

Raccomandata

Incarto n.

Lugano

36.2013.78

15 settembre 2014

CS

In nome  
della Repubblica e Cantone  
Ticino

## Il Tribunale cantonale delle assicurazioni

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

redattore: Christian Steffen, vicecancelliere

segretario: Fabio Zocchetti

statuendo sulla petizione del 25 novembre 2013 di

**AT 1**

rappr. da: RA 1

contro

**CV 1**

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

**in fatto**

- 1.1. AT 1, nato nel 1966, dopo aver svolto per diversi anni l'attività di cameriere, in seguito alla perdita del posto di lavoro, dal 2 novembre 2009 si è iscritto all'assicurazione contro la disoccupazione percependo le indennità previste dalla legge (doc. XLIII). Dal 15 marzo 2010 fino al 30 giugno 2010 AT 1 ha lavorato quale cameriere al 50% presso un grotto di \_\_\_\_\_ (continuando a percepire, per il restante 50%, l'indennità di disoccupazione). Da agosto 2010 ad inizio ottobre 2010 è stato inserito in un programma

occupazionale presso la segheria \_\_\_\_\_ (doc. XXIII, pag. 11).

Contestualmente, con effetto dal 1° aprile 2010 AT 1 ha sottoscritto un'assicurazione individuale contro la perdita di guadagno in caso di malattia presso la CV 1 (di seguito: CV 1). Il contratto assicurativo prevede, in caso di malattia, il pagamento di un'indennità giornaliera di fr. 70, poi aumentata a fr. 111 dal 1° agosto 2010, dopo un periodo di carenza di 30 giorni (doc. IX).

Le parti hanno pattuito una riserva, nel senso che è stata concordata l'esclusione di ogni prestazione in caso di: "*Vertigine posizionale. Comprese le cause e le conseguenze*" (doc. 43).

- 1.2. AT 1 è stato dichiarato incapace al lavoro dal 15 ottobre 2010 dal proprio medico curante, il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH ORL e chirurgia cervico-facciale. Dopo un intenso scambio di corrispondenza, CV 1 si è rifiutata di pagare l'indennità pattuita, sostenendo che la malattia dell'assicurato è una conseguenza delle vertigini posizionali (doc. C, M, Z, CC).
- 1.3. Con petizione del 25 novembre 2013 (doc. I), completata il 10 dicembre 2013 (doc. III), in seguito all'ingiunzione del Giudice delegato del TCA che aveva riscontrato delle lacune (doc. II), AT 1, rappresentato dall'avv. RA 1, ha chiesto la condanna dell'assicuratore al pagamento di indennità giornaliera di fr. 111 "*a decorrere dal 31esimo giorno della sua inabilità lavorativa che risale al 15.10.2010*". Contestualmente ha domandato di essere messo al beneficio del gratuito patrocinio e dell'assistenza giudiziaria.  
L'interessato, tramite la produzione di alcuni certificati medici, tra i quali quelli del proprio curante, dr. med. \_\_\_\_\_, fa in sostanza valere che la sua incapacità lavorativa non è la conseguenza delle sole vertigini posizionali, bensì anche di altre patologie e sostiene di aver diritto alle prestazioni pattuite. L'attore chiede l'allestimento di una perizia specialistica e rileva che a breve sarà convocato per essere sottoposto ad una perizia pluridisciplinare del SAM nell'ambito della procedura AI.
- 1.4. Con risposta del 13 gennaio 2014 l'assicuratore ha proposto la reiezione della petizione ed ha chiesto contestualmente di far allestire una perizia psichiatrica. CV 1 sostiene che la patologia di cui è affetto l'attore rientra nella riserva concordata dalle parti, e dunque non vi è alcun obbligo prestativo, e che in ogni caso non viene attestata alcuna incapacità lavorativa, se non dal medico curante (doc. VII).
- 1.5. Il 21 gennaio 2014 ed il 28 gennaio 2014 l'assicuratore ha prodotto ulteriore documentazione (doc. IX e doc. XI).
- 1.6. Con scritti del 29 gennaio 2014 (doc. XIII) e del 30 gennaio 2014 (doc. XIV) l'attore ha ribadito la necessità di allestire una perizia.
- 1.7. Il 27 febbraio 2014 il TCA ha domandato all'UAI di produrre l'intero incarto con l'autorizzazione a sottoporlo alle parti e di precisare, se possibile, i tempi previsti per l'allestimento del referto peritale (doc. XVI).

- 1.8. Il 3 marzo 2014 l'UAI ha chiesto la trasmissione di una procura debitamente firmata dall'attore contenente l'autorizzazione a trasmettere gli atti al TCA ed a poterli sottoporre all'assicuratore (doc. XVII).
- 1.9. Il 6 marzo 2014 il TCA ha chiesto all'attore di produrre quanto domandato all'UAI (doc. XVIII). L'autorizzazione, pervenuta l'11 marzo 2014 (doc. XIX+1), è stata trasmessa all'UAI (doc. XX), che il 13 marzo 2014 ha consentito al Tribunale di sottoporre gli atti a CV 1 (doc. XXI). Il 15 aprile 2014 l'UAI ha prodotto la perizia del SAM del 14 aprile 2014, con l'autorizzazione a trasmetterla all'assicuratore (doc. XXIII). Il 23 aprile 2014 il TCA ha chiesto all'UAI se il referto del SAM può essere sottoposto anche all'attore (doc. XXIV). Dopo essere stato sollecitato (doc. XXV), l'UAI, il 12 maggio 2014, scusandosi per il ritardo, ha consentito al TCA di trasmettere la perizia del 14 aprile 2014 anche a AT 1 (doc. XXVI).
- 1.10. Con scritto del 14 maggio 2014 il TCA ha trasmesso alle parti la perizia pluridisciplinare del SAM per una presa di posizione e le ha informate dell'intenzione di interpellare il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH ORL e chirurgia cervico-facciale, chiamato dall'UAI quale consulente nell'ambito dell'allestimento del referto AI, per sottoporrgli alcune domande specifiche in relazione al caso in esame ed ha assegnato all'assicuratore ed a AT 1 \_\_\_\_\_ un termine di 10 giorni per far pervenire i quesiti da inoltrare allo specialista (doc. XXVII).
- 1.11. Preso atto delle domande proposte dalle parti (doc. XXVIII e XXIX), il 26 maggio 2014 il Giudice delegato del TCA ha interpellato il dr. med. \_\_\_\_\_ (doc. XXX), che ha risposto il 12 giugno 2014 (doc. XXXII). Il 18 giugno 2014 il Giudice delegato del TCA ha chiesto un complemento (doc. XXXIII), pervenuto l'11 luglio 2014 (doc. XXXIV). Chiamate a presentare osservazioni scritte in merito le parti si sono riconfermate nelle loro posizioni (doc. XXXVI e XXXVIII).
- 1.12. Il 2 settembre 2014 il TCA ha ottenuto dalla Cassa disoccupazione \_\_\_\_\_ una dichiarazione concernente la fine del diritto all'indennità di disoccupazione di AT 1 (doc. XLIII). Il 3 settembre 2014 le parti sono state sentite nel corso di un'udienza (doc. XLII).

### **in diritto**

- 2.1. Oggetto del contendere è la questione di sapere se l'attore è incapace al lavoro, se l'incapacità lavorativa è in relazione con la patologia che le parti hanno escluso dall'obbligo prestativo e se l'interessato ha diritto di percepire indennità giornaliera derivanti da un'incapacità lavorativa dovuta a malattia.
- 2.2. Per quanto concerne l'indennità per perdita di guadagno, va innanzitutto rilevato, come emerge da una sentenza del TF 4A\_53/2007 del 26 settembre 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, ADRIAN VON KAENEL, Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pagg. 109-131, in particolare pagg. 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, pagg. 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).

- 2.3. In concreto il 18 marzo 2010 l'assicurato ha sottoscritto un'offerta per l'assicurazione indennità giornaliera \_\_\_\_\_ della CV 1 per la copertura della perdita di guadagno in caso di malattia per una indennità di fr. 70 al giorno con un periodo di carenza di 30 giorni (doc. 38). L'assicuratore ha accolto la richiesta, con la riserva per la "*Vertigine posizionale comprese le cause e le conseguenze*". L'attore ha sottoscritto l'assicurazione, dicendosi

d'accordo con la suddetta riserva (doc. 42).

Il 26 luglio 2010 l'interessato ha proposto un aumento dell'indennità giornaliera a fr. 111 al giorno, dopo i 30 giorni di carenza (doc. 40). Anche in questo caso l'assicuratore ha ammesso la domanda, con la seguente riserva: "*Vertigine posizionale Compresa le cause e le conseguenze*". Il 20 agosto 2010 l'attore ha aderito alla riserva (doc. 43).

L'art. \_\_\_\_\_ (di seguito: CGA) prevede che le basi del contratto sono le CGA, le eventuali condizioni complementari, le disposizioni contenute nella polizza, le eventuali appendici, la LCA per i casi che non sono definiti nelle disposizioni menzionate in precedenza, da tutti gli accordi contrattuali stipulati in forma scritta tra la CV 1 e il contraente d'assicurazione o la persona assicurata.

Secondo l'art. \_\_\_\_\_ CGA è considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica, mentale o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica, oppure provochi un'incapacità al lavoro.

Per l'art. \_\_\_\_\_ CGA, se in base a quanto constatato dal medico l'assicurato è inabile al lavoro, in caso d'incapacità lavorativa totale CV 1 paga l'indennità giornaliera assicurata in conformità alla perdita di guadagno subita e comprovata (cpv. 1). In caso di inabilità parziale al lavoro pari almeno al 25%, l'indennità giornaliera viene erogata in proporzione al grado di incapacità lavorativa (cpv. 2).

A norma dell'art. \_\_\_\_\_ CGA è considerata incapacità al lavoro qualsiasi incapacità, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica, mentale o psichica, di compiere un lavoro ragionevolmente esigibile nella professione o nel campo d'attività abituale. Dopo 3 mesi d'incapacità al lavoro si prendono in considerazione anche mansioni esigibili in un'altra professione o in un altro campo d'attività.

- 2.4. L'assicuratore contesta innanzitutto la presenza di un'incapacità lavorativa, evidenziando che viene attestata solo dal medico curante, Dr. med. \_\_\_\_\_, FMH ORL e chirurgia cervico-facciale.

Pendente causa il TCA ha richiamato la perizia pluridisciplinare del SAM redatta il 14 aprile 2014 (doc. XXIII/2).

Dal referto emerge che l'attore è stato a disposizione del SAM il 17, 19, 24 e 26 febbraio, nonché il 3 e 12 marzo 2014 per accertamenti ambulatoriali, in particolare in ambito ORL (dr. med. \_\_\_\_\_), neurologico (dr. med. \_\_\_\_\_), pneumologico (dr. med. \_\_\_\_\_), psichiatrico (dr. med. \_\_\_\_\_).

I periti, dopo aver riassunto l'anamnesi familiare, personale-sociale, professionale e patologica, le affezioni attuali, la descrizione della giornata, le constatazioni obiettive, hanno posto la diagnosi con influenza sulla capacità lavorativa di disfunzione otolica bilaterale e vertigine parossistica benigna posizionale accertata ddp, senza patologie neurologiche associate e le diagnosi senza influenza sulla

capacità lavorativa di cefalea intensiva, placche asbestotiche calcifiche benigne, possibile asma bronchiale leggera, tabagismo talassemia minor, nefrocalcolosi, lussazione discale anteriore a livello dell'articolazione temporomandibolare sin, gastralgie croniche.

In conclusione i periti hanno affermato che l'attore presenta una capacità lavorativa globale dello 0% come cameriere (pag. 24, doc. XXIII/2) e che l'assicurato *“presenta unicamente limitazioni a livello ORL; dal lato neurologico, pneumologico e psichiatrico invece non vi è diminuzione della capacità lavorativa”*:

" (...)  
Dal lato ORL l'A. presenta una disfunzione otolitica bilaterale (vedasi esame otoneurologico esteso della Prof.ssa Dr.ssa med. \_\_\_\_\_, responsabile otoneurologia Clinica ORL, \_\_\_\_\_, dell'8.11.2011) ed una vertigine parossistica benigna (accertata a ds. dal Dr. med. \_\_\_\_\_ ed a sin. dal Dr. med. \_\_\_\_\_). Come cameriere l'A. presenta un'incapacità lavorativa del 100% dal mese di novembre 2011. L'incapacità lavorativa è giustificata dall'imprevedibilità delle crisi vertiginose ed in quanto movimenti rapidi non sono fattibili e scatenano subito sensazioni d'instabilità. Dal lato terapeutico consigliamo ginnastica e fisioterapia labirintica che stabiliscono l'A., ma senza effetto immediato sulla capacità lavorativa. La prognosi è riservata” (pag 24, doc. XXIII/2)

I periti hanno potuto accertare che *“l'attuale capacità lavorativa globale dello 0% come cameriere è valida dal mese di novembre 2011. Per il periodo precedente valgono le condizioni stabilite in precedenza dall'Ufficio AI”*.

Circa le conseguenze sulla capacità d'integrazione, i periti hanno affermato che:

" (...)  
In un'attività lavorativa seduta, senza grossi movimenti del capo o del tronco, con attività manuale senza movimenti ripetitivi ritmici, senza esposizione ad agenti irritativi non specifici delle vie respiratorie, l'A. presenta una capacità lavorativa del 50% (lavoro a tempo pieno, con una diminuzione del rendimento del 50%), valida dal mese di novembre 2011. Sono da escludere attività con periodo di caduta da un'altezza oltre un metro, nonché attività che richiedono di condurre macchinari pesanti, soprattutto rotanti, nonché camion e mezzi pubblici. L'A. non può svolgere attività pericolose per se stesso o per gli altri. Per il periodo prima di novembre 2011 valgono le condizioni stabilite in precedenza dall'Ufficio AI” (pag. 25, doc. XXIII)

- 2.5. Per costante giurisprudenza (cfr. sentenza 9C\_13/2007 del 31 marzo 2008), al fine di poter graduare l'invalidità, all'amministrazione (o al giudice in caso di ricorso) è necessario disporre di documenti che devono essere rassegnati dal medico o eventualmente da altri specialisti, il compito del medico consistendo nel porre un giudizio sullo stato di salute, nell'indicare in quale misura e in quali attività l'assicurato è incapace al lavoro come pure nel fornire un importante elemento di giudizio per determinare quali lavori siano ancora ragionevolmente esigibili dall'assicurato ([DTF 125 V 256](#) consid. 4 pag. 261; [115 V 133](#) consid. 2 pag. 134; [114 V 310](#) consid. 3c pag. 314; [105 V 156](#) consid. 1 pag. 158). Spetta in seguito al consulente professionale, avuto riguardo alle indicazioni sanitarie, valutare quali attività professionali siano concretamente ipotizzabili (Meyer-Blaser,

Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, pag. 228 seg.).

Quanto alla valenza probante di un rapporto medico, determinante è che i punti litigiosi importanti siano stati oggetto di uno studio approfondito, che il rapporto si fondi su esami completi, che consideri parimenti le censure espresse dal paziente, che sia stato approntato in piena conoscenza dell'incarto (anamnesi), che la descrizione del contesto medico sia chiara e che le conclusioni del perito siano ben motivate. Determinante quindi per stabilire se un rapporto medico ha valore di prova non è né l'origine del mezzo di prova, né la denominazione, ad esempio quale perizia o rapporto (STF 8C\_828/2007 del 23 aprile 2008; STFA I 462/05 del 25 aprile 2007; STFA U 329/01 e U 330/01 del 25 febbraio 2003; DTF 125 V 352 consid. 3a; DTF 122 V 160 consid. 1c; MEYER-BLASER, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989 pag. 31; Pratique VSI 3/1997 pag. 123), bensì il suo contenuto (DTF 122 V 160 in fine con rinvii).

A proposito delle perizie mediche eseguite nell'ambito della procedura amministrativa, il TF ha stabilito che, nell'ipotesi in cui sono state eseguite da medici specializzati riconosciuti, hanno forza probatoria piena se giungono a conclusioni logiche e sono state realizzate sulla base di accertamenti approfonditi, fintanto che indizi concreti non inducono a ritenerle inaffidabili (DTF 123 V 176; DTF 122 V 161, DTF 104 V 212; SVR 1998 IV Nr. 1 pag. 2; SZS 1988 pagg. 329 e 332; ZAK 1986 pag. 189; LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berna 1994, pag. 332).

In una sentenza pubblicata nella Pratique VSI 2001 pag. 106 segg., il TFA ha però ritenuto conforme al principio del libero apprezzamento delle prove definire delle direttive per la valutazione di determinate forme di rapporti e perizie. In particolare per quanto concerne le perizie giudiziarie, la giurisprudenza ha statuito che il giudice non si scosta senza motivi imperativi dalla valutazione degli esperti, il cui compito è quello di mettere a disposizione del tribunale le loro conoscenze specifiche e di valutare da un punto di vista medico una certa fattispecie. Ragioni che possono indurre a non fondarsi su un tale referto sono ad esempio la presenza di affermazioni contraddittorie, il contenuto di una superperizia, altri rapporti contenenti validi motivi per farlo (Pratique VSI 2001 pag. 108 consid. 3b)aa e riferimenti citati; STFA I 462/05 del 25 aprile 2007; STFA U 329/01 ed U 330/01 del 25 febbraio 2003).

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

oggettivamente fondati i sospetti circa la parzialità dell'apprezzamento.

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

Le perizie affidate dagli organi dell'AI o dagli assicuratori privati, in sede di istruttoria amministrativa, a medici esterni o a servizi specializzati indipendenti, i quali fondano le proprie conclusioni su indagini approfondite e giungono a risultati concludenti, dispongono di forza probatoria piena, a meno che non sussistano indizi concreti a mettere in causa la loro credibilità (Pratique VSI 2001 pag. 109 consid. 3b)bb; STF 8C\_535/2007 del 25 aprile 2008; STFA I 462/05 del 25 aprile 2007).

Per quel che concerne il Servizio di Accertamento Medico (SAM) dell'assicurazione invalidità, l'Alta Corte nella DTF 132 V 376 ha rilevato che se un Centro d'accertamento medico è incaricato di rendere una perizia, devono essere osservati i diritti di partecipazione conferiti dall'art. 44 LPGA (consid. 6 e 7).

In merito al valore probatorio delle perizie amministrative dei servizi medici di accertamento (SAM), sotto il profilo dell'indipendenza, dell'equità del processo e della parità delle armi, in una sentenza pubblicata in DTF 136 V 376 il Tribunale Federale ha specificato che la qualità formale di parte dell'organo esecutivo dell'assicurazione per l'invalidità nella procedura giudiziaria, rispettivamente la sua legittimazione a presentare ricorso in materia di diritto pubblico, non consentono di considerare come atti di parte le prove assunte dall'amministrazione nella precedente fase non contenziosa.

In una sentenza di principio 9C\_243/2010 del 28 giugno 2011 (DTF 137 V 210) il Tribunale federale ha preso posizione sulle critiche della giurisprudenza federale relativa al valore probatorio delle perizie dei Servizi di accertamento medico (SAM; Art. 72 bis cpv. 1 OAI), dal profilo della conformità alla CEDU e alla Costituzione, formulate soprattutto nel parere del Prof. Dr. iur. Jörg Paul Müller e del Dr. iur. Johannes Reich dell'11 febbraio 2010.

L'Alta Corte è arrivata alla conclusione che l'acquisizione delle basi mediche per poter emettere una decisione attraverso perizie effettuate da istituti esterni come i SAM nell'assicurazione invalidità svizzera, come pure il loro utilizzo nelle procedure giudiziarie è di per sé conforme alla Costituzione e alla Convenzione (consid. 2.1-2.3). D'altra parte il Tribunale federale ha riconosciuto che attraverso tali perizie vengono messe in pericolo in modo latente le garanzie procedurali, visto il potenziale di ricavi dell'attività dei SAM nei confronti dell'assicurazione invalidità e con ciò anche della loro dipendenza economica (consid. 2.4). La nostra Massima Istanza ha perciò ritenuto necessario adottare dei correttivi:

(a livello amministrativo)

- assegnazione a caso dei mandati di perizia ai SAM (consid. 3.1),
- differenze minime delle tariffe della perizia (consid. 3.2),
- miglioramento e uniformizzazione dei criteri di qualità e di controllo (consid. 3.3),
- rafforzamento dei diritti di partecipazione:

-- in caso di divergenze l'amministrazione deve ordinare la perizia attraverso una decisione incidentale impugnabile davanti al Tribunale cantonale delle assicurazioni o al Tribunale federale amministrativo (consid. 3.4.2.6; cambiamento della giurisprudenza secondo DTF 132 V 93);

-- alla persona assicurata spettano precedentemente i diritti di partecipazione alla procedura (ad esempio: quello di esprimersi sui quesiti peritali; consid. 3.4.2.9; cambiamento della giurisprudenza secondo DTF 133 V 446);

(a livello dell'autorità giudiziaria di prima istanza)

In caso di accertata necessità di ulteriori chiarimenti, il Tribunale cantonale o il Tribunale federale amministrativo devono per principio essi stessi ordinare una perizia medica (consid. 4.4.1.3 e 4.4.1.4; cambiamento della giurisprudenza secondo DLA 1997 Nr. 18 p. 85, C 85/95 consid. 5d con riferimenti, sentenza H 355/99 del 11 aprile 2000 consid. 3b), i cui costi sono posti a carico dell'assicurazione invalidità (consid. 4.4.2).

Per quel che riguarda i rapporti del 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 (STF 8C\_828/2007 del 23 aprile 2008; DTF 125 V 353 consid. 3a)cc; Pratique VSI 2001 pag. 109 consid. 3a)cc; MEYER-BLASER, Rechtsprechung des Bundesgericht im Sozialversicherungsrecht, Zurigo 1997, pag. 230).

Infine, va ricordato che se vi sono dei rapporti medici contraddittori, il giudice non può evadere la procedura senza valutare l'intero materiale ed indicare i motivi per cui egli si fonda su un rapporto piuttosto che su un altro (STF 8C\_535/2007 del 25 aprile 2008, STFA I 462/05 del 25 aprile 2007).

2.6. In concreto questo Tribunale non ha alcun motivo per scostarsi dalle conclusioni della perizia del SAM del 14 aprile 2014 circa l'incapacità lavorativa dell'attore.

Tale valutazione è da considerare dettagliata, approfondita e quindi rispecchiante i parametri giurisprudenziali ricordati al considerando che precede.

I periti e i consulenti si sono espressi su tutte le patologie lamentate dall'assicurato, hanno esaminato accuratamente tutta la documentazione messa loro a disposizione ed hanno valutato la capacità lavorativa dell'insorgente sulla base delle indicazioni risultanti dalle visite effettuate presso il SAM.

Al referto va attribuita piena forza probante.

Del resto l'assicuratore non porta elementi medici oggettivi atti a sovvertire le conclusioni del referto del 14 aprile 2014, limitandosi a rilevare che la perizia non chiarirebbe di che tipo di vertigine soffre

l'assicurato. Questa circostanza, tuttavia, come si vedrà in seguito, è stata approfondita dal TCA e non mette in dubbio la conclusione circa l'incapacità totale dell'interessato nell'attività di cameriere e del 50% in attività leggere.

L'allestimento del referto pluridisciplinare in ambito AI ha in sostanza evaso la richiesta delle parti di esperire una perizia specialistica.

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

Va ora esaminato se la patologia all'origine dell'incapacità lavorativa è da ricondurre alla malattia oggetto di riserva.

- 2.7. Giusta l'art. 33 LCA, l'assicuratore risponde di tutti gli avvenimenti che presentino i caratteri del rischio contro le conseguenze del quale l'assicurazione venne conclusa, a meno che il contratto non escluda dall'assicurazione singoli avvenimenti in modo preciso e non equivoco.

Scopo di questa norma è la protezione dell'assicurato (TC VD in RUA XVI n. 23).

Secondo questa disposizione tocca alle parti definire di comune accordo il o i rischi assicurati: in pratica sono le condizioni d'assicurazione (generalì o particolari) che definiscono, in modo astratto, i rischi di cui l'assicuratore risponde e precisano, con clausole d'esclusione, alcuni aspetti di tale rischio che non sono coperti dall'assicurazione (VIRET, *Droit des assurances privées*, Editions de la société suisse des employés de commerce, Zurich, pag. 92).

Come qualsiasi altro, un contratto d'assicurazione - e, quindi, anche le singole clausole d'esclusione (DTF 116 II 348) - deve essere interpretato ricercando la reale e concorde volontà delle parti (DTF 112 II 253) e alla luce del principio della buona fede (DTF 115 II 268; VIRET, op. cit., pag. 92). Se la reale e concorde volontà delle parti non può essere stabilita, occorre fondarsi sulla presunta e probabile

volontà, secondo il principio della buona fede e considerare tutte le circostanze che hanno portato alla conclusione del contratto. Ci si atterrà all'uso generale e quotidiano della lingua, ai termini utilizzati nel contratto (DTF 118 II 342, JdT 1996 I 128; DTF 116 II 189, JdT 1990 I 612; DTF 115 II 268, SJ 1992 623 citate in CARRON, La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Friburgo 1997, n. 209, pag. 72) e non al senso giuridico o tecnico dei termini utilizzati (DTF 59 II 318); rimangono però riservate le accezioni tecniche proprie al rischio ritenuto (DTF 118 II 342). Tuttavia, la parola non deve essere snaturata dal suo reale senso al punto di designare una cosa completamente diversa (DTF 64 II 387). Ma se le parti hanno concordemente voluto dare ad un'espressione un'accezione diversa dal suo senso abituale, non v'è dunque ambiguità che giustifichi un'interpretazione svantaggiosa per l'assicurato (STF in SJ 1996 pag. 623).

Secondo la giurisprudenza le clausole d'esclusione devono essere interpretate restrittivamente e non in modo esteso. Tuttavia, l'art. 33 LCA non richiede un'enumerazione di tutti gli eventi esclusi; è sufficiente descriverne la categoria in modo preciso e non equivoco così che non sussista, tenuto conto del contesto, alcun dubbio sulla portata del rischio assicurato. E' sufficiente che l'esclusione sorga e derivi in maniera inequivocabile dalla disposizione contrattuale che definisce positivamente il rischio assicurato (DTF 118 II 342, JdT 1996 I 128; DTF 115 II 268; SJ 1992 623 citate in CARRON, op. cit., n. 209, pag. 72 e n. 221, pag. 77; STF in RUA XIII n. 47; cfr. sull'interpretazione della parola "droga": DTF 116 II 189, JdT 1990 I 612 citate in CARRON, op. cit., n. 282, pag. 97; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Berna 1995, pag. 247). Quando per una stessa disposizione sono possibili più interpretazioni, si deve ritenere quella che è più a favore dell'assicurato (DTF 100 II 403, JdT 1976 I 254). Se una clausola d'esclusione contiene una nozione che deve essere interpretata in un caso concreto, non si può considerare detta riserva come confusa o equivoca (STF in RUA XIII n. 113).

L'interpretazione della clausola d'esclusione deve fondarsi sul principio della buona fede, sui motivi che hanno portato alla conclusione del contratto e alla stipulazione della singola clausola d'esclusione di cui si impone l'interpretazione (ROELLI/KELLER, op. cit., pagg. 462-463).

In caso di dubbio, ossia quando il senso e la portata della clausola di esclusione non possono essere determinati con sicurezza, l'assicuratore non potrà prevalersi della clausola d'esclusione in virtù del principio *in dubio contra stipulatorem*, secondo cui una clausola, nel dubbio, va interpretata a sfavore di chi l'ha redatta (DTF 115 II 268 segg., JdT 1990 I 57; MAURER, op. cit., pag. 145; KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, ed. 1986, ad art. 1 CO, n. 109, pag. 142; Rep. 1993 213 segg.; VIRET, op. cit., pag. 92; MAURER, op. cit., pag. 247 e seg.).

Tale principio, comunque, può essere applicato soltanto quando, dopo un'interpretazione accurata ed obiettiva, risulta che una locuzione può essere, in buona fede (art. 2 cpv. 1 CC), compresa in diversi modi. Tuttavia, ricorrere, per interpretare delle CGA,

direttamente al principio *in dubio contra stipulatorem* - che è applicabile solo in caso di dubbio sul significato di una clausola - costituisce una violazione del diritto federale (DTF 122 III 118; SJ 1992 623 seg.).

La prova di un'esclusione della copertura assicurativa valida è a carico dell'assicuratore che intende prevalersene (CG GE in RUA XVIII n. 46; TC VD in RUA XVI n. 23), come pure la prova che l'evento dannoso ricada sotto questa esclusione (CG GE in RUA XIII n. 52).

Pure la prova di fatti giustificanti l'eccezione contrattuale è posta a carico dell'assicuratore (TD di Kreuzlingen in RUA XIV n. 44).

Tuttavia, l'onere della prova può essere attribuito all'assicurato da una clausola contrattuale (TA LU in RUA V n. 138).

L'assicuratore può inoltre invocare le disposizioni che servono a delimitare il rischio conformemente all'art. 33 LCA indipendentemente da qualsiasi errore commesso dall'assicurato (STF in RUA VII n. 115/244).

Infine si rammenta che le condizioni generali d'assicurazione sono parte integrante del contratto d'assicurazione (VIRET, Assurances-maladies complémentaires et loi sur le contrat d'assurance, in: Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, ed. IRAL 1997, pag. 666 segg., in particolare pag. 673).

2.8. In concreto le parti hanno concordato l'esclusione di ogni prestazione in caso di: "*Vertigine posizionale. Compresa le cause e le conseguenze*" (doc. 43).

A questo proposito l'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che le malattie che esistono, oppure sono esistite, al momento dell'ammissione possono essere escluse (esclusione dalla copertura). Se l'esistenza di malattie è stata sottaciuta al momento dell'ammissione, l'esclusione dalla copertura può essere applicata successivamente e con effetto retroattivo, CV 1 si può rifiutare di stipulare un contratto senza motivare la sua decisione.

Secondo l'art. \_\_\_\_\_ CGA per le malattie per le quali è in vigore un'esclusione dalla copertura, non sussiste alcun diritto alle prestazioni. Lo stesso vale per le malattie la cui esistenza è stata sottaciuta al momento dell'ammissione.

Le parti non contestano l'interpretazione della clausola d'esclusione, ma divergono circa l'inclusione della patologia ORL di cui è affetto l'attore nella riserva.

Nel caso che ci occupa, numerosi specialisti si sono espressi circa la fattispecie in esame.

Tra i vari certificati medici emerge che il 16 febbraio 2010 i dr. med. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ dell'Ospedale universitario di \_\_\_\_\_, dopo aver visitato l'attore, hanno posto la diagnosi di: "*Status nach benignem paroxysmalen Lagerungsschwindel ED 2006,*

*DD rezidivierend mit/bei Kein Anhalt für eine peripher-vestibuläre Unterfunktion, Kein Anhalt für eine zentrale Störung, Normales Schädel-MRI 2007, Verdacht auf phobischen Schwankschwindel'* (allegato doc. 1/7), mentre l'8 novembre 2011 l'interessato è stato sottoposto ad un esame otoneurologico presso l'\_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_. In quell'occasione la Prof.ssa Dr. med. \_\_\_\_\_, ha diagnosticato una "*Otolithische Dysfunktion beidseits unklarer Atiologie*" (doc. Q).

Il 28 febbraio 2012 il medico curante dell'attore, dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH malattie orecchio-naso-gola e chirurgia cervico-facciale, dopo aver evidenziato, il 24 dicembre 2010, che l'interessato "*lamenta vertigini continue e non più posizionali*" (allegato al doc. 2), ha affermato:

" (...) Nell'assicurazione originale CV 1 è stata tolta dall'assicurazione la vertigine posizionale. Nell'ultima lettera del 16.2.2012 l'assicurazione dice che non copre la malattia visto che erano escluse le vertigini posizionali e non. Questa cosa non è del tutto corretta perché esistono vari tipi di vertigine di cui quella posizionale è solo un sottogruppo. Se quindi è stata esclusa la vertigine posizionale questo non necessariamente esclude gli altri tipi di vertigini che possono venire sia dall'orecchio che da altre disfunzioni del nostro organismo. Secondo il certificato di \_\_\_\_\_ si tratta di una disfunzione otolitica di eziologia non chiarita." (allegato al doc. T)

Il 22 gennaio 2014 il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH ORL e chirurgia cervico-facciale, rivolgendosi all'assicuratore ha affermato:

" (...)  
Lei mi chiede qual è il nesso tra una disfunzione bilaterale otolitica e le vertigini posizionali. Le due espressioni sono usate per la stessa identica patologia, motivo per cui, la valutazione dell'\_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, che utilizza l'espressione disfunzione bilaterale otolitica e l'espressione dell'Ospedale Universitario di \_\_\_\_\_, che parla di vertigine posizionale paroxysmale benigna, esprimono lo stesso identico concetto, rispettivamente la stessa malattia.  
La malattia è conosciuta e definita in italiano come vertigine posizionale parossistica benigna, abbreviata "vppb" ma viene anche definita come disfunzione otolitica, trattandosi di un distacco di questi micro concrementi, chiamato appunto otoliti dalla loro posizione originaria che causano delle vertigini posizionali." (doc. XI/1)

Al fine di chiarire la fattispecie il Giudice delegato del TCA ha deciso di interpellare il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH ORL, chirurgia cervico-facciale, \_\_\_\_\_, che ha funto da consulente nell'ambito della perizia pluridisciplinare del SAM del 14 aprile 2014.

Con scritto del 26 maggio 2014, allo specialista sono state rivolte le seguenti domande:

" il nostro Tribunale è chiamato a statuire in merito ad una vertenza inerente il versamento di indennità giornaliera contro la perdita di guadagno in caso di malattia nell'ambito di un'assicurazione complementare offerta dalla CV 1 e sottoscritta da \_\_\_\_\_.  
Le parti hanno deciso di escludere dalla copertura la "*vertigine posizionale, comprese le cause e le conseguenze*".

Dagli atti in nostro possesso emerge che Lei è stato chiamato a valutare la capacità lavorativa di AT 1 nell'ambito della perizia pluridisciplinare allestita il 14 aprile 2014 dal SAM in seguito alla richiesta di prestazioni dell'assicurazione invalidità inoltrata da AT 1.

Dal referto da Lei redatto il 27 febbraio 2014 emerge che AT 1 è incapace al lavoro al 100% nell'attività di cameriere sia a livello funzionale che di rendimento dal novembre 2011, mentre in attività adatte e confacenti al suo stato di salute è incapace al lavoro, sempre dal mese di novembre 2011, al 50%.

L'Ufficio assicurazione invalidità ha trasmesso al Tribunale la perizia completa con l'autorizzazione a sottoporla alle parti, le quali nel frattempo hanno presentato le loro osservazioni.

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni ha deciso di interpellarla, poiché, per la risoluzione della vertenza in ambito di assicurazione malattie, è d'interesse approfondire alcuni aspetti. Ai fini del giudizio le chiedo cortesemente, se possibile, di rispondere alle seguenti domande:

1. Nel referto del 27 febbraio 2014 ha diagnosticato una disfunzione otolitica bilaterale e una vertigine parossistica benigna accertata a destra. AT 1 ha sottoscritto un'assicurazione complementare che prevede una riserva per la "*vertigine posizionale, comprese le cause e le conseguenze*". Le patologie diagnosticate sono comprese entrambe, nessuna o solo una (le chiediamo di specificare quale), nella nozione di vertigine posizionale o sono una causa o conseguenza della vertigine posizionale?
2. A questo proposito le trasmettiamo il certificato del 28 febbraio 2012 del dr. med. \_\_\_\_\_, curante di AT 1 (doc. T) e la presa di posizione del 22 gennaio 2014 del dr. med. \_\_\_\_\_, interpellato da CV 1 (doc. XI/1) e le chiediamo di prendere posizione in merito.
3. Se solo una delle due patologie rientra nella riserva ("*vertigine posizionale o conseguenza o causa della vertigine posizionale*"), in che misura e da quando la patologia che non rientra nella riserva, da sola, rende incapace AT 1 nella sua attività abituale di cameriere (voglia indicare il grado d'incapacità lavorativa)?
4. Se solo una delle due patologie rientra nella riserva, in che misura e da quando la patologia che non rientra nella riserva, da sola, rende incapace AT 1 in attività leggere ed adatte al suo stato di salute (voglia indicare il grado d'incapacità lavorativa)?" (doc. XXX)

Il 12 giugno 2014 lo specialista ha affermato:

" (...)

Domanda 1:

Alla manovra isolata di Halpike testa a dx. il paziente ha presentato una vertigine fortissima, fino alla nausea, con nistagmo rotatorio antiorario, dopo una latenza di 2-3 secondi.

Visto il malessere generale e l'importante nausea, non ho ripetuto né provato la manovra sul lato opposto. Per questo motivo sono rimasto "generale".

Ho aggiunto alla diagnosi generica di vertigine otolitica, la sottospecificazione di cupulolitiasi destra (vertigine parossistica benigna accertata a dx.)

La vertigine parossistica benigna posizionale è una sottospecie delle vertigini otolitiche, toccando essenzialmente il canale semicircolare posteriore e raramente il canale semicircolare orizzontale.

Altri tipi di vertigini otolitiche possono toccare il saculo o l'utricolo, 2 altre strutture dell'orecchio interno, responsabile delle nostre sensazioni che contribuiscono a mantenere l'equilibrio.

Una vertigine otolitica è una nozione generale che comprende delle sottodiagnosi più specifiche e nel caso del paziente sopraccitato, c'è stata da parte di \_\_\_\_\_, una nozione generale che in sé comprende, se si ha la possibilità di diagnosticare e precisare meglio, anche la vertigine posizionale.

La maggior parte delle cause delle vertigini posizionali non è nota in

modo chiaro eccetto: traumi, commozioni cerebrali severe, certi interventi sull'orecchio medio.

Domanda 2:

una disfunzione otolitica è un termine generale che ingloba vertigini d'origine saculare, maculare o cupulare, ma non specifica. Una vertigine parossistica benigna posizionale può attualmente essere precisata sia come toccando il canale semicircolare orizzontale (vppbh) o il canale semicircolare posteriore (vppbp). Il certificato medico del collega dr. \_\_\_\_\_, anche se non completamente esplicito, va in questo senso.

Domanda 3:

basandomi sull'esame otoneurologico del 08.11.2011, \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, Prof. Dr. med. \_\_\_\_\_, otoneurologia, si può partire dalla data della diagnosi (novembre 2011) o dal 2010 al 100%, quando è stato licenziato per non essere più in grado di svolgere in modo corretto il servizio presso i clienti.

Domanda 4:

Come già detto nel questionario base consulti SAM, l'incapacità lavorativa è del 50% in lavori leggeri, in attività da seduto, senza grossi movimenti del capo o del tronco, attività manuali senza movimenti ripetitivi ritmici" (doc. XXXII)

Il 18 giugno 2014 il Giudice delegato del TCA ha chiesto una precisazione al dr. med. \_\_\_\_\_:

" (...)

A complemento del suo scritto, al fine di levare ogni dubbio in merito, le sarei grato se potesse precisare quanto segue:

nel caso di specie AT 1 è affetto da una vertigine parossistica benigna posizionale accertata a destra, che è un sottogruppo della vertigine otolitica.

AT 1 è affetto da un'altra vertigine otolitica di eziologia non chiara che non sia una vertigine posizionale (comprese le cause e le conseguenze)? Se sì, con questa sola patologia di eziologia non chiara AT 1 è incapace al lavoro al 100% nella sua attività di cameriere ed al 50% in attività leggere, da seduto, senza grossi movimenti del capo o del tronco, attività manuali senza movimenti ripetitivi ritmici?" (doc. XXXIII)

Il 7 luglio 2014 lo specialista ha affermato:

" (...)

Come esposto nella mia precedente lettera del 12.06.14, la vertigine posizionale benigna è un sottogruppo delle vertigini otolitiche. Sono pure possibili problemi degenerativi dell'orecchio interno e il paziente presentare sintomi variegati.

Con questa sola patologia d'eziologia non chiara ( \_\_\_\_\_) il signor AT 1, nella sua professione di cameriere, può essere considerato inabile al lavoro al 100%, ma abile al 50% in attività manuale leggera, seduto, senza movimenti ritmici, ripetitivi, del capo e/o del tronco, o secondo la sua formazione, in attività amministrativa, controlli, ecc." (doc. XXXIV)

Questo Tribunale, alla luce delle affermazioni del dr. med. \_\_\_\_\_, il cui contenuto non è stato contestato dalle parti chiamate a prendere posizione in merito (cfr. XXXVI e XXXVIII), deve concludere che l'attore è affetto anche da una patologia che esula da quella oggetto della riserva sottoscritta il 18/20 agosto 2010 (doc. 43).

Lo specialista ha in sostanza evidenziato che l'attore è affetto da una vertigine otolitica che comprende anche, ma non solo, la vertigine posizionale (e le sue cause e conseguenze). Per la sola patologia che esula dalla vertigine posizionale (e dalle sue cause e conseguenze) l'interessato è inabile al 100% nella sua precedente attività ed al 50% in attività leggere.

Nello specifico, alla questione di sapere se l'interessato è affetto da un'altra vertigine otolitica di eziologia non chiara che non sia una vertigine posizionale (comprese le cause e le conseguenze; doc. XXXIII), lo specialista ORL ha infatti rilevato che *“la vertigine posizionale benigna è un sottogruppo delle vertigini otolitiche”* e che *“sono pure possibili problemi degenerativi dell'orecchio interno e il paziente presentare sintomi variegati”*. Con quest'ultima patologia, che esula dalla vertigine posizionale (comprese le cause e le conseguenze), l'attore nella sua professione di cameriere, può essere considerato inabile al lavoro al 100%, ma abile al 50% in attività manuale leggera con le limitazioni ivi contenute (doc. XXXIV). Del resto nella perizia del SAM del 14 aprile 2014 figura la diagnosi, con influenza sulla capacità lavorativa, oltre che di vertigine parossistica benigna posizionale accertata ddp, senza patologie neurologiche associate (oggetto della riserva), anche di disfunzione otolica bilaterale (non oggetto di riserva).

2.9. Resta da esaminare se l'attore ha diritto a prestazioni in relazione con l'incapacità lavorativa derivante dalla sola disfunzione otolica bilaterale.

Va in primo luogo evidenziato che l'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia può essere stipulata nella forma di un'assicurazione di somme o di un'assicurazione contro i danni (sentenza 4A\_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2). L'assicurazione di somme garantisce una prestazione che è stata definita al momento della conclusione del contratto e non dipende dal verificarsi di un pregiudizio economico: essa è dovuta non appena l'evento assicurato si sia verificato (sentenza 4A\_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2; cfr. anche, sulla nozione di assicurazione di somme in relazione a un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattie, la sentenza 4A\_168/2007 del 16 luglio 2007, consid. 3.2.4 e 3.2.5, pubblicata in DTF 133 III 527). L'assicurazione contro i danni mira invece a rimborsare il danno: in questo caso il versamento e la misura delle prestazioni dipendono dalla misura del pregiudizio economico effettivamente patito dall'assicurato (sentenza 4A\_53/2007 del 26 settembre 2007, consid. 4.4.2)

La questione di sapere se si è in presenza dell'una o dell'altra forma di assicurazione va decisa mediante l'interpretazione del contratto di assicurazione e delle condizioni generali d'assicurazione che lo accompagnano (CGA), secondo le regole usuali dell'interpretazione dei contratti (sui criteri di distinzione fra queste due modalità di assicurazione, cfr. anche sentenza 4C.83/1998 dell'11 giugno 1998, consid. 3c e 3d e sentenza 5C.243/2006 del 19

aprile 2007).

Nel caso di specie l'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che l'assicuratore accorda una copertura assicurativa contro le conseguenze economiche di una malattia o di un parto, entro i limiti delle prestazioni concordate. L'assicuratore paga all'assicurato la perdita di salario e di guadagno subita e documentata, al massimo fino a concorrenza dell'indennità giornaliera assicurata.

Non vi è di conseguenza alcun dubbio che il contratto in essere è un'assicurazione contro i danni. Del resto, in sede di udienza, il 3 settembre 2014 le parti hanno confermato che la copertura "è un'assicurazione di danno e non di somma e quindi in diritto viene risarcito il danno che l'assicurato patisce" (doc. XLIV).

Di conseguenza, per stabilire se l'attore ha diritto ad indennità, occorre fare riferimento alla più recente giurisprudenza federale in materia emanata nell'ambito dell'assicurazione sociale e che si applica anche in ambito di LCA (cfr. sentenza 4A\_344/2007 dell'11 marzo 2008).

Con sentenza 9C\_24/2013 del 25 marzo 2013, il TF al consid. 4 ha evidenziato di avere:

" ... già avuto modo di stabilire in SVR 1998 KV n. 4 pag. 9 consid. 2b - sotto l'egida della LAMal, ma enunciando principi che rimangono validi anche sotto la LAMal (DTF 128 V 149 consid. 2a pag. 152) - che subisce in particolare una perdita di guadagno il dipendente, nei cui confronti non è (ancora) stato pronunciato il licenziamento ("in ungekündigter Stellung"), che diventa incapace al lavoro a causa di malattia e che non percepisce più il salario dal datore di lavoro. In questi casi, se la persona assicurata perde (in seguito) il proprio posto a causa dell'incapacità di lavoro, la perdita di guadagno consiste (anche dopo il termine di disdetta) nella perdita di salario. In simile evenienza vale infatti la presunzione che detta persona non avrebbe perso l'occupazione se non fosse diventata inabile al lavoro (Gebhard Eugster, Vergleich der Krankentaggeldversicherung nach KVG und nach VVG [in seguito: Vergleich], in: Adrian von Kaenel [ed.], Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pag. 80; inoltre Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung, 2010, pag. 500)."

... La situazione si presenta invece diversamente se il datore di lavoro pronuncia il licenziamento prima che il lavoratore diventa (recte: diventi) inabile al lavoro per malattia. In tale evenienza la predetta presunzione non si giustifica più. Il lavoratore perderebbe in ogni caso la propria occupazione, a prescindere dalla successiva incapacità lavorativa, la quale in questo modo non assurge più a causa primaria per la perdita di salario dopo la scadenza contrattuale. Al pari del lavoratore disoccupato avente di principio diritto a indennità di disoccupazione ma che a causa della malattia risulta temporaneamente non collocabile e che pertanto non può riscuotere tali indennità (v. DTF 102 V 83), la persona diventata inabile al lavoro dopo avere ricevuto (o espresso lei stessa) il licenziamento subisce ugualmente una perdita di guadagno a carico dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia. Tuttavia - in entrambe le situazioni - la perdita di guadagno indennizzabile corrisponde (al termine della scadenza contrattuale e sempre che la copertura assicurativa lo preveda) alla perdita dell'indennità di disoccupazione (sul coordinamento tra assicurazione malattia e assicurazione disoccupazione nello specifico contesto cfr. art. 73 LAMal e art. 28 LADI; DTF 102 V 83 segg.; RAMI 1998 no. KV 43 pag. 420 consid. 3a con riferimenti). È riservato il caso in cui la persona interessata è comunque in grado di dimostrare che senza l'inabilità al

lavoro avrebbe trovato con ogni verosimiglianza un posto nuovo, concretamente definito (cfr. sentenza citata 9C\_311/2010 consid. 1.2 in fine, 9C\_332/2007 del 29 maggio 2008 consid. 2.2 in fine e RJAM 1983 n. K 526 pag. 81).

... Dalla situazione appena descritta in cui la persona assicurata vanta di principio il diritto a indennità di disoccupazione ma a causa della malattia non è (temporaneamente) collocabile e non le può riscuotere va infine distinta quella del disoccupato che non può invece neppure rivendicare siffatto diritto, vuoi perché esso si è esaurito o perché la persona interessata non adempie le condizioni relative alla durata contributiva (RAMI 1998 no. KV 43 pag. 420 consid. 3b; cfr. pure sentenza K 121/06 del 16 agosto 2007 consid. 2). In questa ipotesi, l'interessato che diventa inabile al lavoro non può di principio neppure rivendicare, per la mancata perdita di un reddito sostitutivo, il diritto a indennità giornaliera di malattia, a meno che non fornisca la prova che senza la malattia avrebbe iniziato a lavorare in un posto ben definito (cfr. Eugster, Vergleich, pag. 80 seg. con i riferimenti alla giurisprudenza in materia). In quest'ultimo caso la perdita di guadagno consisterebbe nella perdita di salario."

In concreto dalla perizia pluridisciplinare del SAM emerge che l'attore ha svolto un'attività lavorativa quale cameriere fino a fine gennaio 2010, quando è stato licenziato per ristrutturazione della ditta e si è iscritto in disoccupazione (pag. 11 della perizia, doc. XXIII). Dal 15 marzo 2010 ha lavorato come cameriere al 50% presso un grotto, percependo indennità di disoccupazione per il restante 50%. L'interessato ha interrotto l'attività lucrativa a fine giugno 2010 e da agosto ad ottobre 2010 ha seguito un programma occupazionale presso una segheria, quando il medico curante ha attestato un'incapacità lavorativa totale del 100% dal 15 ottobre 2010 (pag. 11 della perizia, doc. XXIII).

Va a questo proposito rilevato che il dr. med. \_\_\_\_\_, interpellato da questo Tribunale per sapere da quando l'attore può essere considerato incapace al lavoro al 100% nella sua attività di cameriere, ha specificato che l'incapacità lavorativa causata dalla disfunzione otolica bilaterale può essere fatta risalire al più presto nel 2010, quando è stato licenziato per non essere più in grado di svolgere in modo corretto il servizio presso i clienti (doc. XXXII: "[...] basandomi sull'esame otoneurologico del 08.11.2011, \_\_\_\_\_, Prof. Dr. med. \_\_\_\_\_, otoneurologia, si può partire dalla data della diagnosi (novembre 2011) o dal 2010 al 100%, quando è stato licenziato per non essere più in grado di svolgere in modo corretto il servizio presso i clienti").

Considerato che il medico curante, dr. med. \_\_\_\_\_, che ha avuto in cura l'attore (anche) nel 2010, e che ha pertanto potuto valutare direttamente lo stato di salute dell'interessato, ha accertato che l'incapacità lavorativa totale nell'attività di cameriere per le vertigini non posizionali ha avuto inizio il 15 ottobre 2010 (doc. 1/1; 1/6; certificato del 24 dicembre 2010, allegato al doc. 2), che l'attore con la petizione chiede il versamento delle prestazioni dalla medesima data e che con decisione del 26 gennaio 2011, cresciuta in giudicato, l'UAI ha stabilito che l'attore ha subito un'incapacità lavorativa del 50% come cameriere dal marzo 2010 al 31 luglio 2010, mentre dal mese di agosto 2010 è stato ritenuto completamente abile al lavoro nello svolgimento delle abituali mansioni, rispettando i suoi limiti funzionali, questo TCA deve concludere, applicando il noto

principio della verosimiglianza preponderante, che l'incapacità lavorativa al 100% nell'attività da ultimo svolta dall'attore ha avuto inizio il 15 ottobre 2010.

Ritenuto che dalla *“dichiarazione riguardo alla fine del diritto all'indennità di disoccupazione”* della Cassa Disoccupazione \_\_\_\_\_ (doc. XLIII), emerge che il termine quadro per la riscossione delle prestazioni è decorso dal 2 novembre 2009 al 1° novembre 2011 e che l'ultimo giorno indennizzato (per un ammontare di fr. 156.70) è stato il venerdì 12 novembre 2010 (doc. XLIII/1), ossia 29 giorni dopo l'inizio dell'incapacità lavorativa e che pertanto l'attore è diventato incapace al lavoro mentre si trovava in disoccupazione, la perdita di guadagno indennizzabile corrisponde alla perdita dell'indennità di disoccupazione, riservato il caso in cui l'interessato sia in grado di dimostrare che senza l'inabilità al lavoro avrebbe trovato con ogni verosimiglianza un posto nuovo, concretamente definito (sentenza del 25 marzo 2013, 9C\_24/2013, consid. 4.)

Interpellato in merito a questa ipotesi in sede di udienza il 3 settembre 2014, l'attore ha affermato che *“al momento in cui è subentrata la sua malattia egli percepiva un'indennità di disoccupazione ma non aveva nelle viste una possibilità concreta di lavoro”* ed ha precisato che *“le sue condizioni di salute non gli permettevano neppure di cercare una simile occupazione”* (doc. XLIV).

In queste condizioni l'interessato ha diritto alle indennità giornaliere per la perdita di guadagno in caso di malattia di fr. 111.-- (cfr. art. \_\_\_\_\_ CGA) dal 14 novembre 2010 (dopo 30 giorni di carenza iniziata il 15 ottobre 2010; cfr. doc. A) fino al 1° novembre 2011.

2.10. L'assicurato chiede di poter essere messo al beneficio dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio.

Ritenuti l'esito della lite e il diritto a ripetibili parziali, tale richiesta, per quanto attiene alla parte per la quale l'attore è vincente in causa, è divenuta priva di oggetto (cfr. DTF 124 V 310 consid. 6; sentenza 164/02 del 9 aprile 2003). Per la parte della petizione in cui l'attore è soccombente, l'interessato può invece essere posto al beneficio dell'assistenza giudiziaria, sempre che adempia le relative condizioni (DTF 124 V 301 consid. 6).

L'art. 28 cpv. 2 Lptca stabilisce che la disciplina della difesa d'ufficio e del gratuito patrocinio è retta dalla Legge sull'assistenza giudiziaria e sul patrocinio d'ufficio [LAG], nel tenore in vigore dal 1° gennaio 2011.

I presupposti (cumulativi) per la concessione dell'assistenza giudiziaria sono in principio dati se l'istante si trova nel bisogno, se l'intervento dell'avvocato è necessario o perlomeno indicato e se il processo non è palesemente privo di esito positivo (DTF 125 V 202 consid. 4a, 372 consid. 5b e riferimenti).

Per valutare se un assicurato si trova in uno stato di bisogno, secondo la giurisprudenza, si tiene conto di un fabbisogno minimo che si situa al di sopra del minimo di esistenza agli effetti del diritto esecutivo (SVR 1998 IV Nr. 13 p. 48 consid. 7b, p. 48 consid. 7c). Al minimo esecutivo va, infatti, aggiunto un supplemento al massimo del 15-25% (cfr. STFA U 102/04 del 20 settembre 2004).

Nel caso concreto, dal certificato per l'ammissione all'assistenza giudiziaria risulta che l'attore, coniugato e con due figli piccoli, nati nel 2006 e nel 2008, è a carico dell'assistenza pubblica (doc. Q).

In queste circostanze il requisito dell'indigenza è dato.

L'assicurato non possiede inoltre le necessarie conoscenze giuridiche, per cui l'intervento di un legale appare giustificato. Infine, di primo acchito, la petizione non pareva essere priva di fondamento.

Essendo nella fattispecie soddisfatti i requisiti cumulativi per la concessione dell'assistenza giudiziaria a favore dell'assicurato, il gratuito patrocinio va concesso, riservato l'eventuale obbligo di rimborso, qualora la situazione economica dell'assicurato dovesse in futuro migliorare (cfr. art. 61 lett. f LPGA; sentenza del 15 luglio 2003, I 569/02, consid. 5; sentenza del 23 maggio 2002, U 234/00, consid. 5a, parzialmente pubblicata in DTF 128 V 174; DTF 124 V 301, consid. 6).

2.11. Con sentenza 4A\_83/2013 del 20 giugno 2013 il TF ha affermato:

" (...)  
1.

Il ricorso è presentato dalla parte soccombente nella sede cantonale (art. 76 cpv. 1 lett. a LTF), è tempestivo (art. 100 cpv. 1 LTF) ed è volto contro una sentenza finale (art. 90 LTF) emanata dall'autorità ticinese di ultima istanza (art. 75 cpv. 1 LTF) in una causa civile (art. 72 cpv. 1 LTF). Esso è ammissibile a prescindere dal valore litigioso (di soli fr. 1'120.--) poiché, come afferma correttamente la ricorrente, nel Cantone Ticino le controversie tra assicurati e assicuratori concernenti le assicurazioni complementari all'assicurazione contro le malattie sono di competenza del Tribunale cantonale delle assicurazioni in prima e unica istanza (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF; art. 7 CPC; art. 75 della legge ticinese di applicazione della LAMal del 26 giugno 1997 [RL/TI 6.4.6.1]; DTF 138 III 799 consid. 1.1)"

Secondo l'art. 49 cpv. 2 LSA, i tribunali svizzeri devono trasmettere gratuitamente all'autorità di sorveglianza una copia di tutte le sentenze concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione; s'impone perciò di notificare all'autorità di sorveglianza anche la presente sentenza in forma elettronica e senza il nominativo dell'attore.

Per questi motivi

**dichiara e pronuncia**

1. La petizione é **parzialmente accolta**.

CV 1 è condannata a versare a AT 1 un'indennità giornaliera di fr. 111 dal 14 novembre

2010 al 1° novembre 2011.

2. L'istanza tendente alla concessione dell'assistenza giudiziaria e del gratuito patrocinio, nella misura in cui non è divenuta priva di oggetto, è **accolta**.

§ Di conseguenza AT 1 è ammesso al gratuito patrocinio dell'avv. RA 1.

3. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. CV 1 verserà a AT 1 fr. 2'000 (IVA inclusa) a titolo di ripetibili.

4. Comunicazione alle parti ed alla FINMA, Berna.

Contro il presente giudizio è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione. L'atto di ricorso, in 3 esemplari, deve indicare quale decisione è chiesta invece di quella impugnata, contenere una breve motivazione, e recare la firma del ricorrente o del suo rappresentante. Al ricorso dovrà essere allegata la decisione impugnata e la busta in cui il ricorrente l'ha ricevuta.

Nelle cause 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

Daniele Cattaneo

Il segretario

Fabio Zocchetti