

## **TI\_GERICHTE 36.2002.131 vom 9. Oktober 2002**

TI Tribunale d'appello, 2002-10-09, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_36.2002.131](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2002.131)

FR: TI\_GERICHTE 36.2002.131 du 9 octobre 2002

IT: TI\_GERICHTE 36.2002.131 del 9 ottobre 2002

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Copertura d'assicurazione indennità giornaliera individuale a) Secondo l'art. 3 cpv. 1 del Regolamento dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia della Cassa malattia / infortuni della \_\_\_\_\_, edizione 01.2001 (qui di seguito «il Regolamento») l'indennità giornaliera serve principalmente a compensare in tutto o in parte una perdita di reddito che la persona assicurata ha subito in seguito a una malattia o a una gravidanza. Questa disposizione é conforme alla legge (DTF 105 V 193; RSKV 1982 Nr. 511s. 256 E. 2a; DUC, Les assurances sociales en Suisse, Lausanne 1995, S. 333, Rz 422 f.; Scartazzini, Krankentaggeldversicherung, in AJP/PJA 1997, S. 667 ff.). L'art. 3 cpv. 5 del Regolamento precisa perfino che le persone senza reddito non possono beneficiare della copertura assicurativa. Una persona senza attività lucrativa che non percepisce un'indennità dell'assicurazione disoccupazione non ha in regola generale un reddito. (...) La possibilità accordata nell'art. 67 cpv. 1 LAMal serve ad evitare delle nuove riserve nel senso dell'art. 69 LAMal, le quali possono essere imposte all'assicurato se cambia l'assicuratore. La conclusione di un'assicurazione indennità giornaliera ed il pagamento delle prime non dà all'Assicurato necessariamente il diritto al versamento del ammontare assicurato. Deve ancora provare l'esistenza di una incapacità lavorativa e di una perdita di reddito consecutivo alla malattia (DTF 110 V 322 cons. 5; RAMA 1990 no K 829 p. 8, cons. 3c; Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, ch. 377 e 369). L'Assicurato era incapace di lavorare a partire dal 26 aprile 2002. Aveva cessato la sua attività lavorativa il 31 marzo 2001. A partire da questo momento non ha più dichiarato un reddito e si é iscritto presso l'ufficio di disoccupazione il 30 maggio 2001. Quest'ultimo ha rifiutato di versare l'indennità assicurazione disoccupazione dato che l'Assicurato era indipendente. Non aveva quindi nessun reddito. Le indennità straordinarie per il periodo dal 2 luglio 2001 al 14 dicembre 2001 non possono essere preso in conto della Cassa, visto che si tratta di indennità straordinarie che erano versate prima dell'inizio della sua incapacità lavorativa. La malattia non aveva una influenza sul pagamento anteriore di queste indennità. Non soffre dunque di una perdita di reddito a causa della sua malattia la quale cominciava solo il 26 aprile 2002. b) Secondo l'art. 30 cpv. 1 del Regolamento, l'Assicurato ha l'obbligo di avvertire la Cassa di ogni modifica dell'ammontare del suo reddito e della sua situazione professionale nel termine di 30 giorni. La Cassa adatta la copertura nonché i premi alla nuova situazione con effetto a partire dalla data delle modifica. Il Regolamento fa parte integrante del contratto d'assicurazione e era inoltrato a tutti gli assicurati nel mese di marzo 2001, sottolineando le

conseguenze nel caso di una violazione del Regolamento (cfr. art. 32 del Regolamento). E' stabilito che l'Assicurato ha comunicato alla Cassa la cessazione della sua attività come indipendente per il 31 marzo 2001. Per contro, nell'incarto corrispondente della Cassa si trova solamente la lettera dell'Assicurato del 11 settembre 2001 comunicando alla Cassa l'abbandono dell'attività lucrativa sei mesi più tardi. La Cassa non ha mai ricevuta la lettera che il ricorrente ha allegato (cfr. allegato \_). Viene sottolineato che questa missiva non era raccomandata. Quando un indipendente rescinde il contratto collettivo dei suoi dipendenti, ma mantiene il suo contratto individuale, la Cassa non sa se l'Assicurato riprende un'altra attività lavorativa come dipendente o continua la sua attività come indipendente. Se cessa la sua attività, il mantenimento della sua assicurazione indennità giornaliera malattia presso la Cassa serve ad evitare delle nuove riserve (cfr. allegato 10). E' stabilito che in regola generale gli assicurati rescindono il loro contratto indennità giornaliera individuale quando hanno trovato un nuovo impiego come dipendente. Per contro, senza indicazioni da loro parte, la Cassa suppone che continuano la loro attività come indipendente. E' pacifico che la conferma della Cassa si riferisce ai contributi AVS/AI/APG e non all'assicurazione indennità giornaliera. La Cassa non aveva conoscenza che l'Assicurato non esercitava più un'attività lucrativa. E' solo il 11 settembre 2001 che l'Assicurato ha informato la Cassa della sua disoccupazione. Già per questa ragione la Cassa avrebbe potuto ridurre o rifiutare le prestazioni (art. 32 del Regolamento). L'argomentazione che la polizza d'assicurazione del 7 gennaio 2002 indica le stesse coperture d'assicurazione con lo stesso ammontare che quando l'Assicurato fosse ancora indipendente non cambia nulla. In effetti, la Cassa non ha la facoltà di ridurre la copertura assicurativa senza il consenso dell'Assicurato. Il 2 giugno 2002 la Cassa ha ricevuto il certificato medico attestando l'incapacità lavorativa dell'Assicurato a partire dal 26 aprile 2002. Prima di questa data non aveva trovato un nuovo impiego. Va precisato che questo periodo durava più di un anno. Quando un assicurato era già senza attività lucrativa prima alla malattia si parte della presupposizione che la persona non ne esercita neanche nel futuro. Questa supposizione può essere confutata se la persona assicurata avrebbe con verosimiglianza preponderante ottenuto un posto chiaramente assegnato (SVR 1998 KV Nr. 4 S. 9 Erw. 3b).

## **E. 2**

Perdita del reddito presupposto In effetti, anche una persona disoccupata che non ha diritto all'indennità dell'assicurazione disoccupazione può subire una perdita di reddito. Si distingue due categorie: le persone che sono in incapacità lavorativa prima al loro licenziamento e le persone che sono malate durante il loro periodo di disoccupazione. Nel secondo caso, l'assicurato deve provare con verosimiglianza preponderante che avrebbe trovato un lavoro designato concretamente se non fosse stato malato (RAMI 5/1998, p. 420 segg.). Tuttavia, viene ricordato che conformemente all'art. 122 cpv. 2 lett. c OAMal un arricchimento illecito dev'essere evitato in ogni caso. I documenti allegati dal ricorrente non provano con verosimiglianza preponderante le buone possibilità dell'Assicurato di ritrovare del lavoro. Al contrario, l'Assicurato ha cercato più di un anno e non ha trovato un'altra occupazione (cfr. allegato \_). Di più, la lettera del \_\_\_\_\_, informandolo che vanno proporre delle attività concrete, é datata del 31 gennaio 2002. A partire di questa data non c'è più prova di contatto fra l'Assicurato e la responsabile del'\_\_\_\_\_. Inoltre, é menzionato nella corrispondenza precitata che il periodo di lavoro comincia il 1 febbraio 2002 fino al 20 ottobre 2002. Per contro, l'Assicurato era malato solo a partire dal 24 aprile 2002, quasi 3 mesi dopo l'invio della lettera in questione senza alcuna prova di un contatto ulteriore con la responsabile del \_\_\_\_\_ neanche di un contratto concreto di lavoro.

Per quanto riguarda il posto presso il Hotel-\_\_\_\_\_, non risulta dalla lettera del 7 ottobre 2002 (cfr. allegato \_) né il tasso della attività né di quale lavoro si tratta né a partire da quale data l'Assicurato deve cominciare la sua attività. Su richiesta della Cassa il 20 dicembre 2002, il Signor \_\_\_\_\_ ha confermato al telefono che l'Assicurato è un dipendente di lui. Ma non poteva fornire alcune informazioni né in riguardo al tasso di occupazione né per quale periodo l'Assicurato aveva già lavorato per lui. Ha solamente indicato che devono ancora discutere di questi punti. Secondo il certificato medico, l'Assicurato è ancora inabile al lavoro al 70% a partire del 17 luglio 2002 fino a una data indeterminata. Tenuto conto del fatto che l'Assicurato deve apportare la prova che avrebbe trovato un lavoro designato concretamente, l'impiego in questione sembra piuttosto espressamente creato in considerazione della presente procedura. (...) La Cassa non contesta che l'Assicurato ha cercato un'occupazione e si è adempiuto alle norme sul controllo per i disoccupati. Ma questi fatti non importano per il diritto all'indennità giornaliera. In effetti, è indiscusso che l'Assicurato è stato senza attività lucrativa più di un anno e che non ha trovato un lavoro designato concretamente. A questo proposito è chiaro che, dato l'età dell'Assicurato e la situazione attuale sul mercato del lavoro, non è facile per lui di trovare un'occupazione, ma la Cassa non ha l'obbligazione di provvedere a queste circostanze sfortunate.

### **E. 3**

Il valore del impegno che l'assicurato non può assumere La Cassa non contesta l'argomento della controparte che anche una casalinga - persona senza attività lucrativa - potrebbe percepire le prestazioni indennità giornaliera nel caso di malattia. E' pacifico che la copertura si estende non solamente alla perdita del reddito ma anche agli altri costi relativi alla malattia (DTF 110 V 320). Le spese debbono essere provate dall'Assicurato. Quest'ultimo non ha fornito alcune prove concernente le sue spese. La pratica limita inoltre le spese non documentate a un minimo per evitare un arricchimento illecito nell'ambito dell'assicurazione sociale (art. 122 cpv. 2 lett. c OAMai). Per contro, è sottolineato che la Cassa malattia di base o complementare assume le spese della malattia e che non sono al carico dell'Assicurato. E' aggiunto che le spese sono pagate solamente se non esiste una assicurazione complementare che prende a carico le spese.

### **E. 4**

Rescissione retroattiva del contratto individuale indennità malattia E' stabilito che la Cassa non può rescindere un contratto unilateralmente. Tuttavia, la giurisprudenza prevede la facoltà di sopprimere la copertura assicurativa senza il consenso dell'assicurato, quando esso cessa definitivamente o riduce durevolmente l'esercizio di sua attività lucrativa, così da rendere la copertura per la perdita di reddito senza oggetto (DTF 111 V 333; DTF 112 V 195). Per questa ragione, con lettera del 7 agosto 2002, la Cassa ha proposto all'Assicurato il rimborso dei premi e la rescissione retroattiva del suo contratto. E' comunque sottolineato che la Cassa ha domandata l'accordo dell'assicurato per questo procedimento. Conseguentemente, l'attitudine della Cassa non è arbitraria. Inoltre, viene ricordato che la possibilità di mantenere il contratto indennità giornaliera individuale per un assicurato che abbandona la sua attività come indipendente serve ad evitare delle riserve alla conclusione di un nuovo contratto d'assicurazione.

### **E. 5**

Infine, viene aggiunto che la Cassa si riserva il diritto di portare querela nel senso degli art. 92 e 93 LAMal se dovrebbe rilevarsi che l'Assicurato ha commesso uno dei fatti menzionati in queste disposizioni." (doc. \_) 1.4. Con osservazioni del 27 gennaio 2003 l'insorgente afferma: " Sempre preliminarmente il signor \_\_\_\_\_ si vede costretto a contestare i toni e l'attitudine assunti dalla cassa malati \_\_\_\_\_ nella propria risposta di causa, prodotta sembrerebbe oltretutto tardivamente (a questo proposito si chiede già sin d'ora, sollevando le relative eccezioni del caso, la produzione da controparte dell'attestato di ricevuta dell'assegnazione termine dell'ordinanza di data 15.11.02 o della relativa busta intimazione) . Alla luce di una tale risposta di causa lo stesso si vede costretto a chiedere l'assunzione risp. l'annessione delle seguenti ulteriori prove: 1. attestazione dell'attuale datore di lavoro , specificante inizio attività, ruolo, percentuale di occupazione e salario, che verrà prodotta non appena in possesso (con allegato relativo certificato medico attestante l'inabilità lavorativa parziale perdurante); Ciò dovrebbe bastare a controparte per ritrattare (o quantomeno rivedere nel nome del buon gusto) le proprie affermazioni relative all'effettività dell'impiego attuale del signor \_\_\_\_\_ (cfr. risposta di causa pag. 5/6). A questo proposito si sottolinea che se il signor \_\_\_\_\_, responsabile dell'Hotel \_\_\_\_\_, non ha dato informazioni specifiche all'assicurazione é solo ed esclusivamente perché i responsabili della stessa l'hanno contattato telefonicamente (!), senza specificare nelle dovute forme (ed in particolare per iscritto) la legittimazione e motivazione della propria richiesta. 2. Per quanto riguarda la possibilità effettiva del signor \_\_\_\_\_ di lavorare presso l'\_\_\_\_\_ - anche se in questo contesto si specifica che dal plico doc. \_ emerge chiaramente come l'\_\_\_\_\_ fosse solo una delle concrete possibilità lavorative del signor \_\_\_\_\_ - é chiaro quanto incontestabile che la data di inizio dell'attività menzionata nella lettera di accettazione dell'offerta di lavoro del signor \_\_\_\_\_ è errata, o meglio corrisponde presumibilmente ad un errore di battitura. In effetti è notorio che l'\_\_\_\_\_ è cominciata solo a metà del mese di maggio 2002 (fino a fine ottobre 2002) e che i lavori offerti al signor \_\_\_\_\_ (guida, conduzione di un ristorante, ecc.) non potevano certo iniziare prima della manifestazione stessa! Vista la contestazione di controparte - e qualora codesto On. Giudice non dovesse condividere quanto appena esposto - rimane sempre la possibilità di sentire la signora \_\_\_\_\_ (della Recrutement di \_\_\_\_\_, che ha firmato la lettera in questione) quale teste, perché abbia a confermare quanto appena esposto. Dato che queste "nuove prove" sono richieste esclusivamente alla luce delle (peraltro decisamente dubbie) contestazioni avanzate in sede di risposta da parte della \_\_\_\_\_, il signor \_\_\_\_\_ si rimette comunque al prudente criterio di codesto On. Giudice, perché abbia ad assumere tutte (e solo le prove opportune e necessarie (cfr. art. 9ss. Legge di procedura per le cause davanti al Tribunale delle assicurazioni). In conclusione il signor \_\_\_\_\_ non può esimersi dal sottolineare come si sia sentito oltremodo beffato nella propria buona fede, quando ha letto che la \_\_\_\_\_ non avrebbe ricevuto la sua comunicazione di cessazione di attività quale indipendente di cui al doc. \_ . AI di là del fatto che è comunque decisamente poco credibile che la stessa non abbia ricevuto una tale missiva solo perché inviata posta A (ove, oltretutto, era menzionato il mittente - cfr. doc. \_ -, per cui sarebbe chiaramente ritornata al signor \_\_\_\_\_ se non giunta a destinazione!), già solo dalla documentazione versata agli atti da parte convenuta emerge chiaramente - al contrario di quanto da loro sostenuto (!, cfr. risposta, pag. 4) - che la cassa era al corrente di una tale cessazione di attività ben prima dell'11.9.01 (cfr. ad esempio: doc. \_). Tanto più che pur non avendo ricevuto una tale missiva - a dir suo - e pur non essendo agli atti nessun'altra lettera comunicante una tale

cessazione di attività è altrettanto vero (ed incontestato) che il contratto collettivo relativo ai dipendenti del signor \_\_\_\_\_ è stato regolarmente chiuso proprio nei termini indicati nel doc. \_ (e cioè non retroattivamente!). In ogni caso - ed anche nella contestata ipotesi in cui l' \_\_\_\_\_ abbia preso conoscenza della situazione del signor \_\_\_\_\_ solo l'11.9.01 - è comunque incontestato agli atti che la stessa gli ha rinnovato ancora successivamente la copertura (cfr. doc. \_), in piena conoscenza della situazione, dunque." (doc. \_) 1.5. Con scritto del 10 febbraio 2003 la Cassa osserva: " 1) Conoscenza della disoccupazione Per quanto riguarda i contratti del signor \_\_\_\_\_ presso la \_\_\_\_\_, si deve fare una chiara distinzione. L'abbandono della sua attività al Café Bar \_\_\_\_\_ ha comportato una rescissione del contratto AVS/AI con la Cassa di compensazione \_\_\_\_\_ nonché degli altri contratti d'assicurazione sociale conclusi con la Cassa. Tutti questi contratti sono stati rescissi il 31.3.2001 (cfr. allegato \_ "radiations"). questo fatto non è contestato e non è in relazione col presente affare. In effetti, non è necessario d'allegare l'incarto in relazione con questi contratti. Per contro, per quanto riguarda i contratti in caso di malattia si deve evidentemente distinguere tra il contratto collettivo per i dipendenti del signor \_\_\_\_\_, che era rescisso il 31.3.2001 insieme cogli altri contratti collettivi, e il contratto individuale dell'assicurato che non è mai stato rescisso. Come già indicato nella risposta, è ancora una volta precisato che il fatto che i contratti collettivi erano rescissi dall'assicurato indica unicamente l'abbandono della sua attività al Café Bar \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_. Senza informazioni complementari dalla parte del Signor \_\_\_\_\_ e col mantenimento della sua assicurazione individuale la Cassa non disponeva di alcune indicazioni quanto alla sua situazione lavorativa prima del 11 settembre 2001. Inoltre, l'assicurato ha l'obbligo d'informare l'assicurazione di qualsiasi cambiamenti nella sua situazione professionale. La Cassa non è obbligata a fare delle ricerche per sapere se l'assicurato ha ripreso o non un'altra attività lavorativa come indipendente. È precisato che il contratto individuale indennità giornaliera non era rinnovato, ma mantenuto alla espressa richiesta del signor \_\_\_\_\_ (Cfr. allegato \_ della controparte). Se l'assicurato è disoccupato, il mantenimento del contratto serve ad evitare delle riserve nel caso d'un eventuale nuovo contratto, cioè in caso di una ripresa di lavoro, sia come dipendente, sia come indipendente. È stabilito che l'assicurazione non può rescindere un contratto unilateralmente. È per questa ragione che la Cassa ha proposto all'assicurato, dopo la sua opposizione alla decisione, di rescindere il contratto retroattivamente e di restituirgli le prime pagate. La rescissione del contratto indennità giornaliera incombe all'assicurato. Viene sottolineato che lo scopo dell'assicurazione indennità giornaliera è di garantire il reddito di una persona in caso di malattia e non la perdita di guadagno dovuta ad altri motivi, cioè l'abbandono, volontario nel caso di specie, dell'attività lavorativa. Questo sarebbe contrario all'intenzione del legislatore nonché allo scopo dell'assicurazione facoltativa indennità giornaliera. Inoltre, questo risorta chiaramente del regolamento della Cassa che fa parte integrante del contratto d'assicurazione (art. 3 cpv. 5 del regolamento) e che l'assicurato dovrebbe quindi conoscere. Ad cifra 2) Prova di un impiego designato concretamente È notorio che l'apertura ufficiale dell' \_\_\_\_\_ era a metà maggio 2002. D'altra parte, sembra estraneo che le persone impiegate non hanno cominciato il loro lavoro prima all'apertura e che i responsabili non hanno fatto un'introduzione nè dato delle istruzioni nè inviato un contratto di lavoro, indicando il tasso o il tipo di lavoro nonché il salario. È aggiunto che secondo gli allegati alcun contatto tra la signora \_\_\_\_\_ e il signor \_\_\_\_\_ ha avuto luogo posteriore al 31 gennaio 2002, cioè durante quasi 4 mesi, e che la malattia dell'assicurato iniziava solo il 24 aprile 2002.

Per quanto riguarda la possibilità presso l'Hotel \_\_\_\_\_ rinviamo alla nostra risposta. È sottolineato che non ci sono state altri contatti dell'assicurato per mettere in evidenza la possibilità d'un eventuale impiego e che era disoccupato durante un periodo d'un anno senz'essere incapace al lavoro. Manteniamo dunque che il signor \_\_\_\_\_ non può provare con verosimiglianza preponderante una concreta possibilità d'impiego e che la Cassa non è obbligata a versare le indennità giornaliere." (doc. \_) 1.6. Il 19 febbraio 2003 la Cassa ha affermato: " 1) La conferma d'impiego del nuovo datore di lavoro, l'Hotel-\_\_\_\_\_ conferma un tasso di lavoro del 70% a partire dal 1.12.2002 per il quale il signor \_\_\_\_\_ è obbligatoriamente assicurato presso l'assicurazione malattia collettiva indennità giornaliera del suo datore di lavoro. Per contro, secondo il certificato medico del 23.12.2002 il signor \_\_\_\_\_ era ancora incapace al lavoro del 50% dal 1.12.2002 al 14.12.2002. Non risulta del certificato se questa cifra si riferisce al 70% del tasso d'occupazione presso l'Hotel \_\_\_\_\_ o al 100% che il signor \_\_\_\_\_ potrebbe lavorare se non fosse malato. Se l'assicurato fosse veramente in incapacità lavorativa del 50% dal 1.12.2002 al 14.12.2002, questa sarebbe parzialmente a carico dell'assicuratore collettivo indennità giornaliera dell'Hotel \_\_\_\_\_, tenendo conto del termine d'attesa, e d'altra parte a carico della \_\_\_\_\_ conformemente all'art. 72 cpv. 2 LAMal, su riserva del sovraindennizzo (art. 122 cpv. 2 OAMal e art. 69 cpv. 2 LPGa). 2) Riguardo all'assicurazione individuale indennità giornaliera del signor \_\_\_\_\_ presso la \_\_\_\_\_, lo proporremo con scritto separato sia la modificazione del suo contratto individuale dopo verifica della copertura garantita dall'assicuratore collettivo del suo datore di lavoro, sia la rescissione retroattiva del suo contratto individuale in data 1.4.2001 o in data 1.12.2002 per evitare una doppia copertura. Tuttavia, secondo il nostro parere questa problematica non è un punto soggetto a controversia nella presente procedura, visto che l'assicurato non aveva fornito le informazioni necessarie alla \_\_\_\_\_ per chiarire la sua situazione lavorativa nonché assicurativa per il periodo relativo, cioè per il periodo a partire dal 1.12.2002." (doc. \_) 1.7. Il 20 febbraio 2003 l'insorgente ha rilevato: " Controparte sostiene, dapprima, come "non sia necessario" produrre l'incarto relativo ai dipendenti del signor \_\_\_\_\_ a suo tempo affiliati presso la \_\_\_\_\_. Se una tale produzione possa essere di una qualche utilità o meno, non spetta certo a loro valutare, ma semmai al Giudice statuente, il quale non può certo decidere se non dopo aver visionato una tale documentazione, che non terrà in considerazione se inutile. Si ribadisce in questo contesto, comunque, come il signor \_\_\_\_\_ abbia sempre e solo - per ogni necessità - scritto alla \_\_\_\_\_, senza mai differenziare, né Ufficio né persona, tanto più che diverse missive valevano sia per lui che per i propri dipendenti. La \_\_\_\_\_ stessa ammette - ed una volta di più nel proprio scritto del 10.2.03 - che il signor \_\_\_\_\_ aveva tempestivamente comunicato la cessazione della propria attività quale indipendente presso il ristorante \_\_\_\_\_ ad \_\_\_\_\_. Se dopo una tale comunicazione lo stesso non ne ha fatte altre, è solo ed esclusivamente perché la situazione non è cambiata! Lo stesso è rimasto senza occupazione e di conseguenza si è semplicemente iscritto alla disoccupazione (cfr. doc. agli atti). Per cui quanto risultava dagli atti alla \_\_\_\_\_, ossia che dopo la cessazione dell'attività ad \_\_\_\_\_ non ne aveva riprese altre, era ed è esatto. Chiaramente se avesse firmato formalmente per una nuova occupazione sarebbe stata premura del signor \_\_\_\_\_ comunicarlo tempestivamente alla \_\_\_\_\_. Come si può evincere dagli atti di causa ciò non è stato purtroppo il caso, dato il sopraggiungere repentino della malattia, che ha impedito il concretizzarsi di reali e sicure prospettive di lavoro. Si ricorda a questo proposito che la \_\_\_\_\_ è pure la cassa malati

dell'istante, per cui era perfettamente al corrente sullo stato di salute del signor \_\_\_\_\_. Il signor \_\_\_\_\_ ha dunque in tutto e per tutto ossequiato al proprio obbligo di comunicazione e di diligenza verso la \_\_\_\_\_. La \_\_\_\_\_ si contraddice, una volta di più, nelle proprie argomentazioni. O la stessa non sapeva - come sostiene - che il signor \_\_\_\_\_ era a tutti gli effetti disoccupato (e allora non può certo sostenere che il contratto era semplicemente "mantenuto" e non "rinnovato", data la mancanza di occupazione dello stesso) o la stessa lo sapeva perfettamente (per cui è oggi in malafede a sostenere il contrario, pretendendo la mancata diligenza del signor \_\_\_\_\_). Delle due, in ogni caso, l'una. Sembra dunque proprio che la \_\_\_\_\_ ha proposto al signor \_\_\_\_\_ di rescindere l'assicurazione retroattivamente dietro rimborso dei premi pagati, solo per potersi liberare di un assicurato diventato scomodo, poiché gravemente malato. In conclusione - si fa riferimento a questo proposito alle tavole processuali - si ribadisce come il signor \_\_\_\_\_ esclusivamente a causa dello sopraggiungere fulmineo della malattia non ha potuto intraprendere un'attività lavorativa (sicura) già a partire dal mese di maggio 02 \_\_\_\_\_, per cui è chiaro che siamo confrontati con un caso in cui l'assicurazione perdita di guadagno deve rispondere (cfr. Giurisprudenza citata nel ricorso). Dato che l'occupazione da lui ricoperta in tale ambito era nel ramo della ristorazione (come del resto pure la sua formazione) è chiaro come la sua attività presso la \_\_\_\_\_ sarebbe cominciata solo con l'inizio dell'esposizione e non prima. Il lavoro presso l'Hotel \_\_\_\_\_ non è una possibilità, ma un dato di fatto (cfr. documentazione prodotta agli atti, in particolare tramite missiva del 12.2.03). Il fatto che la \_\_\_\_\_ non riconosca neppure una tale evidenza, la caratterizza e non può non servire quale riferimento per valutare le prese di posizione della stessa. Il signor \_\_\_\_\_ ha proprio l'impressione che per una tale assicurazione fino a quando lui era in perfetta forma (e naturalmente pagava i premi non richiedendo prestazioni alcuna) non vi era nessun problema, dal momento in cui si è ammalato - e dopo oltre vent'anni di rapporto assicurativo - tutto è cambiato e nemmeno l'evidenza ha più valore." (doc. \_) 1.8. Pendente causa il TCA ha proceduto ad ulteriori accertamenti di cui si dirà in seguito. in diritto In ordine 2.1. L'insorgente chiede innanzitutto al TCA di verificare la tempestività della risposta di causa (doc. \_). Nel caso di specie, in data 15 novembre 2002 il Tribunale ha assegnato alla Cassa, tramite raccomandata, un termine di 20 giorni per presentare la risposta di causa (doc. \_). Il 2 dicembre 2002 l'amministrazione ha trasmesso al Tribunale uno scritto nel quale è stato indicato: " In riferimento al incarto precitato facciamo seguito alla Vs. lettera del 15 novembre 2002 assegnandoci un termine di 20 giorni per presentare nostra risposta di causa. Dato il cumulo importante di lavoro non siamo purtroppo in grado di darci seguito nel termine inizialmente assegnato. Per questi motivi Le saremmo grati se volesse accordarci un prolungamento del termine fino al 10 gennaio 2003." (doc. \_) In data 6 dicembre 2002 il TCA ha accordato la proroga del termine (doc. \_). La risposta della Cassa, datata 10 gennaio 2003, è giunta al TCA il 13 gennaio 2003 (doc. \_). Giusta l'art. 3 cpv. 1 LPTCA, immediatamente dopo esaminato il ricorso o dopo che lo stesso sia completato e ritornato al Tribunale, il giudice delegato ne trasmette copia all'autorità amministrativa che ha emanato la querelata decisione fissandole un termine di 20 giorni per la presentazione dell'atto di risposta cui sono da allegare tutti i documenti. Il cpv. 2 recita che il suddetto termine può essere prorogato una sola volta a seguito di istanza motivata dall'autorità amministrativa. In casu , il TCA ha, con ordinanza 15 novembre 2002, assegnato alla Cassa il termine di cui all'art. 3 cpv. 1 LPTCA, per presentare la propria risposta di causa. Questo termine ha iniziato a decorrere al più presto il 17 novembre 2002. In data 2 dicembre 2002 -

quindi entro il primo termine di 20 giorni - la Cassa ha presentato al TCA un'istanza tendente a che il termine per la presentazione della risposta di causa venisse prorogato fino al 10 gennaio 2003, un venerdì (doc. \_). Tenuto conto della proroga la risposta della Cassa, giunta al TCA lunedì 13 gennaio 2003, è tempestiva. Va comunque rilevato che nell'ambito del diritto delle assicurazioni sociali e, quindi, anche nella LAMal, vige il principio inquisitorio: l'amministrazione e, in caso di ricorso, il giudice, accertano d'ufficio i fatti determinanti per il giudizio, assumono le prove necessarie e le valutano liberamente (Ch. Zünd, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1999, §23 n. 5). Ciò significa che il TCA è tenuto a prendere in considerazione ogni mezzo di prova nella misura in cui esso si rivela essere in qualche modo rilevante ai fini di un corretto e puntuale chiarimento di fatti giuridicamente importanti. In questo ordine d'idee, il TFA ha, del resto, stabilito che determinante non è la provenienza di un mezzo di prova, bensì il suo contenuto (DTF 122 V 160 in fine). Nel merito 2.2. Oggetto del contendere è il diritto di \_\_\_\_\_ al versamento delle indennità giornaliera. 2.3. Va innanzitutto rilevato che con il 1° gennaio 2003 è entrata in vigore la legge sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA), che tuttavia non è applicabile al caso di specie considerato che il giudice delle assicurazioni sociali non tien conto di modifiche legislative e di fatto verificatesi dopo il momento determinante della resa del provvedimento amministrativo (STFA del 9 gennaio 2003 nella causa A., P 76/01, consid. 1.3, pag. 4; STFA del 9 gennaio 2003 nella causa C., U 347/01, consid. 2 pag. 3 e STFA del 9 gennaio 2003 nella causa P., H 345/01, consid. 2.1, pag. 3; DTF 127 V 467 consid. 1, DTF 121 V 366 consid. 1b). Per cui ogni riferimento alle norme applicabili in concreto va inteso nel tenore in vigore fino al 31 dicembre 2002. 2.4. La LAMal disciplina l'assicurazione sociale contro le malattie (assicurazione sociale malattie), che comprende l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie e l'assicurazione indennità giornaliera facoltativa. L'assicurazione facoltativa d'indennità giornaliera è regolata agli art. 67-77 LAMal e art. 107 e 109 OAMal. La LAMal disciplina l'assicurazione indennità giornaliera facoltativa a grandi linee (RAMI 1998 p. 311), mentre le condizioni generali fissano in dettaglio le condizioni d'assicurazione; queste ultime devono però tener conto delle disposizioni imperative contenute nella LAMal (RAMI 1998 p. 311), così come dei principi generali costituzionali, amministrativi e delle assicurazioni sociali (DTF 126 V 501 consid. 2; cfr. B. Kahlil-Wolff, l'assurance facultative d'indemnités journalières selon la LAMal, p. 47/48, in 1366 jours d'application de la LAMal, colloque de Lausanne 1999, Lausanne 2000). L'assicurazione d'indennità giornaliera persegue lo scopo di risarcire la perdita di guadagno intervenuta in seguito a malattia, infortunio o maternità (cfr. art. 72 cpv. 1 seconda frase LAMal; Eugster, Krankenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, U. Meyer-Blaser, Soziale Sicherheit, Basilea 1998, p. 196 N 357; STFA del 19 ottobre 2000 nella causa G, K 188/98; STFA inedita del 2 marzo 2000 nella causa N consid. 2a; DTF 126 V 495; 501). Secondo dottrina (Eugster, Krankenversicherung, op. cit., p. 196) e giurisprudenza (RAMI 1998 p. 420, 422) l'assicurazione indennità giornaliera della LAMal è inoltre unicamente concepita come un'assicurazione per perdita di guadagno ("eine reine Erwerbsausfallversicherung" RAMI 1998 p. 421 consid. 2a; gli stessi principi valevano in ambito LAMI: SVR 1998 KV No. 4 p. 9 e giurisprudenza citata). A differenza dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie, l'assicurazione d'indennità giornaliera non è stata oggetto di una radicale revisione (cfr. Messaggio del Consiglio federale del 6 novembre 1991, p. 46ss. e 107ss.), così che il Titolo terzo della LAMal "Assicurazione facoltativa d'indennità giornaliera" corrisponde, in grandi linee, al

vecchio diritto (cfr. G. Eugster, *Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG*, in *Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances*, Lausanne 1997, p. 505 e J.-L. Duc, *Quelques réflexions relatives à l'assurance d'une indemnité journalière selon la LAMal*, in *SZS* 1998/4, p. 251ss.). La giurisprudenza elaborata sotto l'egida della LAMI, è quindi ancora valida. 2.5. La LAMal non precisa a quali condizioni l'assicurato dev'essere considerato uscente dall'assicurazione. L'uscita dall'assicurazione deve però essere ritenuta ammissibile (DTF 125 V 105). Al riguardo anche la LAMI non prevedeva alcunché. Di conseguenza le modalità, in particolare i termini di disdetta, potevano essere previsti liberamente negli statuti. L'assicurato poteva ad esempio essere obbligato ad uscire dalla Cassa, in quanto non adempiva più i presupposti statutari, avendo trasferito il proprio domicilio all'estero. Inoltre gli affiliati potevano essere esclusi, se non pagavano i premi rispettivamente se violavano delle norme legali. Il rapporto assicurativo terminava, infine, automaticamente, con la morte dell'assicurato. Possibile era pure una fine automatica dell'affiliazione, senza che vi fosse la necessità di una dichiarazione di parte, in caso di trasferimento all'estero del domicilio. Terminato il rapporto associativo, l'assicurato non poteva più avvalersi del diritto a prestazioni (RAMI 1975 p. 67ss). Poiché il diritto alle prestazioni è legato all'affiliazione, nel caso in cui il rapporto di assicurazione si estingue, il diritto alle prestazioni - anche a quelle in corso - cessa (DTF 125 V 106). 2.6. Per l'art. 72 cpv. 2 LAMal " Il diritto all'indennità giornaliera è dato qualora la capacità lavorativa dell'assicurato sia ridotta di almeno la metà. Per quanto non pattuito altrimenti, il diritto nasce il terzo giorno che segue quello dell'insorgere della malattia. L'inizio del diritto alle prestazioni può essere differito mediante corrispettiva riduzione del premio. Qualora per il diritto all'indennità giornaliera sia stato convenuto un termine d'attesa, durante il quale il datore di lavoro è tenuto a versare il salario, questo termine può essere dedotto dalla durata minima di riscossione". Per l'art. 3 cpv. 1 del regolamento della Cassa malati \_\_\_\_\_ relativo all'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia secondo la LAMal (del 2001, doc. \_) l'indennità giornaliera serve principalmente a compensare in tutto o in parte una perdita di reddito che la persona assicurata ha subito in seguito a una malattia o a una gravidanza. Per il cpv. 5 le persone senza reddito non possono beneficiare della copertura assicurativa. Secondo l'art. 5 possono essere assicurate da \_\_\_\_\_, tra l'altro, le persone che hanno il loro domicilio o che esercitano la loro attività lucrativa professionale in Svizzera. L'art. 13 prevede che l'assicurazione d'indennità giornaliera termina in caso di cambiamento di datore di lavoro (salvo libero passaggio), nonché alla scadenza del contratto. Inoltre, l'assicurazione termina quando la persona assicurata rinuncia a esercitare la sua attività professionale, ha esaurito il suo diritto a ricevere delle prestazioni, ha raggiunto l'età della pensione stabilita dalla LAVS nonché al suo decesso. Per l'art. 15 se nessun'altra disposizione è prevista nel contratto, l'assicurazione indennità giornaliera può essere rescissa al 31 dicembre purché venga rispettato un termine di rescissione di tre mesi. E' riservato l'art. 38 (mancato pagamenti di premi). Per l'art. 30 l'assicurato individuale ha l'obbligo di avvertire \_\_\_\_\_ di ogni modifica dell'ammontare del suo reddito e della sua situazione professionale nel termine di 30 giorni. \_\_\_\_\_ adatta la copertura nonché i premi alla nuova situazione con effetto a partire dalla data della modifica. L'assicurazione indennità giornaliera non deve essere una fonte di arricchimento per la persona assicurata. Se la persona assicurata non avverte \_\_\_\_\_ della modifica delle sue condizioni entro il termine di 30 giorni, quest'ultima riduce le prestazioni in funzione della situazione nota. In questo caso la copertura e i premi si adattano alla nuova situazione a partire dal 1° giorno del mese successivo a quello in cui \_\_\_\_\_ prende conoscenza

della situazione reale. Per l'art. 32 le prestazioni vengono ridotte, tra l'altro, quando la persona assicurata non rispetta gli articoli 25-31. Le prestazioni sono rifiutate quando una persona assicurata non adempie un obbligo entro un periodo fissato da \_\_\_\_\_ o non segue le istruzioni che le sono state date. Va poi rammentato che per l'art. 9 l'ammontare dell'indennità giornaliera viene concordato tra le parti contraenti. \_\_\_\_\_ può fissare una somma massima assicurata per l'indennità giornaliera. Per i dipendenti che beneficiano di un'assicurazione collettiva o individuale, è determinante il reddito AVS dichiarato sulla busta paga emessa dal datore di lavoro. Per gli indipendenti che beneficiano di una copertura assicurativa individuale, è determinante il reddito dichiarato all'AVS. 2.7. Come visto l'assicuratore in un primo tempo aveva notificato all'insorgente la rescissione del contratto. Solo dopo l'inoltro dell'opposizione la Cassa ha deciso di mantenere la copertura assicurativa (cfr. decisione su opposizione, doc. \_), rilevando tuttavia, da una parte, che l'assicurato non può beneficiare di indennità giornaliere poiché la perdita di guadagno non è dovuta a malattia e, dall'altra, che l'insorgente non avrebbe comunicato la modifica della sua situazione professionale, violando le disposizioni contrattuali. Va preliminarmente sottolineato che l'assicurato afferma di aver notificato la modifica della sua situazione professionale già nel corso del gennaio 2001, allorquando ha informato la Cassa della cessione del proprio ritrovo pubblico. La cassa afferma di non aver mai ricevuto alcuno scritto in merito. Dalla documentazione prodotta dalla Cassa malati, emerge che con scritto datato 8 giugno 2001, l'\_\_\_\_\_, ha rilasciato all'insorgente la seguente dichiarazione: " Nous attestons, par la présente, que vous avez versé vos cotisations AVS/AI/IPG en tant que personne de condition indépendante et ceci pour l'établissement Café Bar \_\_\_\_\_ jusqu'au 31 mars 2001 . Nous restons bien entendu à votre entière disposition pour tous renseignements complémentaires que vous pourriez désirer." (doc. \_) L'11 settembre 2001 l'assicurato ha scritto all'\_\_\_\_\_ all'attenzione della signora \_\_\_\_\_, affermando: " (...) Nach unserem telefon vom Letzten Freitag schicke ich Ihnen nun diese simple Frage. Am Telefon haben wir uns eventuell nicht verstanden. Beiligend erhalten Sie eine Anfrage der Arbeitslosenkasse in Kopie damit Sie diese eventuell besser verstehen als ich. Fakten sind: Das Restaurant \_\_\_\_\_ habe ich am 31. März 01 aus gesundheitlichen Gründen verkaufen müssen. Ab 1.4.01 bin ich ohne Arbeit. Ich bezahlte bis Ende März die AHV als >Indipendente>. Nun verlangt die Arbeitslosenkasse von Ihnen eine Bestätigung eines >stralcio dal AVS come indipendente <. Bitte schicken Sie mir dieses Dokument so schnell als möglich." (doc. \_) Va infine rilevato che in data 7 gennaio 2002 la Cassa ha rilasciato la "Versicherungspolice 2002" dalla quale emerge che \_\_\_\_\_ è assicurato tramite una Krankengeldversicherung per fr. 100 dal 31° giorno. Va qui evidenziato che verosimilmente i due scritti sopra riportati per esteso sono stati compilati, rispettivamente ricevuti dalla Cassa di compensazione dell'\_\_\_\_\_, al quale l'interessato era affiliato, e non dall'assicuratore malattia in quanto tale. L'assicuratore ammette tuttavia, sia nella risposta che nel più recente scritto del 12 settembre 2003 che " conformemente ai documenti in nostro possesso la Cassa ha preso conoscenza della disoccupazione del signor \_\_\_\_\_ nel corso del settembre 2001 (cfr. allegato \_ della nostra risposta di causa). Il prossimo contatto coll'assicurato è stato l'annuncio della sua incapacità lavorativa per motivi di malattia in giugno 2002 ." (doc. \_) Per cui la Cassa è stata informata della modifica dello statuto del ricorrente molti mesi prima dell'insorgere della malattia (26 aprile 2002) per la quale viene chiesto il versamento delle prestazioni assicurate. Ora, è vero che l'art. 30 del regolamento quale conseguenza della tardiva notifica della modifica della situazione professionale prevede la riduzione o il rifiuto delle prestazioni in funzione della

situazione, tuttavia il 7 gennaio 2002, ossia dopo essere venuta a conoscenza della modifica della situazione professionale dell'assicurato, la Cassa ha rilasciato una polizza nella quale era ancora prevista l'assicurazione d'indennità giornaliera di fr. 100 al giorno dal 31esimo giorno (doc. \_), rinunciando implicitamente a ridurre o sopprimere eventuali prestazioni. Ora, sempre l'art. 30, prevede che se la persona assicurata non avverte \_\_\_\_\_ della modifica delle sue condizioni entro il termine di 30 giorni, quest'ultima riduce le prestazioni in funzione della situazione nota. In questo caso la copertura e i premi si adattano alla nuova situazione a partire dal 1° giorno del mese successivo a quello in cui \_\_\_\_\_ prende conoscenza della situazione reale. In concreto, \_\_\_\_\_, dopo aver preso conoscenza della situazione reale, ha mantenuto il contratto assicurativo ed ha proposto all'assicurato un cambiamento, retroattivo, unicamente quando si è ammalato, ossia quando l'insorgente avrebbe potuto aver diritto a prestazioni assicurative. La notifica del cambiamento dell'attività è avvenuta, come ricordato, con ampio anticipo rispetto al sopraggiungere della malattia. Va poi rammentato che con decisione del 25 settembre 2000 pubblicata in SVR 2001 KV 28 pag. 83, il TFA, a proposito di una causa che vedeva quale convenuta proprio l'\_\_\_\_\_, ha stabilito che la copertura assicurativa non può in ogni caso essere ridotta unilateralmente dall'assicurazione malattia, se il motivo è unicamente riconducibile al fatto che la persona che esercita attività lavorativa ha concordato un'indennità giornaliera che supera il reddito che poteva aspettarsi di ottenere. Tuttavia il pagamento delle indennità presuppone che non esista sovrassicurazione. Il TFA ha affermato: b) Il est vrai que sous l'empire de l'ancien droit de l'as-surance- maladie (LAMA), le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'une caisse-maladie a le droit de supprimer ou de réduire la couverture d'assurance d'une indemnité journalière, sans l'accord de l'assuré, lorsque ce dernier ne peut raisonnablement plus avoir d'intérêt au maintien de la couverture dont il bénéficiait jusqu'alors, de sorte que celle-ci devenait - en tout ou partie - sans objet (ATF 112 V 195, 111 V 333 consid. 2b). C'était le cas quand l'assuré - indépendamment de son âge - cessait définitivement ou réduisait durablement l'exercice d'une activité lucrative. On peut se demander si cette jurisprudence est sans plus transposable au régime des indemnités journalières selon la LAMal. En effet, dans cette loi, la surindemnisation, pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative, est définie de manière plus large que la notion qui prévalait sous l'empire de la LAMal. Ainsi, la surindemnisation prend désormais en compte la valeur des tâches que l'assuré ne peut plus accomplir, conformément à l'art. 122 al. 2 let. c OAMal (cf. également KIESER, loc. cit., p. 612 sv). Quoi qu'il en soit, la jurisprudence citée n'est pas applicable quand la surassurance alléguée par l'assureur provient - comme en l'espèce - du seul fait que l'assuré, qui exerce une activité lucrative, convient avec l'assureur d'une indemnité d'un montant supérieur au revenu qu'il est censé réaliser. Car le preneur a parfois intérêt à maintenir une couverture élevée, nonobstant le fait qu'il ne subit momentanément pas de perte de gain ou que sa perte de gain est inférieure au montant de l'indemnité journalière souscrite. La prudence peut en effet commander de maintenir une couverture d'assurance provisoirement injustifiée, sous l'angle de la perte de gain, dans le but de conserver les avantages d'une affiliation sans réserve (RJAM 1982 no 475 p. 36 consid. 3; ALDO BORELLA, L'affiliation à l'assurance-maladie sociale suisse, thèse Genève 1993, p.156 no 223; voir aussi l'art. 69 LAMal). Un tel intérêt existe, tout particulièrement, pour les personnes de condition indépendante, dont les revenus sont parfois sujets à de fortes variations (cf. RAMA 1994 no U 183 p. 51 consid. 5 c). L'art. 109 OAMal prévoit d'autre part que toute personne qui satisfait aux exigences de l'art. 67 al. 1 LAMal peut adhérer à l'assurance d'indemnités journalières aux mêmes conditions que

celles qui prévalent pour les autres assurés, notamment quant à la durée et au montant de l'indemnité journalière, dans la mesure où, selon toute probabilité, il n'en résulte pas de surindemnisation. Mais cette disposition, qui traite de l'adhésion à l'assurance, n'autorise pas l'assureur à réduire rétroactivement la couverture d'assurance s'il apparaît après coup que le montant assuré risque de conduire à une surindemnisation: c) Le fait de s'être assuré pour une indemnité journalière d'un montant donné et d'avoir payé les cotisations correspondantes n'ouvre cependant pas forcément droit au versement de la somme assurée en cas d'incapacité de travail (ATF 110 V 322 consid.5, 105 V 196 consid. 1; RAMA 1987 no K 742 p. 275 consid: 1, 1986 no K 702 p. 464 consid.2a; EUGSTER, loc. cit., p.539). Encore faut-il que l'assuré subisse une perte de gain dans une mesure justifiant le paiement du montant assuré. En cas de surindemnisation, les prestations assurées peuvent être réduites conformément aux art. 78 al. 2 LAMal et 122 OAMal. C'est ainsi que, selon l' art. 122 al. 2 OAMal, il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations de l'assurance-maladie, seules ou entrant en concours avec celles d'autres assurances sociales, excèdent, pour une même atteinte à la santé: a) les frais de diagnostic et de traitement supportés par l'assuré; b) les frais de soins supportés par l'assuré et d'autres frais non couverts dus à la maladie; c) la perte de gain présumée subie par l'assuré du fait du cas d'assurance ou la valeur des tâches qu'il ne peut pas accomplir. En cas de surindemnisation, les prestations de l'assurance-maladie sont réduites du montant de la surindemnisation (art. 122 al. 3 OAMal). 4. Il résulte de ce qui précède que la caisse n'était pas en droit de réduire la couverture d'assurance de l'intimé. Dans la mesure où la recourante conteste ce point, son recours est mal fondé. Les premiers juges, quant à eux, déduisent de cette interdiction de réduire unilatéralement la couverture d'assurance que la caisse est tenue, sans autre préalable, de payer la totalité de l'indemnité assurée; ils n'ont, de ce fait, pas examiné la question d'une éventuelle surindemnisation. Cette opinion, on l'a vu, ne peut pas être suivie. De son côté, la caisse n'a pas non plus examiné le problème sous l' angle de la surindemnisation, compte tenu de sa décision de réduire rétroactivement la couverture d'assurance de l'intimé. Dans ces circonstances, il convient d'annuler aussi bien le jugement attaqué que la décision sur opposition litigieuse et de renvoyer la cause à la caisse pour qu'elle procède, s'il y a lieu, à un calcul de surindemnisation et rende une décision sur l'étendue du droit de l'intimé à des indemnités journalières durant la période en cause." In concreto, l'interessato ha rifiutato la proposta della Cassa di rescindere il contratto, per cui rimane assicurato secondo la copertura precedente, riservate le norme relative alla sovrassicurazione. Si tratta ora di esaminare se il ricorrente ha subito una perdita di guadagno riconducibile alla malattia. 2.8. Secondo la giurisprudenza federale un assicurato alle dipendenze di un datore di lavoro subisce una perdita di guadagno se è inabile al lavoro in seguito a malattia e non riceve temporaneamente il salario oppure, se è indipendente, se deve sospendere la propria attività per gli stessi motivi (SVR 1998 KV no. 4 p. 9 consid. 3b). Il TFA ha pure stabilito che anche una persona senza lavoro, che non beneficia di un diritto ad indennità giornaliera dell'assicurazione disoccupazione, può subire una tale perdita. Il diritto alle prestazioni nasce tuttavia soltanto se è ammissibile, con verosimiglianza preponderante, che la persona assicurata eserciterebbe un'attività lavorativa, se non fosse malata. Il giudice e l'amministrazione, in base al principio inquisitorio, devono quindi accertare questi fatti (STFA inedita del 2 marzo 2000 nella causa, K134/98; SVR 1998 KV no. 4 consid. 3b emessa vigente la vecchia LAMI). In tale contesto le autorità menzionate devono considerare due ipotesi. Nel caso in cui la persona assicurata, inabile al lavoro per malattia, perde il posto in seguito a disdetta, vale la

presunzione secondo cui avrebbe continuato a lavorare, se non si fosse ammalata. In tal caso il diritto a prestazioni può essere negato solo se vi sono indizi secondo cui l'assicurato non avrebbe lavorato, anche se non si fosse ammalato (STFA citata consid. 3a). Diverso è il caso in cui la persona assicurata si ammala dopo essere diventata disoccupata. In tal caso vale la presunzione contraria a quella appena menzionata. La persona interessata può tuttavia provare che avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito, se non si fosse ammalata (sentenza citata e RAMI 1998 p. 422; SVR 1998 KV no. 4 consid. 3b in ambito LAMI). Secondo la giurisprudenza in vigore in materia LAMI " Una riduzione, contro la volontà dell'assicurato, della precedente indennità giornaliera di malattia al minimo legale o statutario è lecito solo se non sussistono dubbi che l'interessato abbia rinunciato al proposito di esercitare un'attività lucrativa in modo duraturo o perlomeno per un lungo periodo. La retrocessione in una classe di assicurazione inferiore è inammissibile pure se l'assicurato non ha assunto, dopo che il rapporto di lavoro sia stato sciolto, una nuova attività per ragioni di invalidità o a causa di un periodo di disoccupazione (RJAM 1981 no. 455 pag. 165 segg.). Perché la cassa sia tenuta a mantenere la precedente copertura assicurativa non basta comunque che l'interessato manifesti una vaga intenzione di riprendere nel futuro un'attività lucrativa. Egli deve invece fornire elementi concreti l'epoca in cui intende riprendere un lavoro, epoca che deve situarsi nel prossimo futuro, poiché si tratterebbe altrimenti di una rinuncia di esercitare un'attività lucrativa per un lungo periodo di tempo (RAMA 1986 no. K 704 pag. 479 consid. 2b)." (RAMI 1991 p. 255/2b). 2.9. Nel caso di specie, spetta all'assicurato, che era in disoccupazione quando si è ammalato, rendere verosimile che senza il danno alla salute, avrebbe avuto una concreta possibilità di lavoro. Dalla documentazione agli atti emerge che l'insorgente ha effettuato numerose ricerche di lavoro, anche all'estero, al fine di trovare una nuova occupazione (plico doc. \_). Egli, in particolare, si è iscritto presso l'Ufficio regionale di collocamento di \_\_\_\_\_, tramite il quale ha contattato all'estero e in tutta la Svizzera diverse società attive nell'ambito della ristorazione (cfr. plico doc. \_). Solo a partire da fine aprile 2002, con l'insorgere della malattia, la quantità delle ricerche è diminuita. Dalle tavole processuali emerge innanzitutto che in data 31 gennaio 2002 l'\_\_\_\_\_ ha scritto all'insorgente affermando: " Sehr geehrter Herr \_\_\_\_\_ Wir beziehen uns auf unser heutiges Gespräch und bestätigen Ihnen, dass Ihre Bewerbung für einen Posten im Rahmen der \_\_\_\_\_ angenommen worden ist. Wir haben zur Kenntniss genommen, dass Sie sich für sich für folgende Tätigkeiten interessieren und dass Sie diese in der nachstehenden Periode ausüben können: Guide Hostess/Host Resturtnleitung Teamleiter/in vom: 01/02/02 bis: 20/10/02 Im Rahmen der nächsten Schritte werden wir Sie kontaktieren und Ihnen konkrete Tätigkeitsvorschläge unterbreiten. Die Akzeptierung dieser Vorschläge steht Ihnen frei. In der Zwischenzeit bitten wir Sie, uns über eventuelle Änderungen bezüglich Ihrer Bewerbung zu informieren und danken Ihnen herzlich für das Interesse an diesem einmaligen Projekt." (doc. \_) Con scritto 8 luglio 2003 il TCA ha chiesto alla firmataria della lettera, \_\_\_\_\_, quanto segue: " Dagli atti del nostro incarto emerge che Lei ha lavorato per l'\_\_\_\_\_ ed ha avuto un contatto con \_\_\_\_\_ a proposito di una possibilità lavorativa presso \_\_\_\_\_. In annesso le alleghiamo la sua lettera del 31 gennaio 2002. Ai fini del giudizio, le chiediamo di rispondere, entro

## **E. 10**

giorni , dettagliatamente e precisamente alle seguenti domande: 1. Lei che tipo di lavoro svolgeva per \_\_\_\_\_? In particolare si occupava di assumere personale e di concludere contratti di lavoro? 2. Dalla lettera allegata emerge che \_\_\_\_\_ avrebbe dovuto iniziare

a lavorare l'1.2.02. a) La data d'inizio dell'attività lavorativa è corretta, considerato che \_\_\_\_\_ ha aperto nel corso del mese di maggio 2002? Se la data è corretta, per quale motivo il contratto ha avuto inizio così presto rispetto all'apertura di \_\_\_\_\_? Se la data non è corretta, quando avrebbe dovuto iniziare a lavorare \_\_\_\_\_? b) \_\_\_\_\_ ha lavorato per \_\_\_\_\_ (se sì, le chiediamo di precisare le date, indicando l'eventuale motivo di cessazione dell'attività lavorativa)? In caso di risposta negativa, per quale motivo, malgrado la lettera del 31 gennaio 2002 \_\_\_\_\_ non ha lavorato per \_\_\_\_\_? 3. Quale salario era stato pattuito? 4. Le chiediamo di trasmetterci eventuali ulteriori scritti tra \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ e di indicarci, se a sua conoscenza, l'indirizzo cui è possibile rivolgersi per ottenere ulteriori informazioni inerenti \_\_\_\_\_ e l'attività di \_\_\_\_\_." (doc. \_) Con risposta 28 luglio 2003 il \_\_\_\_\_ ha osservato: " Nous nous référons à votre courrier du 8 juillet dernier qui a été adressé à Madame \_\_\_\_\_ concernant l'affaire \_\_\_\_\_. (...): 1. Madame \_\_\_\_\_ était une collaboratrice du \_\_\_\_\_. Elle a été engagée comme recruteur afin de sélectionner et de recruter le personnel pour la phase d'exploitation d'\_\_\_\_\_. 2. a.+b. Monsieur \_\_\_\_\_ a reçu une attestation de sélection pour une éventuelle mission du 1<sup>er</sup> février 2002 au 20 octobre 2002. L'\_\_\_\_\_ a bien débuté au mois de mai, mais les missions étaient planifiées plus tôt, parce que les personnes engagées devaient suivre une formation préalablement. Néanmoins, nous ne pouvons pas vous indiquer ni de date de début, ni de date de fin de mission, car Monsieur \_\_\_\_\_ n'a finalement pas été engagé par le \_\_\_\_\_ et il n'a jamais reçu un contrat de travail. Comme nous vous l'avons indiqué, il s'agit seulement d'une attestation de sélection. 3. Puisque Monsieur \_\_\_\_\_ n'a pas été engagé, nous n'avons jamais convenu d'un salaire horaire. Pour toutes vos questions complémentaires la sous-signée, Madame \_\_\_\_\_ du \_\_\_\_\_ se tien à votre disposition jusqu'à fin septembre 2003. Après cette date le \_\_\_\_\_ cessera toute activité." (doc. \_) Nuovamente interpellata dal TCA, \_\_\_\_\_ ha osservato: " Effectivement Monsieur \_\_\_\_\_ avait un bon profil. Après avoir reçu les descriptifs de fonction ainsi que la commande de notre client \_\_\_\_\_, nous n'étions malheureusement pas en la mesure de proposer un poste adéquat à Monsieur \_\_\_\_\_." (doc. \_) L'assicurato ha rilevato: " Il signor \_\_\_\_\_ conferma di aver ricevuto una concreta proposta di lavoro presso la \_\_\_\_\_, oltre che diversi impieghi sempre nel ramo alberghiero all'estero (cfr. plico doc. \_), come chiaramente attestato e comprovato nel suo ricorso (cfr. pto E e ss.; cfr. anche documentazione allegata). Del resto, avuto riferimento in particolare al capitolo \_\_\_\_\_, oggetto della documentazione da Lei inviata, quanto attestato dalla signora \_\_\_\_\_ – che signor \_\_\_\_\_ non ha mai incontrato né con la quale ha mai avuto contatti – con scritto del 27.8.03 e del 13.8.03 conferma quanto sempre sostenuto dal nostro Cliente. In particolare che il signor \_\_\_\_\_ era idoneo ad un'occupazione presso la \_\_\_\_\_, che ha passato le selezioni relative, ricevendo l'"attestation de sélection". Altrettanto vero è che il nostro Cliente non ha mai firmato alcun contratto di lavoro con gli organizzatori di \_\_\_\_\_, come del resto già da lui anticipato (cfr. ricorso, pto. \_). Unico particolare non menzionato dalla signora \_\_\_\_\_ – che neppure poteva esserle noto data la sua posizione e l'elevato e svariato numero di selezioni e di posti di lavoro da offrire di cui era responsabile – è che se il signor \_\_\_\_\_ non ha sottoscritto un contratto di lavoro con la \_\_\_\_\_ è solo ed esclusivamente perché appena lo stesso – dopo il ricovero d'urgenza – ha saputo della propria (grave) malattia ha subito preso contatto con l'organizzazione di \_\_\_\_\_ per spiegare la (o meglio il cambiamento di) situazione. E meglio che al

contrario di quanto discusso ed anticipato (anche nell'incontro a \_\_\_\_\_) non era più in grado di un'attività lavorativa al 100%, ma eventualmente ed al massimo al 50%, solo dopo il periodo di convalescenza all'uscita dell'ospedale. Da qui – e solo da qui – la risposta negativa dell'organizzazione di \_\_\_\_\_, che (comprensibilmente) data l'incertezza della situazione del signor \_\_\_\_\_ non ha che potuto spostare il dossier \_\_\_\_\_ in quelli rifiutati, inviandogli una lettera standart. È dunque chiaro che se il signor \_\_\_\_\_ non ha potuto iniziare la propria attività presso l'\_\_\_\_\_ – o presso gli altri datori di lavoro all'estero (cfr. plico doc. \_) – è solo ed esclusivamente a causa della sopravvenienza della sua malattia. Egli, oltre che la propria buona fede, non ha documentazione particolare da consegnare, essendo stati questi ultimi contatti telefonici con l'organizzazione di \_\_\_\_\_, telefonici, dall'ospedale." Da parte sua la cassa ha affermato: " (...) Quanto all'attività lavorativa presso l'\_\_\_\_\_, risorta del scritto del \_\_\_\_\_ che l'inizio dell'impiego era previsto, come menzionato nell'attestazione di selezione, il 1° febbraio 2002, dunque ben prima dell'inizio dell'incapacità lavorativa del signor \_\_\_\_\_. Anche il scambio di lettere per il posto in questione ha già avuto luogo durante i mesi di dicembre 2001 / gennaio 2002, per contro l'incapacità lavorativa del signor \_\_\_\_\_ é stata attestata solamente a partire del 24 aprile 2002. Come conferma la signora \_\_\_\_\_, l'assicurato non era impiegato per mancanza d'un posto adeguato e non per motivi di malattia. Del resto, manteniamo le nostre prese di posizione già presentate nei nostri precedenti sunti legali e Vi inviamo i documenti relativi alla cessazione dell'attività nonché alla radiazione del ristorante \_\_\_\_\_ (allegati \_) presso la Cassa per complemento d'informazione." (doc. \_) Dalle affermazioni dei responsabili dell'\_\_\_\_\_ sembra che il motivo del rifiuto dell'assunzione dell'insorgente non sia da far risalire alla malattia, ma piuttosto ad altri motivi, quale la mancanza di un posto adeguato al profilo professionale del candidato. La questione non merita tuttavia ulteriori approfondimenti. Infatti dai documenti prodotti risulta che l'assicurato, nel mese di aprile 2002, ha effettuato diverse ricerche sia in Svizzera che all'estero, ricevendo alcune risposte negative. Dall'inizio della sua malattia (26 aprile 2002), il numero delle ricerche è evidentemente calato notevolmente. Tuttavia, da metà luglio 2002, ossia da quando l'inabilità al lavoro si è ridotta al 70% (doc. \_), l'assicurato ha ripreso le proprie ricerche e, come visto, con il 1° dicembre 2002 ha iniziato un'attività quale "Küchenchef" presso l'Hotel-\_\_\_\_\_, dove percepisce un salario netto di fr. 3'000. Nella "Arbeitsbestätigung", è stato inoltre indicato: " Arbeitstätigkeit zu 70% " (doc. \_). Ora, secondo costante giurisprudenza del TFA, l'autorità giudicante deve di regola limitare l'esame del caso alla situazione effettiva che si presenta all'epoca in cui è stata resa la decisione impugnata (DTF 127 V 251 consid. 4d, 121 V 366 consid. 1b, 116 V 248 consid. 1a, 112 V 93 consid. 3). Eccezionalmente, il giudice può anche tener conto, per motivi d'economia procedurale, dei fatti intervenuti posteriormente a condizione che questi ultimi siano stabiliti in modo sufficientemente preciso (RCC 1980 pag. 263) e siano suscettibili di influenzare il giudizio (RCC 1989 pag. 123 consid. 3b, RCC 1974 pag. 192 consid. 4, RCC 1970 pag. 582 consid. 3). Alla luce degli accertamenti esperiti pendente causa, ed in particolare di quest'ultimo certificato, questa Corte ritiene provato, con il grado della verosimiglianza preponderante valido nelle assicurazioni sociali (SVR 1996 KV Nr. 85 p. 269; SVR 1996 LPC Nr. 22 p. 263ss; DTF 121 V 208 consid. 6a; RAMI 1994 p. 210/211), che se la malattia non fosse sopraggiunta, l'insorgente avrebbe trovato un posto di lavoro precedentemente. Unicamente il perdurare dello stato invalidante gli ha impedito di iniziare a svolgere un'attività con più sollecitudine. Infatti la numerosa documentazione agli atti

comprova l'enorme sforzo del ricorrente nel cercare un lavoro sia in Svizzera che all'estero, frenato unicamente dall'insorgere della malattia nel corso del mese di aprile 2002. Con la parziale guarigione, l'assicurato, malgrado ancora inabile al lavoro al 50% fino al 14 dicembre 2002 e in seguito al 30% (doc. \_), ha trovato un'occupazione quale " Küchenchef " al 70% a \_\_\_\_\_, presso l'albergo-\_\_\_\_\_, adempiendo nel contempo l'obbligo, valido nelle assicurazioni sociali, di ridurre il danno nel limite del possibile. Ne discende che il ricorrente deve essere ritenuto assicurato presso la resistente per le indennità giornaliere pattuite . A \_\_\_\_\_ vanno quindi riconosciute le suddette indennità conformemente al regolamento della Cassa, alla quale l'incarto va rinviato per il calcolo dell'importo esatto, tenuto conto in particolare della sovrassicurazione. 2.10. Alla luce di quanto evocato, ritenuto da un lato l'esito della causa e dall'altro l'evidenza istruttoria, appare inutile procedere all'acquisizione di altre prove come auspicato dalle parti. Infatti, 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; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, pag. 47, no. 63; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, IIa ed., pag. 274; Kummer, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 4a ed., pag. 135; Scartazzini, *Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale*, tesi Ginevra 1991, pag. 63; cfr. pure DTF 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c e rinvii). Tale modo di procedere non costituisce una violazione del diritto di essere sentito (DTF 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e rinvii). L'esito dell'impugnativa comporta, per la parte vincente patrocinata da un avvocato, il riconoscimento di congrue ripetibili (cfr. art. 87 vLAMal e 61 LPGa). Considerato l'esito del gravame, la domanda di assistenza giudiziaria e di gratuito patrocinio formulata dal ricorrente diventa priva di oggetto (cfr. STFA del 28 gennaio 2003 nella causa C., B 96/00).

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