

Raccomandata

Incarto n.

Lugano

36.2015.94

30 giugno 2016

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: Gianluca Menghetti

statuendo sulla petizione del 10 dicembre 2015 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 1976, collaboratore di una ditta di traslochi, è assicurato contro la perdita di guadagno in caso di malattia per il tramite del proprio datore di lavoro (_____ di _____) presso CV 1 (di seguito: CV 1), tramite un contratto d'assicurazione collettiva d'indennità giornaliera retto dalla LCA (cfr. doc. S).
- 1.2. In seguito al sorgere di dolori ingravescenti in zona lombosacrale e nella gamba sinistra, AT 1 è stato dichiarato completamente inabile

al lavoro dal 21 gennaio 2013 al 24 marzo 2013. Dopo aver ricominciato a lavorare, l'assicurato è nuovamente stato dichiarato completamente inabile al lavoro dall'11 giugno 2013. In entrambi i casi l'assicuratore ha versato le indennità pattuite.

- 1.3. Il 5 novembre 2013 l'inabilità lavorativa completa è stata confermata dopo una visita di controllo ordinata da CV 1 presso il dr. med. _____, malattie reumatiche, fisiatria e riabilitazione FMH (doc. 3).
- 1.4. Il 3 febbraio 2014 il dr. med. _____, dopo aver nuovamente visitato AT 1, ha stabilito che l'interessato, dal 17 marzo 2014 avrebbe potuto riprendere un'attività lavorativa confacente in maniera completa (doc. 4). In seguito alla produzione di un nuovo esame (RM) della colonna lombare, il dr. med. _____ ha deciso di visitare un'altra volta l'assicurato (doc. 5). Con referto del 7 maggio 2014 lo specialista, sulla base della nuova documentazione, ha attestato un'inabilità lavorativa completa fino al giorno della visita, ha stabilito che l'interessato non può più svolgere la precedente attività (traslochi e montaggio/smontaggio di mobili) ed ha accertato che l'assicurato può invece esercitare un'attività leggera confacente al suo stato di salute con le limitazioni descritte nel rapporto del 3 febbraio 2014, nel primo mese al 50% (mezza giornata con rendimento normale) ed in seguito al 100% (doc. 6).
- 1.5. Con scritto dell'8 maggio 2014 l'assicuratore ha informato AT 1 che avrebbe riconosciuto indennità al 100% fino all'11 maggio 2014 e al 50% dal 12 maggio 2014, mentre dal 13 giugno 2014, essendo da considerare totalmente abile al lavoro in attività adatte al suo stato di salute non avrebbe più versato alcunché (doc. 7).
- 1.6. Il 24 giugno 2014 il dr. med. _____ ha confermato la sua valutazione anche in seguito al referto del 14 giugno 2014 del medico curante, dott. _____ (doc. 9).
- 1.7. Con decisione del 13 ottobre 2014 l'UAIE ha rifiutato il versamento di prestazioni poiché l'interessato non raggiunge un grado d'invalidità pensionabile (doc. Al pag. 139). L'amministrazione ha accertato che AT 1 lavorava all'80%, mentre per il restante 20% non svolgeva alcuna attività (doc. Al pag. 139). L'UAIE ha stabilito che in un'attività salariata, con un grado d'incapacità lavorativa in attività leggera del 50%, il grado d'invalidità raggiunge il 30%, mentre nelle "*mansioni consuete*" non è stata riscontrata alcuna limitazione, da cui un grado complessivo d'invalidità del 24% dall'11 giugno 2014 (dopo l'anno di attesa). Con il ripristino, dal 13 giugno 2014, di una capacità lavorativa completa anche in attività leggere, anche il grado d'invalidità in un'attività salariata è dello 0% (doc Al pag. 140).
- 1.8. Il 18 febbraio 2015 AT 1 è nuovamente stato visitato dal dr. med. _____, il quale ha rilevato che a partire dal mese di settembre 2014 vi è stata una ricaduta che ha portato l'assicurato ad essere nuovamente incapace al lavoro al 50% in attività leggere e confacenti al suo stato di salute (doc. 12).

- 1.9. L'11 maggio 2015 CV 1 ha informato AT 1 che non avrebbe più versato alcuna prestazione poiché l'incapacità lavorativa del 1° settembre 2014 è da considerare una ricaduta e l'interessato, con la cessazione del versamento delle indennità dal 13 giugno 2014, non rientra più nella cerchia degli assicurati. Non essendo domiciliato in Svizzera o nel Liechtenstein, in applicazione delle CGA, non può neppure passare nell'assicurazione individuale. Il suo caso non è di conseguenza più coperto (doc. 15).
- 1.10. Con petizione del 10 dicembre 2015 AT 1, rappresentato dagli avv. RA 1 e _____, ha chiesto che con effetto dal 12 maggio 2014, e sino al miglioramento dello stato di salute, venga ristabilita l'erogazione delle prestazioni secondo LAMal e LCA, segnatamente di indennità giornaliera e di cura medica. Contestualmente ha domandato di essere messo al beneficio dell'assistenza giudiziaria e del gratuito patrocinio (doc. I). L'attore chiede l'assunzione di numerose prove, e segnatamente: documenti, interrogatorio e deposizione delle parti, informazioni scritte, perizia, salvo rinuncia.
- 1.11. Con risposta del 20 gennaio 2016 l'assicuratore propone la reiezione della petizione (doc. V). L'assicuratore afferma tra l'altro che:

" (...)

Ad12. (...) Infatti, la questione fondamentale di tutta la vertenza è sapere se per il periodo che va dal 13 giugno 2014 fino al 31 agosto 2014 l'attore sia stato abile al lavoro o meno. Questo perché, il punto cardine del caso che ci occupa, è sapere se vi sia o meno la copertura contrattuale per il periodo successivo al 31 agosto 2014. E tale copertura è solo data se per il periodo dal 13 giugno 2014 al 31 agosto 2014 venisse appurata l'inabilità lavorativa dell'attore. Nel caso in cui si dovesse invece giungere alla conclusione che l'inabilità lavorativa per il summenzionato periodo non sia data, allora ci troveremmo davanti ad una scopertura contrattuale, in quanto in virtù dell'art. _____ (CGA) l'attore non avrebbe avuto il diritto di fare il passaggio dall'assicurazione collettiva a quella individuale perché non domiciliato in Svizzera o nel Principato del Liechtenstein."

- 1.12. Il 15 febbraio 2016 le parti sono state sentite nel corso di un'udienza, da cui è emerso:

" (...)

Il giudice osserva che per costante giurisprudenza federale, applicabile anche nel settore delle IPG rette dalla LCA, quando non è più esigibile lo svolgimento della precedente attività ma un cambio di attività professionale si imponga devono essere riconosciute indennità per un periodo che la giurisprudenza indica tra i 3 e 5 mesi per permettere all'assicurato il necessario adattamento alla nuova situazione.

In concreto l'assicuratore non ha garantito il riconoscimento di indennità conformemente alla giurisprudenza e ciò pur considerando le sue valutazioni di tipo medico ed il riconoscimento di CV 1 della inesigibilità nella continuazione della precedente attività professionale.

Il giudice evidenzia inoltre che dalle tavole processuali (indicazioni dello stesso dott. _____) emerge un problema ortopedico alla spalla che il professionista ha indicato e che deve essere adeguatamente indagato medicalmente.

Questa indagine non è ancora stata svolta e le conseguenze della

patologia alla spalla sulla capacità (in attività confacente) lavorativa vanno ancora approfondite.

Il giudice invita le parti, trattandosi di fattispecie retta dalla LCA e per la quale il Tribunale applica il CPC a volere eventualmente trovare una soluzione transattiva ritenuto che se ciò non fosse il caso saranno esperiti gli accertamenti necessari quo alla patologia ortopedica e il Tribunale di seguito deciderà. (...)"

- 1.13. Con scritto del 7 marzo 2016 l'attore ha informato il TCA che le parti non hanno trovato un accordo (doc. XIII).
- 1.14. L'11 marzo 2016 il Giudice delegato del TCA ha nominato quali periti il dr. med. _____, FMH medicina interna e reumatologia e il dr. med. _____, FMH chirurgia ortopedica ed ha sottoposto loro le domande peritali (doc. XIV).
- 1.15. Il 1° giugno 2016 sono pervenute al TCA la perizia del 5 maggio 2016 del dr. med. _____ (doc. XV) e la perizia del 30 maggio 2016 del dr. med. _____ (doc. XVI), unitamente alla valutazione globale dei periti (doc. XV+1 e doc. XVI+1).
- 1.16. Alle parti è stato assegnato un termine scadente il 15 giugno 2016 per presentare osservazioni scritte in merito (doc. XVII).
- 1.17. Il 14 giugno 2016 l'attore ha preso posizione sulle perizie giudiziarie, riconfermandosi nelle sue richieste e chiedendo segnatamente il versamento di prestazioni al 100% ritenuta la sua situazione valetudinaria (doc. XIX). Con scritto di medesima data l'assicuratore ha ritenuto che non vi siano osservazioni da fare (doc. XX).

in diritto

in ordine

- 2.1. Con la petizione l'attore chiede che venga ristabilita l'erogazione delle prestazioni secondo la LAMal e la LCA, segnatamente di indennità giornaliera e di cura medica. Come si vedrà meglio in seguito il contratto in essere è retto dalla LCA. La richiesta di condannare CV 1 all'erogazione di indennità giornaliera e di cura medica ai sensi della LAMal è pertanto irricevibile. Del resto da una parte non risulta che l'interessato, frontaliera, sia assicurato presso CV 1 anche in ambito LAMal e dall'altra non è stata emessa alcuna decisione formale. Ora, la decisione impugnata costituisce il presupposto ed il contenuto della contestazione sottoposta all'esame giudiziale (cfr. SVR 2005 AHV N. 19; DTF 130 V 388; DTF 122 V 36 consid. 2a; DTF 110 V 51 consid. 3b e giurisprudenza ivi citata; SVR 1997 UV 81, p. 294; cfr. anche art. 52 e 56 LPGa). Se non è stata emessa nessuna decisione, la contestazione non ha oggetto e non può dunque essere pronunciata una sentenza nel merito (cfr. STF C 22/06 del 5 gennaio 2007; DTF 131 V 164 cons. 2.1; DTF 125 V 414 consid. 1A; DTF 119 Ib 36 consid. 1b). Ne segue che le richieste di condannare l'assicuratore all'erogazione di prestazioni derivanti dalla LAMal sono irricevibili.

nel merito

2.2. 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: *Krankentag-geldversicherung: 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).

2.3. Nella presente fattispecie trovano applicazione le Condizioni generali d'assicurazione per l'assicurazione collettiva d'indennità

giornaliera ai sensi della LCA, edizione _____ (di seguito: CGA; cfr. doc. 2).

Ai sensi dell'art. _____ CGA le basi del contratto d'assicurazione sono la polizza, le CGA e le eventuali condizioni particolari e appendici, la LCA e tutti gli accordi contrattuali scritti esistenti tra l'assicuratore e il contraente dell'assicurazione o la persona assicurata.

Per l'art. _____ CGA il contratto può comprendere le seguenti assicurazioni: indennità giornaliera in caso di malattia per il titolare dell'azienda, i suoi familiari occupati nell'azienda e il personale dipendente (_____); l'indennità giornaliera in caso d'infortunio per il titolare dell'azienda ed i suoi familiari occupati nell'azienda (_____), l'indennità di parto per il titolare dell'azienda, i suoi familiari occupati nell'azienda e il personale dipendente (_____).

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 (art. 3 LPGA). Ai sensi 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 (art. 6 LPGA). Dopo 3 mesi d'incapacità al lavoro saranno prese in considerazione anche le mansioni ragionevolmente esigibili in un'altra professione o campo d'attività. Per l'art. _____ CGA è considerata incapacità al guadagno la perdita, totale o parziale, della possibilità di guadagno sul mercato del lavoro equilibrato che entra in considerazione, provocata da un danno alla salute fisica, mentale o psichica che perdura dopo aver sottoposto l'assicurato alle cure e alle misure d'integrazione ragionevolmente esigibili. Per valutare la presenza di un'incapacità al guadagno sono considerate esclusivamente le conseguenze del danno alla salute. Inoltre, sussiste un'incapacità al guadagno soltanto se essa non è obiettivamente superabile (art. 7 LPGA).

L'art. _____ CGA prevede che per la persona assicurata, la copertura assicurativa si estingue, tra l'altro, con l'uscita dall'azienda assicurata (_____), con la fine del contratto d'assicurazione (_____) con l'esaurimento del diritto alle prestazioni (_____).

Per l'art. _____ CGA nel caso di uscita dalla cerchia delle persone assicurate o di conclusione del contratto d'assicurazione, le persone assicurate e domiciliate in Svizzera o nel Principato del Liechtenstein, hanno diritto al passaggio nell'assicurazione individuale. Il diritto di passaggio deve essere fatto valere per scritto entro 90 giorni.

Ai sensi dell'art. _____ CGA se la persona assicurata, secondo l'attestazione del medico, è inabile al lavoro, l'assicuratore corrisponde per una inabilità lavorativa completa l'indennità

giornaliera stabilita per contratto fino al massimo della perdita di guadagno dimostrabile.

Per l'art. _____ CGA in caso di parziale inabilità al lavoro pari almeno al 25%, l'indennità giornaliera viene accordata in proporzione al grado d'inabilità lavorativa.

L'art. _____ CGA regola il calcolo delle prestazioni ed al punto _____ prevede segnatamente che quale base per il calcolo delle indennità giornaliere percentuali è determinante l'ultimo salario AVS percepito nell'azienda assicurata prima dell'inizio della malattia.

Ai sensi dell'art. _____ CGA se un assicurato inabile al lavoro nella sua professione abituale non può essere reinserito nella sua azienda, egli è tenuto a cercare un lavoro, entro 3 mesi, in un altro settore d'attività, e ad annunciarsi presso l'assicurazione invalidità, rispettivamente l'assicurazione disoccupazione. Per l'art. _____ CGA se l'abilità lavorativa residua non viene sfruttata, il calcolo dell'indennità giornaliera avviene considerando l'obbligo di riduzione del danno che incombe all'assicurato. Ai sensi dell'art. _____ CGA se la persona inabile al lavoro omette di annunciarsi all'assicurazione disoccupazione, risp. l'assicurazione invalidità, l'assicuratore può sospendere le prestazioni d'indennità giornaliera o ridurle. Il calcolo di eventuali prestazioni avviene considerando le prestazioni che devono presumibilmente essere erogate da queste assicurazioni.

- 2.4. Va ancora 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 (cfr. 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 (cfr. 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).

In concreto non è contestato che ci si trova in presenza di un'assicurazione contro i danni (cfr. CGA, art. _____).

2.5. Nella presente fattispecie, il TCA deve determinare se l'assicuratore malattia deve dare seguito ai suoi obblighi contrattuali mediante versamento all'attore di indennità giornaliera al 100% per il caso di malattia in essere, anche dopo l'11 maggio 2014 (cfr. *petitum*, doc. I). La convenuta, con scritto dell'8 maggio 2014, ha infatti riconosciuto indennità al 100% fino all'11 maggio 2014 e al 50% dal 12 maggio 2014 al 12 giugno 2014 (doc. 7). In seguito non ha versato alcunché, dapprima perché l'interessato è stato considerato completamente abile al lavoro in attività leggere e confacenti al suo stato di salute ed in seguito perché la ricaduta avvenuta con effetto dal 1° settembre 2014 e che ha portato l'attore ad essere incapace al lavoro al 50% in attività leggere, non sarebbe più assicurata non essendoci più alcun vincolo contrattuale e non potendo l'interessato passare nell'assicurazione individuale, non essendo domiciliato in Svizzera o nel Principato del Liechtenstein.

Circa l'aspetto medico, va rammentato che in una sentenza 4A_178/2015 dell'11 settembre 2015, pubblicata in DTF 141 III 433, il Tribunale federale ha stabilito che una perizia privata non costituisce un mezzo di prova ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 CPC e che nel processo civile le perizie di parte (*Privatgutachten*) devono essere considerate alla stessa stregua di semplici allegazioni di parte. Questa giurisprudenza vale anche per le pretese derivanti dall'assicurazione di indennità giornaliera per malattia, che nella maggior parte dei Cantoni sono giudicate dai Tribunali delle assicurazioni sociali (cfr. *Annuaire de l'assurance-maladie suisse* 2016, pag. 36 e 37).

Nel caso evaso dall'Alta Corte lo scorso settembre, si trattava di un assicurato al beneficio di un'assicurazione di indennità giornaliera fondata sulla LCA che era incapace al lavoro e ha domandato una rendita di invalidità, che la sua assicurazione privata ha rifiutato fondandosi su una perizia che essa stessa ha fatto eseguire da un medico specialista in psichiatria e psicoterapia, il quale si è basato sugli atti medici e ha visitato personalmente l'interessato, non ritenendo infine un'incapacità lavorativa. L'assicurato ha quindi chiamato in giudizio la sua assicurazione, ma davanti al Tribunale cantonale ha perso la causa. I giudici, dopo avere apprezzato le 4 valutazioni mediche agli atti (la perizia di parte allestita su mandato dell'assicuratore, il referto del curante, la perizia interdisciplinare e il parere di un altro medico a cui l'Ufficio AI ha sottoposto gli atti) giunte a conclusioni differenti sulla capacità lavorativa dell'assicurato, si sono basati sulla perizia di parte dell'assicuratore malattia e in virtù della verosimiglianza preponderante hanno ritenuto che l'assicurato non fosse inabile al lavoro. La prima istanza si è basata sulla DTF 125 V 351 consid. 3b/dd, secondo cui la perizia di parte fatta esperire dall'assicuratore malattia ha il valore di un mezzo di prova (cfr. consid. 2.1). L'assicurato ha quindi inoltrato un ricorso in materia civile presso il Tribunale federale, lamentando che la perizia fatta allestire dall'assicuratore non era una perizia neutra, ma di parte, perciò dal profilo del diritto processuale civile valeva soltanto, come stabilito dalla DTF 132 III 83 consid. 3.4, quale semplice allegazione

di parte e non come mezzo di prova (cfr. consid. 2.2).

Il TF ha dovuto quindi esaminare la questione di sapere se la perizia di parte sulla quale si è fondato l'assicuratore malattia nell'assicurazione complementare sia un mezzo di prova ai sensi del Codice di procedura civile.

Nelle sue considerazioni, l'Alta Corte ha evidenziato che nel diritto delle assicurazioni sociali il Tribunale federale ha ritenuto nella DTF 125 V 351 come il semplice fatto che la presa di posizione del medico avvenga nell'ambito di una perizia di parte a domanda dell'assicuratore non sia sufficiente per mettere in dubbio il valore probatorio della perizia. Essa ha dunque valore di un mezzo di prova. Per contro, nel diritto privato, secondo giurisprudenza costante una perizia di parte non è un mezzo di prova, ma una semplice allegazione di parte (DTF 140 III 24 consid. 3.3.3; DTF 132 III 83 consid. 3.6) (cfr. consid. 2.3).

Nel diritto privato, l'art. 168 cpv. 1 CPC enumera esaustivamente i differenti mezzi di prova, fra i quali figura la perizia. Il Tribunale federale ha proceduto a un'interpretazione sistematica del Codice e in particolare degli artt. 183 segg. CPC e ha concluso che la nozione di perizia di cui all'art. 168 cpv. 1 lett. d CPC concerne unicamente la perizia giudiziaria (cfr. consid. 2.5.2).

Una parte della dottrina considera che una perizia di parte deve potere essere prodotta al Tribunale come un documento ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 lett. b e dell'art. 177 segg. CPC. Un'altra parte della dottrina, alla quale si rifà il Tribunale federale, considera che una perizia di parte non è un mezzo di prova, poiché il legislatore escluso la perizia di parte come mezzo di prova in generale ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 CPC, e non solo quale perizia ai sensi dell'art. 168 cpv. 1 lett. d CPC (consid. 2.5.3: "[...] *Denn der Gesetzgeber lehnte das Privatgutachten als Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO allgemein und nicht nur als Gutachten i.S.v. Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO ab*").

Di conseguenza, la giurisprudenza resa in materia di diritto delle assicurazioni sociali, quale la DTF 125 V 351, non vale quando il CPC trova applicazione. È piuttosto la giurisprudenza resa in materia di diritto privato che si applica, in virtù della quale la perizia di parte non ha qualità di mezzo di prova, ma costituisce soltanto una semplice allegazione di parte (DTF 140 III 24; DTF 132 III 83).

Le allegazioni che si fondano su una perizia di parte sono generalmente considerate essere particolarmente motivate (*substanziert*), di modo che la controparte non può contestare in maniera generica (*pauschale Bestreitung*) queste allegazioni, ma deve piuttosto precisare concretamente quali sono gli elementi e i fatti che contesta. Come semplice allegazione la perizia di parte può se del caso, insieme ad indizi sostenuti dalle risultanze processuali giusta l'art. 168 cpv. 1 CPC, dimostrare quanto asserito dall'assicurato. In assenza di indizi in tal senso, se sufficientemente contestata la perizia di parte si esaurisce invece in una mera allegazione per nulla dimostrata (cfr. consid. 2.6).

Nella fattispecie analizzata dalla nostra Massima Istanza, il Tribunale cantonale aveva ammesso la perizia di parte come mezzo di prova e soltanto fondandosi su questa perizia ha ritenuto quindi comprovato che il ricorrente fosse abile al lavoro.

Di conseguenza, il giudizio cantonale ha violato l'art. 168 cpv. 1 CPC

nella misura in cui ha ritenuto che la perizia di parte fosse un mezzo di prova che permetteva di constatare la capacità di lavoro dell'interessato (cfr. consid. 2.6).

Il ricorso dell'assicurato è quindi stato accolto su questo punto e gli atti rinviati all'autorità di prima istanza per un nuovo apprezzamento delle prove tenendo conto dei principi posti a proposito delle perizie di parte (cfr. consid. 4).

- 2.6. In concreto, alla luce degli atti medici divergenti e ritenuto che nel referto del 18 febbraio 2015 il dr. med. _____, incaricato dalla Cassa di valutare lo stato di salute dell'attore, ha affermato che *“occorre inoltre una valutazione ortopedica della spalla destra che presenta alterazioni funzionali sospette per una lesione strutturale dell'apparato tendineo che va oltre all'evidente rottura del capo lungo del bicipite”* e *“non è quindi escluso che il paziente necessiti di una presa a carico chirurgica anche a questo livello”*, il TCA ha incaricato il dr. med. _____, FMH medicina interna e reumatologia ed il dr. med. _____, FMH ortopedia di allestire una perizia bidisciplinare.

Con referti del 5 maggio 2016 (doc. XV), rispettivamente del 30 maggio 2016 (doc. XVI), e con la valutazione globale del 30 maggio 2016 (doc. XV+1 e doc. XVI+1), i periti, dr. med. _____ e dr. med. _____, hanno confermato pienamente le conclusioni cui è giunto il dr. med. _____.

Il dr. med. _____, nel referto del 5 maggio 2016, dopo aver posto le diagnosi di sindrome cervicospillogena cronica intermittente bilaterale in minime alterazioni degenerative della colonna cervicale (iniziale spondilosi marginale C5/C6), disturbi statici del rachide (appiattimento della dorsale con scoliosi sinistroconvessa), sindrome lombospillogena cronica bilaterale, in alterazioni degenerative plurisegmentali del rachide lombare (discopatie L4/L5, L5/S1 con alterazioni di tipo Modic I, piccola ernia discale recidiva L5/S1, spondilartrosi plurisegmentali lombari), esiti da microdiscectomia L5/S1, tramite interemilaminectomia sinistra, con asportazione dell'ernia discale L5/S1, il 23.10.2013, con esiti chirurgici a livello di L5/S1 sul versante di sinistra con componente cicatriziale a livello del recesso epidurale, disturbi statici del rachide (appiattimento della dorsale, iperlordosi lombare, scoliosi sinistroconvessa dorsale, destroconvessa lombare), decondizionamento e sbilancio muscolare, periartropatia omeroscapolare con sintomatologia di attrito a destra in marcata artrosi acromeoclaveare, probabile lesione del labbro SLAP II, lesione della componente intraarticolare del tendine del muscolo bicipite a destra, deficit estensorio (non correggibile) dell'articolazione interfalangea prossimale II alla mano destra in esiti da revisione del tendine flessorio del dito indice della mano destra, nel 2006 circa, aver riassunto gli atti, aver descritto l'anamnesi (personale, recente, sistematica, sociale) e l'esame reumatologico del 29 aprile 2016, ha affermato che l'attore *“può svolgere un'attività lucrativa leggera e confacente al suo stato di salute dal punto di vista reumatologico”*, nei limiti funzionali esposti. Circa l'evoluzione del grado d'incapacità lavorativa, con riferimento a quanto stabilito dal dr.

med. _____, medico della Cassa e dal dr. med. _____, medico curante, il perito ha affermato:

" (...)

Va confermata la capacità lavorativa del 50% da intendersi come mezza giornata lavorativa di 4 – 4,5 ore, con rendimento massimo del 100%, dal 12.5.2014 al 12.6.2014, una capacità lavorativa del 100%, ossia un lavoro di 8-9 ore con rendimento massimo del 100%, dal 13.6.2014 fino al 31.8.2014 e di nuovo una capacità lavorativa del 50% per un'attività adatta allo stato di salute, svolta 4 – 4,5 ore al giorno, con rendimento del 100%, dall'1.9.2014; l'attuale valutazione reumatologica dell'evoluzione della capacità lavorativa corrisponde a quella descritta dal Dr. _____, specialista in reumatologia di _____ (vedasi sua lettera alla CV 1 del 24.6.2014 e il suo rapporto inerente alla visita del 18.2.2015 su incarico della CV 1); la valutazione del Dr. _____, da ultimo quella del 18.2.2015, tiene pienamente conto delle patologie riscontrate sia al rachide, sia alle articolazioni periferiche; la valutazione del neurochirurgo curante Dr. _____ di _____, del 20.11.2015, specialista che riteneva il suo paziente a quel momento non più assolutamente idoneo a svolgere alcuna attività lavorativa, non ha tenuto conto del fatto che il signor AT 1 presentava e tuttora presenta risorse fisiche, grazie alle quali potrebbe svolgere un'attività lavorativa adatta al suo stato di salute."(doc. XV, pag. 28)

Il dr. med. _____, FMH chirurgia ortopedica, nel referto del 30 maggio 2016, dopo aver riassunto gli atti, aver riportato le dichiarazioni del paziente, lo stato generale e locale e la radiologia, ha posto la diagnosi di sindrome algica spalla destra accentuata sotto carico, instabilità gleno-omerale, in presenza di una rottura del ventre muscolare del bicipite, così come di una lesione del labbro glenoidale SLAP tipo II, marcata artrosi acromio-claveare, sindrome vertebrale / spondilogeno lombare in presenza di alterazioni degenerative plurisegmentali, più marcate lombo-sacrali con alterazione di Modic 1 dei corpi vertebrali L5 e S1, insufficienza della muscolatura del tronco con strategie di compensazione, stato dopo discectomia lombo-sacrale a sinistra il 23.10.2013 con leggero disturbo residuale della sensibilità dell'arto inferiore sinistro senza indizi clinici per un'afezione radicolare irritativa o deficitaria acuta in atto, deficit residuale in estensione articolazione interfalangeale prossimale II dito mano destra, sindrome algica compartimento mediale ginocchio sinistro, stato dopo meniscectomia (doc. XVI). Il perito ha precisato che *"fino all'evento del mese di gennaio 2015 il tenore degli atti messi a disposizione, le nozioni anamnestiche fornite dal signor AT 1 e i reperti radiologici documentati, non mettono in evidenza delle affezioni di pertinenza ortopedica suscettibili di incidere significativamente, rispettivamente di invalidare le considerazioni espresse dal dr. _____ attinenti alle residuali capacità funzionali"*. Circa l'evoluzione della capacità lavorativa, il dr. med. _____ ha affermato che *"la caduta del mese di gennaio 2015 ha effettivamente modificato la capacità lavorativa del signor AT 1 nel senso di una ridotta caricabilità dell'arto superiore destro. Questo dato di fatto è stato a suo tempo ritenuto pure dal dr. _____ in occasione della visita del 18.2.2015 con valutazione della (nuova) capacità funzionale: rispetto al rapporto del 3.2.2014 le differenze ritenute non si riportano in effetti unicamente al rachide, ma tengono giustamente anche conto del cambiamento della situazione venutasi a creare alla spalla destra. Concretamente, con la valutazione del 18.2.2015, il dr. _____ non ha unicamente*

introdotto un'inabilità lavorativa nella misura del 50%, ma ha pure apportato dei cambiamenti alla tipologia delle attività ritenute medicalmente adatte. Considerazioni espresse dal dr. _____ che mantengono tuttora la loro validità dal punto di vista ortopedico" (doc. XVI, pag.12).

Per quanto concerne il quesito relativo alla valutazione globale, reumatologica e ortopedica, il dr. med. _____ ed il dr. med. _____ hanno affermato che *"fino al mese di gennaio 2015, in assenza di affezioni "attive" di pertinenza specificatamente ortopedica le considerazioni espresse dal dr. _____ sulla capacità funzionale mantengono la loro validità complessiva. La determinazione della capacità funzionale riportata dal dr. _____ nel rapporto del 18.2.2015 tiene già conto della diminuita caricabilità in seguito all'evento infortunistico del mese di gennaio 2015 con coinvolgimento dell'arto superiore destro. Le limitazioni ritenute a suo tempo mantengono tuttora la loro validità"* (doc. XV+1).

2.7. In caso di perizia giudiziaria, il giudice - di regola - non si scosta, senza motivi imperativi dalle conclusioni del perito medico, il cui ruolo consiste, appunto, nella messa a disposizione della giustizia della propria scienza medica per fornire un'interpretazione scientifica dei fatti considerati (DTF 125 V 352 consid. 3b/aa e riferimenti ivi menzionati).

Il giudice può disattendere le conclusioni del perito giudiziario nel caso in cui il rapporto peritale contenesse delle contraddizioni oppure sulla base di una controperizia richiesta dal medesimo tribunale, che porti a un diverso risultato (DTF 101 IV 130).

Il giudice può scostarsene anche nel caso in cui, fondandosi sulla diversa opinione di altri esperti, ritiene di avere sufficienti motivi per mettere in dubbio l'esattezza della perizia giudiziaria.

Questi principi sono stati confermati in una sentenza 8C_104/2007 del 28 marzo 2008 nella quale il Tribunale federale ha sottolineato che:

" Per quanto concerne in particolare 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 proprie conoscenze specifiche e di valutare, da un punto di vista medico, una certa fattispecie. Ragioni che possono indurre il giudice a non fondarsi su un tale referto sono ad esempio la presenza di affermazioni contraddittorie nella perizia stessa oppure l'esistenza di altri rapporti in grado di inficiarne la conclusione. In tale evenienza, la Corte giudicante può disporre una superperizia oppure scostarsi, senza necessità di ulteriori complementi, dalle conclusioni del referto peritale giudiziario (DTF 125 V 351 consid. 3b/aa pag. 353 e riferimenti)."

2.8. In concreto, questo Tribunale non vede ragioni che gli impediscano di fare propria la valutazione espressa dai periti giudiziari. In effetti, il loro referto non contiene contraddizioni. D'altra parte, esso presenta tutti i requisiti posti dalla giurisprudenza affinché possa essere riconosciuto, a un apprezzamento medico, piena forza probante (cfr. DTF 125 V 351 consid. 3a; 122 V 157 consid. 1c con riferimenti;

RAMI 1991 U 133 consid. 1b): in particolare, gli esperti giudiziari hanno espresso il loro apprezzamento in modo chiaro e motivato, dopo aver proceduto a un esame approfondito del caso (cfr. STF 8C_103/2008 del 7 gennaio 2009 consid. 10.2).

In queste condizioni il TCA deve concludere che l'attore, completamente inabile al lavoro nella sua precedente attività, è stato capace al lavoro in attività leggere e confacenti al suo stato di salute nella misura del 50% dal 12 maggio 2014 al 12 giugno 2014, del 100% dal 13 giugno 2014 al 31 agosto 2014 e nuovamente del 50% dal 1° settembre 2014, con le limitazioni indicate nelle perizie.

Va ora esaminato quali sono le conseguenze delle sopra citate incapacità lavorative sull'eventuale diritto alle prestazioni.

2.9. Va qui 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).

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."

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. (...)."

In concreto, l'art. _____ CGA prevede il medesimo concetto.

Per l'art. _____ CGA infatti se l'abilità lavorativa residua non viene sfruttata, il calcolo dell'indennità giornaliera avviene considerando l'obbligo di riduzione del danno che incombe all'assicurato.

Per cui, in caso d'incapacità lavorativa durevole nell'ambito

dell'attività abituale, come nel caso di specie, in ossequio all'obbligo di ridurre il danno, l'assicurato è tenuto a cambiare professione (cfr. DTF 114 V 283). Per quanto concerne la determinazione del termine che può essere assegnato all'attore per procedere al cambiamento di professione nell'ambito delle assicurazioni sociali l'allora Tribunale delle assicurazioni (dal 1° gennaio 2007: Tribunale federale) ha più volte ritenuto adeguati periodi d'adattamento varianti dai 3 ai 5 mesi (DTF 111 V 239 consid. 2a e giurisprudenza ivi citata; RAMI 1987, p. 108; 1994, p. 113ss). In questo contesto, é opportuno rammentare che l'assicurato che, incapace nella precedente attività, non mette a frutto la sua residua capacità lavorativa in un'altra professione, viene giudicato secondo l'attività professionale che avrebbe potuto esercitare con uno sforzo di buona volontà, ritenuto che l'assenza di quest'ultima non é scusabile se non derivante da malattia (DTF 114 V 283 consid. 1d; 111 V 239 consid. 2a; 101 V 145; RAMI 1987 p. 106 consid. 2).

Va qui ricordato che nella sentenza pubblicata in RAMI 2000 KV 112, pag. 122 seg., l'allora TFA ha stabilito l'applicabilità in ambito LAMal, della giurisprudenza elaborata allorquando ancora era in vigore la LAMI. La giurisprudenza è stata confermata con sentenza K 64/05 del 29 giugno 2006.

Il Tribunale federale ha applicato la medesima giurisprudenza alle assicurazioni complementari contro le malattie rette dal dritto privato. Con sentenza del 7 maggio 2002 (5C.74/2002), l'Alta Corte ha ad esempio ritenuto ammissibile assegnare un termine di 3-5 mesi per il riadattamento professionale.

In DTF 133 III 527, il TF ha affermato:

" (...)
3.2.1 L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2).
Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c non publié à l' [ATF 127 III 106](#); arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA était l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduisait, 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; [ATF 114 V 281](#) consid. 3a; voir aussi VINCENT BRULHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise - questions choisies*, 2006, p. 95 ss, 107). 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 K 14/99 du 7 février 2000, publié in Assurance-maladie et accidents [RAMA] 2000 n° KV 112 p. 122, consid. 3a; voir aussi JEAN-LOUIS DUC, Assurance sociale et assurance privée, 2003, p. 109-111).”

Il periodo di adattamento nel singolo caso può, entro tali limiti (cfr. tuttavia la sentenza del 7 agosto 1998, K 126/97, consid. 2c, solo parzialmente riassunta in RAMI 1998 no. KV 45 pag. 430, nel cui ambito l'Alta Corte ha tutelato l'operato della precedente istanza che aveva esteso a quasi sette mesi la durata del periodo di adattamento), essere fissato tenendo conto delle circostanze concrete, quali la difficile collocabilità sul mercato, l'età dell'assicurato, le capacità (fisiche) residue in un'attività adatta ecc. (DTF 114 V 289 seg. consid. 5b; SJ 2000 II pag. 440 consid. 2b; cfr. pure la sentenza citata del 7 agosto 1998, consid. 2c). Ai fini di tale esame non è per contro determinante la durata della precedente incapacità lavorativa (RAMI 2000 no. KV 112 pag. 123 consid. 3a). Né, per quanto è dato di vedere, il Tribunale federale delle assicurazioni ha mai fatto dipendere l'assegnazione di un simile periodo di transizione dall'esistenza, al momento dell'intimazione da parte dell'assicuratore malattia, di un rapporto di lavoro (cfr. ad es. i fatti posti a fondamento delle sentenze pubblicate in RAMI 1989 no. K 812 pag. 255 e in SJ 2000 II pag. 440).

- 2.10. In concreto, malgrado la pluriennale giurisprudenza federale e cantonale e malgrado le stesse CGA prevedano di assegnare un termine per cambiare attività e di calcolare il discapito economico (cfr. art. _____), l'assicuratore ha cessato in maniera inammissibile, pur in presenza di un'incapacità lavorativa totale nella precedente attività, il versamento di prestazioni senza assegnare alcun termine e senza effettuare il calcolo del danno residuo (cfr. lettera dell'8 maggio 2014, doc. 7).

Questo Tribunale non deve pertanto limitarsi a stabilire se la valutazione medica dell'assicuratore è corretta, ma è tenuto a supplire alle manchevolezze ed alle gravi lacune della convenuta che, in totale spregio delle norme applicabili e con un'attitudine che rasenta l'abuso di diritto (cfr. anche sentenza 4A_111/2010 del 12 luglio 2010 consid. 3.1, citata di seguito), non applicando neppure le norme che lui stesso si è dato con le CGA, dal 13 giugno 2014 non ha più versato alcunché.

A questo proposito in una sentenza 4A_111/2010 del 12 luglio 2010 il TF ha già avuto modo di affermare:

" (...)

3.1 Au regard de l'art. 2 LPGA, les assurances privées n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 21 al. 4 LPGA, et jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas examiné si cette disposition-ci se prête néanmoins à une transposition à ces assurances. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances actuellement codifiée à l'art. 21 al. 4 LPGA, relative aux assurances sociales, est rapportée dans un arrêt du 16 juillet 2007 relatif à une assurance privée ([ATF 133 III 527](#) consid. 3.2.1 p. 531); elle n'avait toutefois pas d'incidence sur l'issue de la cause car aucun changement de profession ni d'activité n'était exigé de l'assuré. Auparavant, dans d'autres contestations en matière d'assurance privée, le Tribunal fédéral avait renvoyé une affaire à la juridiction cantonale parce que celle-ci devait

examiner si un changement de profession était exigible et si le délai fixé par l'assureur était « approprié aux circonstances » (arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2). Dans un autre cas, le tribunal avait relevé que d'après les constatations de fait déterminantes, il n'apparaissait pas qu'un changement de profession fût raisonnablement exigible ni que l'assureur eût imparti à l'assuré, à cette fin, un « délai adéquat pour trouver un emploi » (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c). Dans une troisième cause, le tribunal avait rejeté la critique de l'assuré qui se plaignait d'un délai d'adaptation trop bref, fixé à trois mois par la juridiction cantonale (arrêt 5C.74/2002 du 7 mai 2002, consid. 3).

En doctrine, plusieurs auteurs mentionnent ces décisions et ils en déduisent sans plus d'explication que l'art. 21 al. 4 LPGa fait règle aussi en droit des assurances privées (Bettina Kahil-Wolff et Emmanuelle Simonin, Révision totale de la LCA : l'avant-projet et les assurances sociales, in *Quoi de neuf en droit social ?*, 2009, p. 130; Gebhard Eugster, Vergleich der Krankentaggeldversicherung (KTGV) nach KVG und nach VVG, in *Krankentaggeldversicherung : Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, 2007, p. 85; Vincent Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise*, 2006, p. 107; voir aussi Jean-Louis Duc, *Le droit applicable aux assurances complémentaires*, PJA 2010 p. 473).

Leur opinion doit être approuvée dans la mesure où la démarche imposée à l'assureur, selon le principe de l'art. 21 al. 4 LPGa, est une concrétisation des règles de la bonne foi qu'en vertu de l'art. 2 al. 1 CC, chacun doit respecter dans l'exercice de ses droits et l'exécution de ses obligations. Selon la jurisprudence, il y a abus de droit manifeste, prohibé par l'art. 2 al. 2 CC, lorsqu'une personne use de son droit sans ménagement ou de manière inutilement rigoureuse (ATF 135 III 162 consid. 3.3.1 p. 169; [135 III 349](#) consid. 3 p. 355; [120 II 105](#) consid. 3a p. 108), notamment lorsqu'elle choisit sans raison objective, parmi plusieurs solutions équivalentes, celle qui est la plus nuisible à l'autre partie (ATF 131 III 459 consid. 5.2 p. 462/463). De ce point de vue, lorsque l'assureur d'indemnités journalières estime que l'incapacité de travail a pris fin, à l'issue d'une période durant laquelle il a reconnu le droit de l'assuré à ses prestations, on peut attendre de lui qu'il en donne avis à l'assuré et qu'il prolonge le service des indemnités pendant le délai a priori nécessaire à une reprise effective de l'activité. La défenderesse ne peut guère contester la justification de cet avis et de ce délai car par sa lettre du 27 juin 2008, où elle accordait au demandeur un délai d'un mois pour s'annoncer à l'assurance-chômage, elle a précisément donné un avertissement de ce genre.

3.2 La contestation porte donc surtout sur la durée du délai de réflexion ou d'adaptation, que la Cour des assurances sociales a prolongé de quatre mois. En l'espèce, la durée totale de cinq mois semble considérable compte tenu que la réinsertion professionnelle du demandeur consistait simplement à retrouver un emploi dans la même profession. Dans sa lettre d'avertissement, la défenderesse annonçait toutefois une suspension complète de ses prestations et elle omettait, par là, de prendre en considération que le docteur A._____ préconisait une reprise progressive du travail, au taux de 50% d'abord, puis, après quelques semaines seulement, à temps complet. Or, pour le travailleur à la recherche d'un emploi, il est particulièrement difficile de trouver un employeur prêt à accepter de pareilles modalités. Ainsi, au regard de l'ensemble des circonstances, il n'apparaît pas que la Cour des assurances sociales ait abusé du pouvoir d'appréciation qu'il convient de lui reconnaître conformément à l'art. 4 CC (cf. [ATF 135 III 121](#) consid. 2 p. 123; [133 III 257](#) consid. 3.2 p. 272).

4.

La défenderesse soutient vainement que le demandeur avait l'obligation de solliciter l'assurance-chômage afin qu'elle pût imputer les indemnités de cette assurance sur ses propres prestations. En effet, c'est au contraire l'assurance-chômage qui est subsidiaire par rapport à une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, y compris une assurance privée, et c'est donc l'assurance-chômage qui diminue ses

indemnités de ce que l'assuré reçoit de l'autre assurance (art. 28 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité - LACI; [ATF 128 V 176](#) consid. 5 p. 181).”

Il medesimo concetto è stato ripreso nella sentenza 4A_304/2012 del 14 novembre 2012 (cfr. anche sentenza 4A_79/2012 del 27 agosto 2012 e sentenza 4A_592/2015 del 18 marzo 2016), il cui consid. 1.1 è stato pubblicato in DTF 138 III 799, e dove il TF ha affermato (cfr. anche consid. 2.3):

" 2.4 En l'espèce, la cour cantonale a considéré que l'expertise privée produite par l'assureur était convaincante. Elle a retenu - conformément à l'opinion de l'expert - que la recourante pourrait recouvrer une capacité de travail de 100% si elle exerçait une activité adaptée à son état. Elle a alors estimé qu'on pouvait attendre de l'assurée qu'elle change d'activité professionnelle et lui a accordé pour cela un délai d'adaptation de cinq mois.

Force est de constater que l'expert, dans la limite du mandat qui lui a été confié, se borne à affirmer que, d'un point de vue médico-théorique, l'assurée pourrait retrouver une capacité de travail de 100% si elle exerçait une activité adaptée à son état. L'expertise ne donne par contre aucune indication sur les chances concrètes de l'assurée de pouvoir exercer une telle activité. Or, l'art. 61 al. 2 LCA ne permet pas à l'assureur de réduire ses prestations dans la perspective d'un changement d'activité purement théorique, qui n'est concrètement pas réalisable. Le juge doit procéder à une analyse concrète de la situation. Il doit se demander, en fonction de l'âge de l'assurée et de l'état du marché du travail, quels sont ses chances réelles de trouver un emploi qui tient compte de ses limitations fonctionnelles. Il doit également examiner en fonction de la formation, de l'expérience et de l'âge de l'assurée, si un tel changement d'activité peut réellement être exigé d'elle.

La réduction de l'indemnité est en outre exclue s'il n'est en réalité pas possible de réduire le dommage par un changement d'activité professionnelle, une personne raisonnable - non couverte par une assurance - placée dans la même situation n'envisageant à l'évidence pas de changer d'activité dans ces conditions. (sur le critère cf. arrêt 5C.74/2002 déjà cité consid. 3c; HÖNGER/SÜSSKIND, op. cit., no 15 ad art. 61 LCA; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd. 1995, p. 344 et les références). Un tel changement ne peut dès lors être raisonnablement imposé à l'assurée qu'à la condition que celle-ci puisse réaliser, dans une activité à plein temps adaptée à sa situation, un revenu supérieur à celui acquis dans l'exercice de son activité actuelle à 50%.

En l'occurrence, ni le rapport d'expertise, ni l'arrêt cantonal ne disent mot de la profession qui, en fonction des critères évoqués ci-dessus, pourrait raisonnablement être exigée de l'assurée, de même que des possibilités de gain que cette nouvelle activité offrirait à celle-ci. A considérer qu'un changement professionnel puisse être exigé, aucune constatation ne permet en outre de déterminer le délai d'adaptation (qui permettrait de réaliser une formation complémentaire, voire une reconversion professionnelle) qui devrait être accordé à l'assurée.

Dans ces circonstances, il n'était pas admissible d'admettre la réduction plaidée par l'assureur en se fondant exclusivement sur l'analyse médico-théorique contenue dans le rapport d'expertise. La cour cantonale a ainsi transgressé l'art. 61 al. 2 LCA.

Les constatations de fait sont insuffisantes pour que la Cour de céans puisse se prononcer à la place de l'autorité précédente. Il y a donc lieu de lui renvoyer la cause pour qu'elle prenne une nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF).”

- 2.11. Alla luce di quanto sopra esposto, questo Tribunale deve innanzitutto evidenziare che il termine di 3 mesi previsto dall'art. _____ CGA è contrario alla giurisprudenza federale che ha stabilito che l'assicuratore deve applicare un termine tra 3 e 5 mesi, il

quale va stabilito di caso in caso, sulla base di un esame accurato della situazione concreta. In particolare occorre esaminare, in base all'età della persona assicurata e dello stato del mercato del lavoro, quali sono le possibilità reali di ritrovare un'attività che tenga conto delle limitazioni funzionali (sentenza 4A_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.4) e, in funzione della formazione, dell'esperienza e dell'età dell'assicurato se un cambiamento d'attività è realmente esigibile (sentenza 4A_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.4).

In concreto l'attore, completamente inabile nella precedente attività, è stato giudicato abile al lavoro al 50% in attività leggere da metà maggio 2014 al 12 giugno 2014 e completamente abile, in attività adeguate, dal 13 giugno 2014 al 31 agosto 2014. Già a partire dal 1° settembre 2014, sempre in attività leggere, ha tuttavia subito una ricaduta che lo ha nuovamente reso incapace al lavoro al 50% (cfr. doc. XV e XVI). La sua situazione non può pertanto essere definita stabile.

Inoltre, pur essendo ancora giovane (nato nel 1976), l'assicurato è fortemente limitato in un'attività leggera (doc. XV, pag. 27: "[...] egli può molto spesso sollevare e portar pesi fino a 5 kg fino all'altezza dei fianchi, talvolta pesi tra 5-10 kg fino all'altezza dei fianchi, mai pesi oltre 10 kg fino all'altezza dei fianchi; egli può talvolta sollevare pesi fino a 5 kg sopra l'altezza del petto, mai pesi oltrepassanti i 5 kg sopra l'altezza del petto. L'assicurato può molto spesso maneggiare attrezzi di precisione, talvolta maneggiare attrezzi di media entità, mai maneggiare attrezzi pesanti o molto pesanti. La rotazione manuale è normale. L'assicurato può di rado effettuare lavori al di sopra della testa, talvolta effettuare la rotazione del tronco, molto spesso assumere la posizione seduta ed inclinata in avanti, di rado la posizione eretta e piegata in avanti, può talvolta assumere la posizione inginocchiata, molto spesso effettuare la flessione delle ginocchia, di rado assumere la posizione accovacciata. L'assicurato può assumere spesso la posizione seduta di lunga durata, talvolta la posizione in piedi di lunga durata. L'assicurato può molto spesso camminare fino a 50 metri, molto spesso oltre 50 metri, talvolta camminare per lunghi tragitti, come pure talvolta camminare su terreno accidentato, può spesso salire le scale, mai salire su scale a pioli; [...]"). Egli del resto, dopo aver svolto l'attività d'apprendista meccanico dal 1991 al 1996, è stato titolare della propria azienda di trasporto e montaggio mobili dal 1997 al 2011 e poi ha lavorato quale dipendente, nel medesimo ramo d'attività, dal 2011 (incarto AI, pag. 45). L'attore ha pertanto svolto la medesima attività di traslocatore negli ultimi vent'anni.

Ne segue che all'attore deve essere assegnato un termine di 5 mesi per permettergli di adattarsi alla nuova situazione valetudinaria e trovare una nuova occupazione leggera ed adatta al suo stato di salute.

A questo proposito l'assicurato, ancora giovane, senza dover intraprendere una specifica riqualifica professionale, potrebbe svolgere attività semplici e ripetitive dal profilo fisico leggero o medio-leggero (cfr. anche sentenza 32.2011.143 del 21 novembre 2011; cfr. per analogia sentenze 9C_673/2009 del 14 aprile 2010 consid. 6.2,

9C_753/2008 del 26 ottobre 2009 consid. 3.5 e U 463/00 del 28 ottobre 2003 consid. 3.3; sentenza 8C_399/2007 del 23 aprile 2008; Pratique VSI 1998 pag. 296 consid. 3b; sentenza U 329/01 del 25 febbraio 2003 consid. 4.7).

In particolare gli può essere richiesto di sfruttare la sua residua capacità lavorativa in quei settori d'attività accessibili a lavoratori non qualificati, con mansioni semplici e ripetitive, che non richiedono una preparazione professionale specifica ma possono essere esercitate dopo una semplice introduzione al posto di lavoro ed un breve periodo di rodaggio. Va qui rilevato che specialmente nell'ambito industriale, ma anche nel settore delle prestazioni di servizio, vi sono, in effetti, delle attività di mera sorveglianza, fisicamente assai leggere, che possono essere svolte sia in posizione seduta che in piedi (per esempio attività d'incasso, d'assemblaggio, di confezione prodotti, di controllo, ecc.) con la possibilità anche di variare frequentemente la postura (cfr. anche sentenza 32.2011.143 del 21 novembre 2011; cfr. per analogia sentenze 9C_673/2009 del 14 aprile 2010 consid. 6.2, 9C_753/2008 del 26 ottobre 2009 consid. 3.5 e U 463/00 del 28 ottobre 2003 consid. 3.3).

Ne segue che per l'attore un cambiamento di attività va considerato esigibile.

In queste condizioni all'assicurato, dal 12 maggio 2014 al 12 ottobre 2014, ossia per 5 mesi, vanno versate indennità al 100% (cfr. sentenza 4A_111/2010 del 12 luglio 2010 consid. 3.2.1: “[...] *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 [...]*”, sottolineatura del redattore).

Ritenuto che l'insorgente ha diritto ad indennità giornaliera anche dopo il 1° settembre 2014, ossia dopo la ricaduta, e che di conseguenza è rimasto nella cerchia degli assicurati anche per il periodo dal 13 giugno 2014 fino al 31 agosto 2014, non deve essere risolta la questione di sapere se la norma delle CGA (art. _____) che permette ai soli domiciliati in Svizzera e nel Principato del Liechtenstein di passare nell'assicurazione individuale è compatibile con le norme interne svizzere e con gli impegni internazionali del nostro Paese, segnatamente l'ALC.

2.12. Va ora esaminato se l'attore ha diritto ad indennità, ed eventualmente in quale misura, dal 13 ottobre 2014.

Anche in questo caso spetta al Tribunale esaminare la questione poiché l'assicuratore, malgrado la pluriennale giurisprudenza e malgrado le sue stesse CGA (cfr. art. _____) prevedano di effettuare il calcolo del danno residuo, non si è minimamente chinato su questa problematica.

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).

In concreto dagli atti prodotti con la petizione emerge che il salario di base/guadagno assicurato, nel 2014, ammontava a fr. 38'650.75 (doc. R).

- 2.13. Per quel che concerne il reddito da invalido, va ricordato che lo stesso è determinato sulla base della situazione professionale concreta dell'interessato, a condizione però che quest'ultimo sfrutti in maniera completa e ragionevole la capacità lavorativa residua e che il reddito derivante dall'attività effettivamente svolta sia adeguato e non costituisca un salario sociale ("Soziallohn") (DTF 126 V 76 consid. 3b/aa e riferimenti).

Se invece non esiste un siffatto guadagno, in particolare perché l'assicurato non ha intrapreso una attività lucrativa da lui esigibile, il reddito da invalido, da contrapporre a quello da valido nella determinazione del grado di invalidità, può essere ricavato dai

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

L'Alta Corte ha stabilito che sono esclusivamente applicabili, in difetto di indicazioni economiche concrete, i dati salariali nazionali risultanti dalla tabella di riferimento TA1 dell'inchiesta sulla struttura dei salari edita dall'Ufficio federale di statistica e non i valori desumibili dalla tabella TA13, che riferisce dei valori in relazione alle grandi regioni (SVR 2007 UV nr. 17, STFA del 5 settembre 2006 nella causa P., I 222/04).

Per quanto concerne il 2014, anno di eventuale continuazione del versamento delle indennità, dall'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari 2012 (cfr., a quest'ultimo proposito la sentenza 9C_632/2015 del 4 aprile 2016 destinata a pubblicazione, in particolare consid. 2.5.7), edita dall'Ufficio federale di statistica, più precisamente dalla tabella TA1 2012 skill level (NOGA08, RSS 2012 pag. 35; salario mensile lordo [valore centrale] secondo il ramo economico, il livello di competenze e il sesso; cfr. sentenza 9C_632/2015 del 4 aprile 2016 destinata a pubblicazione), emerge che il salario lordo mediamente percepito in quell'anno dagli *uomini* per un'attività semplice di tipo fisico o manuale (ossia il livello 1 di competenze; cfr. sentenza 9C_632/2015 del 4 aprile 2016 destinata a pubblicazione, consid. 2.5.7) di 40 ore settimanali nel *settore privato* (circa la rilevanza delle condizioni salariali nel *settore privato*, cfr. RAMI 2001 U 439 pag. 347 segg. e SVR 2002 UV 15 pag. 47 segg.), corrisponde ad un importo di Fr. 62'520.- (Fr. 5'210.- x 12 mesi).

Adattando all'evoluzione dei salari nominali questo dato fino al 2014 (DTF 126 V 81 consid. 7a; STF U 8/07 del 20 febbraio 2008; STCA 36.2008.148 del 12 dicembre 2008; STCA del 13 febbraio 2006, 36.2005.55), si ottiene un salario di Fr. 63'442,12 (Fr. 62'520.- : 101,7 x 103,2; cfr. Tabella B10.4 pubblicata in: La Vie économique, 3/4-2015, pag. 90 e Tabella T1.1.10 Indice dei salari nominali, Uomini, 2011-2014, pubblicata dall'Ufficio federale di statistica; cfr. la sentenza 8C_671/2013 del 20 febbraio 2014, consid. 4.2).

Questi dati si riferiscono, però, ad un tempo lavorativo di 40 ore alla settimana.

Riportando queste cifre su un orario medio di lavoro settimanale nelle aziende di 41,7 ore computabili nel 2014 (cfr. per questo aspetto, STFA I 203/03 del 21 luglio 2003, consid. 4.4; cfr. anche sentenza U 8/07 del 20 febbraio 2008 e la tabella B9.2 pubblicata in: La Vie économique, 3/4-2015, pag. 88 e la Tabella sulla durata normale del lavoro nelle aziende secondo la divisione economica, in ore per settimana, pubblicata dall'Ufficio federale di statistica), il salario lordo medio ipotetico nazionale da invalido per un uomo ammonta a Fr. 66'138,41 (Fr. 63'442,12 : 40 x 41,7), ritenuto che la quota di tredicesima è già compresa (STFA U 274/98 del 18 febbraio 1999, consid. 3a).

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.

L'Alta Corte 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).

Con sentenza 9C_179/2013 del 26 agosto 2013, a proposito della riduzione del salario statistico tramite l'utilizzo di multipli di 5, il TF ha affermato:

" 5.4 Contrariamente al potere di apprezzamento del Tribunale federale, quello dell'autorità giudiziaria di primo grado non è per contro limitato alla violazione del diritto (compreso l'eccesso e l'abuso del potere di apprezzamento), ma si estende ugualmente all'esame di adeguatezza della decisione amministrativa ("Angemessenheits-kontrolle"). In tale contesto l'esame verte sulla questione di sapere se un'altra soluzione non sarebbe stata più opportuna rispetto a quella adottata, in un caso concreto, dall'autorità nell'ambito del proprio potere di apprezzamento e pur nel rispetto dei principi generali del diritto. A tal proposito, il giudice delle assicurazioni sociali non può, senza valido motivo, sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione; deve piuttosto fondarsi su circostanze tali da fare apparire il proprio apprezzamento come quello maggiormente appropriato (DTF 126 V 75 consid. 6 pag. 81; DTF 137 V 71 consid. 5.2 pag. 73 seg.).

5.5. La decisione del Tribunale cantonale di distanziarsi dalla deduzione operata dall'UAI a titolo di circostanze particolari non viola il diritto federale né configura altrimenti un abuso o un eccesso nell'esercizio del potere di apprezzamento poiché poggia su un valido motivo. Come fanno giustamente notare i giudici di prime cure, nella sua prassi il Tribunale federale applica infatti abitualmente a questo genere di deduzioni dei multipli di 5 quando non si limita semplicemente ad avallare – a causa dell'ininfluenza del calcolo per l'esito della valutazione – il giudizio dell'istanza precedente. L'applicazione di tassi più frazionati si rivelerebbe invece problematica poiché siffatte riduzioni sarebbero difficilmente concretizzabili e quindi anche difficilmente verificabili in sede giudiziaria (cfr. Ulrich Meyer, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], in: Murer/Stauffer [ed.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2a ed. 2010, pag. 314). (...)"

Nel caso di specie l'UAIE ha ridotto il salario d'invalido del 18% (pag. 122 e 140 doc. AI), ossia una percentuale non più applicabile in seguito alla sentenza 9C_179/2013 del 26 agosto 2013 (cfr. anche la sentenza 9C_767/2015 del 19 aprile 2016 dove il TF al consid. 4.6 ha ribadito che *"l'applicazione di tassi più frazionati si rivelerebbe invece problematica poiché siffatte riduzioni sarebbero difficilmente concretizzabili e quindi anche difficilmente verificabili in sede giudiziaria"*; per una critica all'operato dell'amministrazione che si ostina ad applicare percentuali diverse dal multiplo di 5, cfr. sentenza 32.2015.28 del 9 novembre 2015, consid. 2.8).

In concreto va di conseguenza applicata una riduzione del 20%, ritenuto che l'attore può svolgere attività leggere solo nella misura del 50% e che le limitazioni riconosciute dai periti sono importanti (cfr. doc. XV, pag. 27).

Raffrontando il reddito da valido di fr. 38'650.75 con quello da invalido di fr. 66'138, ridotto del 50% (incapacità lavorativa) a fr. 33'069 ed in seguito del 20% (riduzione sociale) a fr. 26'455, si ottiene un grado del 31,5%, che dà diritto a prestazioni nella medesima misura. Infatti, per l'art. _____ CGA in caso di parziale inabilità al lavoro pari almeno al 25%, l'indennità giornaliera viene accordata in proporzione al grado d'inabilità lavorativa.

Ne segue che la petizione, su questo punto, va parzialmente accolta nel senso che l'assicuratore è tenuto a versare all'attore indennità giornaliere al 100% dal 12 maggio 2014 al 12 ottobre 2014 ed al 31,5% dal 13 ottobre 2014 sino ad esaurimento delle prestazioni.

- 2.14. L'attore, oltre alle prestazioni in ambito LAMal (cfr. consid. 2.1) ed alle indennità giornaliera LCA, chiede la condanna dell'assicuratore all'erogazione di cure mediche LCA. Ora, le CGA prodotte prevedono all'art. _____ che il contratto può comprendere le seguenti assicurazioni: indennità giornaliera in caso di malattia per il titolare dell'azienda, i suoi familiari occupati nell'azienda e il personale dipendente (_____), indennità giornaliera in caso di infortunio per il titolare dell'azienda ed i suoi familiari occupati nell'azienda (_____), indennità di parto per il titolare dell'azienda, i suoi familiari occupati nell'azienda e il personale dipendente (_____).

Non vi sono le prestazioni di cure mediche chieste con la petizione.

Su questo punto la petizione va respinta.

- 2.15. L'attore ha chiesto l'assunzione di numerose prove (documenti, interrogatorio e deposizione delle parti, informazioni scritte, perizia, salvo rinuncia).

Il TCA ha sentito le parti nel corso di un'udienza ed ha fatto allestire una perizia medica bidisciplinare. Ulteriori prove non sono necessarie, giacché gli atti prodotti e gli accertamenti effettuati nelle more processuali sono sufficienti per decidere nel merito della vertenza.

Questo Tribunale rinuncia di conseguenza all'assunzione delle ulteriori prove richieste.

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).

- 2.16. L'attore, parzialmente vincente in causa, chiede di 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 (minima) parte della petizione in cui l'assicurato 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).

Ai sensi dell'art. 117 CPC ha diritto al gratuito patrocinio chiunque sia sprovvisto dei mezzi necessari (lett. a) e la cui domanda non appaia priva di possibilità di successo (lett. b).

Per l'art. 119 CPC l'istanza di gratuito patrocinio può essere proposta prima o durante la pendenza della causa (cpv. 1). L'istante deve esporre la sua posizione reddituale e patrimoniale e pronunciarsi sul merito e sui mezzi di prove che intende proporre. Può indicare nell'istanza il nome del patrocinatore desiderato (cpv. 2). Il giudice decide sull'istanza in procedura sommaria. La controparte può essere sentita. La controparte deve comunque essere sentita se il gratuito patrocinio comporta la dispensa dal prestare cauzione per le ripetibili (cpv. 3). In casi eccezionali il gratuito patrocinio può essere concesso con effetto sospensivo (cpv. 4). In sede di ricorso l'istanza di gratuito patrocinio può essere riproposta (cpv. 5).

Secondo l'art. 123 CPC la parte cui è stato concesso il gratuito patrocinio è obbligata alla rifusione appena sia in grado di farlo (cpv. 1). La pretesa del Cantone si prescrive in dieci anni dalla chiusura del provvedimento (cpv. 2).

In concreto dagli atti emerge che l'attore è sposato, senza entrate proprie. Sua moglie esercita un'attività dipendente in Svizzera e consegue un salario netto di fr. 2'802.45 al mese. I coniugi sono proprietari di un immobile in _____ del valore di circa 200'000 Euro. Essi hanno un conto postale con circa 4'000 euro, una Fiat sedici ed una Fiat Punto (doc. O). Non hanno esposto debiti ipotecari (cfr. doc. O, pag. 2)

In una sentenza I 134/06 del 7 maggio 2007 il TF ha stabilito

quanto segue:

" (...) prima di potere eventualmente richiedere l'assistenza giudiziaria dallo Stato, la persona interessata, nel limite dell'esigibile (la giurisprudenza federale garantisce una riserva di soccorso ["Notgroschen"; v. RSAS 2003 pag. 522, B 52/02, consid. 5.3; inoltre sentenza 4P.158/2002 del 16 agosto 2002, consid. 2.2]), deve di principio attingere alla propria sostanza (DTF 119 la 11 consid. 5a pag. 12; sull'esigibilità, per il richiedente, di gravare un immobile e di assumersi un [ulteriore] debito ipotecario cfr. ad es. DTF 119 la 11 nonché Anwaltsrevue 8/2003 pag. 272, B 54/05). Ora, dalla documentazione fornita dal ricorrente si evince che lo stesso dispone di una sostanza sufficiente per potere pagare la propria legale nella procedura AI oggetto del presente ricorso. In calce al modulo, presentato in questa sede, per la richiesta dell'assistenza giudiziaria, l'autorità comunale ha indicato in fr. 301'696.- l'importo della sostanza risultante dalla tassazione 2003, emessa in data 21 settembre 2005, mentre con la più recente decisione provvisoria di fissazione dei contributi AVS/AI/IPG del 2 giugno 2006 la Cassa cantonale di compensazione ha accertato in fr. 134'000.- la sostanza netta complessiva in Svizzera o all'estero."

Nella sentenza pubblicata in DTF 119 la 11, l'Alta corte ha affermato:

" (...)
Dans un arrêt du 24 février 1982, la Ire Cour de droit public du Tribunal fédéral n'a pas jugé contraire à l'art. 4 Cst. la décision selon laquelle le propriétaire d'un immeuble estimé à 199'650 francs et grevé à concurrence de 182'998 francs 20 peut obtenir un crédit supplémentaire sur sa fortune nette, à savoir 16'651 francs 80, pour mener le procès. Le requérant doit en effet mettre à contribution son patrimoine, avant d'exiger de l'Etat l'assistance judiciaire; ce n'est que lorsque l'immeuble ne peut plus être ultérieurement grevé que l'autorité cantonale tombe dans l'arbitraire (arrêt non publié Z. c. K. et Juge-Instructeur II du district de Viège, consid. 6).
Cette solution est en accord avec la jurisprudence cantonale et la doctrine, qui estiment également que le propriétaire d'un bien-fonds doit en principe obtenir un crédit garanti par l'immeuble, autant que ce dernier peut encore être grevé (Zurich: BIZR 1969 p. 273; Bâle-Ville: BJM 1987 p. 220 consid. 2; Neuchâtel: RJN 1991 p. 112 consid. 2a, 1986 p. 127 consid. 2, qui cite un arrêt non publié en la cause J. du 12 novembre 1980; Thurgovie: RBOG 1986 p. 69 consid. 3; Valais: RVJ 1982 p. 86 consid. 2; Berne: Circulaire de la Cour d'appel no 18 du 15 novembre 1989, citée dans ATF 118 la no 51 précité, consid. 2, non publié; ZEN-RUFFINEN, Assistance judiciaire et administrative: les règles minima imposées par l'art. 4 Cst., JdT 1989 I p. 39; FAVRE, L'assistance judiciaire gratuite en droit suisse, thèse Lausanne 1989, p. 52; RIES, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, thèse Zurich 1990, p. 90/91; contra: DÜGGELIN, Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Luzern, thèse Zurich 1986, p. 81 en haut).
Ce principe ne saurait être tenu pour contraire à l'art. 4 Cst. Il prend moins en considération la valeur de l'immeuble comme telle, que le crédit que celui-ci permet au propriétaire d'obtenir. Dans cette optique, un arrêt neuchâtelois a estimé qu'il faut pareillement tenir compte de la part du requérant dans une succession non partagée (RJN 1982 p. 114; la cour de céans a rejeté le recours de droit public formé contre cette décision: arrêt non publié dame B. c. Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 2 février 1982, consid. 3b, qui relève que la recourante peut "obtenir un prêt sur sa part successorale ou contracter un emprunt garanti par cette part")."

In casu, nel certificato per l'ammissione all'assistenza giudiziaria, compilato dal medesimo attore, figura che il valore dell'immobile in _____ ammonta a circa 200'000 Euro (doc. O). Egli non indica di aver debiti ipotecari (doc. O, pag. 2).

Di conseguenza l'assicurato è tenuto ad intaccare la propria sostanza, chiedendo semmai un prestito ipotecario per far fronte al pagamento delle spese legali.

Ne segue che l'attore non ha reso verosimile la sua indigenza e pertanto non può essere messo al beneficio dell'assistenza giudiziaria e del gratuito patrocinio.

2.17. Secondo l'art. 52 CPC tutte le persone che partecipano al procedimento devono comportarsi secondo buona fede.

Ai sensi dell'art. 114 lett. e CPC nella procedura decisionale non sono addossate spese processuali per le controversie derivanti da assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie secondo la legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie.

Per l'art. 115 CPC in caso di malafede o temerarietà processuali, le spese processuali possono essere addossate a una parte anche nelle procedure gratuite.

Nel caso di specie, come esposto ai consid. da 2.10 a 2.12, malgrado, sia la pluriennale giurisprudenza federale e cantonale, sia le stesse CGA, prevedano che se un assicurato inabile al lavoro nella sua professione abituale non può essere reinserito nella sua azienda deve essergli concesso un termine (3 mesi secondo le CGA, 3-5 mesi secondo la giurisprudenza) per trovare un'occupazione in un altro settore d'attività, nonché la necessità di effettuare il calcolo del discapito economico, l'assicuratore ha cessato in maniera inammissibile, pur in presenza di un'incapacità lavorativa totale nella precedente attività, il versamento di prestazioni senza assegnare alcun termine durante il quale continuare ad erogare prestazioni nelle medesime precedenti condizioni (se non un mese al 50%, malgrado la totale incapacità lavorativa nella precedente attività) e senza effettuare il calcolo del danno residuo (cfr. lettera dell'8 maggio 2014, doc. 7). L'attitudine della convenuta non si è modificata neppure in seguito all'udienza del 15 febbraio 2016, nel corso della quale il Giudice delegato aveva fatto presente la giurisprudenza generalmente applicabile (cfr. doc. XI ripreso al consid. 1.12. e doc. XX).

Nella già citata sentenza 4A_111/2010 del 12 luglio 2010 il TF ha evidenziato che l'obbligo imposto all'assicuratore, secondo il principio di cui all'art. 21 cpv. 4 LPGA, è una concretizzazione del principio della buona fede che in virtù dell'art. 2 cpv. 1 CC ognuno deve rispettare nell'esercizio dei suoi diritti e nell'esecuzione dei suoi obblighi. Secondo la giurisprudenza c'è un abuso di diritto manifesto quando, ad esempio, una persona utilizza il suo diritto in maniera inutilmente rigorosa (DTF 135 III 162 consid. 3.3.1, DTF 135 III 349, consid. 3, DTF 120 II 105, consid. 3a), segnatamente quando sceglie senza ragioni oggettive, tra più soluzioni equivalenti, quella che procura maggiore nocimento all'altra parte (DTF 131 III 459, consid. 5.2).

Il TF, il 12 luglio 2010, ossia quasi 6 anni fa, ha affermato che

quando l'assicuratore d'indennità giornaliera ritiene che l'incapacità di lavoro dell'assicurato ha preso fine, al termine di un periodo durante il quale ha riconosciuto il diritto dell'assicurato alle prestazioni, si può attendere da lui che avvisi l'assicurato e che prolunghi il versamento delle indennità durante un termine necessario per una ripresa effettiva dell'attività.

In concreto con lo scritto dell'8 maggio 2014 (doc. 7) la convenuta si è limitata ad informare l'assicurato che avrebbe versato, "*in via del tutto eccezionale*" indennità al 100% sino all'11 maggio 2014, ossia, nella migliore delle ipotesi, fino a due giorni dopo la ricezione della lettera, ed in seguito avrebbe erogato indennità al 50% fino al 12 giugno 2014, poiché inabile in tale misura in attività leggere. Dal 13 giugno 2014 l'assicuratore avrebbe cessato il versamento di qualsiasi prestazione poiché l'attore è ritenuto abile al 100% in un'attività adeguata.

Questa attitudine è manifestamente contraria sia alla (pluriennale) giurisprudenza, sia alle medesime CGA.

Inoltre, malgrado il dr. med. _____, incaricato dallo stesso assicuratore, avesse rilevato, il 18 febbraio 2015, che "*occorre inoltre una valutazione ortopedica alla spalla destra che presenta alterazioni funzionali sospette per una lesione strutturale dell'apparato tendineo che va oltre all'evidente rottura del capo lungo del bicipite. Non è quindi escluso che il paziente necessiti di una presa a carico chirurgica anche a questo livello*", l'assicuratore non ha messo in atto alcuna indagine supplementare, obbligando in sostanza questo Tribunale a dover allestire una perizia anche in questo ambito.

Certo, le valutazioni del dr. med. _____, sono poi state confermate dalla perizia ortopedica del dr. med. _____.

Tuttavia se la convenuta avesse messo in atto autonomamente le indagini mediche che si imponevano e avesse concesso perlomeno il minimo previsto dalla giurisprudenza e dalle medesime CGA, ossia tre mesi per cambiare attività con versamento di indennità al 100%, ed avesse effettuato il calcolo del discapito economico, l'oggetto del contendere sarebbe stato limitato ed avrebbe imposto all'assicurato ed a questo Tribunale minori oneri.

Con il suo agire in malafede contrario alla giurisprudenza ed alle sue medesime CGA, l'assicuratore ha causato spese supplementari sia all'attore, sia a questo Tribunale.

Gli oneri imposti inutilmente all'attore sono compensati con le ripetibili, mentre quelli sopportati da questo Tribunale sono a carico dell'assicuratore in applicazione dell'art. 115 CPC.

Ne segue che l'assicuratore va condannato al versamento di fr. 3'000.-- di ripetibili all'attore, nonché di fr. 800.-- di tassa di giustizia e di fr. 1'016.50 per l'esame alla spalla del 27 aprile 2016 effettuato presso l'_____ su richiesta del perito, dr. med. _____ (doc. XVIII/1).

2.18. Per quanto concerne l'ammissibilità di un ricorso al TF in funzione

del valore litigioso della causa, con sentenza 4A_83/2013 del 20 giugno 2013 l'Alta Corte ha affermato che:

" (...) 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, nella misura in cui è ricevibile, è **parzialmente accolta**.
§ CV 1 è condannata a versare a AT 1 indennità giornaliera al 100% dal 12 maggio 2014 al 12 ottobre 2014 ed al 31,5% dal 13 ottobre 2014.
2. La domanda di assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio, nella misura in cui non è diventata priva di oggetto, è **respinta**.
3. La tassa di giustizia fissata in fr. 800.--, nonché le spese per l'esame peritale del 27 aprile 2016 presso l'_____, per fr. 1'016.50, sono a carico di CV 1. CV 1 verserà a AT 1 fr. 3'000.-- (IVA inclusa se dovuta) 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.

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Daniele Cattaneo

Il segretario

Gianluca Menghetti