

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20190114\_i\_ti\_o\_02 vom 14. Januar 2019**

FINMA Versicherungsrecht, 2019-01-14, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20190114\\_i\\_ti\\_o\\_02](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20190114_i_ti_o_02)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20190114\_i\_ti\_o\_02 du 14 janvier 2019

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20190114\_i\_ti\_o\_02 del 14 gennaio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 2**

½ anni, con psoriasi cutanea da 20 anni con partecipazione delle unghie, importante attività infiammatoria a livello delle mani, piedi, colonna vertebrale, particolarmente cervicale e articolazioni sacroiliache, alterazioni distruttive a carico della mani, dei piedi, delle anche e delle articolazioni sacroiliache; anchilosi della colonna vertebrale, particolarmente importante a livello della colonna

cervicale (doc. 21/3). Il dr. med. \_\_\_\_\_ ha ricordato che “la perizia pluridisciplinare portava alla conclusione che l’assicurato andava considerato abile al lavoro nella misura del 50% nella sua attività di gestore di locali notturni, ristoranti, ecc.; a quel momento l’assicurato era ritenuto totalmente inabile al lavoro in ogni attività pesante e mediamente pesante, mentre in lavori amministrativi, in lavori di ufficio e lavori di rappresentanza ed altri lavori leggeri, generalmente variati che gli permettessero brevi pause al bisogno, andava ritenuto inabile nella misura del 50% come combinazione tra tempo e rendimento”. Lo specialista ha stabilito che “la spondilartrite psoriasica con coinvolgimento assiale e periferico necessitante di un trattamento analgesico con derivati della morfina porta ad una diminuzione del rendimento, sull’arco di una giornata lavorativa normale di 8-9 ore, quantificabile del 60%, al più tardi a decorrere dal 21.10.2016, ossia dalla data della visita medico-fiduciaria reumatologica” (doc. 21/7). Il TCA ha interpellato la dott. \_\_\_\_\_ per stabilire la percentuale d’incapacità lavorativa dell’attore dal 1° settembre 2016 al 31 dicembre 2016 “derivante complessivamente dalle cefalee recidivanti DD: emicrania e dalla sindrome lombo spondilogenica cronica (senza l’artrite psoriasica)”, rispettivamente “derivante dalle sole cefalee recidivanti DD: emicrania” e ancora “derivante dalla sola sindrome lombo spondilogenica cronica” (doc. XXIII). La curante ha comunicato che l’inabilità lavorativa nel 2016, da maggio, ribadita nel mese di settembre “e perdurata fino a fine anno” derivante da “artrite psoriasica” ha causato una “inabilità lavorativa del 100%”, mentre la “Sindrome lombo-spondilogenica cronica prevalentemente nell’ambito della prima diagnosi (spondilo artropatia psoriasica)” anch’essa è causa di una inabilità lavorativa del 100% “proprio perché conseguenza della patologia principale per la quale era già certificata un IL 100%”. Per “l’emicrania senza aura”, curata dalla neurologa dott. \_\_\_\_\_, la dott. \_\_\_\_\_ ha indicato pure un’inabilità lavorativa del 100% “come da indicazione della valutazione della neurologa che indica una disabilità legata alla malattia di alto grado” (doc. XXV). Dall’allegato referto del 22 giugno 2016 della dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna, già responsabile Centro Cefalee Università di \_\_\_\_\_ Ospedale \_\_\_\_\_, emerge come l’attore “mi ha riferito di aver cominciato a soffrire di questo disturbo all’età di 50 anni in coincidenza con l’inizio della terapia per l’artrite psoriasica con Ciclosporina, bisogna però tenere presente che negli anni 2010-2011

aveva passato comunque un periodo molto difficile per problemi di lavoro, la diagnosi della malattia ed un trasloco” e che “le crisi possono insorgere in qualunque momento nell’arco della giornata (mattino o pomeriggio), non presentano giorni preferenziali nell’arco della settimana né variazioni legate alle stagioni, durano tipicamente 2-3 giorni e si manifestano in media 3 volte al mese (...)”. La specialista ha posto la diagnosi di emicrania senza aura (ICHD-3 beta 1.1), ha sottolineato che le crisi sono comparse dopo un periodo di tensione psichica prolungata ed in coincidenza con l’inizio della terapia con Ciclosporina che “come noto, può peggiorare l’emicrania” e ha rilevato che il “questionario MIDAS somministrato, ha evidenziato una disabilità legata alla malattia di grado molto elevato”. Alla luce di quanto sopra questo Tribunale deve innanzitutto concludere che l’interessato è stato incapace al lavoro al 100% dal 30 maggio 2016 al 20 ottobre 2016 a causa dell’artrite psoriatICA, delle cefalee recidivanti DD: emicrania e della sindrome lombospondilogenA cronica.

Questa valutazione non è contestata dall’assicuratore (cfr. risposta, doc. V) e non vi è del resto documentazione medica atta a sovvertire le conclusioni della dr.ssa med. \_\_\_\_\_. Per il periodo successivo, e meglio dal 21 ottobre 2016, occorre invece far capo alle valutazioni del dr. med. \_\_\_\_\_, FMH reumatologia, il quale, dopo aver visitato l’attore, aver riassunto gli atti, tra cui il certificato del 10 ottobre 2016 della curante, dr.ssa med. \_\_\_\_\_, l’anamnesi personale dell’assicurato, l’anamnesi recente e l’esame reumatologico del 21 ottobre 2016, ha stabilito che l’unica patologia che giustifica un’incapacità lavorativa nell’attività di direttore di night club è la spondilartrite psoriasica con coinvolgimento assiale periferico necessitante di un trattamento analgesico con derivati della morfina che porta ad una diminuzione del rendimento quantificabile del 60% al più tardi a decorrere dal 21 ottobre 2016 (doc. 21/7). Lo stesso specialista non ha escluso che grazie alle cure farmacologiche instaurate l’attore possa riacquisire una capacità lavorativa del 50% (doc. 21/7). In assenza di una contestazione circostanziata da parte dell’attore del referto del dr. med. \_\_\_\_\_, non vi è alcun motivo per distanziarsi dalle sue conclusioni (DTF 141 III 433 e sentenze 4A\_571/2016 del 23 marzo 2017, consid. 4.2; 4A\_42/2017 del 29 gennaio 2018 (parzialmente pubblicata in DTF 144 III 136), consid. 3.1 e seguenti).

## **E. 2.6**

Nel caso di specie l’assicuratore sostiene tuttavia di non dover versare alcuna prestazione all’attore poiché le patologie diagnosticate dalla dr.ssa med. \_\_\_\_\_ e dal dr. med. \_\_\_\_\_ e che hanno portato l’interessato ad essere dapprima completamente incapace al lavoro, ossia artrite psoriatICA, cefalee recidivanti DD: emicrania e sindrome lombospondilogenA cronica, ed in seguito incapace al lavoro al 60%, erano già presenti prima della conclusione del contratto che ha avuto inizio il 1° aprile 2016 e di conseguenza in applicazione dell’art. 9 LCA l’attore non avrebbe diritto a nulla. Per l’art. 9 LCA, riservati i casi di cui all’articolo 100 cpv. 2, il contratto di assicurazione è nullo se, al momento in cui fu concluso, il rischio era già scomparso o il sinistro già accaduto. L’art. 100 cpv. 2 LCA prevede che per gli stipulanti e gli assicurati considerati disoccupati ai sensi dell’articolo 10 della legge del 25 giugno 1982 sull’assicurazione contro la disoccupazione sono inoltre applicabili per analogia gli articoli 71 capoverso 1 e 73 della legge federale del 18 marzo 1994 sull’assicurazione malattie. Secondo l’art. 97 cpv. 1 LCA (prescrizioni inderogabili) non si possono modificare mediante convenzione, tra gli altri, l’art. 9. In una sentenza del 19 ottobre 2000, pubblicata in DTF 127 III 21, il TF ha stabilito

che giusta l'art. 9 LCA i sinistri già accaduti non possono, in linea di principio, essere assicurati (cosiddetto divieto dell'assicurazione retroattiva). Se l'assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all'esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili. In quell'occasione l'Alta Corte ha evidenziato che il riprodursi di sintomi di una malattia soggetta a ricadute giuridicamente non può essere assimilata ad una nuova malattia o ad un sinistro parziale, ma ad una continuazione di una patologia già presente, e meglio alla realizzazione di un rischio già accaduto ai sensi dell'art. 9 LCA ("Daraus folgt aber, dass das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenem, rückfallgefährdeten Krankheit juristisch nicht

als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen ist, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG"). In DTF 136 III 334 (sentenza 4A\_163/2010 del 2 luglio 2010) il TF, al consid. 3, ha precisato che per sinistro, si intende la realizzazione del rischio assicurato; il sinistro è il realizzarsi dell'avvenimento paventato a causa del quale il contratto è stato concluso. L'Alta Corte ha rammentato che in applicazione dell'art. 9 LCA il contratto è nullo se il rischio contro il quale ci si vuole assicurare è già sopraggiunto al momento della conclusione del contratto (cfr. anche sentenza 8C\_324/2007 del 12 febbraio 2008). L'art. 9 LCA non deve essere confuso con la reticenza; questo disposto rende il contratto nullo anche se le parti non sapevano che, al momento della conclusione, il sinistro era già realizzato (DTF 127 III 21, consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004 del 9 luglio 2004, consid. 2.1.2). Nel caso in cui un sinistro parziale è già accaduto, è possibile assicurarsi contro la parte di rischio non ancora realizzata se la sua realizzazione è aleatoria (DTF 127 III 21, consid. 2b/aa; sentenza B 101/02 del 22 agosto 2003 consid. 4.5). Se una malattia si è già dichiarata, non è possibile assicurarla, anche se non si manifesta più al momento della conclusione del contratto, se delle ricadute ulteriori appaiono come un'evoluzione normale (in DTF 127 III 21 consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004 il TF ha affermato: „[...] Ist eine Krankheit im Sinne dieser Definition bei Vertragsschluss bereits ausgebrochen, so ist die Versicherung gegen ihre Folgen nach Art. 9 VVG ausgeschlossen, unbekümmert darum, ob sie noch andauert (vgl. BGE 118 V 158 E. 5c S. 169) [...]"). Nel caso giudicato dal TF il rischio assicurato era l'incapacità di guadagno dovuta ad una malattia o ad un infortunio. Dalle costatazioni delle autorità cantonali non era emerso che l'assicurato era stato incapace al guadagno a causa del suo disturbo ossessionale compulsivo prima della conclusione del contratto. Il rischio assicurato non si era pertanto mai realizzato prima della conclusione del contratto. Secondo le costatazioni cantonali il disturbo ossessionale compulsivo non era stato diagnosticato al momento della conclusione del contratto, la sua evoluzione verso un'incapacità di lavoro era incerta e l'assicurato ignorava tutto della sua patologia. Non si era in un caso in cui, al momento della conclusione del contratto d'assicurazione, era già sicuro che il rischio si sarebbe realizzato. Per l'Alta Corte l'assicuratore ha concluso un contratto con un assicurato che, per ragioni inerenti alla sua persona, ma sconosciute ad entrambe le parti, costituiva un cattivo rischio. Non si tratta di circostanze che permettono all'assicuratore di liberarsi dai suoi obblighi contrattuali, poiché ruolo dell'assicuratore è quello di assumersi i rischi, operando una sorta di compensazione tra casi buoni e casi meno buoni. Con sentenza pubblicata in DTF 142 III 671 (cfr. anche sentenza 4A\_12/2016 del 23 maggio 2017; sentenza 4F\_10/2017 del 25 ottobre 2017 [revisione della sentenza 4A\_626/2016 del 22 marzo 2017]), il Tribunale federale ha ulteriormente precisato la giurisprudenza ed ha

stabilito che nell'ambito dell'assicurazione contro la perdita di guadagno in caso di malattia (indennità giornaliera in caso di malattia) il rischio assicurato non è la malattia ma l'incapacità lavorativa derivante dalla malattia (consid. 3.9: "Nach dem Gesagten musste der Versicherungsvertrag in guten Treuen so verstanden werden, wie auch das Bundesgericht und die Mehrheit der Lehre dies in Bezug auf diesen Versicherungstypus tun: Versichert ist mit der Krankentaggeldversicherung die

(krankheitsbedingte) Arbeitsunfähigkeit. Der Versicherungsfall tritt mithin nicht bereits mit der Krankheit ein. Nachdem die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu einem Ergebnis geführt hat, bleibt für die Unklarheitsregel kein Raum"). Occorre in altre parole stabilire se il rischio assicurato, ossia l'incapacità lavorativa, si era già realizzato per la medesima malattia. Non è sufficiente che la malattia si fosse già manifestata in precedenza. Inoltre in DTF 142 III 767 il Tribunale federale ha stabilito che l'art. 4 cpv. 2 della convenzione di libero passaggio secondo cui in caso di cambiamento dell'assicuratore il nuovo assicuratore deve riprendere i sinistri in corso alle condizioni del contratto di assicurazione anteriore, non viola il divieto dell'assicurazione retroattiva. In sintesi la persona assicurata, che ha cambiato datore di lavoro ed assicuratore, in applicazione della convenzione di libero passaggio tra assicuratori del 1° gennaio 2006 e della CGA in quel caso applicabili, ha diritto al pagamento delle indennità giornaliere anche se diventa inabile per una malattia per la quale il precedente assicuratore aveva già versato prestazioni (cfr. consid. 7.2).

#### **E. 2.7**

Nel caso di specie, l'assicurato è stato inabile al lavoro al 100% dapprima a causa dell'artrite psoriatca, delle cefalee recidivanti DD: emicrania e della sindrome lombospondillogena cronica ed in seguito al 60% unicamente per l'artrite psoriatca (cfr. consid. 2.5). Interpellata dal TCA per indicare precisamente i documenti da cui emergono i periodi in cui l'interessato è già stato incapace al lavoro per malattia a causa dell'artrite psoriatca, a causa delle cefalee recidivanti DD (emicrania) e a causa della sindrome lombospondillogena cronica (doc. 17/2), prima di iniziare il lavoro presso la \_\_\_\_\_, la convenuta ha affermato che "per quanto riguarda i documenti atti a dimostrare i periodi di inabilità lavorativa causati dall'artrite psoriatca, dalle cefalee recidivanti DD (emicrani) e dalla lombospondillogena cronica, CV 1 ha fatto riferimento proprio al doc. 17/2. Inoltre, leggendo il consid. 2.5 della sentenza del TCA del

#### **E. 2.8**

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'attore.

#### **E. 5**

febbraio 2016, inc. 36.2015.93, sembra di capire che l'assicurato sia stato inabile al lavoro a causa dell'artrite psoriatica già nel 2015. Continuando a leggere la summenzionata sentenza, segnatamente il considerando 2.7 (secondo paragrafo), si può notare come l'assicurato già nel 2008 sia stato inabile al lavoro a causa dell'artrite psoriatica." Il doc. 17/2, cui fa riferimento, consiste nel più volte citato certificato medico della dr.ssa med. \_\_\_\_\_ del 10 ottobre 2016 dove viene semplicemente indicata la diagnosi, con la precisazione che l'artrite psoriatica è presente dal 2005. Nulla viene tuttavia detto circa un'eventuale incapacità lavorativa antecedente il 1° aprile 2016 derivante dalle patologie citate. Anche dalla sentenza 36.2015.93 del 5 febbraio 2016 relativa al medesimo attore, prodotta dall'assicuratore, ma concernente un altro caso, non si può desumere che per tutte e tre le patologie diagnosticate dalla dr.ssa med. \_\_\_\_\_ vi sia già stata in passato un'incapacità lavorativa. Occorre pertanto esaminare gli atti dell'AI. Dal referto pluridisciplinare del SAM del 29 dicembre 2008 allestito su incarico della stessa CV 1 presso la quale l'assicurato era affiliato anche a quell'epoca, emerge che l'attore era stato giudicato

incapace al lavoro al 50% nella sua attività di gestore di locali notturni e ristoranti a causa dell'artrite psoriatica, con psoriasi cutanea da 20 anni con partecipazione delle unghie, importante attività infiammatoria a livello delle mani, piedi, colonna vertebrale, particolarmente cervicale e articolazioni sacroiliache, alterazioni distruttive a carico della mani, dei piedi, delle anche e delle articolazioni sacroiliache; anchilosi della colonna vertebrale, particolarmente importante a livello della colonna cervicale. Questa patologia figura quale malattia all'origine di danni irreversibili ai piedi, alle mani ed alle anche (doc. 244 pag. 890/997 incarto AI) e dell'incapacità lavorativa del 50% nell'attività di gestore di locali notturni e ristoranti (doc. 244 pag. 890/997 incarto AI). In precedenza egli, per la medesima patologia, è stato incapace al lavoro al 100% e lo stesso assicuratore aveva versato le relative indennità giornaliere per malattia dal 12 giugno 2007 al 31 maggio 2009, ossia fino all'esaurimento delle prestazioni (doc. XIX/1; cfr. doc. 232, pag. 843 e 844/997 incarto AI). Ne segue che l'interessato non ha diritto ad indennità derivanti dall'incapacità lavorativa dovuta alla citata malattia. Né l'assicurato può vantare un diritto derivante dall'incapacità lavorativa al 100% dovuta alla sindrome lombo-spondilogenica cronica prevalentemente nell'ambito della prima diagnosi (spondiloartropatia psoriasica), poiché, come emerge dalle risposte della dr.ssa med. \_\_\_\_\_ del 10 dicembre 2018, è la conseguenza della "patologia principale" per la quale era già certificata un'incapacità lavorativa del 100% (doc. XXV; cfr. anche referto del 23 dicembre 2011 del dr. med. \_\_\_\_\_, doc. 87, pag. 626-627/997 incarto AI). Resta da stabilire se l'attore può chiedere prestazioni sulla base dell'incapacità lavorativa derivante dall'emigrania senz'aura (ICHD-3 beta 1.1), presente dal 2011 e che ha reso l'interessato inabile al lavoro al 100% per un determinato periodo. Come emerge dal referto del 22 giugno 2016 della dr.ssa med. \_\_\_\_\_ l'attore ha rilevato di aver cominciato a soffrire di tale patologia in coincidenza con l'inizio della terapia con Ciclosporina assunta per attenuare gli effetti dell'artrosi psoriatica. La specialista ha evidenziato che le crisi emicraniche sono sorte "dopo un periodo di tensione psichica prolungata ed in coincidenza con l'inizio della terapia con Ciclosporina che, come noto può peggiorare l'emigrania" (doc. XXV/1). Anche il dr. med. \_\_\_\_\_, che con certificato dell'11 dicembre 2013 aveva diagnosticato una sospetta emigrania tra le patologie senza incidenza sulla capacità lavorativa (doc. 115, pag. 428/997 incarto AI), in un certificato del 3 febbraio 2016, dopo aver diagnosticato la presenza delle cefalee recidivanti DD: emigrania, ha affermato che "dal mio punto di vista

nella DD rientra un'emicrania o una problematica in relazione a una sindrome cervicospondilogenica. Anche la ciclosporina può causare cefalee" (pag. 269/997, doc. 71, incarto AI). Ne segue che l'incapacità lavorativa derivante dall'emicrania senz'aura (ICHD-3 beta 1.1) è conseguenza dei trattamenti messi in atto per curare la patologia di base (artrite psoriatice) e pertanto non può fondare un diritto a prestazioni di indennità giornaliera. L'attore non può neppure invocare la citata DTF 142 III 767 (cfr. consid. 2.6) poiché dagli atti emerge che dal 12 giugno 2007 al 31 maggio 2009 ha già beneficiato di indennità giornaliera per malattia fino all'esaurimento delle prestazioni (cfr. pag. 850/997, doc. 236 e

doc. XIX/1), a causa dell'incapacità totale o parziale derivante dall'artrite psoriatice. L'applicazione della DTF 142 III 767 va pure esclusa per il fatto che dall'estratto del conto individuale agli atti (doc. 28/4), dalle risposte fornite dall'interessato su richiesta del TCA (doc. XIV) e dalla nota del 1° marzo 2018 dell'UAI (pag. 85-89/997, doc. 20 incarto AI), non è possibile concludere che l'interessato abbia comprovato di essere stato continuativamente assicurato contro la perdita di guadagno in caso di malattia successivamente al sorgere dell'incapacità lavorativa dovuta all'artrite psoriatice nel giugno 2007 (cfr. doc. XIX/1; cfr. doc. 232, pag. 843 e 844/997 incarto AI; cfr. doc. 28/4): l'assicurato non è stato in grado di fornire un elenco ragionato, completo e comprensibile dei datori di lavoro e degli assicuratori che si sono succeduti (cfr. doc. XV, pag. 2). Ne segue che non vi sono i presupposti per riconoscere all'attore indennità giornaliera dal mese di settembre 2016. La petizione deve di conseguenza essere integralmente respinta.

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