

TI_GERICHTE 36.2010.89 vom 21. März 2011

TI Tribunale d'appello, 2011-03-21, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2010.89

FR: TI_GERICHTE 36.2010.89 du 21 mars 2011

IT: TI_GERICHTE 36.2010.89 del 21 marzo 2011

Regeste

Richiesta di assunzione dei costi del trattamento "Fivete" respinto poiché l'Opre lo esclude espressamente. In concreto non sono neppure date le condizioni per riconoscere la buona fede

Erwägungen

E. 49

cpv. 2 della Legge sull'organizzazione giudiziaria (STFA del 21 luglio 2003 nella causa N., I 707/00). 2. Con il ricorso/petizione l'insorgente ha fatto valere anche la presenza di assicurazioni complementari (cfr. doc. I). La petizione verrà esaminata nell'ambito dell'incarto parallelo (inc. 36.2010.90). Oggetto della presente sentenza sono unicamente le prestazioni derivanti dall'assicurazione malattie obbligatoria. 3. Con scritto del 16 dicembre 2010 l'assicuratore sostiene che il ricorso è divenuto privo di oggetto in seguito al pagamento del debito da parte dell'insorgente (doc. XVII). Con sentenza 30.2010.8 dell'8 settembre 2010, relativa ad una causa che aveva per oggetto un provvedimento della Cassa di compensazione che aveva respinto l'opposizione di una società a motivo che "avendo quest'ultima già pagato l'importo richiesto con la decisione di tassazione d'ufficio, l'impugnativa era ormai diventata priva d'oggetto e di conseguenza era infondata", questo Tribunale ha accolto il ricorso con riferimento ad una sentenza 9C_864/2007 del 30 aprile 2008 del Tribunale federale. L'Alta Corte, in quell'occasione, aveva in particolare affermato: "4.2 ... (con) ... sentenza (H 252/00), dovendo statuire sul ricorso di un'assicurata che, dopo avere versato, pendente lite (dopo la presentazione del gravame), l'importo richiestole dall'amministrazione a titolo di interessi moratori su contributi arretrati, si era vista stralciare, per ragioni analoghe a quelle addotte dal Tribunale delle assicurazioni del Cantone Ticino nella presente vertenza, la causa dall'autorità giudiziaria di prima istanza, il Tribunale federale delle assicurazioni, dando ragione all'interessata, ha precisato che un ricorso non può essere ritirato tacitamente, un ritiro necessitando di una dichiarazione esplicita e incondizionata (DTF 119 V 36 consid. 1b pag. 38; 111 V 156 consid. 3b pag. 158). 4.3 Similmente, lo stesso Tribunale, pur ammettendo la possibilità di rinunciare a prevalersi di un rimedio giuridico nella misura in cui una simile dichiarazione venga espressa esplicitamente e durante il termine di impugnazione (una rinuncia non può per contro essere validamente espressa prima che si abbia conoscenza della decisione impugnabile: RAMI 2003 no. U 474 pag. 53 consid. 2.3 con riferimenti [U 139/02]; cfr. pure sentenza A.203/1985 del 1° ottobre 1985, pubblicata in ASA 59 pag. 204, consid. 2), ha escluso che una rinuncia a ricorrere possa essere espressa tacitamente (sentenza inedita C 2/95 del 26 luglio 1995, consid. 1). In quest'ultima occasione, il Tribunale federale delle assicurazioni ha in particolare avuto modo di stabilire che il pagamento dell'indennità di parte dovuta alla controparte a seguito della soccombenza nella procedura cantonale non

osta alla ricevibilità di un ricorso all'istanza superiore. 4.4 Stante quanto precede, non potendo considerare il pagamento effettuato dal ricorrente in data 18 dicembre 2006 alla stregua di una rinuncia esplicita (e incondizionata) a fare valere il diritto all'impugnazione - diritto peraltro poi esercitato nei termini di legge - delle decisioni amministrative del 5 dicembre 2006, il giudizio impugnato dev'essere annullato. Gli atti vanno di conseguenza rinviati al Tribunale cantonale affinché statuisca sul merito della causa. (...)" (sottolineature del redattore) Analogamente, nel caso di specie, la ricorrente non ha mai manifestato esplicitamente la sua volontà di ritirare il ricorso ed anzi, sin dall'inoltro dell'impugnativa, ha sempre sostenuto di voler ottenere una sentenza dal Tribunale. L'interessata ha del resto evidenziato che il pagamento è avvenuto per evitare di dovere, in futuro, in caso di soccombenza, pagare eventuali interessi di mora o spese e per poter cambiare, come ha fatto, l'assicuratore alla fine del 2010. Ne segue che il TCA deve entrare nel merito del ricorso. 4. La ricorrente, pendente causa, fa valere di aver ricevuto un conteggio successivamente all'inoltro del ricorso e lo contesta (doc. XI). Essa chiede inoltre a questo TCA di verificare se è corretto che abbia dovuto restituire delle prestazioni. Per costante giurisprudenza federale, la decisione impugnata costituisce il presupposto ed il contenuto della contestazione sottoposta all'esame giudiziale (cfr. SVR 2005 AHV Nr. 19; DTF 130 V 388; DTF 122 V 36 consid. 2a, DTF 110 V 51 consid. 3b e giurisprudenza ivi citata; SVR 1997 UV 81, p. 294). Se non è stata emessa nessuna decisione, la contestazione non ha oggetto e non può dunque essere pronunciata una sentenza nel merito (cfr. sentenza C 22/06 del 5 gennaio 2007; DTF 131 V 164 consid. 2.1; DTF 125 V 414 consid. 1a; DTF 119 Ib 36 consid. 1b). In concreto il TCA può pronunciarsi esclusivamente sul tema oggetto della decisione su opposizione impugnata, ossia, la presa a carico o meno, in generale, del trattamento di fecondazione in vitro (FIVETE) e degli esami non rimborsati dall'assicuratore fino all'emissione della decisione impugnata. Non è invece oggetto del contendere, poiché non figurante nella decisione impugnata, la quantificazione delle prestazioni riconosciute e/o da restituire. Ne segue che le contestazioni sollevate dalla ricorrente per aspetti che esulano dalla decisione impugnata sono irricevibili. Va qui comunque segnalato all'insorgente che se intende ottenere risposte anche ad altri quesiti deve chiedere alla Cassa l'emanazione di una decisione formale, contro cui dapprima potrà presentare opposizione al medesimo assicuratore ed in seguito, se non sarà soddisfatta, ricorso a questo Tribunale nei tempi e modi indicati in calce alle rispettive decisioni (cfr. anche gli art. 52 e 56 LPGGA). Se la Cassa si dovesse rifiutare di emanare siffatte decisioni, l'insorgente potrà presentare un ricorso per denegata o ritardata giustizia a questo Tribunale (cfr. art. 56 cpv. 2 LPGGA). 5. L'insorgente, con le osservazioni dell'8 settembre 2010, ritiene che l'assicuratore non abbia risposto alle sue censure e meglio alla questione di sapere per quale motivo non sono stati pagati gli esami di routine (analisi del sangue, ecc.) e per quale motivo la FIVETE non è stata pagata malgrado la necessità di seguire questo trattamento sia dovuto a ragioni mediche (doc. V). Ai sensi dell'art. 29 cpv. 2 Cost. le parti hanno diritto d'essere sentite. Per costante giurisprudenza, dal diritto di essere sentito deve in particolare essere dedotto il diritto per l'interessato di esprimersi prima della resa di una decisione sfavorevole nei suoi confronti, quello di fornire prove circa i fatti suscettibili di influire sul provvedimento, quello di poter prendere visione dell'incarto, quello di partecipare all'assunzione delle prove, di prenderne conoscenza e di determinarsi al riguardo (STFA del 29 giugno 2006 nella causa J. e D., H 97/04; DTF 129 II 504 consid. 2.2, 127 I 56 consid. 2b, 127 III 578 consid. 2c, 126 V 131 consid. 2b; cfr. riguardo al previgente art. 4 cpv. 1 vCost., la cui giurisprudenza si applica anche alla nuova norma,

DTF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 1a, 375 consid. 3b e sentenze ivi citate). Il diritto di essere sentito comprende l'obbligo per l'autorità di motivare le proprie decisioni. Tale obbligo ha lo scopo, da un lato, di porre la persona interessata nelle condizioni di afferrare le ragioni poste a fondamento della decisione e di poterla impugnare con cognizione di causa, e dall'altro, di permettere all'autorità di ricorso di esaminare la fondatezza della decisione medesima. Ciò non significa che l'autorità sia tenuta a pronunciarsi in modo esplicito ed esaustivo su tutte le argomentazioni addotte; essa può occuparsi delle sole circostanze rilevanti per il giudizio, atte ad influire sulla decisione (STF del 24 gennaio 2007, U 397/05, con riferimenti; DTF 129 I 232 consid. 3.2). In concreto l'assicuratore, seppur implicitamente, ha preso posizione sulle richieste dell'insorgente rilevando in sostanza che, essendo la "FIVETE" esclusa dalla lista dell'OPre, i costi del trattamento, così come delle prestazioni connesse, non sono a carico della LAMal. Inoltre nel caso di specie la ricorrente ha ancora potuto far valere le sue ragioni innanzi un'autorità giudiziaria che gode del pieno potere cognitivo, come l'istanza precedente. Per cui, l'eventuale violazione del diritto di essere sentita è stata comunque sanata in questa sede, dove l'insorgente ha nuovamente ribadito le sue motivazioni e ha potuto produrre ulteriore documentazione (cfr. sentenza 9C_738/2007 del 29 agosto 2008; DTF 133 I 201 consid. 2.2; DTF 127 V 431). Il TCA deve pertanto entrare nel merito del ricorso. nel merito 6. Oggetto del contendere è la questione di sapere se l'assicuratore deve assumersi i costi derivanti dalla fecondazione in vitro (FIVETE) e per gli ulteriori esami effettuati nel medesimo periodo, nonché la facoltà dell'assicuratore di chiedere la restituzione di importi già versati. 7. Per l'art. 3 cpv. 1 LPGA è considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica, mentale o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità al lavoro. Giusta l'art. 25 cpv. 1 LAMal, l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie assume i costi delle prestazioni atte a diagnosticare o a curare una malattia e i relativi postumi. Secondo quanto stabilito dal capoverso 2 della stessa disposizione, queste prestazioni comprendono, in particolare, gli esami, le terapie e le cure dispensati ambulatorialmente, al domicilio del paziente, in ospedale o in una casa di cura dal medico, chiropratico, persone che effettuano prestazioni previa prescrizione o indicazione medica (lett. a), le analisi, i medicinali, i mezzi e gli apparecchi diagnostici e terapeutici prescritti dal medico o, nei limiti stabiliti dal Consiglio federale, dal chiropratico (lett.b), la degenza in ospedale secondo lo standard del reparto comune (lett. e). Conformemente all'art. 24 LAMal l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie assume i costi delle prestazioni definite negli articoli 25–31, secondo le condizioni di cui agli articoli 32–34. Per l'art. 32 cpv. 1 LAMal, le prestazioni di cui agli articoli 25–31 devono essere efficaci, appropriate ed economiche. L'efficacia deve essere comprovata secondo metodi scientifici. Il Consiglio federale può designare le prestazioni fornite da un medico o chiropratico i cui costi non sono assunti dall'assicurazione obbligatoria delle cure medicosanitarie o lo sono soltanto a determinate condizioni (art. 33 cpv. 1 LAMal), definisce le prestazioni di cui all'articolo 25 capoverso 2 non effettuate da un medico o chiropratico e le prestazioni di cui agli articoli 26, 29 capoverso 2 lettere a e c e 31 capoverso 1 (art. 33 cpv. 2 LAMal), determina in quale misura l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie assume i costi d'una prestazione, nuova o contestata, la cui efficacia, idoneità o economicità sono ancora in fase di valutazione (art. 33 cpv. 3 LAMal), nomina commissioni che consulta ai fini della designazione delle prestazioni. Provvede al coordinamento dei lavori di queste commissioni (art. 33 cpv. 4 LAMal), può delegare al Dipartimento o all'Ufficio federale le competenze

di cui ai capoversi 1–3 (art. 33 cpv. 5 LAMal). Questa disposizione si fonda sulla presunzione che medici e chiropratici applichino trattamenti e misure conformi all'art. 32 cpv. 1 LAMal. E' pertanto compito del Consiglio federale stilare una lista negativa di prestazioni che non rispettano questi criteri o che li rispettano solo parzialmente o a determinate condizioni (RAMI 2000 no. KV 113 pag. 130 consid. 4a; DTF 125 V 28 consid. 5b). Le citate competenze sono state delegate al Dipartimento federale dell'interno (DFI) che, in data 29 settembre 1995, ha promulgato l'Ordinanza sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (Ordinanza sulle prestazioni, OPre). Va qui rammentato che nel commento all'art. 33 cpv. 1 (art. 27 del Progetto) il Consiglio federale ha affermato quanto segue: " ... Occorre considerare questa disposizione potestativa come una presunzione favorevole nei loro confronti (n.d.r.: dei medici). Essa prevede infatti che tutte le prestazioni fornite da un medico o da un chiropratico siano reputate a priori a carico dell'assicurazione delle cure medico-sanitarie. Non può essere conseguentemente stabilito alcun catalogo "positivo" - esauriente - di dette prestazioni, bensì soltanto un ristretto catalogo "negativo" o "condizionale". Al riguardo dobbiamo insistere sul fatto che questa possibilità, d'ora in poi iscritta nella legge stessa per motivi di sistematica e di trasparenza, non è nuova. Essa corrisponde alla prassi attuale in materia di prestazioni generali, il cui principio non è mai stato rimesso in discussione (art. 21 OIII, RS 832.140; ODFI 9 RS 832.141.13). Stando alle esperienze effettuate sinora, tutto induce a credere che soltanto le prestazioni nuove o contestate non saranno coperte o saranno assunte solo parzialmente provvisoriamente oppure saranno sottoposte a speciali condizioni (ad es., una prestazione può aver luogo soltanto in un determinato centro poiché soltanto quest'ultimo dispone dell'esperienza sufficiente). (...)" (Messaggio, pag. 66 e 67) Dunque, la legge ha posto la presunzione secondo cui le prestazioni fornite dai medici soddisfano i principi stabiliti dall'art. 32 LAMal, in particolare soddisfano il criterio dell'efficacia/riconoscimento scientifico (cfr. DTF 134 V 87; DTF 129 V 173). Per una questione di chiarezza, di sicurezza del diritto e di garanzia della parità di trattamento degli assicurati, il Consiglio federale è stato incaricato di allestire una lista delle prestazioni che, invece, non soddisfano i presupposti di tale disposto (cfr. sentenza del 25 marzo 2000, inc. 36.1999.148). 8. L'art. 1 OPre, nel tenore in vigore dal 1° gennaio 2009, prevede che l'allegato 1 indica le prestazioni di cui all'articolo 33 lettere a e c OAMal, che sono state esaminate dalla Commissione delle prestazioni e delle questioni fondamentali e di cui l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (assicurazione) assume i costi (lett. a), assume i costi a determinate condizioni (let. b), non assume i costi (let. c ; cfr. anche RAMI 2000 no. KV 113 pag. 130 consid. 4a). Nella premessa all'allegato 1 è indicato che la lista delle prestazioni mediche a carico o meno dell'assicurazione non è esaustiva (a proposito del significato giuridico della lista contenuta nell'allegato, cfr. DTF 125 V 30 seg. consid. 6a e riferimenti; cfr. anche sentenza del 29 gennaio 2001, K 171/00). Nell'allegato 1 dell'OPre, per quanto concerne la ginecologia/ostetricia, a proposito della FIVETE, figura quanto segue: " Fecondazione in vitro e trasferimento d'embrione No
28.8.1986/ (FIVETE) 1.4.1994 L'assunzione dei costi della fecondazione in vitro e trasferimento d'embrione (FIVETE) è espressamente esclusa. Il TFA (dal 1° gennaio 2007: TF), con sentenza pubblicata in DTF 125 V 21, a proposito dell'allegato 1 OPre, che rifiuta espressamente la presa a carico da parte dell'assicurazione obbligatoria della fecondazione in vitro e trasferimento d'embrione (FIVETE), ha in particolare affermato: " a) Le Tribunal fédéral des assurances examine en principe librement la légalité des dispositions d'application prises par le Conseil fédéral. Les

dispositions adoptées par le DFI n'échappent pas au contrôle du juge, sous l'angle de leur légalité et de leur constitutionnalité. Lorsqu'il se prononce sur une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur une délégation du Parlement (ou sur une ordonnance d'un département fédéral en cas de sous-délégation du Conseil fédéral), le Tribunal fédéral des assurances doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution. Dans l'examen auquel il procède, le juge ne doit toutefois pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la réglementation en cause (ATF 124 II 245 consid. 3, 124 V 15 consid. 2a, 123 II 44 consid. 2b, 476 consid. 4a). Dans le cadre de ce contrôle, le Tribunal fédéral des assurances est en principe habilité à examiner le contenu d'une liste de maladies à prendre en considération ou de prestations. Néanmoins, il s'impose une grande retenue dans cet examen. En effet, l'ordonnance, souvent révisée, peut être corrigée à bref délai par le DFI (ATF 124 V 195 consid. 6). D'autre part, dans ce système de la liste, le juge n'a pas la possibilité d'en étendre le contenu par un raisonnement analogique (cf. RAMA 1988 no U 61 p. 449 consid. 1; MAURER, op. cit., p. 50 sv.). Un complément reste en revanche possible, lorsque l'énumération donnée par la liste n'est pas exhaustive. Dans ces conditions, la sécurité du droit, de même que l'égalité de traitement, postulent que l'annexe 1 à l'OPAS vaut comme liste complète des prestations non couvertes, du moins jusqu'à preuve concrète d'une lacune de la liste (EUGSTER; Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), ch. 197). Pour certaines prestations, la référence à une évaluation en cours a également pour but d'éviter l'insécurité lorsqu'il s'agit d'une mesure nouvelle ou controversée au sens de l'art. 33 al. 3 LAMal. L'établissement de cette liste requiert le concours de commissions consultatives de spécialistes (Commission fédérale des principes de l'assurance-maladie et Commission fédérale des prestations générales; art. 37a OAMal en corrélation avec l'art. 33 al. 3 LAMal). Le tribunal fédéral des assurances, pour sa part, ne dispose pas des connaissances nécessaires pour se faire une opinion sur la question sans recourir à l'avis d'experts. Or, sous l'angle médical, les avis de la Commission des prestations sont propres à assurer au contenu de la liste une certaine homogénéité, qui ne serait donc plus garantie en cas de complètement de cette liste par le juge (ATF 124 V 195 sv. consid. 6). On doit en déduire qu'il n'y a, en principe, plus de place pour un examen mené en parallèle par la voie judiciaire lorsque se pose la question des conditions d'admission dans des domaines médicaux complexes (EUGSTER, op. cit., ch. 197). b) En l'espèce, quelles que soient les raisons qui ont poussé les auteurs de l'ordonnance à ne pas inclure la FIVETE parmi les mesures ou traitements à charge de l'assurance obligatoires des soins, on ne voit pas que cette solution sorte du cadre de la délégation du législateur ou soit au contraire à l'art. 4 Cst. Au demeurant, l'annonce d'une procédure d'évaluation en cours, dans un domaine où les questions médicales sont extrêmement complexes, justifierait d'autant moins l'intervention du juge dans l'établissement de la liste sous le couvert d'un contrôle de la légalité. L'argumentation des recourants repose sur une démonstration que la FIVETE répondrait aux critères de l'art. 32 al. 1 LAMal: efficacité, adéquation et caractère économique. Comme on l'a vu cependant, et contrairement au système en vigueur sous la LAMA, l'examen du juge, lorsque la matière est réglée par ordonnance et selon un système de listes, se limite au contrôle de la constitutionnalité et de la légalité. Or, le Conseil fédéral et le DFI ont fait un usage régulier de la compétence que leur confère la loi si bien qu'il n'y a pas place pour substituer une autre appréciation à celle de l'autorité compétente qui s'est fondé, au demeurant, sur l'avis de spécialistes." (sottolineature del redattore) Con sentenza

K 117/02 del 4 luglio 2003 e K 107/03 del 2 marzo 2005, l' allora TFA ha confermato la sua giurisprudenza relativa alla FIVETE. Nell' ultima sentenza l' Alta Corte ha in particolare affermato: " Par décomptes des 20 septembre et 15 octobre 2001, l' assureur-maladie a réclamé à l' assurée le remboursement d' un montant respectivement de 1'241 fr. 50 et de 1'021 fr. 45, sommes qu' il avait directement payées à l' Office de la facturation des pharmaciens pour des médicaments prescrits par le docteur C. _____, gynécologue. En effet, après une demande de renseignements, il s' est révélé que ces médicaments avaient été dispensés dans le cadre d' une fécondation in vitro et transfert d' embryon (ci-après : FIVETE), mesure non à charge de l' assurance obligatoire. Un échange de correspondance infructueux entre l' assurée et Intras s' en est suivi. A la demande de S. _____, Intras a confirmé son refus de prendre en charge les frais des médicaments nécessaires au traitement FIVETE dans une décision formelle prononcée le 25 février 2002. Saisie d' une opposition, elle a confirmé sa prise de position dans une nouvelle décision du 18 avril 2002. B. Par jugement du 10 juin 2003, le Tribunal administratif du canton de Genève a rejeté le recours formé contre cette dernière décision par l' assurée. C. S. _____ interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont elle requiert l' annulation. Préalablement, elle invite le Tribunal fédéral des assurances à dire que son recours a effet suspensif. Principalement, elle conclut à ce qu' Intras soit condamnée à prendre en charge les coûts des médicaments relatifs à la FIVETE. Subsidiairement, elle demande à ce que la cause soit renvoyée à l' autorité inférieure pour nouvelle décision. Intras conclut au rejet du recours, tandis que l' Office fédéral des assurances sociales a renoncé à se déterminer. Considérant en droit: 1. Le litige porte sur la prise en charge par la caisse des médicaments prescrits à la recourante dans le cadre d' un traitement FIVETE. 2. La loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000, entrée en vigueur au 1er janvier 2003, n' est pas applicable au présent litige, dès lors que le juge des assurances sociales n' a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l' état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse du 18 avril 2002 (ATF 127 V 467 consid. 1; 121 V 366 consid. 1b). 3. Dans un arrêt de principe (ATF 125 V 21), rendu en application du nouveau droit de l' assurance-maladie, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que la FIVETE n' était pas une mesure obligatoirement à la charge de l' assurance obligatoire des soins selon la LAMal. Il a fondé son opinion, principalement, sur les considérations suivantes (let. a - c) : a) Aux termes de l' art. 33 al. 1 LAMal, le Conseil fédéral peut désigner les prestations fournies par un médecin ou un chiropraticien dont les coûts ne sont pas pris en charge par l' assurance obligatoire des soins ou le sont à certaines conditions. Cette disposition se fonde sur la présomption que médecins et chiropraticiens appliquent des traitements et mesures qui répondent aux conditions posées par l' art. 32 al. 1 LAMal. Il incombe ainsi au Conseil fédéral de dresser une liste « négative » des prestations qui ne répondraient pas à ces critères ou qui n' y répondraient que partiellement ou sous condition. Selon l' art. 33 al. 3 LAMal, le Conseil fédéral détermine d' autre part dans quelle mesure l' assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts d' une prestation nouvelle ou controversée, dont l' efficacité, l' adéquation ou le caractère économique sont en cours d' évaluation. " A l' art. 33 OAMal et comme l' y autorise l' art. 33 al. 5 LAMal, le Conseil fédéral a délégué à son tour au DFI les compétences susmentionnées. Celui-ci a fait usage de cette sous-délégation en promulguant, le 20 septembre 1995, l' ordonnance sur les prestations dans l' assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS; RS 832.112.31). Cette ordonnance détermine notamment les prestations visées par l' art. 33 let. a et c OAMal - dispositions qui reprennent textuellement les règles posées aux al. 1 et 3 de

l'art. 33 LAMal - dont l'assurance-maladie obligatoire des soins prend en charge les coûts, avec ou sans condition, ou ne les prend pas en charge. La liste «négative» des prestations, soit celles qui ne sont pas prises en charge par l'assurance-maladie, figure à l'annexe 1 OPAS (art. 1er OPAS) et est constituée, pour une bonne part, par la reprise sans modification de la liste de l'annexe à l'Ordonnance 9 du 18 décembre 1990. On peut observer que, contrairement apparemment au texte de l'art. 33 al. 1 LAMal et à l'idée du législateur, cette annexe contient également une liste des prestations prises en charge. La réglementation nouvelle de la LAMal repose ainsi sur le principe de la liste. Ayant pour but de fixer précisément le catalogue légal des prestations, le principe de la liste découle d'un système voulu par le législateur, selon l'art. 34 LAMal, comme complet et contraignant dès lors qu'il s'agit d'une assurance obligatoire financée en principe par des primes égales (art. 76 LAMal). En dehors des listes, il n'y a pas d'obligation de prise en charge par la caisse-maladie (cf. sur la portée du système légal des listes ATF 129 V 167). b) Selon l'annexe 1 à l'OPAS, la fécondation in vitro et transfert d'em bryon (FIVETE) est mentionnée comme n'étant pas obligatoirement à la charge de l'assurance, selon décision des 28.8.86/1.4.94. La révision de l'OPAS et de son annexe, selon la nouvelle du 9 juillet 2001 (RO 2001 2150), n'a apporté aucune modification à cet égard. Appelé à trancher un cas d'application, le juge est certes habilité à se prononcer sur la conformité à la loi et à la Constitution d'une liste de maladies à prendre en considération ou de prestations. Néanmoins, il s'impose une grande retenue dans cet examen. En effet, l'ordonnance, souvent révisée, peut être corrigée à bref délai par le DFI (ATF 124 V 195 consid. 6). D'autre part, dans le système de la liste, le juge n'a pas la possibilité d'en étendre le contenu par un raisonnement analogique (cf. RAMA 1988 n° U 61 p. 449 consid. 1). Un complément reste en revanche possible, lorsque l'énumération donnée par la liste n'est pas exhaustive. c) Quelles que soient les raisons qui ont poussé les auteurs de l'ordonnance à ne pas inclure la FIVETE parmi les mesures ou traitements à charge de l'assurance obligatoire des soins, on ne voit pas que cette solution sorte du cadre de la délégation du législateur ou soit contraire à l'art. 9 Cst. Au demeurant, l'annonce d'une procédure d'évaluation en cours (dans l'arrêt ATF 125 V 21, il a été relevé que l'examen de la question allait être repris par la Commission des prestations, mais qu'il n'y avait pas à attendre de modifications de l'ordonnance avant l'an 2000), dans un domaine où les questions médicales sont extrêmement complexes, justifierait d'autant moins l'intervention du juge dans l'établissement de la liste sous le couvert d'un contrôle de la légalité. 4. La recourante n'ignore pas cette jurisprudence et rappelle à juste titre que depuis lors la loi et l'ordonnance sont restés inchangés en ce qui concerne le traitement FIVETE. Elle soutient toutefois que cet état de choses viole les principes de la liberté individuelle et de l'égalité ancrés aux art. 10 Cst. et 5 CEDH. Elle voit également une inégalité de traitement dans le fait que des médicaments figurant sur la liste des spécialités ne sont pas pris en charge dans un contexte particulier, la fécondation in vitro, alors qu'ils le sont dans d'autres cas de figure. Pour elle, l'arrêt attaqué est inopportun et ne tient pas compte de l'évolution de la science en matière de procréation médicalement assistée. 5. En l'espèce, la recourante ne fait valoir aucun motif objectif susceptible de justifier un changement de jurisprudence (sur les conditions d'un tel revirement voir ATF 127 V 273 consid. 4a, 355 consid. 3a et les références). Le désir d'avoir des enfants fait certes partie des biens juridiques protégés par la Constitution fédérale, en particulier sous l'angle du droit à la liberté personnelle (Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Schulthess 2003, ad. art. 10 n. 1). C'est la raison pour laquelle, dans deux arrêts

publiés aux ATF 119 Ia 460 et 115 Ia 234, le Tribunal fédéral a déclaré contraires à la liberté personnelle des dispositions cantonales prévoyant une interdiction générale de la méthode de la FIVETE. Depuis le 1er janvier 2001, la fécondation in vitro avec transfert d'embryon est par ailleurs mentionnée au chapitre des mesures de procréation médicalement assistée dans la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation assistée (LPMA; RS 810.11). On ne saurait toutefois déduire de ces normes, qui définissent uniquement le cadre juridique dans lequel une FIVETE est autorisée en Suisse, un droit à sa prise en charge financière par l'assurance-maladie obligatoire. A cela s'ajoute qu'au-delà du contrôle de la constitutionnalité et de la légalité de l'OPAS en ce qui concerne la FIVETE - question qui a déjà fait l'objet d'un examen approfondi par la Cour de céans dans son arrêt ATF 125 V 21 -, la recourante ne peut pas, en invoquant ses droits fondamentaux, faire valoir directement un droit à des prestations de l'Etat, singulièrement de l'assurance sociale (ATF 113 V 31 consid. 4d). En effet, il n'existe pas, sous le régime de la nouvelle Constitution, de garantie constitutionnelle explicite d'un droit aux soins; à son art. 41 al. 1 let. a, la Constitution fédérale ne l'évoque que sous la forme d'un but social, c'est-à-dire dans une disposition à caractère programmatique (Gabrielle Steffen, Droit aux soins et rationnement, thèse, Berne 2002, p. 84 sv.). Il n'y a pas non plus d'inégalité de traitement dans le fait que certains médicaments figurant sur la liste des spécialités ne sont pas remboursés lorsqu'ils destinés à une FIVETE alors qu'ils le sont pour d'autres traitements mentionnés dans le catalogue des prestations de l'OPAS. Cette différence s'explique bien plutôt par la notion de complexe thérapeutique : en cas de concours de mesures appartenant aux prestations obligatoires et de mesures pour lesquelles il n'existe aucune obligation de prise en charge ou qu'une obligation limitée, est décisif le point de savoir si ces mesures sont dans un rapport étroit de connexité les unes avec les autres; si tel est le cas et lorsque la prestation non obligatoire prédomine, l'ensemble des mesures n'est pas à charge des caisse-maladie (cf. SVR 2004 KV n° 4 p. 13 consid. 4 et les références citées; Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, n° 216, p. 108). Enfin, la recourante se borne à affirmer que la FIVETE répondrait aux critères de l'art. 32 al. 1 LAMal (efficacité, adéquation et caractère économique). A cet égard, on rappellera que le Conseil fédéral et le DFI ont fait un usage régulier de la compétence que leur confère la loi si bien qu'il n'y a pas place pour substituer une autre appréciation à celle de l'autorité compétente qui s'est fondée, au demeurant, sur l'avis de spécialistes.” (sottolineature del redattore) Alla luce della consolidata giurisprudenza federale e di quanto previsto dall'OPre, è pertanto a giusta ragione che l'assicuratore si è rifiutato di assumersi i costi del trattamento di fecondazione in vitro (FIVETE), ciò indipendentemente dai motivi (medici) che hanno spinto l'assicurata a far capo a questo tipo di prestazione. Infatti, proprio perché l'OPre esclude espressamente la FIVETE, non vi è comunque spazio per la presa a carico della LAMal della cura prestata (cfr. sentenza del 3 dicembre 2008, inc. 36.2008.89, sentenza 36.2009.198 del 27 agosto 2010). Ancora recentemente, con sentenza 36.2009.198 del 27 agosto 2010, il TCA ha negato, per il motivo che l'OPre lo escludeva espressamente, il rimborso del trattamento laser in caso di cheloidi. Infatti, l'Alta Corte ha rifiutato di mettere a carico dell'assicuratore malattie i costi dell'intervento poiché figurava nella lista negativa dell'OPre, malgrado allora fosse ancora in “ valutazione ” (cfr. DTF 129 V 167). A differenza per esempio di quanto stabilito dall'Alta Corte in RAMI 1999 pag. 498 a proposito del RMI, l'esclusione della presa a carico dei costi della terapia al laser in caso di cheloide è giustificato dalla circostanza che il trattamento è stato valutato dalla Commissione preposta, la quale è giunta alla conclusione che non si tratta di una

prestazione che può, al momento attuale, essere messa a carico della LAMal. Questo caso diverge da due altre fattispecie giudicate dal TCA, dove questo Tribunale aveva condannato l'assicuratore al pagamento delle terapie al laser perché le ricorrenti erano entrambe affette da malattie rare la cui cura tuttavia non era stata esaminata dalla Commissione d'esperti a causa della rarità della patologia. Nella sentenza dell'11 giugno 2003, inc. 36.2002.64 si trattava di un caso di una ragazza che soffriva di una forma gravissima di ipertricosi lanuginosa congenita, malattia rarissima, presente solo in pochissime persone al mondo, sviluppatasi in modo molto serio già all'età di 4 anni, mentre nella sentenza del 13 giugno 2006, inc. 36.2005.22 il TCA ha giudicato il caso di un'assicurata affetta da irsutismo e dalla sindrome di Rubinstein-Taybi. Nel primo caso il TCA aveva interpellato l'UFAS, il quale aveva evidenziato come: " 1. l'allegato 1 all'OPre non rappresenta un elenco esaustivo delle prestazioni mediche coperte dall'assicurazione malattie. Esso contiene solo le prestazioni contestate e quindi esaminate dalla Commissione delle prestazioni. La terapia al laser per l'hypertrichosis lanuginosa congenita non è mai stata oggetto di contestazione e quindi la Commissione delle prestazioni non se ne è mai occupata. 2. La Commissione delle prestazioni non si sta attualmente occupando di questa prestazione perché non è stata avanzata alcuna richiesta in merito. Dato che la prestazione non è mai stata oggetto di contestazioni, non è previsto l'inoltro di tale richiesta. 3. Dato che la hypertrichosis lanuginosa congenita è una malattia rarissima, non sono stati eseguiti studi che verificassero le terapie di questo disturbo. Diventa altresì impossibile verificare scientificamente l'efficacia di eventuali terapie, diversamente da come lo è, ad esempio, per farmaci contro l'ipertensione. Una nostra ricerca su internet (Google) nella banca dati di letteratura Medline ha sortito soltanto le seguenti indicazioni (vedi allegati): - per casi leggeri è possibile radere costantemente i peli od optare per un altro tipo di depilazione (ma non si tratta di una cura); - in un caso viene riferita l'evidente efficacia della terapia al laser. 4. L'economicità ai sensi dell'articolo 33 LAMal è intesa a evitare che una nuova cura sia più cara di un trattamento equivalente già esistente. Dato che a tutt'evidenza non esistono alternative terapeutiche, non è possibile esprimersi sull'economicità. Va aggiunto che l'hypertrichosis lanuginosa congenita è sì un disturbo ereditario e quindi connaturato, ma non compare nell'elenco delle infermità congenite (allegato all'ordinanza sulle infermità congenite). Inoltre l'hypertrichosis lanuginosa congenita può manifestarsi a diversi livelli d'intensità. Pertanto la letteratura non parla di "disease" (malattia), bensì di "disorder" (disturbo). Se ad essere messi in questione sono l'obbligo di rimborsare dell'assicurazione malattie (è stato riconosciuto il carattere patologico?) e l'esigibilità della depilazione (che non è una cura) rispetto alla terapia al laser, bisognerà analizzare tutte le caratteristiche del disturbo di questo singolo caso." (sottolineature del redattore) Nel secondo caso (inc. inc. 36.2005.22) il TCA aveva stabilito che: " Alla luce della giurisprudenza sopra riportata, l'assenza del trattamento al laser nell'ambito della cura dell'ipertricosi nell'elenco figurante nell'OPre non significa ancora che i costi di tale intervento non siano a carico degli assicuratori (cfr. anche STCA del 9 agosto 2005 nella causa C., inc. 36.2004.173). E' irrilevante la circostanza che la Commissione di esperti non si sia pronunciata in merito. Determinante sarebbe stato unicamente un eventuale intervento esplicito della Commissione che escludeva espressamente l'intervento. In assenza di indicazioni nell'OPre occorre infatti esaminare se un trattamento è economico, efficace e idoneo nel caso di specie." (sottolineatura del redattore) Per cui, quando l'OPre è silente in merito ad una determinata cura, il Giudice (o l'amministrazione) esamina se vi sono le condizioni per una presa a carico della LAMal, mentre se la medesima ordinanza esclude l'assunzione dei costi

di un trattamento, di principio non vi è spazio per procedere con il rimborso della cura. Il caso di specie è pertanto diverso dai due casi citati, nella misura in cui in concreto la terapia è stata oggetto di valutazione da parte della Commissione delle prestazioni che l'ha espressamente esclusa dalle cure a carico della LAMal. Questa fattispecie è invece analoga ad un altro caso giudicato dal TCA e relativo alla presa a carico dei costi della brachiterapia (STCA del 9 agosto 2005, inc. 36.2004.173), che al momento della decisione era espressamente esclusa dall'OPre e, a differenza del caso di specie, era comunque ancora in valutazione e successivamente è stata inserita nei trattamenti a carico dell'assicurazione obbligatoria. Nel citato giudizio il TCA aveva respinto il ricorso sulla base della sopra citata giurisprudenza del Tribunale federale che stabilisce che, di regola, se una prestazione è espressamente esclusa, non può essere assunta dall'assicurazione obbligatoria di base. Infatti, come emerge dalla DTF 129 V 167, "Nachdem nun aber die Lasertherapie durch entsprechende Aufnahme in den Anhang 1/KLV ab 1. Juli 2002 als noch in Evaluation stehend bezeichnet worden ist und daher nicht als Pflichtleistung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gilt, ist a fortiori davon auszugehen, dass diese Behandlungsmethode auch im Zeitpunkt ihrer Durchführung eine umstrittene Leistung darstellte. Deswegen und weil keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Empfehlung der Eidgenössischen Leistungskommission und der departementale Entscheid per 1. Juli 2002 sachfremd oder medizinisch unhaltbar und damit willkürlich wären (E. 3.4 in fine), erübrigen sich dahingehende Abklärungen nunmehr." Come rilevato dall'allora TFA in DTF 125 V 21, quali siano le ragioni che hanno spinto la Commissione a escludere la terapia litigiosa dagli interventi a carico delle casse malati non è rilevante nella misura in cui, in un campo dove le questioni mediche sono particolarmente complesse, il giudice non deve intervenire ed ampliare il contenuto delle liste non avendo le conoscenze scientifiche per poter decidere autonomamente. Ciò vale in particolare quando la Commissione di esperti ha già deciso circa l'obbligo da parte dell'assicuratore di assumere i costi di una terapia oppure sta effettuando delle valutazioni. L'esame del giudice, quando la materia è regolata da un'ordinanza, si limita al controllo della costituzionalità e della legalità. Il Consiglio federale e il Dipartimento federale degli Interni hanno fatto un uso regolare della competenza loro conferita dalla legge così che non vi è spazio per sostituire un altro apprezzamento a quello dell'autorità competente che si è fondato sull'avviso di specialisti. Ne segue che i costi del trattamento della fecondazione in vitro (FIVETE) non sono a carico dell'assicuratore. 9. Come emerge inoltre dalla sentenza K 107/03 del 2 marzo 2005 citata in precedenza, il TFA (dal 1° gennaio 2007: TF), ha stabilito che nel caso di concorso di misure che costituiscono prestazioni obbligatorie e misure per le quali non esiste nessun obbligo o soltanto un obbligo ridotto di prestare, decisivo è stabilire se i provvedimenti si trovino in un rapporto di stretta connessione tra di loro. In quest'ultima ipotesi, l'insieme delle misure non sarà assunto dalla cassa malattia qualora prevalga la prestazione non obbligatoria (cfr. anche DTF 120 V 200, consid. 7 e DTF 120 V 472). Con sentenza del 29 novembre 2007 pubblicata in DTF 134 V 1 il TF ha precisato che questa giurisprudenza non è (più) valida nell'ambito dell'applicazione dell'art. 64 cpv. 2 LPGA che concerne tuttavia l'ordine della presa a carico di una cura medica da parte delle differenti assicurazioni sociali (considerando 6.2.2). Per contro, con sentenza K 153/06 del 28 novembre 2007, l'Alta Corte ha ribadito che: " 5.2 Dans le cas d'un complexe thérapeutique, avec concours de prestations appartenant aux prestations obligatoires, d'une part, et de mesures pour lesquelles il n'existe aucune obligation de prise en charge ou seulement une obligation limitée, d'autre part, est décisif le point de savoir si ces mesures sont dans un rapport de connexité étroite les unes

avec les autres; si tel est le cas, l'ensemble des mesures n'est pas à la charge de l'assureur-maladie lorsque la prestation non obligatoire prédomine (ATF 120 V 200 consid. 7 p. 211 s.; RAMA 1998 n° KV 991 p. 302 s. consid. 3a p. 305). Cette jurisprudence s'applique également sous le régime de la LAMal (ATF 130 V 532)'' In concreto pertanto le prestazioni, pur se obbligatorie, che si trovano in stretta connessione con il trattamento, predominante, della fecondazione in vitro (FIVETE), non vanno rimborsate. Infine l'allora TFA, sempre nella sentenza K 107/03 del 2 marzo 2005, ha confermato la decisione della cassa di chiedere il rimborso di prestazioni che, come in concreto, erano già state pagate e che successivamente sono risultate essere in connessione con la fecondazione in vitro. Infatti, l'art. 25 cpv. 1 LPGA prevede che le prestazioni indebitamente riscosse devono essere restituite. La restituzione non deve essere chiesta se l'interessato era in buona fede e verrebbe a trovarsi in gravi difficoltà. A norma dell'art. 25 cpv. 2 LPGA il diritto di esigere la restituzione si estingue dopo un anno a decorrere dal momento in cui l'istituto d'assicurazione ha avuto conoscenza del fatto, ma al più tardi cinque anni dopo il versamento della prestazione. In concreto, ritenuto che l'assicuratore ha immediatamente chiesto la restituzione delle prestazioni pagate in maniera errata ed essendo l'importo in gioco estremamente elevato (oltre fr. 2'000), è a giusta ragione che l'assicuratore ne ha chiesto il rimborso. 10. Non essendo oggetto della decisione impugnata, il calcolo delle prestazioni rifiutate non dovrebbe essere esaminato nel dettaglio da questo Tribunale (cfr. consid. 4). Questo TCA, per motivi di economia procedurale, rileva tuttavia quanto segue. Dal conteggio di cui al doc. XVII/Bis emerge che l'assicuratore ha rifiutato il rimborso di 18 prestazioni per un importo totale di fr. 10'696.80, di cui fr. 2'602.65 chiesti in restituzione poiché già rimborsati. Va innanzitutto evidenziato che, per i motivi sopra esposti, non è dovuto l'importo di fr. 4'000 relativo alla FIVETE del 6 luglio 2009 (posta 1 del doc. XVII/Bis), così come tutte le prestazioni prestate dall'Ospedale Regionale di _____ dal 30 giugno 2009 al 17 luglio 2009, poiché in stretta connessione con la FIVETE (cfr. doc. 9 ed allegati, sentenza K 153/06 del 28 novembre 2007), per complessivi fr. 428.40 (323.45 + 81.70 + 23.25 [posta 2, 3, 4 del doc. XVII/Bis]). Da rilevare a questo proposito che la posta 18 del doc. XVII/Bis, di fr. 428.40, giustamente rifiutata, comprende l'insieme delle tre prestazioni fatturate dal 30 giugno 2009 al 17 luglio 2009, ma a differenza delle precedenti fatture era stata trasmessa direttamente all'insorgente la quale l'ha inviata per rimborso all'assicuratore (cfr. doc. XVIII/20, 21 e 22). Ritenuto che l'interessata si è sottoposta ad una FIVETE presso il medesimo nosocomio anche il 24 ottobre 2009 (doc. XXVIII/38), essendo in connessione con il trattamento (doc. 22), sono pure escluse tutte le fatture per prestazioni dal 19 ottobre 2009 al 26 ottobre 2009 e dal 24 ottobre 2009 al 5 novembre 2009 per fr. 421.60 (391.45 + 30.15; posta 12 e 13 del doc. XVII/Bis). Successivamente l'interessata ha effettuato ulteriori "FIVETE" con l'ausilio del dr. med. _____ (doc. 20, in marzo e maggio 2010). Anche in questo caso tutte le spese connesse (doc. 22) vanno rifiutate (cfr. in particolare la presa di posizione del medico fiduciario della Cassa, dr. med. _____, del 24 settembre 2010, doc. 22). In particolare la fattura di fr. 1'256 di _____ per le prestazioni del 28 gennaio 2010, quella di fr. 463.65 del dr. med. _____ per le prestazioni dal 28 gennaio 2010 al 24 febbraio 2010, e, sempre del dr. med. _____ per prestazioni dal 19 febbraio 2010 al 5 marzo 2010 per fr. 284.20 (poste 5, 6 e 7 del doc. XVII/Bis), nonché quelle di _____ del 24 febbraio 2010 (fr. 447 e fr. 88) e del 25 febbraio 2010 (fr. 23.75), di cui l'assicuratore ha chiesto la restituzione all'interessata, avendole nel frattempo erroneamente solute e di fr. 756 di MCL relative al trattamento del 26 febbraio 2010 (posta 9, 10, 11 e 15 del doc.

XVII/Bis; cfr. doc. 23). Infine non possono neppure essere riconosciute le fatture della Farmacia _____ per prestazioni dall'8 marzo 2010 al 22 marzo 2010 per fr. 130.90 (chiesti in restituzione alla ricorrente, posta 8 del doc. XVII/Bis), dal 21 aprile 2010 al 6 maggio 2010 per fr. 1'672.65 (di cui fr. 1'610.15 chiesti in restituzione alla ricorrente, posta 14 del doc. XVII/Bis; in realtà si tratta di prestazioni della Farmacia _____, cfr. doc. 18) e dal 18 maggio 2010 all'8 giugno 2010 per fr. 131.35 (di cui 105.30 chiesti in restituzione, posta 16 del doc. XVII/Bis), rilevato che i medicinali Merional, Choriomon e Utrogestan sono utilizzati per questo tipo di trattamento, ossia la "FIVETE" (cfr. doc. 22, presa di posizione del medico fiduciario della Cassa, dr. med. Boll). Sono pertanto stati riconosciuti unicamente i costi per i medicinali Hydrocortison (fr. 62.50, posta 14 del doc. XVII/Bis) e Fertifol (fr. 26.05, posta 16 del doc. XVII/Bis). Per contro non può essere esaminata la fattura per le prestazioni del 7 ottobre 2009 della Farmacia _____, di fr. 253.45, chiesti in restituzione, poiché, oltre a non essere comunque oggetto della decisione (cfr. consid. 4), né l'assicuratore né la ricorrente l'hanno prodotta (posta 17 del doc. XVII/Bis). Su questo punto, se lo ritiene necessario, l'assicurata può chiedere all'assicuratore l'emissione di una decisione formale (cfr. consid. 4).

11. Infine, ritenuto che dagli atti è emerso che già in passato, nel 2006 e nel 2007, l'interessata si è sottoposta alla FIVETE (doc. 6), questo TCA ha esaminato se, conformemente a quanto stabilito anche con sentenza K 107/05 del 25 ottobre 2005, l'insorgente può invocare la propria buona fede. In quell'occasione l'allora TFA ha affermato: " 3.1 Il principio della buona fede, sancito dall'art. 9 Cost., tutela la legittima fiducia dell'amministrato nei confronti dell'autorità amministrativa e gli permette in particolare di esigere che l'amministrazione rispetti le promesse fatte e che eviti di contraddirsi. Così, un'informazione o una decisione erronea possono obbligare l'amministrazione a concedere a un amministrato un vantaggio contrario alla legge se le seguenti condizioni cumulative sono riunite: 1. l'autorità è intervenuta in una situazione concreta nei confronti di determinate persone; 2. l'autorità ha agito entro i limiti della propria competenza o comunque è supposta avere agito entro tali limiti; 3. l'amministrato non ha potuto rendersi conto immediatamente dell'inesattezza dell'informazione ricevuta; 4. facendo affidamento sull'informazione ricevuta egli ha preso delle disposizioni non reversibili senza pregiudizio; 5. da quando l'informazione è stata resa non è intervenuta una modifica del quadro giuridico (DTF 127 I 36 consid. 3a, 126 II 387 consid. 3a; RAMI 2000 no. KV 126 pag. 223; riguardo al previgente art. 4 cpv. 1 vCost., la cui giurisprudenza si applica anche alla nuova norma, DTF 121 V 66 consid. 2a e sentenze ivi citate). 3.2 La tutela della buona fede non presuppone tuttavia sempre l'esistenza di un'informazione o di una decisione sbagliate. Il diritto alla tutela della buona fede può così anche essere invocato con successo in presenza, semplicemente, di rassicurazioni o di un comportamento dell'amministrazione suscettivi di fare nascere nell'amministrato determinate aspettative (DTF 111 Ib 124 consid. 4; cfr. pure RAMI 1999 no. KV 97 pag. 525 consid. 4b). In tale evenienza, tuttavia, l'assicurato non può, conformemente all'art. 3 cpv. 2 CC, prevalersi della propria buona fede se, nonostante i dubbi che si imponevano, non ha agito con la diligenza richiesta dalle circostanze (RAMI 1999 no. KV 97 pag. 525 consid. 4b). (...) 3.4.1 Secondo giurisprudenza, una cassa malati che si assume - per sbaglio (come lo pretende nel caso di specie Y) e per un certo periodo (tre mesi essendo già stati ritenuti sufficienti [RAMI 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5c]) - delle prestazioni (ad es. un medicinale o un trattamento medico) senza esservi tenuta, fa nascere nell'assicurato l'aspettativa che queste continueranno ad essergli assegnate anche in futuro. In questo caso, la cassa non può interrompere l'assunzione delle prestazioni accordate a torto se l'assicurato,

che non era a conoscenza dell'errore e nemmeno doveva esserlo, fondandosi sul comportamento della cassa ha preso delle disposizioni non reversibili senza pregiudizio (RAMI 2002 no. KV 230 pag. 473 consid. 5.2.1 e 5.2.2, 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5b con riferimenti; cfr. pure la sentenza del 19 novembre 2004 in re M., K 44/03, consid. 5.2). In siffatta evenienza, la buona fede dell'assicurato deve essere tutelata e allo stesso deve essere assegnato il tempo necessario per adattare e modificare le proprie disposizioni. Il che significa che una modifica della prassi della cassa malati può avvenire solo pro futuro (ex nunc), ma non con effetto retroattivo (RJAM 1980 no. 414 pag. 150). Per contro, la presente Corte ha rilevato che nel caso in cui una cassa malati ha assunto per inavvertenza un trattamento medico, il diritto ad ottenere il rimborso di un trattamento identico reso necessario circa un anno dopo in seguito a una ricaduta della malattia dev'essere negato, l'assunzione del primo trattamento essendo da considerare isolato e non costituendo una prassi costante della cassa di natura tale da giustificare il diritto alla tutela della buona fede (RAMI 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5b con riferimenti).

3.4.2 Nel caso di specie, oltre ad avere (integralmente) rimborsato - senza sollevare la benché minima eccezione e in parte anche nel corso del 2004 (cfr. ad es. la fattura del 9 gennaio 2004 relativa alla terapia del mese precedente) - i trattamenti effettuati da dicembre 2002 a dicembre 2003, l'assicuratore resistente ha continuato a pagare anche in seguito le prestazioni per cure e medicinali successivamente dispensati e chiaramente riferiti alla terapia d'inseminazione artificiale (v. attestazione 10 gennaio 2005 della Cassa relativa ai rimborsi effettuati dal 1° gennaio al 31 dicembre 2004 nonché le fatture di riferimento versate agli atti in sede cantonale).

L'assicuratore malattia ha così messo in atto una prassi costante - e non isolata - tale da fare nascere legittime aspettative negli assicurati e tale da giustificare la tutela della loro buona fede. Interessati che, dopo avere asseritamente interpellato l'assicuratore malattia sulle modalità di copertura della terapia prospettata - circostanza, questa che non ha potuto essere esclusa -, hanno potuto fare affidamento sulla correttezza dei rimborsi effettuati anche perché alla luce del testo di ordinanza non proprio di meridiana chiarezza non potevano essere a conoscenza di un eventuale errore. La Cassa ha quindi manifestato la chiara intenzione di interrompere la propria precedente prassi per la prima volta in data 15 settembre 2004 dopo avere ricevuto la fattura dell'Ospedale X. _____ relativa al trattamento dispensato dal 7 gennaio al 19 luglio 2004. Ne discende che, conformemente ai principi sviluppati nel precedente considerando, il rifiuto di rimborsare i trattamenti in oggetto poteva correttamente essere pronunciato solo per il futuro - vale a dire con riferimento ai cicli di terapia che sarebbero stati e che poi effettivamente sono stati intrapresi dopo il 15 settembre 2004, rispettivamente dopo l'avvenuta conoscenza, da parte degli insorgenti, della presa di posizione della Cassa - e non anche con effetto retroattivo, come per contro è stato fatto. Per le prestazioni fornite in precedenza, la Cassa, indipendentemente da un obbligo sancito dall'OPre, non poteva infatti negare il rimborso.”

Il concetto è stato ribadito con sentenza 9C_918/2007 del 14 gennaio 2009 dove il TF ha affermato: " 3.3 Secondo giurisprudenza, una cassa malati che si assume - per sbaglio (come lo pretende nel caso di specie Z) e per un certo periodo (tre mesi essendo già stati ritenuti sufficienti [RAMI 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5c]) - delle prestazioni (ad es. un medicinale o un trattamento medico) senza esservi tenuta, fa nascere nell'assicurato l'aspettativa che queste continueranno ad essergli assegnate anche in futuro. In questo caso, la cassa non può interrompere l'assunzione delle prestazioni accordate a torto se l'assicurato, che non era a conoscenza dell'errore e nemmeno doveva esserlo, fondandosi sul comportamento della cassa ha preso delle disposizioni non reversibili senza pregiudizio

(sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni K 25/02 del 23 settembre 2002, in RAMI 2002 no. KV 230 pag. 473 consid. 5.2.1 e 5.2.2; 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5b con riferimenti; cfr. pure sentenza K 44/03 del 19 novembre 2004, in SVR 2006 no. KV 6 pag. 13, consid. 5.2). In siffatta evenienza, la buona fede dell'assicurato deve essere tutelata e allo stesso deve essere assegnato il tempo necessario per adattare e modificare le proprie disposizioni. Il che significa che una modifica della prassi della cassa malati può avvenire solo pro futuro (ex nunc), ma non con effetto retroattivo (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni K 19/79 del 22 gennaio 1980, in RJAM 1980 no. 414 pag. 150; cfr. pure sentenze del Tribunale federale delle assicurazioni K 107/05 del 25 ottobre 2005, consid. 3.4.1, e K 141/01 del 18 giugno 2003, in SVR 2003 KV n. 27 pag. 103, consid. 6.2). Per contro, la presente Corte ha rilevato che nel caso in cui una cassa malati ha assunto per inavvertenza un trattamento medico, il diritto ad ottenere il rimborso di un trattamento identico reso necessario circa un anno dopo in seguito a una ricaduta della malattia dev'essere negato, l'assunzione del primo trattamento essendo da considerare isolato e non costituendo una prassi costante della cassa di natura tale da giustificare il diritto alla tutela della buona fede (RAMI 1999 no. KV 97 pag. 526 consid. 5b con riferimenti).

3.4 Come accertato, in maniera vincolante (consid. 1), dalla Corte cantonale, oltre ad avere (integralmente) pagato - senza sollevare la benché minima obiezione fino all'autunno 2006 - i trattamenti effettuati da settembre 2005, la ricorrente ha continuato anche in seguito a onorare le prestazioni per cure e medicinali riferiti alla terapia di dimagrimento (cfr. così la fattura del 6 dicembre 2006 per le prestazioni fornite il 10 ottobre 2006). Giustamente il primo giudice poteva di conseguenza ritenere che l'assicuratore malattia aveva messo in atto una prassi costante - e non isolata - tale da fare nascere legittime aspettative nell'assicurato e tale da giustificare la tutela della sua buona fede. Interessato che, dopo avere asseritamente interpellato (con lo scritto 28 luglio 2005) l'assicuratore malattia sulla sua intenzione di intraprendere un trattamento dimagrante, poteva a maggior ragione fare affidamento sulla correttezza dei pagamenti effettuati (cfr. per analogia la sentenza citata K 107/05 , consid. 3.4.2) anche alla luce del suo peso presumibile all'avvio, nell'agosto 2005, del trattamento farmacologico. In effetti il fatto che lui lo abbia dichiarato in 110-114 kg, anche se non trova chiara conferma negli atti, appare più che plausibile e indirettamente suffragato dalla circostanza che dopo oltre un anno di assunzione del farmaco il suo medico curante dott. F. _____ lo ha accertato, il 16 ottobre 2006, in 88.7 kg, a fronte di un'altezza di 177 cm e quindi di un BMI di 28.5. Il che lascerebbe ragionevolmente concludere per un peso, nell'agosto 2005, tale da fare credere all'adempimento dei requisiti materiali del diritto.

3.5 Pertinentemente quindi la Corte cantonale poteva concludere che la Cassa aveva manifestato la chiara intenzione di interrompere la propria precedente prassi di assunzione dei costi per la prima volta dopo la ricezione della fattura del 4 settembre 2006 e dopo la messa in atto delle verifiche che ne erano seguite. Ne discende che, conformemente ai principi sviluppati nei precedenti considerandi e indipendentemente dalle considerazioni della ricorrente in merito al sistema del terzo pagante (art. 42 cpv. 2 LAMal; cfr. pure a contrario sentenza K 70/06 del 30 luglio 2007, in SVR 2008 KV no. 4 pag. 11, consid. 7.3), il rifiuto di rimborsare i trattamenti in oggetto poteva correttamente essere pronunciato solo per il futuro - vale a dire con riferimento ai trattamenti che sarebbero stati e che poi effettivamente sono stati dispensati dopo l'avvenuta conoscenza, da parte dell'assicurato, della presa di posizione della Cassa - e non anche con effetto retroattivo, come per contro è stato fatto. Per le prestazioni fornite in precedenza, la Cassa non poteva infatti negare il rimborso (cfr. sentenza citata K 107/05 , consid. 3.4.2). In tali condizioni, la pronuncia

impugnata, resa in applicazione della giurisprudenza in materia, merita di essere pienamente confermata.” 12. In concreto il TCA ha chiesto al dr. med. _____ di produrre tutte le fatture relative alle FIVETE effettuate dalla ricorrente, in particolare quelle eseguite l’8 novembre 2006 ed il 12 dicembre 2007 (doc. XXVI). Dalla documentazione prodotta emerge che le fatture dove figura il codice “Fivete” sono state trasmesse direttamente alla ricorrente (cfr. doc. 10-11 per la prestazione dell’8 novembre 2006 e doc. 19-20 per la prestazione del 12 dicembre 2007). La ricorrente, in sede di udienza ha affermato di averle trasmesse all’assicuratore “ che li ha conteggiati, li ha pagati e quindi ha preteso la restituzione ” (doc. XXIX). Da parte sua la convenuta ha affermato di non averle mai ricevute. Il principio inquisitorio dispensa le parti dall'obbligo di provare i fatti ma non le libera dall'onere di sopportare le conseguenze della mancanza di prova, nel senso che in tal caso il giudice deciderà a sfavore di quella parte che intendeva dedurre un diritto dalla circostanza di fatto rimasta non provata (DTF 117 V 261 consid. 3b pag. 264; 114 V 213 consid. 5 pag. 218 con riferimenti). Ora, mentre per quel che concerne la notifica di una decisione o di una comunicazione dell'amministrazione essa dev'essere dimostrata - dall'amministrazione stessa - secondo il grado della verosimiglianza preponderante valido in materia di assicurazioni sociali, questa attenuazione del grado della prova - dettata da esigenze legate all'attuabilità dell'amministrazione di massa - non si giustifica laddove si tratta di dover dimostrare circostanze di fatto a sostegno della tempestività dell'esercizio di un diritto soggetto a termine e a perenzione. In questi casi infatti la prova della verosimiglianza preponderante non basta. La tempestività dell'atto o della dichiarazione deve essere determinata con certezza (sentenza 9C_1089/2009 del 21 gennaio 2011, consid. 4.2; DTF 119 V 7 consid. 3c/bb pag. 10; DLA 2000 n. 25 pag. 118 [C 294/99] consid. 2a; cfr. pure DTF 121 V 204 consid. 6b; 120 V 33 consid. 3c pag. 37). In concreto l’insorgente non ha comprovato di aver trasmesso le suddette fatture all’assicuratore e neppure ne ha reso verosimile il pagamento. Ne segue che non sono dati gli elementi per ritenere adempite le condizioni della buona fede. 13. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, il ricorso, nella misura in cui è ricevibile, va respinto mentre la decisione impugnata merita conferma.

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