

## **TI\_GERICHTE 36.2023.22 vom 11. Dezember 2023**

TI Tribunale d'appello, 2023-12-11, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_36.2023.22](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2023.22)

FR: TI\_GERICHTE 36.2023.22 du 11 décembre 2023

IT: TI\_GERICHTE 36.2023.22 del 11 dicembre 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 26**

settembre 2007; sulle condizioni di applicazione di questa norma, cfr. Adrian Von Kaenel , Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007 , pag. 109-131, in particolare pag. 111-115). La durata del pagamento del salario dipende dalla durata del rapporto di lavoro (art. 324a cpv. 2 CO; sui criteri usualmente applicati dai tribunali in questi casi, cfr. Adrian Von Kaenel , op. cit., pag. 116 seg.). Salvo pattuizione contraria, l'obbligo di pagamento del salario in caso di malattia cessa con la fine del rapporto di lavoro ( Hans-Rudolf Müller , Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007 , pag. 19-45, in particolare pag. 20). Queste norme configurano il regime legale di base a tutela del lavoratore, gli garantiscono una protezione minima alla quale non può essere derogato a suo svantaggio (art. 362 cpv. 1 CO; cfr. DTF 131 III 263 consid. 2.2 pag. 628). L'art. 324a cpv. 4 CO prevede la possibilità di derogare al regime di base legale appena descritto mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore (sentenza 4A\_92/2020 del 5 agosto 2020, consid. 3.1.1; 4A\_563/2019 del 14 luglio 2020 pubblicata in DTF 146 III 339 consid. 5.2.3 che cita Ivano Ranzanici , Les effets de l'incapacité de travailler pour cause d'une maladie successive à la résolution du contrat de travail, in: Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, 2015, pag. 271 e seguenti, in particolare pag. 272-274; sull'aspetto dell'equivalenza si veda anche Adrian Von Kaenel , op. cit., pag. 120 segg. e la DTF 141 III 112 consid. 4.1-4.3). Si tratta, di regola, di un regime che comporta una riduzione delle prestazioni del datore di lavoro durante il periodo minimo previsto dalla legge, ma compensa questa riduzione mediante l'estensione del periodo durante il quale il datore di lavoro procede al versamento ( Gabriel Aubert , in: Commentaire romand, n. 50 ad art. 324a CO). La deroga al regime di base deve essere pattuita in forma scritta. Trattandosi di un accordo che concerne i diritti minimi del lavoratore, esso deve menzionare i punti essenziali del regime convenzionale, quali ad esempio la percentuale del guadagno assicurato, i rischi coperti, la durata delle prestazioni, se del caso la durata del periodo di attesa. Qualora – come spesso accade nella pratica - il datore di lavoro stipuli un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, l'accordo indica anche le modalità di finanziamento dei premi assicurativi; per il resto può rinviare alle condizioni generali di assicurazione o a un altro documento tenuto a disposizione del lavoratore (DTF 131 III 623 consid. 2.5.1 con numerosi riferimenti dottrinali). 2.4. Nel caso di specie l'attore, tramite il proprio datore di lavoro, è assicurato contro la perdita di guadagno in caso di malattia presso CV 1 con un contratto di assicurazione collettiva (cfr. doc. 3), a cui si applicano le condizioni generali d'assicurazione (CGA), edizione \_\_\_\_\_ (doc. 3). Per l'art. \_\_\_\_\_ CGA è considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica, mentale

o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica o provochi un'incapacità al lavoro. Secondo l'art. \_\_\_\_\_ CGA è considerata incapacità al lavoro qualsiasi incapacità, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica, mentale o psichica di compiere un lavoro ragionevolmente esigibile nella professione o nel campo d'attività abituale, come anche in un'altra professione o campo d'attività. Per valutare la presenza di un'incapacità al lavoro sono considerate esclusivamente le conseguenze del danno alla salute. Inoltre sussiste un'incapacità al lavoro soltanto se essa non è obiettivamente superabile. Ai sensi dell'art. \_\_\_\_\_ delle condizioni complementari per l'assicurazione indennità giornaliera di malattia (CC), l'ammontare dell'indennità giornaliera si basa sul grado d'incapacità al lavoro attestato medicalmente. Un'incapacità al lavoro inferiore al 25% non dà diritto all'indennità giornaliera (doc. 5).

2.5. Preliminarmente va stabilito se l'assicuratore può rifiutare le prestazioni in applicazione degli art. da 39 a 41 LCA da lui invocati, poiché l'attore non avrebbe dato seguito alle richieste tendenti ad accertare quale attività effettivamente svolge in seno alla \_\_\_\_\_. Nelle more processuali la convenuta ha pure sostenuto che l'attore potrebbe avere commesso una frode nella misura in cui il 21 e 22 febbraio 2022, malgrado avesse indicato di essere malato, avrebbe guidato un camion (doc. XVI).

2.6. Per l'art. 39 cpv. 1 LCA a richiesta dell'assicuratore, l'avente diritto deve fornirgli ogni informazione sui fatti a lui noti che possano servire ad accertare le circostanze nelle quali il sinistro è accaduto o a determinare le conseguenze di questo. Secondo l'art. 39 cpv. 2 LCA, il contratto può disporre: 1. che l'avente diritto debba produrre determinati atti, segnatamente dei certificati medici, che egli possa procurarsi senza spese rilevanti; 2. che le comunicazioni previste nei capoversi 1 e 2 numero 1 di questo articolo debbano essere fatte, sotto pena della perdita del diritto derivante dall'assicurazione, entro un termine certo e adeguato. Questo termine decorre dal giorno in cui l'assicuratore abbia, sotto comminatoria delle conseguenze della mora, diffidato per iscritto l'avente diritto a fare tali comunicazioni. A proposito dell'art. 39 LCA si veda la STF 4A\_536/2020 del 19 gennaio 2021, in particolare consid. 5. Secondo l'art. 40 LCA l'assicuratore non è vincolato al contratto di fronte all'avente diritto, se questi od il suo rappresentante, nell'intento di indurlo in errore, ha dichiarato inesattamente o taciuto dei fatti che escluderebbero o limiterebbero l'obbligo dell'assicuratore, o se, nel medesimo intento, egli non ha fatto o ha fatto tardivamente le comunicazioni che per l'articolo 39 della presente legge gli incombono. In una STF 4A\_273/2021 del 17 aprile 2023, al consid. 3.1 il Tribunale federale ha rammentato che da un punto di vista oggettivo i fatti sottaciuti o dichiarati inesattamente devono concernere circostanze idonee a rimettere in questione l'obbligazione dell'assicuratore o a influire sull'estensione di questa; in altre parole un'informazione corretta avrebbe portato l'assicuratore a erogare una prestazione minore o addirittura escluderla. Nel campo di applicazione della norma in discussione rientra ad esempio l'abuso di un caso di assicurazione, fingendo un danno più elevato mediante la simulazione di disturbi alla salute più gravi di quelli reali (sentenza 4A\_401/2017 del 20 dicembre 2017 consid. 6.2.2 seg., con rinvii). Da un punto di vista soggettivo è necessario che l'assicurato abbia avuto l'intenzione di ingannare l'assicuratore: egli deve quindi aver agito consapevolmente con la volontà di indurre l'assicuratore in errore al fine di ottenere un indennizzo maggiore di quello a cui avrebbe avuto diritto. L'intenzione di ingannare è già data quando l'assicurato conosce l'errata formazione della volontà dell'assicuratore o sfrutta lo sbaglio di quest'ultimo, tacendo sulla vera fattispecie o informandolo intenzionalmente troppo tardi (sentenza 4A\_401/2017 del 20 dicembre 2017 consid. 6.2.2, con rinvii). Se sono dati i presupposti di questa norma, l'assicuratore può

rifiutare l'integralità delle prestazioni anche qualora la frode concerna solo una parte del danno (sentenza 4A\_536/2020 del 19 gennaio 2021 consid. 5.1, con rinvii). Il grado della prova, la quale spetta all'assicuratore, dell'intento di indurlo in errore è quello della verosimiglianza preponderante, mentre quello per la prova, che pure gli incombe, delle false dichiarazioni di fatti da parte dell'assicurato è in linea di principio quello regolare della prova piena (DTF 148 III 134 consid. 3.4.3). Una prova è considerata apportata se il tribunale è convinto in base a criteri oggettivi dell'esattezza di un'allegazione di fatto. Non può essere richiesta una certezza assoluta: è sufficiente che il Tribunale non abbia più seri dubbi sul sussistere del fatto allegato o che i dubbi restanti appaiano leggeri (DTF 148 III 105 consid. 3.3.1). Infine, per l'art. 41 LCA, citato dall'assicuratore, il credito derivante dal contratto di assicurazione scade quattro settimane dopo che l'assicuratore abbia ricevuto le informazioni dalle quali possa convincersi del fondamento della pretesa (cpv. 1). È nulla la clausola per cui il credito diventerà esigibile solo dopo che sia stato riconosciuto dall'assicuratore o ammesso da sentenza definitiva (cpv. 2). In merito all'art. 41 LCA si faccia riferimento alla STF 4A\_58/2019 del 13 gennaio 2020. 2.7. Nel caso di specie, dalle tavole processuali emerge che l'attore, dipendente della \_\_\_\_\_ dal 1° gennaio 2001, il 30 aprile 2021 ha sottoscritto un nuovo contratto, indicando di essere impiegato come direttore e riducendo, dal 1° luglio 2021, il suo pensum lavorativo dal 70% al 20% ed il salario da fr. 33'333 al mese a fr. 14'500 al mese (doc. XVI/12). Dagli atti emerge inoltre che nelle numerose notifiche di malattia trasmesse alla convenuta nel corso degli anni (allegati al doc. XVIII), si è annunciato in 8 occasioni come autista (doc. XVIII/1; XVIII/3; XVIII/4, XVIII/6, XVIII/7, XVIII/8, XVIII/9, XVIII/10), in un caso come direttore (doc. XVIII/2) e in una circostanza come autista/direttore (doc. XVIII/5). Al fine di stabilire la sua esatta attività, l'attore è stato sentito nel corso di un colloquio svoltosi il 19 gennaio 2023 dalle 9.10 alle 10.20 presso gli uffici dell'assicuratore (doc. 34). L'interessato ha sostenuto di non riuscire a lavorare a causa di disturbi alla schiena, di non poter stare seduto ed in piedi a lungo. In quell'occasione AT 1, che guadagna fr. 14'500 al mese per un lavoro al 20% (cfr. doc. O), alla questione di sapere se la notifica di un'attività al 70% è corretta, aveva risposto “ di sì che non sa bene e che è un contratto che fa lui stesso per sé stesso, ma che la notifica la fa la fiduciaria e non sa bene cosa hanno scritto ”. Circa l'attività svolta, “ risponde prima che è il proprietario e poi che fa officina, aggiusta i camion, cambia le gomme, se manca un autista, fa anche quello, fa tutto quello che serve. Conferma che non fa nulla a livello amministrativo ”. Chiamato a descrivere una giornata tipo, ha affermato di avere 3 meccanici che però lavorano molto meno velocemente di lui, che arriva verso le 6.30-7.00 e sta lì tutto il giorno: fa il meccanico, carica i camion e se c'è bisogno fa anche l'autista. Egli ha poi aggiunto che c'è un altro responsabile della \_\_\_\_\_ che in pratica fa quello che fa lui. La ditta, con 65 dipendenti, fa trasporti nazionali ed internazionali, ha un grosso mandato con la \_\_\_\_\_ e collabora con la \_\_\_\_\_. Egli ha negato che nella lista dei dipendenti ci sono persone che lavorano per la sua famiglia. Nell'ambito della successiva visita medica del 26 gennaio 2023 presso il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna, eseguita su richiesta della \_\_\_\_\_, per la notifica di malattia inoltrata dalla \_\_\_\_\_, il medico ha affermato (pag. 3) che l'attore gli ha riferito di svolgere, per quest'ultima società, “ prevalentemente l'attività di responsabile dell'officina e meccanico, con solo occasionali mansioni di autista ” (cfr. plico doc. 42, pag. 3) e che “ l'assicurato è un imprenditore titolare di almeno tre ditte di autotrasporti, dove svolge anche l'attività di responsabile dell'officina e di meccanico, occasionalmente di autista ” (cfr. plico doc. 42, pag. 4). Il 17 marzo 2023 l'assicuratore ha chiesto ad \_\_\_\_\_ di rispondere ad alcune

domande (doc. 39), ciò a causa delle contraddizioni emerse nel corso del colloquio (doc. 40). Per quanto concerne l'inabilità lavorativa dell'attore, ha domandato il mansionario completo delle attività svolte da AT 1 in un mese di lavoro tipo presso la \_\_\_\_\_, specificando e descrivendo la tipologia di ogni attività e la sua percentuale, una lista dettagliata di tutti i viaggi che ha svolto AT 1 nell'arco del 2021 e del 2022 come autista di camion, due nominativi che possano confermare il mansionario dell'attore, una descrizione completa dell'organigramma della \_\_\_\_\_, con le relative mansioni lavorative dei vari reparti e dipendenti, una lista precisa indicante le percentuali di lavoro di AT 1 e di altri dipendenti nelle varie società presso le quali risultano dipendenti, copia del contratto di lavoro tra AT 1 e la \_\_\_\_\_, nome e numero di contatto della persona di riferimento presso la \_\_\_\_\_, "mandatario praticamente esclusivo della \_\_\_\_\_ (da informazione ottenuta dal fiduciario)". L'assicurato ha contestato la presenza di contraddizioni ed ha chiesto il versamento delle prestazioni, mentre l'assicuratore ha ribadito la necessità di ottenere le informazioni richieste, affermando che "risulta tutt'altro che verosimile, tenuto conto delle incongruenze emerse dal colloquio che l'attività principale del signor AT 1 fosse quella di autista – come indicato nella notifica di malattia-, di meccanico, e di caricatore di merce" (doc. 45 e 46). Il 27 aprile 2023 l'assicuratore ha riproposto le domande all'attore, indicando che in caso di assenza di risposta il caso sarebbe stato chiuso in applicazione dell'art. 39 LCA (doc. 48). Lo stesso giorno l'interessato ha chiesto di poter visionare gli atti e di avere una proroga prima di rispondere (doc. 49). Il 15 maggio 2023 l'assicuratore ha prorogato il termine fino alla fine del mese (doc. 51) ed il 6 giugno 2023, in assenza di una reazione, ha scritto all'allora rappresentante dell'attore informandolo che l'interessato non avrebbe avuto diritto ad alcuna prestazione, e ciò in applicazione dell'art. 39 cpv. 2.2 LCA. Nelle more processuali l'attore ha prodotto i tachigrafi con le date nelle quali ha guidato i camion ed ha allegato alcune dichiarazioni di suoi dipendenti o di terzi in relazione alla sua attività di autista (cfr. doc. XIV), e meglio una dichiarazione dell'11 ottobre 2023 di \_\_\_\_\_, consulente di vendita presso \_\_\_\_\_ secondo cui "[...] il Sig. AT 1 AT 1, numerose volte ha guidato nostri veicoli demo o a noleggio a titolo lavorativo andando a ritirarli di persona presso i garage in Svizzera dove erano stazionati. Inoltre, ha guidato veicoli di sua proprietà per portarli o ritirarli presso la nostra officina di \_\_\_\_\_ per riparazioni o lavori di manutenzione oltre che aver guidato dalla concessionaria al suo deposito i veicoli nuovi acquistati in fase di consegna" (doc. R1), una dichiarazione del 10 ottobre 2023 di \_\_\_\_\_ che conferma "di aver visto il Signor AT 1 al lavoro eseguendo le seguenti mansioni: Autista dei mezzi pesanti sia movimento terra che autoarticolati ed si recavi (sic) spesso in officina per riparazioni di meccanica e preparazione dei veicoli pesanti per il coll[a]udo dei mezzi pesanti" (doc. R2) ed una dichiarazione del 14 ottobre 2023 di \_\_\_\_\_ che ha dichiarato "di aver visto il Signor AT 1 alla guida del camion di movimento terra svariate volte" (doc. R3). È stata indetta l'udienza per la raccolta della deposizione di AT 1 ai sensi dell'art. 192 CPC, sentito con la comminatoria dell'art. 306 CPS. Il 28 novembre 2023 l'attore ha ribadito di lavorare al 20% per la \_\_\_\_\_, di svolgere "un po' tutte le funzioni, perché egli deve essere "superiore" ai suoi autisti e quindi dev'essere in grado di portare a casa un camion, di ripararlo e cambiare le gomme", di "essere anche colui che decide nell'ambito dell'azienda siccome amministratore unico", di lavorare principalmente per conto ed incarico della \_\_\_\_\_ "che manda direttamente" gli "autisti sulle tratte fisse che essi percorrono per le esigenze di carico o scarico, rispettivamente trasporti", di "avere il ruolo di contatto con la clientela ma \_\_\_\_\_ attraverso il contatto diretto con i

trasportatori rende questo compito minimo e di collaborare anche con un'azienda in Svizzera Interna, che tuttavia fornisce poco lavoro (un camion). Egli ha ribadito di essere “ a disposizione per supplire e sostituire gli autisti quando questi arrivano all'esaurimento di numero di ore per il trasporto, ad esempio per il traffico ” ed ha affermato che le riparazioni minute sui camion le svolgono i camionisti stessi rispettivamente l'attore stesso. Per quel che concerne invece le notifiche di infortunio o di problemi assicurativi, egli firma le carte che gli vengono preparate. Le procedure amministrative di principio sono delegate alla \_\_\_\_\_.

L'attore dedica circa il 20% della sua attività giornaliera svolta presso \_\_\_\_\_ per questi aspetti.

2.8. Alla luce di quanto sopra esposto questo Tribunale deve concludere, per quanto concerne la notifica di malattia dell'attore per la patologia che l'ha reso incapace al lavoro dal 21 settembre 2022, che non vi sono gli estremi per ritenere una violazione degli art. 39 e 40 LCA. A parte il grado d'occupazione presso la \_\_\_\_\_, che tuttavia non ha incidenza sull'ammontare della prestazione, essendo determinante, per il calcolo delle indennità, solo il salario percepito e non la percentuale lavorativa (cfr. art. \_\_\_\_\_ CC [“ La base per il calcolo delle indennità giornaliere si basa sul salario AVS che la persona assicurata ha percepito dallo stipulante [...] ”]), l'attore, sin dal colloquio del 19 gennaio 2023, è stato coerente per quanto concerne le affermazioni relative alle attività da lui svolte presso la società per la quale lavora dal 2001. AT 1 ha precisato di essere il proprietario della \_\_\_\_\_, di decidere lui l'ammontare del suo salario, di svolgere l'attività lavorativa in officina, aggiustando i camion, cambiando le gomme e facendo l'autista in caso di necessità, quando qualcuno è assente o se per altri motivi un dipendente non può guidare i furgoni. Anche nell'ambito della visita effettuata il 26 gennaio 2023 presso il dr. med. \_\_\_\_\_, AT 1 aveva indicato di essere un imprenditore titolare di almeno tre ditte di autotrasporti dove svolge “ anche ” l'attività di responsabile dell'officina e di meccanico e occasionalmente di autista. Lo svolgimento delle citate attività è stato confermato in sede di deposizione innanzi a questo Tribunale, quando l'attore è stato sentito con la comminatoria di cui all'art. 306 CPS. Circa l'attività di autista vi è pure la documentazione prodotta dall'interessato il 13 ottobre 2023, e meglio i dati dei tachigrafi per il periodo dall'11 ottobre 2021 al 21 febbraio 2022 (doc. Q), da cui emerge l'utilizzo, come rilevato dalla convenuta, di un veicolo aziendale in 11 occasioni (cfr. anche doc. XVI) e le dichiarazioni dei dipendenti della \_\_\_\_\_ e di terzi che hanno confermato questa circostanza (doc. R1, dichiarazione dell'11 ottobre 2023 di \_\_\_\_\_, consulente di vendita presso \_\_\_\_\_: “ [...] si comunica che il Sig. AT 1, numerose volte ha guidato nostri veicoli demo o a noleggio a titolo lavorativo andando a ritirarli di persona presso i garage in Svizzera dove erano stazionati. Inoltre, ha guidato veicoli di sua proprietà per portarli o ritirarli presso la nostra officina di \_\_\_\_\_ per riparazioni o lavori di manutenzione oltre che aver guidato dalla concessionaria al suo deposito i veicoli nuovi acquistati in fase di consegna ”; doc. R2, dichiarazione del 10 ottobre 2023 di \_\_\_\_\_: “ Con la presente confermo di aver visto il Signor AT 1 al lavoro eseguendo le seguenti mansioni: Autista dei mezzi pesanti sia movimento terra che autoarticolati ed si recavi [sic] spesso in officina per riparazioni di meccanica e preparazione dei veicoli pesanti per il coll[a]udo dei mezzi pesanti ”; doc. R3, dichiarazione del 14 ottobre 2023 di \_\_\_\_\_: “ Con la presente dichiaro di aver visto il Signor AT 1 alla guida del camion di movimento terra svariate volte ”).

A questo proposito, per quanto concerne la circostanza sollevata dall'assicuratore secondo cui l'interessato avrebbe guidato il camion anche il 21 febbraio 2022 ed il 22 febbraio 2022, in un periodo non oggetto del contendere, ma in cui aveva notificato un'incapacità lavorativa (per la stessa patologia per

la quale afferma di essere incapace al lavoro dal 21 settembre 2022 [cfr. cfr. doc. 29]), l'attore ha spiegato che il 21 febbraio 2022 è stato a tutti gli effetti male e che il danno alla salute si è verificato proprio sul posto di lavoro. Egli ha guidato pochi minuti e per un paio di chilometri e poi ha dovuto interrompere il lavoro "lasciando il cassone per i dolori. Ciò è indicato dal certificato medico e il conseguente annuncio di malattia" e "nessuno ha pensato di togliere la scheda a lui intestata. L'autista, invero il meccanico che doveva effettuare dei lavori sul veicolo in officina, ha condotto il veicolo dimenticando di sostituire la tessera dell'attore". A questo proposito l'assicurato ha prodotto una dichiarazione dell'8 novembre 2023 di \_\_\_\_\_ che ha confermato "[...] che in data 22.02.2022 il camion \_\_\_\_\_ era in mio possesso e sono stato l'unico a guidarlo. Il camion era fermo con un piccolo guasto a \_\_\_\_\_, mi sono recato per ripararlo, una volta riparato ho guidato il camion dimenticandomi di sostituire la tessera del signor AT 1 che era già inserita" (doc. S). In sede di deposizione l'assicurato ha ribadito che "in realtà si è trattato di uno degli autisti della ditta che ha ommesso di inserire la sua tessera così come ha attestato nella dichiarazione prodotta agli atti". Circa le attività amministrative, l'attore in sede di deposizione ha spiegato i motivi per i quali il 19 gennaio 2023 aveva affermato di non svolgerle e dunque le ragioni per le quali non aveva indicato alcuna percentuale relativa all'esercizio di questa funzione. Egli ha precisato che secondo lui non fa nulla poiché, nella sua qualità di amministratore unico e proprietario della società, si limita a firmare quanto gli viene preparato da altri, segnatamente dalla \_\_\_\_\_, che si occupa delle questioni burocratiche (preparazione dei contratti, notifiche di malattia, contatti con le assicurazioni, pagamento dei salari, ecc.). È per questo motivo che il contratto di lavoro, peraltro già in possesso della convenuta prima della richiesta del 27 marzo 2023, poiché prodotto in un'altra causa tra le medesime parti (STCA 36.2022.46 e doc. XVI/12) unitamente alla petizione del 21 novembre 2022 (doc. XVI/13), ossia poco dopo l'inizio dell'incapacità lavorativa qui in esame, oltre che con la presente petizione (doc. L), lo indica come direttore. Egli è infatti proprietario della \_\_\_\_\_ e con la sua firma impegna la propria ditta. In alcune notifiche di malattia l'interessato aveva già precisato di svolgere l'attività di direttore (notifica del 7 dicembre 2017; doc. XVIII/2) e direttore/autista (notifica alla \_\_\_\_\_ dell'11 dicembre 2018, doc. XVIII/5 prodotto dalla convenuta). Se avesse avuto l'intenzione di fornire informazioni errate all'assicuratore non avrebbe mai indicato tale attività né avrebbe trasmesso a questo Tribunale, nell'ambito di un'altra procedura contro il medesimo assicuratore ed in questa procedura, il suo contratto di lavoro con l'indicazione dell'impiego quale direttore. Interpellato dal Giudice delegato, in sede di deposizione, per sapere quale percentuale della giornata lavorativa settimanale dedica alla \_\_\_\_\_ per le procedure amministrative, che secondo lui non fanno parte della sua attività poiché si limita a firmare le carte preparate dalla \_\_\_\_\_, l'attore ha indicato che si tratta circa di un 20% del tempo di lavoro. Per il resto egli non deve impegnarsi per procurare altri clienti alla ditta, poiché in sostanza, a parte una società della Svizzera interna che gli procura un po' di lavoro (per un camion), la \_\_\_\_\_ lavora esclusivamente per la \_\_\_\_\_ (cfr. anche doc. 39 in fine), la quale manda direttamente gli autisti sulle tratte fisse che essi percorrono per le esigenze di carico o scarico, rispettivamente per i trasporti. Ne segue che le informazioni fornite dall'attore nel corso degli anni e da ultimo in occasione del colloquio del 19 gennaio 2023 circa l'attività da lui svolta erano corrette (ossia proprietario della società, lavoro in officina, aggiusta i camion, cambia le gomme, fa l'autista quando manca qualcuno, controlla gli operai sul telefonino grazie alle telecamere; non fa nulla a livello amministrativo se non, come affermato in sede

di procedura [doc. XXIII], firmare le carte preparate dalla \_\_\_\_\_). La circostanza che non aveva fornito alcuna percentuale di attività per le pratiche amministrative deriva dal fatto che secondo lui non svolgeva tali attività poiché si limitava a firmare i documenti preparati da altri, mentre il suo lavoro consiste principalmente in attività manuali. Ciò del resto è quanto aveva già detto in occasione della visita presso il dr. med. \_\_\_\_\_ del 26 gennaio 2023 (pag. 3: “[...] riferisce di svolgere prevalentemente l’attività di responsabile dell’officina e meccanico, con solo occasionali mansioni di autista” e “[...] è un imprenditore titolare di almeno tre ditte di autotrasporti, dove svolge anche l’attività di responsabile dell’officina e di meccanico, occasionalmente di autista ”; sottolineature del redattore). Del resto il 25 ottobre 2022 l’interessato aveva sottoscritto una procura in favore di CV 1 secondo la quale la convenuta avrebbe potuto acquisire informazioni presso terzi e prendere visione dei loro atti (cfr. doc. M). L’attore ha di conseguenza conferito pieni poteri all’assicuratore per effettuare tutti gli accertamenti ritenuti necessari. Alla luce di quanto sopra esposto occorre concludere che l’attore non ha avuto l’intento di indurre in errore l’assicuratore non facendo o facendo tardivamente le comunicazioni che gli incombevano secondo l’art. 39 LCA. Va ora stabilito se e in che misura l’assicuratore deve versargli delle prestazioni.

2.9. Nel caso di specie il 3 ottobre 2022 il datore di lavoro ha notificato all’assicuratore una completa inabilità lavorativa dell’attore dal 21 settembre 2022 a causa di una malattia (doc. 2; cfr. anche certificati del dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina generale, doc. 1, 3, 5, 6, 9, 25 e del dr. med. \_\_\_\_\_, specialista in neurochirurgia FMH del 14 dicembre 2022, doc. 28), e meglio una stenosi foraminale L5-S1 a sinistra, consistente in un dolore lombare irradiato alla gamba sinistra (cfr. doc. 29), per il quale era già stato incapace al lavoro dal 21 febbraio 2022 al 2 maggio 2022 (cfr. doc. 29). Il 26 gennaio 2023 l’attore è stato visitato dal dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH medicina interna, su richiesta di un altro assicuratore privato, \_\_\_\_\_ (cfr. plico doc. 42) per l’incapacità lavorativa presso la \_\_\_\_\_. Riassunti gli atti, il medico ha posto la diagnosi di lombalgia cronica ricorrente su patologie degenerative del rachide ICD10 M54.4, sindrome da attrito sottoacromiale spalla sinistra senza lesioni della cuffia dei rotatori ICD10 M75.4, prostatite acuta ICD10 N41.0, distorsione caviglia sinistra 24.10.22 (caso \_\_\_\_\_) ICD10 S93.40, diabete mellito E11.90, ipertensione arteriosa ICD10 I10.90, obesità IBM 34,7 kg/m<sup>2</sup> ICD10 E66.90. Il dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato: "(...)

L’assicurato è un imprenditore titolare di almeno tre ditte di autotrasporti, dove svolge anche l’attività di responsabile dell’officina e di meccanico, occasionalmente di autista. È confrontato con numerosi problemi di salute, come ben risulta dall’elenco delle diagnosi. Per la lombalgia cronica è in attesa di un trattamento infiltrativo predisposto dal Dr. med. \_\_\_\_\_ ma sino ad ora non eseguito a causa dell’insorgenza della prostatite acuta, che si sta risolvendo. A breve il Dr. med. \_\_\_\_\_ potrà procedere con l’infiltrazione. Nel contempo è indicato un programma riabilitativo con fisioterapia per la schiena. Non ritengo vi siano indicazioni operatorie in ambito neurochirurgico. Anche a livello della spalla sinistra, tenuto conto dell’esito dell’esame artro-RM, non ritengo vi siano indicazioni per cure chirurgiche. Opportuno continuare la fisioterapia- L’insieme di queste patologie, giustifica l’incapacità lavorativa completa per l’attività di meccanico e autotrasportatore. L’assicurato può invece svolgere liberamente le attività di imprenditore in senso stretto, occupandosi della gestione delle sue aziende. Il diabete mellito, l’ipertensione arteriosa e l’obesità non sono influenti sulla capacità lavorativa. Mentre era già inabile al lavoro in ambito di malattia, il 24.10.22 l’assicurato ha avuto un infortunio, assunto dalla \_\_\_\_\_. Per questo problema, è stato dichiarato inabile al lavoro al 100% sino al

13.01.23. (...). Per l'attività di meccanico e autista, l'assicurato è inabile al lavoro al 100%, con una prognosi piuttosto incerta. L'incapacità lavorativa del 100% si protrarrà almeno per i prossimi tre mesi e andrà rivalutata sulla base del decorso. Dal momento della mia visita l'assicurato è in grado di svolgere senza limitazioni l'attività di imprenditore in senso stretto, per quanto riguarda la gestione delle sue aziende" Il 26 aprile 2023 la convenuta ha interpellato il dr. med. \_\_\_\_\_ per meglio comprendere l'incapacità lavorativa dell'attore dal 21 settembre 2022 (doc. 47). Lo specialista il 30 aprile 2023 ha affermato: " (...) La situazione è descritta in modo dettagliato nel mio rapporto del 26.01.23 riguardante una visita effettuata lo stesso giorno per l'Assicurazione \_\_\_\_\_, che è agli atti. Ricordo che l'assicurato è un imprenditore titolare di almeno tre ditte di autotrasportatori, dove svolgerebbe anche l'attività di responsabile dell'officina e di meccanico, occasionalmente di autista. È confrontato con numerosi problemi di salute, a causa dei quali si giustifica l'incapacità lavorativa completa per l'attività di meccanico e autotrasportatore. Mentre già era inabile al lavoro in ambito malattia, il 24.10.22 l'assicurato ha avuto un infortunio, assunto dalla \_\_\_\_\_. Per questo problema, è stato dichiarato inabile al lavoro al 100% sino al 13.01.23. VALUTAZIONE L'Assicurazione mi chiede di valutare sulla base degli atti in modo retroattivo l'incapacità lavorativa a partire dal 21.09.22 per le mansioni di imprenditore in senso stretto della propria azienda di trasporti, escludendo tutte le attività fisiche di meccanico, autista e caricatore di merci. Sulla base della documentazione agli atti e delle mie constatazioni rilevate in occasione della visita del 26.01.23, ritengo che per l'attività di imprenditore in senso stretto, con funzioni amministrative, organizzative e dirigenziali, senza necessità di sforzi fisici, con possibilità di alternare le posizioni senza necessità di mantenere in modo forzato la posizione seduta per oltre un'ora, per esempio alla guida di un autoveicolo, l'assicurato sia inabile al lavoro nel modo seguente: per malattia incapacità lavorativa del 20% (diminuzione del rendimento per il normale tempo di lavoro) dal 21.09.22 al 23.12.22 100% dal 24.12.22 al 26.01.23 0% dal 27.01.23 Per infortunio 100% dal 24.10.22 al 15.11.22 50% dal 16.11.22 al 30.11.22 0% dal 01.12.22 Le percentuali di incapacità lavorative descritte in precedenza sono valide per tutte le attività leggere e variate, che non comportano lavori manuali e permettono di alternare le posizioni seduta ed eretta, senza necessità di assumere posizioni non ergonomiche per la schiena, in particolare per funzioni amministrative, organizzative e dirigenziali." (doc. 50) Il 19 aprile 2023 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato che l'attore è stato inabile al lavoro al 100% dal 21 settembre 2022 al 31 marzo 2023 per motivi di salute e che l'inabilità " è da ritenersi per qualsiasi attività lavorativa sia quella sedentaria (lavori d'ufficio, guida di autoveicoli pesanti, eccetera) che sotto carico (sollevamento di pesi, lavori manuali, eccetera) ". Il 21 aprile 2023 il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH neurochirurgia, ha attestato che l'attore è stato inabile al lavoro al 100% dal 18 dicembre 2022 al 10 gennaio 2023 e dal 1° al 31 marzo 2023 solo ed esclusivamente per motivi di salute (doc. F). 2.10. 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, 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 fosse 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 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 (substanziiert), 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 o dall'assicuratore. 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). 2.11. 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. "). 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. Su questi temi si veda anche STF 4A\_544/2019 del 26 maggio 2020. Per dei casi in cui il Tribunale federale ha ancora citato la giurisprudenza valida nell'ambito delle assicurazioni sociali ci si riferisca alle STF 4A\_424/2019 del 31 ottobre 2019, in particolare consid. 3.1 e 4A\_218/2023 del 22 giugno 2023, consid. 3.1.2. Relativamente alle modifiche dell'art. 177 CPC che entreranno in vigore dal 1° gennaio 2025 (RU 2023, pag. 491 e seguenti), cfr. il Messaggio concernente la modifica del Codice di diritto processuale civile svizzero (Migliorare la praticabilità e l'applicazione del diritto), in FF 2020, pag. 2407 e seguenti, in

particolare pag. 2459 – 2460 (sul tema cfr: Laura Kunz/ Pia Meier: Das Arbeits(un)fähigkeitszeugnis, in: Jusletter 13 novembre 2023, pag. 32). 2.12. In una sentenza 4A\_117/2021 del

### **E. 31**

agosto 2021, pubblicata in DTF 148 III 105 (cfr. anche STF 4A\_144/2021 del 13 settembre 2021, consid. 4.2.1), il Tribunale federale ha confermato che secondo la regola generale dell'art. 8 CC, che vale anche nell'ambito del contratto di assicurazione, l'avente diritto deve provare i fatti che "giustificano la pretesa assicurativa" (cfr. la nota marginale in tedesco dell'art. 39 LCA) e cioè segnatamente l'esistenza di un contratto d'assicurazione, l'insorgere di un caso di assicurazione e l'estensione della pretesa. All'assicuratore incombe invece l'onere di provare i fatti che gli permettono di ridurre o rifiutare la prestazione contrattuale o che rendono il contratto d'assicurazione non vincolante nei confronti dell'avente diritto. Per una pretesa incapacità lavorativa legata all'insorgenza del caso di assicurazione vale il grado della prova ordinario. Di conseguenza la prova è apportata, se il tribunale è convinto secondo criteri oggettivi dell'esattezza dell'allegazione fattuale. È sufficiente che non sussistano più seri dubbi sull'esistenza del fatto allegato o che i dubbi eventualmente rimanenti appaiano leggeri (consid. 3.3.1). L'assicurato che chiede il versamento delle indennità giornaliere 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). 2.13. Nel caso di specie questo Tribunale non ha alcun motivo di scostarsi dalle valutazioni del dr. med.

\_\_\_\_\_, FMH medicina generale, del 26 gennaio 2023 e del 30 aprile 2023. I referti sono da considerare dettagliati ed approfonditi e quindi rispecchianti i parametri giurisprudenziali per attribuire ad un referto una forza probante (cfr. anche la già citata STF 4A\_218/2023 del 22 giugno 2023). Lo specialista si è espresso su tutte le 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 risultanti dalla visita effettuata. I punti litigiosi importanti sono stati oggetto di uno studio approfondito, il rapporto si fonda su esami completi, che considera parimenti le censure espresse dall'interessato, è stato approntato in piena conoscenza dell'incarto (anamnesi), la descrizione del contesto medico è chiara e le conclusioni sono ben motivate. Lo specialista, dopo aver riportato il contenuto di tutti gli atti medici a disposizione, aver descritto l'anamnesi e l'esame clinico, ha posto le diagnosi di lombalgia cronica ricorrente su patologie degenerative del rachide ICD10 M 54.4, sindrome da attrito sottoacromiale spalla sinistra senza lesioni della cuffia dei rotatori ICD10 M75.4, prostatite acuta ICD10 N 41.0, distorsione caviglia sinistra 24.10.22 (caso \_\_\_\_\_) ICD 10 S93.40, diabete mellito E11.90, ipertensione arteriosa ICD10 110.90, obesità IBM 34,7 kg/m2 ICD10 E66.90 ed ha spiegato i motivi per i quali l'attore, nelle attività di responsabile dell'officina, meccanico ed autista è stato completamente inabile al lavoro dal 21 settembre 2022. Il dr. med.

\_\_\_\_\_ ha inoltre aggiunto che AT 1 come imprenditore, dal momento della visita del 26 gennaio 2023, va considerato completamente abile al lavoro per quanto concerne la gestione delle sue aziende. Chiamato dall'assicuratore a meglio precisare l'evolversi dell'incapacità lavorativa nelle attività di imprenditore in senso stretto, dal 21 settembre 2022, il dr. med. \_\_\_\_\_ ha indicato che nelle attività con funzioni amministrative, organizzative e dirigenziali, senza necessità di sforzi fisici con possibilità di alternare le posizioni senza necessità di mantenere in modo forzato la posizione seduta per oltre un'ora, AT 1 è stato incapace al lavoro al 20% (inteso come riduzione del rendimento) fino al 23 dicembre 2022, al 100% dal 24 dicembre 2022 al 26 gennaio 2023 ed allo 0% dal 27 gennaio 2023. Secondo questo Tribunale agli atti non vi è documentazione medica specialistica atta a sovvertire le conclusioni motivate e convincenti del dr. med.

\_\_\_\_\_. Non sono tali i certificati medici del dr. med. \_\_\_\_\_ dove viene menzionata unicamente la presenza per determinati periodi di un'incapacità lavorativa totale, senza apportare alcuna spiegazione in merito (cfr. ad esempio i doc. 1, 3, 5, 6, 9, 25). Neppure l'attestato del 19 aprile 2023 del medesimo curante può essere d'aiuto all'attore, poiché si esaurisce nella certificazione di un'incapacità lavorativa del 100% dal 21 settembre 2022 al 31 marzo 2023 per motivi di salute con l'indicazione generica che l'inabilità "è da ritenersi per qualsiasi attività lavorativa sia quella sedentaria (lavori d'ufficio, guida di autoveicoli pesanti, eccetera) che sotto carico (sollevamento di pesi, lavori manuali, eccetera)" (doc. F). Il curante non descrive tuttavia alcuna anamnesi, non prende in considerazione la documentazione medica agli atti, non elenca gli elementi oggettivi e soggettivi e non si confronta in nessun modo con la valutazione approfondita e motivata espressa dal dr. med. \_\_\_\_\_ al termine della visita del 26 gennaio 2023. Il referto, scarno e privo di una qualsiasi motivazione medica oggettiva, non apporta alcun elemento in favore della tesi attorea. Né possono avere un esito differente i certificati del 14 dicembre 2022, del 20 marzo 2023 e del 21 aprile 2023 del dr. med. \_\_\_\_\_, che ha attestato una totale inabilità al lavoro dal 16 dicembre 2022 al 10 gennaio 2023, oltre che nel mese di marzo 2023 (doc. F). Anche in questo caso infatti non vi è alcuna spiegazione circa i motivi per i quali l'interessato sarebbe stato completamente inabile al lavoro nel periodo precedente la sua degenza presso la Clinica \_\_\_\_\_ (dal 24 dicembre 2022) e nel corso del mese di marzo 2023. Infine, non sono di rilevanza i referti del dr. med. \_\_\_\_\_ (cfr. doc. H), specialista in ortopedia e traumatologia, poiché si è espresso in merito alle conseguenze dell'infortunio del 24 ottobre 2022, non oggetto dell'assicurazione in esame. Ne segue che questo Tribunale deve confermare la valutazione del dr. med.

\_\_\_\_\_ secondo cui l'interessato nell'attività di meccanico, operaio in officina e autista è stato completamente inabile al lavoro dal 21 settembre 2022, mentre nelle attività non manuali, amministrative, è stato incapace al lavoro al 20% dal 21 settembre 2022 al 23 dicembre 2022 ed al 100% dal 24 dicembre 2022 al 26 gennaio 2023 (allo 0% dal 27 gennaio 2023). In queste condizioni, considerata la ripartizione delle attività 80% quale operaio, autista, meccanico e 20% in attività non manuali, per quanto concerne il periodo oggetto del contendere (21.9.2022 – 31.12.2022 cfr. consid. 2.2), dal 21 settembre 2022 al 23 dicembre 2022 l'attore va considerato complessivamente inabile all'84% (80% + [20% di 20%]) e dal 24 dicembre al 31 dicembre 2022 al 100%. La censura sollevata dall'assicuratore secondo il quale l'interessato ha l'obbligo di ridurre il danno e deve cambiare attività, segnatamente svolgendo da subito la sola attività di imprenditore, non è di pregio, già solo per il fatto che in tal caso la convenuta avrebbe dovuto assegnare all'attore un termine di 3-5 mesi durante i quali avrebbe dovuto versare le indennità giornaliere per

permettere all'interessato di adattarsi alla nuova situazione valetudinaria, indicando concretamente l'attività che avrebbe potuto e dovuto svolgere in considerazione dell'età e del concreto stato del mercato del lavoro (STF 4A\_228/2019 del 2 settembre 2019; STF 4A\_574/2014 del 15 gennaio 2015 al consid. 4.1; cfr. anche DTF 142 III 671; DTF 133 III 527, consid. 3.2.1; DTF 128 III 34, consid. 3b; Häberli/Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, n. 533, pag. 169). Inoltre non va dimenticato 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). Inoltre, il cambiamento di attività va escluso fin quando non può essere ragionevolmente richiesto (cfr. 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; con riferimento alla DTF 114 V 283 dove il lasso di tempo di 6 mesi non è stato messo in discussione). Con sentenza 36.2013.58 del 29 novembre 2013 il TCA, in ambito di un'assicurazione contro la perdita di guadagno in caso di malattia retta dalla LAMal, dopo aver esaminato la giurisprudenza (segnatamente sentenza K 31/04 del 9 dicembre 2004 e sentenza K 224/05 del 29 marzo 2007), ha stabilito che alla persona assicurata, di norma, può essere imposto un cambiamento di professione solo laddove una ripresa della propria attività non sia più possibile. Questo è il caso, di regola, se l'incapacità lavorativa nella propria professione è durata oltre 6 mesi. Tuttavia il lasso di tempo di 6 mesi non va inteso quale termine assoluto. Se prima dello scadere dei 6 mesi è accertato che la persona assicurata non potrà più svolgere la sua attività ed un cambio di professione può essere imposto, l'assicuratore può intervenire prima, dando alla persona assicurata un lasso di tempo adeguato (di norma 3-5 mesi) per conformarsi alla nuova attività ed eseguendo l'abituale raffronto dei redditi. Per contro se è reso verosimile, anche dopo 6 mesi, che l'interessato può ancora svolgere, a breve, la sua attività lucrativa, di principio, non può essergli imposto un cambio di professione e le indennità devono continuare ad essergli corrisposte fino al reintegro nella sua precedente attività. Va ancora rilevato come l'obbligo di ridurre il danno tramite il cambio dell'attività è dato unicamente laddove lo stato di salute è stabile (Häberli Christoph/Husmann David, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berna 2015, p. 167, n. 525 con riferimento alla sentenza K 224/05 del 29 marzo 2007: " Eine Pflicht zur Schadenminderung durch einen Berufswechsel kann in aller Regel nur dann gegeben sein, wenn ein stabiler Gesundheitszustand vorliegt "). Secondo la citata dottrina fin quando una cura non può essere esclusa e la guarigione è possibile, fin quando sono previsti ulteriori interventi medici oppure fin quando non è prevedibile se l'incapacità lavorativa sarà durevole e in quale misura, non può essere imposto alla persona assicurata di cambiare attività. In caso di stato di salute mutevole per un periodo determinato, l'incapacità lavorativa va stabilita nell'attività usuale (" Solange die Heilbehandlung nicht abgeschlossen und eine Genesung möglich ist, weitere medizinische Eingriffe bevorstehen oder noch nicht absehbar ist, ob die Arbeitsunfähigkeit über eine längere Zeitspanne und im gleichen Masse bestehen wird, kann keine Pflicht zu einem Wechsel in eine dem Leiden angepasste Tätigkeit bestehen. Bei labilem Gesundheitszustand während einer beschränkten Zeit beurteilt sich die Arbeitsunfähigkeit damit nach der Einschränkung im angestammten Beruf "). L'assicuratore può imporre il cambiamento d'attività quando risulta chiaro che la ripresa

dell'attività usuale non è più esigibile o lo è solo in misura limitata rispetto a quanto possibile in un'attività adatta (" Die Versicherung kann sich erst dann auf eine Verweisungstätigkeit berufen, wenn klar feststeht, dass die Wiederaufnahme der bisherigen Arbeit nicht mehr oder nur noch in geringerem Umfang als in einer angepassten Tätigkeit in Frage kommt" ). 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 Tagelder 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 "). Sul tema si vedano le STCA 36.2020.50 del 29 marzo 2021 e 8C\_702/2018 dell'11 luglio 2019. 2.14. Alla luce di quanto sopra esposto, considerato il termine di attesa di 7 giorni (21 settembre 2022 – 27 settembre 2022) ed accertato che la \_\_\_\_\_ non ha versato prestazioni (cfr. doc. P) poiché l'inabilità lavorativa è insorta prima dell'infortunio e non è terminata prima del 31 dicembre 2022 (periodo oggetto del presente procedimento; cfr. consid. 2.2), l'attore ha diritto al pagamento delle indennità giornaliere per 87 giorni (3 giorni + 31 giorni + 30 giorni + 23 giorni) all'84% e a 8 giorni (24 dicembre 2022 -31 dicembre 2022) al 100%. La convenuta, nelle more processuali, non ha contestato l'importo dell'indennità giornaliera per malattia di fr. 413.15 calcolato dall'attore sulla base di un reddito lordo di fr. 14'500 al mese per tredici mensilità (fr. 188'500 all'anno) e preso in considerazione nella misura dell'80% come previsto dal contratto assicurativo (188'500 : 100 X 80 : 365). A questo proposito va sottolineato che se nel contratto di lavoro del 30 aprile 2021 figura il pagamento di un salario di fr. 14'500 per 12 mensilità (cfr. doc. XVI/12), nel colloquio del 19 gennaio 2023 l'attore ha indicato che da giugno 2022 la società è tenuta a versare la tredicesima (pag. 4, doc. 34). Va poi rammentato che per l'art. \_\_\_\_\_ CC la base per il calcolo delle indennità giornaliere si basa sul salario AVS che la persona assicurata ha percepito dallo stipulante il mese prima dell'inizio in caso di malattia o della ricaduta. Vengono anche considerati gli elementi salariali sui quali esiste un diritto giuridico. In particolar modo le retribuzioni regolari dove l'ammontare è stato stabilito secondo il contratto di lavoro, come per il 13° salario mensile. Non sono invece considerate retribuzioni uniche speciali non dipendenti dal rendimento come le gratificazioni, premi di fedeltà, regali per gli anni di servizio, e simili. L'indennità giornaliera si basa in ogni caso sulla perdita di guadagno effettiva che la persona subisce a causa del caso di malattia. Questo salario viene convertito per un anno intero e diviso per 365. In caso di salari fissi anche questo verranno divisi per 365. L'indennità giornaliera così calcolata viene versata per ogni anno civile. Ne segue che l'assicuratore va condannato a versare a AT 1 l'ammontare di fr. 33'498.20 ([413.15 X 8] +

[413.15 x 87 : 100 X 84]). 2.15. In sede di petizione e nelle more processuali le parti hanno chiesto l'acquisizione di numerose prove, cui tuttavia hanno rinunciato, unitamente alle conclusioni ed alle arringhe finali, al termine della deposizione dell'attore il 28 novembre 2023 (doc. XXIII, pag. 3: " Le parti concordano che non vi siano ulteriori prove da acquisire e che quindi l'istruttoria dev'essere ritenuta chiusa "). Ne segue che questo Tribunale non deve assumere ulteriori prove. 2.16. Non vanno prelevate spese processuali (art. 114 lett. e CPC). All'assicurato, parzialmente vincente in causa e rappresentato da un avvocato, vanno assegnate le ripetibili, calcolate conformemente a quanto previsto dall'art. 11 del Regolamento sulla tariffa per i casi di patrocinio d'ufficio e di assistenza giudiziaria e per la fissazione delle ripetibili del 19 dicembre 2007 (RL 178.310), secondo cui per le cause aventi un valore determinato o determinabile oltre i fr. 50'000.-- sino a fr. 100'000.-- le ripetibili sono stabilite mediante l'applicazione di una percentuale variabile tra l'8% ed il 15%. In concreto l'attore, che ha sostanzialmente quantificato in fr. 78'911.65 il valore di causa (doc. I, pag. 11), risulta vincente nella misura di circa il 42% ( 33'498.20 su 78'911.65) . L'assicuratore è di conseguenza condannato a versare all'attore fr. 3'000 (IVA inclusa) di ripetibili. Alla convenuta, rappresentata 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 36.2020.56 del 25 gennaio 2021; sentenza 36.2020.24 del 17 agosto 2020; sentenza 36.2019.89 del 13 novembre 2019; sentenza 36.2017.109 del 5 marzo 2018; sentenza 36.2017.68 del 23 aprile 2018). 2.17. 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 (cfr. anche STF 4A\_273/2021 del 17 aprile 2023, consid. 1), 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.