

n. 29742/2020 R.G.A.C.



TRIBUNALE DI MILANO

Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea

Il Tribunale di Milano, nella persona del dott. Luca Perilli, giudice designato con provvedimento del 26.08.2020 per la trattazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento dd. 03.06.2020 nr. ~~8693/2020~~ Imm. del Questore della Provincia di Milano di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari, proposta nell'ambito del procedimento promosso con rito sommario ex art. 19 ter D. Lvo 150/2011 e 702 bis e ss. C.P.C.

da

~~ELWAN EBRAHIM ELSAYED ELWAN~~, nata in Egitto il 1\1\1984, c.f.: ~~ELWAN EBRAHIM ELSAYED ELWAN~~, in proprio ed in qualità di genitore, legale rappresentante della minore ~~ELWAN EBRAHIM ELSAYED ELWAN~~ nata in Egitto il ~~ELWAN EBRAHIM ELSAYED ELWAN~~, rappresentata e difesa, in forza di procura alle liti allegata al ricorso introduttivo, dall'avv.to ~~ANTONELLA~~ del Foro di Savona, presso il cui studio in Milano, via ~~Reggio di Lombardia~~ 15, ha eletto domicilio;

-parte ricorrente

contro

MINISTERO DELL'INTERNO, in persona del Ministro pro tempore, - Questura della Provincia di Milano, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Milano e domiciliato in Milano, via C. Freguglia, 1;

- parte resistente

visto il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. depositato dalla ricorrente il 25 agosto 2020;
vista la comparsa di costituzione dell'Avvocatura Distrettuale di Milano per il Ministero dell'Interno, depositata il 3 settembre 2020;
richiamato il decreto emesso, *inaudita altera parte*, il 28 agosto 2020, con il quale il giudice ha sospeso l'efficacia esecutiva del provvedimento dd. 03.06.2020 nr. 8693/2020 Imm. del Questore della Provincia di Milano di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari richiesto da Elwan ~~ELWAN EBRAHIM ELSAYED ELWAN~~, fissando udienza nel merito cautelare al 14 settembre 2020;
considerato che all'udienza del 28 settembre 2020 è stato sentito quale informatore, il marito della ricorrente, sig. Ebrahim ~~ELWAN EBRAHIM ELSAYED ELWAN~~;

OSSERVA quanto segue.

§ La ricorrente Elwan ~~ELWAN EBRAHIM ELSAYED ELWAN~~ afferma:

- di essere stata titolare di permesso di soggiorno [REDACTED] emesso dalla Questura di Milano in data 26.04.2017 con scadenza 26.04.2019;
- che la figlia, [REDACTED], è titolare di permesso di soggiorno nr. I [REDACTED] emesso il 24.04.2015 di durata illimitata, essendo esso "agganciato" al permesso di soggiorno del padre [REDACTED], a sua volta titolare di un permesso di soggiorno di lungo periodo UE, con validità illimitata n. [REDACTED], rilasciato il 28 marzo 2019 (si vedano i documenti depositati in atti);
- che i permessi di soggiorno di madre e figlia sarebbero stati illegittimamente ritirati, unitamente a documenti d'identità italiani, dalla Polizia di frontiera all'atto del loro rientro in Italia dall'Egitto il 10 agosto 2020, sull'erroneo presupposto dell'avvenuta revoca dei due permessi di soggiorno (si veda verbale della Polizia di frontiera di Orio al Serio in atti);
- inoltre, che la stessa polizia di frontiera notificò alla ricorrente, lo stesso 10 agosto, il provvedimento dd. 03.06.2020 nr. [REDACTED] Imm. del Questore della Provincia di Milano di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per motivi familiari richiesto il 28 marzo 2019: il diniego è motivato dall'assenza della ricorrente dal territorio dello Stato dal 25.05.2017 al 25.03.2019;
- che il diniego sarebbe illegittimo, perché l'assenza dal territorio dello Stato sarebbe motivata da gravi ragioni familiari, per la cura del padre della ricorrente, affetto da patologie cardiocircolatorie ed epatiche (doc. 4) e della madre che soffre di disturbi cardio vascolari e per essersi la ricorrente fratturata gli arti inferiori in Egitto, con necessità di cure per sei mesi;
- che, comunque, sulle ragioni del diniego dovrebbe prevalere l'interesse alla vita familiare, essendo radicata in Italia la sua famiglia, composta da marito e tre figli, l'ultimo dei quali nato in Italia.

Sulla base di tali affermazioni la ricorrente afferma:

- "la nullità del verbale di notifica" del ritiro dei documenti di identità di madre e figlia, per assenza dell'atto presupposto, ossia la revoca dei permessi di soggiorno;
- "la nullità del verbale di notifica" del ritiro dei documenti di identità della figlia Retag [REDACTED] che è titolare di un permesso di soggiorno di lungo periodo;
- la nullità del provvedimento di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno della ricorrente per motivi di ricongiungimento familiare, per contrasto con l'articolo 28 del testo unico sull'immigrazione (di seguito anche t.u.i.) sul diritto all'unità familiare, che tutela, nel terzo comma, anche il superiore interesse del fanciullo (nel caso di specie i tre figli della ricorrente);
- il diritto della ricorrente ad ottenere il permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29 del t.u.i. .



Ha concluso la ricorrente domandando nel merito l'annullamento del provvedimento impugnato ed il riconoscimento del suo diritto al permesso di soggiorno per motivi familiari. Ha inoltre domandato la sospensione in via cautelare del provvedimento di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, perché il suo allontanamento determinerebbe un irreparabile pregiudizio all'integrità familiare.

§ Con memoria depositata il 3 settembre 2020 si è costituita nel procedimento l'Avvocatura dello Stato che:

- in via preliminare ha eccepito l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui fa valere vizi formali del provvedimento impugnato e chiede rimedi di natura caducatoria, affermando che sia rimesso alla giurisdizione del giudice ordinario l'accertamento del diritto all'unità familiare;
- eccepisce che il ritiro dei documenti di soggiorno "trova la sua giustificazione, necessaria e sufficiente, nel diniego del rinnovo del titolo di soggiorno che comporta, per il cittadino straniero, il venir meno della regolarità della sua permanenza sul territorio nazionale";
- eccepisce che il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno, rilasciato nel 2017, consegue alla normale e doverosa applicazione della normativa in materia di immigrazione perché la ricorrente ha lasciato l'Italia il 25.05.2017, cinque giorni dopo avere ritirato il permesso di soggiorno, per fare rientro nel Paese di origine, ove si è trattenuta fino al 25 marzo 2019, ossia pochi giorni prima della scadenza del titolo di soggiorno; ha quindi richiamato l'articolo 13, co. 4 del D.P.R. 394/1999 e succ. mod. che stabilisce quanto segue: *"il permesso di soggiorno non può essere rinnovato o prorogato quando risulta che lo straniero ha interrotto il soggiorno in Italia per un periodo continuativo di oltre sei mesi, o, per i permessi di soggiorno di durata almeno biennale, per un periodo continuativo superiore alla metà del periodo di validità del permesso di soggiorno, salvo che detta interruzione sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari o da altri gravi e comprovati motivi"*;
- ha osservato che la ricorrente non ha contestato l'assenza prolungata dallo territorio nazionale e ha fornito, solo in sede giurisdizionale, giustificazioni relative al fatto di essersi recata nel Paese di origine per assistere il padre e la madre, affetti da patologie circolatorie e di avere, ella stessa e allo stesso tempo, subito una frattura degli arti inferiori che ha richiesto un trattamento di sei mesi; ha quindi eccepito che si tratti di "affermazioni generiche, prive di chiari riferimenti temporali e non supportate da idonea documentazione atta a comprovare le circostanze dedotte", senza contare che la frattura, quand'anche fosse una circostanza vera, avrebbe limitato la ricorrente per sei mesi e non per ventidue;
- ha eccepito inoltre che la "giustificazione dell'assenza deve essere resa all'Autorità Amministrativa, nelle forme previste dalla Legge, ossia mediante



documentazione debitamente tradotta e legalizzata, non potendosi, altrimenti, considerare provati i gravi motivi che la disposizione normativa citata richiede per continuare a beneficiare del diritto al soggiorno” e che la ricorrente nulla ha prodotto alla Questura;

- ha eccepito che il giudice non possa considerare documenti che non siano stati previamente sottoposti all'amministrazione;
- ha eccepito che l'Amministrazione non conserva alcun margine di discrezionalità per valutare la tutela dell'integrità familiare, nel caso in cui lo straniero si assenti dal territorio nazionale per un periodo di tempo superiore al massimo consentito dalla legge e non adduca alcuna giustificazione della sua protratta assenza; in questi casi la pubblica amministrazione non sarebbe tenuta, né potrebbe “effettuare alcuna comparazione tra l'interesse pubblico presidiato dalla norma e la situazione personale del richiedente, anche perché siffatto bilanciamento tra l'esigenza di garantire l'unità familiare e quella di evitare una sua strumentalizzazione ai fini dell'ottenimento di una autorizzazione al soggiorno è stata già effettuato a monte dal legislatore”;
- ha eccepito, nel merito delle giustificazioni addotte dalla ricorrente sull'assenza prolungata dall'Italia che: innanzitutto non è dato conoscerne “l'esatta portata e gravità” delle patologie dei genitori “ovvero l'effetto invalidante, con la conseguenza che non è possibile stabilire se effettivamente le condizioni dei genitori della ricorrente fossero tali da richiedere una assistenza continua”; inoltre la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare anche “l'impossibilità che alla cura dei genitori provvedessero altri parenti o affini residenti nel Paese di origine, non solo per un lungo arco di tempo ma anche solo, eventualmente, per periodi limitati di tempo, tali da consentire comunque alla figlia di ritornare dalla propria famiglia in Italia almeno per saltuarie visite” nonché “l'impossibilità, in assenza di altri soggetti idonei in famiglia, di affidare la cura dei genitori a figure professionali o a strutture di cura, sia nel lungo periodo che per periodi limitati”.

Ha concluso chiedendo al giudice di dichiarare inammissibili le domande della ricorrente e comunque di accertare l'infondatezza delle domande e pretese avversarie e di respingere l'istanza di sospensione.

Con nota del 22 settembre 2020, la difesa della ricorrente ha prodotto:

- i permessi di soggiorno di lungo periodo degli altri due figli della ricorrente: , Karim , nato a Monofiya in Egitto il 12.07.2007;  Omar  nata a Milano il 03.11.2014 (doc. 8);
- l'iscrizione dei ragazzi alla scuola dell'obbligo:  Retag alla classe terza della Scuola Primaria di Besate;  Omar alla classe prima della Scuola Primaria di Besate;  Karim alla classe seconda del corso “prolungato” della Scuola Secondaria di Besate (doc. 9)



- il contratto di locazione (di quattro anni più quattro) della residenza familiare in Besate (MI), via dei ~~Capitani~~ (doc.7).

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il decreto emesso *inaudita altera parte* di sospensione del provvedimento di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di ricongiungimento familiare deve essere confermato alla luce della documentazione, prodotta dalla ricorrente, sulla composizione familiare e sulla residenza del nucleo familiare in Italia, e delle informazioni rese dal marito della ricorrente, sig. ~~██████████~~ Ebrahim ~~██████████~~ all'udienza del 28 settembre 2020.

§ Quanto all'**istruttoria** della fase cautelare, dai documenti prodotti dalla ricorrente risulta che:

- il sig. ~~██████████~~ Ebrahim ~~██████████~~, marito della ricorrente, è titolare di un permesso di soggiorno di lungo periodo UE, con validità illimitata n. ~~██████████~~ (si veda il documento depositato in atti);
- anche i tre figli della coppia, ~~██████████~~ Retag ~~██████████~~, di otto anni di età, ~~██████████~~ Karim ~~██████████~~ di tredici e ~~██████████~~ Omar ~~██████████~~ di sei sono titolari di un permesso di soggiorno con validità illimitata (si vedano i documenti in atti);
- i tre minori sono iscritti alla scuola pubblica in Italia (doc. 8);
- la famiglia vive a Besate (MI) in un appartamento preso in locazione nell'estate del 2020 (doc.7);
- il marito della ricorrente, udito come informatore, ha riferito di vivere in Italia da 21 anni, sempre a Milano; di avere lavorato come muratore ma di avere subito, nell'agosto del 2001 un incidente sul lavoro, in seguito al quale percepisce una pensione di invalidità di 1016,00 euro al mese; di svolgere inoltre attività di pulizie per un'impresa di Milano, interrotta a causa dell'epidemia da Covid-19; di avere ottenuto il permesso di soggiorno di lungo periodo nel 2014, con durata illimitata; di essere sposato con la ricorrente dal 2006 e di avere avuto dalla moglie i tre figli, due dei quali nati in Egitto, nel 2007 e nel 2012, mentre il più piccolo è venuto alla luce nel 2014 in Italia; che la moglie si è trasferita a Milano nel 2014, in un appartamento in via Mura, nel quale la famiglia è rimasta per tre anni fino al 2017; che la moglie, nell'aprile del 2017, si è recata con i tre figli in Egitto per visitare i genitori malati e vi è rimasta per un anno e dieci mesi per prendersi cura di loro; è, poi, tornata in Italia dal dicembre 2019 al febbraio successivo rinnovando la richiesta di permesso di soggiorno; ha, quindi, trascorso il periodo da marzo a luglio 2020 in Egitto con i genitori; dall'agosto di quest'anno la moglie ed i figli, ritornati definitivamente in Italia, si sono stabiliti nell'appartamento di Besate, dove frequentano la Scuola pubblica.

§ **Con riferimento al ritiro dei documenti d'identità della ricorrente e della figlia**, va innanzitutto ribadito quanto già affermato nel provvedimento di sospensione emesso

inaudita altera parte e cioè che dal verbale della Polizia di frontiera del 10 agosto 2020, risulta che la Polizia è incorsa in un evidente errore perché ha ritirato alla ricorrente Elwan [redacted] ed alla figlia Retag [redacted], che stavano rientrando in Italia dall' Egitto, i permessi di soggiorno (uno dei quali, quello della ricorrente, scaduto), nonché i documenti di identità italiani, sul presupposto che i due permessi di soggiorno fossero stati revocati con la decisione del Questore di Milano dd. 03.06.2020 nr. 8 [redacted] Imm., richiamata nel verbale di ritiro dei documenti e contestualmente notificata. La decisione del Questore invece non revoca i permessi di soggiorno della ricorrente e tantomeno della figlia Retag [redacted] ma contiene un diniego del rinnovo del permesso di soggiorno della madre.

Pertanto, allo stato degli atti, il ritiro del permesso di soggiorno e dei documenti di identità di Retag [redacted] appare essere stato eseguito in carenza di potere, perché la stessa è titolare di un permesso di soggiorno UE di durata illimitata, "agganciato" al permesso di soggiorno del padre.

§ Quanto al **diritto di soggiorno della ricorrente** per motivi di **unità familiare**, esso è messo in discussione dalla Questura a causa della sua assenza prolungata dall'Italia, tale da determinare, secondo l'amministrazione, la decadenza automatica dal soggiorno ai sensi dell'articolo 13, co. 4 del D.P.R. 394/1999 e successive modificazioni.

La ricorrente oppone giustificazioni dell'assenza che potranno essere vagliate, nella fase di merito del procedimento, sotto il profilo dell'ammissibilità dell'allegazione e della fondatezza della stessa.

La ricorrente invoca, poi, il diritto all'unità familiare, quale ragione per il mantenimento del diritto al soggiorno.

Il giudizio ha pertanto ad oggetto il diritto soggettivo della ricorrente al rinnovo del permesso di soggiorno per ragioni di unità familiare.

Ai fini della decisione dell'istanza cautelare, è sufficiente il *fumus boni iuris* di tale diritto.

Secondo il Ministero dell'Interno, il diritto all'unità familiare non potrebbe entrare in considerazione a fronte di un automatismo legale, quello della decadenza dal permesso di soggiorno per assenza prolungata dal territorio dello Stato, perché il legislatore avrebbe già escluso in radice un bilanciamento tra l'interesse di "evitare una sua strumentalizzazione" delle regole sui permessi di soggiorno "ai fini dell'ottenimento di una autorizzazione al soggiorno", protetto dalla norma sulla decadenza, e quello sull'unità familiare.

La tesi difensiva dell'amministrazione resistente non è però coerente con le direttive europee sul diritto al ricongiungimento familiare di un cittadino di Paese terzo (Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2002 sul diritto al ricongiungimento familiare di cittadini di Paesi terzi) e sul soggiorno di lungo periodo di un cittadino di Paese terzo (Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2013 sullo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo), con le relative norme di attuazione e con i principi delle Carte dei diritti fondamentali (articoli 29-31 della Costituzione italiana, articolo 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e articolo 8



della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) che tutelano diritto alla vita privata e familiare.

A tutela della vita privata e familiare e in attuazione della Direttiva 2003/86/CE, l'articolo 2 comma 1 lettera c) del d.lgs 5/2007 ha introdotto, nel testo unico sull'immigrazione, l'articolo 13 comma 2 bis, in base al quale, nell'adottare il provvedimento di espulsione nei confronti dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare (nel nostro caso si tratta del familiare ricongiunto, ossia della ricorrente) ai sensi dell'articolo 29, *"si tiene conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese di origine"*. La direttiva e la legge di attuazione stabiliscono dunque che l'amministrazione -e quindi il giudice che sia investito di un ricorso contro un provvedimento di espulsione- debba operare un bilanciamento tra gli interessi sottesi alle norme sull' "automatismo espulsivo" nella ricorrenza delle condizioni di legge (come nel caso di diniego del rinnovo di permesso di soggiorno) ed il diritto alla vita privata e familiare del cittadino di Paese terzo. Inoltre, nel caso di soggiornanti di lungo periodo UE, la tutela è rafforzata: essi hanno, infatti, diritto a restare nel territorio dello Stato, salvo situazioni eccezionali connesse a motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato. Nel caso in oggetto, i tre figli della ricorrente -inclusa la figlia ██████ Retag, colpita come la madre dal provvedimento di sequestro del permesso di soggiorno- sono soggiornanti di lungo periodo UE ed hanno diritto di permanere sul territorio dello Stato; orbene, nelle famiglie con figli minori, il diritto all'unità familiare deve essere considerato e quindi bilanciato con gli altri interessi sottesi alle norme sull'ingresso e permanenza nel territorio dello Stato, alla luce del principio "dell'interesse preminente del fanciullo", come previsto dall'articolo 28 terzo comma del testo unico sull'immigrazione secondo il quale, *"in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dalla Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176"*.

Nel nostro caso, si tratta di verificare come trasferire questi principi relativi al bilanciamento tra diritto all'unità familiare ed interesse dello Stato all'espulsione -il cui provvedimento è soggetto ad autonomi canali di impugnazione- alla situazione del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare -e quindi del titolo autorizzatorio, la cui mancanza è un presupposto per l'espulsione- a fronte del meccanismo automatico di decadenza previsto dalla legge per assenza prolungata dal Paese.

Va al riguardo osservato che, fin dal 1995, con la sentenza del 19.11.1995 n. 28, la Corte costituzionale, sotto la vigenza dell'articolo 4 della Legge n. 943 del 30.12.1986, nel disporre l'ampliamento del diritto al ricongiungimento di una madre, cittadina di Paese terzo, ai figli anche in assenza delle condizioni di legge, ha affermato che "il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori a una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono

diritti fondamentali della persona, che perciò spettano in via principale anche agli stranieri” e vanno “assoggettati a limiti derivanti dalla necessità di realizzare un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale”. Con la successiva pronuncia del 26.06.1997 n. 203, la Corte costituzionale ha affermato che “la garanzia della convivenza del nucleo familiare si radica nelle norme costituzionali che assicurano protezione alla famiglia e, in particolare, nell’ambito di questa, ai figli minori” e che la situazione alla quale si collega il diritto al ricongiungimento “non concerne il diritto dei genitori fra di loro, bensì il rapporto tra genitori e figlio minore”. Nella più recente sentenza n. 202 del 18 luglio 2013, la Corte costituzionale ha ancor più efficacemente osservato che, nell’ambito delle relazioni interpersonali, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia ed il distacco dal nucleo familiare, specie se in presenza di figli minori, è decisamente troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite per legge, ed ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare” (come peraltro ritenuto anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza del 7 aprile 2009, *Cherif ed altri c. Italia*, app. n° 1860/07).

Questi principi trovano un’espressa protezione nella Direttiva 2003/86/CE che, al considerando quattro, afferma che *il ricongiungimento familiare è uno strumento necessario per permettere la vita familiare* e, al considerando nove, che *il ricongiungimento familiare dovrebbe riguardare in “ogni caso”, i membri della famiglia nucleare, cioè il coniuge e i figli minorenni*, quindi senza il margine di discrezionalità che gli Stati membri possono esercitare con riguardo agli altri familiari. L’articolo 6 della Direttiva, riguardante appunto le condizioni per l’esercizio del diritto al ricongiungimento familiare, al paragrafo 2 stabilisce che gli “Stati membri possono revocare o rifiutare di rinnovare il permesso di soggiorno di un familiare per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di sanità pubblica”. La norma sembra non lasciare spazio per altre forme di rifiuto di rinnovo, quale ad esempio un rifiuto basato su un principio di decadenza automatica per assenza dal territorio dello Stato. Ed in ogni caso, anche nell’ipotesi di ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità pubblica, la Direttiva, richiamando, nell’articolo 6 paragrafo 2 seconda parte, l’articolo 17, impone un bilanciamento con il diritto alla unità familiare, considerato alla luce della situazione concreta, perché l’art. 17 stabilisce che: *“In caso (...) di mancato rinnovo del permesso di soggiorno o di adozione di una misura di allontanamento nei confronti del soggiornante o dei suoi familiari, gli Stati membri prendono nella dovuta considerazione la natura e la solidità dei vincoli familiari della persona e la durata del suo soggiorno nello Stato membro, nonché l’esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo paese d’origine”*.

La direttiva è stata poi attuata dall’articolo 5 comma 5 del D.lgs. 8.1.2007 n. 5 che prevede che la revoca, il diniego o il rifiuto del permesso, se interessano un soggetto che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o un familiare ricongiunto, possano essere adottati solo previa valutazione dell’effettività dei rapporti e dei legami familiari esistenti sul territorio, la durata del soggiorno in Italia ed i legami nel Paese di origine.



La direttiva e la legge impongono dunque quel bilanciamento con il diritto all'unità familiare che il Ministero dell'Interno, nella difesa dell'Avvocatura dello Stato, invece, contesta richiamando la previsione di legge sull'effetto automatico della decadenza per assenza prolungata.

Alla luce del chiaro dettato della direttiva e dalla norma di attuazione, non pare vi siano dubbi sul fatto che il giudice debba procedere all'operazione di bilanciamento. Basti solo osservare che il giudice, trattandosi di caso e materia che rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, perché il caso ricade sotto l'applicazione di due direttive (Direttiva 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare di cittadini di Paesi terzi e Direttiva 2003/109/CE sullo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo), deve applicare il diritto nazionale alla luce del diritto dell'Unione europea e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 26 febbraio 2013, in causa C 617-10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*). L'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea porta poi in dote l'ampia giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di vita privata e familiare (in base all'articolo 52 comma 3 della Carta e della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 27 giugno 2006 in causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, paragrafo 2), alla luce della quale il bilanciamento tra interesse dello Stato e tutela della vita privata e familiare deve avvenire secondo il principio di proporzionalità (Corte europea dei diritti dell'uomo, grande camera, sentenza del 18 ottobre 2006, *Üner v. the Netherlands*, app. n° 46410/99).

Nell'effettuare il bilanciamento il giudice deve tenere conto non solo dell'unità familiare ma, come detto, anche dell'interesse preminente dei figli minori, perché il distacco della madre dal nucleo familiare finirebbe inevitabilmente per ripercuotersi sulla loro crescita ed educazione. Ebbene nel caso concreto, siamo di fronte ad una famiglia che si è trasferita in Italia nel 2014, quando la ricorrente e i due figli minori, nati in Egitto, si ricongiunse al marito ed al padre stabilito in Italia da circa quindici anni. Il terzo figlio è nato in Italia. I bambini hanno il diritto a restare in Italia in quanto soggiornanti UE di lungo periodo ed in Italia frequentano la scuola pubblica. La famiglia ha in Italia la propria abitazione familiare. Si tratta dunque di una famiglia che ha solidi legami l'Italia e che è qui radicata. Inoltre, come detto, nel diritto all'unità familiare rientra anche il diritto superiore dei figli (sul *best interest(s) of the child* si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 dicembre 2011, *Şen v. the Netherlands*, app. n° 31465/96) di godere delle cure della madre.

La valutazione in concreto del bilanciamento tra diritto all'unità familiare ed "interesse dello Stato ad evitare la strumentalizzazione dei titoli di soggiorno", compiuta alla luce del principio di proporzionalità, pende, in definitiva e senza incertezze, verso la tutela dell'unità familiare.

Ciò rende in concreto provvisto di *fumus boni iuris* il diritto della ricorrente al rinnovo del permesso di soggiorno.

Come, poi, l'esercizio di questo diritto debba essere giuridicamente garantito dal giudice nel conflitto tra il diritto all'unità familiare ed una norma di legge nazionale con esso contrastante, ossia quella che prevede la decadenza automatica dal diritto al soggiorno per assenza prolungata dallo Stato, sarà vagliato dal giudice del merito, non essendo la valutazione necessaria ai fini della sospensiva, per la quale basta il *fumus boni iuris* della pretesa.

Valuterà dunque il giudice del merito, ove sia rilevante e non resti assorbito dalle giustificazioni addotte dalla ricorrente circa l'assenza prolungata dallo Stato, se l'art. 5 comma 5 del D.lgs. 8.1.2007 n. 5, interpretato in modo conforme al diritto dell'Unione europea debba essere considerato una norma speciale rispetto all'articolo 13, co. 4 del D.P.R. 394/1999, che prevede la decadenza automatica dal permesso di soggiorno; se invece ritenga che il conflitto tra le due norme non consenta una ricomposizione e quindi ci si trovi in un caso di contrasto sia con il diritto dell'Unione europea che con la Costituzione (cd. doppia pregiudizialità), valuterà quali rimedi adottare. A tale ultimo riguardo mette conto osservare che la Corte costituzionale ha già affermato, nella sentenza n. 202 del 18 luglio 2013, l'incompatibilità del diritto all'unità familiare con meccanismi automatici di diniego di permesso di soggiorno, in quel caso basati su condanne penali, affermando che "la tutela della famiglia e minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su di una attenta ponderazione della pericolosità concreta ed attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo per la subita condanna per determinati reati".

§ Quanto al periculum in mora, la sospensione del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno si impone per consentire alla ricorrente di attendere la decisione nel merito perché alla stessa è stato ordinato di lasciare il territorio dello Stato entro 15 giorni dalla notifica del provvedimento stesso.

P.Q.M.

Conferma il decreto emesso *inaudita altera parte* il 28 agosto 2020 con cui è stata disposta la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento dd. 03.06.2020 nr. [REDACTED] Imm. del Questore della provincia di Milano di diniego del rinnovo di permesso di soggiorno per motivi familiari richiesto da Elwan [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].
Spese al definitivo.

Milano, 6 novembre 2020

Il Giudice

Dott. Luca Perilli