

## **TI\_GERICHTE 36.2016.61 vom 6. März 2017**

TI Tribunale d'appello, 2017-03-06, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_36.2016.61](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2016.61)

FR: TI\_GERICHTE 36.2016.61 du 6 mars 2017

IT: TI\_GERICHTE 36.2016.61 del 6 marzo 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Alla dimissione, in base all'evoluzione clinico funzionale, si riteneva la paziente inabile al 100% nell'ambito del suo lavoro come "cameriera tuttofare" fino al termine del trattamento riabilitativo programmato in regime ambulatoriale, quindi si raccomandava al medico curante eventuali decisioni in merito. A differenza del Dr. \_\_\_\_\_, non abbiamo approfondito l'abilità lavorativa in attività leggere in quanto non obiettivo del ricovero." (doc. XXXII) Il 6 settembre 2016 il medico curante dr. med. \_\_\_\_\_, dopo aver ripercorso l'intera fattispecie, ha affermato: "(...) a) Scusandomi per la lunga ma, a mio avviso, necessaria elencazione dei fatti che entrano in merito alla vertenza tra la paziente e la CV 1, rispettivamente antecedenti alla data di possibile ripresa lavorativa della paziente come aveva previsto il Dr. med. \_\_\_\_\_ nella sua perizia e soprattutto l'evoluzione dello stato di malattia della stessa a seguire, come relazionato con atti specialistici alla mano, ritengo di essere stato chiaro nel collaborare a far luce su questa diatriba laddove si evince che la paziente SAREBBE DOVUTA GUARIRE IN DATA 01.06.2015, condizionale giustamente adoperato dal perito CV 1 ma smentito dagli eventi concomitanti e successivi di peggioramento dello stato algico della paziente in esame, addirittura RIPRENDERE L'ATTIVITA' LAVORATIVA NELLA MISURA DEL 100% (presenza e rendimento normale nonostante le limitazioni importanti descritte dallo perito nel suo stesso rapporto alla CV 1), cosa che non è potuta avvenire visto la successiva valutazione specialistica universitaria, confermata poi dal ricovero suddetto ed eventi aggravanti il già precario stato di salute della paziente stessa e che stanno a giustificare i miei certificati di IL al 100% fino al 19.09.2016, come neanche la possibilità di intraprendere un'attività adeguata ai limiti funzionali descritti dal Dr. med. \_\_\_\_\_ durante la sua attività peritale. b) Per quanto riguarda lo scritto del Dr. med. \_\_\_\_\_ del 30.01.2015 in risposta alla richiesta di delucidazioni mediche alla CV 1, il collega si è limitato soltanto a leggere la relazione del Dr. med. \_\_\_\_\_ che invece indirizzava la paziente a terapie stazionarie come lo stesso dr. med. \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (scritto nell'allegato 2) riportava per scritto, cioè sia la decisione del Dr. med. \_\_\_\_\_ e successivamente la sua che la paziente doveva seguire un approccio in modo stazionario della terapia. c) Così si può anche giustificare il perché, sempre secondo il Dr. med. \_\_\_\_\_, il Dr. med. \_\_\_\_\_ non si esprime sulla CL della paziente: la paziente doveva ed è stata ricoverata per continuazione di fisioterapia che ambulatoriamente non dava gli effetti voluti su una eventuale restituito ad integrum, rispettivamente citando una diagnosi di cronicità quando invece si riteneva, e si è continuato a ritenere, la stessa, da parte del dr. med. \_\_\_\_\_, abile al lavoro al 100% anche nel suo rapporto alla CV 1 del 30.01.2015 in paziente valutata, ricoverata e ancora in cura per le patologie croniche più volte citate. d) Quanto scritto finora sta a significare che la sig.ra AT 1 non è una simulante, rispettivamente che le contraddizioni apportate sopra (si diceva che si trattava di malattia sottogiacente a

infortunio e poi che questa malattia non era più presente consentendo alla paziente una ripresa lavorativa completa mentre poi, dalle successive viste specialistiche ciò non è stato affermato) sono state la causa anche di dissidi tra la CV 1 e la sig.ra AT 1, la quale lamentava spesso un trattamento da parte della CV 1 che le faceva intendere che era proprio simulante. e) Infine, e non per ultimo, nel rispondere alle vostre domande, nello specifico alla pag. 2 n° 4, il sottoscritto, durante la visita dell'11.07.2016 proponeva alla paziente un consulto ed eventuali sedute di psicoterapia sulla scorta della diagnosi psicologica descritta per la prima volta nella anamnesi della paziente proprio durante la visita del Dr. med. \_\_\_\_\_ del 17.11.2015 (vedi pag. 1 – diagnosi principale n° 3 – l'anamnesi a seguire e dove viene nominata per la prima volta la diagnosi di “reazione depressiva reattiva con iniziale sindrome fibromialgica”). Perciò, dopo aver ricevuto anche su questo input diagnostico, ho consigliato alla paziente una presa a carico psicologica ma la stessa paziente ha voluto concentrare tutte le sue forze per continuare il suo programma riabilitativo anche dopo la dimissione Ospedaliera e in seguito avrebbe deciso di intraprendere anche questo percorso a seconda di un'eventuale miglioramento del suo status psicologico reattivo alla propria situazione generale” (doc. XXXIV) Agli atti vi sono inoltre gli atti della procedura in ambito AI. Con perizia del 26 ottobre 2016, il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna e reumatologia, posta la diagnosi di fibromialgia primaria, sindrome cervicospondilogenica cronica e sindrome lombospondilogenica cronica, ha segnatamente affermato: “(...) A livello diagnostico, come detto sopra, non esiste alcuna discrepanza, vi è qualche discrepanza tra lo status dei vari specialisti e quanto descritto dal medico di famiglia. Medico però da considerarsi molto di parte; egli riferisce sempre di peggioramenti funzionali, rimane però sempre molto vago nella descrizione dello status, non mi è pertanto possibile confrontare il suo con il mio. (...) Le discrepanze maggiori riguardano la valutazione peritale del Dr. med. \_\_\_\_\_ e Dr. \_\_\_\_\_ e quanto valutato dal medico di famiglia, che tutte le volte parla sempre di peggioramenti ed impossibilità di lavorare. Personalmente il mio status è francamente sovrapponibile a quello del Dr. \_\_\_\_\_, così come a quello del Dr. \_\_\_\_\_; da parte mia non posso quindi che riconfermare quanto anche scritto dal Dr. \_\_\_\_\_, con abilità lavorativa del 100% in attività adeguata, le limitazioni le vedremo in seguito. Questa abilità è chiaramente stata interrotta per circa 1 mese, durante la degenza alla Clinica di \_\_\_\_\_, quindi inabilità lavorativa del 100% anche dal 20.02.16 al 27.03.16. (...) Personalmente non faccio altro che confermare l'abilità lavorativa descritta dal Dr. \_\_\_\_\_. (...) Ho cercato di farmi spiegare dalla paziente cosa significasse tuttodfare, essa nel ristorante si occupava veramente un po' di tutto, dalla cucina, lavapiatti, attività al bar e come cameriera; si tratta quindi di attività molto variate nell'arco di tutta la giornata. La Signora al momento presenta soprattutto delle limitazioni per attività più pesanti, come sollevare ripetutamente pesi superiori ai 10kg, assumere posture monotone, in particolare ferma in piedi o lavorare a lungo in anteflessione o con la testa in estensione, vedi alterazione degenerativa cervicale. L'attività precedente è secondo me ancora possibile ma nell'ordine del 50%, questo differisce dal 100% del Dr. \_\_\_\_\_ per il fatto che ho nuovamente richiesto bene ed attentamente cosa facesse al ristorante, dove vi erano quindi attività più e meno favorevoli.” (Pag. da 94 a 96 incarto AI) Circa la capacità lavorativa nell'attività precedente il perito ha affermato: “Massimo 8 ore al giorno con un rendimento del 50%, in quanto la paziente non può più fare tutti i lavori.” (pag. 96 incarto AI) Circa il momento da cui la capacità lavorativa indicata va considerata valida il perito ha affermato “ da fine degenza alla Clinica di \_\_\_\_\_, vale a dire dal 27.03.2016 ” (pag. 96 incarto AI). Per quanto concerne la

capacità lavorativa in attività adeguata il perito ha affermato: “(...) In un’attività adeguata, dove non debba sollevare pesi superiori ai 10kg in modo ripetuto, dove possa cambiare postura di tanto in tanto, stando in particolare più seduta (la paziente è stata quasi mezz’ora seduta da me senza problemi), dove non debba lavorare in anteflessione o con iperestensione del collo, dove non debba lavorare sopra l’orizzontale, la paziente è già sin da ora abile al 100%, vale a dire 8 ore con rendimento al 100%. La Signora mi dice di essere in possesso di un certificato di impiegata d’ufficio, attività che di base sarebbe ideale.” Il 9 gennaio 2017 la dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH psichiatria e psicoterapia, ha redatto la perizia richiesta dall’UAI dopo le visite del 23 novembre 2016 e del 7 dicembre 2016 (doc. LXII/2, pag. 1). Posta la diagnosi di episodio depressivo di media gravità (ICD 10: F32.1) e disturbo da dolore con fattori somatici e psichici (ICD 10 F: 45.41), ha concluso affermando: “(...) Per quanto finora argomentato, per quanto emerso dall’esame della documentazione messa a disposizione, dall’anamnesi, dalla descrizione della giornata, dall’esame clinico effettuato secondo vocabolario AMDP-System, dalla descrizione dei limiti e delle risorse effettuata secondo schema MINI-ICF-APP e dalle dichiarazioni soggettive si giudica che la capacità lavorativa di questa assicurata sia attualmente pari al 50% (tempo ridotto, rendimento ridotto) per l’attività da ultimo svolta e per qualsiasi attività confacente, dal punto di vista strettamente psichiatrico. Un’attività adeguata dovrebbe essere svolta in un ambiente supportivo, senza grandi richieste di performance, senza grandi responsabilità, senza grandi necessità di pianificazione, senza eccessive interazioni con le persone e con i colleghi, con la possibilità di riposarsi regolarmente. (...) Queste valutazioni sono da riferirsi al momento dell’attuale accertamento peritale poiché non si riesce a reperire una datazione più precisa dal punto di vista strettamente psichiatrico. D’altronde l’episodio depressivo si è instaurato in maniera subdola. Tra il gennaio e il febbraio 2016 ella è stata valutata presso la Clinica di \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ dal punto di vista psicologico, quindi non da un medico psichiatra che presumibilmente sarebbe riuscito a dare un quadro più preciso della situazione che senz’altro si stava già evolvendo. Trovo quindi arduo esprimermi in maniera più precisa sui periodi pregressi” (doc. LXII/2) Da parte sua il medico SMR, dr. med. \_\_\_\_\_, nel rapporto finale del 19 gennaio 2017 ha stabilito che l’assicurata è stata completamente inabile al lavoro dal 15 dicembre 2013 al 31 dicembre 2015 ed al 50% dal 1° gennaio 2016, nell’attività abituale ed in qualsiasi attività adatta al suo stato di salute (doc. XLII/1, pag. 1 e 2). Il 31 gennaio 2017 il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH neurochirurgia, dopo le visite del 13, 20 e 31 gennaio 2017, ha affermato che “ faccio rieseguire RM cervicale che evidenzia ernia discale intraforaminale C5-C6 sinistra che spiega le algie brachiali attuali. Prescrivo Fortecortin per 7 giorni senza beneficio e quindi eseguo in scopia infiltrazione periradicolare C6 sinistra in scopia con triamcinolone il 26.1.2017. Oggi riferisce miglioramento del 60% e non sta assumendo altri farmaci. Prescrivo Lyrica 50mg alla sera per alcuni giorni e poi 50 mg mattino e sera. Se recrudescenza delle algie consiglio ACIF C5-C6 ” (doc. GG OSS-1). Il 18 gennaio 2017 la dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH radiologia, ha concluso affermando: “ sostanziale stabilità del quadro. Nota stenosi pre ed intraforaminale a livello C5-C6 a sinistra con effetto compressivo su C6. A livello C4-C5 bulging discale ponderato a sede mediolaterale sinistra con impronta sulla parete anteriore del sacco durale e del midollo ed effetto di dislocazione sull’origine della radice C5 a sinistra. Stabili le restanti discopatie .” (doc. GG OSS-3).

## **E. 2.1**

Das Obergericht führte zur Begründung seines Nichteintretensentscheids aus, die Beschwerdeführerin sei als juristische Person nur prozessführungsbefugt, wenn sie durch

ein rechtmässiges Organ oder eine zeichnungsberechtigte Person vertreten werde. Die Beschwerde sei von zwei gemäss Handelsregister nicht zeichnungsberechtigten Juristen unterzeichnet worden und daher grundsätzlich unwirksam. Zwar könne sich die Beschwerdeführerin gemäss Art. 68 ZPO durch jede beliebige Person ihres Vertrauens vertreten lassen, sofern diese nicht berufsmässig handle. Vorliegend sei eine berufsmässige Vertretung gegeben, weil die Beschwerde von zwei Juristen unterzeichnet worden sei, die als Angestellte der Beschwerdeführerin für ihre Tätigkeit ein Entgelt in Form von Lohn erhielten und bereit seien, die Beschwerdeführerin regelmässig in rechtlichen Angelegenheiten zu vertreten. Die berufsmässige Vertretung vor dem Obergericht sei nach Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO Anwälten und Anwältinnen vorbehalten, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 (SR 935.61) berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten. Aufgrund ihres Anstellungsverhältnisses zur Beschwerdeführerin könnten sich die beiden unterzeichnenden Juristen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d des Anwaltsgesetzes nicht in das kantonale Anwaltsregister eintragen lassen, wies dies Art. 6 Abs. 1 des Anwaltsgesetzes verlange. Damit fehle ihnen eine der Voraussetzungen, die Beschwerdeführerin gemäss Art. 68 ZPO berufsmässig zu vertreten. (...) 2.2.1 Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO behält die berufsmässige Vertretung von Parteien im Prozess grundsätzlich Anwälten vor, die nach dem Anwaltsgesetz berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichten zu vertreten. Die Vertretung von Parteien vor Bundesgericht in Zivil- und Strafsachen kann nach Art. 40 Abs. 1 BGG ebenfalls nur durch solche Anwälte erfolgen. Das damit statuierte prozessrechtliche Anwaltsmonopol bezieht sich auf die Vertretung von Personen durch Dritte und kommt damit nicht zur Anwendung, soweit das materielle Zivilrecht bei juristischen Personen die Vertretung im Prozess durch firmeninterne Personen mit Organfunktion zulässt (MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bd. I, 2012, N. 12 zu Art. 68 ZPO; LUCA TENCHIO, in: Basler Kommentar, ZPO, 2010, N. 2 und 21 zu Art. 68 ZPO; vgl. auch BGE 130 II 87 E. 4.3.2 S. 97; LAURENT MERZ, in: Basler Kommentar zum BGG, 2. Aufl. 2011, N. 3 zu Art. 40 BGG; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Commentaire de la LTF, 2009, N. 5 zu Art. 40 BGG). So lassen Art. 458 ff. OR bei juristischen Personen, die ein kaufmännisches Gewerbe führen, ihre Vertretung im Prozess durch Prokuristen und andere Handlungsbevollmächtigte zu, denen damit nicht die Stellung eines berufsmässigen Vertreters im Sinne von Art. 68 Abs. 2 ZPO zukommt (vgl. BGE 97 II 94 S. 95, der Prokuristen betrifft; STERCHI, a.a.O., N. 12 zu Art. 68 ZPO; Urteil des Berner Verwaltungsgerichts vom 21. Juni 2007, VGE 22813, E. 1.4.6, publ. in: BVR 2008, S. 29). Die Prokura umfasst vermutlich das Recht, alle Arten von Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck des Unternehmens mit sich bringen kann (Art. 459 Abs. 1 OR). Zu diesen Rechtshandlungen gehört auch die Prozessvertretung (Urteil 4P.184/2003 vom 2. Februar 2004 E. 2.3.2 mit Hinweis). Mit der kaufmännischen Handlungsvollmacht wird jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb des Gewerbes oder zu bestimmten Geschäften im Gewerbe als Vertreter bestellt (Art. 462 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 462 Abs. 2 OR ist der Handlungsbevollmächtigte jedoch zur Prozessführung nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugnis ausdrücklich erteilt worden ist. Die ausdrückliche Erteilung der Prozessführungsbefugnis kann schriftlich oder mündlich, nicht jedoch bloss stillschweigend erfolgen (CHRISTINE CHAPPUIS, in: Commentaire Romand, CO I, 2. Aufl. 2012, N. 14 zu Art. 462 OR i.V.m. N. 7 zu Art. 459 OR; KARL WAGNER, Die Handlungsvollmachten nach Art. 462 des Obligationenrechts, 1945, S. 38; vgl. betreffend Art. 426 Abs. 2 aOR: Entscheid des Bundesgerichts, I. Abteilung, vom 31. Mai 1902 E. 3, publ. in: Blätter für

Zürcherische Rechtsprechung, Neue Folge Bd. I, 1902, Nr. 159 S. 199 f.). Die Regelung der ausdrücklichen Vollmachtserteilung in Art. 462 Abs. 2 OR erfährt insoweit eine Ausnahme, als der Geschäftsinhaber gemäss Art. 458 Abs. 1 OR einem Handlungsbevollmächtigten stillschweigend die Prokura erteilen kann ( BGE 94 II 117 E. 3 S. 118 f.; vgl. auch: BGE 99 IV 1 E. 1c S. 3). Anders als die Prokura kann die Handlungsvollmacht nicht ins Handelsregister eingetragen werden (Urteil 4C.348/2006 vom 17. Januar 2007 E. 8.1 mit Hinweis). Der Handlungsbevollmächtigte hat daher dem Gericht seine Ermächtigung zur Prozessführung nach Art. 642 Abs.

## **E. 2.2**

Dagegen bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe sich zur Bestimmung des Invalideneinkommens auf die Praxis aus dem Sozialversicherungsrecht bezogen, indem sie auf statistische Werte (LSE-Tabellen) zurückgreife. Damit übersehe die Vorinstanz, dass die vorliegende privatrechtliche Streitigkeit materiell den Regeln des VVG und des OR und formell denjenigen der ZPO unterstehe. Die sozialversicherungs- und die privatrechtliche Erwerbsunfähigkeit seien nicht identisch. Der im Anwendungsbereich von Art. 46 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR massgebliche Arbeitsmarkt entspreche dem der versicherten Person konkret offen stehenden Arbeitsmarkt. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass dem Beschwerdeführer andere Tätigkeiten zumutbar seien, und welches Einkommen er nach Eintritt des Gesundheitsschadens noch erzielen könnte, trage nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB und nach Art. 55 Abs. 1 ZPO (Verhandlungsgrundsatz) die Beschwerdegegnerin. Diese habe zur Frage des Invalideneinkommens überhaupt keine substantiierten Behauptungen gemacht. Sie sei sich wohl bewusst gewesen, dass der gesundheitlich angeschlagene Beschwerdeführer im Alter von gut 55 Jahren nicht den Hauch einer Chance habe, noch ein Einkommen zu erzielen, schon gar nicht ein solches von jährlich Fr. 26'529.-- bzw. Fr. 42'446.--. Mit der Anrechnung eines Invalideneinkommens habe die Vorinstanz Art. 46 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR, Art.

## **E. 2.3**

Nach Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Die Obliegenheit zur Minderung des Schadens hat die versicherte Person nicht nur bei einer Schadens-, sondern auch bei einer Summenversicherung (Urteil 4A\_10/2016 vom 8. September 2016 E. 3.7.2, zur Publikation vorgesehen; BGE 128 III 34 E. 3b S. 36; vgl. auch BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531). Zur Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheit kann ein Berufswechsel notwendig sein ( BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531; Urteile 4A\_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 3.3; 4A\_574/2014 vom 15. Januar 2015 E. 4.1; 4A\_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.3). Erwartet der Versicherer vom Versicherten einen solchen Berufswechsel, muss er dies dem Versicherten mitteilen und ihm eine angemessene Frist setzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden ( BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531). Bei der Beantwortung der Frage nach der Zumutbarkeit eines Berufswechsels im konkreten Fall stellt die medizinisch-theoretische Würdigung nur einen ersten Schritt dar. Das Gesetz erlaubt dem Versicherer keine Reduktion seiner Leistungen einzig aufgrund eines theoretisch möglichen Berufswechsels, der indessen in der Praxis nicht realisierbar ist. Das Gericht hat im Gegenteil die konkrete Ausgangslage zu würdigen. Es muss sich fragen, welche realen Chancen der Versicherte angesichts seines Alters und der Situation auf dem Arbeitsmarkt hat, eine Arbeit zu finden, welche seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung trägt. Es hat ebenfalls zu beurteilen, ob dem Versicherten ein entsprechender

Berufswechsel unter Berücksichtigung seiner Ausbildung, seiner Arbeitserfahrung und seines Alters tatsächlich zugemutet werden kann (zum Ganzen: Urteile 4A\_574/2014 vom 15. Januar 2015 E. 4.1; 4A\_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.4; 4A\_304/2012 vom 14. November 2012 E. 2.4; vgl. auch BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531).

#### **E. 2.4**

Diese Vorgaben hat die Vorinstanz bundesrechtskonform umgesetzt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat sie sowohl dessen Alter wie auch seine Ausbildung und seine früheren Tätigkeiten berücksichtigt. Sie hat weiter seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung getragen, indem sie einerseits den "Teilzeitfaktor" einbezogen und andererseits auf den standardisierten Durchschnittslohn für bloss einfache und repetitive Tätigkeiten abgestellt hat. Entsprechend hat sie aufgrund der lohnmindernden Faktoren einen Abzug von 15 % vorgenommen. Die Vorinstanz hat damit die konkrete Situation gewürdigt und nicht bloss auf theoretische, statistische Werte abgestellt. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe nicht auf den ihm konkret offen stehenden Arbeitsmarkt abgestellt, ist unbegründet. Dasselbe gilt für die Rüge einer falschen Verteilung von Behauptungs- und Beweislast: Dem vorinstanzlich festgestellten Prozesssachverhalt ist zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin behauptet hat, der Beschwerdegegner sei ab 1. Januar 2012 in einer adaptierten Tätigkeit arbeitsfähig. Für die Berechnung des Einkommens, das der Beschwerdeführer erzielen könnte, hat die Vorinstanz - neben statistischen Werten (Lohnstrukturerhebung), welche als notorisch gelten ( BGE 128 III 4 E. 4c/bb S. 7 f.) - dessen Alter, Ausbildung, frühere Arbeitstätigkeit, reduzierte Arbeitsfähigkeit und angeschlagene Gesundheit berücksichtigt. Auf welches dieser Elemente die Vorinstanz mangels entsprechender Tatsachenbehauptungen nicht hätte abstellen dürfen, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Da die Vorinstanz zudem in Würdigung der Beweise zu einem Beweisergebnis kam (Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit Januar/Februar 2012 zu 50 % mit erzielbarem Jahreseinkommen von rund Fr. 26'529.--, ab März 2012 zu 80 % mit erzielbarem Jahreseinkommen von rund Fr. 42'446.--), ist die Beweislastverteilung - welche die Folgen der Beweislosigkeit regelt - gegenstandslos (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.2 S. 243; 138 III 359 E. 6.3 S. 365; je mit Hinweisen)." Non può neppure essere d'aiuto all'assicuratore la circostanza che l'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che in caso di inabilità parziale al lavoro pari almeno al 25% l'indennità giornaliera viene erogata in proporzione all'incapacità lavorativa. Infatti l'allora TFA (dal 1° gennaio 2007: TF), certo in ambito di assicurazioni sociali, ma sulla base della medesima formulazione, con sentenza K 31/04 del 9 dicembre 2004 ha rammentato al consid. 4.4: "(...) Pour que la recourante, qui indemnise une incapacité de travail d'au moins 25 % (ch. 50.1 CGA de l'assurance facultative d'indemnités journalières SALARIA), soit tenue d'octroyer l'indemnité journalière au delà du 31 octobre 2003, il faut que l'intimée ne puisse réaliser dans une activité de substitution plus que le 75 % du revenu qui aurait été le sien dans son activité de coiffeuse sans l'atteinte à sa santé ( ATF 114 V 287 consid. 3d; arrêt C. du 1er juillet 2003 [K 38/02]). [...]" Il TCA rileva inoltre che non necessita dar seguito alla richiesta dell'assicuratore di richiamare il progetto di decisione dell'UAI del 1° febbraio 2017 relativo al calcolo del grado d'invalidità e di cui la stessa convenuta afferma di essere in possesso ma che non ha voluto produrre (doc. LXXI). Infatti, in concreto si applica il diritto privato, e segnatamente la LCA e le CGA applicabili al caso di specie, oltre alla giurisprudenza sviluppata dal TF in ambito di assicurazioni complementari alla LAMal. Il calcolo dell'incapacità di guadagno va pertanto eseguito autonomamente.

## E. 2.5

Va ancora evidenziato che l'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia può essere stipulata nella forma di un'assicurazione di somme o di un'assicurazione contro i danni (sentenza 4A\_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2). L'assicurazione di somme garantisce una prestazione che è stata definita al momento della conclusione del contratto e non dipende dal verificarsi di un pregiudizio economico: essa è dovuta non appena l'evento assicurato si sia verificato (cfr. sentenza 4A\_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2; cfr. anche sulla nozione di assicurazione di somme in relazione a un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattie la sentenza 4A\_168/2007 del 16 luglio 2007, consid. 3.2.4 e 3.2.5, pubblicata in DTF 133 III 527). L'assicurazione contro i danni mira invece a rimborsare il danno: in questo caso il versamento e la misura delle prestazioni dipendono dalla misura del pregiudizio economico effettivamente patito dall'assicurato (cfr. sentenza 4A\_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2). La questione di sapere se si è in presenza dell'una o dell'altra forma di assicurazione va decisa mediante l'interpretazione del contratto di assicurazione e delle condizioni generali d'assicurazione che lo accompagnano (CGA), secondo le regole usuali dell'interpretazione dei contratti (sui criteri di distinzione fra queste due modalità di assicurazione cfr. anche sentenza 4C.83/1998 dell'11 giugno 1998, consid. 3c e 3d e sentenza 5C.243/2006 del 19 aprile 2007). In concreto non è contestato che ci si trova in presenza di un'assicurazione contro i danni (cfr. CGA, art. \_\_\_\_\_ CGA: “[...] paga all'assicurato la perdita di salario e di guadagno subita e documentata, al massimo fino a concorrenza dell'indennità giornaliera assicurata ; art. 8 cpv. 1 CGA: “[...] paga l'indennità giornaliera assicurata in conformità alla perdita di guadagno subita e comprovata [...]” ).

## E. 2.6

In concreto dagli atti emerge quanto segue. Il 14 dicembre 2013 l'assicurata è stata vittima di un infortunio (cfr. doc. 1 e 2). Durante l'attività lavorativa è scivolata in cucina, trattenendosi e sentendo dolore alla schiena e alla gamba destra (doc. 3). L'assicuratore LAINF ha versato le prestazioni pattuite sino al 30 aprile 2014 (Doc. AA: decisione su opposizione dell'assicuratore contro gli infortuni del 27 novembre 2014, cresciuta incontestata in giudicato). Il 23 aprile 2014 l'attrice è stata visitata dal dr. med. \_\_\_\_\_, malattie reumatiche, fisioterapia e riabilitazione FMH, medicina manuale, il quale nel referto di medesima data, dopo aver descritto l'anamnesi familiare, personale remota, sociale, attuale, i dati soggettivi dell'assicurata, le constatazioni obiettive ha posto la diagnosi di sindrome lombospondilogenica tendenzialmente cronica a destra senza segni neurocompressivi in atto in/con modiche turbe statiche del rachide, alterazioni degenerative L2/L3 (discopatia [condrosi]), L5/S1 (discopatia [condrosi]) con piccola ernia discale paramediana a destra, sovraccarico delle sacroiliache con iniziale artrosi a destra (terzo inferiore), esiti da trauma distorsivo del rachide lombare (movimento brusco in lateroflessione destra con contusione del fianco destro il 14.12.2013), sovrappeso (149 cm/77kg), stato dopo due gravidanze, la seconda gemellare con taglio cesareo. Lo specialista ha precisato che nell'attività da ultimo esercitata di “ tournante in ristorante ” è inabile al lavoro al 100% fino al 18 maggio 2014, al 50% dal 19 maggio 2014 al 31 maggio 2014 ed allo 0%, ossia completamente abile, dal 1° giugno 2014 (doc. 12). L'assicuratore convenuto ha versato ulteriori indennità giornaliera fino al 31 maggio 2014 sulla base delle valutazioni del medico fiduciario (cfr. doc. 13). Il 2 maggio 2014 il medico curante, dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna generale, medicina manuale SAMM, ha preso

posizione ritenendo che l'attrice, dopo essere stata inabile al lavoro per infortunio, va considerata inabile al lavoro per malattia al 100% dal 24 aprile 2014 al 18 maggio 2014, al 50% dal 19 maggio 2014 al 31 maggio 2014 ed allo 0%, ossia completamente abile al lavoro, dal 1° giugno 2014 (doc. 16). Il curante ha aggiunto di aver visitato l'interessata il 28 aprile 2014 e ha " potuto confermare una IL 100% per lo stato algico ancora presente, confrontando il giorno dopo, quando ho ricevuto la perizia in copia, la visita del Dr. \_\_\_\_\_ di cui ne condivido ogni aspetto clinico e prognostico, soprattutto le terapie riabilitative consigliate quale la mobilizzazione lombare, il rinforzo degli addominali, lo stretching dei rotatori esterni dell'anca dx e terapie distensive, nonché la combinazione con trattamento manuale/attivo e ginnastica in piscina " (doc. 16). Il 3 giugno 2014 il curante ha affermato che l'attrice considerata abile nella misura del 100%, a partire dal 1° giugno 2014 è in realtà tuttora inabile al lavoro a causa di un peggioramento dello stato di salute relativo alle diagnosi reumatologiche conosciute (doc. 19). Chiamato ad esprimersi in merito, il dr. med. \_\_\_\_\_ in data 16 giugno 2016, ha affermato che " alla luce di quanto riferito dal medico curante la prognosi appare meno favorevole di quanto da me giudicato. Ritengo che l'incapacità lavorativa per il lavoro svolto vada accettata. Le limitazioni funzionali da me stabilite (pag. 9 e 10. del rapporto del 23.04.2014) e allora ritenute provvisorie (in vista di un ulteriore peggioramento clinico) sono quindi tuttora valide. Nel rispetto di esse " l'attrice " è da ritenere abile al lavoro al 100% e a partire da subito " (doc. 21). Il 18 giugno 2016 il fiduciario ha precisato che già dal 1° giugno 2016 l'interessata, in attività confacenti, è abile al lavoro al 100% (allegato doc. 21). Con scritto del 20 giugno 2014 l'assicuratore ha pertanto deciso di non versare più alcuna prestazione dal 1° giugno 2014 (doc. 22). A questo scritto ha fatto seguito l'invio di numerosi certificati del curante che ha attestato una completa inabilità lavorativa dell'attrice (doc. 28, 29, 30, 33, 33, 35, 36). Il 29 dicembre 2014 il dr. med. \_\_\_\_\_, " \_\_\_\_\_ dell' " \_\_\_\_\_ " di \_\_\_\_\_, ha visitato l'attrice, indicando quali misure intraprendere per migliorare il suo stato valetudinario (doc. AB). Il 30 gennaio 2015 il dr. med. \_\_\_\_\_, preso atto del rapporto del dr. med. \_\_\_\_\_, ha affermato che: " (...) [...] la sua valutazione diagnostica corrisponde a quanto da me segnalato nel mio rapporto del 23.04.2015 (pag. 5). La sua descrizione dello stato clinico corrisponde alle mie constatazioni precedenti sia per quanto riguarda i riscontri muscolo-tendinei che le limitazioni della mobilità vertebrale. Riprende inoltre anche i consigli terapeutici da me già segnalati, ai quali aggiunge il suggerimento di infiltrazioni mirate (nelle faccette L4/L5 e L5/S1 a destra e successivamente eventualmente un blocco sacrale). Non si esprime sulla capacità lavorativa della paziente. In un primo tempo avevo considerato la prognosi riguardante la ripresa lavorativa come favorevole ipotizzando una chiusura del caso per il 01.06.2014. Alla luce della successiva comunicazione del medico curante alla CV 1 del 03.06.2014 nella quale egli ha segnalato la persistenza della sofferenza avevo quindi concluso per un'ulteriore incapacità lavorativa completa per il lavoro svolto ("tutto fare", nel \_\_\_\_\_) ritenendo la signora invece abile in forma normale nel rispetto delle limitazioni stabilite nel rapporto peritale (pag. 9 e 10). Il nuovo documento non fornisce aspetti da me non considerati, atti a modificare la mia presa di posizione. Confermo quindi l'inabilità lavorativa completa della paziente per il lavoro svolto. Per attività confacenti, rispettose alle limitazioni stabilite ella rimane invece tuttora abile normalmente (100% per rendimento e presenza). Visto il decorso fino ad oggi con un quadro clinico invariato da aprile (mia visita) e dicembre (valutazione Dr. \_\_\_\_\_) la presente valutazione è da ritenere definitiva." (doc. 40) L'attrice ha ulteriormente trasmesso altri certificati del proprio curante che attestano una completa inabilità lavorativa (doc. 41,

43, 46, 47, 48, 49, 52, 54, 57, 59, 62), oltre ad ulteriori referti del dr. med. \_\_\_\_\_ (doc. 63/16), del dr. med. \_\_\_\_\_ (doc. 63/15), del dr. med. \_\_\_\_\_ (doc. 63/14), della dr.ssa med. \_\_\_\_\_ (doc. 63/12) e del dr. med. \_\_\_\_\_ (doc. AH). L'interessata è nuovamente stata visitata dal dr. med. \_\_\_\_\_ in data 2 ottobre 2015 (doc. 63/15A). Dopo aver posto la diagnosi ed aver descritto quanto successo nel frattempo, ha affermato che: "(...) Prinzipiell ist die Patientin für eine leichte wechselbelastende Tätigkeit mit Möglichkeit zu vermehrten Pausen und Stellungwechseln sowie Heben von Lasten unter 5 kg arbeitsfähig. Sollte eine genauere Einschätzung der Arbeitsfähigkeit gewünscht werden, würde ich eine Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit empfehlen, dies nach Möglichkeit aber erst im Anschluss an die rheumatologische Komplextherapie (...)" Successivamente l'attrice ha prodotto ulteriori certificati di inabilità lavorativa totale rilasciati dal proprio curante (doc. 66, 67, 78), nonché un referto del dr. med. \_\_\_\_\_ che ha attestato una completa inabilità lavorativa dal 24 gennaio 2016 al 20 febbraio 2016 durante una degenza presso la Clinica di \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (doc. 70) e poi fino al 27 marzo 2016 (doc. 72). L'11 luglio 2016 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha chiesto un consulto e sedute di psicoterapia per l'attrice per problematiche psicologiche depressive reattive alla situazione post-traumatica, rispettivamente malattia con relative conseguenze economiche e socio-familiari, sedute già iniziate durante il recente ricovero di riabilitazione con apparente buon risultato terapeutico da continuare per valutare migliori risultati (doc. XIII/BU). L'attrice ha inoltre prodotto ulteriori certificazioni di completa inabilità lavorativa redatte dal curante (doc. XIII/BP; XIII/BQ; XIII/BR; XIII/BS; XIII/BT). Dagli accertamenti effettuati da questo Tribunale emerge quanto segue. Il 22 agosto 2016 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato: "(...) Confermo di aver concluso per un'incapacità completa e definitiva della signora per svolgere ulteriormente il suo lavoro di "tutto fare" in un ristorante e questo dovuto unicamente a malattia, ritenendola invece abile in forma normale ossia al 100% e rendimento e presenza per un'attività confacente al suo stato di salute (nel rispetto delle limitazioni da me stabilite a pag. 9 e 10 del mio rapporto 23.04.2014). Ora mi si chiede di meglio esplicitare queste limitazioni. Esse si riferiscono a quanto esigibile nel rispetto del presente danno alla salute, prendendo in considerazione la sintomatologia dolorosa presente, la riduzione oggettiva della funzionalità dell'apparato locomotorio e l'eventuale ulteriore peggioramento del quadro clinico e/o morfologico se non venissero rispettate. Vengono stabilite in base all'accurata raccolta dei dati anamnestici e dopo un'appropriata visita medica. I termini sono da interpretare come segue: . esigibilità normale . esigibilità lievemente ridotta: tra il 67 e il 100% (medi 83%) . ridotta: 34 a 66% (media 50%) . molto ridotta: 6 a 33% (media 19%) . esigua: 1 a 5% (media 3%)" (doc. XXIV) Il 28 agosto 2016 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato: "(...) Ich habe die Patientin einmalig am 22.12.14 und am 02.10.15 untersucht. Beide Konsultationen hatten zum Ziel, der Patientin die bestmöglichen therapeutischen Optionen darzulegen und nicht eine differenzierte Bestimmung der Arbeitsfähigkeit vorzunehmen. Entsprechend hatte ich in meinem Bericht vom 05.10.15 keine genaue Prozentangabe genannt und geschrieben, dass die Patientin prinzipiell für eine leichte, wechselbelastende Tätigkeit mit Möglichkeit zur vermehrten Pausen und Stellungwechsel sowie ohne Heben von Lasten über 5 kg arbeitsfähig ist. Dort hatte ich ebenso geschrieben, dass eine genauere Einschätzung der Arbeitsfähigkeit im Rahmen einer sogenannten Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit durchgeführt werden sollte. Dies, um die Leistungsfähigkeit zu objektivieren. Aufgrund des chronifizierten Verlaufes hatte ich der Patientin angeraten, eine stationäre multimodale rheumatologische Komplextherapie in \_\_\_\_\_ durchzuführen,

welche offensichtlich nicht erfolgt ist. 1. Bestätigen Sie, dass AT 1 am 02.10.15 (als Sie di Patientin untersucht haben) für eine leichte, wechselbelastende Tätigkeit 100% arbeitsfähig war? Ich bestätige, dass die Patientin prinzipiell für eine leichte, wechselbelastende Tätigkeit mit Möglichkeit zur vermehrten Pausen und Stellungswechsel sowie ohne Heben von Lasten über 5 kg arbeitsfähig war, zu welchem Prozentsatz konnte aufgrund der bereits stattgehabten Dekonditionierung aber nicht klar eruiert werden. Daher hatte ich eine Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit empfohlen.

### **E. 2.7**

Circa l'aspetto medico, va rammentato che in una sentenza 4A\_178/2015 dell'11 settembre 2015, pubblicata in DTF 141 III 433, il Tribunale federale ha stabilito che una perizia privata non costituisce un mezzo di prova ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 CPC e che nel processo civile le perizie di parte (Privatgutachten) devono essere considerate alla stessa stregua di semplici allegazioni di parte. Questa giurisprudenza vale anche per le pretese derivanti dall'assicurazione di indennità giornaliera per malattia, che nella maggior parte dei Cantoni sono giudicate dai Tribunali delle assicurazioni sociali (cfr. Annuaire de l'assurance-maladie suisse 2016, pag. 36 e 37). Nel caso evaso dall'Alta Corte lo scorso settembre, si trattava di un assicurato al beneficio di un'assicurazione di indennità giornaliera fondata sulla LCA che era incapace al lavoro e ha domandato una rendita di invalidità, che la sua assicurazione privata ha rifiutato fondandosi su una perizia che essa stessa ha fatto eseguire da un medico specialista in psichiatria e psicoterapia, il quale si è basato sugli atti medici e ha visitato personalmente l'interessato, non ritenendo infine un'incapacità lavorativa. L'assicurato ha quindi chiamato in giudizio la sua assicurazione, ma davanti al Tribunale cantonale ha perso la causa. I giudici, dopo avere apprezzato le 4 valutazioni mediche agli atti (la perizia di parte allestita su mandato dell'assicuratore, il referto del curante, la perizia interdisciplinare e il parere di un altro medico a cui l'Ufficio AI ha sottoposto gli atti) giunte a conclusioni differenti sulla capacità lavorativa dell'assicurato, si sono basati sulla perizia di parte dell'assicuratore malattia e in virtù della verosimiglianza preponderante hanno ritenuto che l'assicurato non fosse inabile al lavoro. La prima istanza si è basata sulla DTF 125 V 351 consid. 3b/dd, secondo cui la perizia di parte fatta esperire dall'assicuratore malattia ha il valore di un mezzo di prova (cfr. consid. 2.1). L'assicurato ha quindi inoltrato un ricorso in materia civile presso il Tribunale federale, lamentando che la perizia fatta allestire dall'assicuratore non era una perizia neutra, ma di parte, perciò dal profilo del diritto processuale civile valeva soltanto, come stabilito dalla DTF 132 III 83 consid. 3.4, quale semplice allegazione di parte e non come mezzo di prova (cfr. consid. 2.2). Il TF ha dovuto quindi esaminare la questione di sapere se la perizia di parte sulla quale si è fondato l'assicuratore malattia nell'assicurazione complementare sia un mezzo di prova ai sensi del Codice di procedura civile. Nelle sue considerazioni, l'Alta Corte ha evidenziato che nel diritto delle assicurazioni sociali il Tribunale federale ha ritenuto nella DTF 125 V 351 come il semplice fatto che la presa di posizione del medico avvenga nell'ambito di una perizia di parte a domanda dell'assicuratore non sia sufficiente per mettere in dubbio il valore probatorio della perizia. Essa ha dunque valore di un mezzo di prova. Per contro, nel diritto privato, secondo giurisprudenza costante una perizia di parte non è un mezzo di prova, ma una semplice allegazione di parte (DTF 140 III 24 consid. 3.3.3; DTF 132 III 83 consid. 3.6) (cfr. consid. 2.3). Nel diritto privato, l'art. 168 cpv. 1 CPC enumera esaustivamente i differenti mezzi di prova, fra i quali figura la perizia. Il Tribunale federale ha proceduto a un'interpretazione sistematica del Codice e in particolare degli artt. 183 segg. CPC e ha concluso che la

nozione di perizia di cui all'art. 168 cpv. 1 lett. d CPC concerne unicamente la perizia giudiziaria (cfr. consid. 2.5.2). Una parte della dottrina considera che una perizia di parte deve potere essere prodotta al Tribunale come un documento ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 lett. b e dell'art. 177 segg. CPC. Un'altra parte della dottrina, alla quale si rifà il Tribunale federale, considera che una perizia di parte non è un mezzo di prova, poiché il legislatore escluso la perizia di parte come mezzo di prova in generale ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 CPC, e non solo quale perizia ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 lett. d CPC (consid. 2.5.3: “[...] Denn der Gesetzgeber lehnte das Privatgutachten als Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO allgemein und nicht nur als Gutachten i.S.v. Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO ab”). Di conseguenza, la giurisprudenza resa in materia di diritto delle assicurazioni sociali, quale la DTF 125 V 351, non vale quando il CPC trova applicazione. È piuttosto la giurisprudenza resa in materia di diritto privato che si applica, in virtù della quale la perizia di parte non ha qualità di mezzo di prova, ma costituisce soltanto una semplice allegazione di parte (DTF 140 III 24; DTF 132 III 83). Le allegazioni che si fondano su una perizia di parte sono generalmente considerate essere particolarmente motivate (substanziert), di modo che la controparte non può contestare in maniera generica (pauschale Bestreitung) queste allegazioni, ma deve piuttosto precisare concretamente quali sono gli elementi e i fatti che contesta. Come semplice allegazione la perizia di parte può se del caso, insieme ad indizi sostenuti dalle risultanze processuali giusta l'art. 168 cpv. 1 CPC, dimostrare quanto asserito dall'assicurato. In assenza di indizi in tal senso, se sufficientemente contestata la perizia di parte si esaurisce invece in una mera allegazione per nulla dimostrata (cfr. consid. 2.6). Nella fattispecie analizzata dalla nostra Massima Istanza, il Tribunale cantonale aveva ammesso la perizia di parte come mezzo di prova e soltanto fondandosi su questa perizia ha ritenuto quindi comprovato che il ricorrente fosse abile al lavoro. Di conseguenza, il giudizio cantonale ha violato l'art. 168 cpv. 1 CPC nella misura in cui ha ritenuto che la perizia di parte fosse un mezzo di prova che permetteva di constatare la capacità di lavoro dell'interessato (cfr. consid. 2.6). Il ricorso dell'assicurato è quindi stato accolto su questo punto e gli atti rinviati all'autorità di prima istanza per un nuovo apprezzamento delle prove tenendo conto dei principi posti a proposito delle perizie di parte (cfr. consid. 4). Va ancora evidenziato che con sentenza 4A\_318/2016 del 3 agosto 2016, il TF, al consid. 3.2, ha ribadito che in caso di presentazione di un referto medico, laddove si vuole contestarne il contenuto, occorre censurarlo in maniera specifica e qualificata, apportando elementi oggettivi, non bastando una critica generica (“ Dans le cas présent, l'intimée a produit l'expertise privée du Dr B. \_\_\_\_\_, datée du 1er juillet 2015, comportant sept pages. Ce rapport détaillé permet de saisir le raisonnement de l'expert, qui l'a amené à considérer que le recourant était en mesure de travailler en tout cas dès le 23 juin 2015. Confronté à cette expertise privée, le recourant s'est borné à la contester globalement par pli du 24 juillet 2015, déclarant n'être pas d'accord. Il a certes annexé un rapport de deux pages du Dr A. \_\_\_\_\_, psychiatre qui le traite, lequel a nié une valeur probante suffisante au rapport de l'expert privé B. \_\_\_\_\_, faute d'objectivité et de neutralité de ce dernier. Si le Dr A. \_\_\_\_\_ relève des discordances entre le diagnostic posé par le Dr B. \_\_\_\_\_ (trouble de l'adaptation avec réaction dépressive prolongée), les plaintes subjectives du recourant et la conclusion qu'il n'est pas incapable de travailler, le premier ne discute pas précisément les allégations figurant dans l'expertise privée. Autrement dit, la remise en cause des allégations factuelles contenues dans cette expertise demandée par l'intimée ne font pas l'objet d'une contestation motivée du recourant, comme l'exige la jurisprudence susrappelée. De plus, le Dr A. \_\_\_\_\_ ne s'est exprimé qu'après que son patient l'a sollicité, puisque ce

dernier a joint le rapport dudit psychiatre à sa contestation globale du 24 juillet 2015. Dans de telles circonstances, les allégations précises de l'expertise privée - contestées de manière globale - peuvent apporter la preuve de leur véracité si elles sont appuyées par des indices objectifs. Or, l'office de l'assurance-invalidité du canton de Genève a estimé, dans sa décision de refus de prestations du 2 décembre 2015, que la capacité de gain de l'assuré était entière depuis le 25 juin 2015. En conséquence, l'autorité cantonale n'a pas violé l'art. 168 CPC en retenant que l'expertise privée du Dr B. \_\_\_\_\_ avait emporté sa conviction. Le moyen est infondé.'). 2.8. A ffinché un rapporto medico in ambito psichiatrico sia ritenuto affidabile, esso deve adempiere diverse condizioni (cfr. D. Cattaneo, "La promozione dell'autonomia del disabile: esempi scelti dalle assicurazioni sociali", in RDAT II-2003, pag. 571 seg., in particolare la nota 158, pag. 628-629; D. Cattaneo, "Le perizie nelle assicurazioni sociali" in Le perizie giudiziarie Ed. CFPG, Lugano e Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2008 pag, 203 e segg. (249-254). Innanzitutto la diagnosi deve essere espressa da uno specialista in psichiatria e fondata sui criteri posti da un sistema di classificazione riconosciuto scientificamente (cfr. STF 9C\_815/2012 del 12 dicembre 2012; DTF 131 V 49; DTF 130 V 396 segg.; DTF 127 V 294; Mosimann (Somatoforme Störungen: Gerichte und [psychiatrische] Gutachten, in: SZS 1999 pag. 105 ss). Il medico deve pronunciarsi sulla gravità dell'affezione e deve anche valutare l'esigibilità della ripresa di un'attività lucrativa da parte dell'assicurato. Tale prognosi deve tener conto di diversi criteri, quali il carattere premorbo, l'affezione psichica e quelle organiche croniche, la perdita d'integrazione sociale, un eventuale profitto tratto dalla malattia, il carattere cronico della malattia, la durata pluriennale della stessa con sintomi stabili o in evoluzione e l'impossibilità di ricorrere a trattamenti medici secondo la regola d'arte. La prognosi sfavorevole deve essere fatta in base all'insieme dei suddetti criteri. Inoltre, l'esperto deve esprimersi sull'aspetto psicosociale della persona esaminata. Il rifiuto del carattere invalidante deve ugualmente basarsi su diversi criteri, tra i quali le divergenze tra i dolori descritti e quelli osservati, le allegazioni sull'intensità dei dolori la cui descrizione rimane sul vago, l'assenza di una richiesta di cura, le evidenti divergenze tra le informazioni fornite dal paziente e quelle risultanti dall'anamnesi, il fatto che le lamentele molto dimostrative lascino l'esperto insensibile, come pure le allegazioni di grandi handicap nonostante un ambiente psico-sociale intatto (STCA 32.1999.124 del 27 settembre 2001). 2.9. Alla luce di quanto sopra esposto questo Tribunale, per i motivi che seguono, malgrado la conclusione del medico SMR, dr. med. \_\_\_\_\_, che nel rapporto finale del 19 gennaio 2017 ha concluso per un'inabilità lavorativa totale dell'attrice dal 15 dicembre 2013 al 31 dicembre 2015 ed al 50% dal 1° gennaio 2016, deve concludere che l'interessata dal 1° giugno 2014 è stata incapace al lavoro al 100% nella sua precedente attività di tuttfare, mentre è stata capace al 100% in attività leggere e confacenti con le limitazioni descritte dal dr. med. \_\_\_\_\_. Solo successivamente, come si vedrà in seguito, al più presto a partire dal mese di novembre 2015, a causa della patologia psichiatrica, è incapace al lavoro al 50% sia nella precedente attività che in attività leggere e confacenti al suo stato di salute. Essa è inoltre stata completamente inabile al lavoro durante la degenza presso la Clinica di \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ dal 24 gennaio 2016 al 20 febbraio 2016 e poi fino al 27 marzo 2016 (cfr. doc. XXXII e perizia del dr. med. \_\_\_\_\_). Determinante tuttavia, nel preciso caso di specie, come si vedrà ai consid. 2.10 e seguenti e segnatamente al consid. 2.12, è l'incapacità lavorativa dell'attrice dal 1° giugno 2014. 2.9.1. Per quanto concerne l'aspetto reumatologico questo TCA non ha alcun motivo per distanziarsi dalla perizia del dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna e reumatologia, che con referto del 26 ottobre

2016 ha accertato come l'attrice possa svolgere la sua precedente attività nella misura del 50% (dal 27 marzo 2016 [cfr. pag. 96]) ed un'attività leggera nella misura del 100% (dal 1° giugno 2014 come stabilito dal dr. med. \_\_\_\_\_). Il suo referto presenta tutti i requisiti posti dalla giurisprudenza affinché possa essere riconosciuto, a un apprezzamento medico, piena forza probante (cfr. DTF 125 V 351 consid. 3a; 122 V 157 consid. 1c con riferimenti; RAMI 1991 U 133 consid. 1b): in particolare, il perito AI ha espresso il suo apprezzamento in modo chiaro e motivato, dopo aver proceduto a un esame approfondito del caso (cfr. STF 8C\_103/2008 del 7 gennaio 2009 consid. 10.2) ed ha preso in considerazione tutti i mali di cui si lamenta l'attrice e la documentazione da lei prodotta. Del resto lo specialista rileva che lo status da lui accertato è sovrapponibile a quello del dr. med. \_\_\_\_\_ e del dr. med. \_\_\_\_\_ e che “ non posso quindi che riconfermare quanto scritto anche dal Dr. \_\_\_\_\_, con abilità lavorativa del 100% in attività adeguata ” (pag. 9 della perizia, pag. 95 incarto AI). Egli ha inoltre spiegato la divergenza, rispetto alle conclusioni del medico di fiducia della convenuta relativamente alla capacità lavorativa nella precedente professione (50% invece dello 0%), che del resto è valida dal 27 marzo 2016 (cfr. pag. 96 perizia AI) affermando di aver “ nuovamente richiesto bene ed attentamente cosa facesse al ristorante, dove vi erano quindi attività più e meno favorevoli ” (pag. 98 incarto AI). La RM della colonna cervicale del 10 marzo 2016 non porta ad un altro esito (pag. 93 incarto AI). Le considerazioni dell'attrice manifestamente non costituiscono una contestazione motivata come l'esige la giurisprudenza federale (DTF 141 III 433 e sentenza 4A\_318/2016, consid. 3.2), rammentato inoltre che il valore probatorio di un rapporto medico non dipende, di massima, dalla durata della visita, quanto piuttosto dalla sua completezza e concluzione (cfr. sentenza 9C\_1013/2008 del 23 dicembre 2009, I 1094/06 del 14 novembre 2007, in RSAS 2008 pag. 393 consid. 3.1.1 con riferimenti). In particolare non sono tali le attestazioni di una incapacità lavorativa totale del dr. med. \_\_\_\_\_, rilasciate a scadenza regolare (cfr. doc. 28, 29, 30 e simili). Queste certificazioni non sono infatti da considerare quale contestazione qualificata ai sensi della giurisprudenza (DTF 141 III 433 e sentenza 4A\_318/2016, consid. 3.2), limitandosi ad attestare la completa inabilità lavorativa senza tuttavia indicare alcuna diagnosi, alcuna prognosi e senza confrontarsi con le valutazioni approfondite e motivate del dr. med. \_\_\_\_\_. Il curante del resto non è specialista in reumatologia, contrariamente agli altri medici che hanno valutato la capacità lavorativa dell'attrice, ma è specialista in medicina interna generale. D'altra parte le sue certificazioni non sono sufficientemente motivate e non contengono dati oggettivi atti a sovvertire le convincenti conclusioni del dr. med. \_\_\_\_\_ che ha confermato la presa di posizione del medico incaricato dalla Cassa. Neppure il referto del 6 settembre 2016, trasmesso dopo essere stato interpellato da questo Tribunale, contiene elementi medici oggettivi che possano far ritenere una diversa valutazione. Lo stesso perito dell'AI, dr. med. \_\_\_\_\_, ha infatti rilevato come “ vi è qualche discrepanza tra lo status dei vari specialisti e quanto descritto dal medico di famiglia. Medico però da considerarsi molto di parte; egli riferisce sempre di peggioramenti funzionali, rimane però sempre molto vago nella descrizione dello status, non mi è pertanto possibile confrontare il suo con il mio ” e “ le discrepanze maggiori riguardano la valutazione peritale del Dr. \_\_\_\_\_ e Dr. \_\_\_\_\_ e quanto valutato dal medico di famiglia, che tutte le volte parla sempre di peggioramenti ed impossibilità di lavorare ” (pag. 94 incarto AI). Neppure le affermazioni che l'attrice riporta nello scritto del 14 febbraio 2017 e che attribuisce al proprio curante portano ad un'altra soluzione. Del resto, come si vedrà in seguito, determinante è la questione della capacità lavorativa dal 1° giugno 2014. Eventuali peggioramenti dello stato

di salute sopravvenuti nel 2015 o nel 2016 in questa precisa fattispecie non sono rilevanti (cfr. consid. 2.10 e seguenti, segnatamente 2.12). In particolare, circa la diagnosi, contestata, di fibromialgia citata dal dr. med. \_\_\_\_\_ o circa l'inizio dell'incapacità lavorativa dovuta alla patologia psichiatrica (cfr. consid. 2.9.2), intervenuta al più presto nel corso del 2015 (cfr. consid. 2.9.2), va ribadito che, nella misura in cui, nel giugno 2014 e nei mesi immediatamente successivi, l'attrice era completamente abile al lavoro in attività leggere, quanto avvenuto successivamente non ha un influsso sulle prestazioni in oggetto (consid. 2.10. e seguenti, segnatamente 2.12). Quanto alla richiesta di un contraddittorio con i periti dell'UAI, sollevata con le osservazioni del 14 febbraio 2017, va evidenziato che il Tribunale ha trasmesso alle parti le perizie allestite nell'ambito della procedura AI del dr. med. \_\_\_\_\_ e della dr.ssa med. \_\_\_\_\_, la presa di posizione del medico SMR, dr. med. \_\_\_\_\_ ed ha assegnato loro un termine per prendere posizione e per visionare l'intero incarto AI presso questo TCA. Il diritto di essere sentito è stato salvaguardato. Tant'è che l'attrice ha prodotto ulteriore documentazione medica ed ha citato una presa di posizione attribuita al proprio medico curante (doc. LXX). Per quanto concerne il dr. med. \_\_\_\_\_, egli pur confermando che l'interessata avrebbe potuto svolgere un'attività leggera, non si esprime circa la percentuale di capacità lavorativa, rilevando che per stabilire il grado di abilità, sarebbe stato necessario procedere ad ulteriori accertamenti e che era stato chiamato a stabilire quali terapie adottare e non se l'interessata era ancora capace al lavoro (doc. XXIX). Infine, neppure il referto del 18 gennaio 2016 apporta particolari novità, siccome nelle conclusioni della dr.ssa med. \_\_\_\_\_ figura: “ sostanziale stabilità del quadro. Nota stenosi pre ed intraforaminale a livello C5-C6 a sinistra con effetto compressivo su C6. A livello C4-C5 bulging discale ponderato a sede mediolaterale sinistra con impronta sulla parete anteriore del sacco durale e del midollo ed effetto di dislocazione sull'origine della radice C5 a sinistra. Stabili le restanti discopatie ” (doc. FF2). Le valutazioni relative al periodo successivo, come già ribadito, per i motivi esposti al consid. 2.10 e seguenti (e segnatamente al consid. 2.12), non sono rilevanti per il pagamento delle prestazioni in oggetto. 2.9.2. Anche per quanto concerne la perizia psichiatrica allestita il 9 gennaio 2017 nell'ambito della procedura AI dalla dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH psichiatria e psicoterapia, questo TCA non ha alcun motivo per distanziarsene. Il suo referto non contiene contraddizioni e presenta tutti i requisiti posti dalla giurisprudenza affinché possa essere riconosciuto, a un apprezzamento medico, piena forza probante (cfr. DTF 125 V 351 consid. 3a; 122 V 157 consid. 1c con riferimenti; RAMI 1991 U 133 consid. 1b): in particolare, la perita AI ha espresso il suo apprezzamento in modo chiaro e motivato, dopo aver proceduto a un esame approfondito del caso (cfr. STF 8C\_103/2008 del 7 gennaio 2009 consid. 10.2) ed ha preso in considerazione tutti i mali di cui si lamenta l'attrice e la documentazione da lei prodotta. La specialista, del resto l'unica psichiatra che si è espressa sul tema, ha concluso per una incapacità lavorativa “ attualmente ” (pag. 10 della perizia; doc. LXII/2) del 50% in qualsiasi attività ed ha aggiunto che “ queste valutazioni sono da riferirsi al momento dell'attuale accertamento peritale poiché non si riesce a reperire una datazione più precisa dal punto di vista strettamente psichiatrico. D'altronde l'episodio depressivo si è instaurato in maniera subdola ” e che “ tra il gennaio e il febbraio 2016 ella è stata valutata presso la Clinica di \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ dal punto di vista psicologico, quindi non da un medico psichiatra che presumibilmente sarebbe riuscito a dare un quadro più preciso della situazione che senz'altro si stava già evolvendo ” (pag. 10 e 11 della perizia, doc. LXII/2). La perita ha inoltre evidenziato che “ [...] il quadro non risulta ancora cristallizzato essendo presente da relativamente poco tempo [...]

”(pag. 9 della perizia, doc. LXII/2). A questo proposito il TCA evidenzia che nel rapporto del 18 novembre 2015, in seguito alla consultazione del 17 novembre 2015, il dr. med. \_\_\_\_\_, caposervizio della Clinica di \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, tra le diagnosi ha indicato anche la “ reazione depressivo-reattiva con iniziale sindrome fibromialgica ” (allegato al doc. AQ), precisando che “ la paziente dà l’impressione di una reazione depressiva e presenta un’iniziale sindrome fibromialgica ” (pag. 3, doc. AQ). Anche nel rapporto del 26 febbraio 2016 del medesimo medico e relativo alla degenza dal 24 gennaio 2016 al 20 febbraio 2016, figura quale diagnosi principale la “ iniziale sindrome fibromialgica ” (sottolineatura del redattore, pag. 65 incarto AI). In precedenza, nel referto del 5 ottobre 2015, il dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato di aver proposto all’attrice una terapia complessa multimodale in ambito reumatologico “ dies auch in Kombination mit einer psychologischen Beurteilung, da die Patientin ein sehr dysthimen Eindruck macht ” (doc. 15A), mentre il dr. med. \_\_\_\_\_, il 19 marzo 2015, ha accennato, nelle comorbidità ad una sindrome ansiosa (doc. AH). Al fine di stabilire l’inizio della patologia psichica invalidante, il TCA ha interpellato il medico curante, dr. med. \_\_\_\_\_, che segue l’attrice sin dall’infortunio del dicembre 2013, e dopo aver rilevato che l’11 luglio 2016 il medico aveva chiesto, in favore dell’attrice, un consulto e sedute di psicoterapia, gli ha chiesto, tra l’altro, da quando è insorta la patologia psichica e da quando ed in che misura la medesima incide sulla capacità lavorativa (doc. XXIII). Il curante ha affermato di aver proposto le sedute di psicoterapia sulla scorta della diagnosi posta dal dr. med. \_\_\_\_\_ il 17 novembre 2015 (doc. XXXIV). Va ancora evidenziato che nel rapporto medico del 1° ottobre 2015, richiesto dall’UAI nell’ambito della richiesta di prestazioni AI, il dr. med. \_\_\_\_\_, dopo aver precisato che l’ultimo controllo era stato effettuato il 4 settembre 2015, non aveva indicato alcuna diagnosi psichiatrica tra quelle invalidanti (cfr. pag. 45 incarto AI: “ sindrome algica lombovertebrale/vertebrogena cronica su osteocondrosi anteriore L2-L3 con segni di Modic I, discopatia con protrusione paramediana dx L5-S1, attrito sottoacromiale e sottodeltoide con tendinosi del sovraspinato e borsite sottoacromiale, tiroidite cronica automimmune di Hashimoto paucisintomatica ”). Alla luce di quanto sopra esposto un’incapacità lavorativa per motivi psichici può essere fatta risalire al più presto al 17 novembre 2015 quando il dr. med. \_\_\_\_\_ ha rilevato la presenza di una sindrome fibromialgica, poi tuttavia non confermata dalla dr.ssa med. \_\_\_\_\_, la quale ha comunque evidenziato che “ tra il gennaio e il febbraio 2016 ella è stata valutata presso la Clinica di \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ dal punto di vista psicologico, quindi non da un medico psichiatra che presumibilmente sarebbe riuscito a dare un quadro più preciso della situazione che senz’altro si stava già evolvendo” pag. 10 e 11 della perizia, doc. LXII/2, sottolineature del redattore). Come si vedrà in seguito (cfr. segnatamente consid. 2.12 e seguenti), la questione dell’esatta data d’inizio dell’incapacità lavorativa al 50% in qualsiasi attività per motivi psichici non necessita tuttavia di particolari approfondimenti.

2.9.3. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, il TCA deve concludere che l’attrice, dal 1° giugno 2014 è incapace al lavoro al 100% nella precedente attività lavorativa di tuttotfare, mentre è capace al lavoro al 100% in attività semplici e ripetitive confacenti al suo stato di salute con le limitazioni indicate dal dr. med. \_\_\_\_\_ dapprima e dal dr. med. \_\_\_\_\_ in seguito. Al più presto dal 17 novembre 2015 l’attrice è incapace al lavoro al 50% in qualsiasi attività. Va ora esaminato quali sono le conseguenze delle sopra citate incapacità lavorative sull’eventuale diritto alle prestazioni. 2.10. Va qui evidenziato come in relazione alle conseguenze economiche dell’incapacità lavorativa vige il principio secondo cui l’assicurato è tenuto all’obbligo di ridurre le conseguenze economiche negative

del danno alla salute (art. 61 LCA). A norma dell'art. 61 LCA: " In caso di sinistro, l'avente diritto è tenuto a fare quanto possa per scemare il danno. Quando non siavi pericolo in mora, egli dovrà chiedere istruzioni all'assicuratore circa i provvedimenti da prendere e conformarsi alle medesime. Se l'avente diritto ha mancato a quest'obbligo in modo inescusabile, l'assicuratore può limitare l'indennità all'importo cui troverebbesi ridotta qualora l'obbligo fosse stato adempiuto." Con sentenza 5C.176/1998, del 23 ottobre 1998, al consid. 2c, l'Alta Corte ha affermato: " (...) L'art. 61 LCA esprime infatti il medesimo principio generale concernente l'obbligo dell'assicurato di ridurre il danno da cui il Tribunale federale delle assicurazioni deduce che l'interessato può a tal fine essere costretto a cambiare professione (DTF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a). Un siffatto obbligo non costituisce una lesione più grave della libertà personale rispetto all'imposizione - espressamente citata da Maurer (Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1995, pag. 346 n. 4) con riferimento all'art. 61 LCA - di sottomettersi a una cura o addirittura ad un intervento chirurgico. Si può del resto rilevare che nemmeno l'attore contesta l'applicabilità dell'art. 61 LCA alla fattispecie, limitandosi a sostenere che, per un uomo di 63 anni nel suo stato di salute, un reinserimento in un'attività professionale appare perlomeno problematico. Ne segue che i giudici cantonali hanno violato il diritto federale accogliendo la petizione senza esaminare se e in che misura sia possibile esigere dall'attore un cambiamento di professione e se il termine accordato dalla convenuta a tal fine sia adeguato alle circostanze. La sentenza impugnata deve pertanto essere annullata e la causa rinviata all'autorità cantonale per completare gli accertamenti di fatto e per nuova decisione. (...)." In concreto, l'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede il medesimo concetto. Per l'art. \_\_\_\_\_ CGA infatti se un assicurato risulta inabile al lavoro nella sua professione abituale, entro 3 mesi egli è tenuto a cercare lavoro in un altro settore d'attività, oppure annunciarsi presso l'assicurazione invalidità risp. all'assicurazione disoccupazione. Per cui, in caso d'incapacità lavorativa durevole nell'ambito dell'attività abituale, come nel caso di specie, in ossequio all'obbligo di ridurre il danno, l'assicurato è tenuto a cambiare professione (cfr. DTF 114 V 283). Per quanto concerne la determinazione del termine che può essere assegnato all'attore per procedere al cambiamento di professione nell'ambito delle assicurazioni sociali l'allora Tribunale delle assicurazioni (dal 1° gennaio 2007: Tribunale federale) ha più volte ritenuto adeguati periodi d'adattamento varianti dai 3 ai 5 mesi (DTF 111 V 239 consid. 2a e giurisprudenza ivi citata; RAMI 1987, p. 108; 1994, p. 113ss). In questo contesto, è opportuno rammentare che l'assicurato che, incapace nella precedente attività, non mette a frutto la sua residua capacità lavorativa in un'altra professione, viene giudicato secondo l'attività professionale che avrebbe potuto esercitare con uno sforzo di buona volontà, ritenuto che l'assenza di quest'ultima non è scusabile se non derivante da malattia (DTF 114 V 283 consid. 1d; 111 V 239 consid. 2a; 101 V 145; RAMI 1987 p. 106 consid. 2). Va qui ricordato che nella sentenza pubblicata in RAMI 2000 KV 112, pag. 122 seg., l'allora TFA ha stabilito l'applicabilità in ambito LAMal, della giurisprudenza elaborata allorquando ancora era in vigore la LAMI. La giurisprudenza è stata confermata con sentenza K 64/05 del 29 giugno 2006. Il Tribunale federale ha applicato la medesima giurisprudenza alle assicurazioni complementari contro le malattie rette dal dritto privato. Con sentenza del 7 maggio 2002 (5C.74/2002), l'Alta Corte ha ad esempio ritenuto ammissibile assegnare un termine di 3-5 mesi per il riadattamento professionale. In DTF 133 III 527, il TF ha affermato: " (...) 3.2.1 L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à

prendre et s'y conformer (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2). Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c non publié à l' ATF 127 III 106 ; arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA était l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduisait, en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (cf. ATF 111 V 235 consid. 2a; ATF 114 V 281 consid. 3a; voir aussi VINCENT BRULHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise - questions choisies*, 2006, p. 95 ss, 107). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse doit l'avertir à ce propos et lui accorder un délai adéquat - pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent est due - pour s'adapter aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; dans la pratique, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (arrêt K 14/99 du 7 février 2000, publié in *Assurance-maladie et accidents [RAMA] 2000* n° KV 112 p. 122, consid. 3a; voir aussi JEAN-LOUIS DUC, *Assurance sociale et assurance privée*, 2003, p. 109-111).” Il periodo di adattamento nel singolo caso può, entro tali limiti (cfr. tuttavia la sentenza del 7 agosto 1998, K 126/97, consid. 2c, solo parzialmente riassunta in RAMI 1998 no. KV 45 pag. 430, nel cui ambito l'Alta Corte ha tutelato l'operato della precedente istanza che aveva esteso a quasi sette mesi la durata del periodo di adattamento), essere fissato tenendo conto delle circostanze concrete, quali la difficile collocabilità sul mercato, l'età dell'assicurato, le capacità (fisiche) residue in un'attività adatta ecc. (DTF 114 V 289 seg. consid. 5b; SJ 2000 II pag. 440 consid. 2b; cfr. pure la sentenza citata del 7 agosto 1998, consid. 2c). Ai fini di tale esame non è per contro determinante la durata della precedente incapacità lavorativa (RAMI 2000 no. KV 112 pag. 123 consid. 3a). Né, per quanto è dato di vedere, il Tribunale federale delle assicurazioni ha mai fatto dipendere l'assegnazione di un simile periodo di transizione dall'esistenza, al momento dell'intimazione da parte dell'assicuratore malattia, di un rapporto di lavoro (cfr. ad es. i fatti posti a fondamento delle sentenze pubblicate in RAMI 1989 no. K 812 pag. 255 e in SJ 2000 II pag. 440). In una sentenza 4A\_111/2010 del 12 luglio 2010 il TF ha già avuto modo di affermare: " (...) 3.1 Au regard de l'art. 2 LPGA, les assurances privées n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 21 al. 4 LPGA, et jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas examiné si cette disposition-ci se prête néanmoins à une transposition à ces assurances. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances actuellement codifiée à l'art. 21 al. 4 LPGA, relative aux assurances sociales, est rapportée dans un arrêt du 16 juillet 2007 relatif à une assurance privée ( ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 p. 531); elle n'avait toutefois pas d'incidence sur l'issue de la cause car aucun changement de profession ni d'activité n'était exigé de l'assuré. Auparavant, dans d'autres contestations en matière d'assurance privée, le Tribunal fédéral avait renvoyé une affaire à la juridiction cantonale parce que celle-ci devait examiner si un changement de profession était exigible et si le délai fixé par l'assureur était « approprié aux circonstances » (arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2). Dans un autre cas, le tribunal avait relevé que d'après les

constatazioni de fait déterminantes, il n'apparaissait pas qu'un changement de profession fût raisonnablement exigible ni que l'assureur eût imparti à l'assuré, à cette fin, un « délai adéquat pour trouver un emploi » (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c). Dans une troisième cause, le tribunal avait rejeté la critique de l'assuré qui se plaignait d'un délai d'adaptation trop bref, fixé à trois mois par la juridiction cantonale (arrêt 5C.74/2002 du 7 mai 2002, consid. 3). En doctrine, plusieurs auteurs mentionnent ces décisions et ils en déduisent sans plus d'explication que l'art. 21 al. 4 LPGA fait règle aussi en droit des assurances privées (Bettina Kahil-Wolff et Emmanuelle Simonin, Révision totale de la LCA : l'avant-projet et les assurances sociales, in *Quoi de neuf en droit social ?*, 2009, p. 130; Gebhard Eugster, Vergleich der Krankentaggeldversicherung (KTGV) nach KVG und nach VVG, in *Krankentaggeldversicherung : Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, 2007, p. 85; Vincent Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise*, 2006, p. 107; voir aussi Jean-Louis Duc, *Le droit applicable aux assurances complémentaires*, PJA 2010 p. 473). Leur opinion doit être approuvée dans la mesure où la démarche imposée à l'assureur, selon le principe de l'art. 21 al.

### **E. 2.12**

Dagli atti emerge che l'attrice è diventata incapace al lavoro dopo lo scioglimento del suo contratto. L'assicurata, attiva al 100%, il 28 ottobre 2013 è infatti stata licenziata con effetto dal 31 dicembre 2013 (doc. XXVI/3) ed il 14 dicembre 2013 alle ore 10:30 ha subito un infortunio professionale (doc. XXVI/4). Con sentenza 9C\_24/2013 del 25 marzo 2013, il TF ha rammentato che: " (...) 4.1 Il Tribunale federale delle assicurazioni ha già avuto modo di stabilire in SVR 1998 KV n. 4 pag. 9 consid. 2b - sotto l'egida della LAMaI, ma enunciando principi che rimangono validi anche sotto la LAMal ( DTF 128 V 149 consid. 2a pag. 152) - che subisce in particolare una perdita di guadagno il dipendente, nei cui confronti non è (ancora) stato pronunciato il licenziamento ("in ungekündigter Stellung"), che diventa incapace al lavoro a causa di malattia e che non percepisce più il salario dal datore di lavoro. In questi casi, se la persona assicurata perde (in seguito) il proprio posto a causa dell'incapacità di lavoro, la perdita di guadagno consiste (anche dopo il termine di disdetta) nella perdita di salario. In simile evenienza vale infatti la presunzione che detta persona non avrebbe perso l'occupazione se non fosse diventata inabile al lavoro (Gebhard Eugster, Vergleich der Krankentaggeldversicherung nach KVG und nach VVG [in seguito: Vergleich], in: Adrian von Kaenel [ed.], *Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, Zurigo 2007, pag. 80; inoltre Eugster, *Bundesgesetz über die Krankenversicherung*, 2010, pag. 500).

### **E. 2.15**

Per determinare il reddito ipotetico conseguibile dalla persona assicurata senza il danno alla salute (reddito da valido), occorre stabilire quanto la stessa, nel momento determinante (corrispondente all'inizio dell'eventuale diritto alla rendita), guadagnerebbe, secondo il grado di verosimiglianza preponderante, quale persona sana (DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224 con riferimento). Tale reddito dev'essere determinato il più concretamente possibile. Di regola ci si fonderà sull'ultimo reddito che la persona assicurata ha conseguito prima del danno alla salute, se del caso adeguato al rincaro e all'evoluzione reale dei salari (cfr. ancora DTF 129 V 222 consid.

### **E. 4**

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

In ambito LCA, con sentenza 4A\_344/2007 dell'11 marzo 2008, il TF ha affermato:

3.3.1 Sotto il suo titolo marginale "Coordinamento con l'assicurazione contro la disoccupazione", l'art. 73 cpv. 1 LAMal dispone che ai disoccupati colpiti da una incapacità lavorativa superiore al 50 % è pagata l'intera indennità giornaliera. Stando a tale titolo marginale e alla regolamentazione di coordinamento corrispondente prevista dall'art. 28 LADI, il diritto a un'indennità giornaliera secondo l'art. 73 LAMal risulta strettamente legato al fatto che, se non fosse malato, l'assicurato potrebbe pretendere indennità di disoccupazione ai sensi della LADI. L'idea alla base di questa regolamentazione è la seguente: subisce una perdita di guadagno a carico dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia la persona che, di principio, avrebbe diritto a indennità di disoccupazione ma che, a seguito di una malattia, è temporaneamente inidonea al collocamento e non può di conseguenza percepire una simile indennità (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3a; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.1).

Questo spiega l'avvenuto versamento dell'indennità giornaliera da parte della ricorrente dal 24 aprile 2006 al 31 ottobre 2006, quando l'opponente ha esaurito il diritto alle prestazioni di disoccupazione.

3.3.2 Nondimeno - continua il Tribunale federale delle assicurazioni - una persona senza un'attività lavorativa può subire una perdita di guadagno conferente il diritto a un'indennità giornaliera dell'assicurazione malattia anche quando non può pretendere un'indennità di disoccupazione ai sensi della LADI. Ciò si verifica tuttavia soltanto se si può ritenere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che senza la malattia l'assicurato eserciterebbe un'attività lucrativa. A tal proposito vanno distinte due ipotesi:

- se il rapporto di lavoro è terminato in un momento in cui la persona assicurata risultava già incapace al lavoro a causa di malattia, vale la presunzione che senza la malattia essa eserciterebbe un'attività lucrativa; in tale eventualità, il diritto a un'indennità giornaliera può essere negato soltanto in presenza di indizi concreti suscettibili di fare concludere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che la persona assicurata non eserciterebbe attività lucrativa nemmeno senza il danno alla salute (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3b; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.2 prima parte);

- qualora la persona assicurata si ammali dopo essere divenuta disoccupata, vale invece la presunzione contraria, ossia che anche senza malattia continuerebbe a non esercitare un'attività lucrativa; tale presunzione può essere ribaltata se si può ammettere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che senza la malattia la persona assicurata avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 423 consid. 3b; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.2 seconda parte).■

2.13. In concreto il datore di lavoro ha pronunciato il licenziamento prima che l'attrice diventasse inabile al lavoro (licenziamento del 28 ottobre 2013, controfirmato dall'attrice il medesimo giorno [doc. XXVI/3]; incapacità lavorativa per infortunio dal 14 dicembre 2013, per malattia dal 24 aprile 2014 [doc. XXVI/33]). Al caso di specie si applica pertanto il consid. 4.2 della sentenza 9C\_24/2013 del 25 marzo 2013. L'interessata avrebbe perso in ogni caso il posto di lavoro anche se non si fosse ammalata. La perdita di guadagno indennizzabile corrisponde al termine della scadenza contrattuale e sempre che la copertura assicurativa lo preveda alla perdita dell'indennità di disoccupazione. È riservato il caso in cui la persona interessata è comunque in grado di dimostrare che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato con ogni verosimiglianza un posto nuovo, concretamente definito.

Nel caso di specie, l'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che l'assicuratore paga l'indennità giornaliera assicurata in conformità alla perdita di guadagno subita e comprovata.

In concreto, interpellata in merito dal TCA, l'attrice il 21 ottobre 2016 ha prodotto un contratto di lavoro, di cui questo Tribunale non ha alcun motivo per dubitare della sua autenticità, sottoscritto il 2 dicembre 2013 con il ristorante \_\_\_\_\_ da cui emerge che dal 1° gennaio 2014 avrebbe dovuto iniziare quale chef di sala e bar per un impiego all'80% con un salario lordo mensile di fr. 4'658.40 (compresa la tredicesima; doc. LII/EE1). Il 19 dicembre 2013 l'assicurata ha scritto al direttore del ristorante informandola dell'infortunio e dell'impossibilità ad iniziare l'attività (doc. LII/EE2).

Ne segue che il danno subito dall'attrice corrisponde all'importo di fr. 4'658.40 lordi (fr. 3'777.60 netti).

La polizza d'assicurazione prevede un'indennità giornaliera assicurata di fr. 139 al giorno, ossia fr. 4'170 al mese.

L'assicurazione in questione è tuttavia un'assicurazione di danno giacché per l'art. \_\_\_\_\_ CGA l'assicuratore accorda una copertura assicurativa contro le conseguenze economiche di una malattia o di un parto, entro i limiti delle prestazioni concordate. L'assicuratore paga all'assicurato la perdita di salario e di guadagno subita e documentata, al massimo fino a concorrenza dell'indennità giornaliera assicurata.

In concreto l'assicuratore dal 1° giugno 2014 al 31 agosto 2014 deve versare indennità giornaliera al 100% calcolate sulla base di un salario lordo di fr. 4'658.40, al massimo fr. 139 al giorno.

2.14. Va ora calcolato il grado d'incapacità lavorativa.

L'assicuratore sembrava inizialmente ritenere che in applicazione dell'art. \_\_\_\_\_ CGA non occorreva effettuare il calcolo del danno residuo giacché è previsto solo l'indennizzo dell'incapacità di lavoro e non di guadagno.

A torto.

In primo luogo l'art. \_\_\_\_\_ CGA stesso prevede che se in base a quanto constatato dal medico assicurato è inabile al lavoro, in caso di incapacità lavorativa totale CV 1 paga l'indennità giornaliera assicurata in conformità alla perdita di guadagno subita e comprovata. Inoltre per l'art. \_\_\_\_\_ CGA se l'abilità lavorativa residua non viene sfruttata, il calcolo dell'indennità giornaliera avviene considerando l'obbligo di riduzione del danno che incombe all'assicurato.

Ne segue che le stesse CGA prevedono la necessità di procedere con il calcolo dell'incapacità di guadagno.

Del resto, con recente sentenza 4A\_495/2016 del 5 gennaio 2017, il TF, in ambito LCA, ha affermato:

■()

2.2. Dagegen bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe sich zur Bestimmung des Invalideneinkommens auf die Praxis aus dem Sozialversicherungsrecht bezogen, indem sie auf statistische Werte (LSE-Tabellen) zurückgreife. Damit übersehe die Vorinstanz, dass die vorliegende privatrechtliche Streitigkeit materiell den Regeln des VVG und des OR und formell denjenigen der ZPO unterstehe. Die sozialversicherungs- und die privatrechtliche Erwerbsunfähigkeit seien nicht identisch. Der im Anwendungsbereich von Art. 46 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR massgebliche Arbeitsmarkt entspreche dem der versicherten Person konkret offen stehenden Arbeitsmarkt. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass dem Beschwerdeführer andere Tätigkeiten zumutbar seien, und welches Einkommen er nach Eintritt des Gesundheitsschadens noch erzielen könnte, trage nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB und nach Art. 55 Abs. 1 ZPO (Verhandlungsgrundsatz) die Beschwerdegegnerin. Diese habe zur Frage des Invalideneinkommens überhaupt keine substantiierten Behauptungen gemacht. Sie sei sich wohl bewusst gewesen, dass der gesundheitlich angeschlagene Beschwerdeführer im Alter von gut 55 Jahren nicht den Hauch einer Chance habe, noch ein Einkommen zu erzielen, schon gar nicht ein solches von jährlich Fr. 26'529.-- bzw. Fr. 42'446.--. Mit der Anrechnung eines Invalideneinkommens habe die Vorinstanz Art. 46 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR, Art.

#### **E. 4.2**

La situazione si presenta invece diversamente se il datore di lavoro pronuncia il licenziamento prima che il lavoratore diventa inabile al lavoro per malattia. In tale evenienza la predetta presunzione non si giustifica più. Il lavoratore perderebbe in ogni caso la propria occupazione, a prescindere dalla successiva incapacità lavorativa, la quale in questo modo non assurge più a causa primaria per la perdita di salario dopo la scadenza contrattuale. Al pari del lavoratore disoccupato avente di principio diritto a indennità di disoccupazione ma che a causa della malattia risulta temporaneamente non collocabile e che pertanto non può riscuotere tali indennità (v. DTF 102 V 83 ), la persona diventata inabile al lavoro dopo avere ricevuto (o espresso lei stessa) il licenziamento subisce ugualmente una perdita di guadagno a carico dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia. Tuttavia - in entrambe le situazioni - la perdita di guadagno indennizzabile corrisponde (al termine della scadenza contrattuale e sempre che la copertura assicurativa lo preveda) alla perdita dell'indennità di disoccupazione (sul coordinamento tra assicurazione malattia e assicurazione disoccupazione nello specifico contesto cfr. art. 73 LAMal e art. 28 LADI; DTF 102 V 83 segg.; RAMI 1998 no. KV 43 pag. 420 consid. 3a con riferimenti). È riservato il caso in cui la persona interessata è comunque in grado di dimostrare che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato con ogni verosimiglianza un posto nuovo, concretamente definito (cfr. sentenza citata 9C\_311/2010 consid. 1.2 in fine, 9C\_332/2007 del 29 maggio 2008 consid. 2.2 in fine e RJAM 1983 n. K 526 pag. 81).

#### **E. 4.3**

Dalla situazione appena descritta in cui la persona assicurata vanta di principio il diritto a indennità di disoccupazione ma a causa della malattia non è (temporaneamente) collocabile

e non le può riscuotere va infine distinta quella del disoccupato che non può invece neppure rivendicare siffatto diritto, vuoi perché esso si è esaurito o perché la persona interessata non adempie le condizioni relative alla durata contributiva (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 420 consid. 3b; cfr. pure sentenza K 121/06 del 16 agosto 2007 consid. 2). In questa ipotesi, l'interessato che diventa inabile al lavoro non può di principio neppure rivendicare, per la mancata perdita di un reddito sostitutivo, il diritto a indennità giornaliera di malattia, a meno che non fornisca la prova che senza la malattia avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito (cfr. Eugster, Vergleich, pag. 80 seg. con i riferimenti alla giurisprudenza in materia). In quest'ultimo caso la perdita di guadagno consisterebbe nella perdita di salario.

#### **E. 4.3.1**

pag. 224), o comunque sul salario che potrebbe essere conseguito in un posto di lavoro identico nella stessa azienda o in un'azienda simile. Nel caso in cui non fosse possibile quantificare in maniera attendibile il reddito ipotetico che l'assicurato avrebbe potuto conseguire senza l'invalidità, si farà riferimento a valori empirici o statistici (VSI 1999 pag. 248 consid. 3b). Per il resto, occorre tenere conto del principio secondo cui - in assenza di indizi concreti che impongano una diversa valutazione - la persona assicurata avrebbe di regola, e conformemente all'esperienza generale, continuato l'attività precedentemente svolta senza invalidità (RAMI 2000 no. U 400 pag. 381 consid. 2a). In tale contesto la normale evoluzione professionale va senz'altro considerata. Tuttavia gli indizi che l'assicurato avrebbe intrapreso una carriera e percepito un salario più elevato devono essere concreti (DTF 96 V 29 pag. 30; RAMI 1993 no. U 168 pag. 100 consid. 3b). La mera dichiarazione d'intenti non è pertanto sufficiente; necessario è infatti che tale intenzione sia suffragata da passi concreti, quale ad esempio la partecipazione a corsi ecc. (VSI 2002 pag. 161 consid. 3b [I 357/01] e dottrina citata). Un salario di punta può essere ammesso solo se vi sono circostanze particolari che lo giustificano (RCC 1980 pag. 560 pag. 560 con riferimenti). I salari medi pagati nel settore hanno in ogni caso la precedenza sui salari fissati in base a contratti collettivi di lavoro (RCC 1986 pag. 434 consid. 3b). Siccome di norma una simile valutazione professionale parte dal presupposto che, senza il danno alla salute, l'assicurato avrebbe continuato ad esercitare la precedente attività lucrativa, devono essere considerati eventuali adeguamenti ed aumenti salariali (RAMI 1993 Nr. U 168 pag. 100s. consid. 3b, ZAK 1990 pag. 519 consid. 3c). In concreto dal contratto di lavoro sottoscritto dall'attrice il 2 dicembre 2013 con il ristorante \_\_\_\_\_, ossia prima del danno alla salute, emerge che dal 1° gennaio 2014 avrebbe dovuto iniziare quale chef di sala e bar per un impiego all'80% con un salario lordo mensile di fr. 4'658.40 (compresa la tredicesima; doc. LII/EE1). Per cui, senza il danno alla salute l'assicurata, da valida, avrebbe conseguito un reddito annuo di fr. 55'900.80 (4'658.40 X 12). Ne segue che tutte le lamentele dell'attrice circa l'esatto ammontare del reddito precedentemente conseguito vengono a cadere. 2.16. Per quanto concerne il reddito da invalida, la giurisprudenza federale si fonda sui criteri fissati nella sentenza pubblicata in DTF 126 V 75, che al considerando 3b/aa ha stabilito che ai fini della fissazione del reddito da invalido è determinante la situazione professionale concreta dell'interessato, a condizione però che quest'ultimo sfrutti in maniera completa e ragionevole la capacità lavorativa residua e che il reddito derivante dall'attività effettivamente svolta sia adeguato e non costituisca un salario sociale (" Soziallohn "). Qualora difettino indicazioni economiche effettive, possono, conformemente alla giurisprudenza, essere ritenuti i dati forniti dalle statistiche salariali ufficiali, edite 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). Al fine di non discriminare gli assicurati attivi in Ticino, Cantone in cui i salari sono notoriamente più bassi rispetto alla media nazionale, visto che il reddito da non invalido è quello che verrebbe effettivamente percepito dagli assicurati nel nostro Cantone senza il danno alla salute, da alcuni anni questo Tribunale aveva deciso che nell'applicazione dei dati statistici per determinare il reddito da invalido - se necessaria la sua determinazione teorica - occorreva utilizzare la tabella che rifletteva i salari versati nella nostra regione (TA13). L'Alta Corte ha però stabilito che sono esclusivamente applicabili, in difetto di indicazioni economiche concrete, i dati salariali nazionali risultanti dalla tabella di riferimento TA1 dell'inchiesta sulla struttura dei salari edita dall'Ufficio federale di statistica e non i valori desumibili dalla tabella TA13, che riferisce dei valori in relazione alle grandi regioni (SVR 2007 UV Nr. 17, STFA I 222/04 del 5 settembre 2006).

2.17. L'attrice sostiene di non poter svolgere lavori d'ufficio o addirittura lavorare in banca, avendo svolto da ultimo questa attività nel 2002. Inoltre censura l'applicazione delle Tabelle ISS poiché sarebbero discriminanti nei confronti delle donne e la loro applicazione violerebbe l'art. 8 della Costituzione federale e chiede l'applicazione delle tabelle relative agli uomini. Per quanto concerne questa seconda censura, il TCA rileva che l'applicazione delle tabelle ISS relative alle donne non comporta alcuno svantaggio per l'attrice, ritenuto che i salari degli uomini figuranti nelle tabelle sono più elevati ed un loro utilizzo nel raffronto dei redditi andrebbe semmai a suo discapito. In secondo luogo questo TCA evidenzia come, anche volendo applicare il salario statistico a lei più favorevole, l'interessata non avrebbe comunque diritto ad ulteriori prestazioni, come si vedrà di seguito.

2.18. In ossequio alla più recente giurisprudenza federale occorre, in assenza di dati salariali concreti, basarsi sui dati statistici nazionali. Dall'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari 2012 (cfr., a quest'ultimo proposito, DTF 128 V 174 = RAMI 2002 U 467 pag. 511 segg.), edita dall'Ufficio federale di statistica, più precisamente dalla tabella TA1 2012 skill level (NOGA08), si osserva che il salario lordo mediamente percepito in quell'anno dalle donne per un'attività semplice di tipo fisico o manuale (ossia il livello 1 di competenze) di 40 ore settimanali nel settore privato (circa la rilevanza delle condizioni salariali nel settore privato, cfr. RAMI 2001 U 439 pag. 347 segg. e SVR 2002 UV 15 pag. 47 segg.), corrisponde ad un importo di Fr. 49'344.- (Fr. 4'112.- x 12 mesi). Adattando all'evoluzione dei salari nominali questo dato fino al 2014 (DTF 126 V 81 consid. 7a; STF U 8/07 del 20 febbraio 2008; STCA 36.2008.148 del 12 dicembre 2008; S TCA del 13 febbraio 2006, 36.2005.55), si ottiene un salario di Fr. 50'118,02 (Fr. 49'344.- : 102 x 103,6; Tabella T1.2.10 Indice dei salari nominali, Donne, 2011-2014, pubblicata dall'Ufficio federale di statistica). Questi dati si riferiscono, però, ad un tempo lavorativo di 40 ore alla settimana. Riportando ora queste cifre su un orario medio di lavoro settimanale nelle aziende di 41,7 ore computabili nel 2014 (cfr. per questo aspetto, STFA I 203/03 del 21 luglio 2003, consid. 4.4; cfr. anche sentenza U 8/07 del 20 febbraio 2008 e la tabella B9.2 pubblicata in: *La Vie économique*, 3/4-2015, pag. 88 e la Tabella sulla durata normale del lavoro nelle aziende secondo la divisione economica, in ore per settimana, pubblicata dall'Ufficio federale di statistica), il salario lordo medio ipotetico nazionale da invalido per una donna ammonta a Fr. 52'248.0358 (Fr. 50'118,02: 40 x 41,7), ritenuto che la quota di tredicesima è già compresa (STFA U 274/98 del 18 febbraio 1999, consid. 3a). Secondo la giurisprudenza federale, per gli assicurati che, a causa della particolare situazione personale o professionale (affezioni invalidanti, età, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione, ecc.), non possono mettere completamente a frutto la loro capacità residua nemmeno in lavori leggeri e che pertanto non riescono di regola a raggiungere il livello

medio dei salari sul mercato, viene operata una riduzione percentuale sul salario teorico statistico. L'Alta Corte 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 (DTF 126 V 80 consid. 5b/cc). Con sentenza 9C\_179/2013 del 26 agosto 2013, a proposito della riduzione del salario statistico tramite l'utilizzo di multipli di 5, il TF ha affermato: "

## **E. 5**

p. 181).” 2.11. In concreto l'assicurata è stata vittima di un infortunio il 14 dicembre 2013 e l'assicuratore contro gli infortuni ha versato le prestazioni pattuite fino al 30 aprile 2014. Ritenuto che successivamente l'incapacità lavorativa “ è da ascrivere alle patologie morbose preesistenti all'evento del 14 dicembre 2013 ” (cfr. doc. AA, decisione su opposizione del 27 novembre 2014, pag. 6), è subentrata l'assicurazione perdita di guadagno in caso di malattia che ha cessato il versamento delle prestazioni con il 31 maggio 2014. L'assicuratore avrebbe tuttavia dovuto dare all'attrice un termine di 3-5 mesi per cambiare professione, a partire dal 1° giugno 2014. La convenuta evidenzia che l'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede un termine di soli tre mesi per cambiare professione. A questo proposito il TCA ha già stabilito, con sentenza 36.2015.94 del 30 giugno 2016, che un termine di 3 mesi se previsto dalle CGA è contrario alla giurisprudenza federale, la quale ha deciso che l'assicuratore deve applicare un termine tra 3 e 5 mesi, il quale va determinato di caso in caso, sulla base di un esame accurato della situazione concreta. In particolare occorre esaminare, in base all'età della persona assicurata e dello stato del mercato del lavoro, quali sono le possibilità reali di ritrovare un'attività che tenga conto delle limitazioni funzionali (sentenza 4A\_304/2012 del 14 novembre 2012 , consid. 2.4) e, in funzione della formazione, dell'esperienza e dell'età dell'assicurato se un cambiamento d'attività è realmente esigibile (sentenza 4A\_304/2012 del 14 novembre 2012 , consid. 2.4). In concreto, l'assicurata, nata nel 1973 a \_\_\_\_\_, è ancora giovane. Inoltre dal suo curriculum vitae si evince che nel corso degli anni ha già cambiato più volte attività, lavorando quale impiegata presso una ditta di costruzione di \_\_\_\_\_ (agosto 1993 – giugno 1994), poi quale impiegata di banca presso il \_\_\_\_\_ a \_\_\_\_\_ (agosto 1994 – novembre 2002) ed infine quale “ chef tournante ” presso due ristoranti di \_\_\_\_\_. Ella, oltre all'italiano ed al tedesco, parla anche francese ed inglese (cfr. pag. 30 incarto AI e attestati prodotti). Inoltre ha avuto esperienze lavorative sia in Svizzera tedesca che nella Svizzera italiana. Le sue possibilità di inserimento nel mondo del lavoro sono ancora buone. L'interessata, come rilevato dal dr. med. \_\_\_\_\_, può del resto sollevare pesi fino a 5kg in maniera lievemente ridotta e fino a 10kg in maniera ridotta, può manipolare oggetti e attrezzi di precisione normalmente, può stare seduta non oltre un'ora senza interruzione ed in posizione eretta non oltre mezzora senza interruzione. Può spostarsi fino ed oltre 50 m in maniera normale e per lunghi tragitti con pause. Alla luce di quanto sopra un cambio di attività è esigibile e un termine di 3 mesi per cambiare attività appare adeguato. Ne segue che all'interessata vanno riconosciute ulteriori indennità al 100% dal 1° giugno 2014 fino al 31 agosto 2014. Va ora esaminato su quale base l'attrice ha diritto alle indennità e se dal 1° settembre 2014 l'assicuratore deve versare ulteriori prestazioni.

### **E. 5.1**

La Corte cantonale ha accertato che la nascita del terzo figlio (nel maggio 2011) al termine di una gravidanza difficile, l'assenza di aiuti, le assenze dal lavoro, l'insorgenza di disturbi del sonno, di stati d'ansia e di stanchezza avrebbero condizionato la sua qualità di vita e sarebbero culminate con il licenziamento da lei ritenuto ingiusto e inaspettato. Secondo il giudice di prime cure, inoltre, l'assicurata era già ammalata a partire dal mese di giugno 2012 (recte: 2011), ma nonostante ciò - e malgrado alcuni periodi di assenza dal lavoro - avrebbe proseguito l'attività lavorativa e il licenziamento avrebbe determinato la sua volontà a prendersi cura della sua salute. In tali circostanze - applicando la giurisprudenza sviluppata per i casi esposti sopra al consid. 4.3 -, ha sostenuto che senza la malattia l'assicurata avrebbe continuato la sua attività lavorativa come nel periodo precedente, mentre l'assicuratore non avrebbe fornito la (contro)prova che l'interessata avrebbe rinunciato a nuova occupazione e sarebbe rimasta in disoccupazione. Egli ha poi rilevato che l'interessata, non più presente sul posto di lavoro dal 6 ottobre 2011 e malata dal precedente giugno 2011, aveva diritto a ricevere indennità giornaliera piene - sulla base dell'ultimo salario percepito prima dell'inizio del caso di assicurazione, conformemente all'art. 6.1 CGA - per perdita di guadagno anche dopo la fine del contratto di lavoro avvenuta il 30 aprile 2012 e ciò sino al suo ristabilimento avvenuto con effetto al 1° luglio 2012. Sempre secondo il giudice cantonale, la perdita di guadagno sarebbe dimostrata dal fatto che, con tutta verosimiglianza, senza la malattia, l'assicurata non avrebbe perso il lavoro che aveva ormai da una ventina d'anni (1991).

## **E. 5.2**

L'assicuratore ricorrente, oltre a lamentare un accertamento arbitrario dei fatti per il motivo che il primo giudice avrebbe ammesso l'esistenza di una malattia inabilitante già prima del 6 ottobre 2011, evidenzia l'importanza di operare una distinzione giuridica fra la situazione - come quella in esame - di un assicurato abile al lavoro al momento della ricezione della disdetta del contratto di lavoro, il quale sa di doversi attivare poiché da una determinata data non sarà più alle dipendenze del datore di lavoro, e quella del lavoratore che invece riceve la disdetta in piena inabilità lavorativa, e dal quale non si può esigere che si attivi per cercare un nuovo impiego. (...)” In ambito LCA, con sentenza 4A\_344/2007 dell'11 marzo 2008, il TF ha affermato: " 3.3 Secondo la predetta giurisprudenza del Tribunale federale delle assicurazioni, il fatto di essere assicurato per un'indennità giornaliera di un determinato importo e di avere pagato i relativi premi non comporta automaticamente il diritto al versamento della somma assicurata in caso di incapacità lavorativa; occorre ancora che l'assicurato subisca una perdita di guadagno in misura tale da giustificare il pagamento dell'importo assicurato (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 421 consid. 2a; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.1). 3.3.1 Sotto il suo titolo marginale "Coordinamento con l'assicurazione contro la disoccupazione", l'art. 73 cpv. 1 LAMal dispone che ai disoccupati colpiti da una incapacità lavorativa superiore al 50 % è pagata l'intera indennità giornaliera. Stando a tale titolo marginale e alla regolamentazione di coordinamento corrispondente prevista dall'art. 28 LADI, il diritto a un'indennità giornaliera secondo l'art. 73 LAMal risulta strettamente legato al fatto che, se non fosse malato, l'assicurato potrebbe pretendere indennità di disoccupazione ai sensi della LADI. L'idea alla base di questa regolamentazione è la seguente: subisce una perdita di guadagno a carico dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia la persona che, di principio, avrebbe diritto a indennità di disoccupazione ma che, a seguito di una malattia, è temporaneamente inidonea al collocamento e non può di conseguenza percepire una simile indennità (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3a; cfr. anche la sentenza non pubblicata

del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.1). Questo spiega l'avvenuto versamento dell'indennità giornaliera da parte della ricorrente dal 24 aprile 2006 al 31 ottobre 2006, quando l'opponente ha esaurito il diritto alle prestazioni di disoccupazione.

3.3.2 Nondimeno - continua il Tribunale federale delle assicurazioni - una persona senza un'attività lavorativa può subire una perdita di guadagno conferente il diritto a un'indennità giornaliera dell'assicurazione malattia anche quando non può pretendere un'indennità di disoccupazione ai sensi della LADI. Ciò si verifica tuttavia soltanto se si può ritenere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che senza la malattia l'assicurato eserciterebbe un'attività lucrativa. A tal proposito vanno distinte due ipotesi: - se il rapporto di lavoro è terminato in un momento in cui la persona assicurata risultava già incapace al lavoro a causa di malattia, vale la presunzione che senza la malattia essa eserciterebbe un'attività lucrativa; in tale eventualità, il diritto a un'indennità giornaliera può essere negato soltanto in presenza di indizi concreti suscettibili di fare concludere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che la persona assicurata non eserciterebbe attività lucrativa nemmeno senza il danno alla salute (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 422 consid. 3b; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.2 prima parte); - qualora la persona assicurata si ammali dopo essere divenuta disoccupata, vale invece la presunzione contraria, ossia che anche senza malattia continuerebbe a non esercitare un'attività lucrativa; tale presunzione può essere ribaltata se si può ammettere, con un grado di verosimiglianza preponderante, che senza la malattia la persona assicurata avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 423 consid. 3b; cfr. anche la sentenza non pubblicata del 4 maggio 2004 nella causa K 146/03 consid. 3.3.2 seconda parte). ” 2.13. In concreto il datore di lavoro ha pronunciato il licenziamento prima che l'attrice diventasse inabile al lavoro (licenziamento del 28 ottobre 2013, controfirmato dall'attrice il medesimo giorno [doc. XXVI/3]; incapacità lavorativa per infortunio dal 14 dicembre 2013, per malattia dal 24 aprile 2014 [doc. XXVI/33]). Al caso di specie si applica pertanto il consid. 4.2 della sentenza 9C\_24/2013 del 25 marzo 2013. L'interessata avrebbe perso in ogni caso il posto di lavoro anche se non si fosse ammalata. La perdita di guadagno indennizzabile corrisponde al termine della scadenza contrattuale e sempre che la copertura assicurativa lo preveda alla perdita dell'indennità di disoccupazione. E' riservato il caso in cui la persona interessata è comunque in grado di dimostrare che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato con ogni verosimiglianza un posto nuovo, concretamente definito. Nel caso di specie, l'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che l'assicuratore paga l'indennità giornaliera assicurata in conformità alla perdita di guadagno subita e comprovata. In concreto, interpellata in merito dal TCA, l'attrice il 21 ottobre 2016 ha prodotto un contratto di lavoro, di cui questo Tribunale non ha alcun motivo per dubitare della sua autenticità, sottoscritto il 2 dicembre 2013 con il ristorante \_\_\_\_\_ da cui emerge che dal 1° gennaio 2014 avrebbe dovuto iniziare quale chef di sala e bar per un impiego all'80% con un salario lordo mensile di fr. 4'658.40 (compresa la tredicesima; doc. LII/EE1). Il 19 dicembre 2013 l'assicurata ha scritto al direttore del ristorante informandola dell'infortunio e dell'impossibilità ad iniziare l'attività (doc. LII/EE2). Ne segue che il danno subito dall'attrice corrisponde all'importo di fr. 4'658.40 lordi (fr. 3'777.60 netti). La polizza d'assicurazione prevede un'indennità giornaliera assicurata di fr. 139 al giorno, ossia fr. 4'170 al mese. L'assicurazione in questione è tuttavia un'assicurazione di danno giacché per l'art. \_\_\_\_\_ CGA l'assicuratore accorda una copertura assicurativa contro le conseguenze economiche di una malattia o di un parto, entro i limiti delle prestazioni concordate. L'assicuratore paga all'assicurato la perdita di salario e di guadagno subita e

documentata, al massimo fino a concorrenza dell'indennità giornaliera assicurata. In concreto l'assicuratore dal 1° giugno 2014 al 31 agosto 2014 deve versare indennità giornaliera al 100% calcolate sulla base di un salario lordo di fr. 4'658.40, al massimo fr. 139 al giorno. 2.14. Va ora calcolato il grado d'incapacità lavorativa. L'assicuratore sembrava inizialmente ritenere che in applicazione dell'art. \_\_\_\_\_ CGA non occorre effettuare il calcolo del danno residuo giacché è previsto solo l'indennizzo dell'incapacità di lavoro e non di guadagno. A torto. In primo luogo l'art. \_\_\_\_\_ CGA stesso prevede che “ se in base a quanto constatato dal medico l'assicurato è inabile al lavoro, in caso di incapacità lavorativa totale CV 1 paga l'indennità giornaliera assicurata in conformità alla perdita di guadagno subita e comprovata ”. Inoltre per l'art. \_\_\_\_\_ CGA se l'abilità lavorativa residua non viene sfruttata, il calcolo dell'indennità giornaliera avviene considerando l'obbligo di riduzione del danno che incombe all'assicurato. Ne segue che le stesse CGA prevedono la necessità di procedere con il calcolo dell'incapacità di guadagno. Del resto, con recente sentenza 4A\_495/2016 del 5 gennaio 2017, il TF, in ambito LCA, ha affermato: “(...)

#### **E. 5.4**

Contrariamente al potere di apprezzamento del Tribunale federale, quello dell'autorità giudiziaria di primo grado non è per contro limitato alla violazione del diritto (compreso l'eccesso e l'abuso del potere di apprezzamento), ma si estende ugualmente all'esame di adeguatezza della decisione amministrativa (“Angemessenheits-kontrolle”). In tale contesto l'esame verte sulla questione di sapere se un'altra soluzione non sarebbe stata più opportuna rispetto a quella adottata, in un caso concreto, dall'autorità nell'ambito del proprio potere di apprezzamento e pur nel rispetto dei principi generali del diritto. A tal proposito, il giudice delle assicurazioni sociali non può, senza valido motivo, sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione; deve piuttosto fondarsi su circostanze tali da fare apparire il proprio apprezzamento come quello maggiormente appropriato (DTF 126 V 75 consid. 6 pag. 81; DTF 137 V 71 consid. 5.2 pag. 73 seg.).

#### **E. 5.5**

La decisione del Tribunale cantonale di distanziarsi dalla deduzione operata dall'UAI a titolo di circostanze particolari non viola il diritto federale né configura altrimenti un abuso o un eccesso nell'esercizio del potere di apprezzamento poiché poggia su un valido motivo. Come fanno giustamente notare i giudici di prime cure, nella sua prassi il Tribunale federale applica infatti abitualmente a questo genere di deduzioni dei multipli di 5 quando non si limita semplicemente ad avallare – a causa dell'ininfluenza del calcolo per l'esito della valutazione – il giudizio dell'istanza precedente. L'applicazione di tassi più frazionati si rivelerebbe invece problematica poiché siffatte riduzioni sarebbero difficilmente concretizzabili e quindi anche difficilmente verificabili in sede giudiziaria (cfr. Ulrich Meyer, Bundesgesetz über die Invaliden-versicherung [IVG], in: Murer/Stauffer [ed.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2a ed. 2010, pag. 314). (...)” Con sentenza 8C\_80/2013 del 17 gennaio 2014 il TF ha rammentato che non è necessario procedere con deduzioni distinte per ogni fattore entrante in considerazione come le limitazioni legate all'età, gli anni di servizio, la nazionalità, la categoria del permesso di soggiorno o ancora il tasso d'occupazione. Occorre piuttosto procedere ad una valutazione globale, nei limiti del potere di apprezzamento, degli effetti di questi fattori sul reddito da invalido, tenuto conto dell'insieme delle circostanze concrete (cfr. consid. 4.2: “[...] Or, il sied de rappeler qu'il n'y a pas lieu de procéder à des déductions distinctes pour

chacun des facteurs entrant en considération comme les limitations liées au handicap, l'âge, les années de service, la nationalité ou la catégorie de permis de séjour, ou encore le taux d'occupation. Il faut bien plutôt procéder à une évaluation globale, dans les limites du pouvoir d'appréciation, des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalide, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret (ATF 126 V 75 consid. 5b/bb p. 80; arrêt 9C\_751/2011 du 30 avril 2012 consid. 4.2.1). [...] ”). Nel caso di specie, visti l'età dell'attrice, le limitazioni funzionali poste dagli specialisti e considerato che l'interessata, che padroneggia due lingue nazionali, può svolgere un'attività leggera al 100%, non si impone alcuna deduzione. Nel dettaglio, nessuna riduzione deve essere concessa in funzione dell'età (l'assicurata è nata nel 1973). Nella STF 9C\_1013/2008 del 23 dicembre 2009, in cui la ricorrente era 56enne al momento della decisione amministrativa, l'Alta Corte ha affermato che l'età non solo non si ripercuote negativamente sul reddito ipotetico da invalido, ma addirittura incide favorevolmente su di esso. I lavoratori ausiliari, attivi in quei settori di attività accessibili a lavoratori non qualificati, sono richiesti indipendentemente dalla loro età in un mercato del lavoro equilibrato (cfr. anche la sentenza I 594/04 del 14 febbraio 2005). Circa la nazionalità e la sua formazione professionale, va evidenziato che l'insorgente, nata a \_\_\_\_\_ (pag. 3 perizia psichiatrica, doc. LXII/2) e che padroneggia due lingue nazionali, non può far valere alcuno svantaggio salariale derivante da particolari contingenze. Infine le limitazioni descritte dagli specialisti non impediscono l'attrice di esercitare un'attività leggera. Tant'è che secondo il perito dell'AI “ la signora mi dice di essere in possesso di un certificato di impiegata d'ufficio, attività che di base sarebbe ideale ” (pag. 97 incarto AI). Confrontando il reddito da valida di fr. 55'900.80 con quello da invalida di fr. 52'248.0358 si ottiene un'incapacità di guadagno del 6% che non dà diritto ad alcuna prestazione essendo inferiore al 25% (cfr. art. \_\_\_\_\_ CGA e sentenza K 31/04 del 9 dicembre 2004, consid. 4.4 ). L'interessata non ha più diritto ad ulteriori prestazioni neppure da quando è risultata inabile al lavoro al 50% dal 17 novembre 2015, poiché non ha reso verosimile, secondo il principio della verosimiglianza preponderante che, dopo essere diventata abile al lavoro al 100% in un'attività leggera al termine del periodo di adattamento, non ha potuto accedere ad un lavoro ben definito dal novembre 2015, a causa del suo danno alla salute (cfr. consid. 2.12). Ne segue che l'assicurata ha diritto ad indennità giornaliera al 100% dal 1° giugno 2014 al 31 agosto 2014. 2.19. L'assicurata chiede che vengano pagati gli interessi di mora al 5% per ciascun mese per i quali l'assicuratore avrebbe dovuto pagare le prestazioni. Per quanto concerne gli interessi va rilevato che con sentenza 4A\_468/2008 del 20 febbraio 2009 il TF ha rammentato: " 3.2 Il ricorrente si aggrava anche contro la decisione sugli interessi di mora. Invano. Il Tribunale cantonale delle assicurazioni gli ha accordato interessi di mora del 5 % sulla somma residua di fr. 68'420.10 (137'065 ./ 68'644.90) dall'8 febbraio 2008 al 29 febbraio 2008, cioè dal giorno della prima interpellazione (art. 102 cpv. 1 CO) al giorno della ricezione del pagamento. Il ricorrente obietta che gli interessi di mora andrebbero riconosciuti dal 24 dicembre 2006, momento nel quale, a suo dire, la prestazione assicurata avrebbe dovuto essergli versata. A torto. Gli interessi di ritardo del 5 % (art. 104 cpv. 1 CO) sono dovuti dal giorno dell'interpellazione del creditore, che mette in mora il debitore (art. 102 cpv. 1 CO). Queste norme si applicano anche al contratto d'assicurazione (JÜRGE NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 20 art. 41 LCA). Dato che il ricorrente non contesta la data della prima messa in mora considerata nel giudizio impugnato, la Corte ticinese ha applicato correttamente il diritto federale. La censura dell'attore, che parrebbe conferire rilevanza, sotto il profilo degli interessi di mora,

al momento in cui il credito dell'assicurato diviene esigibile (cfr. art. 41 cpv. 1 LCA), è infondata.” In concreto, dopo il 1° giugno 2014, l’attrice ha insistentemente chiesto l’emanazione di una decisione formale. In sede di udienza della causa 36.2015.45, il 10 settembre 2015 l’attrice ha affermato di “ vantare delle pretese derivanti dal suo stato di salute riconducibile a malattie e ciò successivamente al 30.4.2014 ” (doc. 58a). Tuttavia la prima interpellazione, con richiesta esplicita di versamento delle indennità giornaliere, è avvenuta con la petizione del 13 maggio 2016 (doc. I). Gli interessi al 5% sono pertanto dovuti a partire dal 13 maggio 2016. 2.20. L’attrice contesta la circostanza secondo cui l’assicuratore ha tenuto due incarti separati per la malattia e per l’infortunio e chiede a questo TCA di accertare l’illiceità della tenuta di due incarti per la medesima assicurata. Questo Tribunale rileva che la tenuta dei due incarti deriva dalla circostanza che vi erano due procedure separate, la prima relativa all’infortunio del 14 dicembre 2013, in seguito al quale sono state versate indennità giornaliere fino al 30 aprile 2014 e la seconda relativa alla malattia per la quale l’assicuratore ha versato prestazioni fino al 31 maggio 2014. Essa è pertanto giustificata. Del resto la convenuta è competente per il pagamento delle indennità giornaliere a causa di malattia, mentre per il versamento delle indennità dovute ad infortunio è competente CV 1. Non va poi dimenticato che dai medesimi incarti, entrambi prodotti al TCA, emerge che gli atti medici della causa relativa all’infortunio si ritrovano sostanzialmente nella documentazione relativa alla malattia (cfr. doc. XXVI e atti prodotti con la risposta di causa), di modo che l’interessata non ha subito alcun documento dal fatto che esista un incarto relativo all’infortunio ed un incarto relativo alla malattia. 2.21. L’attrice chiede un indennizzo di fr. 1'000 per tutte le spese avute per le numerose visite mediche chieste e/o per poter dimostrare l’evento assoggettabile a malattia. L’interessata afferma che l’assicuratore deve essere chiamato ad indennizzare l’attrice per i torti morali subiti e per come è stata trattata “ Pensiamo ad esempio alle trasferte a \_\_\_\_\_ che hanno avuto un costo. Ma pensiamo anche alla situazione di una persona che improvvisamente si vede privata di entrate per un malanno e una Compagnia che si ostina a misconoscere qualsivoglia intervento, salvo dopo mesi indicare che esiste un’attività abituale (ferma da anni) che le impedisce qualsivoglia indennità ” (doc. I). Per l’art. 40 cpv. 1 CO chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza od imprudenza. In concreto l’interessata non ha subito alcun torto morale. Inoltre le trasferte a \_\_\_\_\_ presso il dr. med. \_\_\_\_\_ sono state organizzate dal proprio medico curante. Del resto essa ha diritto a tre mesi di indennità giornaliere ed al pagamento degli interessi di mora per il ritardo con cui sono state versate le prestazioni. Ne segue che la richiesta va respinta. 2.22. Le parti hanno chiesto l’assunzione di numerose prove. Quali mezzi di prova l’attrice oltre alla documentazione prodotta, richiama l’incarto 36.2015.45 del TCA, l’edizione dell’incarto completo da controparte, ivi compreso il contratto concluso con la allora datrice di lavoro \_\_\_\_\_, l’edizione incarto/i dall’assicuratore ed inerente l’attrice, la deposizione del dr. med. \_\_\_\_\_, del dr. med. \_\_\_\_\_, del dr. med. \_\_\_\_\_, del dr. med. \_\_\_\_\_, del dr. med. \_\_\_\_\_, del marito dell’attrice, del signor \_\_\_\_\_ attivo presso la convenuta, del signor \_\_\_\_\_ attivo presso la convenuta, della lic. jur. \_\_\_\_\_ attiva presso la convenuta, del signor \_\_\_\_\_ attivo presso la convenuta, del signor \_\_\_\_\_ attivo presso la convenuta, se del caso del dr. med. \_\_\_\_\_, della dr.ssa med. \_\_\_\_\_, del dr. med. \_\_\_\_\_, del dr. med. \_\_\_\_\_, l’interrogatorio delle parti, da verificare se quale interrogatorio o deposizione del direttore della succursale ticinese della convenuta signor \_\_\_\_\_ in particolare per la questione del doppio incarto, la perizia

dell'attrice quo all'assoggettamento per le indennità \_\_\_\_\_. Pendente causa l'attrice ha chiesto l'assunzione di ulteriori prove. Anche la convenuta ha domandato a questo Tribunale di effettuare ulteriori accertamenti ed ha suggerito di far allestire una perizia medica. Questo Tribunale ha proceduto all'assunzione di numerose prove, ha richiamato l'incarto LCA dalla convenuta, l'incarto LAINF, l'incarto AI, ha interpellato il dr. med. \_\_\_\_\_, il dr. med. \_\_\_\_\_, il dr. med. \_\_\_\_\_, il dr. med. \_\_\_\_\_, ha richiamato gli incarti fiscali dall'attrice, ecc. ed ha sottoposto gli accertamenti alle parti. Questo Tribunale, ritenuto che, in seguito agli accertamenti eseguiti, i fatti sono stati comprovati e nessun provvedimento probatorio supplementare potrebbe modificare tale apprezzamento, rinuncia all'assunzione di ulteriori prove (sentenza 9C\_394/2016 del 21 novembre 2016, consid. 6.2). 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). 2.23. L'attrice, parzialmente vincente in causa, chiede di essere posta al beneficio dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio. Ritenuti l'esito della lite e il diritto a ripetibili parziali, tale richiesta, per quanto attiene alla parte per la quale l'attrice è vincente in causa, è divenuta priva di oggetto (cfr. DTF 124 V 310 consid. 6; sentenza 164/02 del 9 aprile 2003). Per la parte della petizione in cui l'assicurata è soccombente, l'interessata può invece essere posta al beneficio dell'assistenza giudiziaria, sempre che adempia le relative condizioni (DTF 124 V 301 consid. 6). Ai sensi dell'art. 117 CPC ha diritto al gratuito patrocinio chiunque sia sprovvisto dei mezzi necessari (lett. a) e la cui domanda non appaia priva di possibilità di successo (lett. b). Per l'art. 119 CPC l'istanza di gratuito patrocinio può essere proposta prima o durante la pendenza della causa (cpv. 1). L'istante deve esporre la sua posizione reddituale e patrimoniale e pronunciarsi sul merito e sui mezzi di prove che intende proporre. Può indicare nell'istanza il nome del patrocinatore desiderato (cpv. 2). Il giudice decide sull'istanza in procedura sommaria. La controparte può essere sentita. La controparte deve comunque essere sentita se il gratuito patrocinio comporta la dispensa dal prestare cauzione per le ripetibili (cpv. 3). In casi eccezionali il gratuito patrocinio può essere concesso con effetto sospensivo (cpv. 4). In sede di ricorso l'istanza di gratuito patrocinio può essere riproposta (cpv. 5). Secondo l'art. 123 CPC la parte cui è stato concesso il gratuito patrocinio è obbligata alla rifusione appena sia in grado di farlo (cpv. 1). La pretesa del Cantone si prescrive in dieci anni dalla chiusura del provvedimento (cpv. 2). 2.24. In concreto dagli atti emerge che l'attrice è sposata e il marito è stato dichiarato "infortunio" (doc. V/Bis). Essi hanno tre figlie, nate nel 2002 e nel 2004 (gemelle). L'assicurata ha dichiarato di non avere né reddito, né sostanza a parte tre automobili e meglio \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ ed \_\_\_\_\_ (doc. V/Bis). Dall'ultima tassazione disponibile, e meglio la 2014, prodotta pendente causa ed emessa il 13 luglio

2016, risulta un reddito complessivo di fr. 95'376 (fr. 39'709 di indennità perdita di guadagno per il marito, fr. 13'746 di indennità per malattia e infortuni del marito, fr. 19'071 di indennità malattia e infortuni per la moglie, fr. 7 di reddito e capitale e fr. 22'843 di valore locativo, affitti; doc. XXVIII/CC5). Essi dispongono inoltre di fr. 1'334 di titoli e capitali, fr. 46'000 di numerario, biglietti banca, oro e metalli preziosi e fr. 414'046 di sostanza immobiliare, per un ammontare di fr. 461'380, da cui sono stati dedotti fr. 1'177'183 di debiti privati. Dagli atti emerge ancora che il marito beneficia di un'indennità giornaliera della \_\_\_\_\_ che nel maggio 2016 ammontava a fr. 4'930.50 al mese e per tutto il 2015 a fr. 55'385.95 (doc. V e Z). Gli interessi ipotecari ammontano a fr. 4'440 all'anno per la prima ipoteca (doc. AH), a fr. 1'449.50 all'anno per la seconda (allegato doc. AH), a fr. 2'619 per la terza (allegato doc. AH) e fr. 3'160.30 per la quarta (allegato doc. AH), per complessivi fr. 11'668.80 all'anno e fr. 972.40 al mese. L'assicurazione di base ammonta, nel 2016, a fr. 377.75 per l'attrice, a fr. 313.25 per il marito e fr. 83.95 per le tre figlie (doc. da AC ad AE). Secondo la Tabella per il calcolo del minimo d'esistenza agli effetti del diritto esecutivo allestita dalla Camera di esecuzione e fallimento CEF, quale autorità di vigilanza cantonale, in vigore dal 1° settembre 2009, l'importo base mensile per coniugi è di fr. 1'700, cui può essere aggiunto il supplemento del 25%, ossia fr. 425, per un totale di fr. 2'125. A questo importo vanno aggiunti fr. 400 al mese per ogni figlia. Ora, deducendo dal reddito mensile di fr. 4'930.50, l'importo di fr. 3'325 di fabbisogno, l'importo di fr. 972.40 al mese di interessi ipotecari e l'importo di fr. 942.85 per la LAMal, si ottiene un importo negativo. L'indigenza va di conseguenza riconosciuta. Ritenuto che la causa non era sin dall'inizio priva di esito favorevole e che l'attrice necessitava di un avvocato, la richiesta va accolta. 2.25. Per quanto concerne l'ammissibilità di un ricorso al TF in funzione del valore litigioso della causa, con sentenza 4A\_83/2013 del 20 giugno 2013 l'Alta Corte ha affermato che: "(...) Esso è ammissibile a prescindere dal valore litigioso (di soli fr. 1'120.--) poiché, come afferma correttamente la ricorrente, nel Cantone Ticino le controversie tra assicurati e assicuratori concernenti le assicurazioni complementari all'assicurazione contro le malattie sono di competenza del Tribunale cantonale delle assicurazioni in prima e unica istanza (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF; art. 7 CPC; art. 75 della legge ticinese di applicazione della LAMal del 26 giugno 1997 [RL/TI 6.4.6.1]; DTF 138 III 799 consid. 1.1)." Secondo l'art. 49 cpv. 2 LSA, i tribunali svizzeri devono trasmettere gratuitamente all'autorità di sorveglianza una copia di tutte le sentenze concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione; s'impone perciò di notificare all'autorità di sorveglianza anche la presente sentenza in forma elettronica e senza il nominativo dell'attrice.

## **E. 8**

ZGB und Art. 55 Abs. 1 ZPO verletzt und willkürlich gehandelt (Art. 9 BV).

2.3. Nach Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Die Obliegenheit zur Minderung des Schadens hat die versicherte Person nicht nur bei einer Schadens-, sondern auch bei einer Summenversicherung (Urteil 4A\_10/2016 vom 8. September 2016 E. 3.7.2, zur Publikation vorgesehen; BGE 128 III 34E. 3b S. 36; vgl. auch BGE 133 III 527E. 3.2.1 S. 531). Zur Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheit kann ein Berufswechsel notwendig sein (BGE 133 III 527E. 3.2.1 S. 531; Urteile 4A\_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 3.3; 4A\_574/2014 vom 15. Januar 2015 E. 4.1; 4A\_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.3). Erwartet der Versicherer vom Versicherten

einen solchen Berufswechsel, muss er dies dem Versicherten mitteilen und ihm eine angemessene Frist setzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden (BGE 133 III 527E. 3.2.1 S. 531).

Bei der Beantwortung der Frage nach der Zumutbarkeit eines Berufswechsels im konkreten Fall stellt die medizinisch-theoretische Würdigung nur einen ersten Schritt dar. Das Gesetz erlaubt dem Versicherer keine Reduktion seiner Leistungen einzig aufgrund eines theoretisch möglichen Berufswechsels, der indessen in der Praxis nicht realisierbar ist. Das Gericht hat im Gegenteil die konkrete Ausgangslage zu würdigen. Es muss sich fragen, welche realen Chancen der Versicherte angesichts seines Alters und der Situation auf dem Arbeitsmarkt hat, eine Arbeit zu finden, welche seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung trägt. Es hat ebenfalls zu beurteilen, ob dem Versicherten ein entsprechender Berufswechsel unter Berücksichtigung seiner Ausbildung, seiner Arbeitserfahrung und seines Alters tatsächlich zugemutet werden kann (zum Ganzen: Urteile 4A\_574/2014 vom 15. Januar 2015 E. 4.1; 4A\_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.4; 4A\_304/2012 vom 14. November 2012 E. 2.4; vgl. auch BGE 133 III 527E. 3.2.1 S. 531).

2.4. Diese Vorgaben hat die Vorinstanz bundesrechtskonform umgesetzt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat sie sowohl dessen Alter wie auch seine Ausbildung und seine früheren Tätigkeiten berücksichtigt. Sie hat weiter seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung getragen, indem sie einerseits den "Teilzeitfaktor" einbezogen und andererseits auf den standardisierten Durchschnittslohn für bloss einfache und repetitive Tätigkeiten abgestellt hat. Entsprechend hat sie aufgrund der lohnmindernden Faktoren einen Abzug von 15 % vorgenommen. Die Vorinstanz hat damit die konkrete Situation gewürdigt und nicht bloss auf theoretische, statistische Werte abgestellt. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe nicht auf den ihm konkret offen stehenden Arbeitsmarkt abgestellt, ist unbegründet.

Dasselbe gilt für die Rüge einer falschen Verteilung von Behauptungs- und Beweislast: Dem vorinstanzlich festgestellten Prozesssachverhalt ist zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin behauptet hat, der Beschwerdegegner sei ab 1. Januar 2012 in einer adaptierten Tätigkeit arbeitsfähig. Für die Berechnung des Einkommens, das der Beschwerdeführer erzielen könnte, hat die Vorinstanz - neben statistischen Werten (Lohnstrukturerhebung), welche als notorisch gelten (BGE 128 III 4E. 4c/bb S. 7 f.) - dessen Alter, Ausbildung, frühere Arbeitstätigkeit, reduzierte Arbeitsfähigkeit und angeschlagene Gesundheit berücksichtigt. Auf welches dieser Elemente die Vorinstanz mangels entsprechender Tatsachenbehauptungen nicht hätte abstellen dürfen, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Da die Vorinstanz zudem in Würdigung der Beweise zu einem Beweisergebnis kam (Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit Januar/Februar 2012 zu 50 % mit erzielbarem Jahreseinkommen von rund Fr. 26'529.--, ab März 2012 zu 80 % mit erzielbarem Jahreseinkommen von rund Fr. 42'446.--), ist die Beweislastverteilung - welche die Folgen der Beweislosigkeit regelt - gegenstandslos (vgl. BGE 141 III 241E. 3.2 S. 243; 138 III 359E. 6.3 S. 365; je mit Hinweisen).■

Non può neppure essere d'■aiuto all'■assicuratore la circostanza che l'■art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che in caso di inabilità parziale al lavoro pari almeno al 25% l'■indennità giornaliera viene erogata in proporzione all'■incapacità lavorativa. Infatti l'■allora TFA (dal 1° gennaio 2007: TF), certo in ambito di assicurazioni sociali, ma sulla base della medesima formulazione, con sentenza K 31/04 del 9 dicembre 2004 ha rammentato al consid.4.4:

■()

Pour que la recourante, qui indemnise une incapacité de travail d'au moins 25 % (ch. 50.1 CGA de l'assurance facultative d'indemnités journalières SALARIA), soit tenue d'octroyer l'indemnité journalière au delà du 31 octobre 2003, il faut que l'intimée ne puisse réaliser dans une activité de substitution plus que le 75 % du revenu qui aurait été le sien dans son activité de coiffeuse sans l'atteinte à sa santé (ATF 114 V 287 consid.3d; arrêt C. du 1er juillet 2003 [K 38/02]). [ ]■

Il TCA rileva inoltre che non necessita dar seguito alla richiesta dell'assicuratore di richiamare il progetto di decisione dell'UAI del 1° febbraio 2017 relativo al calcolo del grado d'invalidità e di cui la stessa convenuta afferma di essere in possesso ma che non ha voluto produrre (doc. LXXI). Infatti, in concreto si applica il diritto privato, e segnatamente la LCA e le CGA applicabili al caso di specie, oltre alla giurisprudenza sviluppata dal TF in ambito di assicurazioni complementari alla LAMal. Il calcolo dell'incapacità di guadagno va pertanto eseguito autonomamente.

In concreto dal contratto di lavoro sottoscritto dall'attrice il 2 dicembre 2013 con il ristorante \_\_\_\_\_, ossia prima del danno alla salute, emerge che dal 1° gennaio 2014 avrebbe dovuto iniziare quale chef di sala e bar per un impiego all'80% con un salario lordo mensile di fr. 4'658.40 (compresa la tredicesima; doc. LII/EE1).

Per cui, senza il danno alla salute assicurata, da valida, avrebbe conseguito un reddito annuo di fr. 55'900.80 (4'658.40 X 12).

Ne segue che tutte le lamentele dell'attrice circa l'esatto ammontare del reddito precedentemente conseguito vengono a cadere.

2.17. L'attrice sostiene di non poter svolgere lavori d'ufficio o addirittura lavorare in banca, avendo svolto da ultimo questa attività nel 2002. Inoltre censura l'applicazione delle Tabelle ISS poiché sarebbero discriminanti nei confronti delle donne e la loro applicazione violerebbe l'art. 8 della Costituzione federale e chiede l'applicazione delle tabelle relative agli uomini.

Per quanto concerne questa seconda censura, il TCA rileva che l'applicazione delle tabelle ISS relative alle donne non comporta alcuno svantaggio per l'attrice, ritenuto che i salari degli uomini figuranti nelle tabelle sono più elevati ed un loro utilizzo nel raffronto dei redditi andrebbe semmai a suo discapito.

In secondo luogo questo TCA evidenzia come, anche volendo applicare il salario statistico a lei più favorevole, l'interessata non avrebbe comunque diritto ad ulteriori prestazioni, come si vedrà di seguito.

2.18. In ossequio alla più recente giurisprudenza federale occorre, in assenza di dati salariali concreti, basarsi sui dati statistici nazionali. Dall'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari 2012 (cfr., a quest'ultimo proposito, DTF 128 V 174 = RAMI 2002 U 467 pag. 511 segg.), edita dall'Ufficio federale di statistica, più precisamente dalla tabella TA1 2012 skill level (NOGA08), si osserva che il salario lordo mediamente percepito in quell'anno dalle donne per un'attività semplice di tipo fisico o manuale (ossia il livello 1 di competenze) di 40 ore settimanali nel settore privato (circa la rilevanza delle condizioni salariali nel settore privato, cfr. RAMI 2001 U 439 pag. 347 segg. e SVR 2002 UV 15 pag. 47 segg.), corrisponde ad un importo di Fr. 49'344.- (Fr. 4'112.- x 12 mesi).

Adattando all'evoluzione dei salari nominali questo dato fino al 2014(DTF 126 V 81 consid. 7a;STF U 8/07 del 20 febbraio 2008; STCA 36.2008.148 del 12 dicembre 2008; STCA del 13 febbraio 2006, 36.2005.55), si ottiene un salario di Fr. 50'118,02 (Fr. 49'344.-: 102 x 103,6; Tabella T1.2.10 Indice dei salari nominali, Donne, 2011-2014, pubblicata dall'Ufficio federale di statistica).

Questo Tribunale, ritenuto che, in seguito agli accertamenti eseguiti, i fatti sono stati comprovati e nessun provvedimento probatorio supplementare potrebbe modificare tale apprezzamento, rinuncia all'assunzione di ulteriori prove (sentenza 9C\_394/2016 del 21 novembre 2016, consid. 6.2).

2.23. L'attrice, parzialmente vincente in causa, chiede di essere posta al beneficio dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio.

2.25. Per quanto concerne l'ammissibilità di un ricorso al TF in funzione del valore litigioso della causa, con sentenza 4A\_83/2013 del 20 giugno 2013 l'Alta Corte ha affermato che:

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

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

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