

Raccomandata



Incarto n.

36.2017.48

Lugano

22 novembre 2018

TB

In nome  
della Repubblica e Cantone  
Ticino

## Il Tribunale cantonale delle assicurazioni

composto dei giudici: Daniele Cattaneo, presidente,  
Raffaele Guffi, Ivano Ranzanici

redattrice: Tanja Balmelli, vicecancelliera

segretario: Gianluca Menghetti

statuendo sulla petizione del 19 giugno 2017 di

**AT 1**

rappr. da: RA 1

contro

**CV 1**

rappr. da: RA 2

in materia di assicurazione  
complementare contro le malattie

ritenuto

**in fatto**

1.1. Il 1° marzo 2016 (doc. A) AT 1, 1986, ha iniziato a lavorare come cameriera di sala con un contratto a tempo indeterminato e dal 6 novembre 2016 è stata dichiarata inabile al lavoro al 100% dai suoi medici curanti (docc. B, H, M-S).

CV 1, presso cui la lavoratrice era assicurata per la perdita di guadagno secondo LCA per il tramite del datore di lavoro \_\_\_\_\_ (doc. 2), ha assunto il caso e l'ha sottoposta nel dicembre 2016 (doc. 5) a una valutazione psichiatrica e nel gennaio 2017 (doc. 6) a una visita ginecologica (doc. E).

1.2. Il 27 dicembre 2016 (doc. C) l'assicuratore malattia ha scritto all'interessata che, sulla base della documentazione medica in suo possesso, l'inabilità lavorativa non era giustificata, perciò non avrebbe corrisposto prestazioni.

1.3. Con raccomandata del 5 gennaio 2017 (doc. D) \_\_\_\_\_ ha comunicato all'assicurata la disdetta del contratto di lavoro con

effetto immediato, ciò che AT 1 ha contestato il 26 gennaio 2017 dinanzi al competente foro civile (doc. G) formulando il 6 febbraio 2017 (doc. I) un'istanza per licenziamento ingiustificato ai sensi dell'art. 337c CO, con pretesa di riconoscimento di un'indennità di almeno tre mesi di salario (Fr. 3'407.- x 3), oltre alla perdita di guadagno dal 1° dicembre 2016 al 28 giugno 2017 (giorno presunto della nascita del bambino) e poi sino al successivo 30 novembre 2017 (giorno presunto della disdetta), dedotte le indennità giornaliere per puerperio riconosciute dalla Cassa cantonale di compensazione per quattro mesi.

Durante la procedura di conciliazione davanti al giudice civile, il 3 aprile 2017 (doc. L), le parti hanno convenuto che il datore di lavoro avrebbe corrisposto alla lavoratrice l'importo netto di Fr. 3'700.- a titolo di pretese salariali scoperte fino al 5 gennaio 2017 e di Fr. 1'376,95 lordi per vacanze non godute, importi versati (doc. VIIIbis). Per il resto, siccome intenzionate a trovare un accordo bonale, le parti hanno chiesto e ottenuto di sospendere la procedura di conciliazione \_\_\_\_\_.

- 1.4. Con azione del 19 giugno 2017 (doc. I) AT 1, sempre patrocinata dall'avv. RA 1, ha chiesto al TCA di condannare CV 1 al versamento della somma di Fr. 12'234,60, oltre interessi del 5%, per il mancato riconoscimento delle indennità giornaliere dal 5 gennaio all'11 maggio 2017. I suoi medici curanti hanno infatti certificato che, anche in epoca successiva al licenziamento, l'attrice era inabile al lavoro in misura completa, prima per motivi psichici e poi per problemi connessi alla gravidanza, fino a quando, dopo il parto, mamma e neonato sono rientrati a casa.
- 1.5. Nelle osservazioni del 16 agosto 2017 (doc. XI) CV 1, patrocinata dall'avv. RA 2, ha chiesto di respingere la petizione siccome dagli accertamenti esperiti non sussisteva alcuna incapacità lavorativa a seguito di malattia, né dal profilo psichico né ginecologico.

L'assicuratore ha infatti sottoposto l'interessata dapprima a una visita psichiatrica il 21 dicembre 2016 da parte della dr.ssa med.

\_\_\_\_\_, la quale ha concluso che un'incapacità lavorativa per motivi psichici non si giustificava. Poi, il 18 gennaio 2017, è stata eseguita una valutazione ginecologica, da parte del dr. med.

\_\_\_\_\_ che ha certificato non esservi un'inabilità lavorativa in questo ambito.

Secondo parte convenuta, ad ogni modo, il 5 gennaio 2017 il rapporto di lavoro si era concluso a seguito del licenziamento in tronco pronunciato dal datore di lavoro, perciò la copertura assicurativa era terminata ai sensi dell'art. 6.2 lett. a e d CGA e a quel momento non v'era nessuna inabilità lavorativa, né dal punto di vista psichico né ginecologico. Una diversa conclusione non può essere dedotta nemmeno sulla base del referto del 6 agosto 2017 (doc. IX/1) del curante dell'assicurata dr. med. \_\_\_\_\_, ematologo FMH, che ha riferito della sua visita del 6 marzo 2017 e che quindi attesta di una situazione presente *dopo* la fine del rapporto di lavoro. Ritenuto come durante la validità del contratto di lavoro non fosse presente un'inabilità lavorativa per malattia, la copertura assicurativa è terminata con la fine del rapporto di lavoro, perciò la situazione clinica rilevata dall'ematologo nel marzo 2017 era ininfluente ai fini della causa.

L'assicuratore ha infine contestato la pretesa creditoria di parte attrice non essendovi alcuna inabilità lavorativa almeno fino al 6 marzo 2017 e ha comunicato di avere fatto "*un gesto per chiudere bonalmente la questione*", versando delle indennità giornaliere fino al 31 gennaio 2017 pari a Fr. 5'531,85 (doc. 8) che, in caso di

accoglimento della petizione, vanno comunque dedotte dal versamento di ulteriori indennità giornaliere.

1.6. Il 21 agosto 2017 (doc. XV) il Giudice delegato ha richiamato dalla Pretura di \_\_\_\_\_ gli incarti relativi alle due procedure civili avviate dall'attrice contro \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_) e il 23 agosto seguente (doc. XVIII) ha avuto luogo un'udienza di discussione fra AT 1 e CV 1, durante la quale le parti sono state invitate a trovare una soluzione transattiva alla vertenza.

1.7. Con scritto del 30 agosto 2017 (doc. XXI) l'attrice ha precisato di pretendere le indennità giornaliere dal 1° febbraio all'11 giugno 2017, giorno di dimissione dall'ospedale post nascita del figlio, per un totale di Fr. 12'720,10 (Fr. 97,10 x 131 giorni).

L'assicuratore malattia ha ritenuto tale richiesta formalmente irricevibile non essendo date le condizioni di cui all'art. 230 CPC; inoltre, ha contestato nel merito la pretesa creditoria (doc. XXIII).

1.8. Il 18 settembre 2017 (doc. XXIV) parte attrice ha informato il TCA che l'assicuratore malattia non ha aderito a una sua proposta transattiva perciò, viste le implicazioni della presente controversia anche nei confronti dell'ex datore di lavoro, AT 1 ha denunciato in lite \_\_\_\_\_ (art. 78 CPC).

1.9. Il Tribunale ha effettuato degli accertamenti presso i medici curanti dell'attrice (doc. XXV: dr. med. \_\_\_\_\_, FMH ginecologia e ostetricia, doc. XXXI: dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna ed ematologia) e il medico fiduciario a cui si è rivolto l'assicuratore malattia (docc. XXXIV e XL: dr. med. \_\_\_\_\_, FMH ginecologia e ostetricia). Le relative risposte (doc. XXX: dr. \_\_\_\_\_, doc. XXXIII: dr. \_\_\_\_\_, docc. XXXV e XLI: dr. \_\_\_\_\_) sono state trasmesse alle parti per osservazioni (docc. XXXVI, XXXVII, XXXIX e XLIV).

1.10. Parte attrice ha trasmesso al TCA, il 5 marzo 2018 (doc. XLVI), uno scritto del suo ex datore di lavoro, oggetto di una procedura di fallimento, secondo cui il 5 gennaio 2017 non erano dati gli estremi per licenziare l'attrice con effetto immediato.

L'assicuratore malattia ha contestato che, dalle parole di \_\_\_\_\_, si possa dedurre una sua acquiescenza.

Ad ogni modo, parte convenuta ha ribadito che il rapporto di lavoro si è concluso con il licenziamento in tronco e che la disdetta data per gravi motivi mette in ogni caso fine al rapporto contrattuale, sia essa giustificata per motivi gravi o no (DTF 133 III 360). Pertanto, giusta l'art. 6.2 lett. a e d CGA, la copertura assicurativa è terminata il 5 gennaio 2017.

Quanto alla richiesta di libero passaggio, formulata nelle more della procedura dall'attrice direttamente all'assicuratore il 5 marzo 2018 (doc. XLVI/2), CV 1 ne ha evidenziato l'irricevibilità, giacché chiede il passaggio dall'assicurazione individuale a quella collettiva, non potendo in ogni modo essere accolta l'ipotesi inversa di libero passaggio.

Il 26 aprile 2018 (doc. L) l'attrice ha chiesto al TCA, ritenuta la sospensione della causa civile ordinaria \_\_\_\_\_ pronunciata un mese prima (doc. L/2) dal Pretore del Distretto di \_\_\_\_\_ stante la decisione pretorile di fallimento di \_\_\_\_\_ del 12 marzo 2018, di decidere *in limine litis* sui presupposti del licenziamento con effetto immediato anziché attendere l'esito della causa sospesa, visto anche il chiaro tenore dello scritto dell'ex datore di lavoro.

L'interessata ha rilevato che v'è stata continuità della malattia di natura ginecologica sia prima sia dopo il licenziamento. Inoltre, malgrado il rapporto di lavoro sia terminato il 5 gennaio 2017, le indennità giornaliere sono state corrisposte al datore di lavoro fino al 31 gennaio 2017, ciò che costituisce una prestazione supplementare ai sensi dell'art. 8.2.3 CGA e, quindi, in virtù dell'art. 6.3.1 CGA il diritto al libero passaggio doveva esserle comunicato dall'assicuratore.

Quest'ultimo, confermando che la disdetta per cause gravi ha messo fine al rapporto di lavoro e al diritto alle prestazioni, il 14 maggio 2018 (doc. LII), ha ritenuto non esservi motivo affinché il TCA giudichi se il licenziamento sia stato giustificato, poiché le conseguenze non muterebbero: il rapporto di lavoro sarebbe comunque terminato e l'attrice non avrebbe diritto a prestazioni. Inoltre, tale richiesta non potrebbe neppure essere accolta dal profilo procedurale non essendo stata invocata con la petizione.

Parte convenuta ha infine osservato che i termini per beneficiare del libero passaggio non sono stati prorogati dal pagamento delle prestazioni fino al 31 gennaio 2017, essendo avvenuto a titolo bonale e non in base a un obbligo di prestazioni.

- 1.11. Il 24 ottobre 2018 (doc. LV) l'attrice ha chiesto al Tribunale di riattivare la causa contro CV 1 poiché, stante la sospensione della procedura fallimentare della società per mancanza di attivi, a sua stessa richiesta la procedura ordinaria (\_\_\_\_\_) promossa il 9 gennaio 2018 contro \_\_\_\_\_ per mercedi e salari è stata stralciata dai ruoli il 19 ottobre 2018 (doc. LV/1) dal Pretore del Distretto di \_\_\_\_\_. Il 26 ottobre 2018 (doc. LVI) il giudice delegato ha evaso la richiesta e il 9 novembre 2018 (doc. LVII) ha invitato le parti a formulare le loro conclusioni concedendo un termine scadente il 20 novembre 2018.

Le parti hanno trasmesso i loro atti conclusivi (doc. LVIII, LIX e LX, pervenuti tutti il 21 novembre 2018) con cui si sono riconfermate nelle rispettive conclusioni.

considerato

### **in diritto**

- 2.1. Oggetto del contendere è la questione a sapere se l'assicuratore malattia convenuto sia tenuto o meno versare all'attrice delle indennità giornaliere per malattia anche dopo il 31 gennaio 2017.
- 2.2. Per quanto concerne l'indennità per 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, ADRIAN VON KAENEL, Verhältnis einer Krankentag-geldlösung zu Art. 324a OR, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurigo 2007, pagg. 109-131, in particolare pagg. 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, pagg. 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 seg.). 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 di indennità giornaliera in caso di malattia, l'accordo indica anche le modalità di finanziamento dei premi assicurativi; per il resto può rinviare alle condizioni generali di assicurazione o a un altro documento tenuto a disposizione del lavoratore (DTF 131 III 623 consid. 2.5.1 con numerosi riferimenti dottrinali).

2.3. Nella fattispecie, \_\_\_\_\_ ha concluso il 19 maggio 2015 (doc. 2) un'assicurazione contro la perdita di guadagno LCA con CV 1, valida per gli anni 2015-2018. La polizza prevede una durata delle prestazioni di 730 giorni per ogni caso, trenta giorni di attesa, una prestazione dell'80% e una massa salariale fissa.

Nell'allegato alla polizza sono indicate delle modifiche secondo il Contratto collettivo nazionale di lavoro dell'industria alberghiera e della ristorazione, quali la corresponsione massima di 720 indennità giornaliera nell'arco di 900 giorni per i casi di malattia e un termine di attesa di 30 giorni nell'arco di un anno calcolato una volta soltanto. \_\_\_\_\_

Trovano inoltre applicazione le Condizioni generali d'assicurazione (CGA) nell'edizione 2014 (doc. 3), che prevedono all'art. 1.3 che le basi del contratto sono la richiesta di assicurazione incluse eventuali dichiarazioni sullo stato di salute, la polizza assicurativa, le condizioni speciali elencate nella polizza, le CGA e la LCA.

Giusta l'art. 7.2.1 CGA, l'indennità giornaliera si calcola come 365a parte della perdita di guadagno assicurata media di un anno.

L'indennità giornaliera calcolata è corrisposta per ogni giorno di calendario.

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 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 (art. 7.2.2 CGA).

Per l'art. 8.1.1 CGA, è considerata malattia qualsiasi pregiudizio della salute fisica, mentale o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o un trattamento medico o provochi un'incapacità al lavoro.

A norma dell'art. 8.1.3 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.

Le prestazioni decorrono dallo scadere del termine di carenza convenuta. Il periodo di carenza inizia il giorno in cui, secondo attestazione medica, ha inizio l'inabilità lavorativa, tuttavia non prima di 3 giorni precedenti il primo trattamento medico. In assenza di accordi di tenore diverso, i periodi di carenza sono definiti di nuovo per ogni caso di malattia (art. 8.3 CGA).

Per l'art. 8.4.1 CGA, la durata delle prestazioni è indicata nella polizza di assicurazione e, fatta eccezione per la copertura scalare, viene calcolata per singolo sinistro. Nel calcolo della durata delle prestazioni, i giorni d'incapacità lavorativa parziale vengono considerati per intero.

Secondo l'art. 8.4.2 CGA, il periodo di carenza convenuto è dedotto dalla durata delle prestazioni. Si considerano giorni di carenza quei giorni in cui sussiste un'incapacità lavorativa pari ad almeno il 25%.

Giusta l'art. 9.2 CGA, l'assicurato è tenuto ad adottare tutti gli accorgimenti possibili per contenere le prestazioni ed in particolare per favorire la propria guarigione. Egli deve inoltre astenersi da tutto ciò che potrebbe ritardare la guarigione. Sono in particolar modo da rispettare tutte le prescrizioni rilasciate dal personale medico. L'assicuratore è autorizzato a verificare l'adempimento delle prescrizioni mediche e ad adottare opportune misure di controllo. L'assicurato deve esibire prova della perdita di guadagno. Qualora ciò non sia possibile, non sussiste alcun diritto di ricevere le prestazioni. L'assicurato che, nella sua professione abituale prevedibilmente rimarrà totalmente o parzialmente inabile al lavoro, è obbligato a sfruttare la sua capacità di guadagno eventualmente rimastagli.

A richiesta all'assicuratore o del contraente, l'assicurato è tenuto, in particolare, a lasciarsi visitare da un secondo medico o dal medico di fiducia dell'assicuratore.

L'art. 6.2 CGA prevede che per l'assicurato la copertura assicurativa termina, tra l'altro, alla fine del rapporto di lavoro presso il contraente (lett. a) e in caso di interruzione dell'attività lavorativa senza diritto a retribuzione (lett. d).

Per l'art. 6.3.1 CGA, ogni assicurato residente in Svizzera può passare nell'assicurazione individuale senza valutazione dello stato di salute quando, in particolare, esce dal gruppo di persone assicurate nell'assicurazione collettiva. È necessario far valere per iscritto il diritto al passaggio entro 90 giorni dal ricevimento della relativa comunicazione del datore di lavoro. In caso di mancata notifica da parte del datore di lavoro, il diritto di passaggio dell'assicurato può essere rivendicato per iscritto entro 180 giorni dall'uscita dal contratto collettivo. Se l'assicurato riceve una prestazione supplementare (art. 8.2.3), il termine inizia alla fine

dell'obbligo alla prestazione. In questo caso la comunicazione ha luogo ad opera dell'assicuratore.

L'art. 8.2.3 CGA dispone che per assicurati che al momento della fine del loro rapporto di lavoro sono completamente o parzialmente inabili al lavoro, il diritto alle prestazioni sussiste fino alla conclusione del caso di malattia che giustifica la prestazione supplementare, tuttavia non oltre la scadenza della durata di prestazioni convenuta. Venendo a decadere la prestazione supplementare, trovano applicazione le disposizioni relative al passaggio nell'assicurazione individuale.

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).

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).

Nel caso concreto, le parti hanno concluso un'assicurazione di danno, visto che le persone assicurate hanno diritto alle indennità giornaliera (80% del salario AVS) che vengono calcolate sulla base della perdita di guadagno assicurata media di un anno (art. 7.2.1 CGA).

2.5. La scrivente Corte deve in primo luogo accertare le conseguenze del licenziamento immediato per causa grave pronunciato dal datore di lavoro il 5 gennaio 2017 (doc. D) nei confronti della lavoratrice. La causa civile avviata il 16 ottobre 2018 davanti al Pretore dalla dipendente licenziata, ed avente per oggetto le pretese risarcitorie di AT 1, è stata stralciata dai ruoli il 19 ottobre 2018 (doc. LV/1).

2.6. Per quanto riguarda la fine del rapporto di lavoro, gli artt. 337-337d CO concernono la risoluzione immediata del contratto.

Per l'art. 337 CO la risoluzione immediata può avvenire per cause gravi. La norma prevede che:

"<sup>1</sup> Il datore di lavoro e il lavoratore possono in ogni tempo recedere immediatamente dal rapporto di lavoro per cause gravi; a richiesta dell'altra parte, la risoluzione immediata dev'essere motivata per scritto.

<sup>2</sup> È considerata causa grave, in particolare, ogni circostanza che non permetta per ragioni di buona fede di esigere da chi dà la disdetta che abbia a continuare nel contratto.

<sup>3</sup> Sull'esistenza di tali cause, il giudice decide secondo il suo libero apprezzamento, ma in nessun caso può riconoscere come causa grave il fatto che il lavoratore sia stato impedito senza sua colpa di lavorare."

Le conseguenze della risoluzione giustificata sono disciplinate dall'art. 337b CO:

"<sup>1</sup> Se la causa grave per la risoluzione immediata consiste in una violazione del contratto da parte di un contraente, questi dovrà il pieno risarcimento del danno, tenuto conto di tutte le pretese derivanti dal rapporto di lavoro.

<sup>2</sup> Negli altri casi, il giudice determina le conseguenze patrimoniali della risoluzione immediata, secondo il suo libero apprezzamento e tenendo conto di tutte le circostanze."

Il licenziamento ingiustificato è invece regolato dall'art. 337c CO:

"<sup>1</sup> Il lavoratore licenziato immediatamente senza una causa grave ha diritto a quanto avrebbe guadagnato se il rapporto di lavoro fosse cessato alla scadenza del termine di disdetta o col decorso della durata determinata dal contratto.

<sup>2</sup> Il lavoratore deve lasciar dedurre quanto ha risparmiato in seguito alla cessazione del rapporto di lavoro e ha guadagnato con altro lavoro o omesso intenzionalmente di guadagnare.

<sup>3</sup> Il giudice può obbligare il datore di lavoro a versare al lavoratore un'indennità ch'egli stabilisce secondo il suo libero apprezzamento, tenuto conto di tutte le circostanze; l'indennità non può però superare l'equivalente di sei mesi di salario del lavoratore."

2.7. La disdetta è una manifestazione unilaterale di volontà sottoposta a ricezione che produce i suoi effetti soltanto quando è pervenuta al suo destinatario (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3a ed. 2014, pag. 595), si tratta di un diritto formativo, che concede a una parte contrattuale la possibilità di modificare unilateralmente la situazione giuridica dell'altra parte, senza la partecipazione di quest'ultima (DTF 138 II 311 consid. 4.2 ; DTF 135 III 441 consid. 3.3; DTF 133 III 360 consid. 8.1.1).

Di principio, essa esplica i suoi effetti solamente se non risulta in contrasto con le regole della buona fede prevista dall'art. 2 CC e, in caso di una disdetta anticipata, se vi è un motivo grave suscettibile di giustificarla. Altrimenti la disdetta è inefficace e le pattuizioni contrattuali rimangono in vigore (DTF 133 III 360 consid. 8.1.2).

Fanno eccezione i casi espressamente disciplinati dalla legge. Nel contratto di lavoro il legislatore ha previsto – come rilevabile dalle norme esposte – che la disdetta per motivi gravi (art. 337 CO) pone fine al rapporto contrattuale, indipendentemente dal fatto che essa fosse giustificata da motivi gravi oppure no, e il lavoratore licenziato può postulare i diritti previsti dagli art. 337b rispettivamente 337c CO (DTF 133 III 360 consid. 8.1.3).

La disdetta produce degli effetti *ex nunc* immediati dal momento della sua ricezione da parte del suo destinatario, senza tenere conto del fatto che la risoluzione contrattuale sia giustificata o no o che il lavoratore si trovi o no in uno dei periodi di protezione contro il licenziamento in tempo inopportuno di cui all'art. 336c cpv. 1 CO (WYLER/HEINZER, op. cit., pag. 596).

Tuttavia, come osservano questi autori a pag. 594 e seg., potendo una risoluzione con effetto immediato per cause gravi essere notificata in qualsiasi momento, anche durante di protezione contro le disdette, in una tale ipotesi di protezione (quale la malattia, il servizio militare, la gravidanza, ecc.), i motivi gravi devono essere apprezzati con rigore, poiché l'art 337 CO non deve essere utilizzato dal datore di lavoro per aggirare la severità delle regole di protezione poste in materia di licenziamento ordinario e la protezione giuridica riconosciuta al lavoratore impedito senza colpa a fornire la sua prestazione lavorativa.

Le conseguenze di una risoluzione giustificata sono, come indicato, regolate dall'art. 337b CO; in caso di risoluzione ingiustificata, le conseguenze sono rette dall'art. 337c CO.

L'art. 337c CO richiede due condizioni di applicazione:

- una dichiarazione di volontà del datore di lavoro soggetta a ricezione da parte del lavoratore, per la quale egli dichiara mettere fine al contratto di lavoro con effetto immediato;
- l'assenza di cause gravi, ossia la disdetta deve essere sprovvista di motivi gravi; poco importa a questo proposito che il lavoratore abbia o no commesso un errore.

L'effetto del licenziamento ingiustificato è la fine, come detto, del contratto. La conseguenza, in caso di assenza di cause gravi

giustificanti l'immediata interruzione del rapporto di lavoro, è la nascita del diritto del lavoratore di ottenere un risarcimento corrispondente a quanto il lavoratore avrebbe guadagnato se il rapporto di lavoro fosse durato sino alla scadenza del termine di disdetta (o sino a decorrenza della durata del contratto se stipulato per tempo determinato), e di vedersi allocate un'indennità ex art. 337c cpv. 3 CO.

Va sottolineato che l'indennizzo concesso sulla base dell'art. 337c cpv. 3 CO non fa parte del salario determinante (DTF 123 V 5 consid. 5 pag. 11).

- 2.8. Nel caso in esame, la lettera di disdetta del contratto di lavoro che \_\_\_\_\_ ha inviato per raccomandata il 5 gennaio 2017 (doc. D) all'attrice ha il seguente tenore:

" con la presente mandiamo disdetta di lavoro dall'esercizio pubblico " \_\_\_\_\_ " e dalla nostra azienda con effetto immediato.

In data 27.12.2016 ha ricevuto una lettera da parte della nostra assicurazione malattia constatando che la sua inabilità lavorativa non è giustificata. Dal 27.12.2016 sino ad oggi, lei non si è presentata al posto di lavoro. Riteniamo che lei abbia abbandonato il suo posto di lavoro senza giustificazione.

Siamo spiacenti di quest'avvenimento."

Il datore di lavoro fa riferimento allo scritto indirizzato all'attrice con cui il 27 dicembre 2016 (doc. C) CV 1 le ha comunicato che:

" Dalla documentazione medica in nostro possesso, l'inabilità lavorativa non è giustificata.

In considerazione di quanto sopra esposto, per questo caso d'inabilità non saranno corrisposte prestazioni."

L'assicuratore malattia ha infatti affidato alla psichiatra dr.ssa med. \_\_\_\_\_ la valutazione delle condizioni di salute dell'interessata dal profilo psichico, esame che ha avuto luogo il 21 dicembre 2016. Nel rapporto medico del 23 dicembre 2016 (doc. 5) allestito dalla psichiatra e psicoterapeuta, è stata posta la diagnosi di sindrome ansiosa non specificata (F41.9) reattiva a problemi legati all'occupazione (ICD.10; Z56). La consulente ha pertanto concluso che dal lato medico psichiatrico l'interessata era da considerarsi abile al 100% in qualunque professione, ma ha indicato come *"controindicato un rientro presso l'attuale datore di lavoro"*. In sostanza l'incaricata ha ritenuto una sindrome ansiosa che non compromette generalmente la capacità lavorativa ma ritiene controindicato, e quindi non attuabile, un rientro al posto di lavoro presso la \_\_\_\_\_.

Dal profilo ginecologico, il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH in ginecologia e ostetricia, ha certificato dei periodi di inabilità lavorativa per la sua paziente (doc. XXX), che in parte erano complementari e in parte si sovrapponevano a quelli attestati dalla dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna, curante dell'attrice, che l'aveva ritenuta inabile al lavoro al 100% per malattia dal 15 dicembre 2016 al 15 gennaio 2017 (doc. B) e dal 16 gennaio al 15 febbraio 2017 (doc. C).

A questa conclusione si è pure allineato il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna ed ematologia, che ha visitato l'attrice il 6 marzo 2017 e l'ha ritenuta impossibilitata a continuare l'attività di cameriera per tutta la durata della gravidanza.

Di diverso parere il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH ginecologia e ostetricia, che ha visitato l'assicurata il 18 gennaio 2017 a richiesta dell'assicuratore malattia e che non ha riscontrato alcun impedimento

di carattere ginecologico ad esercitare la sua attività lavorativa ma, semmai, unicamente di tipo psico-sociale.

- 2.9. Per l'art. 6.2 lett. a CGA, la copertura assicurativa dell'attrice è dunque terminata alla fine del rapporto di lavoro presso \_\_\_\_\_, ovvero con la ricezione della raccomandata con ricevuta di ritorno essa è uscita dalla cerchia degli assicurati.

Tuttavia, la copertura assicurativa di cui l'interessata beneficiava tramite il suo datore di lavoro dispone all'art. 8.2.3 CGA che per assicurati che al momento della fine del loro rapporto di lavoro sono completamente o parzialmente inabili al lavoro, il diritto alle prestazioni sussiste fino alla conclusione del caso di malattia che giustifica la prestazione supplementare, tuttavia non oltre la scadenza della durata di prestazioni convenuta.

Questo significa che occorre stabilire se, quando le è pervenuta la lettera di licenziamento immediato, parte attrice fosse inabile al lavoro. In caso di risposta affermativa, l'assicuratore malattia è tenuto a versare all'assicurata le indennità giornaliere per malattia contrattualmente fissate e secondo quanto pattuito. Se invece AT 1 non fosse stata incapace al lavoro nel momento determinante, dal giorno della ricezione della disdetta immediata parte convenuta sarà liberata dai suoi obblighi contrattuali, segnatamente di versare indennità giornaliere.

- 2.10. L'attrice è rimasta incinta successivamente all'ultimo ciclo del 21 settembre 2016 con termine previsto per la nascita fissato al 28 giugno 2017 (doc. XXX). Essa si è recata, il 6 novembre 2016 (doc. XXX/3), al Pronto Soccorso dell'Ospedale \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ a causa di perdite ematiche e la diagnosi è stata di minaccia di aborto.

Il dr. med. \_\_\_\_\_, FMH ginecologia e ostetricia, che aveva accertato la gravidanza il 2 novembre precedente, il 15 novembre 2016 ha rivisto l'interessata e l'ha seguita per l'intero periodo di gestazione fino alla nascita del bambino avvenuta \_\_\_\_\_ giugno 2017.

Nel suo rapporto del 27 settembre 2017 (doc. XXX) il ginecologo curante, prodotta la cartella clinica della paziente, ha riassunto gli esiti delle visite specialistiche effettuate, e ha indicato di avere anch'egli riscontrato il 15 novembre 2016 una situazione ecografica simile a quella accertata al Pronto Soccorso (tre camere gestazionali anecogene con orletto iperecogeno in utero di cui la maggiore di 9.2mm con apparente visualizzazione di un sacco vitellino), tuttavia con la presenza di un embrione di 10.9mm in una delle camere gestazionali. Confrontato quindi anche il dr. med. \_\_\_\_\_ con una tripla camera gestazionale e una recente minaccia di aborto, conscio che vi sarebbe stato in seguito un riassorbimento delle due altre camere con relativa probabilità di distacco, ha prescritto alla paziente una settimana di riposo dal 17 al 23 novembre 2016 (doc. XXX/14A).

In presenza anche di nausee importanti, che la rendevano inabile al lavoro, all'assicurata è stata prescritta una terapia anti emetica.

Alla successiva visita ginecologica del 29 novembre 2016 l'attrice ha segnalato di avere ancora persistenti nausee con inappetenza, astenia e vomito. Lo stato di vomito e la nausea persistente costituiscono uno stato di *emesis gravidarum* e in questi casi, ha indicato il ginecologo curante interpellato dal TCA, le gestanti avvertono in maniera più importante gli odori come cibi, fumo, ecc. e

normalmente sono allontanate dalle cucine e dai posti in cui gli odori sono molto forti, lasciandole a casa in assenza di stimoli particolari con terapie antiemetiche.

Il curante ha quindi ritenuto che tale stato mal si conciliasse con l'attività svolta dall'attrice nel campo della ristorazione, perciò ne ha certificato una nuova inabilità lavorativa per il periodo corrente dal 30 novembre al 14 dicembre 2016 (doc. XXX/14B).

In quell'occasione, lo specialista aveva altresì osservato che la paziente era molto provata psichicamente a causa della situazione che stava subendo sul posto di lavoro. Nel suo rapporto il ginecologo curante ha precisato che situazioni di continuo stress psichico favoriscono l'insorgere di sintomatologie collaterali quali tensioni muscolari, mal di schiena, gastralgie, addominalgie, cefalee, alimentazione inadeguata, capogiri, ecc., che potrebbero avere un'influenza sfavorevole sul proseguimento della gravidanza.

Al controllo del 14 dicembre 2016 è emerso che l'assicurata era seguita da uno psicologo che aveva diagnosticato un disturbo ansio-depressivo che comportava un'inabilità lavorativa totale, perciò il dottor \_\_\_\_\_ non ha prescritto ulteriori incapacità lavorative.

Alla successiva visita del 28 dicembre 2016 l'interessata ha esposto al ginecologo le sue preoccupazioni lavorative ed economiche, come pure che, per conto dell'assicuratore malattia, era stata valutata dal lato psichico dalla dr.ssa med. \_\_\_\_\_, che l'aveva ritenuta totalmente abile al lavoro. Per contro, la sua dottoressa curante, dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna, aveva certificato un'incapacità lavorativa del 100%.

Non ritenendo questi avvenimenti di pertinenza puramente ginecologica, il dr. med. \_\_\_\_\_ non ha aggiunto ulteriori incapacità lavorative.

L'11 gennaio 2017 l'assicurata si è recata dal suo ginecologo annunciandogli di essere stata licenziata e avvertendolo di sentire delle tensioni al basso addome. L'emoglobina e l'ematocrito erano in diminuzione, perciò lo specialista ha effettuato degli esami del sangue supplementari per capire se la spossatezza risentita dall'assicurata avesse anche delle origini somatiche e se l'anemia che si stava manifestando non ne fosse una componente. Essendo già stata certificata un'inabilità lavorativa da parte della dr.ssa \_\_\_\_\_, il ginecologo non ne ha aggiunte di ulteriori.

A questo proposito, il dr. med. \_\_\_\_\_ ha precisato che lo stato ostetrico era stabile, ma lo stato generale di salute della paziente lo impensieriva e quindi se la curante non avesse già attestato un'incapacità lavorativa vi avrebbe provveduto lui stesso, visto che è noto che un'anemia gravidica accentua notevolmente il senso di stanchezza e debolezza (astenia) già presente in gravidanza e che può portare intorpidimento di mani e piedi e lieve dispnea durante lo sforzo con un battito cardiaco rapido, cefalee e difficoltà di concentrazione. Sul piano fetale, poi, può portare a una diminuzione degli scambi feto placentari.

Lo stesso ginecologo ha affermato, nel rapporto inviato al TCA, che era difficile stabilire se l'anemia presentata dall'attrice probabilmente in relazione allo stato gravidico fosse da catalogare sotto malattia o come gravidanza, in quanto le due sono interconnesse.

Durante la visita del 6 febbraio 2017 il dottor \_\_\_\_\_ ha rilevato un ulteriore abbassamento dell'emoglobina e anamnesticamente un aumento della spossatezza, un moderato pallore e i classici segni clinici dell'anemia, perciò ha inviato l'interessata dal dr. med. \_\_\_\_\_, il quale il 9 marzo 2017 (doc. XXX/11) ha posto la diagnosi di anemia normocitaria, normocromica, iporigenerativa, di

origine multifattoriale legata alla gravidanza, a uno stato ferriprivo e un deficit di B12. Acido folico normale; seconda gravidanza alla 24esima settimana di gestazione, attualmente con molte contrazioni. Esperite le analisi del sangue, l'ematologo ha precisato che l'anemia era plurifattoriale. Stante la minaccia di parto prematuro e il periodo di riposo prescritto dal ginecologo, era opportuno ricontrattare l'evoluzione sotto la somministrazione settimanale di un preparato di vitamina B12 associato all'aumento della posologia del ferro a due volte al giorno.

Il 6 marzo 2017 il dr. med. \_\_\_\_\_ ha notato un'attività contrattile uterina e un modico ritardo di crescita del neonato che ha giustificato un'inabilità lavorativa dal 6 marzo al 6 aprile (doc. XXX/14C) e poi ancora dal 7 aprile al 3 maggio 2017 (XXX/14D).

Il 3 maggio 2017 il ginecologo ha constatato un'importante riduzione del liquido amniotico e un ritardo di crescita intrauterina, attestando un'inabilità lavorativa del 100% dal 4 al 31 maggio 2017 (doc. XXX/14E). La situazione si era fatta nel frattempo progressivamente più critica, tanto che l'interessata è stata ricoverata in tre occasioni (doc. XXX/13: il 16, il 22 e il 29 maggio 2017) in quanto era in stato di minaccia di parto prematuro su *oligoamnios* e moderato ritardo di crescita, ciò che giustificava un'incapacità lavorativa totale dal 1° al 10 giugno 2017 (doc. XXX/14F), finché il \_\_\_\_\_ giugno 2017 il ginecologo è stato costretto ad indurre il parto al limite della maturità e l'indomani l'attrice ha partorito.

Da parte sua, il dr. med. \_\_\_\_\_, ginecologia e ostetricia FMH, ha visitato l'assicurata il 18 gennaio 2017 (doc. XXXV/2) su invito di CV 1 e ha constatato parametri ecografici fetali corrispondenti all'età. Egli ha indicato che il 30 gennaio 2017 sarebbe stata effettuata una morfologia fetale e che di per sé la gravidanza aveva un'evoluzione favorevole, anche se restava il problema riscontrato a livello psichiatrico dalla dr.ssa \_\_\_\_\_ relativo al posto di lavoro e che quindi, a suo dire, il problema presente a quel momento sembrava piuttosto "psicosociale". Pertanto, stante la buona volontà dell'assicurata di lavorare, ma visto il deteriorarsi dei rapporti con il datore di lavoro, anche per il ginecologo era controindicato riprendere l'attività presso quel posto di lavoro.

Nei suoi successivi referti del 21 agosto 2017 (doc. XXXV/1) e dell'8 novembre 2017 (doc. XXXV) il dr. med. \_\_\_\_\_ ha affermato che l'evoluzione della crescita fetale del bambino era nella norma, mentre il problema dell'inabilità lavorativa dell'attrice era di tipo psicosociale.

Per quanto concerne l'aspetto psichiatrico, in presenza della diagnosi di disturbo depressivo importante suggerita il 7 dicembre 2016 (doc. 4) dallo psicologo \_\_\_\_\_ che seguiva l'attrice, l'assicuratore malattia ha incaricato la dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH psichiatria e psicoterapia, di valutare la capacità lavorativa dell'interessata.

Esposta l'anamnesi attuale, familiare, fisiologica, scolastica, lavorativa e sociale, somatica, come pure i disturbi soggettivi attuali e gli esiti dell'esame clinico, la specialista ha diagnosticato una sindrome ansiosa non specificata (F41.9) reattiva a problemi legati all'occupazione (ICD-10; Z56).

Nella sua valutazione, la psichiatra ha osservato che in seguito allo sviluppo di incomprensioni e, a detta dell'assicurata, all'assunzione di un atteggiamento squalificante e di umiliazione nei suoi confronti da parte del datore di lavoro dopo la comunicazione di essere incinta, l'attrice ha sviluppato una sintomatologia ansiosa con crisi disforiche. La psichiatra ha rilevato che l'attuale incapacità lavorativa era iniziata per motivi ginecologici e che a quel momento l'assicurata era seguita

da uno psicologo che ipotizzava il sussistere di un disturbo ansio-depressivo importante valutazione smentita dalla diagnosi della specialista, siccome non era rilevabile alcun elemento depressivo nell'anamnesi raccolta e la tonalità dell'umore all'esame oggettivo era normale.

Non riscontrando elementi anomali, la consulente ha concluso che *"Dal lato medico psichiatrico è pertanto da considerarsi abile al 100% in qualunque professione. Dal lato medico psichiatrico non è giustificata alcuna capacità lavorativa. Il riverbero dei disturbi ginecologici presentati esulano dalla mia competenza per la valutazione sulla sua capacità lavorativa. Sicuramente controindicato un rientro presso l'attuale datore di lavoro vista l'assenza di stima e di fiducia nei confronti del medesimo, che a sua detta le ha mancato di rispetto. L'assicurata non vuole licenziarsi (...)"*.

- 2.11. Per quanto concerne il valore probante delle perizie di parte esperite in controversie derivanti da assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie (portate anche davanti ai Tribunali cantonali delle assicurazioni), il Tribunale federale vi ha fatto chiarezza nella DTF 141 III 433, stabilendo 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.

Nel caso evaso dall'Alta Corte nel settembre 2015, 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 a sapere se la perizia di parte sulla quale si è fondato l'assicuratore malattia nell'assicurazione complementare fosse 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. Questo parere dottrinale è fondato sulla volontà del legislatore che ha rifiutato di considerare in maniera generale che una perizia di parte costituisca un mezzo di prova in virtù dell'art. 168 cpv. 1 CPC e non soltanto una perizia giusta l'art. 168 cpv. 1 lett. d CPC (cfr. consid. 2.5.3).

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 (*substantiiert*), 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 non pubblicato).

Va ancora evidenziato che con STF 4A\_318/2016 del 3 agosto 2016 il Tribunale federale, al considerando 3.2, ha ribadito che in caso di presentazione di un referto medico, laddove si vuole contestarne il contenuto occorre censurarlo in maniera specifica e qualificata, apportando elementi oggettivi, non bastando una critica generica ("Dans le cas présent, l'intimée a produit l'expertise privée du Dr B., datée du 1er juillet 2015, comportant sept pages. Ce rapport détaillé permet de saisir le raisonnement de l'expert, qui l'a amené à considérer que le recourant était en mesure de travailler en tout cas dès le 23 juin 2015. Confronté à cette expertise privée, le recourant s'est borné à la contester globalement par pli du 24 juillet 2015, déclarant n'être pas d'accord. Il a certes annexé un rapport de deux pages du Dr A., psychiatre qui le traite, lequel a nié une valeur probante suffisante au rapport de

l'expert privé B., faute d'objectivité et de neutralité de ce dernier. Si le Dr A. relève des discordances entre le diagnostic posé par le Dr B. (trouble de l'adaptation avec réaction dépressive prolongée), les plaintes subjectives du recourant et la conclusion qu'il n'est pas incapable de travailler, le premier ne discute pas précisément les allégations figurant dans l'expertise privée. Autrement dit, la remise en cause des allégations factuelles contenues dans cette expertise demandée par l'intimée ne font pas l'objet d'une contestation motivée du recourant, comme l'exige la jurisprudence susrappelée. De plus, le Dr A. ne s'est exprimé qu'après que son patient l'a sollicité, puisque ce dernier a joint le rapport dudit psychiatre à sa contestation globale du 24 juillet 2015. Dans de telles circonstances, les allégations précises de l'expertise privée - contestées de manière globale - peuvent apporter la preuve de leur véracité si elles sont appuyées par des indices objectifs. Or, l'office de l'assurance-invalidité du canton de Genève a estimé, dans sa décision de refus de prestations du 2 décembre 2015, que la capacité de gain de l'assuré était entière depuis le 25 juin 2015. En conséquence, l'autorité cantonale n'a pas violé l'art. 168 CPC en retenant que l'expertise privée du Dr B. avait emporté sa conviction. Le moyen est infondé.”).

- 2.12. Non va poi dimenticato che affinché un rapporto medico in ambito psichiatrico sia ritenuto affidabile, esso deve adempiere diverse condizioni (D. Cattaneo, “La promozione dell'autonomia del disabile: esempi scelti dalle assicurazioni sociali”, in RDAT II-2003, pag. 571 seg., in particolare la nota 158, pag. 628-629; D. Cattaneo, “Le perizie nelle assicurazioni sociali” in: Le perizie giudiziarie, Ed. CFPG, Lugano e Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2008 pag, 203 e segg. (249-254).

Innanzitutto la diagnosi deve essere espressa da uno specialista in psichiatria e fondata sui criteri posti da un sistema di classificazione riconosciuto scientificamente (STF 9C\_815/2012 del 12 dicembre 2012; DTF 131 V 49; DTF 130 V 396 segg.; DTF 127 V 294; Mosimann (Somatoforme Störungen: Gerichte und [psychiatrische] Gutachten, in: SZS 1999 pag. 105 segg.).

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

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

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

- 2.13. Nel caso di specie questo Tribunale, dopo attento esame della documentazione medica raccolta, per i motivi che seguono deve fare proprie le conclusioni tratte dalla dr.ssa med. \_\_\_\_\_, peraltro sostanzialmente confermate anche dai dr. med. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ oltre che dalla dr.ssa med. \_\_\_\_\_, scartando l'ipotesi posta dallo psicologo curante.

Questi, infatti, non è un medico e non è specialista in psichiatria e psicoterapia, ed ha semplicemente ipotizzato (doc. 4) uno stato

depressivo importante senza argomentare minimamente le sue indicazioni.

In altri termini, va ritenuto che l'attrice era abile al 100% dal profilo psichico in qualunque professione, *ma* totalmente inabile per continuare l'attività presso l'allora datore di lavoro. Infatti, secondo la psichiatra che ha valutato lo stato di salute per conto dell'assicuratore malattia, a AT 1 era *"Sicuramente controindicato un rientro presso l'attuale datore di lavoro vista l'assenza di stima e di fiducia nei confronti del medesimo, che a sua detta le ha mancato di rispetto."* (doc. 5).

Anche il dottor \_\_\_\_\_, che ha seguito l'interessata dall'inizio alla fine della gravidanza, ha più volte fatto presente il precario stato psichico dell'attrice, segnalando per esempio che alla visita del 29 novembre 2016 *"appare molto provata psichicamente, agitata, ai bordi delle lacrime, e riferisce di uno stato di "mobbing" sul posto di lavoro con una relazione apertamente conflittuale con il datore di lavoro."* (doc. XXX pag. 2), tanto che, anche per questo motivo, oltre che per l'*emesis gravidarum*, il ginecologo ha certificato una incapacità lavorativa dal 30 novembre al 14 dicembre 2016.

Il ginecologo curante ha evidenziato nell'assicurata *"situazioni di continuo stress psichico (che) favoriscono l'insorgere di una serie di sintomatologie collaterali e potrebbero inoltre avere un'influenza sfavorevole sul proseguo della gravidanza"*. Egli ha incontrato ancora il 28 dicembre 2016 la paziente trovandola *"molto tesa, piange, (...) descrive la sua disperazione nelle relazioni con il datore di lavoro (comunicazione via SMS o telefoniche)"* (doc. XXX pag. 3) e l'ha informato che la dr.ssa med. \_\_\_\_\_ aveva accertato una controindicazione a rientrare a lavorare presso il suo datore di lavoro.

Ricevuto il licenziamento da \_\_\_\_\_, quando l'attrice si è presentata al controllo dell'11 gennaio 2017 il ginecologo ha osservato che *"Lo stato emotivo è sicuramente molto fragile, avverte delle tensioni al basso addome, l'emoglobina e l'ematocrito sono in discesa."* (doc. XXX pag. 3).

Anche il dr. med. \_\_\_\_\_, collega del dr. med. \_\_\_\_\_, rispondendo ai quesiti postigli dal Tribunale ha più volte affermato che parte attrice presentava piuttosto un problema psicosociale anziché di tipo ostetrico-ginecologico (docc. XXXV, XXXV/1 e XXXV/2).

Riportate le motivazioni conclusive della dr.ssa \_\_\_\_\_, nel suo referto del 18 gennaio 2017 (doc. XXXV/2) il ginecologo attivo presso l'Ospedale \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, che ha visitato l'assicurata su mandato dell'assicuratore convenuto, ha evidenziato che *"In conclusione il problema sembra attualmente piuttosto "psicosociale". La paziente in sé sembra avere buona volontà di lavorare ma il suo datore di lavoro non desidera che lei riprenda il lavoro, c'è stato anche un dispetto nel consigliare alla paziente di fare un aborto e credo che questa via di riinserire la paziente al lavoro è controindicata. Sarebbe il caso di trovare una soluzione soddisfacente per la signora AT 1 e per la società nel senso che lei potrebbe ritrovare un lavoro che non usufruisce delle casse malati e della cassa di disoccupazione."*

Pertanto, anche per le constatazioni del ginecologo interpellato dalla convenuta (pur non essendo specialista in materia) non era auspicabile per l'attrice la continuazione della sua attività in un contesto inappropriato.

Sia la psichiatra incaricata della valutazione dell'assicurata, sia i ginecologi che l'hanno incontrata nel periodo qui di rilievo, hanno indicato come necessario che l'attrice cambiasse datore e luogo di

lavoro, giacché, in sostanza, la sua capacità lavorativa come cameriera presso il \_\_\_\_\_ era nulla dal profilo psichico, mentre in un altro luogo di lavoro (come ha precisato la psichiatra), sempre come cameriera, era del 100%.

Va infine osservato che la curante dr.ssa med. \_\_\_\_\_, FMH medicina interna, che non è specialista in psichiatria, ha certificato un'incapacità lavorativa del 100% dal 15 dicembre 2016 al 15 gennaio 2017, dal 16 gennaio al 15 febbraio 2017 (doc. M) e dal 16 febbraio al 3 marzo 2017 (doc. N), sempre genericamente per malattia senza specifica indicazione e indicazione più precisa.

Nel suo più dettagliato rapporto del 30 gennaio 2017 (doc. H), la curante ha certificato *“una persistente inabilità lavorativa nella misura del 100% presso l'attuale datore di lavoro, \_\_\_\_\_ ad \_\_\_\_\_, dove la signora lavorava come cameriera.”*.

In particolare, l'internista ha individuato che alla base dell'inabilità lavorativa della sua paziente v'era un:

- " - **Esaurimento psicofisico** causato dalle condizioni creati in contesto di ambiente lavorativo sfavorevole.
- In particolare la paziente, già limitata dalle condizioni e conseguenze della gravidanza in corso, riferisce di aver subito offese e pressioni da parte del datore di lavoro per il fatto di essere in gravidanza. Avrebbe per questo dovuto sottoporsi a cure psicologiche riferite al momento sospese, a detta della paziente per motivi economici.

Per proteggere la salute della paziente e la gravidanza in atto, attualmente non vi sono le condizioni per una ripresa dell'attività nell'attuale posto di lavoro.

La situazione sarà da rivalutare secondo evoluzione, dopo il termine della gravidanza.”.

- 2.14. Alla luce delle considerazioni esposte, è indubbio che, tanto per i medici curanti dell'attrice quanto per gli specialisti nominati dall'assicuratore malattia, AT 1 non poteva più tornare a lavorare al \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, in quanto l'ambiente di lavoro le era diventato ostile, le umiliazioni, l'atteggiamento squalificante e le offese ricevuti da parte del datore di lavoro avevano portato l'assicurata a sviluppare una sintomatologia ansiosa con crisi disforiche.

La stessa psichiatra interpellata dall'assicuratore convenuto ha diagnosticato, il 21 dicembre 2016, una sindrome ansiosa non specificata reattiva a problemi legati all'occupazione, tanto che ha ritenuto *“Sicuramente controindicato un rientro presso l'attuale datore di lavoro vista l'assenza di stima e di fiducia nei confronti del medesimo, che a sua detta le ha mancato di rispetto.”* (doc. 5).

Ne discende che l'attrice era abile al lavoro in ragione del 100% come cameriera, ma non presso il suo abituale posto di lavoro. La continuazione dell'attività presso il datore di lavoro (controindicata) ne avrebbe certamente aggravato le condizioni di salute.

Va quindi esaminato se la situazione esposta, ossia di una inabilità lavorativa sussistente presso il datore di lavoro (siccome situazione patogena) e di capacità lavorativa presso altri datori di lavoro, imponga all'assicuratore il versamento di indennità.

- 2.15. 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. (...)"

In concreto, l'art. 8.1.4 CGA prevede il medesimo concetto. Infatti, in caso d'incapacità lavorativa che dura più di 30 giorni, possono essere prese in considerazione anche le mansioni accettabili di un'altra professione o campo di attività.

Infatti, l'assicurato che nella sua professione abituale rimarrà prevedibilmente totalmente o parzialmente inabile al lavoro, è obbligato a sfruttare la sua capacità di guadagno eventualmente rimastagli (art. 9.2 CGA).

Pertanto, in applicazione del principio secondo cui l'assicurato deve fare tutto quanto da lui esigibile per ridurre lo scapito economico derivante dal danno alla salute, questi deve sfruttare la sua residua capacità lavorativa in attività diverse da quella esercitata al momento del verificarsi del danno alla salute (STF 8C\_709/2008 del 3 aprile 2009). In caso d'incapacità lavorativa durevole nell'ambito dell'attività abituale, in ossequio all'obbligo di ridurre il danno, l'assicurato è tenuto a cambiare professione (DTF 114 V 283).

Per quanto concerne la determinazione del termine che può essere assegnato all'assicurato 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 dall'intimazione dell'assicuratore per la ricerca di un nuovo impiego (STFA K 64/05 del 29 giugno 2006, consid. 4.1; DTF 114 V 289 consid. 5b; DTF 111 V 239 consid. 2a; RAMI 2000 pag. 123 consid. 3a; RAMI 1987 pag. 108; RAMI 1994 pag. 113 segg.).

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 pag. 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 diritto privato (sentenza 5C.74/2002 del 7 maggio 2002). In quel caso, l'Alta Corte

ha ad esempio ritenuto ammissibile assegnare un termine di 3-5 mesi per il riadattamento professionale. Nel medesimo senso anche la DTF 133 III 527, consid. 3.2.1.

Il periodo di adattamento nel singolo caso può, entro tali limiti (cfr. tuttavia la sentenza K 126/97 del 7 agosto 1998, 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).

Con una sentenza di principio 36.2013.48 del 18 dicembre 2013 (cfr. anche le STCA 36.15.49 del 22 settembre 2016 e 36.2013.6 del 18 febbraio 2014), il TCA ha giudicato un caso simile a quello in esame. Si trattava infatti di stabilire il diritto ad indennità giornaliera di un'assicurata che, a causa di una patologia psichica, non poteva più svolgere la propria attività presso il datore di lavoro, ma che in un altro contesto lavorativo sarebbe stata pienamente abile nella sua professione abituale.

Il TCA ha considerato:

" (...)

In concreto l'assicuratore, con scritto del 18 giugno 2013, ha avvertito l'attrice che avrebbe continuato a versarle le indennità giornaliera per malattia fino al 31 luglio 2013.

Parte convenuta non ha imposto all'attrice un cambio di attività lavorativa fissando un termine, che la giurisprudenza vuole compreso tra i tre ed i cinque mesi. In effetti il perito e la specialista curante dell'attrice hanno entrambe attestato che l'inabilità lavorativa era legata all'attività svolta sul posto di lavoro (doc. U e V) con il rilievo che un cambio, non di attività ma di luogo di lavoro, avrebbe permesso lo svolgimento dell'attività professionale usuale della signora X. In questo senso correva l'obbligo all'assicurata di porre in atto gli sforzi necessari per ridurre il danno e ciò mediante la ricerca di un altro datore di lavoro al fine di riacquistare, gradatamente, la piena capacità lavorativa come infermiera.

Alla luce di quanto precede e della particolarità dell'inabilità lavorativa riconducibile al luogo di svolgimento dello stesso, pur se non obbligata ad un cambio di professione come tale, alla signora X vanno applicati i precetti sviluppati dalla giurisprudenza federale in materia di cambio di professione. D'avviso del TCA, infatti, siccome è possibile pretendere da un assicurato che, incapace di lunga durata nella precedente attività, metta a frutto la sua residua capacità lavorativa in un'altra professione, a maggiore ragione può essere preteso che la persona inabile eserciti la sua abituale professione ma presso un diverso datore di lavoro (majore ad minus). La giurisprudenza relativa al cambio di professione va applicata quindi in via analogica al cambio di datore di lavoro e quindi di luogo di lavoro.

Per concretizzare l'obbligo occorre concedere all'assicurata un termine, remunerato mediante versamento di indennità per la perdita di guadagno, che sia analogo a quello fissato per il cambio di lavoro fissato dalla giurisprudenza, e, soprattutto, sia consono per porre in atto il cambiamento.

Nell'evenienza concreta, il contratto di lavoro agli atti è datato 1° gennaio 2006 (doc. E), ma l'attrice è dipendente della Y sin dal 1° agosto 2001. Ritenuto, poi, che il contratto attualmente in vigore non prevede norme

particolari in caso di disdetta (art. 335c cpv. 2 CO), ma solo un rinvio al diritto svizzero, considerato che l'art. 335c cpv. 1 CO dispone che il rapporto di lavoro può essere disdetto per la fine di un mese, nel primo anno di servizio con preavviso di un mese, dal secondo al nono anno di servizio incluso con preavviso di due mesi e in seguito con preavviso di tre mesi, X è pertanto tenuta a dare un preavviso di tre mesi prima di potersi liberare dalla predetta datrice di lavoro.

Questo termine è da ritenere un lasso temporale minimo in situazioni che impongano un cambio di luogo di lavoro e datore di lavoro anche qualora i termini di disdetta del rapporto di lavoro fossero inferiori a quali applicabili in concreto. Si ritiene qui che l'assicuratore doveva riconoscere all'attrice il versamento di indennità di lavoro per ulteriori tre mesi e mezzo dalla comunicazione del 18 giugno 2013 e quindi sino alla fine di settembre 2013, e non soltanto per 6 settimane come fatto con la comunicazione consegnata al doc. D. Il termine appare del tutto adeguato alla luce dello status dell'assicurata, del pensum del suo lavoro, della sua formazione e della sua età, al fine di trovare adeguata nuova collocazione professionale.”.

- 2.16. In concreto, secondo la succitata giurisprudenza cantonale, l'assicuratore malattia avrebbe dovuto assegnare all'attrice, completamente abile al lavoro al 100% dal 21 dicembre 2016 presso un altro datore di lavoro, un termine minimo di tre mesi per cambiare posto di lavoro e durante il quale continuare a versare le indennità giornaliere nella medesima misura del 100%, come in precedenza (STF 4A\_111/2010 del 12 luglio 2010 consid. 3.2.1: “[...] 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 [...]”).

Nella sentenza 36.2013.48 del 18 dicembre 2013, il TCA ha infatti stabilito che un termine di tre mesi “è da ritenere un lasso temporale minimo in situazioni che impongano un cambio di luogo di lavoro e datore di lavoro anche qualora i termini di disdetta del rapporto di lavoro fossero inferiori a quali applicabili in concreto”.

- 2.17. Nel caso concreto, i principi appena esposti debbono essere pienamente ripresi. AT 1 poteva effettivamente svolgere il suo lavoro ma non in un contesto che le era (o era percepito quale) ostile e che le provocava l'intensa sofferenza psichica constatata dalla curante e dal suo ginecologo e poi confermata sia dal dr. med. \_\_\_\_\_ che dalla psichiatra intervenuta per valutare il caso. Contrariamente a quanto asserito dall'attrice l'istruttoria non ha permesso di ritenere uno stato patologico correlato alla gravidanza prima del licenziamento in tronco.

Alla luce di tale situazione, e ritenuta la prassi esposta in precedenza, alla signora AT 1 – per la sua incapacità lavorativa presso la \_\_\_\_\_ e la sua abilità lavorativa in altro contesto – devono essere allocate indennità. Vista la giovane età dell'attrice e il fatto che lavorasse presso la \_\_\_\_\_ da poco meno di un anno, questa Corte ritiene opportuna l'assegnazione del termine più breve di 3 mesi osservato come la convenuta abbia comunque già pagato indennità a AT 1 sino alla fine del mese di gennaio 2017.

Ne segue che, all'attrice completamente inabile al lavoro di cameriera dal 21 dicembre 2016 presso il \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_ ma pienamente capace della sua attività in un contesto professionale diverso, va assegnato, con effetto da quella data, un termine di tre mesi per reperire un'occupazione presso un altro datore di lavoro. Durante questo termine l'assicuratore deve versare le indennità piene (STCA 36.2013.48 del 18 dicembre 2013).

Ne discende che fino al 21 marzo 2017 CV 1 è tenuta a corrispondere all'attrice le indennità giornaliere per malattia contrattualmente previste, fermo restando, però, che l'assicuratore convenuto l'ha già indennizzata fino al 31 gennaio 2017 (doc. 8).

- 2.18. Con la petizione l'attrice ha chiesto il riconoscimento di interessi moratori sull'importo delle indennità pretese.

Su questo aspetto, con sentenza 4A\_468/2008 del 20 febbraio 2009, il TF ha rammentato:

" (...)

Gli interessi di ritardo del 5 % (art. 104 cpv. 1 CO) sono dovuti dal giorno dell'interpellazione del creditore, che mette in mora il debitore (art. 102 cpv. 1 CO). Queste norme si applicano anche al contratto d'assicurazione (JÜRIG NEF, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, n. 20 art. 41 LCA). Dato che il ricorrente non contesta la data della prima messa in mora considerata nel giudizio impugnato, la Corte ticinese ha applicato correttamente il diritto federale. La censura dell'attore, che parrebbe conferire rilevanza, sotto il profilo degli interessi di mora, al momento in cui il credito dell'assicurato diviene esigibile (cfr. art. 41 cpv. 1 LCA), è infondata."

In concreto, dalla documentazione agli atti non risulta che l'interessata, prima dell'inoltro della petizione in esame, abbia chiesto all'assicuratore convenuto di versarle le indennità giornaliere di sua spettanza.

È pertanto solo con la petizione che l'attrice, dopo la cessazione del versamento delle indennità al 5 gennaio 2017, ha interpellato per la prima volta l'assicuratore, mettendolo in mora.

Gli interessi sono pertanto dovuti a partire dal 19 giugno 2017 e sono da calcolare giornalmente su ogni singola prestazione non soluta.

- 2.19. L'attrice, parzialmente vincente in causa, ha chiesto di essere posta al beneficio dell'assistenza giudiziaria con gratuito patrocinio (doc. II).

Ritenuti l'esito della lite e il diritto a ripetibili parziali (art. 95 cpv. 1 lett. b CPC e 114 lett. e CPC e *contrario*), tale richiesta, per quanto attiene alla parte per la quale l'attrice è vincente in causa, è divenuta priva di oggetto (DTF 124 V 310 consid. 6; sentenza 164/02 del 9 aprile 2003). Per la parte della petizione in cui l'assicurata è soccombente, l'interessata può invece essere posta al beneficio dell'assistenza giudiziaria, sempre che adempia le relative condizioni (DTF 124 V 301 consid. 6).

Ai sensi dell'art. 117 CPC ha diritto al gratuito patrocinio chiunque sia sprovvisto dei mezzi necessari (lett. a) e la cui domanda non appaia priva di possibilità di successo (lett. b).

Per l'art. 119 CPC l'istanza di gratuito patrocinio può essere proposta prima o durante la pendenza della causa (cpv. 1). L'istante deve esporre la sua posizione reddituale e patrimoniale e pronunciarsi sul merito e sui mezzi di prove che intende proporre. Può indicare nell'istanza il nome del patrocinatore desiderato (cpv. 2). Il giudice decide sull'istanza in procedura sommaria. La controparte può essere sentita. La controparte deve comunque essere sentita se il gratuito patrocinio comporta la dispensa dal prestare cauzione per le ripetibili (cpv. 3). In casi eccezionali il gratuito patrocinio può essere concesso con effetto sospensivo (cpv. 4). In sede di ricorso l'istanza di gratuito patrocinio può essere riproposta (cpv. 5).

Secondo l'art. 123 CPC la parte cui è stato concesso il gratuito patrocinio è obbligata alla rifusione appena sia in grado di farlo (cpv.

1). La pretesa del Cantone si prescrive in dieci anni dalla chiusura del provvedimento (cpv. 2).

2.20. Dagli atti emerge che l'attrice è divorziata, ha un figlio nato nel 2008 e un altro nel 2017. Da quando ha perso il lavoro e per certo fino a fine maggio 2017, ha percepito l'assegno integrativo di Fr. 563.- mensili per il figlio minore e per sé stessa l'assistenza sociale di Fr. 1'337.- al mese. Come risulta poi dal certificato per l'ammissione all'assistenza giudiziaria, quali contributi di mantenimento per il primo figlio l'attrice riceveva dall'ex marito l'importo di Fr. 800.- al mese (doc. VIIIbis/A).

In queste circostanze il requisito dell'indigenza è senz'altro dato.

Inoltre, l'assicurata non possedeva le necessarie conoscenze giuridiche, per cui l'intervento di un patrocinatore risultava giustificato. La petizione non sembrava inoltre priva di fondamento.

Essendo nella fattispecie soddisfatti i requisiti cumulativi (art. 117 CPC) per la concessione dell'assistenza giudiziaria a favore dell'attrice, il gratuito patrocinio va concesso, riservato l'eventuale obbligo di rimborso qualora la situazione economica dell'assicurata dovesse in futuro migliorare (art. 123 CPC).

Dall'importo degli onorari e spese che saranno riconosciuti dovranno essere dedotte le ripetibili parziali ammesse con il presente giudizio.

Per questi motivi

#### **dichiara e pronuncia**

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

§ CV 1 è condannata a pagare a AT 1, \_\_\_\_\_, le indennità giornaliere contrattualmente pattuite in suo favore e ciò dal 21 dicembre 2016 al 21 marzo 2017, dedotte le prestazioni già versate fino al 31 gennaio 2017, oltre agli interessi del 5% dal 19 giugno 2017.

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

§ Di conseguenza, AT 1 è ammessa al gratuito patrocinio dell'avv. RA 1.

3. Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato.

CV 1 verserà a AT 1 CHF 1'200.- a titolo di ripetibili (IVA inclusa).

4. Comunicazione alle parti e alla FINMA (art. 49 cpv. 2 LSA).

Contro la presente sentenza è dato ricorso in materia civile (art. 74 cpv. 2 lett. b LTF) al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, nel termine di 30 giorni dalla notificazione (art. 100 cpv. 1 LTF).

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