

Raccomandata

Incarto n.

36.2005.144

Lugano

15 novembre 2006

CS

In nome
della Repubblica e Cantone
Ticino

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni

composto dei
giudici:

Daniele Cattaneo, presidente,
Raffaele Guffi, Ivano Ranzanici

con redattore:

Christian Steffen, vicecancelliere

segretario:

Fabio Zocchetti

statuendo sulla petizione del 1° ottobre 2005 di

XXXX,
rappr. da: XXXX,

contro

Y, organizzazione sanitaria
rappr. da: lic. iur. Danilo Clematide, Y Assicurazione malattia
SA

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. XXXX, nato il 12 marzo 1960, di professione operaio manutentore/autista presso un Istituto scolastico, è assicurato contro la perdita di guadagno in caso di malattia presso Y nell'ambito del contratto collettivo del suo datore di lavoro.

In seguito ad una malattia (sindrome lombovertebrale cronica e coxartrosi bilaterale a prevalenza sinistra), l'interessato è stato dichiarato inabile al lavoro al 100% dal proprio medico curante a partire dal 1.7.2004.

L'assicuratore ha inizialmente versato le indennità pattuite.

Dopo aver sottoposto XXXX, in data 30 settembre 2004, ad una visita medica fiduciaria ad opera del Dott. med. _____, FMH medicina interna (doc. 21), Y, con lettera del 22 ottobre 2004, ha informato l'assicurato che le prestazioni sarebbero state ridotte al 50% dal 31 gennaio 2005, in funzione della capacità lavorativa residua in un'attività confacente al suo stato di salute (lavori d'ufficio, sorvegliante o autista) e dell'impossibilità di una futura ripresa lavorativa nella professione di bidello (doc. 25). Le prestazioni sono poi state versate fino al 28 febbraio 2005 (doc. A 17).

Con il 1. marzo 2005 l'interessato è passato nell'assicurazione individuale (doc. 8).

L'11 marzo 2005 l'assicuratore ha fatto allestire un referto ad opera del dr. med. _____, specialista FMH in reumatologia (doc. 22). Sulla scorta delle conclusioni dell'esperto, che ha giudicato l'interessato abile al lavoro nella misura del 100% con un rendimento al 100% a partire da subito in un'attività che tiene pienamente conto della capacità funzionale residua, Y ha informato l'assicurato della cessazione del versamento di ulteriori prestazioni dal 28 febbraio 2005.

Con scritto 9 settembre 2005 Y, dopo aver diffidato XXXX a versare i premi dell'assicurazione individuale, ha stralciato la copertura assicurativa a causa del mancato pagamento dei contributi assicurativi, informando l'interessato di non potersi assumere le prestazioni dal 01.03.2005 (doc. 38).

- 1.2. Con un atto intitolato "*ricorso*" (recte: petizione) e datato 1° ottobre 2005, completato, su ingiunzione del Giudice delegato, in data 20 ottobre 2005 (con titolo: "*petizione*"), l'assicurato, rappresentato dall'XXXX, ha chiesto la condanna di Y al pagamento di ulteriori indennità giornaliere dal 01.03.2005, nonché l'allestimento di una perizia neutra (doc. I e III). Egli ha in particolare affermato:

"il signor XXXX, nostro assistito è stato licenziato in data 28.06.2004 dal di . Era stato assunto in data 01.08.1997, in seguito alla cessazione dell'attività della precedente ditta, la IDI

_____ di _____. In data 01.07.2004 il signor XXXX ha annunciato alla Y Assicurazione un'inabilità lavorativa al 100%. In base alla disposizioni del Co la disdetta, essendo la stessa recapitata al mittente in data 01.08.2005 e quindi da reputare come tardiva e con decorrenza 01.09.2004, è sospesa per un periodo di 180 giorni (sette anni di attività presso la ditta) e ricomincia a decorrere dal 01.03.2005 per un periodo di due mesi, con conseguente fine del rapporto di lavoro in data 30.04.2005. Il signor XXXX è stato inviato a visita medica di controllo dal Dr. _____, medico fiduciario della Y, il quale statuiva che il nostro assistito era inabile al lavoro al 100% sino al 31.01.2005 ed abile in altra professione. Avendo il nostro sindacato comunicato alla Y che il signor **XXXX** non era in grado di riprendere l'attività lavorativa in qualsiasi altra professione, la Y ha inviato il signor **XXXX** a visita dal Dr. _____, specialista in medicina interna e reumatologica, in cui si riconfermava la precedente decisione e più precisamente che il signor XXXX era abile al lavoro al 100% in altra professione. In data 27.05.2005 la Y riconfermava la cessazione del versamento dell'indennità al 01.03.2005, decisione riconfermata in data 11.07.2005 dalla Y, in base alle richieste dell'XXXX di _____ di rivedere la decisione, visto il reale stato di salute del signor XXXX. Il signor **XXXX** aveva usufruito della possibilità del libero passaggio dal 01.03.2005, da parte della Y, tuttavia non percependo l'inabilità lavorativa, non è stato in grado di versare il premio, più volte sollecitato dalla Y, con conseguente annullamento della polizza. In merito osserviamo tuttavia che se il caso di malattia fosse proseguito, il signor **XXXX** avrebbe avuto diritto a percepire l'indennità giornaliera senza dover pagare il premio, in quanto il caso di malattia è avvenuto prima della fine del rapporto di lavoro. Infatti per la malattia in atto la copertura sussisteva sino alla guarigione od al massimo per 730 giorni. Essendo il signor XXXX sempre stato dichiarato inabile al 100% in qualsiasi attività, l'XXXX ha ritenuto non corretta la decisione della Y di sospendere le prestazioni. A sostegno della nostra presa di posizione e del relativo inoltro della petizione al vostro Lodevole Tribunale si osserva quanto segue: la diagnosi parla di disabilità motoria in coxartrosibilaterale, a sinistra di grado avanzato, lombalgia cronica in spondilartrosi con discopatia lombare, ipertensione arteriosa, dislipidemia, stato ansioso depressivo reattivo. Il medico curante, medico specialista chirurgo in medicina interna conferma che il nostro assistito deve sottoporsi ad intervento all'anca sinistra e che le affezioni limitano notevolmente le attività della vita quotidiana. Preso atto che la Y ha inviato il nostro assistito a visita da un medico specialista in reumatologia, riteniamo la presente petizione opportuna, ritenendo che per una corretta valutazione della capacità residua di abilità lavorativa, si debba far capo ad un medico ortopedico, sicuramente in grado di valutare, in base a i referti radiografici, di stabilire l'effettiva capacità lavorativa. Da parte dell'XXXX si riafferma che il nostro assistito è inabile al lavoro al 100% in qualsiasi attività. La vertenza con la Y è dovuta al fatto che la stessa si sia sempre rifiutata ad inviare il nostro assistito a visita da uno specialista che sia inerente alla diagnosi di cui soffre il signor XXXX. Sia l'ospedale di _____ di _____ conferma detta diagnosi con necessità di intervento chirurgico.

La petizione è quindi opportuna, in quanto lo stato di salute ha avuto un evidente peggioramento con conseguente necessità di intervento chirurgico.

Si riconferma in detta sede che abbiamo inoltrato domanda di AI, sia per una riqualifica, sia per rendita, questo in base alle risultanze che l'AI determinerà nel valutare il caso.

Per i motivi esposti dettagliatamente, si ritiene la presente petizione osservante dei requisiti di cui all'articolo 1° cpv. 1 della legge di procedura per i ricorsi al Tribunale Cantonale delle Assicurazioni. **E'** doveroso riconoscere che la petizione trasmessa in precedenza non era sufficientemente esaustiva del gravame presentato da parte del l'XXXX.

Riteniamo con il presente scritto di aver ossequiato alle richieste presentate da codesto Lodevole Tribunale e chiediamo che lo stesso si pronunci sulla nostra petizione, dichiarando la presente petizione ricevibile." (doc. I)

- 1.3. Con risposta del 14 novembre 2005 l'assicuratore propone in via principale che la petizione sia dichiarata irricevibile a causa dell'incompetenza territoriale di questo Tribunale, in via principale che la petizione sia respinta (doc. V).
- 1.4. Pendente causa le parti hanno trasmesso ulteriore documentazione sulla quale hanno preso posizione (doc. VI e seguenti). Il TCA ha richiamato l'incarto AI dell'attore ed ha effettuato numerosi accertamenti. Le parti hanno potuto esprimersi in merito (doc. XVIII-XLIII).

in diritto

In ordine

- 2.1. Secondo quanto disposto dall'art. 1 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. Le assicurazioni complementari offerte dalle casse malati sono rette dal diritto privato ed in particolare, in applicazione dell'art. 12 cpv. 3 LAMal, dalla legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA).

Giusta l'art. 85 cpv. 2 della nuova legge federale sulla sorveglianza delle imprese d'assicurazione del 17 dicembre 2004 (LSA), entrata in vigore 1° gennaio 2006, il cui tenore è identico a quello dell'art. 47 vLSA, per le controversie relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale malattie, i Cantoni prevedono una procedura semplice e spedita,

nella quale il giudice accerta d'ufficio i fatti e valuta liberamente le prove.

In ambito cantonale, la LCAMaI 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 LAMaI sono decise dal TCA, che applicherà, per analogia, la Legge di procedura per le cause davanti al TCA (LPTCA).

In concreto, la causa concerne una vertenza relativa ad un contratto di indennità giornaliera in caso di malattia retto dalla LCA (cfr. condizioni generali del contratto), ossia un ambito di competenza del TCA.

- 2.2. La Cassa fa tuttavia valere che la competenza rationae loci del TCA appare discutibile, poiché secondo l'art. 29 cpv. 2 delle Condizioni generali del Contratto assicurativo l'assicurato può scegliere *"il foro competente ordinario oppure il suo domicilio in Svizzera o nel Principato del Liechtenstein"*. A mente della Cassa il foro ordinario in Svizzera si trova a Zurigo, luogo di domicilio della convenuta (cfr. art. 3 cpv. 2 let. b legge sul foro e art. 4 e 8 cifra 1 della Convenzione di Lugano). Sempre per l'assicuratore, avendo l'attore il proprio domicilio all'estero, non sarebbe data la competenza territoriale dei tribunali ticinesi. La Cassa ammette tuttavia che, poiché nel caso di specie la controversia concerne prestazioni dovute da una succursale, agenzia o filiale con sede in Ticino, vi potrebbe essere un legame sufficiente tra la lite ed il TCA in virtù dell'art. 5 della legge sul foro e dell'art. 5 punto 5 della Convenzione di Lugano.

L'art. 5 LForo prevede:

"Le azioni derivanti dalla gestione di un domicilio professionale o d'affari o di una succursale si propongono al giudice del domicilio o della sede del convenuto o al giudice del luogo della stabile organizzazione."

Come già giudicato da questo Tribunale con sentenza del 13 febbraio 2006 nella causa V., inc. 36.2005.55, in virtù della citata norma l'inoltro della petizione presso questo TCA, ovvero al giudice del luogo nel quale l'agenzia è situata, è corretto.

La vertenza può dunque essere esaminata nel merito.

Nel merito

- 2.3. Il TCA è chiamato a stabilire se l'assicuratore è tenuto oppure no a versare all'attore indennità giornaliera a causa di malattia dal 1.3.2005.
- 2.4. L'attore, quando era alle dipendenze del suo ex-datore di lavoro, beneficiava dell'"assicurazione collettiva d'indennità giornaliera ai sensi della LCA."

Per l'art. 1 delle condizioni generali d'assicurazione (di seguito: CGA):

"le basi del presente contratto sono costituite:

- a) dalle presenti Condizioni generali d'assicurazione, dalle eventuali Condizioni particolari del contratto e dagli eventuali annessi.
- b) dalla Legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA) del 2 aprile 1908 per i casi che non sono definiti alle disposizioni menzionate alla precedente lett. a;
- c) dalle dichiarazioni scritte rilasciate dallo stipulante o dalla persona assicurata nella proposta di assicurazione o in altri documenti."

L'art. 2 CGA prevede che:

"Noi concediamo una copertura assicurativa contro le conseguenze economiche di una malattia o di un parto, entro i limiti delle prestazioni concordate."

Secondo l'art. 3 CGA:

"Per malattia ai sensi dell'assicurazione si intende ogni disturbo della salute che l'assicurato subisce involontariamente, che non è né un infortunio né la conseguenza di un infortunio e che rende necessario un trattamento medico. La gravidanza e le complicazioni del parto sono parificate ad una malattia assicurata."

L'art. 12 CGA prevede che:

"Se in base a quanto constatato dal medico l'assicurato è totalmente inabile al lavoro, noi paghiamo l'indennità giornaliera prevista dal contratto."

Per l'art. 13 CGA:

"In caso di parziale inabilità al lavoro pari almeno al 25%, l'indennità giornaliera viene versata in proporzione al grado dell'inabilità lavorativa."

Per l'art. 16 CGA:

"Esiste inabilità al lavoro se l'assicurato non è in grado di esercitare totalmente o parzialmente la sua professione né alcuna altra attività lavorativa confacente."

Dal 1° marzo 2005 l'interessato ha chiesto di poter beneficiare del libero passaggio nell'assicurazione individuale "____" (doc. 8), che contiene delle norme simili (cfr. art. 1 CGA, art. 3 CGA, art. 8 CGA).

2.5. Innanzitutto, e preliminarmente, va esaminato se l'assicuratore ha agito correttamente dapprima diffidando l'attore a pagare i premi arretrati ed in seguito rescindendo con effetto retroattivo il contratto d'assicurazione.

In data 16 maggio 2005 l'assicuratore, constatato che l'assicurato non aveva ancora pagato i premi dei mesi di marzo e aprile 2005 (fr. 281.30), ha trasmesso all'interessato un richiamo, invitandolo a pagare il dovuto entro 14 giorni.

Il 13 giugno 2005 all'attore è stata notificata un'"*ingiunzione legale*" del seguente tenore:

"Da un nostro controllo abbiamo constatato che malgrado il richiamo inviato in data precedente, l'importo sotto menzionato non risulta ancora stato pagato. La preghiamo quindi di versarci la somma dovuta entro 14 giorni, utilizzando la polizza allegata. La informiamo che in caso di mancato pagamento entro il termine indicato, la copertura assicurativa derivante dalle assicurazioni complementari si estinguerà. In conformità alla Legge sull'assicurazione malattia del 18 marzo 1994, l'obbligo di prestazione dell'assicurazione di base continuerà a sussistere. Allo scadere del termine di 14 giorni, considerato a decorrere da oggi, ci vedremo tuttavia costretti ad avviare la procedura d'incasso per via esecutiva." (doc. XXXVII)

Con scritto dell'11 luglio 2005 intitolato "*Annullamento del contratto in conformità all'art. 21 LCA*" l'assicuratore ha affermato:

"Abbiamo constatato che, nonostante la nostra diffida legale, i premi per l'assicurazione malattia non sono ancora stati pagati.

Lei desidera sicuramente mantenere le attuali coperture assicurative. La informiamo che in questo caso i premi delle assicurazioni complementari di CHF 311.30 devono essere versati entro dieci giorni ed inoltre deve esserci inviata una copia della ricevuta di pagamento.

Qualora questo termine non fosse rispettato dovremo far uso del nostro diritto di recesso — ai sensi dell'art. 21 della Legge sul contratto

d'assicurazione (LCA) - e annullare il contratto delle assicurazioni complementari. Eventuali pagamenti di premio per le assicurazioni LCA, saranno computati sul premio dell'assicurazione di base obbligatoria." (doc. 11)

Il 9 settembre 2005 la Cassa ha informato l'assicurato che:

"Con inizio 01.03.2005 il signor XXXX ha stipulato presso di noi un'assicurazione individuale per la perdita di guadagno, usufruendo del diritto al libero passaggio dal contratto collettivo dell'ex datore di lavoro.

Nel corso del mese di luglio 2005 la persona in questione ha ricevuto da parte della Y una diffida di pagamento, dove veniva esortato a pagare i premi scoperti entro 14 giorni dall'intimazione. Il relativo pagamento non è stato effettuato e l'assicurato è stato avvisato per iscritto che la copertura per la perdita di guadagno gli sarebbe stata stralciata (vedi Condizioni Complementari Ass. _____ art. 27) con effetto a decorrere dal 30.06.2005. Durante il periodo nel quale i premi assicurativi rimangono scoperti, l'obbligo di prestazione da parte della Y è sospeso.

In base ai motivi di cui sopra, siamo spiacenti di doverle comunicare che la nostra cassa non può assumersi le prestazioni dal 01.03.2005." (doc. 38)

2.6. L'art. 20 LCA concerne "l'Obbligo della diffida. Conseguenze della mora" dell'assicurato (cfr. nota marginale del disposto di legge). Esso prevede che nel caso in cui il premio non sia stato pagato alla scadenza o entro il termine di rispetto concesso dal contratto, il debitore debba essere diffidato per iscritto a sue spese e sotto comminatoria delle conseguenze della mora, ad effettuare il pagamento entro quattordici giorni dall'invio della diffida (cpv. 1). Se la diffida rimane senza effetto, l'obbligazione dell'assicuratore è sospesa a datare dalla scadenza del termine di diffida (cpv. 3).

La LCA regola il tema della mora contrattuale in maniera diversa rispetto alle disposizioni del Codice delle Obbligazioni (CO) nella misura in cui non fa dipendere la validità della mora dalla ricezione da parte del debitore della diffida. Nonostante la nota marginale dell'art. 20 LCA, la diffida non è obbligatoria; essa diviene necessaria se l'assicuratore intende ottenere la sospensione dei suoi obblighi contrattuali (TC SG in RUA XI n. 23; TC VD in RUA VI n. 107; TC NE in RUA VI n. 113, citati in: CARRÉ, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Losanna 2000, pag. 210 ad art. 20 LCA).

Se l'assicuratore non notifica una diffida al debitore, il primo non può liberarsi dei suoi obblighi nel caso in cui si produca un nuovo evento e neppure può recedere dal contratto

(KUHN/MONTAVON, *Droit des assurances privées*, Losanna 1994, pag. 197).

Tuttavia, l'invio di una diffida non è soggetto ad alcun termine se non a quello di due anni previsto dall'art. 46 LCA, trascorso il quale il diritto dell'assicuratore al pagamento del premio si prescrive (TC VD in RUA IX n. 52; RUA III n. 95, in: CARRÉ, op. cit., pag. 212 ad art. 20 LCA). L'assicurato, infatti, non si trova in mora per il solo fatto che il premio è scaduto: è necessario ancora che l'assicuratore lo diffidi. La diffida deve informare il debitore in modo esplicito e completo su tutte le conseguenze del ritardo nel caso in cui l'assicurato non adempia ai suoi obblighi nel termine concessogli (HASENBOEHLER, in: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, Basilea 2001, n. 42 ad art. 20 LCA; DTF 128 III 186, in particolare consid. 2). Una diffida che non indica le conseguenze del mancato adempimento degli obblighi è irregolare e non può produrre gli effetti che non sono stati citati (DTF 128 III 186).

La legge accorda comunque al debitore un termine legale di quattordici giorni (termine di grazia) per provvedere al pagamento. Questo termine non inizia a decorrere dalla notifica della diffida ma dal momento del suo invio (STF in RUA XVIII n. 13, in: CARRON, *La loi fédérale sur le contrat d'assurance*, Friburgo 1997, n. 179 pag. 61; KUHN/ MONTAVON, op. cit., pagg. 189-193).

Contrariamente a quanto è previsto dal CO la messa in mora diventa effettiva — e l'assicurato deve pure degli interessi moratori - se, alla scadenza del termine legale, il debitore non ha ancora dato seguito al pagamento del premio. Qualora il termine di grazia venga a scadere infruttuosamente gli obblighi dell'assicuratore vengono sospesi (art. 20 cpv. 3 LCA).

La sospensione dura fino al pagamento completo del premio, oltre accessori, a meno che un'intenzione diversa risulti dall'attitudine dell'assicuratore (DTF 112 II 463; DTF 103 II 204). Il pagamento, o semplicemente la maturazione, di un altro premio intervenuta successivamente a quello che è stato oggetto della diffida, non hanno alcun effetto sulla sospensione. Ad ogni modo l'assicuratore è tenuto ad accettare il pagamento di un premio posteriore, a meno che non intenda recedere dal contratto, possibilità questa cui non è obbligato (DTF 103 II 204).

Se, invece, il debitore adempie al suo obbligo contrattuale versando nei quattordici giorni di tempo di cui alla diffida il premio dovuto all'assicuratore, egli si sottrae alle conseguenze

della mora. A tal proposito si osserva che l'obbligo dell'assicuratore di fornire le sue prestazioni resta salvaguardato durante tutto il termine legale (termine di grazia) per gli eventi che potrebbero sopraggiungere durante questo periodo. Tale obbligo permane anche se, più tardi, emergesse che la diffida è rimasta senza effetto (art. 20 cpv. 3 LCA). Se allo scadere del termine di grazia il debitore ha pagato solo una parte del premio scaduto, bisogna ritenere che egli non ha adempiuto ai suoi obblighi contrattuali. In tal caso, gli obblighi dell'assicuratore sono sospesi (art. 20 cpv. 3 LCA), anche se la parte ancora dovuta rappresenta una piccola porzione dell'intero premio arretrato (KUHN/MONTAVON, op. cit., pagg. 194 e 195). A dipendenza delle circostanze rimangono tuttavia riservate le intenzioni diverse dell'assicuratore (DTF 112 II 463).

Va rammentato infine che se l'assicuratore ha incassato il premio corrispondente al nuovo periodo d'assicurazione, ciò non significa che egli abbia rinunciato a ricevere i premi dovuti per i periodi anteriori, e ancor meno che rinunci a sospendere le proprie obbligazioni (KUHN/MONTAVON, op. cit., pag. 189 segg.).

Alla luce di quanto precede, dunque, quando il premio arretrato non venga versato prima della scadenza del termine legale di quattordici giorni, la mora del debitore diventa effettiva. Ciò comporta la sospensione degli obblighi dell'assicuratore (art. 20 cpv. 3 LCA). Tuttavia un contratto sospeso nei suoi effetti non equivale ad un contratto estinto o rescisso; significa invece semplicemente che gli obblighi dell'assicuratore sono sospesi, mentre il contratto d'assicurazione in quanto tale resta vigente. La sospensione degli obblighi dell'assicuratore interviene a discapito dell'assicurato che resta debitore del premio. Si ribadisce quindi che, di regola, l'assicuratore non ha obblighi nei confronti dell'assicurato se un evento si produce dopo la scadenza infruttuosa del termine legale di diffida (quattordici giorni) (KUHN/MONTAVON, op. cit., pag. 198 e seg.; HASENBOEHLER, op. cit., nn. 19-32 ad art. 21 LCA, pag. 334 segg.).

2.7. L'art. 21 LCA prevede che

"Quando l'assicuratore non abbia richiesto nelle vie legali il premio arretrato entro due mesi dalla scadenza del termine fissato all'articolo 20 della presente legge si ritiene che sia receduto dal contratto e abbia rinunciato al pagamento del premio (cpv. 1)

Se l'assicuratore ha richiesto il premio o l'ha accettato più tardi, la sua responsabilità rinasce dal momento in cui il premio arretrato venga pagato con interessi e spese (cpv. 2)."

Qualora gli effetti del contratto siano sospesi (art. 20 cpv. 3 LCA) e l'assicuratore non intenti una procedura esecutiva nei due mesi che fanno seguito alla scadenza del termine di grazia, v'è dunque la presunzione irrefragabile — che esclude l'apporto della prova del contrario (STF in RUA VIII n. 109, in: CARRÉ, op. cit., pag. 218 ad art. 21 LCA) - che egli voglia recedere dal contratto e quindi che rinunci al pagamento del premio arretrato (TComm. ZH in RUA XIV n. 33, in: CARRON, op. cit., n. 194 pag. 67), fatto comunque salvo quanto prescritto al capoverso 2 dell'ad. 21 LCA.

Il contratto, ai termini dell'art. 21 cpv. 1 LCA, si estingue ex nunc e non ab initio. Anziché attendere che la presunzione irrefragabile sia effettiva (presunzione di rescissione), l'assicuratore ha la possibilità di dichiarare espressamente che vuole recedere dal contratto. Per far ciò, egli non deve aspettare che sia trascorso il periodo di due mesi, ma può dichiarare la sua volontà immediatamente (KUHN/MONTAVON, op. cit., pag. 199).

Se l'assicuratore recede effettivamente dal contratto, qualunque sia il modo in cui ciò avvenga (per dichiarazione dell'assicuratore o alla scadenza del termine di due mesi), giusta l'art. 21 cpv. 1 LCA egli perde automaticamente ogni diritto a ricevere i premi arretrati ed a rivendicare le prestazioni precedentemente fornite. V'è dunque una finzione della rinuncia da parte dell'assicuratore per il recupero dei premi arretrati (KUHN/MONTAVON, op. cit., pag. 198 e seg.; HASENBOEHLER, op. cit., nn. 4-18 ad art. 21 LCA, pag. 330 segg.).

Se l'assicuratore non ha intenzione di recedere dal contratto può pretendere dal debitore che quest'ultimo dia seguito ai suoi obblighi. Ciò significa che può esigere dall'assicurato l'esecuzione del contratto e quindi il pagamento del premio ormai scaduto. Onde evitare che si crei una situazione di presunzione di rinuncia all'adempimento contrattuale (art. 21 cpv. 1 LCA), il creditore può introdurre al competente ufficio una procedura esecutiva atta a recuperare il premio arretrato. Il creditore deve agire nel periodo di due mesi che ha fatto seguito alla diffida legale di pagamento. Infatti, se in questo lasso di tempo l'assicuratore non si attiva per recuperare il premio, sussiste la presunzione prevista dalla legge secondo cui l'assicuratore ha rinunciato al contratto; ciò significa pure che quest'ultimo ha

perso il diritto a recuperare il premio arretrato (TC ZG in RUA XIX n. 30, in: CARRON, op. cit., n. 189 pag. 65).

Se l'assicuratore, trascorso il termine legale di grazia di quattordici giorni, sceglie di ottenere il pagamento del premio - e quindi di non rinunciare al contratto — e concede ancora del tempo all'assicurato prima di procedere con il recupero del premio, il contratto rimane ugualmente sospeso conformemente all'art. 20 cpv. 3 LCA (STF in RUA V n. 124, in: CARRÉ, op. cit., pag. 220 ad art. 21 LCA).

Nell'eventualità in cui la procedura esecutiva abbia avuto esito favorevole o che il creditore abbia accettato più tardi il pagamento del premio arretrato, gli obblighi dell'assicuratore rinascono dal momento in cui l'importo del premio arretrato è stato interamente pagato (*ex nunc*), comprese le spese e gli interessi moratori (art. 21 cpv. 2 LCA) - anche se gli ammontari di questi ultimi dovessero essere esigui (DTF 112 II 463). Il pagamento non esplica effetti retroattivi a partire da quando gli obblighi dell'Assicuratore sono stati sospesi (TD BE in RUA XIII n. 91, in: CARRON, op. cit., n. 196 pag. 67).

Gli obblighi dell'assicuratore rinascono dunque soltanto a condizione che egli abbia accettato più tardi il pagamento del premio scaduto (KUHNS/MONTAVON, op. cit., pag. 202).

Come indicato in precedenza, se l'assicuratore accetta il pagamento del nuovo premio prima che il premio arretrato sia stato soluto, ciò non significa che egli rinunci alla sospensione del contratto. L'assicuratore può prevalersi della sospensione della copertura anche se il precetto esecutivo teso al recupero del premio scaduto è notificato dopo il pagamento del nuovo premio (DTF 103 I 1204).

Pertanto, la sospensione della copertura assicurativa si ripercuote sugli obblighi dell'assicuratore, e né la scadenza né il pagamento di un premio susseguente hanno per effetto che la garanzia contrattuale fornita dall'Assicuratore torni in vigore (DTF 103 II 204, STF in RUA XIV n. 32, in: CARRON, op. cit., n. 188 pag. 65). Il rapporto d'assicurazione fra l'assicuratore e l'assicurato rinasce soltanto per accordo delle parti (STF in RUA VIII n. 25/109, in: CARRÉ, op. cit., pag. 218 ad art. 21 LCA). Grazie al solo pagamento, l'assicurato non può infatti rimettere unilateralmente in vigore il contratto: il pagamento va infatti accettato da parte dell'assicuratore (art. 21 cpv. 2 LCA).

2.8. Nel caso concreto, lo stesso assicurato ammette di non aver pagato i premi a causa delle precarie condizioni finanziarie nelle quali si trovava (doc. I).
In particolare da marzo 2005 l'interessato non ha più proceduto al pagamento di quanto dovuto.

L'importo dei mesi di marzo e aprile 2005 è stato oggetto di un'ingiunzione legale il 13 giugno 2005 da parte della Cassa malati, con invito all'assicurato a voler pagare l'importo entro 14 giorni, pena l'estinzione della copertura assicurativa e l'avvio della procedura esecutiva (doc. XXXVII/1).

Successivamente l'assicuratore, in data 11 luglio 2005, ha tuttavia accordato all'interessato un nuovo termine di grazia, di 10 giorni (doc. 11).

Il 9 settembre 2005, poiché l'attore non ha dato seguito all'ingiunzione, l'assicuratore ha disdetto con effetto retroattivo il contratto (cfr. doc. 38: dal 30 giugno 2005).

Il sopraggiungere di una situazione di ritardo nel pagamento dei premi non ha — come visto - per effetto la rescissione del contratto d'assicurazione, ma unicamente la sospensione della protezione assicurativa (HASENBOEHLER, op. cit., n. 78 ad art. 20 LCA, pag. 327; DTF 103 II 204, 208 = SVA XIV n. 32 pag. 150 = Pra 1977 pag. 478).

Tuttavia l'assicuratore, se l'interessato non paga il premio entro il termine di grazia di 14 giorni, ha due possibilità: entro due mesi dallo spirare del termine di grazia può chiedere l'esecuzione del premio non pagato, e allora i suoi obblighi riprendono con il pagamento del premio, oppure può rescindere il contratto e rinunciare all'incasso dei premi non pagati, questa rescissione presumendosi in caso di mancato avvio della procedura esecutiva nel termine di due mesi (DTF 128 III 186).

Nel caso di specie né nell'ingiunzione del 13 giugno 2005, né in quella dell'11 luglio 2005, figura l'indicazione della sospensione della copertura assicurativa in caso di non pagamento del premio. L'assicuratore ha tuttavia menzionato la misura maggiormente incisiva per l'attore, ossia l'estinzione del contratto assicurativo.

Il TF ha stabilito che l'ingiunzione prevista dall'art. 20 cpv. 1 LCA, con cui l'assicuratore diffida il debitore a pagare entro quattordici giorni il premio scaduto, deve indicare tutte le

conseguenze della mora e cioè non solo la sospensione della copertura assicurativa a partire dalla scadenza del termine di cui all'art. 20 cpv. 3 LCA, ma anche il diritto dell'assicuratore di recedere dal contratto rispettivamente la presunzione di tale recesso secondo l'art. 21 cpv. 1 LCA (DTF 128 III 186). Nel caso che doveva giudicare l'Alta Corte, l'assicuratore aveva menzionato unicamente la sospensione del contratto assicurativo e non la possibilità della rescissione della convenzione. Avendo la Cassa malati disdetto il contratto, il TF ha rammentato che tutte le conseguenze dell'ingiunzione devono figurare, infatti *"une sommation qui n'indique pas ces conséquences est irrégulière et ne saurait produire les effets qu'elle omet de rappeler"* (DTF 128 III 186, pag. 188 consid. 2b, sottolineatura del redattore). In particolare le informazioni contenute nell'ingiunzione servono a proteggere l'assicurato che deve essere a conoscenza delle conseguenze del mancato pagamento del premio.

In concreto l'assicuratore ha menzionato la misura più incisiva (disdetta del contratto) e l'ha applicata. Per cui, l'assicurato era a conoscenza del fatto che, in caso di mancato versamento di quanto richiesto, si sarebbe visto rescindere il contratto, ciò che poi è realmente avvenuto.

A mente del TCA pertanto, l'ingiunzione della Cassa che indicava la conseguenza più incisiva del mancato pagamento del premio, conseguenza poi applicata è da considerare valida (cfr. in tal senso anche la STCA del 14 aprile 2005, inc. 36.2004.123).

Tuttavia, l'assicuratore ha disdetto la convenzione con effetto retroattivo al 30 giugno 2005 (cfr. doc. 38: *"con effetto a decorrere dal 30.06.2005"*). Come visto precedentemente, la disdetta del contratto ha effetto ex nunc. Ossia, nel caso in cui l'assicuratore disdice il contratto entro i due mesi dal termine di 14 giorni accordato all'assicurato per il versamento del premio pattuito, la convenzione è disdetta al termine del periodo di 14 giorni entro i quali l'assicurato poteva ancora pagare il premio (cfr. Kuhn, Müller-Studer, Eckert, Privatversicherungsrecht, 2a edizione, pag. 208-210; Hasenböhler, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 21 LCA, pag. 331 e 14 pag. 333).

In concreto la Cassa non poteva disdire il contratto con effetto al 30 giugno 2005, poiché ancora con scritto 11 luglio 2005 ha accordato un nuovo termine di 10 giorni per il pagamento. In seguito, il 9 settembre 2005, ossia entro il termine di 2 mesi, ha

comunicato la rescissione del contratto. In virtù del termine legale dell'art. 21 LCA di 14 giorni, il contratto va considerato rescisso il 25 luglio 2005.

L'assicurato non può invece chiedere la compensazione con quanto la Y deve versargli, poiché i premi vanno pagati anticipatamente entro il primo giorno del mese del relativo periodo e devono essere corrisposti entro un mese dal giorno della scadenza (art. 14 CGA). L'art. 31 delle condizioni complementari prevede invece espressamente che all'assicurato non è riconosciuto alcun diritto di compensazione (cfr. anche F. Hasenböhler, Basler Kommentar, ad art. 20 LCA, pag. 325).

L'attore non può essere esentato dall'obbligo del pagamento dei premi assicurativi in base al fatto che il contratto di lavoro sarebbe stato prorogato a causa della sua malattia. Infatti, il diritto al libero passaggio è stato fatto valere per iscritto dallo stesso assicurato su esplicita richiesta del sindacato (cfr. doc. 8 e 28). In data 10 gennaio 2005 il rappresentante ha scritto all'assicuratore affermando:

"il signor XXXX come da copia dello scritto raccomandato trasmesso alla ditta , sig.ra in data 17.11.2004, termina il rapporto di lavoro unicamente in data 28.02.2005. Sino a tale data, come da quanto previsto dal CO, il signor XXXX è da considerare a tutti gli effetti dipendente della ditta. Ne consegue che il signor XXXX dovrà essere integrato nell'assicurazione individuale unicamente dal 01.03.2005. Alleghiamo il relativo modulo firmato dal nostro assistito." (doc. 28)

La citata lettera trasmessa dal sindacato all'ex datore di lavoro è del seguente tenore:

"Il signor XXXX ha diritto a due mesi di disdetta, in quanto in base alle vostre informazioni, il rapporto di lavoro non sussiste da almeno 10 anni. Per quanto riguarda la lettera di disdetta, la stessa è valida nel caso la vostra ditta possa dimostrare che è stata data verbalmente in data 28.06.2004. Vi rendiamo attenti che in base alle disposizioni del CO, la disdetta, in caso di malattia, viene sospesa e ricomincia a decorrere al momento che il signor XXXX è di nuovo abile al lavoro al 100%. Essendo il periodo di protezione di 180 giorni in caso di malattia (articolo 336c del CO), la stessa ricomincerà a decorrere dal 01.01.2005 e quindi la scadenza del rapporto di lavoro è effettiva a decorrere dal 01.03.2005. Sino a tale data il rapporto di lavoro è da considerarsi disdetto e quindi il signor XXXX non può essere trapassato nell'assicurazione individuale, se non con il 01.03.2005." (allegato al doc. 28).

In concreto l'attore, con la petizione, afferma di aver ricevuto la disdetta nel corso del mese di agosto, senza tuttavia comprovare questa circostanza. Ora, dalla documentazione agli atti non emerge una diversa conclusione rispetto a quella cui è giunto lo stesso attore il 10 gennaio 2005.

L'assicurato afferma di essere inabile al lavoro dal 1.7.2004, ossia quando il contratto di lavoro era ancora in essere. Per cui la copertura assicurativa non sarebbe ancora estinta.

In DTF 127 III 106 il TF ha stabilito che nell'ambito di un'assicurazione collettiva di indennità giornaliera secondo la LCA, il diritto alle prestazioni non dipende dall'affiliazione, contrariamente all'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera prevista dagli art. 67 segg. LAMal. Pertanto, in assenza di clausole convenzionali che limitano o sopprimono il diritto alle prestazioni al di là del periodo di copertura, l'assicurato che, dopo un avvenimento che dà diritto alle prestazioni, esce da un'assicurazione collettiva perché cessa di far parte della cerchia di assicurati definita dal contratto, può far valere il diritto alle prestazioni anche per le conseguenze di tale avvenimento prodottesi dopo l'estinzione del rapporto di assicurazione (consid. 3).

Nel caso di specie l'art. 23 delle CGA per l'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera ai sensi della LCA (doc. 6) prevede che *"con l'estinzione della copertura assicurativa cessa il nostro obbligo di corrispondere prestazioni. Resta riservato l'eventuale passaggio all'assicurazione individuale."* Le CGA dell'assicurazione individuale prevedono una norma simile all'art. 11 cpv. 5 (*"Con l'estinzione della copertura assicurativa cessa il nostro obbligo di corrispondere prestazioni."*).

In queste circostanze, poiché il contratto è stato rescisso con effetto al 25 luglio 2005, l'attore può beneficiare di prestazioni, al massimo, fino a tale data.

Va ora esaminato se l'interessato può aver diritto ad ulteriori indennità.

2.9. Precedentemente all'inoltro della petizione l'attore è stato sottoposto ad approfondite indagini di natura medica.

Il dott. med. _____, specialista FMH in medicina interna, in data 18 ottobre 2004 ha rilasciato un referto medico tramite il quale, dopo aver descritto l'anamnesi (l'attore *"lamenta*

lombaggini da molti anni con lenta ma continua tendenza al peggioramento. La sintomatologia al livello della colonna lombare è dipendente dal carico, aumento in posizione seduta, migliora in posizione sdraiata, non vi sono dolori notturni di rilievo. Il paziente non riferisce di irradiazioni agli arti inferiori. Una seconda patologia consiste nei dolori a livello dell'anca sinistra, dipendenti dal carico e presenti anche nelle ore notturne. Una visita specialistica presso un fisiatra con accertamenti radiologici ha permesso di porre la diagnosi di "coxartrosi bilaterale a prevalenza sinistra"), ha posto la diagnosi di "Sindrome lombovertebrale su turbe degenerative ed anomalia di transizione con lomalizzazione di S1" e "coxartrosi bilaterale a prevalenza sinistra" (doc. 21).

A proposito della capacità lavorativa lo specialista ha indicato di ritenere un'attività pesante, ad esempio quella di giardiniere, non più possibile, poiché l'attore è limitato per sforzi fisici sia da parte della colonna vertebrale sia delle articolazione delle anche. Il medico lo ha considerato *"abile al lavoro al minimo per il 50% per un'attività che non richiede sforzi fisici particolari, per esempio un lavoro d'ufficio, sorvegliante, autista ecc."* (doc. 21)

Il 10 marzo 2005 l'attore è stato visitato dal Dr. med. specialista FMH in reumatologia, medico fiduciario della Cassa. Lo specialista ha posto la diagnosi di *"coxartrosi, probabilmente secondaria, prevalentemente a sinistra", e "sindrome lombovertebrale cronica in anomalia di transizione lombosacrale con lombarizzazione di S1, minime alterazioni degenerative della lombare (spondilosi), rachide piatto e de condizionamento muscolare."* (doc. 22)

Dopo aver descritto l'anamnesi ed aver eseguito l'esame reumatologico della colonna vertebrale e delle articolazioni periferiche e l'esame neurologico, ha indicato le ulteriori misure diagnostiche e terapeutiche necessarie ed ha giudicato l'interessato abile al lavoro nella misura del 100% con rendimento massimo del 100% a partire da subito, in un'attività lavorativa che tiene pienamente conto della capacità funzionale residua descritta nell'allegato al referto. Nella sua ultima attività di bidello, lavoro svolto prevalentemente in posizione eretta, l'attore è stato giudicato abile al lavoro sull'arco di una giornata lavorativa normale, ma con una diminuzione del rendimento del 50% in quanto necessita di una pausa di 15 minuti dopo 15 minuti di lavoro ininterrotto (doc. 22).

Agli atti sono stati prodotti anche i certificati medici del Dott. _____, medico chirurgo, specialista in medicina interna, che attesta diversi periodi di inabilità lavorativa (cfr. ad esempio doc. 16: il paziente *"risulta affetto da coxalgia sin con grave limitazione funzionale — Dichiaro di essere ammalato dal 01/07/2004. Necessita di riposo e cure domiciliari fino al 10/03/2005 compreso s.c."* oppure *"E' affetto da coxartrosi sin con grave limitazione funzionale, per la quale vi è indicazione chirurgica. Nell'attesa dell'intervento il sig. XXXX è totalmente inabile a qualsiasi attività lavorativa"*).

Pendente causa l'interessato, in data 13 marzo 2006 ha prodotto una comunicazione dell'Ospedale di _____ di _____ secondo il quale l'attore è in attesa, dal 19 maggio 2005, di un intervento chirurgico per la protesi dell'anca, nonché uno scritto dell'INPS che rifiuta l'assegnazione di una pensione, ma riconosce *"la riduzione a meno di un terzo della sua capacità di lavoro in occupazioni confacenti alle sue attitudini."* (doc. B1)

Successivamente l'interessato ha trasmesso la decisione della Commissione sanitaria _____ che ha dichiarato l'attore invalido al 60% con riduzione permanente della capacità lavorativa superiore ad 1/3 (doc. C2).

L'attore ha trasmesso anche un certificato della Casa di Cura _____ di _____, del 7 aprile 2005, a firma del Dott. _____, responsabile dell'Ortopedia e della traumatologia, in cui viene indicato: *"valutazione ortopedica: coxartrosi sinistra" e "si consiglia: programma d'intervento di artroprotesi nell'attesa deve essere destinato a posto di lavoro che non comporti la stazione eretta prolungata."* (doc. 20), nonché di altri certificati della Casa di _____ di _____ e dell'azienda ospedaliera dell'Ospedale di _____ e _____ di _____ dove vengono indicate le patologie di cui soffre l'assicurato, ma non il grado d'abilità lavorativa (doc. 19, 1-3).

Il TCA ha richiamato l'incarto Al dell'attore, dal quale emerge che il medico SMR dell'AZ, _____ ha affermato che *"IL 100% da parte del curante dopo il licenziamento (nel rapporto DL non sono annotate assenze per malattia). Dalle visite fiduciarie emerge una limitazione abbastanza importante alla marcia e alla stazione eretta. Mi sono basato sulla valutazione del reumatologo dr. _____ per la Y del 11.03.2005. Lo status corrisponde anche a quanto constatato dai curanti. Entro i limiti dati è giustificato (contrariamente a quanto scritto dal*

perito) calcolare una diminuzione del rendimento (20%) per necessità di pause aumentata. Da notare che dal febbraio 2005 i curanti scrivono che è da prevedere una protesi all'anca, ma nei successivi documenti non risulta essere stato operato (visita sanitaria in Italia per accertamenti di invalidità civile del 26.01.2006). L'intervento potrebbe comportare un miglioramento dei limiti funzionali (oltre che un periodo di circa 5 mesi di IL completa)." (doc. XXVIII)

- 2.10. Perché un rapporto medico abbia valore probatorio è determinante che esso valuti ed esamini in maniera completa i punti litigiosi, si fondi su degli esami approfonditi, prenda conto di tutti i mali di cui si lamenta l'assicurato, sia stabilito in piena conoscenza dei suoi antecedenti (anamnesi) e sia chiaro nell'esposizione delle correlazioni mediche o nell'apprezzamento della situazione medica; le conclusioni dell'esperto devono inoltre essere motivate (cfr. Ulrich Meyer-Blaser, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989 p. 31; Pratique VSI 3/1997 pag. 123).

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, 104 V 212; SVR 1998 IV Nr. 1 p. 2; SZS 1988 p. 329 e 332; ZAK 1986 p. 189; Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berna 1994, p. 332).

Nella DTF 125 V 351 seg. (= SVR 2000 UV10, p. 33ss.), in ambito di assicurazioni sociali, la nostra 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 p. 95).

Per quel che riguarda il medico curante, infine, secondo la generale esperienza della vita, il giudice deve tener conto del fatto che, in dubbio, egli attesta a favore del suo paziente (DTF 125 V 353 consid. 3a)cc), cfr. U. Meyer-Blaser, *Rechtsprechung des Bundesgericht im Sozialversicherungsrecht*, Zurigo 1997 p. 230).

Va ancora evidenziato che in un caso concernente l'Assicurazione per l'invalidità, il TFA, con sentenza del 24 agosto 2006 (I 938/05), a proposito delle valutazioni del medico SMR, ha affermato:

"3.2 L'on ne saurait certes mettre sur le même pied un rapport d'expertise émanant d'un Centre d'observation médicale de l'AI (COMAI) - dont la jurisprudence a admis que l'impartialité et l'indépendance à l'égard de l'administration et de l'OFAS sont garanties (ATF 123 V 175)- et un rapport médical établi par le SMR; toutefois, cela ne signifie pas encore qu'en cas de divergence d'opinion entre médecins du SMR et médecins traitants, il est, de manière générale, nécessaire de mettre en oeuvre une nouvelle expertise.

La valeur probante des rapports médicaux des uns et des autres doit bien plutôt s'apprécier au regard des critères jurisprudentiels précédemment énumérés (cf. consid. 3.1 supra). Il n'y a dès lors aucune raison d'écarter le rapport du SMR ici en cause ou de lui préférer celui du médecin traitant, pour le seul motif que c'est le service médical régional de l'AI qui l'a établi. Au regard du déroulement de l'examen clinique pratiqué par les médecins du SMR et du contenu de leur rapport, on ne relève, du reste, aucune circonstance particulière propre à faire naître un doute sur l'impartialité de ceux-ci. La recourante ne fait d'ailleurs rien valoir de tel."

2.11 Va innanzitutto rilevato, circa la decisione di assegnare all'interessato una rendita d'invalidità da parte dell'INPS, che, in ambito di assicurazioni sociali, il TFA ha stabilito che anche in seguito all'entrata in vigore dell'ALC, il grado d'invalidità si determina unicamente in base al diritto svizzero. Infatti, in DTF 130 V 253, al consid. 2.4 (cfr. anche Silvia Bucher, *Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Freizügigkeitsabkommen (FZA)*, in SZS 2004, pag. 405 e segg., in particolare pag. 422), l'Alta Corte ha precisato che:

"2.4 Während somit das FZA gegenüber der bisherigen Rechtslage für unter den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 fallende Versicherte insofern eine Verbesserung bringt, als Viertelsrenten neu exportierbar sind, ändert sich hinsichtlich der Invaliditätsbemessung nichts an der bisherigen Rechtslage. Wie in nach dem Sozialversicherungsabkommen mit Österreich zu beurteilenden Fällen die Gewährung von Leistungen durch ein österreichisches Versicherungsorgan die invalidenversicherungsrechtliche Beurteilung nach schweizerischem Recht nicht präjudiziert

(Urteil K. vom 4. Februar 2003, 1435/02, Erw. 2), bestimmt sich der Invaliditätsgrad auch nach Inkrafttreten des FZA (abgesehen von der Berücksichtigung der von den Trägern der anderen Staaten erhaltenen ärztlichen Unterlagen und Berichte gemäss Art. 40 der Verordnung Nr. 574/72; vgl. auch Art. 51 der Verordnung Nr. 574/72) allein nach schweizerischem Recht. Nach Art. 40 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 ist nämlich die vom Träger eines Staates getroffene Entscheidung über die Invalidität eines Antragstellers für den Träger eines anderen betroffenen Staates nur dann verbindlich, wenn die in den Rechtsvorschriften dieser Staaten festgelegten Tatbestandsmerkmale der Invalidität in Anhang V dieser Verordnung als übereinstimmend anerkannt sind, was für das Verhältnis zwischen Österreich und der Schweiz (ebenso wie für das Verhältnis zwischen den übrigen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz) nicht der Fall ist."
(sottolineatura del redattore)

Ciò vale a maggior ragione per quanto concerne la fissazione dell'incapacità lavorativa nell'ambito della LCA, assicurazione di diritto privato.

- 2.12. Dagli atti medici emerge che _____, medico SMR dell'AZ, concorda con i medici fiduciari della Cassa, dott. med. _____ e Dr. med. _____, per quanto concerne l'inabilità lavorativa al 50% nell'attività abituale di manutentore, fattorino, autista, lavori d'ufficio (doc. 21 in fine, doc. 22, doc. XXVIII). Certo, il Dott. med. _____ afferma che in un'attività pesante, ad esempio giardiniere, l'interessato è totalmente inabile al lavoro. Tuttavia rileva che l'attore è in grado di svolgere al 50% un'attività che non richiede sforzi particolari come per esempio in lavoro d'ufficio, sorvegliante, autista (cfr. doc. 22), ossia lavori che l'assicurato già svolgeva in precedenza (cfr. anche questionario per il datore di lavoro dell'incarto AI, risposta 2.2). Solo il medico curante attesta un'inabilità totale anche nella precedente attività. Va tuttavia rammentato che secondo la generale esperienza della vita, il giudice deve tener conto del fatto che, in dubbio, egli attesta a favore del suo paziente (DTF 125 V 353 consid. 3a)cc), cfr. U. Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgericht im Sozialversicherungsrecht, Zurigo 1997 p. 230). Inoltre, i certificati medici agli atti si esauriscono in generiche attestazioni di inabilità lavorativa (cfr. doc. 16/1-11), senza nessun particolare approfondimento.
- Per contro i referti dei due medici fiduciari, ed in particolare del Dr. med. _____, sono approfonditi e prendono in considerazione l'anamnesi del paziente, nonché gli esami reumatologici e neurologici effettuati e giungono alla convincente conclusione che l'attore può svolgere la precedente attività in misura del 50%.

Questa conclusione, in assenza di convincenti atti medici che attestano il contrario, va fatta propria anche dal TCA.

L'unica divergenza tra gli specialisti consiste nello stabilire la percentuale di inabilità lavorativa in un'attività più leggera, confacente allo stato di salute dell'attore.

Il dr. med. _____ ritiene infatti che l'assicurato è abile al lavoro da subito al 100% con un rendimento al 100%, mentre il medico SMR, _____, sulla base dei limiti funzionali descritti dal fiduciario giudica l'interessato abile all'80%. Egli ritiene infatti che vi sia una diminuzione del rendimento del 20% a causa della maggiore lentezza e delle pause prolungate che deve effettuare in seguito alla malattia di cui è affetto.

Dall'esame dell'allegato al referto del Dr. med. _____, cui fa riferimento anche il medico dell'AZ, nel quale lo specialista ha descritto la capacità funzionale residua in diverse situazioni di lavoro, emerge che l'attore può sollevare senza problemi pesi fino a 10kg. Per contro la sua capacità è ridotta se deve sollevare pesi tra 11 e 25 ed esigua per pesi tra 26 e 45 kg. Per quanto concerne la manipolazione di oggetti, attrezzi e pulsantiere la capacità è normale in caso di lavori leggeri e medi di precisione, mentre è ridotta per lavori pesanti di manovalanza ed esigua per lavori molto pesanti.

Inoltre, circa le posizioni di lavoro o le dinamiche particolari, mentre la capacità è normale in caso di lavori a braccia elevate e lievemente ridotta per lavori con rotazione, la stessa è molto ridotta in caso di posizione seduta e piegata in avanti e ridotta in caso di posizione eretta e piegata in avanti e inginocchiata. Per contro, con ginocchia in flessione la capacità è normale.

L'attore ha una capacità lievemente ridotta di mantenere posizioni statiche sedute e ridotta per quanto concerne le posizioni statiche erette. Inoltre mentre può spostarsi senza problemi o con poche limitazioni oltre i 50 metri, egli ha una capacità molto ridotta per quanto concerne la possibilità di spostarsi e camminare per lunghi tragitti, su un terreno accidentato, per salire e scendere le scale o sui ponteggi, scale a pioli.

Infine è possibile solo in parte mantenere posizioni in equilibrio, bilanciandosi.

Sulla base della descrizione delle limitazioni funzionali del medico fiduciario, occorre evidenziare che appare difficile concordare con il medico fiduciario che conclude per un'abilità al

100% con un rendimento massimo. E' invece più convincente la valutazione del medico dell'AZ, che sulla base dei medesimi dati, propende per una diminuzione del rendimento del 20% e aggiunge che nella misura in cui l'interessato, come fa valere, si sottoporrà all'intervento all'anca, vi potrebbero essere dei miglioramenti dei limiti funzionali. Il medico dell'SMR inoltre, non essendo stato incaricato da nessuna delle parti in causa di allestire in referto nel caso di specie, può essere considerato maggiormente indipendente nelle sue valutazioni mediche. Non è invece rilevante il possibile intervento all'anca cui deve sottoporsi l'interessato. Infatti, anche il medico SMR evidenzia che vi potrà essere un'inabilità lavorativa completa, ma solo per un periodo limitato, al momento dell'operazione.

Alla luce di quanto sopra esposto questo TCA ritiene che l'interessato sia abile al 50% nella sua precedente attività di manutentore, autista e fattorino e sia abile all'80% in un'attività confacente al suo stato di salute.

Resta da esaminare fino a quando e in che misura l'attore ha diritto ad indennità giornaliera.

- 2.13. L'obbligo dell'assicurato 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 23.10.1998 nella causa E., inc. 5C 176/1998, ha al proposito osservato 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).

Va, qui, rilevato che le CGA relative all'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera precisano, all'art. 47 (cfr. anche art. 23 delle CGA dell'assicurazione individuale), quanto segue:

"Lo stipulante, rispettivamente l'assicurato deve prendere tutte le misure necessarie per accertare le cause della malattia e le sue conseguenze. Nel quadro dell'obbligo di limitare il danno, l'assicurato deve evitare qualsiasi attività incompatibile con l'incapacità lavorativa rispettivamente con il diritto alle indennità giornaliere e che potrebbe compromettere o rallentare il processo di guarigione. I medici che curano o hanno curato l'assicurato devono essere svincolati dal segreto professionale nei nostri confronti."

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.

Le CGA relative all'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera prevedono che l'obbligo contributivo della Cassa presuppone un'incapacità lavorativa dovuta a malattia attestata dal medico di almeno il 25% (art. 13; cfr. anche art. 8 cpv. 2 CGA dell'assicurazione individuale).

Senza il danno alla salute l'interessato nel 2005 avrebbe percepito fr. 3'683 al mese, ossia fr. 44'196 all'anno (doc. XXII).

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 pubblicata in 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.

Tale principio è stato poi esteso anche all'assicurazione per l'invalidità (cfr. DTF 129 V 222 in SVR 2003 IV Nr. 24; STFA inedita 26 giugno 2003 nella causa R., consid. 3.1, I 600/0118

ottobre 2002 nella causa L. consid. 3.1, 1761/01 pubblicata in SVR 2003 IV Nr. 11 e 9 agosto 2002 nella causa S., consid. 3.1, I 26/02 e cfr. anche STFA inedita 13 giugno 2003 nella causa G. consid. 4.2, I **475/01**).

Il TCA ha applicato tale criterio anche in materia di assicurazione sociale contro le malattie (cfr. STCA del 23 settembre 2003 nella causa L., 36.2003.18 e STCA del 1 settembre 2004 nella causa D., 36.2003.75).

Al fine di non discriminare gli assicurati attivi in Ticino, Cantone in cui i salari sono notoriamente più bassi rispetto alla media nazionale, visto che il reddito da non invalido è quello che verrebbe effettivamente percepito dagli assicurati nel nostro Cantone senza il danno alla salute, questo Tribunale ha deciso che nell'applicazione dei dati statistici occorre utilizzare la tabella che riflette i salari versati nella nostra regione, sulla base della seguente argomentazione:

"Se si ignorasse questo aspetto, sostenendo per ipotesi che siccome la LAINF è una legge federale occorre riferirsi ad un unico dato salariale statistico valido per tutto il paese (ad esempio fr. 4628.-- nel 1998 per un uomo, cfr. TA1; DTF 124 V 323; Pratique VSI 2000 pag. 85), si finirebbe per utilizzare dati salariali irrealistici ed in definitiva giungere ad un risultato che non garantisce l'uguaglianza di trattamento (cfr. DTF 126 V 36; DTF 126 V 48; STFA del 22 maggio 2000 nella causa I. (I 312/99); DTF 126 I 76)."

Su questi argomenti, cfr. D. Cattaneo, La promozione dell'autonomia ..., in RDAT II-2003, p. 618-621 e in L'autonomia del disabile nel diritto svizzero, Ed. Istituto delle assicurazioni sociali e H, Bellinzona 2004, p. 124-128; D. Cattaneo, "La contribution du Tribunal des assurance du Canton du Tessin à la jurisprudence suisse en matière de sécurité sociale", in CGRSS n° 33-2004, p. 19 seg. (28-33).

Con sentenza del 22 agosto 2006 nella causa K., 1424/05, l'Alta Corte ha rilevato:

"3.2.3 Der Lohnrechner bzw. die Lohn-Dokumentation können aus folgenden Gründen nicht für die Bestimmung des hypothetischen Validen- oder Invalideneinkommens eingesetzt werden. Abgesehen davon, dass sie nicht alle Branchen für die Berechnung der üblichen Löhne berücksichtigen (Erläuterungen S. XI), handelt es sich nicht um amtliche und neutrale Datensammlungen wie jene des Bundesamtes für Statistik. Weiter werden im Lohnrechner und in der Lohn-Dokumentation der Faktor "Nationalität/Aufenthaltsstatus", in der Letzteren auch der Faktor "Geschlecht" lohnmassig nicht erfasst (Erläuterungen S. X). Diese beiden Kriterien sind indessen für die Bestimmung von Validen- und Invalideneinkommen relevant (vgl.

BGE 129 V 410 Erw. 3.1.2 , 481 Erw. 4.2.3 und 483 Erw. 4.3.2). Schliesslich ist zu beachten, dass das Gesamtgericht mit Beschluss vom 10. November 2005 die Berücksichtigung regionaler Löhne von Grossregionen gemäss TA 13 der Schweizerischen Lohnstrukturhebung (LSE) abgelehnt hat. Dies ist eine Grundsatzfrage, die für den Lohnrechner und die Lohn-Dokumentation, welche von 7 Schweizer Lohnregionen als Grundlage ausgehen, gleich zu beantworten ist."

Questo concetto è stato ripreso nella sentenza del 12 ottobre 2006 nella causa S. (U 75/03), dove il TFA ha affermato:

„(..)

7.1. In siffatte circostanze, il reddito da invalido del ricorrente dev'essere stabilito sulla base delle tabelle ISS, l'esame non potendo per contro avvenire sulla base di dati statistici cantonali. Secondo la prassi di questo Tribunale, per questa valutazione ci si riferisce ai salari lordi standardizzati (tabelle A, valore mediano) ivi riportati (DTF 129 V 476, 124 V 323 consid. 3b/aa). Resta da definire quale tabella applicare tra le varie riportate dall'ISS.

(...)

8.2. In primo luogo si osserva che, per un'ovvia questione di parità di trattamento (art. 8 Cost.), un'applicazione della tabella TA13 al solo Cantone Ticino deve essere esclusa se non si vuole creare un'inammissibile *lex ticinensis*. Analoghe considerazioni di praticabilità, di parità di trattamento e di sicurezza giuridica si oppongono quindi a un'applicazione alternativa delle tabelle nazionali (TA1) e di quelle regionali (TA13) come pure a un'applicazione delle prime ad alcune regioni e delle seconde alle rimanenti regioni.

8.3. Allo stesso modo, un'applicazione generalizzata delle tabelle regionali TA13, al posto di quelle nazionali TA1, pur potendo, da un lato, in alcuni casi effettivamente creare le basi per una soluzione maggiormente vicina alla realtà economico-sociale concreta, dall'altro lato creerebbe, a ben vedere, anche nuovi problemi dovuti al fatto che all'interno delle medesime grandi regioni si registrano delle differenze, non sempre trascurabili. Ad esempio, nonostante le due regioni facciano parte della medesima grande regione "Mittelland", è notorio che i salari esistenti nel Canton Berna non sono gli stessi di quelli del Canton Giura. Allo stesso modo, per il Vallese occorrerebbe prendere in considerazione i salari relativi alla regione lemanica. Ora, nell'una e nell'altra ipotesi, l'applicazione dei valori regionali (TA13) al posto di quelli nazionali (TA1) si dimostrerebbe maggiormente sfavorevole per questi assicurati. Si pone quindi ugualmente la questione dell'assicurato che lavora(va) in un Cantone appartenente a un'altra grande regione, ad esempio del lavoratore giurassiano che lavora(va) nel Cantone di Basilea (città o campagna). Ora, se si intendesse determinare il reddito da invalido sulla base della tabella TA13, non si farebbe altro che spostare o restringere il cerchio geografico nel quale si iscrive ogni determinazione di un reddito ipotetico sulla base di valori statistici. In questa maniera, però, si correrebbe pure il rischio di offuscare oltremodo l'obbligo o l'esigibilità per l'assicurato di ridurre il danno e di andare, se del caso e nei limiti ragionevoli, a cercare un'attività al di fuori della sua regione abituale. Si creerebbero nuove disparità nei confronti di assicurati che abitano

a cavallo tra due o addirittura tre grandi regioni o di chi abita in una di queste regioni e lavora in un'altra.

8.4. A ciò si aggiunge che nella sentenza pubblicata in DTF 129 V 472, questa stessa Corte ha precisato che, laddove una tale operazione non fosse possibile sulla base di rilevamenti salariali DPL, il reddito da invalido va di principio definito sulla base dei dati statistici salariali ISS applicabili nell'insieme del settore privato (DTF 129 V 484). Ora, anche siffatta considerazione si opporrebbe a un'applicazione generalizzata delle tabelle regionali TA13, concernenti il settore pubblico e privato.

8.5. Non può pertanto ammettersi una regionalizzazione nella determinazione dell'invalidità poiché una siffatta soluzione sarebbe incompatibile con il principio costituzionale di parità di trattamento come pure con il rango costituzionale delle assicurazioni invalidità e infortuni quali assicurazioni federali."

Ne consegue che il reddito da invalido andrà d'ora in poi determinato in applicazione dei valori nazionali (Tabella TA1).

In concreto, occorre utilizzare i dati del 2005. Infatti, in data 22 ottobre 2004, l'assicuratore ha informato l'attore che avrebbe ridotto l'ammontare dell'indennità giornaliera al 50% dal 31 gennaio 2005, in virtù dell'obbligo di ridurre il danno.

In assenza di dati salariali concreti, per il salario ipotetico da invalido occorre basarsi sui valori statistici e, concretamente, sull'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari 2004 (l'ultima edizione disponibile), edita dall'Ufficio federale di statistica.

Orbene - utilizzando i dati forniti dalla succitata tabella elaborata dall'Ufficio federale di statistica - il ricorrente, svolgendo nel 2004 una professione che presuppone qualifiche inferiori nel settore privato svizzero (a proposito della rilevanza delle condizioni salariali nel settore privato, cfr. RAMI 2001 U 439, p. 347ss. e SVR 2002 UV 15, p. 47ss.), avrebbe potuto realizzare, in media, un salario mensile lordo pari a fr. 4'588.

Riportando questo dato su 41.6 ore (cfr. tabella B 9.2, pubblicata in La Vie économique, 10-2006, p. 90), esso ammonta a fr. 4'772 mensili oppure a fr. 57'264 per l'intero anno (fr. 4'772 x 12, ritenuto che la quota di tredicesima è già compresa, cfr. STFA del 18 febbraio 1999 nella causa B., U 274/98, p. 5 consid. 3a). Conformemente alla giurisprudenza federale (cfr. DTF 126 V 81 consid. 7a) questo importo, adeguato al 2005 in base all'indice dei salari nominali (cfr. "La vie économique 10/2006", Tabella B 10.3 pag. 91) ammonta a fr. 57'757 (57'264 X 1992: 1975).

In concreto il reddito da invalido supera del 23,5% il reddito che l'attore avrebbe conseguito senza la malattia continuando a svolgere l'attività precedente, ciò che giustifica, secondo la giurisprudenza (cfr. AHI 1999, p. 329 consid. 1; ZAK 1989, p. 458s. consid. 3b; STFA del 5 dicembre 2003 nella causa S., I 630/02, consid. 2.2.2 e del 2 dicembre 2002 nella causa R., I 53/02, consid. 3.3), una riduzione del reddito da invalido.

Tale reddito ammonta dunque a fr. 44'196.

In ossequio alla giurisprudenza federale, occorre, in seguito, esaminare le circostanze specifiche del caso concreto (limitazione addebitabile al danno alla salute, età, anni di servizio, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado d'occupazione, cfr. DTF 126 V 80 consid. 5b/bb) e, se del caso, procedere ad una riduzione percentuale del salario statistico medio. La riduzione massima consentita ammonta al 25%, percentuale che consente "... di tener conto delle varie particolarità che possono influire sul reddito del lavoro" (cfr. DTF 126 V 80 consid. 5b/cc).

In una sentenza del 25 luglio 2005 nella causa J., 1147/05, consid. 2, il TFA ha proceduto ad una riduzione del 15% sul reddito statistico da invalido, trattandosi di un assicurato straniero, nato nel 1953 e al beneficio di un permesso di domicilio, che, a causa del danno alla salute, era stato giudicato in grado di svolgere un'attività adeguata in misura del 60%. La nostra Corte federale ha ritenuto suscettibili di incidere sul livello di reddito ancora conseguibile dall'assicurato, gli impedimenti funzionali derivanti dal danno alla salute (10%), così come il fatto di poter lavorare soltanto a tempo parziale (5%):

"2.4 Aufgrund der zu Recht nicht bestrittenen Auffassung der Gutachter des Instituts Y. _____ vom 4. April 2003 ist dem Beschwerdegegner die angestammte Tätigkeit als Schweisser nicht mehr zumutbar, während körperlich leichte bis intermittierend mittelschwere adaptierte Tätigkeiten zu 60% zumutbar sind (d.h. wechselbelastende Tätigkeiten ohne Heben, Stossen und Ziehen von Lasten über 5 bis 10 kg repetitiv und vereinzelt über 15 kg, ohne Überkopftätigkeiten und ohne Tätigkeiten in gebückter Haltung mit Rotation der Wirbelsäule). Aufgrund dieser Einschränkungen sind keine triftigen Gründe ersichtlich, um von einem leidensbedingten Abzug abzusehen; dies wird von der Beschwerde führenden Verwaltung denn auch nicht bestritten.

2.5 Entgegen der Auffassung im kantonalen Entscheid ist die Nationalität hier zu vernachlässigen angesichts der Tatsache, dass die statistischen Löhne aufgrund der Einkommen der schweizerischen und der ausländischen Wohnbevölkerung erfasst werden (AHI 2002 S. 70) und der Beschwerdegegner kein Saisonnier ist, sondern über die Niederlassungsbewilligung C verfügt (Urteil S. vom 16. April 2002, I 640/00 [Zusammenfassung in HAVE 2002 S.

308]). Damit gehört der Versicherte vielmehr einer Ausländerkategorie an, für welche der monatliche Männer-Bruttolohn im Anforderungsniveau 4 sogar etwas über dem entsprechenden, nicht nach dem Merkmal der Nationalität differenzierenden Totalwert liegt (Lohnstrukturerhebung 2000 S. 47 Tabelle TA12 sowie Lohnstrukturerhebung 2002 S. 59 Tabelle TA12). Es ist denn auch dieser Totalwert die massgebende Vergleichsgrösse und nicht etwa das Einkommen der Schweizer (wie es die Vorinstanz angenommen hat), da sich Tabellenlöhne aus den Einkommen der In- und Ausländer zusammensetzen.

2.6 Die IV-Stelle führt in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zwar zu Recht aus, "dass Teilzeitangestellte nicht zwingend weniger als Vollzeitangestellte verdienen (zum Beispiel in Beschäftigungsbereichen, in denen Teilzeitarbeit Nischen auszufüllen vermag, die arbeitgeberseits stark nachgefragt und dementsprechend entlohnt werden ...)." Jedoch wird das Invalideneinkommen hier allein aufgrund statistischer Angaben festgesetzt, so dass die statistisch erhärtete Tatsache der Lohneinbusse von teilzeitarbeitenden Männern im massgebenden Anforderungsniveau 4 (einfache und repetitive Tätigkeiten) zu berücksichtigen ist (vgl. Lohnstrukturerhebung 2000 S. 24 T8 sowie Lohnstrukturerhebung 2002 S. 28 T8), auch wenn in diesem Rahmen der prozentuale Minderverdienst nicht schematisch dem Abzug gleichzusetzen ist (vgl. BGE 126 V 79 Erw. 5b/aa).

2.7 Damit sind im Rahmen des Abzuges die leidensbedingten Einschränkungen des Versicherten (vgl. Erw. 2.4) sowie die Möglichkeit, nur noch Teilzeit arbeiten zu können (Erw. 2.6 hievor), zu berücksichtigen. Da die IV-Stelle in Verfügung und Einspracheentscheid keinen Abzug wegen Teilerwerbstätigkeit berücksichtigt hat, obwohl dies angemessen gewesen wäre, lag für das kantonale Gericht ein triftiger Grund vor, sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Verwaltung zu setzen; die abweichende Ermessensausübung erweist sich deshalb insoweit als näher liegend (vgl. Erw. 2.3 hievor). Indessen hat die Vorinstanz zu Unrecht auch den Ausländerstatus des Beschwerdegegners berücksichtigt (Erw. 2.5 hievor). Die IV-Stelle hat jedoch die leidensbedingten Einschränkungen - angesichts der Beschwerden - mit einem Abzug von 10% vom Tabellenlohn berücksichtigt; wird auch der Tatsache Rechnung getragen, dass der Beschwerdegegner nur noch teilerwerbstätig sein kann, erscheint - gesamthaft gesehen - das Ermessen der Vorinstanz als näher liegend. Damit hatte diese genügend triftige Gründe, um vom Abzug der Verwaltung abzuweichen, so dass ein solcher in Höhe von 15% vorzunehmen ist, was zu einem Invaliditätsgrad von 52% und damit zum Anspruch auf eine halbe Invalidenrente führt." (STFA succitata)

In un'altra pronunzia del 25 luglio 2005 nella causa Y., U 420/04, consid. 2 - riguardante un assicurato straniero, nato nel 1961 e al beneficio di un permesso di domicilio, totalmente abile in attività lavorative leggere da un profilo dell'impegno fisico - lo stesso TFA ha nuovamente applicato una decurtazione del 15% ("Dem Beschwerdegegner sind aus medizinischer Sicht unbestrittenermassen keine schweren Arbeiten mehr zumutbar (vgl. Erw. 2.5.1 hievor), sodass er den bisher ausgeübten Tätigkeiten nicht mehr nachgehen kann. Mit den von der SUVA

verfügten 15% wird sowohl dem Verlust, Schwerarbeit leisten zu können, als auch der leidensbedingten Einschränkung, die für sich nicht sehr ausgeprägt ist, angemessen Rechnung getragen").

In una sentenza del 25 aprile 2005 nella causa R., inc. 35. 2004.104, il TCA ha fornito alcune indicazioni circa le modalità secondo le quali deve essere applicata la riduzione percentuale sul reddito statistico da invalido, argomentando:

"Su quest'ultimo punto, il TCA ha attentamente esaminato alcune recenti sentenze federali e ne ha ricavato l'impressione di una prassi non sempre coerente.

A titolo di esempio, in una sentenza del 14 febbraio 2005 nella causa T., 1594/04, consid. 2.3, il TFA ha indicato che l'età dell'assicurato (47 anni al momento del rilascio della decisione impugnata) non rappresentava un fattore di riduzione, stabilendo inoltre che i lavoratori ausiliari, su un mercato equilibrato del lavoro, vengono richiesti a prescindere dalla loro età e quindi che, in queste attività, l'età di per sé non influisce sul livello retributivo.

Per conto, in una pronuncia del 20 gennaio 2005 nella causa R., I 138/04, consid. 4.3., la stessa Alta Corte federale ha applicato una riduzione sul reddito statistico da invalido, trattandosi di un assicurato di 35 anni, dichiarato completamente abile in attività semplici e ripetitive nel settore dei servizi, "en regard de l'âge de l'assuré et des limitations résultant de l'atteinte à sa santé" (la sottolineatura è del redattore).

In un'altra sentenza del 23 febbraio 2004 nella causa M., B 67/04, consid. 3.3.2 - concernente un assicurato di 54 anni al beneficio di un permesso di domicilio - l'Alta Corte non ha ritenuto che l'età costituisse un fattore di riduzione.

Del resto, con riferimento all'art. 28 cpv. 4 OAINF (cfr. consid. 2.4.), la giurisprudenza federale ha stabilito che questa disposizione torna applicabile agli assicurati che, alla data di inizio della rendita di invalidità, hanno un'età attorno ai 60 anni (cfr. DTF 123 V 419 consid. 1 b; SVR 1995 UV 35, p. 105 consid. 2b).

Al fine di garantire l'uguaglianza di trattamento fra assicurati (circa la necessità di introdurre dei criteri obiettivi allo scopo di evitare disparità di trattamento, cfr. DTF 123 V 104 consid. 3e, DTF 115 V 138ss. consid. 6-7, 405ss., consid. 4-6; STFA del 24 febbraio 2005 nella causa S., U 80/04, consid. 4.2.1), questo Tribunale — chiamato peraltro, in talune circostanze, a direttamente quantificare la riduzione percentuale (cfr., ad esempio, la STFA del 25 febbraio 2003 nella causa P., U 329 + 330/01) — e visto che il problema si pone in modo analogo in alcuni importanti settori delle assicurazioni sociali (assicurazione per l'invalidità, previdenza professionale, assicurazione contro gli infortuni e assicurazione contro le malattie), ritiene di dover fornire le seguenti indicazioni.

Ad ognuno dei fattori di rilievo indicati dalla giurisprudenza federale corrisponde una decurtazione del 5%.

Per quanto riguarda specificatamente la riduzione percentuale legata alla limitazione addebitabile al danno alla salute, l'esistenza, in un

caso concreto, di impedimenti di una particolare gravità, che in genere limitano l'assicurato anche nell'esercizio di un'attività sostitutiva, può comunque giustificare l'applicazione di una riduzione più elevata (cfr., in questo senso, la STFA del 16 febbraio 2005 nella causa C., 1559/04, consid. 2.2, in cui la Corte federale ha avallato la riduzione decisa dall'amministrazione (15%), trattandosi di un assicurato abile soltanto parzialmente in attività leggere, la STFA del 17 febbraio 2005 nella causa B., I 1/04, consid. 4.3.4, in cui è stata applicata una decurtazione del 10% per tenere conto delle difficoltà legate al danno alla salute e la STFA del 23 febbraio 2005 nella causa B., I 632/04, consid. 4.2.2, in cui è stata confermata una riduzione del 15% per ragioni di salute).

La presenza cumulativa di più fattori legittima l'applicazione della riduzione massima del 25% (cfr., in questo senso, la STFA del 4 febbraio 2003 nella causa S., U 311/02, consid. 4.3).

Nella già citata sentenza del 23 febbraio 2004 nella causa M., il TFA ha applicato una deduzione globale del 15% motivata dagli impedimenti legati al danno alla salute, ritenendo assenti gli altri fattori di riduzione (anni di servizio, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione)." (STCA succitata, consid. 2.11.)

In concreto, alla luce della giurisprudenza sopra citata, vista l'età dell'attore, nato nel 1960, e la possibilità di svolgere un'attività confacente al suo stato di salute nella misura dell'80%, una decurtazione del 15% appare conforme alle regole poste dal TFA.

Partendo quindi da un salario da invalido di Fr. 44'196 e ritenuta un'esigibilità dell'80%, ammettendo la riduzione del 15%, il reddito ipotetico dell'insorgente nel 2004 risulta quindi essere pari a Fr. 30'053 (Fr. 35'357.- - (Fr. 35'357.- x 15 : 100)). Confrontando ora questo dato con l'importo di Fr. 44'196 corrispondente al reddito che l'insorgente avrebbe conseguito da valido nell'anno 2005, emerge un'incapacità al guadagno pari al 32 % ((Fr. 44'196 — Fr. 30'053.-J x 100: Fr. 44'196.-).

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 2005 con il reddito che l'assicurato avrebbe potuto percepire nel 2005 se non fosse intervenuta la malattia, risulta essere del 32% e quindi superiore al grado del 25% richiesto dalle CGA, la Cassa malati, deve versare, dal 1.3. 2005 un'indennità del 32% fino al 25 luglio 2005.

All'attore, parzialmente vincente in causa, rappresentato da un sindacato, vanno assegnate le ripetibili.

2.14. L'attore chiede l'assunzione di ulteriori prove, in particolare una perizia medica effettuata da un ortopedico poiché i medici che hanno visitato l'attore non sono specialisti in materia.

Nel caso di specie, come visto nei precedenti considerandi, gli atti medici sono convincenti, approfonditi e motivati e scevri da contraddizioni e possono essere presi a fondamento per decidere circa il grado d'inabilità lavorativa dell'attore, indipendentemente dalla circostanza che gli specialisti non siano degli ortopedici. Infatti il Dr. med. _____ è specialista in reumatologia ed è sicuramente in grado, vista la sua grande esperienza, di valutare la capacità lavorativa di una persona affetta da coxartrosi e sindrome lombovertebrale cronica. Lo stesso si può dire del medico del SMR, dr. med.

Una perizia, viste le conclusioni degli esperti, nel caso concreto si rivela superflua.

Conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca l'amministrazione o il giudice, in base ad un apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori non potrebbero modificare il risultato, si rinuncerà ad assumere altre prove (apprezzamento anticipato delle prove; Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, pag. 212 no. 450, Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2a ed., pag. 39 no. 111 e pag. 117 no. 320; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2a ed., pag. 274; cfr. anche STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01; DTF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). Tale modo di procedere non costituisce una violazione del diritto di essere sentito desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (e in precedenza dall'art. 4 vCost.; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti).

In queste condizioni in il TCA rinuncia all'assunzione di ulteriori prove.

2.15. L'art. 43 della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (OG) prevede il ricorso per riforma al Tribunale federale per violazione del diritto federale. Per l'art. 46 OG, 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 Fr. 8'000.-.

In concreto, il valore litigioso è rappresentato dalle indennità giornaliere che l'assicuratore dovrebbe versare all'attore a dipendenza della sua incapacità di lavoro.

Considerato che l'attore chiede il versamento delle indennità giornaliere al 100% e queste ammontano a circa fr. 3'000 al mese (cfr. doc. XXII: "Dal 01.09.2006 abbiamo versato al Sig.) XXXX gli importi bonificatici dalla Y e più precisamente: mese di settembre fr. 2'898.--; mese ottobre fr. 2'994.60, mese novembre fr. 2'898.—"; l'indennità giornaliera ammonta a fr. 96.60 al giorno, cfr. doc. V e 3) sono dati gli estremi per un eventuale ricorso per riforma al Tribunale Federale di Losanna.

Secondo l'art. 49 cpv. 2 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, s'impone perciò di notificare all'autorità di sorveglianza anche la presente sentenza.

Per questi motivi

dichiara e pronuncia

1. La petizione è **parzialmente accolta**.
Y verserà all'attore indennità giornaliera al 32% dal 1. 3.2005 al 25.07.2005.
2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. Y verserà a XXXX fr. 1'000.-- (IVA inclusa) a titolo di ripetibili.
3. Intimazione alle parti e all'UFAP, Berna.
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).

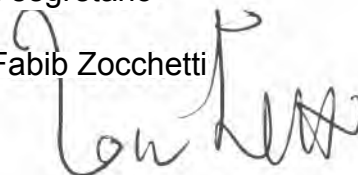
Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Daniele Cattraneo



Il segretario

Fabio Zocchetti



INTIMAZIONE

11 NOV. 2006

TRIBUNALE CANTONALE
DELLE ASSICURAZIONI