

Raccomandata



Incarto n.  
36.2017.68

Lugano  
23 aprile 2018

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 dell'11 agosto 2017 di

**AT 1**  
rappr. da: RA 1

contro

**CV 1**  
rappr. da: RA 2

in materia di assicurazione contro le  
malattie

ritenuto, **in fatto**

- 1.1. AT 1, nato nel 1955, da ultimo alle dipendenze della \_\_\_\_\_ dal 1° marzo 2015 in qualità di muratore di categoria A con un salario lordo mensile di fr. 5'237, è affiliato per il tramite del proprio datore di lavoro contro la perdita di guadagno in caso di malattia presso la CV 1 (di seguito: CV 1).
- 1.2. Il 19 maggio 2015 la \_\_\_\_\_ ha annunciato all'assicuratore un'inabilità lavorativa di AT 1 a causa di malattia (doc. 8).
- 1.3. CV 1 ha versato le prestazioni pattuite dal 21 maggio 2015 (doc. H).
- 1.4. Dopo aver sottoposto il 28 maggio 2015 l'interessato ad una visita medica ad opera del dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH medicina interna, l'assicuratore, il 12 agosto 2015, ha comunicato ad

AT 1 che nella sua attività sarebbe stato considerato abile al lavoro al 50% dal 1° agosto 2015, mentre in attività adatta la capacità lavorativa sarebbe stata completa sin da subito. CV 1 ha inoltre informato AT 1 che avrebbe versato prestazioni al 100% fino al 31 luglio 2015 ed al 50% fino al 31 ottobre 2015 al fine di permettergli di trovare un'altra attività lavorativa, posto il suo obbligo di ridurre il danno ai sensi dell'art. 61 LCA (doc. D).

- 1.5. Il 5 ottobre 2015 la \_\_\_\_\_ è fallita, mentre l'11 marzo 2016 AT 1, in Italia, è stato riconosciuto invalido civile in misura del 60% dal 9 febbraio 2016, con riduzione permanente della capacità lavorativa dal 34% al 73% da parte dell'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale (INPS; doc. Q).
- 1.6. AT 1, rappresentato dall'RA 1, ha inoltrato una petizione al TCA, chiedendo in via principale di condannare \_\_\_\_\_ al pagamento di indennità giornaliera in misura completa, successivamente al 31 luglio 2015 e sino ad esaurimento delle prestazioni al 4 ottobre 2016, momento in cui è insorto il diritto alle indennità di disoccupazione NASpl italiana, pari a fr. 64'896 oltre interessi al 5% dal 1° novembre 2015, in via subordinata il versamento di indennità giornaliera in misura completa dal 1° agosto 2015 e sino al 31 dicembre 2015, pari a fr. 18'083 oltre interessi al 5% dal 1° novembre 2015, quale riconoscimento di un periodo di adattamento di 5 mesi finalizzato alla ricerca di una nuova professione confacente allo stato di salute (doc. I). L'attore chiede di essere interrogato, richiama l'intero incarto dalla convenuta e domanda di sentire quali testimoni i dr. med. \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_.
- 1.7. Con risposta del 4 settembre 2017 \_\_\_\_\_, rappresentata dall'avv. RA 2, ha chiesto la reiezione della petizione, mettendo in evidenza alcune anomalie e facendo valere la frode assicurativa ai sensi dell'art. 40 LCA, la reticenza e la nullità del contratto che non sarebbe mai sorto a causa dell'inattività economica della \_\_\_\_\_ (doc. III).
- 1.8. Il 5 ottobre 2017 le parti sono state sentite nel corso di un'udienza di discussione, da cui è emerso:

"(...) Il giudice solleva il tema dell'esatta indicazione della parte convenuta nella misura in cui la società designata quale convenuta in sede di petizione, e che figura quale partner contrattuale sulla polizza doc. B è la società che in seno al gruppo \_\_\_\_\_ si occupa dell'assicurazione sociale contro le malattie e contro gli infortuni. Come appare ancora dalla polizza il garante assicurativo è la CV 1 e quindi è questa la società che esegue i pagamenti delle indennità per perdita di guadagno nel caso di realizzazione del rischio. Questa società dovrebbe quindi essere convenuta in causa. Al verbale viene allegato l'estratto RC della \_\_\_\_\_ e della CV 1.

Il rappr. dell'assicuratore svolgerà una specifica verifica in questo senso e dichiara dunque sin d'ora la disponibilità a vedere applicato l'art. 83 cpv. 4 CPC nell'ipotesi in cui la convenuta dovesse essere effettivamente la CV 1.

La parte attrice produce, per semplicità, un allegato intestato "replica" datato 3.10.17 che verrà acquisito agli atti con il n. VII al quale sono allegati i doc. da S a U.

Il giudice chiede a parte attrice se corrisponde al vero che AT 1 abbia lavorato presso la \_\_\_\_\_, la \_\_\_\_\_ e la \_\_\_\_\_ e chiede se durante questa collaborazione vi sono stati periodi di inabilità lavorativa indennizzati eventualmente da quale assicuratore per la perdita di guadagno. Parte attrice precisa che nel periodo di collaborazione con la \_\_\_\_\_, nel corso del 2013 e successivamente fino alla cessazione dell'attività il sig. AT 1 ha avuto periodo di malattia indennizzati da un assicuratore che verrà nominativamente indicato prossimamente al TCA.

Parte attrice precisa che IL alle dipendenze di \_\_\_\_\_ è andato dal 10.13 al 03.14 e questa IL è stata causata sempre dai problemi alla schiena di cui soffre l'assicurato, così si può ritenere dal certificato del dott. \_\_\_\_\_ prodotto agli atti.

L'attore precisa che la rendita italiana per invalidità viene riconosciuta soltanto con un grado del 74% e che questa rendita non gli è stata riconosciuta.

AT 1 è stato riconosciuto invalido civile secondo il diritto italiano al 50% sino al marzo 2016 quando il grado è salito al 60% senza diritto a rendita.

AT 1 ha sempre seguito \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ nelle diverse società edilizie che hanno costituito perché vanta nei loro confronti dei crediti e riteneva che, rimanendo alle loro "costole" potesse riuscire a recuperare il suo credito.

In risposta alle obiezioni sollevate dall'assicuratore l'attore reputa che l'assicuratore doveva muoversi in direzione del datore di lavoro, CV 1 ha pagato invece le sue prestazioni senza nulla obiettare e quindi non può più farlo adesso. Si tratta di eccezioni sollevate tardivamente e che devono essere mosse al datore di lavoro.

AT 1 ritiene che il rapporto del dott. \_\_\_\_\_ sia da condividere nella misura in cui pone la diagnosi e non ha osservazioni sull'anamnesi e sull'esame clinico. Obietta invece le conclusioni relative alla capacità lavorativa che non reputa recuperata nel termine indicato la medico fiduciario. Ribadisce di avere prodotto elementi sufficienti, in particolare oggi (doc. T e U), attestanti l'incapacità lavorativa dell'assicurato oltre il luglio 2015.

L'attore ribadisce nella sua richiesta di replica di una perizia giudiziaria per stabilire l'entità dell'incapacità lavorativa dell'assicurato.

L'assicuratore ribadisce la sua richiesta di acquisire gli atti dall'UF relativi al fallimento della \_\_\_\_\_, insiste nelle sue tesi sostenute in risposta di causa evidenziando come dagli atti emerge che AT 1 fosse comunque inabile al lavoro come tale non assicurabile e questa circostanza sia stata sottaciuta all'assicuratore. Evidenzia come per le CGA la cessazione dell'attività economica conduce alla fine della copertura assicurativa e che \_\_\_\_\_ manifestamente non ha avuto un'attività lavorativa perché tutti i suoi collaboratori erano comunque inabili. Gli atti richiamati dovrebbero comunque confortare la tesi dell'assenza di un'attività economica.

In conclusione parte attrice produce un elenco delle prove prodotte e di cui postula comunque l'assunzione.

L'avv. RA 2 chiede che gli viene concesso un termine per potere duplicare alla replica odierna di parte attrice." (doc. VI)

- 1.9. Il 24 ottobre 2017 il TCA ha assegnato alle parti un termine di 10 giorni per produrre quanto anticipato in sede di udienza (doc. IX e X).
- 1.10. Con scritto 24 ottobre 2017 l'attore ha informato il TCA che l'ente assicurativo per l'indennità perdita di guadagno presso \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ era \_\_\_\_\_ (doc. XI).
- 1.11. Il 6 novembre 2017 la convenuta ha prodotto la duplice, allegando un elenco di prove da assumere e precisando che parte convenuta è la CV 1 e che non si oppone a che venga applicato l'art. 83 cpv. 4 CPC (doc. XIII). Le osservazioni sono state trasmesse all'attore per conoscenza (doc. XIV).
- 1.12. In data 9 novembre 2017 il TCA ha scritto all'attore, chiedendogli di prendere posizione sulle DTF 142 III 671 e 142 III 767, sulla convenzione di libero passaggio tra gli assicuratori di indennità giornaliera in caso di malattia del 1° giugno 2006, sull'eventuale applicazione dell'art. 9 LCA e di voler precisare i periodi esatti durante i quali ha lavorato per la \_\_\_\_\_, la \_\_\_\_\_ e la \_\_\_\_\_ (doc. XV).

- 1.13. Dopo aver chiesto (doc. XVI) ed ottenuto (doc. XVII), una proroga, il 30 novembre 2017 l'attore ha prodotto ulteriori osservazioni, allegando numerosa documentazione tra cui un parere legale del 28 novembre 2017 dell'avv. \_\_\_\_\_ in merito alla compatibilità della capacità lavorativa in un lavoratore in Svizzera con una decisione di invalidità civile emessa da un'autorità italiana (doc. XVIII/V10).
- 1.14. Il 15 dicembre 2017 l'assicuratore si è espresso in merito alla nuova documentazione prodotta (doc. XX).
- 1.15. In data 10 gennaio 2018 il TCA ha effettuato ulteriori accertamenti presso la Cassa \_\_\_\_\_ (doc. XXII), l'Ufficio dei fallimenti di \_\_\_\_\_ (doc. XXIII) e, il 12 gennaio 2018, il Ministero Pubblico (doc. XXV), volti ad accertare se la \_\_\_\_\_ ha svolto un'effettiva attività economica.
- 1.16. Acquisiti gli atti dall'Ufficio dei fallimenti di \_\_\_\_\_ (doc. XXIV+1), la risposta della Cassa \_\_\_\_\_ (doc. XXVI + 1/4) e, dopo un sollecito (doc. XXVII), del Ministero Pubblico (doc. XXVIII), il Giudice delegato del TCA ha scritto alle parti, assegnando loro un termine scadente il 12 marzo 2018 per esaminare la documentazione citata e presentare osservazioni scritte in merito (doc. XXIX).
- 1.17. Le parti si sono espresse con scritti del 12 marzo 2018 (doc. XXX e XXXI), cui hanno fatto seguito ulteriori prese di posizione il 22 marzo 2018 (doc. XXXIV), il 23 marzo 2018 (doc. XXXVI) ed il 28 marzo 2018 (doc. XXXVIII). L'attore ha segnatamente chiesto di poter visionare gli atti prodotti in busta chiusa dalla convenuta con la duplice e, in caso di rifiuto, ha domandato al Tribunale l'emanazione di una decisione formale suscettibile di impugnazione.

## **in diritto**

### in ordine

- 2.1. Di regola, il deposito dell'atto introduttivo d'istanza, secondo l'art. 62 cpv. 1 CPC, determina in modo definitivo chi sono le parti principali, cosicché è inammissibile per l'attore o per il convenuto mutare la loro qualità di parte durante un processo in corso. L'attore che si accorge soltanto dopo la presentazione della petizione di avere convenuto la parte erronea, siccome priva di legittimazione passiva, non può sostituirla con quella che ne è invece fornita (Francesco Trezzini in: Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2a edizione, 2017, Vol. 1, Parte Prima: Disposizioni generali (art. 1-196), pag. 397, n. 1 ad art. 83, pag. 397). L'azione andrà respinta e l'attore dovrà promuoverne una seconda contro la parte legittimata passivamente (Trezzini, op. cit., loc. cit.). La sostituzione di una parte costituisce infatti un'eccezione e, di norma, ai sensi dell'art. 83 cpv. 4 CPC, per il quale se non vi è alienazione dell'oggetto litigioso, la sostituzione di parte può avvenire solo con il consenso della controparte (sono fatte salve le disposizioni speciali di legge in materia di successione legale), necessita del consenso della controparte (cfr. Balz Gross, Roger Zuber, in: Berner Kommentar edizione 2012, ZPO Band I, art. 1-149 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I-III, n. 2-3 ad art. 83, pag. 894-895 e seguenti).

La modifica dell'identità soggettiva del procedimento distingue l'istituto della sostituzione delle parti, rispetto alla mera correzione

nella designazione di parte, che non corrisponde ad una sostituzione bensì, per l'appunto, ad una mera correzione nell'indicazione erronea di una parte che resta la medesima, stante la natura puramente redazionale dell'errore. Questa rettificazione è possibile soltanto se può essere escluso qualsiasi rischio di confusione (Trezzini, op. cit., n. 3 ad art. 83, pag. 397).

In concreto l'attore ha inoltrato la petizione contro \_\_\_\_\_, che esercita l'assicurazione sociale contro le malattie ai sensi della LAMal.

L'assicurazione contro la perdita di guadagno è tuttavia esercitata da CV 1 (cfr. art. \_\_\_\_\_ delle condizioni generali d'assicurazione, edizione \_\_\_\_\_, applicabile al caso di specie [cfr. doc. B e doc. C]).

In sede di duplica (doc. XIII; cfr. anche il verbale di udienza, doc. VI), l'assicuratore ha confermato che *“l'eventuale debitore delle prestazioni assicurative è la CV 1”* e che come *“già detto in udienza, essa non si oppone a che venga applicato l'art. 83 cpv. 4 CPC, e che dunque venga considerata convenuta in causa quest'ultima società”*.

Ne segue, in applicazione dell'art. 83 cpv. 4 CPC, che convenuta è la CV 1.

Nel merito

- 2.2. Per quanto concerne l'indennità perdita di guadagno, va innanzitutto rilevato, come emerge da una sentenza del TF del 26 settembre 2007 (4A\_53/2007), che l'art. 324a cpv. 1 CO prevede che se il lavoratore è impedito senza sua colpa di lavorare, per motivi inerenti alla sua persona, come la malattia, il datore di lavoro deve pagargli per un tempo limitato il salario, compresa un'adeguata indennità per perdita del salario in natura, in quanto il rapporto di lavoro sia durato o sia stato stipulato per più di tre mesi (sulle condizioni di applicazione di questa norma, cfr. Adrian von Kaenel, *Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR*, in: *Krankentag-geldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, Zurigo 2007, pag. 109-131, in particolare pag. 111-115). La durata del pagamento del salario dipende dalla durata del rapporto di lavoro (art. 324a cpv. 2 CO; sui criteri usualmente applicati dai tribunali in questi casi, cfr. Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 116 seg.).

Salvo pattuizione contraria, l'obbligo di pagamento del salario in caso di malattia cessa con la fine del rapporto di lavoro (Hans-Rudolf Müller, *Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG*, in: *Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, Zurigo 2007, pag. 19-45, in particolare pag. 20).

Queste norme configurano il regime legale di base a tutela del lavoratore, gli garantiscono una protezione minima alla quale non può essere derogato a suo svantaggio (art. 362 cpv. 1 CO; cfr. DTF 131 III 263 consid. 2.2 pag. 628).

L'art. 324a cpv. 4 CO prevede la possibilità di derogare al regime di base legale appena descritto mediante accordo scritto, contratto normale o contratto collettivo che sancisca un ordinamento almeno equivalente per il lavoratore (sull'aspetto dell'equivalenza cfr. Adrian von Kaenel, op. cit., pag. 120 segg.).

Si tratta, di regola, di un regime che comporta una riduzione delle prestazioni del datore di lavoro durante il periodo minimo previsto dalla legge, ma compensa questa riduzione mediante l'estensione del periodo durante il quale il datore di lavoro procede al versamento (Gabriel Aubert, in: *Commentaire romand*, n. 50 ad art. 324a CO).

La deroga al regime di base deve essere pattuita in forma scritta.

Trattandosi di un accordo che concerne i diritti minimi del lavoratore, esso deve menzionare i punti essenziali del regime convenzionale, quali ad esempio la percentuale del guadagno assicurato, i rischi coperti, la durata delle prestazioni, se del caso la durata del periodo di attesa. Qualora – come spesso accade nella pratica - il datore di lavoro stipuli un'assicurazione d'indennità giornaliera in caso di malattia, l'accordo indica anche le modalità di finanziamento dei premi assicurativi; per il resto può rinviare alle condizioni generali di assicurazione o a un altro documento tenuto a disposizione del lavoratore (DTF 131 III 623 consid. 2.5.1 con numerosi riferimenti dottrinali).

2.3. In concreto, la convenuta e l'ex datore di lavoro dell'attore hanno concluso un'assicurazione contro la perdita di guadagno LCA, copertura completa/integrale (cfr. pag. 2 doc. B e V6) a cui sono applicabili le condizioni generali d'assicurazione, edizione \_\_\_\_\_ (cfr. doc. B e C; di seguito: CGA).

Ai sensi dell'art. \_\_\_\_\_ CGA l'assicurazione contro la perdita di guadagno si prefigge la copertura della perdita di guadagno causata da incapacità lavorativa a seguito di malattia.

Per quanto il contratto d'assicurazione o le CGA non prevedono regolamentazioni di natura diversa, si applicano le disposizioni della LCA (art. \_\_\_\_\_ CGA).

Secondo l'art. \_\_\_\_\_ CGA la copertura integrale è coordinata secondo la LPP con lo scopo di una assicurazione contro la perdita di guadagno senza clausole restrittive fino alla rendita LPP.

Ai sensi dell'art. \_\_\_\_\_ CGA con la copertura integrale si corrispondono anche prestazioni per malattie e conseguenze d'infortuni esistenti già prima dell'inizio della copertura assicurativa.

Per l'art. \_\_\_\_\_ CGA il contratto d'assicurazione si estingue con effetto immediato se il contraente cessa la propria attività economica (\_\_\_\_\_), se la sede dell'azienda è trasferita all'estero (\_\_\_\_\_), \_\_\_\_\_ viene aperta una procedura fallimentare nei confronti del contraente, a meno che il curatore fallimentare o terzi continuino a pagare i premi di assicurazione (\_\_\_\_\_).

L'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che l'assicuratore non è vincolato al contratto e pertanto lo può risolvere in caso di premi arretrati secondo le disposizioni sull'inadempienza (\_\_\_\_\_), se alla stipula del contratto di assicurazione il contraente non comunica correttamente o sottace considerevoli circostanze o fattori di rischio che conosceva o avrebbe dovuto conoscere oppure se nel corso della durata del contratto d'assicurazione non notifica, correttamente, o sottace fatti che escluderebbero o ridurrebbero l'obbligo di prestazione dell'assicuratore (\_\_\_\_\_).

Per l'art. \_\_\_\_\_ CGA l'ammontare dell'indennità giornaliera è concordato tra il contraente e l'assicuratore.

L'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che l'indennità giornaliera si calcola come 365a parte della perdita di guadagno assicurato medio di un anno. L'indennità giornaliera viene corrisposta per ogni giorno di calendario.

Secondo l'art. \_\_\_\_\_ CGA per i lavoratori dipendenti la base di calcolo è data dal reddito da lavoro dipendente venuto meno a causa del sinistro. Quale reddito da lavoro dipendente venuto meno si considera l'ultimo salario soggetto AVS percepito presso il contraente prima del sinistro, comprensivo delle quote salariali non ancora versate per le quali sussiste un diritto legale. Quote esenti da imposte fiscali o AVS per persone in età AVS non influiscono sull'ammontare della base di calcolo (...).

Per l'art. \_\_\_\_\_ CGA si considera malattia qualsiasi pregiudizio della salute fisica, mentale o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o trattamento medico e provochi un'incapacità al lavoro.

Secondo l'art. \_\_\_\_\_ CGA è considerata incapacità al lavoro qualsiasi incapacità, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica, mentale o psichica, di compiere un lavoro ragionevolmente accettabile nella professione o nel campo d'attività abituale. Se l'incapacità al lavoro dura più di 30 giorni, possono essere prese in considerazione anche le mansioni accettabili di un'altra professione o campo di attività. L'incapacità lavorativa parziale sussiste quando il grado d'inabilità al lavoro è pari al 25% almeno.

L'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che è considerata incapacità di guadagno la perdita, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica, mentale o psichica, persistente anche dopo cure adeguate e tentativi di reinserimento, delle possibilità di guadagno su un mercato del lavoro considerato stabile. Per valutare l'esistenza di un'incapacità di guadagno vanno considerate esclusivamente le conseguenze del danno alla salute. Un'incapacità di guadagno viene considerata tale solo se non risulta insormontabile da un punto di vista obiettivo.

Ai sensi dell'art. \_\_\_\_\_ CGA in caso di incapacità lavorativa parziale le prestazioni sono erogate secondo il grado di incapacità.

L'art. \_\_\_\_\_ CGA prevede che la ricomparsa di una malattia o di postumi di infortunio (ricaduta) è considerato nuovo sinistro quando, dall'ultimo insorgere della stessa malattia o dello stesso postumo di infortunio, l'assicurato è stato ininterrottamente abile al lavoro per 360 giorni. In caso di ricaduta entro 360 giorni, vengono conteggiati il periodo di carenza compiuto e le prestazioni erogate. Per l'art. \_\_\_\_\_ CGA se durante un sinistro se ne verifica un secondo, i giorni per cui si ha diritto a prestazioni per il primo sinistro vengono conteggiati con la durata della prestazione del secondo.

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 vi è alcun dubbio che le parti hanno sottoscritto un'assicurazione di danno (cfr. art. \_\_\_\_\_ e seguenti CGA).

2.5. Nel caso di specie dagli atti e dagli accertamenti effettuati da questo Tribunale emerge quanto segue.

L'attore è stato alle dipendenze della \_\_\_\_\_, costituita il \_\_\_\_\_ da \_\_\_\_\_ e dichiarata in fallimento il \_\_\_\_\_ (doc. 4), dal 1° febbraio 2013 al 26 luglio 2013 (doc. XVIII), della \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, costituita il \_\_\_\_\_ e radiata per cessazione d'attività il \_\_\_\_\_ (doc. 5), dal 27 agosto 2013 al 30 settembre 2014 (doc. XVIII) e della \_\_\_\_\_, ripresa il \_\_\_\_\_ da \_\_\_\_\_ e dichiarata in fallimento il \_\_\_\_\_ (doc. 6), dal 1° ottobre 2014 al 31 gennaio 2015 (doc. XVIII).

Il 28 gennaio 2015 \_\_\_\_\_ ha costituito la \_\_\_\_\_, avente quale scopo \_\_\_\_\_ (doc. 3). Con decreto del \_\_\_\_\_ la società è stata sciolta in seguito a fallimento a far tempo dal \_\_\_\_\_ alle ore \_\_\_\_\_ (doc. 3).

Il 18 febbraio 2015 \_\_\_\_\_ ha sottoscritto l'offerta per l'assicurazione contro la perdita di guadagno, rispondendo affermativamente alla questione di sapere se *"le persone da assicurare, sono tutte attualmente abili al lavoro"* (100%; doc. 2).

Il 1° marzo 2015 l'attore, dichiarato, in Italia, invalido civile al 50% dal 2005 (doc. Q), per asma bronchiale, HCV+, malattia artrosica con discopatie multiple cervicali e lombari, sdr. da conflitto spalla sinistra, tunnel carpale a destra, pregressa turbinoplastica e settoplastica, percentuale aumentata al 60% dal 9 febbraio 2016 (*"Invalido con riduzione permanente della capacità lavorativa dal 34% al 73%"*) e la \_\_\_\_\_ hanno sottoscritto il contratto di lavoro (doc. F, dove manca tuttavia la firma dell'attore).

Il 3 marzo 2015 l'attore si è recato dal dr. \_\_\_\_\_, medico chirurgo e specialista in neurochirurgia, il quale ha evidenziato come *"da oltre un anno è comparsa un'importante cervicalgia con dolori alle spalle ed ultimamente anche all'arto superiore sinistro"* ed ha consigliato riposo (doc. G1). L'assicurato sostiene di aver comunque continuato a lavorare.

Il 19 maggio 2015 la società ha annunciato la completa inabilità lavorativa dell'attore con effetto dal 29 aprile 2015. L'assicuratore ha corrisposto le indennità previste dal contratto dal 21 maggio 2015 fino al 31 luglio 2015 al 100% e dal 1° luglio 2015 al 31 ottobre 2015 al 50%.

2.6. Questo Tribunale evidenzia in primo luogo che le parti hanno sottoscritto un'assicurazione contro la perdita di guadagno LCA, copertura completa/integrale (cfr. pag. 2 doc. B e V6) il cui art.

\_\_\_\_\_ CGA prevede espressamente che *“con la copertura integrale si corrispondono anche prestazioni per malattie e conseguenze d’infortuni esistenti già prima dell’inizio della copertura assicurativa”*.

Ne segue che eventuali malattie pregresse, comprese quelle per le quali l’attore è stato dichiarato invalido civile in Italia (senza diritto ad alcuna prestazione di natura civile e previdenziale [cfr. doc. S, dichiarazione su erogazioni prestazioni INPS]) e quelle per le quali è già stato inabile al lavoro quando lavorava presso la \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ non sono di per sé di impedimento all’erogazione delle indennità giornaliere.

Sia come sia, in concreto, le questioni della reticenza (art. 6 LCA), della nullità del contratto ai sensi dell’art. 9 LCA (cfr. tuttavia le recenti sentenze pubblicate in DTF 142 III 671 e DTF 142 III 767, nonché la sentenza 4A\_12/2016 del 23 maggio 2017, consid. 3.3), della reale attività economica della \_\_\_\_\_ e dell’effettivo danno subito dall’attore non vanno ulteriormente approfondite, ritenuto che, per i motivi che seguono, l’assicurato non ha comunque diritto ad ulteriori indennità giornaliere.

In secondo luogo va rilevato che lo stesso attore non rivendica alcuna prestazione derivante dalla patologia psichiatrica poiché sorta dopo la dichiarazione di fallimento della società per la quale lavorava (doc. I: *“[...] Tuttavia questa patologia, essendo insorta dopo il \_\_\_\_\_ (data di dichiarazione del fallimento di \_\_\_\_\_ (cfr. doc. P), ossia quando non vi era più alcun vincolo contrattuale tra la società e la convenuta [...] non viene presa in considerazione ai fini assicurativi e né l’attore richiede copertura assicurativa”*).

2.7. Dagli atti prodotti dalle parti emerge che AT 1 martedì 3 marzo 2015, ossia due giorni dopo l’inizio dell’attività lavorativa, si è recato presso il \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (Italia) dove il Dr. \_\_\_\_\_, medico chirurgo, specialista neurochirurgia, lo ha visitato per la prima volta (cfr. doc. U, certificato del 25 settembre 2017 dove il medesimo specialista elenca le due precedenti visite del marzo 2015 e del maggio 2016), affermando che *“da oltre un anno è comparsa un’importante cervicalgia con dolori alle spalle ed ultimamente anche all’arto sup. sinistro. L’esame neurologico odierno dimostra netta contrattura dei muscoli (...). La RM cervicale del 30.12.2013 segnalava un quadro artrosico diffuso con plurime discopatie. Consiglio riposo e proverei terapia con (...) Consiglio inoltre RM cervicale di controllo per decidere eventuale trattamento fisiatrico o chirurgico”* (doc. G1).

Il 1° aprile 2015 il dr. \_\_\_\_\_ della \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (Italia) dopo aver eseguito una RM della colonna cervicale in data 31 marzo 2015 ed averla paragonata con quella del 30 dicembre 2013 ha concluso affermando: *“quadro radiologico stazionario”* (doc. G2).

Dal 29 aprile 2015 al 14 marzo 2016 la dr.ssa \_\_\_\_\_, curante dell’attore, ha attestato, mensilmente, una completa inabilità lavorativa, senza ulteriori precisazioni (doc. L).

Il 28 maggio 2015 il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH medicina interna, ha visitato l’attore su incarico della convenuta.

Nel referto del 29 maggio 2015, dopo l’anamnesi e l’esame clinico, il medico ha posto la diagnosi di sindrome cervico-spondilogenica cronica, sindrome lombospondilogenica cronica e omalgia sinistra cronica, ed ha affermato che *“a causa delle patologie degenerative a*

*carico del rachide cervicale e del rachide lombare come pure delle patologie degenerative a carico della spalla sx, l'assicurato era già stato inabile al lavoro per parecchi mesi nel 2013-2014 e ora è di nuovo inabile al lavoro dal 29.04.15. Per il momento l'assicurato non è in grado di riprendere l'attività lavorativa abituale di operaio edile. Adottando le adeguate misure terapeutiche, entro la fine del prossimo mese di giugno sarà possibile stabilizzare il quadro clinico e dal 01.07.15 l'assicurato potrà riprendere il lavoro abituale di muratore almeno in modo parziale, evitando le attività più pesanti, con un rendimento del 50% sull'arco dell'intera giornata lavorativa. In un'attività adatta alle sue condizioni di salute, di tipo leggero e rispettosa dell'ergonomia per la schiena, senza necessità di svolgere lavori con il braccio sx lontano dal tronco, l'assicurato è da subito normalmente abile al lavoro" (doc. G).*

Il 5 giugno 2015 è stata eseguita una radiografia della colonna dorsale e della colonna lombosacrale presso l'Ospedale di \_\_\_\_\_ (Italia, doc. M2), mentre il 2 luglio 2015, presso lo stesso ospedale, è stata effettuata una TAC lombosacrale (doc. M2).

Il 27 luglio 2015 la Dott.ssa \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (Italia) ha accertato una "limitazione articolare cervicale in flessione laterale sx. Alla digitopressione si riscontra importante contrattura muscolare paravertebrale con Zi C4 a sx. Tratto lombare articolamente impacciato. Dolore in flesso estensione, ROT simmetrici, vallaix e Lasègue neg" ed ha consigliato di effettuare 12 manipolazioni vertebrali, 10+10 laser Cd+L, 1 C KT rachide in toto (doc. M). La stessa dr.ssa ha fatto affermazioni simili nel referto del 2 novembre 2016 (allegato doc. M).

L'11 novembre 2015 il dr. med. \_\_\_\_\_, del \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (Italia), ha redatto un certificato medico in cui viene descritta la patologia psichica (doc. O). Da rilevare che il 13 ottobre 2015 la dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH psichiatria e psicoterapia, aveva anch'essa esaminato l'attore, su richiesta della convenuta, per valutare l'aspetto psichico che tuttavia esula dalla presente vertenza (doc. 7).

Il 7 dicembre 2015 la dr.ssa \_\_\_\_\_, medico chirurgo specialista in medicina legale e delle assicurazioni di \_\_\_\_\_ (Italia), in un parere medico legale, dopo aver riassunto la fattispecie da cui emergono sin dal 13 novembre 2013 numerose patologie, ha evidenziato come ad una "visita ortopedica del 5.12.14 venne attestata la presenza di un quadro compatibile con epitrocleeite del gomito destro e con epicondilita sinistra, con irradiazione lungo gli estensori. Si consigliarono pertanto onde d'urto, terapia medica, ghiaccio locale e l'uso di tutore con epicondilita a sinistra per attività lavorativa. Nel marzo 2015, dopo un transitorio beneficio, il AT 1 lamentò la comparsa di una importante sintomatologia dolorosa a carico del rachide cervicale, delle spalle e all'arto superiore sinistro. In tale occasione venne obbiettivata una netta contrattura dei muscoli latero-cervicali, soprattutto a sinistra, con lieve ipostenia dei muscoli bicipitale e tricipitale a sinistra. Venne pertanto consigliata l'esecuzione di RMN cervicale che – confrontata con la precedente – confermò l'assetto morfostrutturale delle discopatie nel tratto C3-C7 precedentemente evidenziate. Una radiografia della colonna dorsale e lombosacrale del 5.7.15 consentì il rilievo di riduzione di ampiezza degli spazi discali L4-L5 e L5-S1 posteriormente, e di ipertrofia delle faccette articolari, al passaggio lombosacrale. Una TAC lombosacrale del 2.7.15 evidenziò una protrusione discale al passaggio L4-L5 concentrica, con marcato effetto di impronta sul sacco durale e impegno in sede intraforaminaria da ambo i lati,

*nonché protrusione discale al passaggio L5-S1, con effetto di impronta sul sacco durale. Ad una visita fisiatrica del 27.7.15 venne riscontrata nuovamente importante contrattura muscolare paravertebrale del tratto cervicale e lombare, con limitazione articolare” (doc. M1).*

La dr.ssa afferma poi che l'attore *“lamenta la persistenza di ricorrenti dolori cervicali, irradiati alle spalle, con ipostenia degli arti superiori, soprattutto a sinistra. Lamenta, inoltre, dolori lombari. Più di recente, in riferimento ad una situazione conflittuale perdurante da circa due anni in ambiente lavorativo, egli ha presentato disturbi depressivi, per i quali è seguito dal \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (...).”*

La dr.ssa ha concluso affermando che l'attore *“è affetto da spondilo-artrosi cervico-lombare, con multiple discopatie, documentata strumentalmente. A tale patologia è ricollegabile la sintomatologia anche allo stato da lui lamentata, a dispetto dei trattamenti medici e fisioterapici eseguiti. Egli inoltre è affetto da una sindrome ansioso-depressiva, che richiede l'assunzione di terapia psico-farmacologica e psicoterapica, come da attestazione rilasciata dal \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_. Per tale sintomatologia, il 17.11.15 il medico di famiglia del AT 1 ha certificato la necessità di riposo e cure per 30 giorni. Tale attestazione appare coerente con la natura delle patologie descritte e giustifica la inabilità lavorativa del AT 1”.*

L'11 marzo 2016 l'attore è stato visitato nell'ambito della procedura per l'accertamento dell'inabilità civile in Italia (cfr. doc. Q). Dal verbale emerge che l'interessato è *“già invalido al 50% dal 2005 asma bronchiale, HCV+, malattia artrosica con discopatie multiple cervicali e lombari, SDR. da conflitto spalla sin., tunnel carpale a destra, pregr. Turbinoplastica e settoplastica, e.o. buone condizioni generali”*, quale diagnosi è stata posta: *“esiti di splenectomia spondilodiscoartrosi cervico lombare bronchite cronica asmatica ipoacusia (130-135) stato ansioso depressivo”*. La commissione ha riconosciuto che l'interessato è invalido con riduzione permanente della capacità lavorativa dal 34% al 73% con una percentuale del 60% dal 9 febbraio 2016.

Il 14 maggio 2016 il dr. med. \_\_\_\_\_, del \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (Italia), ha affermato che *“rispetto alla visita del marzo 2015 il signore riferisce importante cervicaglia con dolori ed importante lombalgia. L'esame neurologico odierno segnala una netta contrattura della muscolatura latero-cervicale e di quella panavertebrale lombare. Rachide cervicale e lombare dolente alla palpazione e nel movimento di flessione (...). La RM cervicale (31.03.2015) e la TC lombare (02.07.2015) dimostrano un quadro artrosico diffuso con plurime discopatie. L'Rx del torace (29.02.2016) segnalò una (...) basale sinistra in paziente in cura per asma bronchiale cronica. Non indicazioni neurochirurgiche. A mio parere, rispetto al controllo del marzo 2015, la situazione artrosica del signore è peggiorata e consiglio di evitare sforzi improvvisi o prolungati nel tempo. Ritengo utile parere fisiatrico, per cicli ripetuti nel tempo di terapia fisica” (doc. H).*

Agli atti vi è poi un certificato del dott. \_\_\_\_\_, medico chirurgo, specialista in terapia fisica e riabilitazione di \_\_\_\_\_ (Italia), scritto a mano ed in gran parte illeggibile, apparentemente del 18 maggio 2016 (doc. H1).

Il 5 settembre 2016 il dott. \_\_\_\_\_, medico chirurgo di \_\_\_\_\_ (Italia), curante, ha attestato che l'attore risulta affetto da cervico dorsalgia con irradiazione alla spalla sinistra; dorsolombalgia; asma e rinite allergica in fase di riacutizzazione;

stato ansioso depressivo in terapia, necessita di ulteriore periodo di riposo e cure domiciliari fino al 4 ottobre 2016 compreso (doc. L1).

Essendo completamente abile al lavoro a partite da quest'ultima data l'attore ha presentato una domanda di iscrizione alla disoccupazione in Italia (doc. R e petizione doc. I, pag. 8).

Il 25 settembre 2017 il dr. med. \_\_\_\_\_ del \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ (Italia) ha redatto un nuovo certificato medico. Dopo aver rammentato di aver visitato l'attore nel marzo 2015 e nel maggio 2016, ha evidenziato un recente accesso presso il Pronto soccorso dell'Ospedale di \_\_\_\_\_ per blocco vertebro-lombare con importante lombosciatalgia bilaterale e ha rilevato che l'interessato soffriva di importante artrosi già nel 2015 con un ulteriore peggioramento nel 2016 ed attualmente. Il medico ha affermato che *"non ho ritenuto opportuno alcun trattamento chirurgico in passato ma ho consigliato vivamente la terapia fisico-riabilitativa per cercare di migliorare la sintomatologia dolorosa. Non ho visitato il signore nel periodo tra agosto e novembre 2015 ma altri colleghi avevano prescritto una inabilità lavorativa dopo aver valutato il sig. AT 1. Attualmente il signore è in terapia cortisonica e antiinfiammatoria. Visto il peggioramento dei sintomi consiglio eseguire RM cervico-lombare di controllo e rivalutazione dei colleghi medico-legale e delle assicurazioni per valutare l'eventuale inabilità lavorativa e una valutazione fisiatrica per eventuale terapia fisico-riabilitativa"* (doc. U).

Agli atti vi sono inoltre delle attestazioni secondo cui l'attore ha effettuato delle sedute di fisioterapia dal 31 agosto 2015 al 25 settembre 2015 (doc. T) e dal 7 novembre 2016 al 23 dicembre 2016 (doc. T).

Infine, va segnalato il parere legale redatto dall'avv. \_\_\_\_\_, su richiesta dell'attore medesimo, concernente la compatibilità della capacità lavorativa di un lavoratore in Svizzera con una decisione di invalidità civile emessa da un'Autorità italiana (doc. V10). L'avv. \_\_\_\_\_, che si è fondato su un'intervista eseguita il 13 novembre 2017 con l'attore e su documenti messi a sua disposizione, tra cui la relazione del 29 maggio 2015 del dr. med. \_\_\_\_\_, il verbale sanitario dell'INPS del 4 aprile 2016 relativo alla visita dell'11 marzo 2016 e la reiezione della domanda di pensione ordinaria di inabilità dell'INPS di \_\_\_\_\_ (Italia) del 17 ottobre 2017, dopo aver riassunto la fattispecie, esposto le leggi applicabili e quelle esistenti, precisato il concetto di invalidità civile e prestazioni riconosciute in Italia (diverso da quello conosciuto in Svizzera), riassunto alcuni casi giurisprudenziali, ha affermato:

" (...)

Per quanto riguarda i lavoratori dipendenti si distingue tra il riconoscimento dell'invalidità civile, che ha caratteristiche assistenziali (percentuale tra il 34% e il 73%; ad esempio: esonero ticket sanitari, nei casi più gravi riconoscimento dell'handicap, ecc.) e il riconoscimento dell'invalidità INPS, che invece è di tipo previdenziale (percentuale superiore al 74%; assegno o pensione). In Italia il requisito minimo per la qualifica di invalido civile è essere affetti da malattie e menomazioni permanenti e croniche, sia di natura fisica che psichica ed intellettiva, che potrebbero ridurre la normale capacità lavorativa della persona in misura non inferiore ad un terzo (superiore al 33%). Il grado di invalidità è determinato da una tabella approvata con decreto del Ministero della Sanità del 5 febbraio 1992.

(...)

A seconda della percentuale di invalidità i benefici sono i seguenti:

dal 34%: concessione gratuita di ausili e protesi previsti dal nomenclatore nazionale, subordinata alle patologie indicate nel verbale di invalidità;

dal 46%: oltre al punto precedente, iscrizione alle liste di collocamento mirato;

dal 50%: oltre ai punti precedenti, congedo straordinario per cure, se previsto dal CCNL;

dal 67%: oltre ai punti precedenti, esenzione parziale pagamento ticket per visite specialistiche, esami ematochimici e diagnostica strumentale;

dal 74%: oltre ai punti precedenti, erogazione dell'assegno mensile se in possesso dei requisiti richiesti, anche in termini di reddito; si precisa che l'assegno mensile è pari a E 279.47 (con un limite di reddito personale annuo di E 4'800.38), importo pertanto non assimilabile ad una perdita di guadagno secondo la normativa elvetica;

100%: oltre ai punti precedenti, escluso l'assegno mensile, erogazione della pensione di inabilità nel rispetto dei limiti reddituali ed esenzione anche del ticket farmaci (...)

(...)

**Invalidità civile, quindi, non vuol dire impossibilità nel prestare la propria opera lavorativa**, tant'è che le persone svantaggiate o con disabilità hanno garantito il diritto al lavoro grazie al dettato normativo della legge 12 marzo 1999, n. 68, che si integra con il riconoscimento dell'invalidità civile.

L'invalidità civile, in estrema sintesi, comporta più la garanzia di una serie tipizzata di prestazioni (es.: assegno d'invalidità o di accompagnamento, la pensione di inabilità...) in presenza di determinati requisiti sanitari, contributivi e reddituali, che un'incompatibilità nello svolgimento di un'attività lavorativa. Anzi, la riduzione della capacità lavorativa, che il riconoscimento dell'invalidità civile punta ad integrare, nella maggioranza dei casi non impedisce l'esercizio di un'attività lavorativa, seppur – a volte – con limiti e prescrizioni.

Si ricorda che dalla documentazione fornita per la redazione del presente parere non risulta che il sig. AT 1 abbia avuto riconosciuta un'invalidità civile superiore al 74%, né che abbia riconosciuta un'inidoneità al lavoro giusta la norma di cui al D. Lgs. 81/2008: da ciò ne consegue che la sua riduzione della capacità di guadagno non è considerata tale da dover essere supportata con aiuti economici da parte dell'ente previdenziale italiano, né che non possa svolgere al 100% mansioni lavorative di qualsiasi natura.

**Concludendo, il signor AT 1 non è stato accertato, tramite commissione medica, essere inidoneo al lavoro per la sua professione, risp. attività confacenti, così come emerge dalla documentazione messa a disposizione e confermato verbalmente anche dal diretto interessato.**

### **3. CONCLUSIONI**

Per tutto quanto sopra, dalla documentazione messa a disposizione ed esaminata per la redazione del presente parere legale, nonché dall'intervista svolta al diretto interessato, risulta che **il sig. AT 1 è stato dichiarato invalido civile al 60%, ma non inidoneo al lavoro.**

È bene rammentare che essere invalido civile vuol dire avere un handicap nell'inserimento del lavoro; situazione di svantaggio che il legislatore italiano ha compensato prevedendo una serie di misure assistenziali per superare le difficoltà che il lavoratore invalido potrebbe dover affrontare per il proprio sostentamento. Tale assistenza arriva – nei casi più gravi (ma non in quello di AT 1, come si evince dalla reiezione della domanda di pensione ordinaria di inabilità dell'INPS di \_\_\_\_\_ del 17.10.2017) – ad ottenere un'integrazione economica del proprio salario. Quest'ultima sarebbe stata comunque pari a E 279.47 mensili, importo irrisorio non assimilabile alla cd. "perdita di guadagno" secondo la legislazione elvetica.

Il sig. AT 1 è stato riconosciuto invalido al lavoro al 60%, ottenendo ai fini assistenziali esclusivamente la concessione gratuita di ausili e protesi previsti dal nomenclatore nazionale, subordinata alle patologie indicate nel verbale di invalidità del 04.04.2016, l'iscrizione alle liste di collocamento mirato e il congedo straordinario per cure, previsto dal CCNL.

Diversamente il predetto non è mai stato sottoposto ad alcun accertamento sull'incapacità lavorativa, con ciò significando che egli è ed è sempre stato pienamente idoneo a svolgere mansioni lavorative al 100%, sia nel suo impiego di muratore (con o senza impedimenti di sorta) che in qualsiasi altra mansione. Tale assunto scaturisce dalla documentazione messa a disposizione per la redazione del presente parere, nonché dall'intervista eseguita al sig. AT 1 in data 13 novembre 2017.

Concludo affermando che il sig. AT 1 poteva e può svolgere (salvo l'insorgere di malattie e infortuni) un'attività lavorativa piena, cioè in misura del 100% della propria capacità d'impiego, in Svizzera o all'estero." (doc. V 10, sottolineature ed evidenziazioni in originale)

2.8. 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 ha 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.”).

Inoltre, per quanto concerne la valutazione dei referti dei medici, cfr. la sentenza 4A\_571/2016 del 23 marzo 2017, consid. 4.2 e la sentenza 4A\_42/2017 del 29 gennaio 2018, consid. 3.1 e seguenti.

- 2.9. Alla luce delle valutazioni mediche agli atti, nell'ambito dell'apprezzamento delle prove, questo Tribunale deve concludere, senza che sia necessario, per i motivi che seguono, procedere all'allestimento di una perizia giudiziaria o sentire i medici di cui è stata proposta l'audizione, che l'attore dopo un periodo di totale inabilità lavorativa, avrebbe potuto ricominciare la precedente attività di operaio edile al 50% dal 1° luglio 2015 e che avrebbe potuto, sin dal 28 maggio 2015, svolgere un'attività leggera e confacente al suo stato di salute.

Gli atti medici prodotti dalle parti e segnatamente quelli trasmessi dall'attore non permettono di ritenere che vi sia stata un'inabilità lavorativa maggiore rispetto a quella ammessa dalla convenuta, come accertato dal dr. med. \_\_\_\_\_.

Per quanto concerne il periodo iniziale di incapacità lavorativa dal 29 aprile 2015, agli atti vi è unicamente l'attestazione, generica, della curante, dr.ssa med. \_\_\_\_\_, la quale, regolarmente, ogni mese, fino al 14 marzo 2016, ha attestato un'incapacità lavorativa del 100% nel documento “controllo giorni malattia” dell'assicuratore, senza tuttavia indicare ulteriori specifiche (diagnosi, prognosi, anamnesi, stato obiettivo, stato soggettivo, valutazione) e segnatamente senza indicare se l'interessato avrebbe potuto esercitare un'attività più leggera e confacente al suo stato di salute (doc. L).

Il 29 maggio 2015 il dr. med. \_\_\_\_\_, specialista FMH in medicina interna, incaricato dall'assicuratore di visitare l'attore, ha posto la diagnosi di sindrome cervico-spondilogenica cronica, sindrome lombo-spondilogenica cronica e omalgia sinistra cronica, rilevando che l'interessato, con le opportune cure fisioterapeutiche, sarebbe stato in grado di riprendere la sua attività abituale di operaio edile entro fine giugno almeno in maniera parziale, evitando le attività pesanti con un rendimento del 50% sull'arco dell'intera giornata lavorativa, mentre in attività adatta alle sue condizioni di salute, di tipo leggero e rispettosa dell'ergonomia per la schiena, senza

necessità di svolgere lavori con il braccio sinistro lontano dal tronco, l'interessato è stato giudicato da subito abile al lavoro (doc. G).

In seguito, dopo essere stato sottoposto ad una radiografia della colonna dorsale e della colonna lombosacrale e ad una TAC lombosacrale, l'attore, il 27 luglio 2015, è stato visitato dalla dr.ssa \_\_\_\_\_, medico chirurgo presso l'ambulatorio di fisioterapia \_\_\_\_\_ (doc. M), la quale tuttavia non si è espressa circa la capacità lavorativa dell'attore, ma ha consigliato di effettuare alcune cure fisioterapiche (12 manipolazioni vertebrali, 10+10 laser Cd+L, 1 C KT rachide in toto).

Ciò non permette di ritenere che l'interessato, in quel periodo, fosse inabile al lavoro ed anzi, conferma la valutazione del dr. med. \_\_\_\_\_. Da una parte le cure proposte non sono incompatibili con un'attività lavorativa. D'altra parte, soprattutto, il 2 novembre 2016 la stessa dr.ssa \_\_\_\_\_, in presenza di una riacutizzazione della sintomatologia, ha proposto ulteriori cure, oltre a quelle prescritte in precedenza (12 manipolazioni C + L, 6 tecar terapia DL, 5 crioterapia miorelissante CD, 10+10 laser CD+L, 1 C KT rachide in toto con es di controllo della postura), malgrado lo stesso attore abbia affermato che *"a partire dal 4.10.2016, data di chiusura del caso di malattia (cfr. doc. L1) e la dichiarata totale abilità dell'attore da parte dell'attuale medico curante, Dr. med. \_\_\_\_\_ (...), lo stato di salute poteva dirsi in remissione e l'attore ha quindi potuto iscriversi in disoccupazione NASpl italiana"* (cfr. petizione, doc. I, pag. 12). Ne segue che se l'interessato era abile al lavoro dal 4 ottobre 2016 malgrado una riacutizzazione del dolore il 2 novembre 2016 con conseguente proposta di cure maggiormente intense, doveva a maggior ragione essere in grado di esercitare un'attività lavorativa nel luglio 2015 quando erano state proposte dalla medesima dr.ssa cure più blande.

A comprova di ciò vi è la circostanza che l'interessato ha eseguito delle sedute di fisioterapia dal 31 agosto 2015 al 25 settembre 2015 e dal 7 novembre 2016 al 23 dicembre 2016 (doc. T).

Il referto del 7 dicembre 2015 della dr.ssa \_\_\_\_\_, medico chirurgo specialista in medicina legale e delle assicurazioni (doc. M1), non apporta maggiori precisazioni circa la capacità lavorativa dell'assicurato in attività leggere.

Rilevante nella certificazione della dr.ssa med. \_\_\_\_\_ è la circostanza che la medesima esperta italiana sembra aver ritenuto l'interessato inabile al lavoro per la patologia psichiatrica, che, come visto, non dà diritto all'erogazione di indennità giornaliera poiché sorta dopo il fallimento della \_\_\_\_\_.

La dr.ssa med. \_\_\_\_\_ nella valutazione medicolegale (pag. 3, doc. M1) ha infatti stabilito che l'attore *"è affetto da spondilo-artrosi cervico-lombare, con multiple discopatie, documentata strumentalmente. A tale patologia è ricollegabile la sintomatologia anche allo stato da lui lamentata, a dispetto dei trattamenti medici e fisioterapici eseguiti. Egli inoltre è affetto da una sindrome ansioso-depressiva, che richiede l'assunzione di terapia psico-farmacologica e psicoterapica, come da attestazione rilasciata dal \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_". Per tale sintomatologia, il 17.11.15 il medico di famiglia del AT 1 ha certificato la necessità di riposo e cure per 30 giorni. Tale attestazione appare coerente con la natura delle patologie descritte e giustifica la inabilità lavorativa del AT 1"* (sottolineature del redattore).

Essa, in ogni caso, non si esprime sulla possibilità per l'attore di esercitare un'attività leggera e confacente al suo stato di salute (cfr. anche la risposta [doc. III, pag. 6: *"[...] In data 7 dicembre 2015 essa ha esposto una minima anamnesi, dichiarandosi poi d'accordo sull'inabilità lavorativa attestata dal \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ dal 17.11.15 per 30 giorni, a causa della sintomatologia depressiva. Il*

*suo certificato non si esprime per contro sul periodo precedente [...]”, non contestata dettagliatamente ed approfonditamente dall’assicurato in sede di replica [cfr. doc. VII, pag.9-10]).*

Determinante, nel caso di specie, è in ogni caso il verbale sanitario dell’INPS del 4 aprile 2016 che, con riferimento alla visita dell’11 marzo 2016, ha stabilito una percentuale di invalidità civile del 60% dal 9 febbraio 2016, tenendo tra l’altro conto anche dello stato ansioso depressivo (doc. Q). Come emerge dal parere dell’avv.

\_\_\_\_\_ infatti *“invalidità civile, quindi, non vuole dire impossibilità nel prestare la propria opera lavorativa”*. Inoltre *“la sua riduzione della capacità di guadagno non è considerata tale da dover essere supportata con aiuti economici da parte dell’ente previdenziale italiano, né che non possa svolgere al 100% mansioni lavorative di qualsiasi natura”*. L’attore *“non è stato accertato, tramite commissione medica, essere inidoneo al lavoro per la sua professione, risp. attività confacenti, così come emerge dalla documentazione messa a disposizione e confermato verbalmente anche dal diretto interessato”,* egli è stato dichiarato invalido civile al 60% *“ma non inidoneo al lavoro”*. *“Diversamente il predetto non è mai stato sottoposto ad alcun accertamento sull’incapacità lavorativa, con ciò significando che egli è ed è sempre stato pienamente idoneo a svolgere mansioni lavorative al 100%, sia nel suo impiego di muratore (con o senza impedimenti di sorta) che in qualsiasi altra mansione”* (doc. V10).

Ciò conferma la valutazione del dr. med. \_\_\_\_\_ che aveva rilevato come l’incapacità lavorativa nella professione di muratore sarebbe stata solo temporanea ed in seguito l’assicurato avrebbe potuto riprendere almeno al 50%, mentre in attività leggere e confacenti al suo stato di salute era abile sin da subito (sull’obbligo per la persona assicurata di ridurre il danno cfr. consid. 2.10).

Certo, l’avv. \_\_\_\_\_ evidenzia come *“essere invalido civile vuol dire avere un handicap nell’inserimento del lavoro; situazione di svantaggio che il legislatore italiano ha compensato prevedendo una serie di misure assistenziali per superare le difficoltà che il lavoratore invalido potrebbe dover affrontare per il proprio sostentamento”*. Di ciò tuttavia, nell’ambito del diritto svizzero, si tiene conto semmai nell’eventuale deduzione sociale dal reddito da invalido nel calcolo del grado dell’incapacità di guadagno (cfr. consid. 2.13).

Le ulteriori attestazioni del dr. med. \_\_\_\_\_, di cui l’ultima si riferisce al mese di settembre 2017, non sono atte a mettere in dubbio la valutazione dell’INPS. Lo specialista rileva un peggioramento dello stato di salute anche per un periodo (settembre 2017) per il quale l’attore non rivendica alcuna prestazione e non si esprime né per quanto concerne la capacità lavorativa dell’attore nella precedente attività di operaio edile né circa il grado di capacità lavorativa dell’attore in attività adatte (doc. U del 25 settembre 2017: *“[...] Visto il peggioramento dei sintomi consiglio eseguire RM cervico-lombare di controllo e rivalutazione dei colleghi medico-legale e delle assicurazioni per valutare l’eventuale inabilità lavorativa e una valutazione fisiatrica per eventuale terapia fisico-riabilitativa”,* sottolineatura del redattore).

Del resto, come emerge dal parere dell’avv. Trifone, il 17 ottobre 2017, ossia poco tempo dopo la visita presso il dr. med.

\_\_\_\_\_, la domanda di pensione ordinaria è stata respinta dall’INPS (doc. V10).

Rilevato che il referto del dr. med. \_\_\_\_\_ è illeggibile e non apporta alcun elemento utile alla causa (doc. N1), va ancora evidenziato come nel certificato del 5 settembre 2016 il dott.

\_\_\_\_\_, curante dell'attore, si limita a descrivere la diagnosi e indicare che l'interessato necessita di ulteriore riposo e cure domiciliari fino al 4 ottobre 2016 (doc. L1), senza esprimersi né sulla capacità lavorativa dell'attore in attività adeguata, né tanto meno sulla capacità lavorativa dell'assicurato in attività leggere e confacenti al suo stato di salute.

Ne segue che le critiche dell'attore alla valutazione motivata, dettagliata ed approfondita del dr. med. \_\_\_\_\_ del 29 maggio 2015 si esauriscono in censure generiche, senza alcun sostrato probatorio atto a mettere in dubbio le sue conclusioni. Agli atti non vi sono referti medici che contestano in maniera circostanziata, minuziosa ed accurata le considerazioni dello specialista. Al contrario, nella documentazione prodotta i medici non si esprimono sulla capacità lavorativa dell'interessato in attività leggere e confacenti al suo stato di salute e le conclusioni della commissione medica per l'accertamento dell'invalidità civile del 4 aprile 2016 (doc. Q), confermano semmai che l'attore può svolgere tali attività (doc. V 10).

Alla luce di quanto sopra esposto, sulla base delle valutazioni del dr. med. \_\_\_\_\_ del 29 maggio 2015 e del verbale sanitario dell'INPS di \_\_\_\_\_ del 4 aprile 2016, unitamente al parere legale dell'avv. \_\_\_\_\_ del 28 novembre 2017, questo TCA deve concludere che l'attore è stato incapace al lavoro nella sua attività al 100% fino al 30 giugno 2017 ed in seguito al 50%. Per contro egli avrebbe potuto svolgere un'attività confacente sin da fine maggio 2017.

Ritenuto che la documentazione medica agli atti permette di stabilire la capacità lavorativa dell'attore, questo TCA rinuncia all'allestimento di una perizia giudiziaria ed a sentire i medici che hanno avuto in cura l'attore.

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).

- 2.10. In relazione alle conseguenze economiche dell'incapacità lavorativa vige il principio secondo cui l'assicurato è tenuto all'obbligo di ridurre le conseguenze economiche negative del danno alla salute (art. 61 LCA).

A norma dell'art. 61 LCA:

" In caso di sinistro, l'avente diritto è tenuto a fare quanto possa per scemare il danno. Quando non siavi pericolo in mora, egli dovrà chiedere istruzioni all'assicuratore circa i provvedimenti da prendere e conformarsi alle medesime.

Se l'avente diritto ha mancato a quest'obbligo in modo inescusabile, l'assicuratore può limitare l'indennità all'importo cui troverebbesi ridotta qualora l'obbligo fosse stato adempiuto."

Con sentenza 5C.176/1998, del 23 ottobre 1998, al consid. 2c, l'Alta Corte ha affermato:

" (...)

L'art. 61 LCA esprime infatti il medesimo principio generale concernente l'obbligo dell'assicurato di ridurre il danno da cui il Tribunale federale delle assicurazioni deduce che l'interessato può a tal fine essere costretto a cambiare professione (DTF 111 V 235 consid. 2a; 114 V 281 consid. 3a). Un siffatto obbligo non costituisce una lesione più grave della libertà personale rispetto all'imposizione - espressamente citata da Maurer (Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1995, pag. 346 n. 4) con riferimento all'art. 61 LCA - di sottomettersi a una cura o addirittura ad un intervento chirurgico. Si può del resto rilevare che nemmeno l'attore contesta l'applicabilità dell'art. 61 LCA alla fattispecie, limitandosi a sostenere che, per un uomo di 63 anni nel suo stato di salute, un reinserimento in un'attività professionale appare perlomeno problematico. Ne segue che i giudici cantonali hanno violato il diritto federale accogliendo la petizione senza esaminare se e in che misura sia possibile esigere dall'attore un cambiamento di professione e se il termine accordato dalla convenuta a tal fine sia adeguato alle circostanze. La sentenza impugnata deve pertanto essere annullata e la causa rinviata all'autorità cantonale per completare gli accertamenti di fatto e per nuova decisione. (...)."

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

Per l'art. \_\_\_\_\_ CGA se l'incapacità al lavoro dura più di 30 giorni possono essere prese in considerazione anche le mansioni accettabili di un'altra professione o campo di attività.

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

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

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

In DTF 133 III 527, il TF ha affermato:

" (...)

3.2.1 L'art. 61 LCA dispose que lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage; s'il n'y a pas péril en la demeure, il doit requérir les instructions de l'assureur sur les mesures à prendre et s'y conformer (al. 1); si l'ayant droit contrevient à cette obligation d'une manière inexcusable, l'assureur peut réduire l'indemnité au montant auquel elle serait ramenée si l'obligation avait été remplie (al. 2).

Dans des arrêts qui concernaient comme ici une assurance collective d'indemnités journalières selon la LCA (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c non publié à l'ATF 127 III 106; arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2c), le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 61 LCA

était l'expression du même principe général dont le Tribunal fédéral des assurances déduisait, en matière d'assurance d'indemnités journalières soumise au droit des assurances sociales, l'obligation de l'assuré de diminuer le dommage par un changement de profession lorsqu'un tel changement peut raisonnablement être exigé de lui, pour autant que l'assureur l'ait averti à ce propos et lui ait donné un délai adéquat (cf. ATF 111 V 235 consid. 2a; ATF 114 V 281 consid. 3a; voir aussi VINCENT BRULHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in *Le droit social dans la pratique de l'entreprise - questions choisies*, 2006, p. 95 ss, 107). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, lorsque l'assuré doit envisager un changement de profession en regard de l'obligation de diminuer le dommage, la caisse doit l'avertir à ce propos et lui accorder un délai adéquat - pendant lequel l'indemnité journalière versée jusqu'à présent est due - pour s'adapter aux nouvelles conditions ainsi que pour trouver un emploi; dans la pratique, un délai de trois à cinq mois imparti dès l'avertissement de la caisse doit en règle générale être considéré comme adéquat (arrêt K 14/99 du 7 février 2000, publié in *Assurance-maladie et accidents [RAMA] 2000 n° KV 112 p. 122*, consid. 3a; voir aussi JEAN-LOUIS DUC, *Assurance sociale et assurance privée*, 2003, p. 109-111)."

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

In una sentenza 4A\_111/2010 del 12 luglio 2010 il TF ha inoltre stabilito:

" (...)

3.1 Au regard de l'art. 2 LPGA, les assurances privées n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 21 al. 4 LPGA, et jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas examiné si cette disposition-ci se prête néanmoins à une transposition à ces assurances.

La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances actuellement codifiée à l'art. 21 al. 4 LPGA, relative aux assurances sociales, est rapportée dans un arrêt du 16 juillet 2007 relatif à une assurance privée (ATF 133 III 527 consid. 3.2.1 p. 531); elle n'avait toutefois pas d'incidence sur l'issue de la cause car aucun changement de profession ni d'activité n'était exigé de l'assuré. Auparavant, dans d'autres contestations en matière d'assurance privée, le Tribunal fédéral avait renvoyé une affaire à la juridiction cantonale parce que celle-ci devait examiner si un changement de profession était exigible et si le délai fixé par l'assureur était « approprié aux circonstances » (arrêt 5C.176/1998 du 23 octobre 1998, consid. 2). Dans un autre cas, le tribunal avait relevé que d'après les constatations de fait déterminantes, il n'apparaissait pas qu'un changement de profession fût raisonnablement exigible ni que l'assureur eût imparti à l'assuré, à cette fin, un « délai adéquat pour trouver un emploi » (arrêt 5C.211/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4c). Dans une troisième cause, le tribunal avait rejeté la critique de l'assuré qui se plaignait d'un délai d'adaptation trop bref, fixé à trois mois par la juridiction cantonale (arrêt 5C.74/2002 du 7 mai 2002, consid. 3).

En doctrine, plusieurs auteurs mentionnent ces décisions et ils en déduisent sans plus d'explication que l'art. 21 al. 4 LPGA fait règle aussi en droit des assurances privées (Bettina Kahil-Wolff et Emmanuelle Simonin, *Révision totale de la LCA : l'avant-projet et les assurances sociales*, in *Quoi de neuf en droit social ?*, 2009, p. 130; Gebhard Eugster, *Vergleich der Krankentaggeldversicherung (KTGV) nach KVG und nach VVG*, in *Krankentaggeldversicherung : Arbeits- und*

versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, p. 85; Vincent Brulhart, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in Le droit social dans la pratique de l'entreprise, 2006, p. 107; voir aussi Jean-Louis Duc, Le droit applicable aux assurances complémentaires, PJA 2010 p. 473).

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

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

4.

La défenderesse soutient vainement que le demandeur avait l'obligation de solliciter l'assurance-chômage afin qu'elle pût imputer les indemnités de cette assurance sur ses propres prestations. En effet, c'est au contraire l'assurance-chômage qui est subsidiaire par rapport à une assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, y compris une assurance privée, et c'est donc l'assurance-chômage qui diminue ses indemnités de ce que l'assuré reçoit de l'autre assurance (art. 28 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité - LACI; ATF 128 V 176 consid. 5 p. 181)."

2.11. In concreto l'assicurato incapace al lavoro dal 29 aprile 2015 è stato giudicato abile al lavoro in maniera completa dal 28 maggio 2015 in un'attività adatta alle sue condizioni di salute, di tipo leggero e rispettosa dell'ergonomia per la schiena, senza necessità di svolgere lavori con il braccio sinistro lontano dal tronco (doc. G). Nella precedente attività di operaio edile egli è invece abile al lavoro al 50% dal 1° luglio 2015 (doc. G).

Il 12 agosto 2015 l'assicuratore ha informato l'attore che avrebbe versato indennità giornaliera al 100% fino al 31 luglio 2015 ed al 50% dal 1° agosto 2015 al 31 ottobre 2015. In seguito le prestazioni sarebbero state soppresse (doc. D).

Occorre esaminare, in base all'età della persona assicurata e dello stato del mercato del lavoro, quali sono le possibilità reali di ritrovare un'attività che tenga conto delle limitazioni funzionali (sentenza 4A\_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.4) e, in funzione della formazione, dell'esperienza e dell'età dell'assicurato se un

cambiamento d'attività è realmente esigibile (sentenza 4A\_304/2012 del 14 novembre 2012, consid. 2.4).

All'assicurato può essere richiesto di sfruttare la sua residua capacità lavorativa in quei settori d'attività accessibili a lavoratori non qualificati, con mansioni semplici e ripetitive, che non richiedono una preparazione professionale specifica ma possono essere esercitate dopo una semplice introduzione al posto di lavoro ed un breve periodo di rodaggio. Specialmente nell'ambito industriale, ma anche nel settore delle prestazioni di servizio, vi sono, in effetti, delle attività di mera sorveglianza, fisicamente assai leggere, che possono essere svolte sia in posizione seduta che in piedi (per esempio attività d'incasso, d'assemblaggio, di confezione prodotti, di controllo, ecc.) con la possibilità anche di variare frequentemente la postura (cfr. sentenza 32.2013.75 del 28 gennaio 2014 e sentenza 32.2011.143 del 21 novembre 2011).

Il TF ed il TCA hanno già avuto modo di confermare la possibilità di svolgere attività leggere in maniera completa per persone che presentavano limitazioni importanti (cfr. tra le tante: STCA 32.2017.35 del 18 settembre 2017 consid. 2.7 con riferimenti).

Questo Tribunale ritiene che anche nel caso di specie nel mercato generale del lavoro esistano delle occupazioni, essenzialmente di controllo e di sorveglianza, che l'attore, nonostante i disturbi che lo interessano, sarebbe in grado di esercitare, al 100%, ciò che gli permette di sfruttare al meglio la sua capacità lavorativa residua.

L'assicurato, nato nel 1955, il \_\_\_\_\_ 2015 ha compiuto 60 anni. Dagli atti emerge che l'interessato nel corso degli anni ha cambiato più volte posto di lavoro (cfr. doc. V4). Le sue possibilità di inserimento nel mercato del lavoro, all'epoca (2015), erano da considerarsi ancora buone, ritenuta la capacità lavorativa completa in attività leggere e rammentato che l'unica limitazione era quella di non poter svolgere lavori con il braccio sinistro lontano dal tronco (doc. G).

Va qui rammentato che nell'ambito delle assicurazioni sociali il TF ha già avuto modo di stabilire con sentenza 8C\_761/2014 del 15 ottobre 2015 al consid. 3.2.3 che, avendo l'insorgente 59 anni al momento determinante per esaminare la questione della messa in valore della capacità lavorativa residua, l'assicurato non poteva far valere il fattore età per ritenere inesigibile l'esercizio di un'attività lavorativa

In una sentenza 9C\_847/2015 del 30 dicembre 2015 il TF ha riassunto, al consid. 4.1.2 la sua giurisprudenza, rilevando ad esempio che aveva ritenuto esigibile il cambiamento di attività per un assicurato di 62 anni e  $\frac{3}{4}$  che poteva svolgere solo attività sedute o con frequenti cambiamenti di posizione ma che non aveva patologie alle estremità superiori, e che dunque poteva esercitare attività di sorveglianza. Anche per un 61enne che poteva esercitare solo attività leggere da seduto e che non era toccato nella motricità fine è stata esatto un cambiamento di professione. È invece stata negata la possibilità di cambiare attività ad un assicurato di 64 anni e 6 mesi che aveva difficoltà nella motricità fine, così come ad un assicurato 64enne che poteva esercitare un'attività leggera solo nella misura del 50% e ad un altro assicurato che si trovava a circa 10 mesi dal pensionamento e poteva esercitare solo al 50% un'attività leggera.

Nel caso giudicato dal TF, l'Alta Corte ha confermato l'esigibilità lavorativa del ricorrente che al momento determinante aveva 63 anni e 6 mesi, era abile al 100% in attività leggera, con possibilità di sollevare pesi al massimo sopra i 10 kg e la necessità di esercitare

piuttosto attività dove potesse rimanere seduto, che parlava tedesco ed italiano e che aveva appreso a destreggiarsi anche con clienti esterni

In una sentenza 9C\_536/2015, del 21 marzo 2016 al consid. 4.2 il TF, rilevato che al momento determinante l'assicurato poteva lavorare, prima del pensionamento, ancora 1 anno e 8 mesi, ha ritenuto esigibile, per l'insorgente, mettere a frutto la sua residua capacità lavorativa, ritenuto che dal punto di vista medico, avrebbe potuto esercitare numerose attività leggere, ossia tutti i lavori per i quali non doveva sollevare pesi superiori ai 15 kg, con cambio frequente di posizione e tutte le attività dove non vi è necessità di usare la forza al di sopra delle spalle (cfr. anche sentenza 32.2015.114 del 27 giugno 2016, consid. 2.8).

Alla luce di quanto sopra un cambio di attività nel 2015 era esigibile e il termine assegnato fino al 31 ottobre 2015 appare adeguato, tenuto conto che l'assicuratore, sulla base degli atti medici, avrebbe potuto ridurre le indennità al 50% già a partire dal 1° luglio 2015 e non solo dal 1° agosto 2015.

Va ora esaminato se l'attore aveva, dal 1° novembre 2015, un'incapacità di guadagno di almeno il 25% che gli darebbe diritto ad ulteriori indennità (cfr. art. \_\_\_\_\_ CGA e sentenza 4A\_495/2016 del 5 gennaio 2017, consid. 2.4).

2.12. Per determinare il reddito ipotetico conseguibile dalla persona assicurata senza il danno alla salute (reddito da valido), occorre stabilire quanto la stessa, nel momento determinante (corrispondente all'inizio dell'eventuale diritto alla rendita), guadagnerebbe, secondo il grado di verosimiglianza preponderante, quale persona sana (DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224 con riferimento). Tale reddito dev'essere determinato il più concretamente possibile. Di regola ci si fonderà sull'ultimo reddito che la persona assicurata ha conseguito prima del danno alla salute, se del caso adeguato al rincaro e all'evoluzione reale dei salari (cfr. ancora DTF 129 V 222 consid. 4.3.1 pag. 224), o comunque sul salario che potrebbe essere conseguito in un posto di lavoro identico nella stessa azienda o in un'azienda simile.

Nel caso in cui non fosse possibile quantificare in maniera attendibile il reddito ipotetico che l'assicurato avrebbe potuto conseguire senza l'invalidità, si farà riferimento a valori empirici o statistici (VSI 1999 pag. 248 consid. 3b). Per il resto, occorre tenere conto del principio secondo cui - in assenza di indizi concreti che impongano una diversa valutazione - la persona assicurata avrebbe di regola, e conformemente all'esperienza generale, continuato l'attività precedentemente svolta senza invalidità (RAMI 2000 no. U 400 pag. 381 consid. 2a). In tale contesto la normale evoluzione professionale va senz'altro considerata. Tuttavia gli indizi che l'assicurato avrebbe intrapreso una carriera e percepito un salario più elevato devono essere concreti (DTF 96 V 29 pag. 30; RAMI 1993 no. U 168 pag. 100 consid. 3b). La mera dichiarazione d'intenti non è pertanto sufficiente; necessario è infatti che tale intenzione sia suffragata da passi concreti, quale ad esempio la partecipazione a corsi ecc. (VSI 2002 pag. 161 consid. 3b [I 357/01] e dottrina citata).

Un salario di punta può essere ammesso solo se vi sono circostanze particolari che lo giustificano (RCC 1980 pag. 560 pag. 560 con riferimenti). I salari medi pagati nel settore hanno in ogni caso la precedenza sui salari fissati in base a contratti collettivi di lavoro (RCC 1986 pag. 434 consid. 3b).

Siccome di norma una simile valutazione professionale parte dal presupposto che, senza il danno alla salute, l'assicurato avrebbe continuato ad esercitare la precedente attività lucrativa, devono essere considerati eventuali adeguamenti ed aumenti salariali (RAMI

1993 Nr. U 168 pag. 100s. consid. 3b, ZAK 1990 pag. 519 consid. 3c).

In concreto l'attore, secondo quanto emerge dal contratto, nel 2015 avrebbe potuto conseguire un reddito mensile di fr. 5'273 per tredici mensilità, pari a fr. 68'549 all'anno (doc. F).

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

Se invece non esiste un siffatto guadagno, in particolare perché l'assicurato non ha intrapreso un'attività lucrativa da lui esigibile, il reddito da invalido, da contrapporre a quello da valido nella determinazione del grado di invalidità, può essere ricavato dai rilevamenti statistici ufficiali, editi dall'Ufficio federale di statistica, che si riferiscono agli stipendi medi nelle principali regioni e categorie di lavoro (DTF 126 V 76 consid. 3b/bb; RCC 1991 p. 332 consid. 3c, 1989 p. 485 consid. 3b).

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

Dall'inchiesta svizzera sulla struttura dei salari 2014 (cfr., a proposito del 2012, la sentenza 9C\_632/2015 del 4 aprile 2016 pubblicata in DTF 142 V 178, in particolare consid. 2.5.7), edita dall'Ufficio federale di statistica, più precisamente dalla tabella TA1 2014 *tirage\_skill\_level* (NOGA08, RSS 2014; salario mensile lordo [valore centrale] secondo il ramo economico, il livello di competenze e il sesso; cfr., per il 2012, la sentenza 9C\_632/2015 del 4 aprile 2016 pubblicata in DTF 142 V 178), emerge che il salario lordo mediamente percepito in quell'anno dagli *uomini* per un'attività semplice di tipo fisico o manuale (ossia il livello 1 di competenze; cfr. sentenza 9C\_632/2015 del 4 aprile 2016 pubblicata in DTF 142 V 178, consid. 2.5.7) di 40 ore settimanali nel *settore privato* (circa la rilevanza delle condizioni salariali nel *settore privato*, cfr. RAMI 2001 U 439 pag. 347 segg. e SVR 2002 UV 15 pag. 47 segg.), corrisponde ad un importo di Fr. 63'744.- (Fr. 5'312.- x 12 mesi).

Adattando all'evoluzione dei salari nominali questo dato fino al 2015, si ottiene un salario di fr. 63'929.30 (fr. 63'744.-- : 103,2 x 103,5; cfr. Tabella T1.1.10 Indice dei salari nominali, Uomini, 2011-2016, pubblicata dall'Ufficio federale di statistica; cfr. la sentenza 8C\_671/2013 del 20 febbraio 2014, consid. 4.2).

Questi dati si riferiscono, però, ad un tempo lavorativo di 40 ore alla settimana. Riportando queste cifre su un orario medio di lavoro settimanale nelle aziende di 41,7 ore computabili nel 2015 (cfr. per questo aspetto, STFA I 203/03 del 21 luglio 2003, consid. 4.4; vedi anche sentenza U 8/07 del 20 febbraio 2008 e la tabella: "*Durée normale du travail dans les entreprises selon la division économique*"), il salario lordo medio ipotetico nazionale da invalido per un uomo ammonta a fr. 66'646.29 (fr. 63'929.30 : 40 x 41,7), ritenuto che la quota di tredicesima è già compresa (STFA U 274/98 del 18 febbraio 1999, consid. 3a).

Inoltre, va rilevato che, secondo la giurisprudenza federale, per gli assicurati che, a causa della particolare situazione personale o professionale (affezioni invalidanti, età, nazionalità e tipo di permesso di dimora, grado di occupazione), non possono mettere completamente a frutto la loro capacità residua nemmeno in lavori leggeri e che pertanto non riescono di regola a raggiungere il livello medio dei salari sul mercato, viene operata una riduzione percentuale sul salario teorico statistico.

L'Alta Corte ha precisato, al riguardo, come una deduzione globale massima del 25% del salario statistico permettesse di tener conto delle varie particolarità suscettibili di influire sul reddito del lavoro. Inoltre, chiamato a pronunciarsi sulla deduzione globale, la quale procede da una stima che l'amministrazione deve succintamente motivare, il giudice non può, senza valido motivo, sostituire il suo apprezzamento a quello degli organi dell'assicurazione (DTF 126 V 80 consid. 5b/cc).

Con sentenza 9C\_179/2013 del 26 agosto 2013, a proposito della riduzione del salario statistico tramite l'utilizzo di multipli di 5, il TF ha affermato:

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

5.5. La decisione del Tribunale cantonale di distanziarsi dalla deduzione operata dall'UAI a titolo di circostanze particolari non viola il diritto federale né configura altrimenti un abuso o un eccesso nell'esercizio del potere di apprezzamento poiché poggia su un valido motivo. Come fanno giustamente notare i giudici di prime cure, nella sua prassi il Tribunale federale applica infatti abitualmente a questo genere di deduzioni dei multipli di 5 quando non si limita semplicemente ad avallare – a causa dell'ininfluenza del calcolo per l'esito della valutazione – il giudizio dell'istanza precedente.

L'applicazione di tassi più frazionati si rivelerebbe invece problematica poiché siffatte riduzioni sarebbero difficilmente concretizzabili e quindi anche difficilmente verificabili in sede giudiziaria (cfr. Ulrich Meyer, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], in: Murer/Stauffner [ed.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2a ed. 2010, pag. 314). (...)"

Nel caso di specie, alla luce della giurisprudenza, appare corretto riconoscere una riduzione del 10% (cfr. sentenza 8C\_549/2016 del 19 gennaio 2017 dove il TF, in ambito di assicurazione contro gli infortuni, ha confermato la riduzione del 10% ad un assicurato capace al lavoro al 60% che chiedeva una riduzione maggiore [consid. 6]; sentenza 8C\_418/2015 del 7 ottobre 2015 dove il TF ha confermato una riduzione del 10%, mentre il ricorrente ne chiedeva una del 25% [consid. 6.5]; sentenza 9C\_191/2015 del 1° giugno 2015 dove il TF ha annullato la riduzione del 10% calcolata dal Tribunale cantonale sangallese perché le limitazioni derivanti dalla patologia psichica [possibilità di lavorare solo in certi luoghi, attività in cui non sia messo sotto pressione] erano già comprese nella riduzione del rendimento); sentenza 9C\_845/2014 del 25 febbraio 2015 dove il TF ha accolto un ricorso dell'UAI che aveva calcolato un grado d'invalidità del 39% senza assegnare alcuna riduzione, allorché i giudici cantonali basilesi avevano ridotto del 10% il salario da invalido ed avevano assegnato

all'assicurato un quarto di rendita [consid. 5.2]; sentenza 9C\_248/2013 del 17 ottobre 2013 dove il TF ha confermato una riduzione del 10% per un assicurato abile al 50% nella precedente attività [consid. 3.5.3]; sentenza 9C\_44/2011 del 1° settembre 2011 al consid. 5.4.1. dove per un assicurato capace al lavoro al 40% in attività leggere [consid. 4.1] a causa di una patologia cardiaca, è stata riconosciuta una riduzione del 10%).

Raffrontando il reddito da valido di fr. 68'549 con quello da invalido di fr. 66'646.29 ridotto del 10% a fr. 59'981.661, si ottiene un'incapacità di guadagno del 12.49% che non dà diritto ad alcuna prestazione, poiché per l'art. \_\_\_\_\_ CGA \_\_\_\_\_ l'incapacità lavorativa parziale sussiste quando il grado d'inabilità al lavoro è pari al 25% almeno.

Ne segue che l'attore non ha più diritto ad alcuna prestazione.

- 2.14. La richiesta dell'assicurato di accedere agli atti prodotti dalla convenuta in busta chiusa (doc. 10), con la duplica del 6 novembre 2017 (doc. XIII), va respinta.

La convenuta, che ha chiesto al TCA, conformemente all'art. 156 CPC, di prendere i necessari provvedimenti a tutela dei diritti dei terzi e dell'assicurazione, in particolare non dando accesso a questo plico all'attore se non sotto forma di stralci, laddove gli stessi non pregiudicano gli interessi dei terzi, poiché contengono informazioni degne di protezione ha infatti prodotto tale documentazione sostanzialmente alfine di comprovare che la \_\_\_\_\_ sarebbe stata costituita al solo scopo di frodare l'assicuratore giacché quasi tutti i suoi dipendenti si sarebbero ammalati poco dopo la costituzione della società. Quest'ultima non avrebbe inoltre avuto alcuna attività economica (cfr. doc. XIII, pag. 4 e doc. III pag. 3 e 4)..

Ritenuto che la petizione va respinta già solo per il fatto che l'interessato non ha diritto ad alcuna ulteriore prestazione poiché gli atti medici che lo concernono confermano la presa di posizione della convenuta (cfr. consid. 2.9), la questione dell'eventuale frode assicurativa e dell'asserita mancata attività economica della società non è rilevante ai fini dell'esito della presente vertenza.

Del resto, la documentazione contenuta nel doc. 10, consiste negli annunci di malattia di altri dipendenti della \_\_\_\_\_, in atti medici che concernono questi dipendenti, con l'indicazione delle patologie attuali e pregresse di queste persone e domande poste ai medici curanti, in corrispondenza con la \_\_\_\_\_ in merito a queste assenze per malattia (compresa l'indicazione che il periodo di carenza per la malattia dell'attore sorta il 29 aprile 2015 sarebbe iniziato il 19 maggio 2015 [fatto questo del resto non contestato dall'assicurato ed anzi ammesso: "*[...] Il caso di malattia veniva annunciato da \_\_\_\_\_ alla convenuta solo in data 19.05.2015 [...] la convenuta assumeva il caso assicurativo e versava, a partire dal 21.05.2015 (2 giorni di attesa) le prestazioni assicurate [...]*"; doc. I pag. 5), in una domanda di esecuzione di un altro dipendente contro la \_\_\_\_\_ e in due brevi note interne scritte a mano dall'assicuratore, di cui una quasi illeggibile.

Tutti questi documenti, che non vengono utilizzati ai fini della motivazione della presente sentenza, non hanno alcuna utilità per l'attore, concernendo le malattie di terzi.

Lo stesso assicurato ha affermato che "è del tutto irrilevante, ai fini della presente vertenza, il fatto che altri dipendenti di

\_\_\_\_\_ fossero stati ammalati nel periodo aprile – luglio 2015" (doc. VII, pag. 5).

2.15. Le parti hanno chiesto l'assunzione di ulteriori prove.

Già si è detto delle richieste di allestire una perizia giudiziaria ortopedica, e di sentire quali testi la dr.ssa med. \_\_\_\_\_, il dr. med. \_\_\_\_\_ e la dr.ssa med. \_\_\_\_\_ e dei motivi della loro reiezione (cfr. consid. 2.9 in fine).

Rilevato che pendente causa il TCA ha richiamato l'incarto della \_\_\_\_\_ dall'ufficio fallimenti e l'estratto conto dei dipendenti della società dalla Cassa \_\_\_\_\_, mentre l'estratto conto personale è stato prodotto dal medesimo attore e che la convenuta è vincente in causa, la richiesta di ulteriori prove inoltrata dall'assicuratore diventa priva di oggetto.

Per quanto concerne la richiesta di interrogatorio di sé stesso formulata dall'attore, trattandosi in concreto di dover stabilire la sua capacità lavorativa, ambito nel quale spetta in concreto ai medici esprimersi e non all'assicurato, la domanda va respinta.

2.16. Non vanno prelevate spese processuali (art. 114 lett. e CPC).

All'assicuratore, rappresentato da un avvocato esterno, vanno invece assegnate le ripetibili (cfr. art. 95 cpv. 1 lett. b CPC; cfr. anche Viktor Rüegg/Michael Rüegg, Basler Kommentar, 2017, 3a edizione, n. 18 ad art. 95, pag. 645 e n. 1 ad art. 114, pag. 701; cfr. sentenza 4A\_194/2010 del 17 novembre 2010, consid. 2.2.1 non pubblicato in DTF 137 III 47 e sentenza 4A\_535/2015 del 1° giugno 2016, consid. 6.4).

2.17. Per quanto concerne l'ammissibilità di un ricorso al TF in funzione del valore litigioso della causa, con sentenza 4A\_83/2013 del 20 giugno 2013 l'Alta Corte ha affermato che:

" (...) Esso è ammissibile a prescindere dal valore litigioso (di soli fr. 1'120.--) poiché, come afferma correttamente la ricorrente, nel Cantone Ticino le controversie tra assicurati e assicuratori concernenti le assicurazioni complementari all'assicurazione contro le malattie sono di competenza del Tribunale cantonale delle assicurazioni in prima e unica istanza (art. 74 cpv. 1 lett. b LTF; art. 7 CPC; art. 75 della legge ticinese di applicazione della LAMal del 26 giugno 1997 [RL/TI 6.4.6.1]; DTF 138 III 799 consid. 1.1)."

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

Per questi motivi

**dichiara e pronuncia**

1. La petizione è **respinta**.

2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. AT 1 verserà a CV 1 fr. 1'800.-- (IVA inclusa se dovuta) a titolo di ripetibili.

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