

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20161201_i_ti_o_01 vom 1. Dezember 2016

FINMA Versicherungsrecht, 2016-12-01, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20161201_i_ti_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20161201_i_ti_o_01 du 1 décembre 2016

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20161201_i_ti_o_01 del 1 dicembre 2016

Erwägungen

E. 3

CPC il giudice stralcia la causa dal ruolo.

In queste condizioni, nella misura in cui la convenuta ha riconosciuto un importo di fr. 11'130, la petizione va stralciata dai ruoli per acquiescenza. Resta da esaminare se l'interessata ha diritto ad un ulteriore ammontare di fr. 19'270 (30'400 – 11'130), oltre ad interessi.

2.2. 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).

2.3. Nella presente fattispecie trovano applicazione le Condizioni generali d'assicurazione per le assicurazioni collettive d'indennità giornaliera _____, edizione 1° gennaio 1997 (di seguito: CGA; cfr. doc. 2).

Ai sensi dell'art. 4 CGA nella misura in cui le disposizioni contrattuali non prevedano una normativa divergente, il contratto d'assicurazione è soggetto alle prescrizioni della legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA).

Per l'art. 6 cpv. 1 CGA 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 al lavoro.

Secondo l'art. 7 cpv. 5 CGA le persone assicurate che cessano la loro attività lavorativa a causa di una forma d'invalidità che le rende inabili al lavoro, rimangono assicurate al contratto collettivo. La stessa cosa vale per persone malate o che hanno subito un infortunio per l'intera durata d'inabilità parziale o totale al lavoro.

2.4. 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.

2.5. Nella presente fattispecie, agli atti vi sono numerosissimi atti medici. Per quanto qui rilevante, va evidenziato che il 30 luglio 2013 l'attrice è stata sottoposta ad un esame esofago-gastro duodenoscopia con biopsie e foto (doc. 3), il 30 gennaio 2014 ad una colonoscopia completa (doc. 3), da cui è emersa la diagnosi di tiroidite di Hashimoto (cfr. doc. 3, dr. med. _____). L'11 aprile 2014 all'attrice sono state prescritte sedute di fisioterapia (doc. 4), il 6 maggio 2014 è stata sottoposta ad una RM del rachide cervicale

nativo (doc. 6). Il 13 maggio 2014 il datore di lavoro ha notificato all'assicuratore un'inabilità lavorativa totale dal 16 aprile 2014 indicando in fr. 24'000 il salario lordo annuo per un orario di lavoro di 20 ore a settimana (doc. 7). Il 16 aprile 2014 la curante, dr.ssa med. _____, medicina generale FMH, ha attestato una completa incapacità lavorativa (doc. 8 -11), confermata dalla dr.ssa med. _____ il 24 giugno 2014 (doc. 12). Il 28 maggio 2014 l'interessata è stata visitata dal dr. med. _____, FMH reumatologia (doc. 13) ed il 1° luglio 2014 ha subito un esame presso l' _____ (doc. 14). Il 9 luglio 2014 l'ispettore dei sinistri dell'assicuratore ha visitato l'attrice (doc. 15) ed il 21 luglio 2014 il dr. med. _____ non ha attestato alcuna incapacità lavorativa (doc. 16), a differenza della dr.ssa med. _____ che a causa di uno stress post reattivo con sindrome ansioso depressiva il 12 agosto 2014 ha confermato la completa inabilità lavorativa (doc. 18). Il 23 agosto 2014 la dr.ssa med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, dopo aver visitato l'attrice su richiesta dell'assicuratore, ha confermato la completa inabilità lavorativa fino al 30 settembre 2014 (doc. 19). Il 2 settembre 2014 all'interessata è stato assegnato un termine scadente il 31 dicembre 2014 per cambiare attività (doc. 22), mentre il 17 settembre 2014 il contratto lavorativo è stato disdetto per il 30 novembre 2014 (doc. 23). Con scritto datato 14 novembre 2014 il caso è stato annunciato all'AI (doc. 25 e plico doc. AI XVII/1). In data 28 novembre 2014 il dr. med. _____, malattie reumatiche, fisioterapia e riabilitazione FMH, ha visitato l'attrice su incarico dell'assicuratore (doc. 26), e dopo aver posto la diagnosi di artrite reumatoide sieropositiva (fattore reumatoide e anticorpi anti-CCP), ANA negativa con associata sindrome secca in trattamento con un DMARD ad azione mirata (Xeljanz dal 08/14), clinicamente in remissione, turbe statiche del rachide con lieve sindrome panvertebrale, tendenza fibromialgica, ipotireosi sostituita in stato dopo tiroidite Hashimoto, patologia psichiatrica in trattamento, ha stabilito che l'attrice è abile al lavoro al 100% da subito (doc. 26). Il 10 dicembre 2014 l'assicurata è stata visitata dalla dr.ssa med. _____, FMH psichiatria e

psicoterapia, sempre su richiesta dell'assicuratore, che ha affermato che dal 1° gennaio 2015 la capacità lavorativa dell'attrice si sarebbe completamente ristabilita (doc. 17). Da cui, il 13 gennaio 2015, lo scritto della convenuta all'assicurata dove viene comunicato il versamento di indennità giornaliera fino al 31 gennaio 2015 (doc. 28). Il 25 febbraio 2015 è intervenuta l'associazione RA 1 (RA 1) che ha chiesto la continuazione del versamento delle indennità giornaliera in favore dell'attrice (doc. 31). Ciò che la convenuta ha rifiutato (doc. 32). Il 3 marzo 2015 il dr. med. _____, FMH neurologia, ha attestato un'evoluzione sfavorevole dello stato di salute dell'attrice (doc. 33) e il 4 marzo 2015 la dr.ssa med. _____ ha certificato un'incapacità lavorativa totale fino al 31 marzo 2015 (doc. 34), confermata il 17 marzo 2015 (doc. 35), poi prolungata fino al 30 aprile 2015 (doc. 37). Il 19 maggio 2015 il dr. med. _____ ha poi certificato un'incapacità lavorativa totale dal 1° maggio 2015 al 18 maggio 2015 (doc. 42), prolungata fino al giugno 2015 (doc. 43), mentre il 23 giugno 2015 il dr. med. _____ ha affermato che dal punto di vista neurologico è verosimile che la paziente risulti essere inabile al lavoro al 100% (doc. 44). Il dr. med. _____ il 1° luglio 2015 ha confermato l'incapacità lavorativa fino al 15 agosto 2015 (doc. 45). Da parte sua il dr. med. _____, dopo aver esaminato gli atti e visitato l'attrice il 22 luglio 2015 ha confermato la completa abilità lavorativa dell'attrice da subito (doc. 46). Il 22 luglio 2015 la dr.ssa med. _____ ha attestato una completa inabilità lavorativa dal 22 luglio 2015 al 28 agosto 2015 (doc. 47). Il 12 agosto 2015 la convenuta ha confermato la cessazione del versamento delle indennità al 30 aprile 2015

(doc. 48). Da parte sua la dr.ssa med. _____ ha attestato il 28 agosto 2015 una completa inabilità lavorativa fino al 30 settembre 2015, così come il dr. med. _____ dal 16 agosto 2015 (doc. 50) e la dr.ssa med. _____ dal 1° settembre 2015 al 20 settembre 2015 (doc. 51). Il 1° ottobre 2015 RA 1 ha ribadito che l'interessata è ancora affiliata al contratto collettivo e che passerà nell'individuale quando sarà guarita (doc. 54). L'assicuratore, dopo aver interpellato il medico di fiducia, dr. med. _____, ha confermato la sua presa di posizione precedente (doc. 55). Con la petizione _____ ha prodotto 21 atti medici (doc. I e seguenti), in particolare la cartella clinica trasmessa il 21 ottobre 2015 dalla Clinica _____ e _____, segnatamente con le valutazioni della Dr. Med. Dr.ssa _____ e del dr. med. _____ (doc. A11 e seguenti). Pendente causa l'attrice ha prodotto ulteriori numerosi certificati medici, tra cui quelli del 30 novembre 2015 della dr.ssa med. _____ che afferma che a seguito di un peggioramento delle condizioni psichiche "ho segnalato la paziente a margine al reparto di psichiatria dell'Ospedale _____ di _____ per un ricovero in ambito stazionario. La paziente è stata messa in lista di attesa per una ammissione" e sempre del 30 novembre 2015 con cui attesta un'inabilità totale dal 21 novembre 2015 al 31 dicembre 2015 (cfr. doc. A30). Il 7 dicembre 2015 la dr.ssa med. _____ ha attestato un'inabilità totale dal

E. 3.1

Au regard de l'art. 2 LPGA, les assurances privées n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 21 al. 4 LPGA, et jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas examiné si cette disposition-ci se prête néanmoins à une transposition à ces assurances. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances actuellement codifiée à l'art. 21 al. 4 LPGA, relative aux assurances sociales, est rapportée dans un arrêt du 16 juillet 2007 relatif à une assurance privée (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 p. 531); elle n'avait toutefois pas d'incidence sur l'issue de la cause car aucun changement de profession ni d'activité n'était exigé de l'assuré. Auparavant, dans d'autres contestations en matière d'assurance privée, le Tribunal fédéral avait renvoyé une affaire à la juridiction cantonale parce que celle-ci devait examiner si un changement de profession était exigible et si le délai fixé par l'assureur était « approprié aux circonstances » (arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2). Dans un autre cas, le tribunal avait relevé que d'après les constatations de fait déterminantes, il n'apparaissait pas qu'un changement de profession fût raisonnablement exigible ni que l'assureur eût imparti à l'assuré, à cette fin, un « délai adéquat pour trouver un emploi » (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c). Dans une troisième cause, le tribunal avait rejeté la critique de l'assuré qui se plaignait d'un délai d'adaptation trop bref, fixé à trois mois par la juridiction cantonale (arrêt 5C.74/2002 du 7 mai 2002, consid. 3). En doctrine, plusieurs auteurs mentionnent ces décisions et ils en déduisent sans plus d'explication que l'art. 21 al. 4 LPGA fait règle aussi en droit des assurances privées (Bettina Kahil-Wolff et Emmanuelle Simonin, Révision totale de la LCA : l'avant-projet et les assurances sociales, in *Quoi de neuf en droit social ?*, 2009, p. 130; Gebhard Eugster, Vergleich der Krankentaggeldversicherung (KTGV) nach KVG und nach VVG, in *Krankentaggeldversicherung : Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, 2007, p. 85; Vincent Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise*, 2006, p. 107; voir aussi Jean-Louis Duc, *Le droit applicable aux assurances complémentaires*, PJA 2010 p. 473). Leur opinion doit être approuvée dans la mesure où la démarche imposée à l'assureur, selon le principe de l'art. 21 al. 4 LPGA, est une concrétisation des règles de la bonne foi qu'en vertu de l'art. 2 al. 1 CC, chacun doit respecter dans l'exercice de ses droits et l'exécution de ses obligations. Selon la

jurisprudence, il y a abus de droit manifeste, prohibé par l'art. 2 al. 2 CC, lorsqu'une personne use de son droit sans ménagement ou de manière inutilement rigoureuse (ATF 135 III 162 consid. 3.3.1 p. 169; 135 III 349 consid. 3 p. 355; 120 II 105 consid. 3a p. 108), notamment lorsqu'elle choisit sans raison objective, parmi plusieurs solutions équivalentes, celle qui est la plus nuisible à l'autre partie (ATF 131 III 459 consid. 5.2 p. 462/463). De ce point de vue,

lorsque l'assureur d'indemnités journalières estime que l'incapacité de travail a pris fin, à l'issue d'une période durant laquelle il a reconnu le droit de l'assuré à ses prestations, on peut attendre de lui qu'il en donne avis à l'assuré et qu'il prolonge le service des indemnités pendant le délai a priori nécessaire à une reprise effective de l'activité. La défenderesse ne peut guère contester la justification de cet avis et de ce délai car par sa lettre du 27 juin 2008, où elle accordait au demandeur un délai d'un mois pour s'annoncer à l'assurance-chômage, elle a précisément donné un avertissement de ce genre.

E. 3.2

La contestation porte donc surtout sur la durée du délai de réflexion ou d'adaptation, que la Cour des assurances sociales a prolongé de quatre mois. En l'espèce, la durée totale de cinq mois semble considérable compte tenu que la réinsertion professionnelle du demandeur consistait simplement à retrouver un emploi dans la même profession. Dans sa lettre d'avertissement, la défenderesse annonçait toutefois une suspension complète de ses prestations et elle omettait, par là, de prendre en considération que le docteur A. _____ préconisait une reprise progressive du travail, au taux de 50% d'abord, puis, après quelques semaines seulement, à temps complet. Or, pour le travailleur à la recherche d'un emploi, il est particulièrement difficile de trouver un employeur prêt à accepter de pareilles modalités. Ainsi, au regard de l'ensemble des circonstances, il n'apparaît pas que la Cour des assurances sociales ait abusé du pouvoir d'appréciation qu'il convient de lui reconnaître conformément à l'art. 4 CC (cf. ATF 135 III 121 consid. 2 p. 123; 133 III 257 consid. 3.2 p. 272).

4. La défenderesse soutient vainement que le demandeur avait l'obligation de solliciter l'assurance-chômage afin qu'elle pût imputer les indemnités de cette assurance sur ses propres prestations. En effet, c'est au contraire l'assurance-chômage qui est subsidiaire par rapport à une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, y compris une assurance privée, et c'est donc l'assurance-chômage qui diminue ses indemnités de ce que l'assuré reçoit de l'autre assurance (art. 28 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité - LACI; ATF 128 V 176 consid. 5 p. 181)."

Il medesimo concetto è stato ripreso nella sentenza 4A_304/2012 del 14 novembre 2012 (cfr. anche sentenza 4A_79/2012 del 27 agosto 2012 e sentenza 4A_592/2015 del 18 marzo 2016), il cui consid. 1.1 è stato pubblicato in DTF 138 III 799, e dove il TF ha affermato (cfr. anche consid. 2.3):

" 2.4 En l'espèce, la cour cantonale a considéré que l'expertise privée produite par l'assureur était convaincante. Elle a retenu - conformément à l'opinion de l'expert - que la recourante pourrait recouvrer une capacité de travail de 100% si elle exerçait une activité adaptée à son état. Elle a alors estimé qu'on pouvait attendre de l'assurée qu'elle change d'activité professionnelle et lui a accordé pour cela un délai d'adaptation de cinq mois. Force est de constater que l'expert, dans la limite du mandat qui lui a été confié, se borne à affirmer que, d'un point de vue médico-théorique, l'assurée pourrait retrouver une capacité de travail de

100% si elle exerçait une activité adaptée à son état. L'expertise ne donne par contre aucune indication sur les chances concrètes de l'assurée de pouvoir exercer une telle activité. Or, l'art. 61 al. 2 LCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est concrètement pas réalisable. Le juge doit procéder à une analyse concrète de la situation. Il doit se demander, en fonction de l'âge de l'assurée et de l'état du marché du travail, quels sont ses chances réelles de trouver un emploi qui tient compte de ses limitations fonctionnelles. Il doit également examiner en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assurée, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé d'elle. La réduction de l'indemnité est en outre exclue s'il n'est en réalité pas

possible de réduire le dommage par un changement d'activité professionnelle, une personne raisonnable - non couverte par une assurance - placée dans la même situation n'envisageant à l'évidence pas de changer d'activité dans ces conditions (sur le critère cf. arrêt 5C.74/2002 déjà cité consid. 3c; HÖNGER/SÜSSKIND, op. cit., no 15 ad art. 61 LCA; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd. 1995, p. 344 et les références). Un tel changement ne peut dès lors être raisonnablement imposé à l'assurée qu'à la condition que celle-ci puisse réaliser, dans une activité à plein temps adaptée à sa situation, un revenu supérieur à celui acquis dans l'exercice de son activité actuelle à 50%. En l'occurrence, ni le rapport d'expertise, ni l'arrêt cantonal ne disent mot de la profession qui, en fonction des critères évoqués ci-dessus, pourrait raisonnablement être exigée de l'assurée, de même que des possibilités de gain que cette nouvelle activité offrirait à celle-ci. A considérer qu'un changement professionnel puisse être exigé, aucune constatation ne permet en outre de déterminer le délai d'adaptation (qui permettrait de réaliser une formation complémentaire, voire une reconversion professionnelle) qui devrait être accordé à l'assurée. Dans ces circonstances, il n'était pas admissible d'admettre la réduction plaidée par l'assureur en se fondant exclusivement sur l'analyse médico- théorique contenue dans le rapport d'expertise. La cour cantonale a ainsi transgressé l'art. 61 al. 2 LCA. Les constatations de fait sont insuffisantes pour que la Cour de céans puisse se prononcer à la place de l'autorité précédente. Il y a donc lieu de lui renvoyer la cause pour qu'elle prenne une nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF).”

2.10. In concreto l'interessata è tornata abile al lavoro al 40% in attività leggere con effetto dal mese di gennaio 2015. In base all'età della persona assicurata, dello stato del mercato del lavoro, tenuto conto delle possibilità reali di ritrovare un'attività che tenga conto delle limitazioni funzionali (sentenza 4A_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.4) a partire da gennaio 2015 all'interessata va assegnato un termine di 4 mesi, scadente il 30 aprile 2015 durante il quale versare indennità al 100%. Ritenuto che l'assicuratore convenuto ha già versato le citate indennità piene fino a tale data (cfr. doc. A3), resta da esaminare in quale percentuale l'attrice è incapace al guadagno dal 1° maggio 2015.

Come visto l'assicuratore convenuto ha ammesso un obbligo prestativo nella misura del 60% (LXIV), che questo Tribunale non ha motivo di mettere in discussione. Del resto, l'UAI, con il progetto di decisione del 23 novembre 2016 è giunto ad un grado d'invalidità leggermente inferiore (58%, cfr. doc. E).

La convenuta dovrà inoltre versare indennità al 100% durante i periodi in cui l'attrice è stata degente in ospedale e segnatamente: dal 14 settembre 2015 al 2 ottobre 2015, dal 6 dicembre 2015 all'8 dicembre 2015 e dal 1° febbraio 2016 al 12 marzo 2016 quando è stata ricoverata presso la clinica _____, rispettivamente presso l'Ospedale _____ di

_____ e l'Ospedale _____ di _____ (cfr. affermazione di RA 1 contenuta nello scritto doc. XIV, nonché perizia doc. LIV/1: “[...] benché la dr.ssa _____ abbia certificato una IL a tratti piena e a tratti assente (maggio e giugno 2015), che a parte nei periodi di ricovero stazionario in cui la IL era completa, l'assicurata abbia presentato, a partire dall'aprile 2014 una IL piena e da gennaio 2015, in seguito al miglioramento attestato dalla Dr.ssa _____, il permanere di una IL del 40% (diminuzione del rendimento) per motivi psichiatrici che, anche attualmente, perdura in ogni attività“; sottolineatura del redattore).

2.11. L'attrice chiede anche il versamento degli interessi al 5%.

Per quanto concerne gli interessi va rammentato che con sentenza 4A_468/2008 del 20 febbraio 2009 il TF ha rammentato:

" 3.2 Il ricorrente si aggrava anche contro la decisione sugli interessi di mora. Invano. 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 (JÜRGE 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'assicuratore deve versare prestazioni per il periodo dal 1° maggio 2015. La prima interpellazione agli atti successiva a tale data è quella del 9 settembre 2015 (doc. A27), ricevuta dalla convenuta al più presto il giorno seguente, tramite la quale l'attrice ha chiesto all'assicuratore di “voler corrispondere le prestazioni sulla base della certificazione medica in vostro possesso” (doc. A27). E' a partire dal 10 settembre 2015 che la convenuta deve di conseguenza versare gli interessi al 5% (cfr. sentenza 36.2015.36 dell'11 novembre 2015) da calcolare su ogni singola prestazione giornaliera. Il 3 giugno 2015, pur affermando di essere tuttora inabile al 100%, l'assicurata si è infatti limitata a chiedere “di versare l'indennità giornaliera dal 01.02.2015 al 30.04.2015 sulla base della certificazione medica della Dott.ssa _____ sul conto corrente postale N 69-67-0, intestato a RA 1, come da procura in vostro possesso”, ciò che l'assicuratore ha fatto. Del resto quel periodo non è oggetto del contendere (cfr. anche doc. LVII/+1, dove gli interessi sono chiesti dal 1° maggio 2015).

2.12. In conclusione, la convenuta va condannata al versamento di indennità giornaliera nella misura del 60% dal 1° maggio 2015 fino ad esaurimento delle prestazioni ed al 100% dal 14 settembre 2015 al 2 ottobre 2015, dal 6 dicembre 2015 all'8 dicembre 2015 e dal 1° febbraio 2016 al 12 marzo 2016 (in quest'ultimo caso solo se le prestazioni non sono già esaurite). Dal 10 settembre 2015 sono dovuti interessi al 5% secondo le modalità di cui al considerando precedente.

2.13. Alla luce di quanto sopra, l'attrice è parzialmente vincente in causa. Essa chiede le ripetibili.

L'assicurata, come spiegato in corso di udienza, per i motivi che seguono, non può essere rappresentata né da RA 1, né da

_____.

Il TF, in tema di assicurazioni complementari all'assicurazione obbligatoria delle cure medico sanitarie, ha sottolineato come la procedura in discussione è retta dal CPC. La giurisprudenza, in DTF 138 III 558 consid. 3.2, ha evidenziato infatti che:

" [...] Dies hat zur Folge, dass die ZPO für Streitigkeiten aus der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (auch vor den Versicherungsgerichten) die maßgebliche Verfahrensordnung bildet (RÜETSCHI, a.a.O., N. 15 zu Art. 7 ZPO; HÄRTSCH, a.a.O., N. 7 zu Art.

E. 6

dicembre 2015 al 13 dicembre 2015 compreso (doc. A33), mentre il 29 settembre 2015 la dr.ssa _____ ha certificato che in accordo con lo specialista reumatologo Dr. _____ e con la specialista Dr.ssa _____, viste le condizioni psicofisiche della paziente

(riacutizzazione della sintomatologia algica su importante deflessione del tono dell'umore), si è deciso di ricoverare la stessa presso la Clinica _____ per riabilitazione psicomotoria e supporto psicologico (doc. A31). Vi sono poi ulteriori certificati prodotti il 18 gennaio 2015 (doc. XX), tra cui quello della dr.ssa med. _____ che attesta un'incapacità dal 1° gennaio 2016 al 1° febbraio 2016 incluso (doc. A36) e quello del dr. med. _____ che attesta un'incapacità lavorativa totale dal 14 gennaio 2016 al 31 gennaio 2016 (doc. 37), indicando quale procedere la rimozione dei punti di sutura il giorno 25 gennaio 2016 presso il proprio medico curante (doc. 37). Sono poi stati prodotti gli atti AI, dai quali in sintesi emerge una perizia del 27 febbraio 2016 del dr. med. _____, specialista FMH reumatologia e medicina interna, il quale ha concluso per una capacità lavorativa totale dell'attrice dal 10 novembre 2014 (doc. XXV/3); una perizia del 6 maggio 2016 della dr.ssa med. _____ e del dr. med. _____, psichiatri, che sostengono che "benché la dr.ssa Salari abbia certificato una IL a tratti piena e a tratti assente (maggio e giugno 2015), che a parte nei periodi di ricovero stazionario in cui la IL era completa, l'assicurata abbia presentato, a partire dall'aprile 2014 una IL piena e da gennaio 2015, in seguito al miglioramento attestato dalla Dr.ssa _____, il permanere di una IL del 40% (diminuzione del rendimento) per motivi psichiatrici che, anche attualmente, perdura in ogni attività. Tale percentuali tengono conto del decorso e delle fluttuazioni della sintomatologia" (doc. LIV/1, pag. 23); una perizia del dr. med. _____, specialista FMH neurologia, che il 22 agosto 2016 dopo la visita del 29 aprile 2016 ha affermato come "tenendo conto delle limitazioni sopra espresse, in un'attività adeguata, l'assicurata potrebbe essere abile al lavoro per un 60%, da considerarsi nel contesto di una diminuzione del rendimento", aggiungendo che "La presente valutazione tiene in considerazione aspetti differenti rispetto a quelli valutati dal collega Dr. med. _____ (... omissis...) per cui le due incapacità lavorative dovranno essere cumulate perlomeno in modo parziale, verosimilmente fino all'ottenimento di una IL al 60%" (doc. LIV/2). Il 17 ottobre 2016 il medico SMR, dr. med. _____, posta la diagnosi principale con influsso sulla capacità lavorativa di artrite reumatoide, fattore reumatoide e anticorpi anti- CCP positivi,

ANA-negativa: attualmente in remissione sotto terapia di base, sindrome di Sjogren, alterazioni degenerative della colonna cervicale (discopatie plurisegmentali da C4 a C7), disturbi statici del rachide (appiattimento della dorsale, accentuata lordosi lombare con scoliosi sinistroconvessa), sintomatologia dolorosa cronica degli arti inferiori in ambito di polineuropatia sensitiva delle piccole fibre bilaterale, distale, l'ulteriore diagnosi con influsso sulla capacità lavorativa di depressione atipica (F 32.8) e la diagnosi senza influsso sulla capacità lavorativa di tiroidite di Hashimoto, colon spastico e cervicalgia e lombalgia cronica, ha certificato una completa inabilità lavorativa dal mese di aprile 2014 e un'incapacità lavorativa al 60% in qualsiasi attività dal mese di gennaio 2015. A questo proposito il medico SMR nelle osservazioni conclusive ha scritto: "Dr. med. _____ (perizia neurologica del 22.08.2016) La presente valutazione tiene in considerazione aspetti differenti rispetto a quelli valutati dal collega Dr. med. _____per cui le due incapacità lavorative dovranno essere cumulate perlomeno in

modo parziale....fino all'ottenimento di una IL al 60%. Come casalinga l'assicurata può svolgere secondo tempi e ritmi non scanditi da Impostazioni esterne una capacità lavorativa residua del 75%. Le limitazioni funzionali e capacità lavorative residue espresse in questa valutazione possono essere attivate dall'agosto 2014" (doc. LIV/3). Nelle osservazioni del 9 novembre 2016 l'attrice contesta le conclusioni sostenendo di essere inabile al lavoro in maniera completa da aprile 2014 senza alcuna interruzione (allegato doc. LVII).

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). Nel caso evaso dall'Alta Corte lo scorso settembre, si trattava di 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 infine 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). Va ancora evidenziato 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.”).

2.7. Affinché un rapporto medico in ambito psichiatrico sia ritenuto affidabile, esso deve adempiere diverse condizioni (cfr. D. Cattaneo, “La promozione dell'autonomia del disabile: esempi scelti dalle assicurazioni sociali”, in RDAT II-2003, pag. 571 seg., in particolare la nota 158, pag. 628-629; D. Cattaneo, “Le perizie nelle assicurazioni sociali” in Le perizie giudiziarie Ed. CFPG, Lugano e Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2008 pag. 203 e segg. (249-254).

Innanzitutto la diagnosi deve essere espressa da uno specialista in psichiatria e fondata sui criteri posti da un sistema di classificazione riconosciuto scientificamente (cfr. STF 9C_815/2012 del 12 dicembre 2012; DTF 131 V 49; DTF 130 V 396 segg.; DTF 127 V 294; Mosimann (Somatoforme Störungen: Gerichte und [psychiatrische] Gutachten, in: SZS 1999 pag. 105 ss). Il medico deve pronunciarsi sulla gravità dell'affezione e 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 suddetti criteri. Inoltre, l'esperto deve esprimersi sull'aspetto psicosociale della persona esaminata. Il rifiuto del carattere invalidante 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 32.1999.124 del 27 settembre 2001).

2.8. In concreto, alla luce della giurisprudenza federale, questo Tribunale non ha alcun motivo per scostarsi dalle valutazioni del medico SMR, dr. med. _____ che ha concluso per una incapacità lavorativa totale dell'attrice dal mese di aprile 2014 al 31 dicembre 2014 e per un'incapacità lavorativa del 60% in qualsiasi attività dal mese di gennaio 2015 e che si è basato per queste valutazioni sulle conclusioni motivate, prive di contraddizioni e approfondite, dei referti del 6 maggio 2016 della dr.ssa med. _____ e del dr. med. _____ in ambito psichiatrico e del 22 agosto 2016 del dr. med. _____ in ambito neurologico. In effetti, il loro referto non contiene contraddizioni e 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, gli esperti hanno espresso il loro 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) ed hanno preso in considerazione tutti i mali di cui si lamenta l'attrice e la documentazione da lei prodotta. Del resto alle sue contestazioni nelle osservazioni del 9 novembre 2016 l'interessata non ha allegato alcuna documentazione medica specialistica atta a sovvertire le convincenti conclusioni del medico SMR, dr. med. _____. Le considerazioni dell'attrice manifestamente non costituiscono una contestazione motivata come l'esige la giurisprudenza federale (cfr. sentenza 4A_318/2016, consid. 3.2), rammentato inoltre che il valore probatorio di un rapporto medico non dipende, di massima, dalla durata della visita, quanto piuttosto dalla sua completezza e concluzione (cfr. sentenza 9C_1013/2008 del 23 dicembre 2009, I 1094/06 del 14 novembre 2007, in RSAS 2008 pag. 393 consid. 3.1.1 con riferimenti).

In particolare non sono tali le certificazioni del 7 marzo 2016 della dr.ssa med. Isella, curante e non specialista, che si limita a ribadire il suo punto di vista e del 3 marzo 2016 del dr. med. _____ che riprende quando già detto in precedenza, parlando del resto di decorso "caratterizzato da una relativa stabilità" (doc. F2), quella dell'8 marzo 2016 della dr.ssa med. _____ che attesta il ricovero dal 1° febbraio 2016 presso l'Ospedale _____ (doc.

XXIX/1) o quello del 7 marzo 2016 del dr. med. _____, che attesta una completa incapacità lavorativa limitandosi a descrivere una situazione nota (doc. 45), del 23 marzo 2016 della dr.ssa med. _____ che si limita ad attestare un'incapacità lavorativa totale (doc. XXXV/1) o dell'8 giugno 2016 del dr. med. _____ che riprende quanto già detto (doc. XLII/1: "il decorso di questa paziente è caratterizzato da una relativa stabilità clinica"), né quelli del 19 aprile 2016, 12 maggio 2016 e del 24 giugno 2016 della dr.ssa med. _____ che si limitano ad attestare l'incapacità lavorativa (G44- 46) e le varie certificazioni di inabilità lavorativa senza motivazione o senza contestazioni particolari. Va del resto ricordato, circa il ruolo del medico SMR, che per l'art. 59 cpv. 2bis LAI i servizi medici regionali sono a disposizione degli uffici AI per valutare le condizioni mediche del diritto alle prestazioni, stabiliscono la capacità funzionale dell'assicurato - determinante per l'AI secondo l'articolo 6 LPGGA - di esercitare un'attività lucrativa o di svolgere le mansioni consuete in una misura ragionevolmente esigibile e sono indipendenti per quanto concerne le decisioni in ambito medico nei singoli casi. Scopo e senso del disposto come pure dell'art. 49 OAI risiedono nella possibilità, per gli uffici AI, di fare capo a propri medici per la valutazione degli aspetti sanitari del diritto alla rendita. Questi ultimi, grazie alle loro

specifiche conoscenze medico-assicurative, sono quindi chiamati a valutare la capacità funzionale della persona assicurata. In questo modo è stata creata una chiara separazione di competenze tra medici curanti e assicurazione sociale. Sulla base delle indicazioni del SMR, l'UAI deve così decidere cosa si può ragionevolmente pretendere da un assicurato e cosa invece no (v. sentenza 9C_9/2010 del 29 settembre 2010, 9C_323/2009 del 14 luglio 2009 consid. 4.2, in SVR 2009 IV n. 56 pag. 174, con riferimenti). Visto quanto sopra, sulla base delle affidabili e concludenti risultanze mediche agli atti, richiamato inoltre l'obbligo che incombe all'assicurata di intraprendere tutto quanto sia ragionevolmente esigibile per ovviare alle conseguenze del discapito economico cagionato dal danno alla salute (DTF 123 V 233 consid. 3c; DTF 117 V 278 consid. 2b), se necessario intraprendendo una nuova professione (DTF 113 V 28, consid. 4a), è da ritenere dimostrato che l'attrice è capace al lavoro al 40% (riduzione del rendimento del 60%) in attività leggere adeguate al suo stato di salute dal 1° gennaio 2015. Essa va inoltre ritenuta completamente inabile al lavoro dal 14 settembre 2015 al 2 ottobre 2015, dal 6 dicembre 2015 all'8 dicembre 2015 e dal 1° febbraio 2016 al 12 marzo 2016 quando è stata degente presso la clinica _____, rispettivamente presso l'Ospedale _____ di _____ e l'Ospedale _____ di _____ (cfr. affermazione di RA 1 contenuta nello scritto doc. XIV, nonché perizia doc. LIV/1: "[...] benché la dr.ssa Salari abbia certificato una IL a tratti piena e a tratti assente (maggio e giugno 2015), che a parte nei periodi di ricovero stazionario in cui la IL era completa, l'assicurata abbia presentato, a partire dall'aprile 2014 una IL piena e da gennaio 2015, in seguito al miglioramento attestato dalla Dr.ssa _____, il permanere di una IL del 40% (diminuzione del rendimento) per motivi psichiatrici che, anche attualmente, perdura in ogni attività"; sottolineatura del redattore).

Va ancora qui rilevato che non è necessario attendere l'esito della visita del 27 novembre 2016 presso la Dr.ssa med. _____, cui l'attrice accenna nello scritto del 14 novembre 2016 (doc. LIX), poi avvenuta il 23 novembre 2016 (cfr. doc. F), ritenuto che nel caso di specie le indennità giornaliere, essendo dovute per 730 giorni al massimo dal 16 aprile 2014, sarebbero comunque già esaurite al momento della visita. Va inoltre evidenziato che l'interessata in sede AI è stata visitata anche dal reumatologo, dr. med. _____.

Va ora esaminato quali sono le conseguenze di questa valutazione. 2.9. In primo luogo, ritenuto che l'attrice è incapace al lavoro in maniera continuativa, la questione del passaggio nell'assicurazione individuale non si pone, essendo assicurata per il tramite dell'assicurazione collettiva (art. 7 cpv. 5 CGA; cfr. consid. 2.2).

In secondo luogo va rammentato che 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 exprime 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. (...)."

Per cui, in caso d'incapacità lavorativa durevole nell'ambito dell'attività abituale, come nel caso di specie, 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. In DTF 133 III 527, il TF ha affermato:

" (...) 3.2.1 L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2). Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c non publié à l'ATF 127 III 106; arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA était l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduisait, 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; ATF 114 V 281 consid. 3a; voir aussi VINCENT BRULHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise - questions choisies*, 2006, p. 95 ss, 107). 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 K 14/99 du 7 février 2000, publié in *Assurance-maladie et accidents [RAMA] 2000 n° KV 112 p. 122, consid. 3a*; voir aussi JEAN- LOUIS DUC, *Assurance sociale et assurance privée*, 2003, p. 109-111).”

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).

A questo proposito in una sentenza 4A_111/2010 del 12 luglio 2010 il TF ha già avuto modo di affermare:

" (...)

E. 7

ZPO; DOMINIK VOCK, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2010, N. 3 zu Art. 7 ZPO; gegenteilige Meinung vgl. UELI SPITZ, *Eidgenössische ZPO und Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung*, Jusletter vom 20. Dezember 2010 Rz. 14 ff.). [...] Das zweite Modell, welches in der Folge von der Rechtskommission des National- und Ständerates angenommen wurde, sah ausdrücklich vor, dass die Kantone zur Beurteilung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen eine einzige Instanz vorsehen können, die aber je nach Anspruch zwei verschiedene Verfahrensordnungen anwenden muss; Streitigkeiten aus der Grundversicherung bleiben dem ATSG (Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [SR 830.1]) unterstellt, jene aus der Zusatzversicherung werden nach der ZPO beurteilt. [...]”; cfr. anche la sentenza 4A_178/2015 dell'11 settembre 2015 pubblicata in DTF 141 III 433.”

L'art. 243 cpv. 2 lett. f CPC prevede che senza riguardo al valore litigioso, la procedura semplificata si applica nelle controversie derivanti da assicurazioni complementari

all'assicurazione sociale contro le malattie secondo la legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie.

Per l'art. 68 cpv. 1 CPC ogni parte con capacità processuale può farsi rappresentare nel processo. Secondo l'art. 68 cpv. 2 CPC sono autorizzati a esercitare la rappresentanza professionale in giudizio in tutti i procedimenti gli avvocati legittimati ad esercitare la rappresentanza dinanzi a un tribunale svizzero giusta la legge del 23 giugno 2000 sugli avvocati (lett. a), dinanzi all'autorità di conciliazione, nelle controversie patrimoniali in procedura semplificata (come quella in esame [cfr. art. 243 cpv. 2 lett. f CPC]), nonché nelle pratiche evase in procedura sommaria, i commissari e agenti giuridici patentati, se il diritto cantonale lo prevede (lett. b), nelle pratiche evase in procedura sommaria secondo l'articolo 251 CPC i rappresentanti professionali a tenore dell'articolo 27 LEF (lett. c), dinanzi al giudice della locazione e al giudice del lavoro, i rappresentanti professionalmente qualificati, se il diritto cantonale lo prevede (lett. d).

Per quanto concerne l'art. 68 cpv. 2 lett. b CPC, come rammenta il Prof. dott. Francesco Trezzini nel Commentario al CPC (redatto con Bruno Cocchi e Giorgio A. Bernasconi, ADV editore, 2011, ad art. 68 pag. 247) "La LA CPC / TI non prevede alcunché al riguardo, né in Ticino vi è una legislazione che prevede queste figure, cosicché esse permangono finora sconosciute nella realtà giurisdizionale ticinese".

Circa l'art. 68 cpv. 2 lett. d CPC, l'art. 12 LACPC/TI prevede che:

"1In applicazione dell'articolo 68 capoverso 2 lettera d CPC, limitatamente alle cause condotte in procedura semplificata (art. 243 e seguenti CPC) e in procedura sommaria (art. 248 e seguenti CPC), la rappresentanza processuale professionale è pure riconosciuta:

a) in materia di contratto di locazione e d'affitto:

- ai rappresentanti o impiegati di associazioni professionali o di categoria;
- ai fiduciari con l'autorizzazione cantonale o loro impiegati;
- agli amministratori d'immobili oggetto della lite o loro impiegati;

b) in materia di contratto di lavoro:

- ai rappresentanti o impiegati di associazioni professionali o di categoria;
- ai fiduciari con l'autorizzazione cantonale o loro impiegati.[7]

2Alle persone sopraindicate sarà riconosciuta la rappresentanza processuale solo alla condizione che:

- a) siano in possesso di una procura scritta del loro rappresentato;
- b) siano in possesso dell'esercizio dei diritti civili;
- c) siano ritenute dal giudice capaci di proporre e discutere la causa con la necessaria chiarezza."

Una rappresentanza da parte di persone professionalmente qualificate può avvenire solo nelle procedure semplificate o sommarie, in materia di contratto di lavoro (oltre che di locazione e affitto). Per il prof. dott. Trezzini in materia di contratto di lavoro va riconosciuta alle associazioni di lavoratori (sindacati) o a quelle padronali "che adempiono alle condizioni per potere sottoscrivere un contratto collettivo di lavori ai sensi dell'art. 356 CO" (v. STF 4P.101/2006 del 24 ottobre 2006 consid. 6 citati dal prof. Trezzini alla nota

673). Il medesimo autore (pag. 249) considera che la norma in discussione espliciti “correttamente che, determinante, è la materia ... lavorativa” invece della figura del giudice. Da notare – come ricorda ancora Trezzini – che la lettera della legge in lingua francese e tedesca esprime invece il concetto di “giurisdizione speciale”, quindi di Tribunale del lavoro che il diritto ticinese non conosce. Il prof. dott. Trezzini ne deduce che “... questa norma cantonale, quand’anche fondata sul buon senso e come tale è espressione di legittime aspettative, appare di dubbia compatibilità con il diritto federale” se si privilegia l’interpretazione storica mentre lo è se si privilegia lo “strumento dell’interpretazione teleologica”.

Va ancora qui segnalato come dai fatti figuranti in una sentenza 4A_185/2016 del 18 maggio 2016, dove il TF ha dichiarato inammissibile il ricorso, emerge quanto segue:

“1. C._____ ha convenuto in giudizio, facendosi rappresentare dal Sindacato A._____, la B._____ con istanza di conciliazione 23 novembre 2015 in cui ha indicato un valore litigioso di fr. 18'980.-- composto di pretese salariali ed indennità per disdetta abusiva.

2.

Il 7 dicembre 2015 il Segretario assessore della Pretura del distretto di Lugano ha deciso di non ammettere la rappresentanza dell'istante da parte del Sindacato A._____ (dispositivo n. 1) e ha fissato all'istante un termine di 15 giorni per procedere come ai considerandi e cioè di comunicare alla Pretura il suo domicilio e di munirsi di un rappresentante professionale autorizzato o di procedere con atti propri (dispositivo n. 2).

3. Con sentenza 23 febbraio 2016 la III Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino ha respinto l'appello presentato dal Sindacato A._____ contro il dispositivo n. 1 della decisione pretorile. Ha dapprima rilevato che il Sindacato A._____ esercita una rappresentanza professionale onerosa, assimilabile a quella riservata agli avvocati. Ha poi indicato che l'insorgente non contesta il principio secondo cui le associazioni professionali o di categoria giusta gli art. 68 cpv. 2 lett. d CPC e 12 cpv. 1 della legge ticinese di applicazione del codice di diritto processuale civile svizzero (LACPC) ammesse a rappresentare una parte nelle controversie derivanti dal contratto di lavoro sono quelle dei datori di lavoro o dei lavoratori ai sensi dell'art. 356 CO, che possono essere parte a un contratto collettivo di lavoro. La Corte cantonale ha continuato spiegando partitamente gli elementi che permettono di determinare la capacità di concludere contratti di lavoro collettivi e ha negato che essi siano adempiuti dal Sindacato A._____. Rileva segnatamente che questo nemmeno pretende di essere stato o di essere operativo nel contesto di un contratto collettivo di lavoro né di aver aderito successivamente a un contratto collettivo di lavoro, ma si è limitato ad invocare, con riferimento alla tutela degli interessi dei suoi affiliati, la facoltà di rappresentarli in giudizio. (...)”

Alla luce di quanto sopra esposto questo Tribunale conclude che nell’ambito delle cause inerenti le indennità giornaliere per perdita di guadagno a causa di malattia, ossia in cause dove, come in concreto, oggetto del contendere sono prestazioni sostitutive del salario, oltre agli avvocati legittimati ad esercitare la rappresentanza dinanzi a un tribunale svizzero giusta la legge del 23 giugno 2000 sugli avvocati (art. 68 cpv. 2 lett. a CPC), la rappresentanza vada riconosciuta anche alle associazioni professionali o di categoria giusta gli art. 68 cpv. 2 lett. d CPC e 12 cpv. 1 della legge ticinese di applicazione del codice di diritto processuale civile svizzero (LACPC) e ai fiduciari con l’autorizzazione cantonale o

loro impiegati, ammessi a rappresentare una parte nelle controversie derivanti dal contratto di lavoro.

In concreto, esclusa d'acchito l'applicazione dell'art. 68 cpv. 2 lett. b e lett. c CPC, va evidenziato come _____, rispettivamente RA 1, non adempiono i presupposti per la rappresentanza né ai sensi dell'art. 68 cpv. 2 lett. a CPC, né ai sensi dell'art. 68 cpv. 2 lett. d CPC. _____ non è infatti un avvocato legittimato ad esercitare la rappresentanza dinanzi a un tribunale svizzero giusta la legge del 23 giugno 2000 sugli avvocati, né un fiduciario con autorizzazione cantonale (cfr. <http://www4.ti.ch/di/dg/fiduciari/albo-online/albo-online-dei-fiduciari/>) e RA 1 non è un'associazione di datori di lavoro o di lavoratori ai sensi dell'art. 356 CO, che può essere parte a un contratto collettivo di lavoro.

Nel caso di specie la convenuta non ha comunque eccepito la rappresentanza di RA 1 e di _____, il quale è stato reso attento della necessità di far capo ad un altro rappresentante, rispettivamente della possibilità per l'attrice di agire da sola, con

scritto del 31 maggio 2016 (doc. XL). Ritenuto che per prassi pluriennale questo Tribunale ha sempre accettato la rappresentanza di persone cognite in materia, come avviene tuttora per le cause inerenti le assicurazioni sociali, e che dunque per RA 1 e per _____, che da numerosi anni rappresentano le assicurate e gli assicurati innanzi al TCA, si tratta di una modifica della pluridecennale giurisprudenza cantonale fino ad ora peraltro non ancora sancita da una sentenza di merito e facente seguito all'entrata in vigore il 1° gennaio 2011 del CPC federale e delle successive sentenze federali che rendono di principio esclusiva l'applicazione della procedura federale, nel caso di specie all'attrice le ripetibili vanno comunque riconosciute.

2.14. 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)."

Va ancora 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.

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.