

TI_GERICHTE 36.2024.26 vom 21. Oktober 2024

TI Tribunale d'appello, 2024-10-21, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2024.26

FR: TI_GERICHTE 36.2024.26 du 21 octobre 2024

IT: TI_GERICHTE 36.2024.26 del 21 ottobre 2024

Erwägungen

E. 6

dicembre 2023 il dr. med. _____, FMH neurochirurgia, attivo presso la clinica _____, interpellato dall'attore, ha posto la diagnosi di discopatia C5-C6 e C6-C7 con ernia posterolaterale a destra, ernia discale posterolaterale destra T1-T2, rettilineizzazione del rachide cervicale, riscontro RMN spalla destra di artrosi acromio-claveare, borsite sottoacromiale, alterazione inserzionale del capo lungo del bicipite, alterazioni subcondrali glenoidee con ganglion paralabarale di 6 mm. Chiamato ad esprimersi circa l'inabilità lavorativa dell'assicurato " nella sua professione abituale, rispettivamente in professioni affini ", il medico ha confermato la totale incapacità al lavoro (doc. T). Già il 1° febbraio 2023 lo specialista aveva precisato che l'attore non può svolgere la sua attività di pittore/gessatore ed " analogamente non è in condizione di svolgere attività che richiedano posture inergonomiche con il collo (per esempio con necessità di mantenere posizioni statiche in estensione, in flessione, in rotazione), né di sollevare carichi di oltre i 10 kg di peso oppure deambulare su terreni accidentati o salire scale (per le vertigini che lamenta) " (doc. W). Anche il dr. med. _____, specialista FMH in chirurgia ortopedica e traumatologia, il 4 dicembre 2023 interpellato dall'attore, posta la diagnosi di cervicobrachialgia su denervazione cronica della radice C7 a destra, su protrusione dicale C6-C7, discopatia C5-C6 ed esiti di trauma distorsivo della colonna cervicale dopo tamponamento stradale nel 2001 e 2017 con colpo di frusta, descritti i disturbi oggettivi riscontrati dall'assicurato, ha affermato che l'interessato è inabile al 100% nella " sua professione abituale e anche nelle professioni affini " (doc. U). Da parte sua il dr. med. _____ il 1° dicembre 2023, interrogato in merito dall'attore, posta la nota diagnosi e descritti i disturbi oggettivi riscontrati dal paziente, ha confermato l'inabilità lavorativa al 100% nella precedente attività ed in attività affini (doc. V). In sede di udienza l'attore ha prodotto un referto del 22 agosto 2024 del dr. med. _____, il quale ha affermato che la nota sintomatologia " diventa col passare degli anni talmente invalidante da costringerlo a non poter più eseguire il suo lavoro abituale; il Sig. AT 1 lamenta disturbi soggettivi quali vertigini scatenate dai movimenti di flesso estensione del rachide cervicale, cervicalgia cronica a carattere tensivo. Posso sicuramente affermare, in base ai dati in mio possesso, che il grado di incapacità lavorativa attuale, per quello che riguarda la professione abituale od attività affini è da ritenersi al 100% e che tutti quei lavori che comportino sollecitazioni al rachide cervicale in flesso-estensione non sono più praticabili dal paziente " (doc. IX/1).

2.8. 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 (substantiiert), 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).

2.9. 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).

2.10. L'assicurato che chiede il versamento delle indennità giornaliere deve comprovare il persistere della sua incapacità lavorativa secondo il principio della verosimiglianza preponderante (sentenza 4A_578/2018 del 25 novembre 2019, consid. 3, con riferimento alla DTF 141 III 241 consid. 3.1). 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). In una sentenza 4A_117/2021 del 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 la predetta giurisprudenza, precisando 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).

2.11. Nel caso di specie, alla luce dei certificati medici prodotti, emerge che tutti i medici interpellati, tranne la dr.ssa med. _____, ma solo per quanto concerne l'aspetto neurologico, sono concordi nel ritenere che l'attore non può più svolgere l'attività di pittore / gessatore o attività affini (ossia che presentano affinità o somiglianza [cfr. www.treccani.it] con il lavoro esercitato) ed è pertanto completamente inabile al lavoro nell'attività precedentemente svolta. Questa conclusione è del resto confermata dall'assicuratore in sede di risposta, laddove afferma che " parte convenuta non ha mai messo in dubbio che l'attore sia inabile al lavoro nella sua attività di gessatore " (doc. VI). Per quanto concerne invece la possibilità per l'assicurato di svolgere attività leggere ed adatte al suo stato di salute, solo il dr. med. _____ ed il dr. med. _____ si sono espressi in merito, indicando che l'interessato potrebbe svolgere attività confacenti al suo stato valetudinario nella misura del 100%, con le limitazioni ivi descritte (doc. H e Q). Da parte sua la dr.ssa med. _____ ha affermato che sul piano neurologico non vi è alcuna limitazione e l'assicurato, che ha una formazione di macellaio, potrebbe svolgere tale attività a tempo pieno così come altre professioni rispettose delle limitazioni riscontrate sul piano reumatologico/chirurgico. I medici interpellati dall'attore si sono invece chinati esclusivamente sulla capacità lavorativa dell'interessato nella precedente attività o in "

attività affini ”, ossia simili a quella svolta, ma non hanno speso una parola in merito alla possibilità per l'assicurato di esercitare un'attività leggera ed adatta al suo stato di salute (cfr. plico doc. L, doc. M, doc. S, I, U, V, W e IX/1). Ne segue che l'interessato non ha comprovato, neppure secondo il principio della verosimiglianza preponderante, di essere inabile al lavoro in maniera completa, in qualsiasi attività, anche leggere, dal 7 dicembre 2021, ossia dalla visita presso il dr. med. _____. Occorre di conseguenza far proprie le conclusioni dei dr. med. _____ e dr. med. _____, e non contestate in maniera qualificata, tramite documentazione medica pertinente, dall'attore. Accertato che l'interessato può svolgere un'attività leggera e adatta al suo stato valetudinario nella misura del 100%, con le limitazioni indicate dai dr. med. _____ e _____ nei loro referti, va ora esaminato se l'assicurato ha diritto, e semmai in quale misura, ad ulteriori prestazioni.

2.12. 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 nel tenore in vigore fino al 31 dicembre 2021 simile all'art. 38a LCA nel tenore in vigore dal 1° gennaio 2022: STF 4A_49/2023 del 3 maggio 2023, consid. 3.3.1; cfr. anche sentenza 4A_472/2022 del 15 giugno 2023). A norma dell'art. 61 LCA nel tenore in vigore fino al 31 dicembre 2021 (simile all'art. 38a LCA nel tenore dal 1° gennaio 2022): " In caso di sinistro, l'avente diritto è tenuto a fare quanto possa per scemare il danno. Quando non siavi pericolo in mora, egli dovrà chiedere istruzioni all'assicuratore circa i provvedimenti da prendere e conformarsi alle medesime. Se l'avente diritto ha mancato a quest'obbligo in modo inescusabile, l'assicuratore può limitare l'indennità all'importo cui troverebbesi ridotta qualora l'obbligo fosse stato adempiuto." Con sentenza 5C.176/1998, del 23 ottobre 1998, al consid. 2c, l'Alta Corte ha affermato: " (...) L'art. 61 LCA esprime infatti il medesimo principio generale concernente l'obbligo dell'assicurato di ridurre il danno da cui il Tribunale federale delle assicurazioni deduce che l'interessato può a tal fine essere costretto a cambiare professione (DTF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a). Un siffatto obbligo non costituisce una lesione più grave della libertà personale rispetto all'imposizione - espressamente citata da Maurer (Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1995, pag. 346 n. 4) con riferimento all'art. 61 LCA - di sottomettersi a una cura o addirittura ad un intervento chirurgico. Si può del resto rilevare che nemmeno l'attore contesta l'applicabilità dell'art. 61 LCA alla fattispecie, limitandosi a sostenere che, per un uomo di 63 anni nel suo stato di salute, un reinserimento in un'attività professionale appare perlomeno problematico. Ne segue che i giudici cantonali hanno violato il diritto federale accogliendo la petizione senza esaminare se e in che misura sia possibile esigere dall'attore un cambiamento di professione e se il termine accordato dalla convenuta a tal fine sia adeguato alle circostanze. La sentenza impugnata deve pertanto essere annullata e la causa rinviata all'autorità cantonale per completare gli accertamenti di fatto e per nuova decisione. (...)." In concreto, l'art. _____ delle condizioni contrattuali prevede il medesimo concetto. Secondo tale disposto infatti se la persona assicurata è in grado di svolgere un'attività ragionevolmente esigibile in un'altra professione o settore di attività, l'assicuratore può richiedere, in caso di incapacità lavorativa di lunga durata, che la persona assicurata adegui la sua attività attuale o accetti un'altra attività. A tal fine, l'assicuratore deve presentare una richiesta scritta alla persona assicurata e fissarle un termine ai fini del riorientamento professionale. Per cui, in caso d'incapacità lavorativa durevole nell'ambito dell'attività abituale, in ossequio all'obbligo di ridurre il danno, l'assicurato è tenuto a cambiare professione (cfr. DTF 114 V 283). Per quanto concerne la determinazione del termine che può essere assegnato all'attore

per procedere al cambiamento di professione nell'ambito delle assicurazioni sociali l'allora Tribunale delle assicurazioni (dal 1° gennaio 2007: Tribunale federale) ha più volte ritenuto adeguati periodi d'adattamento varianti dai 3 ai 5 mesi (DTF 111 V 239 consid. 2a e giurisprudenza ivi citata; RAMI 1987, p. 108; 1994, p. 113ss). In questo contesto, è opportuno rammentare che l'assicurato che, incapace nella precedente attività, non mette a frutto la sua residua capacità lavorativa in un'altra professione, viene giudicato secondo l'attività professionale che avrebbe potuto esercitare con uno sforzo di buona volontà, ritenuto che l'assenza di quest'ultima non è scusabile se non derivante da malattia (DTF 114 V 283 consid. 1d; 111 V 239 consid. 2a; 101 V 145; RAMI 1987 p. 106 consid. 2). Va qui ricordato che nella sentenza pubblicata in RAMI 2000 KV 112, pag. 122 seg., il TF ha stabilito l'applicabilità in ambito LAMal, della giurisprudenza elaborata allorquando ancora era in vigore la LAMI. La giurisprudenza è stata confermata con sentenza K 64/05 del 29 giugno 2006. Il Tribunale federale ha applicato la medesima giurisprudenza alle assicurazioni complementari contro le malattie rette dal dritto privato (Bonaz Lucile, op. cit., pag. 184, n. 521; Häberli Ch. / Husmann D. , Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berna 2015, pag. 173, nota 737; cfr. sentenza 4A_73/2019 del 29 luglio 2019, consid. 3.3.2; DTF 133 III 527, consid. 3.2.1; sentenza 4A_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.3 non pubblicato in DTF 138 III 799; cfr. anche sentenza 5C.74/2002 del 7 maggio 2002). Il citato termine non serve solo per la riforma professionale, ma anche in generale, per l'adattamento alla nuova situazione valetudinaria e per cercare un nuovo posto di lavoro, per cui il Tribunale federale ha già ammesso un termine di 5 mesi per trovare un lavoro nella medesima attività svolta finora (cfr. sentenza 4A_73/2019 del 29 luglio 2019, consid. 3.3.3: “Denn die zu gewährende Übergangsfrist dient nicht nur der Umschulung, sondern vielmehr generell der Anpassung und Stellensuche (BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531; 114 V 281 E. 5b. S. 289 f.; vgl. insb. auch zit. Urteil 4A_111/2010 E. 3.2, wo eine Übergangsfrist von 5 Monaten als angemessen betrachtet wurde, obwohl der Versicherte bloss eine neue (Teilzeit-) Stelle im angestammten Beruf suchen musste). Aus dem Zweck der Übergangsfrist folgt, dass während dieser Frist Taggelder weiterhin gemäss der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf zu leisten sind (vgl. Urteil 4A_79/2012 vom 27. August 2012 E. 5.1; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, S. 173 Rz. 546)”). 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). La dottrina (Häberli Ch. / Husmann D. , Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berna 2015, pag. 169 e seguenti) rammenta che, differentemente da quanto accade nell'assicurazione invalidità, nell'ambito delle indennità giornaliere per perdita di guadagno in caso di malattia, non si fa riferimento al teorico mercato equilibrato del lavoro. Non è sufficiente che un'attività adatta sia, dal punto di vista medico, teoricamente esigibile; la persona assicurata deve avere la concreta possibilità di esercitare l'attività leggera ed adatta al suo stato di salute nel reale mercato del lavoro. Un

determinato posto di lavoro non deve esistere solo teoricamente, bensì anche concretamente. Considerato che le indennità giornaliere per malattia, a differenza della rendita AI, non costituiscono una prestazione a lungo termine, può essere fatto riferimento solo al mercato del lavoro concreto (“ Anders als in der IV wird im Krankentaggeld-Bereich nicht auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt abgestellt, was sich schon aus dem Wortlaut von Art. 6 ATSG (Arbeitsunfähigkeit) gegenüber Art. 7 ATSG (Erwerbsunfähigkeit) ergibt. Es genügt nicht, dass eine angepasste Tätigkeit bloss medizinisch-theoretisch möglich ist; der Versicherte muss vielmehr eine reale Chance haben, die Verweisungstätigkeit bei gegebener Arbeitsmarktsituation real ausüben zu können. Eine entsprechende Stelle darf also nicht nur theoretisch und statistisch vorhanden sein, sondern muss tatsächlich existieren; die versicherte Person muss ihre Restarbeitsfähigkeit in einer solchen Stelle sofort realisieren können. Da Krankentaggelder anders als Invaliditätsrenten keine Langzeitleistungen darstellen, ist allein die Bezugnahme auf den konkreten Arbeitsmarkt sachgerecht ”; cfr. anche Bonaz Lucile, op. cit., pag. 184, n. 521). Inoltre, secondo la dottrina, dal principio dell’equivalenza valido nell’ambito della LCA deriva un giudizio differente dell’esigibilità del cambio di attività rispetto all’AI. Nel primo caso viene infatti assicurato un salario determinato per il quale viene pagato un premio calcolato in funzione dell’indennità che le parti hanno concordato di versare. L’obbligo di cambiare attività, derivante dall’obbligo di ridurre il danno, comporta di regola una riduzione unilaterale della prestazione assicurativa prevista in cambio del premio pagato dalla persona assicurata. Ciò è in contraddizione con il principio dell’equivalenza (“ Ebenso ist zu beachten, dass für die Zumutbarkeit in der Krankentaggeldversicherung grundsätzlich ein anderer, für die Versicherer strengerer Massstab als in der Invalidenversicherung gilt. Dies ergibt sich aus dem Äquivalenz-(VVG) bzw. Gegenseitigkeitsprinzip (KVG). Die Versicherten versichern einen bestimmten Lohn bzw. danach bemessene Taggelder und bezahlen dafür die entsprechenden Prämien. Der mit der Schadenminderung geforderte Berufswechsel führt meistens zu einer einseitigen Herabsetzung der geschuldeten Versicherungsleistungen zugunsten des Taggeldversicherers, was letztlich dem Äquivalenz- bzw. Gegenseitigkeitsprinzip zuwiderläuft. Daher ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Bejahung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels angezeigt ”). Cfr. anche sentenza 4A_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.4, non pubblicato in DTF 138 III 799, in ambito di assicurazione malattia per la perdita di guadagno retta dalla LCA, dove il Tribunale federale ha affermato: " 2.4 En l'espèce, la cour cantonale a considéré que l'expertise privée produite par l'assureur était convaincante. Elle a retenu - conformément à l'opinion de l'expert - que la recourante pourrait recouvrer une capacité de travail de 100% si elle exerçait une activité adaptée à son état. Elle a alors estimé qu'on pouvait attendre de l'assurée qu'elle change d'activité professionnelle et lui a accordé pour cela un délai d'adaptation de cinq mois. Force est de constater que l'expert, dans la limite du mandat qui lui a été confié, se borne à affirmer que, d'un point de vue médico-théorique, l'assurée pourrait retrouver une capacité de travail de 100% si elle exerçait une activité adaptée à son état. L'expertise ne donne par contre aucune indication sur les chances concrètes de l'assurée de pouvoir exercer une telle activité. Or, l'art. 61 al. 2 LCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est concrètement pas réalisable. Le juge doit procéder à une analyse concrète de la situation. Il doit se demander, en fonction de l'âge de l'assurée et de l'état du marché du travail, quels sont ses chances réelles de trouver un emploi qui tient compte de ses limitations fonctionnelles. Il doit également examiner en fonction de la formation, de

l'expérience et de l'âge de l'assurée, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé d'elle. La réduction de l'indemnité est en outre exclue s'il n'est en réalité pas possible de réduire le dommage par un changement d'activité professionnelle, une personne raisonnable - non couverte par une assurance - placée dans la même situation n'envisageant à l'évidence pas de changer d'activité dans ces conditions (sur le critère cf. arrêt 5C.74/2002 déjà cité consid. 3c; HÖNGER/SÜSSKIND, op. cit., no 15 ad art. 61 LCA; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd. 1995, p. 344 et les références). Un tel changement ne peut dès lors être raisonnablement imposé à l'assurée qu'à la condition que celle-ci puisse réaliser, dans une activité à plein temps adaptée à sa situation, un revenu supérieur à celui acquis dans l'exercice de son activité actuelle à 50%. En l'occurrence, ni le rapport d'expertise, ni l'arrêt cantonal ne disent mot de la profession qui, en fonction des critères évoqués ci-dessus, pourrait raisonnablement être exigée de l'assurée, de même que des possibilités de gain que cette nouvelle activité offrirait à celle-ci. A considérer qu'un changement professionnel puisse être exigé, aucune constatation ne permet en outre de déterminer le délai d'adaptation (qui permettrait de réaliser une formation complémentaire, voire une reconversion professionnelle) qui devrait être accordé à l'assurée. Dans ces circonstances, il n'était pas admissible d'admettre la réduction plaidée par l'assureur en se fondant exclusivement sur l'analyse médico-théorique contenue dans le rapport d'expertise. La cour cantonale a ainsi transgressé l'art. 61 al. 2 LCA. Les constatations de fait sont insuffisantes pour que la Cour de céans puisse se prononcer à la place de l'autorité précédente. Il y a donc lieu de lui renvoyer la cause pour qu'elle prenne une nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF).” Con sentenza 4A_574/2014 del 15 gennaio 2015 il Tribunale federale ha ribadito, al consid. 4.1. che l'esame medico-teorico costituisce unicamente una prima tappa, giacché la legge non permette all'assicuratore di ridurre le sue prestazioni in una prospettiva unicamente teorica che nella realtà dei fatti non è realizzabile. Al contrario, il Giudice deve procedere ad un esame concreto della situazione. Deve stabilire se, tenuto conto dell'età dell'assicurato e dello stato del mercato del lavoro quali sono le reali possibilità di trovare un impiego tenendo conto delle limitazioni funzionali dell'assicurato. Deve inoltre esaminare, tenendo conto della formazione, dell'esperienza e dell'età dell'assicurato se tale cambiamento può essere realmente esatto dalla persona assicurata (il TF ha rinviato a: DTF 133 III 527, consid. 3.2.1, sentenza 4A_529/2012 del 31 gennaio 2013, consid. 23; Brehm, Berner Kommentar, 4a edizione, 2013, n° 51 ad art. 44 CO). Conformemente all'art. 8 CC, incombe all'assicuratore, che non intende indennizzare la totalità del danno subito dall'assicurato provare che quest'ultimo ha violato il suo obbligo di ridurre il danno. A questo scopo, deve dimostrare che le misure tendenti a diminuire il danno che non sono state prese dall'assicurato, potevano ragionevolmente esserle richieste. L'assicuratore deve allegare i fatti propri a dimostrare la violazione dell'obbligo di ridurre il danno. Nel caso giudicato dal Tribunale federale (ossia la STF 4A_574/2014 del 15 gennaio 2015), l'istanza precedente aveva constatato che l'assicuratore si era fondato esclusivamente sull'apprezzamento medico-teorico e non aveva dato alcuna indicazione circa le concrete possibilità per l'assicurato di poter esercitare un'attività adatta al suo stato di salute, circa l'attività esigibile e circa il reddito realizzabile. Ciò impedisce all'assicuratore, in sede di ricorso al TF, di prevalersi dell'art. 61 cpv. 2 LCA (sentenza citata, consid. 4.2). I giudici ginevrini, si erano così espressi (sentenza del 27 agosto 2014, ATAS/938/2014): " 13. (...) En se référant à ce rapport d'expertise, la défenderesse a, par courrier du 23 janvier 2012, reconnu que l'exercice de l'activité habituelle n'était plus exigible de la part du demandeur en raison de ses atteintes somatiques. Il lui incombait par contre de mettre en valeur sa

pleine capacité de travail dans une activité adaptée à son état de santé, raison pour laquelle la défenderesse lui octroyait un délai au 30 avril 2012 pour chercher un emploi. Dans le cadre de cette procédure, le demandeur fait valoir que ses atteintes ne lui permettaient pas d'exercer une activité adaptée à plein temps à compter du 9 novembre 2011. Il conteste la valeur probante du rapport d'expertise en tant qu'il retient une pleine capacité de travail résiduelle et le demandeur relève plusieurs griefs à l'encontre des experts. La chambre de céans est d'avis que la question de savoir si les arguments invoqués par le demandeur à l'encontre du rapport d'expertise sont fondés, peut rester ouverte au vu de la jurisprudence précitée. En effet, force est de constater que les experts se sont limités à affirmer que le demandeur a une capacité de travail totale dans une activité adaptée, sans donner aucune indication sur ses chances concrètes de pouvoir exercer une telle activité, et sans indiquer quelle activité serait envisageable. La défenderesse s'est, quant à elle, exclusivement fondée sur cette appréciation médico-théorique pour justifier la suspension pure et simple du versement de l'indemnité journalière, ce qui n'est en l'occurrence pas admissible, dès lors que l'art. 61 al. 2 LCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations en invoquant la perspective d'un changement d'activité purement théorique qui n'est concrètement pas réalisable. En s'abstenant de procéder à une analyse concrète de la situation, compte tenu notamment de l'âge du demandeur, de l'état du marché du travail, de sa formation et de son expérience, la défenderesse n'a démontré ni les chances réelles qu'avait le demandeur de trouver un emploi tenant compte de ses limitations fonctionnelles, ni qu'un tel changement d'activité pouvait réellement être exigé de lui. Il lui incombait également, conformément à l'art. 8 CC, d'évaluer si le demandeur subissait, dans les éventuelles activités encore raisonnablement exigibles de sa part, une perte de gain et, partant, s'il subsistait un dommage résiduel dont elle devait répondre en vertu de ses conditions générales. Compte tenu de ce qui précède, en l'absence d'une analyse concrète de la situation du demandeur, force est d'admettre que la défenderesse n'était pas en droit de mettre fin au versement des indemnités journalières au 30 avril 2012. Au demeurant, il apparaît qu'un changement d'activité ne pouvait être concrètement exigé du demandeur à cette date-là. En effet, on ne saurait retenir que le demandeur avait alors des chances réelles de trouver un emploi, vu ses limitations fonctionnelles et son âge avancé (62 ans). De surcroît, son état de santé n'était alors pas encore stabilisé puisqu'une intervention chirurgicale s'est révélée nécessaire, entraînant une hospitalisation du 1^{er} au 12 novembre 2012 suivie d'une réadaptation jusqu'au 28 novembre 2012. Pour ces motifs également, la défenderesse ne pouvait mettre fin au versement de ses prestations. (...)” L'Alta Corte, al consid. 4.2, ha inoltre confermato la motivazione del Tribunale cantonale secondo cui l'assicurato non aveva delle possibilità reali di trovare un'attività adatta. La probabilità per un meccanico di 62 anni, affetto nella sua salute fisica, di trovare un'impiego regolare in un'attività molto differente da quella esercitata fino ad allora e per la quale non aveva alcuna formazione particolare, apparivano oggettivamente assai ridotte. Quanto alla circostanza che l'assicurato esercitava attività giudiziarie (Presidente del “Tribunal des prud'hommes”) e politiche (parlamentare comunale), secondo il Tribunale federale esse mostrano che l'interessato è in grado di compiere attività non manuali, perlomeno occasionalmente, ma da tale circostanza, non è possibile dedurre alcunché circa le possibilità di trovare un'impiego regolare. Il TF ha pure escluso una frode dell'assicurato ai sensi dell'art. 40 LCA per non avere comunicato all'assicuratore di essere attivo in un'autorità giudiziaria e quale politico, poiché, come visto, tali attività non erano determinanti per giudicare circa le sue possibilità di trovare un'impiego regolare in un'attività adatta al suo stato di salute (consid. 5 della citata sentenza).

In una sentenza 4A_495/2016 del 5 gennaio 2017 al consid. 2.3 il Tribunale federale ha ribadito l'obbligo di ridurre il danno ai sensi dell'art. 61 LCA, che vale non solo in caso di assicurazione di danno ma anche se si tratta di un'assicurazione di somma ed ha nuovamente rammentato che occorre far riferimento alla situazione concreta. Al consid. 2.4 il Tribunale federale ha affermato che nel caso di specie l'istanza precedente ha agito conformemente alla giurisprudenza, tenendo conto dell'età dell'assicurato, della sua formazione, delle precedenti attività. Inoltre ha valutato le limitazioni funzionali, nella misura in cui ha preso in considerazione il fattore "tempo di lavoro parziale" e il reddito in attività leggere e confacenti al suo stato di salute ed ha rettamente ridotto del 15% il reddito da invalido ("[...] Diese Vorgaben hat die Vorinstanz bundesrechtskonform umgesetzt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat sie sowohl dessen Alter wie auch seine Ausbildung und seine früheren Tätigkeiten berücksichtigt. Sie hat weiter seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung getragen, indem sie einerseits den "Teilzeitfaktor" einbezogen und andererseits auf den standardisierten Durchschnittslohn für bloss einfache und repetitive Tätigkeiten abgestellt hat. Entsprechend hat sie aufgrund der lohnmindernden Faktoren einen Abzug von 15 % vorgenommen [...]"). L'istanza precedente ha pertanto esaminato la situazione concreta e non unicamente quella teorica. La censura del ricorrente secondo cui il Tribunale cantonale non ha esaminato il mercato del lavoro concreto è pertanto stata respinta ("[...] Die Vorinstanz hat damit die konkrete Situation gewürdigt und nicht bloss auf theoretische, statistische Werte abgestellt. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe nicht auf den ihm konkret offen stehenden Arbeitsmarkt abgestellt, ist unbegründet"). In una sentenza 4A_228/2019 del 2 settembre 2019 il Tribunale federale ha dovuto statuire sul caso di una persona a cui l'assicuratore, il 12 ottobre 2016, aveva rifiutato di continuare a versare le indennità giornaliere oltre il 31 ottobre 2016 poiché sulla base di una perizia era emerso che l'interessato poteva ricominciare a lavorare nella precedente attività di conducente di camion già dal 12 settembre 2016. In seguito alla perizia giudiziaria era invece emerso che l'assicurato non poteva svolgere la precedente professione di camionista, ma unicamente un'attività leggera e confacente al suo stato di salute e ciò dal mese di agosto 2015. Il Tribunale cantonale ha allora condannato l'assicuratore al versamento delle indennità complete fino al loro esaurimento, anteriore alla data del giudizio cantonale, poiché l'assicuratore non aveva avvisato l'assicurato del suo obbligo di ridurre il danno e non gli aveva assegnato alcun termine per cambiare professione. L'assicuratore ha adito il TF contestando la decisione cantonale, poiché dalla perizia giudiziaria era emerso che già dal mese di agosto 2015 l'interessato avrebbe potuto esercitare un'attività leggera e confacente al suo stato di salute, ossia ancora prima della notifica dell'incapacità lavorativa. Inoltre, quando il 28 agosto 2018 la perizia gli è stata trasmessa, non avrebbe più potuto assegnare un termine per cambiare attività poiché il versamento di prestazioni non era più d'attualità. L'Alta Corte ha respinto l'impugnativa, stabilendo che spetta all'assicuratore notificare alla persona assicurata l'obbligo di ridurre il danno e concedergli un termine per cambiare attività. Niente avrebbe impedito l'assicuratore, nel caso di specie, di domandare all'assicurato che riteneva, correttamente, di non più essere in grado di riprendere la precedente attività, di mettersi alla ricerca di una attività compatibile con il suo stato di salute e di assegnargli un termine a questo scopo. Infine, con sentenza 4A_472/2022 del 15 giugno 2023, al consid. 2.4, il Tribunale federale ha nuovamente confermato la sua giurisprudenza: " 2.4 L'obligation de réduire le dommage, codifiée à l'art. 61 aLCA, peut impliquer un changement de profession, si cela peut raisonnablement être exigé de l'ayant droit et si cela

permet de réduire l'incapacité de travail (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1; arrêt précité 4A_495/2016 consid. 2.3; arrêts 4A_521/2015 du 7 janvier 2016 consid. 3.3, 4A_574/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.1; arrêt précité 4A_529/2012 consid. 2.3). L'assureur qui entend être mis au bénéfice de l'art. 61 al. 2 aLCA doit inviter l'ayant droit à changer d'activité et lui impartir un délai d'adaptation approprié; en règle générale, un délai de trois à cinq mois est jugé adéquat (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 et les arrêts cités; arrêt précité 4A_529/2012 consid. 2.3). L'art. 61 al. 2 aLCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, irréalisable en pratique: le juge doit bien plutôt analyser la situation concrète. Partant, il doit se demander, d'après l'âge de l'ayant droit et l'état du marché du travail, quelles sont ses chances réelles de trouver un emploi avec ses limitations fonctionnelles. Le juge doit également examiner, en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'ayant droit, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé de lui (arrêts précités 4A_495/2016 consid. 2.3; 4A_574/2014 consid. 4.1; 4A_529/2012 consid. 2.4; 4A_304/2012 consid. 2.4).” Questo Tribunale, in una STCA 36.2022.49 del 6 novembre 2023, cresciuta incontestata in giudicato, ha affermato: " 2.10.4.3. Nel caso di specie la convenuta, accertato che dal lato reumatologico l'attore era incapace al lavoro al 100% fino al 31 luglio 2021 ed abile al 100% in attività adatte dal 1° agosto 2021, avrebbe dovuto concedere all'interessato almeno tre mesi di tempo per cambiare professione, indicare quali professioni concretamente, nel mercato concreto (e non teorico) del lavoro avrebbe potuto esercitare ed effettuare il calcolo del grado dell'incapacità di guadagno (sentenza 4A_574/2014 del 15 gennaio 2015, consid. 2.4 citata da Häberli/Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, n. 533, pag. 169). Ciò avrebbe comportato, durante tale lasso di tempo, il versamento delle indennità al 100% perlomeno fino a fine ottobre 2021. Tuttavia, nel caso di specie l'assicuratore non ha agito conformemente a quanto impone la giurisprudenza (sentenza 4A_574/2014 del 15 gennaio 2015). La convenuta il 5 maggio 2021 si è limitata ad indicare che avrebbe chiuso il caso dal 1° luglio 2021, quando l'attore sarebbe stato ritenuto abile al lavoro al 100% (doc. 5: “[...] In conclusione, le comunichiamo che lei è ritenuto abile al lavoro nella misura del 100% a partire dal 1° luglio 2021. Dopo tale data, considereremo il caso chiuso [...]”), mentre il 9 luglio 2021 ha precisato che l'inabilità lavorativa “viene accettata fino al 31.07.2021. Lei è quindi ritenuto abile al lavoro in misura completa ed in attività adeguata a partire dal 01.08.2021. Da tale data il caso è da considerare liquidato” (doc. 6). È vero che nello scritto del 9 luglio 2021 sono stati citati i limiti funzionali che il dr. med. (...) ha messo in evidenza per poter esercitare un'attività adeguata ergonomicamente (doc. 6: “[...] si deve trattare di attività senza dover portare/ sollevare/spostare pesi > 5 kg, dover regolarmente anteflettere/ruotare il rachide lombare specialmente se da seduto ed attività nelle quali si possa cambiare posizione al bisogno non dovendo mantenere regolarmente una posizione statica sia in piedi che da seduto [...]”), tuttavia, limitandosi ad accennare al fatto che l'attore dal 1° agosto 2021 sarebbe stato ritenuto abile al lavoro in attività adeguata, senza assegnare alcun termine per cambiare attività, senza indicare quale concreta attività l'attore avrebbe potuto svolgere sulla base dell'età, dello stato del mercato del lavoro, della formazione e dell'esperienza e senza effettuare alcun calcolo del danno residuo, la convenuta non ha adempiuto ai suoi obblighi, poiché non ha reso attento l'attore circa il suo obbligo di ridurre il danno e meglio di cercare un'attività adatta al suo nuovo stato di salute (cfr. sentenza 4A_228/2019 del 2 settembre 2019; su questo tema, cfr. la STCA 36.2020.33 del 14 dicembre 2020). (...). Nel caso di specie, tuttavia, la fattispecie è

retta dal diritto privato e impone all'assicuratore non solo di assegnare un termine per cambiare professione ma anche di indicare concretamente, nel mercato concreto (e non teorico) del lavoro, quale attività l'interessato avrebbe potuto esercitare (Häberli/Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, n. 533, pag. 169). Ciò non è stato fatto neppure in relazione alla patologia psichica per la quale l'attore è stato completamente inabile al lavoro fino al 27 ottobre 2021 e per la quale l'assicuratore non ha mai assegnato alcun termine né indicato attività alternative concrete, poiché secondo la convenuta per tale patologia non avrebbe neppure dovuto intervenire (cfr. anche scritto dell'11 novembre 2021, doc.9). Alla luce di quanto sopra esposto, accertato che l'attore è totalmente incapace al lavoro nella sua precedente attività, sia dal lato reumatologico, sia dal lato psichiatrico e che l'assicuratore non ha imposto all'interessato di cambiare professione, indicando la concreta attività esigibile, non ha assegnato un termine per adattarsi al nuovo stato valetudinario e non ha effettuato alcun calcolo del grado d'incapacità al guadagno (se non tardivamente con le osservazioni del 10 ottobre 2023), la convenuta va condannata al versamento delle indennità giornaliere pattuite, dal 1° agosto 2021, fino ad esaurimento delle medesime (cfr. sentenza 4A_228/2019 del 2 settembre 2019).” Sul tema cfr. anche Bonaz Lucile, op. cit., pag. 183 e seguenti, n. 519 e seguenti, in particolare n. 521, dove l'autrice evidenzia che il Tribunale federale “ n'hésite pas à sanctionner l'entreprise d'assurance privée lorsqu'elle réduit ses prestations sur la base d'une analyse exclusivement médico-théorique, sans tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce .” 2.13. Nel caso concreto, analogamente a quello giudicato dal Tribunale federale nella sentenza 4A_574/2014 del 15 gennaio 2015 (cfr. anche STCA 36.2022.49 del 6 novembre 2023), l'assicuratore si è limitato ad assegnare all'attore un termine (di tre mesi), per mettere a frutto la sua capacità lavorativa residua in un lavoro adatto al suo stato di salute, con le limitazioni descritte nella lettera del 4 marzo 2022 (doc. I: “ Dal momento che le cure mediche in questi 2 mesi non sono state risolutive si deve considerare un cambiamento di professione in un'attività adatta alle sue condizioni di salute. In un'attività che non richiede l'assunzione di posizioni ergonomiche per la colonna cervicale e lavori da svolgere con le braccia (sic!) in alto Lei è abile da subito. Per permetterle di attuare e adattare la sua attività alle sue attuali condizioni di salute, le comunichiamo che siamo disposti a versare le nostre indennità al 100% ancora fino al 4 giugno 2022 ”). L'assicuratore si è esclusivamente fondato sull'apprezzamento medico teorico del dr. med. _____, poi confermato più approfonditamente dal dr. med. _____, per giustificare la cessazione del versamento delle indennità giornaliere, ciò che è inammissibile considerato come l'art. 61 cpv. 2 LCA non permette all'assicuratore di ridurre le prestazioni invocando la possibilità di un cambiamento d'attività esclusivamente teorico che non è concretamente realizzabile (sentenza 4A_472/2022 del 15 giugno 2023, consid. 2.4). Certo, l'assicuratore non deve trasformarsi in una sorta di ufficio di collocamento e reperire alla persona assicurata un posto di lavoro effettivo. Cionondimeno deve comunque effettuare un esame concreto della situazione, tenendo conto in particolare dell'età della persona assicurata, dello stato del mercato del lavoro, della formazione dell'assicurato e della sua esperienza. Non avendo agito in tal senso, nella fattispecie la convenuta non ha comprovato né le reali possibilità per l'attore di trovare un impiego tenuto conto delle limitazioni funzionali né che tale cambiamento d'attività avrebbe potuto effettivamente essere esatto dall'interessato. Del resto, neppure i medici interpellati dall'assicuratore (e dall'assicurato), hanno indicato una qualsiasi attività concretamente esigibile, con l'eccezione della dr.ssa med. _____ che si esprimeva tuttavia

sull'aspetto neurologico per il quale non aveva rilevato alcuna incapacità lavorativa. All'assicuratore incombeva inoltre, conformemente a quanto previsto dall'art. 8 CC, di valutare se l'attore avrebbe subito, in un'attività ragionevolmente esigibile una perdita di guadagno e, di conseguenza, un danno residuo che avrebbe dovuto indennizzare sulla base delle condizioni contrattuali (cfr. art. _____ [sul tema cfr. anche la sentenza K 31/04 del 9 dicembre 2004, consid. 4.4: " Pour que la recourante, qui indemnise une incapacité de travail d'au moins 25 % (ch. 50.1 CGA de l'assurance facultative d'indemnités journalières SALARIA), soit tenue d'octroyer l'indemnité journalière au delà du 31 octobre 2003, il faut que l'intimée ne puisse réaliser dans une activité de substitution plus que le 75 % du revenu qui aurait été le sien dans son activité de coiffeuse sans l'atteinte à sa santé (ATF 114 V 287 consid. 3d; arrêt C. du 1er juillet 2003 [K 38/02])." ; cfr. anche STF K 56/02 del 31 agosto 2006, consid. 5.2] ; cfr. sentenza del 27 agosto 2014 della Corte di Giustizia del Canton Ginevra, Camera delle assicurazioni sociali [ATAS/938/2014], consid. 13, confermata dalla STF 4A_574/2014 del 15 gennaio 2015; cfr. anche STF 4A_228/2019 del 2 settembre 2019, consid. 2.3.2). L'assicuratore è liberato dal pagamento delle indennità giornaliere solo se non esiste alcuna perdita di guadagno residua nell'attività concretamente esigibile o se la perdita di guadagno è inferiore alla percentuale d'incapacità al lavoro minima prevista dal contratto d'assicurazione per il versamento delle prestazioni (cfr. Bonaz Lucile, op. cit., pag. 187, n. 527). Negli altri casi le prestazioni devono di massima essere versate, secondo la percentuale calcolata con il raffronto dei redditi da valido e da invalido, fino ad esaurimento delle medesime (cfr. Bonaz Lucile, op. cit., pag. 187, n. 527). Nella fattispecie l'assicuratore non ha proceduto ad alcun calcolo. Alla luce di quanto sopra, in assenza di un esame concreto della situazione dell'attore e dell'assenza di qualsiasi calcolo della capacità di guadagno, occorre concludere che la convenuta non poteva cessare il versamento delle indennità giornaliere il 4 giugno 2022 (STF 4A_574/2014 del 15 gennaio 2015, consid. 4.2 e STF 4A_228/2019 del 2 settembre 2019, consid. 2.3.2) . Rammentato che l'assicuratore, in sede di risposta, non contesta né la completa incapacità lavorativa dell'attore nella precedente attività (doc. VI), che i medici curanti hanno del resto continuato ad attestare ancora nel corso del mese di dicembre 2023 (cfr. referti del 6 dicembre 2023 [doc. I] e del 4 dicembre 2023 [doc. U]; cfr. anche referto del 16 agosto 2023 del dr. med. _____, doc. Q) quando il versamento teorico delle prestazioni (dovute al massimo per 720 giorni), era già scaduto, né i giorni ancora indennizzabili (440), né l'importo delle indennità giornaliere (fr. 159.80), la convenuta va condannata al pagamento di fr. 70'312 (159.80 x 440). 2.14. L'attore chiede inoltre interessi al 5% dal 5 giugno 2022. Per quanto concerne gli interessi va rilevato che con sentenza 4A_468/2008 del 20 febbraio 2009 il TF ha rammentato: " 3.2 Il ricorrente si aggrava anche contro la decisione sugli interessi di mora. Invano. Il Tribunale cantonale delle assicurazioni gli ha accordato interessi di mora del 5 % sulla somma residua di fr. 68'420.10 (137'065 ./ 68'644.90) dall'8 febbraio 2008 al 29 febbraio 2008, cioè dal giorno della prima interpellazione (art. 102 cpv. 1 CO) al giorno della ricezione del pagamento. Il ricorrente obietta che gli interessi di mora andrebbero riconosciuti dal 24 dicembre 2006, momento nel quale, a suo dire, la prestazione assicurata avrebbe dovuto essergli versata. A torto. Gli interessi di ritardo del 5 % (art. 104 cpv. 1 CO) sono dovuti dal giorno dell'interpellazione del creditore, che mette in mora il debitore (art. 102 cpv. 1 CO). Queste norme si applicano anche al contratto d'assicurazione (JÜRGENEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 20 art. 41 LCA). Dato che il ricorrente non contesta la data della prima messa in mora considerata nel giudizio impugnato, la Corte ticinese ha applicato correttamente il diritto federale. La

censura dell'attore, che parrebbe conferire rilevanza, sotto il profilo degli interessi di mora, al momento in cui il credito dell'assicurato diviene esigibile (cfr. art. 41 cpv. 1 LCA), è infondata.” In caso di prestazione pecuniaria, l'importo richiesto deve essere di norma indicato precisamente (DTF 129 III 535). L'interesse moratorio annuale del 5% è di principio dovuto dal giorno seguente quello in cui il debitore ha ricevuto l'interpellazione (DTF 103 II 102 consid. 2a) o, in caso di inoltro di una petizione, dal giorno successivo a quello in cui la domanda è stata notificata. In concreto, agli atti, la prima conclusione cifrata con richiesta di versamento delle prestazioni è la petizione del 27 giugno 2024, trasmessa al ricorrente con ordinanza del 28 giugno 2024 di questo Tribunale. Gli interessi al 5% sono di conseguenza dovuti dal 29 giugno 2024. 2.15. Va infine evidenziato che l'attore ha negato di aver ottenuto delle prestazioni dall'assicurazione contro la disoccupazione (LADI) nel periodo oggetto del contendere (cfr. anche doc. XVII/1). A questo proposito in una sentenza pubblicata in DTF 144 III 136, l'Alta Corte si è così espressa in merito ad un assicurato che aveva diritto alle indennità giornaliere per malattia ed aveva percepito anche le indennità LADI: " (...) 4.3 En l'espèce, la situation se présente sous un angle quelque peu différent. La compagnie d'assurance a cessé de verser des indemnités journalières en se fondant sur la prémisse (erronée) que l'assuré avait retrouvé une pleine capacité de travail le 1^{er} septembre 2015 . Pour sa part, la caisse de chômage a considéré que l'assuré réalisait les conditions d'indemnisation à compter du 1^{er} novembre 2015. Elle a alloué de pleines indemnités pendant 30 jours, soit du 1^{er} au 30 novembre 2015 (cf. art. 28 al. 1 LACI). Constatant que l'assuré avait ensuite retrouvé une capacité de travail à 50 % le 14 décembre 2015 et qu'il n'était ainsi pas manifestement inapte au placement, elle a versé depuis lors de pleines indemnités de chômage, au motif qu'une demande de prestations était pendante devant l'assurance-invalidité et que la prise en charge provisoire des prestations lui incombait dans l'intervalle. Elle a donc non seulement versé des indemnités de chômage correspondant à la capacité médicalement attestée de l'assuré (soit 50 %), mais en sus elle a avancé les indemnités que l'assurance- invalidité pourrait lui octroyer ultérieurement, ce en application de l'art. 15 al. 3 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [...]; RS 837.02), auquel renvoie l'art. 15 al. 2 LACI. Force est de constater que pour la première phase d'indemnisation par l'assurance-chômage (1^{er} au 30 novembre 2015), l'assurance perte de gain déployait déjà ses effets; comme l'incapacité de travail était totale, de pleines indemnités perte de gain étaient dues. Le principe de subsidiarité de l'assurance-chômage (art. 28 al. 2 LACI) fait ainsi échec à l'art. 8.5 CGA . A compter du 14 décembre 2015, l'assurance-chômage a versé provisoirement de pleines indemnités dans la perspective d'une éventuelle prise en charge par l'assurance-invalidité, et c'est dans cette avance que réside le noeud du problème. En effet, si elle avait été calculée sur la base d'une aptitude au travail de 50 %, l'indemnité journalière de l'assurance-chômage aurait été réduite de 50 % (art. 28 al. 4 let. b LACI). Elle aurait été complétée par la demi-indemnité due par l'assureur-maladie privé, conformément à l'art. 8.2 CGA - et à l'art. 73 al. 1 LAMal, applicable par renvoi de l'art. 100 al. 2 LCA. Dans cette mesure, la question d'une déduction ne se pose pas, les deux demi-indemnités étant versées à des titres bien distincts, à savoir la perte de revenu imputable à la conjoncture pour l'indemnité de chômage, et celle imputable à un état de santé déficient pour l'autre indemnité. La recourante ne prétend d'ailleurs pas le contraire. Subsiste la question de savoir si la recourante est exonérée de l'obligation de verser les indemnités compensant la perte de gain due à la maladie, au motif que l'assurance-chômage a avancé à l'assuré les prestations que pourrait verser l'assurance-invalidité. Tel ne saurait être le cas. La recourante ne peut en effet porter en

déduction de sa dette une indemnité allouée à titre provisoire, sans reconnaissance aucune d'un droit définitif à une prestation susceptible d'émaner de l'assurance-invalidité. L'art. 15 al. 3 OACI a été introduit afin d'éviter une privation de prestations d'assurance pendant la période de carence durant l'instruction du cas par l'assurance-invalidité (ATF 136 V 95 consid. 7.1; NUSSBAUMER, op. cit., p. 2352 ch. 283), dans l'optique d'une compensation ultérieure avec les indemnités de l'assurance-invalidité (ATF 127 V 484 consid. 2; ATF 126 V 124 consid. 3a; RUBIN, op. cit., n° 93 ad art. 15 LACI), et non pas pour permettre à l'assureur privé couvrant la perte de gain due à la maladie de cesser prématurément le versement des indemnités journalières. La caisse de chômage n'aurait du reste pas eu à verser une telle avance si la recourante avait d'emblée assumé ses obligations contractuelles en versant les indemnités journalières dont elle était redevable , étant encore rappelé que l'art. 70 al. 2 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) n'est pas applicable dans les relations entre l'assurance-chômage et un assureur perte de gain maladie soumis à la LCA (arrêt 8C_791/2016 du 27 janvier 2017 consid. 5.1). 4.4 La recourante objecte que l'art. 28 LACI ne saurait s'appliquer aux indemnités journalières d'une assurance perte de gain maladie régie par la LCA. Elle cite de longs pans d'un commentaire critique de l' ATF 142 V 448 (DUPONT/GIROD, Coordination entre assurances sociales et assurances privées: sortie de route difficile à expliquer, in REAS 2016 p. 328 ss). Il n'y a toutefois pas matière à revenir sur la jurisprudence rappelée ci-dessus (consid. 4.2), qui repose sur le fait que le régime de coordination entre assurance-chômage et assurance-maladie réglé par les art. 28 LACI et 73 LAMal vaut aussi pour les assurances complémentaires soumises à la LCA, en vertu du renvoi de l'art. 100 al. 2 LCA. Les auteurs précités ne font du reste aucune mention de cette disposition-ci, relevant tout au plus que les conditions générales en cause étaient "inspirée[s]" de l'art. 73 LAMal (DUPONT/GIROD, op. cit., p. 332 note 21). La recourante plaide en outre que l'art. 28 LACI n'aurait pas vocation à s'appliquer dès lors que l'incapacité de travail de l'assuré n'était pas "passagère" au sens de cette disposition . Comme l'autorité de céans l'a déjà souligné, du moment qu'il est question de la coordination entre l'assurance-chômage et une assurance perte de gain maladie, le caractère passager ou durable de l'incapacité n'importe pas (arrêt précité C 303/02 consid. 5.2). Une telle question de coordination se pose aussi longtemps que l'indemnité journalière perte de gain est due selon les conditions qui la régissent (cf. à cet égard KIESER, op. cit., pp. 228 let. c, 233 let. d et 234 ch. 8). En l'occurrence, rien n'indique qu'elle n'était plus due. 4.5 Il s'ensuit que la Cour de justice n'a pas violé le droit fédéral en considérant qu'il n'y avait pas lieu de déduire les indemnités versées par la caisse de chômage de celles dues par la compagnie d'assurance ." (sottolineature del redattore) In una successiva sentenza 8C_385/2020 del 4 novembre 2020, al consid. 5.1 il Tribunale federale ha così riassunto la giurisprudenza: " (...) 5.1. Art. 28 Abs. 2 AVIG legt fest, dass Krankentaggeldleistungen eines Versicherers nach dem VVG von der Arbeitslosenentschädigung abzuziehen sind. Um beim Zusammentreffen verschiedener sachlich kongruenter Leistungsansprüche eine Überentschädigung zu verhindern, kann grundsätzlich eine solche zu Unrecht erhaltene Leistung der Arbeitslosenversicherung aufgrund der im Nachhinein für denselben Zeitraum entrichteten Krankentaggelder nach dem VVG gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG in Kombination mit Art. 53 Abs. 1 ATSG) zurückgefordert werden (BGE 142 V 448). Nach Art. 28 Abs. 2 und 4 AVIG ist die Arbeitslosenversicherung subsidiär leistungspflichtig zur privaten Versicherung, die den Erwerbsausfall infolge Krankheit deckt (BGE 128 V 176 E. 5 S. 181; ARV 2017 S. 72, 8C_791/2016 E. 2.1.2 mit Hinweis). Der Privatversicherer ist nicht

davon befreit, die vertraglich geschuldeten Leistungen zu erbringen, weil die Arbeitslosenversicherung der versicherten Person im Hinblick auf eine mögliche Kostenübernahme durch die Invalidenversicherung provisorische Vorschüsse ausgerichtet hat (BGE 144 III 136 E. 4 S. 139 ff.)” (sottolineature del redattore) Nella sentenza 4A_228/2019 del 2 settembre 2019, il TF ha affermato: " (...) 2.3.3. S'agissant du rapport de l'assurance-invalidité à l'assurance-chômage, on peine à comprendre ce que la recourante reproche à l'autorité précédente. Quoi qu'il en soit, il y a lieu de rappeler que le concours entre ces assurances est réglé par l' art. 28 al. 2 LACI (loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0) qui stipule que les indemnités journalières de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents qui représentent une compensation de la perte de gain sont déduites de l'indemnité de chômage. La recourante en tant qu'assureur privé couvrant la perte de gain due à la maladie ne pouvait cesser le versement des indemnités journalières au motif de versements de l'assurance-chômage pour la même période (cf. sur cette question l'ATF 144 III 136 consid. 4.3). En l'espèce, l'autorité précédente a prononcé le versement d'indemnités journalières à l'intimé pour une période allant jusqu'au 30 avril 2018. Afin d'éviter une potentielle surindemnisation de l'intimé, au bénéficiaire selon ses propres dires de prestations de l'assurance chômage depuis août 2017 , il convient de communiquer le présent arrêt à la caisse publique de chômage ." (sottolineature del redattore) Con sentenza 4A_73/2019 del 29 luglio 2019, il TF ha affermato: " 3.3.4. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der Beschwerdegegner sich aufgrund seiner Schadenminderungspflicht bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden habe, geht ihre Rüge fehl. Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die Anrechnung genau umgekehrt erfolgt. Nach Art. 28 Abs. 2 AVIG (Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung; SR 837.0) werden auch private Krankentaggelder von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen (BGE 144 III 136 E. 4 S. 139 ff.; zit. Urteil 4A_111/2010 E. 4; vgl. BGE 128 V 176 E. 5 S. 181).” (sottolineature del redattore) Ne segue che se l'attore dovesse avere percepito indennità giornaliere dalla LADI nel medesimo periodo per il quale ottiene prestazione della LCA, deve annunciarlo all'assicurazione contro la disoccupazione, anche al fine di evitare eventuali procedimenti penali. 2.16. Con la petizione l'attore ha richiamato l'incarto relativo al suo infortunio e l'incarto AI. Quest'ultima domanda, a cui la convenuta non si è opposta, è stata confermata in sede di udienza. Alla luce di quanto sopra esposto, ritenuto che la questione va risolta sulla sola base del diritto privato ed in particolare dell'art. 61 LCA e che dal lato medico non vi sono dubbi circa la totale incapacità lavorativa dell'interessato nell'attività precedentemente esercitata, il richiamo degli atti non è necessario per l'esito della presente procedura. Ne segue che questo Tribunale rinuncia all'assunzione di ulteriori prove. Va qui rammentato che conformemente alla costante giurisprudenza, il giudice può rinunciare ad assumere una prova se egli ha formato il proprio convincimento sulla base di altri elementi di fatto all'incarto e se egli possa ritenere senza arbitrio che la nuova prova non muterebbe il suo personale convincimento (apprezzamento anticipato delle prove; DTF 142 III 360, consid. 4.1.1; cfr. anche sentenza 4A_172/2022 del 31 agosto 2022, consid. 2.4; sentenza 4A_491/2020 dell'11 aprile 2022, consid. 7.2; sentenza 4A_587/2015 del 15 febbraio 2017, consid. 3.1; sentenza 5A_34/2013 del 9 settembre 2013, consid. 2.3 con riferimento alla sentenza 4A_228/2012 del 28 agosto 2012, consid. 2.3 non pubblicato in DTF 138 III 625; cfr. anche sentenza 4A_675/2016 del 15 dicembre 2016, consid. 2; sentenza 4A_391/2016 dell'8 novembre 2016, consid. 3.1-3.3; sentenza 5A_404/2014 del 29 luglio 2015, consid.

2.3.2; sentenza 4A_175/2015 del 4 maggio 2015). 2.17. Non vanno prelevate spese processuali (art. 114 lett. e CPC). All'assicurato, 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 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 valore di causa è di fr. 70'312. L'assicuratore è di conseguenza condannato a versare fr. 6'000 di ripetibili (IVA inclusa) all'attore, In queste condizioni la domanda di assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio è divenuta priva di oggetto (cfr. STCA 36.2015.49 del 22 settembre 2016). 2.18. 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.

E. 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.