

Incarto n.
36.2008.157

Lugano
21 gennaio 2009

CS

In nome
della Repubblica e Cantone
Ticino

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni

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

redattore: Christian Steffen, vicecancelliere

segretario: Fabio Zocchetti

statuendo sulla petizione del 14 novembre 2008 di

XXXX, _____
rappr. da: xx, _____

contro

A **Assicurazioni SA**,

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. **XXXX**, nato il 22 giugno 1974, di professione muratore, è assicurato contro la perdita di guadagno in caso di malattia presso la Cassa malati A _____ per il tramite del contratto d'assicurazione collettiva sottoscritto dalla _____, con la quale ha concluso un contratto di lavoro interinale.

In data 10 novembre 2007 **XXXX** è stato vittima di un infortunio non professionale (*"al proprio domicilio, scendendo una scala a pioli, è inciampato in un cavo di un attrezzo ed è caduto. Ha picchiato la spalla sinistra."*, notifica d'infortunio LAINF)

riportando la lesione parziale del tendine sovraspinato che lo ha reso inabile al lavoro. La _____ ha corrisposto le prestazioni assicurative previste dalla LAINF.

- 1.2. Con decisione del 22 settembre 2008 la _____, *“in considerazione dell'evoluzione della guarigione”* e dopo aver sottoposto **XXXX** ad una visita medica circondariale in data 15 settembre 2008, ha sospeso con effetto dal giorno dell'emissione della decisione il versamento delle prestazioni assicurative (indennità giornaliera e spese di cura), poiché *“il nostro servizio medico ritiene che i disturbi oggi presenti non sono più causati dall'infortunio ma sono da attribuire esclusivamente ad una malattia”* ed ha aggiunto che *“l'ulteriore incapacità lavorativa e la cura medica non vanno quindi più a carico dell'assicurazione infortuni ma a carico dell'assicurazione malattia che viene informata con copia del presente scritto.”* (doc. 2).

XXXX ha presentato opposizione contro la predetta decisione (doc. 3).

- 1.3. Il 25 settembre 2008 **XXXX** è stato convocato per una visita medica presso il dr. med. _____ dalla A. Lo specialista, in data 3 ottobre 2008, ha affermato:

“Si tratta di un paziente che non ha mia presentato dolori alla spalla fino al 10.11.07 quando è caduto e ha urtato la spalla sinistra.

Da allora dolori cronici alla spalla sinistra ampiamente investigati anche dallo specialista Dr. _____ con diagnosi di: dolori persistenti in stato dopo trauma diretto della spalla e lesione parziale del tendine sovraspinato.

L'esame clinico è perfettamente normale.

In conclusione non trovo una causa medica che possa spiegare i dolori lamentati dal paziente nè tanto meno giustificare un'invalidità lavorativa per malattia.

Il paziente afferma con sicurezza che tutto ciò è cominciato dopo l'infortunio per cui l'ho pregato di far ricorso alla decisione della _____ alla quale, bisogna rimandare il caso.

Mi sembra che sia compito della _____ cercare eventualmente un accordo con il datore di lavoro e trovare un'attività lavorativa compatibile con i disturbi lamentati dal paziente, almeno per qualche mese, in seguito potrà riprendere a lavorare normalmente.

In conclusione il caso non è di competenza di A. ” (doc. 5)

- 1.4. Il 10 ottobre 2008 l'assicuratore ha scritto al datore di lavoro, affermando:

"(...)

Secondo il parere del nostro medico fiduciario non vi è nessun fattore che giustifichi un'inabilità lavorativa per malattia a partire dal 22.09.2008. I sintomi accusati dall'assicurato sono dovuti alle conseguenze dell'infortunio subito in data 10.11.2007. Ciò vuol dire che non possiamo erogare alcune prestazioni d'indennità giornaliera per quest'inabilità lavorativa.

A questo proposito preghiamo il signor **XXXX** che ci legge in copia di prendere nuovamente contatto con la _____ di _____. (...)” (doc. 6)

Il 17 ottobre 2008 l'assicuratore ha scritto alla _____ indicando di non essere tenuto ad anticipare le prestazioni in applicazione dell'art. 70 cpv. 2 LPGA poiché nel caso di specie si è in presenza di un'assicurazione privata retta dalla LCA (doc. 8).

Con scritto del 20 ottobre 2008 la _____ ha rammentato a A _____ che nell'ambito delle assicurazioni private rette dalla LCA va applicata la “*Convenzione relativa all'obbligo di anticipare le prestazioni assicurative*”, sottoscritta il 20 dicembre 2002 dalla _____, da _____ e dall'_____, alla quale anche A ha aderito (doc. 9).

- 1.5. Il 14 novembre 2008 **XXXX**, rappresentato dall'XX, si è rivolto al TCA con una petizione con misure cautelari urgenti inaudita altera parte (doc. I), completata il 19 novembre 2008, su ingiunzione del Giudice delegato del TCA (doc. II), tramite la quale chiede l'annullamento della presa di posizione del 17 ottobre 2008 di “A _____ Assicurazione” all'attenzione della _____ e domanda che sia fatto obbligo a “A _____” di versargli, con effetto dal 23 settembre 2008, le prestazioni d'indennità giornaliera per malattie (doc. V).
- 1.6. Pendente causa il TCA ha richiamato la citata convenzione sia nella versione in lingua tedesca che francese (doc. III, IV e IX).
- 1.7. Con risposta del 12 dicembre 2008 A _____ propone la reiezione della petizione con argomentazioni che, laddove necessario, saranno riprese in corso di motivazione (doc. XII).
- 1.8. Il TCA ha richiamato l'incarto della _____ (doc. XIII). Il 17 dicembre 2008 si è tenuta un'udienza di discussione in presenza delle parti (doc. XV).

- 1.9. Il 18 dicembre 2008 il TCA ha posto alcune domande al dr. med. _____, medico fiduciario della convenuta (doc. XVI), il quale ha risposto il 19 dicembre 2008 (doc. XVIII). Le parti hanno potuto esprimersi in merito (doc. XIX e seguenti).

in diritto

in ordine

- 2.1. Secondo quanto disposto dall'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. 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 legge federale sulla sorveglianza delle imprese d'assicurazione del 17 dicembre 2004 (LSA), 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 LCAMal 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 (Lptca).

In concreto, la causa concerne una vertenza relativa ad un contratto di indennità giornaliera in caso di malattia retto dalla LCA (cfr. art. 2 delle condizioni generali del contratto d'assicurazione, doc. 11) e praticato da un assicuratore sociale autorizzato all'esercizio ai sensi della LAMal.

Il TCA può pertanto entrare nel merito della petizione.

nel merito

- 2.2. Oggetto del contendere è la questione di sapere se A è tenuta ad anticipare le indennità giornaliere non versate dalla _____.
- 2.3. Nell'ambito delle assicurazioni sociali, l'art. 70 cpv. 1 LPGA prevede che l'avente diritto può chiedere di riscuotere una prestazione anticipata se un evento assicurato fonda il diritto a prestazioni delle assicurazioni sociali ma sussiste un dubbio quanto al debitore delle suddette prestazioni.

Per le prestazioni in natura e le indennità giornaliere la cui assunzione da parte dell'assicurazione contro le malattie, dell'assicurazione contro gli infortuni, dell'assicurazione militare o dell'assicurazione invalidità è contestata, è tenuta a versare prestazioni anticipate, l'assicurazione contro le malattie (art. 70 cpv. 2 lett. a LPGA).

A norma dell'art. 70 cpv. 3 LPGA l'avente diritto deve annunciarsi presso le assicurazioni sociali che entrano in considerazione.

Giusta l'art. 71 LPGA l'assicuratore tenuto a versare prestazioni anticipate eroga prestazioni secondo le disposizioni che disciplinano la sua attività. Se il caso è assunto da un altro assicuratore, questi deve rimborsare gli anticipi entro i limiti del suo obbligo di versare prestazioni.

A norma dell'art. 112 cpv. 1 OAMal, ove, in caso di malattia o d'infortunio, non è certo se l'obbligo di fornire prestazioni spetti all'assicurazione contro gli infortuni secondo la LAINF o all'assicurazione militare, l'assicuratore-malattie può anticipare spontaneamente le prestazioni che assicura, a condizione che sia garantito il suo pieno diritto alla ripetizione.

In una sentenza del TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) del 27 gennaio 2005 (K 166/03), pubblicata in DTF 131 V 78 = SVR 12/2005, KV Nr. 27, pag. 95, l'Alta Corte ha stabilito che qualora l'obbligo di anticipare le prestazioni sia stato stabilito, questo viene in seguito determinato secondo le disposizioni valide nel ramo dell'assicurazione sociale interessata (consid. 2). Questa incombenza a carico dell'assicurazione malattie concerne i casi in cui la causalità fra un infortunio e il pregiudizio alla salute è

contestata ed è valutata in maniera controversa dai medici consultati (consid. 3.1).

L'Alta Corte ha affermato:

"Begründet ein Versicherungsfall einen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen, bestehen aber Zweifel darüber, welche Sozialversicherung die Leistungen zu erbringen hat, so kann die berechtigte Person Vorleistung verlangen (Art. 70 Abs. 1 ATSG). Vorleistungspflichtig ist die Krankenversicherung für Sachleistungen und Taggelder, deren Übernahme durch die Krankenversicherung, die Unfallversicherung, die Militärversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist (Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG). Die berechtigte Person hat sich bei den in Frage kommenden Sozialversicherungen anzumelden (Art. 70 Abs. 3 ATSG). Die Vorleistungspflicht der Krankenversicherung gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG entspricht derjenigen des bisherigen Rechts (Kieser, ATSG-Kommentar, N 35 zu Art. 70). Der mit dem altrechtlichen, gestützt auf Art. 78 Abs. 1 lit. a KVG (in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung) erlassenen Art. 112 KVV (gültig bis 31. Dezember 2002) geregelte Zweifelsfall betraf ausschliesslich Tatbestände, bei denen unbestritten ist, dass eine bestimmte Leistung erbracht werden muss, hingegen zweifelhaft ist, welcher von zwei Versicherern diese Leistung schuldet (Urteil T. vom 26. April 2001, K. 146/99). Soweit von Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG Sachleistungen erfasst sind, muss ein Zweifel über die Leistungspflicht bei einer Heilbehandlung bestehen, weil die Krankenpflegeversicherung grundsätzlich nur Leistungen mit einer diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Zielsetzung erbringt. Es geht somit um Untersuchungen, Behandlungen, Pflegemassnahmen, Analysen, Arzneimittel und bestimmte Mittel und Gegenstände (Kieser, a.a.O., N 12 zu Art. 70). Nach Art. 71 ATSG erbringt der vorleistungspflichtige Versicherungsträger die Leistungen nach den für ihn geltenden Bestimmungen. Wird der Fall von einem anderen Träger übernommen, so hat dieser die Vorleistungen im Rahmen seiner Leistungspflicht zurückzuerstatten. Art. 71 Satz 1 ATSG stellt ebenfalls keine Neuerung dar, sondern entspricht alt Art. 112 Abs. 1 KVV. Ist somit gestützt auf Art. 70 ATSG die Vorleistungspflicht bestimmt worden, richtet sich in der Folge die Leistungspflicht nach den Bestimmungen der für den betreffenden Sozialversicherungszweig massgebenden Regelung, was bedeutet, dass sämtliche für die Leistungsausrichtung erheblichen Fragen nach diesen Bestimmungen zu beantworten sind (Kieser, a.a.O., N 3 und 4 zu Art. 73). Erfolgt eine medikamentöse Behandlung auf Grund einer Diagnose, die sich nachträglich als falsch herausstellt, ist dies kein Grund für die Verneinung der Vorleistungspflicht. Massgebend ist, dass eine Verdachtsdiagnose eine Behandlung rechtfertigen kann und diese aus medizinischer Sicht im Durchführungszeitpunkt prospektiv als indiziert erscheint. Tauchen im Nachhinein, beispielsweise gestützt auf ein fachärztliches Gutachten, Zweifel an der ursprünglichen Diagnose auf, führt dies nicht dazu, dass die seinerzeit auf Grund der Verdachtsdiagnose veranlasste, als wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich gemäss Art. 32 KVG erachtete Behandlung nunmehr als unwirksam, unzweckmässig oder unwirtschaftlich bezeichnet werden kann mit der Folge, dass der Krankenversicherer sich unter Berufung auf Art. 32 KVG der Vorleistungspflicht gestützt auf Art. 71

Satz 1 ATSG entfallen könnte. Die Vorleistungspflicht des Krankenversicherers entfällt erst, wenn die durchgeführte Behandlung den Kriterien des Art. 32 KVG offensichtlich nicht entspricht.

3.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Beschwerdeführer an erheblichen, behandlungsbedürftigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen leidet, deren Ursache noch nicht geklärt ist. Während die Zürich als zuständige Unfallversicherung ihre Leistungspflicht nach umfangreichen Abklärungen gemäss Verfügung vom 8. Januar 2003 verneint hat mit der Begründung, dass es sich bei den geklagten Beschwerden nicht um Unfallfolgen handelt und ein Zeckenbiss als Ursache nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sei, vertritt der Versicherte die Auffassung, seine Beschwerden seien unfallkausal. Über seine mit der entsprechenden Begründung erhobene Einsprache wurde, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. Streitig und zu prüfen ist, ob die Assura als Krankenversicherer des Beschwerdeführers auf Grund der gesetzlichen Vorleistungspflicht die im Zusammenhang mit der Behandlung des seitens der beteiligten Ärzte vermuteten Zeckenbisses im Jahr 1999 stehenden Rechnungen zu übernehmen hat.

3.1 Aus den vorstehend (Erw. 2 hievor) dargelegten Grundsätzen folgt, dass der Krankenversicherer im Falle einer Heilbehandlung im Verhältnis zur Unfallversicherung vorleistungspflichtig ist, wenn feststeht, dass eine bestimmte Leistung erbracht werden muss, aber unklar ist, ob der behandelte Gesundheitsschaden auf einen Unfall (eine unfallähnliche Körperschädigung; eine Berufskrankheit) oder eine Krankheit zurückzuführen ist. Dies bedeutet, dass der Krankenversicherer gerade in Fällen, in welchen die Unfallkausalität einer Gesundheitsschädigung streitig ist und von den beteiligten Ärzten kontrovers beurteilt wird, grundsätzlich vorleistungspflichtig ist.

3.2 Die Assura kann sich demnach nicht unter Hinweis auf Art. 71 Satz 1 ATSG und eine Stellungnahme ihres Vertrauensarztes oder anderer am Verfahren beteiligter Mediziner mit Erfolg auf fehlende Wirtschaftlichkeit der durchgeführten Behandlungen im Sinne von Art. 32 in Verbindung mit Art. 56 KVG berufen, weil sie aus dem Gutachten des Prof. M. _____ schliesst, der Kausalzusammenhang zwischen (allfälligem) Zeckenbiss und den Gesundheitsstörungen des Beschwerdeführers sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, weshalb die durchgeführten Behandlungen medizinisch nicht indiziert gewesen seien. Denn so lange die im Hinblick auf eine Borreliose-Erkrankung infolge Zeckenbisses angeordnete medikamentöse Therapie auf Grund einer Verdachtsdiagnose zum damaligen Zeitpunkt aus medizinischer Sicht unter Berücksichtigung des dem behandelnden Arzt zustehenden Ermessens gerechtfertigt erschien, ist die Vorleistungspflicht der Assura gegeben. Mit ihrer Auffassung verkennt die Assura das Wesen der Vorleistungspflicht gemäss Art. 70 Abs. 2 lit. a ATSG, mit welcher lediglich geregelt wird, welcher der Versicherer im Zweifelsfall eine Leistung, die erbracht werden muss, zunächst schuldet. Dass im vorliegenden Fall Versicherungsleistungen in Form von Heilbehandlung und Arzneimitteln zu erbringen waren, steht damit fest."

2.4. Nel caso in cui le prestazioni litigiose sono rette da assicurazioni private che sono soggette alla LCA, la LPGA non trova applicazione.

Infatti, l'art. 100 cpv. 2 LCA, applicabile in concreto prevede solo che:

"Per gli stipulanti e gli assicurati considerati disoccupati ai sensi dell'articolo 10 della legge del 25 giugno 1982 sull'assicurazione contro la disoccupazione sono inoltre applicabili per analogia gli articoli 71 capoversi 1 e 2 e 73 della legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie."

Per l'art. 10 LADI:

¹ È considerato totalmente disoccupato chi non è vincolato da un rapporto di lavoro e cerca un'occupazione a tempo pieno.

² È considerato parzialmente disoccupato chi:

- a. non è vincolato da alcun rapporto di lavoro e cerca unicamente un'occupazione a tempo parziale oppure;
- b. un'occupazione a tempo parziale e cerca un'occupazione a tempo pieno oppure un'altra occupazione a tempo parziale.

^{2bis} Non è considerato parzialmente disoccupato il lavoratore il cui tempo normale di lavoro è stato temporaneamente ridotto (lavoro ridotto).

³ La persona che cerca lavoro è considerata totalmente o parzialmente disoccupata soltanto quando si è annunciata all'ufficio del lavoro del suo domicilio per essere collocata.

⁴ La sospensione provvisoria da un rapporto di servizio di diritto pubblico è equiparata alla disoccupazione qualora contro la disdetta data dal datore di lavoro sia pendente un ricorso con effetto sospensivo."

Per l'art. 71 cpv. 1 LAMal l'assicurato che esce dalla cerchia dell'assicurazione collettiva perché cessa di appartenere alla cerchia degli assicurati definita dal contratto oppure perché quest'ultimo è disdetto, ha diritto al trasferimento nell'assicurazione individuale dell'assicuratore. Se nell'assicurazione individuale l'assicurato non assicura prestazioni più elevate, non possono essere formulate nuove riserve e dev'essere mantenuta l'età d'entrata determinante nel contratto collettivo. Il cpv. 2 prevede che l'assicuratore deve provvedere affinché l'assicurato sia informato per scritto in merito al suo diritto di passare all'assicurazione individuale. Se omette questa informazione, l'assicurato rimane

nell'assicurazione collettiva. L'assicurato deve far valere il diritto di passaggio entro tre mesi dal ricevimento della comunicazione.

L'art. 73 LAMal regola il coordinamento con l'assicurazione contro la disoccupazione.

Nel caso di specie va pertanto esaminato se trova applicazione la convenzione tra la _____, _____ e l'_____, in vigore dal 1° dicembre 2003.

A questo proposito va evidenziato che con lettera del 13 febbraio 2003 _____ ha scritto a A, _____ affermando:

"(...)

Das Abkommen hält eine Vorleistungspflicht des Krankenversicherers nach VVG fest. So soll verhindert werden, dass der Geschädigte keine Leistungen erhält, solange und während sich die Unfall- und Krankenversicherung darüber streiten, wer leistungspflichtig ist. Das Abkommen regelt sodann auch die Rückerstattungspflicht." (doc. 10, sottolineatura del redattore)

Dall'accordo emerge che:

"Ausgangslage

Da bei Schadenereignissen oft zweifelhaft ist, ob Folgen eines Unfalles, einer Berufskrankheit oder einer anderen Krankheit vorliegen;

da diese Qualifikation entscheidend ist für die Frage, ob die Unfall- oder die Krankenversicherung leistungspflichtig ist;

da die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen besteht, weil die Verfahren in den Bereichen Unfall- und Krankenversicherung nicht koordiniert sind;

da dies dazu führen kann, dass der Geschädigte lange auf seine Leistungen warten muss;

da die Vorleistungs- bzw. Rückerstattungspflichten wohl für die Sozialversicherer unter sich geregelt sind (z.B. KVG und UVG bzw. beu ATSG), aber analoge Bestimmungen für die private Krankenversicherung (VVG) fehlen;

da es somit zum Schutze des Geschädigten sinnvoll ist, diese Lücke vertraglich auszufüllen;

vereinbaren die Parteien folgendes:

1 Geltungsbereich

Das Abkommen ist anwendbar auf die _____ sowie auf die dem Abkommen beigetreten Kranken- und UVG-Versicherer.

Eine Gesellschaft, die sowohl als Krankenversicherer nach VVG als auch als UVG-Versicherer tätig ist, kann dem Abkommen nur als Träger beider Versicherungssparten beitreten.

2 Vereinbarung zwischen Versichertem, Krankenversicherer nach VVG und UVG-Versicherer

Der betroffene Krankenversicherer nach VVG und der UVG-Versicherer schliessen im Einzelfall mit dem Versicherten die in Anhang 1 angeführte Vereinbarung betreffend Vorleistungs- und Rückerstattungspflicht ab, insofern der Versicherte damit einverstanden ist.

Die Vereinbarung kann auch für Ereignisse abgeschlossen werden, welche sich vor dem Inkrafttreten des Abkommens ereignet haben, sofern der UVG-Versicherer noch keine Verfügung erlassen hat.

Der Versicherte hat nur Rechtsansprüche aus der im Einzelfall abgeschlossenen Vereinbarung, nicht aus dem Abkommen., (doc. IV)

L'allegato accordo prevede quanto segue:

"Referenz- Nummer: VVG: UVG:
Art der Gesundheitsschädigung:

Datum/Hergang des Schadenereignisses:

Dem UVG-Versicherer gemeldet mit Anzeige vom

Die unterzeichneten Parteien vereinbaren im Zusammenhang mit dem oben erwähnten Schadenereignis was folgt:

1 Der Krankenversicherer erbringt vorschussweise die im Krankenversicherungsvertrag VVG vorgesehenen Taggeld- und gegebenenfalls Pflegeleistungen, höchstens aber die nach UVG-Versicherer leistungspflichtig ist. Ausgenommen sind Leistungen aus Summenversicherungen.

Diese Vorleistungspflicht gilt für maximal drei Monate. Der Kranken- und der UVG Versicherer können in Ausnahmefällen diese Frist im gegenseitigen Einvernehmen verlängern.

Nach Leistungseinstellungen des UVG-Versicherers erbringt der Krankenversicherer keine Vorleistungen.

2 Diese vorläufigen Leistungen werden bei der nachträglichen Uebernahme des Falles durch den UVG-Versicherer als Leistungen des UVG-Versicherers betrachtet und an dessen Leistungen angerechnet, und der UVG-Versicherer erstattet dem Versicherer dessen Vorleistungen ohne Zinsen zurück. Der Versicherte ist damit einverstanden.

3 Der Kranken- und der UVG-Versicherer stellen sich ihre Akten gegenseitig zur Verfügung. Der Versicherte ist damit einverstanden.

4 Bei Streitigkeiten zwischen dem UVG-Versicherer und dem VVG-Krankenversicherer eröffnet der Unfallversicherer die Verfügung auch

dem Krankenversicherer (analog UVV 129 bzw. neu ATSG 49 Abs. 4)." (doc. IV/1; nota del redattore: seguono nomi dell'assicuratore contro gli infortuni, dell'assicuratore malattie e dell'assicurato)

La versione francese prevede:

"La situation

Vu qu'il y a souvent doute, en cas de sinistre, sur la question de savoir s'il s'agit des conséquences d'un accident, d'une maladie professionnelle ou d'une autre maladie;

vu que cette distinction est décisive pour savoir si c'est à l'assurance-accidents ou à l'assurance-maladie qu'incombe l'obligation d'allouer la prestation;

vu qu'il y a risque de décisions contradictoires parce que les procédures ne sont pas coordonnées dans les secteurs de l'assurance-accidents et de l'assurance-maladie;

vu que ceci peut avoir pour conséquence que le lésé doit attendre longtemps pour toucher ses prestations;

vu que l'obligation d'avancer les prestations ou de rembourser se trouve bien réglée pour les assureurs sociaux entre eux (par ex. LAMal et LAA ou nouvellement LPGA), mais qu'il n'y a pas de dispositions analogues pour l'assurance-maladie privée (LCA);

vu qu'il est dès lors judicieux de combler cette lacune par voie contractuelle;

les parties conviennent de ce qui suit:

1 Champ d'application

La convention est applicable à la _____ ainsi qu'aux assureurs-maladie et LAA y ayant adhéré.

(...)

2 Convention entre assuré, assureur-maladie selon LCA et assureur LAA

L'assureur-maladie selon LCA et l'assureur LAA concluent de cas en cas avec l'assuré, et pour autant que celui-ci soit d'accord, la convention figurant en annexe 1, relative à l'obligation d'avancer les prestations et de rembourser.

Cette convention peut aussi être conclue pour des événements qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la présente convention, pour autant que l'assureur LAA n'ait pas encore communiqué de décision.

L'assuré ne peut prétendre qu'à des droits découlant de la convention conclue pour le cas particulier avec l'assuré, mais non de la présente convention." (doc. IX/Bis)

La citata convenzione prevede:

"(...)

Les parties soussignées conviennent de ce qui suit en ce qui concerne le sinistre mentionné ci-dessus:

1. S'il y a doute sur la question de savoir à qui de l'assureur-maladie ou de l'assureur LAA incombe l'obligation d'allouer les prestations, l'assureur-maladie alloue à titre d'avance les indemnités journalières et, le cas échéant, les prestations pour soins prévues par le contrat d'assurance-maladie LCA, au maximum toutefois les prestations assurées selon LAA. Les prestations découlant d'assurances de sommes sont exclues.

L'obligation d'avancer les prestations est limitée à trois mois au maximum. L'assureur-maladie et l'assureur LAA peuvent, dans des cas d'exception, prolonger ce délai par consentement mutuel.

Une fois que l'assureur LAA a mis un terme à ses prestations, l'assureur-maladie n'avance plus de prestations.

2. Lorsque le cas est ultérieurement repris par l'assureur LAA, ces prestations provisoires sont considérées comme prestations de l'assureur LAA et imputées sur ses prestations, et l'assureur LAA restitue ces prestations préalables sans intérêts à l'assureur-maladie. L'assuré y consent.

3. L'assureur-maladie et l'assureur LAA mettent réciproquement leurs dossiers à disposition l'un de l'autre. L'assuré y consent.

4. En cas de contestations entre l'assureur LAA et l'assureur LCA, l'assureur-accidents notifie aussi la décision à l'assureur-maladie (par analogie à OLAA 129 ou, nouvellement LPGA 49, al. 4). (doc. IX/bis).

Va ancora evidenziato come l'art. 17 delle condizioni generali dell'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera per malattia secondo la legge sul contratto d'assicurazione prevede che se il diritto ad una rendita di un'assicurazione statale o aziendale non è ancora definito, la A corrisponde l'indennità giornaliera assicurata quale anticipo di prestazione. Per beneficiare di queste prestazioni anticipate l'assicurato deve rilasciare l'approvazione scritta per la compensazione diretta con gli assicuratori menzionati.

Inoltre, per l'art. 11 CGA l'indennità giornaliera è corrisposta per la durata dell'incapacità lavorativa attestata dal medico o dal chiropratico, dopo decorrenza dell'eventuale periodo di attesa. In caso d'incapacità lavorativa parziale, l'ammontare dell'indennità giornaliera si basa sul grado d'incapacità; se questo è inferiore al 50% non c'è diritto all'indennità giornaliera. Se l'assicurato è

considerato disoccupato ai sensi dell'articolo 10 LADI, la A corrisponde l'indennità giornaliera alle seguenti condizioni: per l'incapacità lavorativa dal 25% al 50%, la metà dell'indennità giornaliera; per l'incapacità lavorativa di oltre il 50%, l'indennità giornaliera completa.

- 2.5. Nel caso di specie vi è una divergenza circa l'assicuratore tenuto ad intervenire con il pagamento delle indennità giornaliere.

Infatti, la _____ rifiuta di erogare ulteriori prestazioni a motivo che secondo la valutazione medica lo stato che si sarebbe presentato anche senza l'infortunio del 10 novembre 2007 (status quo sine) è presente al più tardi il 22 settembre 2008 (doc. 2) e che *"l'ulteriore incapacità lavorativa e la cura medica non vanno più a carico dell'assicurazione infortuni ma a carico dell'assicurazione malattia"*, mentre la convenuta rifiuta di versare l'indennità giornaliera poiché, come emerge dallo scritto del 10 ottobre 2008 (doc. 6), l'assicuratore ritiene che *"non vi è nessun fattore che giustifichi un'inabilità lavorativa per malattia a partire dal 22.09.2008. I sintomi accusati dall'assicurato sono dovuti alle conseguenze dell'infortunio subito in data 10.11.2007."*

Essendoci pertanto incertezza circa l'assicuratore che deve erogare le prestazioni, la citata convenzione, che permette, tranne casi eccezionali, il versamento anticipato di prestazioni per al massimo 3 mesi, di principio, dovrebbe trovare applicazione (cfr. anche lettera del 20 ottobre 2008 della _____ alla convenuta, doc. 9, citata al consid. 1.4., nonché, per analogia, la sentenza in ambito di assicurazioni sociali, pubblicata in DTF 131 V 78).

Va qui rilevato come, contrariamente a quanto ritiene A in sede di risposta, la convenzione non è stata sottoscritta per evitare che *"gli assicuratori entrino in difficoltà"*, bensì per permettere agli assicurati di poter usufruire delle prestazioni cui hanno diritto, quando non è ancora chiaro qual è l'assicuratore competente (cfr. la citata convenzione: *"da es somit zum Schutze des Geschädigten sinnvoll ist, diese Lücke vertraglich auszufüllen"*, sottolineatura del redattore). La convenzione è pertanto stata sottoscritta per trovare una soluzione a favore degli assicurati, come previsto in ambito di assicurazione sociale e, contrariamente a quanto sembra sottintendere l'assicuratore, essa è direttamente applicabile anche all'assicurato.

Non va infatti dimenticato che il contratto stipulato dal datore di lavoro con l'assicurazione è un contratto a favore di terzi (art. 112 CO; Vincent Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain, Le droit social dans la pratique de l'entreprise, Questions choisies, Berna 2006, pag. 99). Il lavoratore non è parte al contratto, anche se ne è il beneficiario (Hans-Rudolf Müller, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pag. 30). Con la (valida) conclusione di un contratto di assicurazione malattia collettiva il datore di lavoro si libera dal suo obbligo di continuare a versare il salario (DTF 120 V 38 consid. 3); gli subentra l'assicuratore, il quale non versa al lavoratore/assicurato il salario vero e proprio, dal quale andrebbero ancora dedotti i contributi sociali, bensì un'indennità giornaliera, esente da tali contributi (Adrian von Kaenel, Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007., pag. 116).

In sede di risposta la convenuta tuttavia, contrariamente a quanto indicato nello scritto del 10 ottobre 2008, ha messo in dubbio la presenza di un'incapacità lavorativa dell'assicurato (doc. XII).

Va pertanto preliminarmente esaminato se l'attore, dal 23 settembre 2008, è effettivamente incapace al lavoro.

- 2.6. Dagli atti della _____ emerge che il 1° aprile 2008 il dr. med. _____, FMH medicina interna, spec. cardiologia, dopo aver visitato l'attore su richiesta della _____, aveva affermato che *"il decorso è favorevole. La fisioterapia, non ancora iniziata, potrà solo accelerare la guarigione. Vista la situazione sia soggettiva che soprattutto dal lato obiettivo, alla visita odierna nettamente migliorata rispetto alla visita 15.01.2008, ho concordato con l'A., la sua ripresa parziale del lavoro al 50% (...)"* (doc. 21 LAINF). Dal successivo rapporto del 7 maggio 2008 della _____ emerge tuttavia che *"dal momento in cui avrei dovuto riprendere il lavoro nella misura del 50% (7.4.2008) ho iniziato ad effettuare dei lavori al domicilio e dopo una mezzora ho dovuto interrompere in quanto i disturbi sono riapparsi"* e *"ho quindi chiamato il dott. _____ per aver un suo parere ma secondo lui l'abilità lavorativa parziale del 50% risultava comunque giustificata. Per questo motivo mi sono recato presso il mio medico di famiglia che mi ha attestato nuovamente l'invalidità"*

lavorativa completa.” (doc. 30 LAINF). Il 23 maggio 2008 il dr. med. _____, specialista FMH in reumatologia, dopo aver visitato l'attore, ha chiesto alla _____ “di inviare il paziente dal dott. _____ affinché intraprenda terapia mirata e verifichi anche la riscontrata sovrapposta patologia costituita dai dolori al polso e al gomito sinistro che non sembrerebbero essere in causalità con l'infortunio. Se necessaria terapia infiltrativi o onde d'urto si dia subito corpo a tali terapia per raggiungere in breve tempo uno stato quo sine se non riscontrabili ulteriori patologie riconducibili al traumatismo di novembre. Se non necessaria ulteriore terapia o altro procedere, dovremo considerare raggiunto lo stato quo sine, non avendo riscontri a tutt'oggi di lesioni generate o modificate direzionalmente, al massimo temporalmente, dal riferito infortunio, essendo passati oltre sei mesi dall'evento infortunistico.” Ed ha concluso affermando che la capacità lavorativa “permane per ultimare gli accertamenti e le eventuali terapie inabile al 100% nell'attività di muratore.” (doc. 33).

Il 31 luglio 2008 il dott. med. _____, specialista FMH medicina interna/malattie reumatiche, ha effettuato la visita richiesta ed ha affermato:

“(…)

L'assicurato continua a lamentare dolori alla spalla sx ed in parte pure al braccio, dolori apparentemente insorti dopo un trauma diretto subito lo scorso mese di novembre, quando era caduto da una scala a pioli (da un'altezza relativa, visto che era già arrivato agli ultimi scalini). I dolori non sono costanti, dipendenti per lo più dall'attività svolta.

Clinicamente ho potuto riscontrare una spalla sx ben mobile, senza chiari segni per un conflitto sottoacromiale. E' possibile evocare dolori di una certa importanza alla palpazione della regione toracoscapolare sx, nonché della muscolatura cervico-scapolare, dove è presente un punto trigger oppure causati da una disfunzione a livello della colonna toracica superiore. Malgrado l'ecografia recentemente eseguita abbia evidenziato una lesione parziale del sopraspinato (non evidenziata invece alla MRI eseguita nel mese di gennaio!) egli non presenta attualmente chiari segni per un conflitto sottoacromiale.

Per cercare di influenzare rapidamente i dolori muscolari ho subito iniziato un trattamento locale sul punto trigger con onde d'urto. Gli ho inoltre prescritto un ciclo di fisioterapia, che verrà prossimamente eseguito presso il centro _____ di _____, il quale dovrà comprendere delle misure di medicina manuale per la mobilizzazione segmentale della colonna toracica, massaggio dei punti trigger, stretching, nonché misure di ritonificazione muscolare.

Desidero sottolineare come abbia trovato assai strano il fatto che un paziente, di per sé volenteroso e ben motivato a reinserirsi al più

presto nel mondo del lavoro, sia rimasto totalmente inabile nella sua attività di muratore ormai dal mese di novembre, a causa degli esiti di un banale infortunio, senza che finora siano prese valide misure riabilitative!

Per quanto concerne l'incapacità lavorativa, in attesa di osservare il risultato delle terapie ora iniziate, ritengo che egli debba essere ancora considerato 100% inabile al lavoro, per la durata però di non oltre un mese, dopo di che dovrebbe essere possibile fargli riprendere rapidamente la sua attività, evtl. in un primo tempo in modo parziale." (doc. 40 LAINF)

Il 4 settembre 2008, il medesimo medico, dopo un'ulteriore visita, ha affermato:

"(...)

Nel mese appena trascorso ho eseguito tre applicazioni di onde d'urto sulla regione soprascapolare sx. Nel frattempo egli ha portato a termine un ciclo di fisioterapia, eseguito presso lo studio del signor ___ a _____. In occasione dell'odierno controllo egli ha però confermato di continuare a lamentare dolori, talvolta anche importanti, alla spalla sx, non migliorati con le terapie ora eseguite. Ho avuto occasione di discutere il caso direttamente con il signor Poi, che mi ha confermato l'assenza di una qualsiasi risposta alle diverse terapie eseguite nelle ultime settimane, con una reazione algica in parte inadeguata; egli sottolinea inoltre la presenza di un'ottima muscolatura sia a livello cervico-toraco-scapolare, sia attorno alla spalla sx, senza alcuna atrofia oggettivabile ed in presenza inoltre di un'ottima mobilità della spalla, ciò che sembrerebbe escludere grossi problemi muscolo-tendinei.

All'esame clinico eseguito il 04.09.2008 ho potuto riconfermare dolori di una certa importanza alla palpazione della muscolatura cervico-scapolare sx, i movimenti della spalla sono liberi e praticamente indolenti, senza chiari segni per un residuo conflitto sottoacromiale. I movimenti della colonna cervicale sono pure leggermente dolenti e limitati in fase terminale (a causa di una certa controinnervazione da lui stesso esercitata).

Nessun segno per una radicolopatia.

Risulta essere difficile poter motivare la persistenza di tali dolori, in assenza di significative patologie alla colonna vertebrale ed alla spalla sx, soprattutto dopo quasi 10 mesi dall'infortunio. Desidero nuovamente sottolineare l'assenza di un'atrofia muscolare, ciò che fa pensare ad un continuo utilizzo del braccio. A mio parere un intervento di decompressione delle strutture sottoacromiali non porterebbe ad alcun miglioramento dell'attuale sintomatologia da lui presentata. Purtroppo non ho al momento ulteriori opzioni terapeutiche da potergli ora offrire per cercare di meglio affrontare i suoi dolori, ormai cronicizzati. Non escludo che vi sia pure una certa componente somatoforme che impedisce un corretto recupero funzionale della spalla.

Vista la situazione non ho per il momento previsto ulteriori trattamenti né tanto meno controlli presso il mio studio. Ti prego perciò di voler riconvocare il signor **XXXX** per la definizione del caso.

Inabilità lavorativa

Da parte mia non è stata attestata alcuna ulteriore incapacità lavorativa." (doc. 43 LAINF)

Il dr. med. _____, specialista FMH in reumatologia, dopo aver effettuato la visita medica circondariale su richiesta della _____ in data 15 settembre 2008, ed aver ripercorso l'intera fattispecie, ha affermato:

"(...)

dichiarazioni dell'assicurato

Il paziente riferisce che dopo la visita dal dott. _____, non è stata giudicata necessaria ulteriore terapia per gli esiti post-infortunistici e che per lui la situazione non è migliorata, non riuscendo tuttavia a pensare di poter riprendere l'attività precedente perché non riesce a fare sforzi particolari.

Sollevando la spesa senza mobilitare la spalla quindi, ma solo il gomito, con l'arto superiore sinistro riferisce dolori sia al gomito e alla faccia anteriore della spalla e ad altri muscoli, tali da dover sospendere lo sforzo.

(...)

diagnosi

- riferita contusione posterolaterale spalla sinistra in riscontro di impingement subacromiale e borsite sottoacromiodeltoidea.

Patologie concomitanti:

- Sindrome miofasciale, epicondilite gomito sinistro e possibile sindrome del tunnel carpale sinistro.

Conclusioni

Oggettivamente tender point dorsale destro, scrosci regione acromioclaveare sinistra.

Soggettivamente dolore e difficoltà ad eseguire la propria mansione.

Procedere terapeutico

Non si riscontrano patologie post-infortunistiche da trattare od esiti post-infortunistici.

Il paziente è pregato di recarsi dal proprio curante o di rivolgersi alla rispettiva Cassa Malati per continuare l'inquadramento diagnostico per la patologia sottesa miofasciale-neurologica riscontrata.

Come già indicato nel rapporto precedente, non riscontrandosi più patologia post-infortunistica e non essendo indicate ulteriori terapie, possiamo ampiamente considerare raggiunto lo stato quo sine, non avendo riscontri lesione generate o modificate direzionalmente dall'episodio annunciato avvenuto il 10.11.2007." (doc. 45 LAINF)

Come visto, in data 3 ottobre 2008, il dr. med. _____, medico fiduciario di A _____ ha affermato:

"Si tratta di un paziente che non ha mai presentato dolori alla spalla fino al 10.11.07 quando è caduto e ha urtato la spalla sinistra.

Da allora dolori cronici alla spalla sinistra ampiamente investigati anche dallo specialista Dr. _____ con diagnosi di: dolori persistenti in stato dopo trauma diretto della spalla e lesione parziale del tendine sovraspinato.

L'esame clinico è perfettamente normale.

In conclusione non trovo una causa medica che possa spiegare i dolori lamentati dal paziente né tanto meno giustificare un'invalidità lavorativa per malattia.

Il paziente afferma con sicurezza che tutto ciò è cominciato dopo l'infortunio per cui l'ho pregato di far ricorso alla decisione della _____ alla quale, bisogna rimandare il caso.

Mi sembra che sia compito della _____ cercare eventualmente un accordo con il datore di lavoro e trovare un'attività lavorativa compatibile con i disturbi lamentati dal paziente, almeno per qualche mese, in seguito potrà riprendere a lavorare normalmente.

In conclusione il caso non è di competenza di A. _____ " (doc. 5)

Il medico curante, ossia il medico chirurgo Dr. _____, in data 19 novembre 2008, ha attestato che:

"In relazione all'infortunio sul lavoro avvenuto il 10/11/2007 in cui ha riportato la lesione parziale del tendine sovraspinato, dalla RM eseguita si evidenzia anche un discreto attrito abacromiale sul tendine suddetto a causa di un piccolo sperone alla circonferenza inferiore dell'acromion che provoca una irritazione ed edema alla borsa subacromiale. Per tale situazione, considerata l'attività lavorativa del paziente (muratore) al momento si deve considerare il lavoratore inabile al lavoro al 100%." (doc. B4)

In data 26 novembre 2008 il dr. med. _____, professore in chirurgia artroscopica spalla e ginocchio, specialista FMH chirurgia ortopedica, dopo aver visitato il paziente ha affermato che:

"(...)

Da un punto di vista clinico il paziente presenta segni negativi sia alla valutazione dell'arco articolare che ai test di Yockum-Joob-Neer. Il paziente riferisce dolore all'attività lavorativa probabilmente dovuti al trauma sopramenzionato che ha trovato una causa predisponente nel minimo conflitto sotto acromiale. Il paziente ha comunque in questo periodo effettuato poca riabilitazione e quindi gli ho consigliato

(consegnando dei protocolli riabilitativi) di effettuare della ginnastica isometrica, dello stretching e di eseguire del nuoto a rana.
Il paziente sicuramente troverebbe beneficio, data la sintomatologia dolorosa alla sua attività lavorativa, a modificare il tipo di lavoro.
Attualmente il paziente stesso non presenta alcuna indicazione ad alcun tipo di trattamento chirurgico né infiltrativi." (doc. 61 LAINF)

Nelle more processuali l'attore ha prodotto un ulteriore certificato medico del proprio curante, di data 17 dicembre 2008, da cui emerge:

"In seguito ad infortunio verificatosi nel novembre 2007 in cui ha subito lesione parziale del tendine sovraspinato dalla spalla sx, ed avendo un conflitto sub acromiale con edema necessita di ulteriori trenta giorni di riposo s.c. per inabilità al 100%." (doc. XV)

Dall'udienza tenutasi il 17 dicembre 2008 è emerso quanto segue:

"(...)

Il sig. **XXXX** dà atto che non è stata emanata al momento una decisione su opposizione, precisa che un contatto con la sig.ra _____ è intervenuto salvo errore lunedì scorso, l'assicurato è stato richiesto di produrre le radiografie mediche a sua disposizione.

Il Giudice legge ad alta voce il rapporto 3 ottobre 2008 del dott. _____ che si presenta apparentemente un po' contraddittorio nel senso che attesta un esame clinico normale, il medico esclude di aver trovato una causa medica tale da giustificare i dolori lamentati e neppure ha reperito una giustificazione per un'inabilità per malattia. Il medico incaricato da A _____ effettivamente accerta di avere avuto notizie dall'assicurato dell'esistenza di questi dolori a partire dall'incidente e non precedentemente, ed indica implicitamente, una responsabilità di _____ per il caso.
Il professionista precisa che sia appunto compito di questo assicuratore di reperire un'attività lavorativa compatibile con i disturbi lamentati.

La A _____ specifica di non avere ulteriore documentazione medica da produrre e di non avere interpellato ulteriormente il dott. _____ a complemento.

Il GD legge ampi stralci dalla ultima valutazione del dr. _____.
Dal canto suo l'assicurato precisa che il dott. _____ le ha consigliato delle infiltrazioni di ozono che comunque il dott. _____ ha a sua volta sconsigliato perchè avrebbero "bruciato" i muscoli.
Precisa poi che gli ultrasuoni eseguiti hanno provocato paradossalmente un'aggravarsi della situazione perchè dopo le terapie si presentavano dolori alla spalla importati dovuti a questo battere degli ultrasuoni.
Il GD fa notare che il dott. _____ ha invece potuto oggettivare un deciso miglioramento nel corso di 1 mese circa e ciò il 4 settembre, grazie a questo tipo di terapia messa in atto dal sig. Poi. Il giudice chiede inoltre all'assicurato se, conformemente alle indicazioni del

dott. _____ egli abbia svolto un tipo di ginnastica rispettivamente di nuoto a rana così come consigliato.

Il sig. **XXXX** dichiara di non avere svolto queste attività siccome non seguito da persone competenti e di essere rimasto in attesa degli sviluppi di questa situazione.

L'attore dichiara di formalmente rinunciare ai termini concessigli il 15 dicembre scorso per l'inoltro di nuove prove. A questo scopo fa riferimento agli elementi probatori qui acquisiti e precisa che dagli atti di causa si evince che persiste ulteriormente l'inabilità lavorativa e _____ ritiene non più a suo carico ma dell'assicuratore IPG. Appare quindi improprio la presa di posizione di A _____ che non ritiene di voler anticipare le prestazioni assicurate nell'attesa che _____ si determini sulla scorta dell'opposizione inoltrata dall'assicurato."

Il 18 dicembre 2008 il TCA ha interpellato il dr. med. _____, chiedendogli:

- "1. Come si è svolta la visita del 3 ottobre 2008? In particolare quanto tempo è durato l'esame di **XXXX**, quali esami sono stati effettuati e quali, eventuali, radiografie ha esaminato?
2. **XXXX**, il 3 ottobre 2008, era incapace al lavoro, per malattia o infortunio (o i suoi postumi), nella sua attività di muratore?
 - a) In caso di risposta positiva, in che misura (grado dell'incapacità lavorativa) e per quanto tempo?
 - b) In caso di risposta negativa, cosa intende laddove afferma che la _____ avrebbe dovuto "trovare un'attività lavorativa compatibile con i disturbi lamentati dal paziente, almeno per qualche mese, in seguito potrà riprendere a lavorare normalmente" (sottolineatura del sottoscritto)?
3. Eventuali osservazioni.

Con risposta del 19 dicembre 2008 lo specialista FMH in medicina interna ha affermato:

- "1. La visita del 3.10.08 ha comportato per il sottoscritto la lettura completa del dossier _____, che comprendeva tutte le perizie eseguite dai vari colleghi, la visita è durata 20 minuti, è stato eseguito un esame clinico, non ho eseguito radiografie.
2. Al momento della visita del 3.10.08 ho ritenuto che il paziente non fosse inabile al lavoro per malattia, per quello che concerne l'inabilità per infortunio potete basarvi sulle valutazioni della _____ che ritiene il paziente abile al lavoro al 100% in assenza di patologie post-infortunistiche o di esiti post-infortunistici.

Per quello che concerne la mia affermazione, ritenevo che se i dolori persistevano dopo il trauma alla spalla, questo era un problema post-infortunistico e quindi, la _____ avrebbe dovuto o potuto cercare un accordo con il datore di lavoro per permettere un graduale inserimento del paziente." (doc. XVIII)

Con osservazioni del 12 gennaio 2009 la convenuta ha rilevato che con questa risposta "*sono stati eliminati i dubbi insorti in occasione della trattativa del 17.12.2008 riguardo il significato*

del paragrafo nel suo rapporto del 3.10.2008" ed ha evidenziato come il fiduciario "ritiene che eventuali dolori residui sono dovuti all'infortunio e che la _____ avrebbe dovuto, nel contesto di un Case management, reinserire gradualmente l'assicurato insieme al datore di lavoro al suo posto di lavoro." (doc. XXI). Da parte sua l'XX ha osservato:

"(...)

Contrariamente a quanto asserisce il dott. _____ il consulto medico è perdurato non oltre 5-6 minuti, durante il quale sono state poste delle domanda ed intese a sapere se **XXXX** prima dell'evento infortunistico del 10 novembre 2007 era portatore di disturbi/dolori alla spalla sx.

La risposta del peritando è stata negativa, dopoché è stato congedato e riferito che avrebbe dato comunicazione alla A.

Appare improprio che egli indichi di avere proceduto alla "lettura completa del dossier _____, che comprendeva tutte le perizie eseguite dai vari colleghi" se così fosse, avrebbe dovuto motivare compiutamente del perché non riteneva condivisibile quanto indicato da _____ ed, in particolare, esprimersi sulla problematica legata allo "status quo ante" rispettivamente "status quo sine".

È lecito chiedersi come avrebbe potuto trovare "una causa medica che possa spiegare i dolori lamentati dal paziente" non avendo eseguito neppure una radiografia.

Egli, come si suole dire "si è lavato le mani" ed indicato a A _____ che "sia compito della _____ cerca eventualmente un accordo con il datore di lavoro e trovare un'attività lavorativa compatibile con i disturbi lamentati dal paziente, almeno qualche mese, in seguito potrà riprendere a lavorare normalmente";

con la risposta, del 19 dicembre, riferisce al TCA "ritenevo che se i dolori persistevano dopo il trauma della spalla, questo era un problema post-infortunistico e quindi, la _____ avrebbe dovuto o potuto cercare un accordo con il datore di lavoro per permettere un graduale inserimento del paziente."

Si conviene che mal si comprende cosa egli voglia significare allorquando afferma "ritenevo che se i dolori persistevano dopo il trauma della spalla, questo era un problema post-infortunistico e quindi ...", infatti, nulla proferisce se in effetti i lamentati dolori erano presenti (persistevano) oppure no?

La sibillina risposta ci dimostra, come peraltro sostenuto da questa Organizzazione, che i rapporti allestiti da medici per conto di assicuratori, a volte, "lasciano il tempo che trova".

Quindi si pone il quesito a sapere se la relazione del dott. _____:

- ha valore probante?
- è oggettiva ed imparziale?

A mente del ricorrente la risposta è negativa, infatti, non vi è chi non veda il sussistere di indizi che facciano fortemente dubitare sulla sua attendibilità." (doc. XX)

- 2.7. Affinché 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 (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 2001 pag. 108 consid. 3a, 1997 pag. 123; STFA del 18 marzo 2002 nella causa M [I 162/01], consid. 2b).
- 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, 122 V 161, 104 V 212; STFA del 14 aprile 1998 nella causa O.B.; STFA del 28 novembre 1996 nella causa G.F.; STFA del 24 dicembre 1993 nella causa S.H.; SVR 1998 IV Nr. 1 pag. 2; SZS 1988 pag. 329 e 332; ZAK 1986 pag. 189).
- In un'altra sentenza inedita il TFA ha inoltre considerato rilevante una perizia giudiziaria fatta esperire dal TCA al SAM. Secondo l'Alta Corte questo servizio non può essere considerato parte in causa, nel senso che sussiste un vincolo per cui l'istituto sarebbe obbligato a tenere in particolare considerazione gli interessi specifici dell'assicurazione invalidità (STFA non pubbl. del 22 maggio 1995 in re A. C; cfr. anche DTF 123 V 178 consid. 4b; Pratique VSI 2001 pag. 110 consid. 3c).
- Nell'ambito del libero apprezzamento delle prove è in linea di principio consentito all'amministrazione e al giudice fondare la propria decisione su basi di giudizio interne all'istituto assicuratore. Per quanto riguarda l'imparzialità e l'attendibilità di simili prove, devono tuttavia essere poste delle esigenze severe (DTF 122 V 157).
- Nella DTF 125 V 351 seg. (= SVR 2000 UV 10, pag. 33ss.), l'Alta Corte 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 (DTF 125 V 352 consid. 3a). 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 (DTF 125 V 354 consid. 3b/bb).

Lo stesso vale per le perizie fatte esperire da medici esterni (DTF 104 V 31; ZAK 1986 pag. 188; RAMI 1993 pag. 95).

Le perizie affidate dagli organi dell'AI 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).

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. Chiamato ora a pronunciarsi, questo Tribunale ritiene che dalle valutazioni dei medici che si sono espressi in merito alla situazione valetudinaria dell'attore, la conclusione della convenuta che reputa l'interessato abile al lavoro nella sua precedente professione dal 23 settembre 2008 va confermata.

L'assicuratore, per la valutazione dello stato di salute dell'attore, si è affidato alle attestazioni del dr. med. _____, specialista FMH in medicina interna e malattie reumatiche e del dr. med. _____, specialista FMH in reumatologia che hanno visitato il paziente su richiesta della _____, nonché del proprio medico fiduciario, dr. med. _____, medico FMH in medicina interna, che ha visitato l'attore il 3 ottobre 2008. Gli specialisti hanno potuto certificarci direttamente delle condizioni di salute dell'attore e, in particolar modo i due medici della _____, hanno allestito referti medici completi, scevri di contraddizioni ed approfonditi, soffermandosi sulle patologie fatte valere dal paziente ed esaminando tutta la documentazione messa a loro disposizione.

In particolare, il dr. med. _____, il 4 agosto 2008, dopo avere in un primo tempo confermato l'incapacità lavorativa al 100% *"per la durata però di non oltre un mese, dopo di che dovrebbe essere possibile fargli riprendere rapidamente la sua attività, evtl., in un primo tempo in modo parziale"*, ha evidenziato come *"abbia trovato assai strano il fatto che un paziente, di per sé volenteroso e ben motivato a reinserirsi al più presto nel mondo del lavoro, sia rimasto totalmente inabile nella sua attività di muratore ormai dal mese di novembre (nota del redattore: 2007), a causa degli esiti di un banale infortunio, senza che finora si siano prese valide misure riabilitative."* (doc. 41 LAINF).

Il mese successivo, e meglio il 4 settembre 2008, lo specialista, dopo aver visitato un'altra volta il paziente, ha sì constatato la presenza di dolori, ma ha pure evidenziato che *"risulta difficile poter motivare la persistenza di tali dolori, in assenza di significative patologie alla colonna vertebrale ed alla spalla sx, soprattutto dopo quasi 10 mesi dall'infortunio"*. Il medico ha poi sottolineato come *"un intervento di decompressione delle strutture sottoacromiali non porterebbe ad alcun miglioramento dell'attuale sintomatologia da lui presentata"* e di non aver al momento ulteriori opzioni terapeutiche *"per cercare di meglio affrontare i suoi dolori, ormai cronicizzati."*

Il dr. med. _____ ha concluso affermando che *"da parte mia non è stata attestata alcuna ulteriore incapacità lavorativa."* (doc. 43 LAINF, sottolineatura del redattore).

Il 16 settembre 2008 anche il medico circondariale della _____, dr. med. _____, specialista FMH in reumatologia, ha negato la presenza di patologie post-infortunistiche da trattare o esiti post-infortunistici ed ha chiesto all'attore di rivolgersi al curante o all'assicuratore malattie per *"continuare l'inquadramento diagnostico per la patologia sottesa miofasciale-neurologica"*

riscontrata.” Per contro, “non riscontrandosi più patologia post-infortunistica e non essendo state indicate ulteriori terapie, possiamo ampiamente considerare raggiunto lo stato quo sine” (doc. 45 LAINF).

Entrambi gli specialisti sono pertanto giunti, sulla base di approfonditi esami medici, alla convincente conclusione che l'attore può esercitare la sua precedente attività.

Sono invece da ritenere poco concludenti le valutazioni del medico fiduciario, dr. med. _____, il quale sia nel certificato del 3 ottobre 2008 che nello scritto del 19 dicembre 2008 non ha indicato in maniera chiara se l'interessato era o meno incapace al lavoro.

Certo, dopo aver visitato l'attore in data 3 ottobre 2008 lo specialista, pur non avendo trovato *“una causa medica che possa spiegare i dolori lamentati dal paziente né tanto meno giustificare un'inabilità lavorativa per malattia.”* aveva concluso affermando che sarà *“compito della _____ cercare eventualmente un accordo con il datore di lavoro e trovare un'attività lavorativa compatibile con i disturbi lamentati dal paziente, almeno per qualche mese, in seguito potrà riprendere a lavorare normalmente”* (doc. 5, sottolineatura del redattore). Tuttavia, interpellato in merito da questo Tribunale, il medico ha affermato che al momento della visita del 3 ottobre 2008 ha *“ritenuto che il paziente non fosse inabile al lavoro per malattia”* (sottolineatura del redattore) e che per quanto concerne *“l'inabilità per infortunio”* lo specialista ha rinviato alle conclusioni degli specialisti della _____ che hanno ritenuto l'attore *“abile al lavoro al 100% in assenza di patologie post-infortunistiche o di esiti post-infortunistici.”* (doc. XVIII). Il fiduciario ha poi cercato di spiegare l'apparente contraddizione del suo certificato medico del 3 ottobre 2008 evidenziando di aver ritenuto che *“se i dolori persistevano dopo il trauma alla spalla, questo era un problema post-infortunistico e quindi, la _____ avrebbe dovuto o potuto cercare un accordo con il datore di lavoro per permettere un graduale inserimento del paziente.”* (doc. XVIII).

Non trattandosi tuttavia di una spiegazione soddisfacente, le affermazioni del dr. med. _____ non possono essere ritenute concludenti da questo Tribunale.

Tuttavia, neppure i certificati medici prodotti dall'attore sono atti ad attestare un'incapacità lavorativa anche dopo il 23 settembre 2008. Infatti l'interessato si è limitato a produrre due scarni

certificati del dr. _____ di _____ ed un attestato del dr. med. _____ attivo a _____ che tuttavia si limitano a porre la diagnosi e, per quanto concerne il dr. _____, ad indicare l'impossibilità per l'attore di svolgere un'attività lavorativa, ma che non si confrontano minimamente con le approfondite e motivate prese di posizione degli specialisti della _____. In particolare il Dr. _____ prospetta 30 giorni di riposo per un'inabilità al 100% (doc. B4 e XV/1), senza tuttavia indicare per quale motivo le valutazioni del Dr. med. _____ e del dr. med. _____, che hanno visitato l'attore ed hanno fondato le loro valutazioni sulla documentazione messa loro a disposizione non sarebbero corrette. Va qui ribadito che per quanto concerne 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, attesterà, in caso di dubbio, in favore del suo paziente.

Anche il certificato del dr. med. _____ del 26 novembre 2008 riferisce solo la presenza di dolori e il beneficio che il paziente trarrebbe dalla modifica del tipo di lavoro, senza tuttavia indicare se, nell'attuale professione, l'interessato è o meno incapace al lavoro.

In queste condizioni, richiamata la suesposta giurisprudenza in materia di valore probatorio di rapporti medici (consid. 2.7), e rammentato che ancora recentemente, con sentenza 8C_407/2007, dell'8 settembre 2008 in ambito di assicurazione contro gli infortuni, al consid. 3 il Tribunale federale ha confermato un giudizio del TCA dove è stato ritenuto maggiormente attendibile il parere espresso dal medico di fiducia dell'assicuratore resistente, questo Tribunale non intravede ragioni che gli impediscano di far proprie le conclusioni a cui sono giunti i medici della _____, i quali hanno valutato compiutamente tutta la documentazione medica agli atti, hanno visitato il paziente e sono giunti ad una conclusione logica e priva di contraddizioni in merito alla capacità di esercitare in maniera completa la precedente attività.

Alla luce di quanto sopra esposto le critiche espresse dall'attore con lo scritto del 12 gennaio 2009 (doc. XX) sono manifestamente infondate, così come non sono d'aiuto le affermazioni secondo cui in caso di rifiuto delle prestazioni l'interessato potrebbe necessitare di cure antidepressive.

In concreto, non essendo in presenza di alcuna incapacità lavorativa non trova pertanto applicazione la convenzione tra la

_____, _____ e _____, in vigore dal 1° dicembre 2003.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto la petizione va respinta. Con l'evasione della petizione, la richiesta di adottare misure cautelari urgenti inaudita altera parte diventa priva di oggetto.

- 2.9. L'assicuratore chiede l'assunzione di ulteriori prove ed in particolare richiama agli atti l'incarto della _____ (doc. XII).

Questo Tribunale ha richiamato l'intero incarto dall'assicuratore infortuni, ha convocato le parti per un'udienza di discussione ed ha interpellato il medico fiduciario della Cassa. Viste le risultanze degli atti medici, l'assunzione di ulteriori prove non sarebbe atta a modificare l'esito della vertenza.

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 concreto, questo Tribunale ritiene la fattispecie sufficientemente chiarita dall'esame degli atti dell'incarto per cui rinuncia all'assunzione di ulteriori prove.

- 2.10. Con il 1° gennaio 2007 è entrata in vigore la legge federale sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (LTF).

A proposito della materia qui in questione (causa di diritto civile), la nuova legge prevede la via del ricorso in materia civile (art. 72 cpv. 1 LTF; cfr. anche l'art. 72 cpv. 2 LTF, che elenca quali altre decisioni soggiacciono al ricorso in materia civile). Giusta l'art. 74

cpv. 1 lett. b LTF, nelle cause a carattere pecuniario il ricorso è ammissibile soltanto se il valore litigioso ammonta a Fr. 30'000.-. Quando il valore litigioso non raggiunge questo importo, il ricorso è ugualmente ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale (art. 74 cpv. 2 lett. a LTF). Per l'art. 75 cpv. 1 LTF, il ricorso è ammissibile contro le decisioni pronunciate dalle autorità cantonali di ultima istanza e dal Tribunale amministrativo federale.

L'art. 95 LTF prevede che il ricorrente può far valere la violazione del diritto federale (lett. a), del diritto internazionale (lett. b), dei diritti costituzionali cantonali (lett. c), delle disposizioni cantonali in materia di diritto di voto dei cittadini e di elezioni e votazioni popolari (lett. d), del diritto intercantonale (lett. e). A norma dell'art. 97 cpv. 1 LTF, il ricorrente può censurare l'accertamento dei fatti soltanto se è stato svolto in modo manifestamente inesatto o in violazione del diritto ai sensi dell'articolo 95 e l'eliminazione del vizio può essere determinante per l'esito del procedimento. Possono essere adottati nuovi fatti e nuovi mezzi di prova soltanto se ne dà motivo la decisione dell'autorità inferiore. Non sono ammissibili nuove conclusioni (art. 99 LTF). Il ricorso contro una decisione deve essere depositato presso il Tribunale federale entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF). Per l'art. 100 cpv. 7 LTF, il ricorso per denegata o ritardata giustizia può essere interposto in ogni tempo. Di regola, il ricorso non ha effetto sospensivo (art. 103 cpv. 1 LTF). Nei limiti delle conclusioni presentate, il ricorso ha effetto sospensivo in materia civile se è diretto contro una sentenza costitutiva (art. 103 cpv. 2 lett. a LTF). Secondo l'art. 105 LTF, il Tribunale federale fonda la sua sentenza sui fatti accertati dall'autorità inferiore, riservato il caso in cui l'accertamento è stato fatto in modo inesatto o in violazione del diritto ai sensi dell'articolo 95. Giusta l'art. 107 cpv. 1 LTF, il Tribunale federale non può andare oltre le conclusioni delle parti.

Va ancora rilevato che, laddove non sia ammissibile il ricorso ordinario in materia civile, è aperta la via del ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 LTF). A norma dell'art. 116 LTF, con questo ricorso può essere censurata la violazione di diritti costituzionali. A proposito del ricorso in materia costituzionale, va evidenziato come, affinché sia ammissibile, è necessario che il ricorso ordinario sia escluso, o perché il valore litigioso non è raggiunto o perché il caso figura in un catalogo di eccezioni, che la decisione impugnata emani da un'autorità cantonale di ultima istanza e che venga fatta valere una censura in ambito di diritto costituzionale (cfr., a questo proposito, BERNARD CORBOZ,

Introduction à la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, SJ 2006, n. 8, pag. 319 segg., in particolare pag. 351 segg.).

Infine, l'art. 119 LTF prevede la possibilità di inoltrare un ricorso ordinario simultaneo. Al riguardo il cpv. 1 della norma stabilisce che "la parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con una sola e medesima istanza (cpv. 1). Il Tribunale federale tratta i due ricorsi nella stessa procedura (cpv. 2) ed esamina le diverse censure secondo le disposizioni applicabili ai due diversi tipi di ricorso."

In concreto, in sede di udienza l'assicuratore ha affermato che l'indennità giornaliera in caso di malattia ammonta a fr. 149.70 al giorno. Con la petizione l'attore ha chiesto che sia "*fatto obbligo a A, di versare a XXXX, con effetto dal 23 settembre 2008, le prestazioni d'indennità giornaliera per malattie.*" (doc. V), senza porre alcun limite di tempo.

Trattandosi di una causa di carattere pecuniario, sono pertanto dati gli estremi per interporre un eventuale ricorso in materia civile al Tribunale Federale sulla base del valore litigioso (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF).

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 **respinta**.
2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato.
3. Comunicazione alle parti ed all'UFAP, Berna.
Contro il presente giudizio è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione. L'atto di ricorso, in 3 esemplari, deve indicare quale decisione è chiesta invece di quella impugnata, contenere una breve motivazione, e recare la firma del ricorrente o del suo

rappresentante. Al ricorso dovrà essere allegata la decisione impugnata e la busta in cui il ricorrente l'ha ricevuta.

Nelle cause di carattere pecuniario il ricorso è ammissibile soltanto se il valore litigioso ammonta almeno a:

- a. Fr. 15'000.- nelle controversie in materia di diritto del lavoro e di locazione;
- b. Fr. 30'000.- in tutti gli altri casi.

Quando il valore litigioso non raggiunge l'importo determinante secondo il punto precedente, il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale.

4. Qualora non sia ammissibile il ricorso in materia civile, contro la presente decisione è ammesso il ricorso sussidiario in materia costituzionale al Tribunale federale entro il termine di trenta giorni dalla notificazione.

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Daniele Cattaneo



Il segretario

Fabio Zocchetti

