

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20100305_i_ti_o_01 vom 5. März 2010

FINMA Versicherungsrecht, 2010-03-05, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20100305_i_ti_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20100305_i_ti_o_01 du 5 mars 2010

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20100305_i_ti_o_01 del 5 marzo 2010

Erwägungen

E. 12

ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarton. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.1195 marzo 2010

E. 13

In realtà dalla polizza emerge che le indennità vengono versate per 730 giorni, dedotto tuttavia il periodo di carenza, ossia in concreto 60 giorni (cfr. doc. 26). Come emerge dal doc. T l'assicuratore ha iniziato a versare le prestazioni (per 395 giorni) dal 2 novembre 2007, dopo il periodo di carenza di 60 giorni iniziato il 3 settembre 2007. Per cui restano ancora al massimo 275 giorni (730 - 60 - 395). Nel merito 2.3. In concreto la convenuta, sulla base del contratto collettivo contro la perdita di guadagno in caso di malattia, ha versato all'attrice, dipendente dell' fino al 1° novembre 2007, prestazioni fino al 30 novembre 2008 e si rifiuta di versare ulteriori indennità poiché l'assicurata, in attività leggere e confacenti al suo stato di salute, sarebbe completamente abile al lavoro. 2.4. Per quanto concerne l'indennità perdita di guadagno, va innanzitutto rilevato, come emerge da una sentenza del TF del 26 settembre 2007 (4A_53/2007), che l'art. 324a cpv. 1 CO prevede che se il lavoratore è impedito senza sua colpa di lavorare, per motivi inerenti alla sua persona, come la malattia, il datore di lavoro deve pagargli per un tempo limitato il salario, compresa un'adeguata indennità per perdita del salario in natura, in quanto il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi (sulle condizioni di applicazione di questa norma, cfr. Adrian von Kaenel, Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pag. 109-131, in particolare pag. 111-115). La durata del pagamento del salario dipende dalla durata del rapporto di lavoro (art. 324a cpv. 2 CO; sui criteri usualmente applicati dai tribunali in questi casi cfr. Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 116 seg.). Salvo pattuizione contraria, l'obbligo di pagamento del salario in caso di malattia cessa con la fine del rapporto di lavoro (Hans- Rudolf Müller, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pag. 19-45, in particolare pag. 20). Queste norme configurano il regime legale di base a tutela del lavoratore, gli garantiscono una protezione minima alla quale ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010

E. 14

non può essere derogato a suo svantaggio (art. 362 cpv. 1 CO; cfr. DTF 131 III 263 consid. 2.2 pag. 628). L'art. 324a cpv. 4 CO prevede la possibilità di derogare al regime di base legale appena descritto mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore (sull'aspetto dell'equivalenza cfr. Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 120 segg.). Si tratta, di regola, di un regime che comporta una riduzione delle prestazioni del datore di lavoro durante il periodo minimo previsto dalla legge, ma compensa questa riduzione mediante l'estensione del periodo durante il quale il datore di lavoro procede al versamento (Gabriel Aubert, in: Commentaire romand, n. 50 ad art. 324a CO). La deroga al regime di base deve essere pattuita in forma scritta. Trattandosi di un accordo che concerne i diritti minimi del lavoratore, esso deve menzionare i punti essenziali del regime convenzionale, quali ad esempio la percentuale del guadagno assicurato, i rischi coperti, la durata delle prestazioni, se del caso la durata del periodo di attesa. Qualora - come spesso accade nella pratica - il datore di lavoro stipuli un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, l'accordo indica anche le modalità di finanziamento dei premi assicurativi; per il resto può rinviare alle condizioni generali di assicurazione o a un altro documento tenuto a disposizione del lavoratore (DTF 131 III 623 consid. 2.5.1 con numerosi riferimenti dottrinali). Va ancora evidenziato che l'art. 23 del Contratto Collettivo di lavoro per il ramo alberghiero e ristorazione, prima della modifica intervenuta nel 2010, prevedeva: "Art. 23 Assicurazione perdita di guadagno in caso di malattia / gravidanza Il datore di lavoro deve stipulare un'assicurazione per perdita di guadagno in caso di malattia a favore del collaboratore. Questa assicurazione deve coprire per 720 giorni, su un periodo di 900 giorni consecutivi (180 per i pensionati AVS), l'80% del salario lordo. Durante un periodo di dilazione di 60 giorni per anno lavorativo al massimo il datore di lavoro deve pagare l'88% del salario lordo. Tali prestazioni devono essere fornite anche se il rapporto di lavoro viene sciolto prima della fine della malattia. Premi di assicurazioni individuali eventualmente applicati dopo la cessazione del rapporto di lavoro sono a carico del collaboratore. Qualora durante la gravidanza una collaboratrice sia dichiarata inabile al lavoro per motivi medici, le prestazioni faranno riferimento a questo articolo. ¹ I premi assicurativi per perdita di guadagno in caso di malattia vengono equamente divisi fra datore di lavoro e collaboratore.

ii

Il vicepresidente del Tribunale Incanto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.1195 marzo 2010

E. 15

¹ L'ammissione nell'assicurazione perdita di guadagno non può essere rifiutata per motivi di salute. L'assicurazione perdita di guadagno in caso di malattia può escludere, con una riserva scritta e per un massimo di 5 anni, le malattie esistenti al momento dell'ammissione e le malattie anteriori se queste, secondo l'esperienza, possono portare a una ricaduta. Ogni riserva fatta in occasione dell'ammissione nell'assicurazione perdita di guadagno, dovrà essere comunicata al collaboratore all'inizio del rapporto di lavoro, così come l'inizio e la fine della validità di questa riserva. ² Qualora il datore di lavoro avesse stipulato un'assicurazione per perdita di guadagno in caso di malattia insufficiente, deve provvedere egli stesso alle prestazioni previste in questo articolo." Già si è detto che nella pratica numerosi sono i datori di lavoro che - come nel caso qui in esame - stipulano un contratto d'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, sottoposto alla LCA (Vincent Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain. Le droit social dans la pratique de

l'entreprise. Questions choisies, Berna 2006, pag. 95-112, in particolare pag. 101). 2.5. Nella fattispecie, l'art. 6.1 delle condizioni generali d'assicurazione (CGA) per l'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera secondo la Legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA) applicabili in concreto (di seguito: CGA), prevede che è considerato malattia qualsiasi danno alla salute fisica o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità lavorativa. Va ancora evidenziato che, nell'ambito delle assicurazioni sociali, di principio è ritenuto incapace al lavoro colui che per motivi di salute non è più in grado di svolgere la propria attività, oppure può farlo soltanto in misura ridotta oppure, ancora, quando l'esercizio di una tale attività rischia di aggravarne le condizioni di salute (DTF 114 V 283 consid. 1c; DTF 111 V 239 consid. 1b; MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Tomo I, pag. 286 segg.). La questione a sapere se esista un'incapacità lavorativa tale da giustificare il riconoscimento del diritto a prestazioni va valutato in considerazione dei dati forniti dal medico. Determinante non è, comunque, l'apprezzamento medico-teorico - anche se il giudice non se ne scosterà senza sufficienti motivi, essendo anch'egli tenuto a rispettare la sfera d'apprezzamento del medico (RAMI 1983 pag. 293; RAMI 1987 pag. 106 segg.) -, bensì la ii

Il vicepresidente del Tribunale incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5 marzo 2010

E. 16

diminuzione della capacità di lavoro che effettivamente risulta dal danno alla salute (DTF 114 V 283 consid. 1c). Il grado dell'incapacità lavorativa viene valutato con riferimento all'impossibilità, derivante da motivi di salute, di adempiere, secondo quanto può essere ragionevolmente richiesto, la professione normalmente esercitata dall'assicurato. Per l'art. 10 delle condizioni complementari di assicurazione (CCA) indennità giornaliera per le ditta LCA alle condizioni generali di assicurazione per le assicurazioni collettive d'indennità giornaliera, il diritto alle prestazioni sussiste nel caso di un'incapacità al lavoro dimostrata di almeno il 25 per cento. A norma dell'art. 11.1 CCA per principio l'indennità giornaliera viene corrisposta in caso di incapacità lavorativa di almeno il 25 per cento confermata dal medico, in proporzione al grado dell'incapacità lavorativa stessa. Le prestazioni corrisposte a complemento di quelle erogate da terzi vengono computate come giorni interi. Va ancora evidenziato come in relazione alle conseguenze economiche dell'incapacità lavorativa vige il principio secondo cui l'assicurato è tenuto all'obbligo di ridurre le conseguenze economiche negative del danno alla salute (art. 61 LCA). Con sentenza 50.176/1998, del 23 ottobre 1998, al consid. 2c, l'Alta Corte ha affermato: "(...) L'art 61 LCA esprime infatti il medesimo principio generale concernente l'obbligo dell'assicurato di ridurre il danno da cui il Tribunale federale delle assicurazioni deduce che l'interessato può a tal fine essere costretto a cambiare professione (DTF H I V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a). Un siffatto obbligo non costituisce una lesione più grave della libertà personale rispetto all'imposizione - espressamente citata da Maurer (Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1995, pag. 346 n. 4) con riferimento all'art. 61 LCA - di sottomettersi a una cura o addirittura ad un intervento chirurgico. Si può del resto rilevare che nemmeno l'attore contesta l'applicabilità dell'art. 61 LCA alla fattispecie, limitandosi a sostenere che, per un uomo di 63 anni nel suo stato di salute, un reinserimento in un'attività professionale appare perlomeno problematico. Ne segue che i giudici cantonali hanno violato il diritto federale accogliendo la petizione senza esaminare se e in che misura sia possibile esigere dall'attore

un cambiamento di professione e se il termine accordato dalla convenuta a tal fine sia adeguato alle circostanze. La sentenza impugnata deve pertanto essere annullata e la causa rinviata all'autorità cantonale per completare gli accertamenti di fatto e per nuova decisione. (...)." ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010

E. 17

A norma dell'art. 61 LCA: " In caso di sinistro, l'avente diritto é tenuto a fare quanto possa per scemare il danno. Quando non siavi pericolo in mora, egli dovrà chiedere istruzioni all'assicuratore circa i provvedimenti da prendere e conformarsi alle medesime. Se l'avente diritto ha mancato a quest'obbligo in modo inescusabile, l'assicuratore può limitare l'indennità all'importo cui.trovarebbesi ridotta qualora l'obbligo fosse stato adempiuto." Va, qui, rilevato che le CGA all'art. 21 prevedono il medesimo concetto. Infatti per l'art. 21.1 CGA una persona inabile al lavoro nella sua professione abituale è tenuta a cercare il lavoro in un altro settore entro 6 mesi, oppure ad annunciarsi all'assicurazione per l'invalidità o all'assicurazione contro la disoccupazione. Per l'art. 21.2 CGA se la capacità lavorativa residua non viene impiegata, il conteggio dell'indennità giornaliera avverrà tenuto conto della stessa. L'art. 21.3 CGA prevede che se si omette l'annuncio all'assicurazione contro la disoccupazione, rispettivamente all'assicurazione per l'invalidità, il conteggio dell'indennità giornaliera avverrà tenuto conto delle prestazioni che avrebbero corrisposto tali assicurazioni e della capacità lavorativa residua. Dunque, anche nell'ambito dell'assicurazione d'indennità giornaliera sottoposta alla LCA, in applicazione del principio secondo cui l'assicurato deve fare tutto quanto da lui esigibile per ridurre lo scapito economico derivante dal danno alla salute, questi deve sfruttare la sua residua capacità lavorativa in attività diverse da quella esercitata al momento del verificarsi del danno alla salute. Quindi, se da un lato la graduazione dell'incapacità va fatta ritenendo la professione esercitata, dall'altro va considerato che l'assicurato ha l'obbligo di fare quanto da lui è ragionevolmente esigibile per attenuare il più possibile le ripercussioni del danno alla salute sulla sua condizione economica. "Pertanto, in caso d'incapacità durevole nella professione precedentemente esercitata, è obbligo dell'assicurato di utilizzare le sue capacità residue in settori lavorativi diversi, ragionevolmente prospettabili. A proposito del tempo necessario per trovare una professione adatta al proprio stato di salute, va rammentato che il Tribunale federale, in ambito di assicurazioni complementari contro le malattie (LCA), con sentenza del 7 maggio 2002 (5C.74/2002), ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010

E. 18

ha applicato la stessa giurisprudenza sviluppata dall'allora TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) in ambito di assicurazione sociale, ad un assicurato il cui contratto di lavoro era stato disdetto, rimanendo tuttavia nella cerchia degli assicurati collettivamente dal precedente datore di lavoro ed ha ritenuto ammissibile assegnare un termine di 3-5 mesi per il riadattamento professionale: "3.- a) Dans un arrêt non publié du 23 octobre 1998 qui concernait comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C. 176/1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA est l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduit, en matière

d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (cf. ATF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse doit l'avertir à ce propos et lui accorder un délai adéquat - pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent est due - pour s'adapter aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; dans la pratique, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (arrêt non publié K 14/99 du 7 février 2000, reproduit in RKUV 2000 KV 112 122, consid. 3a). b) Après avoir rappelé ce qui vient d'être exposé, la cour cantonale a retenu la lettre de la défenderesse du 25 août 2000 (cf. lettre D supra) comme l'expression de l'avertissement nécessaire, car avant que le résultat de l'expertise confiée au Dr C. ne soit communiqué, tout avertissement ne pouvait être donné valablement, l'assuré ne pouvant pas mettre en oeuvre sa capacité de travail si elle n'avait pas encore été déterminée. Considérant toutefois que la proposition de la défenderesse de verser ses prestations jusqu'à la fin du mois d'août 2000 n'était pas acceptable, la cour cantonale a estimé que, vu les explications de l'assurance défenderesse et de l'assuré demandeur, un délai de trois mois à partir de cette date était adéquat. Ainsi, la défenderesse n'ayant versé des indemnités journalières que jusqu'au 31 mars 2000, elle devait encore verser des indemnités pour la période allant jusqu'au 30 novembre 2000 - représentant 244 jours à 132 fr., soit 32'208 fr. - et non pour celle allant jusqu'au 5 avril 2001, fin de la durée maximale de 727 jours. c) C'est en vain que le demandeur critique sur ce point le jugement attaqué, qui est conforme à la jurisprudence rappelée plus haut (consid. 3a supra). L'art. 61 LCA est certes de droit dispositif (cf. art. 97 et 98 LCA; Hôngner/Susskind, Basier Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 29 ad art. 61 LCA; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd., 1995, p. 345), mais il ne résulte pas des constatations de fait du jugement attaqué (art. 63 al. 2 OJ) que les parties auraient adopté sur ce point une réglementation plus favorable à l'assuré. ii

Il vicepresidente del Tribunale incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010

E. 19

Selon l'art. 61 al. 2 LCA, si l'ayant droit contrevient à son obligation posée à l'art. 1 de faire tout ce qui est possible pour réduire le dommage, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie. L'ayant droit remplit son obligation de faire ce qui peut raisonnablement être exigé de lui pour réduire son dommage s'il prend à cette fin les mesures que prendrait un homme raisonnable dans la même situation s'il ne pouvait attendre aucune indemnisation de tiers (Hôngner/Susskind, op. cit., n. 15 ad art. 61 LCA; Maurer, op. cit., p. 344 et les références citées). En l'occurrence, tous les examens médicaux ont conclu à une capacité de travail entière dans une activité adaptée. Si, comme l'aurait fait dans la même situation tout homme raisonnable ne pouvant attendre aucune indemnisation de tiers, le demandeur avait mis à profit cette capacité de travail dans le délai de plus de trois mois dès l'avertissement que les juges cantonaux ont considéré comme approprié eu égard aux circonstances de l'espèce, la défenderesse n'aurait plus eu à servir d'indemnités journalières au delà du 30 novembre 2000. Comme rien dans les

constatations du jugement attaqué (cf. art. 63 al. 2 OJ) ne permet de retenir que l'inaction du demandeur à cet égard était excusable (cf. Hônger/Susskind, op. cit., n. 27 ad art. 61 LCA), le jugement attaqué apparaît conforme au droit fédéral." In concreto, come visto, le CGA prevedono un lasso di tempo di 6 mesi per trovare un'occupazione adeguata, ossia un termine superiore rispetto al minimo previsto dalla giurisprudenza. Ne segue che già solo per questo motivo lo scritto del 7 ottobre 2008 (cfr. consid. 1.3) tramite il quale l'assicuratore ha assegnato le prestazioni solo fino al 1° dicembre 2008 non è conforme alle CGA prodotte dalla convenuta e ritenute applicabili dalla medesima. L'interessata ha pertanto diritto alle indennità perlomeno fino al 7 aprile 2009 (6 mesi dallo scritto del 7 ottobre 2008). Come si vedrà in seguito (consid. 2.14), l'interessata deve tuttavia passare nell'assicurazione individuale per il periodo dal 1° gennaio 2009. Per il periodo dall'1° aprile 2009 occorre invece verificare qual è il grado d'incapacità lavorativa dell'assicurata in un'attività confacente al suo stato di salute. A questo proposito va evidenziato che l'attrice ritiene di essere completamente inabile al lavoro in qualsiasi attività lavorativa, mentre l'assicuratore ritiene che possa svolgere un'attività leggera nella misura del 100%. 2.6. Dagli atti emerge quanto segue. Il 28 novembre 2007 il medico curante, dr. med. , FMH medicina generale, ha diagnosticato la presenza di una ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010

E. 20

sindrome lombo-radicolare L4-5 sinistra su ernia discale recessale sinistra L4-5 e segni di compressione della radice L5 di sinistra e di obesità (allegato al doc. 19). Da parte sua il dr. med. , FMH in neurochirurgia, il 6 maggio 2008 ha diagnosticato una sindrome lombovertebrale per discopatia L3/4 - L5/S1 per un'incapacità lavorativa da settembre 2007 al 100%. Il 4 febbraio 2008 rivolgendosi al dr. med. , il dr. med. , specialista FMH in neurochirurgia, ha affermato: "(...) L'esame clinico conferma una sintomatologia lombovertebrale con mobilità lombare ridotta e dolente in ogni posizione. La palpazione è dolente e diffusa di tutti il rachide e di tutta la muscolatura della zona lombare, glutei e lungo le gambe. Ciò lascia supporre la presenza di una possibile fibromialgia. L'esame neurologico tuttavia non mette in evidenza una patologia radicolare. C'è la presenza di un pseudolasègue bilaterale a 50°. Date le circostanze ho proposto alla paziente una nuova RM poiché la vecchia ormai è del 2006. In base all'esito di quest'esame, valuterò le possibilità chirurgiche. Già finora comunque sono dell'opinione che un intervento in questa paziente non avrà un esito felice e comunque con 0 senza intervento la paziente non riprenderà l'attività lavorativa." (doc. A1) Il 5 maggio 2008 il medico SMR, dr. med. , dopo aver visitato l'attrice, ha posto la diagnosi principale di sindrome lombare su ernia L4-L5, spondilartrosi da L5 a S1, obesità e ulteriori diagnosi senza influsso sulla capacità lavorativa di sindrome fibromialgica, stato dopo revisione uterina (marzo 2006), anemia mediterranea, ernia inguinale destra operata, ernia inguinale sinistra in attesa di intervento, asportazione di formazione cistica alla coscia destra (2005), con un'incapacità lavorativa del 30% come cameriera ed assistente di cura e una capacità del 100% in attività leggere che rispettano i limiti descritti nel rapporto medico (cfr. atti A1): "Assicurata di 46 anni in buone condizioni generali. Obesità grave. Dal 2006 lombalgia con frequenti riacutizzazioni su piccola ernia discale riscontrata all'esame tac eseguito nell'agosto 2006. Piccola ernia in regione L4-L5 con maggiore irradiazione sciatalgica all'arto inferiore di destra. Coesiste spiccata sindrome fibromialgica. L'assicurata risulta essere rallentata nei movimenti ampi

per la grave obesità. Durante la deambulazione presenta un accenno alla zoppia destra. I limiti funzionali stabiliti sono: evitare movimenti ripetitivi di flessione ed estensione della schiena; mantenere posizione statica seduta o in piedi al massimo 1 h; può sollevare abitualmente 15 kg e saltuariamente fino a 20 kg. La sintomatologia artromialgica e astenica prevalente è da riferire soprattutto alla spiccata sindrome fibromialgica. L'assicurata in riferimento all'ernia L4-L5 è già stata sottoposta a periodi di riabilitazione, infiltrazioni e terapia medica con ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010

E. 21

scarso beneficio. Già eseguita valutazione anche dal Dr. nel marzo 2008 con esclusione di terapia chirurgica. L'assicurata ha svolto in Portogallo attività lucrativa come cuoca; in Svizzera dal 1998 ha lavorato in diversi alberghi come governante al buffet e office nell'organizzare le diverse attività che doveva svolgere. Attività lucrativa dal 2004 al 2006 come assistenza di cura presso persona anziana. Incapacità lavorativa al 100% dal 26 aprile 2006 al 30 luglio 2007; incapacità lavorativa al 50% dal 31 luglio 2007 al 5 agosto 2007; incapacità lavorativa 100% dal 3 settembre 2007 ad oggi. La valutazione reumatologica e funzionale odierna permette di stabilire una incapacità lavorativa del 30% in attività come cameriera d'hotel. Incapacità lavorativa 30% in attività come assistente di cura. Capacità del 100% in tutte le attività che rispettano i limiti sopraelencati. In attività come casalinga capacità lavorativa 100%. Le capacità lavorative stabilite sono esigibili dal luglio 2006 (data della dimissione dal Centro di riabilitazione di). Risulta indispensabile un drastico calo ponderale. Non sono proponibili terapie chirurgiche o mediche atte al miglioramento della capacità funzionale. L'A. non necessita di ausili ortopedici." Il 26 giugno 2008 il medico SMR, , ha affermato che "in questa assicurata con sintomatica locomotoria abbinata a fibromialgia pur non essendo in terapia specialistica psichiatrica o trattamento di sostegno a questo livello ma essendo descritta dal curante una tendenza depressiva si impone una valutazione in questo senso per poter considerare e giustificare evt. limitazioni di questo tipo" (cfr. atti A1). Il medico SMR, Dr. med. , medico psichiatra, il 5 agosto 2008, dopo aver visitato l'attrice in data 4 agosto 2008 ed aver posto la diagnosi di sindrome depressiva ricorrente, attualmente in remissione (ICD 10 F 33.4) e fobia specifica (ICD 10 F. 40.2), ha indicato una capacità lavorativa del 100% in attività che rispetta i limiti. La specialista ha affermato: "Trattasi di una donna di 46 anni di origine che si è trasferita in Svizzera dal 1998 per motivi di lavoro. L'A in. anamnesi ha presentato un primo scompenso depressivo reattivo alla difficile situazione familiare ed economica (era stata abbandonata dal marito con debiti a crescere da sola i loro tre figli) che l'aveva portata nel 1996 ad un ricovero in clinica di 2-3 mesi grazie al quale aveva presentato un completo recupero. Per poter trovare un lavoro che le permettesse di provvedere ai figli aveva deciso di trasferirsi in Svizzera dove dopo un iniziale difficoltà a tollerare la lontananza dalla famiglia era riuscita a ben integrarsi. Inoltre negli ultimi anni è riuscita a ricostruirsi un rapporto affettivo che viene definito come solido e gratificante rispetto al primo matrimonio. Nel 2006 a seguito di un conflitto con la datrice di lavoro dalla quale si sente umiliata perché accusata di essere una ladra e dalla quale non si sente rispettata nei suoi diritti di lavoratrice inizia a sviluppare un quadro depressivo peggiorato ulteriormente dalla comparsa di una sintomatologia dolorosa lombovertebrale che l'A vive come limitante nello svolgimento delle sue attività e della sua autonomia (al colloquio ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.1195 marzo 2010

E. 21.2

CGA), non abbia proceduto ad alcun calcolo. Conformemente ad un principio generale all'assicurato incombe l'obbligo di ridurre il danno (DTF 123 V 230 consid. 3c pag. 233; DTF 117 V 275 consid. 2b pag. 278, 394 consid. 4b pag. 400 e i riferimenti ivi citati; RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Friburgo 1999, pagg. 57, 551 e 572). In virtù di tale obbligo, l'assicurato deve intraprendere tutto quanto è ragionevolmente esigibile per ovviare nel miglior modo possibile alle conseguenze della sua "invalidità", segnatamente mettendo a profitto la sua residua capacità lavorativa, se necessario, in una nuova professione (DTF 113 V 22 consid. 4a pag. 28 e sentenze ivi citate; LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, tesi Zurigo 1995, pag. 296 segg.). Non è quindi dato alcun diritto ad una rendita se la persona interessata è in grado di percepire un reddito tale da escluderne l'erogazione (DTF 113 V 22 consid. 4a pag. 28; RCC 1968 pag. 434). Dalla persona assicurata possono tuttavia essere pretesi unicamente provvedimenti esigibili che tengano conto delle circostanze oggettive e soggettive del caso concreto, quali la sua capacità lavorativa residua, le ulteriori circostanze personali, l'età, la situazione professionale, i legami presso il luogo di domicilio, il mercato del lavoro equilibrato e la presumibile durata dell'attività lavorativa (DTF 113 V 22 consid. 4a pag. 28; cfr. pure VSI 2001 pag. 279 consid. 5a/aa e 5a/bb). ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010

E. 22

in più occasione ha sottolineato con fierezza come fosse sempre riuscita a cavarsela da sola). L'inizio di una terapia antidepressiva adeguata instaurata dal medico di famiglia, permette un miglioramento del quadro affettivo che incontro ad una completa remissione nell'ottobre 2007 con il riconoscimento a livello giuridico del torto subito. L'anamnesi, il decorso e la valutazione odierna permettono di porre la diagnosi di una sindrome depressiva ricorrente, il cui ultimo episodio insorto verso il marzo 2006 ha avuto le caratteristiche di gravità lieve e che nonostante il disagio soggettivamente avvertito non ha avuto una ripercussione invalidante sulla capacità lavorativa. Inoltre sono emersi elementi clinici per la diagnosi di una fobia specifica verso i luoghi piccoli e chiusi come l'ascensore già presente dall'adolescenza. L'A mantiene un buon contatto con i membri della propria famiglia ad eccezione del padre e di una sorella, ha ricostruito una vita affettiva giudicata gratificante e mantiene un rapporto integro con il contesto sociale. A livello psichiatrico i limiti funzionali sono rappresentati da una ridotta caricabilità allo stress e dall'incapacità a tollerare ambienti troppo angusti e chiusi, quest'ultimi a causa della sintomatologia fobica. Nel rispetto di tali limiti la CL lavorativa sia nella precedente attività che in attività medicalmente esigibili è completa." (doc. A1) Con annotazioni del 18 agosto 2008 il medico SMR, Dr. med. ha indicato che "dopo le due valutazioni specialistiche sia psi. che reumatologica si giustifica come cameriera/assistente di cura una IL del 30% dalla data di dimissione clinica (7.2006) per problematica prettamente di tipo locomotorio. In attività ritenute adeguate ergonomicamente" il medico ha ritenuto giustificata "una piena abilità". Sulla base di queste valutazioni il consulente IP ha calcolato un grado d'invalidità dello 0%. In seguito alle osservazioni al progetto di decisione A1, il medico SMR, dr. med. ha

affermato: "Ho rivalutato le considerazioni delle valutazioni SMR reumatologica 5.5.08 che psichiatrica 5.8.08 e personalmente le ritengo coerenti e ben redatte ai fini assicurativi con periodi e date ben riportate oltre alle esigibilità presenti a carattere residuale. Personalmente le ritengo per noi ancora vincolanti. L'YYY il 14.11.2008 fa riferimento sia a problematica discordante su periodi/date ed esigibilità. E personalmente queste affermazioni non variano a mio giudizio le conclusioni delle due visite SMR specialistiche effettuate. Ma nel leggere il progetto di decisione ed il rapporto CIP del 8.2008 con il calcolo della CGR non noto i periodi di IL 100% per cui prego rivalutare se corretto o meno tale progetto in base." ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 23

Il 16 ottobre 2008 il dr. med. medicina generale FMH, ha attestato che l'interessata "é tutt'ora inabile al lavoro, nella misura del 100%, dal 03.09.2007 fino a nuovo avviso in qualità di aiuto domestico e cameriera." (allegato al doc. 19). Con certificato del 4 dicembre 2008 il dr. med. FMH in neurochirurgia, ha descritto la visita effettuata il 2 dicembre 2008, affermando: "(...) conosco la paziente dal 2006 per una sintomatologia lombovertebrale nell'ambito di processi degenerativi diffusi da L3/4 a L5/S1 senza però evidenti conflitti radicolari. Una TAC effettuata in febbraio del 2008 ha riconfermato questi processi degenerativi in assenza di ernie del disco, ma importante artrosi delle faccette articolari e probabilmente anche un'artrosi delle articolazioni sacro Iliache. La paziente riferisce che la situazione è notevolmente peggiorata per cui attualmente riesce a deambulare unicamente con le canne. I dolori sono continui sia di giorno sia di notte. All'esame clinico noto una deambulazione lenta e possibile solo con canne. Mobilità fortemente ridotta e dolente in maniera diffusa. Palpazione dolente e diffusa del rachide lombare e della muscolatura paraspinale, come pure glutei e muscolatura sia delle gambe sia delle braccia e del tronco. A questo punto penso che la paziente sia anche sofferente di una grave fibromialgia. L'esame neurologico tuttavia risulta normale con un pseudolasègue bilaterale a 20-30° senza deficit sensomotori e con riflessi conservati. Date le circostanze penso che comunque un intervento chirurgico sia assolutamente da escludere ragion per cui una nuova RM al momento non entra in considerazione. Tutto sommato si tratta di una paziente sicuramente molto sofferente in gran parte per la fibromialgia, ma anche per i problemi degenerativi lombari indotti o perlomeno dipendenti della grave adipositas che senza dubbio limita notevolmente la paziente. Un gastric bypass, come da te nchiesto, penso sia senza dubbio d'utilità. Per quel che riguarda la capacità lavorativa è ovvio in che questa particolare situazione con la combinazione dei problemi che presenta la paziente un'abilità lavorativa sicuramente non è data neanche per attività leggere ed economicamente confacenti per cui ritengo che ' ulteriori accertamenti per stabilire il grado d'invalidità definitivo siano senz'altro da prendere in considerazione." (doc. 16) Il 9 dicembre 2008 il dr. med. , FMH medicina generale, ha attestato un'inabilità lavorativa al 100% dal 3 settembre 2007, mentre il 30 gennaio 2009 ha posto la seguente diagnosi con ripercussione sulla capacità lavorativa: sindrome lombo- radicolare su ernia discale lombare L4/5 lussata a sinistra irradiante verso la gamba sinistra con forte sindrome algica e ii

il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010 2 4 occasionale diminuzione della forza motoria, fibromialgia, sindrome ansioso-depressiva, obesità permagna (120 kg su 172 cm, con prevista chirurgia bariatrica all'ospedale di), anemia ferripriva in seguito a grave emorragia di origine ginecologica. Lo

specialista ha inoltre posto la diagnosi senza ripercussione sulla capacità lavorativa di ernia inguinale sinistra, operata il 10.06.08, lipoma coscia destra e ipovitaminosi B12. Il medico curante ha poi affermato che "penso che sia a tutti chiaro, vedendo la paziente con notevole sofferenza e necessità di camminare con due stampelle per attenuare i dolori, che non possa assolutamente lavorare nelle sue attuali condizioni. Una volta ridotto il peso in seguito alla chirurgia bariatrica diventerà possibile eventualmente porre la diagnosi per un intervento al rachide dorsale e rivalutare la capacità lavorativa. In questo momento e per i prossimi mesi la paziente è sicuramente da considerare invalida." (allegato al doc. 19) Il 5 maggio 2009 il primario dell'Ospedale Regionale di , Dr. med. , ha certificato la degenza dell'attrice presso l'ospedale bellinzonese affermando che l'interessata è stata ricoverata a causa dell'obesità permagna e che si tratta di una paziente "che dal 2006 ha iniziato a prender peso in seguito ad una terapia per una sindrome depressiva con Efexor, passando da un peso di 80 kg ad uno di 127.5 kg (attuale). L'obesità si è dimostrata resistente al trattamento conservativo con dieta e farmaci, inoltre sembra soffrire di un disturbo alimentare tipo BED con assunzione di calorie mediante numerosi snakes consumati giornalmente. Il 28.4.2009 la paziente viene sottoposta all'intervento sopraccitato, che sopporta bene, il decorso è privo di complicazioni. Viene dimessa in buone condizioni generali con ferite calme." (doc. 21) Il 20 luglio 2009 il dr. med. , medico fiduciario della Cassa, ha affermato: "Frau XXX leidet an einem Rückenleiden, weswegen ihr ab 26.4.06 eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wurde. Sie habe schon mit 17 und mit 21 Jahren Rückenschmerzen gehabt. Vom 11.7.06 bis 31.7.06 war sie in der Clinica zur Rehabilitation bei pseudorad. Syndrom L4 links. Bei Austritt wurde sie als weiterhin zu 100% arbeitsunfähig erachtet. Dr. bescheinigt in seiner Begutachtung vom. 7.2.07 eine 100% Arbeitsunfähigkeit Ab dem 3.9.07 bestätigt Dr. , Hausarzt, wegen Diskushernie eine 100% Arbeitsunfähigkeit ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 25

., Neurochirurge, dass eine leichtere Am 6.5.08 bezeugt Dr. Arbeit („non pesanti, buona ergonomia“) zumutbar ist (keine Prozentgabe) und schlägt eine vertrauensärztliche Beurteilung vor. Der ärztliche Dienst der IV Ticino hat am 4.8.08 Frau XXX psychiatrisch und am 5.5.08 somatisch begutachtet und kam zu Schluss, dass Frau XXX zu 100% arbeitsfähig für eine angepasste Arbeit ist. Die Bedingungen einer zumutbaren Arbeit werden detailliert aufgeführt (üblicherweise nicht über 15 kg heben, nur kurz bis 20 kg; statisches Sitzen oder Stehen bis 1h; keine repetitiven Flexions/Extensions- Bewegungen der Wirbelsäule; verminderte Stresstoleranz, erträgt enge/geschlossene Arbeitsumgebung nicht). (17.12.08,30.1.09) Aus der folgenden Zeugnissen von Dr. gehen keine neuen Diagnosen oder andere Aspekte hervor, die ein Abweichen von der Beurteilung durch ärztlichen Dienst der IV zuliessen. Interkurrent wurde ein Listenhernie links am 10.6.08 operiert. Am 28.4.09 Magen-Bypass-Operation (die Atupri anerkannte eine 100% Arbeitsunfähigkeit vom 27.4-12-5.09, gemäss Zeugnis Osp. Regionale . 5.5.09). Zusammenfassend: die 47-jährige Patientin mit rezidivierenden Rückenschmerzen wird von ihrem Hausarzt - nach einer ersten Periode 06-07 - ab 3.9.07 andauernd zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Eine Beurteilung durch den ärztlichen Dienst der IV Tessin im Jahre 2008 kam zum Schluss, dass Frau XXX eine angepasste Arbeit zu 100% zumutbar sei. Diese Beurteilung wurde jedoch nur umgesetzt durch Patientin und ihren Arzt. "In meiner vertrauensärztlichen Beurteilung ist die Begutachtung durch ärztlichen Dienst der

IV schlüssig und nachvollziehbar; aus den folgende Zeugnissen des Hausarztes gehen keine neuen Aspekte hervor, die eine Aenderung der Beurteilung zuliessen." (doc. 5) Il 26 ottobre 2009 il dr. med. ha affermato: "la soprannominata paziente è sofferente da diversi anni di dolori lombari recidivanti nell'ambito di processi degenerativi diffusi in assenza però di compressioni di strutture nervose. Una TAC bassolombare ha anche confermato una leggera artrosi delle articolazioni sacro iliache. Da qualche tempo la paziente accusa anche dolori cervicali associati a cefalee ed irradiazione in entrambe le braccia con disturbi parentetici. Una TAC effettuata recentemente presso la Clinica di ha messo in evidenza un'uncartrosi e spondilosi di leggere/media gravità. Non ci sono conflitti radicolari. Oltre a questi fastidi provenienti dai problemi degenerativi del rachide, la paziente soffre anche di una gravissima forma di fibromialgia che rende un qualsiasi intervento a livello lombare impossibile. Il quadro clinico è in gran parte dominato da questo problema muscolare. Date le circostanze ritengo che la paziente non sia in grado di svolgere un'attività lavorativa anche se leggera. La limitazione principale deriva dai disturbi fibromialgici che decisamente dominano ii

Il vicepresidente del Tribunale incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5 marZO 2010

E. 26

il quadro clinico. Tuttavia anche i disturbi lombari e cervicali provenienti dai processi degenerativi hanno un effetto notevole sulla capacità lavorativa in quanto non sarà possibile per la paziente svolgere mansioni in posizioni statiche prolungate, quindi seduta od in piedi ferma, od attività nelle quali debba tenere la testa in posizione d'inclinazione o declinazione o lavorare con le braccia alzate. In considerazione di tutto questo penso che ci sia in effetti un'incapacità lavorativa completa." (doc. XXV) Infine, il 13 gennaio 2010 il medico curante, dr. med. , FMH medicina generale, ha rilevato: "la diagnosi di sindrome depressiva ricorrente e la fobia sono tuttora presenti. Sarebbe senz'altro indicato che la paziente venga seguita da uno psicoterapeuta. " La sig.ra XXX a partire dal 2003 ha assunto a diverse riprese degli anti-depressivi. Per esempio Deroxat dal 2003 al 2004, in seguito Efexor fino al mese di dicembre del 2004. Ripresa della medesima terapia dal mese di marzo 2005, nel 2006 passaggio a Cipralex. Dal 2008 a Trittico, vista anche la presenza di disturbi del sonno. All'inizio del 2009 la paziente è stata sottoposta ad una valutazione psichiatrica nell'ambito di una chirurgia bariatrica per l'obesità permagna. Ultimamente non sembra che assuma degli psicofarmaci." (doc.XXIX/AA1) 2.7. Va qui evidenziato che per quanto riguarda in particolare l'invalidità cagionata da un danno alla salute psichica, il TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) ha stabilito che é decisivo al proposito che il danno sia di gravità tale da non poter praticamente esigere dall'assicurato di valersi della sua capacità lavorativa sul mercato del lavoro, o che ciò sia persino intollerabile per la società (DTF 127 V 298 consid. 4c, 102 V 165= RCC 1977 pag. 169; Pratique VSI 1996 pag. 318, 321, 324; RCC 1992 pag. 180; ZAK 1984 pag. 342, 607; STFA del 29 settembre 1998 nella causa 8. F. consid. 3b, I 148/98; Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berna 2003, pag. 128). L'Alta Corte ha inoltre avuto modo di precisare che: "(...) Tra i danni alla salute psichica, i quali come i danni fisici, possono determinare un'invalidità ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LAI, devono essere annoverati - oltre alle malattie mentali propriamente dette - le anomalie psichiche parificabili a malattia. Non sono considerati effetti di uno stato psichico morboso, e dunque non costituiscono turbe a carico dell'assicurazione per l'invalidità le limitazioni della capacità di guadagno cui l'assicurato potrebbe ovviare dando prova di buona volontà; la

misura di quanto è ragionevolmente esigibile dev'essere apprezzata nel modo più oggettivo possibile. Bisogna dunque stabilire se, e in quale misura al caso, un assicurato può, nonostante il danno alla salute mentale, esercitare un'attività lucrativa che il mercato del lavoro gli offre, tenuto conto delle sue attitudini. In ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 3 6 . 2 0 0 9 .
1 1 9 5 m a r Z O 2 0 1 0

E. 27

quest'ambito il punto è quello di sapere quale attività si può da lui ragionevolmente esigere. Ai fini di stabilire l'esistenza di un'incapacità di guadagno causata da un danno alla salute psichica non è quindi decisivo accertare se l'assicurato eserciti o meno un'attività lucrativa insufficiente; di maggior rilievo è piuttosto domandarsi se si debba ammettere che l'utilizzazione della capacità lavorativa non può in pratica più essere da lui pretesa oppure che essa sarebbe persino insopportabile per la società (DTF 102 V 166; VSI 1996 pag. 318 consid. 2a, pag. 321 consid. 1a, pag. 324 consid. 1a; RCC 1992 pag. 182 consid. 2a e sentenze ivi citate)" (STFA del 29 settembre 1998 nella causa S. F. [I 148/98], pag. 10 consid. 3b) Secondo la giurisprudenza del TFA questi principi valgono fra l'altro per le psicopatie, le alterazioni dello sviluppo psichico (psychische Fehlentwicklungen), l'alcolismo, la farmacomania, la tossicomania e le nevrosi (STFA del 18 ottobre 1999 nella causa B., I 441/99, del 29 settembre 1998 nella causa S. F., I 148/98 consid. 3b; RCC 1992 pag. 182 consid. 2a con riferimenti). In una sentenza pubblicata in DTF 130 V 352 l'Alta Corte ha precisato i criteri per poter concludere che un disturbo da dolore somatoforme provoca un'incapacità di guadagno duratura. Tali criteri sono stati così riassunti dal TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) in un'altra sentenza del 23 aprile 2004, in lingua italiana, nella causa N. (I 404/03), nella quale l'Alta Corte si è così espressa: "6.2. A determinate condizioni, anche un disturbo da dolore somatoforme - rientrante nella categoria delle affezioni psichiche, per le quali l'allestimento di una perizia psichiatrica si rende normalmente necessario al fine di stabilirne le ripercussioni economiche - può causare una incapacità lavorativa (cfr. sentenza del 12 marzo 2004 in re N., I 683/03, consid. 2.2.2, destinata alla pubblicazione nella Raccolta ufficiale [ndr.: pubblicata in DTF 130 V 352]). Secondo giurisprudenza, ancora recentemente confermata, un disturbo somatoforme da dolore persistente non è tuttavia, di regola, atto a determinare, in quanto tale, una limitazione duratura della capacità lavorativa suscettiva di dare luogo a un'invalidità ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LAI (sentenza citata del 12 marzo 2004 in re N., consid. 2.2.3; Ulrich Meyer-Blaser, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri [editori], Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, San Gallo 2003, pag. 76 segg., in particolare pag. 81 seg.). Un'eccezione a questo principio entra in linea di conto soltanto in quei casi in cui il disturbo da dolore somatoforme presenta . secondo gli accertamenti medici una gravità tale da rendere in pratica oggettivamente non più esigibile dalla persona assicurata lo sfruttamento della sua capacità lavorativa residua sul mercato del lavoro oppure dove ciò risultasse insostenibile per la società (DTF 102 V 165; VSI 2001 pag. 225 consid. 2b con riferimenti; cfr. pure DTF 127 V 298 consid. 4c in fine). Una simile inesigibilità, da ii

Il vicepresidente del Tribunale incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 3 6 . 2 0 0 9 .
1 1 9 5 m a r Z O 2 0 1 0

E. 28

ammettersi soltanto in casi eccezionali, presuppone tuttavia l'esistenza concomitante di una comorbidità psichica di notevole gravità, intensità e durata oppure la presenza qualificata di altri criteri, quali ad es. l'esistenza di concomitanti affezioni organiche croniche accompagnate da un decorso patologico pluriennale con sintomi stabili o in evoluzione senza remissione duratura, l'accertamento di un ritiro totale dalla vita sociale, un eventuale profitto tratto dalla malattia (cosiddetto "Krankheitsgewinn") come pure un insuccesso, nonostante gli sforzi profusi, di trattamenti e di provvedimenti riabilitativi. A volte, la presenza di tali fattori permette di ritenere insormontabile il disturbo da dolore somatoforme (sentenza citata del 12 marzo 2004 in re N., consid. 2.2.3 e i riferimenti ivi citati; cfr. pure VSI 2000 pag. 155 consid. 2c). Da notare ancora che i fattori psicosociali o socioculturali non figurano nel novero delle affezioni alla salute suscettibili di originare un'incapacità di guadagno ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LAI (cfr. sentenza del 29 gennaio 2003 in re P., I 129/02, consid. 3.2, con riferimento ai principi sanciti in DTF 127 V 294). In tale contesto, l'esperto chiamato ad esprimersi deve, sul piano psichiatrico, porre una diagnosi nell'ambito di una classificazione riconosciuta e pronunciarsi sulla gravità dell'affezione. Tenendo conto dei criteri esposti, egli deve così valutare l'esigibilità della ripresa, rispettivamente dell'estensione lavorativa da parte dell'assicurato (VSI 2000 pag. 155 consid. 2c)." Anche in un'altra sentenza I 702/03 del 28 maggio 2004 il TFA ha evidenziato che: "5.2 In una recente sentenza, questa Corte ha avuto modo di precisare che una tale inesigibilità presuppone in ogni caso la presenza manifesta di una comorbidità psichiatrica di notevole gravità, intensità e durata oppure la presenza costante e intensa di altri criteri qualificati quali (1) l'esistenza di concomitanti affezioni organiche croniche accompagnate da un decorso patologico pluriennale con sintomi stabili o in evoluzione senza remissione duratura, (2) la perdita d'integrazione sociale in tutti gli ambiti della vita, (3) uno stato psichico consolidato, senza possibilità di evoluzione sul piano terapeutico, ad indicare allo stesso tempo l'insuccesso e la liberazione dal processo risolutivo del conflitto psichico (profitto primario tratto dalla malattia; "primärer Krankheitsgewinn") oppure (4) l'insuccesso di trattamenti ambulatoriali o stazionari conformi alle regole dell'arte nonché di provvedimenti riabilitativi a dispetto degli sforzi profusi dalla persona assicurata (sentenza citata del 12 marzo 2004 in re N., consid. 2.2.3 e sentenza del 21 aprile 2004 in re P., I 870/02, consid. 3.3.2; VSI 2000 pag. 155 consid. 2c; Ulrich Meyer-Blaser, *Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung*, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri [editori], *Schmerz und Arbeitsunfähigkeit*, San Gallo 2003, pag. 76 segg. e 80 segg.)." In una sentenza I 770/03 del 16 dicembre 2004, pubblicata in DTF 131 V 49, l'Alta Corte, dopo avere confermato che l'esame dell'effetto invalidante di un disturbo da dolore somatoforme richiede una verifica completa della situazione sulla base dei ii

Il vicepresidente del Tribunale incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marzo2010

E. 29

criteri summenzionati, ha aggiunto che si devono considerare anche gli elementi a sostegno della non sussistenza dell'obbligo di prestazione sull'assicurazione per l'invalidità. Pertanto, se le limitazioni nell'esercizio di un'attività risultano da un'esagerazione dei sintomi o simili, di regola non sussiste un danno alla salute che dà diritto a prestazioni dell'assicurazione.

Questa situazione è data quando: vi è una notevole discrepanza tra i dolori descritti e il comportamento osservato/l'anamnesi; l'assicurato afferma di essere afflitto da dolori intensi, ma li caratterizza in modo vago; l'assicurato non fa richiesta di cure mediche o terapie; i lamenti dell'assicurato sembrano ostentati e quindi poco credibili al perito; l'assicurato sostiene di subire gravi limitazioni nella vita quotidiana, nonostante il contesto psicosociale sia pressoché intatto (v. Kopp/Willi/Klipstein, Im Graubereich zwischen Körper, Psyche und sozialen Schwierigkeiten, in: Schweizerische Medizinische Wochenschrift 1997, p. 1434, con riferimento ad uno studio approfondito di Winckler e Foerster). La nostra Massima Istanza in una sentenza I 873/05 del 19 maggio 2006, si è confermata nella propria giurisprudenza e l'ha estesa anche al caso della fibromialgia, rilevando: "(...) Ora, il Tribunale federale delle assicurazioni, in una recente sentenza 8 febbraio 2006 in re S. (1 336/04), destinata alla pubblicazione nella raccolta ufficiale (ndr.: pubblicata in DTF 132 V 65), ha stabilito che non vi è motivo per l'amministrazione e il giudice di rimettere in discussione la diagnosi di fibromialgia quand'anche essa sia tema di controversie negli ambienti medici. Ha poi precisato che la fibromialgia presenta numerose similitudini con i disturbi da dolore somatoforme, per cui si giustifica, dal profilo giuridico, e allo stato attuale delle conoscenze, di applicare per analogia i principi sviluppati dalla giurisprudenza in materia di disturbi da dolore somatoforme qualora si tratti di valutare il carattere invalidante di una fibromialgia. "Ciò significa che anche in presenza di fibromialgia si deve presumere che tale affezione o gli effetti della stessa possano essere sormontati facendo gli sforzi personali ragionevolmente esigibili (cfr. DTF 131 V 50 (recte: 49)). Come in tema di disturbi da dolore somatoforme si deve comunque prendere in considerazione la possibile sussistenza di determinati fattori che, per la loro intensità e costanza, rendono la persona incapace di fare simili sforzi. I criteri suscettibili di giustificare una prognosi negativa sono i seguenti: la presenza di una componente psichiatrica importante per la sua gravità, la sua intensità e la sua durata, il perdurare di un processo morboso per più anni senza remissione durevole, l'esistenza di turbe croniche, il verificarsi di una perdita di integrazione sociale in tutte le manifestazioni della vita e la constatazione dell'insuccesso delle cure ambulatorie o stazionarie praticate secondo le regole dell'arte, questo nonostante l'attitudine cooperativa della persona assicurata. In presenza di una componente psichiatrica, si deve tener conto dell'esistenza di uno stato psichico cristallizzato risultante da un ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarton. Lugano cantonale delle assicurazioni 3 6 . 2 0 0 9 .
1 1 9 5 marZO 2 0 1 0

E. 30

processo difettoso di risoluzione di un conflitto conferente comunque un sollievo dal profilo psichico (profitto tratto dalla malattia, fuga nella malattia). Infine, sempre come nel caso di disturbi da dolore somatoforme si deve concludere per l'assenza di un danno alla salute giustificante il diritto a prestazioni qualora le limitazioni legate all'esercizio di un'attività risultino da un'esagerazione dei sintomi. (...)" (STFA del 19 maggio 2006 nella causa O., I 873/05) In una sentenza 9C_35/2007 del 4 aprile 2008, l'Alta Corte ha sottolineato: "(...) Quanto agli effetti invalidanti della fibromialgia, invocati con il ricorso e negati nel caso di specie dal primo giudice sulla scorta della valutazione del Servizio X. , basta il rilievo che, in analogia a quanto stabilito in materia di disturbo somatoforme da dolore persistente, la malattia non è di regola atta a determinare una imitazione di lunga durata della capacità lavorativa suscettiva di cagionare un'invalidità ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LAI e che comunque le condizioni per eccezionalmente ammettere una siffatta ipotesi non sono

certamente date in concreto in assenza di una comorbidità psichiatrica importante (in casu: sintomatologia depressiva descritta in totale regressione) e in presenza di una (chiara) tendenza all'esagerazione riscontrata dal dott. J. (DTF 132 V 165 consid. 4.2.1 e 4.2.2 pag. 70 seg.; 131 V 49 consid. 1.2 pag. 50; 130 V 352 consid. 2.2.3 pag. 353 seg. e consid. 3.3.1 pag. 358). (...)" In una sentenza I 384/06 del 4 luglio 2007 il Tribunale federale (TF) ha ribadito che "(...) il riconoscimento di un danno alla salute psichica presuppone in particolare la diagnosi espressa da uno specialista in psichiatria, poggiata sui criteri posti da un sistema di classificazione riconosciuto scientificamente (cfr. DTF 130 V 396 segg.; cfr. pure la recente sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni I 621/05 del 13 luglio 2006, consid. 4). (...)" (STF del 4 luglio 2007, I 384/06). Va ancora evidenziato che affinché un rapporto medico abbia valore probatorio è determinante che esso valuti ed esamini in maniera completa i punti litigiosi, si fondi su degli esami approfonditi, prenda conto di tutti i mali di cui si lamenta l'assicurato, sia stabilito in piena conoscenza dei suoi antecedenti (anamnesi) e sia chiaro nell'esposizione delle correlazioni mediche o nell'apprezzamento della situazione medica; le conclusioni dell'esperto devono inoltre essere motivate (STFA del 26 agosto 2004 nella causa G.S., I 355/03, consid. 5; STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01; DTF 125 V 352 consid. 3a; DTF 122 V 160 consid. le; Meyer-Blaser, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989 pag. 31; Pratique VSI 2001 pag. 108 consid. 3a, 1997 pag. 123; STFA del 18 marzo 2002 nella causa M [I 162/01], consid. 2b). ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 3 6 . 2 0 0 9 .
1 1 9 5 m a r Z O 2 0 1 0

E. 31

A proposito delle perizie mediche eseguite nell'ambito della procedura amministrativa il TFA ha già avuto modo di evidenziare che, nell'ipotesi in cui sono state eseguite da medici specializzati riconosciuti, hanno forza probatoria piena, se giungono a conclusioni logiche e sono state realizzate sulla base di accertamenti approfonditi, fintanto che indizi concreti non inducono a ritenerle inaffidabili (DTF 123 V 176, 122 V 161, 104 V 212; STFA del 14 aprile 1998 nella causa O.B.; STFA del 28 novembre 1996 nella causa G.F.; STFA del 24 dicembre 1993 nella causa S.H.; SVR 1998 IV Nr. 1 pag. 2; SZS 1988 pag. 329 e 332; ZAK 1986 pag. 189). In un'altra sentenza inedita il TFA ha inoltre considerato rilevante una perizia giudiziaria fatta esperire dal TCA al SAM. Secondo l'Alta Corte questo servizio non può essere considerato parte in causa, nel senso che sussiste un vincolo per cui l'istituto sarebbe obbligato a tenere in particolare considerazione gli interessi specifici dell'assicurazione invalidità (STFA non pubbl. del 22 maggio 1995 in re A. 0; cfr. anche DTF 123 V 178 consid. 4b; Pratique VSI 2001 pag. 110 consid. 3c). Nell'ambito del libero apprezzamento delle prove è in linea di principio consentito all'amministrazione e al giudice fondare la propria decisione su basi di giudizio interne all'istituto assicuratore. Per quanto riguarda l'imparzialità e l'attendibilità di simili prove, devono tuttavia essere poste delle esigenze severe (DTF 122 V 157). Nella DTF 125 V 351 seg. (= SVR 2000 UV 10, pag. 33ss.), l'Alta Corte ha ribadito che ai rapporti allestiti da medici alle dipendenze di un'assicurazione deve essere riconosciuto pieno valore probante, a condizione che essi si rivelino essere concludenti, compiutamente motivati, di per sé scevri di contraddizioni e, infine, non devono sussistere degli indizi che facciano dubitare della loro attendibilità (DTF 125 V 352 consid. 3a). Il solo fatto che il medico consultato si trovi in un rapporto di dipendenza con l'assicuratore, non permette già di metterne in dubbio l'oggettività e

l'imparzialità. Devono piuttosto esistere delle particolari circostanze che permettano di ritenere come oggettivamente fondati i sospetti circa la parzialità dell'apprezzamento (DTF 125 V 354 consid. 3b/bb). Lo stesso vale per le perizie fatte esperire da medici esterni (DTF 104 V 31 ; ZAK 1986 pag. 188; RAMI 1993 pag. 95). Le perizie affidate dagli organi dell'Ai o dagli assicuratori privati, in sede di istruttoria amministrativa, a medici esterni o a servizi specializzati indipendenti, i quali fondano le proprie conclusioni su indagini approfondite e giungono a risultati concludenti, dispongono di forza probatoria piena, a meno che non sussistano ii

Il vicepresidente del Tribunale incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010

E. 32

indizi concreti a mettere in causa la loro credibilità (Pratique VSI 2001 pag. 109 consid. 3b)bb; STFA del 26 agosto 2004 nella causa G.C., I 355/03, consid. 5). Per quel che riguarda i rapporti concernenti il medico curante, secondo la generale esperienza della vita, il giudice deve tenere conto del fatto che, alla luce del rapporto di fiducia esistente con il paziente, il medico curante attesterà, in caso di dubbio, in favore del suo paziente (STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01; DTF 125 V 353 consid. 3a)cc); Pratique VSI 2001 pag. 109 consid. 3a)cc; MEYER-BLASER, Rechtsprechung des Bundesgericht im Sozialversicherungsrecht, Zurigo 1997, pag. 230). Se vi sono dei rapporti medici contraddittori il giudice non può evadere la procedura senza valutare l'intero materiale ed indicare i motivi per cui egli si fonda su un rapporto piuttosto che su un altro (STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01). Infine, va rilevato che, affinché un esame medico in ambito psichiatrico sia ritenuto affidabile deve adempiere diverse condizioni (Cattaneo, "La promozione dell'autonomia del disabile: esempi scelti dalle assicurazioni sociali", in RDAT 2003-11 pag. 628-629, in particolare la nota 158, nella quale vengono citate alcune sentenze federali e cantonali, in particolare la DTF 127 V 294). In quest'ultima sentenza l'Alta Corte ha fatto proprie le considerazioni di Mosimann. In particolare, secondo questo autore (Somatoforme Störungen: Gerichte und [psychiatrische] Gutachten, in: SZS 1999 pag. 105 ss), in ambito psichiatrico l'esperto deve innanzitutto porre una diagnosi secondo una classificazione riconosciuta e pronunciarsi sulla gravità dell'affezione. Il perito deve anche valutare l'esigibilità della ripresa di un'attività lucrativa da parte dell'assicurato. Tale prognosi deve tener conto di diversi criteri, quali il carattere premorboso, l'affezione psichica e quelle organiche croniche, la perdita d'integrazione sociale, un eventuale profitto tratto dalla malattia, il carattere cronico della malattia, la durata pluriennale della stessa con sintomi stabili o in evoluzione e l'impossibilità di ricorrere a trattamenti medici secondo la regola d'arte. La prognosi sfavorevole deve essere fatta in base all'insieme dei succitati criteri. Inoltre, l'esperto deve esprimersi sull'aspetto psico-sociale della persona esaminata. ii

Il vicepresidente del Tribunale- Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni Q C o n n n
'l ^ o i- orv.io öb..^UUy.1iy 5 marzo 2010

E. 33

Del resto, un rifiuto di una rendita deve ugualmente basarsi su diversi criteri, tra i quali le divergenze tra i dolori descritti e quelli osservati, le allegazioni sull'intensità dei dolori la cui descrizione rimane sul vago, l'assenza di una richiesta di cura, le evidenti divergenze tra le informazioni fornite dal paziente e quelle risultanti dall'anamnesi, il fatto che le lamentele

molto dimostrative lascino l'esperto insensibile, come pure le allegazioni di grandi handicap nonostante un ambiente psico-sociale intatto (STCA inedita 27 settembre 2001 nella causa A., inc. 32.1999.124; STFA del 12 marzo 2004, I 683/03 pubblicata in DTF 130 V 352 e STFA inedita del 23 settembre 2004, I 384/04). Inoltre, il TF, con sentenza I 142/07 del 20 novembre 2007 ha affermato: "3.2.1 Den von versicherungsinternen Ärzten erstellten Berichten und Gutachten kann voller Beweiswert zukommen, wenn sie die dazu erforderlichen Voraussetzungen erfüllen. Sie müssen als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sein und es dürfen keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Im Hinblick auf die erhebliche Bedeutung, welche den Arztberichten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters allerdings ein strenger Massstab anzulegen (BGE 125 V 351 E. 3b/ee S. 353). Einem Gutachten kommt schon dann kein voller Beweiswert zu, wenn Indizien gegen seine Zuverlässigkeit sprechen; es muss nicht feststehen, dass das Gutachten effektiv nicht den Tatsachen entspricht, was nicht mit medizinischen Fachpersonen besetzte Behörden oft nicht beurteilen könnten (Urteil B. vom 3. August 2000, I 178/00, E. 4a). 3.2.2 Nach Art. 59 IVG müssen die IV-Stellen über die notwendigen Dienste verfügen, damit sie ihre Aufgabe gemäss Art. 57 IVG fachgerecht und beförderlich durchführen können (Abs. 1). Zur Beurteilung der medizinischen Anspruchsvoraussetzungen stehen den IV-Stellen interdisziplinär zusammengesetzte regionale ärztliche Dienste zur Verfügung. Diese unterstehen der direkten fachlichen Aufsicht des Bundesamtes (BSV), sind aber in ihrem medizinischen Sachentscheid im Einzelfall unabhängig. Die IV-Stellen richten die regionalen ärztlichen Dienste ein. Der Bundesrat legt die Regionen nach Anhören der Kantone fest (Abs. 2). 3.2.3 Die fachliche Qualifikation des Experten spielt für die richterliche Würdigung einer Expertise eine erhebliche Rolle. Bezüglich der medizinischen Stichhaltigkeit eines Gutachtens müssen sich Verwaltung und Gerichte auf die Fachkenntnisse des Experten verlassen können. Deshalb ist für die Eignung eines Arztes als Gutachter in einer bestimmten medizinischen Disziplin ein entsprechender, dem Nachweis der erforderlichen Fachkenntnisse dienender, spezialärztlicher Titel des berichtenden oder zumindest des den Bericht visierenden Arztes vorausgesetzt (Urteil B. vom 3. August 2000, I 178/00, E. 4a). Dies gilt auch für (SUVA-) versicherungsinterne Entscheidungsgrundlagen, sind doch an die Unparteilichkeit und Zuverlässigkeit solcher Grundlagen strenge Anforderungen zu stellen (BGE 122 V 157 E. 3 S. 165). Nichts anderes kann für RAD-ärztliche Untersuchungen im Sinne von Art. 49 Abs. 2 IVV gelten, hat doch der Gesetzgeber mit diesen ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarton. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marzo2010

E. 34

interdisziplinär zusammengesetzten ärztlichen Diensten im Rahmen der 4. IVG-Revision (vgl. die Botschaft vom 21. Februar 2001 über die 4. Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [BBI 2001 3205]) ein Durchführungsinstrument geschaffen für eine gesamtschweizerisch möglichst einheitliche Beurteilung von Leistungsgesuchen, um u.a. so die Ausgabenentwicklung in der IV besser in den Griff zu bekommen (S. 3207 der bundesrätlichen Botschaft). Gestützt auf die in E. 3.2.2 dargestellte gesetzliche Grundlage (Art. 59 Abs. 2 IVG) hat der Bundesrat in Art. 47 ff. IW die regionalen ärztlichen Dienste geordnet, in Art. 48 IW ausdrücklich Fachdisziplinen (u.a. Psychiatrie) vorgeschrieben und in Art. 49 I W die Aufgaben im Einzelnen normiert. Wenn die RAD die ihnen nach Abs. 2

der letztgenannten Bestimmung zugeordnete wichtige Rolle und Weichenstellung (ärztliche Untersuchungen) spielen sollen, müssen die für sie tätigen Ärzte über das dazu erforderliche Ausbildungsprofil verfügen. "3.2.4 Als Anforderungsprofil für die Fachdisziplin Psychiatrie können die Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie für die Begutachtung psychischer Störungen (in: Schweizerische Ärztezeitung 2004 S. 1049 f.; nachfolgend: SGVP-Richtlinien) als Standard herangezogen werden. Diese haben zwar nicht verbindlich-behördlichen Charakter, formulieren aber doch den fachlich anerkannten Standard, welcher in der Schweiz für eine sachgerechte, rechtsgleiche psychiatrische Begutachtungspraxis in der Sozialversicherung gelten soll. Deshalb nimmt denn auch die Rechtsprechung darauf immer wieder Bezug (zuletzt: Urteile A vom 3. September 2007, I 722/06, und vom 19. Juni 2006, I 51/06). Nach Ziff. 11/6 der genannten Richtlinien bildet "eine Facharztausbildung in Psychiatrie und Psychotherapie" eine der Voraussetzungen auf Seiten des Gutachters. 3.3 Im hier zu beurteilenden Fall sprechen sich sämtliche medizinischen Unterlagen (der behandelnden Ärzte) für ein komplexes, seit Jahren bestehendes chronifiziertes psychosomatisches Krankheitsgeschehen aus, das behaupteterweise und eventuell tatsächlich die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Nach ständiger Rechtsprechung ist in aller Regel zur Abklärung der invalidisierenden Wirkung, insbesondere hinsichtlich der hier im Raum stehenden psychischen Komorbidität (medikamentös behandelte Depressivität), eine fachärztliche psychiatrische Expertisierung angezeigt (siehe dazu BGE 130 V 352 E. 2.2 S. 353 f.). Wenn die IV-Stelle in dieser Situation, wie es ihre Pflicht ist, zu Abklärungen schreitet, so hat sie diese nach dem bisher Gesagten durch einen internen (RAD) oder externen (Administrativgutachter) psychiatrischen Facharzt vornehmen zu lassen. 3.4 Der die psychiatrische Exploration vorgenommene Arzt des RAD verfügt zwar über eine langjährige Praxis im Bereich der Psychiatrie, ist aber Unbestrittenermassen nicht Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie. Er hatte im entscheidenden Zeitpunkt der Untersuchung (4. Juli 2005) zwar den ersten Teil der Psychiatriefacharztprüfung abgelegt, den zweiten Teil (Psychotherapie) indessen noch nicht. Der Bericht beruht daher nicht auf spezialärztlichen Feststellungen. Das Fehlen eines Facharztstitels für Psychiatrie stellt ein Indiz gegen die Zuverlässigkeit des Berichts von med. pract. B. in psychiatrischer Hinsicht dar, sodass diesem insoweit kein voller Beweiswert zukommt. ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010

E. 35

4. Der Beweiswert des fraglichen Berichtes ist aber auch aus einem weiteren Grund vermindert: 4.1 Mit Urteil vom 31. August 2007, I 65/2007, hat das Bundesgericht entschieden, dass der Beweiswert eines RAD-Berichtes, den eine Ärztin mit "Psychiaterin FMH" unterzeichnete, ohne über die entsprechende Berechtigung zur Führung des Facharztstitels nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1877 betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (aufgehoben mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe [Medizinalberufegesetz; SR 811.11] am 1. September 2007) zu verfügen, entscheidend geschwächt ist und daher nicht als einzige medizinische Basis der gerichtlichen Beurteilung dienen kann. 4.2 Hier liegt eine durchaus vergleichbare Ausgangslage vor, ist doch erstellt, dass der untersuchende Arzt den Bericht vom 11. August 2005 als "Dr. med." unterzeichnete, obwohl er zwar über ein (deutsches) Staatsexamen in Medizin, nicht aber

über die Berechtigung zur Führung eines Dokortitels, verfügte. Wie in jenem Urteil wird der Beweiswert des Berichtes damit durch eine Titelanmassung erheblich in Frage gestellt. Der Sachverhaltswürdigung des kantonalen Gerichts, die Erklärung der IV-Stelle bzw. des RAD, dabei habe es sich um ein administratives Versehen gehandelt, sei glaubwürdig, kann nicht gefolgt werden. Denn abgesehen davon, dass es auf die Ursache dieses Fehlers nicht ankommen kann, widerspricht eine solche Einschätzung der Lebenserfahrung und ist offensichtlich unrichtig. Mit "einer innerbetrieblich verbindlich festgelegten Form der Unterzeichnung", wie die IV-Stelle geltend macht, lässt sich der - im Übrigen wiederholt und über einen langen Zeitraum begangene - Fehler nicht erklären, ist doch einem Arzt die Bedeutung eines akademischen Titels durchaus bekannt. Aus dem Verlaufsprotokoll der Vorinstanz vom 6. November 2006 geht schliesslich hervor, dass sich der untersuchende Arzt am 4. Juli 2005 als "Dr. B. " vorgestellt hat. Diese Aussage des Beschwerdeführers blieb jedenfalls unwidersprochen, sodass ein administratives Versehen ausgeschlossen werden muss. 5. Nach dem Gesagten steht fest, dass der Beweiswert des Untersuchungsberichtes des med. pract. B. vom 11. August 2005 derart entscheidend herabgesetzt ist, dass das kantonale Gericht seine Beurteilung nicht hauptsächlich daraufstützen durfte. Da sich in den Akten ansonsten keine unabhängige fachärztliche Beurteilung findet, lässt sich über die Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht kein schlüssiges Bild machen. Es kann daher insbesondere über den Rentenanspruch - entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers - nicht materiell entschieden werden. Die Sache ist daher an die IV-Stelle zurückzuweisen, damit sie eine den Anforderungen genügende psychiatrische Abklärung vornehmen lasse und anschliessend über den Rentenanspruch neu verfüge." (sottolineatura del redattore, cfr. anche STF 1 65/07 del 31 agosto 2007) ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marZO2010

E. 36

2.8. Nel caso di specie, alla luce degli accertamenti effettuati anche in ambito AI, questo Tribunale deve concludere che l'attrice, allorché il 7 ottobre 2008 l'assicuratore le ha significato la cessazione del versamento delle prestazioni di indennità giornaliera era totalmente abile al lavoro in attività leggere e confacenti al suo stato di salute. Chiamato a pronunciarsi il TCA ritiene infatti che dalle valutazioni dei medici che si sono espressi in merito alla situazione valetudinaria dell'attrice, la conclusione dell'assicuratore che reputa l'interessata abile al lavoro al 100% in un'attività leggera nel corso del mese di ottobre 2008 va condivisa. Innanzitutto, per quanto concerne l'asserita incapacità lavorativa dovuta alla fibromialgia, come visto, per costante giurisprudenza va ribadito che la diagnosi di fibromialgia non costituisce, di per sé, una base sufficiente per concludere ad un'invalidità. Esiste per contro una presunzione che i disturbi derivanti da una fibromialgia possano essere superati tramite uno sforzo di volontà ragionevolmente esigibile (cfr. sentenza I 1093/2006 del 3 dicembre 2007). "Come visto in precedenza per ritenere eccezionalmente inesigibile lo sfruttamento della capacità lavorativa da parte di un assicurato che soffre di fibromialgia, la giurisprudenza esige l'esistenza concomitante di una comorbidità psichica di notevole gravità, intensità e durata oppure la presenza qualificata di altri criteri, quali ad es. l'esistenza di concomitanti affezioni organiche croniche accompagnate da un decorso patologico pluriennale con sintomi stabili o in evoluzione senza remissione duratura, l'accertamento di un ritiro totale dalla vita sociale, un eventuale profitto tratto dalla malattia (cosiddetto "Krankheitsgewinn") come pure un insuccesso, nonostante gli sforzi profusi, di

trattamenti e di provvedimenti riabilitativi. Nel caso di specie tutti questi elementi fanno difetto. Infatti la dr.ssa, medico psichiatra, che ha visitato la paziente per conto dell'UAI il 4 agosto 2008 ha diagnosticato, oltre ad una fobia specifica (ICD F 40.2) presente dell'adolescenza, e meglio una fobia verso luoghi piccoli e chiusi come l'ascensore, una sindrome depressiva ricorrente, tuttavia in fase di remissione (ICD F 33.4) ed ha rilevato che "a livello psichiatrico i limiti funzionali sono rappresentati da una ridotta caricabilità allo stress e dall'incapacità a tollerare ambienti troppo angusti e chiusi", per poi concludere che nel rispetto di questi ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.1195 marzo 2010

E. 37

limiti la capacità lavorativa sia nella precedente attività che in attività medicalmente esigibili è completa. Del resto l'attrice, ancora nel corso del mese di gennaio 2010, ha evidenziato di non essere "in cura presso uno psichiatra" (doc. XXIX) ed ha allegato un certificato del 13 gennaio 2010 del curante, dr. med., FMH medicina generale, il quale, a conferma dell'assenza di un qualsiasi trattamento psichiatrico, ha affermato come "sarebbe senz'altro indicato che la paziente venga seguita da uno psicoterapeuta" e che l'assicurata ha assunto diversi anti-depressivi dal 2003 al 2008, ossia un periodo preso in considerazione dalla Dr.ssa (visita del 4 agosto 2008), che all'inizio del 2009 l'interessata è stata sottoposta ad una valutazione psichiatrica nell'ambito di una chirurgia bariatrica per l'obesità permagna (che l'ha portata all'operazione del 28 aprile 2009 per un by-pass gastrico prossimale laparoscopico, dove tra le diagnosi secondarie figura la sindrome depressiva progressiva, cfr. doc. 21) e che "ultimamente non sembra che assuma psicofarmaci" (doc. XXIX/AA1). In queste condizioni non sono date, dal punto di vista psichico, le severe condizioni che permettono di ritenere che la fibromialgia possa causare un'incapacità lavorativa. Infatti non è presente alcuna comorbidità psichiatrica di notevole gravità, intensità e durata, né uno stato psichico consolidato senza possibilità di evoluzione sul piano terapeutico. Dagli atti non risulta neppure una perdita di integrazione sociale in tutti gli ambiti della vita. Inoltre non sono stati messi in atto trattamenti ambulatoriali o stazionari di lungo periodo o riabilitativi conformi alle regole dell'arte che, a dispetto degli sforzi profusi dalla persona assicurata, sono stati votati all'insuccesso. Per quanto concerne la presenza di affezioni organiche croniche accompagnate da un decorso patologico pluriennale con sintomi stabili o in evoluzione senza remissione duratura, va evidenziato come dall'esame medico del 5 maggio 2008 del dr. med., medico internista-reumatologo, è emersa la presenza di una sindrome lombare su ernia L4-L5 e una spondilartrosi da L5 a SI, oltre all'obesità, che tuttavia permettono all'interessata di lavorare al 100% in attività confacenti al suo stato di salute, tenendo in considerazione alcuni limiti funzionali (sollevare pesi fino a 15 kg, saltuariamente fino a 20 Kg, mantenere la posizione statica seduta oppure in piedi al massimo per un'ora, evitare movimenti ripetitivi di flessione ed estensione della schiena). Per contro la sindrome fibromialgica non ha alcun influsso sulla ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010

E. 38

capacità lavorativa, anche se il medico SMR ha evidenziato come "coesiste spiccata sindrome fibromialgica", essendo 14 tender points su 14 positivi. Per cui, anche dal punto di

vista organico non sono presenti elementi che possano far ritenere la fibromialgia avente un influsso sulla capacità lavorativa. Ne segue che l'incapacità lavorativa attestata dal dr. med. il 4 dicembre 2008 (doc. 16) ed il 26 ottobre 2009 (doc. XXV), in considerazione della presenza di una fibromialgia, nel caso di specie, non può essere ritenuta in assenza degli elementi richiesti dalla giurisprudenza. Rilevato che il 26 ottobre 2009, comunque un anno dopo lo scritto del mese di ottobre 2008 con cui l'assicuratore ha messo fine al versamento di ulteriori prestazioni, lo specialista ha ancora evidenziato come "la paziente soffre anche di una gravissima forma di fibromialgia che rende un qualsiasi intervento a livello lombare impossibile" e che "il quadro clinico è in gran parte dominato da questo problema muscolare" per poi concludere che "la paziente non sia in grado di svolgere un'attività lavorativa anche se leggera. La limitazione principale deriva dai disturbi fibromialgici che dominano il quadro clinico.", che tuttavia come visto nel caso di specie non comportano un'incapacità lavorativa sulla base della citata giurisprudenza federale, questo TCA deve concludere che a giusta ragione l'assicuratore ha considerato l'attrice capace al lavoro in un'attività leggera confacente al suo stato di salute. Certo, il dr. med. ha aggiunto che "tuttavia anche i disturbi lombari e cervicali provenienti dai processi degenerativi hanno un effetto notevole sulla capacità lavorativa in quanto non sarà possibile per la paziente svolgere mansioni in posizioni statiche prolungate, quindi seduta o in piedi ferma, od attività nelle quali debba tenere la testa in posizione d'inclinazione o declinazione o lavorare con le braccia alzate" ed ha affermato che "in considerazione di tutto questo penso che ci sia in effetti un'incapacità lavorativa completa". Tuttavia queste limitazioni sono già state prese in considerazione dal medico SMR dell'AI, il quale ha evidenziato come l'interessata sia comunque abile al lavoro al 100% in attività che le permettano di evitare movimenti ripetitivi di flessione ed estensione della schiena, mantenere la posizione statica seduta o in piedi al massimo per un'ora e sollevare abitualmente pesi di 15 kg, saltuariamente 20 Kg. ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 39

Ora, ancora di recente, con sentenza 9C_965/2008 del 23 dicembre 2009, il Tribunale federale, in ambito di assicurazioni sociali, in un caso dove l'assicuratore ha interpellato due medici di fiducia per stabilire la capacità lavorativa del ricorrente ha confermato la sua giurisprudenza secondo la quale occorre tenere conto della differenza esistente, ai fini probatori, tra mandato di cura e mandato peritale (cfr. anche sentenza 9C_114/2007 del 20 luglio 2007 consid. 3.2.3 e I 701/05 del 5 febbraio 2007 consid. 2) e occorre considerare che per il rapporto di fiducia esistente con il paziente i rapporti dei medici curanti, anche se specialisti, vanno di principio valutati con le dovute cautele (cfr. anche DTF 125 V 351 consid. 3b/cc pag. 353; cfr. pure sentenze I 655/05 del 20 marzo 2006 consid. 5.4 e I 814/03 del 5 aprile 2004 consid. 2.4.2 con riferimenti). La circostanza che anche il medico curante è uno specialista va relativizzata nel senso che in ragione della diversità dell'incarico assunto (a scopo di trattamento anziché di perizia) in caso di lite non ci si può di regola fondare sulla posizione del medico curante, anche se specialista (cfr. sentenza 9C_38/2008 del 15 gennaio 2009, cfr. anche sentenze 9C_607/2007 dell'11 aprile 2008, consid. 5.3, 9C_114/2007 del 20 luglio 2007, consid. 3.2.3 in fine, e I 701/05 del 5 gennaio 2007, consid. 2). Va ancora evidenziato che il solo fatto che uno o più medici curanti esprimano un'opinione contraddittoria non è sufficiente a rimettere in discussione una perizia ordinata dal giudice o dall'amministrazione e a imporre nuovi accertamenti (sentenza 9C_1070/2008

del 20 agosto 2009, consid. 7.4) Ciò vale anche nel caso di specie, dove l'UAI ha incaricato due specialisti per esaminare lo stato valetudinario dell'attrice e stabilire la sua capacità lavorativa. Va ancora rilevato come la circostanza che da qualche tempo l'interessata accusa anche dolori cervicali associati a cefalee, come emerge dal certificato del 26 ottobre 2009 del dr. med. non è d'aiuto all'attrice, poiché determinante è la situazione nel corso del mese di ottobre 2008, quando l'assicuratore ha soppresso le sue indennità con effetto alla fine di novembre. Infine, le certificazioni del dr. med. non possono supportare le censure dell'assicurata trattandosi di un medico generico che non si è confrontato con le pertinenti conclusioni ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 40

dei medici specialisti SMR, ma si è per lo più limitato ad attestare un'incapacità lavorativa al 100% senza indicarne nei dettagli i motivi. Ne segue che, richiamata la suesposta giurisprudenza in materia di valore probatorio di rapporti medici, questo Tribunale non intravede ragioni che gli impediscano di far proprie le conclusioni a cui sono giunti i medici SMR dell'UAI, i quali hanno valutato compiutamente tutta la documentazione medica agli atti, hanno visitato la paziente e sono giunti ad una conclusione logica e priva di contraddizioni in merito alla capacità di esercitare in maniera completa un'attività leggera con le limitazioni ivi descritte. Va ora esaminato qual è il grado d'incapacità lavorativa. 2.9. Va qui evidenziato come l'assicuratore, malgrado anche le sue CGA prevedano la nozione di "capacità lavorativa residua" (art.

E. 41

Occorre anche ricordare che il concetto d'invalidità è riferito ad un mercato del lavoro equilibrato, nozione quest'ultima teorica ed astratta implicante da una parte un certo equilibrio tra offerta e domanda di manodopera e, dall'altra, un mercato del lavoro strutturato in modo tale da offrire una gamma di posti di lavoro diversificati. Secondo questi criteri si dovrà di caso in caso stabilire se l'invalido possa mettere a profitto le sue residue capacità di guadagno e conseguire un reddito tale da escludere il diritto a rendita. In particolare, l'esistenza di una simile opportunità dovrà essere negata qualora le attività esigibili dall'interessato lo siano in una forma talmente ristretta da non rientrare più nell'offerta lavorativa generale o siano reperibili solo in misura molto ridotta cosicché le possibilità occupazionali appaiono sin dall'inizio escluse o perlomeno non realistiche (DTF 110 V 273 consid. 4b pag. 276; RCC 1991 pag. 332 consid. 3b e 1989 pag. 331 consid. 4a; Plädoyer 1995 no. 1 pag. 67 consid. 5c). Per determinare il reddito ipotetico conseguibile dalla persona assicurata senza il danno alla salute (reddito da valido), occorre stabilire quanto la stessa, nel momento determinante (corrispondente all'inizio dell'eventuale diritto alla rendita), guadagnerebbe, secondo il grado di verosimiglianza preponderante, quale persona sana (DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224 con riferimento). Tale reddito dev'essere determinato il più concretamente possibile. Di regola ci si fonderà sull'ultimo reddito che la persona assicurata ha conseguito prima del danno alla salute, se del caso adeguato al rincaro e all'evoluzione reale dei salari (cfr. ancora DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224), o comunque sul salario che potrebbe essere conseguito in un posto di lavoro identico nella stessa azienda o in un'azienda simile. Nel caso in cui non fosse possibile quantificare in maniera attendibile il reddito ipotetico che l'assicurato avrebbe potuto

conseguire senza l'invalidità, si farà riferimento a valori empirici o statistici (VSI 1999 pag. 248 consid. 3b). Per il resto, occorre tenere conto del principio secondo cui - in assenza di indizi concreti che impongano una diversa valutazione - la persona assicurata avrebbe di regola, e conformemente all'esperienza generale, continuato l'attività precedentemente svolta senza invalidità (RAMI 2000 no. U 400 pag. 381 consid. 2a). In tale contesto la normale evoluzione professionale va senz'altro considerata. Tuttavia gli indizi che l'assicurato avrebbe intrapreso una carriera e percepito un salario più elevato devono essere concreti (DTF 96 V 29 pag. ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010

E. 42

2.10. 30; RAMI 1993 no. U 168 pag. 100 consid. 3b). La mera dichiarazione d'intenti non è pertanto sufficiente; necessario è infatti che tale intenzione sia suffragata da passi concreti, quale ad esempio la partecipazione a corsi ecc. (VSI 2002 pag. 161 consid. 3b [I 357/01] e dottrina citata). Un salario di punta può essere ammesso solo se vi sono circostanze particolari che lo giustificano (RCC 1980 pag. 560 pag. 560 con riferimenti). I salari medi pagati nel settore hanno in ogni caso la precedenza sui salari fissati in base a contratti collettivi di lavoro (RCC 1986 pag. 434 consid. 3b). Siccome di norma una simile valutazione professionale parte dal presupposto che, senza il danno alla salute, l'assicurato avrebbe continuato ad esercitare la precedente attività lucrativa, devono essere considerati eventuali adeguamenti ed aumenti salariali (RAMI 1993 Nr. U 168 pag. 100s. consid. 3b, ZAK 1990 pag. 519 consid. 3c). In concreto quale reddito da valido va preso in considerazione l'ammontare di fr. 3'000 per tredici mensilità che l'attrice avrebbe potuto conseguire senza il danno alla salute continuando a lavorare presso il precedente datore di lavoro (cfr. incarto AI), ossia fr. 39'000 annui. 2.11. Per determinare il reddito da invalido fa stato in primo luogo la situazione salariale concreta dell'assicurato, a condizione che cumulativamente il rapporto di lavoro sia particolarmente stabile, egli sfrutti in maniera completa e ragionevole la capacità lavorativa residua, il reddito derivante dall'attività effettivamente svolta sia adeguato e non costituisca un salario sociale (DTF 126 V 75 consid. 3b/aa pag. 76 e giurisprudenza citata). A quest'ultimo proposito va infatti rilevato che per determinare il reddito da invalido decisivo è il valore in denaro della prestazione fornita. Se quindi l'assicurato riceve un salario più elevato (il cosiddetto salario sociale), è determinante solo la parte che rappresenta la retribuzione del suo effettivo rendimento (DTF 104 V 90; si veda in proposito il tenore dell'art. 25 cpv. 1 lett. b OAI secondo cui sono considerati redditi del lavoro secondo l'articolo 16 LPGA i redditi annui presumibili sui quali sarebbero riscossi i contributi disposti dalla LAVS, esclusi tuttavia i componenti del salario per i quali il lavoratore non può fornire, come esperito, nessuna controprestazione a causa della limitata capacità al lavoro). Le attestazioni in tal senso fornite dal datore di lavoro non sono da considerare come semplici affermazioni, la cui esattezza ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incartò n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010

E. 43

sarebbe ancora da dimostrare (RCC 1970 pag. 338 consid. 2). La prova dell'esistenza di un salario sociale è tuttavia sottoposta a requisiti severi, dovendo partire dal presupposto che i salari pagati equivalgono ad una prestazione lavorativa effettiva (DTF 117 V 8 consid.

2c/aa pag. 18 e sentenze ivi citate; RCC 1980 pag. 321 consid. 2b; sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni I 154/95 del 15 febbraio 1996). Nell'ambito dell'apprezzamento delle citate dichiarazioni si deve pure considerare che i datori di lavoro potrebbero essere interessati a dichiarare il versamento di un salario sociale. Rapporti di parentela tra datore di lavoro e assicurato oppure una lunga durata del rapporto di lavoro possono essere ritenuti degli indizi di una prestazione sociale volontaria (RCC 1980 pag. 322 consid. 2b; RCC 1970 pag. 336). Qualora difettino indicazioni economiche effettive, possono essere ritenuti i dati forniti dalle statistiche salariali, come risultano dall'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari (ISS; DTF 126 V 75 consid. 3b pag. 76 con riferimenti) oppure quelli deducibili dalla documentazione dell'INSAI relativa ai posti di lavoro (DPL; RAMI 1999 no. U 343 pag. 412). Nel caso di un invalido che, dopo l'insorgenza del danno alla salute, può compiere soltanto lavori leggeri e non impegnativi dal punto di vista intellettuale, il relativo reddito è di principio determinato in base alla media del salario lordo (valore totale) conseguibile per attività semplici e ripetitive (livello di esigenza 4 sul posto di lavoro) nel settore privato in conformità alle tabelle A dell'ISS (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni U 240/99 del 7 agosto 2001, consid. 3c/cc, parzialmente pubblicata in RAMI 2001 pag. 347; cfr. pure DTF 129 V 472 consid. 4.2.1 pag. 476 con riferimento). A questo riguardo giova rilevare che la più recente giurisprudenza non ammette più la possibilità di fare capo ai dati statistici regionali desumibili dalla tabella TA13, il reddito ipotetico da invalido dovendo invece essere stabilito sulla base della tabella TAI dell'ISS (cfr. SVR 2007 UV no. 17 pag. 56 [U 75/03]). Con pronunzia del 7 aprile 2008 (32.2007.165) questa Corte, fondandosi sulla sentenza U 8/7 del 20 febbraio 2008, ha stabilito che "(...) quando il salario da valido conseguito in Ticino in una determinata professione è inferiore al salario medio nazionale in quella stessa professione, anche il reddito da invalido va ridotto nella medesima percentuale (al riguardo cfr. L. Gasanti, art.cit., in RtiD 11-2006 pag. 311 seg., in particolare pag. 326-327) (...)". ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010

E. 44

Tramite sentenza 8C_399/2007 del 23 aprile 2008 al consid. 6.2 il TF ha lasciato aperta la questione a sapere se l'adeguamento va ammesso solo nel caso in cui il valore fosse chiaramente sotto la media {"deutliche Abweichung"). Tale è di regola stata ritenuta una differenza del 10% (SVR 2004 UV no. 12 pag. 45 consid. 6.2; deil'8% nella sentenza U 463/06 del 20 novembre 2007; cfr. inoltre, tuttavia, sentenza 9C-404/2007 dell'11 aprile 2008, consid. 2.3: "Da der tatsächlich erzielte Verdienst von Fr 53'365.- nicht deutlich unter dem Tabellenlohn von Fr. 55'640.- liegt, besteht nach der Rechtsprechung kein Anlass, vom Grundsatz abzuweichen und zu einer Korrektur zu schreiten (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, R. vom 30. September 2002, 1186/01, H. vom 7. Mai 2001, 1314/00, und K. vom 16. März 1998, 1179/97)", sottolineatura del redattore). La questione è stata di recente definitivamente risolta dalla nostra Massima Istanza, la quale nella sentenza 8C_44/2009 del 3 giugno 2009 ha ricordato che: "(...) 3.3 In una recente sentenza 8C_652/2008 dell'8 maggio 2009, non ancora pubblicata nella Raccolta ufficiale, il Tribunale federale, precisando la propria giurisprudenza, ha stabilito che quando il reddito effettivamente conseguito differisce di almeno il 5% rispetto al salario statistico riconosciuto nel corrispondente settore economico, esso deve essere considerato considerevolmente inferiore alla media nel senso della DTF 134 V 322 e può - in caso di

adempimento degli altri presupposti - giustificare un parallelismo dei redditi di raffronto (consid. 6.1.2). A questo parallelismo si procederà però soltanto limitatamente alla parte percentuale eccedente la soglia determinante del 5% (consid. 6.1.3). Questa Corte ha nella stessa sentenza confermato che i fattori estranei all'invalidità di cui si dovesse già aver tenuto conto con il parallelismo non possono essere presi in considerazione una seconda volta nell'ambito della deduzione per circostanze personali e professionali." In concreto, utilizzando i dati forniti dalla tabella TAI 2008 elaborata dall'Ufficio federale di statistica, l'attrice, svolgendo nel 2008 una professione che presuppone qualifiche inferiori nel settore privato svizzero (a proposito della rilevanza delle condizioni salariali nel settore privato, cfr. RAMI 2001 U 439, p. 347SS. e SVR 2002 UV 15, p. 47ss.), avrebbe potuto realizzare, in media, un salario annuale lordo pari a fr. 51'368 (4'116 : 40 X 41.6X12; cfr. anche sentenza U 8/07 del 20 febbraio 2008). L'assicurata, "quale collaboratrice al buffet, avrebbe guadagnato fr. 39'000 nel 2008. Tale reddito si situa sotto la media dei salari svizzeri per un'attività equivalente (cfr. Tabella TAI p.to 55 "Alberghi e ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 45

ristorant, livello di qualifica 4: fr. 3'647 : 40 X 41.6 x 12 mesi = 45'514.55). Sono, perciò, realizzati i presupposti per ridurre il reddito statistico da invalido in applicazione della giurisprudenza di cui alla sentenza 8C_44/2009 sopra menzionata del 9,3% (differenza del 14,3%), per un importo di fr. 46'591. Inoltre, va rilevato che, secondo la giurisprudenza federale, per gli assicurati che, a causa della particolare situazione personale o professionale (affezioni invalidanti, età, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione ecc.), non possono mettere completamente a frutto la loro capacità residua nemmeno in lavori leggeri e che pertanto non riescono di regola a raggiungere il livello medio dei salari sul mercato, viene operata una riduzione percentuale sul salario teorico statistico. Il TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) ha precisato, al riguardo, come una deduzione globale massima del 25% del salario statistico permettesse di tener conto delle varie particolarità suscettibili di influire sul reddito del lavoro. Inoltre, chiamato a pronunciarsi sulla deduzione globale, la quale procede da una stima che l'amministrazione deve succintamente motivare, il giudice non può senza valido motivo sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione (DTF 126 V 80 consid. 5b/cc). Nella presente evenienza l'UAI ha applicato una riduzione del 10% (per la ridotta caricabilità allo stress e dell'incapacità a tollerare ambienti troppo angusti e chiusi e per limiti funzionali espressi). In concreto il TCA non vede alcun motivo per scostarsi da quanto deciso in ambito AI nell'applicazione della riduzione concessa del 10%, ritenuto che rientra nei limiti previsti dalla giurisprudenza. Ne segue che il reddito da invalido ammonta a fr. 41'932 (46'591 ridotto del 10%). Questo reddito va raffrontato con il reddito da valido di fr. 39'000, per un grado d'invalidità dello 0%. In queste condizioni l'attrice, al termine dei 6 mesi che la Cassa deve accordargli per trovare un'occupazione adeguata (7 aprile 2009; cfr. consid. 2.5), non ha più diritto ad alcuna prestazione. 2.12. L'attrice chiede di poter passare nell'assicurazione individuale dal 1° dicembre 2008. ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 46

L'art. 8 CGA regola la fine dell'assicurazione. A norma dell'art. 8.1 CGA la copertura assicurativa si estingue per la singola persona assicurata: a) con il decesso della persona assicurata; b) con il raggiungimento dell'età pattuita, fino alla quale l'Atupri Cassa malati accorda la copertura assicurativa; c) in caso di soggiorno temporaneo all'estero di durata superiore ai 5 anni, nel caso non ci siano altri accordi; d) in caso di trasferimento del domicilio all'estero, per principio alla fine dell'anno civile, nel caso non ci siano altri accordi; e) in caso di cessazione dell'attività lavorativa, al più tardi al raggiungimento dei 70 anni d'età; f) con l'esaurimento del diritto alle prestazioni, fatto salvo l'articolo 3.5 delle Condizioni complementari d'assicurazione (CCA) indennità giornaliera per ditte LCA; g) con l'uscita dalla cerchia delle persone assicurate, risp. in caso di cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante, a condizione che esse in quel momento non percepiscano prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera dello stipulante; h) con lo scioglimento del contratto. Per l'art. 8.2 CGA il contratto collettivo d'assicurazione si estingue: a) con la disdetta da parte dello stipulante oppure dell'assicuratore, dopo la decorrenza del termine contrattuale di disdetta; in caso di chiusura della ditta oppure di trasferimento della sua sede all'estero, per principio alla fine dell'anno civile, se non ci sono altri accordi; in caso di dichiarazione di fallimento dello stipulante in caso di annullamento del contratto per motivi contrattuali o legali. b) e) d) L'art. 11 prevede le condizioni di passaggio all'assicurazione individuale. A norma dell'art. 11.1 CGA la persona assicurata domiciliata entro il raggio territoriale d'attività dell'Atupri Cassa malati ha il diritto di passare, entro 30 giorni, all'assicurazione d'indennità ii

Il vicepresidente del Tribunale Incarto n. Lugano cantonale delle assicurazioni 36.2009.119
5marzo2010

E. 47

giornaliera secondo LCA (assicurazione individuale) dell'Atupri Cassa malati, senza nuovo esame dello stato di salute: a) se esce completamente o in parte dal contratto collettivo e in quel momento non percepisce prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera dello stipulante; b) se il contratto collettivo viene sciolto; c) se è disoccupata ai sensi dell'art. 10 della legge federale sull'assicurazione contro la disoccupazione. Per l'art. 11.2 CGA lo stipulante è tenuto ad informare per iscritto i dipendenti che escono dal contratto collettivo in merito al loro diritto di passaggio all'assicurazione individuale e al termine di 30 giorni. Giusta l'art. 11.3 CGA i passanti vengono attribuiti all'assicurazione d'indennità giornaliera dell'Atupri Cassa malati che offre loro prestazioni uguali o quanto più simili possibile a quelle della precedente assicurazione collettiva. All'atto del passaggio vengono concesse le stesse prerogative assicurative, nella misura in cui esse corrispondano alle nuove condizioni. Le somme d'assicurazione massime secondo le relative condizioni generali dell'assicurazione individuale non possono essere oltrepassate, neanche qualora il salario annuo assicurato nel contratto collettivo fosse superiore a tali somme massime. A norma dell'art. 11.4 CGA nell'assicurazione individuale la determinazione dei premi si basa sull'età effettiva della persona assicurata. L'art. 11.5 CGA prevede che in caso di passaggio all'assicurazione individuale, le prestazioni percepite fino a quel momento vengono computate alla durata massima di prestazioni dell'assicurazione individuale. Per l'art. 11.6 CGA non vi è diritto di passaggio: a) in caso di cambio del posto di lavoro con contemporanea adesione ad un'assicurazione collettiva del nuovo datore di lavoro; b) in caso di annullamento del presente contratto e continuazione dello stesso presso un altro assicuratore per la stessa cerchia di persone; ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 48

e) per le persone assicurate che hanno esaurito il diritto alle prestazioni dell'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera; d) per le persone assicurate che al momento della cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante percepiscono prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera; e) per le persone assicurate in età AVS. L'art. 23 (esclusione dalle prestazioni), prevede alla lettera a che dall'assicurazione d'indennità giornaliera non vengono corrisposte prestazioni per malattie, infortuni e loro conseguenze dopo l'estinzione dell'assicurazione, rispettivamente della categoria assicurativa, anche se nel corso della durata assicurativa sono state corrisposte prestazioni. Per costante giurisprudenza se l'evento assicurato sorge durante il periodo di copertura assicurativa collettiva d'indennità giornaliera, come nel caso di specie, l'assicuratore deve versare le prestazioni pattuite fino al loro esaurimento, fintanto che sono giustificate in virtù delle clausole contrattuali. La copertura di un contratto assicurativo LCA è in effetti delimitata unicamente dalla durata delle prestazioni convenute e non dalla fine delle relazioni contrattuali (MEUWLY, *La durée de la couverture d'assurance privée*, tesi, Friburgo 1994, pag. 185). "Pertanto, in assenza di clausole convenzionali che limitano o sopprimono il diritto alle prestazioni al di là del periodo di copertura, l'assicurato che, dopo un avvenimento che dà diritto alle prestazioni, esce da un'assicurazione collettiva perché cessa di fare parte della cerchia di assicurati definita dal contratto, può fare valere il diritto alle prestazioni anche per le conseguenze di tale avvenimento prodottesi dopo l'estinzione del rapporto d'assicurazione (MAURER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3a ed., 1995, pag. 240; DTF 127 III 106). Il In DTF 127 III 106 il TF ha stabilito che nell'ambito di un'assicurazione collettiva di indennità giornaliera secondo la LCA, il diritto alle prestazioni non dipende dall'affiliazione, contrariamente all'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera prevista dagli art. 67 segg. LAMal. Pertanto, in assenza di clausole convenzionali che limitano o sopprimono il diritto alle prestazioni al di là del periodo di copertura, l'assicurato che, dopo un avvenimento che dà diritto alle prestazioni, esce da un'assicurazione collettiva perché cessa di far parte della cerchia di

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 49

di assicurati definita dal contratto, può far valere il diritto alle prestazioni anche per le conseguenze di tale avvenimento prodottesi dopo l'estinzione del rapporto di assicurazione (consid. 3). 2.13. Per costante giurisprudenza al contratto d'assicurazione si applicano i principi generali dell'interpretazione dei contratti, tanto più che la legge speciale non contiene disposizioni particolari in proposito: l'art. 100 cpv. 1 LCA rinvia infatti al diritto delle obbligazioni e, di riflesso, al Codice civile (sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2; DTF 118 II 342 consid. 1a pag. 344). Dovendosi determinare il contenuto di un contratto d'assicurazione e delle condizioni generali che ne formano parte integrante, il giudice deve, come per ogni altro contratto, ricorrere in primo luogo alla cosiddetta interpretazione soggettiva, ovvero ricercare la "vera e concorde volontà dei contraenti", se del caso in modo empirico^ basandosi su indizi (art. 18 cpv. 1 CO; sentenza 50.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, cfr. anche sentenza 4A_34/2007 del 26 luglio 2007, consid.

3.1). Se non gli è possibile stabilire tale reale volontà, oppure se constatata che uno dei contraenti non ha compreso la reale volontà espressa dall'altro, il giudice ricercherà il senso che le parti potevano e dovevano attribuire alle reciproche manifestazioni di volontà (principio dell'affidamento: sentenza 4A_34/2007 del 26 luglio 2007, consid. 3.1; sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, DTF 129 III 118 consid. 2.5; 126 III 119 consid. 2a; 122 III 118 consid. 2a). Punto di partenza di tale interpretazione é l'espressione letterale del contratto; il giudice dovrà tuttavia tener conto delle circostanze che hanno caratterizzato la conclusione del contratto (DTF 127 III 444 consid. 1b; 125 III 305 consid. 2b). Sarebbe infatti errato attribuire un'importanza decisiva ai termini utilizzati dalle parti, seppur chiari; dall'art. 18 cpv. 1 CO traspare che non si può erigere a principio l'assioma che in presenza di un testo chiaro si debba escludere il ricorso ad altri mezzi d'interpretazione; sebbene una clausola contrattuale possa apparire a prima vista chiara ed indiscutibile, il fine perseguito dalle parti, ma anche altre circostanze possono lasciar intendere che l'espressione verbale non restituisca pienamente il senso dell'accordo concluso (sentenza 50.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, DTF 128 III 212 consid. 2b/bb, consid. 3c). Sussidiariamente, all'interpretazione di clausole redatte esclusivamente dall'assicuratore ed alle clausole generali prestampate trova applicazione il principio "in dubio contra stpulatorem", in virtù del quale esse vanno lette a sfavore di chi le ha redatte, dunque ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano
5 marzo 2010

E. 50

dell'assicuratore (DTF 122 III 118 consid. 2a). L'art. 33 LCA ne è un'espressione (sentenza 50.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, DTF 115 II 264 consid. 5a). Perché questa regola venga applicata non basta, tuttavia, che le parti discordino sul significato da attribuire ad una dichiarazione; questa deve effettivamente prestarsi a differenti interpretazioni, ed inoltre deve essere impossibile, in assenza di altri mezzi d'interpretazione, dissipare altrimenti il dubbio venutosi a creare. (DTF 122 III 118 consid. 2d; 118 II consid. 1a). 2.14. In concreto, come visto, l'interessata ha, di principio, diritto a prestazioni dell'assicurazione fino al 7 aprile 2009. D'altra parte l'assicuratore non ha esatto dall'attrice il passaggio nell'assicurazione individuale per il pagamento delle prestazioni dovute dopo la cessazione del rapporto di lavoro con l' fino al 30 novembre 2008. Per cui anche dopo il 30 novembre 2008 l'assicurata ha diritto a prestazioni derivanti dall'assicurazione collettiva. Nel frattempo, tuttavia, l'ex datore di lavoro ha disdetto il contratto d'assicurazione collettiva con effetto al 31 dicembre 2008. Ne segue che, in virtù dell'art. 8.2 lett. a CGA il contratto collettivo d'assicurazione si è estinto e, in applicazione dell'art. 23 lett. a CGA nessuna prestazione può essere versata sulla base del contratto collettivo dal 1° gennaio 2009. Ne segue che l'interessata per poter beneficiare delle prestazioni fino al 7 aprile 2009 é tenuta a passare nell'assicurazione individuale dal 1° gennaio 2009. La convenuta sembra ritenere che l'assicurata non può passare nell'assicurazione individuale poiché, in virtù dell'art. 8.1 lett. g CGA, la copertura assicurativa si estingue per la singola persona assicurata con l'uscita dalla cerchia delle persone assicurate, rispettivamente in caso di cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante. Va innanzitutto evidenziato che la convenuta dimentica che l'art. 8.1 lett. g CGA continua con la frase "a condizione che esse in quel momento non percepiscano prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera dello stipulante", ossia il caso dell'attrice. Inoltre, da un attento esame delle CGA emerge che l'art. 8.1 lett. g CGA va

messo in relazione con l'art. 11.6 let. d CGA. Infatti è vero che il libero passaggio non viene di principio accordato all'assicurato che al momento della cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante beneficia di prestazioni assicurative dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010 51 (art. 11.6 let. d CGA), ciò tuttavia è dovuto alla circostanza che la persona assicurata ha diritto al versamento delle prestazioni derivanti dall'assicurazione collettiva in virtù dell'art. 8.1 let. g CGA. Per cui, essendo già assicurata per il tramite dell'assicurazione collettiva, l'interessata non può passare, logicamente, nell'assicurazione individuale.

Tuttavia, con lo scioglimento del contratto d'assicurazione collettiva e la cessazione del versamento delle prestazioni assicurative, in virtù dell'art. 11.1 lett. a e b CGA, essendo uscita dal contratto collettivo e non percependo ulteriori indennità, l'attrice può chiedere il passaggio nell'assicurazione individuale. Va del resto evidenziato che, perlomeno indirettamente, anche dallo scritto dell'Atupri del 7 ottobre 2008, al quale l'assicuratore ha allegato la polizza di libero passaggio con effetto dal 1.12.2008 a causa della cessazione del versamento delle prestazioni con il 30 novembre 2008, emerge che l'assicurata può passare nell'assicurazione individuale una volta cessato il diritto a percepire indennità dall'assicurazione collettiva {"In base alla notifica di uscita dalla società la risoluzione del rapporto di lavoro ha avuto già luogo. Vogliamo attirare la sua attenzione che a partire dalla data di uscita avrà la possibilità di trasferire, entro 30 giorni senza valutazione del rischio, la stessa copertura assicurativa come l'assicurazione d'indennità giornaliera riportata nel contratto collettivo tra la Atupri Cassa Malati e la società nell'assicurazione individuale dell'Atupri Cassa Malatr, plico doc. C). Per cui l'assicuratore stesso ha ammesso la possibilità di passare nell'assicurazione individuale una volta cessato il diritto a prestazioni dell'assicurazione collettiva. Per quanto concerne la circostanza che l'assicurata non ha ancora pagato i premi, questo è dovuto al fatto che l'assicuratore non le ha ancora concesso il passaggio nell'assicurazione individuale. Infine, la questione della compensazione fatta valere dalla convenuta tra le indennità ancora dovute e i premi che l'assicurata dovrà pagare, andrà decisa definitivamente tra le parti una volta effettuato il calcolo delle indennità dovute e dei premi ancora da pagare. ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010 52 2.15. L'assicurata chiede inoltre le indennità per perdita di guadagno per la degenza all'Ospedale Regionale di dal 27 aprile 2009 al 12 maggio 2009. Va innanzitutto evidenziato che, contrariamente a quanto ritiene la convenuta, l'art. 9 LCA che prevede come, riservati i casi di cui all'articolo 100 capoverso 2, il contratto di assicurazione è nullo se, al momento in cui fu concluso, il rischio era già scomparso o il sinistro era già accaduto, non può trovare applicazione. Infatti l'assicurazione individuale, che ha avuto inizio il 1° gennaio 2009 (cfr. consid. precedente), è la continuazione della precedente assicurazione collettiva e deve prevedere prestazioni simili (cfr. art. 11.3 CGA). .) hanno Dalla polizza emerge che le parti (Atupri ed concluso un'assicurazione "coordinamento LPP" (cfr. doc. 26: "Leistungstyp: BVG-Standard"), con 60 giorni di carenza {"Wartefristpro Kalenderjahr"). L'art. 3.2 CCA prevede che il calcolo del periodo di carenza avviene per ogni per ogni caso di sinistro. Per l'art. 3.3 CCA se durante un caso assicurativo si verifica un secondo caso, si sommano i giorni con diritto all'indennità di entrambi i casi. A norma dell'art. 3.4 CCA per quanto riguarda la durata delle prestazioni ed il periodo di carenza, la ricomparsa di una malattia o delle conseguenze di un infortunio é considerata quale nuovo

caso, se prima della ricaduta la persona assicurata non è stata inabile al lavoro per tale malattia o per le conseguenze di tale infortunio durante almeno 365 giorni. In caso di ricaduta entro 365 giorni, il periodo di carenza viene a cadere e le prestazioni già corrisposte vengono computate al calcolo della durata massima delle prestazioni. In concreto l'assicuratore fa valere un nuovo periodo di carenza. Dagli atti emerge che l'interessata è stata degente presso l'ospedale di per un intervento di bypass gastrico prossimale laparoscopico, per una diagnosi di "Obesità permagna" (doc. 21). Questa diagnosi, insieme alla sindrome lomboradicolare L4-5 sinistra su ernia discale recessale sinistra L4-5 e segni di compressione della radice L5 di sinistra era già stata posta sia dal medico curante dr. med. (cfr. allegato al doc. 19: "Obesità" e il rapporto del 26 febbraio 2008 all'UAI, punto 2.1, ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010 53 2.16. diagnosi con ripercussione sulla capacità lavorativa: "obesità permagna, tendenza alla depressione") che dal medico dell'UAI, dr. med. (doc. A1: "diagnosi Principale: sindrome lombare su ernia L4-L5, spondilartrosi da L5-S1, obesità") ed è stata alla base del versamento delle prestazioni per incapacità lavorativa (cfr. allegato al doc. 19: incapacità lavorativa dal 3.09.2007 al 100% e doc. A1, rapporto del dr. med. , laddove l'obesità figura nella diagnosi principale e non nelle ulteriori diagnosi senza influsso sulla capacità lavorativa). L'assicuratore non contesta l'incapacità lavorativa fino al 12 maggio 2009 (cfr. risposta di causa pag. 9: "(...) la convenuta con lettera del 9 giugno 2009 ha riconosciuto per un periodo dal 27 aprile fino al 12 maggio 2009 un'incapacità lavorativa (...)"). In realtà l'incapacità lavorativa è durata fino al 15 maggio 2009 (cfr. allegato al doc. 21 : "con la presente certifichiamo che la paziente succitata è inabile al lavoro nella misura del 100% dal 07/05/2009 fino al 15/05/2009 compreso poi secondo tuo giudizio"). Ne segue che in base all'art. 3.4 ultima frase CCA non c'è alcun periodo di carenza e le prestazioni vanno versate dal 27 aprile 2009 (primo giorno di degenza, cfr. doc. 21) al 15 maggio 2009 secondo quanto attestato dalla dr.ssa Maceri. Per contro non possono essere versate ulteriori prestazioni poiché gli ulteriori certificati medici del dr. med. (doc. Z1 e Z2) che attestano un'incapacità lavorativa al 100% dal 27 aprile 2009 non sono motivati. L'assicurata chiede il versamento di interessi al 5% da pagare sull'indennità giornaliera versata mensilmente (dal 1° gennaio 2009 per l'indennità di dicembre, dal 1° febbraio 2009 per l'indennità di gennaio, ecc.). Per l'art. 102 cpv. 1 CO se l'obbligazione è scaduta, il debitore è costituito in mora mediante interpellazione del creditore. A norma dell'art. 102 cpv. 2 CO quando il giorno dell'adempimento sia stato stabilito o risultò determinato da una disdetta preventivamente convenuta e debitamente fatta il debitore è costituito in mora pel solo decorso di detto giorno. L'art. 104 cpv. 1 CO prevede che il debitore in mora al pagamento di una somma di danaro deve pagare gli interessi moratori del cinque per cento all'anno, quand'anche gli interessi convenzionali fossero pattuiti in misura minore. ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010 54 Va ancora rammentato che secondo l'art. 74 cpv. 1 CO il luogo dell'adempimento è determinato dalla volontà delle parti esplicitamente espressa o risultante dalle circostanze. Per l'art. 74 cpv. 2 CO in difetto d'altra disposizione varranno le seguenti norme: 1. il pagamento dei debiti pecuniari deve farsi nel luogo in cui è domiciliato il creditore all'epoca della scadenza; 2. la consegna di una cosa determinata deve essere fatta nel luogo in cui si trovava al momento del contratto; 3. le altre obbligazioni devono essere adempiute nel luogo dove era domiciliato il debitore quando ebbero origine. Con sentenza

4A_468/2008 del 20 febbraio 2009 il TF ha evidenziato: "Il Tribunale cantonale delle assicurazioni gli ha accordato interessi di mora del 5 % sulla somma residua di fr. 68'420.10 (137'065 ./ 68'644.90) dall'8 febbraio 2008 al 29 febbraio 2008, cioè dal giorno della prima interpellazione (art. 102 cpv. 1 CO) al giorno della ricezione del pagamento. Il ricorrente obietta che gli interessi di mora andrebbero riconosciuti dal 24 dicembre 2006, momento nel quale, a suo dire, la prestazione assicurata avrebbe dovuto essergli versata. A torto. Gli interessi di ritardo del 5 % (art. 104 cpv. 1 CO) sono dovuti dal giorno dell'interpellazione del creditore, che mette in mora il debitore (art. 102 cpv. 1 CO). Queste norme si applicano anche al contratto d'assicurazione (JÜRIG NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 20 art. 41 LCA). Dato che il ricorrente non contesta la data della prima messa in mora considerata nel giudizio impugnato, la Corte ticinese ha applicato correttamente il diritto federale. La censura dell'attore, che parrebbe conferire rilevanza, sotto il profilo degli interessi di mora, al momento in cui il credito dell'assicurato diviene esigibile (cfr. art. 41 cpv. 1 LCA), è infondata." In concreto l'attrice ha scritto all'assicuratore il 22 dicembre 2008, invitandolo "a riprendere il pagamento dell'indennità giornaliera ritenuto che attualmente la capacità lavorativa è nulla." (doc. D). Il 9 febbraio 2009 l'interessata ha nuovamente scritto all'assicuratore affermando che "é indubbio che l'indennità giornaliera va ripristinata a partire dal 1 dicembre 2008 e pertanto v'invitiamo a rimettere in pagamento le prestazioni a stretto giro di posta." (plico doc. D). Il 27 maggio 2009 l'interessata ha chiesto anche il pagamento della prestazione derivante dalla degenza presso l'Ospedale Regionale di (cfr. doc. L: "In considerazione di quanto precede, v'invitiamo a trasmettere la polizza con le cedole di versamento per il passaggio all'assicurazione individuale, rispettivamente a prendere a carico l'indennità giornaliera di malattia per le problematiche conseguenti all'intervento chirurgico all'intestino"). ii

Il vicepresidente del Tribunale cantonale delle assicurazioni Incarto n. 36.2009.119 Lugano 5 marzo 2010 55 Alla luce di quanto sopra indicato considerato che ia prima interpellazione (atto soggetto a ricezione; cfr. Engel, Traité des obligations en droit suisse, Berna 1997, pag. 685) è del 22 dicembre 2008 ed è stata ricevuta dalla convenuta il 29 dicembre 2008 (doc. 15), gli interessi al 5% sono dovuti dal 1° gennaio 2009 sull'indennità di dicembre (come chiesto con la petizione) e all'inizio di ogni mese seguente sulle altre rispettive indennità. 2.17. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, la petizione va parzialmente accolta. Dal 1° gennaio 2009 all'attrice è concesso il passaggio nell'assicurazione individuale. L'assicuratore è condannato a versare le prestazioni assicurate dal 1° dicembre 2008 al 7 aprile 2009 e dal 27 aprile al 15 maggio 2009 oltre interessi al 5% conformemente al considerando 2.16. Visto Tesito della vertenza all'assicurata vanno inoltre attribuite ripetibili parziali. 2.18. Il valore di causa è rappresentato dalla pretesa di versamento di indennità oltre il termine del 1° dicembre 2008 di fr. 27'787.50 (cfr. doc. XIV). L'importo di fr. 30'000 per poter inoltrare un ricorso in materia civile al Tribunale federale non è pertanto aggiunto (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF). Secondo l'art. 49 cpv. 2 LSA, i tribunali svizzeri trasmettono gratuitamente alla FINMA una copia di tutte le sentenze concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione; s'impone perciò di notificare alla FINMA anche la presente sentenza.

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