

SENTENZA

del 7 settembre 2004

nella vertenza di diritto amministrativo

concernente prestazioni assicurative LAINF

1. Nel 1983, ..., proprietario di una ... a ..., stipulava una polizza assicurativa presso ..., Compagnia di assicurazioni (qui di seguito detta semplicemente assicuratore infortuni), onde assicurare i propri dipendenti contro le conseguenze di infortuni e malattie professionali. Nell'azienda familiare erano occupati anche i due figli del gerente, ... e ... Dopo il decesso di ..., avvenuto il 4 maggio 1989 e non annunciato all'assicuratore infortuni, ... e ... prendevano in gerenza l'azienda paterna e continuavano a corrispondere i normali premi assicurativi come in precedenza. Nel corso degli anni i guadagni annui assicurati venivano adeguati e nel 2000 per i due gerenti erano di circa fr. 75'000.--.
2. Il 25 dicembre 2000, ... cadeva su di una lastra di ghiaccio e riportava una lesione trasmurale del sovraspinato. Il 19 aprile 2001 seguiva un intervento di ricostruzione della cuffia dei rotatori della spalla destra. Fino alla fine di ottobre 2001 sussisteva piena inabilità lavorativa. In seguito, l'assicurato era considerato abile al lavoro in ragione del 25% dal 1. novembre 2001 e al 50% a partire dal febbraio 2002. A seguito dell'annuncio d'infortunio, l'assicuratore constatava l'inadeguata copertura assicurativa. Infatti, i due fratelli ..., malgrado dalla morte del padre esercitassero un'attività lavorativa come indipendenti, avevano continuato ad essere assicurati contro gli infortuni in qualità di dipendenti. Per regolare la condizione assicurativa, l'assicuratore infortuni sottoponeva loro una nuova polizza con salario fisso per ... di fr. 53'400.--. Questo nuovo contratto assicurativo, previsto avere effetto retroattivo a partire dal 1. gennaio 2001, veniva accettato dall'assicurato il 26

giugno 2002 con una riserva per quanto riguardava la sua specifica situazione personale. Per i disturbi alla spalla, il 23 ottobre 2003, l'assicuratore infortuni riconosceva il diritto ad una rendita d'invalidità transitoria del 25% a partire dal 1. settembre 2003. La tempestiva opposizione presentata il 26 novembre 2003 veniva respinta con decisione 8 dicembre 2003.

3. Nel tempestivo ricorso proposto al Tribunale amministrativo in data 9 marzo 2004, ... chiedeva l'annullamento della decisione impugnata e il ritorno degli atti all'assicuratore infortuni per la presa di una nuova decisione, tenendo conto di un guadagno assicurato di fr. 74'000.--/75'000.-- e dell'impossibilità per l'istante di conseguire ancora un reddito di fr. 40'300.--. La nuova polizza assicurativa stipulata nel 2002 e mediante la quale il guadagno assicurato veniva ridotto da fr. 75'000.-- a fr. 53'400.-- sarebbe stata approvata solo con riserva e la sottoscrizione sarebbe avvenuta non senza malcelate pressioni da parte dell'assicuratore infortuni. Per questo determinante sarebbe ancora il salario assicurato in precedenza di fr. 75'000.--.
4. Nella risposta di causa, l'assicuratore infortuni postulava la reiezione del ricorso e la conferma della decisione impugnata. L'istante sarebbe assicurato per un reddito di fr. 53'400.--, come attesterebbe la nuova polizza assicurativa. In precedenza, essendo un indipendente, la copertura assicurativa non sarebbe stata comunque data. Onde evitare il prodursi di una situazione di rigore, l'assicuratore infortuni avrebbe accettato di concludere una nuova polizza assicurativa con effetto retroattivo, giacché prima del 2001 non esisteva una copertura valida contro gli infortuni. Per il resto, il grado d'invalidità sarebbe stato stabilito sulla base del normale confronto dei redditi e il calcolo non darebbe adito ad alcuna critica.
5. Replicando, il ricorrente contestava il punto di vista della parte convenuta considerandolo contravvenire alle regole della buona fede. Dopo che l'istante avrebbe corrisposti premi per 13 anni da ultimo su di un guadagno assicurato di fr. 75'000.-- sarebbe del tutto pretestuoso mettere in discussione la copertura assicurativa.

6. Dal canto suo, con la ratifica della nuova polizza assicurativa, l'assicuratore infortuni ribadiva l'annullamento di tutti i documenti sottoscritti in precedenza e quindi l'assenza di una copertura assicurativa antecedente al 2001. Per il resto, anche l'indennità di malattia sarebbe sempre stata calcolata sulla base di un guadagno di fr. 53'400.-- e l'istante non avrebbe al proposito mai sollevato obiezioni di sorta.

Le parti in seguito potevano ancora determinarsi sul fatto che l'ultimo contratto avrebbe avuto inizio il 1. gennaio 2001, mentre l'incidente in questione sarebbe avvenuto il 25 dicembre 2000.

Considerando in diritto:

1. Il 1. gennaio 2003 è entrata in vigore la legge federale del 6 ottobre 2000 sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA), la quale contiene diverse disposizioni applicabili anche nell'ambito dell'assicurazione contro gli infortuni. Essendo stata la decisione impugnata emanata dopo l'entrata in vigore della LPGA (DTF 127 V 467 cons. 1, 121 V 366 cons. 1b), le nuove disposizioni si applicano al caso in parola. Materialmente, per quanto riguarda i criteri che regolano la fissazione del grado d'invalidità, le nuove disposizioni della LPGA non apportano comunque cambiamenti sostanziali rispetto alle previgenti disposizioni in vigore fino alla fine del 2002 (sentenza del Tribunale federale delle assicurazioni del 28 giugno 2004, procedimento no. I 590/03).
2. a) E' prima di tutto necessario chiarire la questione della copertura assicurativa dell'istante e quella riguardante il relativo guadagno assicurato. L'infortunio in oggetto è avvenuto il 25 dicembre 2000. L'attuale polizza assicurativa sottoscritta dal ricorrente nel giugno 2002 ha effetto a partire dal 1. gennaio 2001. Questa non può pertanto essere reputata coprire il sinistro intervenuto ancora nel corso dell'anno precedente. Per l'assicuratore infortuni prima del 2001 non sarebbe sussistita alcuna copertura assicurativa, giacché il ricorrente lavorava in qualità di indipendente e continuava invece a versare premi come dipendente. La tesi non merita conferma. Giusta la legge federale sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF), sono assicurati

obbligatoriamente le persone dipendenti e possono assicurarsi volontariamente le persone che esercitano un'attività lucrativa indipendente (art. 1 e 4 LAINF). Dalla morte del padre nel 1989, il ricorrente e il fratello gestivano l'azienda di famiglia ed erano pertanto degli indipendenti. E' vero che essi non hanno mai notificato all'assicuratore infortuni il cambiamento intervenuto nella gerenza e hanno continuato a corrispondere i premi fino al 2001 in qualità di dipendenti; per questo fatto non è però ammesso ritenere che per oltre 10 anni e malgrado il versamento dei premi non sussistesse per i due indipendenti alcuna copertura assicurativa. Dalla morte del padre, i due gerenti erano evidentemente intenzionati a mantenere la copertura assicurativa contro gli infortuni anche in qualità di indipendenti. La notifica della nuova situazione legale non avrebbe pertanto cambiato essenzialmente la posizione dell'assicuratore infortuni. Questi avrebbe, infatti, indubbiamente assicurato i due fratelli anche a titolo facoltativo in qualità di indipendenti e in base ad un salario annuo per quanto possibile elevato. In questo senso, alla mancata notifica del cambiamento di statuto dei due iniziali dipendenti l'assicuratore infortuni intende dare una portata (mancanza di un'assicurazione) che l'omissione in buona fede non può avere e che certamente non avrebbe avuto.

- b) Del resto, anche l'atteggiamento assunto dall'assicuratore non permette di ritenere che il contratto d'assicurazione prima del 2001 fosse nullo. Se così fosse stato, dopo la stipulazione della polizza con effetto retroattivo al 1. gennaio 2001 i premi corrisposti prima di questa data andavano dall'assicuratore debitamente restituiti e da parte degli assicurati andavano restituite le eventuali prestazioni ottenute, qualora ne fossero dati i presupposti. Non avendo neppure accennato a questa possibilità, è evidente che per il periodo prima del 2001 la parte convenuta ha implicitamente riconosciuto che fossero stati validamente versati dei premi e che conseguentemente sussistesse la rispettiva copertura assicurativa. Poiché le disposizioni sull'assicurazione obbligatoria si applicano per analogia all'assicurazione facoltativa (art. 5 cpv. 1 LAINF), lo statuto assicurativo degli interessati non è per il resto rilevante ai fini del presente giudizio.

- c) Giusta l'art. 15 cpv. 2 LAINF, per il calcolo delle rendite è considerato guadagno assicurato quello riscosso durante l'anno precedente l'infortunio. In casu, l'infortunio è avvenuto a fine dicembre 2000, per cui determinante è il guadagno assicurato nel 2000. Non è contestato che nel 2000 il guadagno assicurato fosse di fr. 75'000.--, come conferma del resto anche l'indennità giornaliera di malattia versata il 15 giugno 2000, sulla base di una diaria di fr. 207.10. La censura stando alla quale tale guadagno non corrisponderebbe neppure a quanto annunciato alla cassa di compensazione non ha rilevanza, trattandosi della copertura di un indipendente. In ogni caso, tale affermazione ha potuto essere debitamente inficiata con la presentazione del relativo estratto allestito dalla cassa di compensazione il 20 novembre 2003. Ne discende che l'ammontare della rendita d'invalidità in oggetto deve essere calcolata sulla base di un guadagno assicurato di fr. 75'000.--.
3. A norma dell'art. 18 cpv. 1 LAINF, l'assicurato invalido almeno al 10 per cento a seguito d'infortunio ha diritto alla rendita d'invalidità. Le nozioni di invalidità e di incapacità al guadagno sono contenute nella LPGGA. E' considerata invalidità l'incapacità al guadagno totale o parziale presumibilmente permanente o di lunga durata (art. 8 cpv. 1 LPGGA). E' considerata incapacità al guadagno la perdita, totale o parziale, provocata da un danno alla salute fisica o psichica e che perdura dopo aver sottoposto l'assicurato alle cure e alle misure d'integrazione esigibili, della possibilità di guadagno sul mercato del lavoro equilibrato che entra in considerazione (art. 7 LPGGA). Giusta quanto previsto all'art. 16 LPGGA, per valutare il grado d'invalidità, il reddito che l'assicurato invalido potrebbe conseguire esercitando l'attività ragionevolmente esigibile da lui dopo la cura medica e l'eventuale esecuzione di provvedimenti d'integrazione, tenuto conto di una situazione equilibrata del mercato del lavoro, è confrontato con il reddito che egli avrebbe potuto ottenere se non fosse diventato invalido (cfr. anche DTF 128 V 30 cons. 1). L'invalidità è allora definita come la limitazione, addebitabile ad un danno alla salute assicurato, della capacità di guadagno media sul mercato equilibrato del lavoro (DTF 127 V 298 cons. 4c) entrante in linea di conto per l'assicurato. L'invalidità è un concetto di carattere economico-giuridico e non medico (DTF 110 V 275 cons. 4a, 109 V 32 cons. 2a, 105 V 207 e 102 V 166). E' vero che

sul danno alla salute è competente a pronunciarsi il medico (DTF 114 V 314 cons. 3c e 105 V 158 cons. 1). A questi spetta descrivere la menomazione fisica o psichica di cui l'assicurato è portatore e specificare quali deficit funzionali ne derivano. E' poi compito dell'amministrazione stabilire e valutare quali siano, alla luce dei dati medici raccolti, le reali possibilità di lavoro di cui l'assicurato dispone e poter così stabilire quale potrebbe ancora essere il reddito conseguibile da invalido (DTF 125 V 261 cons. 4).

4. a) In termini di esigibilità, non è contestato che dopo l'infortunio alla spalla destra il paziente resta impedito nell'eseguire lavori con il cingolo omero-scapolare destro portato sopra i 60° in elevazione abduzione e con pesi superiori a 3 o 4 kg. Non sussisteva alcuna limitazione per la pro-supinazione o la flessione ante-brachiale dell'arto superiore destro anche con pesi rilevanti di 30 o 40 kg, per cui il paziente veniva dichiarato abile al lavoro nella misura massima possibile (vedi relazione del dott. med. ... del 10 dicembre 2002). Per la convenuta, non avendo l'assicurato ripreso la sua precedente attività, la valutazione del grado d'invalidità sarebbe avvenuta partendo da una professione considerata affine nel campo alberghiero. Questa conclusione non merita protezione. In primo luogo è indispensabile chiarire con il medico se la precedente attività è ancora esigibile o meno. Nell'affermativa, il grado d'invalidità va in primo luogo valutato a mano della concreta situazione del caso in esame, tenendo in considerazione l'attività svolta, gli impedimenti nell'esecuzione di tale attività e il ruolo di indipendente che il ricorrente aveva nella gestione della propria azienda.
- b) Ma anche se la precedente attività di panettiere-pasticciere non fosse più esigibile, il salario conseguibile da invalido non può essere semplicemente stabilito in funzione di un'attività semplice nell'ambito alberghiero, retribuita mensilmente con fr. 3'100.-- come proposto dall'assicuratore infortuni. In principio, conformemente alla giurisprudenza del TFA, per la determinazione del reddito conseguibile da invalido - nei casi in cui un assicurato non ha ripreso l'attività dopo l'insorgenza del danno alla salute - vanno prese a confronto le tabelle RSS (riscossione struttura salariale), emanate dell'ufficio federale di statistica (DAS AI 1999 ni. 6 e 11 e 1998 ni. 8 e 15; DTF 124 V 323

cons. 3b bb e per i Grigioni sentenze non pubblicate del 21 febbraio 2003, procedimento no I 750/02, 13 marzo 2003, procedimento no. I 103/02 e del 30 gennaio 2004, procedimento no. I 325/02). In questo modo viene garantito un uguale trattamento di tutti gli interessati. Un paragone in base ai dati risultanti dalla documentazione sui posti di lavoro (DPL) è possibile solo quanto sono soddisfatti i presupposti per procedere in tal senso. Secondo la prassi del Tribunale federale delle assicurazioni (DTF 129 V 472 e sentenze del 18 dicembre 2003, procedimento no. I 507/01 nonché del 1. ottobre 2003, procedimento no. I 479/00), i rilievi salariali DPL sono conformi al diritto federale e possono pertanto essere impiegati nel paragone per la determinazione del grado d'invalidità se sono almeno cinque e se contengono indicazioni quanto al minimo, al massimo ed alla media salariale della categoria. Concretamente poi, l'attività descritta nella documentazione deve essere medicalmente esigibile. In base alle considerazioni suesposte, i dati e le investigazioni condotte dall'assicuratore sono insufficienti per stabilire quale possa essere considerato il salario conseguibile da invalido.

- c) Mentre la questione relativa al guadagno assicurato è stata oggetto del considerando 2 che precede, resta controverso il reddito che l'assicurato potrebbe conseguire senza invalidità. I concetti di guadagno assicurato e di reddito conseguibile da invalido vengono dalle parti confusi. Il reddito che l'assicurato potrebbe conseguire senza invalidità è quanto al momento della nascita del diritto alla rendita l'assicurato avrebbe ancora potuto guadagnare esercitando la precedente professione e tenuto conto della normale evoluzione professionale della persona. Da questo reddito occorre distinguere il guadagno assicurato, il quale è determinante per il calcolo della rendita. Altrimenti detto, una volta stabilito il grado d'invalidità è in base al guadagno assicurato che è dato calcolare esattamente in cifre la rendita d'invalidità. Nell'evenienza, questa differenza non è stata fatta. Quale reddito ancora conseguibile da invalido, l'assicuratore ha semplicemente considerato il reddito assicurato con la nuova polizza, mentre il ricorrente vorrebbe che venga preso in considerazione il guadagno assicurato nel 2000. Giustamente, la parte convenuta era tenuta a chiarire quale sarebbe stato il reddito che concretamente l'assicurato avrebbe potuto conseguire al momento della

nascita del diritto alla rendita d'invalidità nel settembre 2003. Anche su questo punto la situazione non è stata sufficientemente chiarita.

5. Per i motivi esposti in precedenza il ricorso è accolto nel senso dei considerandi e gli atti sono rinviati all'assicuratore infortuni per la presa di una nuova decisione di rendita che tenga conto di un guadagno assicurato di fr. 75'000.--. Il guadagno conseguibile da invalido e quello conseguibile senza invalidità vanno invece nuovamente stabiliti tenendo conto di quanto esposto nei considerandi che precedono. Giusta l'art. 61 cpv. 1 lett. g LPGA, il ricorrente che vince la causa ha diritto al rimborso delle ripetibili secondo quanto stabilito dal giudice delle assicurazioni. L'importo è determinato senza tener conto del valore litigioso, ma secondo l'importanza della lite e la complessità del procedimento.

Il Tribunale decide:

1. Il ricorso è accolto e la decisione impugnata annullata. Gli atti sono ritornati alla convenuta affinché proceda ad un nuovo calcolo della rendita d'invalidità nel senso esposto nei considerandi che precedono.
2. La procedura è gratuita.
3. ..., Compagnia d'assicurazioni, versa a ... fr. 2'000.-- a titolo di ripetibili.