

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

JTPI/2194/2004

JUGEMENT

DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE

1ère Chambre

DU JEUDI 4 MARS 2004

Entre

Monsieur X

demandeur comparant par Me Mauro POGGIA, avocat, en
l'Etude duquel il élit domicile,

Et

O -ASSURANCES ET CAPITALISATION SA,

défenderesse comparant par Me Philipp GANZONI, avocat, en
l'Etude duquel elle élit domicile.

Siégeant : M. Olivier DEFERNE, Président,
Mme Nadia ESTOPPEY, Greffière de chambre

11. Le Dr V , médecin-conseil d'O , a chargé le Dr S d'examiner X et de rendre une expertise médicale à son sujet, soupçonnant un cas de réticence.

12. Après avoir examiné l'assuré en date du 9 octobre 2001, le Dr S a rendu son rapport le 15 octobre 2001, lequel est parvenu le jeudi 18 octobre 2001 dans les bureaux de O .

Ce rapport relève, en premier lieu, « une probable poliomyélite dans l'enfance, qui aurait touché l'hémicorps gauche, entraînant une amyotrophie diffuse du membre inférieur gauche avec un raccourcissement de 5,5 cm, entraînant des troubles statiques de la colonne lombaire. (...) »

Puis, il expose sous le titre Appréciation du cas (page 6) : « Ces lombalgies sont donc en rapport avec les troubles statiques de la colonne vertébrale, dont l'origine est à rechercher dans une poliomyélite dans l'enfance, ayant entraîné un raccourcissement de près de 6 cm du membre inférieur gauche. Il est très probable que des lombalgies sont présentes depuis plusieurs années et qu'elles se sont aggravées à la faveur des travaux de force que le patient effectuait dans le cadre de son travail. (...) Ces cervicalgies sont apparues pour la première fois en mars 1999 à la suite d'un épisode de torticolis.»

Le rapport répond, en guise de conclusion, aux deux questions avancées par le Dr V , à savoir :

-Y-a-t-il eu des antécédents de cervicalgies et lombalgies avant le 13.03.99 ? et

« Pour ce qui est des *cervicalgies*, il semble bien qu'elles aient débuté par un épisode de torticolis en mars 1999,(...) En ce qui concerne les *lombalgies* qui sont en rapport avec des troubles statiques de la colonne vertébrale, eux-mêmes secondaires au raccourcissement du membre inférieur gauche, suite à une poliomyélite dans l'enfance, elles sont probablement présentes depuis un certain nombre d'années mais n'ont jamais nécessité de traitement ou entraîné d'incapacité de travail auparavant. »

-Le cas échéant, les lésions cervicales et lombaires pouvaient-elles être asymptomatiques ?

« La discopathie cervicale C4-C5 était certainement asymptomatique, alors que les troubles de la colonne lombaire ne l'étaient pas mais ne nécessitaient pas de traitement et n'étaient pas invalidants. »

13. A , employée au sein de Império et en charge du dossier de X , a pris connaissance du contenu de l'expertise en premier, à une date inconnue mais avant le 15 novembre en tout cas.

-
14. Le Dr V , après avoir contrôlé l'expertise et rendu un avis oral aux employés d'O en date du 15 novembre 2001, a conclu à la présence d'un cas de réticence.
15. Par courrier recommandé du 16 novembre 2001, reçu au plus tôt le jour suivant, soit le 17 novembre, par X), O a invoqué une réticence au sens de l'article 6 LCA et a ainsi déclaré le contrat résolu. En effet, se basant sur l'expertise effectuée par le Dr S et l'avis de son médecin-conseil, le Dr V , O a déclaré ne pas avoir été avertie sur le fait que X avait souffert d'une poliomyélite dans l'enfance, laquelle a entraîné un raccourcissement de près de 6 cm du membre inférieur gauche.
- O a en outre proposé à son assuré de racheter le contrat d'assurance sur la vie pour la somme de Frs 1'604,70. Elle a en outre réclamé le remboursement des indemnités dont a pu bénéficier X , soit un montant total de Frs 1'558,20 (décompte du 22 décembre 2000, du 9 avril 2001, du 21 juin 2001, du 26 juin 2001, du 30 juillet 2001 et les primes pour le mois de juin 2001).
16. X a déclaré, par courrier du 28 novembre 2001 de l'Association Suisse des Assurés, que la poliomyélite subie durant son enfance n'avait provoqué aucune séquelle représentant un handicap.
17. Par courrier de son avocat datant du 18 avril 2002, X a allégué que le délai de péremption de quatre semaines prévu par l'article 6 LCA pour se prévaloir d'une réticence n'avait pas été respecté et que, de ce fait, O devait les prestations prévues, le contrat étant toujours en vigueur.
18. Le 27 juillet 2001, X a déposé une demande de prestation pour adulte auprès de l'Assurance-invalidité fédérale.
19. Par acte déposé en date du 13 novembre 2002 auprès du Tribunal de Première Instance, X a formé une demande en paiement et constatation de droit pour un montant de Frs 30'000.--, correspondant au capital d'invalidité, que l'assurance refuse de lui verser.

Il allègue notamment qu'Império n'a pas respecté le délai de péremption de quatre semaines imparti par l'article 6 LCA pour se prévaloir d'une réticence et ainsi n'a pas pu résoudre valablement le contrat. En effet, selon X

, le délai de quatre semaines a commencé à courir le jeudi 18 octobre 2001, jour où est parvenu à l'assurance le rapport de l'expert. Ainsi la déclaration de réticence envoyée par O le 16 novembre 2001 et reçue au plus tôt le 17 novembre 2001 est intervenue hors délai. Par conséquent, ce dernier conclut à ce

qu'il soit constaté que le contrat d'assurance liant les parties est toujours en vigueur. En conséquence, O doit les prestations prévues, à savoir le versement d'un capital d'invalidité de Frs 30'000.--. En outre, X est au bénéfice de l'exonération du paiement des primes d'assurance dès le mois de décembre 2000.

20. Dans son mémoire-réponse du 29 janvier 2003, O soutient que le délai de quatre semaines a été respecté et conclut notamment à ce que le Tribunal constate que le contrat est résolu.

Selon l'assurance, le délai n'a commencé à courir que le 15 novembre 2001, jour où le Dr V, médecin-conseil, a examiné le rapport d'expertise et rendu un avis oral destiné aux employés de cette dernière.

21. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 13 mai 2003, X expose que, lors de la conclusion du contrat d'assurance, il a affirmé être en bonne santé, travailler à 100% et n'avoir jamais rencontré de problème en relation avec la poliomyélite, sans que le représentant de son assurance, G, ne lui pose d'autres questions sur ses antécédents médicaux.

Quant à P, représentant O, il affirme que c'est le Dr V qui a estimé nécessaire de procéder à une expertise médicale, étant relevé que O a honoré ses obligations lors de la déclaration du sinistre. Le rapport d'expertise, adressé au Dr V, a été reçu par l'assurance le jeudi 18 octobre 2001. Ce dernier l'a examiné et l'a commenté pour les employés de l'assurance le 15 novembre 2001, étant précisé qu'il passe dans les locaux de O que de manière sporadique. P relève encore que A, dont le supérieur hiérarchique était T, était en charge du dossier de X.

Enfin, les mandataires sont d'accord pour que le Tribunal statue sur l'exception de péremption. Sur ce, le Tribunal a ordonné l'ouverture d'enquêtes limitées à l'exception de péremption et octroyé aux parties un délai au 30 mai 2003 pour le dépôt de listes de témoins.

22. Il ressort des audiences d'enquêtes du 30 septembre et 25 novembre 2003 les éléments suivants :

a) T a travaillé pour O entre 1998 et fin 2002 en qualité de responsable du service assurance-vie. Il affirme qu'un cas de réticence s'est produit en ce qui concerne le dossier de X. Pour apprécier les cas de réticence, l'assurance fait appel à un médecin-conseil, le Dr V, lequel dresse un rapport accessible pour les employés de O. Un

rapport d'expertise quelquefois est requis. Il est alors adressé personnellement au Dr V soit à son adresse soit à l'adresse de l'assurance. Une fois ledit rapport commenté par ce dernier, l'assurance prend une décision. Tout courrier à connotation médicale est acheminé auprès de A , laquelle ouvre le courrier afin de le classer. Il précise maîtriser le langage médical courant, tels que les termes de *lombalgie* ou *cervicalgie*. En outre, il affirme comprendre la teneur des passages de l'expertise du Dr S , notamment la page 6 sous le titre Appréciation du cas. Il maîtrise également la teneur du courrier envoyé à X le 16 novembre 2001. .

b) A travaille depuis le mois de mai 2000 pour O et plus précisément au sein du service des assurances-vie, secteur sinistres, sous la direction de T . Elle s'occupait du dossier de X

. Elle examine systématiquement avec le Dr V tout courrier à connotation médicale. Elle prend d'ailleurs connaissance des dossiers avant d'en parler avec celui-ci. A cet effet, elle a acquis une certaine connaissance du vocabulaire médical. Les termes de *lombalgie* ou *cervicalgie* lui sont d'ailleurs connus. Elle dispose en outre, dans son service, de dictionnaires médicaux. De surcroît, c'est elle qui a rédigé le courrier du 16 novembre 2001, dont elle comprend naturellement le contenu. Les rencontres avec le Dr V se déroulent au minimum une fois toutes les deux semaines.

c) V , retraité depuis un an, travaillait précédemment en qualité de médecin-conseil auprès d'Z .. Il recevait, en outre, des mandats d'O , et ce pendant trois ans. Suspectant un cas de réticence après avoir examiné le dossier de X , il a sollicité une expertise médicale, laquelle fut adressée le jeudi 18 octobre 2001 à O à son attention. Il a examiné le rapport en date du 15 novembre 2001 et a arrêté sa décision ce jour-là, étant relevé qu'il a passé dans les locaux d'O le 1^{er} novembre pour traiter d'autres dossiers. Il relève que les termes de l'expertise sous le titre Appréciation du cas (page 6) du Dr S sont assez simples. Il relève encore que le contenu du courrier du 16 novembre 2001 n'est pas très compliqué.

A l'issue de l'audience du 25 novembre 2003, les enquêtes ont été closes et le Tribunal a fixé la cause au 29 janvier 2004 pour plaider d'accord entre les parties. .

23. Dans ses conclusions motivées après enquêtes sur exception de péremption du 23 janvier 2004, X maintient que le délai de péremption de quatre semaines prévu à l'article 6 LCA n'a pas été respecté par l'assurance. En effet, il court dès la réception par l'assureur des indications précises pour fonder la réticence, soit dès la réception du rapport de l'expert le jeudi 18 octobre 2001. Il conclut notamment à ce que le Tribunal constate que le contrat liant les parties est toujours en vigueur, qu'il est au bénéfice de l'exonération du paiement des primes d'assurance dès le mois de décembre 2000 et enfin à ce que le

Tribunal condamne O à lui verser la somme de Frs 30'000.-- avec intérêts à 5% dès le 23 novembre 2000.

24. Dans son mémoire après enquêtes sur péremption du 23 janvier 2004, O conclut à ce que le Tribunal constate que X a commis une réticence et que, respectant le délai de péremption, l'assurance a valablement résilié le contrat.

25. A l'issue de l'audience débat du 29 janvier 2004, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

A. L'article 9 al. 1 LFors autorise les parties à convenir d'un tribunal chargé de régler leur litige, à condition que le for ainsi choisi ne déroge pas à un for impératif prévu par la loi (article 2 al. 1 LFors). L'élection de fors doit en outre être passée en la forme écrite (article 9 al. 2 LFors).

En l'espèce, l'article 14.2 des Conditions Générales permet au preneur d'assurance, respectivement son ayant-droit, de porter tout litige devant le juge de leur domicile en Suisse.

L'article 3 al. 1 lit. b LFors, stipulant que les actions dirigées contre des personnes morales doivent être introduites au tribunal du siège de ces dernières, n'est pas de droit impératif.

Les conditions de forme étant respectées et compte tenu du domicile genevois du demandeur, le Tribunal de Première Instance est compétent *ratione loci*.

Le Tribunal de Première Instance est compétent *ratione materiae* conformément à l'article 27 LOJ.

B. A teneur de l'article 6 LCA, si celui qui devait faire la déclaration a, lors de la conclusion du contrat, omis de déclarer ou inexactement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence.

C. Le délai de quatre semaines prévu à l'article 6 LCA est un délai absolu de péremption ne pouvant être ni interrompu ni prolongé (ATF 118 II 333 ; arrêt du Tribunal Fédéral du 20 novembre 2001 dans la cause 5C.143/2001 ; GUIBAN, La réticence dans le contrat d'assurance, in RSA 1983, p. 324). L'assureur qui entend se prévaloir de la réticence doit le faire dans les quatre semaines à partir du moment

où il en a eu connaissance. S'il omet de le faire, le droit de se départir du contrat s'éteint (VIRET, Droit des assurances privées, Zürich 1991, p. 105).

La jurisprudence et la doctrine s'accordent sur le fait que le délai de quatre semaines ne commence à courir que lorsque l'assureur est complètement orienté sur tous les points concernant la réticence et qu'il en a une connaissance effective, de simples doutes à cet égard étant insuffisants. La détermination à partir duquel le délai commence à courir se produit à l'avènement d'une condition purement objective, la connaissance de la réticence, et ne dépend nullement de la question de savoir si, en prêtant l'attention usuelle, l'assureur eût dû connaître plus tôt le fait sur lequel l'assuré a gardé le silence (ATF 119 V 283 ; 118 II 333 ; arrêt précité du Tribunal Fédéral du 21 novembre 2001).

Le délai ne commence à courir que lorsque l'assureur a reçu des renseignements dignes de foi sur des faits dont on peut déduire avec certitude qu'une réticence a été commise, étant rappelé que de simples présomptions qui incitent à penser, avec plus ou moins de vraisemblance, qu'une réticence a été commise, ne sont pas suffisantes (GUISAN, op. cit., p. 324 s., VIRET, op. cit., p. 105). En effet, très souvent ce n'est qu'à l'occasion d'un sinistre, que l'assureur constate l'existence d'une réticence. Il faut donc lui laisser le temps matériel de rassembler les preuves (GUISAN, op. cit., p. 325). L'assureur agit donc en temps utile lorsqu'il soupçonne une réticence, il recherche des informations précises et ne se départ du contrat que dans les quatre semaines suivant leur réception (ATF 118 II 333 ; ATF 109 II 159).

En d'autres termes ce n'est qu'à partir du jour où l'assureur a une connaissance positive et certaine de la réticence que le délai de quatre semaines commence à courir (JT 1922 I 98 ; JT 1933 I 528).

Toutefois, l'assureur agit tardivement s'il est orienté, mais qu'il recherche encore de nouveaux renseignements qui n'ont d'autre effet que celui de confirmer ce qu'il sait déjà (ATF 118 II 333 ; CARRE, op. cit., p. 149).

Il convient encore de souligner que la déclaration par laquelle l'assureur manifeste sa volonté de ne pas être lié par le contrat doit parvenir au destinataire avant le terme du délai de quatre semaines (VIRET, op. cit., p. 105).

- D. En l'espèce, dès la réception de la déclaration de sinistre du demandeur, le médecin-conseil de la défenderesse a été appelé à examiner si l'arrêt de travail se justifiait au regard de l'état de santé préexistant du demandeur.

A la lecture du dossier médical de l'assuré, le Dr V a fortement soupçonné un cas de réticence.

Des vérifications usuelles ont tout d'abord été demandées auprès des médecins traitant ou ayant traité le demandeur.

Celles-ci n'ayant pas apporté les éclaircissements souhaités, le Dr V a sollicité une expertise médicale, laquelle a été confiée au Dr S ver la fin du mois de septembre 2001. Le rapport est parvenu dans les locaux d'O le jeudi 18 octobre 2001.

A ce stade, la défenderesse a agi conformément aux prescriptions énoncées par la jurisprudence. En effet, étant en proie à de sévères doutes quant à la présence d'un cas de réticence, cette dernière a recherché des éléments dignes de foi afin de fonder une éventuelle décision quant à la résolution du contrat d'assurance la liant avec le demandeur. Elle ne s'est pas contentée de simples soupçons ou présomptions. Au contraire, elle a recherché des indications précises, en sollicitant un rapport d'expertise, pour connaître de manière précise la nature de la maladie, son origine, son évolution ainsi que son intensité.

E. Il reste à déterminer quand a commencé à courir le délai de quatre semaines. Pour ce faire, il convient d'analyser, à quel moment la défenderesse, étant en possession d'éléments dignes de foi, a acquis la conviction qu'un cas de réticence s'était produit.

F. Le rapport d'expertise du Dr S parvenu dans les locaux de la défenderesse en date du jeudi 18 octobre 2001, relève en page 6, sous le titre Appréciation du cas :

« ces lombalgies sont donc en rapport avec les troubles statiques de la colonne vertébrale, dont l'origine est à rechercher dans une poliomyélite dans l'enfance, ayant entraîné un raccourcissement de près de 6 cm du membre inférieur gauche. Il est très probable que des lombalgies sont présentes depuis plusieurs années et qu'elles se sont aggravées à la faveur des travaux de force que le patient effectuait dans le cadre de son travail. (...) Ces cervicalgies sont apparues pour la première fois en mars 1999 à la suite d'un épisode de torticolis. »

Le rapport conclut en répondant au questionnaire de la défenderesse :

1) Y-a-t-il eu des antécédents de cervicalgies et lombalgies avant le 13.03.1999 ?

« Pour ce qui est des *cervicalgies*, il semble bien qu'elles aient débuté par un épisode de torticolis en mars 1999.(...) En ce qui concerne les *lombalgies* qui sont en rapport avec des troubles statiques de la colonne vertébrale, eux-mêmes secondaires au raccourcissement du membre inférieur gauche, suite à une poliomyélite dans l'enfance, elles sont probablement présentes depuis un certain nombre d'années mais n'ont jamais nécessité de traitement ou entraîné d'incapacité de travail auparavant. »

2) Le cas échéant, les lésions cervicales et lombaires pouvaient-elles être asymptomatiques ?

« La discopathie cervicale C4-C5 était certainement asymptomatique, alors que les troubles de la colonne lombaire ne l'étaient certainement pas mais ne nécessitaient pas de traitement et n'étaient pas invalidants. »

Ce rapport éclaire, et ce de manière très nette, sur l'état de santé du demandeur. En effet, il met en lumière très clairement le moment où les *lombalgies* ainsi que les *cervicalgies* sont apparues et de quelle manière elles ont évolué. Ainsi, « les *lombalgies* sont donc en rapport avec les troubles statiques de la colonne vertébrale, dont l'origine est à rechercher dans une poliomyélite dans l'enfance, ayant entraîné un raccourcissement de près de 6 cm du membre inférieur gauche. »

Les conclusions du rapport sont exposées en termes clairs, précis et intelligibles pour tout un chacun. Effectivement, en lisant, soit « l'appréciation du cas », soit les réponses du questionnaire, un profane comprend que le demandeur avait souffert dans son enfance d'une maladie, la poliomyélite, ayant engendré des séquelles ressenties aujourd'hui par ce dernier. Nul n'a besoin d'attendre l'avis et les explications d'un autre médecin pour comprendre les conclusions du rapport.

- G. Les conclusions du rapport sont d'autant plus compréhensibles pour la défenderesse que c'est A _____ qui en a pris connaissance la première. Cette dernière travaille au sein du service assurance-vie, secteur sinistres de la défenderesse depuis le mois de mai 2000. Elle avoue elle-même avoir acquis une certaine connaissance du vocabulaire médical, notamment des termes *lombalgies* et *cervicalgies* présents dans le rapport.

Elle était donc parfaitement en mesure, sur la base des conclusions claires et parfaitement compréhensibles pour le profane, de se déterminer, dès la réception du rapport d'expertise, sur une éventuelle réticence. Elle aurait pu, de surcroît, s'en remettre à son supérieur hiérarchique, T _____, qui avoue également maîtriser le langage médical.

- H. Tous ces éléments démontrent que, à partir du jeudi 18 octobre 2001 déjà, la défenderesse était en possession de renseignements précis et dignes de foi pour fonder sa décision. Rien ne justifie le fait d'avoir attendu encore l'avis du Dr V _____. En effet, le rapport d'expertise était suffisamment explicite et clair. A cette date-là, la société défenderesse était en possession des éléments lui permettant de savoir de manière certaine si le demandeur avait commis une réticence.

Au surplus, l'assuré n'a pas à souffrir d'une mauvaise organisation interne de l'assurance. Une fois en sa possession les informations concrètes lui permettant de se forger la conviction qu'un cas de réticence existe, l'assurance doit agir au plus

vite non seulement pour respecter le délai de quatre semaines imparti par l'article 6 LCA mais aussi pour ne pas laisser son cocontractant dans une situation juridique floue. Ceci est rappelé par la jurisprudence qui interdit à l'assureur de rechercher de nouveaux renseignements alors qu'il est déjà orienté.

La défenderesse ne doit s'en prendre qu'à elle-même de ne pas avoir pris plus rapidement les dispositions qui s'imposaient pour faire examiner le rapport par un médecin-conseil, si elle considérait que son contenu nécessitait un rapport explicatif.

Le délai de péremption de quatre semaines de l'article 6 LCA a donc commencé à courir le jeudi 18 octobre 2001.

I. En vertu de l'article 77 ch. 2 CO, applicable par analogie, si le délai est fixé par semaines, la dette est échue le jour qui, dans la dernière semaine, correspond par son nom au jour de la conclusion du contrat.

J. Dans le cas d'espèce, le délai, ayant commencé à courir le jeudi 18 octobre 2001, l'avis de résolution de la défenderesse aurait dû parvenir au plus tard au demandeur le jeudi 15 novembre 2001.

En envoyant la lettre de résolution le 16 novembre 2001, arrivé au plus tôt le 17, la défenderesse, agissant hors délai, a perdu le droit de se départir du contrat.

K. En conséquence, le contrat étant toujours en vigueur entre le demandeur et la défenderesse, celle-ci doit verser les prestations prévues, à savoir le capital d'invalidité de Frs 30'000.--. En outre, le demandeur était au bénéfice de l'exonération du paiement des primes d'assurance dès le mois de décembre 2000.

L. Toutefois, le demandeur n'a pas prouvé qu'il est invalide, comme le lui enjoint le contrat d'assurance (article 2 Conditions Générales). De ce fait, il ne peut pas encore avoir droit au capital d'invalidité de Frs 30'000.--.

M. La défenderesse, qui succombe à l'entier de ses conclusions, sera condamnée aux dépens (art. 176 al. 1 LPC).

* * *

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE :**

**Statuant contradictoirement
et par voie de procédure ordinaire :**

1. Dit qu'O ASSURANCES ET CAPITALISATION SA est forclosé pour invoquer un cas de réticence.
2. Dit qu'O ASSURANCES ET CAPITALISATION SA est toujours liée par la police d'assurance sur la vie avec participation aux bénéfices No 000 conclue le 13 mars 1999 avec X
3. Constate que X est au bénéfice de l'exonération du paiement des primes d'assurance dès le mois de décembre 2000.
4. Condamne O ASSURANCES ET CAPITALISATION SA à tous les dépens, lesquels comprendront une équitable indemnité de procédure de Frs 5'000.-- valant participation aux honoraires d'avocat.
5. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La greffière :

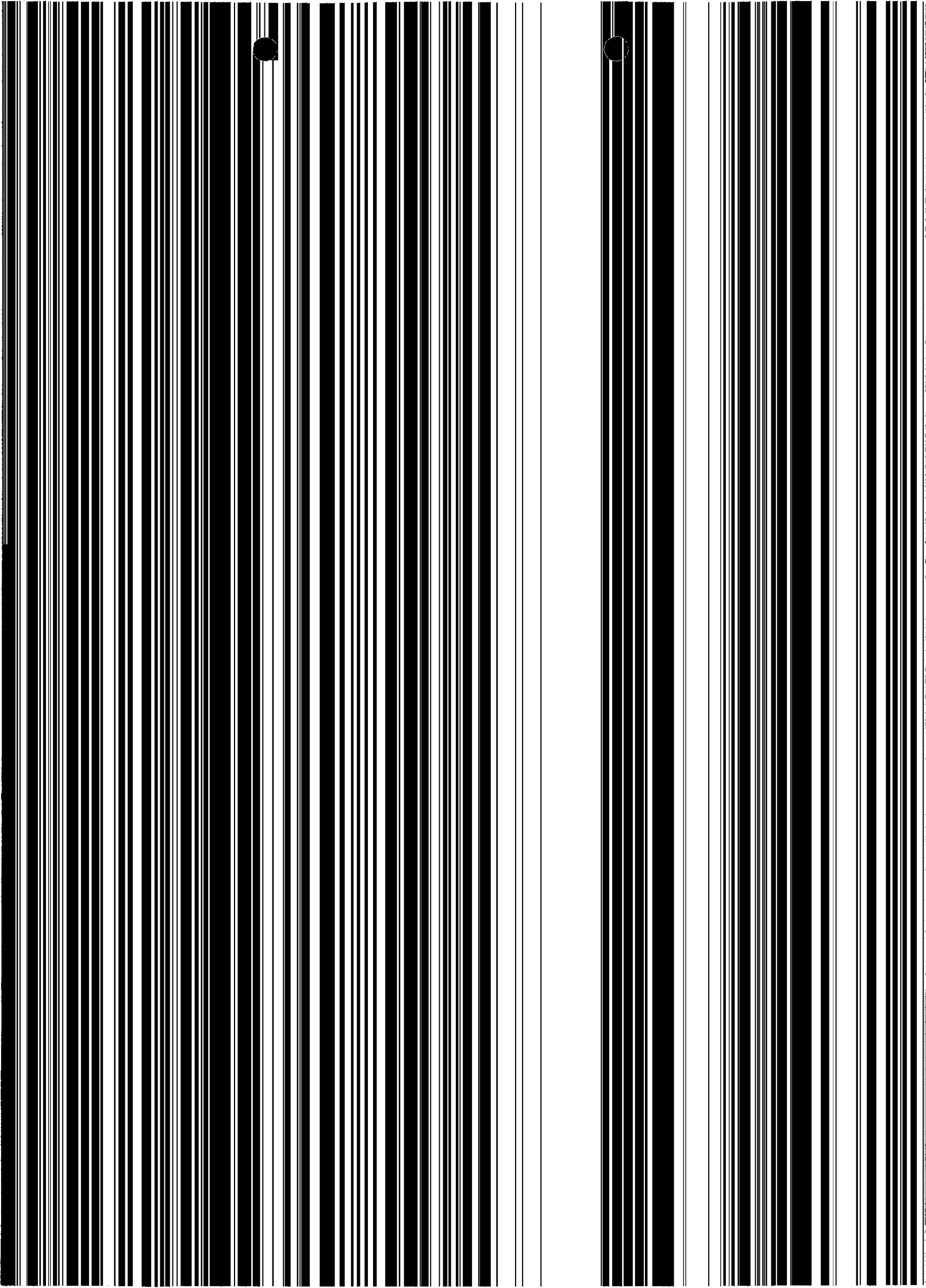
Nadia ESTOPPEY

Le président :

Olivier DEFERNE

Le présent jugement est communiqué pour notification aux parties par le greffe

le 10 mars 2004



Raccomandata



Incarto n.
36.2003.77

Lugano
10 marzo 2004

CS

In nome
della Repubblica e Cantone
del Ticino

Il Tribunale cantonale delle assicurazioni

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

redattore: Christian Steffen, vicecancelliere

segretario: Fabio Zocchetti

statuendo sulla petizione dell'11 settembre 2003 di

XXX, XXX
rappr. da: **XXX, XXX**

contro

Y **Assicurazione svizzera malattie e infortuni,**

in materia di assicurazione contro le malattie

ritenuto,

in fatto

- 1.1. **XXX**, classe 1941, è assicurata presso la Cassa malati
Y sia per l'assicurazione di base, compreso l'infortunio,
che complementare.

In data 22 ottobre 2002, allorquando si trovava in Madagascar, è scivolata durante un'escursione lungo un fiume su un legno aguzzo provocandosi una profonda lacerazione sotto il ginocchio sinistro (doc. 1 e 3 inc. 37.2003.76). Trasportata in elicottero e poi tramite aereo, è stata curata all'Ospedale di Antananarivo (Madagascar).

Il 3 dicembre 2002 l'assicurata ha trasmesso alla Cassa malati uno scritto del seguente tenore:

"Infortunio del 22.10.2002 in Madagascar - spese sostenute direttamente e fattura REGA

Egredi signori espongo un riassunto, il più dettagliato possibile, sulle spese sostenute direttamente a seguito dell'infortunio citato e per le quali chiedo un rimborso e un'evasione diretta da parte vostra:

Spese ospedaliere 1	FM 210'000.--	= a FRS 58.85
Spese ospedaliere 2	FM 6'000.--	= a FRS 1.70
Spese farmaceutiche 1	FM 330'000.--	= a FRS 92.45
Spese farmaceutiche 2	FM 153'000.--	= a FRS 42.85
Spese farmaceutiche 3	medicamenti privati (stimato)	= a FRS 100.-
Noleggio stampelle	FM 125'000.--	= a FRS 35.--
Ricompense (mance) per trasporti		
In barca, elicottero e aereo (prassil)	FM 800'000	= a FRS 224.10
Rimborso natel satellitare	65 minuti Euro 5.--/minuto	= a FRS 478.--
Pensione in casa di cura per 7 g	FM 100'000.--/giorno	= a FS 196.10

Totale spese sostenute direttamente = a FRS 1'229.05

Al cambio di FM 3'570.-- per FRS 1.-- del 20.10.2002 (data d'arrivo in Madagascar)

Fattura della REGA del 27.11.2002 (allegata) FRS. 16'117.90

Questo infortunio è stato comunicato subito alla REGA ed è stato trattato dall'Ospedale della capitale malgascia Antananarivo." (doc. 3 inc. 36.2003.76)

Il giorno seguente l'interessata ha compilato il formulario "avviso d'infortunio" consegnatole dal proprio assicuratore (doc. 4 inc. 36.2003.76)

Va ancora rilevato che nella fattura della REGA del 27 novembre 2002, di fr. 16'117.90, figura quanto segue:

"Intervento del: 22.10.2002
Bekitro (MG) - Ospedale Antananarivo (MG)

Elicottero/Aeroplano (MG) vedi allegato CHF 16'117.90."
(doc. 2, inc. 36.2003.76)

1.2. L'assicuratore si è rifiutato di rimborsare l'importo richiesto in relazione ai costi derivanti dall'intervento della REGA, affermando:

"A verifica avvenuta le comunichiamo che alla nostra centrale d'allarme "medical" non risulta di aver ricevuto un annuncio per l'infortunio accaduto in data 22.10.2002. Poiché nel presente caso il

soccorso non è stato organizzato dalla "medical" non possiamo partecipare ai costi.

A tale proposito le ricordiamo che in caso di malattia improvvisa o infortunio all'estero, che necessitano un soccorso urgente o un'ospedalizzazione, deve essere immediatamente informata la centrale d'emergenza dell'assicuratore gestita dalla "medical". Questa consiglia l'assicurato e gli presta l'aiuto necessario. Il pronto soccorso indispensabile viene ordinato, organizzato ed in caso di necessità eseguito dalla "medical" e risarcito dall'assicuratore. I costi di azioni di pronto soccorso non ordinati dalla centrale d'emergenza non vengono assunti (Z Assicurazione D).

Il nostro rimborso si limita pertanto ai costi di trattamento. Verseremo quindi il montante equivalente alle spese ospedaliere, le spese dei farmaci e i costi di noleggio stampelle (dedotta la cauzione) nei prossimi giorni, mentre i costi del telefono satellitare e le ricompense non sono a nostro carico. Per quel che riguarda il soggiorno in casa di cura la preghiamo di inviarci la relativa fattura." (doc. 5 inc. 36.2003.76)

- 1.3. L'interessata in data 11 settembre 2003 ha inoltrato una petizione tramite la quale contesta la presa di posizione dell'assicuratore.

Contestualmente ha presentato ricorso contro la decisione su opposizione del 14 agosto 2003 con la quale Y si rifiuta di assumersi i costi generati dall'intervento dalla REGA poiché non si tratterebbe di prestazioni coperte dalla LAMal.

L'impugnativa sarà esaminata tramite giudizio separato (inc. 36.2003.76).

- 1.4. Nella petizione l'interessata rileva:

"4.

4.1.

I costi dell'intervento devono essere assunti dalla Y in applicazione dell'assicurazione complementare stipulata dalla ricorrente.

La Y si sottrae al suo obbligo adducendo il pretesto formale secondo il quale la ricorrente non avrebbe allarmato la centrale di pronto soccorso *medical*.

Nel caso specifico l'omissione non è imputabile a colpa della ricorrente. Ella si trovava in una situazione di panico, di dolore, ferita gravemente con il rischio di dissanguamento nel mezzo della giungla. Nel suo stato di choc la ricorrente non era in grado di compiere alcuna telefonata. Sicché ella non ha violato alcun obbligo contrattuale.

Altri hanno predisposto l'intervento di soccorso (il figlio). Che in quanto terze persone non erano tenute ad adempiere ad obblighi contrattuali che vincolano, semmai, il solo contraente le polizze di assicurazione complementare.

Chi ha organizzato il salvataggio (il figlio) ha avvisato coloro che concretamente potevano intervenire. Tenuto conto della perdita di

sangue abbondante, l'urgenza e lo stato di panico erano tali per cui non si poteva pretendere che fosse allarmata altresì la cassa malati Y . Visto lo stato di choc nel quale versava anche il figlio, nemmeno a quest'ultimo può essergli rimproverata alcuna colpa.

Secondo l'art. 45 cpv. 1 LCA, se fu convenuta una sanzione per il caso in cui lo stipulante o l'avente diritto manchi ad un obbligo, egli non incorre nella sanzione quando risulti dalle circostanze che la mancanza non è imputabile a colpa.

Nel caso specifico nessuna colpa è imputabile alla ricorrente e pertanto il mancato avviso alla centrale di pronto soccorso *medical* non può comportare come sanzione il rifiuto di assumere i costi di fr. 16'117.90.

4.2.

L'art. 38 LCA disciplina l'obbligo dell'assicurato di dare avviso del sinistro all'assicuratore. L'art. 38 cpv. 2 LCA prevede che quando l'avente diritto manchi per sua colpa a quest'obbligo, l'assicuratore può ridurre l'indennità dell'importo di cui si troverebbe diminuita se l'avviso fosse stato dato in tempo.

Nel caso specifico l'ommissione di avviso alla centrale di pronto soccorso *medical* non ha comportato alcun aggravamento del danno. L'intervento effettuato sul posto era l'unico possibile: predisporre il rapido trasporto della ricorrente all'ospedale con i mezzi più veloci a disposizione. La Y non avrebbe fatto diversamente. Né avrebbe potuto organizzare un trasporto meno dispendioso. La compagnia assicurativa nemmeno pretende che con l'avviso al servizio di pronto soccorso sotto il profilo materiale sarebbe cambiato qualche cosa. L'obbligo di assunzione dei costi di trasporto di fr. 16'711.90 è pertanto senz'altro dato.

Si chiede alla Y di esporre quale intervento avrebbe predisposto e, dandosi il caso, con quali minori costi. Qualora l'intervento della Y avrebbe comportato un salvataggio meno dispendioso, alla ricorrente devono perlomeno essere riconosciuti tali costi.

Prove: c.s. perizia sull'intervento e sui costi di un salvataggio organizzato dalla Y previo allarme della centrale di soccorso "medical" (doc. I)

- 1.5. Nella sua risposta del 23 ottobre 2003 la cassa propone di respingere la petizione, osservando:

"(...)

5. In casi di malattie serie, gravi infortuni o decessi all'estero vengono versati dall'assicurazione complementare D delle prestazioni di soccorso, tra le altre anche per azioni di ricerca, salvataggio e trasporto, premesso che in un tal caso venga immediatamente avvertita la centrale di pronto soccorso della *medical* (art. 19.1. CCA DIVERSA).

Prova: doc. 13 della CY

6. Il rispettivo numero telefonico è stampato su ogni carta assicurativa della Y. In virtù dell'art. 19.3 CCA non vengono prese a carico dalla Y i costi per azioni di pronto soccorso che non sono stati ordinati dalla centrale di pronto soccorso. Il motivo di questa disposizione è dovuto al fatto che la Y ha concluso un rispettivo contratto solo con la medicall, non però con altre società di salvataggio. In quanto la ricorrente ha usufruito del soccorso della Rega e non si è tenuta a quello della medicall, non possono venirle versate per conseguenza delle prestazioni neanche della D il fatto che l'opponente risp. il figlio abbia tralasciato per motivi certamente validi (urgenza, stato di panico, ecc.) di informare la Y risp. la medicall e abbia invece commissionato la Rega è umanamente comprensibile, ma non può dal punto di vista giuridico cambiare lo stato di cose. Di conseguenza, anche la petizione del 11 settembre 2003 è da respingere." (Doc. III)

in diritto

- 2.1. Secondo quanto disposto dall'art. 1a cpv. 1 LAMal l'assicurazione sociale contro le malattie comprende l'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie e l'assicurazione d'indennità giornaliera facoltativa.

La LAMal si applica soltanto all'assicurazione malattia sociale così definita mentre le assicurazioni complementari offerte dalle casse malati sono rette, in applicazione dell'art. 12 cpv. 3 LAMal, dalla legge federale sul contratto d'assicurazione (LCA).

Alla netta divisione materiale fra assicurazione sociale contro le malattie e assicurazioni complementari operata dalla LAMal corrisponde un altrettanto netta cesura dei rimedi giuridici: se per la prima le vie di diritto sono quelle previste dalla procedura amministrativa, per le seconde sono da intraprendere le vie di diritto previste per i litigi di diritto civile (SPIRA, *Le nouveau régime de l'assurance-maladie complémentaire*, *Revue suisse d'assurances / Schweizerische Versicherung-Zeitschrift*, 1995, N. 7/8, pagg. 192-200; SPIRA, *Le contentieux de la nouvelle assurance-maladie*, *Sécurité sociale* 5/1995, pagg. 256-259; GREBER, *Quelques questions relatives à la nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie*, in: *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 3/4, 1996, pagg. 225-251).

Giusta l'art. 47 cpv. 2-4 della legge federale sulla sorveglianza degli istituti di assicurazione privata (LSA; modificata in occasione dell'adozione della LAMal il 1° gennaio 1996) per le contestazioni relative all'assicurazione complementare all'assicurazione sociale contro le malattie, i Cantoni prevedono

una procedura semplice e spedita, nella quale il giudice accerta d'ufficio i fatti e valuta liberamente le prove.

In specie è accertato che l'assicurata è vincolata alla Concordia da un contratto di assicurazione sottoposto alla LCA e che si fonda sulle Condizioni generali d'assicurazione (di seguito: CGA) e sulle condizioni complementari d'assicurazione (di seguito: CCA) del 1997 (doc. 12 e 13, inc. 36.2003.76).

In queste circostanze, trattandosi di prestazioni complementari ai sensi dell'art. 12 cpv. 2 e 3 LAMal (MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, ed. Helbing et Lichtenhahn 1996, pag. 134) - ambito nel quale le casse malati e gli altri istituti assicurativi non sono autorizzati ad emanare decisioni -, questo TCA è competente a statuire sulla petizione presentata dall'interessata in base all'art. 75 cpv. 1 e 2 LCAMal.

Nel merito

- 2.2. Questo Tribunale è chiamato a decidere se la convenuta è tenuta al pagamento all'attrice delle spese causate dall'intervento della ARPE Assistance in Madagascar e assunte dalla REGA (Fr. 16'117.90, doc. E) per il trasporto tramite aereo e tramite elicottero avvenuto in seguito all'infortunio alla gamba sinistra subito dall'assicurata durante un'escursione.

Y rifiuta il pagamento delle prestazioni richieste in quanto l'assicurata non avrebbe rispettato la procedura prevista contrattualmente.

- 2.3. Per l'art. 18.1 delle condizioni complementari dell'assicurazione D (di seguito: CCA), la protezione assicurativa all'estero è valevole in tutto il mondo per soggiorni all'estero di durata inferiore a 12 mesi.

L'art. 19.1 CCA prevede che in caso di malattia improvvisa, infortunio, parto imprevisto e morte all'estero, che rendono necessario un intervento di pronto soccorso secondo l'art. 21 o il ricovero all'ospedale, bisogna immediatamente avvertire la centrale di pronto soccorso dell'assicuratore gestita dalla "medical". Questa consiglia l'assicurato e gli presta l'aiuto necessario.

Per l'art. 19.2 CCA il pronto soccorso necessario viene ordinato, organizzato ed in caso di necessità eseguito dalla centrale di pronto soccorso e risarcito dall'assicuratore.

L'art. 19.3 CCA prevede che i costi di azioni di pronto soccorso non ordinati dalla centrale di pronto soccorso secondo l'art. 21 non vengono assunti.

Giusta l'art. 21.1 CCA in caso di malattia grave, infortunio grave o morte all'estero, l'assicuratore assume le seguenti prestazioni organizzate dalla "medicall":

21.1.1 azioni di salvataggio e trasporti necessari dal punto di vista medico;

21.1.2 azioni di salvataggio e il ricupero d'un assicurato infortunato o ammalato in modo acuto fino ad un importo massimo di

DIVERSA: fr. 10'000.--

DIVERSA plus: fr. 20'000.--

21.1.3 in caso di necessità dal punto di vista medico, rimpatrio a domicilio, ovvero all'ospedale competente;

21.1.4 ricupero e rimpatrio d'un assicurato deceduto al domicilio svizzero in cui risiedeva prima della partenza.

Per l'art. 23.1 CCA in caso di malattia improvvisa, infortunio o parto imprevisto all'estero, si deve notificare immediatamente l'evento alla centrale di pronto soccorso dell'assicuratore (art. 19).

- 2.4. Come qualsiasi altro, un contratto d'assicurazione deve essere interpretato ricercando la reale e concorde volontà delle parti (DTF 112 II 253) e alla luce del principio della buona fede (DTF 115 II 268). Se la reale e concorde volontà delle parti non può essere stabilita, occorre fondarsi sulla presunta e probabile volontà, secondo il principio della buona fede e considerare tutte le circostanze che hanno portato alla conclusione del contratto. Ci si atterrà all'uso generale e quotidiano della lingua, ai termini utilizzati nel contratto (DTF 118 II 342, JdT 1996 I 128; DTF 116 II 189, JdT 1990 I 612; DTF 115 II 268, SJ 1992 623 citate in CARRON, La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Friburgo 1997, n. 209, pag. 72) e non al senso giuridico o tecnico dei termini utilizzati (DTF 59 II 318); rimangono però riservate le accezioni tecniche proprie al rischio ritenuto (DTF 118 II 342). Tuttavia, la parola non deve essere snaturata dal suo reale senso al punto da designare una cosa completamente diversa (DTF 64 II 387). Ma se le parti hanno concordemente voluto dare ad un'espressione un'accezione diversa dal suo senso abituale, non v'è dunque ambiguità che giustifichi un'interpretazione svantaggiosa per l'assicurato (STF in SJ 1996 pag. 623).

L'interpretazione di una clausola - ovvero la sua valutazione alla luce del contenuto e dello scopo del contratto - è un'operazione sempre necessaria affinché si possa determinarne la portata (Rep. 1993, pag. 213 segg.; DTF 112 II 253 segg.; MAURER, Privatversicherungsrecht, 1986, pag. 231; DTF 116 II 345, ROELLI/KELLER, Kommentar zum BG über den Versicherungsvertrag, 1968, pag. 459).

Va infine rammentato che le condizioni generali d'assicurazione sono parte integrante del contratto d'assicurazione (VIRET, Assurances-maladie complémentaires et loi sur le contrat d'assurance, in: Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, ed. IRAL 1997, pag. 666 segg., in particolare pag. 673).

- 2.5. Nel caso concreto con l'assicurazione D le parti hanno previsto, tra l'altro, una copertura delle spese di guarigione e di pronto soccorso all'estero (art. 20 e 21 CCA).

In particolare le parti hanno stabilito che, in caso di malattia grave, infortunio grave o morte all'estero l'assicuratore assume le prestazioni organizzate dalla "medicall", ossia, per quanto qui d'interesse, le azioni di salvataggio e trasporti necessari dal punto di vista medico e le azioni di ricerca per il salvataggio e il ricupero d'un assicurato infortunato o ammalato in modo acuto fino ad un importo massimo di fr. 10'000 per la D e fr. 20'000 per la D PLUS (art. 21.1., 21.1.1 e 21.1.2 CCA). I costi di azioni di pronto soccorso non ordinati dalla centrale di pronto soccorso non vengono assunti (art. 19 CCA).

Dal chiaro tenore della disposizione dell'art. 19 CCA emerge che le parti hanno stabilito che unicamente i costi delle azioni di pronto soccorso, tra le quali le azioni di salvataggio e trasporto, per le quali è stata immediatamente avvertita la centrale di pronto soccorso dell'assicuratore gestita dalla "medicall" e organizzati dalla centrale sono a carico dell'assicuratore.

Non è contestato che nel caso di specie l'attrice non ha avvisato la centrale di soccorso "medicall". Il trasporto all'ospedale malgascio è infatti stato organizzato direttamente dal figlio, presente sul luogo dell'infortunio, per il tramite della ARPE Assistance e il costo preso a carico dalla REGA. L'avviso all'assicurazione è stato dato il 3 dicembre 2002 (doc. 3 inc. 36.2003.76).

2.6. L'assicurata, al fine di evitare le conseguenze dell'avviso tardivo dell'accaduto all'assicuratore invoca l'art. 38 LCA.

Per l'art. 38 cpv. 1 LCA accaduto il sinistro, l'avente diritto, tosto che sia venuto a conoscenza del medesimo e del diritto derivante per lui dall'assicurazione, deve darne avviso all'assicuratore. Il contratto può disporre che tale avviso sarà dato per iscritto.

Giusta l'art. 38 cpv. 2 LCA quando l'avente diritto manchi per sua colpa a quest'obbligo, l'assicuratore può ridurre l'indennità dell'importo di cui si troverebbe diminuita se l'avviso fosse stato dato in tempo.

Questo articolo non ha carattere imperativo, per cui le parti possono derogarvi (cfr. art. 97 e 98 LCA, Carré, loi fédérale sur le contrat d'assurance, Losanna 2000, ad art. 38, pag. 274), prevedendo in particolare la perdita del diritto al risarcimento in caso di avviso tardivo.

Ciò è il caso in concreto nella misura in cui le parti hanno stabilito che in caso di malattia grave e/o infortunio grave i costi di azioni di pronto soccorso non ordinati dalla centrale "medical" non vengono assunti. Per cui, in caso di avviso tardivo l'assicuratore non rimborsa i costi derivanti da salvataggi o trasporti all'estero.

Una clausola di perdita del diritto all'indennità in caso di avviso tardivo del sinistro all'assicuratore non è contraria, di per sé, né all'equità (TC VD RUA V n° 168), né alla consuetudine (CA BE RUA IV n° 127).

Così, a condizione d'essere colposa, l'omissione d'annunciare in tempo il sinistro all'assicuratore può, tramite clausola contrattuale, essere sanzionata con la perdita del diritto alla prestazione (DTF 74 II 91, RUA X n° 43, DTF 40 II 60, RUA III n° 65/254; TF RUA XV n° 56, citate in Carré, op. cit., ad art. 38 pag. 274), riservata la protezione dell'art. 45 LCA (Carré, op. cit., ad art. 38 pag. 274).

Nell'interpretare l'art. 38 cpv. 1 LCA ed in particolare il termine francese "aussitôt" (tosto che sia venuto a conoscenza), la giurisprudenza ha stabilito che l'avviso di un incidente dato entro due giorni dal realizzarsi del rischio, ossia il giorno seguente la conoscenza da parte dell'assicurato dei diritti derivanti per lui dall'assicurazione, è tardivo (TF RUA V n° 166/179/ 329, citato in Carré, op. cit., ad art. 38, pag. 277).

Un termine di 24 ore per fare l'annuncio del decesso è ammissibile perché permette all'assicuratore di domandare, prima che sia troppo tardi, un'autopsia del defunto (i cui risultati possono condizionare il suo obbligo di risarcimento), ma l'inosservanza di questo termine molto corto non può essere opposta, senza contravvenire all'abuso di diritto, al beneficiario, se non nuoce all'assicuratore, per il fatto, per esempio, che un'autopsia è stata fatta d'ufficio (DTF 32 II 287; TC NE RJN 6 I 430; CA BE RUA IV n° 208, citato in Carré op. cit., ad art. 38 pag. 277). Possono essere previsti altri termini, per esempio un termine di trenta giorni (CA FR RUA VI n° 154), o un termine di tre giorni per avvisare l'assicuratore RC, a contare dalla notifica di una procedura aperta dalla vittima (CA FR RUA VI n° 154). Una clausola delle CGA che indica che il sinistro deve essere annunciato entro 30 giorni è valida (DTF 115 II 88, RUA XVII n° 33; DTF 52 II 154, RUA V n° 146).

Per quanto concerne l'art. 38 cpv. 2 LCA, applicabile se le parti non hanno previsto alcuna norma contrattuale che vi deroghi (cfr. supra), la giurisprudenza ha stabilito che la sanzione dell'annuncio tardivo d'un incidente è quella descritta al cpv. 2 e non comporta, ipso facto, la perdita dei diritti dell'assicurato (TF RUA V n° 172, Carré, op. cit., ad art. 38, pag. 279). Per poter comportare la riduzione o la soppressione dell'indennità assicurativa, la violazione dell'avviso immediato del sinistro deve essere colposa oppure risultare dall'intenzione dell'avente diritto di impedire l'assicuratore di constatare, in tempo utile, le circostanze del sinistro (TF RUA V n° 169/172; TC NE RUA XVI n° 36). Sempre per quanto concerne l'art. 38 cpv. 2 LCA, applicabile quando mancano disposizioni contrattuali contrarie, la giurisprudenza ha stabilito che la tardività dell'avviso è senza conseguenze se non ha potuto aggravare la situazione dell'assicuratore (TC VD RUA V n° 168), ossia né il principio né l'estensione della responsabilità (TC SH RUA VII n° 152/205).

Nel caso di specie le parti hanno derogato, tramite le norme previste dalle CCA (art. da 19 a 21 CCA), all'art. 38 cpv. 2 LCA, prevedendo una perdita del diritto al rimborso dei costi di trasporto e di salvataggio in caso di avviso di sinistro non notificato immediatamente alla centrale di pronto soccorso "medicall".

Per cui l'attrice, dall'art. 38 cpv. 2 LCA, non può far derivare alcun diritto, in particolare per quanto concerne le spese che la convenuta avrebbe dovuto sopportare in caso d'intervento da parte della medicall.

Ne discende che è superfluo far allestire una perizia sull'intervento e sui costi di un salvataggio organizzato dall'assicuratore previo allarme della centrale di soccorso, come richiesto dall'interessata (cfr. doc. I).

Va a questo proposito rammentato che conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca l'amministrazione o il giudice, in base ad un apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori non potrebbero modificare il risultato, si rinuncerà ad assumere altre prove (apprezzamento anticipato delle prove; Kieser, Das *Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, pag. 212 no. 450, Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2a ed., pag. 39 no. 111 e pag. 117 no. 320; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2a ed., pag. 274; cfr. anche STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01; DTF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). Tale modo di procedere non costituisce una violazione del diritto di essere sentito desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (e in precedenza dall'art. 4 vCost.; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti).

2.7. Va ora esaminato se l'assicurata può prevalersi dell'art. 45 cpv. 1 LCA giusta il quale se fu convenuta una sanzione per il caso in cui lo stipulante o l'avente diritto manchi ad un obbligo, egli non incorre nella sanzione quando risulti dalle circostanze che la mancanza non è imputabile a colpa.

Per l'art. 45 cpv. 3 LCA quando il contratto o la legge vincoli l'esistenza di un diritto derivante dall'assicurazione all'osservanza di un termine lo stipulante o l'avente diritto può compiere l'atto omesso senza colpa non appena l'impedimento sia tolto.

L'assicurato, per evitare di perdere la sua pretesa, deve provare che è stato impedito di dare l'avviso del sinistro per ragioni oggettive e che non gli sono imputabili (DTF 115 II 88). Il prenditore dell'assicurazione non può invocare l'art. 45 LCA se per negligenza ha annunciato il sinistro tardivamente.

Sono motivi invocabili: la malattia dell'assicurato, l'impossibilità di procurarsi pezze giustificative, l'attitudine dell'assicuratore, del suo agente o di certe autorità (DTF 84 II 556, RUA XI n° 58, Carré, op. cit., ad art. 45, pag. 316).

E' necessario reagire immediatamente dopo la fine dell'impedimento (TF RUA V n° 184, TF RUA IV n° 134/240; TD di Sargans RUA XV n° 70; Tciv. BS RUA VI n° 160/185; CA BE RUA IV n° 127). Agisce immediatamente colui al quale non può più essere rimproverato alcun ritardo da quel momento, avuto riguardo delle circostanze del caso (TF RUA V n° 184).

Quando l'assicurato è stato impedito senza sua colpa di annunciare il sinistro nel termine previsto contrattualmente, lo deve fare immediatamente, non appena l'impedimento è sparito, poiché l'art. 45 cpv. 3 LCA non lo mette al beneficio di un nuovo termine (CA BE RUA IV n° 127/135).

La dottrina (Nef, Basler Kommentar, ad art. 45, pag. 728 segg.) considera infine che sono valide anche le clausole "*welche die Nachteile ausdrücklich auch dann eintreten lassen, wenn die Verletzung der Obliegenheit sich gar nicht ausgewirkt hat (vgl. Maurer, PVR, 309). Eine andere Frage lautet, ob dem Versicherungsnehmer oder Versicherten die Einrede der mangelnden Kausalität offen steht, wenn diesbezüglich keine ausdrückliche Vertragsabrede getroffen ist. Der Gesetzgeber erteilt in Art. 45 VVG keine Antwort" (...) "Art. 45 VVG bezieht sich demgegenüber nicht nur auf eine bestimmte Obliegenheit des Versicherungsnehmers, sondern stellt eine Schutzbestimmung auf, die für alle Obliegenheiten des Anspruchsberechtigten Geltung beansprucht, freilich bloss in der Verschuldens, nicht in der Kausalitätsfrage. Daraus lässt sich schliessen, dass der Gesetzgeber den Einwand der fehlenden Kausalität nicht generell, sondern nur - aber immerhin! - in den erwähnten speziellen Fällen zulassen wollte, wo das VVG eine ausdrückliche Regel enthält (BGE 57 II 588, 592; Koenig, SPR, 559; vgl. auch Maurer, PVR, 307, 309; für das Kausalitätserfordernis bei Vertragssanktionen grundsätzlich SCHAER, Obliegenheiten, 149 ff.). Das sollte stets gelten wenn der Vertrag diesbezüglich schweigt."*

- 2.8. In concreto, dagli atti emerge che in data 3 dicembre 2002, l'assicurata ha avvisato Y dell'infortunio subito, chiedendo il rimborso, oltre che delle spese di guarigione, anche dei costi del trasporto dal luogo dell'incidente all'ospedale malgascio. Il giorno dopo ha compilato il formulario di notifica dell'infortunio.

L'avviso è pertanto giunto manifestamente in ritardo (cfr. art. 19 CCA).

Il giorno dell'infortunio, ossia il 22 ottobre 2002, risulta infatti che il figlio dell'attrice ha organizzato il salvataggio dell'interessata per il tramite della REGA, senza tuttavia contattare il centro di pronto soccorso medicall come invece richiedono CCA.

Dagli atti non emerge, e nemmeno l'attrice del resto lo fa valere, che un contatto è avvenuto al momento o nei giorni seguenti il ricovero.

Seppur comprensibile, il ritardo nella notifica dell'infortunio comporta la perdita del diritto al rimborso dei costi derivanti dal trasporto dal luogo dell'incidente all'ospedale.

Infatti, se da una parte, vista la gravità di quanto successo e il comprensibile stato di panico nel quale inizialmente si trovava l'assicurata, non si poteva pretendere una telefonata immediata alla centrale dell'assicuratore, dall'altra, non va dimenticato che il figlio, presente al momento dell'incidente, ha potuto organizzare il trasporto.

L'attrice non fa valere motivi per i quali non sarebbe stato possibile avvisare anche l'assicuratore.

Inoltre, dalla descrizione dell'infortunio risulta che per circa due ore l'elicottero, che doveva trasportare l'assicurata all'ospedale, non è decollato (*"Purtroppo l'elicottero, che era pronto alle 1230 per partire, è decollato solo alle 1430 a causa di "ingiustificate paure" riguardo la copertura delle spese."*, doc. 1, inc. 36.2003.76).

Per cui, anche in questo lasso di tempo sarebbe stato possibile avvisare la centrale di soccorso.

Inoltre, e in ogni caso, non risulta, e nemmeno l'assicurata lo fa valere, di aver perlomeno avvisato Concordia una volta ricoverata presso l'ospedale malgascio.

Solo di ritorno in Svizzera, a fine novembre, l'attrice ha notificato l'incidente (doc. 3, inc. 36.2003.76).

Va ancora rilevato che il 19 novembre 2002 il figlio dell'attrice ha compilato un formulario di notifica alla REGA (cfr. doc. 1 alla posta "firma" figura: *"il figlio XXX membro della REGA e presente sul luogo dell'incidente, x procura, perché XXX torna dal Madagascar solo il 27.11.2003"*, doc. 1), indicando che l'assicuratore malattia della madre era la Concordia. Oltre ad essere a conoscenza del nome dell'assicuratore, il 19 novembre 2002 sembrava essere in possesso anche di una procura. Tuttavia, l'avviso all'assicuratore è avvenuto alcune settimane più tardi.

Ne discende che l'assicurata non ha avvisato immediatamente "medicall", come prevedono invece le CGA, e che in ogni caso,

anche se per ipotesi di lavoro si volesse considerare che l'interessata era impossibilitata, senza sua colpa, a comunicare immediatamente con l'assicuratore, nemmeno dopo la cessazione dell'impedimento ha agito immediatamente, come invece prevede l'art. 45 cpv. 3 LCA.

L'attrice non ha pertanto diritto ad alcun rimborso.

Va infine rilevato che l'allestimento di una perizia in punto alla questione a sapere quanto sarebbe costato un intervento tramite la medical non è necessario, poiché la perdita del diritto al rimborso è indipendente dalla presenza o meno di un nesso causale tra il mancato avviso e l'insorgere dei costi dell'intervento (cfr. Nef, supra al consid. 2.7 e, per quanto concerne l'apprezzamento anticipato delle prove, consid. 2.6 in fine).

In queste circostanze la petizione va respinta.

- 2.9. Secondo l'art. 47 cpv. 4 LSA, i tribunali svizzeri devono trasmettere gratuitamente all'autorità di sorveglianza una copia di tutte le sentenze civili concernenti disposizioni del diritto in materia di contratto d'assicurazione.

Con lettera del 14 agosto 2003 l'UFAP ha chiesto al TCA di trasmettergli tutte le sentenze inerenti il diritto privato emesse nel 2002, precisando che l'ufficio federale delle assicurazioni private non ha la facoltà di ricorrere contro le sentenze.

Alla luce della LSA e dello scritto dell'UFAP, s'impone la notifica anche della presente sentenza all'autorità di sorveglianza.

- 2.10. L'art. 43 della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (OG) prevede il ricorso per riforma al Tribunale federale per violazione del diritto federale. L'OG prevede in particolare la possibilità di adire il Tribunale Federale contro giudizi cantonali (art. 48 OG) in procedure di carattere non pecuniario in ambiti specifici (art. 44 OG). Rispettivamente è ammissibile il ricorso per riforma in procedure pecuniarie in specifici ambiti del diritto senza riguardo al valore pecuniario (art. 45 OG).

L'art. 46 dell'OG precisa che:

"Nelle cause civili per altri diritti di carattere pecuniario, il ricorso per riforma è ammissibile solo quando, secondo le conclusioni delle parti, il valore litigioso davanti all'ultima giurisdizione cantonale raggiungeva ancora 8'000 franchi almeno."

Nel caso di specie, il valore litigioso risulta essere superiore all'importo di fr. 8'000, motivo per il quale il presente giudizio è impugnabile mediante ricorso per riforma al Tribunale Federale di Losanna.

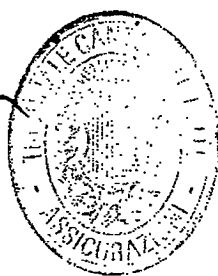
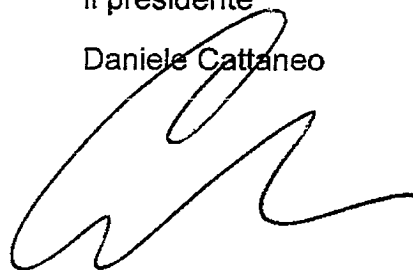
Per questi motivi

dichiara e pronuncia

- 1.- La petizione è **respinta**.
- 2.- Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato.
- 3.- Intimazione alle parti e all'UFAP.
Contro il presente giudizio è dato ricorso per riforma al Tribunale federale di Losanna ai sensi degli artt. 43 segg. della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (OG).

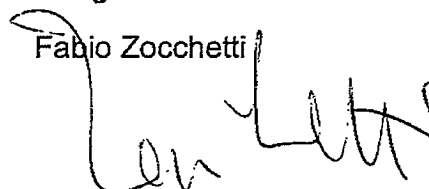
Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Daniele Cattaneo



Il segretario

Fabio Zocchetti



INTIMAZIONE
16 MAR. 2004
TRIBUNALE CANTONALE DELLE ASSICURAZIONI