

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20160922_i_ti_o_01 vom 22. September 2016

FINMA Versicherungsrecht, 2016-09-22, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20160922_i_ti_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20160922_i_ti_o_01 du 22 septembre 2016

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20160922_i_ti_o_01 del 22 settembre 2016

Erwägungen

E. 4

giugno 2015 è questa entità giuridica che le ha scritto la lettera con la quale le è stata comunicata la cessazione del versamento delle indennità giornaliere con il 15 giugno 2015 (doc. A1). Nel petitum tuttavia l'attrice chiede, giustamente, la condanna della "cassa CV 1". In effetti assicuratore delle indennità perdita di guadagno, nel caso di specie, è CV 1. Quest'ultima ha presentato la risposta di causa (doc. III), senza nulla eccepire, ha conferito la procura all'avv. _____ per rappresentarla (doc. X), ha aderito alla richiesta di pagare indennità dal 16 giugno 2015 al 31 gennaio 2016 (doc. XXVIII) ed ha poi versato le prestazioni all'attrice (cfr. XLI), ha proposto una transazione (doc. LI). CV 1 ha dunque acconsentito di sostituire quale convenuta CV 1 (cfr. anche art. 83 cpv. 4 CPC).

2.2. Con la petizione l'attrice chiede il pagamento delle indennità giornaliere oltre il 16 giugno 2015.

In seguito all'allestimento della perizia del 22 aprile 2016 della dr.ssa med. _____ la convenuta ha aderito, in sede di udienza, firmando il relativo verbale, alla richiesta dell'attrice di versare prestazioni dal 16 giugno 2016 fino al 31 gennaio 2016 (doc. XXVIII) ed ha pagato, pendente causa, le prestazioni dovute. L'attrice ha confermato questa circostanza (cfr. doc. XLI). Il 30 agosto 2016 l'assicuratore ha rilevato di aver versato le indennità giornaliere anche per il periodo dal 28 aprile 2016 al 24 giugno 2016, durante il quale l'attrice è stata degente presso la Clinica _____ di _____ (doc. L).

Per l'art. 241 cpv. 1 CPC in caso di transazione, acquiescenza o desistenza, le parti devono firmare il relativo verbale.

Secondo l'art. 241 cpv. 2 CPC la transazione, l'acquiescenza e la desistenza hanno l'effetto di una decisione passata in giudicato ed in virtù dell'art. 241 cpv. 3 CPC il giudice stralcia la causa dal ruolo.

Rammentato che in DTF 139 III 133 il TF ha stabilito che la revisione è il rimedio di diritto esperibile contro una transazione giudiziaria secondo l'art. 241 CPC, mentre la decisione di stralcio secondo l'art. 241 cpv. 3 CPC è unicamente impugnabile con un ricorso per quanto attiene alle spese, la petizione, nella misura in cui chiede prestazioni dal 16 giugno 2015 al 31 gennaio 2016 e dal 28 aprile 2016 al 24 giugno 2016, va stralciata dai ruoli. Va qui comunque evidenziato, come si vedrà meglio in seguito, che se l'assicuratore non avesse aderito alle richieste dell'attrice per i due periodi durante i quali ha già riconosciuto le prestazioni, sarebbe comunque stato condannato a pagarle.

Resta da esaminare se l'attrice ha diritto a prestazioni per il periodo dal 1° febbraio 2016 al 27 aprile 2016 e dal 25 giugno 2016.

2.3. 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: *Krankentag-geldversicherung: 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 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).

2.4. Nella presente fattispecie trovano applicazione _____ (di seguito: CGA; doc. 18).

Ai sensi dell'art. _____ CGA i diritti e i doveri dei contraenti

sono definiti nella polizza, nelle eventuali aggiunte, nelle condizioni generali d'assicurazione (CGA), nelle condizioni complementari e nelle condizioni speciali del contratto. Nella misura in cui non sia esplicitamente convenuto altrimenti, vale la legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA).

Per l'art. _____ CGA la CV 1 assume la copertura assicurativa contro le conseguenze economiche della malattia, dell'infortunio e della maternità. Le prestazioni assicurate sono indicate nella polizza.

L'art. _____ CGA prevede che è considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio o che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità al lavoro.

Ai sensi dell'art. _____ CGA l'indennità giornaliera assicurata è corrisposta per la durata dell'incapacità lavorativa attestata dal medico o dal chiropratico, dopo decorrenza dell'eventuale periodo di attesa. In caso d'incapacità lavorativa parziale, l'ammontare dell'indennità giornaliera si basa sul grado d'incapacità: se questo è inferiore al 50% non c'è diritto all'indennità giornaliera.

Per l'art. _____ CGA è considerata incapacità al lavoro qualsiasi incapacità, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica o psichica, di compiere un lavoro ragionevolmente esigibile nella professione o nel campo d'attività abituale. In caso d'incapacità al lavoro di lunga durata possono essere prese in considerazione anche le mansioni esigibili in un'altra professione o campo d'attività.

L'art. _____ CGA prevede tra l'altro che il rinnovato insorgere di una malattia o delle conseguenze di un infortunio (ricaduta) è considerato quale caso nuovo per quanto riguarda la durata delle prestazioni e il periodo di attesa, se dall'ultimo insorgere della stessa malattia o delle stesse conseguenze d'infortunio l'assicurato non è stato ininterrottamente inabile al lavoro a causa di questi disturbi durante 180 giorni consecutivi.

Per l'art. _____ CGA in caso d'incapacità lavorativa parziale o completa di lunga durata, l'assicurato è tenuto ad accettare un'attività esigibile in un'altra professione o in un altro ambito lavorativo. La CV 1 esorta l'assicurato, fissandogli un termine adeguato, a conformare la sua precedente attività lavorativa o ad accettare un'altra attività esigibile.

2.5. Va ancora evidenziato che l'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia può essere stipulata nella forma di un'assicurazione di somme o di un'assicurazione contro i danni (sentenza 4A_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2). L'assicurazione di somme garantisce una prestazione che è stata definita al momento della conclusione del contratto e non dipende dal verificarsi di un pregiudizio economico: essa è dovuta non appena

l'evento assicurato si sia verificato (cfr. sentenza 4A_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2; cfr. anche sulla nozione di assicurazione di somme in relazione a un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattie la sentenza 4A_168/2007 del 16 luglio 2007, consid. 3.2.4 e 3.2.5, pubblicata in DTF 133 III 527). L'assicurazione contro i danni mira invece a rimborsare il danno: in questo caso il versamento e la misura delle prestazioni dipendono dalla misura del pregiudizio economico effettivamente patito dall'assicurato (cfr. sentenza 4A_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2). La questione di sapere se si è in presenza dell'una o dell'altra forma di assicurazione va decisa mediante l'interpretazione del contratto di assicurazione e delle condizioni generali d'assicurazione che lo accompagnano (CGA), secondo le regole usuali dell'interpretazione dei contratti (sui criteri di distinzione fra queste due modalità di assicurazione cfr. anche sentenza 4C.83/1998 dell'11 giugno 1998, consid. 3c e 3d e sentenza 5C.243/2006 del 19 aprile 2007).

In concreto non è contestato che ci si trova in presenza di un'assicurazione contro i danni (cfr. art. _____ CGA).

2.6. Circa l'aspetto medico, va rammentato che in una sentenza 4A_178/2015 dell'11 settembre 2015, pubblicata in DTF 141 III 433, il Tribunale federale ha stabilito che una perizia privata non costituisce un mezzo di prova ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 CPC e che nel processo civile le perizie di parte (Privatgutachten) devono essere considerate alla stessa stregua di semplici allegazioni di parte. Questa giurisprudenza vale anche per le pretese derivanti dall'assicurazione di indennità giornaliera per malattia, che nella maggior parte dei Cantoni sono giudicate dai Tribunali delle assicurazioni sociali (cfr. *Annuaire de l'assurance-maladie suisse* 2016, pag. 36 e 37). Il caso concerneva un assicurato al beneficio di un'assicurazione di indennità giornaliera fondata sulla LCA che era incapace al lavoro e ha domandato una rendita di invalidità, che la sua assicurazione privata ha rifiutato fondandosi su una perizia che essa stessa ha fatto eseguire da un medico specialista in psichiatria e psicoterapia, il quale si è basato sugli atti medici e ha visitato personalmente l'interessato, non ritenendo un'incapacità lavorativa. L'assicurato ha quindi chiamato in giudizio la sua assicurazione, ma davanti al Tribunale cantonale ha perso la causa. I giudici, dopo avere apprezzato le 4 valutazioni mediche agli atti (la perizia di parte allestita su mandato dell'assicuratore, il referto del curante, la perizia interdisciplinare e il parere di un altro medico a cui l'Ufficio AI ha sottoposto gli atti) giunte a conclusioni differenti sulla capacità lavorativa dell'assicurato, si sono basati sulla perizia di parte dell'assicuratore malattia e in virtù della verosimiglianza preponderante hanno ritenuto che l'assicurato non fosse inabile al lavoro. La prima istanza si è basata sulla DTF 125 V 351 consid. 3b/dd, secondo cui la perizia di parte fatta esperire dall'assicuratore malattia ha il valore di un mezzo di prova (cfr. consid. 2.1). L'assicurato ha quindi inoltrato un ricorso in materia civile presso il Tribunale federale, lamentando che la perizia fatta allestire

dall'assicuratore non era una perizia neutra, ma di parte, perciò dal profilo del diritto processuale civile valeva soltanto, come stabilito dalla DTF 132 III 83 consid. 3.4, quale semplice allegazione di parte e non come mezzo di prova (cfr. consid. 2.2). Il TF ha dovuto quindi esaminare la questione di sapere se la perizia di parte sulla quale si è fondato l'assicuratore malattia nell'assicurazione complementare sia un mezzo di prova ai sensi del Codice di procedura civile. Nelle sue considerazioni, l'Alta Corte ha evidenziato che nel diritto delle assicurazioni sociali il Tribunale federale ha ritenuto nella DTF 125 V 351 come il semplice fatto che la presa di posizione del medico avvenga nell'ambito di una perizia di parte a domanda dell'assicuratore non sia sufficiente per mettere in dubbio il valore probatorio della perizia. Essa ha dunque valore di un mezzo di prova. Per contro, nel diritto privato, secondo giurisprudenza costante una perizia di parte non è un mezzo di prova, ma una semplice allegazione di parte (DTF 140 III 24 consid. 3.3.3; DTF 132 III 83 consid. 3.6) (cfr. consid. 2.3). Nel diritto privato, l'art. 168 cpv. 1 CPC enumera esaustivamente i differenti mezzi di prova, fra i quali figura la perizia. Il Tribunale federale ha proceduto a un'interpretazione sistematica del Codice e in particolare degli artt. 183 segg. CPC e ha concluso che la nozione di perizia di cui all'art. 168 cpv. 1 lett. d CPC concerne unicamente la perizia giudiziaria (cfr. consid. 2.5.2). Una parte della dottrina considera che una perizia di parte deve potere essere prodotta al Tribunale come un documento ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 lett. b e dell'art. 177 segg. CPC. Un'altra parte della dottrina, alla quale si rifà il Tribunale federale, considera che una perizia di parte non è un mezzo di prova, poiché il legislatore escluso la perizia di parte come mezzo di prova in generale ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 CPC, e non solo quale perizia ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 lett. d CPC (consid. 2.5.3: “[...] Denn der Gesetzgeber lehnte das Privatgutachten als Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO allgemein und nicht nur als Gutachten i.S.v. Art.

168 Abs. 1 lit. d ZPO ab”). Di conseguenza, la giurisprudenza resa in materia di diritto delle assicurazioni sociali, quale la DTF 125 V 351, non vale quando il CPC trova applicazione. È piuttosto la giurisprudenza resa in materia di diritto privato che si applica, in virtù della quale la perizia di parte non ha qualità di mezzo di prova, ma costituisce soltanto una semplice allegazione di parte (DTF 140 III 24; DTF 132 III 83). Le allegazioni che si fondano su una perizia di parte sono generalmente considerate essere particolarmente motivate (substanziert), di modo che la controparte non può contestare in maniera generica (pauschale Bestreitung) queste allegazioni, ma deve piuttosto precisare concretamente quali sono gli elementi e i fatti che contesta. Come semplice allegazione la perizia di parte può se del caso, insieme ad indizi sostenuti dalle risultanze processuali giusta l’art. 168 cpv. 1 CPC, dimostrare quanto asserito dall’assicurato. In assenza di indizi in tal senso, se sufficientemente contestata la perizia di parte si esaurisce invece in una mera allegazione per nulla dimostrata (cfr. consid. 2.6). Nella fattispecie analizzata dalla nostra Massima Istanza, il Tribunale cantonale aveva ammesso la perizia di parte come mezzo di prova e soltanto fondandosi su questa perizia ha ritenuto quindi comprovato che il ricorrente fosse abile al lavoro. Di conseguenza, il giudizio cantonale ha violato l’art. 168 cpv. 1 CPC nella misura in cui ha ritenuto che la perizia di parte fosse un mezzo di prova che permetteva di constatare la capacità di lavoro dell’interessato (cfr. consid. 2.6). Il ricorso dell’assicurato è quindi stato accolto su questo punto e gli atti rinviati all’autorità di prima istanza per un nuovo apprezzamento delle prove tenendo conto dei principi posti a proposito delle perizie di parte (cfr. consid. 4).

2.7. In concreto, ritenuto come il medesimo assicuratore, già in sede di risposta, in via subordinata ha evidenziato la necessità di procedere con ulteriori accertamenti medici, e meglio con l’allestimento di una perizia medica, accertato che l’interessata risultava affetta da una sindrome somatoforme da dolore persistente - fibromialgia (ICD 10 F 45.4), il TCA ha incaricato la dr.ssa med. _____ di allestire una perizia medica sulla base della lettera circolare n. 339 dell’UFAS, allestita in seguito all’emanazione da parte del TF di una sentenza di principio pubblicata in DTF 141 V 281.

Con referto del 22 aprile 2016 (doc. XXIII) la dr.ssa med. _____, dopo aver visitato in due occasioni (17 dicembre 2015 e 4 aprile 2016) l’attrice ed aver acquisito numerosa ulteriore documentazione medica, tra cui un rapporto psicologico della psicologa e psicoterapeuta _____, un rapporto della dr. med. _____, caposervizio reumatologia _____, un rapporto del PD dr. med. _____, specialista FMH gastroenterologia, un rapporto della dr.ssa med. _____, specialista FMH medicina interna generale ed aver integrato, come chiesto dalla convenuta, una valutazione somatica interdisciplinare (cfr. pag. 2 del referto), circa la capacità lavorativa ha stabilito: “incapacità lavorativa (IL) nella misura del 100% dal 9.02.2015 al 31.01.2016 nell’attività abituale, dal 1.02.2016 e continua, abile al lavoro nella misura del 100% (IL 0%) ma non presso l’attuale datore di lavoro per problemi relazionali non elaborabili con colleghi e superiori. Le raccomandazioni della perizia reumatologica sono da integrare con il cahier de charges”, mentre circa la capacità lavorativa in attività adeguata: “100% in ogni attività adeguata con raccomandazioni della perizia reumatologica da integrarsi con il cahier de charges a partire dal 01.02.2016 e continua” (doc. XXIII).

2.8. In caso di perizia giudiziaria, il giudice - di regola - non si scosta, senza motivi imperativi dalle conclusioni del perito medico, il cui ruolo consiste, appunto, nella messa a disposizione della giustizia della propria scienza medica per fornire un’interpretazione

scientifici dei fatti considerati (DTF 125 V 352 consid. 3b/aa e riferimenti ivi menzionati). Il giudice può disattendere le conclusioni del perito giudiziario nel caso in cui il rapporto peritale contenesse delle contraddizioni oppure sulla base di una controperizia richiesta dal medesimo tribunale, che porti a un diverso risultato (DTF 101 IV 130).

Il giudice può scostarsene anche nel caso in cui, fondandosi

sulla diversa opinione di altri esperti, ritiene di avere sufficienti motivi per mettere in dubbio l'esattezza della perizia giudiziaria. Questi principi sono stati confermati in una sentenza 8C_104/2007 del 28 marzo 2008 nella quale il Tribunale federale ha sottolineato che:

" Per quanto concerne in particolare le perizie giudiziarie la giurisprudenza ha statuito che il giudice non si scosta senza motivi imperativi dalla valutazione degli esperti, il cui compito è quello di mettere a disposizione del tribunale le proprie conoscenze specifiche e di valutare, da un punto di vista medico, una certa fattispecie. Ragioni che possono indurre il giudice a non fondarsi su un tale referto sono ad esempio la presenza di affermazioni contraddittorie nella perizia stessa oppure l'esistenza di altri rapporti in grado di inficiarne la conclusione. In tale evenienza, la Corte giudicante può disporre una superperizia oppure scostarsi, senza necessità di ulteriori complementi, dalle conclusioni del referto peritale giudiziario (DTF 125 V 351 consid. 3b/aa pag. 353 e riferimenti)."

2.9. In concreto, questo Tribunale non vede ragioni che gli impediscano di fare propria la valutazione espressa dalla perita giudiziaria. In effetti, il referto non contiene contraddizioni. D'altra parte, esso presenta tutti i requisiti posti dalla giurisprudenza affinché possa essere riconosciuto, a un apprezzamento medico, piena forza probante (cfr. DTF 125 V 351 consid. 3a; 122 V 157 consid. 1c con riferimenti; RAMI 1991 U 133 consid. 1b): in particolare, la specialista ha espresso il suo apprezzamento in modo chiaro e motivato, dopo aver proceduto a un esame approfondito del caso (cfr. STF 8C_103/2008 del 7 gennaio 2009 consid. 10.2).

Circa le contestazioni dell'attrice che ritiene che solo con il secondo colloquio avvenuto il 4 aprile 2016 è stato effettivamente riscontrato un miglioramento del suo stato di salute, allorché in occasione della prima visita del 17 dicembre 2015 è risultata palese la sua totale incapacità lavorativa, va evidenziato che la perita ha diffusamente spiegato e motivato le ragioni a fondamento della sua valutazione e meglio del riacquisto della totale capacità lavorativa con il 1° febbraio 2016 (cfr. pag. 17 seguenti della perizia del 22 aprile 2016, doc. XXIII). La specialista ha evidenziato che il ricovero presso la Clinica _____, conclusosi il 13 aprile 2015 con la presa a carico interdisciplinare attenta ai bisogni psicologici dell'attrice aveva già portato ad un miglioramento dei sintomi della patologia, ma l'assenza della presa a carico di cui beneficiava in clinica ha nuovamente comportato un aggravamento ed un peggioramento della patologia, confermato dapprima dalla psichiatra curante ed in seguito accertato in occasione del primo colloquio peritale del 17 dicembre 2015. Successivamente vi è stato un lento miglioramento, che, come rileva l'attrice, è stato confermato in occasione della visita del 4 aprile 2016. Tuttavia, come emerge dal referto peritale, il miglioramento è documentabile già a partire dall'indagine psicologica della specialista in psicoterapia FSP _____, ossia in occasione delle visite del 2 febbraio 2016, 16 febbraio 2016 e 25 febbraio 2016 (cfr. doc. XXIII pag. 17 e seguenti ed allegato A). Per questo motivo la perita ha accertato che l'attrice ha riacquisito la totale capacità lavorativa dal 1° febbraio 2016 a condizione,

tuttavia, che cambi datore di lavoro a causa di una problematica relazionale non elaborabile (cfr. doc. XXIII pag. 17 e seguenti).

L'assicurata, pur contestando genericamente su questo punto la perizia giudiziaria, non ha del resto presentato certificati medici atti a sovvertire le conclusioni della dr.ssa med.

_____.

Va ora esaminato quali sono le conseguenze del riacquisto della capacità lavorativa al 100% nella precedente attività dal 1° febbraio 2016, ma solo in caso di cambio di datore di lavoro.

2.10. 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).

A norma dell'art. 61 LCA:

" In caso di sinistro, l'avente diritto è 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 troverebbesi ridotta qualora l'obbligo fosse stato adempiuto."

Con sentenza 5C.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 111 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. (...)."

In concreto, l'art. _____ CGA prevede il medesimo concetto. Infatti per l'art. _____ CGA in caso d'incapacità lavorativa parziale o completa di lunga durata, l'assicurato è tenuto ad accettare un'attività esigibile in un'altra professione o in un altro ambito lavorativo. La CV 1 esorta l'assicurato, fissandogli un termine adeguato, a conformare la sua precedente attività lavorativa o ad accettare un'altra attività esigibile.

Per cui, in caso d'incapacità lavorativa durevole nell'ambito dell'attività abituale in ossequio all'obbligo di ridurre il danno,

l'assicurato è tenuto a cambiare professione (cfr. DTF 114 V 283). Per quanto concerne la determinazione del termine che può essere assegnato all'attore per procedere al cambiamento di professione nell'ambito delle assicurazioni sociali l'allora Tribunale delle assicurazioni (dal 1° gennaio 2007: Tribunale federale) ha più volte ritenuto adeguati

periodi d'adattamento varianti dai 3 ai 5 mesi (DTF 111 V 239 consid. 2a e giurisprudenza ivi citata; RAMI 1987, p. 108; 1994, p. 113ss). In questo contesto, è opportuno rammentare che l'assicurato che, incapace nella precedente attività, non mette a frutto la sua residua capacità lavorativa in un'altra professione, viene giudicato secondo l'attività professionale che avrebbe potuto esercitare con uno sforzo di buona volontà, ritenuto che l'assenza di quest'ultima non è scusabile se non derivante da malattia (DTF 114 V 283 consid. 1d; 111 V 239 consid. 2a; 101 V 145; RAMI 1987 p. 106 consid. 2).

Va qui ricordato che nella sentenza pubblicata in RAMI 2000 KV 112, pag. 122 seg., l'allora TFA ha stabilito l'applicabilità in ambito LAMal, della giurisprudenza elaborata allorquando ancora era in vigore la LAMI. La giurisprudenza è stata confermata con sentenza K 64/05 del 29 giugno 2006.

Il Tribunale federale ha applicato la medesima giurisprudenza alle assicurazioni complementari contro le malattie rette dal dritto privato. Con sentenza del 7 maggio 2002 (5C.74/2002), l'Alta Corte ha ad esempio ritenuto ammissibile assegnare un termine di 3-5 mesi per il riadattamento professionale.

Cfr. anche DTF 133 III 527, consid. 3.2.1.

Il periodo di adattamento nel singolo caso può, entro tali limiti (cfr. tuttavia la sentenza del 7 agosto 1998, K 126/97, consid. 2c, solo parzialmente riassunta in RAMI 1998 no. KV 45 pag. 430, nel cui ambito l'Alta Corte ha tutelato l'operato della precedente istanza che aveva esteso a quasi sette mesi la durata del periodo di adattamento), essere fissato tenendo conto delle circostanze concrete, quali la difficile collocabilità sul mercato, l'età dell'assicurato, le capacità (fisiche) residue in un'attività adatta ecc. (DTF 114 V 289 seg. consid. 5b; SJ 2000 II pag. 440 consid. 2b; cfr. pure la sentenza citata del 7 agosto 1998, consid. 2c). Ai fini di tale esame non è per contro determinante la durata della precedente incapacità lavorativa (RAMI 2000 no. KV 112 pag. 123 consid. 3a). Né, per quanto è dato di vedere, il Tribunale federale delle assicurazioni ha mai fatto dipendere l'assegnazione di un simile periodo di transizione dall'esistenza, al momento dell'intimazione da parte dell'assicuratore malattia, di un rapporto di lavoro (cfr. ad es. i fatti posti a fondamento delle sentenze pubblicate in RAMI 1989 no. K 812 pag. 255 e in SJ 2000 II pag. 440).

Con una sentenza di principio 36.2013.48 del 18 dicembre 2013 (cfr. anche la sentenza 36.2013.6 del 18 febbraio 2014) il TCA ha dovuto giudicare un caso simile a quello in esame. Si trattava infatti di stabilire il diritto ad indennità giornaliera di un'assicurata che a causa di una patologia psichica non poteva più svolgere la propria

attività presso la medesima ditta ma che avrebbe dovuto cambiare datore di lavoro per poter continuare ad esercitare la sua professione abituale. La Corte cantonale ha stabilito:

" (...) In concreto l'assicuratore, con scritto del 18 giugno 2013, ha avvertito l'attrice che avrebbe continuato a versarle le indennità giornaliera per malattia fino al 31 luglio 2013. Parte convenuta non ha imposto all'attrice un cambio di attività lavorativa fissando un termine, che la giurisprudenza vuole compreso tra i tre ed i cinque mesi. In effetti il perito e la specialista curante dell'attrice hanno entrambe attestato che l'invalidità lavorativa era legata all'attività svolta sul posto di lavoro (doc. U e V) con il rilievo che un cambio, non di attività ma di luogo di lavoro, avrebbe permesso lo svolgimento dell'attività professionale usuale della signora X In questo senso correva l'obbligo all'assicurata di porre in atto gli sforzi necessari per ridurre il danno e ciò mediante la ricerca di un altro datore di lavoro al

fine di riacquistare, gradatamente, la piena capacità lavorativa come infermiera.

Alla luce di quanto precede e della particolarità dell'inabilità lavorativa riconducibile al luogo di svolgimento dello stesso, pur se non obbligata ad un cambio di professione come tale, alla signora X vanno applicati i precetti sviluppati dalla giurisprudenza federale in materia di cambio di professione. D'avviso del TCA, infatti, siccome è possibile pretendere da un assicurato che, incapace di lunga durata nella precedente attività, metta a frutto la sua residua capacità lavorativa in un'altra professione, a maggiore ragione può essere preteso che la persona inabile eserciti la sua abituale professione ma presso un diverso datore di lavoro (majore ad minus). La giurisprudenza relativa al cambio di professione va applicata quindi in via analogetica al cambio di datore di lavoro e quindi di luogo di lavoro.

Per concretizzare l'obbligo occorre concedere all'assicurata un termine, remunerato mediante versamento di indennità per la perdita di guadagno, che sia analogo a quello fissato per il cambio di lavoro fissato dalla giurisprudenza, e, soprattutto, sia consono per porre in atto il cambiamento.

Nell'evenienza concreta, il contratto di lavoro agli atti è datato 1° gennaio 2006 (doc. E), ma l'attrice è dipendente della Y sin dal 1° agosto 2001. Ritenuto, poi, che il contratto attualmente in vigore non prevede norme particolari in caso di disdetta (art. 335c cpv. 2 CO), ma solo un rinvio al diritto svizzero, considerato che l'art. 335c cpv. 1 CO dispone che il rapporto di lavoro può essere disdetto per la fine di un mese, nel primo anno di servizio con preavviso di un mese, dal secondo al nono anno di servizio incluso con preavviso di due mesi e in seguito con preavviso di tre mesi, X è pertanto tenuta a dare un preavviso di tre mesi prima di potersi liberare dalla predetta datrice di lavoro.

Questo termine è da ritenere un lasso temporale minimo in situazioni che impongano un cambio di luogo di lavoro e datore di lavoro anche qualora i termini di disdetta del rapporto di lavoro fossero inferiori a quali applicabili in concreto. Si ritiene qui che l'assicuratore doveva riconoscere all'attrice il versamento di indennità di lavoro per ulteriori tre mesi e mezzo dalla comunicazione del 18 giugno 2013 e quindi sino alla fine di settembre 2013, e non soltanto per 6 settimane come fatto con la comunicazione consegnata al doc. D. Il termine appare del tutto adeguato alla luce dello status dell'assicurata, del pensum del suo lavoro, della sua formazione e della sua età, al fine di trovare adeguata nuova collocazione professionale.” (sottolineatura del redattore)

2.11. In concreto, secondo la succitata giurisprudenza, l'assicuratore avrebbe dovuto assegnare all'attrice, completamente inabile al lavoro dal 9 febbraio 2015 al 31 gennaio 2016 ed abile al lavoro al 100% dal 1° febbraio 2016 presso un altro datore di lavoro, un termine minimo

di tre mesi per cambiare posto di lavoro e durante il quale continuare a versare le indennità giornaliere nella medesima misura del 100%, come in precedenza (cfr. sentenza 4A_111/2010 del 12 luglio 2010 consid. 3.2.1: “[...] 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 [...]”, sottolineatura del redattore).

Nella sentenza 36.2013.48 del 18 dicembre 2013 il TCA ha infatti stabilito che un termine di tre mesi “è da ritenere un lasso temporale minimo in situazioni che impongano un cambio di luogo di lavoro e datore di lavoro anche qualora i termini di disdetta del rapporto di lavoro fossero inferiori a quali applicabili in concreto”. Nel caso di specie può rimanere aperta la questione di sapere se, alla luce dell’età della ricorrente, del lungo periodo d’incapacità di lavoro completo (quasi un anno) e delle caratteristiche dell’attrice, non occorra piuttosto assegnare un termine più lungo, e meglio quello di 5 mesi. Infatti, dal 28 aprile 2016, l’attrice è comunque di nuovo completamente inabile al lavoro (doc. XXVI). In primo luogo essa è stata degente presso la Clinica _____ fino al 24 giugno 2016 (doc. B4) ed in seguito la curante, dr.ssa med. _____, ha attestato la continuazione dell’incapacità lavorativa totale (doc. B5 e B6). Non vi è alcun motivo per mettere in dubbio queste attestazioni. Del resto, l’assicuratore non ha prodotto atti medici contrari. Inoltre le certificazioni emesse nel corso del 2015 dalla medesima dr.ssa med. _____ erano state confermate anche dalla perita (doc. XXIII). Non vi sono di conseguenza ragioni per non ritenere fedefacenti anche le attestazioni relative al periodo dal 25 giugno 2016. Ad ulteriore conferma che l’interessata, nel periodo in esame, non può svolgere un’attività lavorativa, vi è la circostanza che dal rapporto di dimissione della Clinica _____ del 20 luglio 2016, dove figurano quale diagnosi psichiatriche il “disturbo depressivo ricorrente, episodio di media gravità in atto (ICD-10 GM: F33.1) “ ed il “disturbo somatoforme da dolore persistente (ICD-10 GM F45.40)”, emerge che, dopo aver raggiunto un buon compenso psichico, sono state concordate le dimissioni “previa attivazione degli aiuti infermieristici domiciliari dell’Associazione _____: controllo salute, al fine di monitorare le condizioni fisiche generali, 5 volte alla settimana; infermiere psichiatrico, al fine di supportare la paziente a valutare l’andamento generale, 3 volte alla settimana; preparazione di dosette settimanali e controllo assunzione terapia. Ci siamo inoltre messi in contatto con il _____, presso il _____, per richiedere un’assistenza per la paziente, la quale poi dovrà presentarsi personalmente per consegnare la documentazione necessaria” (doc. B4). In queste condizioni, in assenza di qualsiasi contestazione specifica e qualificata, tramite atti medici oggettivi, da parte dell’assicuratore, la richiesta di procedere con un’ulteriore perizia va respinta. A questo proposito va rammentato che con sentenza 4A_318/2016 del 3 agosto 2016, il TF, al consid. 3.2, ha ribadito che

in caso di presentazione di un referto medico, laddove si vuole contestarne il contenuto, occorre censurarlo in maniera specifica e qualificata, apportando elementi oggettivi, non bastando una critica generica (“Dans le cas présent, l’intimée a produit l’expertise privée du Dr B. _____, datée du 1er juillet 2015, comportant sept pages. Ce rapport détaillé permet de saisir le raisonnement de l’expert, qui l’a amené à considérer que le recourant était en mesure de travailler en tout cas dès le 23 juin 2015. Confronté à cette expertise privée, le recourant s’est borné à la contester globalement par pli du 24 juillet 2015, déclarant n’être pas d’accord. Il a certes annexé un rapport de deux pages du Dr A. _____, psychiatre qui le traite, lequel a nié une valeur probante suffisante au rapport de l’expert privé B. _____, faute d’objectivité et de neutralité de ce dernier. Si le Dr A. _____ relève des discordances entre le diagnostic posé par le Dr B. _____ (trouble de l’adaptation avec réaction dépressive prolongée), les plaintes subjectives du recourant et la conclusion qu’il n’est pas incapable de travailler, le premier ne discute pas précisément les allégations figurant dans l’expertise privée. Autrement dit, la remise en cause des allégations factuelles contenues dans cette expertise demandée par l’intimée ne font pas l’objet d’une contestation motivée du recourant, comme l’exige la jurisprudence susrappelée. De plus, le Dr

A. _____ ne s'est exprimé qu'après que son patient l'a sollicité, puisque ce dernier a joint le rapport dudit psychiatre à sa contestation globale du 24 juillet 2015. Dans de telles circonstances, les allégations précises de l'expertise privée - contestées de manière globale - peuvent apporter la preuve de leur véracité si elles sont appuyées par des indices objectifs. Or, l'office de l'assurance-invalidité du canton de Genève a estimé, dans sa décision de refus de prestations du 2 décembre 2015, que la capacité de gain de l'assuré était entière depuis le 25 juin 2015. En conséquence, l'autorité cantonale n'a pas violé l'art. 168 CPC en retenant que l'expertise privée du Dr B. _____ avait emporté sa conviction. Le moyen est infondé.”).

In concreto il Tribunale ha trasmesso alla convenuta il referto della Clinica _____ e i certificati della curante con scritto del 29 luglio 2016, per una presa di posizione entro il 30 agosto 2016 (doc. XLV). Un lasso di tempo entro il quale avrebbe potuto far prendere posizione al proprio medico di fiducia. Certo, la rappresentante è stata assente i primi 15 giorni di agosto 2016 ed ha dovuto preparare un dibattimento penale laborioso per il 23 agosto 2016 (doc. XL). Tuttavia nello scritto del 30 agosto 2016 l'assicuratore si è limitato a contestare in maniera generica le valutazioni della curante, dr.ssa med. _____ (ma non della Clinica _____), che ha attestato una totale incapacità lavorativa, non ha prodotto alcunché, non si è riservata di presentare un'ulteriore presa di posizione del medico fiduciario nel caso di rifiuto dell'attrice della proposta di transazione e non ha chiesto una proroga per poter semmai presentare una presa di posizione dettagliata del proprio medico di fiducia.

Ne segue che questo TCA deve concludere che l'interessata continua ad essere completamente inabile al lavoro anche dopo il 24 giugno 2016.

Riassumendo, all'attrice, completamente inabile al lavoro dal 9 febbraio 2015 al 31 gennaio 2016 (doc. XXIII), andrebbe assegnato, con effetto dal 1° febbraio 2016, un termine di almeno tre mesi per trovare la medesima occupazione presso un altro datore di lavoro, durante il quale l'assicuratore deve versare le indennità piene (sentenza 36.2013.48 del 18 dicembre 2013). Ritenuto tuttavia che prima dello scadere del termine l'interessata ha subito una ricaduta che l'ha resa totalmente inabile al lavoro dal 28 aprile 2016 al 24 giugno 2016 e che in seguito è stata nuovamente giudicata inabile al lavoro dalla propria curante senza che l'assicuratore abbia contestato, in maniera qualificata e meglio tramite la produzione di ulteriori atti medici, le conclusioni della curante, le prestazioni devono continuare ad esserle versate nella misura del 100% fino al suo esaurimento o, al più presto, fino al ristabilimento della capacità lavorativa, non senza prima aver assegnato un termine di adeguamento di 3-5 mesi ed aver proceduto con l'abituale raffronto dei redditi (cfr. art. _____ CGA; cfr. anche sentenza 36.2015.94 del 30 giugno 2016).

2.12. Come visto il TCA ha dovuto allestire una perizia medica.

In ambito di assicurazioni sociali, e meglio di AI, in DTF 139 V 496 il TF ha precisato, applicando l'art. 45 LPGA, quali sono i criteri da prendere in considerazione per determinare se la spesa di una perizia giudiziaria possono essere poste a carico dell'autorità amministrativa ed ha esteso questa possibilità dapprima all'assicurazione contro gli infortuni (DTF 140 V 70) ed in seguito all'assicurazione malattie (sentenza 9C_781/2013 del 28 gennaio 2014). In sintesi, i costi del referto possono essere accollati all'assicuratore laddove quest'ultimo ha effettuato un'istruttoria lacunosa o con insufficienze qualificate e se la perizia serve a colmare le mancanze dell'assicuratore. In altre parole è necessario un

nesso tra le lacune istruttorie e la necessità di allestire una perizia giudiziaria (sentenza 9C_781/2013 del 28 gennaio 2014, consid. 3.2).

Nell'ambito della procedura civile l'art. 104 cpv. 1 CPC prevede che il giudice statuisce sulle spese giudiziarie (composte di spese processuali e spese ripetibili; cfr. art. 95 cpv. 1 CPC) di regola nella decisione finale (cfr. anche sentenza 4A_76/2016 del 30 agosto 2016, consid. 5).

Ai sensi dell'art. 114 lett. e CPC nella procedura decisionale non sono tuttavia addossate spese processuali (di cui fanno parte le spese dell'assunzione delle prove [art. 95 cpv. 2 lett. c CPC]) per le controversie derivanti da assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie secondo la legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie.

Certo, per l'art. 115 CPC in caso di malafede o temerarietà processuali, le spese processuali possono essere addossate a una parte anche nelle procedure gratuite.

In concreto l'assicuratore, sulla base della documentazione agli atti, con la risposta di causa del 10 luglio 2015, ha proposto lui medesimo, perlomeno in via subordinata, l'allestimento di una perizia, e in via ancora più subordinata il rinvio degli atti della causa a sé stesso per esperire una perizia (doc. III). Precedentemente si era limitato ad acquisire una presa di posizione di poche righe di due medici consulenti (doc. 14), malgrado si fosse in presenza della diagnosi di sindrome somatoforme/fibromialgia per la quale, anche prima della sentenza 9C_492/2014 del 3 giugno 2015 pubblicata in DTF 141 V 281 e che ha modificato la giurisprudenza, erano state emesse numerose sentenze nelle quali erano stati indicati gli accertamenti medici necessari da mettere in atto in presenza di questa patologia (cfr. in particolare la DTF 131 V 49).

La stessa rappresentante, in sede di udienza, il 22 settembre 2015 ha dato atto che “vi sono contraddizioni che essa riconduce alla curante che non avrebbe motivato obiettivamente e in maniera tracciabile nei precedenti certificati la patologia” (doc. XII). Dal canto suo la dr.ssa med. _____ ha rilevato come “l'Avvocato dell'Assicurazione ha d'altra parte rileva che la documentazione medica prodotta non è esauriente” (pag. 5 doc. XXIII) ed ha inoltre evidenziato come “la presente perizia ha presentato aspetti inconsueti; per la scarsità di elementi clinici inizialmente disponibili è stato necessario organizzare (come anche chiesto da una delle parti) una valutazione interdisciplinare” (pag. 16, doc. XXIII, sottolineatura del redattore).

Spettava pertanto in primo luogo all'assicuratore esperire gli accertamenti medici necessari.

Tuttavia l'agire della convenuta, seppur minimalista, non può essere considerato come temerario o in malafede ai sensi del citato disposto (cfr. Trezzini, in Commentario al CPC, pag. 453; Rüegg, in Basler Kommentar, n. 1 e seguenti ad art. 115, pag. 648 e seguenti; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3a edizione, n.

E. 5

e seguenti ad art. 115, pag. 958 e seguenti).

Le spese della perizia devono pertanto restare a carico dello Stato.

Questo Tribunale rileva a questo proposito che le indennità giornaliere contro la perdita di guadagno in caso di malattia possono essere assoggettate sia al diritto delle assicurazioni sociali (art. 67 e seguenti LAMal), sia al diritto privato (LCA), a dipendenza della volontà

delle parti al momento della conclusione del contratto e che di conseguenza in presenza di una medesima prestazione, vi sono due procedure diverse. La prima, in ambito di controversie derivanti dalle assicurazioni sociali, che contempla una base legale per accollare all'assicuratore, a determinate condizioni, le spese di una perizia che avrebbe dovuto essere allestita in sede amministrativa (art. 45 LPGa), la seconda, in ambito di controversie derivanti da assicurazioni complementari alla LAMal, che non prevede alcunché di simile, se non in caso di temerarietà o malafede di una parte.

Spetta semmai al legislatore risolvere il problema.

All'attrice, vincente in causa, vanno invece riconosciute le ripetibili (art. 95 cpv. 1 lett. b CPC e 114 lett. e CPC e contrario), che rendono priva di oggetto la richiesta di assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio formulata, implicitamente, il

E. 9

maggio 2016 (doc. XXVII).

2.13. Per quanto concerne l'ammissibilità di un ricorso al TF in funzione del valore litigioso della causa, con sentenza 4A_83/2013 del 20 giugno 2013 l'Alta Corte ha affermato che:

" (...) Esso è ammissibile a prescindere dal valore litigioso (di soli fr. 1'120.--) poiché, come afferma correttamente la ricorrente, nel Cantone Ticino le controversie tra assicurati e assicuratori concernenti le assicurazioni complementari all'assicurazione contro le malattie sono di competenza del Tribunale cantonale delle assicurazioni in prima e unica istanza (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF; art. 7 CPC; art. 75 della legge ticinese di applicazione della LAMal del 26 giugno 1997 [RL/TI 6.4.6.1]; DTF 138 III 799 consid. 1.1)."

Secondo l'art. 49 cpv. 2 LSA, i tribunali svizzeri devono trasmettere gratuitamente all'autorità di sorveglianza una copia di tutte le sentenze concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione; s'impone perciò di notificare all'autorità di sorveglianza anche la presente sentenza in forma elettronica e senza il nominativo dell'attrice.

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