. 3).

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

2.3. Dagli atti emerge che il 25 marzo 2009 l'attore ha sottoscritto la proposta per l'assicurazione _____ indicando di essere domiciliato all'estero, in _____, di essere nato nel _____ e di essere pensionato (doc. 3).

E' pacifico che l'assicuratore ha accettato la proposta e lo ha affiliato con effetto dal 1° maggio 2009 alla _____, con la riserva per le "*malattie colonna vertebrale*".

L'art. _____ (di seguito: _____), prevede che l'assicurazione si basa sull'accordo tra CV 1 e il contraente l'assicurazione, nonché le CGA. In aggiunta è applicabile la LCA, che rinvia, per quanto non regolato dalla LCA stessa, al CO (art. 100 cpv. 1 LCA).

Va ancora evidenziato che per l'art. _____ sono assicurate le persone menzionate nella polizza, a condizione che abbiano notificato ufficialmente la cessata residenza in Svizzera e che non siano sottoposti all'obbligo assicurativo secondo la LAMal o la LAINF.

2.4. In concreto, come emerso nella parallela procedura in ambito LAMal (inc. 36.2014.82), sulla base degli art. 13 n. 1 regolamento 1408/71, 13 n. 2 regolamento 1408/71, 17bis regolamento 1408/71 e 2 cpv. 6 OAMal (cfr. inc. 36.2014.82), l'attore avrebbe dovuto essere affiliato alla LAMal.

Di conseguenza egli non avrebbe potuto essere assicurato per il tramite dell'assicurazione _____, poiché l'art. _____ lo esclude.

Ritenuto che la convenuta non prevede altri prodotti assicurativi per i residenti all'estero, per l'assicuratore il contratto sarebbe nullo.

Questo TCA evidenzia tuttavia che di per sé la sola circostanza che l'interessato va affiliato alla LAMal, non impedisce alle parti di sottoscrivere un'assicurazione di diritto privato retto dalla LCA che copre prestazioni non rimborsate dalla LAMal. Una tale convenzione non sarebbe contraria alla legge, impossibile o immorale.

Semmai essa dovrebbe intervenire a complemento della LAMal e non potrebbe prevedere il rimborso delle partecipazioni ai costi dovute ai sensi dell'art. 64 LAMal.

Infatti per l'art. 64 cpv. 8 LAMal le partecipazioni ai costi non possono essere assicurate né presso una cassa malati né presso un istituto d'assicurazione privato. È parimenti vietato ad associazioni, fondazioni o altre istituzioni prevedere l'assunzione dei costi derivanti da simili forme di assicurazione. Questo divieto non si applica all'assunzione dei costi in virtù di disposizioni di diritto pubblico

federale o cantonale.

Per il resto non vi sono norme di diritto pubblico che avrebbero impedito alle parti di concludere un'assicurazione di diritto privato complementare a quella obbligatoria. La sola circostanza che la convenuta non offre prodotti di questo tipo non significa che queste assicurazioni non possano esistere.

Per cui ci si potrebbe semmai chiedere se il contratto non sia solo parzialmente nullo (cfr. art. 20 cpv. 2 CO) e non andrebbe piuttosto trasformato in un'assicurazione complementare all'assicurazione obbligatoria.

D'altra parte questo TCA evidenzia che colui che incita intenzionalmente o per negligenza il suo partner contrattuale a concludere un contratto impossibile, illecito od immorale, deve un risarcimento danno se la nullità causa un danno al contraente. Il fondamento della riparazione trova la sua origine o nella "*culpa in contrahendo*" o in un atto illecito (Engel, *Traité des obligations*, 2a edizione, Berna 1997, pag. 297). Non vi è riparazione se la controparte conosceva o avrebbe dovuto conoscere il vizio contrattuale. Di principio è l'interesse negativo che dà la misura del risarcimento (Engel, *Traité des obligations*, 2a edizione, Berna 1997, pag. 297). In altre parole l'assicuratore deve risarcire la controparte così da riportare il patrimonio dell'assicurato nel medesimo stato in cui si troverebbe se la convenzione non fosse stata conclusa.

In concreto, la questione della nullità parziale può rimanere aperta poiché il contratto va comunque annullato per errore essenziale.

La convenuta sostiene infatti di essere partita dal presupposto che l'attore non doveva essere affiliato obbligatoriamente alla LAMal poiché _____ ha espressamente attestato che l'assicurazione _____ è equivalente alla LAMal. Apponendo la propria firma alla proposta d'assicurazione, l'attore avrebbe preso atto della condizione dell'art. _____ e avrebbe in sostanza confermato di aver chiesto l'esonero dalla LAMal.

Questo TCA evidenzia che di principio anche un errore dovuto a negligenza comporta, in linea di principio l'annullabilità (DTF 117 II 218 consid. 3b). Tuttavia se al momento in cui è conclusa la transazione una parte non si preoccupa di chiarire una questione particolare, pur essendosi questa posta manifestamente, la controparte può dedurre che tale punto è privo d'importanza per la parte che non l'ha sollevata (consid. 3b: „*Die Klägerin erkennt aber, dass eine Vertragspartei nicht mit einem unsorgfältigen Vorgehen der Gegenpartei rechnen muss. Aus dem Handeln einer Partei sind nach Treu und Glauben gewisse Schlüsse zu ziehen. Kümmert sich jemand bei Vertragsabschluss nicht um die Klärung einer bestimmten Frage, obwohl es auf der Hand liegt, dass diese sich stellt, so darf die andere Partei grundsätzlich daraus den Schluss ziehen, dieser Punkt sei für den Partner im Hinblick auf den Vertragsabschluss nicht von Bedeutung. Das sich im nachhinein nur als fahrlässig herausstellende Verhalten kann somit bewirken, dass ein bestimmter*

Umstand vom Irrrenden nicht nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet werden durfte. Wenn die Klägerin sich für die Höhe des Kaufpreises nicht interessiert hat, obgleich sie wusste, dass Verkaufsverhandlungen geführt wurden, und dieser Sachverhalt dem Beklagten erkennbar war, so kann sie nicht geltend machen, nach Treu und Glauben sei es für sie eine Vertragsgrundlage gewesen, dass kein derart hoher Erlös für die Beteiligung an den X.-Werken erzielt werde. Insoweit erweist sich die Berufung als unbegründet“).

In DTF 135 III 537 il TF ha stabilito, a proposito dell'errore sulla superficie di locali commerciali dati in locazione, che qualora il canone di locazione sia stato fissato in funzione dei metri quadrati dei locali presi in locazione, una differenza di superficie superiore a 40 m2 rispetto a quella indicata nel contratto di locazione non permette di supporre che per il conduttore questo dato non avesse alcuna importanza (consid. 2).

L'Alta Corte ha affermato:

“(…)

Le contrat entaché d'une erreur essentielle est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année, à compter du moment où l'erreur a été découverte, sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir, ou sans répéter ce qu'elle a payé (art. 31 al. 1 et 2 CO). Déterminer à quel moment une partie a découvert son erreur et quand elle a manifesté sa volonté d'invalidier le contrat sont des questions de fait qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF). Il a été constaté in casu que le locataire avait manifesté sa volonté d'invalidier partiellement le bail dans l'année à compter de la découverte de son erreur; sur la base d'un tel état de fait, il n'est pas douteux que l'invalidation est intervenue en temps utile. Il a d'autre part été relevé que le locataire, après avoir découvert la réalité, n'a, à aucun moment, manifesté la volonté de maintenir le contrat, de sorte qu'il apparaît d'emblée, sur la base de ces données factuelles liant le Tribunal fédéral, qu'il n'y a pas eu de ratification malgré l'erreur intervenue et qu'il n'y a donc pas à raisonner avec les règles sur les défauts initiaux de la chose louée au sens de l'art. 258 CO.

Bien que les dispositions sur les vices du consentement ne contiennent pas de règle analogue à celle figurant à l'art. 20 al. 2 CO, la jurisprudence a admis qu'une invalidation partielle est possible lorsque la prestation affectée du vice est divisible et que l'on peut admettre que les deux parties auraient conclu le contrat avec une prestation réadaptée pour tenir compte de ce vice (ATF 130 III 49 consid. 3.2 p. 56 et les arrêts cités). Dès l'instant où il a été constaté en l'espèce que la bailleuse partait de l'idée qu'un loyer annuel d'environ 197 fr. au mètre carré était adéquat, un réajustement du loyer en fonction des surfaces réelles est assurément possible.

Selon l'arrêt déféré, la différence entre la surface indiquée et la surface réelle n'était pas perceptible de visu (ce qui distingue le cas de celui cité par la cour cantonale, arrêt du Tribunal fédéral 4A_408/2007 du 7 février 2008 consid. 3.3); il a en outre été déjà jugé que le locataire n'était pas tenu de contrôler les surfaces indiquées en les mesurant lui-même (arrêt 4C.5/2001 du 16 mars 2001 consid. 3a); en conséquence, il est évident que l'on ne se trouve pas en présence d'une erreur commise par négligence au sens de l'art. 26 CO, si bien que toute prétention en dommages-intérêts de ce chef est d'emblée exclue.

2.2 Le point à trancher est donc de savoir si l'on se trouve en présence d'une erreur portant sur un fait que la loyauté commerciale permettait de considérer comme un élément nécessaire du contrat au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO.

Pour que ce cas d'erreur essentielle soit réalisé, il faut tout d'abord que

le cocontractant puisse se rendre compte de bonne foi que l'erreur de l'autre partie porte sur un fait qui était objectivement de nature à déterminer la partie à conclure le contrat ou à le conclure aux conditions convenues; il faut encore, en se plaçant du point de vue de la partie qui était dans l'erreur, que l'on puisse admettre subjectivement que son erreur l'a effectivement déterminée à conclure le contrat ou à le conclure aux conditions convenues (ATF 132 III 737 consid. 1.3 p. 741; ATF 129 III 363 consid. 5.3 p. 365).

Ce que les parties avaient à l'esprit au moment de conclure ressortit au fait; relève en revanche du droit la qualification d'essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO de l'erreur constatée (ATF 113 II 25 consid. 1a p. 27).

Dans le domaine du bail à loyer, qu'il s'agisse d'un logement ou d'un local commercial, la surface à louer est évidemment un élément d'appréciation important pour décider de conclure ou non le contrat, ou en tout cas pour apprécier si le loyer demandé est conforme à l'état du marché dans la région concernée (cf. arrêt 4C.5/2001 du 16 mars 2001 consid. 3a). Cela vaut d'autant plus dans le domaine des locaux commerciaux, qui sont constamment évalués et comparés en fonction du prix au mètre carré. L'art. 11 al. 2 de l'ordonnance du 9 mai 1990 sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux (OBLF; RS 221.213.11) prévoit d'ailleurs expressément que le loyer usuel au sens de l'art. 269a let. a CO peut être déterminé sur la base du prix au mètre carré usuel dans le quartier pour des objets semblables. L'intimée serait d'ailleurs d'autant plus mal placée pour contester l'importance de cet élément qu'elle l'a fait figurer dans le contrat et qu'elle admet elle-même que le loyer proposé a été déterminé en fonction des mètres carrés. La surface louée, en tant que critère déterminant pour fixer le loyer, était donc un fait que la loyauté commerciale permettait objectivement de considérer comme un élément nécessaire du contrat.

Il est vrai que le contrat n'indiquait qu'une surface approximative. Cette réserve doit être interprétée selon le principe de la confiance (cf. ATF 132 III 24 consid. 4 p. 27/28). Elle doit être comprise de bonne foi en ce sens que le bailleur, sachant que la détermination exacte de la surface est dans la réalité une opération difficile, a cherché à se protéger contre une réclamation qui procéderait d'une menue divergence de calcul. Or il n'y a rien de tel en l'espèce. La surface réelle est de 204,20 m², au lieu des 246 m² indiqués. Il s'agit d'une différence de 41,8 m²

représentant près de 17 % de la surface mentionnée dans le bail. On ne saurait parler à ce sujet d'une petite divergence de calcul. Si le caractère approximatif de la surface indiquée pouvait impliquer une certaine marge d'erreur, le locataire n'avait pas à compter avec une pareille différence, laquelle ne peut en aucun cas être couverte par la notion de surface approximative.

On observera à ce propos que, s'agissant d'un logement, la jurisprudence a admis une erreur essentielle dans un cas où la superficie réelle était inférieure de 13 m² à celle figurant dans le bail, ce qui correspondait à une pièce de dimension moyenne en moins (ATF 113 II 25 consid. 1b p. 28 s.). Cet ordre de grandeur a été rappelé dans un autre cas où le locataire s'était fondé sur la garantie des défauts (arrêt 4C.81/1997 du 26 janvier 1998 consid. 3b/bb). Dans un autre arrêt, l'idée a été émise qu'une différence supérieure à 10 % n'était en tout cas pas admissible et fondait une erreur essentielle (arrêt 4C.5/2001 du 16 mars 2001 consid. 3a).

Il reste à examiner si, d'un point de vue subjectif, des circonstances particulières font apparaître que l'indication erronée de la surface n'avait pas un caractère essentiel pour le locataire d'espèce. La jurisprudence l'a déjà admis dans plusieurs cas, où il apparaissait, en fonction de circonstances particulières, que le locataire n'avait attaché aucune importance à l'indication erronée qu'il avait reçue (cf. ATF 129 III 363 consid. 5.3 p. 365; arrêt 4A_408/2007 du 7 février 2008 consid. 3.3; arrêt 4C.5/2001 du 16 mars 2001 consid. 3b).

En l'occurrence, d'après l'état de fait déterminant, la différence n'était pas décelable de visu et le locataire n'en a pas eu connaissance avant les calculs d'un ingénieur en automne 2005. Le locataire pouvait se fier à la surface qui lui était indiquée, sans être tenu de procéder lui-même à des calculs (cf. consid. 2.1 in fine ci-dessus). Aucune constatation

cantonale ne permet de penser que le locataire ait été à même de se rendre compte de la différence auparavant, à telle enseigne que, de son absence de réaction, l'on puisse déduire que la question n'avait pas d'importance pour lui. La présente espèce se distingue donc de celles où l'indifférence du locataire a été admise.

La cour cantonale semble avoir considéré qu'en occupant les locaux pendant plusieurs années sans protester, le locataire avait montré, par son comportement, que les locaux loués étaient conformes à ses attentes et qu'il ne souhaitait pas une surface plus importante.

En raisonnant ainsi, la Chambre des recours a perdu de vue que le contrat de bail comporte deux prestations qui s'échangent: la cession de l'usage d'une chose et le paiement du loyer (art. 253 CO). Or, le différend ne se pose pas sous l'angle de la détermination de la chose (le locataire savait quels locaux lui étaient loués et il les connaissait), mais sur la détermination du loyer (qui a été effectuée en fonction des mètres carrés). Il est sans doute exact de dire que le locataire se satisfaisait des locaux qui lui étaient loués, mais la question est de savoir si l'intéressé était subjectivement disposé à payer un loyer surfait parce que celui-ci avait été arrêté en fonction d'une surface erronée. Du moment que la différence de surface est de 41,8 m² et que le loyer a été arrêté sur la base approximative d'un prix de 197 fr. le mètre carré, l'écart en valeur est d'environ 8'200 fr. par an. Il est insoutenable de penser que l'exploitant d'une petite entreprise est indifférent à l'idée de payer 8'200 fr. de trop par année. Rien ne permet de supposer que le locataire n'attachait aucune importance à la surface qui lui était indiquée pour apprécier le montant du loyer demandé. On doit bien au contraire reconnaître qu'une telle différence était aussi subjectivement essentielle. Partant, il sied d'admettre - contrairement à la cour cantonale - que le locataire a invalidé partiellement le contrat pour cause d'erreur essentielle au sens de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO.

Les calculs effectués par les juges de première instance pour réajuster les loyers convenus en fonction de la surface effective et pour déterminer ainsi le trop-perçu à restituer n'ont été critiqués par aucune des parties devant le Tribunal fédéral, de sorte qu'il suffit d'en revenir au jugement de première instance. La cause sera renvoyée à l'autorité précédente pour déterminer à nouveau les frais et dépens de la procédure cantonale, puisque l'abandon de certaines conclusions - que le Tribunal fédéral n'a pas dû examiner - peut poser problème. »

Va ancora rammentato che in DTF 130 III 49 l'Alta Corte ha stabilito che una convenzione d'indennizzo non può essere impugnata quando l'errore concerne un punto che era controverso e che avrebbe dovuto essere risolto con la convenzione (*caput controversum*). Se le parti sono partite, basandosi su una perizia, da una fattispecie errata, può sussistere un errore essenziale. Un'impugnazione parziale del contratto è possibile, se il suo contenuto è soggettivamente e oggettivamente divisibile in maniera che la parte rimanente costituisca ancora un contratto completo con un senso.

L'Alta Corte ha rammentato:

„3.2 Das Gesetz regelt in Art. 20 Abs. 2 OR den Fall der Teilnichtigkeit, während die Teilanfechtung in Art. 23 und 31 OR unerwähnt bleibt. Die neuere Lehre und Rechtsprechung haben sich jedoch für eine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auf die Vertragsanfechtung ausgesprochen (erstmalig BGE 78 II 216 E. 5 S. 217 f.; nunmehr BGE 107 II 419 E. 3a S. 423 f.; BGE 123 III 292 E. 2 S. 294 ff.; anders noch BGE 47 II 314 E. 1 S. 316).

Die Teilanfechtung eines Vertrages wegen Grundlagenirrtums setzt voraus, dass sein Inhalt in subjektiver wie objektiver Hinsicht teilbar ist, so dass der verbleibende Teil noch immer ein sinnvolles Vertragsganzes bildet, das für sich selbst bestehen kann. Subjektiv teilbar bedeutet, dass der irrige Sachverhalt nur als Vertragsteil neben anderen *conditio sine qua non* des Vertragsabschlusses war. Objektiv teilbar bedeutet, dass diese Teile auch nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als für

sich bestehend angesehen werden dürfen (SCHMIDLIN, a.a.O., N. 156 zu Art. 23/24 OR).

3.3 Auf den ersten Blick könnte die progressiv ausgestaltete Entschädigungstabelle gegen eine Teilanfechtung sprechen, weil eine Erhöhung des Invaliditätsgrades zu einer ungleich höheren Entschädigung führt. Dies macht denn die Klägerin sinngemäss auch geltend. Indes waren die Entschädigungstabelle und deren Anwendbarkeit nie *caput controversum*: Zwischen den Parteien war zu keinem Zeitpunkt strittig, dass auf den durch Gutachten festgestellten bzw. den sich aus gegenseitigen Zugeständnissen schlussendlich ergebenden Invaliditätswert der entsprechende Faktor der Tabelle anzuwenden sei. Für die Beteiligten war somit von vornherein klar, dass beispielsweise ein doppelter Invaliditätsgrad zu mehr als der doppelten Entschädigung führen würde, und für jeden weiteren Invaliditätsanteil lässt sich auf den Franken genau die zusätzlich geschuldete Summe berechnen. In diesem Sinn ist nicht nur der der Vereinbarung zu Grunde liegende Sachverhalt, sondern auch der Inhalt der Entschädigungsvereinbarung teilbar. Ebenso wenig steht der Teilbarkeit des Vertragsinhaltes das Faktum entgegen, dass sich physische und psychische Beeinträchtigungen allenfalls gegenseitig beeinflussen können (in diesem Sinn macht die Beklagte in der Berufungsantwort geltend, die Invaliditätswerte des neurologischen und des orthopädischen Gutachtens dürften nicht einfach unesehen addiert werden, weil Letzteres stark auf die subjektiven Angaben der unter psychischen Beeinträchtigungen leidenden Klägerin abstelle): Auch ein allfälliges interdisziplinäres Gutachten müsste für jedes einzelne neurologische und organische Defizit einen prozentmässigen Invaliditätsgrad bezogen auf die gesamte körperliche Integrität festlegen, weshalb es ohne weiteres möglich wäre, die (gegenüber dem Gutachten B. höheren oder tieferen) neurologischen Werte ausser Acht zu lassen und einzig die allfälligen orthopädischen Beeinträchtigungen zu übernehmen. Im Übrigen dürfte es ohnehin genügen, das Gutachten C. mit Abklärungen zu verifizieren, die unter Einbezug der bereits festgelegten neurologischen Werte auf orthopädische Fragen beschränkt sind.“

In concreto l'errore essenziale dell'assicuratore consiste nel fatto di aver creduto, a torto, che l'attore non andava assoggettato alla LAMal e che quindi avrebbe potuto sottoscrivere l'assicurazione

L'assicuratore ha chiesto l'annullamento del contratto entro un anno da quando l'attore ha segnalato questa problematica alla convenuta (con lo scritto del 19 ottobre 2012 pervenuto all'assicuratore il 23 ottobre 2012, cfr. inc. 36.2014.82). Infatti, già con lettera del 7 febbraio 2013 ha manifestato l'intenzione di chiedere l'annullamento della convenzione (doc. 9, inc. 36.2014.82), poi ribadita il 22 aprile 2013 (doc. 11, inc. 36.2014.82) e con la decisione formale del 22 ottobre 2013 (doc. 18 inc. 36.2014.82).

Tuttavia l'annullamento del contratto per errore essenziale non implica solamente la ripetizione delle pretese (premi pagati dall'assicurato e prestazioni rimborsate dall'assicuratore).

Infatti, per l'art. 26 cpv. 1 CO la parte che prevalendosi del proprio errore si sottrae agli effetti del contratto, è tenuta al risarcimento dei danni pel mancato contratto, ove l'errore derivi da sua colpa, salvo che l'altra parte l'abbia conosciuto o dovuto conoscere.

In concreto non vi può essere alcun dubbio che l'errore derivi da colpa dell'assicuratore il quale, malgrado l'assicurato abbia compilato correttamente la proposta d'assicurazione, non ha verificato se il

medesimo andava affiliato alla LAMal o se l'interessato aveva in qualche modo chiesto l'esonero dall'obbligo assicurativo.

Per contro non può essere ritenuto che l'attore abbia conosciuto o dovesse conoscere l'errore.

Spettava infatti alla convenuta, cui l'assicurato ha fornito tutte le informazioni necessarie, e meglio ha indicato la sua data di nascita, ha precisato di essere un pensionato svizzero ed ha fornito l'indirizzo del suo domicilio all'estero, accertare se, in virtù degli accordi bilaterali, l'attore non andava piuttosto affiliato alla LAMal. Del resto, la circostanza che l'assicuratore fosse ben cosciente della convenzione sottoscritta, emerge dall'e-mail del 17 ottobre 2012 di _____, che ha scritto per "conto di _____", al rappresentante dell'attore dove figura che "_____, avec l'entrée en vigueur des accords bilatéraux le 1er juin 2002, a reconnu le 23 août 2002 l'assurance _____ comme "assurance équivalente". Comme conséquence Monsieur AT 1 (retraite) dispose de la couverture d'assurance prescrite. Le 25.03.2009 Monsieur AT 1 a se choisi pour l'_____. C'est une assurance privée subordonnée à la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) et non à la Loi fédérale sur l'assurance maladie (LAMal). » (doc. E, inc. 36.2014.82).

A questo proposito va rammentato che in ambito di assicurazioni sociali, in una sentenza 9C_97/2009 del 14 ottobre 2009 il TF ha ammesso la buona fede di un assicurato che non era stato informato correttamente dal proprio assicuratore circa cure dentarie effettuate all'estero. L'Alta Corte ha evidenziato che dalla documentazione trasmessa dall'insorgente alla Cassa, emergeva che l'interessato intendeva sottoporsi ad interventi dentari a carico di uno specialista esercitante in _____ e che il trattamento sarebbe stato eseguito un mese dopo. Per il TF l'assicuratore avrebbe dovuto rendersi conto che secondo quanto indicato, il ricorrente avrebbe potuto perdere il suo diritto al rimborso delle prestazioni. La cassa avrebbe pertanto dovuto reagire ed informare l'insorgente circa le norme applicabili in un caso simile. Non essendo intervenuto, l'assicuratore ha violato l'art. 27 cpv. 2 LPGA (consid. 3.2).

L'Alta Corte ha rammentato che il riconoscimento di un dovere d'informazione ai sensi dell'art. 27 LPGA dipende dalla circostanza di sapere se l'assicuratore sociale disponeva, nella situazione concreta che si presentava, di indizi sufficienti che gli avrebbero imposto, secondo il principio della buona fede, di informare l'assicurato. Non si può tuttavia pretendere dall'assicuratore che fornisca informazioni che si può ammettere che siano conosciute in maniera generale, altrimenti l'amministrazione rischierebbe di sommergere a titolo preventivo l'assicurato di informazioni che non gli sono necessarie o che neppure pretende ("La reconnaissance d'un devoir de conseils au sens de cette disposition dépend bien plutôt du point de savoir si l'assureur social disposait, selon la situation concrète telle qu'elle se présentait à lui, d'indices suffisants qui lui imposaient au regard du principe de la bonne foi de renseigner l'intéressé. On ne saurait cependant attendre de l'assureur social qu'il donne des informations dont on peut admettre qu'elles sont connues de manière générale, sans quoi l'administration risquerait à titre préventif de submerger l'assuré d'informations qui ne lui sont pas nécessaires ou qu'il ne

souhaite pas (arrêt 9C_894/2008 du 18 décembre 2008 consid. 3.2, in RSAS 2009 p. 132).”).

Il TF ha stabilito che la presa a carico di un trattamento dentario ai sensi della LAMal è una questione relativamente complessa poiché dipende da differenti condizioni (art. 31 LAMal), il cui apprezzamento non è evidente alla sola lettura della legge. Le norme non sono formulate in maniera tale che il rimborso appaia eccezionale, di modo che non è possibile ritenere un dovere dell'assicurato di conoscere la situazione legale. L'Alta Corte ha inoltre evidenziato che lo stesso funzionario della Cassa che si era occupato della fattispecie non si era probabilmente reso conto che vi era un ostacolo al rimborso delle prestazioni, per cui l'assicuratore non può rimproverare al proprio assicurato una situazione giuridica che era apparentemente sfuggita anche ad un proprio collaboratore (*“En l'occurrence, la prise en charge d'un traitement dentaire par l'assurance-maladie obligatoire est une question de droit relativement complexe, puisqu'elle dépend de différentes conditions (art. 31 LAMal) dont l'appréciation n'est pas évidente à la seule lecture de la loi. Celle-ci n'est pas formulée de telle manière que le remboursement des frais relatifs aux soins dentaires apparaisse exceptionnel, de sorte qu'on ne saurait parler d'un "devoir" de l'intimé - lequel se savait atteint d'une maladie dont le traitement médicamenteux entraînait des effets au niveau dentaire - de connaître la situation légale. On ajoutera que les "Conditions particulières de l'assurance des soins selon LAMal (catégorie AH)" de la recourante renvoient aux art. 17 à 19a OPAS, ce qui ne permet pas à l'assuré de se rendre compte d'emblée du caractère exceptionnel du remboursement en question. Quant à l'allégation sur la notoriété du caractère exceptionnel du remboursement des soins prodigués à l'étranger, elle apparaît d'autant moins fondée que la recourante a justifié le délai avec lequel elle a informé l'assuré par le fait que le gestionnaire du dossier ne s'était probablement pas rendu compte qu'il y avait un obstacle juridique à la prise en charge (procès-verbal de comparution des parties du 16 janvier 2008). On comprend mal comment la recourante peut reprocher à son assuré d'ignorer une situation juridique dont l'évidence avait apparemment échappé à son propre collaborateur.”*).

Per un'ulteriore applicazione dell'art. 27 LPGA in ambito di cure all'estero cfr. anche la sentenza 9C-35/2010 del 28 maggio 2010, consid. 6.2 e seguenti dove l'Alta Corte ha riconosciuto, in parte, la buona fede dell'assicurato.

Questo Tribunale ha applicato il medesimo principio in una sentenza 36.2014.12 del 26 maggio 2014. In quel caso un assicurato residente in Svizzera aveva iniziato un'attività lucrativa in un Paese _____. L'assicuratore, malgrado l'interessato avesse fornito correttamente tutte le indicazioni (in particolare il luogo di lavoro, il tipo di permesso, la nazionalità), non lo aveva affiliato correttamente. Il TCA ha protetto la sua buona fede, rilevando che spettava all'assicuratore e non certo all'assicurato, applicare correttamente le norme internazionali, non sempre di facile comprensione, al caso di specie.

Anche in concreto dagli atti emerge che l'attore, allorquando ha

sottoscritto la proposta assicurativa per l'assicurazione _____ della convenuta, ha compilato senza errori il modulo, indicando di essere pensionato, di essere nato nel _____ e di essere di nazionalità svizzera.

Egli ha esposto la sua situazione in maniera completa e corretta.

La Cassa convenuta avrebbe pertanto dovuto rendere attento l'attore circa le norme internazionali applicabili al caso di specie, o comunque approfondire insieme all'interessato la questione.

L'assicuratore si è invece limitato a prendere atto di quanto contenuto nel formulario, ha inserito una riserva per le malattie alla colonna vertebrale ed ha ammesso l'interessato all'assicurazione _____ con effetto dal 1° maggio 2009, accettando il pagamento dei premi assicurativi e pagando tutte le fatture regolarmente.

Solo quando lo stesso assicurato, il 19 ottobre 2012, ha iniziato a sollevare dubbi circa la correttezza della copertura assicurativa, la convenuta ha deciso di annullare il contratto con effetto retroattivo.

L'attore poteva ritenere di essere assicurato correttamente. Ciò vale a maggior ragione in un ambito particolare e complesso quale l'applicazione del diritto internazionale. Il ricorrente, cittadino comune a digiuno di conoscenze nelle assicurazioni sociali e private, che ha compilato correttamente la proposta d'assicurazione e che ha accettato la riserva decisa dall'assicuratore, andava informato correttamente dalla convenuta (cfr., circa la complessità del diritto internazionale in materia di assoggettamento all'assicurazione malattie anche la DTF 136 V 295, dove il TF ha stabilito che in mancanza della prova della notifica [o comunque della pubblicazione su di un organo ufficiale] dell'atto con cui è stata concessa la possibilità di chiedere, in via di sanatoria, l'esenzione dall'obbligo assicurativo in Svizzera e di optare in favore del sistema sanitario italiano, il ricorrente [frontaliero] poteva validamente esercitare tale diritto al momento della decisione di assoggettamento d'ufficio alla LAMal [consid. 5.8-5.10]). La complessità della questione è comprovata dal fatto che il medesimo assicuratore non ha mai messo in dubbio la corretta affiliazione dell'interessato, malgrado le numerosissime fatture pervenutegli ed anzi, ancora con e-mail del 17 ottobre 2012 ha in sostanza confermato la correttezza della conclusione dell'assicurazione _____ (doc. F, inc. 36.2014.82).

Non si vede come un semplice cittadino che, in seguito alla cessazione dell'esercizio di un assicuratore all'estero, chiede di poter essere affiliato presso un'altra cassa malati svizzera e compila correttamente la proposta d'assicurazione possa essere a conoscenza delle norme internazionali circa l'obbligo assicurativo (cfr. sentenza 9C_97/2009 del 14 ottobre 2009, consid. 3.3 in fine), se neppure l'assicuratore sembrava esserne al corrente.

Alla luce di quanto sopra esposto questo TCA evidenzia che l'attore va considerato in buona fede e pertanto non può essere tenuto alla restituzione di quelle prestazioni di cui ha usufruito in seguito alla conclusione del contratto assicurativo e la convenuta è tenuta di conseguenza al risarcimento danni in seguito al mancato

contratto. Anche perché, se la convenuta avesse rifiutato di sottoscrivere un'assicurazione che comprendeva il rimborso delle prestazioni in ambito privato, l'attore avrebbe potuto rivolgersi ad un altro assicuratore.

In concreto il patrimonio dell'assicurato deve trovarsi nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se le parti non avessero concluso il contratto. Egli non deve incorrere in alcuna perdita.

Per cui la convenuta non può chiedere all'attore il rimborso di *tutte* le prestazioni da lei pagate nel corso di questi anni, compensando in parte con i premi da lui pagati.

Piuttosto la convenuta deve coprire la differenza tra quanto già rimborsato per il tramite della _____, ritenuto che nel frattempo l'attore in buona fede ha usufruito di prestazioni con tariffe in ambito privato, e quanto rimborsato dalla LAMal.

In concreto la convenuta rileva di aver preso a carico fr. 98'927.40 di prestazioni lorde, corrispondenti a fr. 95'727.40 di prestazioni nette. Nell'ambito della parallela procedura LAMal sono state riconosciute prestazioni lorde per fr. 46'828.80 (nette: fr. 42'828.80 [46'828.80 – 4'000]), oltre alle prestazioni a carico della LAMal, fatte valere in un secondo tempo, di fr. 17'493.90 (fr. 10'497.50 + 6'996.40; cfr. inc. 36.2014.82).

Ne segue che fr. 52'098.60 (98'927.40 – 46'828.80) restano a carico dell'assicuratore convenuto, mentre l'importo di fr. 46'828.80 va compensato con i premi da restituire all'attore di fr. 39'063 per un ammontare a favore dell'assicuratore di fr. 7'765.80, cui vanno aggiunte le franchigie per fr. 3'200 (cfr. la differenza tra 98'927.40 di prestazioni lorde e fr. 95'727.40 di prestazioni nette), per complessivi fr. 10'965.80, che vengono estinti dalla compensazione decisa nell'ambito della parallela procedura LAMal (inc. 36.2014.82). La domanda riconvenzionale va di conseguenza respinta.

Inoltre, ritenuto che il patrimonio dell'assicurato deve trovarsi nella medesima situazione in cui si sarebbe trovato se le parti non avessero concluso il contratto, che egli non deve incorrere in alcuna perdita e che il giudice, ai sensi dell'art. 26 cpv. 2 CO, può concedere un maggior risarcimento quando l'equità lo chieda, nel preciso caso di specie il passaggio nelle assicurazioni complementari avvenuto il 1° gennaio 2013 senza esame dello stato di salute va confermato.

All'attore, rappresentato da una persona cognita in materia, vanno assegnate congrue ripetibili.

2.5. 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'attore.

Per questi motivi

dichiara e pronuncia

1. La petizione è **parzialmente accolta** ai sensi dei considerandi.
§ Il contratto _____ è annullato. Le pretese reciproche delle parti sono compensate, tranne fr. 52'098.60 che restano a carico dell'assicuratore.
§§ Il passaggio di AT 1 nelle assicurazioni complementari di CV 1 dal 1° gennaio 2013 senza esame dello stato di salute è confermato.
2. La domanda riconvenzionale di CV 1 è respinta.
3. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. CV 1 verserà all'attore fr. 2'000 a titolo di ripetibili (IVA inclusa se dovuta).
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