

Raccomandata

Incarto n.

36.2016.35

Lugano

7 dicembre 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 29 marzo 2016 di

AT 1

rappr. da: RA 1

contro

CV 1

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. AT 1, nata nel 1977, è affiliata presso CV 1 (di seguito: CV 1) per l'assicurazione contro la perdita di guadagno in caso di malattia per il tramite del contratto collettivo d'indennità giornaliera del suo datore di lavoro, _____, dove era da ultimo attiva quale responsabile di gruppo del reparto confezioni (doc. A).

- 1.2. Dal 10 dicembre 2014 l'assicurata è stata dichiarata completamente inabile al lavoro a causa di una patologia psichica dal dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia (doc. E). Dopo aver sottoposto l'interessata ad una visita ad opera del dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, l'assicuratore ha cessato il versamento delle prestazioni con effetto dal 14 marzo 2015 (doc. F, G, L).
- 1.3. Il 23 marzo 2015 _____ ha disdetto il rapporto lavorativo con AT 1, con effetto al 30 giugno 2015 (doc. A). La Segretaria assessora della Pretura di _____ l'11 maggio 2016 ha sospeso la procedura di conciliazione promossa da AT 1 contro _____ "in attesa dell'esito della procedura pendente presso il Tribunale cantonale delle assicurazioni" (doc. BB; cfr. anche doc. S).
- 1.4. Il 29 marzo 2016 AT 1, rappresentata dall'avv. RA 1, ha inoltrato una petizione al TCA, tramite la quale ha chiesto la condanna dell'assicuratore al pagamento delle "indennità giornaliere previste contrattualmente pari almeno a CHF 35'000 lordi, in ogni caso tutte le indennità giornaliere a cui l'assicurata ha diritto a partire retroattivamente dal 14 marzo 2015 e fino alla sua completa abilità lavorativa" ed ha contestualmente domandato di essere posta al beneficio dell'assistenza giudiziaria e del gratuito patrocinio (doc. I). L'attrice, sulla base di certificati medici del suo curante, dr. med. _____, FMH psichiatria, contesta la presa di posizione del dr. med. _____ e rileva di essere stata degente dal 22 agosto 2015 al 23 settembre 2015 presso la Clinica _____ di _____. L'interessata sottolinea inoltre che il dr. _____, che l'ha visitata su ordine dell'assicuratore, avrebbe attestato una completa incapacità lavorativa dal 22 agosto 2015 a fine dicembre 2015, con ripresa del lavoro al 50% dal 1° gennaio 2016 ed al 100% dal 1° febbraio 2016 e che nel corso del mese di febbraio 2016 è nuovamente stata degente presso la Clinica _____ di _____. L'assicuratore tuttavia non ha versato alcunché poiché sarebbe uscita dal contratto collettivo in seguito al licenziamento ed il datore di lavoro non le avrebbe comunicato la possibilità di passare nell'assicurazione individuale. L'attrice domanda infine a questo Tribunale di assumere ulteriori prove (richiamo della polizza assicurativa conclusa con _____; richiamo dell'intero incarto dall'assicuratore; richiamo dei documenti dalla Pretura di _____; richiamo dalla Clinica _____ dei rapporti medici; richiamo dal Dr. _____ di eventuali certificati medici dopo il 31 marzo 2016; perizia giudiziaria).
- 1.5. Con risposta del 20 aprile 2016 l'assicuratore ha proposto la reiezione della petizione con argomentazioni che, laddove necessario, saranno riprese in corso di motivazione (doc. III).
- 1.6. Il 3 maggio 2016 l'assicuratore ha trasmesso l'incarto completo (doc. VI).
- 1.7. Il 4 maggio 2016 il Giudice delegato del TCA ha scritto all'assicuratore, ritornandogli gli atti e chiedendo la produzione di un elenco ragionato (doc. VII).

- 1.8. Con scritto del 4 maggio 2016 l'attrice ha prodotto un certificato medico del 31 marzo 2016 del dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, nonché un rapporto breve di dimissione del 2 marzo 2016 della Clinica _____ di _____ (doc. VIII).
- 1.9. In data 6 maggio 2016 l'assicuratore ha prodotto l'elenco degli atti, aggiungendo le CGA (doc. IX).
- 1.10. Con scritto 9/10 maggio 2016 il Giudice delegato del TCA ha richiamato dalla Clinica _____ un rapporto dettagliato della degenza dal 19 al 29 febbraio 2016 dell'attrice, attestante lo stato della stessa alla sua dimissione, le prescrizioni e le terapie suggerite dai collaboratori (doc. X).
- 1.11. Con scritto 9/10 maggio 2016 il Giudice delegato del TCA ha trasmesso l'elenco degli atti alle parti, assegnando loro un nuovo termine per produrre ulteriori mezzi di prova (doc. XI).
- 1.12. L'11 maggio 2016 l'attrice ha prodotto copia del verbale di udienza della Pretura di _____ relativo al tentativo di conciliazione tra lei e il suo datore di lavoro con l'indicazione che la causa è stata sospesa (doc. XII/BB). L'attrice ha inoltre chiesto che l'assicuratore produca il contratto assicurativo tra CV 1 e _____ con gli eventuali adeguamenti anche per rapporto alle condizioni generali d'assicurazione ed ha domandato se l'adeguamento è automatico (doc. XII).
- 1.13. Il 13 maggio 2016 il Giudice delegato ha chiesto all'assicuratore copia della polizza assicurativa relativa alla copertura in essere con _____ (doc. XIII).
- 1.14. Il 18 maggio 2016 l'assicuratore ha prodotto quanto richiesto (doc. XIV).
- 1.15. Il 17 maggio 2016 l'attrice ha inoltrato un'istanza di produzione di nuove prove ed ha trasmesso il rapporto di dimissione del 10 maggio 2016 della Clinica _____ di _____ (doc. XV).
- 1.16. Il 19 maggio 2016 copia dello scritto del 18 maggio 2016 di CV 1 è stato trasmesso all'attrice (doc. XVI), mentre copia dello scritto dell'attrice è stato trasmesso all'assicuratore (doc. XVII).
- 1.17. Il 10 giugno 2016 è pervenuta al TCA copia del rapporto di dimissione del 10 maggio 2016 della Clinica _____ già inviato dall'attrice (doc. XVIII).
- 1.18. Il 13 giugno 2016 il Giudice delegato del TCA ha trasmesso alle parti copia del rapporto di dimissione del 10 maggio 2016 della Clinica _____ e le ha informate che a giorni sarebbe stata organizzata un'udienza (doc. XIX).
- 1.19. Il 19 luglio 2016 le parti sono state sentite nel corso di un'udienza, da cui è emerso:

" (...) Parte attrice produce in questa sede le certificazioni del curante dr.med. _____ relative ai mesi da aprile a luglio compreso (4 certificazioni).

CV 1 dà atto di aver onorato il suo impegno fino al 14.3.2015, il 14.3.2015 è stato l'ultimo giorno che le sono state versate IPG. L'attrice dal canto suo rileva che le IPG sarebbero state versate solo fino al 10.3.2015 (doc. B). Dal canto suo CV 1 verificherà puntualmente il dato. Dal 22.8.2015, secondo CV 1 sussiste nuove inabilità lavorativa completa e ciò fino al 31.12.2015, mentre dal 1.1.2016 l'inabilità, sempre secondo _____ è al 50%.

Parte attrice rileva che ad oggi non è ancora stata inoltrata una domanda di prestazioni AI nonostante i medici fossero a piena conoscenza della situazione e nonostante il perdurare della patologia.

Le parti concordano che il materiale probatorio fin qui acquisiti, di natura medica, non impone la relazione di una perizia. Essi concordano con la possibilità di approfondire le valutazioni mediche mediante domande formulate ai curante rispettivamente ai medici della Clinica _____ di _____. Scopo di questi atti procedurali è chiarire le condizioni di salute dell'attrice in particolare nel periodo che ha succeduto l'interruzione del lavoro il 13.3.2015 sino al ricovero del 22.8.2015 presso la _____.

Le parti danno atto che la valutazione del dott. _____ per il periodo dal 22.08.2015 sino al 31.12.2015 è condivisa. Le parti invece non concordano su periodo successivo dal 1.1.16 in avanti. L'attrice sostiene che la sua inabilità sia piena mentre CV 1 si fonda sulla valutazione _____.

A questo proposito l'attrice evidenzia come lo stesso dott. _____, che ha redatto la perizia nel novembre 2015, ha formulato solo una prognosi riservandosi un approfondimento e ritiene quindi che questo aspetto dell'inabilità nel corso del 2016 dovrebbe essere indagato adeguatamente." (doc. XXI)

1.20. Il 20 luglio 2016 il TCA ha interpellato il dr. med. _____, chiedendo:

" (...)
il nostro Tribunale è chiamato a statuire in merito ad una vertenza che vede opposti CV 1 e AT 1 in relazione al pagamento di indennità giornaliera a causa di malattia.

Le parti sono state sentite nel corso di un'udienza, tenutasi il 19 luglio 2016 presso il nostro Tribunale, nel corso della quale è stato stabilito di procedere ad ulteriori accertamenti medici, in particolare per stabilire la capacità lavorativa di AT 1 tra il 14 marzo 2015 ed il 21 agosto 2015 e dal 1° gennaio 2016.

Dagli atti in nostro possesso emerge che Lei è stato incaricato da CV 1 di allestire un referto in ambito psichiatrico, che è stato redatto il 9 novembre 2015 dopo la visita del 5 novembre 2015 (doc. O, qui allegato). Nel medesimo figura la diagnosi di disturbo di personalità misto (con tratti passivi-aggressivi-istrionici; F61.0) e di episodio depressivo di lieve-media gravità (F32.10), nonché la possibilità di una ripresa della capacità lavorativa in un'attività confacente, nella misura del 50%, dal 1° gennaio 2016.

Ai fini del giudizio le chiediamo di voler rispondere alle seguenti domande, sulla base, oltre che degli atti già a sua disposizione e della documentazione medica qui allegata (rapporto di dimissione della Clinica _____ del 10 maggio 2016 [doc. XVIII/1]; 4 certificati medici del 27 giugno 2016, 6 giugno 2016, 20 maggio 2016 e 31 marzo 2016 del dr. med. _____ [doc. da XXI/2 a XXI/5]), anche di un'ulteriore visita di AT 1 (per stabilire l'evoluzione dello stato di salute dell'interessata):

1. Sulla base degli atti medici a Sua disposizione (descritti nel referto del 9 novembre 2015 a pag. 1 e 2) e dell'evoluzione dello stato di salute di AT 1 che ha portato alla degenza dal 22 agosto al 23 settembre 2015 presso la Clinica _____ di _____, qual era, dal punto di vista psichiatrico, la capacità lavorativa di AT 1 (nella sua attività) nel periodo dal 14 marzo 2015 al 21 agosto 2015 (le chiediamo di voler motivare la risposta)?

2. Nel referto del 9 novembre 2015 afferma che AT 1 avrebbe potuto ricominciare l'attività precedentemente svolta dal 1° gennaio 2016 nella misura del 50%. Sulla base degli atti medici qui allegati (rapporto di dimissione della Clinica _____ del 10 maggio 2016 [doc. XVIII/1]; 4 certificati medici del 27 giugno 2016, 6 giugno 2016, 20 maggio 2016 e 31 marzo 2016 del dr. med. _____ [doc. da XXI/2 a XXI/5]) e della visita da effettuare, conferma tale valutazione? Qual è stata l'evoluzione dello stato di salute e della capacità lavorativa di AT 1 dal 1° gennaio 2016 nella sua attività precedentemente svolta ed in altre attività confacenti al suo stato di salute?

3. Eventuali osservazioni." (doc. XXII)

1.21. Il 20 luglio 2016 il TCA ha interpellato la Clinica _____, chiedendo:

"(...) come già segnalatovi in data 9 maggio 2016, il nostro Tribunale è chiamato a statuire in merito ad una vertenza che vede opposti CV 1 e AT 1.

Il 6 giugno 2016, su nostra richiesta, ci avete trasmesso il rapporto di dimissione inerente il ricovero di AT 1 dal 19 febbraio 2016 al 29 febbraio 2016 (doc. XVIII/1, qui allegato).

Le parti sono state sentite nel corso di un'udienza, tenutasi il 19 luglio 2016 presso il nostro Tribunale, nel corso della quale è stato stabilito di procedere ad ulteriori accertamenti medici, in particolare per stabilire la capacità lavorativa di AT 1 tra il 14 marzo 2015 ed il 21 agosto 2015 e dal 1° gennaio 2016.

Ai fini del giudizio vi chiediamo di sottoporre le seguenti domande al dr. med. _____ e alla dr.ssa med. _____ che hanno redatto il rapporto di dimissione del 10 maggio 2016:

1. Sulla base delle degenze di AT 1 presso la vostra struttura dal 22 agosto 2015 al 23 settembre 2015 e dal 19 febbraio 2016 al 29 febbraio 2016 è possibile stabilire la capacità lavorativa della paziente nel periodo precedente e successivo ai ricoveri?

2. In caso di risposta positiva alla prima domanda, qual è stata l'evoluzione della capacità lavorativa di AT 1 nella sua attività prima del ricovero del 22 agosto 2015, e dal 1° gennaio 2016 al 18 febbraio 2016? Dopo la dimissione del 29 febbraio 2016 AT 1 avrebbe potuto riprendere l'attività lavorativa? In quale misura?

3. Indipendentemente dalle risposte alle due domande precedenti avete riscontrato delle differenze relativamente allo stato di salute di AT 1 tra i due ricoveri (quali)? Vi è stato un miglioramento, un peggioramento od una stabilità della patologia di cui è affetta AT 1?

4. Eventuali osservazioni." (doc. XXIII)

1.22. Il 20 luglio 2016 il TCA ha interpellato il dr. med. _____, chiedendo:

"(...) il nostro Tribunale è chiamato a statuire in merito ad una vertenza che vede opposti CV 1 e AT 1 in relazione al pagamento di indennità giornaliera a causa di malattia.

Le parti sono state sentite nel corso di un'udienza, tenutasi il 19 luglio 2016 presso il nostro Tribunale, nel corso della quale è stato stabilito di procedere ad ulteriori accertamenti medici, in particolare per stabilire la capacità lavorativa di AT 1 tra il 14 marzo 2015 ed il 21 agosto 2015 e dal 1° gennaio 2016.

Dagli atti in nostro possesso emerge che Lei ha avuto in cura AT 1 per un breve periodo nel corso del 2015 ed ha rilasciato, il 6 maggio 2015, un certificato di inabilità lavorativa per il periodo dal 25 aprile 2015 al 24 maggio 2015 (doc. 55, qui allegato).

Ai fini del giudizio le chiediamo di voler rispondere alle seguenti domande:

1. Durante quale periodo AT 1 è stata in cura presso di lei?
2. Di quale patologia soffriva AT 1 in quel periodo?
3. Conferma che AT 1 è stata incapace al lavoro dal 25 aprile 2015 al 24 maggio 2015? In caso di risposta affermativa, sulla base di quali elementi medici oggettivi?
4. Dalle visite effettuate e dagli atti in suo possesso, è possibile stabilire l'evoluzione precedente (in particolare dal 14 marzo 2015 al 24 aprile 2015) e successiva (dal 25 maggio 2015) della capacità lavorativa di AT 1 nella sua precedente attività di operaia? In caso di risposta affermativa, qual era la capacità lavorativa della sua paziente in quel periodo?
5. Eventuali osservazioni." (doc. XXIV)

- 1.23. Il 26 luglio 2016 il dr. med. _____ della Clinica _____ ha risposto alle domande poste dal Tribunale (doc. XXV), mentre il 28 luglio 2016 CV 1 ha rilevato, d'accordo con l'attrice, che avrebbe aspettato gli accertamenti medici prima di discutere circa una possibile transazione tra le parti (doc. XXVI).
- 1.24. Il 4 agosto 2016 il dr. med. _____ ha prodotto le sue risposte (doc. XXVII).
- 1.25. Il 15 agosto 2016 il dr. med. _____ ha scritto al Tribunale chiedendo al TCA di convocare l'attrice per il 14 ottobre 2016 alle ore 11:00 presso il suo studio (doc. XXVIII).
- 1.26. Con scritto del 17 agosto 2016 il TCA ha interpellato la rappresentante dell'attrice invitandola ad informare l'assicurata della visita del 14 ottobre 2016, con l'indicazione che in caso di assenza ingiustificata il Tribunale avrebbe giudicato sulla base degli atti medici prodotti dalle parti e degli accertamenti effettuati in corso di causa (doc. XXIX).
- 1.27. Il 24 ottobre 2016 il dr. med. _____ ha prodotto il suo referto (doc. XXX).
- 1.28. Il 26 ottobre 2016 il TCA ha scritto al dr. med. _____ chiedendogli di rispondere precisamente alla domanda numero 1 (doc. XXXI).
- 1.29. Il 31 ottobre 2016 il dr. med. _____ ha risposto (doc. XXXII).
- 1.30. Il 3 novembre 2016 il Giudice delegato del TCA ha assegnato alle parti un termine scadente il 22 novembre 2016 per prendere posizione in merito (doc. XXXIII).

- 1.31. Con osservazioni del 21 novembre 2016 l'assicuratore ribadisce la sua posizione e sostiene che *“seppure consapevole del fatto che spetterà al lodevole Tribunale valutare i mezzi di prova a disposizione”* in base alla documentazione medica *“la capacità lavorativa dell'attrice per il periodo che va dal 14 marzo 2015 al 22 agosto 2015”* è del 100% e pertanto nulla le è dovuto *“a causa della mancata copertura contrattuale. In caso contrario, e cioè se venisse appurata un'inabilità lavorativa almeno parziale per il periodo che va dal 14 marzo 2015 al 22 agosto 2015, la convenuta sarebbe più che disposta a trovare un accordo transattivo con l'attrice”* (doc. XXXIV).
- 1.32. Con scritto datato 17 novembre 2016 e pervenuto al TCA il 23 novembre 2016 l'attrice ha prodotto le sue osservazioni (doc. XXXV).
- 1.33. Le rispettive prese di posizione sono state trasmesse alle parti per conoscenza.

in diritto

- 2.1. Oggetto del contendere è la questione di sapere se l'attrice ha diritto ad indennità giornaliera dal 14 marzo 2015 (doc. I, in fine).
- 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 2012 (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 1 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. 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).

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. Affinché un rapporto medico in ambito psichiatrico sia ritenuto affidabile, esso deve adempiere diverse condizioni (cfr. D. Cattaneo, “La promozione dell'autonomia del disabile: esempi scelti dalle assicurazioni sociali”, in RDAT II-2003, pag. 571 seg., in particolare la nota 158, pag. 628-629; D. Cattaneo, “Le perizie nelle assicurazioni sociali” in Le perizie giudiziarie Ed. CFPG, Lugano e

Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2008 pag. 203 e segg. (249-254).

Innanzitutto la diagnosi deve essere espressa da uno specialista in psichiatria e fondata sui criteri posti da un sistema di classificazione riconosciuto scientificamente (cfr. STF 9C_815/2012 del 12 dicembre 2012; DTF 131 V 49; DTF 130 V 396 segg.; DTF 127 V 294; Mosimann (Somatoforme Störungen: Gerichte und [psychiatrische] Gutachten, in: SZS 1999 pag. 105 ss).

Il medico deve pronunciarsi sulla gravità dell'affezione e deve anche valutare l'esigibilità della ripresa di un'attività lucrativa da parte dell'assicurato.

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

Inoltre, l'esperto deve esprimersi sull'aspetto psicosociale della persona esaminata.

Il rifiuto del carattere invalidante deve ugualmente basarsi su diversi criteri, tra i quali le divergenze tra i dolori descritti e quelli osservati, le allegazioni sull'intensità dei dolori la cui descrizione rimane sul vago, l'assenza di una richiesta di cura, le evidenti divergenze tra le informazioni fornite dal paziente e quelle risultanti dall'anamnesi, il fatto che le lamentele molto dimostrative lascino l'esperto insensibile, come pure le allegazioni di grandi handicap nonostante un ambiente psico-sociale intatto (STCA 32.1999.124 del 27 settembre 2001).

2.7. In concreto dagli atti medici emerge quanto segue.

Il 22 dicembre 2014 il datore di lavoro ha inoltrato l'avviso di malattia/attestato perdita di guadagno indicando che l'interessata è inabile al lavoro dal 10 dicembre 2014 (doc. 1).

Il 9 dicembre 2014 il medico curante, dr. med. _____, psichiatria e psicoterapia FMH, ha attestato che l'interessata è seguita in modo regolare presso il suo studio dal 24 settembre 2014 e che dal 10 dicembre 2014 presenta un'inabilità lavorativa totale fino al 12 gennaio 2015 (doc. 65 / doc. E). Il 13 gennaio 2015 il medico curante ha certificato che l'attrice presenta un'inabilità lavorativa nella misura del 100% dal 13 gennaio 2015 al 14 febbraio 2015 e che dal 14 febbraio 2015 al 10 marzo 2015 avrebbe presentato un'inabilità lavorativa del 50% per un periodo da determinare (doc. 64).

Il 29 gennaio 2015 l'assicurata, su richiesta dell'assicuratore, è stata visitata per un'ora dal dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia (doc. 62 / doc. F). Dopo aver posto la diagnosi di episodio depressivo di grado medio in risoluzione (ICD 10: F32.1), aver descritto i disturbi oggettivi/disturbi soggettivi e la valutazione oggettiva, lo specialista ha affermato che l'attrice riprenderà l'attività lavorativa al 50% dal 14 febbraio 2015 e potrà riprenderla al 100% dal 14 marzo 2015.

Con certificato del 12 marzo 2015, il curante, dr. med. _____, psichiatria e psicoterapia FMH, ha attestato una totale incapacità lavorativa dal 12 marzo 2015 al 24 aprile 2015 (doc. 61 / doc. H).

Il 24 marzo 2015 il dr. med. _____, psichiatria e psicoterapia FMH, ha rilevato di aver cercato di *“sforzarla nella misura del possibile almeno fino alla ripresa della sua abilità lavorativa nella misura del 50%”* ed ha affermato che l'attrice ha iniziato a lavorare, ma solo per un breve periodo. In seguito *“mi ha contattato in urgenza riferendomi di non farcela e di non essere assolutamente in grado di svolgere la sua attività lavorativa presentando stati d'ansia e una serie di sintomi paragonabili ad attacchi di panico, ragion per la quale non mi rimaneva che produrre un certificato d'inabilità lavorativa nella misura completa”*. Il curante ha affermato che l'attrice ha riferito *“di non essere in grado di svolgere la sua attività lavorativa nemmeno nella misura del 50%”* ed ha chiesto una rivalutazione (doc. 60 / doc. I). Il dr. med. _____ ha poi affermato che *“è assolutamente importante che essa riprenda la sua abilità lavorativa al più presto, almeno nella misura del 50%, per evitare una cronicizzazione della sua situazione attuale”*.

Il 9 aprile 2015 il dr. med. _____ ha nuovamente visitato l'attrice in seguito alla nuova documentazione trasmessa dal dr. med. _____ che richiedeva una rivalutazione della fattispecie (doc. 56 / doc. G). Lo specialista ha rilevato che *“l'atteggiamento odierno dell'assicurata, il rifiuto del colloquio, l'assenza oggettiva di segni o sintomi attuali di autentica sofferenza psichica mi dirigono verso una diagnosi di sindrome da disadattamento con sintomatologia mista ansioso-depressiva, attualmente in remissione. L'assicurata verosimilmente ricerca un vantaggio primario, quale un affetto e un accudimento da parte dei suoi cari e rifiuta nel contempo una ripresa lavorativa, anche presso un altro datore di lavoro, come proposto dallo stesso psichiatra curante. Si tratta di un comportamento in parte conscio in parte inconscio, non necessariamente di franca aggravazione tanto meno di simulazione”*. Il medico, dopo aver descritto i disturbi oggettivi/disturbi soggettivi e la valutazione oggettiva, ha affermato che l'assicurata avrebbe potuto riprendere l'attività al 50% dal 14 febbraio 2015 e al 100% dal 14 marzo 2015.

Il 6 maggio 2015 il dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, ha attestato un'inabilità lavorativa totale dal 25 aprile 2015 al 24 maggio 2015 (doc. 55).

Il 13 luglio 2015, il dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, la dr.ssa med. _____, medico assistente e la psicologa _____, hanno preso posizione sulle valutazioni del dr. med. _____ (doc. 49 / doc. M). Posta la diagnosi di sindrome depressiva ricorrente, episodio attuale grave senza sintomi psicotici (ICD-10: F33.2), hanno confermato un'inabilità lavorativa totale. Circa il referto del medico fiduciario, i tre specialisti hanno affermato che non può essere ritenuto valido ed attendibile poiché l'attrice, durante il colloquio, è stata pressoché mutacica ed è stato il figlio a fornire le indicazioni. Sarebbe paradossale riconoscere una

completa capacità lavorativa ad una paziente che non sembra neppure essere in grado di sostenere un breve colloquio clinico. Circa la componente di vantaggio secondario della malattia, gli specialisti affermano di concordare *“benché, a differenza di quanto affermato dallo psichiatra, riteniamo che tale componente non sia necessariamente imputabile ad un fattore socio-culturale. In effetti, come noto, qualsiasi disturbo depressivo comporta una forma di vantaggio secondario, perlopiù di natura inconscia (come d'altronde è ravvisabile nel presente caso). Trattasi di una caratteristica tipica del quadro clinico, naturalmente ben diversa da una situazione di esagerazione o simulazione della sintomatologia – cosa peraltro esclusa anche dallo stesso dr. _____.* La presenza di tale vantaggio secondario inconscio non ci sembra comunque sufficiente per poter giustificare una capacità della paziente a riprendere un'attività lavorativa, visto e considerato peraltro il fatto che tale componente non determina una riduzione dell'impatto della sintomatologia compromettente l'effettiva abilità lavorativa.”

Il 7 agosto 2015 il dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, preso atto della nuova documentazione medica, ha evidenziato che il dr. _____, la dr.ssa _____ e la psicologa _____ esprimono un diverso apprezzamento come curanti dello stato clinico osservato in occasione delle due precedenti visite fiduciarie ed ha rilevato come *“gli specialisti concordano su un vantaggio secondario di malattia, condizione in cui attraverso la manifestazione di un sintomo una persona ottiene più cure, attenzioni ed è esonerata dall'espletare determinati compiti o funzioni. Conseguentemente non si tratta di una limitazione funzionale insormontabile traducibile per se in incapacità lavorativa”* (doc. 48).

Il 23 settembre 2015 la Clinica _____ ha certificato che l'attrice è stata degente dal 22 agosto 2015 al 23 settembre 2015 e che in tale periodo è stata inabile al lavoro al 100% (doc. 47). Dal rapporto di dimissione emerge la diagnosi di disturbo depressivo ricorrente, episodio grave senza sintomi psicotici in atto (ICD-10 GM; F32.2) e altri disturbi di personalità e forme miste (ICD-10 GM; F61). I medici hanno affermato che *“durante la degenza ci siamo confrontati con una paziente presentante un quadro di grave deflessione timica con marcato rallentamento psicomotorio, apatia, abulia, intensa spossatezza con clinofilia, riposo notturno disturbato. Dai colloqui clinici e psicologici emergevano sentimenti di autosvalutazione, colpa e inadeguatezza, con perdita di fiducia nel futuro e scarsa spinta progettuale e volitiva. Venivano inoltre riferite sfumate idee di morte, passive e non strutturate (stanchezza di vivere, sentirsi senza speranza), in assenza di suicidalità attiva (...) la paziente dopo un mese di degenza faceva richiesta di rientrare a domicilio, che veniva accolta trovandosi in condizioni stabili e non sussistendo ulteriori motivi per prolungare il ricovero”* (doc. N).

Il 9 novembre 2015 il dr. med. _____, FMH in psichiatria e psicoterapia, incaricato dall'assicuratore, dopo aver avuto un colloquio con la dr.ssa _____ dello studio del Dr. _____ e con la psicologa _____, dopo aver esaminato gli atti, aver descritto la situazione attuale ed il decorso, i dati soggettivi,

l'anamnesi medica, l'anamnesi sociale, i colloqui avuti e l'esame clinico, ha posto la diagnosi di disturbo di personalità misto (con tratti passivi-aggressivi-istrionici) F61.0 ed episodio depressivo di lieve-media gravità (F32.10) ed ha affermato che *“per quanto concerne il ripristino della capacità lavorativa, come pure discusso con i curanti, ritengo ragionevolmente proponibile e esigibile, nonché terapeuticamente indicata, la ripresa della capacità lavorativa in un'attività confacente, come quella precedentemente svolta, in misura del 50% a partire 01.01.2016 e con ripresa completa, salvo complicazioni, dopo un mese”* (doc. 44 / doc. O). Lo specialista evidenzia tra l'altro che l'attrice ha riferito *“che dopo il parto era stata segnalata al dr. _____, consulente presso l'Ospedale _____ di _____ . Era rimasta in cura dallo specialista fino a marzo 2015, ma il medico non “l'avrebbe curata bene, le sedute duravano solo cinque minuti”. In più “lui voleva mandarmi al lavoro anche se non ce la facevo”. Per questo si è arrabbiata con il dr. _____ e si è quindi rivolta al dr. _____ che pure dopo un mese riteneva possibile una ripresa lavorativa e pertanto si è rivolta, su consiglio di un conoscente, allo studio del Dr. _____”* (doc. 44, pag. 7).

Il curante, dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, ha attestato una completa inabilità lavorativa dal 5 giugno 2015 al 5 luglio 2015 (doc. 54), dal 6 luglio 2015 al 6 agosto 2015 (doc. 52 e 53), dal 7 agosto 2015 al 7 settembre 2015 (doc. 50 e 51), dal 25 settembre 2015 al 25 ottobre 2015 (doc. 46), dal 26 ottobre 2015 al 26 novembre 2015 (doc. 45), dal 27 novembre 2015 al 27 dicembre 2015 (doc. 43), dal 28 dicembre 2015 al 28 gennaio 2016 (doc. 42), dal 29 gennaio 2016 al 29 febbraio 2016 (doc. 38 e 41), dal 1° marzo 2016 al 31 marzo 2016 (doc. 40), dal 1° aprile 2016 al 30 aprile 2016 (doc. 37).

Il 14 marzo 2016 la Clinica _____ ha certificato che l'attrice è stata degente dal 19 febbraio 2016 al 29 febbraio 2016 e che durante tale periodo è risultata inabile al lavoro nella misura del 100% (doc. 39 / R). Dal rapporto di dimissione risulta che *“si ricovera su segnalazione della dr.ssa med. _____ per un quadro clinico caratterizzato da deflessione del tono dell'umore, apatia, idee passive di morte, insonnia e angoscia”, che “durante la breve degenza ci siamo confrontati con una paziente scarsamente collaborante all'iter terapeutico propositole e scarsamente critica del proprio status psicopatologico (...) la paziente ha richiesto autodimissioni. Non sussistendo gli estremi per un ricovero in modalità coatta la paziente si autodimette”* (doc. CC1).

Interpellato dal TCA il dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, Vice primario presso la Clinica _____ di _____, ha affermato che *“la nostra valutazione della capacità lavorativa si limita ai periodi di ricovero presso la Clinica _____ momento in cui la paziente appariva inabile al lavoro nella misura del 100% a causa dell'importante quadro sintomatologico. Non avendo più visto la paziente dopo le dimissioni, né in Day Hospital né in visite ambulatoriali, ci risulta impossibile determinare il grado di capacità lavorativa nel periodo precedente e successivo ai ricoveri”* e che *“la*

sintomatologia presentata dalla paziente nei due ricoveri, dal 22.08.2015 al 23.09.2015 e dal 19.02.2016 al 29.02.2016, in clinica _____ è apparsa sostanzialmente della medesima entità dunque stabile” (doc. XXV).

Il 4 agosto 2016 il dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, ha risposto alle domande del TCA, affermando di aver “*incontrato*” l’attrice “*il 6 maggio 2015 in una situazione di semi-urgenza e non nell’ambito di una presa a carico. La paziente presentava una marcata sintomatologia depressiva e non riuscendo a mettersi in contatto con il proprio medico curante, mi contattava telefonicamente a fine aprile 2015 chiedendomi un consulto urgente avvenuto il 6 maggio 2015. Constatato il quadro psicologico alterato caratterizzato da: umore depresso, riduzione del suo repertorio comportamentale ed una marcata polarizzazione ideoaffective su temi di sfiducia; una visione di sé, della realtà e del futuro a carattere pessimistico; la presenza di apatia, abulia, anedonia e inibizione psichica con appiattimento ideativo; la deficitaria reattività emotiva nei confronti delle circostanze e degli eventi normalmente piacevoli; una sensazione di vuoto; una facile affaticabilità con ripercussioni anche nel portare a termine le attività quotidiane in ambito domestico. Constato il quadro psichico presentato ho certificato l’inabilità lavorativa, consigliando alla paziente di prendere contatto con il medico curante e lo psichiatra che l’aveva già seguita in passato per la continuazione delle cure.*” Lo specialista ha poi risposto alle domande indicando che si è trattato di un consulto unico, per episodio depressivo, che conferma il periodo d’inabilità lavorativa totale dal 25 aprile 2015 al 24 maggio 2015 e che non gli è possibile valutare l’evoluzione (doc. XXVII).

Il 24 ottobre 2016 il dr. med. _____ ha redatto il referto chiesto da questo Tribunale e susseguente alla visita del 14 ottobre 2016 (doc. XXX). Dopo aver esaminato l’intero incarto, aver chiesto la cartella clinica dallo studio del dr. med. _____ aver avuto un lungo colloquio telefonico, il 17 ottobre 2016, con la dr.ssa _____, medico assistente presso lo studio del Dr. med. _____ per chiarire la situazione dell’assicurata nei suoi vari aspetti, aver descritto la situazione attuale e il decorso secondo gli atti, le dichiarazioni dell’attrice, il colloquio con il figlio 20enne e con la dr.ssa _____, l’anamnesi medica e sociale e l’esame clinico, ha posto la diagnosi di disturbo di personalità misto (con tratti passivi-aggressivi-istrionici), F61.0 e di episodio depressivo di lieve-media gravità (F32.10), ha descritto la valutazione conclusiva ed ha risposto alle domande del TCA. Lo specialista ha affermato che “*con verosimiglianza preponderante, visto il certificato del dr. _____ del 06.05.2015 e il rapporto del dr. _____ del 19.02.2015, nonché la scarsa volontà di collaborazione dimostrata*” dall’attrice “*si può ritenere che era ragionevolmente esigibile una capacità lavorativa almeno parziale nel periodo dal 14.03.2015, almeno fino al momento (ossia dal 05.06.2015) della presa a carico da parte della dr.ssa _____ dello studio del dr. _____.* C’è poi stato il ricovero presso la Clinica _____ di _____ dal 22.08.2015 al 23.09.2015 che, alla luce di quanto descritto sopra, non appare principalmente motivato da un’imperativa necessità medica, quanto piuttosto da aspetti genericamente “*psicosociali*”.

Qualora ci fosse stato effettivamente un “grave disturbo depressivo” non si sarebbe assistito, con grande probabilità, ad un così rapido miglioramento sintomatologico, al punto da permetterle il rientro a domicilio in “condizioni stabili non sussistendo ulteriori motivi per prolungare il ricovero” (anche se si è trattato effettivamente di una dimissione voluta” dall’attrice “e dai suoi familiari), come precisato dai medici della Clinica _____ nella lettera di dimissione”. Circa il secondo quesito, lo specialista ha affermato che “in base alle risultanze del mio esame clinico del 14.10.2016 e all’attento studio degli atti, ritengo che sarebbe stata possibile la ripresa dell’attività lavorativa precedentemente svolta dal 01.01.2016, nella misura del 50%, qualora fossero state messe in atto le misure proposte dal sottoscritto (menzionate sopra) e se ci fosse stato da parte dell’assicurata lo sforzo di volontà che si poteva ragionevolmente pretendere. Sulla base degli atti esaminati, il nuovo ricovero presso la Clinica _____ di _____ dal 19.02.2016 al 29.02.2016 appare, ancora una volta, dovuto, dal profilo medico-psichiatrico, più ad un disturbo di personalità che non ad un disturbo affettivo di entità media o grave, visto che il ricovero è stato interrotto dopo appena dieci giorni (per la auto-dimissione” dell’attrice “, supportata da tutti i familiari, come ancora menzionato nel rapporto di dimissione). Lo stato di salute” dell’attrice “nel frattempo non si è modificato. Ella rimane in uno stato che si potrebbe definire di “resistenza passiva”, come descritto sopra” (doc. XXX). Lo psichiatra ha ancora evidenziato che “l’assicurata aveva cambiato diversi psichiatri in pochi mesi perché gli stessi “volevano farla lavorare” (come dalle sue stesse dichiarazioni” (doc. XXX, pag. 3). Interpellato dal TCA per indicare se può quantificare con una percentuale la capacità lavorativa definita “almeno parziale” nella domanda 1, per il periodo dal 14 marzo 2015 al 5 giugno 2015, il dr. med. _____ ha affermato di ritenere “che sarebbe stata ragionevolmente proponibile e esigibile la ripresa dell’attività lavorativa precedentemente svolta al 50% dal 14.02.2015 e al 100% dal 14.03.2015, come peraltro pure indicato dal dr. _____, FMH psichiatria e psicoterapia” (doc. XXXII).

- 2.8. In concreto è pacifico che l’attrice dal 10 dicembre 2014 fino al 14 febbraio 2015 è stata inabile al lavoro al 100% e dal 15 febbraio 2015 fino al 13 marzo 2015 al 50%.

Per quanto concerne i periodi successivi va evidenziato quanto segue.

- 2.8.1. In primo luogo, dalle risposte fornite in data 4 agosto 2016 dal dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, che ha visitato l’attrice in data 6 maggio 2015, in una situazione di semi-urgenza e non nell’ambito di una presa a carico, occorre concludere che l’assicurata è stata completamente inabile al lavoro anche per il periodo dal 25 aprile 2015 al 24 maggio 2015.

Lo specialista è infatti giunto a questa conclusione dopo essere stato contattato dalla medesima assicurata verso fine aprile 2015 ed aver riscontrato, nell’ambito della sua visita, e dunque personalmente, numerosi elementi medici oggettivi che confermano la totale incapacità lavorativa dell’attrice nel periodo in esame, ossia:

umore depresso, riduzione del suo repertorio comportamentale, una marcata polarizzazione ideoaffective su temi di sfiducia, una visione di sé, della realtà e del futuro a carattere pessimistico, la presenza di apatia, abulia, anedonia e inibizione psichica con appiattimento ideativo; la deficitaria reattività emotiva nei confronti delle circostanze e degli eventi normalmente piacevoli, una sensazione di vuoto, una facile affaticabilità con ripercussioni anche nel portare a termine le attività quotidiane in ambito domestico.

2.8.2. In secondo luogo, dalle risposte fornite dal dr. med. _____, della Clinica _____, in data 26 luglio 2016, emerge che l'interessata è stata completamente inabile al lavoro nella misura del 100% anche durante la degenza dal 22 agosto 2015 al 23 settembre 2015 (doc. XXV). L'inabilità lavorativa totale si è poi protratta fino al 31 dicembre 2015.

Infatti, dal rapporto di dimissione della Clinica _____, emerge che *“durante la degenza ci siamo confrontati con una paziente presentante un quadro di grave deflessione timica con marcato rallentamento psicomotorio, apatia, abulia, intensa spossatezza con clinofilia, riposo notturno disturbato. Dai colloqui clinici e psicologici emergevano sentimenti di autosvalutazione, colpa e inadeguatezza con perdita di fiducia nel futuro e scarsa spinta progettuale e volitiva. Venivano inoltre riferite sfumate idee di morte, passive non strutturate (stanchezza di vivere, sentirsi senza speranza), in assenza di suicidalità attiva”* (doc. N). Lo stesso dr. med. _____, incaricato dalla cassa di valutare lo stato di salute dell'attrice, nel referto del 9 novembre 2015, dopo aver approfonditamente esaminato l'intera fattispecie, non aveva messo in dubbio l'incapacità lavorativa totale dell'assicurata, tant'è che aveva concluso affermando come *“ritengo ragionevolmente proponibile e esigibile, nonché terapeuticamente indicata, la ripresa della capacità lavorativa in un'attività confacente, come quella precedentemente svolta, in misura del 50% a partire dal 01.01.2016 e con ripresa completa, salvo complicazioni, dopo un mese”* (doc. 44).

Ciò è del resto stato confermato dall'assicuratore medesimo in due lettere scritte all'allora rappresentante dell'attrice, il sindacato _____, e da cui emerge che lo stesso medico fiduciario era giunto a questa conclusione (doc. 14, lettera del 19 ottobre 2015 dell'assicuratore all'allora rappresentante dell'attrice: *“[...] con la presente vi facciamo notare di aver sottoposto nuovamente tutta la documentazione in nostro possesso direttamente al nostro medico servizio medico [...], consigliandoci comunque di concedere l'indennità giornaliera per il periodo della degenza presso la Clinica _____ di _____ [...]”* e doc. 12, lettera del 9 dicembre 2015 della convenuta all'allora rappresentante dell'attrice: *“[...] da quest'ultimo rileviamo che lo specialista conferma un'inabilità lavorativa nella misura del 100% retroattivamente al 22 agosto 2015 fino alla fine del mese, confermando la ripresa della capacità lavorativa, in un'attività confacente come quella svolta precedentemente, in misura del 50% a partire dal 1° gennaio 2016 e con ripresa completa a partire dal 1° febbraio 2016 [...]”*).

Le parti hanno ribadito questa circostanza in sede di udienza (doc. XXI: *“[...] Scopo di questi atti procedurali è chiarire le condizioni di*

saluti dell'attrice in particolare nel periodo che ha succeduto l'interruzione del lavoro il 13.3.2015 sino al ricovero del 22.8.2015 presso la _____. Le parti danno atto che la valutazione del dott. _____ per il periodo dal 22.08.2015 sino al 31.12.2015 è condivisa. Le parti invece non concordano su periodo successivo dal 1.1.16 in avanti. L'attrice sostiene che la sua inabilità sia piena mentre CV 1 si fonda sulla valutazione _____”).

2.8.3. Per quanto concerne il periodo dal 14 marzo 2015 al 21 agosto 2015 questo Tribunale ritiene che l'interessata è stata inabile al lavoro al 100%, oltre che dal 25 aprile 2015 al 24 maggio 2015 (cfr. consid. 2.8.1), anche dal 5 giugno 2015 al 21 agosto 2015, quando è iniziata la presa a carico dell'assicurata presso lo studio medico del dr. med. _____, il quale ha attestato una totale incapacità lavorativa dell'assicurata. Il dr. med. _____, medico incaricato dall'assicuratore di valutare la fattispecie, nel referto del 24 ottobre 2016, allestito su richiesta del TCA, non ha messo in dubbio questo periodo di incapacità lavorativa. Egli ha infatti affermato che “con verosimiglianza preponderante, visto il certificato del dr. _____ del 06.05.2015 e il rapporto del dr. _____ del 19.02.2015, nonché la scarsa volontà di collaborazione dimostrata” dall'attrice “si può ritenere che era ragionevolmente esigibile una capacità lavorativa almeno parziale nel periodo dal 14.03.2015, almeno fino al momento (ossia dal 05.06.2015) della presa a carico da parte della dr.ssa _____ dello studio del dr. _____.” (doc. XXX). Lo specialista non ha di conseguenza sostenuto che quanto accertato dal medico curante, dr. med. _____, in quel periodo, non sia corretto. Quanto alla valutazione dell'altro medico aziendale della Cassa, dr. med. _____, che il 7 agosto 2015 sembra mettere in dubbio le valutazioni del curante, va evidenziato come lo stesso specialista evidenzia che si tratta di un diverso apprezzamento del medesimo stato clinico (doc. 48). Del resto, a comprova che lo stato di salute dell'attrice in quel periodo era compromesso, vi è la circostanza che dal 22 agosto 2015 e per un mese, l'interessata ha dovuto rimanere degente presso una Clinica specializzata (cfr. doc. N).

2.8.4. Per il periodo dal 14 marzo 2015 al 24 aprile 2015 e dal 25 maggio 2015 al 4 giugno 2015, questo TCA, per i motivi che seguono, deve invece considerare che l'attrice è stata inabile al lavoro al 50%.

Il primo medico curante, dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, che ha potuto constatare la situazione valetudinaria esaminando di persona l'assicurata in più occasioni, e che già il 13 gennaio 2015 aveva previsto la possibilità per l'attrice di ricominciare l'attività nella misura del 50% dal 14 febbraio 2015, il 24 marzo 2015 ha rilevato di essere stato contattato “in urgenza” dall'assicurata la quale gli ha riferito di “non farcela e di non essere assolutamente in grado di svolgere la sua attività lavorativa presentando stati d'ansia e una serie di sintomi paragonabili ad attacchi di panico, ragion per la quale non mi rimaneva che produrre un certificato d'inabilità lavorativa nella misura completa”. Il curante ha affermato che l'attrice ha riferito “di non essere in grado di svolgere la sua attività lavorativa nemmeno nella misura del 50%”, ma ha sostenuto che “è

assolutamente importante che essa riprenda la sua abilità lavorativa al più presto, almeno nella misura del 50%, per evitare una cronicizzazione della sua situazione attuale” (doc. 60 / doc. I).

Certo, il dr. med. _____, sia in data 19 febbraio 2015 (doc. 62; visita del 29 gennaio 2015) sia il 10 aprile 2015 (doc. 56, visita del 9 aprile 2015) ha ritenuto possibile una ripresa dell’attività lavorativa al 100% dal 14 marzo 2015.

Tuttavia, la prima valutazione concerne una possibile futura evoluzione dello stato di salute, si fonda su quanto previsto anche dal medico curante (doc. 62: “[...] *Ho tentato di motivare adeguatamente l’assicurata a riprendere al più presto un’attività lavorativa anche a scopo terapeutico, al 50% dal 14.02.2015, come previsto dallo psichiatra curante [...] e “[...] come già detto l’assicurata riprenderà l’attività lavorativa al 50% dal 14.02.2015 e potrà riprendere al 100% dal 14.03.2015 [...]”*) ed avrebbe dovuto ancora essere verificata: “*se dovesse perdurare l’inabilità lavorativa in qualsiasi percentuale oltre metà marzo 2015, la situazione dovrà essere nuovamente discussa”* (doc. 62).

La seconda valutazione si basa invece perlopiù su quanto affermato da figlio, poiché l’attrice è stata silente (doc. 56: “[...] *Di fatto, ha parlato per quasi tutto il tempo il figlio [...] e “[...] nell’impossibilità di continuare il colloquio con l’assicurata e non ottenendo altre informazioni utili dal figlio, li ho congedati dopo circa mezz’ora [...]”*) e viene in parte smentita dal fatto che poco tempo dopo, e meglio dal 25 aprile 2015, il dr. med. _____ ha potuto accertare che l’interessata ha avuto un peggioramento dello stato di salute, nel senso che per un ulteriore mese l’assicurata è nuovamente stata completamente inabile al lavoro.

Quanto all’aspetto psicosociale ed al vantaggio secondario tratto dalla malattia, riconosciuto anche dal dr. med. _____, non va dimenticato che il curante evidenzia come qualsiasi disturbo depressivo comporta una sorta di vantaggio secondario, spesso di natura inconscia e si tratta di una caratteristica tipica del quadro clinico, ben diversa da una situazione di esagerazione o simulazione della sintomatologia, che lo stesso dr. med. _____ esclude. La presenza del vantaggio secondario inconscio non è sufficiente per poter giustificare una capacità dell’assicurata a riprendere l’attività lavorativa (cfr. doc. 49).

Nel caso di specie va in ogni caso sottolineato che l’attrice è affetta, tra l’altro, da un disturbo depressivo *ricorrente*, episodio grave senza sintomi psicotici (cfr. rapporto di dimissione del 21 ottobre 2015 della Clinica _____ di _____: ICD-10; GM: F32.2; referto del 13 luglio 2015 del dr. med. _____, doc. 49; per il dr. med. _____: episodio depressivo di lieve-media entità: F32-10 [doc. N]; per il dr. med. _____: sindrome da disadattamento con sintomatologia mista ansioso-depressiva, doc. 56). Sia il dr. med. _____ che il dr. _____ hanno del resto riservato la loro valutazione in funzione dell’evoluzione in atto della patologia (referto del dr. med. _____, doc. 62: “*se dovesse perdurare l’inabilità lavorativa in qualsiasi percentuale oltre metà marzo 2015, la situazione dovrà essere nuovamente discussa”*; referto del 9

novembre 2015 del dr. med. _____, laddove ha sostenuto che l'attrice dal 1° febbraio 2016 avrebbe potuto riprendere l'attività al 100%, aggiungendo: "*salvo complicazioni*": pag. 13, doc. N).

Ora, per stabilire se nel preciso caso di specie vi è un miglioramento duraturo dello stato di salute, non ci si può accontentare di singoli colloqui, dove peraltro l'attrice non si è quasi espressa, come quelli effettuati dal dr. med. _____, ma si sarebbe dovuta disporre un'osservazione di lunga durata al fine di poter esprimere una valutazione corretta e completa.

In tale contesto va ricordato che il Tribunale federale ha già avuto modo di sottolineare che non va dimenticata la potenziale forza dei rapporti del medico curante, alla luce del fatto che quest'ultimo ha l'occasione di osservare il paziente durante un periodo di tempo prolungato (cfr. Pladoyer 3/09 p. 74 e sentenza 9C_468/2009 del 9 settembre 2009, consid. 3.3.1; D. Cattaneo, in "Les expertises en droit des assurances sociales", in Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n° 44-2010 pag. 124).

Ciò trova conferma in alcune sentenze emanate da questo Tribunale (cfr. ad esempio sentenza 32.2012.185 del 14 febbraio 2013; sentenza 32.2011.326 del 31 maggio 2012; sentenza 32.2011.200 del 19 gennaio 2012; cfr. anche la sentenza 32.2010.308 del 19 maggio 2011) sulla base di quanto a sua volta stabilito dal Tribunale amministrativo federale il 5 dicembre 2008 (C-2693/2007).

Il TAF dopo aver rilevato che la patologia psichiatrica che affliggeva l'assicurato (in quel caso: sindrome depressiva di gravità medio grave) fosse caratterizzata da fasi di quiescenza e fasi di riacutizzazione, ha ritenuto non sufficientemente probante la valutazione psichiatrica peritale eseguita da uno specialista in psichiatria, fondata su un unico colloquio anziché, come sarebbe stato più opportuno, estendersi su di un periodo di tempo più lungo, con colloqui approfonditi ed accompagnata dall'esecuzione di test indicativi e da un'attenta analisi delle dichiarazioni del paziente.

I giudici federali hanno esposto le seguenti motivazioni:

" (...)

Alla luce dei precedenti rapporti e vista la principale caratteristica della patologia in esame che consiste in fasi di quiescenza e fasi di riacutizzazione, la perizia psichiatrica avrebbe dovuto estendersi su di un lasso di tempo più lungo, segnato da colloqui approfonditi ed accompagnato dall'esecuzione di test indicativi ed un'attenta analisi delle dichiarazioni del paziente. In altre parole, il parere del Dott. [...], fondato su di un unico colloquio ed una scarsa motivazione, non può essere tenuto quale fondamento della soppressione della rendita AI. A titolo di confronto si può paragonare la perizia del Dott. [...] con quella della Dott.ssa [...], ove, specialmente nelle rubriche "disturbi lamentati dall'assicurato ed esame oggettivo" si spiega in maniera convincente tutta la problematica, affinché l'amministrazione (ed eventualmente il giudice) possano esprimere il loro parere in modo convincente e senza esitazioni. Se, il giorno della visita specialistica, il perito non ha riscontrato nulla di patologico ed invalidante può essere anche imputabile alla circostanza che l'interessato fosse in un periodo di relativa quiescenza del male. Va qui segnalato, oltretutto, che egli assume dosi di antidepressivi massicce; questa posologia è

verosimilmente stata cambiata in occasione del ricovero presso la Clinica [...].

(...)

Nel suo rapporto del 3 aprile 2007, lo psichiatra curante indica che il paziente riceve ben 80mg die di Citalopram e 0,75 mg die di Xanax, che la sindrome depressiva è solo in parziale remissione e che la decisione dell'Al penalizza in maniera grave il paziente nella sua volontà di riscatto. A questo proposito questo tribunale osserva che anche un esame sugli effetti secondari della terapia in un'ottica di capacità al lavoro sarebbe necessario, atteso che dosi così massicce di medicinali provocano, oltre al resto, uno stato di iporeattività generale. Nel suo rapporto del 14 agosto 2007, il Dott. [...] riferisce un quadro nettamente patologico ed invalidante, nonostante le terapie in atto; l'esame oggettivo attesta una situazione psicologica grave e debilitante. Vero è che questo rapporto, come osservato dall'UAI cantonale e dal proprio medico di fiducia, esula dal periodo di cognizione giudiziaria, tuttavia il giudice delle assicurazioni sociali può tenere conto dei fatti verificatisi dopo la data dell'impugnata decisione quando essi possono imporsi quali elementi di accertamento retrospettivo della situazione anteriore alla decisione stessa (DTF 121 V 366 consid. 1b, 116 V 248 consid. 1a, 99 V 102).

In conclusione quindi, questo tribunale non può trarre idonei, conclusivi e convincenti pareri dalla perizia del Dott. [...] nella misura in cui lo stato di salute del paziente ivi descritto e la conseguente valutazione della capacità di lavoro, sembra piuttosto riferita ad una fase di momentaneo benessere che non ad una situazione temporalmente più corrispondente alla realtà. (...)."
(sottolineature del redattore)

Ne segue che in concreto, in presenza di una patologia quale quella di cui è afflitta la ricorrente nel caso concreto (sindrome depressiva *ricorrente* [ICD10; F33]), viste le conclusioni del dr. med. _____ (incapacità lavorativa al 50% ancora nel mese di marzo 2015), del dr. med. _____ (incapacità lavorativa al 100% dal 25 aprile al 24 maggio 2015), del dr. med. _____ (incapacità lavorativa del 100% dal 5 giugno 2015), del dr. med. _____ (incapacità lavorativa del 100% durante le degenze presso la Clinica _____) e del dr. med. _____ che quando ha visitato l'attrice il 20 ottobre 2015 ha confermato la completa incapacità lavorativa, le conclusioni del dr. med. _____, l'una prospettica e l'altra effettuata quando l'attrice non si è espressa, non possono essere ritenute concludenti.

Non va poi dimenticato che anche il dr. med. _____, nel referto allestito su richiesta del TCA, il 24 ottobre 2016, per il periodo dal 14 marzo 2015 al 5 giugno 2015 in un primo tempo aveva ritenuto che "*era ragionevolmente esigibile una capacità lavorativa almeno parziale nel periodo dal 14.03.2015, almeno fino al momento (ossia dal 05.06.2015) della presa a carico da parte della dr.ssa _____ dello studio del dr. _____*" (doc. XXX, sottolineatura del redattore), ma è poi caduto in contraddizione quando, interpellato dal TCA per accertare la percentuale esatta della capacità lavorativa definita "*almeno parziale*" ha affermato che "*sarebbe stata ragionevolmente proponibile e esigibile la ripresa dell'attività lavorativa precedentemente svolta al 50% dal 14.02.2015 e al 100% dal 14.03.2015, come peraltro pure indicato dal dr. _____, FMH psichiatria e psicoterapia*" (doc. XXXII).

2.8.5. Per quanto concerne il periodo dal 1° gennaio 2016, questo TCA ritiene che occorra basarsi sulla valutazione del 9 novembre 2015 (doc. 44) del dr. med. _____ e dunque riconoscere un'incapacità lavorativa del 50% dal 1° gennaio al 31 gennaio 2016. Dal 1° febbraio 2016 l'assicurata deve invece essere ritenuta completamente abile al lavoro, malgrado la successiva degenza presso la Clinica _____ (dal 19 al 29 febbraio 2016) e pur considerando che il dr. med. _____, nel referto del 24 ottobre 2016, afferma che le condizioni psicofisiche dell'assicurata non sono cambiate rispetto a quando l'aveva visitata nel mese di novembre 2015 (cfr. pag. 9, doc. XXX).

Infatti, per l'art. 61 LCA 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."

In concreto, nel referto del 9 novembre 2015 il dr. med. _____ ha spiegato quali misure avrebbero dovuto essere adottate per migliorare lo stato valetudinario dell'assicurata. Lo specialista ne aveva del resto parlato con i curanti, e meglio con la dr.ssa _____ e con la psicologa _____ (cfr. pag. 13, doc. 44: *"[...] ritengo assolutamente indicato, dal punto di vista terapeutico, considerata la deriva regressiva in atto, che l'assicurata venga sottoposta immediatamente ad un programma riabilitativo regolare (in particolare ad un programma ergoterapico) all'interno della Clinica di giorno. E' altresì indicato ridurre drasticamente tutti i medicinali con effetto sedativo (in particolare Remeron e Seroquel) che finora, con ogni evidenza, non hanno prodotto alcun effetto. Parimenti ritengo indicato un approccio sistemico-familiare, rispettivamente sedute di coppia, per cercare di risolvere le tensioni intrafamiliari che molto probabilmente contribuiscono a mantenere i sintomi (ed un'omeostasi familiare disfunzionale)".* Il 24 ottobre 2016 il medesimo specialista ha confermato che l'interessata avrebbe potuto riacquisire la sua capacità lavorativa se *"fossero state messe in atto le misure proposte dal sottoscritto (menzionate sopra) e se ci fosse stato da parte dell'assicurata lo sforzo di volontà che si poteva ragionevolmente pretendere"*. Ciò tuttavia non è stato fatto (cfr. pag. 7, doc. XXX: *"[...] Vede la paziente ogni due settimane a prescrivere Albilify e un antidepressivo, "con un certo beneficio" (che però non riesce meglio a precisare – NdR). Altrimenti fa dei "colloqui di sostegno" ma non una vera e propria psicoterapia "perché la paziente non accetta, non riesce ad aprirsi e non se la sente". Neppure accetta di riprendere una qualsiasi attività lavorativa (...)* Non è stato previsto un nuovo ricovero anche perché la paziente lo rifiuta. Neppure è stata prevista una terapia di coppia"; doc. XXX).

In sede di osservazioni l'attrice rileva del resto che "sarebbe stato verosimilmente possibile una ripresa dell'attività lavorativa al 50% dal 1.1.2016 qualora fossero state messe in atto le misure proposte dal perito (pag. 13 doc. XXX), sempre che le terapie suggerite fossero effettivamente adeguate e risolutive. Restiamo nel campo delle ipotesi. La risposta si avrà solo tra qualche mese, visto che solo ora i medici curanti stanno applicando i suggerimenti del perito. Per l'attrice si deve quindi concludere che la sua patologia non poteva essere curata senza l'aiuto di cure appropriate. La patologia sofferta, visto che, come ammesso dallo stesso perito, il percorso terapeutico è stato sbagliato ed insufficiente sin dall'inizio" (doc. XXXV).

Ora, oltre all'art. 61 LCA, anche l'art. _____ CGA prevede l'obbligo dell'avente diritto di ridurre il danno. Il disposto prevede che la persona assicurata in caso di malattia deve consultare al più presto possibile un medico autorizzato e sottoporsi alle cure del caso. L'assicurato deve attenersi alle istruzioni del medico e del personale sanitario. Ogni persona assicurata è tenuta a sottoporsi ad una visita medica o a una perizia da parte di medici incaricati da CV 1. Per l'art. _____ CGA se una persona assicurata si sottrae o si oppone a un trattamento ragionevolmente esigibile o a un reinserimento nella vita professionale che promette un notevole miglioramento della capacità di guadagno o una nuova possibilità di guadagno, oppure se la persona non offre spontaneamente un contributo ragionevolmente esigibile le prestazioni possono essere temporaneamente ridotte, oppure rifiutate.

In concreto, non avendo dato seguito alle raccomandazioni del medico fiduciario e non avendo messo in atto le cure adeguate, avendo avuto un'attitudine passiva, dal 1° febbraio 2016 non sono dovute ulteriori prestazioni, neppure durante il periodo di degenza dal 19 febbraio al 29 febbraio 2016 presso la Clinica _____.

2.8.6. Alla luce di tutto quanto sopra esposto questo TCA deve concludere che l'interessata, dopo il periodo iniziale di totale incapacità lavorativa, è stata inabile al lavoro al 50% dal 15 febbraio 2015 al 24 aprile 2015, al 100% dal 25 aprile 2015 al 24 maggio 2015, al 50% dal 25 maggio 2015 al 4 giugno 2015, al 100% dal 5 giugno 2015 al 31 dicembre 2015 ed al 50% dal 1° gennaio 2016 al 31 gennaio 2016. Dal 1° febbraio 2016 è totalmente abile al lavoro.

2.9. L'attrice ha chiesto l'assunzione di numerose prove, tra le quali: richiamo della polizza assicurativa conclusa con _____; richiamo dell'intero incarto dall'assicuratore; richiamo dei documenti dalla Pretura di _____; richiamo dalla Clinica _____ dei rapporti medici; richiamo dal Dr. _____ di eventuali certificati medici dopo il 31 marzo 2016; perizia giudiziaria (cfr. doc. I). Con le osservazioni del 17 novembre 2016 chiede anche che venga richiamata la domanda di invalidità presentata dai medici curanti, non essendo in possesso di una copia (doc. XXXV).

Questo Tribunale ha proceduto, pendente causa a numerosi accertamenti, richiamando la polizza assicurativa, l'intero incarto

dall'assicuratore, i rapporti di dimissione della Clinica _____ ed interpellando i dr. med. _____, _____ e _____.

Alla luce delle risultanze e del contenuto della documentazione prodotta, questo TCA rinuncia all'assunzione di ulteriori prove, segnatamente al richiamo degli atti dalla Pretura ed all'allestimento di una perizia, poiché quelle acquisite agli atti sono sufficienti per decidere nel merito della vertenza.

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

2.10. Questo TCA evidenzia abbondanzialmente quanto segue.

L'assicuratore afferma che in applicazione dell'art. _____ CGA è il contraente l'assicurazione, ossia il datore di lavoro, che è tenuto ad informare per iscritto la persona assicurata della possibilità di passare nell'assicurazione individuale e pertanto alla convenuta non incomberebbe alcun obbligo contrattuale di informazione.

L'assicuratore dimentica tuttavia che per l'art. 100 cpv. 2 LCA per gli stipulanti e gli assicurati considerati disoccupati ai sensi dell'art. 10 della legge sull'assicurazione contro la disoccupazione sono inoltre applicabili per analogia gli articoli 71 capoversi 1 e 2 e 73 della legge federale del 18 marzo 1994 sull'assicurazione malattie.

Ora, l'art. 71 cpv. 2 LAMal prevede che l'assicuratore deve provvedere affinché l'assicurato sia informato per scritto in merito al suo diritto di passare all'assicurazione individuale. Se omette questa informazione, l'assicurato rimane nell'assicurazione collettiva. L'assicurato deve far valere il diritto di passaggio entro tre mesi dal ricevimento della comunicazione.

Ne segue che l'assicuratore non può considerare che l'obbligo di informazione relativo al libero passaggio incombe sempre e soltanto al datore di lavoro. Spetta semmai all'assicuratore accertare se la persona assicurata è da considerare disoccupata ai sensi dell'art. 10 LADI e se, di conseguenza, deve informarla circa i suoi diritti.

A questo proposito per l'art. 10 cpv. 1 LADI è considerato totalmente disoccupato chi non è vincolato da un rapporto di lavoro e cerca un'occupazione a tempo pieno. L'art. 10 cpv. 2 LADI prevede che è considerato parzialmente disoccupato chi non è vincolato da alcun rapporto di lavoro e cerca unicamente un'occupazione a tempo parziale (lett. a) oppure un'occupazione a tempo parziale e cerca un'occupazione a tempo pieno oppure un'altra occupazione a tempo parziale (lett. b). Secondo l'art. 10 cpv. 2bis LADI non è considerato parzialmente disoccupato il lavoratore il cui tempo normale di lavoro è stato temporaneamente ridotto (lavoro ridotto). Ai sensi dell'art. 10 cpv. 3 LADI la persona che cerca lavoro è considerata totalmente o parzialmente disoccupata soltanto quando si è annunciata all'ufficio del lavoro del suo domicilio per essere collocata.

In concreto, visto l'esito della petizione, ed il diritto dell'attrice ad ulteriori prestazioni, la questione non merita ulteriore approfondimento.

Va comunque evidenziato che se l'assicurata dal 1° luglio 2015 fosse stata considerata, per pura ipotesi di lavoro, capace al lavoro, sarebbe spettato all'assicuratore accertarsi se l'attrice andava ritenuta disoccupata ai sensi dell'art. 10 LADI. Non essendo stata informata della possibilità di passaggio nell'assicurazione individuale dall'assicuratore, l'attrice, in caso di risposta affermativa, avrebbe comunque avuto diritto alle prestazioni durante i periodi di inabilità lavorativa (in particolare dal 22 agosto 2015 al 31 dicembre 2015 al 100%, poi per un mese al 50%; cfr. anche doc. 14, lettera del 19 ottobre 2015 dell'assicuratore all'allora rappresentante dell'attrice: *"[...] con la presente vi facciamo notare di aver sottoposto nuovamente tutta la documentazione in nostro possesso direttamente al nostro medico servizio medico [...], consigliandoci comunque di concedere l'indennità giornaliera per il periodo della degenza presso la Clinica _____ di _____ [...]"* e doc. 12, lettera del 9 dicembre 2015 della convenuta all'allora rappresentante dell'attrice: *"[...] da quest'ultimo rileviamo che lo specialista conferma un'inabilità lavorativa nella misura del 100% retroattivamente al 22 agosto 2015 fino alla fine del mese, confermando la ripresa della capacità lavorativa, in un'attività confacente come quella svolta precedentemente, in misura del 50% a partire dal 1° gennaio 2016 e con ripresa completa a partire dal 1° febbraio 2016 [...]"*).

2.11. L'attrice, parzialmente vincente in causa, chiede di essere posta 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'attrice è vincente in causa, è divenuta priva di oggetto (cfr. DTF 124 V 310 consid. 6; sentenza 164/02 del 9 aprile 2003). Per la parte della petizione in cui l'assicurata è soccombente, l'interessata può invece essere posta 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).

2.12. In concreto dagli atti emerge che l'attrice è sposata e il marito lavora quale macchinista e nel 2014 è stato tassato sulla base di un reddito netto da lavoro di fr. 70'057. Complessivamente, compreso il reddito della moglie, i coniugi hanno conseguito, nel 2014, un reddito netto di fr. 105'464 (doc. W). Essi hanno tre figli, nati nel _____ (doc. V). La figlia _____, studentessa, lavora part – time al 10%, ma non si conoscono i suoi introiti (doc. V). Quali spese sono state dichiarate un affitto mensile di fr. 1'125, spese annuali di fr. 900 e il leasing mensile dell'auto di fr. 820.35 (doc. V).

Secondo la Tabella per il calcolo del minimo d'esistenza agli effetti del diritto esecutivo allestita dalla Camera di esecuzione e fallimento CEF, quale autorità di vigilanza cantonale, in vigore dal 1° settembre 2009, l'importo base mensile per coniugi è di fr. 1'700, cui può essere aggiunto il supplemento del 25%, ossia fr. 425, per un totale di fr. 2'125. A questo importo va aggiunto l'ammontare di fr. 400 per la figlia più piccola e di fr. 1'200 per i figli maggiorenni agli studi (fr. 600 al mese).

Circa il leasing, va rammentato che di principio non possono invece essere ritenute le spese per l'auto (rate del leasing e RC auto; sentenza 32.2013.56 del 3 febbraio 2014 e 32.2013.57 del 22 gennaio 2014). A tale proposito va rilevato che è principio giurisprudenziale e dottrinale indiscusso che le spese fisse e correnti connesse all'uso di un'automobile rientrano nel minimo di esistenza del debitore solo se il veicolo viene dichiarato impignorabile in virtù dell'art. 92 n. 3 LEF, ossia se gli è necessario per l'esercizio della sua professione (DTF 117 III 22, 104 III 73, 97 III 52; Guidicelli/Piccirilli, Il pignoramento di redditi ex art. 93 LEF nella pratica ticinese, Lugano 2002, n. 171 ss), ciò che non viene fatto valere nel caso in esame.

Ora, deducendo dal reddito mensile di fr. 5'838 (70'057 : 12),

l'importo di fr. 1'125 di affitto, di fr. 75 di spese (900 : 12), nonché fr. 3'725 di fabbisogno, si ottiene, anche senza aggiungere il reddito della figlia (sconosciuto), un'eccedenza di fr. 913.

Con sentenza del 20 settembre 2004 nella causa U 102/04 l'allora TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) non ha considerato indigente una famiglia composta di due genitori e due figli la cui eccedenza mensile, applicando il supplemento del 15-25% all'importo di base della Tabella per il calcolo del minimo di esistenza agli effetti del diritto esecutivo, oscillava tra fr. 175.50 e fr. 415.50 al mese.

In particolare l'Alta Corte ha rilevato:

" (...)
4.1.3 Sulla base della documentazione prodotta agli atti, i primi giudici hanno fatto stato di un reddito mensile complessivo di fr. 4'618.- (fr. 3'348.- [rendita intera Al oltre alle complete per la moglie e per i figli, nati nel 1988 rispettivamente nel 1993] + fr. 1'270.- [rendita della previdenza professionale]) a fronte di un fabbisogno globale stabilito in fr. 3'842.50 (fr. 2'400.- [importo base così composto: 1'550.- + 500 + 350] + fr. 1'142.- [locazione] + fr. 118.- [premio dell'assicurazione malattia, dedotti i sussidi cantonali] + 32.50 [contributo AVS della moglie] + fr. 150.- [imposte]). In definitiva, essi hanno quindi ritenuto un'eccedenza mensile di circa fr. 750.-, più precisamente di fr. 775.50.

4.1.4 Gli importi esposti, ai quali si è richiamata la Corte cantonale per l'accertamento dello stato d'indigenza, sono stati dedotti dalle indicazioni fornite in quella sede dallo stesso ricorrente. Essi non si rivelano pertanto confutabili, né peraltro l'insorgente contesta l'una o l'altra posizione. Ora, anche volendo aggiungere all'importo di base di fr. 2'400.-, correttamente determinato sulla base della Tabella per il calcolo del minimo di esistenza agli effetti del diritto esecutivo, un supplemento del 15-25%, risulterebbe comunque un'eccedenza oscillante tra fr. 175.50 e fr. 415.50 al mese. In tali condizioni, considerati anche la gratuità della procedura in materia, l'assenza di ripetibili da dover pagare nonché il (relativamente) basso valore di lite (sostanzialmente fr. 8'775.20, di cui: fr. 4'860.- quale differenza tra l'IMI del 5% ottenuta e quella richiesta del 10% [stante un ammontare massimo del guadagno assicurato all'epoca dell'infortunio di fr. 97'200.-], e fr. 3'915.20 per rimborso spese) che, secondo la tariffa cantonale dell'ordine degli avvocati (cfr. i combinati disposti di cui agli art. 9 e 30 della Tariffa secondo i quali l'onorario normale per una procedura assicurativa con un valore di causa come quello che ci occupa può essere al massimo fissato al 14% [70% di 20%] di quest'ultimo), permette di stimare le spese di patrocinio approssimativamente in fr. 1'230.-, la precedente istanza poteva ammettere la possibilità, per F. _____, di saldare ratealmente e in un termine adeguato le spese di avvocato senza con ciò incorrere in una violazione del concetto di indigenza appartenente al diritto federale (v. DTF 109 Ia 9 consid. 3a; cfr. inoltre pure la sentenza citata del 25 settembre 2000 in re E., nel cui ambito un'eccedenza mensile di fr. 33.40, calcolata per una persona sola ma dopo avere apportato un supplemento sull'importo base LEF "soltanto" del 15%, è per contro stata ritenuta insufficiente)." (STFA del 20 settembre 2004 nella causa F., U 102/04, consid. 4.1.3., 4.1.4.)

In concreto, rilevato che l'attrice ha un'eccedenza mensile di fr. 913, senza contare il reddito del lavoro part-time della figlia al 10%, e che nella causa in esame l'assicurata ha diritto, per la parte in cui è vincente, a congrue ripetibili che ridurranno l'importo della nota professionale a suo carico, la quale potrà essere saldata ratealmente in un termine adeguato, l'istanza va respinta.

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'attrice.

Per questi motivi

dichiara e pronuncia

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

CV 1 è condannata a versare a AT 1 indennità giornaliera al 50% dal 14 marzo 2015 al 24 aprile 2015, al 100% dal 25 aprile 2015 al 24 maggio 2015, al 50% dal 25 maggio 2015 al 5 giugno 2015, al 100% dal 6 giugno 2015 al 31 dicembre 2015 ed al 50% dal 1° gennaio 2016 al 31 gennaio 2016.

2. La domanda di assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio, nella misura in cui non è diventata priva di oggetto, è **respinta**.

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

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 Menghett