

Raccomandata



Incarto n.
36.2004.48

Lugano
7 giugno 2005

TB

In nome
della Repubblica e Cantone
del Ticino

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni

composto dei giudici: Daniele Cattaneo, presidente,
Raffaele Guffi, Ivano Ranzanici

redattrice: Tanja Balmelli, vicecancelliera

segretario: Fabio Zocchetti

statuendo sulla petizione del 14 maggio 2004 di

XXX, _____
rappr. da: **Xxx**, _____

contro

Y **Assicurazione malattia SA,**

in materia di assicurazione complementare contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. **XXX**, 1955, ha lavorato dal 1° marzo 1996 al 31 luglio 2004 in qualità di cameriera ai piani alle dipendenze dell'Hotel _____, che ha concluso per il proprio personale un'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera secondo LCA con **Y** Assicurazione malattia SA (doc. 34).

- 1.2. Il 14 novembre 2003 (doc. 1) il datore di lavoro ha informato l'assicuratore che l'assicurata era inabile al lavoro al 100% dal 4 novembre 2003 per un tempo indeterminato. Con certificato medico del 3 novembre 2003 (doc. 2) il dr. med. _____ ha posto l'assicurata in incapacità lavorativa totale dal 4 al 9 novembre 2003 per discopatia C6 destra degenerativa, con prognosi iniziale di sei giorni. L'incapacità lavorativa totale è stata regolarmente certificata fino al 19 maggio 2004 (docc. 2-4, 7-10, 14, 17, 20 e 30).

L'assicuratore ha assunto il caso ed ha erogato le prestazioni previste contrattualmente.

- 1.3. Il 30 dicembre 2003 **XXX** è stata sottoposta ad una visita di controllo a cura del dr. med. _____, _____, medico di fiducia di Y _____ (doc. E), mentre dal dr. med. _____, Lugano, anch'egli medico fiduciario dell'assicuratore, l'interessata è stata visitata il 23 febbraio 2004 (doc. F).

Sulla scorta dei relativi referti medici, il 18 marzo 2004 (doc. 21) l'assicuratore ha comunicato all'assicurata di considerarla da subito "*(...) abile al lavoro sull'arco di una giornata lavorativa normale ma con un rendimento ridotto del 50% a partire da subito.*". Pertanto, dal 22 marzo 2004 l'indennità giornaliera le sarebbe stata ancora versata, ma solo parzialmente, poiché in altre professioni che non richiedono di sollevare pesi eccessivi l'assicuratore l'ha ritenuta abile al 100%. Di conseguenza, per i tre mesi successivi, ossia sino al 15 giugno 2004, ella avrebbe dovuto cercare un lavoro confacente al suo stato di salute. Oltre questa data, non le sarebbero più state versate delle indennità giornaliere.

Con scritti del 24 marzo (doc. A) e del 31 marzo 2004 (doc. B) Y _____ ha modificato i termini, spostando la riduzione del versamento delle indennità dapprima dal 1° aprile, poi dal 19 aprile 2004.

L'assicuratore ha calcolato che, trascorso tale termine, l'attrice potrebbe realizzare un salario di Fr. 31'545.- (già compresa la deduzione del 25% dovuta alle condizioni di salute, all'età, alla nazionalità, ecc.) in un'attività semplice e ripetitiva. Ritenuto il salario lordo conseguibile come cameriera ai piani al 50% (Fr. 42'900.- : 2 = Fr. 21'450.- annui), sarebbe sufficiente che l'assicurata guadagnasse almeno Fr. 10'726.- all'anno, così da ridurre il danno residuo al di sotto del 25% del guadagno conseguito nell'ultima attività svolta, di modo che le indennità

giornaliere per perdita di guadagno non le sarebbero più versate (art. 13 CGA).

- 1.4. Sulla scorta del certificato medico del 29 marzo 2004 (doc. H) della Clinica di riabilitazione di _____ presso la quale l'assicurata è stata degente dal 9 al 31 marzo 2004 e dello scritto del 27 aprile 2004 (doc. I) del medico curante dr. med. _____ quest'ultima, rappresentata da Xxx, ha chiesto all'assicuratore di riesaminare la propria presa di posizione siccome il suo stato di salute non le consentiva di espletare altre professioni, per le quali la sua capacità lavorativa sarebbe stata comunque ridotta di almeno il 50% (doc. 31).
- 1.5. Y _____ non ha trovato nessun elemento nuovo atto ad inficiare la sua presa di posizione del 31 marzo 2004 (doc. D), per cui ha confermato all'assicurata che avrebbe sospeso nella misura del 50% il versamento delle indennità dal 19 aprile 2004 e del 100% dal 30 giugno 2004 (docc. 29 e 33).
- 1.6. Con petizione del 14 maggio 2004 (doc. I) **XXX**, sempre per il tramite del medesimo rappresentante, ha postulato che l'assicuratore Y _____ le corrisponda tutte le prestazioni di diritto (100% d'incapacità lavorativa) anche dopo il 30 giugno 2004, e meglio fino alla scadenza della copertura assicurativa (730 indennità), non potendo intraprendere nessun tipo d'attività realmente esigibile a dipendenza della sua salute.
- 1.7. Nella sua risposta del 25 giugno 2004 (doc. VI) l'assicuratore ha proposto di respingere la petizione ed ha osservato:

"(...)

8. In considerazione di quanto esposto, sono date a tutti gli effetti sia le premesse formali che materiali (vedi sopra, cons. III. 4) per l'interruzione delle prestazioni della Y _____ per il 30.6.04 a seguito della restante capacità lavorativa parziale nell'attività sinora svolta e della completa capacità lavorativa in un'attività adeguata, conforme alle limitazioni stabilite dal Dr. _____ secondo allegato della perizia del 23.2.04.

(...)

12. A mente della Y _____ non risulta pertinente neanche l'argomentazione dell'attrice basata sul certificato medico della Dr. essa _____ del 29.3.04: lo stesso certificato non conferma infatti, come vuol lasciar intendere l'attrice, che l'assicurata non sia più in grado di svolgere alcuna attività lavorativa che richieda il sollevamento di pesi superiori ai 2,5 kg. Con il certificato in questione viene infatti attestata un'abilità lavorativa parziale del 50% nella professione di cameriera ai piani a partire dal 19.4.04. Il fatto che lo stesso medico segnali, in seguito, di non ritenere "opportuno" che la signora _____ debba svolgere la sua attività con pesi superiori ai 2,5 kg, non può venire

interpretato, in tale contesto, come la conferma di una limitazione perdurante di tale entità, in contrasto con le limitazioni definite dal Dr. _____ nell'allegato della perizia del 23.2.04. Tale interpretazione non appare del resto giustificata in considerazione degli impedimenti oggettivi presentati dalla signora _____ (cfr. perizia Dr. _____ del 23.2.04, all. 19 e valutazione Dr. _____ del 30.12.03, all.12).

13. Non è di sostegno alla parte attrice neanche l'argomentazione relativa alla impossibilità di una ripresa dell'attività lavorativa (o di un annuncio alla cassa disoccupazione) prima del 31.7.04 a seguito del perdurare del contratto di lavoro sino a tale data: come già menzionato (vedi cons. III.5), fa infatti stato ai sensi degli artt. 8 cpv. 1 lett. a e 10 LADI, l'interruzione definitiva di fatto della attività lavorativa e non la data della rescissione del contratto di lavoro (vedi DTFA 119 V 156, cons. 2). Di conseguenza al più tardi dopo la ricezione della disdetta del 3.5.04 (doc. k della parte attrice), lettera nella quale il datore di lavoro rifiuta apparentemente in modo esplicito anche di impiegare la signora _____ in un'attività confacente (vedi cons. 3, p. 3 della petizione del 14.5.04, all. 37), la stessa va considerata a tutti gli effetti come persona disoccupata. Va inoltre ribadito che secondo la giurisprudenza in materia di indennità giornaliera LAMai, applicabile per analogia, un annuncio alla cassa disoccupazione per realizzare la capacità lavorativa restante è esigibile, nell'ambito dell'obbligo di ridurre il danno, anche durante il perdurare di un contratto di lavoro (vedi DTFA K 38/03 del 1.7.03, cons. 2.3).
14. (...) A tale proposito va comunque ribadito, che un annuncio alla cassa disoccupazione e il collocamento in un'attività adeguata è incondizionatamente esigibile dalla signora _____ già da maggio 2004. Resta infine da sottolineare, in tale contesto, che gli elementi e le difficoltà menzionate dalla parte attrice non rappresentano rischi assicurati nell'ambito dell'assicurazione di indennità giornaliera perdita di guadagno causa malattia. Gli stessi rischi sono per contro assicurati nell'ambito della LADI. Lo stesso TFA ha inoltre avuto modo di ricordare, che non è compito dell'assicuratore malattia (LAMal) "assumersi i costi di danni, che l'assicurato con misure adeguate ed esigibili avrebbe potuto evitare" (DTFA 114 V 281, cons. 3a). Tenuto conto della possibilità di rivolgersi all'assicurazione disoccupazione (vedi anche cons. III. 13), ente competente per problemi dovuti a difficoltà di reintegrazione professionale, non può venire postulato, a mente della Y _____, un ulteriore obbligo prestativo dell'assicuratore di indennità giornaliera malattia unicamente sulla base delle premesse citate. Tale argomentazione tende del resto implicitamente a rendere vano l'obbligo statuito dall'art. 61 LCA ed ad accollare all'assicuratore di indennità giornaliera rischi e danni dovuti a fattori non assicurati, di competenza di un assicuratore sociale (LADI).
15. Tenuto conto delle restanti limitazioni funzionali secondo valutazione peritale del Dr. _____, dell'esigibilità (immediata e incondizionata) di un annuncio alla cassa disoccupazione al più tardi il mese di maggio 2004 (vedi lettera Y _____ del 7.5.04, all. 33), delle restanti possibilità reddituali della signora _____ in un mercato di lavoro equilibrato (cfr.

tabella LSE 1998, TA1, totale donne, posizione 4, "attività semplici e ripetitive"; salario medio CHF 3'505.-/mese nel 1998) e dell'obbligo prestativo della Y solo in caso di inabilità lavorativa parziale superiore al 25% (vedi art. 13 CGA collettiva, ed. 1998 e DTFA K 38/03 del 1.7.03, cons. 2.4), appare evidente, a mente della Y, che tenuto conto dell'obbligo di ridurre il danno dell'assicurata, non può venire postulato un ulteriore obbligo prestativo dell'assicuratore oltre il 30.6.04.

16. A titolo conclusivo va segnalato, in diritto, che l'obbligo prestativo nell'ambito del contratto collettivo cessa in ogni caso con l'entrata in vigore della disdetta, vale a dire per il 31.7.04: la disdetta provoca infatti l'uscita dell'assicurata dalla cerchia delle persone assicurate nell'ambito del contratto. Secondo le CGA Y ciò comporta, di riflesso, l'interruzione dell'obbligo di corrispondere prestazioni nell'ambito del contratto collettivo (vedi art. 40 e 23 CGA collettiva LCA, ed. 1998 e DTF 127 III 107 ss.). In mancanza di una richiesta di passaggio alla copertura individuale da parte della signora **XXX** sino ad oggi, richiesta che deve venire inoltrata per iscritto entro 90 giorni dall'uscita dalla cerchia delle persone assicurate (art. 40 CGA collettiva, ed. 1998), non può venire postulato di conseguenza allo stato attuale, un obbligo prestativo della parte convenuta oltre il 31.7.04, già in mancanza della relativa copertura assicurativa.
(...)."

1.8. Il 16 luglio 2004 (doc. VIII) l'attrice ha prodotto un certificato del dr. med. _____ attestante un'incapacità lavorativa totale al 14 luglio 2004 (doc. VIII/B) ed ha specificato che, fino ad allora, SWICA non le aveva ancora rilasciato il formulario per il passaggio all'assicurazione individuale.

1.9. L'assicuratore ha informato il TCA che soltanto il 16 luglio 2004 (doc. X bis) **XXX** ha formulato formale richiesta di passaggio nell'assicurazione individuale. A suo dire, inoltre, il certificato del medico curante non avrebbe alcun valore probatorio, essendo estremamente generico e non suffragato da accertamenti clinici. Y ha infine nuovamente invitato l'attrice ad iscriversi ad una cassa disoccupazione per ridurre il proprio danno.

1.10. Il TCA ha esperito diversi accertamenti di cui si dirà in seguito.

in diritto

In ordine

2.1. Secondo l'art. 1a cpv. 1 LAMal, l'assicurazione sociale contro le malattie comprende l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie e l'assicurazione d'indennità giornaliera facoltativa.

La LAMal si applica soltanto all'assicurazione malattia sociale così definita mentre le assicurazioni complementari offerte dalle casse malati sono rette, in applicazione dell'art. 12 cpv. 3 LAMal, dalla Legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA).

Alla netta divisione materiale fra assicurazione sociale contro le malattie e assicurazioni complementari operata dalla LAMal corrisponde un'altrettanto netta cesura dei rimedi giuridici: se per la prima le vie di diritto sono quelle previste dalla procedura amministrativa, per le seconde sono da intraprendere le vie di diritto previste per i litigi di diritto civile (SPIRA, *Le nouveau régime de l'assurance-maladie complémentaire*, *Revue suisse d'assurances / Schweizerische Versicherung-Zeitschrift*, 1995, N. 7/8, pagg. 192-200; SPIRA, *Le contentieux de la nouvelle assurance-maladie*, *Sécurité sociale* 5/1995, pagg. 256-259; GREBER, *Quelques questions relatives à la nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie*, in: *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 3/4, 1996, pagg. 225-251).

Giusta l'art. 47 cpv. 2-4 della legge federale sulla sorveglianza degli istituti di assicurazione privata (LSA; modificata in occasione dell'adozione della LAMal il 1° gennaio 1996) per le contestazioni relative all'assicurazione complementare all'assicurazione sociale contro le malattie, i Cantoni prevedono una procedura semplice e spedita, nella quale il giudice accerta d'ufficio i fatti e valuta liberamente le prove.

Il 1° gennaio 1996 il Canton Ticino si è dotato della LCAMal che all'art. 75 prevede che le contestazioni relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie praticate da assicuratori autorizzati all'esercizio ai sensi della LAMal sono decise dal TCA, che applicherà per analogia la Legge di procedura per le cause davanti al TCA.

Secondo l'art. 102 cpv. 1 LAMal,

"Le previgenti assicurazioni delle cure medico sanitarie e d'indennità giornaliera continuate dalle casse malati riconosciute sono rette dal nuovo diritto a decorrere dall'entrata in vigore della presente legge."

Pertanto, dal 1° gennaio 1996 - con la sola eccezione prevista dall'art. 103 cpv. 2 LAMal che si riferisce essenzialmente alla durata del diritto alle prestazioni (cfr. Messaggio del Consiglio federale alle Camere del 6 novembre 1991 pag. 119 seg.) - le assicurazioni d'indennità giornaliera sono regolamentate dal nuovo diritto.

Esse possono dunque essere regolamentate dalla LAMal oppure dalla LCA se le parti hanno concordemente deciso in tal senso.

In specie è accertato che l'assicurata è vincolata a Y da un contratto di assicurazione sottoposto alla LCA (doc. 34) che si fonda sulle Condizioni generali per l'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera, edizione del 1998 (doc. 36).

In queste circostanze, trattandosi di prestazioni complementari ai sensi dell'art. 12 cpv. 2 e 3 LAMal (MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, ed. Helbing et Lichtenhahn 1996, pag. 134) - ambito nel quale le casse malati e gli altri istituti assicurativi non sono autorizzati ad emanare decisioni -, questo TCA è competente a statuire sulla petizione presentata dall'interessata in base all'art. 75 cpv. 1 e 2 LCAMal.

Nel merito

- 2.2. Il TCA deve esaminare la capacità lavorativa dell'attrice nel periodo posteriore alla degenza presso la Clinica di riabilitazione di _____, sia nelle vesti di cameriera ai piani sia, qualora in quest'attività l'assicurata fosse incapace, in altre attività più confacenti al suo stato di salute. Da ciò dipende il suo diritto a continuare a percepire delle indennità giornaliere per perdita di guadagno.
- 2.3. L'attrice contesta il grado di capacità lavorativa calcolato da Y dal 19 aprile 2004 (50% fino al 30 giugno 2004 nella sua professione, poi del 100% in altre attività), sostenendo che, dato che i suoi problemi di salute si stanno cronicizzando, una futura ripresa lavorativa sia del tutto impossibile, tanto nella sua attività di cameriera ai piani quanto in altre - apparentemente - più leggere. Infatti, secondo il parere del suo medico curante dr. med. _____, la patologia di cui è affetta le causerebbe dolori insopportabili e non curabili, impedendole di svolgere in maniera assoluta dei lavori non solamente pesanti. Anche per dei lavori confacenti alle sue attitudini, ossia lavori leggeri e semplici, data la situazione di semianalfabetismo la sua capacità lavorativa apparirebbe comunque aleatoria ed improbabile, ciò che la porterebbe quindi a non poter esercitare alcun tipo d'attività. Inoltre, l'imposizione di cambiare professione entro tre mesi non terrebbe in considerazione le sue *reali* capacità fisiche che sarebbero minori di quanto prospettato dall'assicuratore, tanto che il suo stato di salute neppure le permetterebbe di cimentarsi in altri tipi d'attività.

La valutazione secondo la quale l'assicurata potrebbe ancora svolgere delle attività leggere conseguendo un reddito ipotetico appare dunque soltanto una considerazione *teorica* e non equilibrata, se ritenute, poi, le difficoltà pratiche di trovare un lavoro adatto ai criteri invocati dalla dr. med. _____. Pertanto, un'interruzione al 30 giugno 2004 del versamento delle indennità per perdita di guadagno non sarebbe giustificata; perciò l'attrice postula la concessione di un'indennità giornaliera *piena* fino alla scadenza della copertura assicurativa.

L'assicuratore Y _____, fondandosi sui rapporti medici dei dr. med. _____ e _____, ha ritenuto possibile per l'attrice sia di continuare ad esercitare la medesima professione a tempo pieno anche se la resa sarebbe stata pari alla metà, sia di svolgere un'altra attività lucrativa al 100% sì meno impegnativa, ma più confacente al suo stato di salute, senza tuttavia specificare quale essa potesse essere. Considerandola inoltre come una persona disoccupata a causa dell'interruzione definitiva di fatto della sua attività lavorativa anche se il contratto di lavoro perdurava ancora, l'assicuratore non ha reputato di dover continuare a versare all'interessata delle indennità giornaliere, sostenendo sia che quest'ultima sia abile totalmente in altre attività, sia che spetti all'assicurazione disoccupazione farsi carico della sua situazione di persona non attiva professionalmente.

Sulla scorta di quanto esposto è necessario stabilire, sulla base delle valutazioni mediche agli atti, qual è il grado d'incapacità lavorativa dell'assicurata sia nell'attività svolta fino al 3 novembre 2003 sia in altre attività confacenti al suo stato di salute.

- 2.4. Secondo l'art. 13 CGA relativo all'assicurazione d'indennità giornaliera praticata dall'assicuratore Y _____, in caso di parziale inabilità al lavoro pari almeno al 25%, l'indennità giornaliera viene versata in proporzione al grado dell'inabilità lavorativa. Se l'assicurato è da considerarsi disoccupato ai sensi dell'art. 10 LADI, Y _____ corrisponde le prestazioni seguenti (art. 14 CGA):
- in caso d'inabilità al lavoro superiore al 25%, la metà dell'indennità giornaliera;
 - in caso d'inabilità al lavoro superiore al 50%, l'intera indennità giornaliera.

Se in base a quanto constatato dal medico l'assicurato è totalmente inabile al lavoro, Y _____ paga l'indennità giornaliera prevista dal contratto (art. 12 CGA).

Per l'art. 16 CGA, esiste inabilità lavorativa se l'assicurato non è in grado di esercitare totalmente o parzialmente la sua professione né alcuna altra attività lavorativa confacente.

Questo concetto di inabilità lavorativa riprende la definizione che il Tribunale federale delle assicurazioni ha estrapolato dall'art. 72 LAMal: è incapace al lavoro colui che per motivi di salute non è più in grado di svolgere la propria attività, oppure può farlo soltanto in misura ridotta, oppure, ancora, quando l'esercizio di una tale attività rischia di aggravarne le condizioni di salute (DTF 114 V 283 consid. 1c; DTF 111 V 239 consid. 1b; MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, T. I, pag. 286 segg.).

La questione a sapere se esista un'incapacità lavorativa tale da giustificare il riconoscimento del diritto a prestazioni va valutato in considerazione dei dati forniti dal medico. Determinante non è, comunque, l'apprezzamento medico-teorico - anche se il giudice non se ne scosterà senza sufficienti motivi, essendo anch'egli tenuto a rispettare la sfera d'apprezzamento del medico (RAMI 1983 pag. 293; RAMI 1987 pag. 106 segg.) -, bensì la diminuzione della capacità di lavoro che effettivamente risulta dal danno alla salute (DTF 114 V 283 consid. 1c).

Il grado dell'incapacità lavorativa viene valutato con riferimento all'impossibilità, derivante da motivi di salute, di adempiere, secondo quanto può essere ragionevolmente richiesto, la professione normalmente esercitata dall'assicurato.

L'incapacità di guadagno si distingue dall'incapacità di lavoro per il fatto che essa considera quale guadagno può e deve ancora essere realizzato dall'interessato, utilizzando la sua capacità lavorativa residua in un mercato del lavoro equilibrato.

L'incapacità di lavoro, invece, è l'impossibilità fisica di muoversi o di fare uno sforzo, come pure l'impossibilità psichica di agire con metodo. Essa viene valutata nella propria professione rispettivamente in altri lavori e attività (SCARTAZZINI, Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale, pag. 228).

In relazione alle conseguenze economiche dell'incapacità lavorativa, va ricordato che anche nell'ambito dell'assicurazione malattia vige il principio - già comune a tutti i campi delle assicurazioni sociali - secondo cui l'assicurato è tenuto all'obbligo di ridurre le conseguenze economiche negative del danno alla salute. Si tratta di un principio generale del diritto federale delle assicurazioni sociali, che vale anche per

l'assicurazione malattia, indipendentemente dal tenore della normativa statutaria delle Casse (DTF 123 V 233 consid. 3c; DTF 117 V 278 consid. 2b; DTF 115 V 53; DTF 114 V 285 consid. 3; DTF 111 V 239 consid. 2a; DTF 105 V 178 consid. 2). Nell'ambito dell'assicurazione complementare, secondo il Tribunale federale l'art. 61 LCA esprime il medesimo principio dell'obbligo dell'assicurato di ridurre il danno (STF del 23 ottobre 1998 nella causa E., inc. 5C.176/1998, consid. 2c).

Quindi, se da un lato la graduazione dell'incapacità va fatta ritenendo la professione esercitata, dall'altro va considerato che l'assicurato ha l'obbligo di fare quanto da lui è ragionevolmente esigibile per attenuare il più possibile le ripercussioni del danno alla salute sulla sua condizione economica.

Pertanto, in caso d'incapacità durevole nella professione precedentemente esercitata, è obbligo dell'assicurato di utilizzare le sue capacità residue in settori lavorativi diversi, ragionevolmente prospettabili.

Del resto deve essere ricordato che il principio dell'esigibilità configura un aspetto del principio della proporzionalità. Secondo la dottrina questo principio permette di pretendere da una persona un determinato comportamento anche se presenta degli inconvenienti (PETER, Die Koordination der Invalidenrente, Schulthess 1997, pag. 71 e dottrina ivi citata).

- 2.5. Circa l'incapacità lavorativa dell'assicurata va osservato come il suo medico curante dr. med. _____, l'abbia posta di volta in volta in inabilità al lavoro al 100% dall'inizio - 4 novembre 2003 - sino al 19 maggio 2004 (doc. 30) compreso, precisando che l'impossibilità di lavorare si estendeva a qualsiasi tipo di attività (doc. I). Dal 17 gennaio 2005 a tuttora è abile al 50% (doc. XXII/1).

Il primo medico fiduciario interpellato dalla convenuta (doc. E), dr. med. _____, ha pure personalmente visitato l'attrice ed al 30 dicembre 2003 ha attestato che le sindromi di cui era affetta non le avrebbero permesso una ripresa lavorativa neppure limitata, per cui la considerava incapace al 100% al lavoro manuale e pesante di cameriera ai piani. L'esperto non si è tuttavia pronunciato sulla possibilità di una ripresa lavorativa in altre occupazioni.

Il secondo medico di fiducia (dr. med. _____) ha visitato l'assicurata il 23 febbraio 2004 (doc. F) e l'ha dichiarata abile al lavoro nella sua precedente professione nella misura,

praticamente, del 50%, mentre nel contesto di un lavoro adatto al suo stato di salute ha fissato al 100% l'abilità lavorativa fermo restando che rispettasse dei carichi massimi.

La dr.ssa _____, che l'ha avuta in cura durante la degenza alla Clinica di riabilitazione di _____, ritiene l'attrice capace di riprendere l'attività lavorativa al 50%, fermo restando che non sollevi pesi superiori a 2,5 kg, senza specificare se nella precedente od in qualsiasi altra attività lucrativa.

Da quanto precede si può affermare che le parti divergono sulla determinazione della capacità lavorativa dell'interessata tanto nella precedente professione di cameriera ai piani quanto in altre attività lucrative più semplici e leggere.

Occorre di conseguenza innanzitutto verificare se l'attrice è abile o meno come cameriera ai piani. In caso di risposta negativa, esaminare se dispone comunque di una capacità residua da far fruttare in altre occupazioni (eventualmente più leggere) e fissare poi il grado di capacità lavorativa dell'assicurata in tali attività. In seguito, nell'ipotesi in cui vi sia una capacità residua da impiegare in altre attività, bisognerà determinare l'ipotetico salario di riferimento che ella conseguirebbe grazie a questa nuova attività, per poi calcolare l'entità del danno residuo (grado d'incapacità di guadagno) e la conseguente eventuale indennità per perdita di guadagno.

- 2.6. Circa l'incapacità lavorativa dell'assicurata va osservato come nel suo rapporto relativo alla visita del 30 dicembre 2003 (doc. E), il dr. med. _____, specialista FMH in medicina interna, dopo aver visitato l'assicurata ha accertato una sindrome radicolare irritativa C6 a destra su problema degenerativo in parziale miglioramento con, tuttavia, un'ipergia notturna; una sindrome lombo-spondilogenica ricorrente anamnesticamente silente ed uno stato dopo ulcera gastrica anamnesticamente (limitazione di antinfiammatori non steroideali). Di conseguenza, lo specialista ha dichiarato che la paziente difficilmente avrebbe potuto riprendere la sua abituale attività – fisicamente pesante –, e ciò nemmeno in via limitata. Il medico ha attestato un'incapacità lavorativa del 100%.

Nel rapporto del 23 febbraio 2004 il dr. med. _____, anch'egli medico fiduciario di Y _____ specialista FMH in reumatologia ed in medicina interna, ha in sostanza confermato

la diagnosi del collega, aggiungendo pure una sindrome panvertebrale cronica prevalentemente cervicospondilogeno bilaterale con componente radicolare irritativa C6 a destra e lombo-spondilogeno in alterazioni degenerative del rachide cervicale (osteocondrosi e uncartrosi C4/5 e C5/6 con restringimento del forame di coniugazione a destra C5/6 con possibile irritazione radicolare C6 a destra) e disturbi statici del rachide (appiattimento della dorsale, iperlordosi lombare, scoliosi destroconvessa dorsale, sinistroconvessa lombare) / decondizionamento muscolare.

Nella valutazione della capacità lavorativa dell'assicurata l'esperto si è così espresso:

"(...)

Tenendo conto della capacità funzionale residua (vedasi allegato), giudico l'assicurata nella sua ultima professione di cameriera ai piani, abile al lavoro sull'arco di una giornata lavorativa normale ma con una diminuzione del rendimento del 50%; è poco probabile che l'assicurata possa migliorare questo rendimento in un prossimo futuro, anche dopo una riabilitazione stazionaria come previsto.

In un lavoro adatto allo stato di salute, che rispetta la capacità funzionale residua allegatavi, l'assicurata è abile al lavoro nella misura completa del 100% con un rendimento massimo del 100%, da subito, indipendentemente se verrà sottoposta ad una riabilitazione o meno." (sottolineature della redattrice)

La tabella relativa alla capacità funzionale *residua* dell'assicurata dà una valutazione (nulla, esigua, molto ridotta, ridotta, lievemente ridotta e normale) ai differenti movimenti che ella potrebbe ancora effettuare, come il sollevamento e/o trasporto di carichi (in kg), la manipolazione di oggetti, attrezzi e pulsantiere, le posizioni di lavoro o dinamiche particolari, il mantenimento di posizioni statiche, lo spostarsi ed il camminare, l'impiego delle due mani e il mantenimento dell'equilibrio.

Lo specialista ha giudicato che questa capacità sarebbe *normale* nel sollevare/trasportare carichi fino a 10 kg rispettivamente fino a 5 kg se sopra le spalle, nel manipolare attrezzi leggeri e medi che comportano la rotazione della mano e nel camminare per lunghi tragitti, perfino su terreni accidentati, e nel salire e nel scendere le scale. Normale sarebbe anche l'utilizzo delle due mani ed il mantenimento dell'equilibrio. A suo dire, la capacità residua di **XXX** sarebbe *lievemente ridotta* con attinenza al trasporto di pesi dagli 11 ai 25 kg, nella manipolazione di oggetti pesanti e molto pesanti, nello stare seduta o in piedi e nel salire le scale a pioli. Infine, il medico ha giudicato *ridotta* la capacità di sollevare carichi superiori ai 26 kg, di lavorare mantenendo le

braccia elevate implicanti la rotazione oppure l'assunzione di una postura eretta e piegata in avanti.

Sulla scorta di questo referto medico, l'assicuratore ha avvertito l'interessata che una volta dimessa dalla clinica di riabilitazione, la ripresa della precedente attività lavorativa sarebbe potuta avvenire in misura parziale, ciò che avrebbe comportato la riduzione del versamento delle indennità giornaliere per perdita di guadagno. Valutata invece una capacità di lavoro piena in altre attività e considerato il dovere di intraprendere un'altra attività lucrativa allo scopo di ridurre il danno, dopo tre mesi atti alla ricerca di una nuova occupazione, Y avrebbe sospeso all'interessata il versamento delle prestazioni di diritto.

L'attrice ha quindi prodotto con la petizione un certificato medico rilasciato il 29 marzo 2004 dalla dr. med. _____, assistente presso la Clinica di riabilitazione di _____, che è giunta alla seguente valutazione:

"Si certifica che la paziente summenzionata è stata degente presso la nostra clinica dal 9.3.04 fino al 31.3.04.

È stata inabile al lavoro al 100% per questo periodo e lo sarà nella stessa misura fino al 18.4.04. Riteniamo che a partire dal 19.4.04 la paziente possa riprendere l'attività lavorativa nella misura del 50% è tuttavia, opportuno che durante il lavoro la signora _____ non debba svolgere la sua attività con pesi superiori ai 2,5 kg. Al momento non vi sono limitazioni della deambulazione e della mobilità articolare. La sintomatologia dolorosa e le limitazioni funzionali insorgono quando la paziente è sottoposta a carico in posizione di anteflessione e rotazione del tronco in modo ripetitivo e per un lungo periodo di tempo durante l'arco della giornata." (sottolineatura della redattrice)

Su queste considerazioni si è espressa Y il 31 marzo 2004 (doc. B), posticipando al 19 aprile 2004 (anziché al 1° aprile) il momento della ripresa parziale dell'attività lucrativa, mantenendo però al 30 giugno 2004 il termine di tre mesi per cercare una professione appropriata alle sue condizioni di salute.

Il referto del 27 aprile 2004 (doc. I) del medico curante dr. med. _____ traccia un quadro complessivo dell'assicurata:

"(...)

I disturbi cervicali accusati dalla Signora **XXX**, corrispondono ad una sindrome radicolare cervicale, cioè ad una irritazione/ compressione estremamente dolorosa delle radici nervose cervicali alla loro uscita dai forami vertebrali, da parte non già di un'ernia, ma di alterazioni ossee degenerative (artrosi) che modificano il profilo delle vertebre cervicali (spondilosi).

La situazione attuale corrisponde all'eclosione di una sintomatologia che ha tutte le chances di non migliorare, anzi, peggiorare nel tempo, visto che l'artrosi in genere tende per sua natura a progredire, e, una volta instaurata non regredisce mai.

Pure a livello operatorio non vi sono grandi proposte da fare. In fondo una chiara ernia discale sarebbe una condizione più propizia ad un intervento risolutivo che l'uncartrosi che presenta la vostra assicurata. La fisioterapia serve a ben poco.

Infelice, preoccupata per la stagnazione dei sintomi neurologici algici che si rifanno vivi appena tenta di eseguire, in casa, qualche lavoro di pulizia un po' più intenso del solito, la signora XXX (che fra le altre cose reca sul viso le conseguenze di una paresi periferica idiomatica del nervo facciale insorta un paio di anni fa e mai completamente risolta) inizia a sentirsi finita.

Appena malata è stata messa alla porta dalla direzione del suo albergo che non le concede nemmeno la possibilità di tentare di lavorare un periodo a percentuale ridotta, e che concorda con la Y il profilo da adottare di volta in volta, contro di lei.

Difficile concepire quale sarebbe la fantomatica "attività leggera" che permetterebbe alla paziente di guadagnarsi da vivere lavorando al 100% come preteso dalla sua cassa malati.

Non più giovanissima, semianalfabeta, rifiutata dal datore di lavoro che per anni ha dignitosamente ed onestamente servito senza badare agli sforzi richiesti, sofferente ed incompresa la signora XXX si sente beffeggiata dal destino. Le possibilità di trovare un'alternativa lavorativa a tempo pieno sono, a mio avviso, nulle in queste condizioni. Nulle sono ugualmente le possibilità di una riforma professionale, vista la scarsa differenziazione dell'assicurata.

Mi oppongo alle conclusioni di Y poiché, procedendo sulla linea imposta interpretando in modo intransigente ed ottuso le conclusioni del reumatologo, otterremo solamente uno stato depressivo reattivo che condurrà ugualmente l'assicurata verso una inabilità lavorativa completa e prolungata e, molto probabilmente verso una rendita di invalidità." (sottolineature della redattrice)

Il 7 maggio 2004 (doc. D) la convenuta ha precisato di aver esaminato la summenzionata documentazione medica, ma di non potersi scostare dalla sua precedente presa di posizione che si rifà alle conclusioni del dr. med. _____.

Il 14 luglio 2004 il medico curante ha nuovamente certificato che l'interessata è tuttora completamente inabile al lavoro, siccome la sintomatologia agli arti superiori non è migliorata e persiste il dolore neurologico radicolare irritativo, profondo ed invalidante, che le rende impossibile l'esecuzione di semplici lavori domestici. Inoltre, *"il dolore cronico, insensibile ai trattamenti farmacologici e alla fisioterapia (anche stazionaria, vedi soggiorno a _____) finora effettuata, senza apparenti vie d'uscita, si unisce al sentimento di incomprensione e di non riconoscimento della propria sofferenza da parte del datore di lavoro (che l'ha licenziata, negandole senza appello la possibilità di una prova di ripresa a capacità parziale), ed alle fortissime pressioni subite perché avvenga una ripresa lavorativa completa "per una qualsiasi attività leggera".*

Tutto questo ha contribuito all'instaurarsi di una indiscutibile reazione depressiva reattiva che rende inattuabile al momento e a tempo indeterminato non solo qualsiasi tipo di attività, ma anche la semplice ricerca di un eventuale posto di lavoro.

L'inabilità lavorativa della signora XXX continua, in misura completa. Il termine di ripresa fissato per il mese di luglio, quindi, decade."

Su esplicita richiesta del TCA (doc. XIII), il 4 aprile 2005 (doc. XV) il reumatologo di fiducia di Y ha indicato che se sono rispettati i carichi massimi indicati nella tabella sulla capacità funzionale residua dell'assicurata (doc. F) e se le vengono affidati compiti che le permettono un cambiamento di posizione rispettivamente che non le richiedono di lavorare esclusivamente sopra il piano orizzontale, l'attrice può lavorare come operaia non qualificata nell'ambito della produzione e come venditrice in un'edicola o in una stazione di benzina.

Con certificato medico del 16 aprile 2005 (doc. XXII/1) il dr. med. _____ ha ripercorso le tappe della malattia dell'assicurata ed ha posto l'accento sull'emergere di una depressione larvata, per la quale l'attrice viene curata dal profilo psichico e psicologico. Dato il suo stato fisico e psichico, il curante non intravede alcuna possibilità di ripresa lavorativa.

- 2.7. Secondo la giurisprudenza, quanto alla valenza probante di un rapporto medico, determinante è che i punti litigiosi importanti siano stati oggetto di uno studio approfondito, che il rapporto si fondi su esami completi, che consideri parimenti le censure espresse dal paziente, che sia stato approntato in piena conoscenza dell'incarto (anamnesi), che la descrizione del contesto medico sia chiara e che le conclusioni del perito siano ben motivate. Determinante quindi per stabilire se un rapporto medico ha valore di prova non è né l'origine del mezzo di prova, né la denominazione, ad esempio quale perizia o rapporto (STFA del 26 agosto 2004 nella causa G.S., I 355/03, consid. 5; STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01; DTF 125 V 352 consid. 3a; DTF 122 V 160 consid. 1c; MEYER-BLASER, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989 pag. 31; Pratique VSI 3/1997 pag. 123), bensì il suo contenuto (DTF 122 V 160 in fine con rinvii). A proposito delle perizie mediche eseguite nell'ambito della procedura amministrativa, il TFA ha già avuto modo di evidenziare che, nell'ipotesi in cui sono state eseguite da medici

specializzati riconosciuti, hanno forza probatoria piena se giungono a conclusioni logiche e sono state realizzate sulla base di accertamenti approfonditi, fintanto che indizi concreti non inducono a ritenerle inaffidabili (DTF 123 V 176; DTF 122 V 161, DTF 104 V 212; SVR 1998 IV Nr. 1 pag. 2; SZS 1988 pagg. 329 e 332; ZAK 1986 pag. 189; LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berna 1994, pag. 332).

In una sentenza pubblicata nella Pratique VSI 2001 pag. 106 segg., il TFA ha però ritenuto conforme al principio del libero apprezzamento delle prove definire delle direttive per la valutazione di determinate forme di rapporti e perizie. In particolare per quanto concerne le perizie giudiziarie, la giurisprudenza ha statuito che il giudice non si scosta senza motivi imperativi dalla valutazione degli esperti, il cui compito è quello di mettere a disposizione del tribunale le loro conoscenze specifiche e di valutare da un punto di vista medico una certa fattispecie. Ragioni che possono indurre a non fondarsi su un tale referto sono ad esempio la presenza di affermazioni contraddittorie, il contenuto di una superperizia, altri rapporti contenenti validi motivi per farlo (Pratique VSI 2001 pag. 108 consid. 3b)aa e riferimenti citati; STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01).

Nella DTF 125 V 351 (= SVR 2000 UV 10 pag. 33 segg.), la Corte federale ha ribadito che ai rapporti allestiti da medici alle dipendenze di un'assicurazione deve essere riconosciuto pieno valore probante, a condizione che essi si rivelino essere concludenti, compiutamente motivati, di per sé scevri di contraddizioni e, infine, non devono sussistere degli indizi che facciano dubitare della loro attendibilità. Il solo fatto che il medico consultato si trovi in un rapporto di dipendenza con l'assicuratore *non* permette già di metterne in dubbio l'oggettività e l'imparzialità. Devono piuttosto esistere delle particolari circostanze che permettano di ritenere come oggettivamente fondati i sospetti circa la parzialità dell'apprezzamento.

Lo stesso vale per le perizie fatte esperire da medici esterni (DTF 104 V 31; RAMI 1993 pag. 95).

Le perizie affidate dagli organi dell'Al o dagli assicuratori privati, in sede di istruttoria amministrativa, a medici esterni o a servizi specializzati indipendenti, i quali fondano le proprie conclusioni su indagini approfondite e giungono a risultati concludenti, dispongono di forza probatoria piena, a meno che non

sussistano indizi concreti a mettere in causa la loro credibilità (Pratique VSI 2001 pag. 109 consid. 3b)bb; STFA del 26 agosto 2004 nella causa G.C., I 355/03, consid. 5).

Per quel che riguarda i rapporti concernenti il medico curante, secondo la generale esperienza della vita, il giudice deve tenere conto del fatto che, alla luce del rapporto di fiducia esistente con il paziente, il medico curante attesterà, in caso di dubbio, in favore del suo paziente (STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01; DTF 125 V 353 consid. 3a)cc); Pratique VSI 2001 pag. 109 consid. 3a)cc; MEYER-BLASER, Rechtsprechung des Bundesgericht im Sozialversicherungsrecht, Zurigo 1997, pag. 230).

Infine, va ricordato che se vi sono dei rapporti medici contraddittori il giudice non può evadere la procedura senza valutare l'intero materiale ed indicare i motivi per cui egli si fonda su un rapporto piuttosto che su un altro (STFA del 25 febbraio 2003 nelle cause P.G., U 329/01 ed S., U 330/01).

- 2.8. Conformemente alla consolidata giurisprudenza, il giudice delle assicurazioni sociali valuta la legittimità delle decisioni impugnate in base allo stato di fatto esistente al momento in cui la decisione litigiosa è stata presa (DTF 109 V 179, DTF 107 V 5).

Per il caso in questione, ciò significa che bisogna unicamente considerare il grado d'incapacità lavorativa dell'assicurata esistente nel momento in cui le è stato comunicato che dal 1° luglio 2004 non avrebbe più percepito delle indennità giornaliere, ossia bisogna porsi a fine marzo 2004 (docc. A e B).

La scrivente Corte rileva che le conclusioni del dr. med. _____, il quale propende per un'inabilità del 100% anche in attività leggere, non sono determinanti, nella misura in cui, come visto, in ambito di assicurazioni sociali, il giudice deve tener conto del fatto che, nel dubbio, il medico curante attesta a favore del suo paziente. I due certificati medici agli atti vanno in effetti in questa direzione, nel senso che il medico non ha stilato un'anamnesi chiara e completa suffragata da esami clinici, ma si è limitato ad esporre la diagnosi e lo status dell'interessata, ponendo maggiormente l'accento sulle sue prospettive future in ambito lavorativo date le sue precarie condizioni di salute. Nel terzo certificato, datato tuttavia 16 aprile 2005, il medico evidenzia addirittura una malattia psichica che l'avrebbe portata, già nel corso dell'estate 2004, ad uno stato di depressione. Da

qui la necessità di seguire delle terapie antidepressive e dei colloqui psicoterapeutici, non senza dimenticare il persistere di concrete difficoltà nell'effettuare anche delle banali faccende di casa.

Il parere del reumatologo dr. med. _____, allestito poco tempo dopo il sopraggiungere della malattia, appare per contro più approfondito. Questo medico ha accuratamente esaminato l'anamnesi dell'assicurata, tutte le patologie presentate e, dopo aver posto la diagnosi ed effettuato diversi esami clinici, ha stabilito nel 50% la percentuale di abilità lavorativa dell'attrice nella sua precedente professione di cameriera ai piani, ritenendo una resa massima di tale entità.

Egli non ha riscontrato alcuna patologia psichica.

Anche la valutazione della dott. _____ della Clinica di riabilitazione di _____ attesta la totale inabilità lavorativa dell'attrice fino al 18 aprile 2004, ma afferma che vi può essere una ripresa del lavoro al 50% dal giorno successivo, auspicando che l'assicurata non abbia a che fare con pesi superiori a 2,5 kg.

Tutto ben ponderato, questo Tribunale ritiene pertanto che le constatazioni oggettive del dr. med. _____, specialista in materia, espresse nella sua veste di medico fiduciario di Y _____, siano complete, convincenti ed esaurienti.

La perizia reumatologica effettuata sull'interessata è pure accompagnata da uno specifico esame della funzionalità fisica dell'assicurata, con attinenza alla sua capacità fisica residua. A mente del TCA, le conclusioni del reumatologo dr. med. _____ che ha sia incontrato personalmente l'assicurata, sia preso visione di tutti gli atti dei medici interpellati dall'attrice e stabilito che dal mese di aprile 2004 la capacità lavorativa di XXX era del 50%, possono quindi essere definite chiare, complete ed attendibili.

Esse sono inoltre confermate nella sostanza dal referto della dott. _____, laddove entrambi i medici giungono all'esistenza di una capacità lavorativa del 50% nella precedente attività.

Di conseguenza, questa conclusione deve essere fatta propria da questo Tribunale. L'interessata va considerata parzialmente inabile al lavoro come cameriera ai piani dal 19 aprile 2004 nella misura del 50%.

- 2.9. Resta da verificare fino a quando l'attrice ha diritto ad indennità giornaliera per questa incapacità lavorativa ed in particolare se

dal 1° luglio 2004, ossia dopo comunicazione scritta e un periodo di attesa di tre mesi, l'assicuratore Y poteva sopprimere le indennità per perdita di guadagno, giudicandola abile al 100% in altre attività più adatte al suo stato di salute.

L'assicurata sostiene infatti che la ripresa di una qualsiasi altra attività lucrativa, seppure leggera e semplice, non sarebbe né prospettabile, né tanto meno concretizzabile, e per di più per un'occupazione a tempo pieno. A suo dire, occorrerebbe infatti verificare se dette altre attività sarebbero effettivamente ritenute eseguibili viste le sue condizioni di salute. L'interessata sostiene infatti che la tabella relativa alla sua capacità residua allestita dal dr. med. _____ sia solo ipotetica, non ritenendo in concreto possibile che possa sollevare e/o trasportare dei carichi superiori a 11 kg, e nemmeno da 45 kg. Ciò contrasterebbe nettamente con il certificato medico della clinica di riabilitazione, dove le è stato consigliato di svolgere attività con pesi non superiori ai 2,5 kg. Date la sintomatologia dolorosa e le limitazioni funzionali che insorgono quando è sottoposta a carico in posizione di ante-flessione e rotazione del tronco in modo ripetitivo e per un lungo periodo, il suo obbligo di ridurre il danno secondo l'art. 61 LCA non risulterebbe attuabile. La sua età e la minima formazione scolastica ricevuta la indirizzerebbero soltanto verso professioni legate a lavori manuali e pesanti, nello svolgimento delle quali dovrebbe comunque sollevare pesi superiori ai 2,5 kg massimi indicati dalla dottoressa _____, oppure assumere posizioni sconsigliate (anteflesse e/o con rotazione del tronco). In tal senso, la malattia che l'affligge la renderebbe *"sostanzialmente inabile al lavoro in qualsiasi professione realmente esigibile"* e conseguentemente impossibilitata ad ottenere un reddito uguale al precedente.

Per questi motivi, secondo l'interessata, una *"totale indennità giornaliera di malattia va di per sé ammessa sino alla scadenza della copertura assicurativa."*

Anche il dr. med. _____ si era espresso in questi termini, perorando la causa dell'attrice all'ottenimento di indennità totali per perdita di guadagno.

Mentre il medico fiduciario di Y _____, come visto, ha individuato una capacità lavorativa completa del 100% con un rendimento massimo del 100% sin dal 23 marzo 2004, precisando che il nuovo lavoro sarebbe dovuto essere adatto al suo stato di salute.

Va osservato che il TCA ha già avuto modo di decidere che una persona che non può sollevare più di 15 Kg, non può effettuare

movimenti ripetitivi né assumere posizioni corporee monotone per la durata di 1-2 ore circa (seduta o eretta); può comunque esercitare un'attività lavorativa quale operaia generica o aiuto magazziniere o nel settore della vendita (STCA del 21 gennaio 2001 nella causa L.O. di cui all'inc. n. 36.2000.134).

Valutati quindi tutti i rapporti medici agli atti, la scrivente Corte ritiene pertanto di potersi attenere e fare quindi affidamento sulle conclusioni tratte dal dr. med. _____, professionista specialista in reumatologia e medicina interna, che nel suo rapporto del 23 febbraio 2004 (doc. F) ha valutato al 100% l'abilità lavorativa dell'attrice in attività fisicamente meno impegnative.

Infatti, detto medico è stato completo e dettagliato nella sua diagnosi sull'assicurata. Egli ha pure approntato una tabella riassuntiva di tutte le attività che la stessa può ancora esercitare, specificando il grado della capacità fisica (residua) per ognuna di queste attività. La sua completezza contrasta con le affermazioni di carattere generale pronunciate dal medico curante dell'attrice.

Si può quindi senz'altro ritenere - senza far riferimento alla difficoltà concreta di reperimento di posti di lavoro dovuta all'eccedenza della domanda, difficoltà che viene assicurata dall'assicurazione contro la disoccupazione e non dall'assicurazione contro le malattie (DTF 110 V 276 consid. 4c; RCC 1991 pag. 332 consid. 3b; OMLIN, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Friburgo 1995, pag. 83) - che l'attrice sia effettivamente in grado - come sostenuto da Y - di mettere a frutto la sua capacità lavorativa residua in attività professionali più leggere da un profilo dell'impegno fisico rispetto a quella originariamente esercitata.

- 2.10. L'assicuratore ha effettuato il calcolo del reddito che l'interessata potrebbe conseguire mettendo a profitto la propria capacità lavorativa residua totale. Considerando sia quanto riscontrato dal suo medico di fiducia sia le obiezioni sollevate dall'assicurata, Y ha respinto le affermazioni dell'attrice ed ha spiegato (doc. XIV) che la fissazione del grado d'incapacità di guadagno discende da un calcolo puramente matematico basato sulla tabella TA1 (settore privato) per salari medi realizzabili da una donna in attività semplici e ripetitive, edita nel 1998 dall'Ufficio federale di statistica. Ritenuto un guadagno lordo annuo di Fr. 42'900.- ([Fr. 3'330.- al mese + Fr. 275.- tredicesima] x 12 mesi) ed una perdita di guadagno dovuta a malattia di non oltre Fr. 21'450.- all'anno, il danno residuo va calcolato considerando un

salario medio delle donne di Fr. 3'505.- al mese, ossia di Fr. 40'060.- annui che, adattati alla nota deduzione del 25%, dà un reddito realizzabile in un'attività a tempo pieno di almeno Fr. 31'545.-. Ciò comporta che l'assicurata potrebbe conseguire un salario lordo annuo di almeno Fr. 10'726.- (Fr. 893,85 al mese x 12 mesi), in modo da ridurre al di sotto del 25% il guadagno con l'ultima attività svolta, cosicché non vi sarebbe più spazio per erogare delle prestazioni d'indennità giornaliera secondo l'art. 13 CGA.

L'obbligo dell'assicurata di mettere a frutto la sua residua capacità lavorativa in altri ambiti lavorativi discende dall'art. 61 LCA (il cui titolo marginale è "obbligo di salvataggio"), che dispone quanto segue:

"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."

Il Tribunale federale, in una sentenza del 23 ottobre 1998 nella causa E., Inc. 5C.176/1998, ha osservato al proposito quanto segue:

"(...) 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. (...)" (STF cit. consid. 2c; cfr. anche STF del 8.1.2001 nella causa S., 5C.211/2000, consid. 4d)

Dunque, anche nell'ambito dell'assicurazione d'indennità giornaliera sottoposta alla LCA, in applicazione del principio

secondo cui l'assicurato deve fare tutto quanto da lui esigibile per ridurre lo scapito economico derivante dal danno alla salute, questi deve sfruttare la sua residua capacità lavorativa in attività diverse da quella esercitata al momento del verificarsi del danno alla salute.

- 2.11. Per quanto concerne l'importo del reddito ipotetico da invalido da porre alla base del calcolo, va rammentato che in una sentenza resa in ambito LAINF (DTF 128 V 174 seg.), il TFA ha stabilito che per il raffronto dei redditi ipotetici fa stato il momento dell'inizio dell'eventuale diritto alla rendita (e non quello della comunicazione dell'assicuratore LCA o della decisione su opposizione della Cassa malati dell'interruzione dei versamenti).

Tale principio è stato poi esteso anche all'assicurazione per l'invalidità (STFA inedita del 26 giugno 2003 nella causa R., consid. 3.1, I 600/01; DTF 129 V 222 = SVR 2003 IV Nr. 24; STFA del 18 ottobre 2002 nella causa L., consid. 3.1, I 761/01 pubblicata in SVR 2003 IV Nr. 11; STFA del 9 agosto 2002 nella causa S., consid. 3.1, I 26/02 e cfr. anche STFA inedita del 13 giugno 2003 nella causa G., consid. 4.2, I 475/01).

A mente del TCA, questo criterio deve valere anche in materia di assicurazione contro le malattie e nell'ambito delle prestazioni rette dalla LCA.

In concreto, l'eventuale diritto all'indennità giornaliera sulla base del confronto dei redditi è iniziato il 1° luglio 2004, ossia al termine del periodo di tre mesi entro il quale l'assicurata avrebbe dovuto trovare un lavoro adeguato alla propria capacità lavorativa (doc. C). Perciò vanno considerati i dati concernenti l'anno 2004.

Per quanto attiene alla commisurazione dell'invalidità, giova ricordare che l'invalidità, concetto essenzialmente economico, si misura in base alla riduzione della capacità di guadagno e non secondo il grado di menomazione dello stato di salute.

D'altro canto, poiché l'incapacità di guadagno ha un'importanza unicamente nella misura in cui dipende da un danno alla salute, la determinazione del grado d'invalidità presuppone dapprima degli adeguati accertamenti medici che rilevino l'esistenza del danno in questione.

L'invalidità, proprio perché concetto essenzialmente economico, si misura raffrontando il reddito che l'assicurato avrebbe potuto conseguire se non fosse divenuto invalido con quello che egli

può tuttora o potrebbe realizzare, benché invalido, sfruttando la residua capacità lavorativa in attività da lui ragionevolmente esigibili, in un mercato del lavoro equilibrato, dopo l'adozione di eventuali provvedimenti integrativi (DTF 130 V 343).

Il grado di invalidità viene perciò valutato, in quest'ottica, prendendo in considerazione l'intero mercato del lavoro: all'assicurato andrà comunque concesso un periodo di adattamento la cui durata dipenderà dalle peculiarità di ogni caso concreto (DTF 114 V 287 consid. 3d; DTF 111 V 239 consid. 1b e 2a; RAMI 1987 pag. 105 segg.).

Il TFA ha più volte ritenuto adeguati dei periodi d'adattamento varianti dai tre ai cinque mesi (DTF 111 V 239 consid. 2a e giurisprudenza ivi citata; RAMI 1987 pag. 108; RAMI 1994 pag. 113 segg.).

In concreto, il 18 (doc. 21) rispettivamente il 24 marzo 2004 (doc. A) l'assicuratore ha informato l'attrice che le avrebbe versato le indennità giornaliere ancora fino al 30 giugno 2004. Y le ha così concesso un termine di tre mesi per la ricerca di un'attività adeguata alle sue condizioni di salute.

Tale agire appare ossequioso della giurisprudenza federale emessa in applicazione della LAMal dal Tribunale federale delle assicurazioni.

In questo contesto è opportuno rammentare che l'assicurato che, incapace al lavoro 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; DTF 111 V 239 consid. 2a; DTF 101 V 145; RAMI 1987 pag. 106 consid. 2; STFA del 28 gennaio 1994 nella causa S., non pubblicata).

- 2.12. Nella fattispecie, le CGA relative all'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera prevedono che l'obbligo contributivo dell'assicuratore presuppone un'incapacità lavorativa dovuta a malattia attestata dal medico di almeno il 25%. In tal caso, l'indennità giornaliera è corrisposta in proporzione al grado dell'incapacità lavorativa stessa (art. 13 CGA).

Bisogna dunque determinare l'importo del reddito ipotetico che l'assicurata potrebbe conseguire da invalida e porlo alla base del calcolo del danno residuo, facendo capo alla giurisprudenza del

TFA applicata in via analogica al caso di specie sottoposto alla LCA.

La giurisprudenza federale relativa alla fissazione del reddito da invalido è stata oggetto di una completa verifica da parte del Tribunale federale delle assicurazioni (cfr., a tale proposito, D. Cattaneo, *Novità e tendenze legislative e giurisprudenziali nel campo delle assicurazioni sociali*, in: RDAT II-2001, pag. 593 segg. (pagg. 602-606)).

La determinazione di tale reddito può essere ricavata dai rilevamenti statistici ufficiali, editi dall'Ufficio federale di statistica, che si riferiscono agli stipendi medi nelle principali regioni e categorie di lavoro (DTF 126 V 76 consid. 3b/bb; RCC 1991 pag. 332 consid. 3c; RCC 1989 pag. 485 consid. 3b).

Nell'evenienza concreta, vista anche la recente giurisprudenza del TFA in materia (STFA del 13 giugno 2003 nella causa G., I 475/01) possono essere ritenuti i salari lordi statistici relativi al Canton Ticino.

Va a questo proposito rilevato che in una sentenza del 5 giugno 2003 nella causa B. (Inc. n. 35.2003.6), il TCA ha inoltre sottolineato come il TFA, che ha posto il principio della priorità dei dati statistici nazionali rispetto a quelli regionali, in alcune sue pronunzie ha confermato il reddito da invalido fissato sulla base di valori regionali.

Ad esempio, nelle sentenze del 30 novembre 2001 nella causa R., I 226/01 e del 20 novembre 2002 nella causa D., I 764/01, l'Alta Corte ha valutato il reddito da invalido facendo capo al valore afferente al Cantone Ticino, rispettivamente, alla regione lemanica.

In un'altra sentenza sempre del 13 giugno 2003, il TFA ha inoltre ricordato che "(...) le circostanze del caso concreto determinano quale sia la tabella da applicare nel caso esaminato. È pertanto ammissibile ad esempio applicare la tabella TA7, che indica i valori per una determinata attività, se così facendo è possibile determinare in maniera più precisa il reddito da invalido (in proposito si veda anche il consid. 4c non pubblicato in DTF 128 V 174).

Questa Corte, come detto, ha pure ritenuto non criticabile applicare la tabella TA13, che riferisce dei salari in relazione alle grandi regioni (STFA del 13 giugno 2003 nella causa G., I 475/01, consid. 4.4.).

Il TFA ha ancora ribadito questi concetti in una recente sentenza del 20 aprile 2004 nella causa K., I 871/02, consid. 6.3.

Su questi argomenti, cfr. D. Cattaneo, La promozione dell'autonomia del disabile: esempi scelti dalle assicurazioni sociali, in: RDAT II-2003, pagg. 618-621.

- 2.13. In ossequio alla più recente giurisprudenza federale, occorre dunque, in assenza di dati salariali concreti, basarsi sui valori statistici e, concretamente, sull'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari.

Conformemente alla prassi di questa Corte, secondo cui la priorità deve essere attribuita ai valori statistici regionali (rispetto a quelli raccolti a livello nazionale), tornano applicabili i dati afferenti al Ticino contenuti nella tabella TA13.

Secondo i dati del 2002 (ultima edizione disponibile della tabella edita dall'Ufficio federale di statistica sull'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari), il salario lordo mediamente percepito in quell'anno riportato su una media di 41,7 ore settimanali (cfr. per questo aspetto, STFA del 21 luglio 2003 nella causa D., I 203/03, consid. 4.4 e "La vie économique 4-2005", Tabella B 9.2 pag. 86) per un'attività leggera e ripetitiva (ossia il livello 4 di qualificazione) nel settore privato nel Cantone Ticino corrisponde a Fr. 51'266.- (Fr. 4'098.- : 40 x 41,7 x 12) per gli uomini ed a Fr. 40'945.- (Fr. 3'273.- : 40 x 41,7 x 12) per le donne (cfr. Tabella TA 13 settore privato).

Per il caso in esame, per calcolare il reddito da invalida di XXX sulla base dei recenti citati dati statistici, si deve partire da un salario lordo di Fr. 40'945.- percepito dalle donne nel 2002 nel settore privato per 41,7 ore settimanali di lavoro.

Conformemente alla giurisprudenza federale (DTF 126 V 81 consid. 7a), adeguando questo importo in base all'indice dei salari nominali si ottiene per il 2003 un salario lordo medio ipotetico pari a Fr. 41'623.- (Fr. 40'945.- : 2296 (indice dei salari nominali nel 2002) x 2334 (nel 2003)) (cfr. "La vie économique 4-2005", Tabella B 10.3 pag. 87).

Dovendo porsi al momento in cui l'assicurata dovrebbe ricevere delle indennità per perdita di guadagno (luglio 2004), il reddito da invalida deve essere aggiornato al 2004. Tuttavia, il dato relativo all'indice dei salari nominali e reali per il 2004 non è ancora disponibile, per cui occorre riferirsi al dato, certo parziale, ma comunque indicativo, rappresentato dalla variazione percentuale dei salari in termini nominali fra i primi tre trimestri del 2004 in rapporto ai primi tre trimestri del 2003, secondo un tasso evolutivo dello 0,8% (cfr. "La vie économique 4-2005", Tabella B

10.2 pag. 87). Ne discende che, tenuto conto del rincaro applicabile all'anno 2004, il salario da invalido ascrivibile all'attrice va fissato in Fr. 41'956.- ((Fr. 41'623.- x 0,8 : 100) + Fr. 41'623.-).

Di conseguenza, siccome si devono sempre paragonare i dati relativi ai salari dello stesso anno, anche il reddito da valida conseguito dall'attrice deve essere aggiornato al 2004. Nelle more istruttorie il TCA (doc. XVIII) ha interpellato l'ex datore di lavoro per conoscere il salario che l'assicurata avrebbe guadagnato nel 2004 se avesse continuato a lavorare senza la malattia. Esso ha indicato un salario lordo uguale a quello dell'anno precedente, ossia pari a Fr. 42'900.- (doc. XXI), da porre a base del calcolo della capacità di guadagno dell'attrice.

Va ancora rammentato, che la questione a sapere se e in quale misura i salari fondati su dati statistici debbano essere ridotti dipende dall'insieme delle circostanze personali e professionali del caso concreto (limitazione addebitabile al danno alla salute, età, anni di servizio, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione), criteri questi che l'amministrazione è tenuta a valutare globalmente (DTF 126 V 80 consid. 5b/bb). Il TFA ha precisato, al riguardo, come una deduzione globale massima del 25% del salario statistico permettesse di tener conto delle varie particolarità suscettibili di influire sul reddito del lavoro. Inoltre, chiamato a pronunciarsi sulla deduzione globale, la quale procede da una stima che l'amministrazione deve succintamente motivare, il giudice non può senza valido motivo sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione (DTF 126 V 80 consid. 5b/cc).

Il TFA, in una sentenza del 6 gennaio 2004 nella causa L., U 107/03, ha ammesso una deduzione globale del 10%, trattandosi di un assicurato frontaliere, nato nel 1945 che, a causa del danno infortunistico all'occhio sinistro, era stato giudicato in grado di svolgere a tempo pieno delle professioni sostitutive non necessitanti di una vista stereoscopica.

La stessa Corte federale, in una pronuncia del 21 ottobre 2003 nella causa M., U 102/00, ha operato una decurtazione del 15%, trattandosi di un ventinovenne frontaliere che, in ragione del danno infortunistico, presentava degli impedimenti anche nell'esercizio di un'attività adeguata e necessitava di introdurre frequenti pause nell'arco della giornata lavorativa.

Da parte sua, il TCA, in una sentenza del 4 settembre 2003 nella causa P., Inc. n. 35.2003.21, cresciuta in giudicato, ha operato una riduzione del 20% sul reddito da invalido, trattandosi di una

ballerina di night-club - di nazionalità straniera e completamente priva di esperienza sul mercato del lavoro svizzero, perlomeno su quello "ordinario" - che presentava una capacità lavorativa limitata al 70% anche in attività confacenti alle sue condizioni di salute. Ancora recentemente questo TCA ha giudicato opportuna - e l'ha conseguentemente ritenuta nel suo calcolo della capacità di guadagno dell'interessato - la riduzione del 19% praticata da una Cassa malati su un assicurato di nazionalità italiana nato nel 1950 (STCA del 1° settembre 2004 nella causa L., Inc. n. 36.2003.75), rispettivamente del 18% su un assicurato italiano del 1956 (STCA del 9 dicembre 2004 nella causa N.L., Inc. n. 36.2004.49).

L'assicurata non contesta comunque la percentuale di riduzione ritenuta da SWICA (cfr. anche STFA del 28 agosto 2003 nella causa C., U 35/00; STCA del 4 settembre 2003 nella causa P., inc. n. 35.2003.21). In queste circostanze, il TCA ritiene quindi corretto, visti gli impedimenti fisici, l'età, la nazionalità ed il grado di scolarità dell'interessata, procedere ad una riduzione del 25%. Partendo quindi da un salario da invalida rivalutato di Fr. 41'956.- e ritenuta un'esigibilità del 100% in altre attività, ammettendo la predetta riduzione del 25%, nell'anno 2004 il reddito ipotetico dell'attrice risulta quindi essere pari a Fr. 31'467.- (Fr. 41'956.- - (Fr. 41'956.- x 25 : 100)).

Confrontando ora questo dato con l'ammontare di Fr. 42'900.- corrispondente al reddito che l'assicurata avrebbe conseguito da valida nell'anno 2004, emerge un'incapacità al guadagno pari al 26,65% ((Fr. 42'900.- - Fr. 31'467.-) x 100 : Fr. 42'900.-) che, in virtù della nuova giurisprudenza (DTF 130 V 121), deve essere arrotondata al 27%.

Poiché questa incapacità al guadagno (ossia il danno residuo o grado d'invalidità, da non confondere con la nozione d'incapacità al lavoro), determinata confrontando il reddito conseguito nel 2004 con il reddito che l'assicurata avrebbe potuto percepire nel 2004 se non fosse intervenuta la malattia, risulta essere del 27% e quindi superiore al grado del 25% richiesto dalle CGA, Y non poteva interrompere il versamento all'attrice delle indennità giornaliere dovute alla sua malattia dal 1° luglio 2004.

Ciò comporta che l'attrice ha diritto di beneficiare di indennità giornaliera nella misura del 27%. Infatti, conformemente all'art. 13 CGA (cfr. consid. 2.4.), se l'inabilità lavorativa è almeno pari al 25%, l'assicuratore versa un'indennità giornaliera in proporzione al grado dell'inabilità lavorativa. Data, in concreto, una capacità lavorativa del 50% nella sua precedente attività di

cameriera ai piani (e meglio una possibile resa del 50% nell'ambito dell'intera giornata di lavoro come attestato dal dott. _____, doc. 19 pag. 3), Y dovrà versare all'attrice delle indennità per perdita di guadagno corrispondenti al 27% per il periodo di residua vigenza del contratto (cfr. 2.14).

- 2.14. Il diritto alla copertura assicurativa per i singoli assicurati e quindi alla percezione delle 730 indennità si estingue, fra le altre cause, con l'uscita della persona interessata dall'azienda assicurata (art. 39 CGA).

Ora, il 3 maggio 2004 (doc. K) il datore di lavoro ha comunicato all'attrice la disdetta del contratto di lavoro con effetto al 31 luglio 2004. Ciò significa che dal 1° agosto 2004 **XXX** non ha più diritto a percepire delle indennità per perdita di guadagno.

Tuttavia, le stesse CGA prevedono le conseguenze del caso in cui un assicurato lasci il servizio del suo attuale datore di lavoro. In tale evenienza, l'assicurato residente in Svizzera ha il diritto di passare all'assicurazione individuale. La richiesta di questo passaggio deve essere inoltrata per iscritto entro 90 giorni (art. 40 CGA).

Lo stipulante (in questo caso il datore di lavoro dell'attrice) è tenuto ad informare tempestivamente l'assicurata che lascia la ditta sul diritto e sul termine da rispettare per il passaggio all'assicurazione individuale (art. 41 CGA).

L'assicurazione individuale inizia un giorno dopo l'uscita dalla cerchia delle persone assicurate (art. 42 CGA).

In caso di passaggio vengono concesse le prestazioni assicurate precedenti, sempre che siano adeguate alla nuova situazione. A richiesta dell'assicurato il periodo d'attesa può essere prolungato o diminuito. Non è possibile una riduzione del periodo d'attesa a meno di 30 giorni. Valgono le condizioni e le tariffe dell'assicurazione individuale vigenti al momento del passaggio. Determinanti per la continuazione dell'assicurazione sono l'età e lo stato di salute al momento dell'affiliazione all'assicurazione collettiva (art. 43 CGA).

Se al momento del passaggio la persona assicurata è inabile al lavoro, le indennità giornaliere già pagate in base al contratto precedente vengono incluse nel calcolo della durata delle prestazioni dell'assicurazione individuale. Le prestazioni dell'assicurazione individuale per l'inabilità al lavoro sussistente già al momento del passaggio vengono addebitate all'assicurazione collettiva (art. 44 CGA).

Il 16 luglio 2004 (doc. Xbis) l'attrice ha chiesto all'assicuratore di inviarle i formulari per il passaggio all'assicurazione individuale per perdita di guadagno e Y ha confermato la tempestività di questa intenzione in virtù dell'art. 40 CGA, siccome formulata entro 90 giorni dalla rescissione del contratto di lavoro. In data 22 luglio 2004 (doc. 46) l'assicuratore ha trasmesso all'attrice la proposta di libero passaggio, contemplante un premio mensile di Fr. 282,95 ed un'indennità giornaliera di Fr. 94.- (doc. 47).

L'interessata non ha tuttavia beneficiato di questo suo diritto di passaggio (doc. XXIII).

Pertanto, siccome l'assicurata *non* è rimasta vincolata a titolo personale all'assicuratore in questione anche *dopo* il 31 luglio 2004, il contratto assicurativo in essere termina per l'attrice a fine di quel mese e le pretese qui fatte valere si riferiscono al solo mese di luglio 2004.

- 2.15. In merito al mancato passaggio all'assicurazione individuale, va evidenziato come, nelle more della procedura, la rappresentante dell'attrice ha comunicato (doc. XXV lettera 28 aprile 2005) al TCA che:

"(...) È al riguardo emerso che il formulario in questione, regolarmente sottoscritto dalla signora **XXX** e da questa ritornato il 02.08.2004 alla scrivente sua rappresentante, si era "attaccato" ad altro documento, restando del tutto nascosto. Si ritorna oggi stesso il formulario (cfr. copia allegata) alla Y, unitamente a copia di queste osservazioni, chiedendo l'ammissione alle coperture assicurative. Beninteso, la xxx assumerà le eventuali conseguenze derivanti dall'errore pur inconsapevolmente commesso."

Dal canto suo, Y (doc. XXVII) con scritto del successivo 3 maggio 2005 ha preso posizione nei seguenti termini:

"(...) A tale riguardo le posso comunicare che la SWICA ritiene palesemente tardiva la richiesta di passaggio del 28.4.05 e tale ritardo ingiustificato ai sensi dell'art. 45 LCA. Per tale motivo, e vista anche la procedura giudiziaria in corso, la Y non intende entrare nel merito della vostra richiesta di ammissione retroattiva in via extra-giudiziale. Lasciamo pertanto che sia il competente Tribunale Cantonale delle Assicurazioni di Lugano, nell'ambito della vertenza in corso, a decidere in merito alla tempestività della richiesta di passaggio trasmessaci in data 28.4.05."

L'art. 45 LCA, che tratta della violazione del contratto senza colpa, così recita al capoverso 3:

"Quando il contratto o la presente legge vincoli l'esistenza di un diritto derivante dall'assicurazione all'osservanza di un termine lo stipulante o l'avente diritto può compiere l'atto omesso senza colpa non appena l'impedimento sia tolto."

Nel caso concreto è tema di inosservanza del termine di 90 giorni per il passaggio dalla copertura collettiva al contratto a titolo individuale per perdita di guadagno. Qualora questa omissione di tempestiva comunicazione della volontà di passaggio alla copertura individuale non dipenda da colpa dello stipulante, questi potrebbe riferirsi all'art. 45 cpv. 3 LCA. L'assicurato deve però rendere verosimile con motivi giustificativi che durante tutto il periodo determinante è stato impedito di far fronte ai propri doveri e, non appena detti contrattempi sono scomparsi, provvedere immediatamente all'atto omesso (NEF, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basilea 2001, n. 25 ad art. 45 LCA, pag. 732).

Inoltre all'assicurato non deve poter essere formulato alcun rimprovero per il suo comportamento (NEF, op. cit., n. 12 ad art. 45 LCA, pag. 726) ed al medesimo incombe l'onere di provare (art. 8 CC) la sua non colpevolezza per il ritardo e la presenza di un caso di forza maggiore che lo possa discolorare (NEF, op. cit., n. 13 ad art. 45 LCA, pag. 726 seg.; RUA XVII n. 33 in: CARRÉ, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Losanna 2000, pag. 318 ad art. 45 LCA).

La giurisprudenza prevede che, a dipendenza delle circostanze, l'inosservanza di un termine legale o contrattuale non è dovuto a colpa dell'assicurato se, per ragioni obiettive e non imputabili al debitore, l'avente diritto è stato impedito di procedere, entro il termine concessogli, al versamento del premio scaduto (DTF 115 II 88). In una sentenza DTF 84 II 556 il Tribunale federale ha inoltre considerato che pure delle ragioni soggettive possono entrare in linea di conto quale motivi giustificativi, come per esempio la malattia, l'impossibilità di procurarsi delle pezze giustificative, il comportamento dell'assicuratore, dei suoi agenti o funzionari amministrativi.

In concreto, per poter beneficiare del diritto di passaggio all'assicurazione a titolo individuale per perdita di guadagno, entro 90 giorni dalla cessazione del contratto collettivo, l'attrice doveva trasmettere all'assicuratore l'apposito formulario di richiesta (doc. XXVbis). La trasmissione del documento non è avvenuta poiché, come rilevato dalla rappresentante della signora **XXX**, il formulario si era "attaccato" ad altro documento. Ora, è soltanto a causa del comportamento della rappresentante dell'assicurata che questa non ha potuto validamente passare all'assicurazione individuale. Alla base del ritardo nel far valere il proprio diritto di passaggio non vi sono infatti validi motivi

oggettivi, di salute o di forza maggiore riconducibili all'interessata. Pertanto, il suo diritto di beneficiare delle indennità giornaliere si estingue al 31 luglio 2004, ossia con la cessazione del contratto collettivo. L'argomentazione adottata in concreto non può essere ritenuta in questa sede quale valido motivo giustificativo del ritardo e non permette quindi all'assicurata di far valere diritti ulteriori nei confronti dell'assicuratore. L'attrice potrà semmai far valere, nelle opportuni sedi civili e laddove necessario, i suoi diritti nei confronti del rappresentante a ragione dell'omessa trasmissione.

- 2.16. In esito alle considerazioni che precedono, la petizione deve pertanto essere parzialmente accolta ed all'attrice è riconosciuta un'indennità per perdita di guadagno nella misura del 27% della sua capacità lavorativa del 50% per il mese di luglio 2004.

L'assicurata, rappresentata da un legale, ha diritto a ripetibili.

- 2.17. Secondo l'art. 47 cpv. 4 LSA, i tribunali svizzeri devono trasmettere gratuitamente all'autorità di sorveglianza una copia di tutte le sentenze civili concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione. Alla luce della LSA e dello scritto dell'UFAP, s'impone la notifica anche della presente sentenza all'autorità di sorveglianza.

- 2.18. L'art. 43 della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (OG) prevede il ricorso per riforma al Tribunale federale per violazione del diritto federale. L'OG contempla in particolare la possibilità di adire il Tribunale Federale contro giudizi cantonali (art. 48 OG) in procedure di carattere non pecuniario in ambiti specifici (art. 44 OG). Rispettivamente è ammissibile il ricorso per riforma in procedure pecuniarie in specifici ambiti del diritto senza riguardo al valore pecuniario (art. 45 OG).

L'art. 46 OG precisa che

"Nelle cause civili per altri diritti di carattere pecuniario, il ricorso per riforma è ammissibile solo quando, secondo le conclusioni delle parti, il valore litigioso davanti all'ultima giurisdizione cantonale raggiungeva ancora 8'000 franchi almeno."

In concreto, sono dati i presupposti per impugnare il presente giudizio mediante ricorso per riforma al Tribunale Federale di Losanna, poiché la pretesa della ricorrente è riferita ad indennità piene da versare sino ad esaurimento delle prestazioni (730 indennità, di cui solo parte beneficate tra il 4 novembre 2003 ed il 30 giugno 2004) con un valore di causa superiore a Fr. 8'000.-.

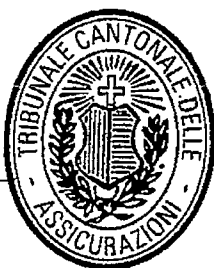
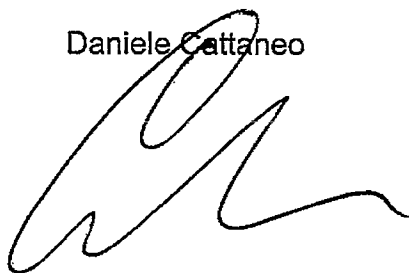
Per questi motivi

dichiara e pronuncia

1. La petizione è **parzialmente accolta**.
 - 1.1. Di conseguenza, la copertura assicurativa derivante dal contratto collettivo per perdita di guadagno stipulato fra l'ex datore di lavoro e la convenuta termina al 31 luglio 2004.
 - 1.2. In virtù di questo contratto, l'attrice ha diritto di percepire delle indennità per perdita di guadagno al 27% dal 1° al 31 luglio 2004.
2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. Y Assicurazione malattia SA verserà a **XXX** Fr. 1'000.- a titolo di ripetibili ridotte (IVA inclusa).
3. Contro il presente giudizio è dato ricorso per riforma al Tribunale federale di Losanna ai sensi degli artt. 43 segg. della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (OG).
4. Intimazione alle parti e all'UFAP.

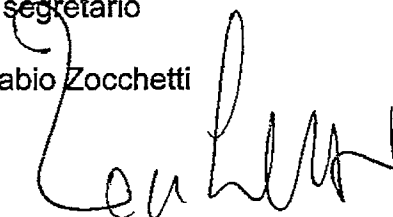
Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Daniele Cattaneo



Il segretario

Fabio Zocchetti



INTRAZIONE
10 GIU. 2005
T. 1000/05
P. 1000/05