

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20160929_i_ti_o_01 vom 29. September 2016

FINMA Versicherungsrecht, 2016-09-29, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20160929_i_ti_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20160929_i_ti_o_01 du 29 septembre 2016

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20160929_i_ti_o_01 del 29 settembre 2016

Erwägungen

E. 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 considerando 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 dell'Alta Corte 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 (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 alla sentenza 4A_431/2010 del 17 novembre 2010, consid. 2.5).

L'art. 53 CO, applicabile in tutto il diritto privato (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 (Nef, in: Basler Kommentar, n. 3 e segg. 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 stessa 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 (invece) 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 LCA). Le autorità penali hanno maggiori possibilità 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 LCA).

Come rammenta il TF nella sentenza 4A_319/2012 del 28 gennaio 2014 al considerando 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 tenere 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; cfr. pure sentenza 4C.74/2000 del

E. 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 fare risultare, contrariamente al vero, su otto fatture anziché i trattamenti estetici e dimagranti effettuati, tutti non riconosciuti dall'assicurazione complementare in oggetto, dei trattamenti di medicina complementare fittizi, mai effettuati, e prestazioni retrodatate, nonché per avere fatto allestire delle fatture fittizie trasmettendole personalmente al suo assicuratore malattia complementare allo scopo di indurlo a versarle i relativi importi, poi utilizzati per saldare le fatture emesse dalla terapeuta ed ottenere così un illecito profitto non dovendo pagarle lei direttamente visto che in realtà si trattava di 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 infatti emerso che l'interessata trasmetteva direttamente all'assicuratore per il rimborso le fatture emesse dallo _____ (doc. A10: verbale di interrogatorio dell'8 gennaio 2013 pag. 3: "[...] Al termine delle sedute ricevo la fattura che io mandavo alla cassa malati [...] Le ho mandate io [...]").

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, da prestazioni che invece erano rimborsate dall'assicurazione complementare. Ciò trova conferma nei documenti prodotti dall'assicuratore, in particolare nel verbale di interrogatorio della polizia dell'8 gennaio 2013 (doc. A10).

La convenuta si era recata presso lo _____ la prima volta l'11 luglio 2005, quando ha compilato la scheda anamnesi e ha ottenuto il primo trattamento. Le terapie sono poi

proseguite fino al 19 settembre 2005 (doc. A10 scheda 1). Successivamente l'assicurata si è nuovamente rivolta allo stesso studio nel corso del mese di marzo 2006 e fino al mese di maggio seguente (doc. A10 scheda 2). Dalla scheda 3 (doc. A10) risultano pure dei trattamenti da aprile a maggio 2007 ed altri nel corso del mese di luglio del 2008. La scheda 4 (doc. A10) indica dei trattamenti dal 24 giugno al 17 luglio 2009 e poi dal 13 ottobre al 7 novembre 2009. Anche la scheda 5 (doc. A10) porta sul 2009, mentre la scheda 6 (doc. A10) si riferisce ad un solo trattamento avvenuto il 22 aprile 2010.

A questo proposito, nel verbale di interrogatorio dell'8 gennaio 2013 (doc. A10) effettuato dalla Polizia cantonale emerge che le 8 fatture che sono state in seguito inviate dal fornitore di prestazioni alla convenuta non collimano con le prestazioni figuranti nelle summenzionate schede anamnesi (doc. A10 pag. 4: "[...] Le facciamo prendere atto che, quanto indicato su queste fatture, non trova riscontro con quanto annotato nella sua scheda di anamnesi. [...]"). Al riguardo, l'interessata ha risposto che "Mi rendo subito conto che vi è una fattura di riflessologie che io non ho mai fatto, e di sicuro questa è una fattura falsa. Tra l'altro nessuno al _____ faceva riflessologia. Purtroppo me ne sono accorta solo ora. Vi sono poi le due fatture del 2005 che sono sbagliate, perché io sono andata al _____ solo a luglio e poi a novembre, e meglio il _____ 11.2005 è nato mio figlio e di conseguenza novembre- dicembre 2005 non sono andata al _____. Le fatture del 29.05.2006 e 31.03.2008 sono quelle che ho pure trovato io e consegnato all'interrogante. Per le altre fatture del 2008 non so cosa dire, io non ho preso nota degli appuntamenti e del numero di trattamenti effettuati, e quindi non posso dire se le fatture sono maggiorate, rispettivamente se corrispondono con i trattamenti da me effettuati (come numero)." (doc. A10 pag. 4).

Effettivamente, la scheda 1 (doc. A10) indica che la convenuta si è recata presso la nota struttura in data 11, 14, 18, 22 e 26 luglio 2005 e che ha usufruito di "_____". Poi, il 28 luglio 2005 ha beneficiato di "_____" e dal 17 agosto fino al 19 settembre 2005, sull'arco di 8 incontri, di una "maschera _____". Un solo massaggio totale è infine avvenuto il 14 settembre 2005.

Complessivamente, nel 2005 le prestazioni effettivamente ricevute ammontano a Fr. 1'350.- (Fr. 90.- x 15 trattamenti) e sulla scheda è indicato che "Fatt. 1350.- 07.05 saldata in ccb il 12.10.05".

Ora, per questi trattamenti il fornitore di prestazioni ha trasmesso alla convenuta due fatture, datate 28 luglio 2005 e 31 dicembre 2005, di Fr. 1'350.- l'una (cui ha poi aggiunto l'IVA), dove figurano quali prestazioni unicamente dei massaggi. In particolare, 15 massaggi sono stati fatturati dal 24 maggio al 7 luglio 2005 (doc. A6) ed altri 15 dal 16 novembre al 30 dicembre 2005 (doc. A6). In sostanza, quindi, le sedute di terapia si sono svolte in un periodo durante il quale la convenuta non si era ancora rivolta al citato studio per effettuare questo tipo di cure (infatti, l'inizio dei trattamenti è avvenuto l'11 luglio 2015) rispettivamente su un arco di tempo in cui aveva cessato di recarsi a seguito della nascita del figlio (novembre 2015). La seconda fattura indica in effetti che i massaggi sarebbero ripresi (addirittura) poco dopo una settimana dalla nascita del figlio e che sarebbero avvenuti a scadenza di ogni 2-3 giorni.

Alla luce della documentazione agli atti e delle dichiarazioni della convenuta, che fanno risalire l'inizio delle sedute di massaggi all'11 luglio 2005, questo TCA deve concludere come comprovato che l'interessata non ha effettuato massaggi prima di allora, visto che

risulta chiaramente che la scheda anamnesi è stata compilata e firmata dall'assicurata (soltanto) l'11 luglio 2005, e ciò in occasione della sua prima visita e trattamento allo _____. Di conseguenza, già la sola fattura del 28 luglio 2005 che riporta dei massaggi per il periodo dal 24 maggio al 7 luglio 2005 costituisce un falso.

Ciò vale non solo per l'errato periodo di fatturazione, ma anche per il tipo stesso delle prestazioni che l'assicurata avrebbe ricevuto. Nella scheda 1 risulta infatti, come visto, che delle 15 sedute effettuate tra l'11 luglio e il 19 settembre 2005 soltanto quest'ultima è stata identificata con "massaggio totale", mentre le altre con trattamenti (in parte) estetici quali "maschera _____", "_____" e "_____", non fatturati, però, come tali.

Anche la seconda fattura, emessa il 31 dicembre 2005, indica un periodo di trattamenti inveritiero, non combaciando né con le affermazioni della convenuta né con la scheda anamnesi, e ciò si configura, manifestamente, come un documento falso.

La falsità della citata documentazione emerge pure chiaramente dalla circostanza che nel 2005 l'interessata ha usufruito di prestazioni per Fr. 1'350.-, mentre le due fatture ammontano ciascuna a Fr. 1'350.-, IVA esclusa.

Non va poi dimenticato di rilevare che nel verbale d'interrogatorio dell'8 gennaio 2013 figura che è stato chiesto alla convenuta se la persona responsabile della struttura le avesse proposto di fatturare i trattamenti cosiddetti estetici con il nome di trattamenti medicali (massaggio, linfodrenaggio, ecc.) effettivamente rimborsati dal suo

assicuratore e che l'assicurata ha risposto che le è stato proposto di aumentare le sedute effettuate in fatturazione in modo da risparmiare la franchigia, ma di avere rifiutato di agire in tal senso "perché non mi sembrava onesto e comunque la franchigia non era così elevata." (doc. A10 pag. 2-3).

Già solo sulla base di queste circostanze, senza che sia necessario esaminare se tutte le fatture emesse nei suoi confronti fra il 2005 e il 2009 sono false o se altre fatture contengono (anche) prestazioni effettivamente usufruite, l'elemento oggettivo di cui all'art. 40 LCA è qui certamente 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 però 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 cerchioni e pneumatici di un'automobile ha portato alla negazione del rimborso anche del valore stesso dell'automobile 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; Nef, op. cit., n. 50 e seguenti ad art. 40 LCA).

2.5.2. Dal punto di vista soggettivo, alla luce delle dichiarazioni della medesima convenuta rilasciate in sede di interrogatorio dell'8 gennaio 2013, questo Tribunale, per i motivi che seguono, deve concludere che l'interessata ha agito con la consapevolezza e la volontà di indurre in errore l'assicuratore.

Questa circostanza emerge dalle parole della convenuta stessa in ambito penale, laddove essa ha affermato che "[...] Vi sono poi le due fatture del 2005 che sono sbagliate, perché io sono andata al _____ solo a luglio [...] e di conseguenza novembre-dicembre 2005

non sono andata al _____.” (doc. A10 pag. 4). Da qui la consapevolezza dell’interessata, almeno in due occasioni, di trasmettere delle fatture false al suo assicuratore, circostanza che era facilmente riconoscibile già a quel tempo. In effetti, la prima fattura (doc. A6) è datata 28 luglio 2005 e si riferisce, come detto, ad un periodo (inesistente) di trattamenti (apparentemente) ricevuti dal 24 maggio al 7 luglio 2005. Ora, poiché la convenuta ha effettuato la sua prima seduta l’11 luglio 2005, non doveva sfuggirle che la fattura ricevuta dopo solo due settimane dall’inizio dei trattamenti non corrispondeva alla realtà ed era quindi manifestamente falsa, essendo chiaro che dette prestazioni erano avvenute in un periodo in cui essa nemmeno aveva ancora frequentato la struttura in questione. Anche la seconda fattura, emessa il 31 dicembre 2005, doveva subito essere identificata come errata, giacché si riferisce a dei trattamenti avvenuti da novembre a dicembre 2005, quando ciò era impossibile a seguito della nascita del figlio dell’interessata.

Inoltre, la prima fattura indicava addirittura 15 trattamenti, mentre in realtà l’assicurata ne aveva effettuati, fino alla sua emissione, solo 6 secondo la scheda anamnesi. Dopo solo due settimane dall’inizio delle terapie non era quindi impossibile, per l’interessata, ricordarsi il numero delle sedute effettuate fino a quel momento e notare che qualcosa non era corretto, giacché le erano invece state conteggiate ben 9 sedute in più.

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), a meno che le stesse siano state fornite per errore, distrazione o disattenzione (cfr. consid. 11.2 della citata sentenza 12.2008.202 della Seconda Camera Civile, confermata dalla sentenza 4A_131/2011 del 15 settembre 2011, con riferimento a Nef, op. cit., n. 23 e n. 64 art. 40 LCA; sentenza 5C.99/2002 del 12 giugno 2002, consid. 3.1 e 5C.2/2007 del 17 ottobre 2007, consid. 4.1). La presenza di documenti falsi costituisce degli indizi a dimostrazione dell’intenzione di ingannare e quindi dell’agire intenzionale della persona assicurata (Nef, op. cit., n. 62 ad art. 40 LCA).

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. Essa ha invece trasmesso perlomeno due fatture (datate 28 luglio 2005 e 31 dicembre 2005) contenenti 15 prestazioni ognuna, mai effettuate, in un periodo di tempo (ampiamente) antecedente all’inizio delle cure presso _____ rispettivamente successivo al vero ciclo di sedute effettuato e di un importo di Fr. 1'350.- l’una, IVA esclusa (doc. A6). La buona fede invocata dall’assicurata convenuta non può di conseguenza esserle riconosciuta.

Ne segue che questo TCA deve concludere che la convenuta era consapevole di aver indotto in errore parte attrice (per un caso analogo, cfr. STCA 36.2015.66 del 31 agosto 2016).

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 adempiute.

Non è di conseguenza necessario richiamare l’incanto penale come richiesto dall’assicuratore, il quale del resto in sede di udienza ha prodotto due verbali di interrogatorio concernenti la titolare della struttura sotto inchiesta penale (doc. XIX), 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 LCA) 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 LCA [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 LCA).

L'obbligo di restituzione si fonda sulle norme relative all'arricchimento illecito di cui agli art. 62 e seguenti CO (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 ungerecht-fertigter 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 LCA; 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 (JÜRIG 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 versatole dall'assicuratore dal 2005, e da lei non contestato, di Fr. 8'215,25.

2.7. L'attrice chiede il pagamento di un importo di Fr. 150.- a titolo di risarcimento danni ai sensi degli artt. 41 e seguenti CO (doc. XIII). A questo proposito l'assicuratore afferma che “La richiesta si giustifica in particolare per: - il lavoro supplementare causato a AT 1 (soprattutto al team incasso, il centro servizi, e il servizio giuridico, ...) dall'agire illegale

della convenuta – accertato con il decreto d'accusa del 10.08.2015 - per la trattazione della pratica. Il lavoro è senz'altro stimabile in un paio di ore, non inferiore alle 4 e, comprende: la visione atti penali, la valutazione (in team) della misura da adottare, la corrispondenza concernente la misura adottata (con lo scritto del 18.10.2013 e conteggio di storno di stessa data, il sollecito e la diffida, scritti del 06 e 15.11.2013, l'avvio della procedura esecutiva e giudiziaria...); - i costi postali di corrispondenza (almeno CHF 25); - le fotocopie (atti penali e altro, necessari per la prosecuzione della pratica: min 150 copie); - le spese di 1 trasferta al ministero pubblico per la visione atti; - etc. Il danno di AT 1 è pertanto senz'altro quantificabile nell'importo forfettario di CHF 150, che è proporzionale ai dispendi avuti nella fattispecie. Se si considera che anche in ambito LAMal, a determinate condizioni, si giustifica prelevare dall'assicurato moroso spese giustificate per il dispendio avuto, si può buon capire che la richiesta di rimborso spese si giustifica nella fattispecie, in presenza di un agire illegale da parte dell'assicurata.”.

Con sentenza 12.2012.5 del 18 febbraio 2013 la seconda camera civile del Tribunale d'Appello ha rammentato (cfr. anche le sentenze 36.2015.66 del 31 agosto 2016; 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

E. 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 dovere restituire alcunché, malgrado il suo agire fosse contrario alla legge, l'importo di Fr. 150.-, 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 dal TCA (per un caso simile, cfr. STCA 36.2015.66 del 31 agosto 2016).

2.8. Alla luce di tutto quanto sopra esposto la convenuta deve essere condannata a versare all'assicuratore malattia l'importo totale di Fr. 8'365,25. Di conseguenza, l'opposizione al PE n. _____ dell'U _____ di _____ del 28 aprile 2014 è rigettata in via definitiva per il medesimo importo.

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