

TI_GERICHTE 35.2010.69 vom 19. April 2011

TI Tribunale d'appello, 2011-04-19, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_35.2010.69

FR: TI_GERICHTE 35.2010.69 du 19 avril 2011

IT: TI_GERICHTE 35.2010.69 del 19 aprile 2011

Regeste

7/06inc.con scooter.9/07ass.inf.negato prest.:attiv.x - di 8h/settim.6/08trans.omologata da TCA(rinvio atti x accert.).9/10nuovo rifiuto prest.Periodo x ult.atti istr.eccessivo.Secondo prob.prep.ass.al mom.inf. assic.anche per inf.non prof.Secondo metodo sia settim.che della media lavorato almeno 8h

Erwägungen

E. 1

del 13 ottobre 2008, Doc. 86). L'CO 1 ha infatti in prima battuta voluto sentire l'amministratrice unica presso la sede della ditta (a quell'incontro ha peraltro partecipato pure il legale della società) alla sola presenza dell'ispettore (colloquio avvenuto il 4 novembre 2008, cfr. Doc. 87) e si è rifiutato, in un primo tempo, di sottoporre i quesiti supplementari suggeriti dal patrocinatore del ricorrente (cfr. Doc. 84). L'ispettore incaricato ha accettato di sottoporre tali quesiti soltanto il 26 agosto 2009 (cfr. Doc. 122 e Doc. 128) dopo avere interpellato la Divisione giuridica presso la Direzione dell'CO 1 di _____ alla quale è stato trasmesso l'incarto (cfr. Doc. 112; Doc. 115; Doc. 122), dopo uno scritto dell'avv. RA 1 del 16 febbraio 2009 (cfr. Doc. 108). In definitiva l'audizione dell'amministratrice unica alla presenza delle due parti è avvenuta soltanto il 12 marzo 2010 (cfr. Doc. 141; Doc. 132) e la decisione formale è stata emessa sei mesi dopo (cfr. Doc. 143 – Doc. 161). A questo proposito il TCA ricorda, innanzitutto, che, per rispettare il diritto di essere sentiti, le audizioni nell'ambito della procedura amministrativa devono essere effettuate in presenza delle parti. Ad esempio in una sentenza 8C_360/2007 del 3 settembre 2008 l'Alta Corte si è così espressa: " (...). La LPGA non prevede per contro la prova testimoniale (contrariamente ad esempio alla LAM che all'art. 88 dispone l'obbligo di testimoniare di persone tenute a fornire informazioni, DTF 119 V 208 consid. 3d pag. 212), né quindi le modalità d'assunzione dei testi, le quali sono però disciplinate dall'art. 18 PA (applicabile all'assicuratore infortuni in virtù dell'art. 1 cpv. 2 PA e dell'art. 55 cpv. 1 LPGA; Kieser, ATSG-Kommentar, Zurigo/Basilea/Ginevra 2003, no. 22 all'art. 28), secondo cui le parti hanno il diritto d'assistere all'audizione dei testimoni e di porre domande complete. L'audizione testimoniale può tuttavia avvenire solo ai presupposti di cui agli art. 14 segg. PA, che non autorizzano l'assicuratore infortuni a procedervi (Kieser, op. cit., no. 4 all'art. 43). Nella procedura amministrativa, prevalentemente scritta, la prova testimoniale ha del resto un'importanza minore (Kieser, op. cit., no. 22 all'art. 43; FF 1999 pag 3956). Al riguardo il Tribunale federale ha già precisato che in tale ambito l'audizione di testimoni è, segnatamente a causa della severa sanzione penale prevista in caso di una falsa testimonianza, un mezzo di prova sussidiario (DTF 130 II 169 consid. 2.3.3 pag. 173), specificando che se nel processo civile l'audizione di testimoni (art. 42 segg. PC) costituisce la regola e la raccolta d'informazioni l'eccezione, nella procedura amministrativa vale il

contrario e l'audizione di testi avviene unicamente se la fattispecie non può essere sufficientemente chiarita in altro modo, ad esempio con informazioni da parte di terzi (consid. 2.3.4). Secondo la medesima sentenza (consid. 2.3.5, che fa riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale delle assicurazioni in materia di partecipazione ad un sopralluogo e all'audizione di un perito, DTF 119 V 208 consid. 5c pag. 217 e 117 V 282 consid. 4c pag. 285) tuttavia, in applicazione analogica dei principi dell'art. 18 PA, anche le audizioni di persone chiamate a dare informazioni sono di regola da effettuare in presenza delle parti. 5.3.2 Nella sentenza H 177/03 del 15 giugno 2004 il Tribunale federale delle assicurazioni ha inoltre precisato che dall'art. 29 cpv. 2 Cost. non si può dedurre il diritto incondizionato di partecipare all'assunzione di un teste, se non in procedura penale (v. consid. 3.1). In procedura amministrativa tuttavia questo diritto può essere soppresso soltanto in circostanze del tutto particolari quali l'urgenza (DTF 124 V 90 consid. 4a pag. 93; art. 18 cpv. 2 PA; a titolo di esempio si confronti il caso esposto in DTF 130 II 169 consid. 2.3.5 pag. 174). Il Tribunale ha pure statuito che il diritto di assistere all'assunzione dei testi si può dedurre pure dal principio dell'oralità che si applica alla prova testimoniale. Ciò comporta pure la possibilità di porre o far porre delle domande complementari. L'art. 18 PA configura pertanto un aspetto del diritto di essere sentito (DTF 124 V 90 consid. 4b pag. 94). Per quanto riguarda la questione circa un'eventuale esclusione, a titolo eccezionale, della presenza della parte in occasione della raccolta di informazioni, l'autorità dispone di un potere di apprezzamento più ampio rispetto a quello previsto dalla legge in materia di prove testimoniali (art. 18 cpv. 2 PA; DTF 130 II 169 consid. 2.3.5 pag. 174).”

Nella fattispecie relativa alla pronunzia appena citata, l'assicuratore LAINF aveva proceduto all'audizione del direttore e della responsabile del reparto cure dell'istituto in cui lavorava l'assicurata, in assenza di quest'ultima e del suo patrocinatore. Il rapporto allestito in quell'occasione era stato allegato alla decisione formale intimata al patrocinatore dell'assicurata, il quale, in sede di opposizione, aveva sollevato delle obiezioni circa le dichiarazioni rese dai testi. L'ispettore aveva quindi risentito il direttore e la responsabile del reparto cure, i quali erano stati chiamati a rispondere a una serie di domande estrapolate dalle obiezioni sollevate dall'assicurata. Il relativo verbale, sottoscritto da entrambi gli interpellati, era stato trasmesso al rappresentante dell'assicurata, il quale aveva criticato il modo di procedere, rinviato alle censure sollevate in precedenza, nonché chiesto l'emanazione della decisione su opposizione. Con la sentenza 35.2006.102 del 31 maggio 2007, questa Corte ha accertato la violazione del diritto di essere sentito nella misura in cui i testi erano stati sentiti in assenza dell'assicurata, violazione che l'Alta Corte ha confermato, rilevando in particolare che “... non vi era motivo alcuno per non permettere all'intimata di partecipare all'assunzione delle informazioni, che vanno considerate tutt'altro che secondarie (si confronti anche DTF 119 V 208 consid. 4b pag. 214) per la risoluzione della vertenza, trattandosi di stabilire quale fosse la capacità lavorativa (residua) dell'assicurata nell'attività svolta precedentemente all'infortunio, e quindi ai fini di accertare il reddito da invalido e il grado di invalidità; né vi erano altri motivi (del resto neppure la ___ lo ha mai sostenuto; si veda in proposito DTF 130 II 169 consid. 2.3.5 pag. 174) per escludere eccezionalmente la parte dall'audizione delle persone obbligate a informare.” (STF 8C_360/2007 succitata, consid. 7). In un'altra sentenza 35.2010.20 del 30 giugno 2010, il TCA ha accolto il ricorso dell'assicurato rilevando in particolare: “ (...) Chiamata a pronunciarsi - analogamente a quanto deciso nella sentenza 35.2006.102 del 31 maggio 2007, confermata dal TF con pronunzia 8C_360/2007 del 3 settembre 2008 (si veda in proposito il consid. 2.5. del presente giudizio) -, questa Corte ritiene che vi sia stata, da

parte dell'assicuratore LAINF convenuto, una violazione – non sanabile - del diritto di essere sentito dell'assicurato. Da una parte, le informazioni raccolte dal funzionario dell'A presso l'ex datore di lavoro sono di grande importanza, nella misura in cui sono servite a determinare il reddito da valido e, quindi, l'entità della rendita di invalidità spettante al ricorrente. D'altra parte, se è vero che esse sono state consegnate in verbali e che l'assicurato ha avuto la possibilità, in sede di opposizione, come pure con la propria impugnativa al TCA, di esprimersi in merito, è altrettanto vero che, in ossequio alla giurisprudenza federale precedentemente menzionata, l'amministrazione avrebbe dovuto andare oltre e permettere a _____, rispettivamente, alla sua rappresentante, di prendere parte all'audizione. Del resto, nella presente fattispecie, non è ravvisabile alcuna circostanza giustificante la soppressione, eccezionale, del diritto dell'insorgente di prendere parte all'assunzione del teste X. In esito a quanto precede, annullata la decisione su opposizione del 16 marzo 2010, la causa va rinviata all'amministrazione affinché proceda di nuovo all'interrogatorio dell'ex datore di lavoro, concedendo questa volta all'assicurato e alla sua patrocinatrice la possibilità di parteciparvi. (...)" Alla luce della giurisprudenza appena riprodotta nella presente fattispecie l'amministratrice unica della _____ SA avrebbe dunque dovuto essere sentita immediatamente alla presenza delle due parti come richiesto dal patrocinatore dell'assicurato. Se l'CO 1 avesse agito conformemente ai principi posti dalla giurisprudenza federale, già ricordata ed applicata in più occasioni anche dal TCA, la decisione formale e la decisione su opposizione sarebbero state senz'altro emesse più tempestivamente. Le modalità con le quali l'CO 1 ha proceduto alla verbalizzazione delle dichiarazioni dell'amministratrice unica il 12 marzo 2010, sono state contestate in sede di udienza dal rappresentante dell'assicurato (cfr. Doc. XVI pag. 5-6: "... Il presidente del TCA legge il punto 27 del ricorso. L'avv. RA 1 conferma di ricordare che è stata la sig.ra _____ ad affermare quanto riportato fra virgolette. Al sig. _____ viene chiesto di produrre la copia del verbale. Il sig. _____ risponde che il verbale non è stato firmato dalle parti e che egli ha allestito personalmente il rapporto 12.3.2010, dopo di che la minuta è stata da lui distrutta. Il presidente del TCA ricorda per l'ennesima volta all'CO 1 che i verbali di audizione devono essere firmati da tutti i presenti e conservati nell'incarto. L'avv. RA 1 sottolinea che alla fine dell'udienza del 12 marzo 2010 il sig. _____ ha affermato esplicitamente che l'audizione della sig.ra _____ aveva permesso di chiarire che l'ing. RI 1 operava anche all'esterno, per cui "era tutto a posto". Il sig. _____ precisa che secondo lui soggettivamente era tutto a posto ma che attendeva della documentazione ulteriore a conferma di quello che era emerso nel corso dell'incontro. Egli precisa che proprio in attesa di tale documentazione non ha fatto firmare il verbale. Riteneva infatti che dopo avere ricevuto quanto richiesto ci sarebbero stati gli estremi per poter accettare la pratica. Il sig. _____ su precisazione dell'avv. RA 1, conferma che in quell'occasione tutti i punti relativi alle affermazioni della signora _____ erano stati chiariti e che egli aspettava ulteriore documentazione. ..."). Al riguardo il TCA ricorda che il verbale (anche la brutta copia) deve essere immediatamente firmata dalla persona che viene sentita oltre che dalle parti presenti e dai loro patrocinatori. A tale proposito in una sentenza 35.2008.95 del 18 maggio 2009, questo Tribunale ha rilevato: "(...) È vero che il rapporto ispettivo del 23 maggio 2007 non è stato controfirmato dall'insorgente in segno di accettazione (cfr. doc. 25 - inc. III), modo di procedere che il Presidente del TCA non ha mancato di stigmatizzare, in quanto lesivo del diritto di essere sentito dalla persona assicurata (doc. XIII, p. 2: "Il presidente del TCA ribadisce che anche in questi casi i verbali devono essere fatti firmare perché possono rivelarsi rilevanti anche

anni dopo.”; cfr. al riguardo STCA 35.2004.83 del 19 settembre 2005, consid. 2.7; STCA 35.2003.86 del 23 marzo 2004, consid. 2.4 e STFA U 257/01 del 26 novembre 2001). (...)” Nel caso concreto l’ispettore dell’CO 1, anziché agire in questo modo ha semplicemente elaborato e firmato un rapporto con il riassunto degli elementi emersi nel corso dell’audizione. Questo rapporto è stato prima redatto a brutta copia da lui stesso e poi sempre da lui trascritto senza tuttavia trasmetterlo ai partecipanti per la firma (a differenza di quanto era avvenuto per l’audizione dell’amministratrice unica del 4 novembre 2008, cfr. Doc. 87; Doc. 92; Doc. 94; Doc. 98-103) Tale modo di operare è contrario ai principi fissati dalla giurisprudenza appena ricordata. L’CO 1 è dunque formalmente invitato a modificare finalmente la sua prassi. Infine questo Tribunale, senza volersi sostituire alle modalità di accertamento dei fatti rilevanti che spettano all’amministrazione in virtù dell’art. 43 LPGa, ritiene tuttavia che in un caso delicato come quello presente sarebbe stato opportuno che all’audizione dell’amministratrice unica, accompagnata da un legale, alla presenza dell’assicurato, pure accompagnato dal proprio patrocinatore, anche l’CO 1 avesse delegato pure un giurista e non solo l’ispettore incaricato. Ciò avrebbe verosimilmente permesso di allestire un verbale nelle dovute forme debitamente firmato da tutti i partecipanti. A proposito del rapporto del 12 marzo 2010 va peraltro sottolineato che, al di là degli aspetti formali appena sottolineati, i contenuti essenziali dello stesso non sono contestati, in particolare per quel che concerne le dichiarazioni dell’amministratrice unica relativamente all’attività di RI 1 anche sui cantieri (cfr. Doc. 141 pag. 1). Nel merito della vertenza questo Tribunale si fonderà dunque (anche) sul contenuto dello stesso. Nel merito 2.2. IL TCA è chiamato a stabilire se l’infortunio occorso il 29 luglio 2006 a RI 1, deve essere assunto dall’CO 1, quale assicuratore contro gli infortuni della ditta _____ SA, oppure no. Secondo l’art. 1a cpv. 1 LAINF, sono assicurati d’obbligo, ai sensi della presente legge, i lavoratori occupati in Svizzera, compresi quelli a domicilio, gli apprendisti, i praticanti, i volontari e le persone che lavorano nei laboratori d’apprendistato o protetti. Il cpv. 2 recita, da parte sua, che il Consiglio federale può estendere l’assicurazione obbligatoria alle persone vincolate da rapporto analogo a quello risultante da un contratto di lavoro. Esso può esentare dall’obbligo segnatamente i familiari collaboranti nell’impresa, i dipendenti irregolari e le persone beneficiarie di privilegi, immunità e facilitazioni di cui all’articolo 2 capoverso 2 della legge del 22 giugno 2007 sullo Stato ospite. Ai sensi dell’art. 3 cpv. 1 LAINF, l’assicurazione inizia il giorno in cui il lavoratore comincia o avrebbe dovuto cominciare l’attività in virtù dell’assunzione, in ogni caso però dal momento in cui egli s’avvia al lavoro. Essa termina allo spirare del 30° giorno susseguente a quello in cui cessa il diritto almeno al semisalaro (cpv. 2). L’assicuratore deve offrire all’assicurato la possibilità di prorarre l’assicurazione, mediante accordo speciale, fino a 180 giorni (cpv. 3). L’art. 6 cpv. 1 LAINF recita che, per quanto non previsto altrimenti dalla legge, le prestazioni assicurative sono effettuate in caso d’infortuni professionali, d’infortuni non professionali e di malattie professionali. Secondo l’art. 7 cpv. 1 LAINF, sono infortuni professionali quelli (art. 4 LPGa) di cui è vittima l’assicurato nell’eseguire lavori per ordine del datore di lavoro o nell’interesse di quest’ultimo (lett. a) oppure durante le pause, come pure prima o dopo il lavoro se autorizzato a rimanere sul luogo di lavoro o entro la zona di pericolo inerente alla sua attività professionale (lett. b). Sono pure infortuni professionali quelli di cui sono vittima gli occupati a tempo parziale, la cui durata di lavoro è inferiore al minimo previsto dal Consiglio federale, e occorsi sul tragitto per recarsi al lavoro o sulla via di ritorno (cpv. 2). Giusta l’art. 8 cpv. 1 LAINF, sono infortuni non professionali tutti quelli (art. 4 LPGa) che non rientrano nel novero degli infortuni

professionali. Gli occupati a tempo parziale ai sensi dell'articolo 7 capoverso

E. 1.3

Cette réglementation spéciale sur les travailleurs à temps partiel repose principalement sur deux considérations. D'une part, il n'est guère possible d'inclure les accidents non professionnels dans l'assurance obligatoire pour cette catégorie de personnes, car il faudrait percevoir sur de bas salaires des primes démesurément élevées pour couvrir ce risque pendant de longues interruptions de travail (Message à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents du 18 août 1976, FF 1976 III 189). D'autre part, il est apparu justifié, aux yeux du législateur, de prendre en considération le fait que les travailleurs à temps partiel sont fréquemment exposés, en raison de leur activité, aux risques de la circulation routière et, par conséquent, de leur accorder une pleine couverture d'assurance pour le chemin parcouru pour se rendre au travail ou pour en revenir (message précité, p. 168)." (DTF 134 V 414-415) Per determinare come debba essere calcolato il tempo di lavoro di persone occupate a tempo parziale che lavorano in maniera irregolare (per il caso di un assicurato che lavorava regolarmente due ore la settimana, cfr. SVR 2009 UV Nr. 59), entrano in linea di conto due metodi alternativi. Secondo il primo, gli occupati a tempo parziale sono assicurati contro gli infortuni non professionali ogni singola settimana durante la quale essi lavorano almeno otto ore. Conformemente al secondo, è invece assicurato contro gli infortuni non professionali, colui che, sull'arco di tre mesi, è stato occupato in media tutte le settimane almeno otto ore oppure che, nella maggioranza delle settimane in cui egli ha lavorato, ha raggiunto un pensum settimanale di almeno otto ore (STF U 165/04 del 19 luglio 2005, consid. 2; DTF 126 V 353 consid. 3 e riferimenti ivi menzionati). Sino ad oggi il Tribunale federale non ha deciso a quale dei due metodi debba essere accordata la precedenza (cfr. STF 8C_868/2009 del 6 settembre 2010 consid. 2.1). Nella sentenza 8C_868/2009 del 6 settembre 2009 il Tribunale federale ha confermato il rifiuto della copertura per gli infortuni non professionali ad un'assicurata, assunta tramite un contratto di lavoro orale dal 1° luglio 1999 e punta da una zecca nel periodo estate-autunno 2000, in quanto l'istruttoria ha dimostrato che nell'anno 2000 lei aveva lavorato soltanto durante la stagione invernale. Al riguardo l'Alta Corte si è così espressa: " Wenn die Versicherte entsprechend dem Arbeitszeugnis der X. _____ GmbH vom 30. Juni 2005 eine Ganzjahrestätigkeit (im Winter 100 % und im Sommer rund 40 %) inne gehabt haben soll, ist nicht nachvollziehbar, weshalb die entsprechenden Löhne in den Sommermonaten nicht deklariert wurden. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag, der allenfalls Aufschluss geben könnte, besteht nicht. Zudem liegen keine Stundenrapporte über die Arbeitsleistungen vor. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die erst im Beschwerdeverfahren eingereichte Bestätigung der beiden Inhaber der X. _____ GmbH vom 1. Mai 1998 betreffend Vereinbarung über "Einsatz und Entlohnung der Sommermonate", wonach der Arbeitseinsatz der Versicherten in dieser Zeit durchschnittlich rund zwei Tage in der Woche betrug, als wenig glaubhaft würdigte, zumal, wie sie zu Recht vermerkt, zuvor erklärt worden war, dass keine schriftliche Abmachung bestehe. Zudem ist nicht ausser Acht zu lassen, dass diese Vereinbarung zwischen den beiden Inhabern der X. _____ GmbH und ihren Ehegattinnen abgeschlossen worden ist. Die Bestätigung überzeugt überdies insofern nicht, als die Versicherte anlässlich der persönlichen Besprechung vom 18. Februar 2008 mit dem Schadensinspektor der AXA in Anwesenheit ihres Ehemannes (Versicherungsnehmer) ausgeführt hat, während der Wintermonate habe sie beinahe in einem 100 % Pensum gearbeitet, im Sommer habe sich das Pensum auf höchstens einen Tag pro Woche reduziert. Gemäss diesem Bericht vom 22.

Februar 2008 betrieb das Ehepaar S. _____ überdies in den im Betrieb schwachen Sommermonaten noch einen Hof für Ackerbau, vor allem Spargeln. Die Spargelernte erfolgte jeweils ab Ende April bis in den Juni. Wenn also davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin den grössten Teil der Stunden in den Monaten Oktober bis März geleistet hat, kann aufgrund einer Jahresarbeitszeit von 495.15 Stunden nicht geschlossen werden, dass in den Monaten April bis September 2000 pro Woche mehr als acht Stunden geleistet worden sind. Mithin steht aufgrund der unklaren und widersprüchlichen Aktenlage fest, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten April bis September 2000 nicht während mindestens acht Stunden pro Woche im Betrieb gearbeitet hat, womit in dieser Zeit keine Versicherungsdeckung bestand. Von weiteren Abklärungen sind diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb die Vorinstanz darauf verzichten durfte." Nella sentenza U 165/04 del 19 luglio 2005 l'Alta Corte ha invece confermato l'assenza di copertura per gli infortuni non professionali nel caso di un'assicurata che lavorava a tempo irregolare come sarta nell'atelier del marito e che ha avuto un incidente con la bici il 28 luglio 2002. Al proposito il Tribunale federale ha rilevato: " In den Akten finden sich widersprüchliche Angaben zur von der Beschwerdegegnerin effektiv geleisteten Arbeitszeit, auf welche für die Beurteilung der Frage nach dem Erreichen des vorliegend massgebenden Minimums von acht Stunden pro Woche abzustellen ist (SVR 1998 UV Nr. 19 S. 73 Erw. 4; Urteile I. vom 15. Juli 2003, U 366/01, Erw. 5.1, und S. vom 31. August 2001, U 166/01, Erw. 2b). Ein schriftlicher Arbeitsvertrag, aus welchem sich entsprechende Anhaltspunkte ergeben könnten, liegt nicht vor. Ebenso wenig wurden Stundenrapporte geführt oder Lohnabrechnungen erstellt. Der Unfallmeldung vom 6. September 2002 lässt sich entnehmen, dass der letzte Arbeitstag vor dem Unfall der 19. Juli 2002 war und die Beschwerdegegnerin somit in der Woche vor dem Unfall nicht gearbeitet hat. Des Weiteren wurde in der Unfallmeldung ein Grundlohn (brutto) von Fr. 5000.- pro Jahr angegeben, was bei einem Stundenansatz von Fr. 20.- und unter Berücksichtigung von vier Wochen Ferien einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von etwas mehr als fünf Stunden entspricht. Diese Angabe eines Jahreslohnes von Fr. 5000.- stimmt mit dem für die Steuererklärung erstellten Lohnausweis für das vorangehende Jahr (2001) vom 2. März 2002 überein und deckt sich auch mit dem der Ausgleichskasse Schwyz am 14. Mai 2002 unter Bezugnahme auf den definitiven Jahresabschluss 2001 gemeldeten Lohn für das Jahr 2001. Wie sich den Akten entnehmen lässt, erhob die Ausgleichskasse indessen für die Jahre 2001 und 2002 schliesslich auf einem Lohn von je Fr. 23'000.- Beiträge, dies nachdem der Treuhänder des K. _____ die Ausgleichskasse Schwyz am 13. Dezember 2002 darüber informiert hatte, dass für das Jahr 2001 irrtümlich (am 14. Mai 2002) ein Lohn von Fr. 5000.- statt Fr. 23'000.- gemeldet worden sei und auch der im Jahr 2002 erzielte Lohn Fr. 23'000.- betrage (vgl. auch Lohnbescheinigung 2002 vom 10. Januar 2003), was einem Wochenpensum von rund 24 Stunden entspricht. Diese Lohnsumme von Fr. 23'000.- per 31. Dezember 2001 findet sich auch auf dem im kantonalen Verfahren eingereichten Kontoblatt aus der Buchhaltung des Schneiderateliers. Gegenüber dem Aussendienstmitarbeiter der Mobiliar wurde schliesslich anlässlich einer Besprechung vom 30. Juli 2003 erklärt, dass die Versicherte seit Dezember 2001 ca. zu 50 % arbeite, da die frühere Mitarbeiterin wegen der Kinder die Stelle aufgegeben habe und K. _____ nicht in der Lage gewesen sei, das ganze Arbeitspensum alleine zu übernehmen (Besucherbericht vom 31. Juli 2003).

E. 2

non sono assicurati contro gli infortuni non professionali (cpv. 2). L'art. 13 cpv. 1 OAINF recita che sono assicurati anche contro gli infortuni non professionali i dipendenti occupati a tempo parziale, che lavorano presso un datore di lavoro almeno per otto ore alla settimana. Per i dipendenti occupati a tempo parziale, la cui durata settimanale di lavoro è inferiore a questo minimo, gli infortuni occorsi sul tragitto per recarsi al lavoro e viceversa sono considerati infortuni professionali (cpv. 2). In una sentenza 8C_328/2008 del 24 ottobre 2008 pubblicata in DTF 134 V 412 e in SVR 2009 UV Nr. 14 il Tribunale federale ha deciso che la singola durata di occupazione presso ogni datore di lavoro non può essere addizionata per determinare la durata di lavoro minima richiesta ai fini della copertura degli infortuni non professionali. L'Alta Corte ha anche stabilito che nella misura in cui, nella sua versione francese, agli infortuni professionali assimila soltanto gli infortuni che l'assicurato subisce durante il tragitto dal luogo di domicilio al luogo di lavoro, l'art. 13 cpv. 2 OAINF è conforme alla legge. Il TF ha in particolare sottolineato che: "

E. 4.1

Da die Versicherte - wie feststeht und unbestritten ist - in der Woche vor dem Unfallereignis nicht arbeitete (letzter Arbeitstag gemäss Unfallmeldung: 19. Juli 2002), wäre die für den Versicherungsschutz für Nichtberufsunfälle erforderliche Mindestarbeitszeit bei Anwendung der wochenweisen Bemessungsmethode offensichtlich nicht erfüllt, wie im angefochtenen Entscheid zutreffend festgehalten wird. Was die alternative Durchschnittsmethode anbelangt, sind nach Auffassung der Vorinstanz weitere Abklärungen erforderlich. Sie begründete dies damit, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Versicherte als Ehefrau des Arbeitgebers in der fraglichen Zeitperiode tatsächlich während mehr als acht Wochenstunden gearbeitet habe und deshalb in Beweisschwierigkeiten geraten sei, weil ihr Ehemann bzw. der Arbeitgeber es versäumt habe, rechtzeitig eine ordnungsgemässe und vor allem in zeitlicher Hinsicht nachvollziehbare Lohnausscheidung vorzunehmen. Im Weiteren wäre es nach dem angefochtenen Entscheid angezeigt gewesen, den im Bericht des Aussendienstmitarbeiters der Mobiliar vom 31. Juli 2003 festgehaltenen Sachverhalt (Arbeitspensum von 50 % ab Dezember 2001) zu überprüfen und insbesondere abzuklären, bis wann und in welchem zeitlichen Ausmass die vormalige Mitarbeiterin gearbeitet hat und ob der gesamte Arbeitsaufwand des Schneiderateliers nach dem Ausscheiden der Mitarbeiterin in etwa gleich gross geblieben ist bzw. inwieweit diesbezüglich Veränderungen eingetreten sind. Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, dass sich diese Abklärungen erübrigten und der Versicherungsschutz für den von der Beschwerdegegnerin erlittenen Nichtberufsunfall zu verneinen sei.

E. 4.2

Dieser in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vertretenen Auffassung ist beizupflichten. Entsprechend dem Grundsatz, dass bei sich widersprechenden Angaben der versicherten Person den "Aussagen der ersten Stunde" vorrangige Beweiskraft zukommt (BGE 121 V 47 Erw. 2a mit Hinweisen), weil diese in der Regel unbefangener und zuverlässiger sind als spätere Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können, kommt der in der Unfallmeldung gemachten Angabe eines Lohnes von Fr. 5000.-, was einer unter acht Wochenstunden liegenden durchschnittlichen Arbeitszeit entspricht, grösseres Gewicht zu als den nach Kenntnis der Ablehnungsverfügung vom 3. Dezember 2002 erfolgten, auf eine deutlich über acht Wochenstunden liegende durchschnittliche Arbeitszeit hindeutenden

Darstellungen (Lohn von Fr. 23'000.-). Hinzu kommt, dass die nach Verfügungseröffnung gemachten Angaben mit zahlreichen Widersprüchen behaftet sind: T. _____ und K. _____ hatten gegenüber dem Aussendienstmitarbeiter der Mobiliar anlässlich der Besprechung vom 30. Juli 2003 angegeben, dass T. _____ 1999 bis 2000 nicht und seit Dezember 2001 - nach Ausscheiden der bis dahin beschäftigten Mitarbeiterin - 50 % gearbeitet habe. Mit dieser Darstellung lassen sich die der Mobiliar für die obligatorische Unfallversicherung jeweils Ende Jahr gemeldete "Lohnsumme Frauen" von 1999 Fr. 3979.-, 2000 Fr. 4125.-, 2001 Fr. 300.-, 2002 Fr. 23'000.- und 2003 Fr. 8000.- nicht vereinbaren (ganz abgesehen davon, dass auch ein Widerspruch zu der der Ausgleichskasse im Dezember 2002 für das Jahr 2001 mitgeteilten Korrektur des Lohnes von Fr. 5000.- [gemäss Lohnausweis vom 2. März 2002] auf Fr. 23'000.- besteht). Im Weiteren fällt auf, dass der der Mobiliar am 27. Dezember 2002 für das Jahr 2002 angegebene Lohn von Fr. 23'000.- ein Mehrfaches des in den vorangehenden (1999-2001) und im nachfolgenden Jahr (2003) für die Beschwerdegegnerin bzw. deren Vorgängerin deklarierten Lohnes beträgt, während sich der in der Unfallmeldung für das Jahr 2002 angegebene Lohn von Fr. 5000.- im Rahmen der ab 1999 deklarierten jährlichen Lohnsummen hielt und namentlich auch nicht völlig aus dem Rahmen der von K. _____ bei Abschluss der Versicherung im Jahre 1999 angegebenen provisorischen Lohnsumme von Fr. 6000.- (welche praxisgemäss jeweils Ende Jahr an den effektiv ausbezahlten Lohn angepasst wurde) fiel. Dass der von der Beschwerdegegnerin erzielte Lohn bzw. die von ihr geleistete Arbeitszeit in etwa dem Gehalt bzw. dem zeitlichen Einsatz der Vorgängerin, für welche die Beschwerdegegnerin nach ihren eigenen Angaben sowie denjenigen des Ehemannes und des Treuhänders offensichtlich eingesprungen war, entsprechen sollte, ergibt sich aus dem Besucherbericht vom 31. Juli 2003, gemäss welchem die Beschwerdegegnerin beschäftigt wurde, weil K. _____ nach Ausscheiden der früheren Mitarbeiterin nicht "das ganze Pensum" habe bewältigen können. Hinzu kommt, dass jegliche Anhaltspunkte dafür fehlen und auch nicht geltend gemacht wurde, dass das Auftragsvolumen im Unfalljahr 2002 derart zugenommen hatte, dass dies den in diesem Jahr gemäss den nachträglich gemachten Angaben förmlich in die Höhe geschnellten Lohn der Beschwerdegegnerin zu erklären vermöchte. Bei dieser Sachlage ist nicht zu beanstanden, dass die Mobiliar auf weitere Abklärungen verzichtet hat, da von diesen keine neuen Erkenntnisse zu erwarten waren (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 124 V 94 Erw. 4b, 122 V 162 Erw. 1d mit Hinweis; SVR 2001 IV Nr. 10 S. 28 Erw. 4b mit Hinweisen), und auf den ursprünglich geltend gemachten Lohn von Fr. 5000.- abgestellt hat, welcher einer unter acht Wochenstunden liegenden durchschnittlichen Arbeitszeit entspricht und damit zur Verneinung des Versicherungsschutzes für den von der Beschwerdegegnerin erlittenen Nichtberufsunfall führt." 2.3. Secondo la giurisprudenza federale, è considerato lavoratore ai sensi dell'art. 1a cpv. 1 LAINF, colui che, con uno scopo lucrativo o di formazione e senza dovere sopportare un rischio economico proprio, esegue durevolmente o provvisoriamente un lavoro per un datore di lavoro cui è più o meno subordinato. In caso di dubbio, la qualità di lavoratore deve essere determinata di volta in volta, tenuto conto dell'insieme delle circostanze della concreta evenienza, in particolare avuto riguardo all'esistenza di una prestazione di lavoro, a un vincolo di subordinazione e a un diritto a salario in qualsiasi forma. Dei semplici "colpi di mano" non sono però sufficienti per ammettere l'esistenza di un rapporto di lavoro. Lo stesso vale, ad esempio, quando una persona, per pura cortesia, esercita per un'altra delle attività durante un periodo limitato di tempo (cfr. RAMI 2001 U 418, p. 99 seg., RAMI 1992 U 155 p. 252s. consid. 2b

e DTF 115 V 58ss. consid. 2d e riferimenti ivi citati; si veda, inoltre, Ghélew, Ramelet, Ritter, Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents (LAA), Losanna 1992, p. 20-23 e A. Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Zurigo 2003, p. 1ss.; Jean-Maurice Frésard/Margit Moser-Szeless, L'assurance-accidents obligatoire, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Basilea/Ginevra/Monaco 2007, n. 2ss.). Va infine ricordato che la questione concernente la qualità di lavoratore va normalmente valutata alla luce della forma esteriore della relazione economica e non secondo eventuali divergenti accordi interni intervenuti fra gli interessati (cfr. DTF 115 V 59, consid. 2d e RAMI 1992 U 155 p. 253 consid. 2b). 2.4. Nella procedura amministrativa federale, il principio inquisitorio dispensa le parti dall'obbligo di provare i fatti ma non le libera dell'onere di sopportare le conseguenze della mancanza di prova nel senso che in tal caso il giudice deciderà a sfavore di quella parte che intendeva dedurre un diritto della circostanza di fatto rimasta non provata (cfr. STF 9C_211/2010 del 18 febbraio 2011, consid. 3.3; STF 9C_1089/2009 del 21 gennaio 2011, consid. 4.2; STF 8C_868/2009 del 6 settembre 2009, consid. 2.2; STF 8C_496/2008 del 17 aprile 2009; STFA I 184/04 del 13 aprile 2006; STFA K 35/05 del 17 agosto 2005; STFA C 107/04 del 9 giugno 2005). Ad esempio, in una sentenza U 243/04 del 22 giugno 2005, il TFA ha rilevato: "

E. 4.3

Conformemente alla giurisprudenza, colui che chiede il riconoscimento di prestazioni deve rendere plausibile la sussistenza dei singoli elementi costitutivi dell'infortunio. Qualora non adempia questi requisiti, fornendo indicazioni incomplete, imprecise o contraddittorie, che non rendano verosimile l'esistenza di un infortunio, l'assicurazione non è tenuta ad assumere il caso. Se vi è controversia, spetta al giudice decidere se i presupposti sono dati. Egli stabilisce d'ufficio i fatti di causa; a tal fine può richiedere la collaborazione delle parti. Se la procedura non consente di accertare, secondo il grado della verosimiglianza preponderante - un giudizio di mera possibilità non essendo per contro sufficiente (DTF 115 V 142 consid. 8b; cfr. pure DTF 126 V 360 consid. 5b con riferimenti) -, l'esistenza di tutti gli elementi costitutivi d'infortunio, quest'ultimo deve considerarsi non dimostrato (DTF 116 V 140 consid. 4b, 114 V 305 consid. 5b). Si giustifica pertanto parlare di onere della prova solo nella misura in cui, in loro mancanza ("Beweislosigkeit"), la decisione risulta sfavorevole a quella parte che intendeva dedurre un suo diritto da una circostanza di fatto che è rimasta non provata (RAMI 2004 no. U 515 pag. 421 consid. 2.2, 2003 no. U 485 pag. 259 consid. 5, 1994 no. U 206 pag. 326). Questa regola probatoria trova tuttavia applicazione unicamente se l'istruttoria - condotta in ossequio al principio inquisitorio - non ha permesso di ritenere quantomeno come verosimile l'esistenza di un infortunio (DTF 117 V 264 consid. 3b con riferimenti, 116 V 140 seg. consid. 4b, 114 V 305 consid. 5b, 103 V 176 consid. 2a; RAMI 2004 no. U 518 pag. 436 consid. 4.1, 2003 no. U 485 pag. 259 seg. consid. 5)." 2.5. Nella presente fattispecie la difficoltà a stabilire se RI 1 era o no assicurato anche per gli infortuni non professionali al momento in cui è incorso nell'incidente con lo scooter, deriva dal fatto che, come nei casi precedentemente esposti, giudicati dal Tribunale federale (cfr. STF 8C_868/009 del 6 settembre 2009 e STF U 165/04 del 19 luglio 2005, riprodotte al consid. 2.2) e contrariamente a quanto prescritto all'art. 93 LAINF (questa disposizione legale, relativa alla riscossione dei premi, stabilisce al cpv. 1 che "i datori di lavoro devono procedere regolarmente ad annotazioni da cui risultino, per ogni assicurato, dati esatti circa il genere d'occupazione, il salario, il numero e le date dei giorni lavorativi. Previa richiesta, essi forniscono all'assicuratore altre informazioni su tutto

quanto attiene ai rapporti assicurativi e gli permettono di consultare le annotazioni e le pezze giustificative."), non esiste un controllo delle ore di lavoro da parte della ditta (cfr. Doc. 87 pag. 3; Doc. 31 e Doc. 103). Occorre così esaminare dettagliatamente tutti gli altri elementi che risultano dall'incarto per poter stabilire se RI 1 era assicurato oppure no per gli infortuni non professionali (cfr. art. 16 cpv. 1 Lptca secondo cui il Tribunale accerta d'ufficio con la collaborazione delle parti, i fatti rilevanti per la soluzione della controversia, assume le prove necessarie e le apprezza liberamente. Vedi pure art. 61 cpv. 1 lett. c LPGa). Per quel che riguarda innanzitutto il numero di ore di lavoro complessive svolte dall'assicurato per la _____ SA nella quale l'ing. RI 1 aveva la funzione di responsabile tecnico, iscritto all'albo delle imprese e disponeva di un diritto di firma collettiva a due (cfr. Doc. R2 inc. 35.2007.121, Doc. 61b/21), risulta dal formulario notifica di infortunio del 2 agosto 2006, peraltro non firmato dalla ditta, che egli era impiegato al 60% per complessive 25,20 ore settimanali (cfr. Doc. 1). In un rapporto del 24 ottobre 2006 allestito da _____, ispettore dell'CO 1, dopo una conversazione telefonica con la signora _____, amministratrice unica della ditta, risulta che l'assicurato, dopo essersi occupato dal marzo 2005 della preparazione dell'attività della ditta, dal maggio 2006 lavorava in misura del 60%. L'impresa aveva iniziato ad essere operativa il 1° marzo 2006 con l'assunzione dei primi operai. Da questo rapporto emerge inoltre che l'assicurato al momento dell'infortunio era responsabile di tutte le questioni tecniche dell'impresa e quindi "effettuava sopralluoghi sui cantieri, direzione lavori, curava e sviluppava i contatti con i clienti, allestimento dei capitolati d'offerta, ecc. ." (cfr. Doc. 20). Il contratto di lavoro, nella sua formulazione definitiva, prevede effettivamente un impiego al 60% (cfr. allegato al Doc. 61a). In due scritti del 27 ottobre 2006 (cfr. Doc. 25) e dell'8 novembre 2006 (cfr. Doc. 31) l'amministratrice unica della _____ SA ha attestato all'CO 1 che RI 1 effettuava l'attività in ditta per due giorni la settimana in ragione di 2 ore ogni volta (abituamente il mercoledì e il venerdì, cfr. Doc. 31) e che egli veniva retribuito con uno stipendio di fr. 1'500.-- mensili (circa 15 ore mensili a fr. 100.--, più fr. 100.-- di rimborso spese, cfr. Doc. 25). L'importo di fr. 100.-- al mese è stato peraltro esplicitamente contestato dal ricorrente, che ha proposto un suo calcolo dal quale deriverebbe per un ingegnere dipendente uno stipendio mensile di fr. 17'600.--(cfr. Doc. 64: "8 ore x 22 giorni lavorativi x 100 franchi / ora = fr. 17'600.--. Ma vi sembra possibile???"). Il 4 novembre 2008, in occasione di un colloquio con l'ispettore _____ dell'CO 1, l'amministratrice unica della _____ SA ha confermato che l'indicazione della percentuale di attività lavorativa al 60% è stata inserita su esplicita richiesta di RI 1 (la prima bozza del contratto infatti non la prevedeva cfr. allegato al Doc. 25; allegato al Doc. 40a; allegato al Doc. 61a; Doc. 61b 25-29; allegato 1a e 1b agli scritti dell'CO 1 del 25 luglio 2008, Doc. 78 e 13 ottobre 2008, Doc. 85). Nella comunicazione via fax inviata da RI 1 il 5 luglio 2006 all'amministratrice unica, che è stata alla base della formulazione definitiva del contratto di lavoro, figura l'indicazione secondo cui egli avrebbe lavorato presso l'ufficio della _____ SA per circa 24 ore mensili percependo uno stipendio di fr. 60.-- all'ora (cfr. Doc. 88a: "io vengo in ufficio _____ tutti i lunedì-mercoledì e venerdì dalle ore 13:30 alle ore 15:30 (il mercoledì dovrebbe combaciare con la venuta di _____ !!), per un totale di ca. 24 ore mensili."). In occasione del colloquio del 4 novembre 2008 l'amministratrice unica ha esplicitamente richiamato il contenuto di questa comunicazione dell'assicurato (cfr. Doc. 87 pag. 2). 2.6. Alle circa sei ore settimanali di lavoro svolte presso gli uffici della ditta (cfr. anche Doc. 88a), occorre ancora aggiungere le ore di lavoro direttamente effettuate all'esterno. L'audizione dell'amministratrice unica, alla presenza delle due parti, avvenuta il 12 marzo

2010 ha infatti permesso di confermare quanto figura sul Rapporto relativo al primo contatto telefonico del 24 ottobre 2006 (cfr. Doc. 20) - contrariamente a quanto sembrerebbe risultare dal verbale del colloquio del 4 novembre 2008 (cfr. Doc. 87 pag. 4) - e cioè che RI 1 partecipava effettivamente anche alle attività sul terreno (cfr. Doc. 141 pag. 1 e le osservazioni dell'assicurato stesso, Doc. 142 pag. 3). Del resto in un testo di presentazione dell'azienda (giugno-dicembre 2005) figura in particolare la seguente indicazione: " I nostri ingegneri, geometri e tecnici con la loro esperienza di anni nel settore sono in grado di coordinare al meglio i lavori e rispondere in tempo reale a qualsiasi richiesta ed esigenza dovesse nascere sul cantiere." (allegato al doc. 69) I testi sentiti dal TCA hanno confermato questa circostanza. Innanzitutto il geometra _____, impiegato presso la _____ SA come assistente tecnico al 50% dal 6 al 15 marzo 2006 e al 100% dal 15 marzo 2006, sentito dal presidente del TCA in occasione della precedente vertenza, ha affermato l'11 giugno 2008 che l'ingegner RI 1 controllava il suo lavoro e l'attività eseguita in cantiere. Al riguardo egli si è così espresso: " (...) Sui cantieri i contatti quotidiani li avevo con la manodopera e con l'ingegnere prima dell'incidente. Avevo dei contatti anche con l'amministratrice (anche se non quotidiani) la quale però non viene sui cantieri. L'ing. RI 1 svolgeva attività di controllo sul lavoro che svolgevo io e sull'attività che veniva eseguita in cantiere. Poi teneva le pubbliche relazioni che l'azienda doveva avere sul mercato, in quanto azienda creata da poco. Il presidente del TCA legge al teste l'ultima frase contenuta nel doc. 20 ("come detto... ecc."). Il teste conferma che si tratta proprio di quei compiti. Alcune offerte venivano allestite insieme, è possibile che lui ne elaborasse altre autonomamente, ma io non ero tenuto a saperlo in quanto mio superiore. Riguardo all'intensità dell'attività del sig. RI 1, a richiesta del presidente del TCA, il teste precisa che vi erano dei contatti quotidiani. Con contatti intendo dire che certi giorni ci si sentiva semplicemente al telefono e che in altre circostanze si stava insieme qualche ora in un giorno (il periodo poteva andare da 1 a 3 ore). Con me non è mai stato una giornata intera (8 ore sul cantiere). Non vi erano giorni fissi nei quali il sig. RI 1 veniva sul cantiere. Rispondendo all'avv. RA 2 il teste precisa di avere iniziato la sua attività (a tempo pieno) percependo un salario di CHF 5'500/mensili lordi. Non vi erano altri assistenti sui cantieri, a parte l'ing. RI 1. Rispondendo all'avv. RA 1, il teste afferma di non potere escludere, come già detto in precedenza, che il sig. RI 1 svolgesse attività al di fuori dagli aspetti di cantiere. (...) Non sono in grado di quantificare quante ore settimanali incontravo il sig. Battaini, certi giorni sì e certi altri non lo vedevo del tutto. (...)" (Doc. XX, inc. 35.2007.121 pag. 2-3) Fra gli atti dell'incarto relativi alla presente vertenza figurano pure due dichiarazioni dell'ing. _____ dell'Ufficio Costruzioni delle _____ SA e di _____, tecnico dei cantieri dell'_____ del seguente identico tenore: " Con la presente dichiaro che l'ing RI 1, quale responsabile tecnico della _____ SA, ha effettuato nel periodo di febbraio-luglio 2006, settimanalmente regolari e numerosi incontri con il sottoscritto presso gli uffici di _____ e sui cantieri in corso (_____), oltre alle numerose conversazioni telefoniche di lavoro intrattenute con lo stesso. Confermo inoltre di avere intrattenuto numerosi colloqui di lavoro personalmente con l'ing. RI 1, nella sua qualità di responsabile dell'organizzazione generale in merito ai cantieri _____. Degli incontri avvenivano anche alla presenza degli operai, dei responsabili dell'_____." (Doc. C) Sentito quale teste del Presidente del TCA, il 28 marzo 2011 _____ ha in particolare rilevato: " (...) Rispondendo al presidente del TCA dopo una precisazione dell'ing. RI 1, il sig. _____ precisa che la prima parte della dichiarazione si riferiva esplicitamente a dei cantieri in corso in quel periodo assegnati alla ditta _____, la seconda parte si

riferiva più in generale ad altri lavori (ad esempio avevano il compito di ripristinare la situazione in caso di perdite della condotta dell'acqua potabile o del gas, la ditta aveva il compito di sostanzialmente aprire lo scavo per permettere la riparazione). Si trattava di attività che devono essere regolarmente effettuate quando il cantiere è in esecuzione (ad esempio: consegna delle sottostrutture esistenti / progetto esecutivo, autorizzazioni comunali, modalità dell'intervento, quali tappe eseguire, capita spesso che le differenze di quota indicate nei piani non corrispondono, occorre effettuare delle correzioni). Riguardo alla frequenza degli incontri, preciso che in quel periodo avvenivano due o tre incontri alla settimana. Una volta alla settimana ha luogo la riunione di cantiere alla quale partecipano tutte le parti coinvolte e che dura circa un'ora, se non ci sono problemi (per pianificare i lavori durante tutta la settimana). Inoltre ci trovavamo per risolvere i problemi che si incontravano cammin facendo e che non potevano essere risolti telefonicamente. Sottolineo che personalmente non mi reco sui cantieri, però siccome i due cantieri a _____ erano vicini a casa, avevo occasione di effettuare i sopralluoghi. Rispondendo al presidente del TCA in merito alla dichiarazione prodotta davanti al TCA, il sig. _____ ribadisce di poter parlare solo di questi cantieri e non degli altri. Non sono in grado di dire con precisione quante ore ho discusso con l'ing. RI 1 nel periodo febbraio-luglio 2006, confermo tuttavia che i contatti (anche telefonici) sono stati frequenti per i due cantieri di _____. Confermo pure di avere effettuato almeno una riunione di cantiere alla settimana. (...) Rispondendo al presidente del TCA, il teste conferma che in tutto il periodo (febbraio-luglio 2006) l'ing. RI 1 è stato presente almeno un'ora alla settimana per l'abituale riunione di cantiere oltre ad una serie di contatti telefonici ed alcuni incontri supplementari sui cantieri di _____. Gli incontri e i contatti con il sig. RI 1 in quel periodo erano molto intensi e duravano 3 o 4 ore per settimana, trattandosi di una persona molto meticolosa. Rispondendo all'avv. RA 1, il teste precisa che dalla sua esperienza il lavoro da svolgere per dirigere un cantiere "medio", come quelli _____, era di un giorno alla settimana. Per una serie di attività avevo come diretto interlocutore l'ing. RI 1 e per altre invece il contatto avveniva con la persona che dirigeva i lavori in loco. Il presidente del TCA mi fa il nome del sig. _____. Il teste conferma che si tratta proprio di questa persona. Rispondendo all'avv. _____, il teste conferma che alla riunione di cantiere settimanale normalmente era sempre presente l'ing. RI 1 quale responsabile della ditta, anche dopo l'assunzione del sig. _____. L'ing. RI 1 precisa di avere citato anche altri cantieri dove erano operativi altri colleghi del sig. _____." (cfr. Doc. XVI pag. 2-4) L'audizione di _____ ha dunque permesso di confermare la presenza costante di RI 1 sul cantiere di _____ in ragione di almeno 3-4 ore per settimana, anche dopo l'assunzione da parte della _____ SA del geometra _____. Dagli atti dell'incarto risulta che i lavori a _____ sono stati assegnati alla ditta l'8 febbraio 2006 e sono iniziati il 6 marzo 2006 e si sono verosimilmente conclusi, almeno in parte nel corso del mese di maggio 2006 (cfr. allegato al Doc. D, Promemoria di un incontro con l'ing. _____ del 30 maggio 2006.). Questo Tribunale non ha motivo per non ritenere di analoga intensità l'impegno settimanale profuso da RI 1 anche sugli altri cantieri (cfr. dichiarazione dell'ing. _____). Le testimonianze raccolte dal TCA hanno così permesso di appurare che, effettivamente, oltre alle ore effettuate presso la sede della _____ SA RI 1 svolgeva pure ogni settimana alcune ore di lavoro sui cantieri. 2.7. Dagli atti dell'incarto emerge inoltre che, sentito dall'ispettore dell'ICO 1 _____ il 15 novembre 2006, _____, fratello dell'assicurato, al quale ha concesso un piccolo spazio nel suo laboratorio (dove lavora quale serigrafista a titolo indipendente), ha affermato

di averlo sentito parlare ogni tanto al telefono a nome della _____ SA e che praticamente tutta la documentazione presente nei diversi classeurs è in relazione con la _____ SA (cfr. Doc. 33). Il 19 settembre 2007 Fab _____ ha poi allestito una dichiarazione nella quale ha confermato quanto dichiarato all'CO 1 l'anno precedente: " Con la presente, io sottoscritto _____ fratello di RI 1, dichiaro che da ben 5 anni divido il mio ufficio-spazio lavorativo a _____ con mio fratello _____. Mio fratello lavora in qualità di ingegnere civile e nel mio ufficio ha uno spazio dove si occupa dei suoi clienti privati quale indipendente. Da quando è nata la _____ SA nel 2005, lui si occupa di questa società a tempo parziale, inizialmente per almeno 3-4 giorni alla settimana, e da giugno del 2006 e nel momento dell'incidente per circa 2 giorni alla settimana. Sicuramente, io che lo vedevo quasi tutti i giorni posso affermare che mio fratello RI 1 lavorava sicuramente molto più di

E. 8

0'000.--) e di finire e consegnare quella di _____ entro il 7-10 a g osto (N B.: previsti o ne fr, 50/60'000.- - per qu esta p r ima parte). - prima del nostro i ncontro a _____, desidero anche passare a ritirare gli atti d' appalto del CONCORSO CIAP "RISANAMENTO _____, presso lo studio _____ L SA a _____ (vedi copia bando allegato, e vedi ev. consorzio con vostre ditte italiane x referenze ecc.) . - prendere decisione in merito all'ev. consorzio con _____ per concorso a _____ da consegnare entro ve . 28 l uoglio 06 . Dopo attenta valutazione con _____ ci siamo resi conto che da soli non lo possiamo assolutamente affrontare!! - prendere decisione in merito ad iscrizione e/o consorzio con _____ relativamente al ban do allegato per il comune di " _____ appendice strada industriale". 2. Martedì 25 e mercoledì 26 lu gl io 2006. - decidere e stabilire come proseguire con verifiche e controlli liquidazione/ fattura _____, sia in considerazione del fatto che io desidero verificarla in prima ISTANZA con te e _____, e sia in quanto abbiamo anche promesso di mostrarla e spiegarla a _____ prima di consegnarla ad _____ per una veloce evasione. 3. Giovedì 27 e venerdì 28 luglio 2006. - decidere e stabilire se é il caso: di organizzare una cenetta per giovedì sera con - a m ministrazione e maestranze + E V. INV IT ATI E STERNI (_____ tti-ecc ., Progett i sti _____, tecnici comune di _____ e l'altro, ev . nostri fornitori e sub-appaltatori che vogliamo tenerci buoni, ecc., e c c ????) , op pure se organizzare un ' assai meno costoso ma ma g ar i pi ù suggestivo rinf re sco in piedi per venerdì ore 13.00 con salumi e piatti freddi ecc., presso il nostro m agazzino (?) , oppure su un'area del suggestivo cantiere di _____, oppure e meglio ancora proprio al grotto _____ ubicato nel bosco dietro il nostro cantiere di _____ (NB : operazione strategica per instaurare buon i r a pport i con la persona che più ci crea problemi su questo cantiere, e inoltre e soprattutto per dimostrare alle autorità e ai progettisti tutto il nostro impegno per portare a buon fine questo cantiere nel migliore dei modi possibile. E ciò anche in prospettiva di possibili e concret i ritardi sul programma lavori). - r iunione con _____ per fare il punto della situazione prima de lle vacanze, e inoltre per stabilire un programma di massima tecnico e amministrativo per le settimane che seguiranno il rientro previsto - al momento per il 21 agosto (NB.: siamo sicuri che tutti i nostri operai pagati a ore, non desiderano e /o hanno bisogno di guadagnare ore e soldi, e di conseguenza che gli stessi sarebbero disposti a riprendere mercoledì 16 agosto ? A noi cosa conviene s u lla base dei lavori che abbiamo in calendario per fine agosto e tutto settembre?). 4. Settimana che va da lunedì 31 luglio a venerdì 4 agosto 2006 - decidere con _____ incontri e programma lavori di massima al fine di riuscire d allestire la liquidazione e/o fattura per il

comune di Lugano/_____, e inoltre al fine di riuscire a fare il PUNTO GENERALE DELLA SITUAZIONE relativa all'andamento della ditta, e in particolare : - situazione di dettaglio inerente i singoli dipendenti della _____, e prospettive fino a fine anno 2006. - prospettive ed esigenze, obiettivi inerenti l'acquisto e il noleggio di macchinari fino a fine anno 2006. - decisione in merito all'assunzione o meno di un apprendista da settembre 2006, e soprattutto decisione in merito a quale categoria d'apprendistato risulta per noi meglio indirizzarci in questo momento. - se possibile, iniziare a verificare e soprattutto confrontare i primi costi dei cantieri _____ e privati con i prezzi unitari e le tariffe globali ad oggi emesso." (cfr. Doc. 61b/1) Questo scritto è stato letto dal Presidente del TCA nel corso dell'udienza e al riguardo la rappresentante dell'CO 1 "avv. _____ non nega che sia possibile (ndr: che) in una settimana si sia lavorato più di 8 ore (anche, per ipotesi, 20 ore). Ciò però non basta, perchè bisogna dimostrare di avere lavorato durante l'intero periodo." (cfr. Doc. XVI pag. 6). Fra gli atti dell'incarto figura peraltro un altro scritto (intitolato "Programma fine luglio") che enumera le attività svolte dal ricorrente in particolare nei giorni di giovedì 27 e venerdì 28 luglio 2006 (cfr. Doc. 61b/4). 2.10. Chiamato ora a pronunciarsi, applicando l'abituale criterio della probabilità preponderante valido nel settore delle assicurazioni (cfr. STF 8C_999/2010 del 15 marzo 2011; STF 8C_911/2010 del 10 marzo 2011 consid. 3.2; STF 8C_909/2010 del 1° marzo 2011; DTF 129 V 177 consid. 3 pag. 181; DTF 126 V 353 consid. 5b pag. 360; DTF 125 V 193 consid. 2 pag. 195), questo Tribunale, alla luce degli atti contenuti nell'incarto e dall'istruttoria compiuta (cfr. consid. 2.5-2.9), ritiene che l'assicurato al momento dell'infortunio era assicurato anche per gli infortuni non professionali. A questa soluzione si deve giungere applicando innanzitutto il metodo settimanale, indicato dal Tribunale federale (cfr. consid. 2.2; STF U 165/04 del 19 luglio 2005 consid. 4.1 nella quale, a differenza del caso presente, l'assicurata non aveva lavorato nella settimana prima dell'infortunio, per cui tale metodo non avrebbe permesso di constatare un numero di ore lavorative atte a garantire la copertura per gli infortuni non professionali). Nella presente fattispecie l'incidente avvenuto il sabato 29 luglio 2006. L'assicurato fra il lunedì 24 e il venerdì 28 luglio 2006, ultima settimana prima dell'infortunio, ha lavorato in misura sicuramente superiore alle otto ore. Del resto si tratta dell'ultima settimana prima dell'inizio delle ferie aziendali dell'edilizia. Questa circostanza è stata di fatto ammessa anche dalla rappresentante dell'_____ durante l'udienza del 28 marzo 2011 (cfr. consid. 2.9). Allo stesso risultato si giunge pure applicando il secondo metodo (quello della media) in quanto nei tre mesi precedenti l'infortunio, tenuto conto dell'attività svolta presso l'Ufficio della _____ SA e presso il suo ufficio e di quella effettuata sui cantieri, a mente del TCA, il ricorrente ha in media sempre lavorato almeno otto ore. In tale contesto è opportuno sottolineare che non è compito di questo Tribunale stabilire, in questa occasione, quale era il grado effettivo dell'attività lavorativa del ricorrente rispetto ad un tempo pieno (se il 60% o se una percentuale inferiore) o l'importo del guadagno concreto. Qui il TCA deve solo stabilire se RI 1 era o no assicurato per gli infortuni non professionali. L'insieme degli elementi dettagliatamente esaminati (cfr. consid. 2.5-2.9) permettono a questo Tribunale di concludere che l'esigenza minima prevista dalla legge è nel caso concreto adempiuta. La decisione su opposizione del 15 novembre 2010 deve pertanto essere annullata. RI 1 è dunque assicurato per gli infortuni non professionali e ha diritto alle prestazioni previste dalla legge per l'evento accaduto il 29 luglio 2006. 2.11. Il patrocinatore dell'assicurato ha chiesto di assumere ulteriori prove (cfr. Doc. VI). Per costante giurisprudenza, quando l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduce l'amministrazione o il giudice, in base ad un

apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori più non potrebbero modificare il risultato (valutazione anticipata delle prove), si rinuncerà ad assumere altre prove (cfr. STF U 349/06 dell'11 luglio 2007 consid. 6; STFA U 239/02 dell'11 dicembre 2003; STFA H 5/02 del 31 gennaio 2003; STFA H 411/01 del 5 marzo 2003; SVR 2003 IV Nr. 1 pag. 1; STFA H 102/01 dell'11 gennaio 2002; STFA H 103/01 dell'11 gennaio 2002; STFA H 299/99 dell'11 gennaio 2002; STFA U 257/01 del 26 novembre 2001; STFA U 82/01 del 15 novembre 2001; STFA I 11/01 del 28 giugno 2001; RCC 1986 p. 202 consid. 2d; STFA del 27 ottobre 1992 nella causa B.P.; STFA del 13 febbraio 1992 in re O.; STFA del 13 maggio 1991 nella causa A.; STCA del 25 novembre 1991 nella causa M.; F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2a ed., pag. 274; U. Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zurigo 1999, p. 212; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2a ed., Zurigo 1998, p. 39 e p. 117), senza che ciò costituisca una lesione del diritto di essere sentito sancito dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d e sentenza ivi citata). Il TCA rinuncia all'assunzione di ulteriori prove ritenendo la situazione sufficientemente chiarita.

2.12. L'assicurato ha chiesto di essere posto al beneficio dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio (cfr. Doc. XXXVII). Visto l'esito favorevole del ricorso, l'assicurato, patrocinato da un legale, ha diritto al versamento da parte dell'CO 1 di fr. 3'500.-- a titolo di ripetibili. Secondo la costante giurisprudenza del TFA l'assegnazione di ripetibili rende priva d'oggetto l'istanza di assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio (DTF 124 V 309 consid. 6; STF I 911/06 del 2 febbraio 2007).

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