

TI_GERICHTE 36.2012.39 vom 24. September 2012

TI Tribunale d'appello, 2012-09-24, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2012.39

FR: TI_GERICHTE 36.2012.39 du 24 septembre 2012

IT: TI_GERICHTE 36.2012.39 del 24 settembre 2012

Regeste

Restituzione di prestazioni (in particolare farmaci) pagate a torto poiché in relazione con un trattamento non a carico della LAMal. Buona fede dell'assicurata e perenzione della restituzione di parte delle prestazioni già rimborsate

Erwägungen

E. 21

luglio 2003; STFA H 335/00 del 18 febbraio 2002; STFA H 212/00 del 4 febbraio 2002; STFA H 220/00 del 29 gennaio 2002; STFA U 347/98 del 10 ottobre 2001, pubblicata in RDAT I-2002 pag. 190 seg.; STFA H 304/99 del 22 dicembre 2000; STFA I 623/98 del 26 ottobre 1999). 2. L'assicurata, in data 15 maggio 2012, ha inoltrato il proprio ricorso direttamente ad CO 1 (doc. 26). Quest'ultimo ha scritto all'insorgente, ritornandole l'atto ed informandola che avrebbe dovuto trasmetterlo personalmente al TCA (doc. 27). A torto. Sarebbe semmai stato compito dello stesso assicuratore notificare l'atto della ricorrente a questo Tribunale. Per l'art. 60 cpv. 1 LPGA il ricorso deve essere interposto entro 30 giorni dalla notificazione della decisione o della decisione contro cui l'opposizione è esclusa. Il cpv. 2 prevede che gli articoli 38-41 sono applicabili per analogia. A questo proposito per l'art. 39 cpv. 2 LPGA se la parte si rivolge in tempo utile a un assicuratore incompetente, si considera che il termine è stato rispettato. L'art. 30 LPGA, a sua volta, stabilisce che tutti gli organi esecutivi delle assicurazioni sociali hanno l'obbligo di accettare le domande, le richieste e le memorie che pervengono loro per errore. Essi registrano la data d'inoltro trasmettono i relativi documenti al competente servizio. In concreto l'assicuratore avrebbe pertanto dovuto trasmettere lo scritto del 15 maggio 2012 direttamente al TCA. Ritenuto che nel caso di specie l'agire di CO 1 non ha fatto subire alcun pregiudizio alla ricorrente, la quale ha trasmesso nei termini a questo TCA il medesimo ricorso (doc. I), la questione non merita ulteriore approfondimento. 3. Con la risposta di causa l'assicuratore chiede che l'interessata, oltre a restituire l'importo di fr. 4'940.85, sia condannata a pagare gli interessi di mora al 5%. 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. STF 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, né con la decisione formale, né con la decisione su opposizione, l'assicuratore aveva chiesto il pagamento di interessi di mora. Ne segue che questo aspetto esula dalla vertenza in esame e dovrà semmai essere oggetto di un'ulteriore decisione amministrativa. nel merito 4. Oggetto del contendere è la questione di sapere se l'assicuratore deve assumersi i costi dei medicinali e di altre

prestazioni già rimborsate alla ricorrente per il periodo da aprile 2009 a maggio 2010 o se la Cassa può chiederne la restituzione. 5. 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 medicamenti, 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 repute 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). 6. 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. (...) 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. (...) _____ interjette recours de droit administratif contre ce jugement, (...) Considérant en droit: (...) 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'embryon (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 novelle 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. (...) 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. 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. 7. 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) Nel caso di specie pertanto le prestazioni, pur se obbligatorie, che si trovano in stretta connessione con il trattamento, predominante, della fecondazione in vitro (FIVETE), di principio, non vanno rimborsate. La decisione di restituzione della Cassa, per i motivi che seguono, non può tuttavia essere tutelata. 8. Innanzitutto, l'assicuratore, nella decisione formale del 7 dicembre 2010, ha affermato che " già in data 01.07.2009 e in data 15.09.2009 eravamo entrati in merito al caso succitato, ritornandole, in un'occasione, una fattura e, in seguito, comunicandole che avremmo eseguito degli accertamenti su successive fatture inoltrateci ". Malgrado questa circostanza, la Cassa, anche nei mesi successivi, ha continuato a rimborsare le fatture trasmesse dall'insorgente. Non solo le ha rimborsate senza condizione, ma, dopo aver scritto il 15 settembre 2009 alla ricorrente che non avrebbe pagato una fattura di fr. 39,10 relativa a due medicinali (tra cui il Merional; doc. 9), ha poi ripreso i pagamenti, facendo in questo modo ritenere alla medesima interessata, anche alla luce delle risposte del 19 settembre 2009 del suo medico curante, pervenute alla cassa il 30 settembre 2009 (doc. 10, cfr. anche consid. C), che dopo verifica quest'ultima aveva ritenuto che le prestazioni andavano rimborsate. A questo proposito dagli atti emerge che l'assicuratore ha chiesto al dr. med. _____: " Ci riferiamo alla presa dei medicinali sotto elencati, comunicandole che gli stessi sono assunti per un periodo limitato di 12 cicli (mesi) La preghiamo quindi di volerci comunicare l'indicazione/diagnosi che necessita il proseguimento del trattamento iniziato il 11.08.08: LUVERIS (...) MERIONAL (...) UTROGESTAN (...) PREGNYL (...) » Il medico curante ha risposto: - « sterilità primaria (...) - st. dopo gravidanza biochimica nel sett 09" Alla domanda: " Le analisi e la relativa cura medica sono eventualmente in relazione con un trattamento di fecondazione in vitro e trasferimento d'embrione (FIVETE)?" Il medico curante ha risposto: " Le analisi sono a scopo diagnostico la cura medica era 2 volte in relazione con una FIVET: in Aprile 09 e Agosto 09" Alla domanda: " E' previsto un trattamento di un inseminazione artificiale? Se sì, quando?" Il medico ha affermato: " sono previsti dei cicli di "thawing" Malgrado queste risposte, e meglio le affermazioni del medico, dr. med. _____, che rilevava che la ricorrente aveva effettuato delle FIVETE, che vi era stata una gravidanza biochimica nel settembre 2009 e che erano previsti cicli di thawing, l'assicuratore non ha bloccato il rimborso ma ha continuato a pagare le fatture prodotte dall'interessata. In realtà già il 30 settembre 2009 l'assicuratore era al corrente del fatto che i citati medicinali erano stati assunti nell'ambito di trattamenti della sterilità e che l'interessata aveva subito due trattamenti di FIVETE, una gravidanza biochimica e che l'assunzione di farmaci sarebbe continuata. A questo proposito il TCA rileva che per quanto concerne la buona fede, sollevata anche dall'insorgente e che l'assicuratore, a torto, intenderebbe esaminare solo nell'ambito della domanda di condono, mentre invece va analizzata anche nell'ambito della decisione di restituzione (cfr. sentenza K 107/05 del 25 ottobre 2005), nella sentenza K 107/05 del 25 ottobre 2005, l'allora TFA (dal 1° gennaio 2007: TF), 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 insurgenti, 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 resosi 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." Analogamente, in concreto, dopo aver dapprima pagato senza condizioni le fatture prodotte dalla ricorrente ed aver poi sospeso il versamento di una fattura (15 settembre 2009, doc. 9) in attesa di accertamenti, poi effettuati presso il medico curante (30 settembre 2009, doc. 10), l'assicuratore ha continuato a rimborsare i medicinali e le altre fatture alla ricorrente, ingenerando l'impressione che le fatture trasmesse erano effettivamente a carico della LAMal. Contrariamente a quanto ritiene la convenuta, l'insorgente non poteva essere a conoscenza dell'errore, ritenuto come anche lo stesso assicuratore, che sicuramente meglio conosce i meccanismi di rimborso delle prestazioni rispetto ad un assicurato non cognito in materia, ha chiesto in più occasioni al medico curante delle precisazioni ed ha continuato a rimborsare il costo dei farmaci anche dopo essere venuta a conoscenza del fatto che l'interessata era stata in trattamento per una fecondazione in vitro con trasferimento di embrione (FIVETE) e che erano previsti altri cicli di " thawing " (doc. 9). In concreto il pagamento delle prestazioni (in particolare medicinali), anche dopo aver ottenuto la risposta del dr. med. _____, il 30 settembre 2009, circa le cure (FIVETE) intraprese, poi proseguito anche in seguito alle risposte, del medesimo curante, pervenute l'8 gennaio 2010 (doc. 11), con rimborsi avvenuti addirittura ancora l'11 maggio 2010 (fr. 349.95) ed il 16 luglio 2010 (fr. 201.70), hanno portato la ricorrente a ritenere, legittimamente, che le prestazioni fossero a carico della LAMal. L'assicuratore ha messo in atto una prassi costante e non isolata tale da far nascere legittime aspettative nell'insorgente circa il rimborso dei medicinali e tale da giustificare la tutela della sua buona fede. La ricorrente ha potuto far affidamento sulla correttezza dei rimborsi effettuati, anche perché essi, per quanto concerne i farmaci (cfr. pag. 5 risposta di causa " fornitore di prestazioni trattamento " dove figura un conteggio dell'11 maggio 2010 per la " farmacia _____ " ed un altro conteggio del 16 luglio 2010 per la medesima farmacia), sono continuati anche dopo che l'assicuratore, il 24 febbraio 2010 (doc. 13) ed il 28 maggio 2010 (doc. 15), aveva indicato che le prestazioni in relazione con la FIVETE non erano a carico della LAMal. L'interessata aveva ritenuto che ciò fosse legittimo in relazione con la cura dell'amenorrea di cui era

affetta (cfr. anche certificato del 9 luglio 2010 del dr. med. _____). Non avendo interrotto in tempi brevi il rimborso dei farmaci e delle prestazioni in relazione con la FIVETE dopo aver ottenuto le risposte del 19 settembre 2009 del medico curante, la Cassa ha fatto nascere nella ricorrente la convinzione che i costi erano a carico dell'assicurazione sociale. Ritenuto che le cinque condizioni per tutelare la buona fede (cfr. sentenza K 107/05 del

E. 25

ottobre 2005 consid. 3.1) sono adempite, l'assicuratore non può chiedere la restituzione delle prestazioni versate a torto in relazione con i trattamenti della FIVETE. Già solo per questo motivo la decisione impugnata deve essere annullata. 9. Vi è poi un'ulteriore ragione per annullare, perlomeno parzialmente, la richiesta di restituzione. Infatti nel caso di specie ci si potrebbe chiedere se la Cassa abbia agito tempestivamente emettendo il 7 dicembre 2010 la decisione formale di restituzione delle prestazioni. Per l'art. 25 cpv. 1, prima frase LPGA, le prestazioni indebitamente riscosse devono essere restituite. L'obbligo di restituzione dell'art. 25 cpv. 1 LPGA implica che siano adempite le condizioni per una revisione processuale (presenza di nuovi fatti o di nuovi mezzi di prova già preesistenti [art. 53 cpv. 1 LPGA]) o per un riesame (errore manifesto nella concessione della prestazione e notevole importanza della rettifica [art. 53 cpv. 2 LPGA]) della decisione - formale o informale - che ha riconosciuto le prestazioni in causa (DTF 130 V 318 consid. 5.2 pag. 319; 129 V 110 seg. consid. 1; cfr. pure sentenza 8C_512/2009 del 14 gennaio 2009 consid. 4.1 e sentenza 9C_795/2009 del 21 giugno 2010). In concreto, rammentato che le prestazioni in relazione con il trattamento di fecondazione in vitro FIVETE non andavano pagate, è indubbio che i rimborsi delle fatture prodotte dalla ricorrente sono stati eseguiti in seguito ad un errore. Tuttavia secondo l'art. 25 cpv. 2, prima frase LPGA - che ha ripreso, estendendolo agli altri ambiti, il principio sancito dal vecchio art. 47 cpv. 2 LAVS, abrogato in seguito all'entrata in vigore della 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. I termini enunciati sono termini di perenzione (v. DTF 133 V 579 consid. 4.1 pag. 582). Il termine di perenzione comincia normalmente a decorrere nel momento in cui l'amministrazione, usando l'attenzione da essa ragionevolmente esigibile avuto riguardo alle circostanze, avrebbe dovuto rendersi conto dei fatti giustificanti la restituzione (DTF 119 V 431 consid. 3a pag. 433; 110 V 304). In caso di errore dell'amministrazione (ad esempio nel calcolo di una prestazione) il termine non decorre dal momento in cui esso è stato commesso, bensì da quello in cui l'amministrazione avrebbe dovuto in un secondo tempo (per esempio in occasione di un controllo contabile oppure nel caso in cui venga a conoscenza di fatti atti a far nascere dei dubbi sulla fondatezza della pretesa) rendersi conto dello sbaglio commesso in base all'attenzione ragionevolmente esigibile (DTF 124 V 380 consid. 1 e 2c pag. 383 e 385; RDAT II-2003 n. 72 pag. 306 [C 317/01] consid. 2.1). Per completezza occorre però anche aggiungere che il Tribunale federale (delle assicurazioni) ha spiegato il motivo di questa precisazione osservando che se si facesse risalire il momento della conoscenza del fatto determinante alla data del versamento indebito, ciò renderebbe spesso illusoria la possibilità per un'amministrazione di reclamare il rimborso di prestazioni versate a torto per colpa propria (DTF 124 V 380 consid. 1 in fine pag. 383; DTA 2006 pag. 158 [C 80/05]). Con sentenza 9C_795/2009 del 21 giugno 2010 il TF, a proposito del termine relativo di un anno e della sua decorrenza, ha affermato: " (...) 3.4 Per contro, per la Cassa ricorrente la tesi sostenuta nella pronuncia impugnata viola il diritto federale, e più precisamente l'art. 25

cpv. 2 LPGA, perché a suo avviso il termine annuale di perenzione non può cominciare a decorrere prima che l'amministrazione abbia perlomeno già statuito sull'assegnazione delle prestazioni. 4. Effettivamente la soluzione proposta dall'autorità giudiziaria cantonale non può essere condivisa poiché è contraria all'art. 25 cpv. 2 LPGA. 4.1 Già il testo stesso del disposto (interpretazione letterale; sulle regole di interpretazione di norme di legge cfr. DTF 133 V 314 consid. 4.1 pag. 316 con riferimenti) osta chiaramente a una simile tesi. Per l'art. 25 cpv. 2 LPGA il diritto di esigere la restituzione si estingue infatti 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. Ora, è evidente che il fatto in questione è rappresentato dalla riscossione indebita di prestazioni cui allude il cpv. 1 della norma. Questa conclusione appare ancora più palese alla lettura del testo tedesco del disposto ("Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat"), mentre il testo francese ("Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait") corrisponde a quello italiano. 4.2 Già solo in considerazione del chiaro tenore letterale del disposto, dunque, il termine di perenzione per la pretesa di restituzione non poteva cominciare a decorrere - come per contro ha ritenuto la Corte cantonale - prima che le prestazioni in lite fossero decise e versate. Ora, essendo l'assegnazione delle prestazioni complementari stata decisa l'11 ottobre 2007, la pretesa di restituzione non poteva essere perentoria alla data in cui la Cassa ricorrente ha statuito formalmente l'8 ottobre 2008. Questa conclusione, oltre a meglio conciliarsi con il (chiaro) tenore letterale del disposto, si inserisce del resto nella scia della giurisprudenza resa dal Tribunale federale (delle assicurazioni) a proposito dell'art. 25 cpv. 2 LPGA, e in precedenza dell'abrogato art. 47 cpv. 2 LAVS e del vecchio art. 95 cpv. 4 LADI, di ugual tenore. 4.3 Infatti, se per la prassi in materia il momento della conoscenza del fatto determinante - e quindi la decorrenza del termine di perenzione - non può essere fatto risalire alla data del versamento indebito, poiché ciò renderebbe (spesso) illusoria la possibilità per l'amministrazione di reclamare il rimborso di prestazioni versate a torto per colpa propria (DTF 124 V 380 consid. 1 in fine pag. 383), a maggior ragione non si può fare risalire questo momento a una data ancora precedente, come per contro ha fatto il Tribunale cantonale delle assicurazioni (cfr. sentenza 9C_737/2009 del 1° aprile 2010 consid. 2.3.2.2 in fine). 4.4 Si ricorda inoltre che il principio posto in DTF 110 V 306 seg., secondo cui in presenza di un errore dell'amministrazione occorre di regola un secondo motivo - nel senso di una presa di coscienza dell'errato versamento delle prestazioni sulla base di un ulteriore indizio - per fondare il momento della conoscenza ragionevolmente esigibile dell'azione di restituzione (cfr. sopra, consid. 3.2), si estende ugualmente ai casi in cui la causa della riscossione indebita è ascrivibile a un omesso accertamento dei requisiti del diritto, e, più in generale, a una violazione della massima inquisitoria da parte dell'assicuratore (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni C 36/01 del 13 agosto 2003 consid. 3.2.2). L'obbligo di accertamento prescritto dall'art. 43 cpv. 1 LPGA non consente di conseguenza di dipartirsi dalla prassi poc'anzi descritta. Anche per questa ragione, dunque, l'argomentazione addotta dalla Corte cantonale a sostegno della sua tesi non può trovare accoglimento. 4.5 Ma anche a prescindere da quest'ultima considerazione, la soluzione non potrebbe essere diversa. Nell'ambito dell'art. 25 cpv. 2 LPGA (e, in precedenza, degli art. 47 cpv. 2 LAVS e 95 cpv. 4 LADI), la decorrenza del termine di perenzione non è mai stata fatta risalire a un momento anteriore al pagamento delle prestazioni indebite. Questo nemmeno nei casi in cui si è detto che un assicuratore deve sin dall'inizio lasciarsi imputare

una chiara conoscenza dei fatti escludenti un diritto alle prestazioni poiché ad esempio risultanti da un'iscrizione a registro di commercio avente effetto di pubblicità positiva (art. 933 cpv. 1 CO). Anche in questi casi, infatti, benché la prassi non imponga (eccezionalmente) per l'inizio del termine di perenzione un secondo motivo ai sensi della DTF 110 V 306 seg., questo termine decorre al più presto con il primo pagamento. In effetti, la pretesa di restituzione di un'indennità periodica indebitamente versata non può perimere fintanto che la prestazione non è stata versata (DTF 122 V 270 consid. 5 pag. 274 segg.; cfr. pure sentenza citata 9C_737/2009 consid. 2.3.2.2 in fine e DTA 2009 pag. 346 [8C_293/2008] consid. 4.1 con riferimenti). 4.6 Non erano quindi certamente le informazioni indicate in occasione della richiesta di prestazioni complementari a costituire il motivo che avrebbe dovuto indurre la Cassa ricorrente a verificare il diritto alla restituzione di prestazioni che in quel momento non erano ancora state versate (cfr. pure SVR 1998 EL n. 9 pag. 21 consid. 6b). È stato invece il riconoscimento e il versamento per svista delle prestazioni complementari a costituire l'errore che ha reso possibile l'insorgenza di un diritto alla ripetizione dell'indebito. Questo diritto è sorto al più presto con il pagamento delle prestazioni in causa (in questo senso cfr. pure la sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni I 505/01 del 25 marzo 2002 consid. 1b).” In concreto, dal mese di aprile 2009 la ricorrente ha trasmesso all'assicuratore numerose fatture inerenti prestazioni di farmacia e del dr. med. _____, che la Cassa ha pagato senza porre alcuna condizione. Il 1° luglio 2009 l'assicuratore ha ritornato alla ricorrente una fattura di _____, rilevando che non si trattava di una fattura a carico della LAMal (doc. 8), mentre, come spiegato al considerando precedente, il 15 settembre 2009 ha scritto all'interessata affermando, a proposito di un fattura farmaceutica di fr. 39.10 relativa ai medicinali Merional e Decapeptyl, che per determinare il diritto alle prestazioni erano necessarie ulteriori informazioni (doc. 9). Queste informazioni sono state chieste al medico curante, dr. med. _____, che ha risposto con scritto del 19 settembre 2009, pervenuto all'assicuratore il 30 settembre 2009 (doc. 10, 10/1, cfr. anche considerando precedente). Accertato che già il 30 settembre 2009 l'assicuratore era al corrente che i citati medicinali erano stati assunti nell'ambito di trattamenti della sterilità e che l'interessata aveva subito due trattamenti di FIVETE e una gravidanza biochimica, la decisione formale del 7 dicembre 2010 è tardiva nella misura in cui comprende anche la richiesta di restituzione di prestazioni anteriori al mese di ottobre 2009. Infatti, alla luce della sopra citata giurisprudenza, i rimborsi effettuati prima del 30 settembre 2009 non possono più essere richiesti in restituzione e sono perenti. Con la successiva presa di posizione del 30 dicembre 2009 del medesimo dr. med. _____, il curante non ha fatto nient'altro che ribadire il trattamento (FIVETE), effettuato nel corso del mese di agosto 2009, specificandone la data ed aggiungendo che in seguito, in ottobre ed in dicembre, l'interessata ha ancora subito due ulteriori trattamenti (doc. 11). La successiva presa di posizione del medico fiduciario, dr. med. _____, peraltro neppure specialista in ginecologia e ostetricia, non ha modificato la situazione, essendosi limitato ad affermare, circa le prestazioni già pagate: “rimborsare fatture fino al 31.03.2009. Trattamento finalizzato a FIVET e non rimborsabile a partire dal 01.04.2009 ” (doc. 21). Del resto l'assicuratore non può da una parte rimproverare ad un'assicurata non avvezza nelle assicurazioni sociali, che avrebbe dovuto sapere che i trattamenti in relazione alla FIVETE non sono a carico della LAMal e d'altra parte sostenere, implicitamente, che lo scritto pervenuto il 30 settembre 2009 all'assicuratore dove viene indicato che l'interessata ha subito e sta subendo trattamenti FIVETE non era sufficiente per stabilire con certezza che i pagamenti effettuati andavano

restituiti. Ne segue che in ogni caso la restituzione è stata chiesta tardivamente perlomeno per i conteggi anteriori al 30 settembre 2009 (data di ricevimento dello scritto del dr. med. _____ di cui al doc. 10/1), ossia fino al pagamento di fr. 243.60 per prestazioni dal 7 agosto 2009 al 21 agosto 2009 (cfr. punto 3.4, pag. 5 della risposta di causa, doc. VIII). 10. Alla luce di quanto sopra esposto non va approfondita la questione sollevata dalla ricorrente secondo cui una funzionaria della convenuta l'avrebbe rassicurata affermando da una parte che " le fatture del Dott. _____ non venivano rimborsate ma quelle delle medicine con ricette mediche invece sì ", e dall'altra che " quelle già rimborsate non mi sarebbe mai state richieste qualora fossero subentrate delle divergenze " (cfr. doc. B2). Per cui in concreto non è necessario né sentire la funzionaria della Cassa né l'agente citato dalla ricorrente che avrebbe avuto contatti con l'assicuratore. A questo proposito va rammentato che conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca l'amministrazione o il giudice, in base ad un apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori non potrebbero modificare il risultato, si rinuncerà ad assumere altre prove (apprezzamento anticipato delle prove; Kieser, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, pag. 212 no. 450, Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungs-rechtspflege des Bundes*, 2a ed., pag. 39 no. 111 e pag. 117 no. 320; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2a ed., pag. 274; cfr. anche STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01; DTF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). Tale modo di procedere non costituisce una violazione del diritto di essere sentito desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (e in precedenza dall'art. 4 vCost.; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). In queste condizioni il TCA rinuncia all'assunzione di ulteriori prove. 11. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, il ricorso va accolto e la decisione impugnata va annullata. La ricorrente non deve restituire alcunché.

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