

## **TI\_GERICHTE 38.2014.54 vom 7. April 2014**

TI Tribunale d'appello, 2014-04-07, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_38.2014.54\\_d20140407](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2014.54_d20140407)

FR: TI\_GERICHTE 38.2014.54 du 7 avril 2014

IT: TI\_GERICHTE 38.2014.54 del 7 aprile 2014

### **Regeste**

Negato dt a ID da 7.2.2014, poiché, non essendo comprovata la riscossione di salari, non è possibile stabilire il guadagno aassic. In casu non può essere applicata eccez., ossia tenere conto di salari concordati. Rischio abuso non escluso, vista posizione del ricorr. in seno alla soc. ex DL (socio gerente)

### **Erwägungen**

#### **E. 3.1**

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer mit der Firma S. \_\_\_\_\_ am 1. September 2004 arbeitsvertraglich ein Monatsgehalt von Fr. 11'000.- vereinbart, welches ab Arbeitsbeginn bis Juni 2005 auch tatsächlich ausbezahlt worden war. Die Löhne der Monate Juli und August 2005 gingen nur noch teilweise und verspätet ein, seit September 2005 erfolgten keine Lohnzahlungen mehr.

#### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe bewusst zur Überbrückung der vorübergehenden Illiquidität des Unternehmens auf eine Auszahlung der Löhne verzichtet, was aber keinem grundsätzlichen Lohnverzicht gleichkomme. Es liege weder eine fiktive Lohnabrede im Sinne von BGE 128 V 189 vor, noch sei sonst wie ein missbräuchliches Verhalten zu erkennen.

#### **E. 3.3**

Vorab ist dem Versicherten entgegenzuhalten, dass es keinen Nachweis eines konkret erfolgten Missbrauchs bedarf. Massgebend ist einzig, ob eine Missbrauchsgefahr praktisch ausgeschlossen werden kann, was hier zu verneinen ist. Es kann zwar namentlich dann auf den vertraglich festgesetzten Lohn abgestellt werden, wenn dieser in einem langdauernden Arbeitsverhältnis nie bestritten war (in AJP 1994 S. 1460 ff. publiziertes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 14/94 vom 31. Mai 1994). Im Gegensatz zum soeben erwähnten Urteil bestand aber vorliegend einerseits nicht ein langjähriges Arbeitsverhältnis, sondern der Versicherte hatte lediglich über einen Zeitraum von zehn Monaten den vereinbarten Lohn erhalten, wobei bezüglich der Zahlungsmodalitäten bereits ab November 2004 Unregelmässigkeiten in Form von (verspäteten) Teilzahlungen bestanden. Vor allem aber konnte er hier als geschäftsführender Gesellschafter der Firma S. \_\_\_\_\_ sowie Verwaltungsratsmitglied der eng damit verbundenen Group X. \_\_\_\_\_ AG die Entscheidungen des Arbeitgebers massgeblich beeinflussen. Als Gesellschafter und als betriebsleitendes Organ trug der Beschwerdeführer von Anfang an ein unternehmerisches Risiko, das nicht auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt werden kann. Dieses Risiko musste ihm umso mehr bewusst sein, als es sich um eine erst im April 2004 gegründete Unternehmung handelte, die sich im Aufbau befand und demnach

keinesfalls finanziell und wirtschaftlich stabil war. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der seit November 2004 bestehenden Schwierigkeit der Firma, die (hohe) Lohnsumme regelmässig und vollständig auszurichten. Auch wenn anfänglich die Gehaltsforderungen erfüllt werden konnten, wurde gleich wie im Urteil 8C\_743/2008 vom 9. Februar 2009 (publ. in: SVR 2009 AIV Nr. 8 S. 27) die Lohnauszahlung bewusst vom unternehmerischen Erfolg der Arbeitgeberfirma abhängig gemacht und damit auch das Risiko der Nichteinbringlichkeit in Kauf genommen. Die Arbeitslosenentschädigung, die sich nach der Höhe des versicherten Verdienstes richtet, darf jedoch nicht zur Absicherung des unternehmerischen Risikos verwendet werden. Dies hat das Bundesgericht im erwähnten Urteil als zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich bezeichnet.

### E. 3.4

Der überdies geltend gemachte Einwand des Beschwerdeführers, es müsse - entgegen der von der Kasse vorgenommenen Berechnungsweise des versicherten Verdienstes - das ganze Gehalt des Monats April 2005 in der Höhe von Fr. 11'000.- berücksichtigt werden, geht fehl: Die Arbeitslosenkasse führt in ihrer letztinstanzlichen Vernehmlassung zutreffend aus, dass hier die letzten zwölf Beitragsmonate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 10. April 2006 massgebend sind (11. April 2005 bis 10. April 2006; Art. 37 Abs. 2 AVIV), da der Bemessungszeitpunkt, unabhängig von der Anmeldung zum Leistungsbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstauffalls beginnt (Art. 37 Abs. 3 AVIV). Deshalb kann für den Monat April 2005 lediglich der für die Zeit vom 11. bis 30. April 2005 ausbezahlte Lohnanteil berücksichtigt werden." La sentenza C 14/94 del 31 maggio 1994, citata dal TF nel giudizio appena menzionato, concerneva l'entità del guadagno assicurato di un'assicurata, dal 1986 alle dipendenze di una società, che il 20 settembre 1991, dopo che dal giugno 1991 non riceveva più il salario, è stata licenziata senza termine di disdetta a seguito del fallimento della ditta e che il 23 settembre 1991 si è annunciata al collocamento rivendicando delle indennità di disoccupazione. La Cassa le ha pure erogato delle indennità per insolvenza afferenti al periodo 21 giugno - 20 settembre 1991. L'allora TFA ha stabilito che: " (...) b) Mit Bezug auf die Wahl des Bemessungszeitraumes (September 1990 bis August 1991) und die Ermittlung des massgebenden Lohnes für die Periode September 1990 bis Mai 1991 lässt sich der angefochtene Entscheid nicht beanstanden. Nicht gefolgt werden kann der Rekurskommission hingegen insoweit, als sie für den Zeitraum Juni bis August 1991 die Auszahlung des Konkursamtes, bei der es sich anscheinend um die Konkursdividende handelt, als versicherten Verdienst betrachtete. Denn diese Zahlung kann nicht als der während des Bemessungszeitraumes normalerweise erzielte massgebende Lohn im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG qualifiziert werden. Nachdem aufgrund des Auszuges aus dem individuellen Konto und der Auskunft der AHV-Zweigstelle Zürich feststeht, dass die Beschwerdeführerin, wie behauptet, während längerer Zeit - zumindest von Januar 1990 bis Mai 1991 - einen Monatslohn von Fr. 4800.- (x 13) bezogen hat, was im übrigen nachträglich auch von D.\_\_\_\_\_ bestätigt wurde, kann dieses vertraglich vereinbarte Gehalt von Fr. 5200.- (Fr. 4800.- x 13 : 12) als der während des Bemessungszeitraumes normalerweise erzielte massgebende Lohn betrachtet werden. Dass die Beschwerdeführerin das ihr zustehende Salär ab Juni 1991 nicht mehr ausbezahlt erhielt, ist auf finanzielle Schwierigkeiten der Firma X.\_\_\_\_\_ zurückzuführen. Der Umstand, dass sie gleichwohl noch bis zum 20. September 1991 bei der Firma S.\_\_\_\_\_ arbeitete, kann der Beschwerdeführerin entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden. Insbesondere ist in diesem Verhalten kein konkludenter Lohnverzicht zu erblicken, zumal aufgrund des letztinstanzlich eingereichten

Schreibens der Bank X. \_\_\_\_\_ vom 20. September 1991 belegt ist, dass bis zu diesem Zeitpunkt begründete Hoffnung auf Überwindung des Liquiditätsengpasses der Firma S. \_\_\_\_\_ bestand. Auch der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin im Konkurs der Arbeitgeberfirma gemäss Forderungsanmeldung vom 30. Oktober 1991 für die Zeit ab Mai 1991 einen Monatslohn von Fr. 4224.- geltend machte und auch Insolvenzenschädigung lediglich in dieser Höhe beanspruchte, kommt keine entscheidende Bedeutung zu. Denn aus der Beilage zum Antrag auf Insolvenzenschädigung ist ersichtlich, dass es sich bei diesem Betrag um den Nettomonatslohn handelt und sie damals den Bruttolohn ebenfalls auf Fr. 4800.- bezifferte. (...)" La nostra Massima Istanza, con giudizio 8C\_921/2013 del 15 aprile 2014, massimato in RtiD II-2014 N. 90 pag. 396 segg, ha poi confermato una sentenza emessa il 18 novembre 2013 da questo Tribunale relativa a un assicurato socio e gerente con diritto di firma individuale e una quota di fr. 1'000.-- di una Sagl sin dalla sua fondazione fino al luglio 2012, quando è rimasto solo socio senza diritto di firma, che fino al 1° giugno 2012 è stato pure alle dipendenze della società (il 31 maggio 2012 ha disdetto il rapporto di lavoro con effetto immediato a causa del mancato pagamento degli stipendi dal mese di febbraio 2012) e al quale è stato negato il diritto alle indennità di disoccupazione, non essendo stato in grado di comprovare il versamento effettivo di un salario superiore a fr. 500.-- durante il periodo di calcolo (1° dicembre 2011 – 31 maggio 2012 oppure 1° giugno 2011 – 31 maggio 2012) . L'assicurato , in effetti, per sua stessa ammissione non ha percepito alcun salario per i mesi da febbraio a maggio 2012. Inoltre il TCA ha ritenuto che la questione di sapere se i salari del 2011 e lo stipendio per il mese di gennaio 2012 siano stati effettivamente versati all'interessato poteva rimanere irrisolta. Decisivo essendo il fatto che gli stessi, come riconosciuto dall'insorgente, erano stati interamente e direttamente immessi nella società, vista la difficile situazione finanziaria di quest'ultima, poi fallita nell'agosto 2012. Tale modo di procedere dell'insorgente risultava analogo, dal profilo della finalità e del risultato, al comportamento di un assicurato che per sostenere la ditta del suo datore di lavoro rinuncia, anche solo temporaneamente, al salario che in seguito non riesce più a incassare a causa dell'insolvenza della società. Questa Corte cantonale ha, quindi, considerato che doveva essere fatta astrazione da un eventuale effettivo incasso dei salari reinvestiti direttamente nella società. In concreto, poi, il TCA ha applicato il principio secondo il quale il guadagno assicurato ai sensi dell'art. 23 LADI è determinato in funzione dei redditi effettivamente percepiti sotto forma di salario durante il periodo di calcolo e non l'eccezione prevista dalla giurisprudenza, ritenuto che non poteva essere escluso un rischio di abuso. Determinante era la circostanza che l'interessato quale socio e gerente con firma individuale fino al luglio 2012 poteva influenzare in maniera rilevante le decisioni del datore di lavoro. Il suo ruolo in seno alla società implicava l'assunzione di un rischio imprenditoriale che non poteva essere scaricato sull'assicurazione disoccupazione la cui finalità era quella di garantire un'adeguata compensazione della perdita di guadagno ai salariati. Il fatto di avere reinvestito i redditi salariali direttamente nella società confermava, del resto, il potere decisionale dell'insorgente all'interno della stessa. Di conseguenza secondo questo Tribunale il guadagno assicurato del ricorrente per il periodo febbraio-maggio 2012, in cui non aveva ricevuto alcuna remunerazione, era pari a fr. 0.--, mentre per i mesi precedenti non risultava determinabile in modo sufficientemente attendibile, siccome, anche nel caso in cui l'assicurato abbia utilizzato i salari pure per se stesso e per i propri bisogni, sarebbe comunque impossibile stabilire l'ammontare esatto della remunerazione che, nel caso di corresponsione effettiva, è rimasto a sua disposizione. In simili condizioni, il TCA ha deciso che a ragione l'amministrazione aveva negato

all'assicurato il riconoscimento di prestazioni LADI. Il TF ha stabilito che l'accertamento di questa Corte, secondo cui nel periodo in questione precedente l'annuncio in disoccupazione non è stato versato alcun salario, non risultava essere stato svolto in modo manifestamente inesatto o in violazione del diritto, né si fondava su una valutazione arbitraria o comunque incompleta delle prove. L'Alta Corte, al riguardo, ha evidenziato che non bisognava in sostanza dimenticare che il ricorrente, pur detenendo una quota del solo 5%, aveva sempre gestito la società da solo. Infine giova rilevare che questa Corte, con sentenza 38.2011.3 del 5 settembre 2011, pubblicata in RtiD I-2012 N. 83 pag. 460, pronunciandosi in relazione al caso di una socia e gerente di una Sagl con diritto di firma individuale dalla fondazione della società nel 1988 e in possesso di una quota sociale di fr. 19'000.- (su un totale di fr. 20'000.-) che, dal 1988 al 31 marzo 2010, è pure stata alle dipendenze – senza percepire salario negli anni 2009/2010 – della Sagl, poi radiata d'ufficio nell'agosto 2010 a seguito di fallimento sospeso per mancanza di attivo, e nel mese di agosto 2010 si è iscritta in disoccupazione, ha deciso che a ragione la Cassa le aveva negato il diritto a indennità di disoccupazione, ritenuto che il suo guadagno assicurato per gli anni 2009/2010, non avendo la stessa percepito alcun salario, era pari a fr. 0.--. Il TCA ha motivato il proprio giudizio, rilevando che in quel caso di specie era applicabile il principio generale secondo cui determinanti ai fini del calcolo del guadagno assicurato ai sensi dell'art. 23 LADI sono i redditi effettivamente percepiti sotto forma di salario durante il periodo di calcolo. Non entrava, invece, in linea di conto l'applicazione dell'eccezione contemplata dalla giurisprudenza, che prevede di prendere come riferimento il salario concordato, ma soltanto allorché un abuso (nel senso di un accordo in merito a salari fittizi) può essere escluso. Infatti, in quella specifica evenienza un rischio di abuso, già dal profilo oggettivo, non poteva essere negato, in quanto quale socia e gerente della Sagl la ricorrente poteva influenzare in maniera rilevante le decisioni del datore di lavoro. Il suo ruolo in seno alla società implicava l'assunzione di un rischio imprenditoriale che non poteva essere scaricato sull'assicurazione contro la disoccupazione. L'asserzione della ricorrente secondo cui, per una sua precisa scelta, avrebbe girato gli stipendi spettanti ai collaboratori occupati della società a causa della carenza di liquidità della ditta per salvaguardare posti di lavoro e sperando in una ripresa non le è stata di alcun ausilio: tale dichiarazione ha confermato, al contrario, il suo potere decisionale all'interno della Sagl e perciò il fatto che la stessa si fosse addossata un rischio imprenditoriale che non andava posto a carico dell'assicurazione contro la disoccupazione.

2.4. Nell'evenienza concreta dalla documentazione agli atti emerge che il ricorrente era socio e gerente con diritto di firma individuale della società \_\_\_\_\_, iscritta a Registro di commercio nel gennaio 2006. Egli deteneva pure quote sociali per un importo pari a fr. 19'000.- su un capitale sociale complessivo di fr. 20'000.--. La restante quota sociale di fr. 1'000 apparteneva alla moglie, \_\_\_\_\_, socia senza diritto di firma (cfr. doc. 4; estratto RC reperibile al sito [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). L'assicurato, dal 2006, era impiegato a tempo pieno presso la \_\_\_\_\_ quale impiegato (cfr. doc. 6; 7). La società è stata sciolta in seguito a fallimento pronunciato con decreto della Pretura di \_\_\_\_\_ del 29 gennaio 2014 (cfr. doc. 4). L'insorgente, il 7 febbraio 2014, si è annunciato per il collocamento (cfr. doc. 5). Nella Domanda di indennità di disoccupazione del 13 febbraio 2014 l'assicurato ha indicato che il rapporto di lavoro, per il quale dall'Attestato del datore di lavoro risulta uno stipendio mensile lordo di fr. 3'750.--(cfr. doc. 7), è terminato a causa del fallimento e che l'ultimo giorno di lavoro effettuato è stato il 31 gennaio 2014 (cfr. doc. 6). La procedura di fallimento della \_\_\_\_\_ è stata sospesa per mancanza di attivo con decreto della Pretura di \_\_\_\_\_ del 1° aprile 2014.

La Cassa, con decisione del 7 aprile 2014, ha negato all'assicurato il diritto all'indennità di disoccupazione, poiché, non potendo comprovare la riscossione di uno stipendio, non può essere stabilito un guadagno assicurato (cfr. doc. 1; consid. 1.1.). Tale provvedimento è stato confermato con decisione su opposizione del 4 settembre 2014 (cfr. doc. A). La \_\_\_\_\_ in liquidazione è stata radiata d'ufficio in applicazione delle disposizioni dell'art. 159 cpv. 5 lett. a ORC ( un ente giuridico è cancellato d'ufficio se, in caso di sospensione della procedura fallimentare per mancanza di attivo, non è stata fatta alcuna opposizione motivata entro tre mesi dalla pubblicazione dell'iscrizione ai sensi del capoverso 3 o, nel caso di una ditta individuale, è cessato l'esercizio dell'azienda ) nell'agosto 2014 (cfr. estratto RC).

2.5. Chiamata a pronunciarsi in merito alla fattispecie, questa Corte ritiene utile, dapprima, osservare che la procedura in materia di assicurazioni sociali è retta dal principio inquisitorio (Untersuchungsgrundsatz, art. 43 cpv. 1 e 61 lett. c LPGa; art. 16 Lptca; STF 8C\_556/2010 del 24 gennaio 2011 consid. 9; STFA U 94/01 del 5 settembre 2001; STFA P 36/00 del 9 maggio 2001; DTF 122 V 157 consid. 1a; SVR 1995 AHV Nr. 57 pag. 164 consid. 5a; AHI praxis 1994 pag. 212; DTF 117 V 263; DTF 117 V 282). E' dunque compito dell'amministrazione, rispettivamente del giudice chiarire d'ufficio in modo corretto e completo i fatti giuridicamente rilevanti. Giova, in ogni caso, rilevare che il principio inquisitorio non è incondizionato, ma trova il suo correlato nell'obbligo delle parti di collaborare (cfr. art. 43 cpv. 3 e 61 lett. c LPGa; art. 16 Lptca; DLA 2001 N. 12 pag. 145; RAMI 1994 pag. 211; AHI praxis pag. 212; DLA 1992 pag. 113; DTF 117 V 261; DTF 116 V 26 consid. 3c; DTF 115 V 142 consid. 8a; DTF 114 V 234 consid. 5a; DTF 110 V 52 consid. 4a; Meyer, "Die Rechtspflege in der Sozialversicherung" in Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1989 pag. 12; Spira, "Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale" in Recueil de jurisprudence Neuchâteloise (RJN) 1984 pag. 16; Kurmann, "Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege in erster Instanz" in Luzerner Rechtsseminar 1986, Sozialversicherungsrecht, Referat XII, pag. 5 segg.). Questo obbligo comprende in particolare quello di motivare le pretese di cui le parti si avvalgono e quello di apportare, nella misura in cui può essere ragionevolmente richiesto da loro, le prove dettate dalla natura della vertenza o dai fatti invocati: in difetto di ciò esse rischiano di dover sopportare le conseguenze dell'assenza di prove (cfr. STFA U 94/01 del 5 settembre 2001; STFA P 36/00 del 9 maggio 2001; SVR 1995 AHV Nr. 57 pag. 164 consid. 5a; RAMI 1993 pag. 158-159 consid. 3a; DTF 117 V 264 consid. 3b; SZS 1989 pag. 92; DTF 115 V 113; G. Beati, "Relazioni tra diritto civile ... " in relazioni tra diritto civile e assicurazioni sociali, Lugano 1993, pag. 1 seg. (3)). Su questi aspetti, cfr. in particolare: J. L. DUC, "Les assurances sociales en Suisse", Losanna 1995, pag. 827-828 e TH. Locher, "Grundriss des Sozialversicherungsrecht" Berna 1997, pag. 339-341 il quale rileva che "besondere Bedeutung hat die Mitwirkungspflicht dann, wenn der Sachverhalt ohne Mitwirkung der betroffenen Person gar nicht (weiter) erstellt werden kann".

2.6. Il TCA ribadisce, inoltre, che ai sensi dell'art. 37 cpv. 1 OADI il periodo di calcolo per il guadagno assicurato corrisponde agli ultimi sei mesi di contribuzione che precedono il termine quadro per la riscossione della prestazione. Il guadagno assicurato è calcolato in base al salario medio degli ultimi dodici mesi di contribuzione che precedono il termine quadro per la riscossione della prestazione, se tale salario è più elevato del salario medio di cui al capoverso 1 (cfr. art. 37 cpv. 2 OADI). Inoltre il periodo di calcolo decorre dal giorno che precede l'inizio della perdita di guadagno computabile, indipendentemente dalla data di annuncio alla disoccupazione (art. 37 cpv. 3 OADI; STF 8C\_921/2013 del 15 aprile 2014 consid. 2.2.;

STF C 155/06 del 3 agosto 2007, consid. 3.1.). In concreto i periodi di calcolo previsti all'art. 37 cpv. 1 e 2 OADI decorrono rispettivamente dal 1° agosto 2013 al 31 gennaio 2014 e dal 1° febbraio 2013 al 31 gennaio 2014. Agli atti emergono unicamente dei conteggi di salario allestiti dalla \_\_\_\_\_ all'attenzione dell'insorgente relativi a uno stipendio mensile di fr. 3'750.-- lordi per il periodo gennaio 2013 – gennaio 2014 (cfr. doc. 13) e delle ricevute di salario per gli anni 2012 e 2013 firmate dal ricorrente che riportano l'importo di fr. 3'875.-- (cfr. doc. 8). Difettano giustificativi di pagamenti bancari o postali. Al riguardo va osservato che dal conto banca non si evince alcun prelevamento finalizzato al versamento del salario al ricorrente (cfr. doc. 12). Inoltre, per quanto attiene all'eventuale versamento in contanti dei salari, giova, in primo luogo, ribadire la discrepanza tra la somma indicata sui conteggi di salario di fr. 3'750.-- lordi (cfr. doc. 13) e quella sulle ricevute di fr. 3'875.-- (cfr. doc. 8). L'importo di fr. 3'750.-- lordi è pari, peraltro, a quello indicato sull'Attestato del datore di lavoro (cfr. doc. 7), mentre l'ammontare di fr. 3'875.-- corrisponde a quanto segnato sul conto cassa quale salario, anche nei mesi in cui il saldo era ampiamente negativo (cfr. doc. 11). In secondo luogo, va sottolineato che non sono stati forniti, né fatti valere ulteriori mezzi di prova atti a sostanziare quanto preteso dall'assicurato, ovvero di aver regolarmente percepito un salario dalla \_\_\_\_\_. La decisione di tassazione del 7 maggio 2014, da cui emerge un reddito da attività dipendente dell'insorgente di fr. 45'000.-- annui, ossia fr. 3'750.-- al mese, come indicato nella relativa dichiarazione di imposta (cfr. doc. 10), concerne l'anno 2012. Pertanto la medesima è in ogni caso irrilevante per l'esito della presente fattispecie in cui il ricorrente ha chiesto le indennità di disoccupazione dal 7 febbraio 2014 (cfr. consid.1.1.). L'assicurato stesso, del resto, non ha escluso errori di registrazione nella contabilità tenuta dalla moglie, socia senza diritto di firma in possesso di una quota di fr. 1'000.-- della \_\_\_\_\_ (cfr. estratto RC), o anche pasticciate (cfr. doc. I p.to 5). In simili condizioni, questa Corte, tutto ben considerato, ritiene che nel caso di specie non sia stata validamente comprovata la riscossione dei salari per l'anno 2013 e per il mese di gennaio 2014 presso la \_\_\_\_\_. Ne consegue che il ricorrente deve sopportare le conseguenze della carenza di prove riguardo alla riscossione degli stipendi menzionati (cfr. DTF 125 V 195 consid. 2; STF 9C\_549/2013 del 27 settembre 2013 consid. 2.3.; STF 8C\_319/2013 del 16 agosto 2013; STFA C 107/04 del 9 giugno 2005 consid. 3, STCA 38.2011.12 del 22 giugno 2011). 2.7. Questo Tribunale ritiene, inoltre, che nella presente fattispecie torni applicabile il principio generale secondo cui determinanti ai fini del calcolo del guadagno assicurato ai sensi dell'art. 23 LADI sono i redditi effettivamente percepiti sotto forma di salario durante il periodo di calcolo (cfr. consid. 2.2.). Deve, del resto, essere esclusa l'applicazione dell'eccezione contemplata dalla giurisprudenza, ossia prendere come riferimento il salario concordato. In effetti, come visto (cfr. consid. 2.2.), tale eccezione si applica soltanto allorché un abuso, nel senso di un accordo in merito a salari fittizi, può essere escluso. Tale ipotesi non si verifica in concreto. E' vero che nel caso presente, analogamente alla fattispecie di cui alla sentenza C 14/94 del 31 maggio 1994 dove l'Alta Corte ha stabilito che per determinare il guadagno assicurato andava fatto riferimento al salario convenuto contrattualmente (cfr. consid. 2.3.), si è confrontati con un rapporto di impiego di lunga durata, dal 2006 al gennaio 2014 (cfr. consid. 2.4.). Tuttavia, in concreto, decisiva è la circostanza che il ricorrente, a differenza del caso di cui alla sentenza C 14/94 del 31 maggio 1994 (l'assicurata non era socia o membro di un organo dirigente della ditta, avendo la stessa beneficiato di indennità per insolvenza; cfr. consid. 2.3. In caso contrario tali indennità le sarebbero state negate ex art. 51 cpv. 2 LADI), in qualità di socio e gerente con

diritto di firma individuale e detentore di una quota sociale di fr. 19'000.-- su un capitale sociale di fr. 20'000.-- della \_\_\_\_\_ (la sua iscrizione a RC è rimasta immutata fino alla radiazione d'ufficio della ragione sociale nell'agosto 2014; cfr. estratto RC; consid. 2.4.) poteva influenzare in maniera rilevante le decisioni del datore di lavoro. Il suo ruolo in seno alla società implicava l'assunzione di un rischio imprenditoriale che non poteva essere scaricato sull'assicurazione contro la disoccupazione. In effetti tra il ricorrente e la \_\_\_\_\_ esisteva un'identità economica senza una rigorosa separazione tra i rapporti privati e d'affari (cfr. STF 8C\_913/2011 del 10 aprile 2012 consid. 3.3., pubblicata in DLA 2012 N. 11 pag. 288). In proposito va, altresì, evidenziato che la contabilità della Sagl era peraltro tenuta dalla moglie dell'insorgente, socia - insieme al marito - con una quota di fr. 1'000.-- della società senza diritto di firma (cfr. doc. 20; 21; estratto RC). Le indennità di disoccupazione, il cui importo dipende dall'entità del guadagno assicurato, non possono essere utilizzate quale garanzia del rischio imprenditoriale (cfr. STF 8C\_921/2013 del 15 aprile 2014; STF 8C\_840/2010 del 14 gennaio 2011 consid. 3.2; 3.3.; SVR 2009 ALV Nr. 8 pag. 27). Al riguardo giova ricordare che finalità dell'assicurazione contro la disoccupazione è di garantire un'adeguata compensazione della perdita di guadagno, segnatamente, in caso di disoccupazione ai salariati (cfr. art. 1a LADI; 10 LPGa), ma non il rischio imprenditoriale (vedi al riguardo l'art. 114 cpv. 2 lett. c Cost. fed., secondo cui chi esercita un'attività indipendente può assicurarsi facoltativamente, il quale non è ancora stato concretizzato dal legislatore, cfr. STF 8C\_311/2011 del 12 dicembre 2011 consid. 4.4., pubblicata in DTF 138 V 50; STF 8C\_921/2013 del 15 aprile 2014 consid. 3.3.; D. Cattaneo, "Nouvautés en matière d'assurance-chômage" in *Quoi de neuf en droit social?* Ed. Stämpfli SA, Berna 2009 pag. 67 seg. ,110 ). Ne discende che nella presente vertenza un rischio di abuso, già dal profilo oggettivo (cfr. consid. 2.3.; DTF 128 V 189 consid. 3b; C 9/02 del 19 novembre 2002 consid. 1), non può essere escluso. Pertanto per determinare il guadagno assicurato del ricorrente deve essere fatto riferimento al salario di cui ha effettivamente usufruito nel periodo di calcolo in questione e non a quello concordato. Come visto sopra (cfr. consid. 2.6.), l'assicurato non ha comprovato di aver ricevuto alcuna remunerazione per i mesi rilevanti nel caso di specie, ossia da febbraio 2013 a gennaio 2014 (cfr. consid. 2.6.). Di conseguenza il guadagno assicurato del ricorrente giusta l'art. 23 LADI per i periodi di calcolo previsto dall'art. 37 cpv. 1 e 2 OADI (dal 1° agosto 2013 al 31 gennaio 2014 oppure dal 1° febbraio 2013 al 31 gennaio 2014; cfr. consid. 2.6.) risulta essere pari a fr. 0.--. Il fatto che siano stati pagati i contributi paritetici (cfr. doc. I; 16), non è poi atto a sovvertire l'esito della vertenza. In effetti il versamento di contributi sociali non esclude il rischio di abuso relativamente a un salario fittizio. 2.8. Alla luce di tutto quanto esposto, occorre concludere che la Cassa, a ragione, siccome il guadagno assicurato del ricorrente giusta l'art. 23 LADI per i periodi di calcolo determinanti (dal 1° agosto 2013 al 31 gennaio 2014 oppure dal 1° febbraio 2013 al 31 gennaio 2014; cfr. consid. 2.6.; 2.7.) è pari a fr. 0.--, gli ha negato il versamento di indennità di disoccupazione (cfr. STF 8C\_921/2013 del 15 aprile 2014; STF 8C\_913/2011 del 10 aprile 2012, pubblicata in DLA 2012 N. 11 pag. 288; STCA 38.2011.3 del 5 settembre 2011, pubblicata in RtiD I-2012 N. 83 pag. 460), a prescindere dall'adempimento o meno degli altri presupposti per avere diritto alle indennità di disoccupazione di cui all'art. 8 cpv. 1 LADI, in particolare del periodo di contribuzione secondo l'art. 8 cpv. 1 lett. e LADI (cfr. SVR 2009 ALV Nr. 8 consid. 5.2; DTF 131 V 444 ai sensi della quale, in primo luogo, d al profilo del periodo di contribuzione, la sola condizione per il diritto all'indennità di disoccupazione è, di principio, l'esercizio di un'attività soggetta a tale obbligo durante il periodo minimo di contribuzione.

La giurisprudenza di cui in DLA 2001 no. 27 pag. 225 - e le sentenze che ne sono seguite - non deve essere intesa nel senso che, in aggiunta a ciò, deve pure essere stato versato un salario; per contro, la prova che un salario è stato effettivamente pagato costituisce un indizio importante per la prova dell'esercizio effettivo di una attività dipendente. In secondo luogo, allorché un assicurato non comprova di aver effettivamente percepito un salario, segnatamente in assenza di bonifici periodici di una remunerazione su un conto bancario o postale a suo nome, il diritto all'indennità di disoccupazione non potrà essergli negato in applicazione degli art. 8 cpv. 1 lett. e e 13 LADI, a meno che venga stabilito che il medesimo ha rinunciato al salario relativo al lavoro effettuato; STF 8C\_875/2009 del 7 dicembre 2009; STF 8C\_716/2007 del 26 maggio 2008; STF C 72/06 del 16 aprile 2007; STFA C 267/05 del 19 dicembre 2006 ). In simili condizioni la decisione su opposizione contestata deve essere confermata. 2.9. Deve ancora essere verificato se il ricorrente può essere posto al beneficio dell'assistenza giudiziaria con il gratuito patrocinio dell'avv. RA 1 (cfr. doc. I). La domanda dell'insorgente di assistenza giudiziaria deve essere intesa solo come richiesta di gratuito patrocinio, visto che la procedura davanti al TCA in materia di assicurazione disoccupazione è per principio gratuita (cfr. art. 61 lett. a LPGA; art. 29 cpv. 1 Lptca). Secondo l'art. 28 cpv. 2 Lptca la disciplina della difesa d'ufficio e del gratuito patrocinio è retta dalla Legge sul patrocinio d'ufficio e sull'assistenza giudiziaria. L'art. 2 della Legge sull'assistenza giudiziaria e sul patrocinio d'ufficio (LAG) - del 15 marzo 2011, in vigore dal 1° gennaio 2011 (cfr. BU n. 22/2011 del 13 maggio 2011 pag. 263-264) - prevede: " L'assistenza giudiziaria garantisce a chi non dispone dei mezzi per assumersi gli oneri della procedura o le spese di patrocinio la possibilità di tutelare i suoi diritti davanti alle autorità giudiziarie e amministrative." Inoltre giusta l'art. 3 cpv. 1 LAG l'assistenza giudiziaria si estende all'esenzione dagli anticipi e dalle cauzioni; all'esenzione dalle tasse e spese processuali; all'ammissione al gratuito patrocinio. I presupposti (cumulativi) per la concessione dell'assistenza giudiziaria sono in principio dati se l'istante si trova nel bisogno, se l'intervento dell'avvocato è necessario o perlomeno indicato e se il processo non è palesemente privo di esito positivo (DTF 125 V 202 consid. 4a, 372 consid. 5b e riferimenti). Il TCA, nella presente fattispecie, ritiene che non sia soddisfatto il requisito della probabilità di esito favorevole (cfr. STF 8C\_563/2010 del 29 settembre 2010; STFA U 347/98 del 10 ottobre 2001; STFA I 446/00 dell'8 febbraio 2001; STFA U 220/99 del 26 settembre 2000; STFA 1P.569/2001 del 17 ottobre 2001; DTF 119 Ia 253 consid. 3b). Tale presupposto difetta quando le possibilità di vincere la causa sono così esigue che una persona di condizione agiata, dopo ragionevole riflessione, rinuncerebbe al processo in considerazione delle spese cui si esporrebbe (cfr. STF 9C\_37/2012+9C\_106/2012 del 16 gennaio 2013 consid. 3.2.; STFA del 26 settembre 2000 nella causa D.N.; RAMI 1994 pag. 78; DTF 125 II 275 consid. 4b; DTF 119 Ia 251; B. Cocchi/F. Trezzini, Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato, Lugano 2000, ad art. 157, pag. 491-492, n. 1). A tal proposito si osserva che per valutare la probabilità di esito favorevole non si deve adottare un criterio particolarmente severo: è infatti sufficiente che, di primo acchito, il gravame non presenti notevolmente meno possibilità di essere accolto che di essere respinto, ovvero che non si debba ammettere che un ricorrente ragionevole non lo avrebbe finanziato con i propri mezzi (STF 8C\_26/2010 del 27 maggio 2010; 8C\_253/2007 del 23 gennaio 2008; STFA K 75/05 del 9 agosto 2005; STFA I 173/04 del 10 agosto 2005; STFA I 422/04 del 29 agosto 2005; STFA non pubbl. del 29 giugno 1994 in re A.D.; DTF 125 II 275; DTF 124 I 304 consid. 2c). Inoltre, quando le prospettive di successo e i rischi di perdere il processo si eguagliano o le prime sono soltanto leggermente inferiori rispetto ai

secondi, le domande non possono essere considerate senza esito favorevole (cfr. DTF 125 II 275; DTF 124 I 304 consid. 2c; DTF 122 I 267 consid. 2b; B. Cocchi/F. Trezzini, op. cit., ad art. 157, pag. 491, nota 591). Nel caso concreto, alla luce della LADI e della giurisprudenza pubblicata nella Raccolta ufficiale delle sentenze del Tribunale federale, nel sito [www.bger.ch](http://www.bger.ch), rispettivamente [www.sentenze.ti.ch](http://www.sentenze.ti.ch), nonché nella Rivista ticinese di diritto, la presente vertenza appariva, dopo un esame forzatamente sommario, destinata all'insuccesso già al momento della presentazione dell'istanza, in quanto le prospettive di esito favorevole erano considerevolmente minori dei rischi di perdere la causa. In effetti, come esposto ai considerandi precedenti, dalla rilevante documentazione agli atti emerge in modo indubbio che l'insorgente non ha comprovato la riscossione di salari presso la \_\_\_\_\_ nei periodi determinanti dal 1° agosto 2013 al 31 gennaio 2014 oppure dal 1° febbraio 2013 al 31 gennaio 2014 (cfr. consid. 2.6.; 2.7.) e quindi l'impossibilità in concreto di stabilire un guadagno assicurato. Inoltre gli elementi fattuali della fattispecie non lasciano spazio al potere di apprezzamento del TCA. Di primo acchito, dunque, si doveva concludere che il procedimento non aveva probabilità di esito favorevole (cfr. DTF 125 II 265 consid. 4c; STCA 38.2007.100 del 25 febbraio 2008; STCA 35.2002.12 del 21 maggio 2002; STCA 35.2002.32 del 9 luglio 2002). In simili condizioni, non essendo realizzato nel caso in esame uno dei tre presupposti cumulativi, la domanda di gratuito patrocinio deve essere respinta.

## **E. 9**

maggio 2001; SVR 1995 AHV Nr. 57 pag. 164 consid. 5a; RAMI 1993 pag. 158-159 consid. 3a; DTF 117 V 264 consid. 3b; SZS 1989 pag. 92; DTF 115 V 113; G. Beati, ■Relazioni tra diritto civile ... ■ in relazioni tra diritto civile e assicurazioni sociali, Lugano 1993, pag. 1 seg. (3)).

Su questi aspetti, cfr. in particolare: J. L. DUC, ■Les assurances sociales en Suisse■, Losanna 1995, pag. 827-828 e TH.Locher, ■Grundriss des Sozialversicherungsrecht■ Berna 1997, pag. 339-341 il quale rileva che ■besondere Bedeutung hat die Mitwirkungspflicht dann, wenn der Sachverhalt ohne Mitwirkung der betroffenen Person gar nicht (weiter) erstellt werden kann■.

Il guadagno assicurato è calcolato in base al salario medio degli ultimi dodici mesi di contribuzione che precedono il termine quadro per la riscossione della prestazione, se tale salario è più elevato del salario medio di cui al capoverso 1 (cfr. art. 37 cpv. 2 OADI).

Inoltre il periodo di calcolo decorre dal giorno che precede l'inizio della perdita di guadagno computabile, indipendentemente dalla data di annuncio alla disoccupazione (art. 37 cpv. 3 OADI; STF 8C\_921/2013 del 15 aprile 2014 consid. 2.2.; STF C 155/06 del 3 agosto 2007, consid. 3.1.).

Secondo l'art. 28 cpv. 2 Lptca la disciplina della difesa d'ufficio e del gratuito patrocinio è retta dalla Legge sul patrocinio d'ufficio e sull'assistenza giudiziaria.

L'art. 2 della Legge sull'assistenza giudiziaria e sul patrocinio d'ufficio (LAG) - del 15 marzo 2011, in vigore dal 1° gennaio 2011 (cfr. BU n. 22/2011 del 13 maggio 2011 pag. 263-264) - prevede:

"L'assistenza giudiziaria garantisce a chi non dispone dei mezzi per assumersi gli oneri della procedura o le spese di patrocinio la possibilità di tutelare i suoi diritti davanti alle autorità giudiziarie e amministrative.■

Inoltre giusta l'art. 3 cpv. 1 LAG l'assistenza giudiziaria si estende all'esenzione dagli anticipi e dalle cauzioni; all'esenzione dalle tasse e spese processuali; all'ammissione al gratuito patrocinio.

I presupposti (cumulativi) per la concessione dell'assistenza giudiziaria sono in principio dati se l'istante si trova nel bisogno, se l'intervento dell'avvocato è necessario o perlomeno indicato e se il processo non è palesemente privo di esito positivo (DTF 125 V 202 consid. 4a, 372 consid. 5b e riferimenti).

Il TCA, nella presente fattispecie, ritiene che non sia soddisfatto il requisito della probabilità di esito favorevole (cfr. STF 8C\_563/2010 del 29 settembre 2010; STFA U 347/98 del 10 ottobre 2001; STFA I 446/00 dell'8 febbraio 2001; STFA U 220/99 del 26 settembre 2000; STFA 1P.569/2001 del 17 ottobre 2001; DTF 119 Ia 253 consid. 3b).

Tale presupposto difetta quando le possibilità di vincere la causa sono così esigue che una persona di condizione agiata, dopo ragionevole riflessione, rinuncerebbe al processo in considerazione delle spese cui si esporrebbe (cfr. STF 9C\_37/2012+9C\_106/2012 del 16 gennaio 2013 consid. 3.2.; STFA del 26 settembre 2000 nella causa D.N.; RAMI 1994 pag. 78; DTF 125 II 275 consid. 4b; DTF 119 Ia 251; B. Cocchi/F. Trezzini, Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato, Lugano 2000, ad art. 157, pag. 491-492, n. 1).

A tal proposito si osserva che per valutare la probabilità di esito favorevole non si deve adottare un criterio particolarmente severo: è infatti sufficiente che, di primo acchito, il gravame non presenti notevolmente meno possibilità di essere accolto che di essere respinto, ovvero che non si debba ammettere che un ricorrente ragionevole non lo avrebbe finanziato con i propri mezzi (STF 8C\_26/2010 del 27 maggio 2010; 8C\_253/2007 del 23 gennaio 2008; STFA K 75/05 del 9 agosto 2005; STFA I 173/04 del 10 agosto 2005; STFA I 422/04 del 29 agosto 2005; STFA non pubbl. del 29 giugno 1994 in re A.D.; DTF 125 II 275; DTF 124 I 304 consid. 2c).

Inoltre, quando le prospettive di successo e i rischi di perdere il processo si eguagliano o le prime sono soltanto leggermente inferiori rispetto ai secondi, le domande non possono essere considerate senza esito favorevole (cfr. DTF 125 II 275; DTF 124 I 304 consid. 2c; DTF 122 I 267 consid. 2b; B. Cocchi/F. Trezzini, op. cit., ad art. 157, pag. 491, nota 591).

Nel caso concreto, alla luce della LADI e della giurisprudenza pubblicata nella Raccolta ufficiale delle sentenze del Tribunale federale, nel sito [www.bger.ch](http://www.bger.ch), rispettivamente [www.sentenze.ti.ch](http://www.sentenze.ti.ch), nonché nella Rivista ticinese di diritto, la presente vertenza appariva, dopo un esame forzatamente sommario, destinata all'insuccesso già al momento della presentazione dell'istanza, in quanto le prospettive di esito favorevole erano considerevolmente minori dei rischi di perdere la causa.

Inoltre gli elementi fattuali della fattispecie non lasciano spazio al potere di apprezzamento del TCA.

Di primo acchito, dunque, si doveva concludere che il procedimento non aveva probabilità di esito favorevole (cfr. DTF 125 II 265 consid. 4c; STCA 38.2007.100 del 25 febbraio 2008; STCA 35.2002.12 del 21 maggio 2002; STCA 35.2002.32 del 9 luglio 2002).

In simili condizioni, non essendo realizzato nel caso in esame uno dei tre presupposti cumulativi, la domanda di gratuito patrocinio deve essere respinta.

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