

## **TI\_GERICHTE 36.2020.50 vom 29. März 2021**

TI Tribunale d'appello, 2021-03-29, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_36.2020.50](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2020.50)

FR: TI\_GERICHTE 36.2020.50 du 29 mars 2021

IT: TI\_GERICHTE 36.2020.50 del 29 marzo 2021

### **Erwägungen**

#### **E. 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).

2.4. 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.

Inoltre, per quanto concerne la valutazione dei referti dei medici, si può ancora fare riferimento alla sentenza 4A\_571/2016 del 23 marzo 2017, consid. 4.2 e alla sentenza 4A\_42/2017 del 29 gennaio 2018, consid. 3.1 e seguenti. Cfr. anche STF 4A\_544/2019 del 26 maggio 2020.

Per una disanima delle sentenze cfr. STCA 36.2020.2 del 9 novembre 2020, consid. 2.5.3.

2.5. In caso di perizia giudiziaria, il giudice - di regola - non si scosta, senza motivi imperativi dalle conclusioni del perito medico, il cui ruolo consiste, appunto, nella messa a disposizione della giustizia della propria scienza medica per fornire un'interpretazione scientifica dei fatti considerati (DTF 135 V 465 consid. 4.4 e il riferimento).

Il referto del 22 febbraio 2021 (doc. XXIV), privo di contraddizioni, presenta tutti i requisiti posti dalla giurisprudenza affinché possa essere riconosciuto, a un apprezzamento medico, piena forza probante: lo specialista ha espresso la sua valutazione in modo chiaro e motivato, dopo aver proceduto a un esame approfondito del caso (cfr. sentenza 8C\_103/2008 del 7 gennaio 2009, consid. 10.2).

Il perito si è infatti espresso sulle patologie lamentate dall'assicurato, ha esaminato accuratamente tutta la documentazione messa a sua disposizione ed ha valutato la capacità lavorativa dell'attore sulla base delle indicazioni fornite.

Il dr. med. \_\_\_\_\_, esperto nell'ambito qui in discussione, ha minuziosamente esaminato il caso di specie, rispondendo a tutte le domande poste dal Tribunale e non contestate né completate dalle parti ed ha preso in considerazione tutta la documentazione prodotta ed acquisita dal Tribunale.

Lo specialista ha rilevato che l'attore ha subito un trauma distorsivo al ginocchio sinistro il 10 settembre 2018 con immediati dolori e in seguito instabilità del ginocchio esacerbata al carico. Una TC del 13 settembre 2018 ed una MRI del 15 ottobre 2018 hanno evidenziato una importante artrosi del compartimento mediale e usura del menisco oltre che una lesione completa del legamento crociato anteriore (LCA). Per questo motivo gli è stata proposta una ricostruzione del legamento crociato anteriore ed un'osteotomia valgizzante della tibia prossimale. Dopo valutazione del caso la \_\_\_\_\_ ha accettato di coprire i costi della ricostruzione LCA poiché da imputare al trauma distorsivo, mentre l'intervento di osteotomia non è stato rimborsato poiché il quadro di gonartrosi è considerato una conseguenza postinfortunistica.

L'8 aprile 2019 è stata eseguita la ricostruzione LCA con prelievo del gracile e semitendine.

A causa di tumefazioni e dolori del ginocchio che sono da far risalire al noto quadro di gonartrosi bilaterale, il 25 agosto 2020 l'attore ha accettato di subire un intervento di osteotomia valgizzante in Italia, non avendo copertura assicurativa in Svizzera. In seguito ha continuato ad effettuare fisioterapia e l'evoluzione clinica e radiologica è stata favorevole. Il 1° dicembre 2020 si è recato ad una visita di controllo dal dr. med. \_\_\_\_\_ che ha confermato il buon esito dell'osteotomia ed ha ipotizzato un rientro nella precedente attività al 100% dopo 6 mesi dell'ultimo intervento.

Il perito ha poi rilevato che sulla base del quadro clinico e radiologico valutato e basandosi sull'anamnesi, dal punto di vista ortopedico non vi è alcuna controindicazione al rientro completo nell'attività lavorativa svolta finora. La valutazione clinica ha infatti mostrato una buona stabilità del ginocchio operato, tale da permettere lo svolgimento di attività lavorative altamente richiedenti dal punto di vista fisico. Allo stato attuale l'attore presenta ancora deficit stenici a livello dell'arto operato che sono stati oggettivati mediante i test funzionali eseguiti. Per il perito questa è la diretta conseguenza dell'inattività dovuta ai pregressi interventi chirurgici, non a limitazioni permanenti derivanti dagli infortuni o dal quadro artrosico preesistente. Per tale ragione lo specialista ritiene possibile un rientro completo nella sua attività lavorativa entro 6-12 mesi dall'intervento. In attività leggere una possibile ripresa va considerata a partire da circa 6 settimane dopo l'intervento. Si potrebbe valutare un rientro iniziale al 50%.

Agli atti non vi sono atti medici successivi alla perizia che mettono in dubbio le conclusioni del dr. med. \_\_\_\_\_ e che sono in grado di sovvertirne le conclusioni.

Va ora esaminato quali sono le conseguenze di tale conclusione.

L'assicuratore ha infatti chiesto all'attore, in data 16 giugno 2020, di cambiare attività entro il 16 settembre 2020 (doc. A).

2.7. 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 cui, in caso d'■incapacità lavorativa durevole nell'■ambito dell'■attività abituale, 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 ritenuto ammissibile assegnare un termine di 3-5 mesi per il riadattamento professionale.

In DTF 133 III 527, il TF ha affermato:

"()

3.2.1L'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).

2.8. Va ancora rammentato che secondo la dottrina un'incapacità di lavoro di lunga durata, di regola, va ritenuta se supera i 6 mesi (cfr. in ambito di LCA: Häberli/Husmann, *Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte*, 2015, n. 519, pag. 166-167; in ambito di assicurazioni sociali: Kieser, *Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG*, 4a edizione, 2020, n. 98 e seguenti

ad art. 6, pag. 180 e seguenti).

2.9. Infine, la medesima dottrina (Häberli Christoph/Husmann David, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berne 2015, pag. 169 e seguenti) rammenta che, diversamente da quanto accade nell'assicurazione invalidità, nell'ambito delle indennità giornaliere per perdita di guadagno in caso di malattia, non si fa riferimento al teorico mercato equilibrato del lavoro. Non è sufficiente che un'attività adatta è, dal punto di vista medico, teoricamente esigibile; la persona assicurata deve avere la concreta possibilità di esercitare l'attività leggera ed adatta al suo stato di salute nel reale mercato del lavoro. Un determinato posto di lavoro non deve esistere solo teoricamente, bensì anche concretamente. Considerato che le indennità giornaliere per malattia, a differenza della rendita AI, non costituiscono una prestazione a lungo termine, può essere fatto riferimento solo al mercato del lavoro concreto (Anders als in der IV wird im Krankentaggeld-Bereich nicht auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt abgestellt, was sich schon aus dem Wortlaut von Art. 6 ATSG (Arbeitsunfähigkeit) gegenüber Art. 7 ATSG (Erwerbsunfähigkeit) ergibt. Es genügt nicht, dass eine angepasste Tätigkeit bloss medizinisch-theoretisch möglich ist; der Versicherte muss vielmehr eine reale Chance haben, die Verweisungstätigkeit bei gegebener Arbeitsmarktsituation real ausüben zu können. Eine entsprechende Stelle darf also nicht nur theoretisch und statistisch vorhanden sein, sondern muss tatsächlich existieren; die versicherte Person muss ihre Restarbeitsfähigkeit in einer solchen Stelle sofort realisieren können. Da Krankentaggelder anders als Invaliditätsrenten keine Langzeitleistungen darstellen, ist allein die Bezugnahme auf den konkreten Arbeitsmarkt sachgerecht).

Inoltre, secondo la dottrina, dal principio dell'equivalenza valido nell'ambito della LCA deriva un giudizio differente dell'esigibilità del cambio di attività rispetto all'AI. Nel primo caso viene infatti assicurato un salario determinato per il quale viene pagato un premio calcolato in funzione dell'indennità che le parti hanno concordato di versare. L'obbligo di cambiare attività, derivante dall'obbligo di ridurre il danno, comporta di regola una riduzione unilaterale della prestazione assicurativa prevista in cambio del premio pagato dalla persona assicurata. Ciò è in contraddizione con il principio dell'equivalenza (Ebenso ist zu beachten, dass für die Zumutbarkeit in der Krankentaggeldversicherung grundsätzlich ein anderer, für die Versicherer strengerer Massstab als in der Invalidenversicherung gilt. Dies ergibt sich aus dem Äquivalenz-(VVG) bzw. Gegenseitigkeitsprinzip (KVG). Die Versicherten versichern einen bestimmten Lohn bzw. danach bemessene Taggelder und bezahlen dafür die entsprechenden Prämien. Der mit der Schadenminderung geforderte Berufswechsel führt meistens zu einer einseitigen Herabsetzung der geschuldeten Versicherungsleistungen zugunsten des Taggeldversicherers, was letztlich dem Äquivalenz- bzw. Gegenseitigkeitsprinzip zuwiderläuft. Daher ist eine gewisse Zurückhaltung beider Bejahung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels angezeigt).

2.10. In concreto, l'attore ha subito un trauma distorsivo al ginocchio sinistro il 10 settembre 2018 con immediati dolori seguiti da un'instabilità del ginocchio esacerbata al carico.

Una TC del 13 settembre 2018 ed una MRI del 15 ottobre 2018 hanno evidenziato una importante artrosi del compartimento mediale e usura del menisco oltre che una lesione completa del legamento crociato anteriore (LCA). Per questo motivo gli è stata proposta una ricostruzione del legamento crociato anteriore ed un'osteotomia valgizzante della tibia

prossimale. Dopo valutazione del caso la \_\_\_\_\_ ha accettato di coprire i costi della ricostruzione LCA poiché da imputare al trauma distorsivo, mentre l'intervento di osteotomia non è stato rimborsato poiché il quadro di gonartrosi è considerato una conseguenza postinfortunistica.

L'8 aprile 2019, presso la Clinica \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, è stata eseguita la ricostruzione LCA con prelievo del gracile e semitendine.

Dal 2 ottobre 2019 l'attore è inabile al lavoro per malattia a causa della gonartrosi bilaterale.

Il 29 gennaio 2020 il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH medicina interna, visitato l'attore in data 24 gennaio 2020, ha rilevato che l'attore era in lista d'attesa, con data non precisa ma probabile in circa tre mesi per un'operazione ortopedica con osteotomia protettiva. Il medico ha attestato una completa incapacità lavorativa nella precedente attività, non più esigibile neppure dopo l'intervento ed una capacità lavorativa totale in lavori prevalentemente sedentari di controllo o d'ufficio (doc. 25). Il 15 maggio 2020 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha confermato la sua valutazione, descrivendo le limitazioni funzionali e ribadendo che l'intervento di osteotomia permette di procrastinare esclusivamente l'intervallo tra oggi e l'impianto di protesi ortopedica, ma non il ripristino dell'attività lavorativa quale rocciatore (doc. 27).

Il 16 giugno 2020, dopo aver versato indennità al 100%, la convenuta ha assegnato all'attore un termine scadente il 15 settembre 2020 per cambiare attività, indicando quali possibilità la guardia di sicurezza, il custode, lavori di controllo nel settore industriale, operaio generico con i limiti elencati (attività prevalentemente sedentaria senza deambulazione per tragitti superiori a 500 metri e non su terreni sconnessi, su scale, senza mobilizzazione in altezza specialmente su ponteggi di cantiere o zone pericolose per possibili cadute/scivolate, con possibilità di cambio di posizione al bisogno sia se seduto che in piedi, senza porto di pesi superiori a 20 kg anche se per brevi tratti).

Il 25 agosto 2020 l'attore ha subito un intervento di osteotomia valgizzante in Italia.

Il 1° dicembre 2020 l'assicurato si è recato ad una visita di controllo dal dr. med. \_\_\_\_\_ che ha confermato il buon esito dell'osteotomia ed ha ipotizzato un rientro nella precedente attività al 100% dopo 6 mesi dell'ultimo intervento.

Inoltre, l'assicuratore avrebbe comunque dovuto esaminare se nel mercato del lavoro concreto l'interessato avrebbe effettivamente potuto trovare un'attività lavorativa in un posto di lavoro ben determinato (cfr. anche sentenza 8C\_702/2018 dell'11 luglio 2019) e non limitarsi ad elencare una serie di professioni (guardia di sicurezza, custode, lavori di controllo nel settore industriale, operaio generico con i limiti elencati; attività prevalentemente sedentaria senza deambulazione per tragitti superiori a 500 metri e non su terreni sconnessi, su scale, senza mobilizzazione in altezza specialmente su ponteggi di cantiere o zone pericolose per possibili cadute/scivolate, con possibilità di cambio di posizione al bisogno sia se seduto che in piedi, senza porto di pesi superiori a 20 kg anche se per brevi tratti) senza verificare se esse effettivamente esistono sul territorio e se l'interessato avrebbe potuto accedervi immediatamente.

2.12. Non vanno prelevate spese processuali (art. 114 lett. e CPC) e non si concedono ripetibili, non essendo l'assicurato, vincente in causa, rappresentato.

2.13. 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 per la pubblicazione periodica (art. 49 cpv. 1 LSA). S'impone perciò di notificare all'autorità di sorveglianza, una volta cresciuta in giudicato, anche la presente sentenza in forma elettronica e senza il nominativo dell'attore.

### **E. 3**

.2 Solange noch die Prognose gestellt werden kann, die versicherte Person werde die Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf mit überwiegender Wahrscheinlichkeit soweit zurückgewinnen, dass weitere Leistungen entfallen, ist die dort gegebene funktionelle Einschränkung massgebend. Die Bezugsgrösse für die Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit wird aber auf alle zumutbaren, das heisst nach den gesundheitlichen und weiteren persönlichen Verhältnissen in Frage kommenden Beschäftigungen ausgeweitet, sobald feststeht, dass die Wiederaufnahme der bisher ausgeübten Tätigkeit aufgrund des - stabilisierten (RKUV 2000 Nr. U 366 S. 92, U 104/99) - Gesundheitszustandes nicht mehr in Frage kommt (oder definitiv nur noch in geringerem Umfang als in einer leidensangepassten Arbeit) und die versicherte Person eingliederungsfähig ist (BGE 129 V 460 E. 4.2 S. 462; Meyer-Blaser, a.a.O., S. 39 ff.; Andreas Brunner, Arbeitsunfähigkeit und Schadenminderungspflicht - Zumutbarkeit der Verweisungstätigkeit, in: Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zürich 2006, S. 77 ff.)." Nella citata DTF 129 V 460 l'Alta Corte ha precisato che l'assicurato non può sottrarsi all'obbligo di ridurre il danno incombentegli nei confronti dell'assicuratore malattia invocando il fatto che egli è in attesa di provvedimenti dell'assicurazione per l'invalidità. Va ancora rilevato che in una recente sentenza 8C\_702/2018 dell'11 luglio 2019 in ambito di indennità giornaliera in caso di infortunio rette dalle assicurazioni sociali, il Tribunale federale ha rammentato: " 3.1.2. L'obbligo di mettere a frutto la propria capacità lavorativa residua in un'attività adatta, principio derivante dall'obbligo di diminuire il danno, costituisce l'eccezione al principio secondo cui la valutazione della capacità lavorativa deve essere stabilita in base alle limitazioni effettive nell'ultimo lavoro esercitato (sentenze 8C\_714/2018 del 5 marzo 2019 consid. 4.4.2 e U 108/05 del 28 agosto 2006 consid. 2.2, entrambe con riferimenti). Esso presuppone da un lato una prevedibile limitazione durevole della capacità lavorativa nell'occupazione esercitata fino al momento dell'infortunio e da un altro lato uno stato di salute stabile; un quadro clinico labile di una durata limitata nel tempo non è sufficiente (sentenza U 108/05 consid. 2.3; U 301/02 del 1° ottobre 2003 consid. 1.3; entrambe con riferimenti). Dall'altra parte però ci si deve attendere ancora un percepibile miglioramento dalla continuazione della cura medica dopo l'infortunio, perché altrimenti il diritto alle indennità giornaliera decade e deve essere esaminato il diritto alla rendita alla luce dell' art. 19 cpv. 1 LAINF (MARKUS SCHMID, in: Kommentar zum Schweizerischen

Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung [UVG], 2018, nota marginale n. 9 ad art. 16 LAINF ). Un'incapacità lavorativa di durata lunga, la quale impone di considerare lo svolgimento di un'attività lavorativa adattata, non sussiste finché alla luce degli atti medici può essere stabilita una prognosi, la quale secondo il principio della probabilità preponderante permetta di concludere che l'assicurato potrà riprendere la propria capacità lavorativa nell'attività svolta in precedenza, in maniera da escludere la continuazione del diritto alle indennità giornaliere (sentenza U 108/05 consid. 4.1 con riferimenti).

### **E. 3.2**

Se risulta che l'assicurato nell'ottica dell'obbligo di ridurre il danno sia tenuto a cambiare lavoro, l'assicuratore deve invitarlo in tal senso e concedergli un adeguato periodo transitorio per adattarsi alle mutate circostanze e trovare un nuovo posto di lavoro, durante il quale le indennità giornaliere continuano a essere versate. Tale periodo transitorio viene fissato da tre a cinque mesi (sentenza 8C\_714/2018 del 5 marzo 2019 consid. 4.4.2 con rinvio a DTF 141 V 625 consid. 4.1 pag. 629 seg.; cfr. anche sentenze 8C\_838/2012 del 19 aprile 2013 consid. 3.1; 8C\_173/2008 del 20 agosto 2008 consid. 2.3; U 108/05 del 28 agosto 2006 consid. 2.3; U 301/02 del 1° ottobre 2003 consid. 1.3 con rinvio a DTF 114 V 281 consid. 5b pag. 289 seg.; MARKUS SCHMID, nota marginale 10 ad art. 16 LAINF ; JEAN-MAURICE FRÉSARD/MARGIT MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, nota marginale 213 pag. 973 con riferimenti). (...). 4.7. In definitiva, le condizioni sviluppate dalla giurisprudenza (consid. 3) per l'applicazione dell'art. 6 seconda frase LPGA non sono adempiute. La capacità lavorativa dell'assicurato doveva essere determinata secondo l'art. 6 prima frase LPGA e cioè nell'attività lavorativa nel precedente posto di lavoro. Poiché il ricorrente secondo gli atti medici era incapace al lavoro al 100% nell'attività ancestrale anche dopo il 1° giugno 2014, egli aveva ancora diritto alle indennità giornaliere. Dalla decisione su opposizione del 15 marzo 2017 risulta che il ricorrente dal 31 ottobre 2016 era di nuovo diventato capace al lavoro al 100% nella sua precedente attività. Il ricorrente infatti chiede l'erogazione delle indennità giornaliere soltanto fino a quel momento.” 2.9. Infine, la medesima dottrina (Häberli Christoph/Husmann David, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berne 2015, pag. 169 e seguenti) rammenta che, differentemente da quanto accade nell'assicurazione invalidità, nell'ambito delle indennità giornaliere per perdita di guadagno in caso di malattia, non si fa riferimento al teorico mercato equilibrato del lavoro. Non è sufficiente che un'attività adatta è, dal punto di vista medico, teoricamente esigibile; la persona assicurata deve avere la concreta possibilità di esercitare l'attività leggera ed adatta al suo stato di salute nel reale mercato del lavoro. Un determinato posto di lavoro non deve esistere solo teoricamente, bensì anche concretamente. Considerato che le indennità giornaliere per malattia, a differenza della rendita AI, non costituiscono una prestazione a lungo termine, può essere fatto riferimento solo al mercato del lavoro concreto (“ Anders als in der IV wird im Krankentaggeld-Bereich nicht auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt abgestellt, was sich schon aus dem Wortlaut von Art. 6 ATSG (Arbeitsunfähigkeit) gegenüber Art. 7 ATSG (Erwerbsunfähigkeit) ergibt. Es genügt nicht, dass eine angepasste Tätigkeit bloss medizinisch-theoretisch möglich ist; der Versicherte muss vielmehr eine reale Chance haben, die Verweisungstätigkeit bei gegebener Arbeitsmarktsituation real ausüben zu können. Eine entsprechende Stelle darf also nicht nur theoretisch und statistisch vorhanden sein, sondern muss tatsächlich existieren; die versicherte Person muss ihre Restarbeitsfähigkeit in einer solchen Stelle

sofort realisieren können. Da Krankentaggelder anders als Invaliditätsrenten keine Langzeitleistungen darstellen, ist allein die Bezugnahme auf den konkreten Arbeitsmarkt sachgerecht"). Inoltre, secondo la dottrina, dal principio dell'equivalenza valido nell'ambito della LCA deriva un giudizio differente dell'esigibilità del cambio di attività rispetto all'AI. Nel primo caso viene infatti assicurato un salario determinato per il quale viene pagato un premio calcolato in funzione dell'indennità che le parti hanno concordato di versare. L'obbligo di cambiare attività, derivante dall'obbligo di ridurre il danno, comporta di regola una riduzione unilaterale della prestazione assicurativa prevista in cambio del premio pagato dalla persona assicurata. Ciò è in contraddizione con il principio dell'equivalenza (" Ebenso ist zu beachten, dass für die Zumutbarkeit in der Krankentaggeldversicherung grundsätzlich ein anderer, für die Versicherer strengerer Masstab als in der Invalidenversicherung gilt. Dies ergibt sich aus dem Äquivalenz-(VVG) bzw. Gegenseitigkeitsprinzip (KVG). Die Versicherten versichern einen bestimmten Lohn bzw. danach bemessene Taggelder und bezahlen dafür die entsprechenden Prämien. Der mit der Schadenminderung geforderte Berufswechsel führt meistens zu einer einseitigen Herabsetzung der geschuldeten Versicherungsleistungen zugunsten des Taggeldversicherers, was letztlich dem Äquivalenz- bzw. Gegenseitigkeitsprinzip zuwiderläuft. Daher ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Bejahung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels angezeigt"). Cfr. anche sentenza 4A\_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.4, non pubblicato in DTF 138 III 799, in ambito di assicurazione malattia per la perdita di guadagno retta dalla LCA. 2.10. In concreto, l'attore ha subito un trauma distorsivo al ginocchio sinistro il 10 settembre 2018 con immediati dolori seguiti da un'instabilità del ginocchio esacerbata al carico. Una TC del 13 settembre 2018 ed una MRI del 15 ottobre 2018 hanno evidenziato una importante artrosi del compartimento mediale e usura del menisco oltre che una lesione completa del legamento crociato anteriore (LCA). Per questo motivo gli è stata proposta una ricostruzione del legamento crociato anteriore ed un'osteotomia valgizzante della tibia prossimale. Dopo valutazione del caso la \_\_\_\_\_ ha accettato di coprire i costi della ricostruzione LCA poiché da imputare al trauma distorsivo, mentre l'intervento di osteotomia non è stato rimborsato poiché il quadro di gonartrosi è considerato una conseguenza postinfortunistica. L'8 aprile 2019, presso la Clinica \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, è stata eseguita la ricostruzione LCA con prelievo del gracile e semitendine. Dal 2 ottobre 2019 l'attore è inabile al lavoro per malattia a causa della gonartrosi bilaterale. Il 29 gennaio 2020 il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH medicina interna, visitato l'attore in data 24 gennaio 2020, ha rilevato che l'attore era in lista d'attesa, con data non precisa " ma probabile in circa tre mesi " per un'operazione ortopedica con osteotomia protettiva. Il medico ha attestato una completa incapacità lavorativa nella precedente attività, non più esigibile neppure dopo l'intervento ed una capacità lavorativa totale in lavori prevalentemente sedentari di controllo o d'ufficio (doc. 25). Il 15 maggio 2020 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha confermato la sua valutazione, descrivendo le limitazioni funzionali e ribadendo che l'intervento di osteotomia permette di procrastinare esclusivamente l'intervallo " tra oggi e l'impianto di protesi ortopedica ", ma non il ripristino dell'attività lavorativa quale rocciatore (doc. 27). Il 16 giugno 2020, dopo aver versato indennità al 100%, la convenuta ha assegnato all'attore un termine scadente il 15 settembre 2020 per cambiare attività, indicando quali possibilità la guardia di sicurezza, il custode, lavori di controllo nel settore industriale, operaio generico con i limiti elencati (attività prevalentemente sedentaria senza deambulazione per tragitti superiori a 500 metri e non su terreni sconnessi, su scale, senza mobilitazione in altezza specialmente su ponteggi

di cantiere o zone pericolose per possibili cadute/scivolate, con possibilità di cambio di posizione al bisogno sia se seduto che in piedi, senza porto di pesi superiori a 20 kg anche se per brevi tratti). Il 25 agosto 2020 l'attore ha subito un intervento di osteotomia valgizzante in Italia. Il 1° dicembre 2020 l'assicurato si è recato ad una visita di controllo dal dr. med. \_\_\_\_\_ che ha confermato il buon esito dell'osteotomia ed ha ipotizzato un rientro nella precedente attività al 100% dopo 6 mesi dell'ultimo intervento. Il perito, dr. med. \_\_\_\_\_, il 22 febbraio 2021, ha poi stabilito che sulla base del quadro clinico e radiologico valutato e basandosi sull'anamnesi, dal punto di vista ortopedico non vi è alcuna controindicazione al rientro completo nell'attività lavorativa svolta finora. La valutazione clinica ha infatti mostrato una buona stabilità del ginocchio operato, tale da permettere lo svolgimento di attività lavorative altamente richiedenti dal punto di vista fisico (doc. XXIV). Circa le tempistiche, ha ritenuto un periodo tra i 6 e i 12 mesi dall'intervento del 25 agosto 2020 nella precedente attività e in circa 6 settimane in attività leggere, ritenuta "una nuova valutazione clinica di decorso a 3 mesi per documentare i miglioramenti raggiunti prima della ripresa dell'attività lavorativa, in tale occasione sarebbe opportuno valutare la possibilità di un rientro progressivo all'attività lavorativa (ad esempio inizialmente al 50%) per un periodo limitato di un mese per poi riprendere successivamente l'attività al 100%" (doc. XXIV). 2.11. Alla luce di quanto sopra esposto, questo Tribunale evidenzia preliminarmente come all'interessato non possa essere rimproverata una lentezza nel sottoporsi all'intervento di osteotomia che gli ha permesso il ripristino della totale capacità lavorativa nell'attività di rocciatore e che il dr. med. \_\_\_\_\_, medico incaricato dall'assicuratore, riteneva invece non utile per riprendere a propria professione di rocciatore. Egli infatti pochi mesi dopo l'inizio del versamento dell'indennità giornaliera per causa di malattia (2 ottobre 2019) si è messo in lista di attesa in Italia, dove è assicurato contro le malattie, per subire la prospettata operazione (cfr. presa di posizione del 29 gennaio 2020 del dr. med. \_\_\_\_\_, doc. 25: "in lista d'attesa con data non definita ma probabile in circa 3 mesi"), che tuttavia non ha potuto tenersi entro i tre mesi previsti (cfr. doc. 25), verosimilmente a causa dell'interruzione dell'attività elettiva presso gli ospedali italiani in seguito al lockdown causato dal COVID-19. Lo stato di salute dell'attore non poteva inoltre essere ritenuto stabile, giacché, come confermato dal perito giudiziario, dr. med. \_\_\_\_\_, l'intervento di osteotomia gli permette di riacquisire la piena capacità lavorativa tra i 6 e i 12 mesi dopo l'operazione (doc. XXIV; cfr. anche sentenza 8C\_702/2018 dell'11 luglio 2019). Come visto, secondo la citata dottrina (Häberli Christoph/Husmann David, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berna 2015, p. 167) e secondo la giurisprudenza sviluppata nell'ambito di assicurazioni sociali, "un'incapacità lavorativa di durata lunga, la quale impone di considerare lo svolgimento di un'attività lavorativa adattata, non sussiste finché alla luce degli atti medici può essere stabilita una prognosi, la quale secondo il principio della probabilità preponderante permetta di concludere che l'assicurato potrà riprendere la propria capacità lavorativa nell'attività svolta in precedenza, in maniera da escludere la continuazione del diritto alle indennità giornaliere" (sentenza 8C\_702/2018 dell'11 luglio 2019 e sentenza K 224/05 del 29 marzo 2007, consid 3.4: "Solange noch die Prognose gestellt werden kann, die versicherte Person werde die Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf mit überwiegender Wahrscheinlichkeit soweit zurückgewinnen, dass weitere Leistungen entfallen, ist die dort gegebene funktionelle Einschränkung massgebend"). Nel caso di specie pertanto l'assicurato ha diritto a prestazioni secondo l'incapacità lavorativa nella sua precedente attività, ossia al 100%, se il ripristino della capacità lavorativa quale rocciatore

permette di escludere la continuazione del diritto alle indennità giornaliere. In concreto, il 16 giugno 2020 l'assicuratore ha comunicato (a torto) all'attore che non avrebbe più potuto svolgere la propria attività e gli ha inoltre assegnato un termine, inferiore ai 3 mesi (considerato il giorno dell'invio della comunicazione ed il termine del versamento delle prestazioni [15 settembre 2020; doc. XII, verbale di udienza]), per trovare un'occupazione confacente al suo stato di salute, ritenuto che il discapito economico, pari al 22%, non gli permetteva più di percepire ulteriori indennità. Ci si potrebbe pertanto chiedere se la succitata giurisprudenza ( sentenza 8C\_702/2018 dell'11 luglio 2019 e sentenza K 224/05 del 29 marzo 2007) trova applicazione ritenuto che con il cambio di attività l'assicuratore non deve più versare prestazioni. Nel caso di specie va tuttavia considerato che in seguito all'intervento del 25 agosto 2020 anche in attività leggere, per un periodo di circa 6 settimane (doc. XXIV), ossia fino a circa metà ottobre 2020, l'attore sarebbe stato inabile al lavoro e che di conseguenza il termine per trovare una nuova occupazione confacente al suo stato di salute sarebbe slittata ed avrebbe dovuto ricominciare a decorrere perlomeno dal 15 ottobre 2020 al 15 gennaio 2021. Inoltre, l'assicuratore avrebbe comunque dovuto esaminare se nel mercato del lavoro concreto l'interessato avrebbe effettivamente potuto trovare un'attività lavorativa in un posto di lavoro ben determinato (cfr. anche sentenza 8C\_702/2018 dell'11 luglio 2019) e non limitarsi ad elencare una serie di professioni ( guardia di sicurezza, custode, lavori di controllo nel settore industriale, operaio generico con i limiti elencati; attività prevalentemente sedentaria senza deambulazione per tragitti superiori a 500 metri e non su terreni sconnessi, su scale, senza mobilitazione in altezza specialmente su ponteggi di cantiere o zone pericolose per possibili cadute/scivolate, con possibilità di cambio di posizione al bisogno sia se seduto che in piedi, senza porto di pesi superiori a 20 kg anche se per brevi tratti) senza verificare se esse effettivamente esistono sul territorio e se l'interessato avrebbe potuto accedervi immediatamente. Ora, tale prova, che incombe all'assicuratore (cfr. art. 8 CC; sentenza 4A\_574/2014 del 15 gennaio 2015, consid. 4.1: “ Conformément à l'art. 8 CC, il incombe à l'assureur qui n'entend pas indemniser la totalité du dommage subi par l'assuré de prouver que celui-ci a violé son devoir de réduire le dommage. A cet égard, il lui appartient de démontrer que les mesures tendant à diminuer le dommage qui n'ont pas été prises par l'assuré pouvaient raisonnablement être exigées de celui-ci ( Hönger/Süsskind, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n° 30 ad art. 61 LCA; Hans Peter Walter, Berner Kommentar, 2012, n° 281 ad art. 8 CC et note de bas de page n° 790; Franz Werro, Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n° 2 ad art. 44 CO; Fellmann/Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I, 2012, n. 2534 p. 904; cf. arrêt 4A\_304/2012 du 14 novembre 2012 consid. 2.3). L'assureur doit alléguer les faits propres à démontrer cette violation du devoir de réduire le dommage” ), non è stata apportata. Non va del resto dimenticato che alla luce dello stato attuale del mercato del lavoro, a causa della crisi legata al COVID 19, per l'attore è più ragionevole riprendere in tempi brevi la propria precedente attività, per la quale è già in contatto con un nuovo datore di lavoro (cfr. doc. III: “ in aggiunta a ciò, posso comunicare di essere già stato contattato da un altro datore di lavoro, attiva a \_\_\_\_\_, interessato alla mia figura professionale. Ho già preso accordi di ricontattarlo non appena la mia situazione fisica sarà ritornata alla normalità ”; cfr. anche le arringhe finali, doc. XXVI, consid. 1.11.) e dove ha già esperienza ed è formato, che non trovare un lavoro in una professione sconosciuta nella quale sarebbe comunque tenuto a riformarsi in tempi brevi (cfr. sentenza 4A\_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.4: “ [...] La réduction de l'indemnité est en outre exclue s'il n'est en réalité pas possible de

réduire le dommage par un changement d'activité professionnelle, une personne raisonnable - non couverte par une assurance - placée dans la même situation n'envisageant à l'évidence pas de changer d'activité dans ces conditions (sur le critère cf. arrêt 5C.74/2002 déjà cité consid. 3c; HÖNGER/SÜSSKIND, op. cit., no 15 ad art. 61 LCA; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd. 1995, p. 344 et les références) [...]”).

Alla luce di tutto quanto sopra esposto l'assicuratore non poteva imporre all'assicurato di cambiare professione. Nella perizia datata 22 febbraio 2021 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha concluso consigliando “ una nuova valutazione clinica di decorso a 3 mesi per documentare i miglioramenti raggiunti prima della ripresa dell'attività lavorativa, in tale occasione sarebbe opportuno valutare la possibilità di un rientro progressivo all'attività lavorativa (ad esempio inizialmente al 50%) per un periodo limitato di un mese per poi riprendere successivamente l'attività al 100% ” (doc. XXIV). In queste condizioni la convenuta va condannata a versare indennità giornaliera al 100% al massimo fino al 22 maggio 2021 (tre mesi dopo la perizia) ed al 50% al massimo dal 23 maggio 2021 al 23 giugno 2021, ritenuto che se l'assicurato dovesse iniziare precedentemente la sua nuova attività (cfr. doc. XXVI), le prestazioni andranno proporzionalmente ridotte, rispettivamente non andranno più versate.

2.12. Non vanno prelevate spese processuali (art. 114 lett. e CPC) e non si concedono ripetibili, non essendo l'assicurato, vincente in causa, rappresentato.

2.13. 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 per la pubblicazione periodica (art. 49 cpv. 1 LSA). S'impone perciò di notificare all'autorità di sorveglianza, una volta cresciuta in giudicato, anche la presente sentenza in forma elettronica e senza il nominativo dell'attore.

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