

Raccomandata



Incarto n.
36.2017.80

Lugano
29 agosto 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 del 20 settembre 2017 di

AT 1

contro

CV 1

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto, **in fatto**

- 1.1. AT 1, nata nel 1963, collaboratrice (al 30%) della _____ in qualità di ausiliaria di pulizie pagata a ore, è assicurata contro la perdita di guadagno in caso di malattia per il tramite del datore di lavoro presso CV 1 (di seguito: CV 1; cfr. risposta di causa, segnatamente punto 1.1: “[...] e per detto tramite assicurata presso CV 1 contro la perdita di guadagno causa malattia”, sottolineatura del redattore).
- 1.2. Il 3 febbraio 2017 il datore di lavoro ha informato l'assicuratore che AT 1 è inabile al lavoro al 100% dal 28 gennaio 2017 a causa di malattia. Il 30 marzo 2017 l'interessata ha inoltrato una domanda di prestazioni dell'Al.
- 1.3. Dopo aver sottoposto l'interessata ad una visita fiduciaria ad opera della dr.ssa med. _____ in data 2 maggio 2017, l'assicuratore, che non ha trasmesso all'interessata la documentazione medica richiesta, ha versato le prestazioni pattuite (circa fr. 1'360 al mese) sino al 24 settembre 2017.

- 1.4. Il 20 settembre 2017 AT 1 ha inoltrato una petizione al TCA, chiedendo in sostanza il versamento di ulteriori prestazioni (doc. I). Dopo aver ripercorso l'intera fattispecie ed aver segnatamente evidenziato di aver segnalato alla Commissione di Vigilanza Sanitaria lo specialista che l'ha operata all'occhio destro il 27 gennaio 2017 poiché, a suo dire, non avrebbe agito secondo le regole dell'arte medica, l'interessata ha ribadito di opporsi alla presa di posizione di CV 1.
- 1.5. Con risposta dell'11 ottobre 2017 l'assicuratore ha proposto la reiezione della petizione con argomentazioni che, laddove necessario, saranno riprese in corso di motivazione (doc. III).
- 1.6. Il 24 ottobre 2017 l'assicurata ha preso posizione (doc. V), chiedendo di poter ottenere parte della documentazione prodotta da CV 1, trasmessa dal Tribunale il 26 ottobre 2017 (doc. VI), e ribadendo di essere inabile al lavoro.
- 1.7. Il 16 novembre 2017 le parti sono state sentite nel corso di un'udienza di discussione, da cui è emerso:

" (...) In questa sede la sig.ra AT 1 ribadisce la sua richiesta di ottenere il versamento di ulteriori indennità per perdita di guadagno. Osserva come solo con la risposta di causa le sia stato possibile ottenere la certificazione della dr.ssa _____ di _____ che però risulta essere documento insufficiente. Rileva di essere stata sottoposta ad esami per un periodo prolungato e vorrebbe quindi entrare in possesso dell'esito degli stessi.

In questa sede chiede quindi, a livello probatorio che il giudice acquisisca presso la dr.ssa _____ l'intera cartella clinica in occasione della visita richiesta da parte di CV 1 alla specialista.

L'attrice chiede inoltre che il Tribunale acquisisca direttamente dallo studio del dr. _____ di _____ rispettivamente presso l' _____, Ospedale _____ di _____, sede di _____, le cartelle mediche complete a lei relative con riferimento agli interventi (tutti) subiti all'occhio in particolare.

Invita inoltre il Tribunale a volere eventualmente acquisire presso l'UAI l'incarto allestito a seguito della domanda del 5.4.2017 di prestazioni Al e in particolare con riferimento al N. AVS _____. La Sig.ra AT 1 evidenzia come il progetto di decisione 27.10.2017 dell'UAI respinga le sue richieste per non essere durata l'inabilità lavorativa oltre un anno. La sig.ra evidenzia però di non essere a conoscenza dell'esatto contenuto del dossier che qui richiama. Evidenzia di avere inoltrato osservazioni specifiche al progetto di decisione di quell'amministrazione.

La signora AT 1 osserva (doc. D) _____ e _____ . L'attrice chiede quindi che il Tribunale acquisisca anche dalla CVSan tutta la documentazione medica relativa all'intervento che fosse già stata trasmessa a questo Ufficio di natura medica.

Ancora parte attrice evidenzia come l'assicuratore fosse disponibile ad eseguire una valutazione peritale ulteriore così come emerge dallo scritto 24.8.2017 della sig.ra _____ di CV 1 e riconosciuto anche nella presa di posizione 19 settembre successivo. La sig. AT 1 indica di non essersi rifiutata e meglio di non rifiutare una tale nuova valutazione ma desidera comunque, come ha scritto in sede di petizione redatta dalla figlia, poter essere sottoposta ad una nuova valutazione avendo in mano tutta la documentazione medica sin qui allestita per una piena cognizione di causa.

L'assicuratore dal canto suo evidenzia come vi fosse certamente la disponibilità anzi l'intenzione di una nuova valutazione dopo l'esame dalla dr.ssa _____ è proprio partita da CV 1 stessa. La responsabile del servizio ha ricevuto il rapporto _____ e nonostante le indicazioni in esso contenute con cui dal 2.5.2017 sarebbe stata recuperata una piena capacità lavorativa ha riconosciuto prestazioni sino al 24.9.2017. Questo dimostra l'intenzione dell'assicuratore di approfondire adeguatamente l'aspetto medico per potere poi riconoscere all'assicurata le corrette indennità. La presa di posizione è sortita dopo che tra le parti vi è stata una incomprensione che ha bloccato la situazione.

L'assicuratore condivide la richiesta probatoria di acquisire tutta la documentazione medica.

Le parti indicano che, qualora il Tribunale dovesse decidere di allestire una valutazione di natura peritale, potrebbero entrare in linea di conto quali periti il dott. _____ primario dell' _____ a _____, il dott. _____ di _____ in via _____.

L'occhio buono ossia il sinistro ha una pressione elevata ciò che mi costringe ad assumere dei medicinali specifici per la compensazione. Questa pressione è indotta dal silicone che deve assumere per l'occhio destro. L'attrice evidenzia inoltre che in seguito ad eventi particolari sente pulsare l'occhio, ciò in particolare quando si arrabbia e quindi verosimilmente si innalza la pressione sanguigna. La signora evidenzia che per il suo lavoro ha provato a casa a svolgere le sue faccende ma il risultato era un disastro. Osserva che la perdita dell'occhio è intervenuta in un momento particolare e difficile, aveva la possibilità di svolgere il suo lavoro per più persone ma queste potenzialità sono decadute." (doc. IX)

- 1.8. In seguito all'udienza del 16 novembre 2017, il TCA ha richiamato l'incarto AI (doc. XI), gli atti medici dal dr. med. _____ (doc. XII), dall' _____ (doc. XIII), dalla dr.ssa med. _____ (doc. XIV), dalla Commissione di vigilanza sanitaria (doc. XV).
- 1.9. Il 21 novembre 2017 sono pervenuti i documenti della dr.ssa med. _____ (doc. XVI), il 22 novembre 2017 l'incarto AI (doc. XVII), il 24 novembre 2017 un ulteriore scritto dell'attrice che evidenzia come il pagamento delle indennità è stato sospeso nel corso del mese di maggio 2017 e solo nel settembre 2017 sono stati pagati gli arretrati (doc. XVIII), il 30 novembre 2017 uno scritto della Commissione di vigilanza sanitaria che afferma di non poter trasmettere l'incarto non avendo AT 1 veste di parte nel procedimento amministrativo avviato con la sua denuncia (doc. XX), il 30 novembre 2017 l'incarto dell' _____ (doc. XXII).
- 1.10. Il 7 dicembre 2017 il giudice delegato del TCA ha scritto alla Commissione di vigilanza sanitaria ribadendo la necessità per il Tribunale di ottenere tutta la documentazione (doc. XXIV), mentre l'11 dicembre 2017 il Tribunale ha sollecitato il dr. med. _____ (doc. XXV), che ha prodotto gli atti medici il 13 dicembre 2017 (doc. XXVI).
- 1.11. Il 20 dicembre 2017 la Commissione di vigilanza sanitaria ha ribadito l'impossibilità di trasmettere la documentazione al Tribunale (doc. XXVII).
- 1.12. Il 22 dicembre 2017 il Giudice delegato del TCA ha interpellato nuovamente la Commissione di vigilanza sanitaria, _____, chiedendo di trasmettere gli atti medici, rispettivamente di emanare un provvedimento su questo tema (doc. XXVIII).
- 1.13. Il 15 gennaio 2018 il Giudice delegato del TCA ha ordinato una perizia ad opera del dr. med. _____, specialista FMH in oftalmologia e oftalmochirurgia, assegnando alle parti un termine scadente il 26 gennaio 2018 per presentare eventuali ulteriori domande (doc. XXIX).
- 1.14. Il 17 gennaio 2018 l'assicuratore ha comunicato di non avere ulteriori quesiti da porre (doc. XXX), mentre l'assicurata ha trasmesso nuova documentazione medica (doc. XXXII), subito inviata dal TCA al perito (doc. XXXIII).
- 1.15. Il 22 marzo 2018 la Commissione di vigilanza sanitaria ha comunicato al TCA che con decisione del 7 febbraio 2018 ha stabilito di inviare al Tribunale la documentazione medica richiesta (doc. XXXVI). Il 23 marzo 2018 gli atti medici prodotti sono stati trasmessi al perito (doc. XXXVII).
- 1.16. Il 12 giugno 2018 è pervenuta la perizia dell'11 giugno 2018 del dr. med. _____, FMH oftalmologia e oftalmochirurgia (doc. XXXVIII).

- 1.17. Chiamate ad esprimersi in merito, la convenuta si è rimessa al prudente giudizio del Tribunale (doc. XL), mentre l'attrice, dopo aver commentato il contenuto della perizia ha posto alcune domande (doc. XLI: *"in che modo si procede ora nei confronti di CV 1?"*; *"Posso entrare in possesso dei documenti che il Tribunale avrebbe dovuto ricevere da tutte le parti in causa per completare il quadro della situazione?"*; *"Perché la Dr.ssa _____ ha consegnato ad CV 1 un certificato di abilità lavorativa al 100% e dove sono i risultati delle analisi? Come posso entrare in possesso di questi ultimi già più volte richiesti?"*; *"C'è una possibilità di procedere contro il Dr. med. _____?"*). Le rispettive prese di posizione sono state trasmesse alle parti (doc. XLII e XLIII).
- 1.18. Il 5 luglio 2018 l'attrice ha visionato la documentazione medica presso il Tribunale, chiedendo di poter ricevere in copia gli atti elencati al doc. XLIV.
- 1.19. Il 6 luglio 2018 il TCA ha interpellato la dr.ssa med. _____ (doc. XLV), l'_____ (doc. XLVI), il dr. med. _____ (doc. XLVII), la dr.ssa med. _____ (doc. XLVIII), la CVSan (doc. XLIX), assegnando loro un termine di 10 giorni per indicare se vi sono obiezioni alla consegna degli atti medici all'attrice.
- 1.20. Il 13 luglio 2018 il dr. med. _____ ha affermato di non aver obiezioni alla consegna del rapporto operatorio del 20 febbraio 2017, già inviato all'interessata tramite posta l'11 marzo 2017 (doc. L), il medesimo giorno la dr.ssa med. _____ ha affermato di non avere nessuna obiezione alla consegna della copia degli atti trasmessi alla CVSan (doc. LI), il 18 luglio 2018 l'_____ ha affermato di non avere obiezioni alla consegna della copia della documentazione medica inviata alla CVSan il 9 giugno 2017 e meglio copia della cartella medica relativa alle cure dal 2 ottobre 2016 al 1° febbraio 2017 e copia della lettera del dr. med. _____ del 9 giugno 2017 indirizzata alla CVSan (doc. LII). La CVSan ha risposto il 17 agosto 2018 (doc. LV), mentre la dr.ssa med _____ non ha preso posizione.
- 1.21. Con decreto del 26 luglio 2018 il Giudice delegato del TCA ha immediatamente trasmesso all'attrice copie dei documenti elencati nel medesimo decreto (rapporto operatorio del 20 febbraio 2017 del dr. med. _____ presso il reparto di oftalmologia dell'Ospedale _____ di _____ [doc. XXVI/9]; referto del 5 maggio 2017 della dr.ssa med. _____ [doc. XVI], con allegati [doc. XVI/1] e scritto del 24 luglio 2017 della dr.ssa med. _____, con allegati [doc. XVI/2]; allegati allo scritto del 22 marzo 2018 della CVSan [doc. XXXVI], ossia documentazione del dr. med. _____ [doc. XXXVI/1], dell'_____ [doc. XXXVI/2] e della dr.ssa med. _____ [doc. XXXVI/3]; cartelle mediche trasmesse il 30 novembre 2017 dall'Ospedale _____ di _____ e relative all'attrice [doc. XXII/1-4]) ed ha assegnato alla medesima attrice un termine scadente il 16 agosto 2018 per presentare eventuali osservazioni scritte in merito (doc. LIX).

in diritto

- 2.1. Preliminarmente va evidenziato come l'attrice abbia inoltrato la petizione nei confronti di CV 1, la quale si è sempre presentata quale assicuratore contro la perdita di guadagno dell'assicurata sin dalla notifica della malattia (doc. 3: "CV 1"; allegato doc. 22 [fax a dr.ssa med. _____]: apprezzamento medico del 22 giugno 2017 [doc. 24]) e nelle successive prese di posizione (doc. 25, doc. 26, doc. 30),

compresa quella del 19 settembre 2017 tramite la quale ha stabilito il versamento di prestazioni fino al 24 settembre 2017 (doc. 34).

Anche in sede di risposta (doc. III), CV 1 ha esplicitamente ammesso di essere l'assicuratore contro la perdita di guadagno dell'attrice (cfr. segnatamente punto 1.1). La convenuta, neppure in sede di udienza, ha mai eccepito un'eventuale eccezione di legittimazione passiva.

Ne segue che l'indicazione di _____ nelle CGA (doc. 1) prodotte da CV 1 non implica un'errata indicazione della convenuta in causa.

2.2. In secondo luogo va evidenziato che oggetto del contendere è unicamente la questione di sapere se l'assicuratore deve continuare ad erogare indennità giornaliere oltre il 24 settembre 2017. Il TCA non è invece competente per decidere nel merito di eventuali asseriti errori negli interventi subiti dall'attrice all'occhio destro e di eventuali responsabilità dei medici che l'hanno operata (cfr. art. 7 CPC e 75 LCAMal). Non spetta pertanto al Tribunale rispondere alle domande poste dall'attrice con le osservazioni del 21 giugno 2018 e consigliarla circa eventuali passi da intraprendere nei confronti dei medici che l'hanno curata.

2.3. 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).

2.4. Ai sensi dell'art. _____ (CGA), è considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica, mentale o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità al lavoro.

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

Secondo l'art. _____ CGA è considerata incapacità al guadagno la perdita, totale o parziale, della possibilità di guadagno sul mercato del lavoro equilibrato che entra in considerazione, provocata da un danno alla salute fisica, mentale o psichica e che perdura dopo aver sottoposto l'assicurato alle cure e alle misure d'integrazione ragionevolmente esigibili. Per valutare se sussiste un'incapacità al guadagno vanno prese in considerazione esclusivamente le conseguenze del danno alla salute. Sussiste inoltre un'incapacità al guadagno se non è oggettivamente superabile.

L'art. _____ CGA prevede che l'assicurazione di danno è l'assicurazione in cui in caso di prestazione è rimborsato, nei limiti del reddito da lavoro assicurato, soltanto il danno effettivamente causato e concretamente dimostrabile.

Ai sensi dell'art. _____ CGA per i dipendenti è assicurata la percentuale del salario AVS effettivo indicata nella polizza. Il salario annuo massimo assicurato è indicato nella polizza.

2.5. 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. _____ CGA).

- 2.6. Nel caso di specie il TCA, dopo aver richiamato gli atti dai medici che hanno avuto in cura l'attrice, ha ordinato una perizia specialista al dr. med. _____, FMH oftalmologia e oftalmochirurgia.

Allo specialista è stato chiesto (1) di descrivere l'anamnesi oculistico oftalmologica completa, la diagnosi con e senza ripercussioni sulla capacità lavorativa dell'attrice e l'evoluzione dello stato di salute dal 28 gennaio 2017, (2) di precisare qual è il grado d'incapacità lavorativa dell'attrice dal 25 settembre 2017 nella sua attività di donna delle pulizie a seguito degli eventi che hanno coinvolto la sua capacità visiva all'occhio destro, (3) di specificare il grado d'incapacità lavorativa dal 25 settembre 2017 in un'attività confacente allo stato di salute oculistico oftalmologico dell'attrice e (4) di redigere eventuali osservazioni (doc. XXIX).

L'8 marzo 2018 l'attrice è stata visitata dal perito, che ha redatto il referto l'11 giugno 2018 (doc. XXXVIII).

Lo specialista ha posto la diagnosi di OD perdita funzionale totale (cecità); stato dopo distacco retinico macula-off con foro maculare con pars-plana vitrectomia + Phaco-emulsificazione + IOL (Med. _____ 4.10.2016); stato dopo pars plana vitrectomia 23G con rimozione di olio di silicone, multipli risciacqui, tamponamento interno con olio di silicone (Med. _____ 27.01.2017); stato dopo nuovo distacco di retina diagnosticato in data 31.01.2017 con pars-plana vitrectomia 23G, tamponamento con olio di silicone; anamnesticamente OD ampiope per anisometria; OS glaucoma incipiente sotto trattamento topico con Saflutan collirio 1 volta alla sera.

Dopo aver descritto l'anamnesi oculistica oftalmologica ed aver segnatamente evidenziato che *"è da stimare in modo definitivo che l'occhio destro è irrimediabilmente perso, che significa una perdita funzionale totale, e non più recuperabile con nessun tipo di intervento"* e che, relativamente all'evoluzione dal 28 gennaio 2017 *"si può dire che dopo l'intervento la situazione a destra è andata peggiorando e che da gennaio 2017 dove c'era ancora un residuo di funzione visiva, ormai oggi non c'è più, nemmeno una percezione luminosa all'esame realizzato da me in data 08.03.2018"*, lo specialista ha affermato:

" (...)

2.- È da ricordare che prima dei diversi interventi realizzati all'occhio destro la Signora riferisce che lavorava circa 13-14 ore alla settimana presso la _____ come donna delle pulizie e in più in diverse case private sempre come donna delle pulizie. Riferisce che dopo l'intervento di ottobre 2016 non ha più potuto ricominciare la sua attività come donna delle pulizie per la mancanza di vista a destra e questo ha avuto come conseguenza una perdita del suo posto di lavoro. L'acuità visiva attuale a destra e nessuna percezione luminosa per distacco retinico recidivante.

All'occhio sinistro è di 100%, ma sul campo visivo si possono notare un inizio di danni glaucomatosi con attualmente una pressione intraoculare controllata con trattamento tipico di Saflutan 1 volta alla sera. Nella documentazione della Dr.ssa Med. _____ si fa riferimento ad una visita anni prima dal Dr. Med. _____ in vista di un intervento di chirurgia refrattiva per una forte miopia e allora viene descritto un'acuità di 0.60 quindi 60%. Probabilmente con un'acuità di 60% la paziente pur essendo lievemente ampiope aveva una visione stereoscopica presente. In quando l'acuità visiva è inferiore o uguale a 0.20 (20%), la stereopsis non è più presente.

Quindi abbiamo un cambio radicale della situazione visiva dove certo la paziente vede quasi 100% con l'occhio sinistro ma non avendo più la vista del 60% che aveva prima del distacco di retina ha perso la visione in 3D stereoscopica, si trova quindi in una situazione mono-oculare. L'assicurata dice di non essere più abile al lavoro nella sua attività abituale di donna di pulizie, mancandole la visione totale dell'occhio destro e la stereopsis. Si lamenta di non vedere certi oggetti presenti, sbattere contro ogni angolo e di avere paura di rompere oggetti (in particolare nelle case private come donna di pulizie). Avendo perso la visione stereoscopica e tutto il campo visivo destro fa fatica e tutto il nel camminare e trovare gli oggetti nella distanza giusta sottomano, può valutare male i marciapiedi, scale o buchi o irregolarità presenti nel pavimento. Da evitare assolutamente una situazione a rischio come donna delle pulizie, quindi non salire su sgabelli o scale in particolare proibito totalmente la pulizia dei vetri con rischio di caduta verso l'esterno o all'interno del palazzo della zona delle scale. L'ideale sarebbe di avere un posto di lavoro con una superficie piatta e senza scale e con un accesso facilitato con il lift se si deve spostare tra un piano e l'altro. Chiaramente la pulizia di scale per lei è a rischio incidenti (inciampare, cadere).

A parte la situazione visiva che è cambiata dal punto di vista oculistico, è da considerare l'aspetto traumatico e psicologico del quale soffre la paziente che può spiegare la sua paura nel rintraprendere un'attività come donna di pulizie.

Avendo perso la stereopsis deve evitare i lavori con macchinari e rischio e le condizioni di lavoro devono essere ottimali con delle luci di qualità.

Davanti ad un quadro medico oculistico e un contesto psicologico dove la paziente ha difficoltà ad accettare la perdita funzionale dell'occhio destro, è da considerare la valutazione stessa della paziente della sua capacità lavorativa e anche il rendimento che potrebbe dare sul posto di lavoro.

Effettivamente non avendo la stereopsis quando la paziente si deve muovere probabilmente lavorerà in modo più lento, con minore destrezza, analizzando le distanze quando deve prendere i prodotti della pulizia per poi applicarli sulle superfici da trattare, con rischio di inciampare o sbattere contro gli angoli dei mobili soprattutto visto la perdita funzionale del campo visivo totale sulla metà del suo campo visivo di lavoro. Questo richiede un tempo di adattamento che in generale tra 6 mesi o 1 anno. Con la limitazione della capacità visiva c'è un aumento di rischio di infortunio su se stessa o potenzialità di causare dei danni a oggetti in custodia nell'ufficio del lavoro o delle case private, dove lavorerebbe come donna delle pulizie. Chiaramente come già detto all'inizio è sconsigliato l'utilizzo di macchine mobili o automatiche visto la mancanza di visione stereoscopica della paziente. Come donna di pulizie la paziente ha un rischio più elevato all'esposizione di agenti chimici e solventi che possono comportare un rischio di trauma sull'unico occhio che ha la paziente, l'occhio sinistro; in particolare i prodotti chimici per la pulizia, polveri nell'aria, eventuali fumi e agenti che possono causare un'inflammatione all'occhio destro già multi-operato, addirittura in caso di contatto con agenti chimici un danno all'occhio sinistro "quello buono".

In riassunto e visto quello che precede, sono del parere che l'incapacità lavorativa della Signora AT 1 è cambiata in modo irrimediabile dopo gli eventi che hanno toccato l'occhio destro, il distacco della retina e i multipli interventi realizzati su questo occhio. La Signora AT 1 secondo me non è più abile a lavorare al 100% né come rendibilità né come quantità di ore al giorno.

3. Visto le rimarche precedenti al punto 2 con adattamento sul posto di lavoro, si può conseguire che la Signora AT 1 è abile al lavoro per un'attività al 50%. Il lavoro da considerare come prima in un ambiente tipo _____ è molto più difficile che in un ambiente privato dove effettivamente c'è il rischio di danneggiare degli oggetti privati del proprietario.

4. Visto l'età del paziente ed il suo curriculum vedo difficilmente di trovare un altro tipo di attività più compiaciuta alla sua vista attuale e comunque con l'età che sarà più difficoltoso trovare un nuovo posto di lavoro." (doc. XXXVIII)

2.7. 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.

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

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

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

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

" Per quanto concerne in particolare le perizie giudiziarie la giurisprudenza ha statuito che il giudice non si scosta senza motivi imperativi dalla valutazione degli esperti, il cui compito è quello di mettere a disposizione del tribunale le proprie conoscenze specifiche e di valutare, da un punto di vista medico, una certa fattispecie. Ragioni che possono indurre il giudice a non fondarsi su un tale referto sono ad esempio la presenza di affermazioni contraddittorie nella perizia stessa oppure l'esistenza di altri rapporti in grado di inficiarne la concludenza. In tale evenienza, la Corte giudicante può disporre una superperizia oppure scostarsi, senza necessità di ulteriori complementi, dalle conclusioni del referto peritale giudiziario (DTF 125 V 351 consid. 3b/aa pag. 353 e riferimenti)."

- 2.9. In concreto questo Tribunale non vede ragioni che gli impediscano di fare propria la valutazione espressa dal perito Dr. med.

_____, specialista FMH oftalmologia e oftalmochirurgia. Il referto dell'11 giugno 2018 (doc. XXXVIII), privo di contraddizioni, presenta tutti i requisiti posti dalla giurisprudenza affinché possa essere riconosciuto, a un apprezzamento medico, piena forza probante (cfr. DTF 125 V 351 consid. 3a; 122 V 157 consid. 1c con riferimenti; RAMI 1991 U 133 consid. 1b): in particolare lo specialista ha espresso la sua valutazione in modo motivato, dopo aver proceduto a un esame approfondito del caso (cfr. STF 8C_103/2008 del 7 gennaio 2009 consid. 10.2).

Il dr. med. _____, esperto nell'ambito qui in discussione, ha minuziosamente esaminato il caso di specie, rispondendo a tutte le domande poste dal Tribunale e non contestate né completate dalle parti.

Lo specialista ha descritto l'anamnesi oculistica oftalmologica, ha esaminato lo stato valetudinario dell'attrice ed ha spiegato nel dettaglio la sua valutazione.

Rilevato che non vi è documentazione medica atta a sovvertire le conclusioni peritali, che le parti del resto non hanno neppure contestato, le valutazioni del dr. med. _____ vanno confermate.

Dalla perizia e meglio dalle risposte ai quesiti 2 e 3, emerge che l'interessata, dopo un periodo di adattamento da 6 mesi ad un anno durante il quale è stata completamente inabile al lavoro (doc. XXXVIII: “[...] Effettivamente non avendo la stereopsis quando la paziente si deve muovere probabilmente lavorerà in modo più lento, con minore destrezza, analizzando le distanze quando deve prendere i prodotti della pulizia per poi applicarli sulle superfici da trattare, con rischio di inciampare o sbattere contro gli angoli dei mobili soprattutto visto la perdita funzionale del campo visivo totale sulla metà del suo campo visivo di lavoro. Questo richiedere un tempo di adattamento che in generale tra 6 mesi o 1 anno [...]”) è in grado di nuovamente lavorare sia in altre attività che come donna delle pulizie nella misura del 50% (doc. XXXVIII risposta 3: “[...] Visto le rimarche precedenti al punto 2 con adattamento sul posto di lavoro, si può conseguire che la Signora AT 1 è abile al lavoro per un'attività al 50%. Il lavoro da considerare come prima in un ambiente tipo _____ è molto più difficile che in un ambiente privato dove effettivamente c'è il rischio di danneggiare degli oggetti privati del proprietario [...]”).

Il perito ritiene tuttavia che altre attività sarebbero difficilmente esigibili (doc. XXXVIII risposta 4: “[...] Visto l'età del paziente ed il suo curriculum vedo difficilmente di trovare un altro tipo di attività più piacevole alla sua vista attuale e comunque con l'età che sarà più difficoltoso trovare un nuovo posto di lavoro.”).

In concreto l'attrice è stata operata all'occhio destro il 27 gennaio 2017 e dal 28 gennaio 2017 è stata dichiarata completamente inabile al lavoro per malattia (doc. 3, 6, 7).

Questo Tribunale ritiene che il periodo di adattamento in seguito alla perdita di visione all'occhio destro per poter riprendere l'attività di donna delle pulizie od un'altra attività con un grado di capacità lavorativa del 50%, che il perito ha ritenuto essere da un minimo di 6 mesi ad un massimo di un anno, nel preciso caso di specie, alla luce dell'età dell'attrice, nata nel 1963, della circostanza che dal 2004 svolge unicamente l'attività di donna delle pulizie, del fatto che la limitazione della capacità visiva ha fortemente aumentato il rischio di infortunio e di causare danni a terzi, va fissato in un anno, ossia 4 mesi supplementari rispetto a quelli concessi dall'assicuratore che ha versato le prestazioni fino al 24 settembre 2017. Ciò era del resto quanto aveva inizialmente stabilito anche il dr. med. _____, _____ di _____ (cfr. doc. 26).

L'interessata va pertanto considerata completamente inabile al lavoro fino al 28 gennaio 2018. Dal 29 gennaio 2018 l'attrice va invece ritenuta abile al lavoro al 50% sia nella precedente attività che in altre attività leggere.

L'assicurata non ha del resto prodotto ulteriore documentazione medica atta a comprovare un'incapacità lavorativa maggiore a partire da tale data, neppure dopo aver visionato gli atti medici acquisiti dal TCA ed aver ottenuto, con il decreto del 26 luglio 2018, un termine scadente il 16 agosto 2018 per nuovamente esprimersi in merito. A questo proposito va rilevato che l'interessata si era recata nel mese di ottobre 2017, ossia quando era completamente inabile al lavoro a causa della patologia oftalmologica, presso la dr.ssa med. _____, FMH psichiatria e psicoterapia (cfr. nuova domanda di

prestazioni AI, pag. 44), la quale aveva diagnosticato una patologia psichica invalidante (cfr. incarto AI pag. 4-5). L'interessata, in sede di petizione e nelle more processuali, non ha tuttavia fatto valere alcuna patologia psichica, né ha prodotto documentazione medica attestante un'eventuale inabilità lavorativa derivante da tale malattia.

Non avendo l'assicurata prodotto altri atti medici che attestano un'incapacità lavorativa superiore al 50% dal 29 gennaio 2018, questo TCA non ha alcun motivo per scostarsi dalle valutazioni peritali.

Va ancora qui rammentato che con sentenza 32.2014.71 del 30 marzo 2015 (cfr. anche sentenza 32.2010.82 del 3 febbraio 2011), il TCA ha ribadito che secondo la giurisprudenza gli assicurati che lamentano la perdita dell'acuità visiva di un occhio sono in grado di attendere alla maggior parte delle attività professionali, escluse quelle che richiedono una visione binoculare (cfr. STF I 222/06 del 10 luglio 2007 consid. 3 con riferimento a RAMI 1986 no. U 3 pag. 258 consid. 2b p. 260 seg). Va poi ricordato che secondo l'esperienza medica, l'handicap risultante dalla perdita dell'acuità visiva di un occhio viene generalmente corretto in larga misura grazie all'assuefazione e all'adattamento dell'interessato e che solo raramente causa una diminuzione, peraltro minima, della capacità di guadagno. In circostanze normali e a condizione che l'assicurato dia prova della buona volontà da lui esigibile, l'adattamento alla situazione monoculare avviene in un periodo di tempo che, a seconda dell'età dell'infortunato, può variare da sei mesi a due anni al massimo (cfr., ad esempio, RAMI 1986 U3, p. 258ss.). Tale giurisprudenza è limitata a quelle attività che *non* richiedono esigenze visive elevate o una vista stereoscopica piena e non implicano la permanenza in situazioni esposte come tetti o ponteggi, l'utilizzazione di veicoli pericolosi o l'esecuzione di movimenti di precisione.

Nella sentenza 35.1999.129 del 27 marzo 2001, confermata dall'allora TFA (dal 1° gennaio 2007: TF) con pronuncia U 162/01 del 12 luglio 2001, questo Tribunale aveva ammesso, nell'ambito dell'assicurazione contro gli infortuni, il diritto a una rendita di invalidità permanente del 20%, trattandosi di un assicurato, di professione pittore/imbianchino, vittima di un trauma all'occhio sinistro con perdita quasi totale dell'acuità visiva. L'interessato è stato giudicato non più in grado di svolgere mansioni di montaggio e smontaggio delle impalcature, a causa del rischio di caduta, nonché, in generale, tutte quelle mansioni che richiedono precisione nella loro esecuzione.

Questa Corte con sentenza 35.1998.91 del 1° settembre 1999, sempre nell'ambito dell'assicurazione contro gli infortuni, ha riconosciuto ad un assicurato, tecnico e venditore, affetto da uno scotoma centrale-paracentrale interno all'occhio sinistro a seguito di un infortunio, un grado d'invalidità globale del 16% poiché era stato accertato che l'interessato *“fosse chiamato, fra le altre cose, a compiere dei lavori di alta precisione, come, ad esempio, dei lavori di riparazione su apparecchiature elettroniche miniaturizzate, lavori che richiedono, notoriamente, delle esigenze visive elevate”*(cfr. p. 15).

Con pronuncia 32.2007.375 del 15 gennaio 2009 relativa ad un assicurato che soffriva di una corioretinosi miopica all'occhio destro ed uno stato dopo l'intervento bilaterale di cataratta, questa Corte aveva concluso per la completa abilità lavorativa del ricorrente

nell'attività di impiegato amministrativo, con la limitazione per lavori che richiedono una visione stereoscopica.

Con sentenza U 183/98 dell'8 luglio 1999 l'allora TFA non ha riscontrato una riduzione della capacità lavorativa, a seguito della perdita della visione binoculare e stereoscopica dovuta ad incidente, di un assicurato disegnatore/architetto il quale faceva uso di un computer. In quel caso, l'Alta Corte ha ritenuto che l'assicurato poteva ovviare al suo deficit visivo, ingrandendo i documenti utilizzati e che, mediante una correzione ottica adeguata, poteva risolvere i problemi di vista dovuti a ipermetropia e presbiopia.

In quella sentenza la nostra Massima Istanza ha ripreso le considerazioni di uno specialista in oftalmologia ed ha così concluso:

" (...) Selon l'expérience, les personnes présentant une vision monoculaire sont en mesure d'effectuer la plupart des métiers et qu'il est fréquent que le travail à l'écran permette à des personnes possédant une acuité visuelle fortement réduite d'être encore productive, les documents peuvent être agrandis à volonté. Si l'assuré rencontre des problèmes de réglage de distance en raison de son hypermétropie et de sa presbytie, ces problèmes peuvent normalement être résolus à l'aide d'une correction optique adéquate. Selon l'expert, l'impossibilité d'une reconversion à un travail à l'écran est donc imputable à l'assuré et non aux séquelles de l'accident."

Va ancora evidenziato che con sentenza 32.2011.323 del 7 agosto 2012, confermata dalla sentenza 9C_740/2012 del 22 ottobre 2012, il TCA ha confermato il valore probatorio di una perizia pluridisciplinare effettuata su un'assicurata affetta, tra l'altro, da un cheratocono all'occhio destro e incipiente a sinistra con/su miopia e astigmatismo miopico bilaterale e sospetta nevrite retrobulbare all'occhio ds., e dove, dal lato oftalmologico, era stato ritenuto che l'assicurata presentava *“una capacità lavorativa del 75% anche in altre attività (si consigliano attività dove non sia necessaria una visione binoculare e un'acuità visiva ottimale)”* (globalmente del 55%).

In concreto, accertato che l'interessata può svolgere la sua ed altre attività nella misura del 50% dal 29 gennaio 2018, va ora stabilito quali sono le conseguenze dal profilo assicurativo.

2.10. Nel caso di specie l'assicurata svolgeva l'attività di ausiliaria di pulizie presso la _____ nella misura del 30% (doc. 3), al massimo 14 ore a settimana (doc. 3), e conseguiva un importo lordo medio massimo di fr. 1'668.64 al mese (cfr. doc. 3 e 4; cfr. anche pag. 69 incarto AI; l'assicuratore ha effettuato il calcolo dell'indennità sulla base di un salario annuo di fr. 20'023.68 [cfr. pag. 108 incarto AI, conteggio delle prestazioni]).

Ella ha affermato di svolgere la medesima attività anche per altri datori di lavoro. In sede AI ha quantificato in ulteriori 12 ore circa il lavoro svolto (pag. 115 incarto AI).

Il 13 novembre 2017 ha tuttavia affermato che oltre all'attività presso la _____, prima del danno alla salute, aveva un altro datore di lavoro che però non l'assicurava in caso di malattia (pag. 15 incarto AI in alto).

In effetti l'interessata ha comprovato di aver esercitato la medesima attività per un'altra persona, dalla quale nel 2016 ha conseguito fr. 5'120 lordi per l'intero anno, ossia fr. 426 lordi al mese (pag. 36 incarto AI), ciò che corrisponde ad un'ulteriore ora a settimana al massimo ($13.5 : 1'668.64 = X : 98.46$ [= $5'120 : 52$]; $X = 13.5 : 1'668.64 \times 98.46$; $X = 0.79$).

Ella prima del danno alla salute lavorava pertanto per due datori di lavoro, di cui solo il primo l'assicurava contro la perdita di guadagno in caso di malattia.

Per il resto l'attrice ha affermato di aver dovuto rinunciare, a causa del danno alla salute, a varie offerte di lavoro che le avrebbero permesso di aumentare l'attività complessivamente di almeno ulteriori 16 ore settimanali (pag. 15 incarto AI).

Occorre pertanto concludere che l'interessata, prima del danno alla salute, era assicurata contro la perdita di guadagno in caso di malattia unicamente per l'attività svolta al 30% per la _____ e che, anche prendendo in considerazione l'altro datore di lavoro, essa ha comprovato di aver svolto l'attività di donna delle pulizie per non più di 15 ore alla settimana prima del danno alla salute.

A questo proposito va rilevato che i dati statistici, e meglio la Tabella sulla durata normale del lavoro nelle aziende secondo la divisione economica, in ore per settimana T 03.02.03.01.04.01, per le "Activités de services administratifs (sans 78)" (77 + 79-82, di cui fa parte l'attività di pulizia; cfr. nr. 812), prevedono che l'orario medio di lavoro settimanale nell'ambito delle pulizie era di 42,1 ore settimanali nel 2017, ultimo dato disponibile (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/activite-professionnelle-temps-travail/temps-travail/heures-normales-statistique-duree-normale-travail.assetdetail.5287368.html>).

Ne segue che l'attrice lavorava complessivamente meno del 50% di un normale tempo di lavoro.

- 2.11. In ambito di indennità giornaliera dell'assicurazione contro gli infortuni in una sentenza 8C_17/2009 del 25 giugno 2009 pubblicata in DTF 135 V 287 (= SVR 2009 UV 53 p. 187s.) il Tribunale federale ha stabilito che il *tasso di incapacità lavorativa* di una persona assicurata è stabilito in funzione del grado di occupazione nell'ultima attività professionale esercitata prima dell'infortunio; una conversione in un tasso di occupazione del 100% non ha luogo.

Nel caso giudicato dal TF l'assicurata, prima del danno alla salute insorto il 17 febbraio 2001, lavorava in media 18.5 ore a settimana per un'azienda il cui orario normale di lavoro era di 41 ore settimanali. L'assicuratore ha versato le indennità dovute. In seguito ad un miglioramento dello stato di salute che ha portato l'assicurata ad essere abile al lavoro nella sua attività nella misura di 13.5 ore settimanali, l'assicuratore ha ridotto le sue prestazioni al 40%.

Il TF ha confermato l'agire dell'assicuratore, pur ritenendo il calcolo effettuato estremamente favorevole all'assicurata, ed ha stabilito che per calcolare l'*incapacità lavorativa* occorre confrontare il pensum di 13.5 ore, ossia quello esigibile dopo l'infortunio, con quello di 18.5 ore, ossia quello effettivo e precedente il danno alla salute (consid. 5 non pubblicato in DTF 135 V 287 ("*Vergleicht man das medizinisch zumutbare Pensum von 13,5 Stunden pro Woche mit dem Wochenpensum der Versicherten vor dem Unfall von 18,5 Stunden, so erscheint der von der Beschwerdeführerin auf 40 % angesetzte Grad der Arbeitsunfähigkeit als grosszügig. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid ist aufzuheben*").

Questa sentenza federale è stata analizzata criticamente in un articolo di U. Kieser pubblicato in AJP/PJA 10/2009, p. 1334ss.. Quell'autore ha in particolare sostenuto che la Corte federale non avrebbe considerato la prassi amministrativa, in vigore da decenni, secondo la quale, in caso d'incapacità lavorativa parziale, l'indennità

giornaliera veniva quantificata in funzione del grado d'inabilità (cfr. p. 1335). D'altro canto, egli ha evidenziato i risultati insoddisfacenti che potrebbe produrre l'applicazione della giurisprudenza in questione, segnatamente quando, al momento dell'infortunio, la persona assicurata, accanto a quella dipendente a tempo parziale, svolgeva anche un'attività indipendente, nel qual caso la capacità lavorativa residua verrebbe completamente sfruttata nell'attività dipendente (per cui quella indipendente non potrebbe più essere esercitata - p. 1336).

Va ancora rilevato che nella sentenza U 604/06 del 16 gennaio 2008 consid. 3.3 il TF ha confermato la decisione di negare indennità giornaliera ad un'assicurata attiva al 50% ed abile al lavoro nella medesima misura su un tempo di lavoro del 100% (*"Gemäss Gutachten der MEDAS vom 17. Oktober 2001 war die Versicherte im Zeitpunkt der Exploration (Juli 2001) aus medizinischer Sicht trotz Unfallrestfolgen uneingeschränkt in der Lage, ihre bisherige Tätigkeit mit dem vor dem Unfall erfüllten 50%-Pensum ohne Leistungseinbusse auszuüben. Somit bestand ab diesem Zeitpunkt keine Arbeitsunfähigkeit und damit kein Anspruch auf ein Taggeld mehr (vgl. auch das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 457/00 vom 2. April 2001.)"*), così come nella sentenza U 419/00 del 28 ottobre 2002 consid. 3.3 a stabilito che: *"Ritenuto che durante il predetto periodo S. _____ ha presentato una capacità lavorativa dell'80 % (referto del prof. L. _____ del 9 ottobre 1998) e che, prima di rimanere vittima dell'infortunio occorso il 16 novembre 1991, era stata pure occupata nella misura dell'80 %, l'esistenza di un'inabilità lavorativa indennizzabile è stata correttamente negata dalla precedente istanza."* (in questo senso, ma in altro ambito, si veda la sentenza 9C_896/2012 del 31 gennaio 2013 consid. 5 e la giurisprudenza ivi citata).

In ambito di assicurazione contro la perdita di guadagno in caso di malattia la dottrina, senza tuttavia riferirsi ad alcuna giurisprudenza, sostiene invece che l'assicuratore, a differenza di quanto accade per esempio nell'assicurazione invalidità, deve versare le indennità giornaliera sulla base dell'incapacità lavorativa stabilita dai medici, poiché i premi vengono pagati proporzionalmente sul salario assicurato e l'attività parziale viene presa in considerazione sia nel calcolo del salario che nell'ammontare dell'indennità giornaliera (Häberli/Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berna 2015, pag. 66-67, n. 212: *"Anders als bei der Invalidenversicherung, wo bei Teilzeittätigkeiten davon ausgegangen wird, eine quantitative Teilarbeitsunfähigkeit sei vorab auf den Anteil der Nichterwerbstätigkeit umzuschlagen, hat der Krankentaggeldversicherer im Grundsatz den vom Arzt festgesetzten Prozentsatz des Taggeldes (bezogen auf ein 100%- Pensum) zu entrichten, da sich ja auch die Prämienzahlung auf den versicherten Teilzeitlohn bezieht und sich die Tatsache der Teilzeittätigkeit bereits im entsprechend tieferen versicherten Verdienst und damit Taggeld niederschlägt"*).

Questo TCA ritiene che nel caso di specie la situazione è simile a quelle giudicate, in ambito di assicurazione contro gli infortuni, nelle sentenze U 604/06 del 16 gennaio 2008 consid. 3.3 (concernente specificamente indennità giornaliera) e U 419/00 del 28 ottobre 2002 e di conseguenza l'interessata, attiva prima del danno alla salute al 30% (e complessivamente in ogni caso meno del 50%) e capace al lavoro nella medesima attività di donna delle pulizie nella misura del 50%, dal 29 gennaio 2018 non ha più diritto ad alcuna indennità.

Alla luce di tutto quanto sopra esposto CV 1 deve erogare a AT 1 indennità giornaliera al 100% per il periodo dal 25 settembre 2017 al 28 gennaio 2018. In seguito l'assicuratore non deve più alcuna prestazione.

- 2.12. Per quanto concerne l'ammissibilità di un ricorso al TF in funzione del valore litigioso della causa, con sentenza 4A_83/2013 del 20 giugno 2013 l'Alta Corte ha affermato che:

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

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

Per questi motivi

dichiara e pronuncia

1. La petizione è **parzialmente accolta**.
CV 1 verserà a AT 1 indennità giornaliera al 100% dal 25 settembre 2017 al 28 gennaio 2018.
2. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. Non si assegnano 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