

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160831\_i\_ti\_o\_01 vom 31. August 2016**

FINMA Versicherungsrecht, 2016-08-31, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20160831\\_i\\_ti\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20160831_i_ti_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160831\_i\_ti\_o\_01 du 31 août 2016

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20160831\_i\_ti\_o\_01 del 31 agosto 2016

## **Erwägungen**

### **E. 6**

segg. le prestazioni per trattamenti ambulatoriali, trattamenti stazionari e rimedi curativi della medicina alternativa, nella misura in cui ciò è utile al trattamento di una malattia o di postumi di infortunio. Per ogni anno civile assicurato, previa detrazione della partecipazione ai costi ai sensi dell'art. 14, l'assicuratore assume complessivamente al massimo l'importo annuale riportato nella polizza. In concreto ciò corrisponde ad un importo massimo di fr. 10'000.-- all'anno, tenuto conto di una franchigia di fr. 300.-- e di una

partecipazione ai costi del 20% (cfr. doc. A1).

Per l'art. 6.1 CGA sia il fornitore di prestazioni scelto come pure il metodo applicato devono essere riportati nelle liste dell'assicuratore, figuranti nell'allegato. Determinanti sono le liste valedoli al momento del trattamento. Secondo l'art. 6.2 CGA la AT 1 compila una lista dei metodi e una lista dei fornitori di prestazioni. Nell'ambito dell'art. 5 l'assicuratore assume i costi per i metodi della medicina alternativa, a condizione che il trattamento venga eseguito da un fornitore di prestazioni riconosciuto da AT 1 per il metodo scelto. Il metodo e il fornitore di prestazioni devono essere riportati sulla lista determinante. I rimedi curativi vengono assunti, se prescritti e consegnati con appropriatezza nell'ambito di un metodo riconosciuto dalla AT 1, per l'applicazione del quale il fornitore di prestazioni è riconosciuto dalla AT 1. La AT 1 si riserva di compilare una lista negativa dei rimedi curativi.

2.3. In concreto la convenuta non contesta che dal 2007 al 2011 ha trasmesso all'assicuratore fatture per prestazioni eseguite presso il \_\_\_\_\_ per un importo complessivo di fr. 23'042.-- né di aver ottenuto un rimborso di fr. 17'825.40. A questo proposito va evidenziato che quanto affermato in sede di risposta (doc. IV: "le fatture inviate alla Cassa Malati AT 1 sono sempre state pagate e il rimborso fatto direttamente alla Signora \_\_\_\_\_"), va inteso nel senso che l'interessata trasmetteva le fatture all'assicuratore il quale la rimborsava e quanto ricevuto era successivamente versato sul conto della responsabile del Centro (verbale di interrogatorio del 22 gennaio 2013, doc. A10 pag. 3: "[...] io normalmente pagavo le fatture a contanti a \_\_\_\_\_". Prevalentemente attendevo di ricevere il rimborso dalla cassa malati e poi procedevo al pagamento [...] e pag. 5: "[...] è capitato che io pagassi le fatture versando l'importo dovuto sul conto corrente postale di \_\_\_\_\_").

L'assicurata sostiene tuttavia che tutte le cure effettuate sono state eseguite lecitamente, che non ha beneficiato di trattamenti estetici e che ha pagato personalmente tutte le creme vendutele. Essa ritiene di conseguenza di non dover restituire alcunché, essendo in buona

fede. A questo proposito ha prodotto due certificati del chiropratico curante, dr. med. \_\_\_\_\_, il primo del 21 ottobre 2015 (doc. 1) ed il secondo del 28 novembre 2007 (doc. 2).

Da parte sua l'assicuratore, sulla base dell'inchiesta penale e della condanna di cui al Decreto d'accusa del 10 agosto 2015 ritiene che la truffa dell'assicurata sia ormai comprovata e chiede l'annullamento del contratto con effetto retroattivo ai sensi dell'art. 40 LCA, con conseguente restituzione di tutte le prestazioni.

2.4. Ai sensi dell'art. 40 LCA l'assicuratore non è vincolato al contratto di fronte all'avente diritto, se questi od il suo rappresentante, nell'intento di indurlo in errore, ha dichiarato inesattamente o taciuto dei fatti che escluderebbero o limiterebbero l'obbligo dell'assicuratore, o se, nel medesimo intento, egli non ha fatto o ha fatto tardivamente le comunicazioni che per l'articolo 39 della presente legge gl'incombono.

La norma esige, dal punto di vista oggettivo, che la dissimulazione o la dichiarazione inesatta dei fatti sia idonea a influenzare l'esistenza o l'estensione di un'obbligazione dell'assicuratore, ossia che sulla base di una dichiarazione corretta dei fatti l'assicuratore avrebbe fornito una prestazione maggiore o minore. È inoltre necessario, dal punto di vista soggettivo, che l'avente diritto abbia agito con la consapevolezza e la volontà di indurre in errore l'assicuratore, poco importando se sia o meno riuscito nel suo intento (sentenza 5C.99/2002 del 12 giugno 2002, consid. 3.1; sentenza 5C.48/2003 del 16 maggio 2003, consid. 2.2; sentenza 5C.2/2007 del 17 ottobre 2007 consid. 4.1; sentenza 5C.265/2006 del 19 marzo 2008, consid. 4.1.2). L'onere della prova circa l'esistenza di dichiarazioni fraudolente dell'assicurato volte ad indurre in errore l'assicuratore incombe a quest'ultimo (DTF 130 III 321 consid. 3.1; sentenza 5P.399/1998 del 10 novembre 1998, consid. 2c/aa; sentenza 5C.11/2002 dell'11 aprile 2002 consid. 2a; sentenza 5C.99/2002 del 12 giugno 2002 consid. 3.1; sentenza 5C.48/2003 del 16 maggio 2003, consid. 2.2; sentenza 5C.8/2004 del 1° luglio 2004, consid. 2.1; sentenza 5C.2/2007 del 17 ottobre 2007, consid. 4.1).

Con sentenza 4A\_432/2015 dell'8 febbraio 2016 al consid. 5.3, il TF ha rammentato che l'applicazione dell'art. 40 LCA necessita la volontà di indurre in errore l'assicuratore, la quale è data laddove la persona assicurata, coscientemente e volontariamente, afferma cose false per ottenere un vantaggio patrimoniale. Va qui evidenziato che per giurisprudenza costante del Tribunale federale è sufficiente che l'intenzione di indurre in errore l'assicuratore ai sensi dell'art. 40 LCA sia comprovata secondo il principio della verosimiglianza preponderante (cfr. sentenza 4A\_432/2015 dell'8 febbraio 2016 al consid. 2.2 con rinvio alla sentenza 4A\_382/2014 del 3 marzo 2014, consid. 5.3 e sentenza 4A\_431/2010 del 17 novembre 2010, consid. 2.5).

L'art. 53 CO (applicabile in tutto il diritto privato: cfr. sentenza 4A\_533/2013 del 27 marzo 2014, consid. 3.3: "[...] Art. 53 OR, der im ganzen Privatrecht anwendbar ist [...]") e che regola l'indipendenza del Giudice civile rispetto al codice penale, al giudizio penale di assoluzione e al giudizio, in generale, del Giudice penale (cfr. sentenza 4A\_533/2013 del 27 marzo 2014, consid. 3.3: "[...] regelt die Unabhängigkeit der Zivilrichters gegenüber dem Strafgesetz, dem freisprechenden Urteil des Strafgerichts und dem Urteil des Strafrichters überhaupt [...]") al cpv. 1 prevede che nel giudizio circa l'esistenza o la non esistenza della colpa e la capacità di discernimento il giudice non è vincolato dalle disposizioni di diritto penale, che regolano l'imputabilità, né dalla sentenza di assoluzione in sede penale.

Secondo l'art. 53 cpv. 2 CO così pure il giudice civile non è vincolato dalla sentenza penale circa l'apprezzamento della colpa e la determinazione del danno.

A questo proposito la dottrina rammenta che l'art. 40 LCA descrive uno stato di fatto retto dal diritto civile. La truffa ai sensi dell'art. 146 CP non è identica, nella misura in cui il diritto penale conosce l'elemento qualificativo dell'agire astuto e applica, in parte, norme probatorie (quale "in dubio pro reo") che il diritto civile non conosce (cfr. Nef, in Basler Kommentar, n. 3 e seguenti ad art. 40 LCA). Occorre pertanto sempre stabilire autonomamente, in base alle norme del diritto civile, se le condizioni oggettive e soggettive dell'art. 40 LCA sono adempiute. Tuttavia, la medesima dottrina rileva che l'indipendenza del giudice civile nei confronti del giudizio penale vale segnatamente in caso di assoluzione della persona assicurata. Infatti sovente gli elementi costitutivi della truffa non trovano conferma in ambito penale poiché manca l'inganno astuto previsto dall'art. 146 CP. L'art. 40 LCA non richiede la prova dell'inganno astuto, così che un'assoluzione in ambito penale non necessariamente implica l'assenza di una frode ai sensi dell'art. 40 LCA. Neppure una condanna della persona assicurata ai sensi dell'art. 146 CP può essere ripresa senza approfondimenti dal Giudice civile, segnatamente laddove si possa concludere che il Giudice penale abbia commesso un errore nel giudizio (Nef, op. cit., n. 6 ad art. 40). Le autorità penali hanno possibilità maggiori di accertare i fatti. Il Giudice civile può utilizzare gli atti penali nell'ambito del libero apprezzamento delle prove (Nef, op. cit. n. 7 ad art. 40).

Come rammenta il TF nella sentenza 4A\_319/2012 del 28 gennaio 2014 al consid. 4.1, secondo la giurisprudenza, se da un lato l'art. 53 CO impone al giudice civile di pronunciarsi sull'apprezzamento della colpa e sulla determinazione del danno senza tener conto di una sentenza penale intervenuta in precedenza, dall'altro lato non gli impedisce, nei limiti stabiliti dal pertinente diritto processuale, di riferirsi alle risultanze e agli accertamenti di fatto che emergono nel processo penale, procedendo poi a una valutazione autonoma degli stessi sotto il profilo del diritto civile (DTF 125 III 401 consid. 3; v. pure sentenza 4C.74/2000 del 16 agosto 2001 consid. 1, 3 e 4b; cfr. anche sentenza 4A\_533/2013 del 27 marzo 2014, consid. 3.3 e sentenza 4A\_319/2012 del 28 gennaio 2013, consid. 4.1; cfr. anche la sentenza 4A\_491/2013 del 6 febbraio 2014).

2.5. In concreto l'assicurata in sede penale è stata condannata per ripetuta truffa e ripetuta falsità in documenti, segnatamente per avere accettato di far risultare contrariamente al vero su quattordici fatture anziché i trattamenti estetici effettuati, i prodotti estetici ed i complementi vitaminici ricevuti, tutti non riconosciuti dall'assicurazione complementare in oggetto, trattamenti di medicina complementare fittizi, mai effettuati, nonché un numero di sedute maggiori a quelle realmente effettuate e prestazioni retrodatate, nonché per aver trasmesso la medesima fattura ad entrambe le assicurazioni complementari delle casse malati cui era affiliata (AT 1 ed \_\_\_\_\_), ottenendo in tal modo un rimborso superiore all'importo indicato sulla fattura (cfr. doc. A 14), trasmettendo personalmente alla cassa malati AT 1 le fatture elencate e sottacendo il fatto che erano in realtà dei falsi in quanto le prestazioni indicate sulle stesse non erano mai state effettuate.

2.5.1. Dal punto di vista oggettivo gli estremi per l'applicazione dell'art. 40 LCA sono adempiuti.

Dall'istruttoria è emerso che l'interessata trasmetteva direttamente

all'assicuratore le fatture emesse dal \_\_\_\_\_ per il rimborso (verbale di udienza, doc. VI: “[...] Da che mi ricordo sono sempre stata io a trasmettere le fatture [...]”).

Le fatture trasmesse all'attrice costituivano, perlomeno in parte, dei falsi. Sia perché sono state emesse per prestazioni in realtà mai usufruite nelle date figuranti sulle fatturazioni medesime, sia perché le prestazioni non a carico dell'assicuratore venivano sostituite, in fase di fatturazione, dalle prestazioni rimborsate dall'assicurazione complementare. Ciò trova conferma sia nei documenti prodotti dalle parti, sia negli accertamenti della Procuratrice Pubblica e contenuti nel verbale di interrogatorio del 22 gennaio 2013 del Ministero Pubblico (doc. A10).

La convenuta si era recata presso il \_\_\_\_\_ una prima volta il 28 marzo 2003, quando ha ottenuto delle prestazioni nel biennio 2003/2004 (doc. A10/1).

Successivamente l'assicurata si è nuovamente rivolta al medesimo centro nel corso del mese di novembre 2007 (doc. A10/2).

A questo proposito nel verbale figura che “la PP mi sottopone le fatture del 23 febbraio 2007, 30.06.2007 e 26.11.2007 (DOC. 3). sulla scheda anamnesi risulta che io (ndr: in concreto: la convenuta) avrei fatto 14 massaggi nel periodo 20 novembre 2007 – 21 dicembre 2007. La PP mi dice che le prime due fatture indicano certamente trattamenti non effettuati nelle date riportate, ritenuto che io ho ricominciato a frequentare il centro a fine 2007. La PP mi dice pure che dalla scheda anamnesi risulta che le terapie da me effettuate ammontava a CHF 1'710, a cui è stato aggiunto un importo di CHF 564 per l'acquisto di prodotti per un totale di CHF 2'274, sempre dalla scheda anamnesi che tutto ciò è stato fatturato con tre fatture da CHF 1'350 cadauna, che corrispondono alle fatture che mi sono state sottoposte. Tali fatture sono state rimborsate dalle mia cassa malati per un totale di CHF 3'317.90 dalla AT 1 e CHF 726.30 dalla \_\_\_\_\_ (...)” (doc. A10, pag. 3).

Effettivamente, la scheda anamnesi di cui al doc. A10/2 indica che la convenuta si è recata presso il centro in data 19 novembre 2007. A pag. 3 (“scheda 1”) figura che l'assicurata ha usufruito di 14 massaggi (+ \_\_\_\_\_ [ossia una terapia fornita dal medesimo centro per dimagrire e non a carico dell'assicuratore; cfr. doc. VI]) dal 20 novembre 2007 al 31 dicembre 2007 per un importo complessivo di fr. 1'710. Essa ha inoltre ricevuto creme di vario tipo per un totale di fr. 564. Complessivamente le prestazioni usufruite ammontano a fr. 2'274. In calce alla scheda 1 figura che sarebbero state emesse tre fatture di fr. 1'350 (cfr. anche verbale di interrogatorio del 22 gennaio 2013). Ora, il \_\_\_\_\_ ha trasmesso alla convenuta tre fatture, datate 23 febbraio 2007, 30 giugno 2007 e 26 novembre 2007 di fr. 1'350 l'una (cui ha poi aggiunto l'IVA), dove figurano quali prestazioni massaggi e cromoterapia. Quindici massaggi sono stati fatturati dal 5 gennaio 2007 al 23 febbraio 2007 (doc. A10/2/A) e dal 15 maggio 2007 al 28 giugno 2007 (doc. A10/2/B), ossia un periodo durante il

quale la convenuta non si era ancora recata presso il citato Centro per effettuare questo tipo di cure. La successiva fatturazione concerne quindici sedute di cromoterapia dal 9 ottobre 2007 al 26 novembre 2007, ossia prestazioni non usufruite in quel periodo (doc. A10/2/C).

Ciò trova conferma anche nella documentazione che la medesima assicurata ha trasmesso con la risposta di causa, e meglio i certificati del medico curante, il chiropratico dr. med. \_\_\_\_\_. Il 28 novembre 2007 lo specialista si è rivolto alla \_\_\_\_\_ ed ha affermato che “la paziente sopracitata è in cura da me dal 27 settembre '07 a causa delle

sequele dell'incidente avvenuto il 19 settembre dello stesso anno (...)", che la paziente ha seguito un ciclo (di cure) "che per intanto è stato di quattro consultazioni". Non potendo seguire i trattamenti necessari presso il medesimo studio, "in data 13 novembre 2007 (ultima consultazione) abbiamo discusso con la paziente dell'eventualità di completare o dare supporto al lavoro fatto qui in studio da noi con delle eventuali sedute di massaggi per permettere al corpo di meglio tenere le correzioni effettuate qui in studio (...) Associando quindi le visite di chiropratica a delle sedute di massaggio speriamo che (...)" (doc. 2, sottolineature del redattore). Il 21 ottobre 2015 il medesimo specialista ha rilevato che le cure presso di lui sono iniziate il 15 giugno 2007, che i trattamenti chiropratici sono iniziati per sostenere la zona lombare per la gravidanza in corso ed in seguito per una caduta sul bacino per la quale è stato aperto un caso infortunio presso la \_\_\_\_\_. Il medico ha evidenziato che "essendo stata la paziente molto distante dal nostro studio, non potendo cioè seguire la frequenza richiesta clinicamente delle consultazioni, è stata discussa l'eventualità di effettuare delle sedute di massaggio per non perdere l'efficacia del lavoro svolto nelle nostre consultazione. Non conoscendo però nessuno nella zona della paziente le abbiamo lasciato libera la scelta del massaggiatore" (doc. 1).

Alla luce della documentazione agli atti e delle dichiarazioni del medesimo curante che fa risalire la decisione di effettuare delle sedute di massaggi al 13 novembre 2007, questo TCA deve concludere come comprovato che la convenuta non ha effettuato massaggi prima del 19 novembre 2007 (data della scheda anamnesi riportata nel documento del \_\_\_\_\_) e dunque le due fatture che riportano le citate prestazioni per il periodo dal 5 gennaio 2007 al 28 giugno 2007 sono dei falsi. Ciò vale anche per la fatturazione della cromoterapia dal 9 ottobre 2007 al 26 novembre 2007, non figurante nelle schede prodotte e neppure tra le cure proposte nel 2007 dal medico curante.

A comprova della falsità della documentazione vi è pure la circostanza che dal 20 novembre 2007 al 31 dicembre 2007 l'interessata, comprese le creme, ha usufruito di prestazioni per fr. 2'274.--, mentre le tre fatture, complessivamente ammontano a fr. 4'050.-- (1'350 X 3 senza IVA). Ora, nella scheda successiva, relativa al 2008, figura la dicitura: "in buono 1'776.--", ossia proprio la differenza tra fr. 4'050.-- e fr. 2'274.-- (doc. A10/2).

Non va poi dimenticato che nel verbale di interrogatorio del 22 gennaio 2013 figura poi, circa l'acquisto di prodotti per fr. 992.--, che "La PP mi chiede se (...omissis.. ndr: la titolare del centro) non mi ha proposto di acquistare tali prodotti, dicendomi che avrebbe poi emesso delle fatture per prestazioni in realtà mai effettuate, al fine di permettermi di ottenere un rimborso dalla cassa malati, con il quale avrei pagato questi prodotti" e l'assicurata ha affermato che "ora posso dire che (... omissis ... ndr: la titolare del centro) mi aveva proposto che sarebbe stata lei a pagare i prodotti, ma avrebbe poi dato una fattura con trattamenti riconosciuti e con i soldi ottenuti dalla cassa malati io l'avrei rimborsata. Questo è sicuramente avvenuto per una fattura." (pag. 5, doc. A10).

Già solo sulla base di queste circostanze, senza che sia necessario esaminare se tutte le fatture sono false o se altre fatture contengono (anche) prestazioni effettivamente usufruite, l'elemento oggettivo di cui all'art. 40 LCA è dato. Infatti la produzione di fatture false è idonea a influenzare l'esistenza o l'estensione dell'obbligo prestativo dell'assicuratore. Ciò è sufficiente, se anche l'aspetto soggettivo è realizzato, per liberare l'assicuratore dal suo obbligo prestativo, anche in presenza di eventuali fatture corrette (cfr. anche la sentenza 12.2008.202 della Seconda Camera Civile del Tribunale d'Appello del 17 gennaio 2011, confermata dalla sentenza 4A\_131/2011 del 15 settembre 2011, dove la falsa dichiarazione

relativa all'acquisto di cerchi e pneumatici ha portato alla negazione del rimborso anche del valore dell'auto rubata; cfr. anche la sentenza 5C.11/2002 dell'11 aprile 2002, consid. 2a)bb) e la sentenza 4A\_17/2001 del 14 marzo 2011; cfr. anche Nef, op. cit., n. 50 e seguenti ad art. 40).

2.5.2. Dal punto di vista soggettivo, alla luce delle dichiarazioni della medesima convenuta in sede di interrogatorio del 22 gennaio 2013 e di quanto emerso in sede istruttoria, questo Tribunale, per i motivi che seguono, deve concludere che la convenuta ha agito con la consapevolezza e la volontà di indurre in errore l'assicuratore.

In primo luogo ciò emerge dalle parole della medesima convenuta in ambito penale, laddove l'interessata ha affermato che "ora posso dire che (... omissis ... ndr: la titolare del centro) mi aveva proposto che sarebbe stata lei a pagare i prodotti, ma avrebbe poi dato una fattura con trattamenti riconosciuti e con i soldi ottenuti dalla cassa malati io l'avrei rimborsata. Questo è sicuramente avvenuto per una fattura" (doc. A10). Da cui la consapevolezza dell'interessata, almeno in un'occasione, di trasmettere una fattura falsa.

In secondo luogo ciò deriva dalla circostanza che l'interessata ha trasmesso all'assicuratore perlomeno due fatture, quella datata 23 febbraio 2007 e quella datata 30 giugno 2007, dove figurano 15 prestazioni per massaggi mai avvenuti poiché in quel periodo l'interessata non era in cura presso il citato centro (cfr. doc. A10/2/A e B, doc. 1,2). Ora, in base alla dottrina e alla giurisprudenza, l'intenzione fraudolenta può senz'altro essere ammessa già solo in presenza di dichiarazioni erronee (cfr. consid. 11.2 della sentenza 12.2008.202

della Seconda Camera Civile del Tribunale d'Appello del 17 gennaio 2011, confermata dalla sentenza 4A\_131/2011 del 15 settembre 2011, con riferimento a Nef, op. cit., n. 23 ad art. 40 LCA), a meno che le stesse siano state fornite per errore, distrazione o disattenzione (consid. 11.2 della sentenza 12.2008.202 della Seconda Camera Civile del Tribunale d'Appello del 17 gennaio 2011, confermata dalla sentenza 4A\_131/2011 del 15 settembre 2011, con riferimento a Nef, op. cit., n. 23 e 64 art. 40 LCA; sentenza del 12 giugno 2002 5C.99/2002 consid. 3.1 e del 17 ottobre 2007 5C.2/2007 consid. 4.1). La presenza di documenti falsi costituiscono indizi a dimostrazione dell'intenzione di ingannare e quindi dell'agire intenzionale della persona assicurata (cfr. Nef, op. cit., n. 62 ad art. 40).

In concreto la convenuta non si è limitata a trasmettere una fattura contenente alcuni dati sbagliati che per errore, distrazione o disattenzione non sono stati verificati, ma ha trasmesso perlomeno due fatture (datate 23 febbraio 2007 e 30 giugno 2007) contenenti 15 prestazioni ognuna, mai effettuate, per un periodo di tempo ampiamente antecedente all'inizio delle cure presso il citato centro e di un importo di fr. 1'350 l'una, IVA esclusa (doc. A10/2/A e B). La buona fede invocata dalla convenuta non può di conseguenza esserle riconosciuta.

Ne segue che questo TCA deve concludere che la convenuta era consapevole di aver indotto in errore l'attrice.

2.5.3. Alla luce di tutto quanto sopra esposto questo Tribunale deve concludere che le condizioni oggettive e soggettive per applicare l'art. 40 LCA sono adempite.

Non è di conseguenza necessario richiamare l'incanto penale come richiesto dall'attrice, la quale del resto in sede di udienza vi ha implicitamente rinunciato (cfr. doc. VI, pag. 4: "[...] L'assicuratore ritiene che il verbale (con i relativi annessi) agli atti della convenuta e il decreto d'accusa sono sufficienti [...]"). Né occorre assumere ulteriori prove.

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

2.6. Occorre ora verificare quali sono le conseguenze dell'adempimento delle condizioni dell'art. 40 LCA.

La legge mette a disposizione dell'assicuratore una sanzione severa, più volte confermata dalla giurisprudenza del Tribunale federale. Questa norma gli permette infatti di dipartirsi dal contratto e di chiedere la restituzione di tutte le prestazioni fatte valere con l'agire illecito e ad esso correlate, anche se il comportamento fraudolento concerne solo una parte del danno o delle poste del danno (cfr. sentenza 5C.11/2002, consid. 2a)bb): "Bei nachgewiesenem (versuchtem) Versicherungsbetrug stellt das VVG dem Versicherer eine scharfe Sanktion zur Verfügung. Art. 40 VVG erlaubt ihm, einseitig vom Versicherungsvertrag zurückzutreten (Jürg Nef, a.a.O., N. 1 zu Art. 40 VVG). Dies hat zur Folge, dass der Versicherer von jeglicher Leistungspflicht befreit wird, selbst wenn sich die Täuschung nur auf einen Teil des Schadens bzw. einen einzelnen Schadensposten bezieht (BGE 78 II 278 E. 1 S. 280; Jürg Nef, a.a.O., N. 47; Alfred Maurer, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3. Auflage, 1995, S. 386)."; cfr. DTF 131 III 314 consid. 2.3: "[...] Der Wortlaut von Art. 40 VVG ist klar. Werden leistungsbegründende Tatsachen zum Zweck der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden"; cfr. anche sentenza 4A\_17/2011 del 14 marzo 2011, consid. 2: „[...] L'assureur peut alors refuser toute prestation, ce même si la fraude se rapporte à une partie seulement du dommage [...]“; cfr. sentenza 12.2008.202 del 17 gennaio 2011 della seconda Camera civile del Tribunale d'appello, confermata dalla sentenza 4A\_131/2011 del 4 agosto 2011).

Pure la dottrina (Nef, op. cit., n. 47 e seguenti ad art. 40) rileva che l'assicuratore è liberato dal pagamento di tutta la prestazione fatta valere dalla persona assicurata anche se la frode porta unicamente su una parte del danno, solo su alcune poste o concerne una piccola percentuale del danno e rammenta il caso di un falegname a cui è stato negato l'intero rimborso chiesto dopo essere stato vittima di un incendio per aver dichiarato la presenza di due mobili ("Radiomöbel") di troppo o quella di un noleggiatore di automobili cui è stata negata tutta la prestazione relativa ad un'auto rubata del valore di fr. 129'610 poiché aveva prodotto una falsa fattura con un valore aggiuntivo di fr. 5'390.--.

Di principio in caso di frode nella dichiarazione del sinistro, se l'assicuratore disdice il contratto, quest'ultimo è sciolto retroattivamente con il sorgere del sinistro e non solo dal momento in cui è stata commessa la frode assicurativa (Nef, op. cit., n. 53 ad art. 40 [cfr.

anche n. 48]; cfr. sentenza 4A\_17/2011 del 14 marzo 2011 consid. 2; cfr. anche sentenza 5C.2/2007 del 17 ottobre 2007, dove il TF ha annullato una sentenza cantonale ed ha stabilito che tutti i contratti conclusi tra il 1978 ed il 1992 potevano essere disdetti per una frode commessa nel corso del 2000, confermando indirettamente la richiesta di restituzione dell'assicuratore di tutte le prestazioni [segnatamente indennità giornaliere] versate a partire dall'operazione per ernia del disco effettuata nel 1998 [consid. D e 4.2]; cfr. anche sentenza 4D\_103/2009 del 15 luglio 2009). Per i sinistri sorti successivamente non vi è alcun obbligo prestativo da parte dell'assicuratore (Nef, op. cit, n. 53 ad art. 40).

L'obbligo di restituzione si fonda sulle norme relative all'arricchimento illecito di cui agli art. 62 e seguenti CO (cfr. DTF 131 III 314 consid. 2.3.1: “[...] Ebenso wenig dürfen die Unterschiede zwischen Kündigung und Rücktritt übersehen bzw.

Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge vermengt werden. Die Kündigung wirkt ex nunc und damit pro futuro, was zur Folge hat, dass bereits erbrachte Leistungen nicht zurückgefordert werden können und die Leistungspflicht aus bereits eingetretenen Ereignissen fortbesteht. Demgegenüber lässt der Rücktritt das Vertragsverhältnis im Grundsatz ex tunc dahinfallen - wobei die Folgen des Rücktritts bei Versicherungsverträgen etwas weniger weit reichend sind (vgl. dazu KÖNIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, S. 91) - und begründet für bereits erbrachte Leistungen einen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (statt vieler: GUHL/MERZ/KOLLER, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 309 f.”). Cfr. anche Nef, op. cit. n. 1, 47 e 55 ad art. 40; cfr. sentenza 5C.11/2002 dell'11 aprile 2002, consid. 2a)bb).

Questo concetto è stato ribadito anche nella sentenza 4A\_680/2014 del 29 aprile 2015, segnatamente ai consid. 4 e seguenti (cfr. anche sentenza 4A\_671/2010 del 25 marzo 2011, consid. 2.6: “[...] L'art. 40 LCA est conçu pour l'hypothèse où l'ayant droit fait des déclarations mensongères relevant de l'escroquerie à l'assurance, en particulier pour le cas où il déclare un dommage plus étendu que celui qui est survenu en réalité (arrêt 5C.99/2002 du 12 juin 2002 consid. 3.1; arrêt 5C.240/1995 du 1er février 1996 consid. 2b). Pour que l'indication mensongère entraîne l'application de l'art. 40 LCA il faut, d'un point de vue objectif, qu'elle soit de nature à influencer l'existence ou l'étendue de l'obligation de l'assureur (JÜRGE NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n° 16 ad art. 40 LCA). Lorsque les conditions de l'art. 40 LCA sont réunies, l'assureur peut non seulement refuser ses prestations, mais il peut aussi se départir du contrat et répéter en principe celles qu'il a déjà versées, cette faculté n'existant cependant qu'à l'égard de l'auteur de la tromperie (arrêt 5C.138/2005 du 5 septembre 2005 consid. 4.2) et pour le contrat affecté par elle (ATF 131 III 314 consid. 2.3) [...]”).

Rammentato che 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) e che si fa luogo a 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), in concreto la convenuta deve restituire l'importo complessivo versato

dall'assicuratore dal 2007, e da lei non contestato, di fr. 17'825.40.

2.7. L'attrice chiede il pagamento di un importo di fr. 300.-- a titolo di risarcimento danni ai sensi degli art. 41 e seguenti CO. L'assicuratore afferma che “Il danno "spese" consiste nel lavoro supplementare causato a seguito dell'agire illegale – accertato con il decreto

d'accusa del 10.08.2015 – della convenuta al personale AT 1 (soprattutto il team incasso, il centro servizi, ...) per la trattazione della pratica (senz'altro stimabile in un paio di ore, non inferiore alle 4), comprendente: la visione atti penali, la valutazione del da farsi, etc.), la corrispondenza concernente la misura adottata (con lo scritto del 28.01.2014, il conteggio di storno prestazioni del 27.01.2014 e il sollecito e la diffida,,,,, l'avvio della procedura esecutiva e giudiziaria). I costi postali di corrispondenza (almeno CHF 25), le fotocopie (atti penali e altro (necessarie per la prosecuzione della pratica: min 150 copie), le spese di trasferta al ministero pubblico per la visione atti, etc.. Il danno di AT 1 è pertanto senz'altro quantificabile nell'importo forfettario di CHF 300, che è proporzionale ai dispendi avuti nella fattispecie. Se si considera che anche in ambito LAMal, a determinate condizioni, si giustifica prelevare spese proporzionali al dispendio avuto, si può capire che la richiesta di rimborso spese si giustifica nella fattispecie, in presenza di un agire illegale da parte dell'assicurato. (...)" (doc. I, pag. 8).

Con sentenza 12.2012.5 del 18 febbraio 2013 la seconda camera civile del Tribunale d'Appello ha rammentato (cfr. anche le sentenze 36.2015.36 dell'11 novembre 2015 e 36.2013.54 del 26 febbraio 2014):

" 5.1. Dottrina e giurisprudenza riconoscono il principio secondo cui le spese connesse all'intervento di un legale prima dell'apertura di un processo civile e non comprese nelle ripetibili secondo la procedura cantonale - che sono poi quelle indispensabili causate dal processo e un'adeguata indennità per gli onorari di patrocinio (art. 150 CPC/TI) - costituiscono una posizione di danno risarcibile, sempre che sia provata la necessità di un tale intervento sia in relazione alla situazione personale sia in relazione alla natura del patrocinio, che, a sua volta, deve essere necessario, utile e appropriato (DTF 117 II 101; TF 12 febbraio 2003 4C.288/2002; II CCA 13 ottobre 2005 inc. n. 12.2004.163; Cocchi/TreZZini, CPC-TI, m. 1 ad art. 150), ritenuto che le stesse sono considerate appropriate e necessarie se la pretesa di cui si vuole ottenere l'esecuzione giudiziale esiste effettivamente (sentenza del TF 19 maggio 2003 inc. 4C.11/2003; Cocchi/TreZZini, op. cit., m. 57 ad art. 150; II CCA 5 agosto 2011 inc. n. 12.2009.163). 5.2. Nel caso di specie, stante la natura delle prestazioni effettuate dal legale (per l'elenco delle prestazioni cfr. doc. Q e R), non è possibile affermare che esse costituiscono una posizione di danno a sé stante non coperta dalle ripetibili. Come rettamente rilevato dal Pretore tanto la cronologia quanto la tipologia delle attività svolte risultano assimilabili agli usuali e imprescindibili atti di preparazione di una causa giudiziaria. In concreto, il lavoro adempiuto dal legale si lascia sostanzialmente riassumere in una presa di conoscenza della problematica per il tramite del cliente e in una serie di contatti esplorativi con la controparte del tutto in linea con quanto abitualmente svolto prima dell'avvio della causa vera e propria; causa nella quale è poi effettivamente confluito il lavoro di preparazione appena descritto. Ne discende che quanto fatturato dal legale non può essere riconosciuto quale posta di spesa a sé stante, distinta da quelle del procedimento giudiziario, ma rientra a pieno titolo tra le attività coperte dalle ripetibili. Questa pretesa si rivela pertanto

infondata e la decisione del Pretore va confermata."

Con sentenza 5C.212/2003 del 27 gennaio 2004 il TF ha stabilito che secondo il diritto della responsabilità civile le spese necessarie ed adeguate all'intervento di un avvocato prima dell'apertura di un processo civile costituiscono un danno riparabile o una parte del danno reclamato nella misura in cui non sono incluse nelle ripetibili. In altre parole il rimborso di tali costi può essere sollecitato nell'ambito di un'azione in responsabilità civile se non

esisteva la possibilità di ottenerne il versamento nell'ambito del medesimo processo. Le sentenze concernono casi relativi ad incidenti della circolazione, mentre in un caso (4C.11/2003 del 19 maggio 2003), il principio è stato applicato ad un contratto d'appalto. Il TF ha poi rilevato di non aver mai dovuto giudicare il caso di sapere se le spese d'avvocatura cui si è dovuto far fronte prima del processo, per poi agire personalmente senza farsi rappresentare da un avvocato costituiscono un danno ai sensi dell'art. 41 CO ed ha risposto affermativamente, non potendo trattare diversamente le spese dell'avvocato a dipendenza della circostanza che la persona si fa rappresentare o meno innanzi ai Tribunali. Queste spese costituiscono un danno se la consultazione di un avvocato era necessaria e adeguata per difendere la causa in giustizia.

In concreto l'assicuratore non ha dovuto far capo ad un legale, avendo a disposizione un servizio giuridico interno. Tuttavia nella misura in cui ha dovuto avviare una procedura esecutiva ed in seguito civile nei confronti dell'assicurata che ha negato di dover restituire alcunché, malgrado il suo agire contrario alla legge, l'importo di fr. 300.--, proporzionato rispetto all'ammontare chiesto in restituzione, per le spese di corrispondenza, di fotocopie dell'incarto penale, di trasferta presso il Ministero Pubblico e di richieste di atti a tale autorità, va senz'altro riconosciuto.

2.8. Alla luce di tutto quanto sopra esposto la convenuta va condannata a versare all'attrice l'importo complessivo di fr. 18'125.40. Di conseguenza l'opposizione al PE n. \_\_\_\_\_ dell'UEF di \_\_\_\_\_ del 1° ottobre 2014 è rigettata in via definitiva per l'importo di fr. 18'125.40.

2.9. Circa la possibilità di ricorrere al Tribunale federale, va rammentato che con sentenza 4A\_83/2013 del 20 giugno 2013 il TF ha affermato:

" (...) 1. Il ricorso è presentato dalla parte soccombente nella sede cantonale (art. 76 cpv. 1 lett. a LTF), è tempestivo (art. 100 cpv. 1 LTF) ed è volto contro una sentenza finale (art. 90 LTF) emanata dall'autorità ticinese di ultima istanza (art. 75 cpv. 1 LTF) in una causa civile (art. 72 cpv. 1 LTF). 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 delle parti.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.