

## 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 27 maggio 2009 di

**XXX**

contro

**Atupri - Cassa malati**, 3000 Bern 65 SBB  
rappr. da: avv. \_\_\_\_\_, 3000 Bern

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

**in fatto**

- 1.1. **XXX**, nata l'11 novembre 1961, di professione collaboratrice al buffet, è assicurata collettivamente contro la perdita di guadagno in caso di malattia presso Atupri Cassa malati (di seguito: Atupri) per il tramite del proprio ex datore di lavoro, \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, dove è stata assunta con un contratto a tempo determinato dal 21 maggio 2007 al 1° novembre 2007. Dal 20 luglio 2007 al 5 agosto 2007 **XXX** è stata incapace al lavoro a periodi alterni al 100% ed al 50%. L'assicuratore ha versato le prestazioni pattuite.

Dopo aver ripreso l'attività lavorativa, dal 3 settembre 2007 l'assicurata è nuovamente diventata incapace al lavoro al 100% per una patologia al rachide lombare.

Anche in questo caso Atupri ha erogato le prestazioni assicurate.

- 1.2. Il 1° febbraio 2008 **XXX** ha inoltrato una richiesta di prestazioni dell'AI. Con progetto di decisione del 14 ottobre 2008, sulla base della perizia allestita dal dr. med. \_\_\_\_\_ (reumatologo) e della Dr.ssa \_\_\_\_\_ (psichiatra), l'UAI ha negato qualsiasi prestazione.
- 1.3. Il 7 ottobre 2008 l'assicuratore, sulla base della documentazione medica acquisita, ha cessato il versamento delle prestazioni con effetto al 30 novembre 2008, poiché l'interessata è stata considerata capace di compiere un'attività confacente al suo stato di salute nella misura del 100%. Atupri ha affermato:

"(....)

A seguito di un accurato esame condotto dal Dr. \_\_\_\_\_, nostro medico di fiducia, su tutta la documentazione medica del suo dossier, siamo in grado di riconoscerle ancora la totale inabilità al lavoro attestata fino al 30.11.2008.

Conformemente all'Articolo 21.1 delle nostre condizioni generali d'assicurazione (CGA), la persona inabile al lavoro nella sua professione abituale è tenuta a cercare lavoro in un altro settore entro termine, oppure ad annunciarsi all'assicurazione contro la disoccupazione.

Per tale ragione, a decorrere dal 30.11. 2008 non Le saranno più corrisposte altre prestazioni. Dall'1.12.2008 lei sarà in grado di compiere al 100% un'attività confacente alle sue condizioni di salute.

In base alla notifica di uscita dalla società \_\_\_\_\_ la risoluzione del rapporto di lavoro a avuto già luogo. Vogliamo attirare la sua attenzione che a partire dalla data di uscita avrà la possibilità di trasferire, entro 30 giorni senza valutazione del rischio, la stessa copertura assicurativa come l'assicurazione d'indennità giornaliera riportata nel contratto collettivo tra la Atupri Cassa Malati e la società \_\_\_\_\_ nell'assicurazione individuale dell'Atupri Cassa Malati.

Le ricordiamo che il fabbisogno assicurativo (l'importo dell'indennità giornaliera da assicurare) non deve superare l'ultimo salario giornaliero riassicurato presso la società \_\_\_\_\_ onde evitare una sovrassicurazione. Come già menzionato in precedenza è possibile trasferire tale fabbisogno assicurativo nell'assicurazione individuale senza sottoporsi ad alcun esame medico a condizione che nel frattempo non siano cambiate le retribuzioni salariali.

In caso di disoccupazione dopo l'uscita dalla società, è possibile adeguare il periodo di attesa alle nuove condizioni e pertanto a un periodo di attesa di 30 giorni. In questo caso, tuttavia, è necessario

adeguare al montante giornaliero versato relativo all'assicurazione contro la disoccupazione (ALV) anche l'importo in franchi assicurabile su base giornaliera.

In allegato troverà le nostre condizioni generali di assicurazione (AVB) e una proposta di assicurazione che le preghiamo di rinviarci conformemente all'attuale fabbisogno assicurativo (con i conteggi dell'ALV o delle attuali retribuzioni salariali da parte del nuovo datore di lavoro)." (plico C).

- 1.4. Con scritto del 22 gennaio 2009 Atupri ha confermato la precedente presa di posizione evidenziando che il proprio medico fiduciario, dr. med. \_\_\_\_\_, ha ribadito la possibilità per l'interessata di esercitare un'altra attività lavorativa nella misura del 100%.
- 1.5. Dal 27 aprile 2009 al 5 maggio 2009 (e dal 7 all'11 maggio 2009) **XXX** è stata ricoverata presso l'Ospedale \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ e si è sottoposta ad un intervento chirurgico di bypass gastrico (doc. O).
- 1.6. Con petizione del 27 maggio 2009 **XXX**, rappresentata dal sindacato **YYY**, si è rivolta al TCA chiedendo la condanna dell'assicuratore a versare ulteriori prestazioni con effetto dal 1° dicembre 2008 oltre interessi al 5% e di poter beneficiare del passaggio nell'assicurazione individuale a partire dalla medesima data.

L'attrice, che richiama dalla convenuta l'incarto completo, le CGA e la polizza stipulata con l'\_\_\_\_\_, oltre all'incarto AI, rammenta di aver presentato delle osservazioni all'UAI per contestare il progetto di decisione del 14 ottobre 2008, chiedendo di poter essere sottoposta ad un accertamento professionale teso ad esaminare la capacità lavorativa residua dal lato pratico presso il centro di \_\_\_\_\_.

L'interessata rileva di essere afflitta da una patologia al rachide, cui si sono aggiunti disturbi a carattere psichiatrico, l'obesità indotta dall'uso dei farmaci e da ultimo, come attestato dal dr. med. \_\_\_\_\_, una grave fibromialgia, ciò che comporta una totale incapacità lavorativa in qualsiasi professione, come attestato anche dal dr. med. \_\_\_\_\_.

L'attrice contesta le valutazioni del medico fiduciario, essendo state prese sulla base della documentazione, senza mai visitarla, ed essendo contrarie alle conclusioni del dr. med. \_\_\_\_\_ che ha tra l'altro constatato un peggioramento dello stato di salute.

Essa ritiene che l'assicuratore avrebbe dovuto procedere con una visita fiduciaria. Visto il tempo trascorso e considerata la difficoltà nel poter stabilire l'incapacità lavorativa con effetto retroattivo, l'attrice non chiede tuttavia di essere sottoposta ad un esame peritale.

**XXX** contesta inoltre l'agire dell'assicuratore che, invece di provvedere con il versamento delle prestazioni e con ulteriori accertamenti medici, ha affermato di preferire attendere l'esito della procedura AI.

Infine l'assicurata chiede di poter passare nell'assicurazione individuale e rileva che l'agire della Cassa è contraddittorio ed ondivago. L'interessata afferma:

"Sulla base della comunicazione 7.10.2008, la signora **XXX** anche su nostro consiglio, nel mese di novembre ha chiesto telefonicamente (direttamente a \_\_\_\_\_) di beneficiare del passaggio all'assicurazione individuale. Le parti anche per una questione linguistica (la signora \_\_\_\_\_ che era il riferimento per la lingua Italiana aveva cessato l'attività), non si sono ben intese ed il trattamento del passaggio all'individuale è stato trasferito alla sede di \_\_\_\_\_. Nel mese di dicembre assumendoci il compito, abbiamo contattato l'ufficio di \_\_\_\_\_ (signora \_\_\_\_\_) e concordato con l'impiegata il passaggio all'assicurazione individuale. La signora **XXX** avrebbe dovuto ricevere al suo domicilio direttamente la polizza siccome non era necessario (come spiegato dalla signora \_\_\_\_\_) nessun formulario da compilare essendoci un passaggio senza preventivo esame dello stato di salute.

La polizza non è mai giunta e la signora ha ricevuto invece una proposta d'assicurazione LCA con una diaria giornaliera di fr. 30 anziché la polizza in sostituzione della perdita salariale. In seguito abbiamo nuovamente contattato la signora \_\_\_\_\_ la quale ci ha riferito che si trattava di un errore ed avrebbe segnalato alla sede centrale di \_\_\_\_\_ di inviare la polizza. Purtroppo, nonostante l'abbiamo sollecitato, da \_\_\_\_\_ non è mai pervenuta la polizza ma bensì la risposta che l'individuale sarebbe trattata insieme all'inabilità lavorativa dopo la decisione dell'AI. Quindi da una parte ci è stato confermato che il passaggio era possibile tant'è che è arrivata persino una proposta di diaria (per errore) e dall'altra \_\_\_\_\_ c'informa che tratterà la richiesta condizionatamente alla decisione AI, benché il passaggio è un diritto derivante dalla polizza e dalle CGA a prescindere che sia oppure non inabilità." (doc. I).

1.7. Il 12 giugno 2009 **YYY** ha scritto ad Atupri affermando:

"(...)  
in allegato le trasmettiamo il formulario per il passaggio all'assicurazione individuale a valere dal 1.12.2008, completato nei punti che erano stati evidenziati in verde da parte vostra. Per quanto riguarda il periodo di differimento o giorni di carenza, siccome trattasi di passaggio all'individuale con le medesime prestazioni assicurate nel quadro della polizza collettiva, la signora si assicura secondo la carenza prevista nell'ambito della polizza \_\_\_\_\_.

Invece per la capacità lavorativa dopo il 15.05.2009, l'assicurata si recherà dal suo medico curante affinché egli possa redarre un rapporto medico nel quale indica quanto richiesto da parte vostra. La relazione del curante quindi sarà prodotta nei prossimi giorni, mentre nella fase attuale la signora resta in attesa delle polizze di versamento." (doc. 6)

1.8. Il 26 giugno 2009 l'attrice ha scritto al TCA affermando:

"(...)  
Segnatamente l'Atupri il 9.06.2009, ci comunica che prende a carico l'indennità giornaliera relativa alle conseguenze dell'intervento chirurgico allo stomaco, considerandola una nuova patologia, per il periodo dal 27.04.2009 al 12.05.2009. Per il seguito, dal 13 maggio, la compagnia avrebbe atteso un rapporto dettagliato del Dr. \_\_\_\_\_ ed in base a quello avrebbe valutato la continuazione dell'inabilità al lavoro. Contestualmente ci ha trasmesso il questionario per il passaggio all'assicurazione individuale che è stato restituito a stretto giro di posta.

Senonché negli scorsi giorni, dopo che la cassa ha ricevuto il ricorso (va osservato che telefonicamente avevamo informato la signora \_\_\_\_\_ del deposito del gravame), ha cambiato nuovamente parere e ci ha comunicato, in via telefonica, che non avrebbero pagato nulla e che il dossier era stato trasferito al legale. Per contro, nonostante la restituzione del questionario, non sono giunte le polizze per il versamento del premio mensile.

In definitiva la cassa ha sospeso sia il pagamento dell'indennità giornaliera dal 27 aprile, sia il passaggio all'individuale e non ha mai disposto una visita fiduciaria benché l'abbiamo suggerito nuovamente nell'ultimo colloquio telefonico con la signora \_\_\_\_\_ avvenuto la scorsa settimana." (doc. IV).

Contestualmente allo scritto del 26 giugno 2009, l'attrice ha prodotto una lettera del 9 giugno 2009 di Atupri, che si è espressa nel seguente modo:

"(...)  
In base al referto medico dell'Ospedale di \_\_\_\_\_ al Dr. \_\_\_\_\_ riconosciamo per il periodo dal 27 aprile 2009 fino al 15.05 2009 un'incapacità lavorativa del 100% della sua mandante e con la presente confermiamo il nostro obbligo di prestazione in base ad un nuovo disturbo. Se dopo il 12.5 2009 l'incapacità lavorativa sussiste ancora, necessitiamo di una relazione medica all'attenzione del nostro medico di fiducia comprendente diagnosi, motivazione, grado dell'incapacità lavorativa come anche l'eventuale durata dell'incapacità lavorativa.  
Per quanto concerne le affezioni esistenti prima dell'intervento operatorio del 27 aprile 2009, continuiamo a basarci sui documenti medici dell'assicurazione invalidità. Per questo motivo, al momento attuale non possiamo erogare delle prestazioni per queste affezioni preesistenti.

In base ad un'eventuale possibilità di computo dei nostri versamenti di indennità giornaliera con pagamenti supplementari da parte

dell'assicurazione invalidità, dobbiamo attendere una decisione dell'AI. Soprattutto perché fino ad oggi l'AI parte dal presupposto che non esiste un'invalidità ai sensi delle disposizioni di legge. Naturalmente siamo disposti, in base alla decisione dell'AI, a valutare nuovamente il nostro obbligo di prestazione con effetto retroattivo dal 1° dicembre 2008. Tuttavia non esiste nessun effetto vincolante diretto tra la decisione dell'AI e il diritto a indennità giornaliera in base ad accordi contrattuali secondo la LCA.

#### Passaggio all'assicurazione individuale

Il 22 dicembre 2008 la sua mandante ha fatto la proposta di passaggio all'assicurazione individuale. In base all'ultimo salario assicurato presso l'\_\_\_\_\_ di CHF 39'000 l'anno, il fabbisogno assicurativo giornaliero ammonta a CHF 107.00 (CHF 39'000.00/365 giorni). Un'indennità giornaliera di CHF 107.00 costa alla sua mandante 66.15 al mese (60 giorni di periodo di attesa. Indennizzo della perdita del salario in seguito a malattia).

Se la sua mandante è d'accordo con il premio di 66.15 al mese e una copertura assicurativa dal 1° dicembre 2008, allora la preghiamo risp. la signora **XXX** di completare il formulario allegato.

Affinché noi si possa assumere le indennità giornaliera a partire dal 27 aprile 2009, si devono all'Atupri i premi per il periodo dal 1° dicembre fino al 30 giugno (7 mesi a CHF 66.15 = CHF 463.05). Soltanto dopo avere ricevuto il premio, possiamo eseguire il pagamento alla sua mandante." (doc. V5)

Il 12 giugno 2009 **YYY** ha scritto all'assicuratore, trasmettendo il formulario per il libero passaggio debitamente compilato (doc. V1).

- 1.9. Con risposta del 7 agosto 2009 l'assicuratore, rappresentato dall'avv. \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, propone la reiezione della petizione (doc. X).

La convenuta afferma innanzitutto che le conclusioni della petizione sono imprecise e si contraddicono poiché non si può domandare il versamento delle indennità giornaliera dal 1° dicembre 2008 e contemporaneamente il passaggio all'assicurazione individuale dalla medesima data. Inoltre l'interessata non quantifica concretamente l'importo da pagare. La convenuta rileva inoltre che, malgrado si sia confrontati con una causa di carattere pecuniario, mancano alcuni dati o indicazioni per l'accertamento del valore litigioso e lascia pertanto decidere al TCA se è possibile emettere una sentenza malgrado le carenze della petizione.

Nel merito la cassa afferma che il rapporto del medico fiduciario è chiaro ed indiscutibile e non lascia dubbi circa la possibilità per l'attrice di svolgere un'attività lavorativa. Del resto, secondo gli atti dell'Al, la capacità lavorativa residua è del 10%, ossia inferiore al 25% previsto dalle CGA per versare ulteriori indennità.

Per quanto concerne il passaggio nell'assicurazione individuale, l'assicuratore ha rilevato:

"(...)

Il 22 dicembre 2008 l'istante ha fatto la proposta di passaggio all'assicurazione individuale. In base all'ultimo salario assicurato presso l'albergo \_\_\_\_\_ di fr. 39'000.00 l'anno, il fabbisogno assicurativo giornaliero ammonta a fr. 107.00. Una questa indennità costa all'istante fr. 66.15 al mese, per il periodo dal 1° dicembre 2008 fino al 30 giugno 2009. Per il momento, questi premi non sono stati pagati da parte dell'istante.

Secondo art. 11.1 CGA la persona assicurata ha il diritto di passare, entro 30 giorni, all'assicurazione d'indennità giornaliera individuale (diritto di passaggio all'assicurazione individuale), se esce dal contratto collettivo e in quel momento non percepisce prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera dello stipulante (let. a). Anche secondo art. 11.6 CGA non vi è diritto di passaggio all'assicurazione individuale per le persone assicurate che al momento della cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante percepiscono prestazioni dall'assicurazione collettiva (let. d).

Nella fattispecie, il contratto di lavoro dell'istante come collaboratrice al buffet con l'albergo " \_\_\_\_\_ " di \_\_\_\_\_ era cessato il 31 ottobre 2007, dunque in un momento in cui l'istante percepisce prestazioni dall'assicurazione collettiva (3 settembre 2007 fino al 30 novembre 2008). Quindi è ovvio che la persona assicurata non ha il diritto di passare all'assicurazione d'indennità giornaliera individuale.

Però, in base al referto medico dell'Ospedale di \_\_\_\_\_ al dott. \_\_\_\_\_ la convenuta con lettera del 9 giugno 2009 ha riconosciuto per un periodo dal 27 aprile 2009 fino al 12 maggio 2009 un'incapacità lavorativa del 100% dell'istante e ha confermato l'obbligo di prestazione in base a un nuovo disturbo (obesità permagna; by-pass gastrico prossimale laparoscopico del 28 aprile 2009). Dunque l'incapacità lavorativa del 100% dal 27 aprile 2009 fino al 12 maggio di principio non è contestata dalla convenuta. Comunque, la convenuta è disposta a retribuire senza pregiudizio e senza la riconoscenza di un obbligo giuridico – nel senso di un compromesso – questa indennità in qualche modo, ma solo se l'istante lascia cadere la sua petizione, se l'istante paghe i premi dell'assicurazione individuale a partire dal 1 dicembre 2008 fino al 30 giugno 2009 e se l'istante ritira la sua domanda d'assicurazione individuale del 1 dicembre 2008.

Resta da rimarcare che secondo art. 6 CCA tutte le prestazioni della convenuta vengono pagati solo dopo la scadenza del periodo di carenza, nella fattispecie dopo 30 giorni a partire dall'incapacità lavorativa dell'istante, verificato dal medico al 27 aprile 2009 e accettata dalla convenuta fino al 12 maggio 2009. In altre parole: Non

essiste nessun obbligo di prestazione della convenuta di fronte l'istante, poiché il periodo di carenza non era stato scaduta.  
"Secondo art. 26.1 CGA la convenuta può compensare le prestazioni da essa dovute con i crediti nei confronti dello stipulante. Nel caso specifico, la convenuta fa valere il suo diritto di compensazione di fronte all'istante, se necessario. Per contro, l'istante stesso non ha il diritto di compensazione nei confronti della convenuta (art. 26.3 CGA).

Riservato rimane il diritto della convenuta secondo art. 15 CGA (mancato pagamento del premio): Se lo stipulante non ottempera al suo obbligo di pagamento, viene sollecitato per iscritto con comminatoria delle conseguenze di mora ad effettuare il pagamento entro 14 giorni dall'invio della sollecitazione. Se il pagamento non viene effettuato nonostante la sollecitazione, l'obbligo di prestazione è sospeso a partire dalla scadenza del termine fissato con la sollecitazione (art. 15.1 CGA). Per le malattie e le loro conseguenze che si verificano durante la sospensione dell'obbligo di prestazione, non può essere fatto valere nessun diritto alle prestazioni, neanche dopo il pagamento successivo del premio (art. 15.2 CGA).

Certamente la convenuta non deve pagare prestazioni dell'assicurazione d'indennità giornaliera collettiva per questo nuovo disturbo (obesità permagna; by-pass gastrico prossimale laparoscopico) – si tratta chiaramente di un nuovo caso assicurativo, poiché l'uscita dalla cerchia delle persone assicurate, risp. in caso di cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante la copertura assicurativa si estingue per la singola persona assicurata (art. 8.1 let. g CGA; fine dell'assicurazione). Nella decisione DTF 127 III 106 il Tribunale federale ha deciso per l'assicurazione collettiva di indennità giornaliera secondo la LCA che il diritto a prestazioni dopo la fine del rapporto di assicurazione per un sinistro intervenuto durante il periodo di copertura risp. il diritto alle prestazioni "non dipende dall'affiliazione. (...) 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". Giusta l'art. 9 LCA i sinistri già accaduti non possono essere assicurati (divieto dell'assicurazione retroattiva). Se l'assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all'esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili (cfr. DTF 127 III 21).

Però nella fattispecie, il nuovo disturbo non è una conseguenza del primo disturbo, e quindi si tratta di un nuovo caso assicurativo dopo il fine dell'assicurazione al 30 novembre 2008 e non di un caso di ricaduta con la ricomparsa di una malattia; di conseguenza, per questo nuovo caso assicurativo non esiste per l'istante ad ogni modo un diritto alle prestazioni contro l'assicurazione collettiva di indennità giornaliera." (doc. X)

1.10. Il 2 settembre 2009 l'attrice ha prodotto nuova documentazione ed ha rilevato:

"Ciò significa che la convenuta deve corrispondere le indennità giornaliera di malattia fino a esaurimento delle prestazioni. Ritenuto che le indennità corrisposte fino al 30.11.2008 ammontavano a 395 (cfn doc. T), come afferma anche lo stesso patrocinatore e che la durata complessiva massima è di 720, resta un saldo di 325 indennità, che vengono a scadere il prossimo 21 ottobre 2009. Ciò significa che l'assicurazione deve versare alla signora **XXX** un importo totale di fr. 27'787.50.

(...)

Il termine perentorio di sei mesi per cercare lavoro in un altro settore (pag 5 della risposta di causa), non ha alcuna base legale, anche se la considerazione della convenuta ha un'importanza irrilevante vista l'inabilità totale dell'assicurata.

Comunque sia, anche nella denegata ipotesi di un eventuale cambio d'occupazione, la convenuta avrebbe dovuto accordare le prestazioni per cambio d'occupazione, anziché cessare di versarle entro pochi giorni (doc. C).

Contrariamente a quanto afferma la convenuta, l'onere della prova risulta ben osservato.

Nonostante il patrocinatore omette di citarlo, oltre alle certificazioni del Dr. \_\_\_\_\_, che attestano l'inabilità totale, esiste il rapporto del neurochirurgo del 4.12.2008 che circostanza benissimo qual è lo stato di salute della signora **XXX**.

I premi per la copertura assicurativa per il passaggio all'assicurazione individuale, nonostante non abbiamo ancora capito se sia necessario per ottenere le prestazioni del caso insorto durante la copertura collettiva, non sono stati pagati, semplicemente perché la ricorrente non ha mai ricevuto le cedole di versamento, anche se ci era stato riferito, a più riprese, sia telefonicamente sia in forma scritta, che sarebbero giunte a domicilio.

Non entriamo in alcun modo nel merito dell'assurda considerazione secondo la quale la convenuta pagherebbe il periodo d'inabilità dal 27.04.2009, sono nel caso la signora **XXX** lascia cadere la petizione e paga i premi. Peraltro anche per il caso dell'intervento allo stomaco, preso singolarmente, esiste tutt'ora inabilità al lavoro.

Infine dalle informazioni acquisite all'ufficio, la procedura per la domanda d'invalidità è attualmente sospesa siccome il quadro medico non è stabilizzato." (doc. XIV).

1.11. Pendente causa il TCA ha richiamato dall'assicuratore le CGA dell'assicurazione collettiva in tedesco e francese, nonché la polizza d'assicurazione e dall'UAI l'intero incarto AI (doc. XVI – XXI) ed ha messo a disposizione delle parti gli atti (doc. XXII).

1.12. L'11 novembre 2009 l'attrice ha prodotto ulteriore documentazione medica, affermando:

"In allegato produciamo il rapporto del Dr. \_\_\_\_\_ del 26.10.2009, il quale ha visitato nuovamente di recente l'assicurata. Egli, descrive la sofferenza della signora derivante dai processi degenerativi lombari che sono presenti da diversi anni e sui quali si basa la valutazione AI ed a rimorchio la valutazione dell'assicurazione malattia.

Poi rileva sempre la presenza di una grave forma di fibromialgia che domina il quadro muscolare e che per buona parte è all'origine del notevole peggioramento che il noto specialista neurologo indicava nel suo rapporto del 4.12.2008. Quindi, vi è la conferma del quadro clinico rilevato alla fine dell'anno 2008, che ribadiamo era peggiorato dopo le valutazioni peritali eseguite dal servizio medico AI.

A questo s'aggiunge l'intervento di gastric bypass eseguito in aprile 2009, di cui l'assicurazione malattia si era dichiarata disposta a prendere a carico l'indennità giornaliera e che dal punto di vista tempistico, è avvenuto prima d'aver depositato la petizione. Da ultimo è insorta la problematica cervicale, benché gli accertamenti sono stati effettuati soltanto ad inizio settembre 2009.

In definitiva, prevale ancora il peggioramento avvenuto nell'autunno 2008, dopo le valutazioni del servizio medico AI, originato dalle affezioni a carattere degenerativo al rachide e per il dominio della grave forma fibromialgica (va detto che la paziente, di base, deambula sempre con una stampella e talvolta anche con due nonostante il Dr. \_\_\_\_\_ non lo scrive) e permane un'incapacità lavorativa totale per qualsiasi professione soprattutto per queste due problematiche.

Dal punto di vista formale, il legale di parte convenuta fa rilevare che il passaggio all'assicurazione individuale, da intendere come il pagamento di un premio e la stipulazione di una polizza individuale, giusta le CGA non è necessario siccome per i casi intervenuti durante la copertura contrattuale, la compagnia continua a versare l'indennità. Quindi, nell'ipotesi che la petizione sarà accolta, l'Atupri deve versare le prestazioni senza il bisogno del pagamento del premio.

Tuttavia il passaggio è necessario per la presa a carico dell'indennità giornaliera relativa all'insorgenza della problematica intestinale e cervicale. Da questo punto di vista le valutazioni della convenuta sono contraddittorie; da una parte si sostiene il non passaggio all'individuale, dall'altra invece che i premi non sono stati pagati. Sta di fatto, che in un modo o nell'altro la compagnia non ha mai trasmesso le cedole per il versamento, nonostante l'ha promesso a più riprese, e nemmeno ha trasmesso la polizza individuale.

In ogni caso, vista l'incertezza manteniamo la richiesta di accordare il passaggio all'assicurazione individuale già dal 1.12.2008, segnatamente nell'ipotesi che il tribunale giudichi che l'incapacità al lavoro o al guadagno al 1.12.2008 non è data. Evidentemente nel caso in cui l'incapacità al lavoro dal 1.12.2008 è data e la convenuta deve pagare le prestazioni, la questione del passaggio all'individuale si pone ugualmente, ma posticipata e condizionata a quando cesseranno le prestazioni per la patologia al rachide e la fibromialgia.

La signora **XXX** ha gravi difficoltà finanziarie siccome non ha alcuna risorsa ed anche il contributo assistenziale pubblico gli è stato negato. Ella è aiutata, nelle spese di sussistenza, unicamente dal suo convivente e dai parenti prossimi, ma ovviamente la situazione è molto grave visto che non percepisce più nessuna indennità dal 1.12.2008 e gli aiuti esterni sono piuttosto esauriti. In questo quadro, il notevole disagio finanziario aggrava anche la stabilità psichica della signora, perché ella si deve confrontare e dipendere dalle persone che le sono vicine in primis il suo convivente, con il quale esiste unicamente un rapporto affettivo (ad. es. non ci sono figli in comune).

Pur non volendo interferire in alcun modo con i tempi del tribunale e con il dovuto riguardo, per le motivazioni descritte, qualora la sentenza giungesse a breve scadenza sarebbe molto gradita.”  
(doc. XXV).

- 1.13. Chiamata a presentare osservazioni scritte in merito, la convenuta si è riconfermata nella sua risposta di causa (doc. XXVII).
- 1.14. Pendente causa il TCA ha chiesto all'assicurata se è in cura da uno psichiatra e se nel frattempo l'UAI ha emesso la sua decisione (doc. XXVIII).
- 1.15. Con scritto del 15 gennaio 2010 l'attrice ha prodotto un ulteriore attestato del medico curante, precisando che in ambito AI la decisione non è stata ancora emessa (doc. XXIX).

### **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 indennità giornaliere derivanti da un contratto d'assicurazione complementare retto dalla LCA e praticato da un assicuratore sociale autorizzato all'esercizio ai sensi della LAMal.

Questo Tribunale è pertanto competente a decidere nel merito della petizione.

- 2.2. L'assicuratore chiede al TCA di valutare se è possibile emettere "una sentenza corretta" sulla base della petizione presentata il 27 maggio 2009.

La convenuta ravvede infatti una contraddizione tra le due richieste dell'attrice (condanna al pagamento delle prestazioni dal 1° dicembre 2008 sulla base della malattia contratta quando era ancora assicurata collettivamente e richiesta di passaggio all'assicurazione individuale dalla medesima data) e rileva che con la petizione l'interessata non quantifica l'ammontare della pretesa.

Le censure dell'assicuratore sono infondate.

La domanda di passaggio nell'assicurazione individuale deriva dalla circostanza che l'assicuratore si è rifiutato di pagare ulteriori prestazioni per la malattia pregressa e l'interessata intende comunque tutelarsi per le altre malattie insorte successivamente.

In secondo luogo va evidenziato che l'attrice con lo scritto del 2 settembre 2009 ha quantificato in fr. 27'787.50 l'importo delle indennità ancora dovute dall'assicuratore.

Va qui rilevato che l'attrice ritiene a torto che "ritenuto che le indennità corrisposte fino al 30.11.2008 ammontavano a 395 (cfr. Doc. T), come afferma anche lo stesso patrocinatore e che la durata complessiva massima è di 720, resta un saldo di 325, che vengono a scadere il prossimo 21 ottobre 2009" (doc. XIV).

In realtà dalla polizza emerge che le indennità vengono versate per 730 giorni, dedotto tuttavia il periodo di carenza, ossia in concreto 60 giorni (cfr. doc. 26). Come emerge dal doc. T l'assicuratore ha iniziato a versare le prestazioni (per 395 giorni) dal 2 novembre 2007, dopo il periodo di carenza di 60 giorni iniziato il 3 settembre 2007. Per cui restano ancora al massimo 275 giorni (730 – 60 – 395).

#### Nel merito

- 2.3. In concreto la convenuta, sulla base del contratto collettivo contro la perdita di guadagno in caso di malattia, ha versato all'attrice, dipendente dell'\_\_\_\_\_ fino al 1° novembre 2007, prestazioni fino al 30 novembre 2008 e si rifiuta di versare ulteriori indennità poiché l'assicurata, in attività leggere e confacenti al suo stato di salute, sarebbe completamente abile al lavoro.
- 2.4. Per quanto concerne l'indennità perdita di guadagno, va innanzitutto rilevato, come emerge da una sentenza del TF del 26 settembre 2007 (4A\_53/2007), che l'art. 324a cpv. 1 CO prevede che se il lavoratore è impedito senza sua colpa di lavorare, per motivi inerenti alla sua persona, come la malattia, il datore di lavoro deve pagargli per un tempo limitato il salario, compresa un'adeguata indennità per perdita del salario in natura, in quanto il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi (sulle condizioni di applicazione di questa norma, cfr. Adrian von Kaenel, Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pag. 109-131, in particolare pag. 111-115).  
La durata del pagamento del salario dipende dalla durata del rapporto di lavoro (art. 324a cpv. 2 CO; sui criteri usualmente applicati dai tribunali in questi casi cfr. Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 116 seg.).  
Salvo pattuizione contraria, l'obbligo di pagamento del salario in caso di malattia cessa con la fine del rapporto di lavoro (Hans-Rudolf Müller, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pag. 19-45, in particolare pag. 20).  
Queste norme configurano il regime legale di base a tutela del lavoratore, gli garantiscono una protezione minima alla quale

non può essere derogato a suo svantaggio (art. 362 cpv. 1 CO; cfr. DTF 131 III 263 consid. 2.2 pag. 628).

L'art. 324a cpv. 4 CO prevede la possibilità di derogare al regime di base legale appena descritto mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore (sull'aspetto dell'equivalenza cfr. Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 120 segg.). Si tratta, di regola, di un regime che comporta una riduzione delle prestazioni del datore di lavoro durante il periodo minimo previsto dalla legge, ma compensa questa riduzione mediante l'estensione del periodo durante il quale il datore di lavoro procede al versamento (Gabriel Aubert, in: Commentaire romand, n. 50 ad art. 324a CO).

La deroga al regime di base deve essere pattuita in forma scritta. Trattandosi di un accordo che concerne i diritti minimi del lavoratore, esso deve menzionare i punti essenziali del regime convenzionale, quali ad esempio la percentuale del guadagno assicurato, i rischi coperti, la durata delle prestazioni, se del caso la durata del periodo di attesa. Qualora – come spesso accade nella pratica - il datore di lavoro stipuli un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, l'accordo indica anche le modalità di finanziamento dei premi assicurativi; per il resto può rinviare alle condizioni generali di assicurazione o a un altro documento tenuto a disposizione del lavoratore (DTF 131 III 623 consid. 2.5.1 con numerosi riferimenti dottrinali).

Va ancora evidenziato che l'art. 23 del Contratto Collettivo di lavoro per il ramo alberghiero e ristorazione, prima della modifica intervenuta nel 2010, prevedeva:

"Art. 23 Assicurazione perdita di guadagno in caso di malattia / gravidanza

"Il datore di lavoro deve stipulare un'assicurazione per perdita di guadagno in caso di malattia a favore del collaboratore. Questa assicurazione deve coprire per 720 giorni, su un periodo di 900 giorni consecutivi (180 per i pensionati AVS), l'80% del salario lordo. Durante un periodo di dilazione di 60 giorni per anno lavorativo al massimo il datore di lavoro deve pagare l'88% del salario lordo. Tali prestazioni devono essere fornite anche se il rapporto di lavoro viene sciolto prima della fine della malattia.

Premi di assicurazioni individuali eventualmente applicati dopo la cessazione del rapporto di lavoro sono a carico del collaboratore. Qualora durante la gravidanza una collaboratrice sia dichiarata inabile al lavoro per motivi medici, le prestazioni faranno riferimento a questo articolo.

<sup>2</sup>I premi assicurativi per perdita di guadagno in caso di malattia vengono equamente divisi fra datore di lavoro e collaboratore.

- <sup>3</sup>L'ammissione nell'assicurazione perdita di guadagno non può essere rifiutata per motivi di salute.  
L'assicurazione perdita di guadagno in caso di malattia può escludere, con una riserva scritta e per un massimo di 5 anni, le malattie esistenti al momento dell'ammissione e le malattie anteriori se queste, secondo l'esperienza, possono portare a una ricaduta. Ogni riserva fatta in occasione dell'ammissione nell'assicurazione perdita di guadagno, dovrà essere comunicata al collaboratore all'inizio del rapporto di lavoro, così come l'inizio e la fine della validità di questa riserva.
- <sup>4</sup>Qualora il datore di lavoro avesse stipulato un'assicurazione per perdita di guadagno in caso di malattia insufficiente, deve provvedere egli stesso alle prestazioni previste in questo articolo."

Già si è detto che nella pratica numerosi sono i datori di lavoro che - come nel caso qui in esame - stipulano un contratto d'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, sottoposto alla LCA (Vincent Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain, Le droit social dans la pratique de l'entreprise, Questions choisies, Berna 2006, pag. 95-112, in particolare pag. 101).

- 2.5. Nella fattispecie, l'art. 6.1 delle condizioni generali d'assicurazione (CGA) per l'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera secondo la Legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA) applicabili in concreto (di seguito: CGA), prevede che è considerato malattia qualsiasi danno alla salute fisica o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità lavorativa.

Va ancora evidenziato che, nell'ambito delle assicurazioni sociali, di principio è ritenuto incapace al lavoro colui che per motivi di salute non è più in grado di svolgere la propria attività, oppure può farlo soltanto in misura ridotta oppure, ancora, quando l'esercizio di una tale attività rischia di aggravarne le condizioni di salute (DTF 114 V 283 consid. 1c; DTF 111 V 239 consid. 1b; MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Tomo I, pag. 286 segg.).

La questione a sapere se esista un'incapacità lavorativa tale da giustificare il riconoscimento del diritto a prestazioni va valutato in considerazione dei dati forniti dal medico. Determinante non è, comunque, l'apprezzamento medico-teorico - anche se il giudice non se ne scosterà senza sufficienti motivi, essendo anch'egli tenuto a rispettare la sfera d'apprezzamento del medico (RAMI 1983 pag. 293; RAMI 1987 pag. 106 segg.) -, bensì la

diminuzione della capacità di lavoro che effettivamente risulta dal danno alla salute (DTF 114 V 283 consid. 1c).

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

Per l'art. 10 delle condizioni complementari di assicurazione (CCA) indennità giornaliera per le ditta LCA alle condizioni generali di assicurazione per le assicurazioni collettive d'indennità giornaliera, il diritto alle prestazioni sussiste nel caso di un'incapacità al lavoro dimostrata di almeno il 25 per cento. A norma dell'art. 11.1 CCA per principio l'indennità giornaliera viene corrisposta in caso di incapacità lavorativa di almeno il 25 per cento confermata dal medico, in proporzione al grado dell'incapacità lavorativa stessa. Le prestazioni corrisposte a complemento di quelle erogate da terzi vengono computate come giorni interi.

Va ancora evidenziato come in relazione alle conseguenze economiche dell'incapacità lavorativa vige il principio secondo cui l'assicurato è tenuto all'obbligo di ridurre le conseguenze economiche negative del danno alla salute (art. 61 LCA).

Con sentenza 5C.176/1998, del 23 ottobre 1998, al consid. 2c, l'Alta Corte ha affermato:

"(...)

L'art 61 LCA esprime infatti il medesimo principio generale concernente l'obbligo dell'assicurato di ridurre il danno da cui il Tribunale federale delle assicurazioni deduce che l'interessato può a tal fine essere costretto a cambiare professione (DTF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a). Un siffatto obbligo non costituisce una lesione più grave della libertà personale rispetto all'imposizione - espressamente citata da Maurer (Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1995, pag. 346 n. 4) con riferimento all'art. 61 LCA - di sottomettersi a una cura o addirittura ad un intervento chirurgico. Si può del resto rilevare che nemmeno l'attore contesta l'applicabilità dell'art. 61 LCA alla fattispecie, limitandosi a sostenere che, per un uomo di 63 anni nel suo stato di salute, un reinserimento in un'attività professionale appare perlomeno problematico. Ne segue che i giudici cantonali hanno violato il diritto federale accogliendo la petizione senza esaminare se e in che misura sia possibile esigere dall'attore un cambiamento di professione e se il termine accordato dalla convenuta a tal fine sia adeguato alle circostanze. La sentenza impugnata deve pertanto essere annullata e la causa rinviata all'autorità cantonale per completare gli accertamenti di fatto e per nuova decisione. (...)."

A norma dell'art. 61 LCA:

"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."

Va, qui, rilevato che le CGA all'art. 21 prevedono il medesimo concetto.

Infatti per l'art. 21.1 CGA una persona inabile al lavoro nella sua professione abituale è tenuta a cercare il lavoro in un altro settore entro 6 mesi, oppure ad annunciarsi all'assicurazione per l'invalidità o all'assicurazione contro la disoccupazione.

Per l'art. 21.2 CGA se la capacità lavorativa residua non viene impiegata, il conteggio dell'indennità giornaliera avverrà tenuto conto della stessa.

L'art. 21.3 CGA prevede che se si omette l'annuncio all'assicurazione contro la disoccupazione, rispettivamente all'assicurazione per l'invalidità, il conteggio dell'indennità giornaliera avverrà tenuto conto delle prestazioni che avrebbero corrisposto tali assicurazioni e della capacità lavorativa residua.

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.

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

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

A proposito del tempo necessario per trovare una professione adatta al proprio stato di salute, va rammentato che il Tribunale federale, in ambito di assicurazioni complementari contro le malattie (LCA), con sentenza del 7 maggio 2002 (5C.74/2002),

ha applicato la stessa giurisprudenza sviluppata dall'allora TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) in ambito di assicurazione sociale, ad un assicurato il cui contratto di lavoro era stato disdetto, rimanendo tuttavia nella cerchia degli assicurati collettivamente dal precedente datore di lavoro ed ha ritenuto ammissibile assegnare un termine di 3-5 mesi per il riadattamento professionale:

"3.- a) Dans un arrêt non publié du 23 octobre 1998 qui concernait comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C.176/1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA est l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduit, en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (cf. ATF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse doit l'avertir à ce propos et lui accorder un délai adéquat - pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent est due - pour s'adapter aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; dans la pratique, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (arrêt non publié K 14/99 du 7 février 2000, reproduit in RKUV 2000 KV 112 122, consid. 3a).

b) Après avoir rappelé ce qui vient d'être exposé, la cour cantonale a retenu la lettre de la défenderesse du 25 août 2000 (cf. lettre D supra) comme l'expression de l'avertissement nécessaire, car avant que le résultat de l'expertise confiée au Dr C. \_\_\_\_\_ ne soit communiqué, tout avertissement ne pouvait être donné valablement, l'assuré ne pouvant pas mettre en oeuvre sa capacité de travail si elle n'avait pas encore été déterminée. Considérant toutefois que la proposition de la défenderesse de verser ses prestations jusqu'à la fin du mois d'août 2000 n'était pas acceptable, la cour cantonale a estimé que, vu les explications de l'assurance défenderesse et de l'assuré demandeur, un délai de trois mois à partir de cette date était adéquat. Ainsi, la défenderesse n'ayant versé des indemnités journalières que jusqu'au 31 mars 2000, elle devait encore verser des indemnités pour la période allant jusqu'au 30 novembre 2000 - représentant 244 jours à 132 fr., soit 32'208 fr. - et non pour celle allant jusqu'au 5 avril 2001, fin de la durée maximale de 727 jours.

c) C'est en vain que le demandeur critique sur ce point le jugement attaqué, qui est conforme à la jurisprudence rappelée plus haut (consid. 3a supra). L'art. 61 LCA est certes de droit dispositif (cf. art. 97 et 98 LCA; Hönger/Susskind, Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 29 ad art. 61 LCA; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd., 1995, p. 345), mais il ne résulte pas des constatations de fait du jugement attaqué (art. 63 al. 2 OJ) que les parties auraient adopté sur ce point une réglementation plus favorable à l'assuré.

Selon l'art. 61 al. 2 LCA, si l'ayant droit contrevient à son obligation posée à l'al. 1 de faire tout ce qui est possible pour réduire le dommage, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie. L'ayant droit remplit son obligation de faire ce qui peut raisonnablement être exigé de lui pour réduire son dommage s'il prend à cette fin les mesures que prendrait un homme raisonnable dans la même situation s'il ne pouvait attendre aucune indemnisation de tiers (Hönger/Suskind, op. cit. , n. 15 ad art. 61 LCA; Maurer, op. cit. , p. 344 et les références citées). En l'occurrence, tous les examens médicaux ont conclu à une capacité de travail entière dans une activité adaptée. Si, comme l'aurait fait dans la même situation tout homme raisonnable ne pouvant attendre aucune indemnisation de tiers, le demandeur avait mis à profit cette capacité de travail dans le délai de plus de trois mois dès l'avertissement que les juges cantonaux ont considéré comme approprié eu égard aux circonstances de l'espèce, la défenderesse n'aurait plus eu à servir d'indemnités journalières au delà du 30 novembre 2000. Comme rien dans les constatations du jugement attaqué (cf. art. 63 al. 2 OJ) ne permet de retenir que l'inaction du demandeur à cet égard était excusable (cf. Hönger/Suskind, op. cit. , n. 27 ad art. 61 LCA), le jugement attaqué apparaît conforme au droit fédéral."

In concreto, come visto, le CGA prevedono un lasso di tempo di 6 mesi per trovare un'occupazione adeguata, ossia un termine superiore rispetto al minimo previsto dalla giurisprudenza.

Ne segue che già solo per questo motivo lo scritto del 7 ottobre 2008 (cfr. consid. 1.3) tramite il quale l'assicuratore ha assegnato le prestazioni solo fino al 1° dicembre 2008 non è conforme alle CGA prodotte dalla convenuta e ritenute applicabili dalla medesima. L'interessata ha pertanto diritto alle indennità perlomeno fino al 7 aprile 2009 (6 mesi dallo scritto del 7 ottobre 2008). Come si vedrà in seguito (consid. 2.14), l'interessata deve tuttavia passare nell'assicurazione individuale per il periodo dal 1° gennaio 2009.

Per il periodo dall'8 aprile 2009 occorre invece verificare qual è il grado d'incapacità lavorativa dell'assicurata in un'attività confacente al suo stato di salute.

A questo proposito va evidenziato che l'attrice ritiene di essere completamente inabile al lavoro in qualsiasi attività lavorativa, mentre l'assicuratore ritiene che possa svolgere un'attività leggera nella misura del 100%.

## 2.6. Dagli atti emerge quanto segue.

Il 28 novembre 2007 il medico curante, dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina generale, ha diagnosticato la presenza di una

sindrome lombo-radicolare L4-5 sinistra su ernia discale recessale sinistra L4-5 e segni di compressione della radice L5 di sinistra e di obesità (allegato al doc. 19). Da parte sua il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH in neurochirurgia, il 6 maggio 2008 ha diagnosticato una sindrome lombovertebrale per discopatia L3/4 – L5/S1 per un'incapacità lavorativa da settembre 2007 al 100%.

Il 4 febbraio 2008 rivolgendosi al dr. med. \_\_\_\_\_, il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH in neurochirurgia, ha affermato:

"(...)

L'esame clinico conferma una sintomatologia lombovertebrale con mobilità lombare ridotta e dolente in ogni posizione. La palpazione è dolente e diffusa di tutti il rachide e di tutta la muscolatura della zona lombare, glutei e lungo le gambe. Ciò lascia supporre la presenza di una possibile fibromialgia. L'esame neurologico tuttavia non mette in evidenza una patologia radicolare. C'è la presenza di un pseudolasègue bilaterale a 50°.

Date le circostanze ho proposto alla paziente una nuova RM poiché la vecchia ormai è del 2006. In base all'esito di quest'esame, valuterò le possibilità chirurgiche. Già finora comunque sono dell'opinione che un intervento in questa paziente non avrà un esito felice e comunque con o senza intervento la paziente non riprenderà l'attività lavorativa." (doc. AI)

Il 5 maggio 2008 il medico SMR, dr. med. \_\_\_\_\_, dopo aver visitato l'attrice, ha posto la diagnosi principale di sindrome lombare su ernia L4-L5, spondilartrosi da L5 a S1, obesità e ulteriori diagnosi senza influsso sulla capacità lavorativa di sindrome fibromialgica, stato dopo revisione uterina (marzo 2006), anemia mediterranea, ernia inguinale destra operata, ernia inguinale sinistra in attesa di intervento, asportazione di formazione cistica alla coscia destra (2005), con un'incapacità lavorativa del 30% come cameriera ed assistente di cura e una capacità del 100% in attività leggere che rispettano i limiti descritti nel rapporto medico (cfr. atti AI):

"Assicurata di 46 anni in buone condizioni generali. Obesità grave. Dal 2006 lombalgia con frequenti riacutizzazioni su piccola ernia discale riscontrata all'esame tac eseguito nell'agosto 2006. Piccola ernia in regione L4-L5 con maggiore irradiazione sciatgica all'arto inferiore di destra. Coesiste spiccata sindrome fibromialgica. L'assicurata risulta essere rallentata nei movimenti ampi per la grave obesità. Durante la deambulazione presenta un accenno alla zoppia destra. I limiti funzionali stabiliti sono: evitare movimenti ripetitivi di flessione ed estensione della schiena; mantenere posizione statica seduta o in piedi al massimo 1 h; può sollevare abitualmente 15 kg e saltuariamente fino a 20 kg. La sintomatologia artromialgica e astenica prevalente è da riferire soprattutto alla spiccata sindrome fibromialgica. L'assicurata in riferimento all'ernia L4-L5 è già stata sottoposta a periodi di riabilitazione, infiltrazioni e terapia medica con

scarso beneficio. Già eseguita valutazione anche dal Dr. \_\_\_\_\_ nel marzo 2008 con esclusione di terapia chirurgica. L'assicurata ha svolto in Portogallo attività lucrativa come cuoca; in Svizzera dal 1998 ha lavorato in diversi alberghi come governante al buffet e office nell'organizzare le diverse attività che doveva svolgere. Attività lucrativa dal 2004 al 2006 come assistenza di cura presso persona anziana. Incapacità lavorativa al 100% dal 26 aprile 2006 al 30 luglio 2007; incapacità lavorativa al 50% dal 31 luglio 2007 al 5 agosto 2007; incapacità lavorativa 100% dal 3 settembre 2007 ad oggi. La valutazione reumatologica e funzionale odierna permette di stabilire una incapacità lavorativa del 30% in attività come cameriera d'hotel. Incapacità lavorativa 30% in attività come assistente di cura. Capacità del 100% in tutte le attività che rispettano i limiti sopraelencati. In attività come casalinga capacità lavorativa 100%. Le capacità lavorative stabilite sono esigibili dal luglio 2006 (data della dimissione dal Centro di riabilitazione di \_\_\_\_\_). Risulta indispensabile un drastico calo ponderale. Non sono proponibili terapie chirurgiche o mediche atte al miglioramento della capacità funzionale. L'A. non necessita di ausili ortopedici."

Il 26 giugno 2008 il medico SMR, \_\_\_\_\_, ha affermato che *"in questa assicurata con sintomatica locomotoria abbinata a fibromialgia pur non essendo in terapia specialistica psichiatrica o trattamento di sostegno a questo livello ma essendo descritta dal curante una tendenza depressiva si impone una valutazione in questo senso per poter considerare e giustificare evt. limitazioni di questo tipo"* (cfr. atti AI).

Il medico SMR, Dr. med. \_\_\_\_\_, medico psichiatra, il 5 agosto 2008, dopo aver visitato l'attrice in data 4 agosto 2008 ed aver posto la diagnosi di sindrome depressiva ricorrente, attualmente in remissione (ICD 10 F 33.4) e fobia specifica (ICD 10 F. 40.2), ha indicato una capacità lavorativa del 100% in attività che rispetta i limiti. La specialista ha affermato:

"Trattasi di una donna di 46 anni di origine \_\_\_\_\_ che si è trasferita in Svizzera dal 1998 per motivi di lavoro.

L'A in anamnesi ha presentato un primo scompenso depressivo reattivo alla difficile situazione familiare ed economica (era stata abbandonata dal marito con debiti a crescere da sola i loro tre figli) che l'aveva portata nel 1996 ad un ricovero in clinica di 2-3 mesi grazie al quale aveva presentato un completo recupero. Per poter trovare un lavoro che le permettesse di provvedere ai figli aveva deciso di trasferirsi in Svizzera dove dopo un iniziale difficoltà a tollerare la lontananza dalla famiglia era riuscita a ben integrarsi. Inoltre negli ultimi anni è riuscita a ricostruirsi un rapporto affettivo che viene definito come solido e gratificante rispetto al primo matrimonio.

Nel 2006 a seguito di un conflitto con la datrice di lavoro dalla quale si sente umiliata perché accusata di essere una ladra e dalla quale non si sente rispettata nei suoi diritti di lavoratrice inizia a sviluppare un quadro depressivo peggiorato ulteriormente dalla comparsa di una sintomatologia dolorosa lombovertebrale che l'A vive come limitante nello svolgimento delle sue attività e della sua autonomia (al colloquio

in più occasione ha sottolineato con fierezza come fosse sempre riuscita a cavarsela da sola). L'inizio di una terapia antidepressiva adeguata instaurata dal medico di famiglia, permette un miglioramento del quadro affettivo che incontro ad una completa remissione nell'ottobre 2007 con il riconoscimento a livello giuridico del torto subito.

L'anamnesi, il decorso e la valutazione odierna permettono di porre la diagnosi di una sindrome depressiva ricorrente, il cui ultimo episodio insorto verso il marzo 2006 ha avuto le caratteristiche di gravità lieve e che nonostante il disagio soggettivamente avvertito non ha avuto una ripercussione invalidante sulla capacità lavorativa.

Inoltre sono emersi elementi clinici per la diagnosi di una fobia specifica verso i luoghi piccoli e chiusi come l'ascensore già presente dall'adolescenza.

L'A mantiene un buon contatto con i membri della propria famiglia ad eccezione del padre e di una sorella, ha ricostruito una vita affettiva giudicata gratificante e mantiene un rapporto integro con il contesto sociale.

A livello psichiatrico i limiti funzionali sono rappresentati da una ridotta caricabilità allo stress e dall'incapacità a tollerare ambienti troppo angusti e chiusi, quest'ultimi a causa della sintomatologia fobica. Nel rispetto di tali limiti la CL lavorativa sia nella precedente attività che in attività medicalmente esigibili è completa." (doc. AI)

Con annotazioni del 18 agosto 2008 il medico SMR, Dr. med. \_\_\_\_\_ ha indicato che *"dopo le due valutazioni specialistiche sia psi. che reumatologica si giustifica come cameriera/assistente di cura una IL del 30% dalla data di dimissione clinica \_\_\_\_\_ (7.2006) per problematica prettamente di tipo locomotorio. In attività ritenute adeguate ergonomicamente"* il medico ha ritenuto giustificata *"una piena abilità"*.

Sulla base di queste valutazioni il consulente IP ha calcolato un grado d'invalidità dello 0%.

In seguito alle osservazioni al progetto di decisione AI, il medico SMR, dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato:

"Ho rivalutato le considerazioni delle valutazioni SMR reumatologica 5.5.08 e psichiatrica 5.8.08 e personalmente le ritengo coerenti e ben redatte ai fini assicurativi con periodi e date ben riportate oltre alle esigibilità presenti a carattere residuale. Personalmente le ritengo per noi ancora vincolanti.

L'YYY il 14.11.2008 fa riferimento sia a problematica discordante su periodi/date ed esigibilità. E personalmente queste affermazioni non variano a mio giudizio le conclusioni delle due visite SMR specialistiche effettuate.

Ma nel leggere il progetto di decisione ed il rapporto CIP del 8.2008 con il calcolo della CGR non noto i periodi di IL 100% per cui prego rivalutare se corretto o meno tale progetto in base."

Il 16 ottobre 2008 il dr. med. \_\_\_\_\_, medicina generale FMH, ha attestato che l'interessata "è tutt'ora inabile al lavoro, nella misura del 100%, dal 03.09.2007 fino a nuovo avviso in qualità di aiuto domestico e cameriera." (allegato al doc. 19).

Con certificato del 4 dicembre 2008 il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH in neurochirurgia, ha descritto la visita effettuata il 2 dicembre 2008, affermando:

"(...) conosco la paziente dal 2006 per una sintomatologia lombovertebrale nell'ambito di processi degenerativi diffusi da L3/4 a L5/S1 senza però evidenti conflitti radicalari.

Una TAC effettuata in febbraio del 2008 ha riconfermato questi processi degenerativi in assenza di ernie del disco, ma importante artrosi delle faccette articolari e probabilmente anche un'artrosi delle articolazioni sacro iliache.

La paziente riferisce che la situazione è notevolmente peggiorata per cui attualmente riesce a deambulare unicamente con le canne. I dolori sono continui sia di giorno sia di notte.

All'esame clinico noto una deambulazione lenta e possibile solo con canne. Mobilità fortemente ridotta e dolente in maniera diffusa. Palpazione dolente e diffusa del rachide lombare e della muscolatura paraspinale, come pure glutei e muscolatura sia delle gambe sia delle braccia e del tronco. A questo punto penso che la paziente sia anche sofferente di una grave fibromialgia. L'esame neurologico tuttavia risulta normale con un pseudolasègue bilaterale a 20-30° senza deficit sensomotori e con riflessi conservati.

Date le circostanze penso che comunque un intervento chirurgico sia assolutamente da escludere ragion per cui una nuova RM al momento non entra in considerazione.

Tutto sommato si tratta di una paziente sicuramente molto sofferente in gran parte per la fibromialgia, ma anche per i problemi degenerativi lombari indotti o perlomeno dipendenti della grave adipositas che senza dubbio limita notevolmente la paziente. Un gastric bypass, come da te richiesto, penso sia senza dubbio d'utilità.

Per quel che riguarda la capacità lavorativa è ovvio in che questa particolare situazione con la combinazione dei problemi che presenta la paziente un'abilità lavorativa sicuramente non è data neanche per attività leggere ed economicamente confacenti per cui ritengo che ulteriori accertamenti per stabilire il grado d'invalidità definitivo siano senz'altro da prendere in considerazione." (doc. 16)

Il 9 dicembre 2008 il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina generale, ha attestato un'inabilità lavorativa al 100% dal 3 settembre 2007, mentre il 30 gennaio 2009 ha posto la seguente diagnosi con ripercussione sulla capacità lavorativa: sindrome lombo-radicolare su ernia discale lombare L4/5 lussata a sinistra irradiante verso la gamba sinistra con forte sindrome algica e

occasionale diminuzione della forza motoria, fibromialgia, sindrome ansioso-depressiva, obesità permagna (120 kg su 172 cm, con prevista chirurgia bariatrica all'ospedale \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_), anemia ferripriva in seguito a grave emorragia di origine ginecologica. Lo specialista ha inoltre posto la diagnosi senza ripercussione sulla capacità lavorativa di ernia inguinale sinistra, operata il 10.06.08, lipoma coscia destra e ipovitaminosi B12. Il medico curante ha poi affermato che *"penso che sia a tutti chiaro, vedendo la paziente con notevole sofferenza e necessità di camminare con due stampelle per attenuare i dolori, che non possa assolutamente lavorare nelle sue attuali condizioni. Una volta ridotto il peso in seguito alla chirurgia bariatrica diventerà possibile eventualmente porre la diagnosi per un intervento al rachide dorsale e rivalutare la capacità lavorativa. In questo momento e per i prossimi mesi la paziente è sicuramente da considerare invalida."* (allegato al doc. 19)

Il 5 maggio 2009 il primario dell'Ospedale Regionale di \_\_\_\_\_, Dr. med. \_\_\_\_\_, ha certificato la degenza dell'attrice presso l'ospedale bellinzonese affermando che l'interessata è stata ricoverata a causa dell'obesità permagna e che si tratta di una paziente *"che dal 2006 ha iniziato a prender peso in seguito ad una terapia per una sindrome depressiva con Efexor, passando da un peso di 80 kg ad uno di 127.5 kg (attuale). L'obesità si è dimostrata resistente al trattamento conservativo con dieta e farmaci, inoltre sembra soffrire di un disturbo alimentare tipo BED con assunzione di calorie mediante numerosi snakes consumati giornalmente. Il 28.4.2009 la paziente viene sottoposta all'intervento sopraccitato, che sopporta bene, il decorso è privo di complicazioni. Viene dimessa in buone condizioni generali con ferite calme."* (doc. 21)

Il 20 luglio 2009 il dr. med. \_\_\_\_\_, medico fiduciario della Cassa, ha affermato:

"Frau **XXX** leidet an einem Rückenleiden, weswegen ihr ab 26.4.06 eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wurde. Sie habe schon mit 17 und mit 21 Jahren Rückenschmerzen gehabt.

Vom 11.7.06 bis 31.7.06 war sie in der Clinica \_\_\_\_\_ zur Rehabilitation bei pseudorad. Syndrom L4 links. Bei Austritt wurde sie als weiterhin zu 100% arbeitsunfähig erachtet.

Dr. \_\_\_\_\_ bescheinigt in seiner Begutachtung vom. 7.2.07 eine 100% Arbeitsunfähigkeit.

Ab dem 3.9.07 bestätigt Dr. \_\_\_\_\_, Hausarzt, wegen Diskushernie eine 100% Arbeitsunfähigkeit

Am 6.5.08 bezeugt Dr. \_\_\_\_\_, Neurochirurgo, dass eine leichtere Arbeit („non pesanti, buona ergonomia“) zumutbar ist (keine Prozentgabe) und schlägt eine vertrauensärztliche Beurteilung vor.

Der ärztliche Dienst der IV Ticino hat am 4.8.08 Frau **XXX** psychiatrisch und am 5.5.08 somatisch begutachtet und kam zu Schluss, dass Frau **XXX** zu 100% arbeitsfähig für eine angepasste Arbeit ist. Die Bedingungen einer zumutbaren Arbeit werden detailliert aufgeführt (üblicherweise nicht über 15 kg heben, nur kurz bis 20 kg; statisches Sitzen oder Stehen bis 1h; keine repetitiven Flexions/Extensions- Bewegungen der Wirbelsäule; verminderte Stresstoleranz, erträgt enge/geschlossene Arbeitsumgebung nicht).

Aus der folgenden Zeugnissen von Dr. \_\_\_\_\_ (17.12.08, 30.1.09) gehen keine neuen Diagnosen oder andere Aspekte hervor, die ein Abweichen von der Beurteilung durch ärztlichen Dienst der IV zuliessen.

Interkurrent wurde ein Listenhernie links am 10.6.08 operiert. Am 28.4.09 Magen-Bypass-Operation (die Atupri anerkannte eine 100% Arbeitsunfähigkeit vom 27.4-12-5.09, gemäss Zeugnis Osp. Regionale \_\_\_\_\_ 5.5.09).

Zusammenfassend: die 47-jährige Patientin mit rezidivierenden Rückenschmerzen wird von ihrem Hausarzt – nach einer ersten Periode 06-07 – ab 3.9.07 andauernd zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Eine Beurteilung durch den ärztlichen Dienst der IV Tessin im Jahre 2008 kam zum Schluss, dass Frau **XXX** eine angepasste Arbeit zu 100% zumutbar sei. Diese Beurteilung wurde jedoch nur umgesetzt durch Patientin und ihren Arzt.

"In meiner vertrauensärztlichen Beurteilung ist die Begutachtung durch ärztlichen Dienst der IV schlüssig und nachvollziehbar; aus den folgende Zeugnissen des Hausarztes gehen keine neuen Aspekte hervor, die eine Aenderung der Beurteilung zuliessen." (doc. 5)

Il 26 ottobre 2009 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato:

"la soprannominata paziente è sofferente da diversi anni di dolori lombari recidivanti nell'ambito di processi degenerativi diffusi in assenza però di compressioni di strutture nervose. Una TAC bassolombare ha anche confermato una leggera artrosi delle articolazioni sacro iliache.

Da qualche tempo la paziente accusa anche dolori cervicali associati a cefalee ed irradiazione in entrambe le braccia con disturbi parentetici. Una TAC effettuata recentemente presso la Clinica \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ ha messo in evidenza un'uncartrosi e spondilosi di leggere/media gravità. Non ci sono conflitti radicolari.

Oltre a questi fastidi provenienti dai problemi degenerativi del rachide, la paziente soffre anche di una gravissima forma di fibromialgia che rende un qualsiasi intervento a livello lombare impossibile. Il quadro clinico è in gran parte dominato da questo problema muscolare.

Date le circostanze ritengo che la paziente non sia in grado di svolgere un'attività lavorativa anche se leggera. La limitazione principale deriva dai disturbi fibromialgici che decisamente dominano

il quadro clinico. Tuttavia anche i disturbi lombari e cervicali provenienti dai processi degenerativi hanno un effetto notevole sulla capacità lavorativa in quanto non sarà possibile per la paziente svolgere mansioni in posizioni statiche prolungate, quindi seduta od in piedi ferma, od attività nelle quali debba tenere la testa in posizione d'inclinazione o declinazione o lavorare con le braccia alzate. In considerazione di tutto questo penso che ci sia in effetti un'incapacità lavorativa completa." (doc. XXV)

Infine, il 13 gennaio 2010 il medico curante, dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina generale, ha rilevato:

"la diagnosi di sindrome depressiva ricorrente e la fobia sono tuttora presenti. Sarebbe senz'altro indicato che la paziente venga seguita da uno psicoterapeuta.

"La sig.ra **XXX** a partire dal 2003 ha assunto a diverse riprese degli anti-depressivi. Per esempio Deroxat dal 2003 al 2004, in seguito Efexor fino al mese di dicembre del 2004. Ripresa della medesima terapia dal mese di marzo 2005, nel 2006 passaggio a Cipralex. Dal 2008 a Trittico, vista anche la presenza di disturbi del sonno. All'inizio del 2009 la paziente è stata sottoposta ad una valutazione psichiatrica nell'ambito di una chirurgia bariatrica per l'obesità permagna. Ultimamente non sembra che assuma degli psicofarmaci." (doc.XXIX/ AA1)

- 2.7. Va qui evidenziato che per quanto riguarda in particolare l'invalidità cagionata da un danno alla salute psichica, il TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) ha stabilito che é decisivo al proposito che il danno sia di gravità tale da non poter praticamente esigere dall'assicurato di valersi della sua capacità lavorativa sul mercato del lavoro, o che ciò sia persino intollerabile per la società (DTF 127 V 298 consid. 4c, 102 V 165= RCC 1977 pag. 169; Pratique VSI 1996 pag. 318, 321, 324; RCC 1992 pag. 180; ZAK 1984 pag. 342, 607; STFA del 29 settembre 1998 nella causa S. F. consid. 3b, I 148/98; Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berna 2003, pag. 128).

L'Alta Corte ha inoltre avuto modo di precisare che:

"(...)

Tra i danni alla salute psichica, i quali come i danni fisici, possono determinare un'invalidità ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LAI, devono essere annoverati - oltre alle malattie mentali propriamente dette - le anomalie psichiche parificabili a malattia. Non sono considerati effetti di uno stato psichico morboso, e dunque non costituiscono turbe a carico dell'assicurazione per l'invalidità le limitazioni della capacità di guadagno cui l'assicurato potrebbe ovviare dando prova di buona volontà; la misura di quanto è ragionevolmente esigibile dev'essere apprezzata nel modo più oggettivo possibile. Bisogna dunque stabilire se, e in quale misura al caso, un assicurato può, nonostante il danno alla salute mentale, esercitare un'attività lucrativa che il mercato del lavoro gli offre, tenuto conto delle sue attitudini. In

quest'ambito il punto è quello di sapere quale attività si può da lui ragionevolmente esigere. Ai fini di stabilire l'esistenza di un'incapacità di guadagno causata da un danno alla salute psichica non è quindi decisivo accertare se l'assicurato eserciti o meno un'attività lucrativa insufficiente; di maggior rilievo è piuttosto domandarsi se si debba ammettere che l'utilizzazione della capacità lavorativa non può in pratica più essere da lui pretesa oppure che essa sarebbe persino insopportabile per la società (DTF 102 V 166; VSI 1996 pag. 318 consid. 2a, pag. 321 consid. 1a, pag. 324 consid. 1a; RCC 1992 pag. 182 consid. 2a e sentenze ivi citate)" (STFA del 29 settembre 1998 nella causa S. F. [I 148/98], pag. 10 consid. 3b)

Secondo la giurisprudenza del TFA questi principi valgono fra l'altro per le psicopatie, le alterazioni dello sviluppo psichico (psychische Fehlentwicklungen), l'alcolismo, la farmacomania, la tossicomania e le nevrosi (STFA del 18 ottobre 1999 nella causa B., I 441/99, del 29 settembre 1998 nella causa S. F., I 148/98 consid. 3b; RCC 1992 pag. 182 consid. 2a con riferimenti).

In una sentenza pubblicata in DTF 130 V 352 l'Alta Corte ha precisato i criteri per poter concludere che un disturbo da dolore somatoforme provoca un'incapacità di guadagno duratura.

Tali criteri sono stati così riassunti dal TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) in un'altra sentenza del 23 aprile 2004, in lingua italiana, nella causa N. (I 404/03), nella quale l'Alta Corte si è così espressa:

"6.2. A determinate condizioni, anche un disturbo da dolore somatoforme - rientrante nella categoria delle affezioni psichiche, per le quali l'allestimento di una perizia psichiatrica si rende normalmente necessario al fine di stabilirne le ripercussioni economiche - può causare una incapacità lavorativa (cfr. sentenza del 12 marzo 2004 in re N., I 683/03, consid. 2.2.2, destinata alla pubblicazione nella Raccolta ufficiale [ndr.: pubblicata in DTF 130 V 352]). Secondo giurisprudenza, ancora recentemente confermata, un disturbo somatoforme da dolore persistente non è tuttavia, di regola, atto a determinare, in quanto tale, una limitazione duratura della capacità lavorativa suscettiva di dare luogo a un'invalidità ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LAI (sentenza citata del 12 marzo 2004 in re N., consid. 2.2.3; Ulrich Meyer-Blaser, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri [editori], Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, San Gallo 2003, pag. 76 segg., in particolare pag. 81 seg.). Un'eccezione a questo principio entra in linea di conto soltanto in quei casi in cui il disturbo da dolore somatoforme presenta secondo gli accertamenti medici una gravità tale da rendere in pratica oggettivamente non più esigibile dalla persona assicurata lo sfruttamento della sua capacità lavorativa residua sul mercato del lavoro oppure dove ciò risultasse insostenibile per la società (DTF 102 V 165; VSI 2001 pag. 225 consid. 2b con riferimenti; cfr. pure DTF 127 V 298 consid. 4c in fine). Una simile inesigibilità, da

ammetersi soltanto in casi eccezionali, presuppone tuttavia l'esistenza concomitante di una comorbidità psichica di notevole gravità, intensità e durata oppure la presenza qualificata di altri criteri, quali ad es. l'esistenza di concomitanti affezioni organiche croniche accompagnate da un decorso patologico pluriennale con sintomi stabili o in evoluzione senza remissione duratura, l'accertamento di un ritiro totale dalla vita sociale, un eventuale profitto tratto dalla malattia (cosiddetto "Krankheitsgewinn") come pure un insuccesso, nonostante gli sforzi profusi, di trattamenti e di provvedimenti riabilitativi. A volte, la presenza di tali fattori permette di ritenere insormontabile il disturbo da dolore somatoforme (sentenza citata del 12 marzo 2004 in re N., consid. 2.2.3 e i riferimenti ivi citati; cfr. pure VSI 2000 pag. 155 consid. 2c). Da notare ancora che i fattori psicosociali o socioculturali non figurano nel novero delle affezioni alla salute suscettibili di originare un'incapacità di guadagno ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LAI (cfr. sentenza del 29 gennaio 2003 in re P., I 129/02, consid. 3.2, con riferimento ai principi sanciti in DTF 127 V 294).

In tale contesto, l'esperto chiamato ad esprimersi deve, sul piano psichiatrico, porre una diagnosi nell'ambito di una classificazione riconosciuta e pronunciarsi sulla gravità dell'affezione. Tenendo conto dei criteri esposti, egli deve così valutare l'esigibilità della ripresa, rispettivamente dell'estensione lavorativa da parte dell'assicurato (VSI 2000 pag. 155 consid. 2c)."

Anche in un'altra sentenza I 702/03 del 28 maggio 2004 il TFA ha evidenziato che:

"5.2 In una recente sentenza, questa Corte ha avuto modo di precisare che una tale inesigibilità presuppone in ogni caso la presenza manifesta di una comorbidità psichiatrica di notevole gravità, intensità e durata oppure la presenza costante e intensa di altri criteri qualificati quali (1) l'esistenza di concomitanti affezioni organiche croniche accompagnate da un decorso patologico pluriennale con sintomi stabili o in evoluzione senza remissione duratura, (2) la perdita d'integrazione sociale in tutti gli ambiti della vita, (3) uno stato psichico consolidato, senza possibilità di evoluzione sul piano terapeutico, ad indicare allo stesso tempo l'insuccesso e la liberazione dal processo risolutivo del conflitto psichico (profitto primario tratto dalla malattia; "primärer Krankheitsgewinn") oppure (4) l'insuccesso di trattamenti ambulatoriali o stazionari conformi alle regole dell'arte nonché di provvedimenti riabilitativi a dispetto degli sforzi profusi dalla persona assicurata (sentenza citata del 12 marzo 2004 in re N., consid. 2.2.3 e sentenza del 21 aprile 2004 in re P., I 870/02, consid. 3.3.2; VSI 2000 pag. 155 consid. 2c; Ulrich Meyer-Blaser, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: René Schaffhauser/Franz Schlauri [editori], Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, San Gallo 2003, pag. 76 segg. e 80 segg.)."

In una sentenza I 770/03 del 16 dicembre 2004, pubblicata in DTF 131 V 49, l'Alta Corte, dopo avere confermato che l'esame dell'effetto invalidante di un disturbo da dolore somatoforme richiede una verifica completa della situazione sulla base dei

criteri summenzionati, ha aggiunto che si devono considerare anche gli elementi a sostegno della non sussistenza dell'obbligo di prestazione sull'assicurazione per l'invalidità.

Pertanto, se le limitazioni nell'esercizio di un'attività risultano da un'esagerazione dei sintomi o simili, di regola non sussiste un danno alla salute che dà diritto a prestazioni dell'assicurazione. Questa situazione è data quando: vi è una notevole discrepanza tra i dolori descritti e il comportamento osservato/l'anamnesi; l'assicurato afferma di essere afflitto da dolori intensi, ma li caratterizza in modo vago; l'assicurato non fa richiesta di cure mediche o terapie; i lamenti dell'assicurato sembrano ostentati e quindi poco credibili al perito; l'assicurato sostiene di subire gravi limitazioni nella vita quotidiana, nonostante il contesto psicosociale sia pressoché intatto (v. Kopp/Willi/Klipstein, Im Graubereich zwischen Körper, Psyche und sozialen Schwierigkeiten, in: Schweizerische Medizinische Wochenschrift 1997, p. 1434, con riferimento ad uno studio approfondito di Winckler e Foerster).

La nostra Massima Istanza in una sentenza I 873/05 del 19 maggio 2006, si è confermata nella propria giurisprudenza e l'ha estesa anche al caso della fibromialgia, rilevando:

"(...)

Ora, il Tribunale federale delle assicurazioni, in una recente sentenza 8 febbraio 2006 in re S. (I 336/04), destinata alla pubblicazione nella raccolta ufficiale (ndr.: pubblicata in DTF 132 V 65), ha stabilito che non vi è motivo per l'amministrazione e il giudice di rimettere in discussione la diagnosi di fibromialgia quand'anche essa sia tema di controversie negli ambienti medici. Ha poi precisato che la fibromialgia presenta numerose similitudini con i disturbi da dolore somatoforme, per cui si giustifica, dal profilo giuridico, e allo stato attuale delle conoscenze, di applicare per analogia i principi sviluppati dalla giurisprudenza in materia di disturbi da dolore somatoforme qualora si tratti di valutare il carattere invalidante di una fibromialgia. "Ciò significa che anche in presenza di fibromialgia si deve presumere che tale affezione o gli effetti della stessa possano essere sormontati facendo gli sforzi personali ragionevolmente esigibili (cfr. DTF 131 V 50 (recte: 49)). Come in tema di disturbi da dolore somatoforme si deve comunque prendere in considerazione la possibile sussistenza di determinati fattori che, per la loro intensità e costanza, rendono la persona incapace di fare simili sforzi. I criteri suscettibili di giustificare una prognosi negativa sono i seguenti: la presenza di una componente psichiatrica importante per la sua gravità, la sua intensità e la sua durata, il perdurare di un processo morboso per più anni senza remissione durevole, l'esistenza di turbe croniche, il verificarsi di una perdita di integrazione sociale in tutte le manifestazioni della vita e la constatazione dell'insuccesso delle cure ambulatorie o stazionarie praticate secondo le regole dell'arte, questo nonostante l'attitudine cooperativa della persona assicurata. In presenza di una componente psichiatrica, si deve tener conto dell'esistenza di uno stato psichico cristallizzato risultante da un

processo difettoso di risoluzione di un conflitto conferente comunque un sollievo dal profilo psichico (profitto tratto dalla malattia, fuga nella malattia). Infine, sempre come nel caso di disturbi da dolore somatoforme si deve concludere per l'assenza di un danno alla salute giustificante il diritto a prestazioni qualora le limitazioni legate all'esercizio di un'attività risultino da un'esagerazione dei sintomi. (...)” (STFA del 19 maggio 2006 nella causa O., I 873/05)

In una sentenza 9C\_35/2007 del 4 aprile 2008, l'Alta Corte ha sottolineato:

"(...)

Quanto agli effetti invalidanti della fibromialgia, invocati con il ricorso e negati nel caso di specie dal primo giudice sulla scorta della valutazione del Servizio X. \_\_\_\_\_, basta il rilievo che, in analogia a quanto stabilito in materia di disturbo somatoforme da dolore persistente, la malattia non è di regola atta a determinare una limitazione di lunga durata della capacità lavorativa suscettiva di cagionare un'invalidità ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LAI e che comunque le condizioni per eccezionalmente ammettere una siffatta ipotesi non sono certamente date in concreto in assenza di una comorbidità psichiatrica importante (in casu: sintomatologia depressiva descritta in totale regressione) e in presenza di una (chiara) tendenza all'esagerazione riscontrata dal dott. J. \_\_\_\_\_ (DTF 132 V 165 consid. 4.2.1 e 4.2.2 pag. 70 seg.; 131 V 49 consid. 1.2 pag. 50; 130 V 352 consid. 2.2.3 pag. 353 seg. e consid. 3.3.1 pag. 358). (...)"

In una sentenza I 384/06 del 4 luglio 2007 il Tribunale federale (TF) ha ribadito che "(...) il riconoscimento di un danno alla salute psichica presuppone in particolare la diagnosi espressa da uno specialista in psichiatria, poggiata sui criteri posti da un sistema di classificazione riconosciuto scientificamente (cfr. DTF 130 V 396 segg.; cfr. pure la recente sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni I 621/05 del 13 luglio 2006, consid. 4). (...)" (STF del 4 luglio 2007, I 384/06).

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

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

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

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).

Infine, va rilevato che, affinché un esame medico in ambito psichiatrico sia ritenuto affidabile deve adempiere diverse condizioni (Cattaneo, "La promozione dell'autonomia del disabile: esempi scelti dalle assicurazioni sociali", in RDAT 2003-II pag. 628-629, in particolare la nota 158, nella quale vengono citate alcune sentenze federali e cantonali, in particolare la DTF 127 V 294).

In quest'ultima sentenza l'Alta Corte ha fatto proprie le considerazioni di Mosimann. In particolare, secondo questo autore (Somatoforme Störungen: Gerichte und [psychiatrische] Gutachten, in: SZS 1999 pag. 105 ss), in ambito psichiatrico l'esperto deve innanzitutto porre una diagnosi secondo una classificazione riconosciuta e pronunciarsi sulla gravità dell'affezione.

Il perito deve anche valutare l'esigibilità della ripresa di un'attività lucrativa da parte dell'assicurato. Tale prognosi deve tener conto di diversi criteri, quali il carattere premorbo, l'affezione psichica e quelle organiche croniche, la perdita d'integrazione sociale, un eventuale profitto tratto dalla malattia, il carattere cronico della malattia, la durata pluriennale della stessa con sintomi stabili o in evoluzione e l'impossibilità di ricorrere a trattamenti medici secondo la regola d'arte. La prognosi sfavorevole deve essere fatta in base all'insieme dei succitati criteri.

Inoltre, l'esperto deve esprimersi sull'aspetto psico-sociale della persona esaminata.

Del resto, un rifiuto di una rendita deve ugualmente basarsi su diversi criteri, tra i quali le divergenze tra i dolori descritti e quelli osservati, le allegazioni sull'intensità dei dolori la cui descrizione rimane sul vago, l'assenza di una richiesta di cura, le evidenti divergenze tra le informazioni fornite dal paziente e quelle risultanti dall'anamnesi, il fatto che le lamentele molto dimostrative lascino l'esperto insensibile, come pure le allegazioni di grandi handicap nonostante un ambiente psico-sociale intatto (STCA inedita 27 settembre 2001 nella causa A., inc. 32.1999.124; STFA del 12 marzo 2004, I 683/03 pubblicata in DTF 130 V 352 e STFA inedita del 23 settembre 2004, I 384/04).

Inoltre, il TF, con sentenza I 142/07 del 20 novembre 2007 ha affermato:

"3.2.1 Den von versicherungsinternen Ärzten erstellten Berichten und Gutachten kann voller Beweiswert zukommen, wenn sie die dazu erforderlichen Voraussetzungen erfüllen. Sie müssen als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sein und es dürfen keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Im Hinblick auf die erhebliche Bedeutung, welche den Arztberichten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters allerdings ein strenger Massstab anzulegen (BGE 125 V 351 E. 3b/ee S. 353). Einem Gutachten kommt schon dann kein voller Beweiswert zu, wenn Indizien gegen seine Zuverlässigkeit sprechen; es muss nicht feststehen, dass das Gutachten effektiv nicht den Tatsachen entspricht, was nicht mit medizinischen Fachpersonen besetzte Behörden oft nicht beurteilen könnten (Urteil B. vom 3. August 2000, I 178/00, E. 4a).

3.2.2 Nach Art. 59 IVG müssen die IV-Stellen über die notwendigen Dienste verfügen, damit sie ihre Aufgabe gemäss Art. 57 IVG fachgerecht und beförderlich durchführen können (Abs. 1). Zur Beurteilung der medizinischen Anspruchsvoraussetzungen stehen den IV-Stellen interdisziplinär zusammengesetzte regionale ärztliche Dienste zur Verfügung. Diese unterstehen der direkten fachlichen Aufsicht des Bundesamtes (BSV), sind aber in ihrem medizinischen Sachentscheid im Einzelfall unabhängig. Die IV-Stellen richten die regionalen ärztlichen Dienste ein. Der Bundesrat legt die Regionen nach Anhören der Kantone fest (Abs. 2).

3.2.3 Die fachliche Qualifikation des Experten spielt für die richterliche Würdigung einer Expertise eine erhebliche Rolle. Bezüglich der medizinischen Stichhaltigkeit eines Gutachtens müssen sich Verwaltung und Gerichte auf die Fachkenntnisse des Experten verlassen können. Deshalb ist für die Eignung eines Arztes als Gutachter in einer bestimmten medizinischen Disziplin ein entsprechender, dem Nachweis der erforderlichen Fachkenntnisse dienender, spezialärztlicher Titel des berichtenden oder zumindest des den Bericht visierenden Arztes vorausgesetzt (Urteil B. vom 3. August 2000, I 178/00, E. 4a). Dies gilt auch für (SUVA-) versicherungsinterne Entscheidungsgrundlagen, sind doch an die Unparteilichkeit und Zuverlässigkeit solcher Grundlagen strenge Anforderungen zu stellen (BGE 122 V 157 E. 3 S. 165). Nichts anderes kann für RAD-ärztliche Untersuchungen im Sinne von Art. 49 Abs. 2 IVV gelten, hat doch der Gesetzgeber mit diesen

interdisziplinär zusammengesetzten ärztlichen Diensten im Rahmen der 4. IVG-Revision (vgl. die Botschaft vom 21. Februar 2001 über die 4. Revision des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [BBI 2001 3205]) ein Durchführungsinstrument geschaffen für eine gesamtschweizerisch möglichst einheitliche Beurteilung von Leistungsgesuchen, um u.a. so die Ausgabenentwicklung in der IV besser in den Griff zu bekommen (S. 3207 der bundesrätlichen Botschaft). Gestützt auf die in E. 3.2.2 dargestellte gesetzliche Grundlage (Art. 59 Abs. 2 IVG) hat der Bundesrat in Art. 47 ff. IVV die regionalen ärztlichen Dienste geordnet, in Art. 48 IVV ausdrücklich Fachdisziplinen (u.a. Psychiatrie) vorgeschrieben und in Art. 49 IVV die Aufgaben im Einzelnen normiert. Wenn die RAD die ihnen nach Abs. 2 der letztgenannten Bestimmung zugedachte wichtige Rolle und Weichenstellung (ärztliche Untersuchungen) spielen sollen, müssen die für sie tätigen Ärzte über das dazu erforderliche Ausbildungsprofil verfügen.

"3.2.4 Als Anforderungsprofil für die Fachdisziplin Psychiatrie können die Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie für die Begutachtung psychischer Störungen (in: Schweizerische Ärztezeitung 2004 S. 1049 f.; nachfolgend: SGVP-Richtlinien) als Standard herangezogen werden. Diese haben zwar nicht verbindlich-behördlichen Charakter, formulieren aber doch den fachlich anerkannten Standard, welcher in der Schweiz für eine sachgerechte, rechtsgleiche psychiatrische Begutachtungspraxis in der Sozialversicherung gelten soll. Deshalb nimmt denn auch die Rechtsprechung darauf immer wieder Bezug (zuletzt: Urteile A vom 3. September 2007, I 722/06, und vom 19. Juni 2006, I 51/06). Nach Ziff. II/6 der genannten Richtlinien bildet "eine Facharztausbildung in Psychiatrie und Psychotherapie" eine der Voraussetzungen auf Seiten des Gutachters.

3.3 Im hier zu beurteilenden Fall sprechen sich sämtliche medizinischen Unterlagen (der behandelnden Ärzte) für ein komplexes, seit Jahren bestehendes chronifiziertes psychosomatisches Krankheitsgeschehen aus, das behaupteterweise und eventuell tatsächlich die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt. Nach ständiger Rechtsprechung ist in aller Regel zur Abklärung der invalidisierenden Wirkung, insbesondere hinsichtlich der hier im Raum stehenden psychischen Komorbidität (medikamentös behandelte Depressivität), eine fachärztliche psychiatrische Expertisierung angezeigt (siehe dazu BGE 130 V 352 E. 2.2 S. 353 f.). Wenn die IV-Stelle in dieser Situation, wie es ihre Pflicht ist, zu Abklärungen schreitet, so hat sie diese nach dem bisher Gesagten durch einen internen (RAD) oder externen (Administrativgutachter) psychiatrischen Facharzt vornehmen zu lassen.

3.4 Der die psychiatrische Exploration vorgenommene Arzt des RAD verfügt zwar über eine langjährige Praxis im Bereich der Psychiatrie, ist aber unbestrittenermassen nicht Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie. Er hatte im entscheidenden Zeitpunkt der Untersuchung (4. Juli 2005) zwar den ersten Teil der Psychiatriefacharztprüfung abgelegt, den zweiten Teil (Psychotherapie) indessen noch nicht. Der Bericht beruht daher nicht auf spezialärztlichen Feststellungen. Das Fehlen eines Facharzttitels für Psychiatrie stellt ein Indiz gegen die Zuverlässigkeit des Berichts von med. pract. B. \_\_\_\_\_ in psychiatrischer Hinsicht dar, sodass diesem insoweit kein voller Beweiswert zukommt.

4.

Der Beweiswert des fraglichen Berichtes ist aber auch aus einem weiteren Grund vermindert:

4.1 Mit Urteil vom 31. August 2007, I 65/2007, hat das Bundesgericht entschieden, dass der Beweiswert eines RAD-Berichtes, den eine Ärztin mit "Psychiaterin FMH" unterzeichnete, ohne über die entsprechende Berechtigung zur Führung des Facharzttitels nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1877 betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (aufgehoben mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe [Medizinalberufegesetz; SR 811.11] am 1. September 2007) zu verfügen, entscheidend geschwächt ist und daher nicht als einzige medizinische Basis der gerichtlichen Beurteilung dienen kann.

4.2 Hier liegt eine durchaus vergleichbare Ausgangslage vor, ist doch erstellt, dass der untersuchende Arzt den Bericht vom 11. August 2005 als "Dr. med." unterzeichnete, obwohl er zwar über ein (deutsches) Staatsexamen in Medizin, nicht aber über die Berechtigung zur Führung eines Dokortitels, verfügte. Wie in jenem Urteil wird der Beweiswert des Berichtes damit durch eine Titelanmassung erheblich in Frage gestellt. Der Sachverhaltswürdigung des kantonalen Gerichts, die Erklärung der IV-Stelle bzw. des RAD, dabei habe es sich um ein administratives Versehen gehandelt, sei glaubwürdig, kann nicht gefolgt werden. Denn abgesehen davon, dass es auf die Ursache dieses Fehlers nicht ankommen kann, widerspricht eine solche Einschätzung der Lebenserfahrung und ist offensichtlich unrichtig. Mit "einer innerbetrieblich verbindlich festgelegten Form der Unterzeichnung", wie die IV-Stelle geltend macht, lässt sich der - im Übrigen wiederholt und über einen langen Zeitraum begangene - Fehler nicht erklären, ist doch einem Arzt die Bedeutung eines akademischen Titels durchaus bekannt. Aus dem Verlaufsprotokoll der Vorinstanz vom 6. November 2006 geht schliesslich hervor, dass sich der untersuchende Arzt am 4. Juli 2005 als "Dr. B. \_\_\_\_\_" vorgestellt hat. Diese Aussage des Beschwerdeführers blieb jedenfalls unwidersprochen, sodass ein administratives Versehen ausgeschlossen werden muss.

5.

Nach dem Gesagten steht fest, dass der Beweiswert des Untersuchungsberichtes des med. pract. B. \_\_\_\_\_ vom 11. August 2005 derart entscheidend herabgesetzt ist, dass das kantonale Gericht seine Beurteilung nicht hauptsächlich darauf stützen durfte. Da sich in den Akten ansonsten keine unabhängige fachärztliche Beurteilung findet, lässt sich über die Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht kein schlüssiges Bild machen. Es kann daher insbesondere über den Rentenanspruch - entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers - nicht materiell entschieden werden. Die Sache ist daher an die IV-Stelle zurückzuweisen, damit sie eine den Anforderungen genügende psychiatrische Abklärung vornehmen lasse und anschliessend über den Rentenanspruch neu verfüge." (sottolineatura del redattore, cfr. anche STF I 65/07 del 31 agosto 2007)

- 2.8. Nel caso di specie, alla luce degli accertamenti effettuati anche in ambito AI, questo Tribunale deve concludere che l'attrice, allorquando il 7 ottobre 2008 l'assicuratore le ha significato la cessazione del versamento delle prestazioni di indennità giornaliera era totalmente abile al lavoro in attività leggere e confacenti al suo stato di salute.

Chiamato a pronunciarsi il TCA ritiene infatti che dalle valutazioni dei medici che si sono espressi in merito alla situazione valetudinaria dell'attrice, la conclusione dell'assicuratore che reputa l'interessata abile al lavoro al 100% in un'attività leggera nel corso del mese di ottobre 2008 va condivisa.

Innanzitutto, per quanto concerne l'asserita incapacità lavorativa dovuta alla fibromialgia, come visto, per costante giurisprudenza va ribadito che la diagnosi di fibromialgia non costituisce, di per sé, una base sufficiente per concludere ad un'invalidità. Esiste per contro una presunzione che i disturbi derivanti da una fibromialgia possano essere superati tramite uno sforzo di volontà ragionevolmente esigibile (cfr. sentenza I 1093/2006 del 3 dicembre 2007).

"Come visto in precedenza per ritenere eccezionalmente inesigibile lo sfruttamento della capacità lavorativa da parte di un assicurato che soffre di fibromialgia, la giurisprudenza esige l'esistenza concomitante di una comorbidità psichica di notevole gravità, intensità e durata oppure la presenza qualificata di altri criteri, quali ad es. l'esistenza di concomitanti affezioni organiche croniche accompagnate da un decorso patologico pluriennale con sintomi stabili o in evoluzione senza remissione duratura, l'accertamento di un ritiro totale dalla vita sociale, un eventuale profitto tratto dalla malattia (cosiddetto "Krankheitsgewinn") come pure un insuccesso, nonostante gli sforzi profusi, di trattamenti e di provvedimenti riabilitativi.

Nel caso di specie tutti questi elementi fanno difetto.

Infatti la dr.ssa \_\_\_\_\_, medico psichiatra, che ha visitato la paziente per conto dell'UAI il 4 agosto 2008 ha diagnosticato, oltre ad una fobia specifica (ICD F 40.2) presente dell'adolescenza, e meglio una fobia verso luoghi piccoli e chiusi come l'ascensore, una sindrome depressiva ricorrente, tuttavia in fase di remissione (ICD F 33.4) ed ha rilevato che *"a livello psichiatrico i limiti funzionali sono rappresentati da una ridotta caricabilità allo stress e dall'incapacità a tollerare ambienti troppo angusti e chiusi"*, per poi concludere che nel rispetto di questi

limiti la capacità lavorativa sia nella precedente attività che in attività medicalmente esigibili è completa.

Del resto l'attrice, ancora nel corso del mese di gennaio 2010, ha evidenziato di non essere *"in cura presso uno psichiatra"* (doc. XXIX) ed ha allegato un certificato del 13 gennaio 2010 del curante, dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina generale, il quale, a conferma dell'assenza di un qualsiasi trattamento psichiatrico, ha affermato come *"sarebbe senz'altro indicato che la paziente venga seguita da uno psicoterapeuta"* e che l'assicurata ha assunto diversi anti-depressivi dal 2003 al 2008, ossia un periodo preso in considerazione dalla Dr.ssa \_\_\_\_\_ (visita del 4 agosto 2008), che all'inizio del 2009 l'interessata è stata sottoposta ad una valutazione psichiatrica nell'ambito di una chirurgia bariatrica per l'obesità permagna (che l'ha portata all'operazione del 28 aprile 2009 per un by-pass gastrico prossimale laparoscopico, dove tra le diagnosi secondarie figura la sindrome depressiva pregressa, cfr. doc. 21 ) e che *"ultimamente non sembra che assuma psicofarmaci"* (doc. XXIX/AA1).

In queste condizioni non sono date, dal punto di visto psichico, le severe condizioni che permettono di ritenere che la fibromialgia possa causare un'incapacità lavorativa.

Infatti non è presente alcuna comorbidità psichiatrica di notevole gravità, intensità e durata, né uno stato psichico consolidato senza possibilità di evoluzione sul piano terapeutico. Dagli atti non risulta neppure una perdita di integrazione sociale in tutti gli ambiti della vita. Inoltre non sono stati messi in atto trattamenti ambulatoriali o stazionari di lungo periodo o riabilitativi conformi alle regole dell'arte che, a dispetto degli sforzi profusi dalla persona assicurata, sono stati votati all'insuccesso.

Per quanto concerne la presenza di affezioni organiche croniche accompagnate da un decorso patologico pluriennale con sintomi stabili o in evoluzione senza remissione duratura, va evidenziato come dall'esame medico del 5 maggio 2008 del dr. med.

\_\_\_\_\_, medico internista-reumatologo, è emersa la presenza di una sindrome lombare su ernia L4-L5 e una spondilartrosi da L5 a S1, oltre all'obesità, che tuttavia permettono all'interessata di lavorare al 100% in attività confacenti al suo stato di salute, tenendo in considerazione alcuni limiti funzionali (sollevare pesi fino a 15 kg, saltuariamente fino a 20 Kg, mantenere la posizione statica seduta oppure in piedi al massimo per un'ora, evitare movimenti ripetitivi di flessione ed estensione della schiena). Per contro la sindrome fibromialgica non ha alcun influsso sulla

capacità lavorativa, anche se il medico SMR ha evidenziato come *“coesiste spiccata sindrome fibromialgica”*, essendo 14 tender points su 14 positivi.

Per cui, anche dal punto di vista organico non sono presenti elementi che possano far ritenere la fibromialgia avente un influsso sulla capacità lavorativa.

Ne segue che l'incapacità lavorativa attestata dal dr. med. \_\_\_\_\_ il 4 dicembre 2008 (doc. 16) ed il 26 ottobre 2009 (doc. XXV), in considerazione della presenza di una fibromialgia, nel caso di specie, non può essere ritenuta in assenza degli elementi richiesti dalla giurisprudenza.

Rilevato che il 26 ottobre 2009, comunque un anno dopo lo scritto del mese di ottobre 2008 con cui l'assicuratore ha messo fine al versamento di ulteriori prestazioni, lo specialista ha ancora evidenziato come *“la paziente soffre anche di una gravissima forma di fibromialgia che rende un qualsiasi intervento a livello lombare impossibile”* e che *“il quadro clinico è in gran parte dominato da questo problema muscolare”* per poi concludere che *“la paziente non sia in grado di svolgere un'attività lavorativa anche se leggera. La limitazione principale deriva dai disturbi fibromialgici che dominano il quadro clinico.”*, che tuttavia come visto nel caso di specie non comportano un'incapacità lavorativa sulla base della citata giurisprudenza federale, questo TCA deve concludere che a giusta ragione l'assicuratore ha considerato l'attrice capace al lavoro in un'attività leggera confacente al suo stato di salute

Certo, il dr. med. \_\_\_\_\_ ha aggiunto che *“tuttavia anche i disturbi lombari e cervicali provenienti dai processi degenerativi hanno un effetto notevole sulla capacità lavorativa in quanto non sarà possibile per la paziente svolgere mansioni in posizioni statiche prolungate, quindi seduta o in piedi ferma, od attività nelle quali debba tenere la testa in posizione d'inclinazione o declinazione o lavorare con le braccia alzate”* ed ha affermato che *“in considerazione di tutto questo penso che ci sia in effetti un'incapacità lavorativa completa”*. Tuttavia queste limitazioni sono già state prese in considerazione dal medico SMR dell'AI, il quale ha evidenziato come l'interessata sia comunque abile al lavoro al 100% in attività che le permettano di evitare movimenti ripetitivi di flessione ed estensione della schiena, mantenere la posizione statica seduta o in piedi al massimo per un'ora e sollevare abitualmente pesi di 15 kg, saltuariamente 20 Kg.

Ora, ancora di recente, con sentenza 9C\_965/2008 del 23 dicembre 2009, il Tribunale federale, in ambito di assicurazioni sociali, in un caso dove l'assicuratore ha interpellato due medici di fiducia per stabilire la capacità lavorativa del ricorrente ha confermato la sua giurisprudenza secondo la quale occorre tenere conto della differenza esistente, ai fini probatori, tra mandato di cura e mandato peritale (cfr. anche sentenza 9C\_114/2007 del 20 luglio 2007 consid. 3.2.3 e I 701/05 del 5 febbraio 2007 consid. 2) e occorre considerare che per il rapporto di fiducia esistente con il paziente i rapporti dei medici curanti, anche se specialisti, vanno di principio valutati con le dovute cautele (cfr. anche DTF 125 V 351 consid. 3b/cc pag. 353; cfr. pure sentenze I 655/05 del 20 marzo 2006 consid. 5.4 e I 814/03 del 5 aprile 2004 consid. 2.4.2 con riferimenti).

La circostanza che anche il medico curante è uno specialista va relativizzata nel senso che in ragione della diversità dell'incarico assunto (a scopo di trattamento anziché di perizia) in caso di lite non ci si può di regola fondare sulla posizione del medico curante, anche se specialista (cfr. sentenza 9C\_38/2008 del 15 gennaio 2009, cfr. anche sentenze 9C\_607/2007 dell'11 aprile 2008, consid. 5.3, 9C\_114/2007 del 20 luglio 2007, consid. 3.2.3 in fine, e I 701/05 del 5 gennaio 2007, consid. 2).

Va ancora evidenziato che il solo fatto che uno o più medici curanti esprimano un'opinione contraddittoria non è sufficiente a rimettere in discussione una perizia ordinata dal giudice o dall'amministrazione e a imporre nuovi accertamenti (sentenza 9C\_1070/2008 del 20 agosto 2009, consid. 7.4)

Ciò vale anche nel caso di specie, dove l'UAI ha incaricato due specialisti per esaminare lo stato valetudinario dell'attrice e stabilire la sua capacità lavorativa.

Va ancora rilevato come la circostanza che da qualche tempo l'interessata accusa anche dolori cervicali associati a cefalee, come emerge dal certificato del 26 ottobre 2009 del dr. med. \_\_\_\_\_ non è d'aiuto all'attrice, poiché determinante è la situazione nel corso del mese di ottobre 2008, quando l'assicuratore ha soppresso le sue indennità con effetto alla fine di novembre.

Infine, le certificazioni del dr. med. \_\_\_\_\_ non possono supportare le censure dell'assicurata trattandosi di un medico generico che non si è confrontato con le pertinenti conclusioni

dei medici specialisti SMR, ma si è per lo più limitato ad attestare un'incapacità lavorativa al 100% senza indicarne nei dettagli i motivi.

Ne segue che, richiamata la suesposta giurisprudenza in materia di valore probatorio di rapporti medici, questo Tribunale non intravede ragioni che gli impediscano di far proprie le conclusioni a cui sono giunti i medici SMR dell'UAI, i quali hanno valutato compiutamente tutta la documentazione medica agli atti, hanno visitato la paziente e sono giunti ad una conclusione logica e priva di contraddizioni in merito alla capacità di esercitare in maniera completa un'attività leggera con le limitazioni ivi descritte.

Va ora esaminato qual è il grado d'incapacità lavorativa.

- 2.9. Va qui evidenziato come l'assicuratore, malgrado anche le sue CGA prevedano la nozione di "*capacità lavorativa residua*" (art. 21.2 CGA), non abbia proceduto ad alcun calcolo.

Conformemente ad un principio generale all'assicurato incombe l'obbligo di ridurre il danno (DTF 123 V 230 consid. 3c pag. 233; DTF 117 V 275 consid. 2b pag. 278, 394 consid. 4b pag. 400 e i riferimenti ivi citati; RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Friburgo 1999, pagg. 57, 551 e 572). In virtù di tale obbligo, l'assicurato deve intraprendere tutto quanto è ragionevolmente esigibile per ovviare nel miglior modo possibile alle conseguenze della sua "invalidità", segnatamente mettendo a profitto la sua residua capacità lavorativa, se necessario, in una nuova professione (DTF 113 V 22 consid. 4a pag. 28 e sentenze ivi citate; LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, tesi Zurigo 1995, pag. 296 segg.). Non è quindi dato alcun diritto ad una rendita se la persona interessata è in grado di percepire un reddito tale da escluderne l'erogazione (DTF 113 V 22 consid. 4a pag. 28; RCC 1968 pag. 434).

Dalla persona assicurata possono tuttavia essere pretesi unicamente provvedimenti esigibili che tengano conto delle circostanze oggettive e soggettive del caso concreto, quali la sua capacità lavorativa residua, le ulteriori circostanze personali, l'età, la situazione professionale, i legami presso il luogo di domicilio, il mercato del lavoro equilibrato e la presumibile durata dell'attività lavorativa (DTF 113 V 22 consid. 4a pag. 28; cfr. pure VSI 2001 pag. 279 consid. 5a/aa e 5a/bb).

Occorre anche ricordare che il concetto d'invalidità è riferito ad un mercato del lavoro equilibrato, nozione quest'ultima teorica ed astratta implicante da una parte un certo equilibrio tra offerta e domanda di manodopera e, dall'altra, un mercato del lavoro strutturato in modo tale da offrire una gamma di posti di lavoro diversificati. Secondo questi criteri si dovrà di caso in caso stabilire se l'invalido possa mettere a profitto le sue residue capacità di guadagno e conseguire un reddito tale da escludere il diritto a rendita. In particolare, l'esistenza di una simile opportunità dovrà essere negata qualora le attività esigibili dall'interessato lo siano in una forma talmente ristretta da non rientrare più nell'offerta lavorativa generale o siano reperibili solo in misura molto ridotta cosicché le possibilità occupazionali appaiono sin dall'inizio escluse o perlomeno non realistiche (DTF 110 V 273 consid. 4b pag. 276; RCC 1991 pag. 332 consid. 3b e 1989 pag. 331 consid. 4a; Plädoyer 1995 no. 1 pag. 67 consid. 5c).

Per determinare il reddito ipotetico conseguibile dalla persona assicurata senza il danno alla salute (reddito da valido), occorre stabilire quanto la stessa, nel momento determinante (corrispondente all'inizio dell'eventuale diritto alla rendita), guadagnerebbe, secondo il grado di verosimiglianza preponderante, quale persona sana (DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224 con riferimento). Tale reddito dev'essere determinato il più concretamente possibile. Di regola ci si fonderà sull'ultimo reddito che la persona assicurata ha conseguito prima del danno alla salute, se del caso adeguato al rincaro e all'evoluzione reale dei salari (cfr. ancora DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224), o comunque sul salario che potrebbe essere conseguito in un posto di lavoro identico nella stessa azienda o in un'azienda simile. Nel caso in cui non fosse possibile quantificare in maniera attendibile il reddito ipotetico che l'assicurato avrebbe potuto conseguire senza l'invalidità, si farà riferimento a valori empirici o statistici (VSI 1999 pag. 248 consid. 3b). Per il resto, occorre tenere conto del principio secondo cui - in assenza di indizi concreti che impongano una diversa valutazione - la persona assicurata avrebbe di regola, e conformemente all'esperienza generale, continuato l'attività precedentemente svolta senza invalidità (RAMI 2000 no. U 400 pag. 381 consid. 2a). In tale contesto la normale evoluzione professionale va senz'altro considerata. Tuttavia gli indizi che l'assicurato avrebbe intrapreso una carriera e percepito un salario più elevato devono essere concreti (DTF 96 V 29 pag.

30; RAMI 1993 no. U 168 pag. 100 consid. 3b). La mera dichiarazione d'intenti non è pertanto sufficiente; necessario è infatti che tale intenzione sia suffragata da passi concreti, quale ad esempio la partecipazione a corsi ecc. (VSI 2002 pag. 161 consid. 3b [I 357/01] e dottrina citata).

Un salario di punta può essere ammesso solo se vi sono circostanze particolari che lo giustificano (RCC 1980 pag. 560 pag. 560 con riferimenti). I salari medi pagati nel settore hanno in ogni caso la precedenza sui salari fissati in base a contratti collettivi di lavoro (RCC 1986 pag. 434 consid. 3b). Siccome di norma una simile valutazione professionale parte dal presupposto che, senza il danno alla salute, l'assicurato avrebbe continuato ad esercitare la precedente attività lucrativa, devono essere considerati eventuali adeguamenti ed aumenti salariali (RAMI 1993 Nr. U 168 pag. 100s. consid. 3b, ZAK 1990 pag. 519 consid. 3c).

- 2.10. In concreto quale reddito da valido va preso in considerazione l'ammontare di fr. 3'000 per tredici mensilità che l'attrice avrebbe potuto conseguire senza il danno alla salute continuando a lavorare presso il precedente datore di lavoro (cfr. incarto AI), ossia fr. 39'000 annui.
- 2.11. Per determinare il reddito da invalido fa stato in primo luogo la situazione salariale concreta dell'assicurato, a condizione che cumulativamente il rapporto di lavoro sia particolarmente stabile, egli sfrutti in maniera completa e ragionevole la capacità lavorativa residua, il reddito derivante dall'attività effettivamente svolta sia adeguato e non costituisca un salario sociale (DTF 126 V 75 consid. 3b/aa pag. 76 e giurisprudenza citata). A quest'ultimo proposito va infatti rilevato che per determinare il reddito da invalido decisivo è il valore in denaro della prestazione fornita. Se quindi l'assicurato riceve un salario più elevato (il cosiddetto salario sociale), è determinante solo la parte che rappresenta la retribuzione del suo effettivo rendimento (DTF 104 V 90; si veda in proposito il tenore dell'art. 25 cpv. 1 lett. b OAI secondo cui sono considerati redditi del lavoro secondo l'articolo 16 LPGa i redditi annui presumibili sui quali sarebbero riscossi i contributi disposti dalla LAVS, esclusi tuttavia i componenti del salario per i quali il lavoratore non può fornire, come esperito, nessuna controprestazione a causa della limitata capacità al lavoro).  
Le attestazioni in tal senso fornite dal datore di lavoro non sono da considerare come semplici affermazioni, la cui esattezza

sarebbe ancora da dimostrare (RCC 1970 pag. 338 consid. 2). La prova dell'esistenza di un salario sociale è tuttavia sottoposta a requisiti severi, dovendo partire dal presupposto che i salari pagati equivalgono ad una prestazione lavorativa effettiva (DTF 117 V 8 consid. 2c/aa pag. 18 e sentenze ivi citate; RCC 1980 pag. 321 consid. 2b; sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni I 154/95 del 15 febbraio 1996).

Nell'ambito dell'apprezzamento delle citate dichiarazioni si deve pure considerare che i datori di lavoro potrebbero essere interessati a dichiarare il versamento di un salario sociale. Rapporti di parentela tra datore di lavoro e assicurato oppure una lunga durata del rapporto di lavoro possono essere ritenuti degli indizi di una prestazione sociale volontaria (RCC 1980 pag. 322 consid. 2b; RCC 1970 pag. 336).

Qualora difettino indicazioni economiche effettive, possono essere ritenuti i dati forniti dalle statistiche salariali, come risultano dall'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari (ISS; DTF 126 V 75 consid. 3b pag. 76 con riferimenti) oppure quelli deducibili dalla documentazione dell'INSAI relativa ai posti di lavoro (DPL; RAMI 1999 no. U 343 pag. 412). Nel caso di un invalido che, dopo l'insorgenza del danno alla salute, può compiere soltanto lavori leggeri e non impegnativi dal punto di vista intellettuale, il relativo reddito è di principio determinato in base alla media del salario lordo (valore totale) conseguibile per attività semplici e ripetitive (livello di esigenza 4 sul posto di lavoro) nel settore privato in conformità alle tabelle A dell'ISS (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni U 240/99 del 7 agosto 2001, consid. 3c/cc, parzialmente pubblicata in RAMI 2001 pag. 347; cfr. pure DTF 129 V 472 consid. 4.2.1 pag. 476 con riferimento). A questo riguardo giova rilevare che la più recente giurisprudenza non ammette più la possibilità di fare capo ai dati statistici regionali desumibili dalla tabella TA13, il reddito ipotetico da invalido dovendo invece essere stabilito sulla base della tabella TA1 dell'ISS (cfr. SVR 2007 UV no. 17 pag. 56 [U 75/03]).

Con pronunzia del 7 aprile 2008 (32.2007.165) questa Corte, fondandosi sulla sentenza U 8/7 del 20 febbraio 2008, ha stabilito che *"(...) quando il salario da valido conseguito in Ticino in una determinata professione è inferiore al salario medio nazionale in quella stessa professione, anche il reddito da invalido va ridotto nella medesima percentuale (al riguardo cfr. L. Grisanti, art.cit., in RtiD II-2006 pag. 311 seg., in particolare pag. 326-327) (...)"*.

Tramite sentenza 8C\_399/2007 del 23 aprile 2008 al consid. 6.2 il TF ha lasciato aperta la questione a sapere se l'adeguamento va ammesso solo nel caso in cui il valore fosse chiaramente sotto la media ("*deutliche Abweichung*"). Tale è di regola stata ritenuta una differenza del 10% (SVR 2004 UV no. 12 pag. 45 consid. 6.2; dell'8% nella sentenza U 463/06 del 20 novembre 2007; cfr. inoltre, tuttavia, sentenza 9C-404/2007 dell'11 aprile 2008, consid. 2.3: "*Da der tatsächlich erzielte Verdienst von Fr. 53'365.- nicht deutlich unter dem Tabellenlohn von Fr. 55'640.- liegt, besteht nach der Rechtsprechung kein Anlass, vom Grundsatz abzuweichen und zu einer Korrektur zu schreiten (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, R. vom 30. September 2002, I 186/01, H. vom 7. Mai 2001, I 314/00, und K. vom 16. März 1998, I 179/97)*", sottolineatura del redattore).

La questione è stata di recente definitivamente risolta dalla nostra Massima Istanza, la quale nella sentenza 8C\_44/2009 del 3 giugno 2009 ha ricordato che:

"(...)  
3.3 In una recente sentenza 8C\_652/2008 dell'8 maggio 2009, non ancora pubblicata nella Raccolta ufficiale, il Tribunale federale, precisando la propria giurisprudenza, ha stabilito che quando il reddito effettivamente conseguito differisce di almeno il 5% rispetto al salario statistico riconosciuto nel corrispondente settore economico, esso deve essere considerato considerevolmente inferiore alla media nel senso della DTF 134 V 322 e può - in caso di adempimento degli altri presupposti - giustificare un parallelismo dei redditi di raffronto (consid. 6.1.2). A questo parallelismo si procederà però soltanto limitatamente alla parte percentuale eccedente la soglia determinante del 5% (consid. 6.1.3). Questa Corte ha nella stessa sentenza confermato che i fattori estranei all'invalidità di cui si dovesse già aver tenuto conto con il parallelismo non possono essere presi in considerazione una seconda volta nell'ambito della deduzione per circostanze personali e professionali."

In concreto, utilizzando i dati forniti dalla tabella TA1 2008 elaborata dall'Ufficio federale di statistica, l'attrice, svolgendo nel 2008 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 annuale lordo pari a fr. 51'368 (4'116 : 40 X 41.6 X 12; cfr. anche sentenza U 8/07 del 20 febbraio 2008).

L'assicurata, quale collaboratrice al buffet, avrebbe guadagnato fr. 39'000 nel 2008.

Tale reddito si situa sotto la media dei salari svizzeri per un'attività equivalente (cfr. Tabella TA1 p.to 55 "*Alberghi e*

*ristoranti*", livello di qualifica 4: fr. 3'647 : 40 X 41.6 x 12 mesi = 45'514.55).

Sono, perciò, realizzati i presupposti per ridurre il reddito statistico da invalido in applicazione della giurisprudenza di cui alla sentenza 8C\_44/2009 sopra menzionata del 9,3% (differenza del 14,3%), per un importo di fr. 46'591.

Inoltre, va rilevato che, secondo la giurisprudenza federale, per gli assicurati che, a causa della particolare situazione personale o professionale (affezioni invalidanti, età, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione ecc.), non possono mettere completamente a frutto la loro capacità residua nemmeno in lavori leggeri e che pertanto non riescono di regola a raggiungere il livello medio dei salari sul mercato, viene operata una riduzione percentuale sul salario teorico statistico. Il TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) ha precisato, al riguardo, come una deduzione globale massima del 25% del salario statistico permettesse di tener conto delle varie particolarità suscettibili di influire sul reddito del lavoro. Inoltre, chiamato a pronunciarsi sulla deduzione globale, la quale procede da una stima che l'amministrazione deve succintamente motivare, il giudice non può senza valido motivo sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione (DTF 126 V 80 consid. 5b/cc).

Nella presente evenienza l'UAI ha applicato una riduzione del 10% (per la ridotta caricabilità allo stress e dell'incapacità a tollerare ambienti troppo angusti e chiusi e per limiti funzionali espressi).

In concreto il TCA non vede alcun motivo per scostarsi da quanto deciso in ambito AI nell'applicazione della riduzione concessa del 10%, ritenuto che rientra nei limiti previsti dalla giurisprudenza.

Ne segue che il reddito da invalido ammonta a fr. 41'932 (46'591 ridotto del 10%).

Questo reddito va raffrontato con il reddito da valido di fr. 39'000, per un grado d'invalidità dello 0%.

In queste condizioni l'attrice, al termine dei 6 mesi che la Cassa deve accordargli per trovare un'occupazione adeguata (7 aprile 2009; cfr. consid. 2.5), non ha più diritto ad alcuna prestazione.

2.12. L'attrice chiede di poter passare nell'assicurazione individuale dal 1° dicembre 2008.

L'art. 8 CGA regola la fine dell'assicurazione.

A norma dell'art. 8.1 CGA la copertura assicurativa si estingue per la singola persona assicurata:

- a) con il decesso della persona assicurata;
- b) con il raggiungimento dell'età pattuita, fino alla quale l'Atupri Cassa malati accorda la copertura assicurativa;
- c) in caso di soggiorno temporaneo all'estero di durata superiore ai 5 anni, nel caso non ci siano altri accordi;
- d) in caso di trasferimento del domicilio all'estero, per principio alla fine dell'anno civile, nel caso non ci siano altri accordi;
- e) in caso di cessazione dell'attività lavorativa, al più tardi al raggiungimento dei 70 anni d'età;
- f) con l'esaurimento del diritto alle prestazioni, fatto salvo l'articolo 3.5 delle Condizioni complementari d'assicurazione (CCA) indennità giornaliera per ditte LCA;
- g) con l'uscita dalla cerchia delle persone assicurate, risp. in caso di cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante, a condizione che esse in quel momento non percepiscano prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera dello stipulante;
- h) con lo scioglimento del contratto.

Per l'art. 8.2 CGA il contratto collettivo d'assicurazione si estingue:

- a) con la disdetta da parte dello stipulante oppure dell'assicuratore, dopo la decorrenza del termine contrattuale di disdetta;
- b) in caso di chiusura della ditta oppure di trasferimento della sua sede all'estero, per principio alla fine dell'anno civile, se non ci sono altri accordi;
- c) in caso di dichiarazione di fallimento dello stipulante
- d) in caso di annullamento del contratto per motivi contrattuali o legali.

L'art. 11 prevede le condizioni di passaggio all'assicurazione individuale.

A norma dell'art. 11.1 CGA la persona assicurata domiciliata entro il raggio territoriale d'attività dell'Atupri Cassa malati ha il diritto di passare, entro 30 giorni, all'assicurazione d'indennità

giornaliera secondo LCA (assicurazione individuale) dell'Atupri Cassa malati, senza nuovo esame dello stato di salute:

- a) se esce completamente o in parte dal contratto collettivo e in quel momento non percepisce prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera dello stipulante;
- b) se il contratto collettivo viene sciolto;
- c) se è disoccupata ai sensi dell'art. 10 della legge federale sull'assicurazione contro la disoccupazione.

Per l'art. 11.2 CGA lo stipulante è tenuto ad informare per iscritto i dipendenti che escono dal contratto collettivo in merito al loro diritto di passaggio all'assicurazione individuale e al termine di 30 giorni.

Giusta l'art. 11.3 CGA i passanti vengono attribuiti all'assicurazione d'indennità giornaliera dell'Atupri Cassa malati che offre loro prestazioni uguali o quanto più simili possibile a quelle della precedente assicurazione collettiva. All'atto del passaggio vengono concesse le stesse prerogative assicurative, nella misura in cui esse corrispondano alle nuove condizioni. Le somme d'assicurazione massime secondo le relative condizioni generali dell'assicurazione individuale non possono essere oltrepassate, neanche qualora il salario annuo assicurato nel contratto collettivo fosse superiore a tali somme massime.

A norma dell'art. 11.4 CGA nell'assicurazione individuale la determinazione dei premi si basa sull'età effettiva della persona assicurata.

L'art. 11.5 CGA prevede che in caso di passaggio all'assicurazione individuale, le prestazioni percepite fino a quel momento vengono computate alla durata massima di prestazioni dell'assicurazione individuale.

Per l'art. 11.6 CGA non vi è diritto di passaggio:

- a) in caso di cambio del posto di lavoro con contemporanea adesione ad un'assicurazione collettiva del nuovo datore di lavoro;
- b) in caso di annullamento del presente contratto e continuazione dello stesso presso un altro assicuratore per la stessa cerchia di persone;

- c) per le persone assicurate che hanno esaurito il diritto alle prestazioni dell'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera;
- d) per le persone assicurate che al momento della cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante percepiscono prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera;
- e) per le persone assicurate in età AVS.

L'art. 23 (esclusione dalle prestazioni), prevede alla lettera a che dall'assicurazione d'indennità giornaliera non vengono corrisposte prestazioni per malattie, infortuni e loro conseguenze dopo l'estinzione dell'assicurazione, rispettivamente della categoria assicurativa, anche se nel corso della durata assicurativa sono state corrisposte prestazioni.

Per costante giurisprudenza se l'evento assicurato sorge *durante* il periodo di copertura assicurativa collettiva d'indennità giornaliera, come nel caso di specie, l'assicuratore deve versare le prestazioni pattuite fino al loro esaurimento, fintanto che sono giustificate in virtù delle clausole contrattuali. La copertura di un contratto assicurativo LCA è in effetti delimitata unicamente dalla durata delle prestazioni convenute e non dalla fine delle relazioni contrattuali (MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, tesi, Friburgo 1994, pag. 185).

"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 fare parte della cerchia di assicurati definita dal contratto, può fare valere il diritto alle prestazioni anche per le conseguenze di tale avvenimento prodottesi *dopo* l'estinzione del rapporto d'assicurazione (MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3a ed., 1995, pag. 240; DTF 127 III 106).

"

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).

- 2.13. Per costante giurisprudenza al contratto d'assicurazione si applicano i principi generali dell'interpretazione dei contratti, tanto più che la legge speciale non contiene disposizioni particolari in proposito: l'art. 100 cpv. 1 LCA rinvia infatti al diritto delle obbligazioni e, di riflesso, al Codice civile (sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2; DTF 118 II 342 consid. 1a pag. 344). Dovendosi determinare il contenuto di un contratto d'assicurazione e delle condizioni generali che ne formano parte integrante, il giudice deve, come per ogni altro contratto, ricorrere in primo luogo alla cosiddetta interpretazione soggettiva, ovvero ricercare la "vera e concorde volontà dei contraenti", se del caso in modo empirico, basandosi su indizi (art. 18 cpv. 1 CO; sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, cfr. anche sentenza 4A\_34/2007 del 26 luglio 2007, consid. 3.1). Se non gli è possibile stabilire tale reale volontà, oppure se constata che uno dei contraenti non ha compreso la reale volontà espressa dall'altro, il giudice ricercherà il senso che le parti potevano e dovevano attribuire alle reciproche manifestazioni di volontà (principio dell'affidamento: sentenza 4A\_34/2007 del 26 luglio 2007, consid. 3.1; sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, DTF 129 III 118 consid. 2.5; 126 III 119 consid. 2a; 122 III 118 consid. 2a). Punto di partenza di tale interpretazione è l'espressione letterale del contratto; il giudice dovrà tuttavia tener conto delle circostanze che hanno caratterizzato la conclusione del contratto (DTF 127 III 444 consid. 1b; 125 III 305 consid. 2b). Sarebbe infatti errato attribuire un'importanza decisiva ai termini utilizzati dalle parti, seppur chiari; dall'art. 18 cpv. 1 CO traspare che non si può erigere a principio l'assioma che in presenza di un testo chiaro si debba escludere il ricorso ad altri mezzi d'interpretazione; sebbene una clausola contrattuale possa apparire a prima vista chiara ed indiscutibile, il fine perseguito dalle parti, ma anche altre circostanze possono lasciar intendere che l'espressione verbale non restituisca pienamente il senso dell'accordo concluso (sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, DTF 128 III 212 consid. 2b/bb, consid. 3c). Sussidiariamente, all'interpretazione di clausole redatte esclusivamente dall'assicuratore ed alle clausole generali prestampate trova applicazione il principio "in dubio contra stipulatorem", in virtù del quale esse vanno lette a sfavore di chi le ha redatte, dunque

dell'assicuratore (DTF 122 III 118 consid. 2a). L'art. 33 LCA ne è un'espressione (sentenza 5C.13/2006 del 9 ottobre 2006, consid. 3.2, DTF 115 II 264 consid. 5a). Perché questa regola venga applicata non basta, tuttavia, che le parti discordino sul significato da attribuire ad una dichiarazione; questa deve effettivamente prestarsi a differenti interpretazioni, ed inoltre deve essere impossibile, in assenza di altri mezzi d'interpretazione, dissipare altrimenti il dubbio venutosi a creare (DTF 122 III 118 consid. 2d; 118 II consid. 1a).

- 2.14. In concreto, come visto, l'interessata ha, di principio, diritto a prestazioni dell'assicurazione fino al 7 aprile 2009. D'altra parte l'assicuratore non ha esatto dall'attrice il passaggio nell'assicurazione individuale per il pagamento delle prestazioni dovute dopo la cessazione del rapporto di lavoro con l'\_\_\_\_\_ fino al 30 novembre 2008. Per cui anche dopo il 30 novembre 2008 l'assicurata ha diritto a prestazioni derivanti dall'assicurazione collettiva.

Nel frattempo, tuttavia, l'ex datore di lavoro ha disdetto il contratto d'assicurazione collettiva con effetto al 31 dicembre 2008. Ne segue che, in virtù dell'art. 8.2 lett. a CGA il contratto collettivo d'assicurazione si è estinto e, in applicazione dell'art. 23 lett. a CGA nessuna prestazione può essere versata sulla base del contratto collettivo dal 1° gennaio 2009.

Ne segue che l'interessata per poter beneficiare delle prestazioni fino al 7 aprile 2009 è tenuta a passare nell'assicurazione individuale dal 1° gennaio 2009.

La convenuta sembra ritenere che l'assicurata non può passare nell'assicurazione individuale poiché, in virtù dell'art. 8.1 lett. g CGA, la copertura assicurativa si estingue per la singola persona assicurata con l'uscita dalla cerchia delle persone assicurate, rispettivamente in caso di cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante.

Va innanzitutto evidenziato che la convenuta dimentica che l'art. 8.1.lett. g CGA continua con la frase *"a condizione che esse in quel momento non percepiscano prestazioni dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera dello stipulante"*, ossia il caso dell'attrice.

Inoltre, da un attento esame delle CGA emerge che l'art. 8.1 lett. g CGA va messo in relazione con l'art. 11.6 let. d CGA.

Infatti è vero che il libero passaggio non viene di principio accordato all'assicurato che al momento della cessazione del rapporto di lavoro con lo stipulante beneficia di prestazioni assicurative dall'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera

(art. 11.6 let. d CGA), ciò tuttavia è dovuto alla circostanza che la persona assicurata ha diritto al versamento delle prestazioni derivanti dall'assicurazione collettiva in virtù dell'art. 8.1 let. g CGA. Per cui, essendo già assicurata per il tramite dell'assicurazione collettiva, l'interessata non può passare, logicamente, nell'assicurazione individuale.

Tuttavia, con lo scioglimento del contratto d'assicurazione collettiva e la cessazione del versamento delle prestazioni assicurative, in virtù dell'art. 11.1 lett. a e b CGA, essendo uscita dal contratto collettivo e non percependo ulteriori indennità, l'attrice può chiedere il passaggio nell'assicurazione individuale.

Va del resto evidenziato che, perlomeno indirettamente, anche dallo scritto dell'Atupri del 7 ottobre 2008, al quale l'assicuratore ha allegato la polizza di libero passaggio con effetto dal 1.12.2008 a causa della cessazione del versamento delle prestazioni con il 30 novembre 2008, emerge che l'assicurata può passare nell'assicurazione individuale una volta cessato il diritto a percepire indennità dall'assicurazione collettiva (*"In base alla notifica di uscita dalla società \_\_\_\_\_ la risoluzione del rapporto di lavoro ha avuto già luogo. Vogliamo attirare la sua attenzione che a partire dalla data di uscita avrà la possibilità di trasferire, entro 30 giorni senza valutazione del rischio, la stessa copertura assicurativa come l'assicurazione d'indennità giornaliera riportata nel contratto collettivo tra la Atupri Cassa Malati e la società \_\_\_\_\_ nell'assicurazione individuale dell'Atupri Cassa Malati"*, plico doc. C).

Per cui l'assicuratore stesso ha ammesso la possibilità di passare nell'assicurazione individuale una volta cessato il diritto a prestazioni dell'assicurazione collettiva.

Per quanto concerne la circostanza che l'assicurata non ha ancora pagato i premi, questo è dovuto al fatto che l'assicuratore non le ha ancora concesso il passaggio nell'assicurazione individuale.

Infine, la questione della compensazione fatta valere dalla convenuta tra le indennità ancora dovute e i premi che l'assicurata dovrà pagare, andrà decisa definitivamente tra le parti una volta effettuato il calcolo delle indennità dovute e dei premi ancora da pagare.

- 2.15. L'assicurata chiede inoltre le indennità per perdita di guadagno per la degenza all'Ospedale Regionale di \_\_\_\_\_ dal 27 aprile 2009 al 12 maggio 2009.

Va innanzitutto evidenziato che, contrariamente a quanto ritiene la convenuta, l'art. 9 LCA che prevede come, riservati i casi di cui all'articolo 100 capoverso 2, il contratto di assicurazione è nullo se, al momento in cui fu concluso, il rischio era già scomparso o il sinistro era già accaduto, non può trovare applicazione

Infatti l'assicurazione individuale, che ha avuto inizio il 1° gennaio 2009 (cfr. consid. precedente), è la continuazione della precedente assicurazione collettiva e deve prevedere prestazioni simili (cfr. art. 11.3 CGA).

Dalla polizza emerge che le parti (Atupri ed \_\_\_\_\_) hanno concluso un'assicurazione "coordinamento LPP" (cfr. doc. 26: "Leistungstyp: BVG-Standard"), con 60 giorni di carenza ("Wartefrist pro Kalenderjahr").

L'art. 3.2 CCA prevede che il calcolo del periodo di carenza avviene per ogni per ogni caso di sinistro.

Per l'art. 3.3 CCA se durante un caso assicurativo si verifica un secondo caso, si sommano i giorni con diritto all'indennità di entrambi i casi.

A norma dell'art. 3.4 CCA per quanto riguarda la durata delle prestazioni ed il periodo di carenza, la ricomparsa di una malattia o delle conseguenze di un infortunio è considerata quale nuovo caso, se prima della ricaduta la persona assicurata non è stata inabile al lavoro per tale malattia o per le conseguenze di tale infortunio durante almeno 365 giorni. In caso di ricaduta entro 365 giorni, il periodo di carenza viene a cadere e le prestazioni già corrisposte vengono computate al calcolo della durata massima delle prestazioni.

In concreto l'assicuratore fa valere un nuovo periodo di carenza. Dagli atti emerge che l'interessata è stata degente presso l'ospedale di \_\_\_\_\_ per un intervento di bypass gastrico prossimale laparoscopico, per una diagnosi di "Obesità permagna" (doc. 21).

Questa diagnosi, insieme alla sindrome lomboradicolare L4-5 sinistra su ernia discale recessale sinistra L4-5 e segni di compressione della radice L5 di sinistra era già stata posta sia dal medico curante dr. med. \_\_\_\_\_ (cfr. allegato al doc. 19: "Obesità" e il rapporto del 26 febbraio 2008 all'UAI, punto 2.1,

diagnosi con ripercussione sulla capacità lavorativa: “*obesità permagna, tendenza alla depressione*”) che dal medico dell’UAI, dr. med. \_\_\_\_\_ (doc. Al: “*diagnosi Principale: sindrome lombare su ernia L4-L5, spondilartrosi da L5-S1, obesità*”) ed è stata alla base del versamento delle prestazioni per incapacità lavorativa (cfr. allegato al doc. 19: incapacità lavorativa dal 3.09.2007 al 100% e doc. Al, rapporto del dr. med. \_\_\_\_\_, laddove l’obesità figura nella diagnosi principale e non nelle ulteriori diagnosi senza influsso sulla capacità lavorativa).

L’assicuratore non contesta l’incapacità lavorativa fino al 12 maggio 2009 (cfr. risposta di causa pag. 9: “*(...) la convenuta con lettera del 9 giugno 2009 ha riconosciuto per un periodo dal 27 aprile fino al 12 maggio 2009 un’incapacità lavorativa (...)*”). In realtà l’incapacità lavorativa è durata fino al 15 maggio 2009 (cfr. allegato al doc. 21: “*con la presente certifichiamo che la paziente succitata è inabile al lavoro nella misura del 100% dal 07/05/2009 fino al 15/05/2009 compreso poi secondo tuo giudizio*”).

Ne segue che in base all’art. 3.4 ultima frase CCA non c’è alcun periodo di carenza e le prestazioni vanno versate dal 27 aprile 2009 (primo giorno di degenza, cfr. doc. 21) al 15 maggio 2009 secondo quanto attestato dalla dr.ssa Maceri. Per contro non possono essere versate ulteriori prestazioni poiché gli ulteriori certificati medici del dr. med. \_\_\_\_\_ (doc. Z1 e Z2) che attestano un’incapacità lavorativa al 100% dal 27 aprile 2009 non sono motivati.

- 2.16. L’assicurata chiede il versamento di interessi al 5% da pagare sull’indennità giornaliera versata mensilmente (dal 1° gennaio 2009 per l’indennità di dicembre, dal 1° febbraio 2009 per l’indennità di gennaio, ecc.).

Per l’art. 102 cpv. 1 CO se l’obbligazione è scaduta, il debitore è costituito in mora mediante interpellazione del creditore. A norma dell’art. 102 cpv. 2 CO quando il giorno dell’adempimento sia stato stabilito o risulti determinato da una disdetta preventivamente convenuta e debitamente fatta il debitore è costituito in mora pel solo decorso di detto giorno.

L’art. 104 cpv. 1 CO prevede che il debitore in mora al pagamento di una somma di danaro deve pagare gli interessi moratori del cinque per cento all’anno, quand’anche gli interessi convenzionali fossero pattuiti in misura minore.

Va ancora rammentato che secondo l'art. 74 cpv. 1 CO il luogo dell'adempimento è determinato dalla volontà delle parti esplicitamente espressa o risultante dalle circostanze. Per l'art. 74 cpv. 2 CO in difetto d'altra disposizione varranno le seguenti norme: 1. il pagamento dei debiti pecuniari deve farsi nel luogo in cui è domiciliato il creditore all'epoca della scadenza; 2. la consegna di una cosa determinata deve essere fatta nel luogo in cui si trovava al momento del contratto; 3. le altre obbligazioni devono essere adempiute nel luogo dove era domiciliato il debitore quando ebbero origine.

Con sentenza 4A\_468/2008 del 20 febbraio 2009 il TF ha evidenziato:

"Il Tribunale cantonale delle assicurazioni gli ha accordato interessi di mora del 5 % sulla somma residua di fr. 68'420.10 (137'065 ./ 68'644.90) dall'8 febbraio 2008 al 29 febbraio 2008, cioè dal giorno della prima interpellazione (art. 102 cpv. 1 CO) al giorno della ricezione del pagamento. Il ricorrente obietta che gli interessi di mora andrebbero riconosciuti dal 24 dicembre 2006, momento nel quale, a suo dire, la prestazione assicurata avrebbe dovuto essergli versata. A torto. Gli interessi di ritardo del 5 % (art. 104 cpv. 1 CO) sono dovuti dal giorno dell'interpellazione del creditore, che mette in mora il debitore (art. 102 cpv. 1 CO). Queste norme si applicano anche al contratto d'assicurazione (JÜRGE NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 20 art. 41 LCA). Dato che il ricorrente non contesta la data della prima messa in mora considerata nel giudizio impugnato, la Corte ticinese ha applicato correttamente il diritto federale. La censura dell'attore, che parrebbe conferire rilevanza, sotto il profilo degli interessi di mora, al momento in cui il credito dell'assicurato diviene esigibile (cfr. art. 41 cpv. 1 LCA), è infondata."

In concreto l'attrice ha scritto all'assicuratore il 22 dicembre 2008, invitandolo *"a riprendere il pagamento dell'indennità giornaliera ritenuto che attualmente la capacità lavorativa è nulla."* (doc. D). Il 9 febbraio 2009 l'interessata ha nuovamente scritto all'assicuratore affermando che *"è indubbio che l'indennità giornaliera va ripristinata a partire dal 1 dicembre 2008 e pertanto v'invitiamo a rimettere in pagamento le prestazioni a stretto giro di posta."* (plico doc. D). Il 27 maggio 2009 l'interessata ha chiesto anche il pagamento della prestazione derivante dalla degenza presso l'Ospedale Regionale di \_\_\_\_\_ (cfr. doc. L: *"In considerazione di quanto precede, v'invitiamo a trasmettere la polizza con le cedole di versamento per il passaggio all'assicurazione individuale, rispettivamente a prendere a carico l'indennità giornaliera di malattia per le problematiche conseguenti all'intervento chirurgico all'intestino"*).

Alla luce di quanto sopra indicato considerato che la prima interpellazione (atto soggetto a ricezione; cfr. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Berna 1997, pag. 685) è del 22 dicembre 2008 ed è stata ricevuta dalla convenuta il 29 dicembre 2008 (doc. 15), gli interessi al 5% sono dovuti dal 1° gennaio 2009 sull'indennità di dicembre (come chiesto con la petizione) e all'inizio di ogni mese seguente sulle altre rispettive indennità.

- 2.17. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, la petizione va parzialmente accolta.

Dal 1° gennaio 2009 all'attrice è concesso il passaggio nell'assicurazione individuale.

L'assicuratore è condannato a versare le prestazioni assicurate dal 1° dicembre 2008 al 7 aprile 2009 e dal 27 aprile al 15 maggio 2009 oltre interessi al 5% conformemente al considerando 2.16.

Visto l'esito della vertenza all'assicurata vanno inoltre attribuite ripetibili parziali.

- 2.18. Il valore di causa è rappresentato dalla pretesa di versamento di indennità oltre il termine del 1° dicembre 2008 di fr. 27'787.50 (cfr. doc. XIV). L'importo di fr. 30'000 per poter inoltrare un ricorso in materia civile al Tribunale federale non è pertanto aggiunto (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF).

Secondo l'art. 49 cpv. 2 LSA, i tribunali svizzeri trasmettono gratuitamente alla FINMA una copia di tutte le sentenze concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione; s'impone perciò di notificare alla FINMA anche la presente sentenza.

Per questi motivi

**dichiara e pronuncia**

1. La petizione è **parzialmente accolta**.

§ **XXX** è ammessa all'assicurazione individuale contro la perdita di guadagno di Atupri Cassa Malati con effetto dal 1° gennaio 2009.

§§ Atupri Cassa Malati verserà a **XXX** indennità giornaliera al 100% per il periodo dal 1° dicembre 2008 al 7 aprile 2009 e dal 27 aprile 2009 al 15 maggio 2009 oltre interessi al 5% ai sensi dei considerandi.

§§§ Per il resto la petizione è respinta.

2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. Atupri Cassa Malati verserà fr. 1'500 all'attrice a titolo di ripetibili.

3. Comunicazione alle parti ed alla FINMA, Berna.

"Contro la presente sentenza è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione (art. 100 cpv. 1 LTF). 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 a carattere pecuniario il ricorso è ammissibile se il valore litigioso ammonta a Fr. 15'000.- nelle vertenze in materia di diritto del lavoro e di locazione ed a Fr. 30'000.- negli altri casi.

"Per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale o se una legge federale prescrive un'istanza cantonale unica (art. 74 cpv. 2 LTF). Qualora non sia ammissibile il ricorso in materia civile è dato, entro lo stesso termine, ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113 e 117 LTF).

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni  
Il presidente

Il segretario

Daniele Cattaneo

Fabio Zocchetti

IL TRIBUNALE CANTONALE DELLE ASSICURAZIONI  
COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE:

Lugano, il 5.3.10

Il Segretario: [firma]

