

TI_GERICHTE 36.2020.51 vom 19. Oktober 2020

TI Tribunale d'appello, 2020-10-19, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2020.51

FR: TI_GERICHTE 36.2020.51 du 19 octobre 2020

IT: TI_GERICHTE 36.2020.51 del 19 ottobre 2020

Erwägungen

E. 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 ha 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).

2.4.2. 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. ■).

2.4.3. 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.

Quest'ultimo caso tratta una fattispecie che trae origine da una sentenza del 15 dicembre 2016 della Corte di Giustizia ginevrina che aveva condannato un assicuratore al versamento dell'importo di fr. 84'747.60 oltre interessi all'attore ritenendo, in sostanza, che l'incapacità lavorativa dell'assicurato era stata correttamente attestata dal medico curante, mentre non poteva essere attribuita alcuna forza probante agli avvisi emessi dal medico di fiducia dell'assicuratore poiché rivestivano un carattere estremamente sommario e il medico non aveva visitato l'assicurato. L'incapacità al lavoro era inoltre corroborata dal fatto che l'interessato aveva inoltrato una richiesta di rilevamento tempestivo presso l'AI.

Il Tribunale federale ha respinto il ricorso inoltrato dall'assicuratore.

Quest'ultimo rimproverava innanzitutto la circostanza che il Tribunale cantonale aveva scartato le conclusioni del medico fiduciario e si era fondato unicamente sulle considerazioni del medico curante. Secondo l'assicuratore se il Tribunale non avesse ritenuto sufficienti i documenti prodotti dalla convenuta avrebbe dovuto sentire il medico

fiduciario ed allestire una perizia medica.

L'Alta Corte (consid. 3.2) ha rammentato che il diritto alla prova è parte del diritto di essere sentito garantito dalla Costituzione federale (art. 29 cpv. 2); il diritto alla prova deriva parimenti dall'art. 8 CC e dall'art. 152 CPC. Ciò implica che ogni parte ha diritto, per stabilire un fatto pertinente contestato, di chiedere l'assunzione dei mezzi di prova adeguati, ritenuto che la domanda deve essere proposta regolarmente e nei tempi e modi adeguati secondo la legge di procedura applicabile.

Gli art. 8 CC e 152 CC non regolano l'apprezzamento delle prove e non dicono quali prove devono essere ordinate, né dettano al giudice civile come deve forgiare la sua opinione. Inoltre, il diritto alla prova non impedisce al giudice di mettere un termine all'istruttoria quando le prove acquisite gli permettono di prendere una decisione e che in applicazione dell'apprezzamento anticipato delle prove che sono state richieste, ha la certezza che queste ultime non lo porterebbero a cambiare la sua opinione.

Il Tribunale federale al consid. 3.3 ha poi evidenziato che, secondo il Tribunale cantonale, l'incapacità lavorativa era stata attestata sia dal medico curante sia dal suo psichiatra curante. Non ha attribuito alcuna forza probatoria alle prese di posizione del medico di fiducia perché sommarie e non motivate. Il medico fiduciario si era inoltre determinato sulla sola base degli atti. La Corte cantonale ha rinunciato a sentire il medico poiché non aveva mai visto l'assicurato e dunque una sua audizione sarebbe stata inutile. Quanto alla perizia giudiziaria, essa avrebbe unicamente permesso di constatare lo stato di salute in quel momento senza potersi determinare sul passato. Il perito, inoltre, avrebbe dovuto fondarsi sulle informazioni fornite dai curanti.

Al consid. 3.3.1 l'Alta Corte ha rilevato che il Tribunale cantonale non ha ignorato che l'art. 247 cpv. 2 lett. a CPC gli impone di stabilire i fatti d'ufficio. Esso ha citato al consid. 6 della sentenza impugnata. Il Tribunale federale rammenta tuttavia che la massima inquisitoria sociale non permette di estendere l'assunzione delle prove a piacimento e di raccogliere tutte le prove possibili. Non impedisce al giudice di rinunciare ad un mezzo di prova in applicazione del principio dell'apprezzamento anticipato delle prove.

Il TF, al consid. 3.3.2, ha ribadito che una perizia privata non è un mezzo di prova ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 CPC e deve essere assimilata ad una semplice allegazione della parte che l'ha prodotta. In applicazione dell'art. 150 cpv. 1 CPC devono essere comprovate solo le allegazioni che sono espressamente contestate. Tale contestazione deve essere sufficientemente precisa per raggiungere il suo scopo, ossia permettere alla controparte di comprendere quali allegazioni deve comprovare. Il grado di precisione di un'allegazione incide sul grado di motivazione che deve rivestire la sua contestazione. Più le affermazioni di una parte sono dettagliate, più elevate sono le esigenze quanto alla precisione della loro contestazione. Una reiezione in blocco delle argomentazioni non è sufficiente. Il fardello della contestazione non comporta tuttavia un'inversione dell'onere della prova.

Il Tribunale federale al consid. 3.3.2 ha poi esaminato il merito della vertenza, rilevando che l'assicurato ha fondato le sue pretese sui numerosi documenti del proprio medico curante. Se la maggior parte di essi si limitano a menzionare la percentuale e la durata dell'incapacità lavorativa, ve ne sono due che sono maggiormente dettagliati, ossia le corrispondenze del 17 maggio 2015 e del 18 marzo 2016. Nel primo il curante risponde alle domande del medico di fiducia dell'assicuratore, descrive la malattia di cui è affetto l'assicurato, le cause, il trattamento medicamentoso somministrato, la psicoterapia seguita

con il proprio collega, l'evoluzione della patologia e la prognosi, riservata perché doveva essere discussa con lo psichiatra.

Da parte sua l'assicuratore contesta in blocco queste allegazioni riferendosi al proprio medico fiduciario. Le sue affermazioni sono tuttavia prive di qualsiasi motivazione. Esse sono state rilasciate dapprima in un formulario non firmato del 1° giugno 2015 dove il medico fiduciario ha affermato, senza alcuna spiegazione e sulla sola base degli atti, che l'assicurato avrebbe potuto riprendere l'attività lavorativa al 50% dal 1° luglio 2015 e poi al 100% dal 1° settembre 2015; in seguito lo stesso medico fiduciario, in un altro documento, datato 2 novembre 2015, si è limitato ad affermare «Ok de non-entrée en matière et lettre A. SA» ed infine ha emesso un avviso il 30 novembre 2015 dove ha in sostanza affermato che malgrado la lettera del 2 novembre 2015 dell'assicurato e del 12 ottobre 2015 del medico curante non vi è alcuna limitazione funzionale suscettibile di modificare la decisione di non entrata nel merito dal 1° settembre 2015.

In queste condizioni, rileva il Tribunale federale, non può essere esatto dall'assicurato di dimostrare la sua incapacità lavorativa tramite una perizia medica, poiché non poteva sapere, in assenza di qualsiasi contestazione concreta, quali fatti doveva provare.

Il TF rileva tuttavia che la perizia è stata richiesta dall'assicuratore per completare i suoi mezzi di prova ed ha esaminato se la richiesta è stata rifiutata con un apprezzamento anticipato arbitrario delle prove. Secondo l'Alta Corte non vi era alcunché di insostenibile nel ritenere che la perizia non avrebbe permesso di stabilire lo stato di salute passato dell'assicurato, poiché il perito avrebbe dovuto fondarsi sulle informazioni dei medici curanti.

Neppure la mancata audizione del medico fiduciario è arbitraria.

Infatti la sua opinione non si fondava su una visita dell'assicurato ma solo sugli atti e dunque sui rapporti dei medici curanti.

Il Tribunale federale ha poi apprezzato il valore delle allegazioni del medico curante dell'assicurato sulla base degli altri elementi agli atti. In effetti in alcune circostanze le allegazioni precise risultanti da un rapporto medico possono portare la prova della loro veridicità se sono fondate su indizi oggettivi. Ciò è il caso quando, come nel caso giudicato, una contestazione concreta delle allegazioni manca (cfr. anche sentenza 4A_318/2016 del 3 agosto 2016, consid. 3.2). Ora, le indicazioni del medico curante trovano conferma nel rapporto stabilito dallo psichiatra il 5 aprile 2016, il quale ha attestato di aver seguito l'assicurato in psicoterapia dal 26 gennaio 2016 con frequenza settimanale, in ragione di una sintomatologia depressiva sopraggiunta, secondo l'anamnesi del paziente, in seguito ad un burn-out subito nel dicembre 2014 nell'ambito del suo lavoro. L'ulteriore rapporto del medesimo psichiatra del 4 novembre 2016 conferma quanto stabilito, enumerando i sintomi costatati. Considerato poi che l'assicurato ha inoltrato una domanda di rilevamento tempestivo presso l'assicurazione invalidità, la Corte cantonale poteva concludere, senza cadere nell'arbitrio, alla correttezza dell'incapacità al lavoro allegata.

Cfr. anche STF 4A_544/2019 del

E. 26

maggio 2020.

Per un caso in cui il Tribunale federale ha ancora citato la giurisprudenza valida nell'ambito delle assicurazioni sociali cfr. la sentenza 4A_424/2019 del 31 ottobre 2019, in particolare consid. 3.1.

2.5.

2.5.1. In una sentenza 4A_563/2019 del 14 luglio 2020 destinata a pubblicazione il Tribunale federale, in un caso di indennità giornaliera a causa di malattia, al consid. 4.2 ha rammentato che nei litigi concernenti le assicurazioni complementari alla LAMal, il Tribunale accerta i fatti d'ufficio (art. 247 cpv. 2 lett. a CPC in combinazione con l'art. 243 cpv. 2 lett. f CPC). Queste vertenze sono rette dalla massima inquisitoria sociale.

Essa si applica tuttavia con riserbo laddove le parti, come in concreto, sono rappresentate da un avvocato (DTF 141 III 569, consid. 2.3.1: [] Il s'agit là de la maxime inquisitoire simple, et non de la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 al. 3 CPC (von Amtes wegen erforschen); la doctrine et la jurisprudence la qualifient aussi de maxime inquisitoire sociale. Elle a pour but de protéger la partie faible au contrat, de garantir l'égalité entre les parties au procès et d'accélérer la procédure (ATF 125 III 231 consid. 4a p. 238). Selon la volonté du législateur, le tribunal n'est soumis qu'à une obligation d'interpellation accrue. Comme sous l'empire de la maxime des débats, applicable en procédure ordinaire, les parties doivent recueillir elles-mêmes les éléments du procès. Le tribunal ne leur vient en aide que par des questions adéquates afin que les allégations nécessaires et les moyens de preuve correspondants soient précisément énumérés. Mais il ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative. Lorsque les parties sont représentées par un avocat, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire (Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [ci-après: Message CPC], FF 2006 6841, 6956 ch. 5.16 ad art. 242 et 243 avec référence à l'arrêt 4C.211/2004 du 7 septembre 2004 consid. 2.1; cf. également sous l'empire de l'art. 274d al. 3 CO, l'arrêt 4A_397/2011 du 11 février 2014 consid. 4.4) []; cfr. anche sentenza 4A_354/2014 del 14 gennaio 2015, consid. 3).

L'alta Corte nella citata sentenza 4A_563/2019 del 14 luglio 2020, al consid. 4.2, ha rammentato che le parti sono tenute a sottoporre al Tribunale i fatti sui quali porterà il giudizio.

Il giudice, in particolare quando è confrontato a parti rappresentate da avvocati, non deve investigare nella documentazione per tentare di trovare un argomento favorevole alla parte che l'ha prodotta.

In presenza di persone assistite da un professionista il giudice deve semmai far prova di riserbo, alla stessa stregua di quanto accade nella procedura ordinaria (sentenza 4A_477/2018 del 16 luglio 2019 consid. 3.4.1.1; DTF 141 III 569 consid. 2.3.1). La portata della massima inquisitoria sociale va considerata in combinazione con il principio di cui all'art. 58 cpv. a CPC. Il giudice interviene solo in caso di richiesta delle parti, alle quali incombe di definire i limiti del processo e di determinare in quale misura vogliono far valere i mezzi e le pretese che appartengono loro (sentenza 4A_36/2017 del 2 marzo 2017, consid. 7; DTF 141 III 596 consid. 1.4.5).

2.5.2. In concreto entrambe le parti sono rappresentate da un avvocato (la convenuta dal servizio giuridico interno dell'assicuratore).

In sede di udienza l'attrice, dopo che con la petizione aveva chiesto l'allestimento di una perizia giudiziaria, ha affermato che a parte quanto già prodotto agli atti, non ha altre prove da chiedere. La convenuta ha affermato che non postula l'acquisizione di alcuna prova oltre ai documenti già agli atti (doc. XIII).

Esse hanno inoltre rinunciato all'udienza finale (doc. XIII) e, successivamente, alla presentazione delle conclusioni (doc. XIV e XVI).

Il TCA non deve pertanto effettuare accertamenti di propria iniziativa (cfr. DTF141 III 569, consid. 2.3.1: [] Mais il ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative []) ed deve decidere sulla sola base degli atti prodotti dalle parti.

2.6. Nel caso di specie non è contestato che l'attrice è stata totalmente incapace al lavoro nella sua attività sino al 7 ottobre 2019 e che l'assicuratore ha versato le prestazioni pattuite fino al 31 gennaio 2020.

Oggetto del litigio è la questione di sapere se l'interessata ha un'incapacità al lavoro, rispettivamente al guadagno, di almeno il 50% (cfr. art. _____ CGA) dal 1° febbraio 2020.

L'assicurato che chiede il versamento dell'indennità giornaliera deve comprovare il persistere della sua incapacità lavorativa secondo il principio della verosimiglianza preponderante (DTF 141 III 241 consid. 3.1; sentenza 4A_578/2018 del 25 novembre 2019, consid. 3).

La posizione della persona assicurata è favorita dal fatto che non viene contestata l'incapacità al lavoro fino ad una determinata data. Non spetta tuttavia all'assicuratore comprovare il ripristino totale o parziale della capacità lavorativa. Nell'ambito del suo diritto alla controprova, l'assicuratore deve tutt'al più apportare degli elementi propri ad insinuare dei dubbi e a far vacillare la verosimiglianza preponderante che l'assicurato si sforza di stabilire; questo genere di dubbi può sgorgare già dalle allegazioni delle parti, rispettivamente da perizie private (sentenza 4A_578/2018 del 25 novembre 2019, consid. 3 con riferimenti alla DTF 130 III 321 consid. 3.4 e alla sentenza 4A_85/2017 del 4 settembre 2017, consid. 2.3).

2.7. In concreto, l'attrice ha prodotto numerosi certificati medici della curante, dr.ssa med. _____, medicina interna FMH, omeopatia classica SSMO, che attestano, regolarmente, dal 4 gennaio 2019, in maniera generica, l'incapacità lavorativa totale dell'assicurata a causa di malattia (doc. da C1 a C8), l'inabilità al 70% dal 1° giugno 2019 (doc. da C9 a C10), al 60% dal 16 luglio 2019 (doc. C11), al 100% dal 31 luglio 2019 (doc. C12), al 60% dal 12 agosto 2019 (doc. C13) e nuovamente al 100% dal 21 agosto 2019 al 31 marzo 2020 (doc. da C14 a C21). Dal 1° aprile 2020 al 31 luglio 2020 i certificati di incapacità lavorativa al 100% sono stati emessi dalla _____ di _____ (doc. da C22 a C24).

Il 19 febbraio 2019 il dr. med. _____, specialista FMH medicina interna, medico perito assicurativo certificato SIM, su incarico della convenuta ha visitato l'attrice, ha posto la diagnosi di sindrome lombo-spondilogeno con faccettopatie lombari basse in paziente con decondizionamento muscolare ed ha confermato l'incapacità lavorativa totale. Il medico ha precisato che è da prevedere un arresto lavorativo nell'ordine di 2-3 mesi al termine dei quali si giustifica una progressiva ripresa lavorativa nella sua attività (doc. 5).

Dopo un'ulteriore visita del 24 aprile 2019 il dr. med. _____ ha concluso affermando che alla luce dell'attuale stato funzionale e del decorso ritengo adeguato e realistico giustificare un periodo ancora di un mese di arresto lavorativo completo mentre dal 01.06.2019 un tentativo di ripresa parziale progressiva di circa 2 ore al giorno fino ad un 50% del usuale pensum entro il 01.09.2019 () Evidentemente a partire dal 01.06.2019 in attività ritenute adeguate ergonomicamente si è in presenza della massima esigibilità lavorativa. Si deve trattare di attività dove si possa cambiare posizione al bisogno, dove non si debba portare/sollevar/spostare pesi > 10kg e non si debba in posizione seduta regolarmente ruotare/anteflettere il rachide (doc. 6).

Il 9 marzo 2019 la curante, dr.ssa med. _____, medicina interna FMH, ha attestato una incapacità lavorativa completa dal 4 gennaio 2019 a causa di una lombalgia persistente (doc. 4).

Il 6 settembre 2019, dopo la visita del 4 settembre 2019, il medico incaricato dalla convenuta, dr. med. _____, rammentato che dal 1° giugno 2019 l'attrice aveva ripreso al 30% e che da circa 2 settimane è nuovamente completamente inabile al lavoro, ha evidenziato come il decorso ad oggi appare altalenante e non favorevole riguardo ad un ulteriore incremento lavorativo nell'attività svolta di tipo inergonomico sempre in piedi e con necessità anche di significativi carichi al bisogno. A seguito della recrudescenza algica la paziente nelle ultime 2 settimane ha dovuto sospendere il rientro lavorativo al 30% avvenuto in estate () Ho consigliato una rivalutazione obbiettiva tramite MRI a circa 9 mesi dalla prima per rivalutare la discopatia in L3-L4 considerando l'osteofitosi presente pur in assenza di instabilità radiologica. Mi domando a questo punto se anche un nuovo approccio/tentativo presso il centro del dolore all'ospedale _____ sia anche indicato. La paziente è conscia della precaria problematica lavorativa ma ciononostante non appare per il momento poter implementare la ripresa anche se minima considerandosi non idonea alle mansioni svolte. Personalmente da ultimo non posso che riconvalidare quanto già detto nella mia antecedente valutazione dell'aprile 2019 per quanto riguarda l'esigibilità in attività lavorativa adeguata che a mio avviso è da ritenersi massimale (doc. 7).

Il 12 settembre 2019 il dr. med. _____, FMH reumatologia, ha redatto un referto facente seguito alle visite del 29 agosto 2019 e del 5 settembre 2019, dove ha descritto gli esami effettuati, senza esprimersi circa la capacità lavorativa dell'attrice (doc. H).

In data 2 ottobre 2019 l'assicuratore ha informato l'interessata di ritenerla abile in misura completa in attività confacente dal 7 ottobre 2019 e che per poter permettere a lei ed al suo datore di lavoro di trovare una soluzione adeguata, le indennità giornaliere sarebbero state corrisposte fino al 30 novembre 2019 (doc. 10).

Il 17 ottobre 2019 il dr. med. _____, dopo aver nuovamente visitato l'interessata il 10 ottobre 2019 ed il 17 ottobre 2019, descritti i referti, rilevata la possibile presenza di una sindrome fibromialgica, ha affermato che per il medico reumatologo esprimersi circa la capacità lavorativa residua in tale tipo di paziente diventa difficile se il paziente non viene sottoposto a prove di carico per cui di solito ci si basa sulla soggettività del paziente e questo non mi pare corretto in quanto in base a questo la capacità lavorativa segnalata è pari a 0: posso però esprimermi per quanto riguarda lo stato della colonna per cui la paziente in una attività con mansioni adattate potrebbe lavorare anche in misura completa escludendo dalle mansioni posture erette prolungate e cioè con pause ogni ora e soprattutto i carichi che vadano oltre i venti chili e per tempi ridotti che non vadano oltre la quindicina di secondi. È

comunque evidente anche una componente somatica ma il problema vertebrale va considerato visto anche che esistono le sindromi fibromialgiche secondarie e di solito dipendono appunto a trattamenti non sufficienti per questo tipo di patologie della colonna in pazienti ancora giovani, patologie che condizionano la postura, la deambulazione e il porto di pesi. Pertanto, a mio avviso, per una valutazione corretta di cui la paziente ha diritto, escludendo da questo discorso le terapie che ancora oggi sono controverse per la sindrome miofasciale ma che possono essere adottate in problematiche di questo tipo della colonna e che ho appena iniziato, dovrebbe essere valutata con specifici tests di carico come sopra segnalato, anche se in ogni caso per lo status della colonna la paziente non è in grado di proseguire con la propria attività se non adattata, ma nel contempo deve anche essere trattata dal punto di vista medico (allegato doc. H).

Il 10 dicembre 2019, in seguito alla visita del giorno precedente, la dr.ssa med. _____, medico assistente e il PD Dr. med. _____, Oberarzt, attivi presso la _____ di _____, posta la diagnosi di Myofaszial bedingte Lumbalgien, hanno concluso: Frau AT 1 präsentiert sich mit am ehesten myofaszial bedingten Lumbalgien bei unauffälliger radiologischen Darstellung der I WS, sowohl im Röntgen als auch in der MRI-Untersuchung Klinisch präsentiert sich die Patientin unauffällig. In Anbetracht der klinischen Konsultation werden wir die Patientin den Kollegen der manuellen Medizin für die weitere Betreuung und Therapieempfehlung zuweisen (doc. I).

Il 15 gennaio 2020 il dr. med. _____, medico assistente medicina manuale presso la _____, ha posto le diagnosi di Lumbales Schmerzsyndrom links () DD am ehesten muskulär, ausgehend von M. erector spinae und M. quadratus lumborum links, möglicherweise zusätzliche Schmerzkomponente ausgehend von Facettengelenk L5/S1 links () anamnestisch: Lumbale Rückenschmerzen links seit anderthalb Jahren, Zunahme jeweils vor allem durch längeres Sitzen und längeres Stehen () klinisch: Reproduzierbarkeit der Schmerzen mittels Palpation der M. erector spinae und des M. quadratus lumborum und des M. gluteus medius/minimus links () MRI 14.11.2019: kein morphologisches Korrelat bzw. Strukturelle Pathologie für die Schmerzen darstellbar (allegato doc. I). Lo specialista non si è espresso circa la capacità lavorativa dell'interessata.

Il 27 gennaio 2020 il medesimo sanitario ha rilevato che es hat sich in der Tendenz eine Besserung gezeigt, ma non ha detto nulla circa l'abilità lavorativa dell'attrice (allegato doc. I).

Il 22 febbraio 2020 il dr. med. _____, preso atto delle due valutazioni della _____ di _____ del reparto di neurochirurgia del 9 dicembre 2019 e del reparto di terapia manuale del 14 gennaio 2020 ha rilevato l'assenza di problemi morfologici compressivi o instabilità lombare, l'assenza di segni clinici irritativi radiculopatici, ma nonostante una problematica miofasciale lombare per la quale si propone terapia conservativa con infiltrazioni e dry needling ed eventualmente infiltrazioni faccettarie. L'esame clinico funzionale eseguito è praticamente analogo senza obbiettivare nuove patologie rispetto a quanto già noto. Per il medico incaricato dall'assicuratore non vi è obbiettività di nuove patologie che permettono di modificare le esigibilità già espresse il 4 settembre 2019 (allegato doc. F).

Il 6 marzo 2020 l'assicuratore, rammentato il tenore dell'art. 61 LCA e dell'art. _____ CGA ha confermato la presa di posizione del 2 ottobre 2019, e ha informato l'attrice che dal 1° dicembre 2019 è ritenuta abile al lavoro in misura completa in attività

adeguata. La convenuta ha comunicato all'interessata che le indennità versate nel dicembre 2019 e nel gennaio 2020 non erano dovute ma che avrebbe rinunciato alla richiesta di restituzione (doc. 12).

Il 3 aprile 2020 il dr. med. _____ e il dr. med. _____, hanno indicato che l'attrice ha chiesto loro di prendere posizione sullo scritto dell'assicuratore del 6 marzo 2020. Riassunte le precedenti visite, i medici hanno affermato:

Il 4 giugno 2020 il dr. med. _____ medico assistente di medicina manuale presso la _____, ritenuto che l'attrice si lamentava per l'assenza di miglioramenti, ha visitato l'interessata concludendo che **bei der Patientin finden wir einen positiven femoralis Dehnstest bei Konvergenz- und Divergenzschmerz auf Höhe L4/5 linksseitig. Dieses Ausstrahlungssgebiet könnte zur L4 Radikulopathie passen. Im MRI sieht auch eine deutliche foraminale Einengung. Wir werden die Patientin für eine sequenzielle Infiltration mit Lidocain und anschließender Belastungsprobe einbestellen. Vorgehend werden wir die Berichte von Dr. _____ einfordern, da die Patientin bereits sequenzielle Infiltration durchgeführt hat** (allegato doc. I).

Il 6 luglio 2020 il dr. med. _____ ha risposto ad alcune domande poste dall'assicuratore:

Il 16 luglio 2020 la dr.ssa med. _____, medicina interna FMH, ha affermato che l'attrice a causa di una problematica alla schiena è in cura presso la clinica ortopedica _____ di _____ e rimane al momento inabile al lavoro al 100% per malattia per tutti i tipi di lavoro. Le terapie sono in atto e ci sono le probabilità di miglioramento della sintomatologia dolorosa e pure le possibilità di recupero della funzionalità con le cure programmate (doc. J).

Il 13 agosto 2020 la _____ ha attestato che l'attrice è inabile al lavoro al 100% dal 1° agosto 2020 al 30 settembre 2020 a causa di malattia (doc. K).

2.8. Preliminarmente va rammentato che 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

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 inoltre stabilito:

"()

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 constatations 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. 4 LPGA, est une concrétisation des règles de la bonne foi qu'en vertu de l'art. 2 al. 1 CC, chacun doit respecter dans l'exercice de ses droits et l'exécution de ses obligations. Selon la jurisprudence, il y a abus de droit manifeste, prohibé par l'art. 2 al. 2 CC, lorsqu'une personne use de son droit sans ménagement ou de manière inutilement rigoureuse (ATF 135 III 162 consid. 3.3.1 p. 169; 135 III 349 consid. 3 p. 355; 120 II 105 consid. 3a p. 108), notamment lorsqu'elle choisit sans raison objective, parmi plusieurs solutions équivalentes, celle qui est la plus nuisible à l'autre partie (ATF 131 III 459 consid. 5.2 p. 462/463). De ce point de vue, lorsque l'assureur d'indemnités journalières estime que l'incapacité de travail a pris fin, à l'issue d'une période durant laquelle il a reconnu le droit de l'assuré à ses prestations, on peut attendre de lui qu'il en donne avis à l'assuré et qu'il prolonge le service des indemnités pendant le délai a priori nécessaire à une reprise effective de l'activité. La défenderesse ne peut guère contester la justification de cet avis et de ce délai car par sa lettre du 27 juin 2008, où elle accordait au demandeur un délai d'un mois pour s'annoncer à l'assurance-chômage, elle a précisément donné un avertissement de ce genre.

3.2 La contestation porte donc surtout sur la durée du délai de réflexion ou d'adaptation, que la Cour des assurances sociales a prolongé de quatre mois. En l'espèce, la durée totale de cinq mois semble considérable compte tenu que la réinsertion professionnelle du demandeur consistait simplement à retrouver un emploi dans la même profession. Dans sa lettre d'avertissement, la défenderesse annonçait toutefois une suspension complète de ses prestations et elle omettait, par là, de prendre en considération que le docteur A. _____ préconisait une reprise progressive du travail, au taux de 50% d'abord, puis, après quelques semaines seulement, à temps complet. Or, pour le travailleur à la recherche d'un emploi, il est particulièrement difficile de trouver un employeur prêt à accepter de pareilles modalités. Ainsi, au regard de l'ensemble des circonstances, il n'apparaît pas que la Cour des assurances sociales ait abusé du pouvoir d'appréciation qu'il convient de lui reconnaître conformément à l'art. 4 CC (cf. ATF 135 III 121 consid. 2 p. 123; 133 III 257 consid. 3.2 p.

272).

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).■

2.9. Nel caso di specie questo Tribunale deve concludere che la presa di posizione della convenuta secondo cui l'■attrice è capace al lavoro in attività adatte e confacenti al suo stato di salute e pertanto, in applicazione del suo obbligo di ridurre il danno, è tenuta a cambiare professione, per i motivi che seguono deve essere confermata.

Il dr. med. _____, specialista FMH medicina interna, medico perito assicurativo certificato SIM, incaricato dall'■assicuratore nel corso del mese di aprile 2019 di esaminare lo stato di salute dell'■interessata, dopo la visita del 24 aprile 2019 ha potuto constatare personalmente, in seguito ad un accertamento diretto, che l'■assicurata, inabile al lavoro nella propria attività di addetta alle cure sociosanitarie, dal 1° giugno 2019, sarebbe stata completamente capace al lavoro in attività ergonomicamente adeguate, ossia dove possa cambiare posizione al bisogno, dove non debba portare/sollevar/spostare pesi maggiori di 10 kg e non debba, in posizione seduta, regolarmente ruotare/anteflettere il rachide (doc. 6).

Tale posizione è stata confermata anche in seguito alla visita del 4 settembre 2019 (doc. 7).

Entrambi i referti del dr. med. _____, approntati in piena conoscenza dell'■incarto, sono motivati, descrivono il contesto medico (anamnesi, disturbi attuali e status oggettivo), fanno stato della diagnosi di sindrome lombo-spondilogeno con faccettopatie lombari basse in paziente con decondizionamento muscolare e contengono una conclusione che prende in conto tutti i mali di cui si lamenta l'■interessata.

Questa valutazione è stata in parte confermata anche dal dr. med. _____, specialista FMH in reumatologia, che ha visitato l'■attrice, su sua richiesta, il 29 agosto 2019, il 5 settembre 2019, il 10 ottobre 2019 ed il 17 ottobre 2019. Il medico, dopo aver confermato la completa inabilità lavorativa dell'■interessata nella precedente attività, ritenuta troppo pesante, ha affermato che■per il medico reumatologo esprimersi circa la capacità lavorativa residua in tale tipo di paziente diventa difficile se il paziente non viene sottoposto a prove di carico per cui di solito ci si basa sulla soggettività del paziente e questo non mi pare corretto in quanto in base a questo la capacità lavorativa segnalata è pari a 0: posso però esprimermi per quanto riguarda lo stato della colonna per cui la paziente in una attività con mansioni adattate potrebbe lavorare anche in misura completa escludendo dalle mansioni posture erette prolungate e cioè con pause ogni ora e soprattutto i carichi che vadano oltre i venti chili e per tempi ridotti che non vadano oltre la quindicina di secondi■(allegato doc. H, sottolineatura del redattore).

Se invece non esiste un siffatto guadagno, in particolare perché l'assicurato non ha intrapreso un'■attività lucrativa da lui esigibile, il reddito da invalido, da contrapporre a quello da valido nella determinazione del grado di invalidità, può essere ricavato dai rilevamenti statistici ufficiali, editi dall'Ufficio federale di statistica, che si riferiscono agli

stipendi medi nelle principali regioni e categorie di lavoro (DTF 126 V 76 consid. 3b/bb; RCC 1991 p. 332 consid. 3c, 1989 p. 485 consid. 3b).

Inoltre, va rilevato che, 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), 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).

Nel caso di specie l'assicuratore ha evidenziato che anche utilizzando la riduzione massima del 25%, l'interessata non avrebbe diritto ad ulteriori prestazioni.

2.13. Non vanno prelevate spese processuali (art. 114 lett. e CPC).

All'assicuratore, rappresentato dal proprio servizio giuridico interno, non vanno assegnate ripetibili (cfr. art. 95 cpv. 1 lett. b CPC; cfr. anche Viktor Rüegg/Michael Rüegg, Basler Kommentar, 2017, 3a edizione, n. 18 ad art. 95 CPC, pag. 645 e n. 1 ad art. 114 CPC, pag. 701; cfr. sentenza 4A_194/2010 del 17 novembre 2010, consid. 2.2.1 non pubblicato in DTF 137 III 47 e sentenza 4A_535/2015 del 1° giugno 2016, consid. 6.4; cfr. anche sentenza 36.2019.89 del 13 novembre 2019; sentenza 36.2017.109 del 5 marzo 2018; sentenza 36.2017.68 del 23 aprile 2018).

2.14. 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:

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'attrice.

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