

Raccomandata



Incarto n.

36.2017.79

Lugano

29 novembre 2017

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 21 settembre 2017 di

AT 1

contro

CV 1

in materia di assicurazione contro le
malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. AT 1, nata nel 1968, di professione cameriera, dal maggio 2014 alle dipendenze dell'Osteria _____ a _____, è assicurata contro le malattie in caso di perdita di guadagno presso CV 1 (di seguito: CV 1) per il tramite del proprio datore di lavoro.
- 1.2. L'8 giugno 2016 la datrice di lavoro di AT 1 ha trasmesso a CV 1 una dichiarazione di inabilità lavorativa dell'interessata con effetto dal 19 aprile 2016 (doc. D).
- 1.3. L'assicuratore, dopo aver esperito alcuni accertamenti, tra i quali una visita medica ad opera del dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, ha comunicato all'interessata che avrebbe versato le indennità giornaliere dal 22 giugno 2016 (annuncio tardivo, tenuto conto del periodo di carenza di 14 giorni) al 2 luglio 2016 al 100% e dal 3 luglio 2016 al 10 agosto 2016 al 50% (cfr. doc. 17 e XI/1). In data 6 settembre 2016 CV 1 ha disdetto il contratto

assicurativo in applicazione dell'art. _____ CGA rilevato che l'onere dei sinistri supera nettamente la media della redditività a lungo termine (doc. 18).

- 1.4. In seguito al rifiuto di CV 1 di versare ulteriori prestazioni, in data 21 settembre 2017 AT 1, rappresentata dall'avv. _____, ha inoltrato una petizione al TCA, chiedendo la condanna dell'assicuratore al pagamento di indennità giornaliera dal 19 aprile 2016 al 3 luglio 2016 nella misura del 100% e dal 3 luglio 2016 alla fine della capacità lavorativa, ma almeno fino al mese di settembre 2017, nella misura del 50% (doc. I). L'interessata sostiene che la propria datrice di lavoro già il 9 maggio 2016 avrebbe scritto all'assicuratore chiedendo l'invio del formulario per la notifica di un caso di malattia, informando che i certificati d'inabilità sarebbero stati trasmessi successivamente. L'inoltro dell'annuncio di malattia, secondo l'attrice, sarebbe pertanto tempestivo e le indennità devono essere riconosciute sin dal 19 aprile 2016. Per quanto concerne il periodo successivo al 10 agosto 2016, l'interessata, sulla base delle certificazioni del dr. med. _____ e della dr.ssa med. _____, ritiene che sia provata la sua incapacità lavorativa al 50% e che pertanto l'assicuratore è tenuto a versare le corrispondenti indennità giornaliera. L'interessata chiede infine l'allestimento di una perizia e di sentire il dr. med. _____ e la dr.ssa med. _____.
- 1.5. Con risposta del 23 ottobre 2017 l'assicuratore propone la ricezione della petizione, rinviando, per quanto concerne l'aspetto medico, alle valutazioni del dr. med. _____ (doc. V). CV 1 rileva inoltre che uno scritto datato 12 maggio 2016 e prodotto dall'assicurata in occasione di un incontro avvenuto il 22 luglio 2016 tra le parti e che dovrebbe comprovare la ricezione da parte del medesimo assicuratore della lettera del 9 maggio 2016 del datore di lavoro con cui si sarebbe stata annunciata un'inabilità lavorativa, sarebbe fasullo.
- 1.6. Il 25 ottobre 2017 le parti sono state citate a comparire il 7 novembre 2017 per un'udienza di discussione (doc. VII). La richiesta dell'avv. _____ del 26 ottobre 2017 di rinviare l'udienza (doc. VIII), è stata respinta dal Giudice delegato del TCA in data 27 ottobre 2017 (doc. IX).
- 1.7. Con scritto 6 novembre 2017, anticipato via fax, l'avv. _____ ha comunicato al Tribunale che "*abbiamo revocato il mandato di patrocinio a favore della signora AT 1*" (doc. X).
- 1.8. Il 7 novembre 2017, innanzi al TCA, si è tenuta la prevista udienza di discussione, alla presenza della sola rappresentante della convenuta (doc. XI). Dall'udienza è emerso:

" (...)

L'assicuratore ribadisce in questa sede come il tenore del doc. 6 non corrisponda alla realtà e questo per le ragioni già esposte nell'allegato di risposta.

In particolare il doc. 6, e si faccia riferimento al doc. 8 per avere un termine di paragone, non reca il logo, non reca la firma, riporta una sigla " _____ " da tempo non più in uso all'assicuratore, non riporta in calce il numero informatico di identificazione del documento, non promana dal dipartimento competente (non il " _____ "), l'indirizzo mail non corrisponde a quello normalmente usato per questo genere di comunicazioni che sono generalmente emanate da un _____. La scrittura in calce è normalmente più grande e _____.

Il giudice, ritenuto come l'assicuratore non abbia segnalato l'uso del documento finalizzato a fare retroagire l'obbligo di prestazioni al momento della scadenza del termine di attesa successivamente all'inizio della malattia, segnalerà al Ministero Pubblico del Cantone Ticino l'uso del

documento ritenuto fasullo e gli intendimenti apparenti delle persone che lo hanno prodotto. Tale obbligo è imposto dall'art. 27a Log. Il giudice trasmetterà al Ministero Pubblico i documenti di interesse e la risposta di causa dell'assicuratore così come la petizione, trattenendo gli altri documenti a disposizione del Ministero Pubblico che riceve pure copia di questo verbale.

L'assicuratore osserva ancora come le verifiche effettuate presso _____ e tese alla verifica dell'effettivo salario percepito dalla sig.ra AT 1 (il documento è stato trasmesso dalla stessa datrice di lavoro), indicano una divergenza tra il salario segnalato alla Cassa AVS e quello apparente invece sul conteggio di paga allegati al doc. 38 agli atti.

Per quel che attiene invece la patologia sofferta dall'assicurata, l'assicuratore evidenzia di avere domandato ad un medico fiduciario esterno (dr. _____), una valutazione della situazione dell'attrice. Lo psichiatra si è espresso il 18 agosto 2017 in conseguenza alla visita del 10 agosto precedente e, a fronte della richiesta dell'assicuratore, si è ulteriormente espresso sul caso 2 agosto 2017 (effettuando ulteriore visita, dopo quella effettuata in precedenza) e dettagliatamente sui suoi accertamenti.

Vi è poi un'ulteriore presa di posizione del 12 aprile 2017 del dr. _____ a fronte di una valutazione del medico curante dr. _____ del 31 gennaio 2017 pervenuta il 15 marzo 2017.

L'assicuratore ribadisce completezza e correttezza di queste valutazioni che sono state richieste a fronte della natura della patologia segnalata e in particolare delle sue origini, ossia la sofferenza per un lutto familiare, manifestatasi oltre due mesi dopo l'evento, circostanza che meritava approfondimento.

La parte convenuta evidenzia le contraddizioni nelle indicazioni dell'assicurata quo all'assunzione di medicinali in particolare, ma anche riferite ad altri elementi quali il pensum lavorativo.

Il giudice passa in rassegna il doc. KK, rapporto dott. _____ che non reca elementi di novità rispetto a quanto evidenziato negli altri documenti, se non un'apparente contraddizione per la data di morte e la durata di vita della mamma che sarebbe morta nel 2016 _____. La dott. _____ ha consigliato l'inoltro di una domanda AI al fine di ottenere una valutazione da altri colleghi indicando una continuità della capacità lavorativa del 50% suscettibile di miglioramento senza ulteriore approfondimento e argomentazione/motivazione.

L'assicuratore ribadisce la completezza e la fondatezza dei rapporti del dr. _____.

In merito al doc. 37, _____, assicuratore malattia, ha risposto ad una richiesta di CV 1 specificando che nelle fatturazioni da loro ricevute risultavano prestazioni del dr. _____ ma non medicinali psichiatrici. La convenuta precisa che l'allegato al doc. 37 è una tabella che è stata redatta internamente dalla collaboratrice di CV 1 e non è invece stata redatta da _____.

CV 1 tiene a disposizione le fatture acquisite dall'assicuratore _____.

A parte convenuta viene consegnata copia del doc. X (lettera avv. _____ di revoca del mandato) e agli atti viene pure acquisita copia del doc. 17 nella sua completezza. Purtroppo in occasione della trasmissione dei documenti, il segretariato di CV 1 è incorso in un errore per cui mancano le pagine del verso di quel documento, per cui viene ora consegnato il documento completo.

L'assicuratore ribadisce quindi le sue conclusioni di causa." (doc. XI)

- 1.9. Il 7 novembre 2017 il Giudice delegato del TCA, in applicazione dell'art. 27a Log, ha segnalato la fattispecie al Ministero Pubblico, trasmettendo i documenti necessari per la verifica del sussistere di un reato penale e segnalando che, salvo diversa disposizione da parte dell'autorità penale, la trattazione della procedura non sarebbe stata sospesa (doc. XIII).

in diritto

2.1. 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).

2.2. Nella presente fattispecie trovano applicazione le Condizioni generali d'assicurazione (CGA) dell'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia _____, _____ (cfr. doc. I; di seguito: CGA).

Ai sensi dell'art. _____ CGA il contratto assicurativo è composto dalle CGA, dalle condizioni particolari, dalla proposta firmata dal contraente, dalle eventuali dichiarazioni scritte del contraente o della persona assicurata, a condizione che siano state confermate dall'assicuratore nella polizza come condizioni particolari, la polizza ed eventuali aggiunte. Secondo l'art. _____ CGA in aggiunta alle presenti disposizioni è applicabile la LCA.

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

L'art. _____ CGA prevede che è considerata incapacità al lavoro qualsiasi incapacità, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica, mentale o psichica, di compiere un lavoro ragionevolmente esigibile nella professione o nel campo d'attività abituale. In caso d'incapacità al lavoro di lunga durata possono essere prese in considerazione anche le mansioni esigibili in un'altra professione o campo d'attività.

Per l'art. _____ CGA in occasione di ogni incapacità lavorativa, il contraente l'assicurazione ne fa notifica alla CV 1 mediante il relativo formulario, e ciò, entro 5 giorni dalla scadenza del periodo di attesa concordato, al più tardi tuttavia, dopo 30 giorni di incapacità lavorativa ininterrotta. Alla notifica va allegato il certificato medico del medico curante.

Secondo l'art. _____ CGA in caso di comunicazione tardiva, il diritto alle prestazioni assicurate sussiste al più presto dal momento in cui tale comunicazione perviene alla CV 1. Se è stato concordato che il contraente l'assicurazione o l'avente diritto abbia da subire degli svantaggi per aver leso un obbligo, tale svantaggio non si verifica, se per le circostanze in cui si è verificata, la lesione è da considerare senza colpa.

Ai sensi dell'art. _____ CGA il contraente l'assicurazione o la persona assicurata devono adottare tutte le misure da loro esigibili per ridurre il danno. A questo proposito l'art. _____ CGA prevede che l'obbligo di ridurre il danno è giudicato secondo i criteri stabiliti dal diritto delle assicurazioni sociali.

Va ancora evidenziato che secondo l'art. _____ CGA per i dipendenti, come base per il calcolo dei premi e per l'erogazione delle prestazioni, vale il salario AVS ai sensi della LAVS. La CV 1 concede le prestazioni contrattuali al verificarsi dell'evento assicurato e solo dietro dimostrazione del danno subito. L'entità precisa delle prestazioni risulta dalla polizza e dalle presenti Condizioni generali d'assicurazione.

2.3. 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. _____ CGA: "[...] per i dipendenti, come base per il calcolo dei premi e per l'erogazione delle prestazioni, vale il salario AVS ai sensi della LAVS. La CV 1 concede le prestazioni contrattuali al verificarsi dell'evento assicurato e solo dietro dimostrazione del danno subito [...]").

2.4. Nel caso di specie dagli atti medici emerge quanto segue.

Il 19 aprile 2016 il medico curante, dr. med. _____, FMH medicina generale, ha attestato un'incapacità lavorativa completa dell'attrice (allegato doc. 4).

Con certificato del 2 maggio 2016 il dr. med. _____, psichiatra e psicoterapeuta FMH, ha attestato una completa inabilità lavorativa dell'attrice dal 2 maggio 2016 al 1° giugno 2016 (allegato doc. 4). A scadenza regolare, mensilmente, il medesimo specialista ha confermato l'incapacità lavorativa al 100% (cfr. doc. S-CC; cfr. allegato doc. 4).

Il 4 luglio 2016 il dr. med. _____ ha posto la diagnosi di "episodio depressivo lieve", con inizio dei sintomi nel febbraio 2016, a causa del decesso della madre ed inizio dell'incapacità lavorativa dal 2 maggio 2016 (doc. 10). Il medico ha precisato che la sintomatologia sta migliorando, che l'interessata avrebbe ripreso l'attività al 50% e che "si presuppone per settembre 2016, si pensa che la paziente possa recuperare la piena capacità lavorativa". Lo specialista ha attestato una completa inabilità lavorativa dal 2 maggio al 2 luglio 2016, un'inabilità lavorativa al 50% dal 3 luglio al 31 agosto 2016 ed una completa abilità lavorativa dal 1° settembre 2016.

Il 18 agosto 2016 l'attrice è stata visitata dal dr. med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, su richiesta dell'assicuratore (doc. 15). L'interessata ha confermato che il disturbo sarebbe sorto a causa della morte della mamma e di assumere quale medicamento Fluctine 20 mg una volta al mattino. Il medico ha rilevato che "si tratta di una situazione in cui emergono criticità importanti. Innanzi tutto la madre è deceduta all'inizio di febbraio, l'assicurata si è recata in automobile in _____ per il funerale. Al ritorno ha ripreso normalmente il lavoro anche durante il carnevale di _____, il ristorante avrebbe uno stand al carnevale (...) non è chiaro perché l'inabilità lavorativa sarebbe insorta ben 2 ½ mesi dopo il lutto avvenuto da intendersi come evento scatenante. L'assicurata non ha riferito altro che possa aver scatenato un episodio depressivo, da lei descritto come tristezza per la morte della madre. L'assicurata non ha presentato oggi alcun segno di depressione, di stanchezza, di assenza d'interesse per le cose a lei piacevoli quali tenere in ordine la propria casa. Non è neppure stato chiaro quanto sia attualmente il tempo in cui lei lavora al ristorante. (...) Si tratta verosimilmente di ben più del 50%. Inoltre appare del tutto improbabile se non impossibile che anche un disturbo depressivo lieve non risponda ad un trattamento comprovato come fluctine e porti ad un'inabilità lavorativa così lunga. L'assicurata stessa non è in grado di

descrivere un'evoluzione dei sintomi da febbraio ad oggi. Inoltre dichiara un aumento di ponderale da stress e nello stesso tempo dichiara di nutrirsi esclusivamente d'insalata ed un pasticcino al giorno e nello stesso tempo di svolgere il lavoro di cameriera per ben più di 4h al giorno. In questa situazione non ritengo di giustificare alcun disturbo psichico maggiore di nessun tipo. (...)" (doc. 15). Il dr. med. _____ ha concluso rilevando che non vi è alcuna diagnosi con o senza influsso sulla capacità lavorativa.

Il 28 ottobre 2016 il dr. med. _____ ha posto la diagnosi di sindrome depressiva ricorrente, episodio di media gravità, F 33.1 e disturbo di personalità forma mista F 60.1, con prognosi incerta e incapacità lavorativa del 50% dal 2 settembre 2016 (doc. 20).

Il 31 gennaio 2017 il dr. med. _____ ha trasmesso un nuovo referto all'allora rappresentante dell'attrice, avv. _____ (doc. 26). Il curante ha contestato il referto del dr. med. _____, sostenendo che quest'ultimo non è stato in grado di comprendere il divenire della manifestazione psicopatologica. Il dr. med. _____ evidenzia come *"anziché apparire come simulazione di un disturbo (come affermato dal collega), l'esacerbazione della sintomatologia depressiva, secondaria a mesi dal decesso, appare invece adeguata alle linee guida dei più avvalorati manuali di psicopatologia attuali. I quali si discostano dal vedere il lutto come sinonimo di depressione, poiché esso determina la presenza di un disadattamento al quale, un adattamento mancato, a livello nosodromico determina inasprimento della sintomatologia come del resto il caso in questione dimostra ampiamente. Inoltre gli elementi emersi dalla valutazione dello status validato secondo AMDP-System appaiono superficiali e non in grado di approfondire quanto una valutazione psicoanalitica dovrebbe tener conto. (...) Nondimeno anziché screditare la psicopatologia e la sofferenza della paziente, poiché come a detta del collega "non risponda ad un trattamento comprovato come Fluctine", risulta doveroso comprendere che, oltre ad una deflessione della timia in distonia all'ego, le controrappresentazioni della paziente hanno subito gravosa alterazione, necessitando a tal motivo di tempistiche prolungate di remissione. In un costrutto dove la semplice visione organicistica appare oltre che effimera, anche riduttiva nella valutazione peritale."* Il dr. _____ ha concluso affermando che l'interessata presenta un'inabilità del 50% e che la prognosi è incerta *"tuttavia a fronte della minima salvaguardia di capacità residuali si protende verso una eventuale evoluzione nosodromica favorevole"*.

Il 12 aprile 2017 il dr. med. _____ ha preso posizione rilevando di *"non aver mai parlato di simulazione della patologia, in quanto una simulazione implica la messa in scena di atteggiamenti teatrali che cerchino di "convincere" l'interlocutore sulla veridicità della propria sofferenza. Ritengo che l'assicurata non abbia "simulato" alcuna sofferenza, poiché, come specificato nella mia valutazione, ella "non ha presentato alcun segno di depressione, stanchezza, assenza d'interesse per le cose a lei piacevoli, quali tenere in ordine la propria casa". Ho inoltre aggiunto che ella "non è stata in grado di descrivere una evoluzione dei sintomi dal febbraio 2016" alla data della visita e che, verosimilmente, alla descrizione della giornata, emergeva che ella stesse già lavorando in una percentuale superiore al 50%. Il quadro clinico dell'assicurata è stato validato secondo l'AMDP-8 System (...). Ritengo pertanto che il quadro clinico evidenziato attraverso tale strumento sia assolutamente valido, non avendo tra l'altro riscontrato, nel mandato affidatomi, la necessità di una valutazione puramente psicoanalitica come condizione per una valutazione affidabile e veritiera. D'altra*

parte resto stupito dei tempi intercorsi tra la mia valutazione e una presa di posizione da parte dei curanti, data la gravità del quadro clinico da loro evidenziato, che avrebbe richiesto da parte loro, a mio avviso, una presa di posizione repentina e di certo non a distanza di mesi, al fine di tutelare un ulteriore peggioramento dello stesso quadro clinico. In conclusione non riscontro nello scritto ricevuto alcun elemento medico oggettivo atto a modificare la mia precedente presa di posizione” (doc. 28).

Il 23 maggio 2017 il dr. med. _____ ha risposto rilevando di rimanere austero ed irremovibile sulla presa di posizione del 31 gennaio 2017, sostenendo che *“pare evidente denotare come la clinica sconfessi in maniera inequivocabile quanto analizzato dal collega”* ed affermando che *“rimarchiamo l’accento sul fatto che il collega non debba permettersi di giudicare il nostro operato, bensì limitarsi al Suo mandato riguardante la sola e unica valutazione dello stato di salute della paziente secondo modalità oggettive”* (allegato doc. 29).

Il 9 giugno 2017 la dr.ssa med. _____, specialista FMH psichiatria e psicoterapia, ha visitato l’attrice su richiesta del dr. med. _____. Nel referto del 16 giugno 2017 la specialista ha posto la diagnosi di episodio depressivo di media gravità con sintomi biologici (F31.11 ICD-10), lutto in elaborazione della madre (Z63.3 ICD-10), tricotillomania (F63.3 ICD-10), in anamnesi reazione depressiva con vari aspetti emozionali del lutto del padre all’età di 18 anni con periodo di 3 anni di anoressia (F43.23 ICD-10), disturbo di personalità misto con tratti immaturi e ansiosi (F61.0 ICD-10). La dr.ssa med. _____ ha rilevato che *“la sintomatologia sarebbe iniziata da circa 1 anno caratterizzata da umore depresso, tensione endopsichica, relativo isolamento sociale con irritabilità con le persone, disturbi di concentrazione, palpitazioni di notte, stanchezza, crisi di iperventilazione a tratti, sotto stress si tira i capelli, mangia le unghie, si morsica le dita (da qualche mese). La terapia consiste in colloqui quindicinali di sostegno psicologici e valutazione mensile della terapia farmacologica con lo psichiatra curante. (...) Al colloquio si presenta lucida, orientata, eloquio nella norma, scarso contatto visivo con l’interlocutore, pensiero incentrato sulle difficoltà di guarire e sulla volontà peraltro di voler guarire (...) lamenta palpitazioni di notte, risvegli frequenti, fame d’aria, desidera quando è con la gente di rimanere sola, è irritabile, stanchezza, scadimento volitivo (...) assente suicidalità. (...) Ho eseguito un test MADRS che ha messo in evidenza un punteggio di 39 con punteggi alti rispetto alla tensione interiore e l’intolleranza allo stress e la stanchezza. Il punteggio MADRS di 39 corrisponde anche a depressione severa, con un range superiore di 25. Il test HAM-A di Hamilton ha messo in evidenza un punteggio di 33 corrispondente ad ansietà severa con un range superiore a 30 (...) La personalità di base della signora appare caratterizzata da vissuti precoci di abbandono e attaccamento insicuro con le figure genitoriali. Le reazioni al lutto dei genitori sembrano accentuare tali vissuti e vanno a cortocircuitarsi nella tensione endopsichica in rituali ripetitivi e di ansia (tirare capelli, morsicare dita ed unghie) oppure restrizione/abbuffate di cibo.”* La specialista ha concluso confermando un’incapacità lavorativa del 50% ma suscettibile di miglioramento con le indicazioni farmacologiche ivi ritenute ed *“è motivata per l’intolleranza allo stress, e l’irritabilità”*.

Il 27 luglio 2017 il dr. med. _____ ha nuovamente visitato l’attrice (doc. 36). Nel referto del 2 agosto 2017, di 9 pagine, lo specialista ha confermato che non vi è alcuna diagnosi con o senza influenza sulla capacità lavorativa. Il dr. med. _____ ha

evidenziato come l'interessata, in occasione di questa seconda visita, non ricordi più nulla, del padre e della madre, perché perde la memoria, fa fatica a ricordarsi la sua data di nascita e la data della visita. Essa non ricorda nulla della scuola ed afferma di essere in Svizzera da circa 27 anni e di aver sempre lavorato come cameriera.

Il dr. med. _____ ha sottolineato di non aver riscontrato nell'assicurata, per l'intera visita, comportamenti compulsivi di tipo tricotillomania o mangiarsi unghie o dita ed ha rilevato che la stessa dr.ssa med. _____ ha differenziato gli aspetti da lei osservati (*"al colloquio si presenta lucida, orientata, eloquio nella norma, scarso contatto visivo con l'interlocutore, pensiero incentrato sulla difficoltà di guarire"*) e quanto riferito dall'attrice (*"lamenta (...) stanchezza, scadimento volitivo, si tira i capelli, si morde unghie e dita (...)"*). Per lo specialista la diagnosi posta dalla dr.ssa med.

_____ è attribuibile alla sintomatologia descritta dall'attrice e non a quanto direttamente constatato, non trovando la diagnosi posta corrispondenza nelle constatazioni cliniche oggettive ma unicamente in quelle soggettive. Il dr. med. _____ ha rilevato inoltre che la testistica utilizzata dalla specialista è priva di valore nel campo assicurativo in quanto nota unicamente per l'inserimento di pazienti in protocolli per lo studio di medicinali. Secondo il dr. med. _____ dalla documentazione del dr. med. _____ e della dr.ssa med. _____ non risulta in maniera comprovata la presenza di una problematica psichica, oggettivata con elementi concreti e precisi. Egli ha rilevato che l'assenza di memoria riferita dall'assicurata, che lavora al 50% come cameriera, non è stata oggettivata giacché essa stessa ha affermato di essere in grado di svolgere la sua attività che non potrebbe assolutamente esercitare se non avesse ricordi né a lungo né a breve termine. Il dr. med.

_____ ha affermato che *"non si comprende infatti come potrebbe servire pasti, rispettivamente prendere le comande dei clienti, guidare l'automobile se fosse completamente disorientata come ha di fatto dichiarato di essere per buona parte del colloquio"* e che *"riguardo la tricotillomania (strapparsi i capelli) e l'onico-fagia (mangiarsi le unghie) questa non è stata assolutamente oggettivata giacché l'assicurata non ha presentato questo comportamento se non il mangiarsi le unghie per 9 minuti dopo aver lei stessa, non da me sollecitata, dichiarato questo comportamento"*. Il dr. med.

_____ ha rilevato che non vi sono *"elementi oggettivi che dimostrino la presenza di un disturbo dell'umore"*. Lo specialista ha confermato che vi sono criticità verosimilmente anche più gravi di quelle emerse nel corso della precedente visita. *"l'assicurata ad inizio colloquio è apparsa completamente "smemorata" come se avesse una degenerazione cognitiva che si riscontra normalmente esclusivamente in una demenza senile. L'assicurata non ricorda nulla dei genitori, con molta difficoltà la sua data di nascita e di essere stata presso il mio studio nonostante io possa affermare che si tratta della stessa persona che si era presentata da me lo scorso anno. Tuttavia afferma di condurre l'automobile anche se su percorsi brevi, capacità che una persona priva di memoria non avrebbe. Riferisce di svolgere al 50% i compiti di cameriera presso un ristorante, anche questa un'attività del tutto impossibile per una persona con i disturbi mnemonici da lei dichiarati. (...) ha affermato di soffrire d'insonnia ma di assumere raramente il sonnifero prescritto. Non ha presentato alcun segno, già come lo scorso anno, di depressione, stanchezza durante l'ora circa di colloquio. Sempre come lo scorso anno non è stato assolutamente chiaro quanto sia esattamente il tempo in cui lei lavora al ristorante. L'anno scorso ha parlato di un'ora circa al mattino poi il pomeriggio fino al momento della chiusura. Oggi ha riferito di lavorare il pomeriggio e la sera. Si tratta verosimilmente ben più del 50%. Inoltre appare del tutto improbabile che un disturbo depressivo non risponda assolutamente a nessun medicamento e*

che da oltre un anno provochi una perdita di memoria così grave che tuttavia permette all'assicurata di essere regolarmente attiva presso un ristorante e di recarsi da sola a fare acquisti con un'automobile nel centro commerciale di _____ . (...) Ha dichiarato un aumento ponderale esattamente identico a quello dichiarato lo scorso anno, tuttavia il peso controllato sulla mia bilancia di precisione è stato di 70 kg come lo scorso anno. (...) Si tratta verosimilmente di una condizione che non trova riscontro in alcuna patologia psichiatrica codificata secondo le classificazioni internazionali”.

- 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, 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 (*substanziiert*), 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.”).

Cfr. inoltre, per quanto concerne la valutazione dei referti dei medici curanti, la sentenza 4A_571/2016 del 23 marzo 2017, consid. 4.2.

- 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. Alla luce delle valutazioni mediche agli atti, nell'ambito dell'apprezzamento delle prove, questo Tribunale deve concludere che l'interessata, contrariamente a quanto sostenuto dal dr. med.

_____, FMH psichiatria e psicoterapia e dalla dr.ssa med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia, per i motivi che seguono, non è stata incapace al lavoro nella misura del 50% successivamente al 10 agosto 2016 e non ha dunque più diritto alle indennità giornaliere dall'11 agosto 2016.

Dalla documentazione medica emerge in primo luogo che il dr. med. _____, il 4 luglio 2016, aveva diagnosticato un episodio depressivo lieve che, dopo un periodo di incapacità lavorativa iniziale del 100%, avrebbe comportato dapprima un'incapacità del 50% e, dal 1° settembre 2016, una ripresa completa dell'attività di cameriera (doc. 10).

Il dr. med. _____, anch'egli FMH psichiatria e psicoterapia, il 10 agosto 2016 (doc. 15), nell'ambito di una visita di circa 50 minuti, ha sottoposto l'attrice al test AMDP (*“Arbeitsgemeinschaft für Methodik und Dokumentation in der Psychiatrie”*), ossia, come emerge dalle *“Qualitätsleitlinien für psychiatrische Gutachten in der Eidgenössischen Invalidenversicherung”* della Società Svizzera di Psichiatria e Psicoterapia, redatte nel 2012 (cfr. <http://www.ivsk.ch/mm/Qualitaetsleitlinien-fuer-psychiatrische-Gutachten.pdf>) ad un test utilizzato nell'ambito della redazione delle perizie mediche in ambito AI (punto 4.3.1 *“Psychiatrischer Befund”*). Si tratta di un *“sistema per la valutazione e la documentazione della psicopatologia sviluppato in Europa. Frutto del lavoro di psichiatri di diverse culture, tradotto in molte lingue e forte di un'esperienza costante di aggiornamento internazionale, l'AMDP copre un ampio spettro di sintomi psicopatologici e somatici, cui si aggiungono i cosiddetti “sintomi di riserva”*” (cfr. <http://www.giunti.it/libri/salute-e-benessere/amdp-8-manuale-per-la-metodologia-e-la-documentazione-della-diagnosi-in-psichiatria/>).

Dallo status psichico validato dal test AMDP effettuato nel corso del colloquio non sono emersi disturbi dello stato di coscienza, disturbi dell'orientamento, disturbi significativi della memoria, disturbi formali del pensiero, timori, fobie o sintomi ossessivi compulsivi. Inoltre erano assenti sintomi deliranti, disturbi della percezione, disturbi della coscienza dell'io; riguardo all'affettività l'assicurata non ha mai presentato momenti di tristezza, è stata a lungo sorridente soprattutto quando rispondeva a domande di tipo neutrale, si è dichiarata triste per la morte della madre avvenuta in febbraio solo quando le è stata posta questa specifica domanda; assente ansia libera, non sono emersi disturbi della carica vitale e della psicomotricità. L'assicurata ha dichiarato disturbi del sonno soggettivi, ma non ha mostrato alcun calo di attenzione, rispettivamente affaticamento durante l'ora circa di colloquio.

Questi elementi oggettivi, unitamente ad alcune criticità emerse nel corso del colloquio (l'interessata non è stata in grado di descrivere un'evoluzione dei sintomi da febbraio, quando è deceduta la madre, in poi; da una parte dichiara un aumento del peso e dall'altra afferma di mangiare solo insalata ed un pasticcino al giorno, malgrado continui a lavorare almeno al 50% quale cameriera; non ha presentato alcun segno di depressione, di stanchezza, di assenza di interesse per le cose a lei piacevoli), fanno effettivamente concludere per un'assenza, al momento della visita presso il dr. med. _____, di una patologia psichica e dunque di un'incapacità lavorativa.

I referti del 31 gennaio 2017 (due pagine ed ¼; allegato al doc. 26) e del 23 maggio 2017 (una pagina; allegato al doc. 29), del curante, dr. med. _____, non sono propri a sovvertire queste

conclusioni. Oltre all'assenza di elementi medici oggettivi per sostanziare la presenza di una patologia psichica e di una conseguente incapacità lavorativa, il primo referto si esaurisce in una serie di affermazioni generiche, tramite le quali viene contestata la presa di posizione del dr. med. _____, ma che non descrivono nella concretezza in cosa consisterebbero gli elementi oggettivi atti a comprovare la presenza di una patologia psichica con incidenza sulla capacità lavorativa dell'attrice.

La seconda presa di posizione (23 maggio 2017; cfr. anche lo scritto del 26 luglio 2017 [doc. 35]) è ancora più scarna e comporta unicamente tre vaghe contestazioni delle affermazioni del 12 aprile 2017 del dr. med. _____. Anche in questo caso si cerca invano un argomento medico concreto atto a sostanziare la presenza di un'incapacità lavorativa derivante da una patologia psichica.

Neppure il referto del 16 giugno 2017 (allegato al doc. 29) della dr.ssa med. _____ (due pagine ed ¼) permette di concludere diversamente. La diagnosi è stata posta prevalentemente sulla base di elementi soggettivi descritti dalla medesima assicurata ("*[...] la sintomatologia sarebbe iniziata da circa 1 anno caratterizzata da umore depresso, tensione endopsichica, relativo isolamento sociale con irritabilità con le persone, disturbi di concentrazione, palpitazioni di notte, stanchezza, crisi di iperventilazione a tratti, sotto stress si tira i capelli, mangia le unghie, si morsica le dita (da qualche mese) (...)*" e "*[...] Lamenta palpitazioni di notte, risvegli frequenti, fame d'aria, desidera quando è con la gente di rimanere sola, è irritabile, stanchezza, scadimento volitivo (in casa pulisce solo una volta alla settimana mentre prima puliva l'appartamento tutti i giorni). Quando è sotto stress si tira i capelli, mangia le unghie, si morsica le dita [...]*"), che non collimano con gli elementi oggettivi accertati dalla specialista, la quale ha rilevato come l'interessata "*al colloquio si presenta lucida, orientata, eloquio nella norma, scarso contatto visivo con l'interlocutore, pensiero incentrato sulle difficoltà di guarire e sulla volontà peraltro di voler guarire*".

Certo, la dr.ssa med. _____ ha fatto eseguire all'interessata i test MADRS e HAM-A di Hamilton. Il primo ha messo in evidenza un punteggio di 39, con punteggi alti rispetto alla tensione interiore e l'intolleranza allo stress e la stanchezza che corrisponde ad una depressione severa ed il secondo si è concluso con un punteggio di 33 corrispondente ad ansietà severa.

Tuttavia, come emerge dalla giurisprudenza federale (cfr. sentenza 9C_353/2015 del 24 novembre 2015, consid. 4.1; sentenza 9C_391/2010 del 19 luglio 2010 consid. 3.2.1; sentenza 9C_775/2008 del 15 settembre 2009, consid. 3.3), nell'ambito di un esame psichiatrico, i processi di autovalutazione schematici, come per esempio la scala di valutazione MADRS che si fonda su informazioni e stime fornite dalla medesima persona assicurata, hanno solo una funzione complementare, mentre determinante è l'esame clinico, con anamnesi, descrizione dei sintomi e osservazione del comportamento dell'assicurato. Ciò vale anche per il test di Hamilton (cfr. la sentenza 8C_772/2016 del 23 gennaio 2017 consid. 6.1).

In concreto, a differenza di quanto effettuato dal dr. med. _____, né il dr. med. _____, né la dr.ssa med. _____, nei loro referti, hanno fornito elementi medici oggettivi, non forniti dall'attrice medesima, atti a sostanziare le loro conclusioni circa la presenza di una diagnosi psichiatrica con influenza sulla capacità lavorativa anche dopo il 10 agosto 2016.

Da parte sua, il dr. med. _____, in seguito ad un'ulteriore visita del 27 luglio 2017 (doc. 36), ha nuovamente accertato l'assenza di qualsiasi patologia psichica. Nel referto del 2 agosto 2017, di 9 pagine, lo specialista ha spiegato nel dettaglio ed in maniera convincente ed approfondita i motivi per i quali sono assenti elementi che possano far ritenere l'interessata affetta da una malattia. Il dr. med. _____ ha evidenziato come il comportamento della medesima nel corso dell'ultimo colloquio, presenta criticità ancora maggiori rispetto a quanto riscontrato l'anno precedente. L'assenza di memoria a corto e lungo termine ("*...* chiedo all'assicurata informazioni riguardo alla guida, mi risponde di non possedere un'automobile, di non ricordare cosa è successo alla sua vettura e qualche minuto più tardi afferma che il marito avrebbe acquistato per lei da poco tempo un'auto guasta. Dopo alcuni momenti afferma invece che questa vettura è invece funzionante, 5 minuti dopo ricorda che l'altra automobile era stata bruciata in data imprecisata a _____ [*...*"]; "*...* riguardo alla data della visita precedente, inizialmente non ricorda di essere stata presso il mio studio e successivamente afferma di essere stata in questo studio nella primavera del 2016 [*...*"]; "*...* L'assicurata aggiunge di non avere assolutamente memoria da quando sta male. Le chiedo la data di nascita ed impiega circa 30 secondi per darmi la data di nascita corretta. Afferma di non ricordare assolutamente la data odierna ma che molto probabilmente siamo in giugno o luglio 2017 [*...*"]; "*...* l'assicurata afferma di non ricordare assolutamente nulla né del padre, né della madre perché perde la memoria [*...*"]) è infatti incompatibile sia con la guida anche se solo su percorsi brevi, sia con l'attività di cameriera svolta al 50%, la quale implica necessariamente la capacità di ricordarsi, oltre agli orari di lavoro ed al percorso per recarsi presso il ristorante in cui è attiva, le ordinazioni degli avventori, i tavoli a cui portare le vivande, le riserve dei clienti, la disposizione delle posate. A questo proposito il dr. med. _____ ha evidenziato come l'attrice "*ha risposto alle domande affermando più volte di non avere memoria, di non ricordare nulla, tuttavia su altre domande per esempio sul lavoro svolto al ristorante è stata logica e consequenziale*".

Nella descrizione dello status psichico, validato secondo AMDP8-System, risulta che non sono emersi disturbi dello stato di coscienza, che nonostante l'asserita mancanza di memoria non sono stati oggettivati disturbi dell'orientamento, che l'assenza di memoria non è oggettivata, non sono emersi disturbi formali del pensiero, timori, fobie o sintomi depressivi compulsivi e neppure la tricotillomania e l'onicofagia sono state oggettivate poiché l'assicurata non ha presentato questo comportamento se non il mangiarsi le unghie per 9 minuti dopo aver lei stessa dichiarato questo comportamento. Sono inoltre assenti sintomi deliranti, disturbi della percezione e disturbi della coscienza dell'io. L'attrice ha dichiarato ansia psichica soggettiva ma non oggettivabile, non sono emersi disturbi della carica vitale e della psicomotricità. Essa ha dichiarato disturbi del sonno soggettivi, ma non ha mostrato un calo di concentrazione, attenzione, affaticamento durante l'ora circa di colloquio.

Rilevato che non possono essere d'aiuto all'attrice le generiche attestazioni di incapacità lavorativa al 100% prodotte regolarmente ogni mese dall'assicurata e firmate dal dr. med. _____ (doc. da S a CC), non essendo motivate, e, abbondanzialmente, che non risultano esserci prescrizioni o fatture per medicinali prescritti dal dr. med. _____ all'attrice nel periodo in esame (cfr. doc. 37 e doc. V), non vi sono elementi oggettivi a sostegno di un disturbo dell'umore e di una conseguente incapacità lavorativa anche solo parziale dell'attrice.

In queste condizioni, esaminati tutti gli atti medici prodotti dalle parti e segnatamente le valutazioni del dr. med. _____, della dr.ssa med. _____ e del dr. med. _____, questo Tribunale deve concludere che l'attrice dall'11 agosto 2016 non presenta più alcuna incapacità lavorativa e non ha diritto ad ulteriori prestazioni da parte della convenuta.

2.8. Va ora esaminato se per il periodo dal 19 aprile 2016, o meglio, considerato il periodo di attesa di 14 giorni, dal 2 maggio 2016 al 21 giugno 2016 (ossia scaduto il periodo di attesa calcolato dall'assicuratore dall'8 giugno 2016 quando afferma di aver ricevuto la notifica della malattia) la convenuta deve versare indennità giornaliera al 100% all'attrice. L'assicuratore sostiene infatti che l'annuncio della patologia è avvenuto tardivamente malgrado la datrice di lavoro fosse già stata resa attenta in passato della necessità di trasmettere tempestivamente i certificati attestanti un'incapacità lavorativa. L'assicurata afferma invece che l'annuncio è avvenuto nei termini previsti dalle CGA.

2.9. Per l'art. _____ CGA in occasione di ogni incapacità lavorativa, il contraente l'assicurazione ne fa notifica alla CV 1 mediante il relativo formulario, e ciò, entro 5 giorni dalla scadenza del periodo di attesa concordato, al più tardi tuttavia, dopo 30 giorni di incapacità lavorativa ininterrotta. Alla notifica va allegato il certificato medico del medico curante.

Secondo l'art. _____ CGA in caso di comunicazione tardiva, il diritto alle prestazioni assicurate sussiste al più presto dal momento in cui tale comunicazione perviene alla CV 1. Se è stato concordato che il contraente l'assicurazione o l'avente diritto abbia da subire degli svantaggi per aver leso un obbligo, tale svantaggio non si verifica, se per le circostanze in cui si è verificata, la lesione è da considerare senza colpa.

Ai sensi dell'art. _____ CGA se il contraente non rispetta i termini e le scadenze per la notifica del caso di prestazioni, egli è responsabile per i danni da ciò derivanti.

In caso di incapacità lavorative prolungate, è necessario far pervenire ogni mese un certificato intermedio alla CV 1 (art. _____ CGA).

Va ancora rammentato che l'art. 38 cpv. 2 LCA prevede che quando l'avente diritto manchi per sua colpa a quest'obbligo (nдр: avviso del sinistro), l'assicuratore può ridurre l'indennità dell'importo di cui si troverebbe diminuita se l'avviso fosse stato dato in tempo. Per l'art. 45 cpv. 1 LCA se fu convenuta una sanzione per il caso in cui lo stipulante o l'avente diritto manchi ad un obbligo, egli non incorre nella sanzione quando risulti dalle circostanze che la mancanza non è imputabile a colpa. Inoltre ai sensi dell'art. 45 cpv. 3 LCA quando il contratto o la presente legge vincoli l'esistenza di un diritto derivante dall'assicurazione all'osservanza di un termine lo stipulante o l'avente diritto può compiere l'atto omesso senza colpa non appena l'impedimento sia tolto.

2.10. In concreto la polizza assicurativa prevede un periodo di attesa di 14 giorni (doc. B, pag. 3).

Il medico curante, dr. med. _____, ha attestato un'incapacità lavorativa totale dal 19 aprile 2016 (doc. E).

La notifica d'inabilità lavorativa, datata 2 giugno 2016, è pervenuta all'assicuratore l'8 giugno 2016 (doc. D), con allegato il certificato del dr. med. _____ del 19 aprile 2016 (doc. E) e del dr. med. _____, che ha preso a carico l'assicurata ed ha attestato un'incapacità lavorativa totale dal 2 giugno 2016 (allegati doc. 4).

Il 15 giugno 2016 l'assicuratore ha scritto alla datrice di lavoro, rilevando che teoricamente il diritto ad indennità sorgerebbe dal 2 maggio 2016, dopo i 14 giorni di attesa dal 19 aprile 2016, ma sottolineando che l'annuncio, nel caso di specie, è tardivo (doc. H) poiché inoltrato oltre il termine di cui all'art. _____ CGA.

Il 15 luglio 2016 la datrice di lavoro ha risposto, affermando che *“è pur vero che la notifica d'inabilità al lavoro è stata spedita il 00.06.2016 (sic!), ma è altrettanto vero che noi abbiamo notificato la stessa inabilità lavorativa con lettera del 09.05.2016, ed in seguito abbiamo anticipato i dovuti certificati”* (doc. J).

L'assicuratore, dopo aver effettuato alcuni accertamenti, ha versato le indennità giornaliere al 100% tenendo conto di un periodo di carenza di 14 giorni dall'8 giugno 2016 e versando le prestazioni dal 22 giugno al 2 luglio 2016 al 100% e dal 3 luglio 2016 al 10 agosto 2016 al 50% (doc. 17 e X/1; cfr. anche doc. EE).

Nel corso di un incontro avvenuto il 22 luglio 2016 presso gli uffici della convenuta, l'attrice ha prodotto una lettera datata 9 maggio 2016, indirizzata all'assicuratore, tramite la quale la datrice di lavoro ha affermato: *“(...) annuncio un caso di malattia, chiedo di inviarmi l'apposito formulario per la notifica. La paziente si è recata dal medico ed è tuttora in cura. Seguirà il certificato d'inabilità lavorativa”* (doc. C e 5), nonché uno scritto del 12 maggio 2016, su carta intestata di CV 1, indirizzato alla datrice di lavoro con l'indicazione *“secondo vostra richiesta”* e *“Gentile Signora _____, Come da vostra richiesta del 09.05.2016 in allegato vi mandiamo gli annunci d'inabilità lavorativa. CV 1”* (doc. 6).

L'assicuratore afferma di non aver ricevuto il primo scritto e di non essere l'estensore della lettera del 12 maggio 2016, sostenendo che si tratta di un documento fasullo.

In concreto, ai fini del giudizio, non è necessario stabilire se lo scritto del 12 maggio 2016, come sembra emergere dalle incongruenze evidenziate dall'assicuratore in sede di risposta e di udienza, è effettivamente fasullo. Della fattispecie se ne occuperà il Ministero Pubblico (cfr. scritto del 7 novembre 2017 del giudice delegato del TCA al Ministero Pubblico, doc. XIII).

Infatti, in ogni caso, la datrice di lavoro ha notificato l'incapacità lavorativa dell'attrice, allegando i necessari certificati medici, come vuole l'art. _____ CGA, solo con lo scritto del 2 giugno 2016 (doc. 4), pervenuto l'8 giugno 2016 all'assicuratore (doc. 4).

La lettera del 9 maggio 2016 (doc. 5), che del resto l'assicuratore afferma di non aver mai ricevuto (se non in occasione dell'incontro tenutosi tra l'attrice e la Cassa il 22 luglio 2016) e che non è stata trasmessa dalla datrice di lavoro tramite raccomandata od altri sistemi che permettono di tracciarne l'invio (ad esempio: *“A-Plus”*; cfr. ad esempio la sentenza 9C_90/2015 del 2 giugno 2015), non solo non contiene alcun certificato medico, come richiesto invece dalle CGA (art. _____), ma neppure indica quale persona sarebbe malata, in quale percentuale e da quale medico sarebbe in cura.

Ciò, manifestamente, non è sufficiente, nel caso di specie, per salvaguardare i termini di notifica ai sensi dell'art. _____ CGA. Anche perché già in data 15 aprile 2015 (allegato doc. 9), ossia oltre un anno prima, l'assicuratore aveva reso attenta la medesima datrice di lavoro della necessità di segnalare tempestivamente le incapacità lavorative entro i termini previsti dalle CGA, indicando che, in quel caso, avrebbe esaminato "eccezionalmente" l'obbligo prestativo a partire dall'inizio dell'inabilità (22 gennaio 2015) anche se l'incapacità lavorativa (dell'attrice) era stata annunciata tardivamente il 24 marzo 2015 (doc. allegato doc. 9).

Il 18 novembre 2015, nell'ambito di un altro annuncio di malattia (dell'attrice), l'assicuratore aveva pure trasmesso alla datrice di lavoro il "*promemoria sull'evasione delle prestazioni d'indennità giornaliera in caso di malattia*" da consegnare all'interessata (allegato doc. 9).

In concreto non vi è alcun dubbio che vi è colpa del contrante l'assicurazione nell'invio tardivo della notifica di incapacità lavorativa. Essa era infatti già stata resa attenta, nel 2015 (cfr. doc. P e allegati al doc. 9), circa la necessità di trasmettere tempestivamente il relativo annuncio di malattia conformemente alle CGA. Il ritardo nell'invio della notifica ha inoltre impedito all'assicuratore di sottoporre l'interessata ad un immediato esame medico e di poter così verificare la presenza o meno di una patologia e dell'eventuale incidenza della malattia sulla capacità lavorativa. Ciò è potuto avvenire solo nel corso del mese di agosto 2016, quando, in occasione della visita presso il dr. med. _____, è stata appurata l'assenza di una patologia psichica e di un'incapacità lavorativa, con conseguente cessazione del diritto a prestazioni.

Ne segue che l'assicuratore ha applicato correttamente le sanzioni previste in caso di notifica tardiva e che l'interessata non ha diritto ad ulteriori prestazioni oltre a quelle già riconosciute.

- 2.11. In conclusione, ritenuto che per il resto l'ammontare delle indennità giornaliere non è contestato dall'attrice (cfr. doc. I) e non deve pertanto essere esaminato, la petizione va integralmente respinta.
- 2.12. L'attrice ha chiesto l'allestimento di una perizia e di sentire quali testi il dr. med. _____ e la dr.ssa med. _____.

Alla luce delle motivazioni esposte al considerando 2.7, questo Tribunale ritiene che non sia necessario allestire una perizia medica, né sentire i medici curanti dell'attrice, poiché i referti prodotti dalle parti, e meglio quelli del dr. med. _____, del dr. med. _____ e della dr.ssa med. _____ permettono di decidere nel merito della vertenza senza la necessità di procedere ad ulteriori accertamenti (cfr. sentenza 9C_394/2016 del 21 novembre 2016, consid. 6.2).

Va qui rammentato che conformemente alla costante giurisprudenza, il giudice può rinunciare ad assumere una prova se egli ha formato il proprio convincimento sulla base di altri elementi di fatto all'incanto e se egli possa ritenere senza arbitrio che la nuova prova non muterebbe il suo personale convincimento (apprezzamento anticipato delle prove; cfr. sentenza 5A_34/2013 del 9 settembre 2013, consid. 2.3 con riferimento alla sentenza 4A_228/2012 del 28 agosto 2012, consid. 2.3 non pubblicato in DTF 138 III 625; cfr. anche sentenza 4A_675/2016 del 15 dicembre 2016; sentenza 4A_391/2016 dell'8 novembre 2016, consid. 3.1-3.3; sentenza 5A_404/2014 del 29 luglio 2015, consid. 2.3.2; sentenza 4A_175/2015 del 4 maggio 2015).

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 **respinta**.
2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato.
3. Comunicazione alle parti ed alla FINMA, Berna.
Contro il presente giudizio è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione. L'atto di ricorso, in 3 esemplari, deve indicare quale decisione è chiesta invece di quella impugnata, contenere una breve motivazione, e recare la firma del ricorrente o del suo rappresentante.
Al ricorso dovrà essere allegata la decisione impugnata e la busta in cui il ricorrente l'ha ricevuta.

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Daniele Cattaneo

Il segretario

Gianluca Menghetti