

## **TI\_GERICHTE 38.2005.17 vom 15. Dezember 2004**

TI Tribunale d'appello, 2004-12-15, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_38.2005.17\\_d20041215](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2005.17_d20041215)

FR: TI\_GERICHTE 38.2005.17 du 15 décembre 2004

IT: TI\_GERICHTE 38.2005.17 del 15 dicembre 2004

### **Regeste**

Annulata la decisione su opposizione con la quale l'amministrazione ha sospeso l'assicurato per un certo periodo dal diritto alle indennità di disoccupazione senza mai averlo sentito in merito. Motivazione della decisione. Forma con la quale le prove vanno assunte e sottoposte.

### **Erwägungen**

#### **E. 28**

febbraio 2001, FF N. 23 del 12 giugno 2001, pag. 2007), che l'assicurato abbia fornito al proprio datore di lavoro un motivo grave, atto a giustificare lo scioglimento del rapporto di lavoro con effetto immediato (cfr. art. 337 e 346 cpv. 2 CO). Basta una colpa non necessariamente di natura professionale ma anche soltanto attinente al comportamento generale o al carattere dell'assicurato, purché abbia costituito per il datore di lavoro il motivo della disdetta del rapporto di lavoro (cfr. Holzer, Kommentar zum BG über die Arbeitslosenversicherung, Zurigo 1954 p. 142ss.; Schweingruber, Der Dienstvertrag und seine Beziehungen zum Arbeitslosenversicherungsrecht, in DLA 1954 pag. 138ss.; Jost, Le droit du contrat de travail et le droit en matière d'assurance-chômage, in DLA 1975, pag. 82ss; Stauffer, Die Arbeitslosenversicherung, Zurigo 1984, pag. 91ss.; Spühler Grundriss des Arbeitslosenversicherungsrecht, Berna 1985, pag. 46ss.; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungs-gesetz, (AVIG), Berna 1987, Vol. 1, p. 363-367; Stauffer, Serie: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungs-recht, "Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzschiädigung", ed. Schulthess, Zurigo 1998, pag. 77-80; tra le tante STFA del 14 giugno 2005 nella causa S., C 102/05; STFA del 16 febbraio 2004 nella causa S., C 154/03; STFA del 13 novembre 2003 nella causa M., C 120/03; DLA 1998 N. 9, consid. 2b, pag. 44; DLA 1995 N. 18, consid. 1, pag. 107 e 108; DTF 112 V 242, consid. 1, pag. 244-245 e la giurisprudenza ivi citata). Va inoltre osservato che la sospensione dal diritto alle indennità di un assicurato disoccupato per colpa propria deve essere esaminata anche alla luce della Convenzione OIL n° 168 del 21 giugno 1988 in vigore in Svizzera dal 17 ottobre 1991 (cfr. RS 0.822.726.8; DTF 124 V 234; fra le tante: STFA del 17 ottobre 2000 nella causa M, C 53/00; STFA del 19 dicembre 2001 nella causa E., C 176/01; STFA del 10 maggio 2001 nella causa A, C 76/00; STFA del 13 febbraio 2003 nella causa I, C 230/01; STFA del 13 novembre 2003 nella causa M., C 120/03). L'art. 20 lett. b della citata Convenzione prevede che: " Le indennità alle quali una persona protetta avrebbe avuto diritto nell'eventualità di disoccupazione totale o parziale o di perdita di guadagno dovuta a sospensione temporanea del lavoro senza cessazione del rapporto di lavoro possono essere rifiutate, soppresse, sospese o ridotte in una misura prescritta: b) se, secondo la valutazione dell'autorità competente, l'interessato ha deliberatamente contribuito al suo licenziamento." L'art. 44 cpv. 1 lett. a OADI è stato

ritenuto compatibile con la Convenzione n° 168 (cfr. STFA del 17 ottobre 2000 nella causa M., C 53/00; STFA del 10 maggio 2001 nella causa A., C 76/00; RDAT II – 2003 pag. 310 seg.). In una decisione del 13 novembre 2003 l'Alta Corte si è riconfermata nella propria giurisprudenza e, in merito alla disoccupazione per "propria colpa", ha ribadito che: "(...)

2.2 Ein Selbstverschulden im Sinne der Arbeitslosenversicherung liegt dann vor, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Umständen und Verhältnissen vermeidbaren Verhalten des Versicherten liegt, für das die Arbeitslosenversicherung die Haftung nicht übernimmt (ARV 1998 Nr. 9 S. 44 Erw. 2b mit Hinweisen; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N 8 zu Art. 30). Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung setzt keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund gemäss Art. 337 bzw. Art. 346 Abs. 2 OR voraus. Es genügt, dass das allgemeine Verhalten der versicherten Person Anlass zur Kündigung bzw. Entlassung gegeben hat; Beanstandungen in beruflicher Hinsicht müssen nicht vorgelegen haben (BGE 112 V 245 Erw. 1 mit Hinweisen). Eine Einstellung kann jedoch nur verfügt werden, wenn das dem Versicherten zur Last gelegte Verhalten in beweismässiger Hinsicht klar feststeht (BGE 112 V 245 Erw. 1; ARV 1999 Nr. 8 S. 39, je mit Hinweisen; Gerhards, a.a.O., N 11 zu Art. 30). Das vorwerfbare Verhalten muss zudem nach Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 (SR 0.822.726.8; für die Schweiz in Kraft seit dem 17. Oktober 1991) vorsätzlich erfolgt sein (vgl. BGE 124 V 236 Erw. 3a und b; Urteile B. vom 11. Januar 2001 Erw. 1, C 282/00, und M. vom 17. Oktober 2000 Erw. 1, C 53/00). (...)" (cfr. STFA del 13 novembre 2003 nella causa M., C 120/03, consid. 2.2) Il comportamento dell'assicurato che ha causato il suo licenziamento, per essere sanzionabile alla luce delle disposizioni di diritto internazionale, deve pertanto essere stato intenzionale (cfr. DTF 124 V 236 consid. 3b; STFA del 17 ottobre 2000 nella causa M., C 53/00; STFA del 4 giugno 2002 nella causa B., C 371/01; STFA del 7 novembre 2002 nella causa S., C 365/01; STFA del 13 febbraio 2003 nella causa I., C 230/01; STFA del 13 novembre 2003 nella causa M., C 120/03). E' comunque sufficiente il dolo eventuale (cfr. DLA 2003 N. 26 pag. 248; RDAT II – 2003 pag. 310 seg.; STFA del 4 giugno 2002 nella causa B., C 371/01; STFA del 19 dicembre 2001 nella causa E., C 176/01 e STFA del 26 aprile 2001 nella causa G., C 380/00).

2.3. La costante giurisprudenza del TFA ha stabilito che, ove occorre esaminare se il lavoratore ha con il suo comportamento, segnatamente mediante violazione dei suoi obblighi contrattuali, fornito al datore di lavoro un motivo di licenziamento, la sospensione del diritto alle indennità potrà essere decisa solo se sarà nettamente stabilita una colpa del lavoratore. Tale è il caso soltanto quando le accuse del datore di lavoro sono chiaramente credibili. Ciò significa concretamente che quando una controversia oppone l'assicurato al suo datore di lavoro, le sole affermazioni di quest'ultimo non bastano per ammettere una colpa contestata dell'assicurato e non confermata da altre prove (ad es. deposizioni testimoniali) o indizi in grado di convincere l'amministrazione o il giudice (cfr. STFA del 13 novembre 2003 nella causa M., C 120/03, consid. 2.2; STFA del 24 settembre 2003 nella causa R., C 281/02, consid. 1.2; DLA 1999 N. 8, consid. 7b, pag. 39; DLA 1995 N. 18, consid. 1, pag. 108; DTF 112 V 242, consid. 1, pag. 245 e i rinvii ivi menzionati; sulla giurisprudenza analoga resa prima dell'entrata in vigore della LADI, cfr. DLA 1980 N. 6, consid. 2b, pag. 15 e 16, DLA 1977 N. 30 e DLA 1972 N. 14).

2.4. Secondo l'art. 30 cpv. 3 LADI la durata della sospensione è determinata in base alla gravità della colpa e ammonta, per ogni motivo di sospensione a 60 giorni al massimo o, nel caso di cui al

capoverso 1 lettera g, a 25 giorni. La sospensione del diritto a indennità va da 1 a 15 giorni in caso di colpa lieve, da 16 a 30 giorni in caso di colpa mediamente grave e da 31 a 60 in caso di colpa grave (cfr. art. 45 cpv. 2 OADI). La sua durata è determinata secondo la gravità della colpa (cfr. art. 30 cpv. 3 LADI e DLA 2000 N. 9, consid. 1, pag. 47-48), soggiace in altre parole al principio della proporzionalità (cfr. DTF 125 V 193, consid. 4b, pag. 197; DTF 123 V 150; STFA del 17 marzo 2003 nella causa J., C 278/01, consid. 1.3; STFA del 28 settembre 2001 nella causa U., C 119/01, consid. 3; STFA del 21 maggio 2001 nella causa D., C 424/00, consid. 2). In virtù dell'art. 45 cpv. 2 bis OADI, se l'assicurato è ripetutamente sospeso dal diritto all'indennità entro il termine quadro per la riscossione della prestazione, la durata della sospensione è prolungata in modo adeguato. L'art. 45 cpv. 3 OADI stabilisce che la colpa grave è data se l'assicurato ha abbandonato senza valido motivo un impiego idoneo senza garanzia di uno nuovo o ha rifiutato un lavoro idoneo.

2.5. Secondo l'art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera (Cost. fed.), le parti hanno diritto di essere sentite. Per costante giurisprudenza, da questo principio va in particolare dedotto il diritto per l'interessato di esprimersi prima della pronuncia di una decisione sfavorevole nei suoi confronti, quello di fornire prove circa i fatti suscettibili di influire sul provvedimento, quello di poter prendere visione dell'incarto, quello di partecipare all'assunzione delle prove, di prenderne conoscenza e di determinarsi al riguardo (cfr. STFA dell'11 febbraio 2004 nella causa M., C 24/02, consid. 5.4; DTF 127 I 56 consid. 2b, 127 III 578 consid. 2c, 126 V 130 consid. 2a; cfr., riguardo al previgente art. 4 cpv. 1 vCost., la cui giurisprudenza si applica anche alla nuova norma, DTF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 1a, 375 consid. 3b e sentenze ivi citate). Il diritto di essere sentito comprende pure la pretesa di ottenere una decisione motivata, che impone all'autorità di pronunciarsi nei considerandi sulle allegazioni delle parti, riferendosi agli argomenti da esse adottati. Tale obbligo intende evitare che l'autorità, nell'esercizio dei suoi poteri decisionali, si lasci guidare da ragioni non pertinenti e, d'altro canto, consentire al cittadino di farsi una chiara idea della portata della decisione che lo riguarda per poterla, se del caso, impugnare. A tale fine, ogni atto decisionale deve menzionare, anche se brevemente, le considerazioni che hanno determinato il convincimento, ritenuto comunque che l'autorità non è tenuta a prendere esplicitamente posizione su ogni allegazione di fatto o di diritto, ma può limitarsi ai punti essenziali e all'esame delle argomentazioni di parte atte ad influire sul giudizio (cfr. DTF 121 III 331 consid. 3b, 118 V 58; STF del 5 marzo 2002 nella causa A., 2A.418/2001, parz. pubblicata in PRA 8/2002, pag. 679ss.; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurigo 1993, p. 100; Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Berna 2000, pag. 368ss.). In caso di carenza nella motivazione, la decisione viene di regola annullata, indipendentemente dall'interesse materiale delle parti, in quanto il diritto in questione è di natura formale (DTF 116 V 184, 115 V 305). In via eccezionale ciò non accade se il difetto - non particolarmente grave (DTF 116 V 185) - può essere sanato, in quanto l'istanza di ricorso dispone di piena cognizione, alla parte vengono resi noti tutti i fatti rilevanti ed egli viene sentito su questi fatti, di regola sulla base di un secondo scambio di allegati (DTF 116 V 39, 110 V 113; Kölz/Häner, op. cit., pag. 102). Il TFA ha tuttavia statuito che il diritto di essere sentito viene sanato solo eccezionalmente (DTF 118 V 315 consid. 3c, 116 V 186). L'art. 42 LPGA prevede che le parti hanno il diritto di essere sentite. Non devono obbligatoriamente essere sentite prima di decisioni impugnabili mediante opposizione. A tale proposito, in una sentenza del 23 giugno 2003 nella causa S. (C 49/03) (cfr. in questo stesso senso, STFA del

1° settembre 2003 nella causa P., P 32/03) - riguardante una fattispecie in cui l'art. 42 LPGA non poteva ancora essere applicato - accertato che il diritto di essere sentito dell'assicurato era stato violato prima dell'emanazione di una decisione di sospensione, l'Alta Corte ha rilevato che: " Die Sache geht daher an die Arbeitslosenkasse zurück, damit sie nach Erfüllung des Gehörsanspruchs erneut über eine allfällige Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit befinde. In diesem Rahmen kommt nunmehr Art. 42 Satz 2 ATSG zur Anwendung, wonach die Gewährung des rechtlichen Gehörs ins Einspracheverfahren verschoben ist (Kieser, a.a.O. Art. 42 Rz. 24)." (cfr. STFA succitata, consid. 3.2 - la sottolineatura è del redattore) In una sentenza del 22 dicembre 2003 nella causa J. (H 272/03) il TFA, al consid. 3.3., si è invece così espresso: " (...) Selon un principe général de la procédure administrative, l'autorité n'est pas tenue d'entendre les parties avant de prendre une décision susceptible d'être frappée d'opposition (art. 30 al. 2 let. b PA). Ce principe est aujourd'hui spécifiquement consacré, en matière d'assurances sociales, à l'art. 42 2ème phrase LPGA." Questo Tribunale ritiene comunque che la chiara giurisprudenza federale emessa prima dell'entrata in vigore della LPGA, secondo cui l'assicurato deve essere sentito prima che venga presa una decisione nei suoi confronti, (cfr. STFA del 22 aprile 2003 nella causa J., C 87/01, consid. 3; STFA del 6 agosto 2002 nella causa C., C 91/02, consid. 1a; RAMI 2002 p. 77, consid. 3d, p. 83; SVR 2002 ALV Nr. 4 pag. 9; DTF 126 V 130 = SVR 2001 ALV Nr. 12 p. 37), mantiene, in talune circostanze, la sua validità anche successivamente (cfr. U. Kieser, ATSG Kommentar, Schulthess 2003, ad art. 42, n. 7 e n. 19-23; Th. Locher, "Grundriss des Sozialversicherungsrechts", Ed. Staempfli Verlag AG, Berna 2003, pag. 447-448 n° 18-23). Il Tribunale federale delle assicurazioni, chiamato a pronunciarsi nel caso di un assicurato, sospeso dal diritto alle indennità di disoccupazione per non aver seguito le istruzioni del servizio competente (interruzione del programma di occupazione temporanea), che ha sostenuto di essere stato leso nel suo diritto di essere sentito, in una decisione del 30 settembre 2005 nella causa B. (C 279/03), si è così espressa: " (...) 2. 2.1 Nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Garantie umfasst das Recht auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. Bevor die Behörde einen Entscheid trifft, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift, hat sie ihn davon in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, sich vorgängig zu äussern (BGE 129 II 504 Erw. 2.2, 127 I 56 Erw. 2b, 126 V 131 Erw. 2b). Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör hat seinen positivrechtlichen Niederschlag im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVG) gefunden (vgl. BGE 121 V 153 Erw. 4c, 119 V 211 Erw. 3c mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung zu Art. 4 aBV). Es gilt, soweit vorliegend von Bedeutung, folgende Regelung: Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG). Die Behörde hört die Parteien an, bevor sie verfügt (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Sie braucht die Parteien nicht anzuhören u.a. vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind (Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG; vgl. zur Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung BGE 122 II 286 Erw. 6b). 2.2 2.2.1 Gemäss Art. 42 des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör (Satz 1). Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind (Satz 2). Diese Regelung entspricht im Wesentlichen der Ordnung gemäss Art. 29 und Art. 30 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b VwVG (Bericht «Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht» der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und

Gesundheit vom 26. März 1999 [BBl 1999 4523 ff.] S. 4599 sowie Amtl. Bull. 2000 S 181 [Votum Schiesser]; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, S. 419 ff. Rz 1, 7 und 18 zu Art. 42). Art. 42 ist auch im Bereich der obligatorischen Arbeitslosen-versicherung anwendbar (Art. 1 lit. b und Art. 2 ATSG sowie Art. 1 Abs. 1 AVIG in der seit 1. Januar 2003 gültigen Fassung). (...) 3. 3.1 Nach dem bis 31. Dezember 2002 in Kraft gestandenen Art. 16 Abs. 2 erster Satz AVIV ist im Rahmen der Abklärung, ob ein Einstellungsgrund im Zusammenhang mit einem der in Absatz 1 lit. a-d aufgezählten Tatbestände gegeben ist (u.a. Nichtbefolgen der Weisungen des Arbeitsamtes im Sinne von Art. 17 Abs. 3 AVIG in der bis 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung), dem Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. In BGE 126 V 130 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in Bestätigung seiner nicht veröffentlichten Praxis sowie in Übereinstimmung mit dem Schrifttum entschieden, dass allgemein vor Erlass einer Verfügung über die Einstellung in der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung der versicherten Person das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Sanktion zu gewähren ist. Das Gericht hat erwogen, dass die Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach Art. 30 Abs. 1 AVIG eine verwaltungsrechtliche Sanktion darstellt, die erheblich in die Rechtsstellung der versicherten Person eingreift. Arbeitslosenversicherungsgesetz und -verordnung regeln mit Ausnahme der in Art. 16 Abs. 1 AVIV normierten Einstellungsstatbestände im Zusammenhang mit der zumutbaren Arbeit nicht, ob vor einer solchen Massnahme das rechtliche Gehör zu gewähren ist. Die Arbeitslosenversicherung kennt im Unterschied zu anderen Sozialversicherungszweigen weder ein Vorbescheid- noch ein Einspracheverfahren. Das Verwaltungsverfahren findet direkt mit dem Erlass einer (förmlichen) Verfügung seinen Abschluss. Aufgrund dieser prozessualen Ordnung gebietet der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör, dass einer betroffenen Person vor Erlass der Verfügung Gelegenheit gegeben wird, sich zur beabsichtigten Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu äussern (BGE 126 V 132 f. Erw. 3b; vgl. auch SVR 2003 EL Nr. 3 S. 10 Erw. 3.2). 3.2 Es fragt sich, ob BGE 126 V 130 auch unter der Herrschaft des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts nach Einführung des Einspracheverfahrens im Bereich der Arbeitslosenversicherung weiterhin Gültigkeit hat. Bejahendenfalls stellt die Nichtanhörung der betroffenen Person vor Erlass der Einstellungsverfügung eine schwerwiegende, im Einspracheverfahren grundsätzlich nicht heilbare Verletzung des rechtlichen Gehörs dar (vgl. BGE 126 V 133 unten und SVR 2003 EL Nr. 9 S. 10 Erw. 3.2 in fine). Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG und Art. 42 zweiter Satz ATSG besagen ausdrücklich, dass die Parteien vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind, nicht angehört werden müssen. Dies spricht gegen die Weitergeltung von BGE 126 V 130. Der Wortlaut schliesst die Anhörung der versicherten Person vor Erlass der Verfügung im Sinne der Bekanntgabe der wesentlichen Elemente ihres voraussichtlichen Inhalts (Verschuldensgrad und Einstellungsdauer) aber auch nicht aus. Ob BGE 126 V 130 auch unter der Herrschaft des ATSG gültig ist, braucht jedoch aus den nachstehenden Gründen nicht abschliessend beurteilt zu werden. 4. Auch im Verfügungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (vgl. BGE 125 V 195 Erw. 2 sowie Art. 43 Abs. 1 ATSG). Die Verwaltung darf die für die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts notwendigen Abklärungen nicht in das Einspracheverfahren verschieben (vgl. ZAK 1987 S. 298). Dieses verlöre sonst weitgehend seinen Sinn und Zweck, letztlich die Gerichte zu entlasten (BGE 125 V 191 Erw. 1c und SVR 2005 AHV Nr. 9 S. 31 Erw. 1.3.1; Andreas Freivogel, Zu den Verfahrensbestimmungen des ATSG, in: Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) [Band 15 der Schriftenreihe des IRP-HSG, St. Gallen

2003 (René Schaffhauser/Ueli Kieser [Hrsg.]) S. 108 unten). Bei den Abklärungen hat die Verwaltung auch die verfassungsmässigen und spezialgesetzlichen Mitwirkungsrechte der Parteien zu beachten. Bei der Einstellung in der Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosentaggelder im Besonderen kommt der Befragung der versicherten Person erhebliche Bedeutung zu. Im Mittelpunkt steht die Verschuldensfrage. Nach dem Grad des Verschuldens (leicht, mittelschwer oder schwer) bestimmt sich die Einstellungsdauer (Art. 30 Abs. 3 dritter Satz AVIG und Art. 45 Abs. 2 AVIV; BGE 122 V 40 Erw. 4c/aa und ARV 2000 Nr. 9 S. 49 Erw. 4a). Tatsache und Schwere des Verschuldens lassen sich in aller Regel nicht zuverlässig beurteilen, ohne dass die von der Sanktion bedrohte Person die Gründe für das ihr vorgeworfene Verhalten dartun und entlastende Umstände geltend machen konnte. Diese können sowohl die subjektive Situation des oder der Versicherten, als auch objektive Gegebenheiten beschlagen (BGE 130 V 125). Es kommt dazu, dass häufig auf Grund der Akten allein nicht ohne weiteres klar ist, wie das der versicherten Person vorgeworfene Verhalten rechtlich zu qualifizieren ist resp. welcher Einstellungsgrund in Betracht kommt (vgl. BGE 122 V 37 Erw. 2c). Von der Befragung der versicherten Person vor Erlass einer Einstellungsverfügung kann deshalb in der Regel nicht abgesehen werden. Dies gilt auch im hier zu beurteilenden Fall. Das RAV hat denn auch versucht, dem Versicherten die entsprechenden Fragen zu stellen. (...)" (cfr. STFA del 30 settembre 2005 nella causa B., C 279/03) In un'altra sentenza del 20 settembre 2005 nella causa B. (C 128/04), in particolare riguardo alla forma in cui il diritto di essere sentito deve essere tutelato, l'Alta Corte ha precisato che: "(...) 1.2 Art. 29 Abs. 2 BV räumt kein Recht auf mündliche Anhörung ein, sondern beschränkt den Gehörsanspruch auf schriftliche Stellungnahmen (Pra 2003 Nr. 97 S. 520 Erw. 2.6; Urteil W. des Bundesgerichts vom 13. November 2002, 4P.195/2002; vgl. BGE 125 I 219 Erw. 9b sowie AHI 1993 S. 41 Erw. 3b betreffend Art. 4 aBV), es sei denn, ein Erlass gäbe ausdrücklich das Recht auf eine mündliche Anhörung (vgl. Pra 2003 Nr. 97 S. 520 Erw. 2.6). Art. 42 ATSG sieht mündliche Anhörungen im Rahmen des Verwaltungsverfahrens nicht ausdrücklich vor und auch aufgrund des VwVG oder des AVIG ergibt sich kein explizit erwähntes Recht auf eine mündliche Anhörung. Anhand der Akten ist ersichtlich, dass die Versicherte ausreichend Gelegenheit hatte, zum Sachverhalt Stellung zu nehmen (vgl. Erw. 1.1 hievor). Es sind hier auch keine Umstände gegeben, die zu einer Ausnahme vom Regelfall der Möglichkeit, schriftlich Stellung zu nehmen, führen würden, sodass das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt wurde, indem sie nicht mündlich angehört wurde. (...)" (cfr. STFA del 20 settembre 2005 nella causa B., C 128/04) Riguardo poi all'assunzione quali prove di appunti che concernono punti essenziali della fattispecie, in una decisione del 17 agosto 2005 nella causa J. (C 123/05), l'Alta Corte si è così espressa: "(...)" Diesbezüglich ist zu beachten, dass eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche oder telefonische Auskunft nur insoweit zulässig ist, als damit blosser Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen, festgestellt werden. Dagegen kommt grundsätzlich nur die Form einer schriftlichen Anfrage und Auskunft in Betracht, wenn Auskünfte zu wesentlichen Punkten des rechtserheblichen Sachverhaltes einzuholen sind (BGE 117 V 285 Erw. 4c mit Hinweis). Hält ein Mitarbeiter eines Versicherers den Inhalt eines Telefongesprächs schriftlich fest und bestätigt die befragte Person mit ihrer Unterschrift ausdrücklich, dass die Wiedergabe des Gesprächs korrekt ist, ist diesem Schriftstück unter Umständen Beweiswert zuzuerkennen (RKUV 2003 Nr. U 473 S. 49 Erw. 3.2 mit Hinweisen). Ein solcher ist auch mit Blick auf Art. 43 Abs. 1 ATSG gegeben (Urteil W. vom 7. Juni 2005, H 163/04, Erw. 5 mit Hinweis). Daher hat die Vorinstanz zu

Recht erkannt, dass auf die in den Aktennotizen vom 17. August und 12. November 2004 festgehaltenen telefonischen Auskünfte der Arbeitgeberin über die voraussichtliche Anstellungsdauer des Versicherten nicht abgestellt werden kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör wurde überdies insoweit verletzt, als der Versicherte zur Aktennotiz vom 12. November 2004 auch im Rahmen des Einspracheverfahrens nicht hat Stellung nehmen können. Somit hat die Arbeitslosenkasse gemäss Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids zu verfahren und die Abklärungen des rechtserheblichen Sachverhalts in beweistauglicher Form vorzunehmen. (...)" (cfr. STFA del 17 agosto 2005 nella causa J., C 123/05) 2.6. Nell'evenienza concreta risulta dagli atti di causa che l'assicurato si è iscritto al collocamento il 27 settembre 2004 (cfr. doc. 63). Con lettera del 20 agosto 2004 la \_\_\_\_\_, nella sua veste di liquidatore della ditta \_\_\_\_\_, ha significato all'assicurato una lettera di disdetta con effetto immediato (cfr. doc. 53). Quale motivo della disdetta, l'assicurato nella sua "Domanda d'indennità di disoccupazione" e il liquidatore della \_\_\_\_\_ nell'"Attestato del datore di lavoro", hanno indicato la messa in liquidazione della società su disposizione della \_\_\_\_\_ (cfr. doc. 11 punto 21 e doc. 39 punto 13). Nella decisione del 15 dicembre 2004 la Cassa ha sostenuto che: "(...) Nella sua funzione di contabile della SA, di partecipante ai Consigli d'Amministrazione non ha ottemperato ai suoi compiti correttamente, provocando il fallimento della società (...)" (cfr. doc. A/3). Nella decisione su opposizione del 3 febbraio 2005 (oggetto della presente vertenza) la Cassa ha rilevato che: "(...) RI 1 era dipendente della \_\_\_\_\_, era iscritto a registro di commercio quale direttore sostituto con diritto di firma collettiva a due. Dal verbale del 10 agosto 2004 presso il Ministero Pubblico risultano le seguenti dichiarazioni: " Dal 1998 sono entrato formalmente a far parte del CdA in qualità di direttore sostituto/aggiunto" ed inoltre che "nell'ambito della sua funzione di responsabile della parte amministrativa della società rientra nelle mie incombenze la contabilità, la gestione del personale ed il servizio giuridico che di fatto viene già gestito autonomamente dalla signora \_\_\_\_\_." Alla Cassa risulta che in data 11 agosto 2004 il signor RI 1 è stato arrestato con la promozione dell'accusa di amministrazione infedele, falsità in documenti, soppressione di documenti, truffa e appropriazione indebita. Egli è rimasto in carcere fino al 24 settembre 2004. Tutti questi elementi hanno convinto la Cassa che il signor RI 1 sia disoccupato per colpa propria. Siamo coscienti che non si è ancora in possesso di un decreto d'accusa essendo la pratica penale tuttora nella fase istruttoria. Tuttavia la Cassa con gli elementi di cui dispone ritiene giustificata la sanzione adottata. (...)" (cfr. doc. A/1) Il TCA constata che, seppur motivata in maniera piuttosto succinta, la decisione su opposizione emanata dalla Cassa contiene tutti gli elementi necessari all'assicurato per comprendere gli estremi della vertenza, ovvero la conclusione della Cassa secondo la quale, vista la posizione in seno alla SA sua ex datrice di lavoro e considerati gli elementi dell'inchiesta penale tuttora pendente, egli sarebbe disoccupato per propria colpa. Del resto, nella decisione del 15 dicembre 2004 (cfr. doc. A/3), la Cassa ha affermato che, a suo dire, l'assicurato avrebbe provocato il fallimento della società. Inoltre, nell'opposizione del 14 gennaio 2005 (cfr. doc. A/2), l'assicurato ha contestato di: "(...) - essere disoccupato per propria colpa; - non avere correttamente adempiuto ai suoi compiti; - essere stato un "partecipante" dei consigli di amministrazione di \_\_\_\_\_ (senza tuttavia comprendere significato e portata di tale "funzione", estranea al vigente ordinamento giuridico); - essere il responsabile di \_\_\_\_\_. (...)" Da quanto appena esposto risulta tuttavia che la Cassa non ha mai sentito l'assicurato né in sede di decisione né prima di emettere la decisione su opposizione. Pertanto, vista la giurisprudenza qui sopra

riprodotta (cfr. consid. 2.5), questo Tribunale deve concludere che la Cassa ha violato il diritto di essere sentito dell'assicurato. La decisione impugnata deve dunque essere annullata e gli atti rinviati all'amministrazione affinché dia l'opportunità al ricorrente di prendere posizione in merito alla ventilata sospensione dal diritto alle indennità di disoccupazione. Questa soluzione si giustifica a maggiore ragione se si considera che anche nell'altra vertenza concernente l'assicurato e il suo diritto alle indennità per insolvenza, questo Tribunale ha rinviato gli atti all'amministrazione perché, sentito personalmente l'assicurato, si pronunci nuovamente sulla sua posizione in seno alla \_\_\_\_\_ (cfr. STCA del 16 novembre 2005 nella causa M., 38.2005.5). Inoltre anche le note manoscritte concernenti i colloqui telefonici con la segretaria, sig.ra \_\_\_\_\_, della PP \_\_\_\_\_ del 3 dicembre 2004 e con l'avv. \_\_\_\_\_ del 10 dicembre 2004 (cfr. doc. 18-20) non sono state fatte sottoscrivere dai diretti interessati e neppure risulta siano mai state sottoposte per osservazioni al ricorrente. L'amministrazione potrà, se lo riterrà necessario, chiedere al Ministero pubblico di visionare ulteriore documentazione oltre a quella già in suo possesso (cfr. al riguardo art. 32 LPGA e art. 27 CPP). In simili circostanze la decisione su opposizione impugnata va annullata e gli atti rinviati alla Cassa perché proceda come sopra indicato.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.