

TI_GERICHTE 36.2005.80 vom 22. Februar 2006

TI Tribunale d'appello, 2006-02-22, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2005.80

FR: TI_GERICHTE 36.2005.80 du 22 février 2006

IT: TI_GERICHTE 36.2005.80 del 22 febbraio 2006

Regeste

Richiesta di un'indennità giornaliera in caso di malattia. Calcolo del danno residuo. Assistenza giudiziaria e ripetibili anche in sede di opposizione.

Erwägungen

E. 17

gennaio 2005 l'assicurato è stato visitato dal Dott. med. _____, FMH medicina interna e medicina manuale, il quale, in un rapporto medico di tre pagine ha posto la diagnosi di “ ernia del disco attualmente asintomatica, non sintomi di un'irritazione radicolare ” e “ sospetta incipiente tendomiosi, probabilmente un'incipiente fibromialgia ” e, dopo aver rilevato che si tratta di un paziente “ con una formazione scolastica minima ” ha concluso che “ per 22 anni ha lavorato come aiuto cuoco, lavoro abbastanza pesante che attualmente non riesce più a svolgere. In base all'esame clinico ritengo che un aumento della capacità lavorativa, come aiuto cuoco, è al massimo possibile nella misura del 50%, con un rendimento ridotto sull'arco di tutto il giorno, cosa che probabilmente sarà abbastanza difficile. Ritengo però che il paziente può eseguire lavori d'assemblaggio piccoli pezzi meccanici, controllo in una fabbrica, in pozione (sic) parzialmente seduta e parzialmente in piedi. Può alzare pesi fino a 10 kg in modo non ripetitivo. Il paziente non può fare flessioni-rotazioni in modo ripetitivo per sollevare pesi. Il paziente può svolgere questo lavoro, di catena, sempre se vi sono le premesse che possa cambiare posizione. Questo lavoro è possibile da subito. ” (doc. 1). Il 5 settembre 2005 il TCA ha interpellato il dr. med. _____, specialista FMH in neurochirurgia, il quale, in data 26 settembre 2005, ha rilevato di “ conoscere il paziente dal 2001 sempre a causa di dolori lombari e ad entrambi (sic) le gambe, ma in modo particolare a sx. (...) Nel frattempo ho rivisto il paziente nel 2003 e ben tre volte nel 2004. In queste occasioni hanno avuto luogo due risonanze magnetiche che hanno confermato un'incipiente discopatia L2/3 a L5/S1 con un prolasso mediale L2/3, quindi senza compressione radicolare. In modo particolare a sx il paziente non presentava irritazioni o compressioni radicolari. I dolori alla gamba sx quindi hanno piuttosto un carattere pseudoradicolare, quindi di origine muscolare. Gli esami clinici effettuati in tutti questi anni non hanno mai evidenziato una problematica radicolare. Presenza tuttavia di una lieve sindrome lombovertebrale con mobilità ridotta e dolente. Palpazione dolente e diffusa del rachide lombare. L'ultimo esame clinico ha avuto luogo in aprile 2005. In quest'occasione il paziente presentava una mobilità lombare leggermente ridotta, ma con chiaro giving way. Palpazione dolente e diffusa del rachide. L'esame neurologico risultava assolutamente normale. L'ultima risonanza magnetica ha avuto luogo in luglio del 2004 e riconferma le incipienti discopatie da L3/4 a L5/S1 con una discreta stenosi del canale spinale in L2/3 su protrusione mediana e paramediana a dx. In modo particolare a sx non c'è un'irritazione o compressione radicolare. Come lei sa, il paziente

accusa oltre ai dolori lombari una sintomatologia algica soprattutto alla gamba sx lungo la fascia laterale, ma ultimamente anche a dx. ” Circa la questione a sapere se condivide le conclusioni cui è giunto il Dr. med. _____, lo specialista ha affermato che “ in considerazione della situazione clinica e neuroradiologica sono dell’opinione che il paziente non sia in grado di svolgere un’attività pesante, quindi nella quale debba sollevare ripetutamente dei pesi superiori a 10-15 kg e svolgere attività ergonomicamente sfavorevoli con ripetuti movimenti di rotazione o di flessione. Concordo quindi con le affermazioni del Dr. med. _____.” A proposito della possibilità di svolgere l’attività abituale di aiuto cuoco, il medico ha affermato che l’insorgente presenta “ una capacità lavorativa certamente limitata, direi al massimo al 50% quindi mezza giornata. Si tratta qui sicuramente di un lavoro relativamente pesante ed ergonomicamente sfavorevole. ” Per quanto concerne la possibilità di svolgere attività confacenti al suo stato di salute lo specialista ha evidenziato che “ in un’attività ergonomicamente confacente, nelle quali il paziente possa alternare fra posizioni statiche e movimenti e nelle quali non debba ripetutamente fare dei movimenti di rotazione e di flessione del rachide ed il paziente non debba sollevare dei pesi superiori a 10 kg, la capacità lavorativa è da considerarsi nettamente superiore al 50%. Sono dell’opinione che in un’attività confacente la capacità lavorativa sia del 70%. In un’attività ergonomicamente favorevole e confacente il paziente dovrebbe essere teoricamente in grado di riprendere il lavoro da subito. ” Infine ha affermato che “ il paziente è inabile dal (sic) lavoro dal 2001. Date le circostanze ritengo la prognosi assolutamente sfavorevole. Infatti le statistiche mondiali mettono in evidenza che dopo un’inabilità lavorativa di oltre 7-8 mesi le probabilità di una ripresa del lavoro sono molto ridotte. ” Il TCA ha in seguito interpellato il Dott. med. _____, in particolare per una presa di posizione circa il grado della capacità lavorativa dell’interessato in attività confacenti al suo stato di salute (doc. X). Il medico ha affermato “ dopo consulto con il servizio giuridico dell’CO 1, Signora _____ a _____ ”, che “ condivido le conclusioni del Dr. med. _____ e per quanto concerne la capacità lavorativa: in lavori non ergonomicamente favorevoli sarebbe abile al 70%, mentre in attività ergonomicamente favorevoli sarebbe abile al 100%. Una capacità lavorativa in un posto di lavoro dove ergonomicamente abbiamo una situazione più favorevole sarebbe abile da subito. Questo significa a partire dalla data della visita eseguita dal sottoscritto. ” 2.4. Secondo la giurisprudenza, quanto alla valenza probante di un rapporto medico, determinante è che i punti litigiosi importanti siano stati oggetto di uno studio approfondito, che il rapporto si fondi su esami completi, che consideri parimenti le censure espresse dal paziente, che sia stato approntato in piena conoscenza dell’incarto (anamnesi), che la descrizione del contesto medico sia chiara e che le conclusioni del perito siano ben motivate. Determinante quindi per stabilire se un rapporto medico ha valore di prova non è né l’origine del mezzo di prova, né la denominazione, ad esempio quale perizia o rapporto (STFA del 26 agosto 2004 nella causa G.S., I 355/03, consid. 5; STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01; DTF 125 V 352 consid. 3a; DTF 122 V 160 consid. 1c; MEYER-BLASER, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989 pag. 31; Pratique VSI 3/1997 pag. 123), bensì il suo contenuto (DTF 122 V 160 in fine con rinvii). In una sentenza pubblicata nella Pratique VSI 2001 pag. 106 segg., il TFA ha però ritenuto conforme al principio del libero apprezzamento delle prove definire delle direttive per la valutazione di determinate forme di rapporti e perizie. In particolare per quanto concerne le perizie giudiziarie, la giurisprudenza ha statuito che il giudice non si scosta senza motivi imperativi dalla valutazione degli esperti, il cui compito è quello di mettere a disposizione del tribunale le

loro conoscenze specifiche e di valutare da un punto di vista medico una certa fattispecie. Ragioni che possono indurre a non fondarsi su un tale referto sono ad esempio la presenza di affermazioni contraddittorie, il contenuto di una superperizia, altri rapporti contenenti validi motivi per farlo (Pratique VSI 2001 pag. 108 consid. 3b)aa e riferimenti citati; STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01). Nella DTF 125 V 351 (= SVR 2000 UV 10 pag. 33 segg.), la Corte federale ha ribadito che ai rapporti allestiti da medici alle dipendenze di un'assicurazione deve essere riconosciuto pieno valore probante, a condizione che essi si rivelino essere concludenti, compiutamente motivati, di per sé scevri di contraddizioni e, infine, non devono sussistere degli indizi che facciano dubitare della loro attendibilità. Il solo fatto che il medico consultato si trovi in un rapporto di dipendenza con l'assicuratore, non permette già di metterne in dubbio l'oggettività e l'imparzialità. Devono piuttosto esistere delle particolari circostanze che permettano di ritenere come oggettivamente fondati i sospetti circa la parzialità dell'apprezzamento. Lo stesso vale, come detto, per le perizie fatte esperire da medici esterni (DTF 104 V 31; RAMI 1993 pag. 95). Per quel che riguarda i rapporti concernenti il medico curante, secondo la generale esperienza della vita, il giudice deve tenere conto del fatto che, alla luce del rapporto di fiducia esistente con il paziente, il medico curante attesterà, in caso di dubbio, in favore del suo paziente (STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01; DTF 125 V 353 consid. 3a)cc); Pratique VSI 2001 pag. 109 consid. 3a)cc); MEYER-BLASER, Rechtsprechung des Bundesgericht im Sozialversicherungs-recht, Zurigo 1997, pag. 230).

2.5. In concreto entrambi gli specialisti interpellati dal TCA sono concordi nell'affermare che l'interessato può svolgere, da subito, un'attività leggera confacente al suo stato di salute. In particolare il paziente può svolgere un lavoro dove possa alternare posizioni statiche e movimenti e nelle quali non debba ripetutamente fare dei movimenti di rotazione e di flessione del rachide e non debba sollevare pesi superiori a 10kg. L'unica divergenza consiste nella percentuale della capacità lavorativa. Mentre lo specialista in neurologia propende per un grado del 70%, lo specialista in medicina interna afferma che in attività ergonomicamente favorevoli la percentuale raggiunge il 100%. Nel caso concreto, alla luce della circostanza, che, come si vedrà in seguito, anche prendendo in considerazione la percentuale più favorevole al ricorrente, ossia un'abilità lavorativa del 70%, l'insorgente non ha diritto ad alcuna indennità, la questione a sapere se l'interessato può svolgere un'attività leggera confacente al suo stato di salute nella misura del 70% oppure del 100%, può rimanere aperta. Questo TCA rileva tuttavia che, alla luce della giurisprudenza in merito (cfr. per esempio STFA del 23 marzo 1998 nella causa P., I 306/97), la valutazione di un'abilità lavorativa al 70% appare alquanto generosa.

L'insorgente sostiene che, vista la sua età e la sua formazione, non vi sono professioni che gli permetterebbero di svolgere un'attività confacente al suo stato di salute. Il TCA ha già avuto modo di decidere che una persona che non può sollevare più di 15 Kg, non può effettuare movimenti ripetitivi e può assumere posizioni corporee monotone per la durata di 1-2 ore circa (seduto o eretto) può esercitare un'attività quale operaio generico o aiuto magazziniere o nel settore della vendita (STCA del 21 gennaio 2001, 36.00.134). Si può, quindi, senz'altro ipotizzare - senza far riferimento alla difficoltà concreta di reperimento di posti di lavoro dovuta all'eccedenza della domanda, difficoltà che viene assicurata dall'assicurazione contro la disoccupazione e non dall'assicurazione contro le malattie (cfr. DTF 110 V 276 consid. 4c; RCC 1991 p. 332 consid. 3b; P. Omlin, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Friburgo 1995, p. 83) - che il ricorrente sia in grado di mettere a frutto la sua residua capacità lavorativa in attività professionali più leggere da un

profilo dell'impegno fisico rispetto a quella originariamente esercitata. Del resto deve essere ricordato che il principio dell'esigibilità configura un aspetto del principio della proporzionalità. Secondo la dottrina questo principio permette di pretendere da una persona un determinato comportamento anche se presenta degli inconvenienti (Peter, Die Koordination der Invalidenrente, Schultess 1997 p. 71 e dottrina ivi citata), anche in virtù del principio della riduzione del danno. Ai fini dell'accertamento dell'invalidità ci si deve fondare su un mercato del lavoro equilibrato e quindi fittizio; ci dev'essere cioè un certo equilibrio tra domanda e offerta di posti di lavoro e un'offerta di posti diversificati in relazione con le capacità professionali, intellettuali e fisiche. Si tratta pertanto di un concetto teorico e astratto (DTF 110 V 276; U. Meyer-Blaser, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Zurigo 1997, ad art. 28 LAI p. 212). Un assicurato non può pertanto avvalersi dell'impossibilità congiunturale di trovare un posto di lavoro per pretendere una rendita (ZAK 1984 p. 347). Ciò non è il caso se - ipotesi non realizzata nella fattispecie - l'attività ammissibile è possibile solo in forma talmente limitata, che il mercato generale del lavoro praticamente non la conosce o se il suo esercizio è reso possibile solo grazie alla collaborazione irrealistica di un datore di lavoro medio (cfr. ZAK 1989 p. 322 consid. 4a; Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berna 1994, p. 114). Pertanto, il tipo d'attività ritenuta esigibile dal profilo medico rientra senz'altro nella categoria delle attività leggere non qualificate.

2.6. Nella sentenza pubblicata in RAMI 1989 pag. 106 segg., l'Alta Corte federale ha stabilito che per il diritto all'indennità giusta l'art. 12bis LAMI, qualora un cambiamento di professione si imponga, tenuto conto dell'obbligo di ridurre il danno, se il rapporto assicurativo prevede l'indennizzo anche di un'incapacità parziale, determinante diventa l'entità del danno residuo (o grado d'invalidità; cfr. anche RAMI 1994 pag. 113 segg.). In tale ipotesi va cioè considerata la differenza tra il reddito che potrebbe essere realizzato senza la malattia nella precedente professione ed il reddito che, invece, è realizzato o potrebbe essere ragionevolmente esatto nella nuova professione. Il grado di invalidità viene perciò valutato, in quest'ottica, prendendo in considerazione l'intero mercato del lavoro: all'assicurato andrà comunque concesso un periodo di adattamento la cui durata dipenderà dalle peculiarità di ogni caso concreto (DTF 114 V 287 consid. 3d; DTF 111 V 239 consid. 1b e 2a; RAMI 1987 pag. 105 segg.). Il TFA ha più volte ritenuto adeguati dei periodi d'adattamento varianti dai tre ai cinque mesi (DTF 111 V 239 consid. 2a e giurisprudenza ivi citata; RAMI 1987 pag. 108; RAMI 1994 pag. 113 segg.). In questo contesto è opportuno rammentare che l'assicurato che, incapace al lavoro 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; DTF 111 V 239 consid. 2a; DTF 101 V 145; RAMI 1987 pag. 106 consid. 2; STFA del 28 gennaio 1994 nella causa S., non pubblicata). Va qui ricordato che nella sentenza pubblicata in RAMI 2000 KV 112 pag. 122 segg., il TFA ha stabilito l'applicabilità in ambito LAMal della giurisprudenza elaborata allorquando ancora era in vigore la LAMI. Nei casi in cui risulta esigibile un cambiamento d'attività, il TFA ha, come detto, ritenuto adeguati dei periodi d'adattamento varianti dai 3 ai 5 mesi. In concreto la Cassa il 18 febbraio 2005 ha informato l'assicurato che “ la presa a carico delle indennità giornaliere sarà annullato per il 16.03.2005 .” (doc. L) La convenuta ritiene che il termine di poco meno di un mese sia adeguato e rammenta che un caso nel quale il TCA non aveva ritenuto corretto assegnare un termine così breve è attualmente pendente al TFA.

2.7. Questo Tribunale ha recentemente risolto la questione nella sentenza del 22 settembre 2005

(inc. 36.2005.82), cresciuta incontestata in giudicato, nella quale la Corte cantonale ha stabilito che gli assicuratori devono sempre accordare un termine minimo di 3-5 mesi per permettere un riadattamento professionale e la ricerca di un lavoro adatto alla nuova condizione di salute, con le seguenti argomentazioni: " 2.3. Con il 1° gennaio 2003 è entrata in vigore la LPGA il cui art. 6 prevede che è considerata incapacità al lavoro qualsiasi incapacità, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica o psichica, di compiere un lavoro ragionevolmente esigibile nella professione o nel campo d'attività abituale. In caso d'incapacità al lavoro di lunga durata possono essere prese in considerazione anche le mansioni esigibili in un'altra professione o campo d'attività. Kieser, in ATSG-Kommentar, n. 11 ad art. 6, pag. 87, a proposito del citato disposto rammenta che la giurisprudenza sviluppata dal TFA precedentemente all'entrata in vigore della LPGA è ancora d'attualità e afferma: 4. Anpassungszeit Nach der Rechtsprechung ist – soweit ein Wechsel zumutbar ist – eine Anpassungszeit zu gewähren. Diese beträgt etwa drei bis fünf Monate (vgl. BGE 114 V 289 f.), kann aber auch länger sein (vgl. dazu SVR 2001 KV Nr. 34: sechs Monate). Die Länge der Frist bestimmt sich danach, welche Zeit für die Stellensuche und den Antritt einer neuen Stelle unter Berücksichtigung der Vermittelbarkeit einzuräumen ist." La sentenza cui fa riferimento Kieser e pubblicata in SVR 2001 KV Nr. 34, è una decisione del Canton Ginevra, il cui Tribunale amministrativo aveva affermato: (...) En conséquence, il appartient à l'assuré de mettre en oeuvre sa capacité résiduelle de travail pour trouver une activité adaptée et cela malgré une situation du marché du travail qui ne saurait être qualifiée d'équilibrée. 9. Pour ce faire, la caisse doit impartir un certain délai à l'assuré, cette période avait été fixée le plus généralement à 4 mois par le Tribunal fédéral des assurances, le tribunal de céans l'ayant porté dans certains cas à 6 mois. En laissant à X un délai de 5 mois et demi environ pour trouver une telle activité, l'intimée s'est conformée en tous points à la jurisprudence et sa décision ne peut qu'être confirmée (...)." Per quanto concerne l'origine della giurisprudenza sviluppata dal TFA circa il lasso di tempo da concedere all'assicurato che deve adattarsi alla nuova realtà valetudinaria, va rilevato che in DTF 114 V 289, in parte ripresa anche in DTF 129 V 460, il TFA aveva affermato: b) Zwar dürfte es für den Beschwerdeführer aufgrund der oben geschilderten geringen beruflichen und persönlichen Fähigkeiten nicht leicht sein, eine passende Stelle zu finden. Daraus kann hier indes kein Anspruch auf das ganze versicherte Krankengeld abgeleitet werden. Diesen Faktoren ist bei der Ermittlung des dem Beschwerdeführer zumutbaren Verdienstes Rechnung getragen worden, weshalb sie im Anschluss daran nicht noch einmal veranschlagt werden können, um das Bestehen eines Anspruchs auf das volle versicherte Krankengeld zu begründen (vgl. dazu BGE 107 V 21 Erw. 2c). Grundsätzlich haben nicht die Krankenkassen das Risiko der schwierigen Vermittelbarkeit zu tragen. Dazu besteht jedoch die wichtige Ausnahme, dass sie dem zur Schadenminderung durch Berufswechsel verpflichteten Versicherten praxisgemäss eine gewisse Übergangsfrist zur Stellensuche und zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse einzuräumen haben. In den bisher beurteilten Fällen hat das Eidg. Versicherungsgericht eine Frist von drei bis fünf Monaten als angemessen betrachtet (BGE 111 V 239 Erw. 2a mit Hinweisen; RKUV 1987 Nr. K 720 S. 108). Ob ein solcher Zeitraum auch Fällen schwieriger Vermittelbarkeit gerecht zu werden vermöchte, kann hier offen bleiben, weil dem Beschwerdeführer für die Stellensuche nahezu ein ganzes Jahr (August 1983 bis Juli 1984) zur Verfügung stand, was bei gutem Willen sicher ausreichend war. c) Die Sache geht an die Kasse zurück, damit sie die dem Beschwerdeführer für die Zeit ab 6. Juli 1984 zustehenden Krankengelder unter Berücksichtigung einer allfälligen Überversicherung festlege und ausrichte." (sottolineature

del redattore) Precedentemente, in DTF 111 V 235, il TFA aveva affermato: 2.- a) Dem Beschwerdegegner konnte ab August 1980 aus gesundheitlichen Gründen die Coiffeurarbeit unbestrittenermassen für dauernd nicht mehr zugemutet werden. Das begründet vollständige Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf und damit grundsätzlich einen Krankengeldanspruch bis zur Erschöpfung der Genussberechtigung. Allerdings besteht auch im sozialen Krankenversicherungsrecht eine Pflicht des Versicherten zur Schadenminderung (BGE 105 V 178 Erw. 2). Danach ist ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit in einem andern Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit dies möglich und zumutbar ist. Verwertet der Versicherte seine restliche Arbeitsfähigkeit nicht, obgleich er hiezu unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage und nötigenfalls einer bestimmten Anpassungszeit zumutbarerweise in der Lage wäre, so hat er sich die berufliche Tätigkeit anrechnen zu lassen, die er bei gutem Willen ausüben könnte; das Fehlen des guten Willens ist nur dort entschuldbar, wo es auf einer Krankheit beruht (BGE101 V 145 ; RSKV 1983 Nr. 533 S. 113). Die einem Versicherten einzuräumende Anpassungszeit bemisst sich nach den jeweiligen Umständen des Falles. In der Praxis wurden Zeiten von 3 bis 5 Monaten als angemessen betrachtet (RSKV 1983 Nr. 533 S. 114, 1978 Nr. 319 S. 90; siehe auch RSKV 1971 Nr. 86 S. 11)." (sottolineatura del redattore). 2.4. La Cassa sostiene, da una parte che la giurisprudenza sopra citata si applica unicamente agli assicurati ancora vincolati da un contratto di lavoro e, dall'altra, che le persone senza attività lucrativa devono annunciarsi immediatamente presso l'assicurazione contro la disoccupazione, non essendo compito dell'assicurazione contro le malattie di pagare prestazioni dovute da altri assicuratori. Le affermazioni della convenuta sono smentite sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina. Infatti, da un attento esame delle sentenze del TF e del TFA non emerge assolutamente la differenza che l'assicuratore vorrebbe far derivare dalla presenza o meno di un contratto di lavoro. Ad esempio il Tribunale federale, in ambito di assicurazioni complementari contro le malattie (LCA), con sentenza del 7 maggio 2002 (5C.74/2002), ha applicato la stessa giurisprudenza sviluppata dal TFA ad un assicurato il cui contratto di lavoro era stato disdetto, rimanendo tuttavia nella cerchia degli assicurati collettivamente dal precedente datore di lavoro ed ha ritenuto ammissibile assegnare un termine di 3-5 mesi per il riadattamento professionale. Lo stesso TFA in precedenza (STFA del 7 febbraio 2000, inc. K 14/99), aveva applicato la medesima prassi ad un assicurato che era passato nell'assicurazione individuale (" Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den 30. Novembre 1997 wurde G. ---, welcher die Arbeit am 25. März 1997 wegen Rückenbeschwerden hatte niederlegen müssen, mit Wirkung ab 1. Dezember 1997 in die Einzelversicherung der _____ für ein Krankengeld von Fr. 124.- ab dem 31. Tag aufgenommen "), affermando: 3.- a) Steht fest, dass der Versicherte unter dem Blickwinkel der Schadenminderungspflicht einen Berufswechsel vorzunehmen hat, so hat ihn die Krankenkasse dazu aufzufordern und ihm zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse sowie zur Stellensuche eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen, während welcher das bisherige Krankengeld geschuldet bleibt. In der Praxis wird in der Regel eine Frist von drei bis fünf Monaten ab der Aufforderung der Kasse zur Stellensuche als angemessen erachtet (vgl. BGE 114 V 289 Erw. 5b, 111 V 239 Erw. 2a mit Hinweisen; Gebhard Eugster, a.a.O., S. 517 ff.). (...) c) Dieser Betrachtungsweise ist zunächst entgegenzuhalten, dass auf Grund der medizinischen Aktenlage von einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit infolge der gesundheitlichen Einschränkungen im bisherigen Tätigkeitsbereich auszugehen ist. Das Argument der _____, der Beschwerdeführer hätte jederzeit eine seinen

Leiden angepasste Beschäftigung bei seiner damaligen Arbeitgeberin aufnehmen können, entbehrt sodann konkreter Arbeitsplatzherhebungen. Allein die Hinweise auf Aussagen eines Mitarbeiter des Unternehmens, wonach genügend Arbeiten leichtester Art vorhanden seien, welche auch vom körperlich beeinträchtigten Beschwerdeführer verrichtet werden könnten, und im Betrieb bereits teilinvalide Arbeitnehmer für einfache Tätigkeiten eingesetzt würden, vermögen diesen Umstand nicht zu belegen. Gleiches gilt für den Arbeitsversuch vom 7. Juli 1997, anlässlich welchem der Versicherte stehen und Geländerteile mit zwei Fingern halten musste, damit sich diese beim Spritzen nicht abdrehten. Da dem Beschwerdeführer Arbeiten, die längeres Stehen, stereotype Körperhaltungen, monotone Arbeitsabläufe sowie Heben von Gewichten über 10 kg erfordern, gesundheitlich nicht zumutbar sind, ist die zugewiesene Beschäftigung als nicht den körperlichen Bedürfnissen entsprechend zu werten. Im Übrigen wäre eine Tätigkeit im Rahmen des bisherigen Arbeitsverhältnisses lediglich bis Ende November 1997 möglich gewesen, so dass der Versicherte sich hierauf erneut nach einer ihm zumutbaren Arbeit hätte umsehen müssen. Im Lichte dieser Ausführungen sowie der in Erw. 3a hievorigen zitierten Rechtsprechung wurde dem Beschwerdeführer mit der Einstellung der Taggelder am 3. August 1997 nicht genügend Zeit zur Aufnahme einer zumutbaren, d.h. körperlich leichten, leidensangepassten Tätigkeit zugestanden. Mit Blick auf die Tatsache, dass der Beschwerdeführer seit dem 10. Juli 1997 um die bevorstehende Einstellung der Taggelder wusste sowie unter Berücksichtigung der eher schwierigen beruflichen Situation des über keine spezifische Berufsausbildung verfügenden Versicherten – eine weitere Beschäftigung im Baubereich erscheint wenig aussichtsreich – ist im vorliegenden Fall eine Übergangsfrist bis Ende November 1997 zur Anpassung an die neuen Verhältnisse sowie zur Stellensuche als angemessen zu betrachten. Nach Ablauf dieser grosszügig bemessenen Frist wäre es dem Beschwerdeführer ohne weiteres zumutbar gewesen, eine seinen gesundheitlichen Beeinträchtigungen angepasste vollzeitige Arbeit aufzunehmen, mit welcher er mindestens 50 % des bisherigen, im angestammten Beruf erhaltenen Lohnes erzielt hätte, womit kein Taggeldanspruch mehr bestanden hätte. Nach dem Gesagten hat der Beschwerdeführer somit Anrecht auf das versicherte Taggeld bis Ende November 1997. Hievorigen unberührt bliebe eine infolge der seit anfangs 1998 beim Versicherten festgestellten psychischen Beschwerden eingetretene Arbeitsunfähigkeit sowie ein allenfalls daraus resultierender Krankengeldanspruch." (sottolineature del redattore) Per cui, la presenza del contratto di lavoro, a mente del TCA, non è determinante per l'applicazione del termine di 3-5 mesi (al minimo) che la Cassa deve accordare al proprio assicurato affinché questi possa riqualificarsi e trovare un nuovo lavoro. Infatti, anche i lavoratori cui il contratto è stato disdetto, hanno diritto ad un termine adeguato per adattarsi alla nuova situazione. 2.5. Anche la conclusione della Cassa, secondo la quale l'interessato deve iscriversi immediatamente presso l'assicurazione contro la disoccupazione, è errata. Infatti, con sentenza del 1 luglio 2003 nella causa C. (K 38/02), il TFA aveva rammentato: " 2.5 Un assuré peut être considéré comme apte au placement sous l'angle de la LACI en même temps qu'il est incapable de travailler au sens de la LAMal. Dans ce cas, l'assureur-maladie qui veut mettre fin au versement des indemnités journalières doit, si la diminution du dommage peut être exigée de lui, impartir à ce dernier un délai, pour trouver un emploi adapté, que la jurisprudence fixe selon les circonstances entre trois et cinq mois (ATF 114 V 289 consid. 5b et les références; RAMA 2000 n° KV 112 p. 123 s. consid. 3a; SJ 2000 II 440). En l'occurrence, le recourant est d'avis que le délai pour trouver un emploi adapté aurait dû commencer à courir au moment où une mesure de reclassement a été ordonnée par

l'assurance-invalidité, soit le 7 mai 2001. Cela est erroné. Le délai de trois mois imparti par l'intimée - adapté à la situation puisqu'il tenait compte du délai de congé, l'assuré ayant été engagé par X. _____ SA dès le 20 janvier 1999 et étant entré en fonction le 1er février 1999 -, courait dès la notification de la décision de l'assureur-maladie du 29 décembre 2000. En effet, le recourant était alors censé savoir qu'il ne pourrait vraisemblablement plus jamais travailler à 100 % dans sa profession actuelle (RAMA 2000 n° KV 112 p. 125 consid. 3c). 2.6 Il s'ensuit que le recourant n'a pas droit aux indemnités journalières pendant la période du 1er avril au 5 août 2001." (sottolineature del redattore) Per cui, comunque ed in ogni caso la Cassa malati deve accordare un termine di 3-5 mesi al proprio assicurato prima di sopprimere definitivamente le prestazioni. Anche la dottrina, e meglio Gebhard Eugster, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Krankenversicherung, a pag. 204, n. 371 sostiene che: (...) Die altrechtliche Praxis ging von einer Uebergangszeit von drei bis fünf Monaten ab Ansetzung der Frist aus (BGE 111 V 239 E. 2a m.Hinw. = Pra 75 Nr. 91; RKUV 1987 K 720 108). Hat die versicherte Person nach Ablauf dieser Uebergangszeit keine Stelle gefunden, so ha dies als arbeitslos zu gelten." (sottolineatura del redattore) 2.6. Alla luce di quanto sopra esposto la tesi della Cassa non può essere recepita. Gli assicuratori devono infatti sempre accordare un termine di 3-5 mesi per permettere un riadattamento professionale e la ricerca di un lavoro adatto alla nuova condizione di salute. Questo termine deve servire all'assicurato a riformarsi professionalmente ed a trovare una nuova professione adeguata alla nuova situazione valetudinaria. L'interessato deve infatti imparare una nuova professione dopo avere, magari per anni, esercitato sempre la medesima attività, senza aver avuto la possibilità di diversificare le proprie conoscenze, ciò che, sul mercato del lavoro, costituisce, attualmente, uno svantaggio. Un periodo di 3-5 mesi deve permettergli di apprendere la nuova professione ed inserirsi nuovamente nel mercato del lavoro. Va ancora rilevato che se si seguisse la prassi che vorrebbe istaurare la convenuta il termine di adattamento non varierebbe in funzione dello stato di salute dell'assicurato e di altri fattori concreti, ma unicamente in funzione del periodo di disdetta del contratto di lavoro." 2.8. In concreto, vista l'età dell'assicurato e le limitazioni fisiche, s'imponesse un termine minimo di 4 mesi. Per cui, su questo punto il ricorso va accolto nel senso che l'amministrazione deve assegnare un termine di 4 mesi, durante il quale deve versare le prestazioni pattuite, fino al 18 giugno 2005 (compreso) per trovare una nuova occupazione. In queste condizioni non vi è alcun motivo per attendere l'esito del ricorso della Cassa convenuta contro la sentenza del 6 aprile 2005 (inc. 36.2004.99), nella quale questo Tribunale aveva ritenuto troppo esiguo un termine di 15 giorni accordato dall'assicuratore all'insorgente per cambiare la professione. 2.9. Senza il danno alla salute l'interessato, nel 2004, avrebbe percepito un importo di fr. 40'300 (fr. 3'100 X 13, cfr. doc. O). Per quanto concerne l'importo del reddito ipotetico da invalido da porre alla base del calcolo va rammentato che in una sentenza resa in ambito LAINF pubblicata in DTF 128 V 174 seg., il TFA ha stabilito che per il raffronto dei redditi ipotetici fa stato il momento dell'inizio dell'eventuale diritto alla rendita. Tale principio è stato poi esteso anche all'assicurazione per l'invalidità (cfr. DTF 129 V 222 in SVR 2003 IV Nr. 24; STFA inedita 26 giugno 2003 nella causa R., consid. 3.1, I 600/01 18 ottobre 2002 nella causa L. consid. 3.1, I 761/01 pubblicata in SVR 2003 IV Nr. 11 e 9 agosto 2002 nella causa S., consid. 3.1, I 26/02 e cfr. anche STFA inedita 13 giugno 2003 nella causa G. consid. 4.2, I 475/01). Il TCA ha applicato tale criterio anche in materia di assicurazione sociale contro le malattie (cfr. STCA del 23 settembre 2003 nella causa L., 36.2003.18 e STCA del 1 settembre 2004 nella causa D., 36.2003.75). Riguardo al salario da invalido, la determinazione di tale

reddito può essere ricavata dai rilevamenti statistici ufficiali, editi dall'Ufficio federale di statistica, che si riferiscono agli stipendi medi nelle principali regioni e categorie di lavoro (DTF 126 V 76 consid. 3b/bb, RCC 1991 pag. 332 consid. 3c, 1989 pag. 485 consid. 3b). Nella presente fattispecie, vista anche la giurisprudenza del TFA in materia (cfr. STFA del 13 giugno 2003 nella causa G., I 475/01) possono essere ritenuti i salari statistici relativi al Canton Ticino. Va qui rilevato che in una sentenza del 5 giugno 2003 nella causa B. (inc. n. 35.2003.6), il TCA ha inoltre sottolineato come il TFA, che ha posto il principio della priorità dei dati statistici nazionali rispetto a quelli regionali - in alcune sue pronunzie ha confermato il reddito da invalido fissato sulla base di valori regionali. Ad esempio, in una sentenza del 10 agosto 2001 nella causa R., I 474/00 - sentenza che è poi stata ripresa in più di un giudizio federale (cfr., per es., la STFA del 23 maggio 2002 nella causa D., U 234/00, consid. 4c, parzialmente pubblicata in DTF 128 V 174s.) - il TFA ha considerato non censurabile l'applicazione dei dati relativi alla regione "Svizzera orientale" (TA 13), siccome più favorevoli all'assicurato rispetto al dato nazionale (cfr. consid. 3c/aa: "Obwohl das Eidgenössische Versicherungsgericht grundsätzlich die gesamtschweizerischen Werte heranzieht, ist vorliegend auch nicht zu kritisieren, dass der Berechnung zu Gunsten der Beschwerdeführerin die tieferen Werte der Region Ostschweiz (TA 13) zu Grunde gelegt worden sind"). Parimenti, nelle sentenze del 30 novembre 2001 nella causa R., I 226/01 e del 20 novembre 2002 nella causa D., I 764/01, l'Alta Corte ha valutato il reddito da invalido facendo capo al valore afferente al Cantone Ticino, rispettivamente, alla regione lemanica. In un'altra sentenza, datata sempre 13 giugno 2003, l'Alta Corte ha ricordato segnatamente che "... le circostanze del caso concreto determinano quale sia la tabella da applicare nel caso esaminato. È pertanto ammissibile ad esempio applicare la tabella TA7, che indica i valori per una determinata attività, se così facendo è possibile determinare in maniera più precisa il reddito da invalido (in proposito si veda anche consid. 4c non pubblicato in DTF 128 V 174). Questa Corte, infine, ha pure ritenuto non criticabile applicare la tabella TA13, che riferisce dei salari in relazione alle grandi regioni (sentenza del 10 agosto 2001 in re R. consid. 3c/aa, I 474/00, del 27 marzo 2000 in re P. consid. 3c, I 218/99, del 28 aprile 1999 in re T. consid. 4c, I 446/98)" (STFA del 13 giugno 2003 nella causa G., I 475/01, consid. 4.4.). Il TFA ha ancora ribadito questi concetti in una sentenza del 20 aprile 2004 nella causa K., I 871/02, consid. 6.3. Su questi argomenti, cfr. D. Cattaneo, "La promozione dell'autonomia del disabile: esempi scelti dalle assicurazioni sociali", in RDAT II-2003, p. 618-621. 2.10. In concreto, in ossequio alla più recente giurisprudenza federale, occorre dunque, in assenza di dati salariali concreti, basarsi sui valori statistici e, concretamente, sull'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari 2004 (l'ultima edizione disponibile), edita dall'Ufficio federale di statistica. Conformemente alla prassi di questa Corte, secondo cui la priorità deve essere attribuita ai valori statistici regionali (rispetto a quelli raccolti a livello nazionale), tornano applicabili i dati afferenti al Ticino contenuti nella tabella TA13. Secondo i dati del 2004 il salario lordo mediamente percepito in quell'anno riportato su una media di 41,7 ore settimanali (cfr. per questo aspetto, STFA del 21 luglio 2003 nella causa D., I 203/03, consid. 4.4 e "La vie économique 11/2004", Tabella B 9.2 pag. 86) per un'attività leggera e ripetitiva (ossia il livello 4 di qualificazione) nel settore privato nel Cantone Ticino corrisponde a Fr. 53'167 (Fr. 4'250.- : 40 x 41,7 x 12) per gli uomini (cfr. Tabella TA 13 settore privato). Dovendosi porre al momento in cui l'assicurato dovrebbe ricevere delle indennità per perdita di guadagno (2005), il reddito da invalido dovrebbe essere aggiornato al 2005. Tuttavia, il salario che l'interessato avrebbe conseguito nel 2005 non è stato accertato dalla Cassa. La questione

non merita ulteriore approfondimento. Infatti, come si vedrà in seguito, sia comparando i dati del 2004 che quelli del 2005, l'assicurato ha comunque un'incapacità al guadagno nettamente inferiore al 50% previsto dalle CGA (art. 18.3). In concreto l'importo del salario ipotetico da invalido nel 2004 (fr. 53'167) è maggiore rispetto a quello conseguito dall'interessato nella precedente attività di aiuto cuoco (fr. 40'300). Qualora, già prima dell'insorgenza del danno alla salute, il reddito di una persona assicurata si situi sotto la media dei salari per un'attività equivalente e che non si possa sostenere che essa si sia volontariamente accontentata di una retribuzione modesta, si deve ammettere che gli stessi fattori che hanno inciso negativamente sul reddito da valido potrebbero anche influenzare il reddito da invalido. Accertato che l'assicurato ha realizzato un guadagno inferiore alla media per dei motivi estranei all'invalidità, anche il reddito medio realizzabile sul mercato equilibrato del lavoro (reddito da invalido) va ridotto in proporzione (cfr. AHI 1999, p. 329 consid. 1; ZAK 1989, p. 458s. consid. 3b; STFA del 5 dicembre 2003 nella causa S., I 630/02, consid. 2.2.2 e del 2 dicembre 2002 nella causa R., I 53/02, consid. 3.3). In proposito, in una sentenza del 20 luglio 2004 nella causa S., I 758/03, l'Alta Corte ha rilevato quanto segue: " 4.3 4.3.1 Pour déterminer la perte de gain subie par le recourant, les premiers juges ont pris en considération au titre du revenu sans invalidité, le salaire qu'il réalisait en 1996 au service de son ancien employeur, à savoir 36'000 fr. Or, le salaire auquel pouvaient prétendre les hommes qui effectuaient des activités simples et répétitives dans le secteur de l'industrie alimentaire et des boissons d'élevait, en 1996, à 52'027 fr. ([12 x 4'139 fr.] x 41.9 heures: 40 heures; cf. Enquête suisse sur la structure des salaires [ESS] 1996, TA 1, p. 17, niveau de qualification 4; voir également La Vie économique 12/2002, p. 88, tableau B 9.2). Dans la mesure où ce revenu dépasse de 45 pour cent le gain effectivement réalisé par l'assuré, il convient de calculer le degré d'invalidité de celui-ci en se référant aux données statistiques prévalant à l'époque de la décision litigieuse, soit en 2002, et de prendre en considération un revenu mensuel sans invalidité de 4'388 fr. (cf. ESS 2002, TA 1, p. 43, niveau de qualification 4). 4.3.2 Pour évaluer le gain d'invalidé, il y a lieu, conformément à une jurisprudence bien établie, de se référer aux données statistiques lorsque, comme en l'espèce, l'assuré n'a pas repris d'activité lucrative (ATF 126 V 76 consid. 3b/bb, 124 V 322 consid. 3b/aa). Dès lors, compte tenu d'un salaire mensuel brut de 4'388 fr. (cf. consid. 4.3.1), sous déduction de 15 pour cent en regard des limitations liées au handicap subi (ATF 126 V 79 ss. consid. 5b/aa, ainsi que d'une incapacité de travail du recourant de 50 pour cent, le revenu mensuel d'invalidé déterminant s'élève à 1865 fr. 4.3.3 En comparant ce montant avec le revenu sans invalidité, on obtient une perte de gain de 2'523 fr. correspondant à un taux d'invalidité de 57,50 pour cent, ouvrant droit à une demi-rente." (STFA succitata). Nell'ottica dell'applicazione dei suddetti dettami giurisprudenziali, il TCA osserva che l'Ufficio cantonale di statistica (Ustat), per la prima volta nel 2002, ha elaborato uno studio a partire dai rilevamenti compiuti dall'Ufficio federale di statistica, che illustra i salari mensili lordi (mediana) in vigore nel 2000 nel settore privato ticinese, secondo i campi di attività, le qualifiche richieste e il sesso (cfr. studio pubblicato sulla rivista "Dati, statistiche e società", 2-2002, p. 13). Dalla citata tabella emerge che l'interessato, in attività " dell'industria alberghiera e della ristorazione, economia domestica " avrebbe percepito, nel 2000, un salario annuo lordo di fr. 38'136 (fr. 3'178 X 12, cfr. Tabella allestita dall'USTAT, pag. 11), che gli permetterebbe di conseguire un reddito, adeguato all'evoluzione dei salari per il 2004, di fr. 40'713. Questo Tribunale è cosciente dei limiti insiti nei valori indicati dall'Ustat, tuttavia non è possibile fare di meglio. D'altra parte però i dati forniti appaiono sufficientemente affidabili per determinare

un reddito che è per definizione ipotetico. Pertanto, quanto l'assicurato avrebbe guadagnato nel 2004, qualora avesse continuato a lavorare in qualità di aiuto cuoco si situa nella media dei salari per un'attività equivalente. Di conseguenza non sono realizzati i presupposti per ridurre il reddito statistico da invalido. Va ancora rammentato che la questione a sapere se e in quale misura i salari fondati su dati statistici debbano essere ridotti dipende dall'insieme delle circostanze personali e professionali del caso concreto (limitazione addebitabile al danno alla salute, età, anni di servizio, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione), criteri questi che l'amministrazione è tenuta a valutare globalmente. Il TFA ha precisato, al riguardo, come una deduzione globale massima del 25% del salario statistico permettesse di tener conto delle varie particolarità suscettibili di influire sul reddito del lavoro. Inoltre, chiamato a pronunciarsi sulla deduzione globale, la quale procede da una stima che l'amministrazione deve succintamente motivare, il giudice non può senza valido motivo sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione. Il TFA, in una sentenza del 6 gennaio 2004 nella causa L., U 107/03, ha ammesso una deduzione globale del 10%, trattandosi di un assicurato frontaliere, nato nel 1945 che, a causa del danno infortunistico all'occhio sinistro, era stato giudicato in grado di svolgere a tempo pieno delle professioni sostitutive non necessitanti di una vista stereoscopica. La stessa Corte federale, in una pronuncia del 21 ottobre 2003 nella causa M., U 102/00, ha operato una decurtazione del 15%, trattandosi di un ventinovenne frontaliere che, in ragione del danno infortunistico, presentava degli impedimenti anche nell'esercizio di un'attività adeguata e necessitava di introdurre frequenti pause nell'arco della giornata lavorativa. Da parte sua, il TCA, in una sentenza del 4 settembre 2003 nella causa P., Inc. n. 35.2003.21, cresciuta in giudicato, ha operato una riduzione del 20% sul reddito da invalido, trattandosi di una ballerina di night-club - di nazionalità straniera e completamente priva di esperienza sul mercato del lavoro svizzero, perlomeno su quello "ordinario" - che presentava una capacità lavorativa limitata al 70% anche in attività confacenti alle sue condizioni di salute. In una recente sentenza del 25 luglio 2005 nella causa J., I 147/05, consid. 2, il TFA ha proceduto ad una riduzione del 15% sul reddito statistico da invalido, trattandosi di un assicurato straniero, nato nel 1953 e al beneficio di un permesso di domicilio, che, a causa del danno alla salute, era stato giudicato in grado di svolgere un'attività adeguata in misura del 60%. La nostra Corte federale ha ritenuto suscettibili di incidere sul livello di reddito ancora conseguibile dall'assicurato, gli impedimenti funzionali derivanti dal danno alla salute (10%), così come il fatto di poter lavorare soltanto a tempo parziale (5%): " 2.4 Aufgrund der zu Recht nicht bestrittenen Auffassung der Gutachter des Instituts Y. _____ vom 4. April 2003 ist dem Beschwerdegegner die angestammte Tätigkeit als Schweisser nicht mehr zumutbar, während körperlich leichte bis intermittierend mittelschwere adaptierte Tätigkeiten zu 60% zumutbar sind (d.h. wechselbelastende Tätigkeiten ohne Heben, Stossen und Ziehen von Lasten über 5 bis 10 kg repetitiv und vereinzelt über 15 kg, ohne Überkopftätigkeiten und ohne Tätigkeiten in gebückter Haltung mit Rotation der Wirbelsäule). Aufgrund dieser Einschränkungen sind keine triftigen Gründe ersichtlich, um von einem leidensbedingten Abzug abzusehen; dies wird von der Beschwerde führenden Verwaltung denn auch nicht bestritten. 2.5 Entgegen der Auffassung im kantonalen Entscheid ist die Nationalität hier zu vernachlässigen angesichts der Tatsache, dass die statistischen Löhne aufgrund der Einkommen der schweizerischen und der ausländischen Wohnbevölkerung erfasst werden (AHI 2002 S. 70) und der Beschwerdegegner kein Saisonnier ist, sondern über die Niederlassungsbewilligung C verfügt (Urteil S. vom 16. April 2002, I 640/00

[Zusammenfassung in HAVE 2002 S. 308]). Damit gehört der Versicherte vielmehr einer Ausländerkategorie an, für welche der monatliche Männer-Bruttolohn im Anforderungsniveau 4 sogar etwas über dem entsprechenden, nicht nach dem Merkmal der Nationalität differenzierenden Totalwert liegt (Lohnstrukturerhebung 2000 S. 47 Tabelle TA12 sowie Lohnstrukturerhebung 2002 S. 59 Tabelle TA12). Es ist denn auch dieser Totalwert die massgebende Vergleichsgrösse und nicht etwa das Einkommen der Schweizer (wie es die Vorinstanz angenommen hat), da sich Tabellenlöhne aus den Einkommen der In- und Ausländer zusammensetzen. 2.6 Die IV-Stelle führt in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zwar zu Recht aus, "dass Teilzeitangestellte nicht zwingend weniger als Vollzeittätige verdienen (zum Beispiel in Beschäftigungsbereichen, in denen Teilzeitarbeit Nischen auszufüllen vermag, die arbeitgeberseits stark nachgefragt und dementsprechend entlohnt werden ...)." Jedoch wird das Invalideneinkommen hier allein aufgrund statistischer Angaben festgesetzt, so dass die statistisch erhärtete Tatsache der Lohneinbusse von teilzeitarbeitenden Männern im massgebenden Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten) zu berücksichtigen ist (vgl. Lohnstrukturerhebung 2000 S. 24 T8 sowie Lohnstrukturerhebung 2002 S. 28 T8), auch wenn in diesem Rahmen der prozentuale Minderverdienst nicht schematisch dem Abzug gleichzusetzen ist (vgl. BGE 126 V 79 Erw. 5b/aa). 2.7 Damit sind im Rahmen des Abzuges die leidensbedingten Einschränkungen des Versicherten (vgl. Erw. 2.4) sowie die Möglichkeit, nur noch Teilzeit arbeiten zu können (Erw. 2.6 hievov), zu berücksichtigen. Da die IV-Stelle in Verfügung und Einspracheentscheid keinen Abzug wegen Teilerwerbstätigkeit berücksichtigt hat, obwohl dies angemessen gewesen wäre, lag für das kantonale Gericht ein triftiger Grund vor, sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Verwaltung zu setzen; die abweichende Ermessensausübung erweist sich deshalb insoweit als näher liegend (vgl. Erw. 2.3 hievov). Indessen hat die Vorinstanz zu Unrecht auch den Ausländerstatus des Beschwerdegegners berücksichtigt (Erw. 2.5 hievov). Die IV-Stelle hat jedoch die leidensbedingten Einschränkungen - angesichts der Beschwerden - mit einem Abzug von 10% vom Tabellenlohn berücksichtigt; wird auch der Tatsache Rechnung getragen, dass der Beschwerdegegner nur noch teilerwerbstätig sein kann, erscheint - gesamthaft gesehen - das Ermessen der Vorinstanz als näher liegend. Damit hatte diese genügend triftige Gründe, um vom Abzug der Verwaltung abzuweichen, so dass ein solcher in Höhe von 15% vorzunehmen ist, was zu einem Invaliditätsgrad von 52% und damit zum Anspruch auf eine halbe Invalidenrente führt." (STFA succitata) In un'altra pronunzia del 25 luglio 2005 nella causa Y., U 420/04, consid. 2 - riguardante un assicurato straniero, nato nel 1961 e al beneficio di un permesso di domicilio, totalmente abile in attività lavorative leggere da un profilo dell'impegno fisico - lo stesso TFA ha nuovamente applicato una decurtazione del 15% ("Dem Beschwerdegegner sind aus medizinischer Sicht unbestrittenermassen keine schweren Arbeiten mehr zumutbar (vgl. Erw. 2.5.1 hievov), sodass er den bisher ausgeübten Tätigkeiten nicht mehr nachgehen kann. Mit den von der SUVA verfügten 15 % wird sowohl dem Verlust, Schwerarbeit leisten zu können, als auch der leidensbedingten Einschränkung, die für sich nicht sehr ausgeprägt ist, angemessen Rechnung getragen"). In una sentenza del 25 aprile 2005 nella causa R., inc. 35.2004.104, il TCA ha fornito alcune indicazioni circa le modalità secondo le quali deve essere applicata la riduzione percentuale sul reddito statistico da invalido, argomentando: " Su quest'ultimo punto, il TCA ha attentamente esaminato alcune recenti sentenze federali e ne ha ricavato l'impressione di una prassi non sempre coerente. A titolo di esempio, in una sentenza del 14 febbraio 2005 nella causa T., I 594/04, consid. 2.3, il TFA ha indicato che l'età dell'assicurato (47 anni al

momento del rilascio della decisione impugnata) non rappresentava un fattore di riduzione, stabilendo inoltre che i lavoratori ausiliari, su un mercato equilibrato del lavoro, vengono richiesti a prescindere dalla loro età e quindi che, in queste attività, l'età di per sé non influisce sul livello retributivo. Per conto, in una pronuncia del 20 gennaio 2005 nella causa R., I 138/04, consid. 4.3., la stessa Alta Corte federale ha applicato una riduzione sul reddito statistico da invalido, trattandosi di un assicurato di 35 anni, dichiarato completamente abile in attività semplici e ripetitive nel settore dei servizi, "en regard de l'âge de l'assuré et des limitations résultant de l'atteinte à sa santé" (la sottolineatura è del redattore). In un'altra sentenza del 23 febbraio 2004 nella causa M., B 67/04, consid. 3.3.2 - concernente un assicurato di 54 anni al beneficio di un permesso di domicilio - l'Alta Corte non ha ritenuto che l'età costituisca un fattore di riduzione. Del resto, con riferimento all'art. 28 cpv. 4 OAINF (cfr. consid. 2.4.), la giurisprudenza federale ha stabilito che questa disposizione torna applicabile agli assicurati che, alla data di inizio della rendita di invalidità, hanno un'età attorno ai 60 anni (cfr. DTF 123 V 419 consid. 1b; SVR 1995 UV 35, p. 105 consid. 2b). Al fine di garantire l'uguaglianza di trattamento fra assicurati (circa la necessità di introdurre dei criteri obiettivi allo scopo di evitare disparità di trattamento, cfr. DTF 123 V 104 consid. 3e, DTF 115 V 138ss. consid. 6-7, 405ss., consid. 4-6; STFA del 24 febbraio 2005 nella causa S., U 80/04, consid. 4.2.1), questo Tribunale – chiamato peraltro, in talune circostanze, a direttamente quantificare la riduzione percentuale (cfr., ad esempio, la STFA del 25 febbraio 2003 nella causa P., U 329 + 330/01) – e visto che il problema si pone in modo analogo in alcuni importanti settori delle assicurazioni sociali (assicurazione per l'invalidità, previdenza professionale, assicurazione contro gli infortuni e assicurazione contro le malattie), ritiene di dover fornire le seguenti indicazioni. Ad ognuno dei fattori di rilievo indicati dalla giurisprudenza federale corrisponde una decurtazione del 5%. Per quanto riguarda specificatamente la riduzione percentuale legata alla limitazione addebitabile al danno alla salute, l'esistenza, in un caso concreto, di impedimenti di una particolare gravità, che in genere limitano l'assicurato anche nell'esercizio di un'attività sostitutiva, può comunque giustificare l'applicazione di una riduzione più elevata (cfr., in questo senso, la STFA del 16 febbraio 2005 nella causa C., I 559/04, consid. 2.2, in cui la Corte federale ha avallato la riduzione decisa dall'amministrazione (15%), trattandosi di un assicurato abile soltanto parzialmente in attività leggere, la STFA del 17 febbraio 2005 nella causa B., I 1/04, consid. 4.3.4, in cui è stata applicata una decurtazione del 10% per tenere conto delle difficoltà legate al danno alla salute e la STFA del 23 febbraio 2005 nella causa B., I 632/04, consid. 4.2.2, in cui è stata confermata una riduzione del 15% per ragioni di salute). La presenza cumulativa di più fattori legittima l'applicazione della riduzione massima del 25% (cfr., in questo senso, la STFA del 4 febbraio 2003 nella causa S., U 311/02, consid. 4.3). Nella già citata sentenza del 23 febbraio 2004 nella causa M., il TFA ha applicato una deduzione globale del 15% motivata dagli impedimenti legati al danno alla salute, ritenendo assenti gli altri fattori di riduzione (anni di servizio, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione)." (STCA succitata, consid. 2.11.) In concreto, viste le limitazioni cui è soggetto l'interessato, relativamente giovane (nato nel _____) e detentore di un permesso _____, considerato che ha esperienza sul mercato del lavoro, questo TCA ritiene opportuno accordare una riduzione del 10%. Partendo quindi da un salario da invalido rivalutato di fr. 53'167 e ritenuta un'esigibilità del 70% (cfr. tuttavia consid. 2.5), ammettendo la riduzione del 10%, il reddito ipotetico dell'insorgente risulta essere pari a Fr. 33'495 (Fr. 37'217.- - [Fr. 37'217.- x 10 : 100]) . Confrontando ora questo dato con l'importo di Fr. 40'300 corrispondente al reddito che

l'insorgente avrebbe conseguito da valido nell'anno 2004, emerge un'incapacità al guadagno pari al 17 % ($[\text{Fr. } 40'300 - \text{Fr. } 33'495.] \times 100 : \text{Fr. } 40'300.-$). Poiché l'incapacità al guadagno determinata confrontando il reddito conseguito con il reddito che l'assicurato avrebbe potuto percepire se non fosse intervenuta la malattia, risulta essere del 17% e quindi nettamente inferiore al grado del 50% richiesto dalle CGA (art. 18 cpv. 3), la Cassa malati, scaduto il termine di 4 mesi (cfr. consid. 2.8) non deve più versare le indennità. Come detto, anche se si prendessero i valori (ipotetici) del 2005, l'indennità non andrebbe ugualmente accordata. Dalla stima trimestrale dell'evoluzione dei salari nominali (variazione in percento rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente, emanata dall'UST in base ai dati del Servizio centrale delle statistiche dell'assicurazione contro gli infortuni [SSAINF]), dato certo parziale, ma comunque indicativo, emerge che la variazione percentuale dei salari in termini nominali fra il primo trimestre del 2004 in rapporto al primo trimestre del 2005 raggiunge l'1,4%. Il salario da invalido ascrivibile all'insorgente va pertanto fissato in fr. 33'964 ($[\text{Fr. } 33'495 \times 1,4 : 100] + 33'495$). Per quanto concerne il salario da valido, se l'insorgente non avesse avuto aumenti nel 2005, l'incapacità al guadagno sarebbe stata del 16% ($[\text{Fr. } 40'300 - 33'964] \times 100 : 40'300$). Nemmeno se il salario da valido fosse aumentato, nel 2005, del 10% fino a raggiungere fr. 44'330 (ossia un aumento mensile di fr. 310, ciò che, notoriamente, non avviene nelle professioni quali quelle svolte dall'insorgente), la percentuale dell'incapacità al guadagno avrebbe raggiunto il 50%, ($[\text{Fr. } 44'300 - 33'964] \times 100 : 44'300$), ma sarebbe rimasto circa al 23%. Un accertamento circa il reddito che l'insorgente avrebbe guadagnato nel 2005 se avesse continuato a lavorare quale aiuto cuoco si rivela pertanto inutile. In conclusione, alla luce di tutto quanto sopra esposto, il ricorso va comunque parzialmente accolto nel senso che la Cassa è condannata a versare le indennità fino al 18 giugno 2005 (compreso). 2.11.

L'insorgente accenna genericamente all'assunzione di ulteriori prove (documenti, testi, richiamo dalla cassa malati dell'incarto completo, ogni altra ammessa, cfr. doc. I) e chiede che il Dr. med. _____ venga interpellato per iscritto (doc. VI). Come visto, il TCA ha posto diverse domande sia allo specialista in neurochirurgia che al medico fiduciario della Cassa, i quali hanno esposto in maniera chiara e convincente il loro parere circa lo stato di salute dell'insorgente. L'assunzione di ulteriori prove, viste le chiare risultanze degli atti medici, non sarebbe atta a modificare il giudizio di questo Tribunale, che ritiene completa la documentazione a disposizione per decidere nel merito. Conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca 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 non potrebbero modificare il risultato, si rinuncerà ad assumere altre prove (apprezzamento anticipato delle prove; Kieser, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, pag. 212 no. 450, Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2a ed., pag. 39 no. 111 e pag. 117 no. 320; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2a ed., pag. 274; cfr. anche STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01; DTF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). Tale modo di procedere non costituisce una violazione del diritto di essere sentito desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (e in precedenza dall'art. 4 vCost.; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). In concreto, questo Tribunale ritiene la fattispecie sufficientemente chiarita dall'esame degli atti dell'incarto per cui rinuncia all'assunzione di ulteriori prove. 2.12.

Con il ricorso l'assicurato chiede infine la concessione dell'assistenza giudiziaria anche in

sede di opposizione (doc. I), “ritenuto come la cassa malati CO 1 abbia rifiutato il versamento di un’indennità in tal senso malgrado la specifica richiesta formulata in quella sede (...)”. Nell’opposizione del 16 marzo 2005 l’insorgente aveva chiesto “l’assegnazione di ripetibili, sebbene queste non siano di regola riconosciute (art. 52 cpv. 3 LPGa) giacché l’assicurato, vista la sua scarsa formazione professionale, si è visto costretto a rivolgersi alla scrivente per redigere la presente opposizione.” (doc. 3, cfr. anche petitum). Con decisione su opposizione del 14 giugno 2005 la convenuta ha negato l’assegnazione di ripetibili, affermando che “Lei chiede un rimborso di spese senza indicare l’importo. CO 1 rifiuta qualsiasi versamento a questo titolo.” (doc. 4). In concreto l’assicurato in sede di opposizione ha chiesto le ripetibili. “Solo” in sede di ricorso ha chiesto l’ammissione all’assistenza giudiziaria e al gratuito patrocinio anche in sede di opposizione. Al riguardo va rilevato che l’autorità di ricorso può pronunciarsi su un determinato oggetto solo in presenza di una decisione emessa dalla Cassa (cfr. SVR 2003 EL nr. 2; STFA del 23 dicembre 2003 nella causa M., C., E., F., R., U 105/03, consid. 4; STFA del 19 novembre 2003 nella causa A., U 355/02, consid. 3; RAMI 2001 pag. 36; DTF 125 V 413=SVR 2001 IV Nr. 27; DTF 118 V 313; DTF 110 V 51 consid. 3b, DTF 105 V 276 consid. 1, DTF 104 V 180, DTF 102 V 152, STFA 23 marzo 1992 in re G. C., STCA 4 maggio 1992 in re G. V.; Gygi, Bundesverwaltungrechtspflege, pag. 44 in fine). In una sentenza del 12 marzo 2004 nella causa F., C 226/03, pubblicata in DTF 130 V 388, il TFA ha, inoltre, stabilito che, anche dopo l’entrata in vigore della LPGa, applicabile ai settori delle assicurazioni sociali disciplinati dal diritto federale, che ha avuto luogo il 1° gennaio 2003, il rilascio di una decisione è una condizione materiale necessaria per poter emanare un giudizio di merito nella successiva procedura amministrativa o giudiziaria. Secondo la giurisprudenza, a condizione che all’amministrazione sia stata data l’opportunità di pronunciarsi in merito, la procedura giudiziaria amministrativa può essere estesa, per ragioni di economia processuale, a una questione non propriamente oggetto della lite purché essa sia suscettibile di essere giudicata e così strettamente connessa all’oggetto iniziale della controversia che si possa ravvisare un’unità fattuale (cfr. STFA 6 febbraio 2003 nella causa C., I 712/02, consid. 1.1.; DTF 122 V 36 consid. 2a con riferimenti). In casu la questione dell’assistenza giudiziaria in sede di opposizione è strettamente legata alla problematica di merito e la Cassa ha potuto prendere posizione al riguardo nella risposta di causa, avendone l’insorgente fatto richiesta con il ricorso al TCA. Questo Tribunale, dunque, per motivi di economia processuale esaminerà se l’assicurato, oltre alle ripetibili su cui la Cassa si è pronunciata (negativamente) in sede di decisione su opposizione, ha diritto o meno all’assistenza giudiziaria in ambito di opposizione. 2.13. L’art. 37 LPGa, relativo alla rappresentanza e patrocinio nella procedura davanti all’assicuratore, prevede: “La parte può farsi rappresentare, se non deve agire personalmente, o farsi patrocinare nella misura in cui l’urgenza di un’inchiesta non lo escluda. (cpv. 1) L’assicuratore può esigere che il rappresentante giustifichi i suoi poteri con una procura scritta. (cpv. 2) Finché la parte non revochi la procura l’assicuratore comunica con il rappresentante. (cpv. 3) Se le circostanze lo esigono, il richiedente può beneficiare di patrocinio gratuito. (cpv. 4)” Qualora dunque un assicurato non disponga di sufficienti mezzi finanziari, le sue conclusioni non siano sprovviste di possibilità di successo e la lite non sia priva di difficoltà di ordine fattuale o giuridico, egli ha diritto al gratuito patrocinio nella procedura di opposizione del diritto delle assicurazioni sociali (cfr. SVR 2004 EL Nr. 4). Da una Circolare del SECO Prassi ML/AD 2004/2, Foglio 8/1, p.to II, si evince che in una procedura inerente al settore delle assicurazioni sociali il patrocinio non è in linea di massima necessario, poiché gli organi

esecutivi sono soggetti al principio inquisitorio. Si può tuttavia derogare a questo principio se il caso in questione è particolarmente complesso. In particolare il patrocinio può essere considerato necessario, e perciò giustificare l'ammissione della gratuità, allorché viene ventilato un intervento incisivo nella situazione giuridica di un assicurato (cfr. U. Kieser, ATSG Kommentar, 2003, ad art. 37 n. 21). Il gratuito patrocinio può essere autorizzato anche con effetto retroattivo (cfr. U. Kieser, op. cit., ad art. 37, n. 24). In una sentenza del 23 settembre 2003 nella causa K. (H 179/03) il TFA ha confermato il giudizio del Tribunale cantonale delle assicurazioni del Cantone Zurigo che aveva ammesso il gratuito patrocinio durante la procedura di opposizione nell'ambito dell'art. 52 v.LAVS. L'Alta Corte ha riconosciuto che la richiesta di risarcimento di fr. 26'492.40 a titolo di contributi sociali non versati costituiva un intervento relativamente grave nella situazione giuridica dell'allora presidente del consiglio di amministrazione della ditta e che la lite non era semplice dal profilo fattuale. In concreto la richiesta deve essere accolta, dato che sono adempiute le relative condizioni (cfr. anche decreto del 5 settembre 2005 in ambito di assistenza giudiziaria e gratuito patrocinio innanzi al TCA). L'opposizione dell'assicurato, indigente, non era sprovvista di possibilità di successo. Va, poi, osservato che la LPGA ha introdotto il principio secondo cui l'opposizione deve contenere una conclusione e una motivazione (cfr. art. 10 cpv. 1 OPGA). Pertanto all'assicurato occorre un aiuto anche al fine di motivare l'atto di opposizione. Di conseguenza il patrocinio da parte di un avvocato era necessario. In simili condizioni il gratuito patrocinio deve essere concesso al ricorrente pure per la procedura di opposizione dinanzi alla Cassa. Relativamente alla parte dell'opposizione che avrebbe dovuto essere accolta va osservato che l'art. 52 cpv. 3 LPGA enuncia che di regola nella procedura di opposizione non sono accordate ripetibili. Tuttavia, quando in questa fase può essere concesso all'assicurato il gratuito patrocinio, nel caso di accoglimento dell'opposizione vanno erogate le ripetibili (cfr. U. Kieser, op. cit., ad art. 52 n. 28; ad art. 37 n. 23). Nella fattispecie, quindi, essendo adempiuti i presupposti per beneficiare del gratuito patrocinio nella procedura di opposizione, all'assicurato vanno accordate anche le ripetibili per la parte dell'opposizione che avrebbe dovuto essere accolta. L'incanto va rinviato all'amministrazione affinché statuisca sulla questione delle ripetibili in sede di opposizione.

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