

***Odmowa zgody na pobyt stały trojga dzieci z Kosowa przebywających nielegalnie na terytorium Szwajcarii i ich wydalenie***

**Berisha przeciwko Szwajcarii (wyrok – 30 lipca 2013r., Izba (Sekcja II), skarga nr 948/12)**

*Skarżący, S. i S. Berisha, mąż i żona, pochodzą z Kosowa i mieszkają w Szwajcarii. S. przyjechał tam w czerwcu 1997r. i po ożenieniu się z obywatelką Szwajcarii otrzymał w marcu 2005r. zgodę na pobyt stały w tym kraju. Po rozwodzie w styczniu 2007r. ożenił się z obecną żoną S. Berisha. Znał ją od 1993r. i miał z nią troje dzieci w Kosowie. S. Berisha wjechała do Szwajcarii na podstawie wizey, a następnie otrzymała zgodę na pobyt do kwietnia 2012r. w ramach łączenia rodziny. W lipcu 2012r. otrzymała zgodę na pobyt stały. Przy wypełnianiu formularza w związku z przyjazdem nie odpowiedziała na pytanie na temat członków rodziny. W grudniu 2007r. oboje wystąpili o zgodę na pobyt dzieci w ramach łączenia rodziny. W kwietniu 2009r. Kantonalny Urząd ds. Migracji odmówił im wskazując, że wnioskodawczyni nie wspomniała o dzieciach przy wjeździe do Szwajcarii. Skarżący nie odwołali się. Niedługo potem dzieci przybyły do Szwajcarii potajemnie. W kwietniu 2010r. S. Berisha urodziła czwarte dziecko.*

*W maju 2010r. S. powiadomił Kantonalny Urząd ds. Migracji, że dzieci od dziewięciu miesięcy przebywają nielegalnie w Szwajcarii. Twierdził, że jedno z nich jest chore i w Szwajcarii ma lepszą możliwość powrotu do zdrowia. Wnioski o zgodę na pobyt dla trójki dzieci zostały jednak oddalone. W odwołaniach skarżący wskazywali na fakt integracji dzieci w szkołach szwajcarskich i twierdzili, że wydalenie oznaczałoby odsaperowanie ich od rodziców i młodszego brata urodzonego w Szwajcarii. Poza tym w Kosowie nie było nikogo, kto mógłby się nimi zaopiekować, znalazłyby się więc w sierocińcu. Przekonywali, że nigdy nie usiłowali ukryć posiadania dzieci w Kosowie. Zawsze chcieli połączyć się całą rodziną w Szwajcarii. W ostatniej instancji odwołania zostały oddalone przez Federalny Sąd Najwyższy, który uznał, że szanse na powrót dziecka do zdrowia nie mogły usprawiedliwiać osiedlenia trojga dzieci na stałe w Szwajcarii, podobnie, jak urodzenie czwartego dziecka czy integracja. Ze względu na ukrywanie przez skarżących faktów w postępowaniu krajowym odmowa zgody była proporcjonalna.*

*W marcu 2012r. Trybunał oddalił wniosek o zastosowanie środka tymczasowego na podstawie art.39 Regulaminu, nadał jednak skardze priorytet.*

W skardze do Trybunału rodzina zarzuciła, że odmowa władz szwajcarskich zgody na pobyt trojga ich dzieci umożliwiającej im połączenie się z rodziną w Szwajcarii oznaczała naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 Konwencji).

Strony zgodziły się, że między skarżącymi oraz ich córkami L. i B. istniało życie rodzinne w rozumieniu art.8 ust.1 Konwencji. Rząd natomiast kwestionował je w przypadku starszego syna R., który stał się pełnoletni, a nie było dodatkowych elementów wskazujących na jego zależność innych niż normalne więzi emocjonalne.

Trybunał uważał, że przy rozstrzygnięciu, czy daną więź można uznać za “życie rodzinne”, znaczenie może mieć wiele czynników. Ze względu jednak na inne elementy istniejące w tej sprawie nie musiał rozstrzygać, czy więź skarżących z R. nadal pozostawała pod ochroną art. 8.

Zdaniem Trybunału w tej sprawie należało ocenić, czy władze miały obowiązek zgodzić się na legalny pobyt na swoim terytorium R., L. i B. wraz z ich rodzicami i młodszym bratem oraz czy mogły je wydalić do kraju pochodzenia zamiast zezwolić na dalsze życie rodzinne w Szwajcarii.

W takiej sytuacji mogą wchodzić w grę pozytywne obowiązki państwa, których zakres zależy od zbadania faktów danej sprawy w świetle wchodzących w grę następujących zasad:

(a) stopień, w jakim państwo ma obowiązek zaakceptować na swoim terytorium osiadłych imigrantów różni się w zależności od konkretnych okoliczności odnoszących się do danej osoby oraz interesu ogólnego;

(b) z ugruntowanego prawa międzynarodowego oraz z zastrzeżeniem swoich zobowiązań traktatowych państwo jest uprawnione do kontroli wjazdu, obcokrajowców na swoje terytorium.

(c) w przypadku imigracji nie można uważać, że art.8 nakłada na państwo obowiązek ogólny poszanowania wyboru przez parę małżeńską kraju, w którym miałyby zamieszkać po ślubie oraz zgody na połączenie się rodziny na swoim terytorium.

W tym kontekście należało pamiętać, że sprawy takie, jak ta, dotyczą nie tylko imigracji, ale również życia rodzinnego i odnoszą się do cudzoziemców takich, jak skarżący, prowadzących już życie rodzinne, które porzucili w innym kraju do czasu uzyskania ustabilizowanego statusu w kraju przyjmującym. Przy ocenie Trybunał musi więc ustalić, czy odmawiając zgody na pobyt członków rodziny rząd zachował właściwą równowagę między interesem skarżących w prowadzeniu życia rodzinnego w Szwajcarii z jednej strony i własnym interesem państwa kontroli imigracji z drugiej.

Trybunał potwierdził również istnienie szerokiej zgody, w tym w prawie międzynarodowym, na rzecz idei, iż we wszystkich decyzjach dotyczących dzieci, najważniejsze muszą być ich najlepsze interesy. W tym celu w sprawach łączenia rodzin Trybunał zwraca szczególną uwagę na okoliczności odnoszące się do nieletnich dzieci, zwłaszcza na ich wiek, sytuację w kraju pochodzenia oraz zakres zależności od rodziców.

Skarżący nie odwołali się od pierwszej decyzji negatywnej wydanej 28 kwietnia 2009r., która stała się w ten sposób ostateczna. Trybunał był więc związany faktami, które wynikały z ich drugiego wniosku z 1 czerwca 2010r.

Rząd nie kwestionował, iż skarżący starali się o zgodę na pobyt trojga dzieci w Szwajcarii. Ze względu na to, że nie odwołali się od pierwszej negatywnej decyzji Urzędu ds. Migracji oraz fakt, że skarżącym zabrakło sporo czasu ponowne wystąpienie z wnioskiem o taką zgodę zdaniem rządu można było wątpić, czy zawsze rzeczywistą intencją skarżących było połączenie się z dziećmi w Szwajcarii.

Trybunał już wcześniej uznał, że nie można zakładać, iż rodzice pozostawiający dzieci przy wyjeździe zagranicę w celu zamieszkania tam, nieodwołalnie uznają, że powinny one pozostać w kraju na stałe i nie myślą o zabraniu ich do siebie w przyszłości.

Zdaniem Trybunału skarżący zawsze chcieli, aby ich dzieci dołączyły do nich w Szwajcarii. Już po trzech miesiącach od uzyskania zgody na pobyt matka wystąpiła o połączenie z dziećmi. Brak odwołania od pierwszej negatywnej decyzji Urzędu ds. Migracji nie pozwalał na uznanie, iż w owym czasie skarżący porzucili zamiar połączenia rodziny. W celu umożliwienia im wspólnego życia z dziećmi przywieźli je nielegalnie do Szwajcarii, a następnie ponownie wystąpili o zgodę na ich pobyt.

W związku z kwestią stopnia, w jakim osiedlenie trojga dzieci w Szwajcarii byłoby najbardziej odpowiednim sposobem wspólnego rozwijania przez skarżących życia rodzinnego, Trybunał zauważył, że fakty tej sprawy wymagały porównania z podobnymi w innych sprawach, w których musiał ocenić, czy z powodu odmowy zgody na pobyt w celu połączenia rodziny władze krajowe naruszyły art.8 Konwencji.

Trybunał wcześniej odrzucił skargi związane z oddaleniem przez władze wniosków o zgodę na połączenie rodziny oraz skargi na podstawie art.8 w sprawach, w których dzieci wchodzące w grę osiągnęły już wiek pozwalający domniemywać, że nie miały tak dużej potrzeby opieki, jak małe dzieci oraz miały większą możliwość radzenia sobie samodzielnie. W sprawach tego rodzaju Trybunał badał również, czy dzieci dorastały w środowisku kulturowym i językowym kraju ich pochodzenia, czy miały tam inną rodzinę, oraz czy można było oczekiwać powrotu rodziców do kraju.

W sprawie *Sen v. Holandia* (wyrok z 21 grudnia 2001r.), dotyczącej rodziców, którzy pozostawili córkę pod opieką krewnych w kraju pochodzenia – Turcji - aby osiedlić się w Holandii, Trybunał stwierdził, że bardzo trudno byłoby skarżącym wrócić do rodzinnego kraju, bo od wielu lat legalnie mieszkali w Holandii; dwoje najmłodszych dzieci tam się urodziło i wychowywało oraz chodziło do szkoły. W sytuacji tych dzieci, związanych tylko w minimalnym stopniu z krajem rodzinnym, oraz ze względu na młody wiek córki pozostającej w Turcji, (dziewięć lat w okresie złożenia wniosku do władz krajowych), Trybunał uważał, iż bardziej właściwa była zgoda na jej wjazd do Holandii i tam połączenie z rodziną. Odmowa oznaczała więc naruszenie art.8 Konwencji.

Ponadto, w sprawie *Tuquabo-Tekle i inni v. Holandia* (wyrok z 1 grudnia 2005r.), Trybunał stwierdził naruszenie art.8 w związku z odmową zgody na pobyt córki pani Tuquabo-Tekle mającej w owym czasie już 15 lat. Równoległe do ustalenia, że rodzice mieli poważne trudności z powrotem do swojego kraju pochodzenia – Erytrei – Trybunał orzekł, że szczególna sytuacja córki w jej rodzinnym kraju: fakt, że jej babka, która się nią opiekowała, zabrała ją ze szkoły a poza tym osiągnęła wiek umożliwiający zamążpójście – wymagała zgody na jej ponowne połączenie z rodziną w Holandii. Trybunał stwierdził wtedy, że wiek córki nie mógł być jedynym elementem oceny innej niż ta, do której doszedł w sprawie *Sen*, w której córka była o kilka lat młodsza.

W tym przypadku skarżący podjęli świadomą decyzję o osiedleniu się w Szwajcarii. Po zawarciu małżeństwa w 2007r. S. Berisha dołączyła do S., który mieszkał już w Szwajcarii od dziesięciu lat i posiadał zezwolenie na pobyt stały, w celu stworzenia tam życia rodzinnego. Następnie urodziło się czwarte dziecko a S. Berisha otrzymała zezwolenie na pobyt stały. Skarżący mogli jednak nadal kontynuować życie rodzinne tak, jak czynili to przez wiele lat przed 2007r. Po

przyjeździe do Szwajcarii w 1997r., S. regularnie odwiedzał przyszłą żonę i swoje dzieci w Kosowie a w 2003r. urodziło się im trzecie dziecko. Wspierał ich również finansowo.

Jeśli chodzi o sytuację trojga dzieci, Trybunał uważał, że musiały one nadal utrzymywać solidne społeczne i językowe więzi z rodzinnym krajem, w którym dorastały i przez lata chodziły do szkół. Dzieci te są obecnie dobrze zintegrowane w Szwajcarii, ale Trybunał uważał, że ich okres pobytu tam nie był na tyle długi, aby całkowicie utraciły one więzi z krajem pochodzenia. W związku z faktem, że ich babka opiekowała się nimi przed ponad dwa lata i przede wszystkim nadal tam żyje, należało również zakładać, iż nadal istnieją u nich silne więzi rodzinne z Kosowem. Ponadto, skarżący nie kwestionowali, że zdrowie L. na tyle uległo poprawie, że powrót do rodzinnego kraju nie byłby już dla niej szkodliwy. Jeśli chodzi o rzekomą zależność finansową R. od skarżących, Trybunał nie widział powodu, aby nie mógł on być, podobnie jak siostra, wspierany na odległość, zwłaszcza, że dzieci te mają obecnie odpowiednio 19 i 17 lat. Wreszcie, biorąc szczególnie pod uwagę najmłodsze z trójki dzieci - B. – Trybunał zauważył, że skarżący nie mieli zakazu podróżowania - a nawet pobytu - w Kosowie, aby zapewnić, iż miałyby ona tam konieczną opiekę i edukację. W ten sposób najlepsze interesy dziecka były chronione.

W podsumowaniu, biorąc również pod uwagę zachowanie skarżących w postępowaniu krajowym, które nie było nienaganne, Trybunał stwierdził, że nie można było uznać, iż państwo nie zachowało właściwej równowagi między wchodzącymi w grę interesami. Skarżący być może woleliby zachować i wzmocnić więzi rodzinne z trójką dzieci w Szwajcarii, art.8 nie gwarantuje jednak prawa wyboru najodpowiedniejszego miejsca rozwijania życia rodzinnego. W rezultacie państwo nie przekroczyło granic posiadanej swobody na podstawie art.8 Konwencji i nie doszło do jego naruszenia (stosunkiem głosów cztery do trzech). Zarzut na tle art.3 został odrzucony jako oczywiście bezzasadny.

#### **Uwagi:**

Wyrok warty analizy przez zajmujących się sprawami cudzoziemców z zaznaczeniem jednak, iż zapadł minimalną większością głosów w izbie i nie można wykluczyć, że zajmie się nim (choć nie musi) jeszcze Wielka Izba.