

Raccomandata

Incarto n.

Lugano

36.2016.40

21 novembre 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 7 aprile 2016 di

RI 1

rappr. da: RA 1

contro

CO 1

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. RI 1, gessatore indipendente nato nel 1965, ha sottoscritto un'assicurazione d'indennità giornaliera collettiva contro la perdita di guadagno in caso di malattia e infortunio _____ presso CO 1 (di seguito: CO 1), con effetto dal 1° settembre 2013 (doc. 2).
- 1.2. Il 27 settembre 2014 RI 1 ha notificato all'assicuratore un'inabilità lavorativa al 100% causa malattia, indicando quale patologia: "*problemi alla schiena*" "*cervicale*" ed allegando un certificato del

- proprio medico curante, dr. med. _____ (doc. 6).
- 1.3. Il 14 novembre 2014 l'assicurato è stato visitato dal dr. med. _____, FMH medicina interna, su incarico dell'assicuratore (doc. 8). Il medico ha confermato la completa incapacità lavorativa (doc. 8) e CO 1 ha versato le prestazioni pattuite dal 15 settembre 2014 al 29 settembre 2015 per complessivi fr. 64'924 (doc. 10 e seguenti).
- 1.4. Il 4 dicembre 2014 RI 1 ha disdetto il contratto assicurativo con effetto a partire dal 1° gennaio 2015 (doc. 5).
- 1.5. RI 1, rappresentato dall'avv. RA 1 e per esso dal Mlaw _____, si è rivolto al TCA, richiamando l'intero incarto medico presso CO 1, chiedendo la condanna di CO 1 al pagamento delle indennità giornaliere dal 22 luglio 2015 e domandando contestualmente di essere messo al beneficio dell'assistenza giudiziaria con il gratuito patrocinio (doc. I).
- 1.6. Con risposta del 4 maggio 2016 l'assicuratore, che ha prodotto il suo incarto, ha proposto il parziale accoglimento della petizione, nel senso di riconoscere all'attore le indennità giornaliere assicurate dal 22 luglio 2015 al 30 luglio 2015 nella misura del 100% (ossia la differenza rispetto al 50% già versato) e dal 1° settembre 2015 per la durata di 5 mesi, ossia fino al 31 gennaio 2016 (doc. V).
- 1.7. Il 18 maggio 2016 l'attore ha prodotto un referto del 6 maggio 2016 del dr. med. _____, FMH neurologia ed ha rilevato la presenza anche di una patologia psichiatrica, diagnosticata dal dr. med. _____ (doc. VII).
- 1.8. Con osservazioni del 6 giugno 2016 CO 1 ha evidenziato che dalla documentazione prodotta dall'attore emerge in sostanza che la patologia per la quale sono state chieste prestazioni era già presente prima della conclusione del contratto e di conseguenza in applicazione dell'art. 9 LCA non possono essere riconosciute indennità giornaliere (doc. X). L'assicuratore, che sostiene come l'attore sia stato reticente al momento della stipula del contratto non avendo dichiarato le malattie di cui era già affetto, sostiene che la risposta di causa non era corretta perché si fondava su fatti non conosciuti. Per cui, pur rinunciando eccezionalmente a chiedere in restituzione le prestazioni già erogate (fr. 64'924), il contratto va considerato parzialmente nullo e nessuna prestazione deve essere ulteriormente versata. CO 1 evidenzia inoltre che anche il salario percepito prima della stipula del contratto in esame (fr. 18'957 nel 2013, fr. 27'898 nel 2012 e fr. 48'686 nel 2011) era nettamente inferiore rispetto a quello di fr. 70'000 dichiarato alla sottoscrizione del contratto.
- 1.9. Il 13 giugno 2016 le parti sono state sentite nel corso di un'udienza dalla quale è emerso:

" (...)

Il GD invita parte attrice a voler produrre l'intero incarto AI in copia.

A richiesta del giudice parte attrice precisa che _____ è figlia dell'attore e per la domanda di AG è stato prodotto un estratto RFD di _____ che specifica l'esistenza di un fondo (_____) di proprietà di _____ che l'ha acquistato dallo _____. Il dg data del _____. Il fondo è stato gravato da un diritto d'abitazione, esercitabile sull'edificio di 115 m2 vita natural durante in favore del qui attore. È in atto una procedura di pignoramento del salario che andava a gravare le IG versate da CO 1.

Sempre per l'AG è stato prodotto un contratto di locazione relativo ad un appartamento di 3,5 locali 90 m2 da _____ al qui attore per una pigione mensile di fr. 1'250.-. L'attore precisa che la figlia vive al piano inferiore.

L'attore precisa convivere con _____, 1975, di avere obblighi alimentari nei confronti della ex moglie e madre dei suoi 4 figli e precisa che le prime due sono indipendenti mentre il terzo figlio è agli studi e l'ultimo genito è sedicenne.

Preso atto che con allegato pervenuto al TCA il 7 giugno scorso l'assicuratore postula la completa reiezione della petizione contrariamente alle conclusioni di petizione il Giudice offre all'attore ampio spazio per esprimersi in merito.

L'avv. RA 1 evidenzia le gravi lacune nelle verifiche minime necessarie che CO 1 ha omesso. Osserva, con riferimento all'ultimo allegato dell'assicuratore formante il doc. X, che CO 1 era in possesso di elementi che segnalavano la preesistenza di sofferenza alla schiena. Questi elementi sono stati sottovalutati dall'assicuratore che non può oggi a venire ad opporli con una richiesta dell'art. 9 LCA.

L'avv. RA 1 si riserva di essere più puntuale e preciso in un allegato che se del caso sarà prodotto a questo Tribunale ritenuto che le parti vengono invitate a voler trovare una soluzione transattiva da parte del Giudice.

Il Gd invita le parti nuovamente a riflettere per definire una comune soluzione alla vertenza alla luce dei rischi di causa che egli illustra nello specifico, in particolare con riferimento alla preesistenza di patologie coinvolgenti la schiena, patologie che hanno sicuramente connotato una progressione come rilevabile dal rapporto del dr.med. _____ in particolare alla valutazioni di pag. 3 in fine e pag. in initio.

Ulteriore aspetto che le parti sono invitate a considerare è il fatto che si tratta in casi di assicurazione di danno e che la somma massima assicurata è stata definita in fr. 70'000.-importo che l'assicuratore ha indiziato non essere corrispondente al guadagno effettivamente conseguiti dall'attore.

Nel caso le parti non divenissero a soluzione bonale, esse danno atto che le certificazioni mediche agli atti possono essere usate dal Tribunale senza restrizioni e senza verifica puntuale e specifica delle stesse. Il GD evidenzia che, laddove fosse necessario, il Tribunale opererà una verifica a sapere quale incidenza l'infortunio del 25.11.2013 ha avuto sulla patologia e sulla conseguente incapacità di guadagno. Prima di ciò però, sempre se necessario, il TCA si riserva di interpellare il dr.med. _____ rispettivamente i curanti che hanno avuto a carico l'assicurato al fine di definire compiutamente la patologia esistente al momento della conclusione del contratto, la sua importanza, la possibilità che la stessa potesse condurre ad un'inabilità lavorativa.

Parte attrice acconsente che l'incarto Al venga acquisito agli atti e che sia messo a disposizione dell'assicuratore conseguentemente. Il sig. RI 1 autorizza il TCA a chiedere direttamente all'UAI l'inc, nella misura in cui secondo una nuova prassi d'ufficio gli atti non venissero consegnati sino alla fine dell'istruttoria.

Le parti non hanno ulteriori mezzi di prova da produrre." (doc. XII)

- 1.10. Il 16 agosto 2016 il TCA ha interpellato le parti chiedendole di informarlo se nel frattempo è stato trovato un accordo e se la causa può essere stralciata dai ruoli ed ha domandato all'attore di trasmettere l'incarto AI (doc. XIII).
- 1.11. Il 22 agosto 2016 l'assicuratore ha scritto a questo Tribunale segnalando che a breve sarebbe stato in grado di comunicare se un accordo è possibile o meno (doc. XIV). Il 25 agosto 2016 l'attore ha chiesto una proroga fino al 30 settembre 2016, concessa (doc. XVI), per comunicare l'eventuale stralcio della causa e per trasmettere l'incarto AI (doc. XV).
- 1.12. Il 30 settembre 2016 l'attore ha informato il TCA che sarebbe stato disposto ad accettare quanto proposto in sede di risposta ma che CO 1 non sembra più d'accordo di trovare una soluzione ed ha segnalato che l'incarto AI sarebbe stato trasmesso non appena ricevuto dal competente Ufficio (doc. XVII).
- 1.13. Il 4 ottobre 2016 il TCA ha interpellato il dr. med. _____ ed il dr. med. _____ (doc. XIX e XX).

Al dr. med. _____ è stato chiesto:

" (...)

1. Da quando è medico curante di RI 1?

2. Di che tipo di patologie soffre RI 1 (diagnosi esatte) e da quando? Per queste patologie è, rispettivamente è stato, inabile al lavoro? In caso di risposta affermativa, quando e per quali periodi?

3. Le patologie di cui soffre RI 1 sono soggette a ricadute?

4. Per quale patologia RI 1 è stato dichiarato totalmente inabile al lavoro dal 15 settembre 2014 (diagnosi esatta)?

5. Da quando RI 1 è affetto da patologie alla schiena, e meglio dalla patologia per la quale è stato dichiarato totalmente inabile al lavoro?

6. Circa l'incapacità lavorativa attestata dal 15 settembre 2014: da quando a quando RI 1 è stato (rispettivamente è) inabile al lavoro, in quale percentuale e per quali patologie? RI 1 può svolgere un'attività confacente al suo stato di salute? In caso di risposta affermativa, da quando ed in quale percentuale?

7. RI 1 è pure affetto da un'ulcera gastrica acuta. Qual è l'origine dell'ulcera gastrica e quando è stata diagnosticata per la prima volta?

8. RI 1 ha avuto conseguenze patologiche in seguito all'assunzione dei farmaci antiinfiammatori prescritti in seguito alle problematiche alla schiena? Il 4 gennaio 2016 il rappresentante di RI 1 ha rilevato che *"l'assicurato è stato ricoverato presso l'Ospedale _____ di _____ a causa di un'ulcera gastrica a seguito di abuso di medicinali prescritti al paziente [...]".* In cosa è consistito l'abuso di medicinali e quali conseguenze ha avuto? In particolare la dose di antiinfiammatori somministrata non è stata assunta correttamente, secondo il dosaggio prescritto?

9. Voglia trasmettere copia della cartella clinica *completa* di RI 1.

10. Eventuali osservazioni." (doc. XIX)

Al dr. med. _____ è stato chiesto:

" (...)

1. Quando ha visitato per la prima volta RI 1?
2. Di che tipo di patologie soffre RI 1 (diagnosi esatte) e da quando? Per queste patologie è, rispettivamente è stato, inabile al lavoro? In caso di risposta affermativa, quando e per quali periodi?
3. Le patologie di cui soffre RI 1 sono soggette a ricadute?
4. Nel referto del 6 maggio 2016 a pag. 3 figura l'esito della RM della colonna cervicale del 2 luglio 2009, mentre a pag. 4 afferma che "*i problemi sono presenti da diversi anni, almeno dal 2009, poi sono peggiorati nel corso del 2014*" e a pag. 7 che "*i disturbi accusati dal paziente sono da ritenere che abbiano avuto un'evoluzione nel tempo e che si tratti di disturbi sempre riferibili allo stesso contesto patologico constatato a livello cervicale, almeno dal 2009, e lombare con peggioramento della sintomatologia, secondo gli atti a mia conoscenza dal 2013.*" Conferma che vi è un nesso causale tra la patologia a livello cervicale accertata nel 2009 e l'incapacità lavorativa riscontrata nel corso del 2014?
4. A sua conoscenza, da quando RI 1 è affetto da patologie alla schiena, e meglio dalla patologia per la quale è stato dichiarato totalmente inabile al lavoro? A sua conoscenza, prima del mese di settembre 2013, RI 1 è stato inabile al lavoro per la medesima patologia per la quale è stato inabile al lavoro dal 15 settembre 2014? In caso di risposta affermativa, quando?
5. Eventuali osservazioni." (doc. XX)

1.14. Il dr. med. _____ ha risposto il 6 ottobre 2016 (doc. XXI), mentre il dr. med. _____ con scritto del 16 ottobre 2016, pervenuto il 24 ottobre 2016 (doc. XXII).

1.15. Il 25 ottobre 2016 il TCA ha scritto alle parti affermando:

" (...)

con riferimento alla vertenza a margine, in allegato vi trasmettiamo lo scritto del 6 ottobre 2016 del dr. med. _____ al TCA, con gli allegati (doc. XXI/1-9) e lo scritto del 16 ottobre 2016 del dr. med. _____ al TCA (doc. XXII) e vi assegniamo un termine di **10 giorni** per produrre osservazioni scritte in merito e per prendere posizione circa l'applicazione dell'art. 9 LCA (cfr. verbale di udienza del 13 giugno 2016, pag. 2; a questo proposito segnaliamo segnatamente le sentenze: DTF 127 III 21; DTF 136 III 334; 4A_535/2015 del 1° giugno 2016; sentenze cantonali: 36.2014.27 del 27 novembre 2014 e 36.2014.105 del 12 febbraio 2015)." (doc. XXIII)

1.16. Con osservazioni del 7 novembre 2016 l'attore, oltre a produrre l'intero incarto Al su CD, ha ribadito le sue richieste, contestando che l'incapacità lavorativa sia derivata da un'evoluzione normale delle risultanze del precedente infortunio ed ha sostenuto che:

" (...)

In fine si ritiene comunque che l'istituto convenuto, con la sua risposta del 4 maggio 2016, ha parzialmente aderito alle domande dell'attore. Pertanto, almeno nella misura dell'acquiescenza di controparte, la petizione del signor RI 1 dovrà essere accolta e meglio allo stesso dovranno essere riconosciute almeno le indennità giornaliere dal 22 luglio 2015 al 30 luglio 2015 nella misura del 100% e dal 1 settembre 2015 per la durata di 5 mesi fino al 31 gennaio 2016." (doc. XXIV)

1.17. Con osservazioni del 10 novembre 2016 anche l'assicuratore ha preso posizione (doc. XXV).

in diritto

- 2.1. Oggetto del contendere è la questione a sapere se l'attore ha diritto a indennità giornaliera al 100% dal 22 luglio 2015 fino ad esaurimento del diritto.
- 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 CGA dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia _____ (di seguito: CGA; doc. 3).

Ai sensi dell'art. _____ il contratto assicurativo è composto delle CGA delle condizioni particolari (CP), della proposta firmata dal contraente, dalle eventuali dichiarazioni scritte del contraente o della persona assicurata a condizione che siano state confermate dall'assicuratore nella polizza come Condizioni particolari (CP), la polizza, le eventuali aggiunte.

Per l'art. _____ CGA in aggiunta alle CGA è applicabile la LCA.

Secondo l'art. _____ CGA è considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità al lavoro. Sono considerate infermità congenite le malattie presenti sin dalla nascita.

L'art. _____ CGA prevede che la copertura assicurativa termina per la persona assicurata in caso di disdetta a cura del datore di lavoro, con effetto alla data d'uscita dall'impresa assicurata.

Ai sensi dell'art. _____ CGA un caso di prestazioni è quell'evento che comporta un diritto a prestazioni. Se prima della conclusione di un caso si verifica una nuova malattia, ciò dà inizio ad un nuovo caso, a meno che non abbia un nesso causale con il primo. Una malattia che dal punto di vista medico è collegata ad una malattia precedente (ricaduta), è da considerare nuovo caso, solo se la persona assicurata, per 12 mesi dopo la conclusione del caso precedente, non è stata in trattamento medico per questa malattia. Un nuovo caso di prestazioni genera un nuovo periodo di attesa.

Per l'art. _____ CGA il nuovo verificarsi di una malattia (ricaduta), per ciò che concerne la durata delle prestazioni e il periodo di attesa è da considerare nuovo caso di malattia, se la persona assicurata per tale causa non è stata incapace al lavoro per 12 mesi ininterrotti.

Secondo l'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. In caso d'incapacità al lavoro di lunga durata possono essere prese in considerazione anche le mansioni esigibili in un'altra professione o campo d'attività.

L'art. _____ CGA prevede che per i dipendenti, come base per il calcolo dei premi e per l'erogazione delle prestazioni, vale il

salario AVS ai sensi della LAVS. La CO 1 concede le prestazioni contrattuali al verificarsi dell'evento assicurato e solo dietro dimostrazione del danno subito. L'entità precisa delle prestazioni risulta dalla polizza e dalle CGA.

- 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).

- 2.5. 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).

Il caso concerneva 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 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).

Va ancora evidenziato che con sentenza 4A_318/2016 del 3 agosto 2016, il TF, al consid. 3.2, ha ribadito che in caso di presentazione di un referto medico, laddove si vuole contestarne il contenuto, occorre censurarlo in maniera specifica e qualificata, apportando elementi oggettivi, non bastando una critica generica (*"Dans le cas présent, l'intimée a produit l'expertise privée du Dr B. _____, datée du 1er juillet 2015, comportant sept pages. Ce rapport détaillé permet de saisir le raisonnement de l'expert, qui l'a amené à considérer que le recourant était en mesure de travailler en tout cas dès le 23 juin 2015. Confronté à cette expertise privée, le recourant s'est borné à la contester globalement par pli du 24 juillet 2015, déclarant n'être pas d'accord. Il a certes annexé un rapport de deux pages du Dr A. _____, psychiatre qui le traite, lequel a nié une valeur probante suffisante au rapport de l'expert privé B. _____, faute d'objectivité et de neutralité de ce dernier. Si le Dr A. _____ relève des discordances entre le diagnostic posé par le Dr B. _____ (trouble de l'adaptation avec réaction dépressive prolongée), les plaintes subjectives du recourant et la conclusion qu'il n'est pas incapable de travailler, le premier ne discute pas précisément les allégations figurant dans l'expertise privée. Autrement dit, la remise en cause des allégations factuelles contenues dans cette expertise demandée par l'intimée ne font pas l'objet d'une contestation motivée du recourant, comme l'exige la jurisprudence susrappelée. De plus, le Dr A. _____ ne s'est exprimé qu'après que son patient l'a sollicité, puisque ce dernier a joint le rapport dudit psychiatre à sa contestation globale du 24 juillet 2015. Dans de telles circonstances, les allégations précises de l'expertise privée - contestées de manière globale - peuvent apporter la preuve de leur véracité si elles sont appuyées par des indices objectifs. Or, l'office de l'assurance-invalidité du canton de Genève a estimé, dans sa décision de refus de prestations du 2 décembre 2015, que la capacité de gain de l'assuré était entière depuis le 25 juin 2015. En conséquence, l'autorité cantonale n'a pas violé l'art. 168 CPC en retenant que l'expertise privée du Dr B. _____ avait*

emporté sa conviction. Le moyen est infondé.”).

2.6. Va qui rammentato che per l'art. 9 LCA, riservati i casi di cui all'articolo 100 capoverso 2, il contratto di assicurazione è nullo se, al momento in cui fu concluso, il rischio era già scomparso o il sinistro già accaduto. L'art. 100 cpv. 2 LCA prevede che per gli stipulanti e gli assicurati considerati disoccupati ai sensi dell'articolo 10 della legge del 25 giugno 1982 sull'assicurazione contro la disoccupazione sono inoltre applicabili per analogia gli articoli 71 capoverso 1 e 73 della legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie.

Per l'art. 97 cpv. 1 LCA (prescrizioni inderogabili) non si possono modificare mediante convenzione, tra gli altri, l'art. 9.

In una sentenza del 19 ottobre 2000, pubblicata in DTF 127 III 21, il TF ha stabilito che giusta l'art. 9 LCA i sinistri già accaduti non possono, in linea di principio, essere assicurati (cosiddetto divieto dell'assicurazione retroattiva). Se l'assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all'esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili.

In quell'occasione l'Alta Corte ha evidenziato che il riprodursi di sintomi di una malattia soggetta a ricadute giuridicamente non può essere assimilata ad una nuova malattia o ad un sinistro parziale, ma ad una continuazione di una patologia già presente, e meglio alla realizzazione di un rischio già accaduto ai sensi dell'art. 9 LCA (*“Daraus folgt aber, dass das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit juristisch nicht als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen ist, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG”*).

In DTF 136 III 334 (sentenza 4A_163/2010 del 2 luglio 2010) il TF, al consid. 3, ha precisato che per sinistro, si intende la realizzazione del rischio assicurato; il sinistro è il realizzarsi *dell'avvenimento paventato* a causa del quale il contratto è stato concluso.

L'Alta Corte ha rammentato che in applicazione dell'art. 9 LCA il contratto è nullo se il rischio contro il quale ci si vuole assicurare è già sopraggiunto al momento della conclusione del contratto (cfr. anche sentenza 8C_324/2007 del 12 febbraio 2008). L'art. 9 LCA non deve essere confuso con la reticenza; questo disposto rende il contratto nullo anche se le parti non sapevano che, al momento della conclusione, il sinistro era già realizzato (DTF 127 III 21, consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004 del 9 luglio 2004, consid. 2.1.2). Nel caso in cui un sinistro parziale è già accaduto, è possibile assicurarsi contro la parte di rischio non ancora realizzata se la sua realizzazione è aleatoria (DTF 127 III 21, consid. 2b/aa; sentenza B 101/02 del 22 agosto 2003 consid. 4.5). Se una malattia si è già dichiarata, non è possibile assicurarla, anche se non si manifesta più al momento della conclusione del contratto, se delle ricadute ulteriori appaiono come un'evoluzione normale (in DTF 127 III 21 consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004 il TF ha affermato: „[...] *Ist eine Krankheit im Sinne dieser Definition bei Vertragsschluss bereits ausgebrochen, so ist die Versicherung gegen ihre Folgen nach Art. 9*

VVG ausgeschlossen, unbekümmert darum, ob sie noch andauert (vgl. BGE 118 V 158 E. 5c S. 169) [...]).

Nel caso giudicato dal TF il rischio assicurato era l'incapacità di guadagno dovuta ad una malattia o ad un infortunio. Dalle constatazioni delle autorità cantonali non era emerso che l'assicurato era stato incapace al guadagno a causa del suo disturbo ossessionale compulsivo prima della conclusione del contratto. Il rischio assicurato non si era pertanto mai realizzato prima della conclusione del contratto.

Secondo le constatazioni cantonali il disturbo ossessionale compulsivo non era stato diagnosticato al momento della conclusione del contratto, la sua evoluzione verso un'incapacità di lavoro era incerta e l'assicurato ignorava tutto della sua patologia. Non si era in un caso in cui, al momento della conclusione del contratto d'assicurazione, era già sicuro che il rischio si sarebbe realizzato. Per l'Alta Corte la Cassa ha concluso un contratto con un assicurato che, per ragioni inerenti alla sua persona, ma sconosciute ad entrambe le parti, costituiva un cattivo rischio. Non si tratta di circostanze che permettono all'assicuratore di liberarsi dai suoi obblighi contrattuali, poiché ruolo dell'assicuratore è quello di assumersi i rischi, operando una sorta di compensazione tra casi buoni e casi meno buoni.

2.7. Con sentenza 36.2014.27 del 27 novembre 2014 il TCA ha affermato:

" (...)

Nel caso di specie l'attrice è stata degente presso il _____ della _____ dal 9 dicembre 2013 al 3 febbraio 2014 a causa di disturbi dell'adattamento, ICD-10 GM: F 43.2, disturbo somatoforme indifferenziato, ICD-10 GM: F 45.1, altri problemi connessi alla cerchia relazionale ristretta, compreso l'ambiente familiare, ICD-10 GM: Z 63, problemi legati all'abitazione e alle condizioni economiche, ICD-10 GM: Z 59, problemi legati all'alfabetizzazione ed all'educazione, ICD-10 GM: Z 55, sindrome spondilogeno, discopatia degenerativa a livello L4-L5, L5-S1, cefalea cronica.

Nel rapporto di dimissione del 6 maggio 2014, redatto dalla dr.ssa med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia e dal dr. med. _____, medico assistente, figura che l'attrice è stata ricoverata per un quadro psicopatologico caratterizzato da deflessione timica, insonnia ed aumento della tensione endopsichica reattivo a dinamiche conflittuali con il marito, noto in clinica per patologie psichiatriche e che sono presenti anche problematiche di natura economica.

I medici del nosocomio _____ hanno inoltre attestato che *"l'esordio psicopatologico viene proprio collocato nel 2004 in seguito all'infortunio sul lavoro. Da allora lamenta algie diffuse a livello della gamba sinistra e al rachide cervicale, cefalee verosimilmente di origine muscolo tensiva, peraltro la sintomatologia algica non le permette, a suo dire, di effettuare i normali lavori domestici. Ha ripreso dal 2006 al 2008, periodo in cui ha terminato definitivamente le attività lavorative. Dal 2004 ad oggi vi sono state esacerbazioni sintomatologiche che hanno richiesto alcuni ricoveri psichiatrici, inoltre durante i periodi intercritici non vi è stata una completa restituito ad integrum della funzionalità globale. Attualmente riferisce di aver fatto nuovamente richiesta di AI, infatti dopo il terzo ricorso, la domanda è nuovamente in valutazione"*.

La presenza delle medesime patologie da diversi anni è confermata dalla notifica di degenza ospedaliera del 10 febbraio 2014 della _____ (doc. F: alla questione di sapere quando è stata diagnosticata la malattia per la prima volta, i medici hanno risposto: "2004") e dal medico curante, dal 14 luglio 2006, dr. med. _____, il

quale, interpellato dal TCA ha affermato che *“nella documentazione, se evidenzia una sindrome fibromialgica, depressione, sindrome da disadattamento nel rapporto del 16.02.2005 del collega Dr.med. _____, Inoltre la paziente è stata valutata nell’ambito psichiatrico nel corso dell’anno 2005 da parte del Dr.med _____, e del Dr.med. _____”* ed ha rilevato la presenza di due ricoveri, il primo dal 14 dicembre 2012 al 16 gennaio 2013 ed il secondo dal 9 dicembre 2013 al 3 febbraio 2014 (doc. XVII).

L’allegata perizia pluridisciplinare del SAM del 9 settembre 2005 fa stato di una diagnosi di disturbo da dolore somatoforme in personalità ipoevoluta con problemi di adattamento e segnala un ricovero presso l’ospedale di _____ per distimia con somatizzazione da ansie multiple nel 1993.

Non vi è pertanto dubbio alcuno che l’interessata, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all’esperienza medica, a ricadute (*“Dal 2004 ad oggi vi sono state esacerbazioni sintomatologiche che hanno richiesto alcuni ricoveri psichiatrici, inoltre durante i periodi intercritici non vi è stata una completa retitutio ad integrum della funzionalità globale”*), e che il rischio assicurato si era già realizzato prima della conclusione del contratto.

Del resto, a comprova della ciclicità della patologia, vi è pure la circostanza che l’interessata ha inoltrato, ad oggi, numerose richieste di rendite AI (*“attualmente riferisce di aver fatto nuovamente richiesta AI, infatti dopo il terzo ricorso, la domanda è nuovamente in valutazione”*), proprio a causa delle patologie psichiche di cui soffre (dalla perizia SAM emerge proprio un disturbo somatoforme in personalità ipoevoluta con problemi di adattamento ed il dr. med. _____ già il 16 febbraio 2005 aveva diagnosticato una sindrome fibromialgica, depressione, sindrome da disadattamento; cfr. doc. XVII).

Come visto, se l’assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all’esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili. Una malattia che si è già dichiarata, non può essere assicurata se delle ricadute ulteriori appaiono come un’evoluzione normale (DTF 127 III 21 consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004).

Ne segue che, per la degenza dal 9 dicembre 2013 al 3 febbraio 2014, l’attrice non può rivendicare alcunché all’assicuratore. (...)

Nella successiva sentenza 36.2014.105 del 12 febbraio 2015 il TCA ha affermato:

" (...)

Nel caso di specie, come accertato nella sentenza 36.2014.27 del 27 novembre 2014, cresciuta incontestata in giudicato, l’attrice, già prima della conclusione del contratto soffriva di numerose patologie psichiatriche che avevano reso necessario cure e ricoveri.

(...)

Come visto, se l’assicurato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all’esperienza medica, a probabili ricadute, il sinistro si è già verificato, cosicché le ricadute non sono assicurabili. Una malattia che si è già dichiarata, non può essere assicurata se ricadute ulteriori appaiono come un’evoluzione normale (DTF 127 III 21 consid. 2b/aa, sentenza 5C.45/2004).

Ciò tuttavia non è sufficiente per ritenere nullo tutto il contratto ai sensi dell’art. 9 LCA.

Nel caso in cui un sinistro parziale è già accaduto, è possibile assicurarsi contro la parte di rischio non ancora realizzata se la sua realizzazione è aleatoria (DTF 127 III 21, consid. 2b/aa; sentenza B 101/02 del 22 agosto 2003 consid. 4.5).

A questo proposito, nella sentenza B 101/02 del 22 agosto 2003 consid. 4.5, l'Alta Corte ha rammentato che il rischio va considerato parziale se si è realizzato per un singolo infortunio od una singola malattia ben determinata, ma non quando i sintomi di una malattia soggetta a ricaduta si sono già manifestati (*"Von Art. 9 VVG nicht erfasst werden Fälle, da die Gefahr nur teilweise eingetreten ist (Roelli/Keller/Tännler, a.a.O., S. 175). Als nur teilweise eingetreten gilt die Gefahr bei einzelnen Unfällen (vorübergehende Arbeitsunfähigkeit, teilweise Invalidität oder Ganzinvalidität) oder einzelnen Krankheitsfällen (Roelli/Keller/Tännler, a.a.O., S. 610), nicht aber das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit, welche juristisch nicht als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen ist, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit (BGE 127 III 25 Erw. 2b/bb)"*).

Non vi è nullità se lo stipulante al momento della conclusione del contratto non ha conoscenza della malattia, non era data alcuna diagnosi medica e niente indicava che l'evento si realizzasse (DTF 136 III 334).

Ciò significa, nel caso concreto, che la circostanza che il rischio si è già realizzato per determinate patologie (segnatamente depressione, sindrome fibromialgica e sindrome da disadattamento), non implica l'annullamento del contratto per tutte le malattie, comprese quelle che non si sono mai dichiarate.

(...)

L'art. 9 LCA è chiaro. Il contratto di assicurazione è nullo se, al momento in cui fu concluso, il rischio era già scomparso o il sinistro già accaduto.

In concreto, il sinistro si è già realizzato, in ogni caso, per quanto concerne le patologie psichiche pregresse ed è per queste malattie (ed eventuali altre già dichiaratesi prima della sua conclusione) che il contratto è nullo.

Esso, conformemente alla giurisprudenza, continua invece ad esplicitare tutti i suoi effetti per quelle patologie che non erano state diagnosticate e che non si sono mai manifestate al momento della conclusione del contratto.

Il contratto rimane pertanto in essere per tutte quelle malattie che prima della sua conclusione, non si sono mai manifestate, non sono state diagnosticate e quelle per le quali una ricaduta non appariva al momento del contratto come un'evoluzione normale (cfr. sentenza 4A_163/2010 del 2 luglio 2010). (...)"

- 2.8. Il TF si è ancora espresso recentemente in merito all'art. 9 LCA. In una sentenza 4A_327/2016 del 27 settembre 2016, destinata a pubblicazione, l'Alta Corte, nell'ambito di una vertenza relativa all'indennità giornaliera per perdita di guadagno in caso di malattia, ha in sintesi stabilito che la persona assicurata, che ha cambiato datore di lavoro ed assicuratore, in applicazione della convenzione di libero passaggio tra assicuratori del 1° gennaio 2006 e della CGA in quel caso applicabili, ha diritto al pagamento delle indennità giornaliere anche se diventa inabile per una malattia per la quale il precedente assicuratore aveva già versato prestazioni. Il TF ha affermato:

" (...)

7.2. Wie dargelegt ist nicht mehr strittig, dass es sich bei der Arbeitsunfähigkeit ab 14. März 2014 um einen Rückfall handelt. Dieser Sachverhalt wird von Art. 4 Abs. 2 FZA erfasst, wonach der neue Versicherer den laufenden Schadenfall übernehmen muss (vgl. auch das

entsprechende Beispiel bei MATTIG, a.a.O., S. 105). Art. 4 Abs. 4 FZA enthält zudem eine spezifische Regelung für den Rückfall. Betrachtet man isoliert das neue Versicherungsverhältnis mit dem Versicherer des neuen Arbeitgebers, wäre dies ein Fall einer unzulässigen Rückwärtsversicherung gemäss Art. 9 VVG (so denn auch MATTIG, a.a.O., S. 106; EUGSTER, a.a.O., S. 73; HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., S. 208).

Eine Beschränkung des Blickwinkels allein auf den Versicherungsvertrag mit dem Versicherer des neuen Arbeitgebers übergeht aber, dass es hier um eine Koordination zwischen zwei Kollektivversicherern geht. Deshalb ist zu prüfen, ob es Sinn und Zweck von Art. 9 VVG entspricht, auch eine solche Koordinationsregelung zu verbieten. Der Beschwerdeführer beruft sich sinngemäss auf diesen Gesichtspunkt, wenn er ausführt, es liege eine Vertragsübernahme (des alten Versicherungsvertrages) durch den neuen Versicherer vor und nicht eine Rückwärtsversicherung. Um eine eigentliche Vertragsübernahme handelt es sich allerdings offenkundig nicht, denn es wird ja nicht der ganze bisherige Versicherungsvertrag übernommen. Vielmehr geht es um ein Problem der Nachhaftung, also der Haftung für laufende Schadenfälle über die Beendigung des Versicherungsvertrages hinaus. Beim echten Nachhaftungsfall tritt die Arbeitsunfähigkeit erst nach der Beendigung der Betriebszugehörigkeit (bzw. der Vertragslaufzeit) ein. In der Praxis regeln die AVB der verschiedenen Versicherer diese Fälle sehr unterschiedlich. Nach Ziffer 6 AVB eines Versicherers etwa erlöscht der Versicherungsschutz mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (also mit dem Ausscheiden eines Versicherten aus dem Kreis der versicherten Personen); eine solche Bestimmung lasse letztlich offen, wie die Nachhaftung geregelt sei (FUHRER, a.a.O., S. 88 und bei Fn. 73 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Ziff. 6 dieser AVB). Das Bundesgericht erkannte in einem Fall, in dem die Arbeitsunfähigkeit bereits während dem bisherigen Versicherungsverhältnis eingetreten war und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort dauerte (sog. gedehnter Versicherungsfall; vgl. FUHRER, a.a.O., S. 87), dass der Versicherte mangels entgegenstehender vertraglicher Klauseln den Leistungsanspruch auch nach dem Erlöschen des Versicherungsverhältnisses bis zur Erschöpfung der Leistungsdauer behält ([BGE 127 III 106 E. 3b S. 109 f.](#); vgl. auch EUGSTER, a.a.O., S. 63). Es wird darüber hinaus die Auffassung vertreten, eine Regelung in den AVB, gemäss welcher bei gedehnten Versicherungsfällen der Versicherer beim Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem versicherten Betrieb keine Leistungen mehr erbringen müsse, wäre ungewöhnlich und damit unzulässig (FUHRER, a.a.O., S. 89 f.). Jedenfalls würde nichts dagegen sprechen, dass der bisherige Kollektivtaggeldversicherer ausdrücklich die Nachhaftung für laufende Schadenfälle bzw. für Rückfälle übernimmt. Die im FZA enthaltene Regelung ist inhaltlich nichts anderes als die Gewährleistung einer solchen Nachhaftung für Krankheiten, die bereits im bisherigen Arbeitsverhältnis bestanden und zur Arbeitsunfähigkeit geführt haben. Dass es um eine Nachhaftung nach dem bisher geltenden Versicherungsvertrag geht, zeigt sich - wie der Beschwerdeführer zutreffend erwähnt - auch daran, dass die Leistungen nach den Bedingungen des beim alten Versicherer bestehenden Vertrages zu erbringen sind und nicht nach dem neuen Versicherungsvertrag; und zwar sowohl hinsichtlich der Höhe des Taggeldes, der Wartefrist und der Leistungsdauer (Art. 4 Abs. 2 FZA) als auch betreffend Anrechnung der vom bisherigen Versicherer bereits geleisteten Taggelder an die Leistungsdauer (Art. 4 Abs. 4 FZA). Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Vereinbarung zwischen den Versicherern, wonach statt des bisherigen Versicherers der neue Versicherer diese Nachhaftung zu den Bedingungen des alten Versicherungsvertrags und *beschränkt auf dessen Leistungsdauer* übernimmt, inhaltlich nicht zulässig sein soll. Ein unzulässiges "Umgehungsgeschäft" ist das nicht (so aber EUGSTER, a.a.O., S. 72 bei Fn. 76). Das Bundesgericht hat denn auch im Fall eines Übertritts von der Kollektivtaggeldversicherung zur Einzeltaggeldversicherung (des gleichen Versicherers), mit welcher der Versicherer eine allfällige aus der Kollektivversicherung bestehende Nachleistung als Einzelversicherer übernommen hatte, entschieden, diesfalls liege keine unzulässige Rückwärtsversicherung vor, da der betreffende Rückfall bereits in der Kollektivversicherung versichert gewesen sei (Urteil 4A_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.5.2).

Demnach hat der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a AVB i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 4 FZA Anspruch darauf, dass die Beschwerdegegnerin ihm gegenüber Nachhaftungsleistungen zu den Bedingungen des alten Versicherungsvertrags und beschränkt auf dessen Leistungsdauer erbringt; Art. 9 VVG wird dadurch nicht verletzt."

In concreto questa giurisprudenza non trova applicazione ritenuto come il medesimo assicurato nell'ambito della sottoscrizione dell'offerta per l'assicurazione in esame ha affermato che non esisteva un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, che non è stata disdetta alcuna assicurazione d'indennità giornaliera e che non vi era alcun assicuratore precedente CO 1 (doc. X/1, pag. 4: "*Esiste o è esistita un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia per le persone da assicurare?: no*"; "*Il contratto d'indennità giornaliera in caso di malattia è stato disdetto?: no*"; "*Assicuratore precedente CO 1: no*").

In una sentenza 4A_535/2015 del 1° giugno 2016 il TF ha inoltre risposto alle critiche relative alla severità della giurisprudenza in ambito di art. 9 LCA, affermando:

" 5.1.1. Mit Blick auf die Krankenversicherung qualifizierte das Bundesgericht in [BGE 127 III 21](#) E. 2b/bb S. 25 die Krankheit als das befürchtete Ereignis. Es erkannte, das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit sei juristisch nicht als selbständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG ([BGE 127 III 21](#) E. 2b S. 23 ff.; vgl. für Unfallfolgen auch Urteil des Bundesgerichts 5C.45/2004 vom 9. Juli 2004 E. 2.1.1 f.).

5.1.2. Diese Rechtsprechung ist in der Literatur auf Kritik gestossen. Es wird beanstandet, der Entscheid könne zu weltfremden Ergebnissen führen, indem eine Vielzahl von Personen vom Abschluss neuer Verträge in der privaten Krankenversicherung ausgeschlossen wären (HANS PETER WALTER, Rückwärtsversicherung und Unmöglichkeit des Versicherungsfalles, in: Totalrevision VVG, [Schnyder/Weber Hrsg.], 2006, S. 53 ff. 62). Sodann wird das Ergebnis insbesondere als schockierend empfunden, wenn - wie in [BGE 127 III 21](#) - der Versicherte seine gesundheitliche Situation der Versicherung mitgeteilt habe (VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, 2008, S. 189 Rz. 427). Auch wird darauf hingewiesen, die Rechtsprechung könnte gerade mit den fortschreitenden Erkenntnissen der Gentechnologie zu Problemen führen, da auf Gendefekte zurückzuführende Krankheiten, jedenfalls wenn sie bereits einmal aufgetreten sind, nicht mehr versicherbar wären (ROLAND SCHAER, "Das alte Leiden" und die "leidige" Rückwärtsversicherung, in: HAVE 2002, S. 295 ff. 297; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2001, in: ZBJV 139/2003 S. 65; vgl. zum Ganzen auch: URS CH. NEF/CLEMENS VON ZEDTWITZ, in: Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, 2012, Ad N. 14/15 a zu Art. 9 VVG S. 73 f. mit Hinweisen).

5.2. In einem späteren Entscheid hat das Bundesgericht die zitierte Rechtsprechung denn auch relativiert. Es sah in Bezug auf eine Versicherung gegen krankheitsbedingten Erwerbsausfall die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 9 VVG nicht als gegeben, soweit die Krankheit bis zum Vertragsschluss nie zu einer krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit geführt hat. Das Bundesgericht hielt bezüglich der konkreten Umstände des dort zu beurteilenden Falles fest, die Krankheit sei bei Vertragsschluss weder diagnostiziert, noch dem Versicherten bekannt gewesen. Die Entwicklung hin zu einer Erwerbsunfähigkeit sei ungewiss gewesen. In einem derartigen Fall habe der Versicherer einfach eine Versicherung mit einem Versicherten abgeschlossen, der aus in seiner Person liegenden aber beiden Parteien

unbekannten Gründen ein schlechtes Versicherungsrisiko aufweise. Dies gestatte der Versicherung nicht, sich ihrer vertraglichen Pflichten zu entziehen. Es sei vielmehr ihre Aufgabe, dieses Risiko zu tragen, indem sie einen Ausgleich schaffe zwischen den "guten" und "schlechten" Risiken der Vielzahl der Versicherten (BGE 136 III 334 E. 3 S. 340; vgl. NEF/VON ZEDTWITZ, a.a.O., Ad N. 14/15 a zu Art. 9 VVG S.74; vgl. auch zit. Urteil 4A_491/2014 E. 2.1 und 2.2).

5.3. Im zu beurteilenden Fall hatte die Krankheit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, beziehungsweise des erstmaligen Einschlusses des Beschwerdeführers in die Versicherung, nach den Feststellungen der Vorinstanz bereits zu einer Verminderung der Arbeitsfähigkeit geführt. Insoweit stellt sich die Frage, ob eine Rückwärtsversicherung vorliegt, auch wenn man für den Eintritt des versicherten Ereignisses nicht auf die Krankheit, sondern die Arbeitsunfähigkeit abstellt. Obwohl die Krankheit bei Vertragsschluss bereits bestand und zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hatte, musste in diesem Zeitpunkt aber nicht mit einer neuen vollständigen Arbeitsunfähigkeit infolge Rückfalls gerechnet werden, da die Krankheit nach den Feststellungen der Vorinstanz im Augenblick des Vertragsschlusses noch nicht sichtbar zutage getreten war und die Persönlichkeitsstörung erst mit dem X. _____ -Gutachten vom 9. April 2013 diagnostiziert wurde - lange nach sämtlichen Vertragsschlüssen. Diese Krankheit war bei Vertragsschluss weder diagnostiziert, noch dem Versicherten bekannt (BGE 136 III 334 E. 3 S. 340), auch wenn sie (anders als in BGE 136 III 334) bereits einmal zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hatte. Dies zeigt, dass die in der Lehre vertretene Auffassung, der Versicherte habe notwendigerweise Kenntnis vom Ausbruch einer Krankheit, die bereits vor Vertragsschluss zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hat (STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts, in: HAVE 2015 S. 174), nicht in allen Fällen zutrifft. "

2.9. In concreto l'attore nel corso del mese di settembre/ottobre 2013 ha sottoscritto un'offerta d'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia _____ (doc. 15), rispondendo negativamente alle domande circa la presenza di patologie attuali, circa la questione di sapere se nel corso degli ultimi 5 anni è stato in trattamento da un medico, da un naturopata, da un terapeuta, in una clinica oppure in cura a causa di malattia o infortunio. L'assicurazione, che copre anche l'infortunio (cfr. pag. 3, doc. 2) è iniziata il 1° settembre 2013 (doc. 2).

Il 27 settembre 2014 l'assicurato ha inoltrato la notifica d'inabilità lavorativa per "*problemi alla schiena*", "*cervicale*" (doc. 6). Il curante, dr. med. _____, nel corso del mese di ottobre 2014, ha posto la diagnosi di "*grave sindrome panvertebrale con sindrome cervico-radicolare e lombo-radicolare a sinistra*" ed ha confermato l'incapacità lavorativa completa dal 15 settembre 2014 (doc. 7). Anche il dr. med. _____, FMH medicina interna, il 21 novembre 2014, dopo aver visitato l'attore su richiesta della convenuta, ha confermato la completa inabilità lavorativa dell'interessato a causa di una cervicobrachialgia sinistra dominante con/su discopatie multisegmentarie ed alterazioni uncartrosiche importanti da C4 a C7 con restringimento bilaterali dei forami di coniugazione e possibili conflitti con le radici C5, C6 e C7. Non segni di mielopatia. Lombalgia su probabili alterazioni statico degenerative ed ha posto la diagnosi senza influsso sulla capacità lavorativa di trauma occipitale all'età di 9 anni, frattura caviglia sinistra circa 10 anni fa trattata conservativamente, nel 2012 trauma da caduta, trauma rachide dorsolombare e trauma cervicale. Vertigine

posizionale ricorrente (attualmente asintomatico; doc. 8, pag. 4). Il medico ha inoltre precisato che l'attore ha subito "nel 2012, trauma da caduta, trauma rachide dorso-lombare e trauma cervicale", che "in settembre viene riferito peggioramento di sintomi cervicali irradiati al cingolo scapolare e all'arto superiore sinistro dominante", che "inoltre peggioramento di lombalgia nota da anni" e che "viene descritta una lombalgia presente da anni ma non risultata limitante nell'abituale attività lavorativa" (doc. 8, pag. 2 e 5). L'incapacità lavorativa dal 15 settembre 2014 è dovuta al "progressivo peggioramento di dolore cervicale e successivamente peggioramento di dolore lombosacrale" (pag. 5, doc. 8).

Dal 23 giugno 2015 al 22 luglio 2015 l'insorgente è stato degente presso la Clinica _____ di _____ per una sindrome dolorosa polidistrettuale (cefalea, cervicobrachialgia sin, lombalgie e lombosciataglia a sin) di probabile origine degenerativa (doc. B).

Il 1° settembre 2015 il dr. med. _____, su richiesta dell'assicuratore, ha rivalutato la fattispecie ed ha stabilito che mentre nell'attività di gessatore è completamente inabile al lavoro, in attività leggere e confacenti al suo stato di salute l'attore è abile al lavoro al 50% dal 22 luglio 2015 e al 100% dal 30 settembre 2015 (doc. C).

Il 9 novembre 2015 il medico curante, dr. med. _____ ha attestato un'incapacità lavorativa totale fino al 30 novembre 2015 compreso (doc. 14).

Il 4 dicembre 2015 la Clinica _____ ha certificato che l'attore, a causa di ansia con depressione timica (ICD 10 GM: F 41.2; F 61) è stato ricoverato presso il citato nosocomio dal 20 novembre 2015 (doc. 16).

Il 5 febbraio 2016 il dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, ha affermato che l'attore soffre di un disturbo misto ansioso-depressivo (ICD-10 GM: F 41.2) oltreché di una problematica dovuta ad un'ulcera gastrica riesacerbata e delle discopatie multiple cervicali e lombari ed è seguito dal 15 gennaio 2016. Lo specialista ha inoltre asserito:

" (...)
Per quel che concerne l'insorgenza dei sintomi della sua patologia psichiatrica attuale, posso confermare che effettivamente tutto ciò è stata scatenato in seguito ad una riesacerbazione dei suoi disturbi gastrici in particolar modo all'ulcera gastrica acuta che è stata a sua volta conseguente delle cure prescritte (farmaci antinfiammatori). Egli necessitava in seguito di un ricovero d'urgenza presso l'Ospedale _____ di _____ e a causa di una reazione ansioso-depressiva necessitava anche un ricovero presso la Clinica _____." (doc. K)

Il 13 aprile 2016 il dr. med. _____ ha affermato:

" (...)
Facendo riferimento a quanto sopradescritto risulta che il disturbo misto ansioso depressivo sia scaturito in prima ipotesi da complicanze di natura medica in particolare e più precisamente dall'assunzione

incongrua ed abusata di farmaci antiinfiammatori che potrebbero aver causato il riferito danno gastrico.

A tale scopo per adeguato accertamento potrebbe essere d'aiuto la verifica delle prescrizioni mediche per stabilire con certezza se risulta inadeguata la prescrizione o se risulta responsabilità esclusiva del paziente l'assunzione inadeguata dei farmaci antiinfiammatori per autogestione dei medicinali.

In merito alle IL non risultano documentate patologie limitanti dal punto di vista internistico e osteoarticolare diverse da quanto già definito in sede peritale nel 2014.

Risulta invece documentata una patologia psichiatrica anche in parte reattiva alla situazione sociale in cui versa l'assicurato.

Nell'incarto valutato non viene citata una IL riferita ad attività adeguata allo stato di salute e rispettosa dei limiti funzionali.

Ribadisco nuovamente che l'attuale patologia prevalente che giustifica una IL risulta essere la patologia psichiatrica con presa a carico del Dr. med. _____.

Patologia psichiatrica che risulta in relazione ai disturbi gastrici (?) con successiva diagnosi di ulcera (precisazione del Dr _____).

Faccio notare che in contraddizione con quanto sopra descritto, il rapporto medico della clinica _____ con data 4.12.2015 precisa che lo stato ansioso depressivo dell'assicurato è esacerbato da difficoltà economiche del paziente.

(...)

Quanto definito in sede peritale risulta quindi confermato in quanto all'epoca della valutazione clinica non era presente alcuna patologia con caratteristiche psichiatriche.

Sottolineo nuovamente che nessuno documenta variazione dello stato di salute (osteoarticolare) nessuno nomina o certifica nuove patologie osteoarticolari, tale evidenza permette di confermare le conclusioni peritali.

La diagnosi di Ulcera gastrica attiva giustifica un periodo di IL 100% per circa 10 giorni salvo complicazioni." (doc. 22)

Il 6 maggio 2016 il dr. med. _____ ha allestito un nuovo referto da cui emerge che in una RM della colonna cervicale del 2 luglio 2009 dell'Ospedale _____ di _____ era stata riscontrata una *"piccola ernia discale recessale destra in C3-C4; discopatia C5-6; uncartrosi plurisegmentale con prevalenza sinistra e probabile conflitto con la radice C7 sinistra"*. Quale diagnosi lo specialista pone le cervicalgie su *"discopatie e segni degenerativi multisegmentari da C4 a C7 con restringimento bilaterale dei forami di coniugazione e possibili conflitti con le radici C5, C6 e C7, bilateralmente, patologia in evoluzione nel periodo 2009-2014, oltre a lombalgie, dolori al bacino a sinistra e cefalee."* (doc. VII/1, pag. 5). Il dr. med. _____ afferma inoltre che *"i disturbi accusati dal paziente sono da ritenere che abbiano avuto un'evoluzione nel tempo e che si tratti di disturbi sempre riferibili allo stesso contesto patologico constatato a livello cervicale, almeno dal 2009, e lombare con peggioramento della sintomatologia, secondo gli atti a mia conoscenza, dal 2013"* (doc. VII/1, pag. 7).

Interpellato dal TCA, il 6 ottobre 2016 il medico curante dr. med. _____, FMH medicina interna generale, ha affermato di conoscere l'attore dal 20 dicembre 2004 ed ha così risposto (cfr. consid. 1.13):

" (...)

2) Ho consultato il paziente in questi anni per problematiche ricorrenti, con decorso favorevole e in tempi adeguati (influenzali, controlli internistici, ecc.). Ho consultato inoltre il paziente per problematiche di cervicalgie e dorso-lombalgie. Anche per queste problematiche il decorso è sempre stato favorevole per quanto concerne la tempistica di guarigione e il risultato ottenuto. Menziono infine una problematica di sindrome ansiosa-depressiva risolta pure senza esiti permanenti.

Le rispettive incapacità lavorative sono così riassunte:

- Infortunio del 25.09.2007 (trauma dorsale)
100% dal 09.12.2007 al 18.01.2008
50% dal 19.01.2008 al 17.02.2008
0% dal 18.02.2008

- Infortunio del 22.09.2011 (strappo muscolare dorso-lombare)
100% dal 26.09.2011 al 09.10.2011
50% dal 10.10.2011 al 13.12.2011
0% dal 14.12.2011

- Malattia (problematica ansiosa-depressiva)
100% dal 10.07.2012 al 02.09.2012
50% dal 03.09.2012 al 10.10.2012
0% dal 11.10.2012

- Infortunio del 25.01.2013 (trauma dorsale dopo caduta dalle scale)
100% dal 22.01.2013 al 05.05.2013
50% dal 06.05.2013 al 13.05.2013
100% dal 14.05.2013 al 31.05.2013
0% dal 01.06.2013

- Infortunio del 22.11.2013 (trauma contusivo lombare)
100% dal 22.11.2013 al 02.02.2014
0% dal 03.02.2014

- Infortunio (esiti dal 25.01.2013) / malattia (cervicalgia e dorsolombalgia)
100% dal 15.09.2014 a tutt'ora

3) Verosimilmente sì, in quanto la sintomatologia non si è mai risolta completamente, alternando fasi di discreto miglioramento a fasi di peggioramento della sintomatologia dolorosa.

4) Vedi sopra.

5) I problemi maggiori sono insorti a seguito dell'evento infortunistico del 25.01.2013 riportato poco sopra.

6) Vedi sopra per quanto concerne l'incapacità lavorativa. Per quanto riguarda la possibilità di svolgere un'attività confacente al suo stato di salute, posso affermare che la sua attività professionale usuale (gessatore) non è compatibile con la problematica e la sintomatologia evidenziata. Un'attività confacente potrebbe essere ottenuta dopo riqualifica/riformazione professionale compatibilmente con l'età del paziente e le sue capacità d'apprendimento.

7) Sì, il paziente ha sofferto di un'ulcera gastrica acuta sanguinante, che ha reso necessario un periodo di degenza presso l'Ospedale _____ di _____ (_____) rispettivamente accertamenti endoscopici con esofago-gastro-duodenoscopia in data 11.11.2015 (vedi rapporti allegati). L'eziologia della patologia ulcerosa potrebbe essere riferita a un eccessivo utilizzo di anti-infiammatori non-steroidali (medicamenti utilizzati per sollevare la sintomatologia dolorosa e diminuire il processo infiammatorio). Il dosaggio assunto non è necessariamente lo stesso di quello proposto. Il paziente comunque beneficiava anche di una protezione gastrica associata.

8) Vedi sopra.

9) Vedi allegato.

10) –" (doc. XXI)

Il dr. med. _____, FMH neurologia, ha affermato di aver visitato l'attore, per la prima volta, il 2 dicembre 2014 ed ha risposto (cfr. consid. 1.13):

" (...)

Diagnosi esatte?

Le diagnosi da me poste in occasione della valutazione del 19.04.2016 (documento del 06.05.2016) sono state le seguenti:

Cervicalgie:

- con ridotta mobilità della testa in tutte le direzioni
- con irradiazione del dolore nel braccio sinistro
- con disturbi della sensibilità superficiale distale bilaterale
- senza deficit senso-motori sicuri

su

Discopatie e segni degenerativi multisegmentari da C4 a C7 con restringimento bilaterale dei forami di coniugazione e possibili conflitti con le radici C5, C6 e C7, bilateralmente, patologia in evoluzione nel periodo 2009 – 2014.

Lombalgie:

- con dolore lombare sempre presente, peggiorato dal carico fisico, irradiazione del dolore all'arto inferiore sinistro, posteriormente fino al piede
- senza deficit senso-motori

su

discopatie L4-L5 e L5-S1, senza compromissioni radicolari, segni degenerativi multisegmentari.

Da quando sono presenti le diagnosi?

Cervicalgie: almeno dal 2009

Lombalgie: almeno dal 2009

Dolori al bacino a destra: dalle mie informazioni a disposizione non sono in grado di rispondere.

Cefalee: dalle mie informazioni a disposizione non sono in grado di rispondere.

Per quale patologie è, rispettivamente è stato, inabile al lavoro? In caso di risposta affermativa, quando e per quali periodi?

Da considerare sono le cervicalgie e le lombalgie nel senso della loro presenza concomitante nell'ambito di una sindrome dolorosa polidistrettuale con eziologia riferita nelle descrizione delle diagnosi.

Confermo la mia valutazione espressa nel documento del 06.05.2016.

L'IL del 100% in ogni attività, a fortiori in quella di gessatore, è presente dal settembre 2014 sino ad oggi e prospettivamente lo rimane, sino all'eventuale subentrare di nuovi aspetti che possano influenzare il quadro clinico in modo rilevante.

3.(...)

Sì, un andamento nel tempo con variazioni dell'intensità dei disturbi è tipica di queste sindromi. La possibilità di una vera e propria ricaduta con importante accentuazione dei disturbi e del loro impatto funzionale è

pure una evoluzione possibile.

4. (...)

Sì, posso confermare che vi è un nesso causale tra la patologia a livello cervicale accertata nel 2009 e l'incapacità lavorativa riscontrata nel corso del 2014.

A mio avviso il paziente ha sviluppato una patologia degenerativa in evoluzione almeno dal 2009. La presenza di segni degenerativi a livello neuroradiologico può essere constatata anche in soggetti asintomatici. Il paziente aveva già disturbi nel 2009, per questo motivo è stata eseguita la RM cervicale in discussione (non sono a disposizione dettagli in merito agli atti).

L'evoluzione della sintomatologia si può protrarre su anni, spesso anche i referti radiologici mostrano una evoluzione mostrando il coinvolgimento di ulteriori livelli della colonna e coinvolgimenti delle radici cervicali multipli, anche se non necessariamente con gravi compressioni delle radici coinvolte, ma con contatti delle radici con strutture ossee o con discopatie che possono portare a irritazioni passeggero o costanti. Ci può allora essere una sindrome dolorosa importante, con o senza deficit senso-motori alle estremità.

In questo senso ritengo vi sia una continuità della patologia a livello cervicale che è sfociata nel 2014 in una espressione clinica tale da essere rilevante per la funzionalità del paziente. In occasione della mia visita del 19.04.2016 ho constatato uno stato neurologico delle estremità superiori che ricordo qui: (...)

Riassumendo nella diagnosi ho messo l'accento sulla "irradiazione del dolore nel braccio sinistro, con disturbi della sensibilità superficiale distale bilaterale".

La sindrome algica domina il quadro clinico ed è invalidante, senza che deficit senso-motori sicuri siano stati da me messi in evidenza in modo sicuro. L'origine della "Diminuzione generale bilaterale della forza (M5-), con accentuazione alla mano sinistra" l'ho dunque interpretata nell'ambito della sindrome dolorifica cervicale con irradiazione nelle estremità superiori.

5. (...)

Entrambe le patologie cervicali e lombari sono presenti almeno dal 2009, con l'evoluzione nel caso della patologia cervicale qui sopra descritta.

(...)

La patologia per la quale il paziente è stato dichiarato inabile al lavoro dal 15 settembre 2014 è descritta nelle diagnosi.

Non ho a disposizione dati sulla incapacità lavorativa attestata dai medici prima del settembre 2013.

Agli atti non ci sono informazioni sufficienti che permettano una valutazione dettagliata delle motivazioni che hanno portato a certificare una incapacità lavorativa prima del settembre 2013." (doc. XXII)

- 2.10. In concreto, alla luce della documentazione agli atti e delle valutazioni dei medici interpellati da questo Tribunale non vi è dubbio alcuno che l'art. 9 LCA trova applicazione e che la patologia per la quale l'attore ha chiesto le prestazioni in esame aveva già portato il medesimo assicurato ad essere inabile al lavoro prima della conclusione del contratto.

L'interessato, il 27 settembre 2014, ha notificato l'inabilità

lavorativa, indicando “*problemi alla schiena*” e “*cervicale*” (doc. 6). Il curante, dr. med. _____, nel corso del mese di ottobre 2014, ha posto la diagnosi di “*grave sindrome panvertebrale con sindrome cervico-radicolare e lombo-radicolare a sinistra*” (doc. 7). Anche il dr. med. _____, FMH medicina interna, il 21 novembre 2014, dopo aver visitato l’attore su richiesta della convenuta, ha confermato la completa inabilità lavorativa dell’interessato a causa di una cervicobrachialgia sinistra dominante con/su discopatie multisegmentarie ed alterazioni uncartrosiche importanti da C4 a C7 con restringimento bilaterali dei forami di coniugazione e possibili conflitti con le radici C5, C6 e C7.

Il medico ha inoltre precisato che l’attore ha subito “*nel 2012, trauma da caduta, trauma rachide dorso-lombare e trauma cervicale*”, che “*in settembre viene riferito peggioramento di sintomi cervicali irradiati al cingolo scapolare e all’arto superiore sinistro dominante*”, che “*inoltre peggioramento di lombalgia nota da anni*” e che “*viene descritta una lombalgia presente da anni ma non risultata limitante nell’abituale attività lavorativa*” (doc. 8, pag. 2 e 5, sottolineatura del redattore). L’incapacità lavorativa dal 15 settembre 2014 è dovuta al “*progressivo peggioramento di dolore cervicale e successivamente peggioramento di dolore lombosacrale*” (pag. 5, doc. 8).

Interpellato in merito dal TCA, il medico curante, dr. med. _____, ha attestato numerose incapacità lavorative, recenti e precedenti l’inizio della copertura assicurativa, e meglio, oltre a quella del 2007 per “*trauma dorsale*”, nel 2011 per uno strappo muscolare dorso-lombare, nel 2012 per una problematica ansioso-depressiva, nel 2013 per un trauma dorsale dopo caduta delle scale, che peraltro l’attore non ha dichiarato (alla domanda “*nel corso degli ultimi 5 anni è stata/o in trattamento da un medico, da un naturopata, da un terapeuta, in una clinica oppure in cura a causa di malattia o infortunio*”, il 25 settembre 2013 l’attore ha risposto: “*no*”; doc. 25) e che sono in relazione con la patologia per la quale l’interessato chiede ora le prestazioni. Il curante alla questione di sapere se le patologie di cui soffre l’attore sono soggette a ricadute ha infatti affermato che “*verosimilmente sì, in quanto la sintomatologia non si è mai risolta completamente, alternando fasi di discreto miglioramento a fasi di peggioramento della sintomatologia dolorosa*” (doc. XXI). Il medesimo curante ha inoltre affermato che “*i problemi maggiori sono insorti a seguito dell’evento infortunistico del 25 gennaio 2013*” (risposta 5, doc. XXI), ossia prima della conclusione del contratto, indicando esiti dell’infortunio del 25 gennaio 2013 quale concausa dell’incapacità lavorativa dal 15 settembre 2014.

Questa circostanza è stata confermata dal dr. med. _____, FMH neurologia, il quale ha precisato che l’attore, nel periodo in esame, è stato inabile al lavoro a causa delle cervicalgie e delle lombalgie (risposta 2, doc. XXII), ha confermato che queste patologie sono soggette a ricadute poiché “*un andamento nel tempo con variazioni dell’intensità dei disturbi è tipica di queste sindromi. La possibilità di una vera e propria ricaduta con importante accentuazione dei disturbi e del loro impatto funzionale è pure una evoluzione possibile*” (risposta 3, doc. XXII). Lo specialista, ha poi

espressamente rilevato che *“vi è un nesso causale tra la patologia a livello cervicale accertata nel 2009 e l’incapacità lavorativa riscontrata nel corso del 2014. A mio avviso il paziente ha sviluppato una patologia degenerativa in evoluzione almeno dal 2009. La presenza di segni degenerativi a livello neuroradiologico può essere constatata anche in soggetti asintomatici. Il paziente aveva già disturbi nel 2009, per questo motivo è stata seguita la RM cervicale in discussione (non sono a disposizione dettagli in merito agli atti)”*. La circostanza che il medico ha visitato l’attore solo il 2 dicembre 2014 non è rilevante, avendo comunque a disposizione la documentazione prodotta dalle parti. A questo proposito il TF con sentenza 9C_376/2007 del 13 giugno 2008 al consid. 3.4 (cfr. anche sentenza 8C_947/2011 del 27 gennaio 2012, consid. 4.2; cfr. anche sentenza 8C_908/2012 del 29 maggio 2013, consid. 4.2.1), ha affermato:

" (...)
L'accertamento dei fatti da parte del primo giudice non può del resto neppure essere censurato per essersi (parzialmente) fondato sulle valutazioni del Servizio medico X. _____ senza che i medici di detto servizio abbiano in precedenza esaminato il peritando. A tal proposito è sufficiente ricordare che una perizia basata sui soli atti ("Aktengutachten") è senz'altro possibile se dispone - come nel caso di specie - di sufficienti elementi risultanti da altri accertamenti personali (RAMI 1988 no. U 56 pag. 371 consid. 5b con riferimenti)."

Anche il medico fiduciario, nel referto del 21 novembre 2014, aveva già rilevato che *“nel 2012 trauma da caduta, trauma rachide dorso-lombare e trauma cervicale (...) In settembre viene riferito peggioramento di sintomi cervicali irradiati al cingolo scapolare e all’arto superiore sinistro dominante. Inoltre peggioramento di lombalgia nota da anni”* (doc. 8).

Non vi è pertanto alcun dubbio che l’interessato, prima della conclusione del contratto, ha sofferto di una malattia soggetta, in base all’esperienza medica, a ricadute e che il rischio assicurato (perdita di guadagno in caso di malattia) si era già realizzato in precedenza.

Neppure per quanto concerne la successiva incapacità lavorativa derivante dalla patologia psichiatrica l’interessato può pretendere a prestazioni.

In primo luogo l’interessato, già prima della conclusione del contratto, era stato incapace al lavoro anche a causa di una patologia psichiatrica ansioso-depressiva nel 2012 (doc. XXI). Per cui anche su questo punto il contratto è nullo (art. 9 LCA).

In secondo luogo la patologia è stata certificata il 20 novembre 2015, quando l’assicurato aveva già rescisso il contratto assicurativo. Ora, per l’art. _____ CGA il contratto cessa in caso di disdetta e la copertura assicurativa termina per la persona assicurata con l’estinzione del contratto assicurativo (art. 7.2 CGA).

In terzo luogo la patologia psichiatrica è stata messa in relazione con l’insorgere dell’ulcera gastrica derivante da un abuso di medicinali nel corso del mese di novembre 2015. Anch’essa

dunque insorta quando il contratto era già rescisso. Per cui la patologia psichiatrica in relazione con l'ulcera non poteva essere assicurata.

In quarto luogo, a prescindere dall'origine dell'abuso dei medicinali, sia esso dovuto ad un dosaggio prescritto erroneamente, sia esso dovuto ad un'assunzione abusiva del paziente, per l'art. _____ CGA prestazioni in caso di mancata osservanza delle prescrizioni del medico, di altri fornitori di prestazioni o della CO 1 non sono assicurate, così come prestazioni a seguito di trattamenti e operazioni cosmetiche o *medicalmente non necessarie* e loro conseguenze.

Infine, se si volesse, per pura ipotesi di lavoro, ritenere che la patologia psichiatrica è in relazione con l'ulcera la quale è insorta in seguito all'assunzione di medicinali presi per trattare la patologia per la quale l'attore è stato dichiarato inabile al lavoro, entrambe non potrebbero dar luogo a pagamento di prestazioni, essendo la patologia principale, soggetta a ricadute, già causa di incapacità lavorative precedenti alla conclusione del contratto e non potendo di conseguenza essere assicurata (art. 9 LCA).

Ne segue che l'attore non ha diritto ad alcuna prestazione. Non occorre pertanto esaminare oltre la questione del guadagno assicurato.

2.11. Con le osservazioni del 7 novembre 2016 l'interessato chiede comunque che gli siano versate prestazioni al 50% dal 22 luglio 2015 al 30 luglio 2015 e nella misura del 100% dal 1° settembre 2015 al 31 gennaio 2016, poiché l'assicuratore con la risposta di causa ha parzialmente aderito alla petizione tramite acquiescenza (doc. XXIV).

Per l'art. 241 cpv. 1 CPC in caso di transazione, acquiescenza o desistenza, le parti devono firmare il relativo verbale.

Secondo l'art. 241 cpv. 2 CPC la transazione, l'acquiescenza e la desistenza hanno l'effetto di una decisione passata in giudicato ed in virtù dell'art. 241 cpv. 3 CPC il giudice stralcia la causa dal ruolo.

In DTF 141 III 489, il TF al consid. 9.2 ha affermato:

" (...)
9.3 Somit ist zu prüfen, welche Bedeutung der "Vormerkung" in Dispositiv-Ziff. 2 des Beschlusses zukommt und ob deren Anfechtung überhaupt zulässig ist.
Die Klageanerkennung hat zwar gleich wie der Vergleich und der Klagerückzug die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO), kann aber einzig mit Revision nach ZPO angefochten werden (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO). In Bezug auf materielle oder prozessuale Mängel der Klageanerkennung wie des Vergleichs und des Klagerückzugs ist die Revision mithin primäres und ausschliessliches Rechtsmittel und stehen weder die Berufung und Beschwerde nach ZPO noch die Beschwerde nach BGG offen. Der Abschreibungsbeschluss beurkundet den Prozess erledigungsvorgang im Hinblick auf die Vollstreckung ([BGE 139 III 133 E. 1.2](#) für den gerichtlichen Vergleich; Urteil 4A_562/2014 vom 20. Februar 2015 E. 1.1 für den Klagerückzug; vgl. auch Urteil 5A_327/2015 vom 17. Juni 2015 E. 1 für die

Klageanerkennung).

Die Beschwerde des Beklagten richtet sich nicht gegen die Klageanerkennung als solche, sondern gegen die "Vormerkung". Er macht zu Recht geltend, dass unklar sei, was die "Vormerkung" beinhalten soll. Die ZPO kennt keine "Vormerkung"; liegt eine Anerkennung vor, haben die Parteien das entsprechende Protokoll zu unterzeichnen und ist das Verfahren abzuschreiben (Art. 241 Abs. 1 und 3 ZPO). Ein unterzeichnetes Protokoll, das einen Hinweis auf eine Klageanerkennung enthalten würde, liegt nicht vor. Die Klageanerkennung muss sich zudem auf das Rechtsbegehren des Prozessgegners beziehen (LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, N. 9 zu Art. 241 ZPO). Entsprechend muss sich die Abschreibung dann auf dieses anerkannte Rechtsbegehren beziehen (DANIEL STECK, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 17 zu Art. 241 ZPO). Die angefochtene Ziffer 2 des Beschlusses bezieht sich aber nicht auf ein bestimmtes Rechtsbegehren des Beklagten. Es trifft daher zu, dass die "Vormerkung" keinen *Prozess erledigungsvorgang* dokumentiert und daher auch keine genügende Grundlage darstellt, um den Übertragungsanspruch des Beklagten nötigenfalls vollstrecken zu können."

In concreto l'assicuratore, il 6 giugno 2016 (doc. X), prima dell'udienza tenutasi il 13 giugno 2016 (doc. XII), ha revocato quanto chiesto con la risposta di causa essendo emersi, secondo la convenuta, nuovi elementi rilevanti in precedenza non noti che rendono la risposta di causa non corretta e non giustificata (doc. X).

L'acquiescenza consiste nella dichiarazione unilaterale della convenuta di riconoscere la pretesa della controparte (cfr. Daniel Steck in: Basler Kommentar, 2a edizione 2013, n. 28 ad art. 241 ZPO). Può riferirsi ad una sola parte della domanda. Non vi è acquiescenza se l'accordo porta unicamente sulla descrizione di alcuni fatti (cfr. Daniel Steck in: Basler Kommentar, 2a edizione 2013, n. 28 ad art. 241 ZPO). L'acquiescenza, la transazione e la desistenza devono essere incondizionate e, dopo essere state sottoposte al Giudice, non possono essere revocate (cfr. Daniel Steck in: Basler Kommentar, 2a edizione 2013, n. 13 ad art. 241 ZPO).

Il Giudice deve esaminare se le dichiarazioni delle parti che mettono fine al procedimento (transazione, acquiescenza, desistenza) sono chiare e giuridicamente corrette (cfr. Daniel Steck in: Basler Kommentar, 2a edizione 2013, n. 14 ad art. 241 ZPO). Mentre la desistenza è ammissibile in ogni tempo, l'acquiescenza in alcune ipotesi va esclusa (ad esempio nell'ambito degli interessi dei figli nelle questioni inerenti la famiglia: art. 296 cpv. 3 CPC; Steck in: Basler Kommentar, 2a edizione 2013, n. 31 ad art. 241 ZPO). Se le condizioni per un loro riconoscimento non sono date le parti devono essere interpellate o deve essere richiesto loro di colmare i vizi (Steck in: Basler Kommentar, 2a edizione 2013, n. 14 ad art. 241 ZPO). I vizi possono essere di natura processuale (ad esempio se sono violate norme del CPC), oppure di natura sostanziale (ad esempio in caso di mancanza di volontà, dissenso, nullità). Entrambe le ipotesi possono portare alla inefficacia delle dichiarazioni delle parti (Steck in: Basler Kommentar, 2a edizione 2013, n. 14 ad art. 241 ZPO).

In concreto, come visto, in applicazione dell'art. 9 LCA le

prestazioni non sono dovute a causa della nullità del contratto per quanto concerne le incapacità lavorative derivanti da patologie ansioso-depressive e patologie alla schiena lombari e cervicali. L'art. 9 LCA è di carattere imperativo. Ne segue che le parti, neppure volendolo, possono derogarvi. Di conseguenza l'acquiescenza della convenuta non può essere ammessa.

La petizione va di conseguenza integralmente respinta.

2.12. L'attore ha chiesto di essere messo al beneficio dell'assistenza giudiziaria e del gratuito patrocinio.

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 AI (pag. 240), emerge che l'assicurato da settembre 2016 è al beneficio di prestazioni dell'USSI e dunque si trova in assistenza.

Ritenuto che la causa non era sin dall'inizio priva di esito favorevole e che l'attore necessitava di un avvocato, la richiesta va accolta.

2.13. 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 è **respinta**.
2. L'istanza tendente alla concessione dell'assistenza giudiziaria e del gratuito patrocinio è **accolta**.
Di conseguenza RI 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.
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