



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Trybunał Konstytucyjny, www.trybunal.gov.pl [Translation already published on the official website of the Polish Constitutional Tribunal] - Permission to re-publish this translation has been granted by the Polish Constitutional Tribunal for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC

© Trybunał Konstytucyjny, www.trybunal.gov.pl [Tłumaczenie zostało już opublikowane na oficjalnej stronie Trybunału Konstytucyjnego] - Zezwolenie na publikację tego tłumaczenia zostało udzielone przez Trybunał Konstytucyjny wyłącznie w celu zamieszczenia w bazie Trybunału HUDOC

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA

SEKCJA TRZECIA

SPRAWA I.M. przeciwko SZWAJCARII

(Skarga nr 23887/16)

WYROK

STRASBURG

9 kwietnia 2019 r.

OSTATECZNY

09/07/2019

Wyrok ten stał się ostateczny zgodnie z art. 44 ust. 2 Konwencji. Może on podlegać zmianom redakcyjnym.

W sprawie I.M. przeciwko Szwajcarii,

Europejski Trybunał Praw Człowieka (Sekcja Trzecia), zasiadając jako Izba składająca się z:

Vincent A. De Gaetano, *przewodniczący*,
Branko Lubarda,
Helen Keller,
Dmitry Detov,
Pere Pastor Vilanova,
Georgios A. Serghides,
Mária Elósegui, *sędziowie*,

i Fatoş Aracı, *Zastępcą Kanclerza Sekcji*,

po obradach na posiedzeniach niejawnych w dniach 26 lutego 2019 r.
i 12 marca 2019 r.,

wydaje następujący wyrok, który został przyjęty w tym dniu:

POSTĘPOWANIE

1. Sprawa wywodzi się ze skargi (nr 23887/16) wniesionej do Trybunału przeciwko Konfederacji Szwajcarskiej przez obywatela Kosowa¹ Pana I.M. („skarżącego”), w dniu 28 kwietnia 2016 r. na podstawie art. 34 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wartości („Konwencja”). Przewodniczący Sekcji przychylił się do wniosku skarżącego o nieujawnianie jego tożsamości (Reguła 47 § 4 Regulaminu).

2. Skarżącego reprezentował Pan R. Giebenrath, adwokat praktykujący w Strasburgu. Rząd szwajcarski („Rząd”) był reprezentowany przez swojego pełnomocnika, Pana F. Schürmanna z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości.

3. Skarżący zarzuca, że jego wydalenie do Kosowa spowodowałoby naruszenie art. 3 i art. 8 Konwencji.

4. W dniu 24 maja 2016 r. skarżący zwrócił się do Trybunału z wnioskiem o zastosowanie środka tymczasowego, na podstawie Reguły 39 Regulaminu Trybunału, w celu zapobieżenia wykonania decyzji o jego wydaleniu. W dniu 27 maja 2016 r. sędzia dyżurny zdecydował o nieprzyznaniu żadanego środka tymczasowego.

5. W dniu 16 września 2016 r. skarga została zakomunikowana Rządowi.

¹ Wszystkie odniesienia do Kosowa, bądź jego terytorium, jego instytucji lub ludności, muszą być rozumiane jako zgodne z Rezolucją 1244 Rady Bezpieczeństwa ONZ, bez przesądzania statusu Kosowa.

FAKTY

I. OKOLICZNOŚCI SPRAWY

6. Skarżący urodził się w 1964 r. i mieszka w kantonie Bâle-Campagne.

A. Przybycie do Szwajcarii i przyznanie zezwolenia na pobyt

7. Po czasowym pobycie jako pracownik sezonowy, trwającym od 1989 r., skarżący przybył do Szwajcarii w dniu 13 kwietnia 1993 r. i złożył wniosek o azyl. W decyzji z dnia 19 listopada 1993 r. dawny Federalny Urząd ds. Uchodźców (który następnie stał się Federalnym Urzędem ds. Migracji [„ODM”], a następnie Sekretariatem Stanu ds. Migracji [„SEM”]) oddalił ten wniosek, pozwalając jednakże na skorzystanie z tymczasowego przyjęcia. W dniu 25 lutego 1998 r. Rada Federalna cofnęła zbiorowe tymczasowe pozwolenie przyznane dezterom i osobom uchylającym się od służby wojskowej pochodzącym z Republiki Federalnej Jugosławii, Bośni i Hercegowiny oraz Chorwacji, a skarżącemu wyznaczono termin wyjazdu na 15 stycznia 1999 r.

8. Była żona skarżącego, Pani M.M., żyjąca w Kosowie, i z którą się rozwiódł w dniu 5 maja 1998 r., przybyła do Szwajcarii w dniu 17 sierpnia 1998 r. z trójką dzieci skarżącego, urodzonych odpowiednio w 1990, 1992 i w 1995 r. Wniosek o azyl wniesiony przez M.M. został uwzględniony.

9. Dnia 14 stycznia 1999 r. skarżący poślubił obywatelkę Szwajcarii. Z powodu tego małżeństwa mógł skorzystać z zezwolenia na pobyt.

10. Dnia 22 kwietnia 2002 r. skarżący podpisał porozumienie w sprawie zwrotu kwoty 22 255 franków szwajcarskich („CHF”) (około 19 301 euro [„EUR”]) za niesłusznie pobrane zasiłki na dzieci i dopłaty na cele edukacyjne.

11. W dniu 3 grudnia 2003 r. Sąd karny kantonu Bazylea-Miasto (*Strafgericht des Kantons Basel-Stadt*) skazał skarżącego na trzy lata pozbawienia wolności, z zawieszeniem na pięcioletni okres próby, jak też na wydalenie ze szwajcarskiego terytorium na okres dwunastu lat za przymuszanie do czynności seksualnych, gwałt i przykrości spowodowane narażeniem na akt o charakterze seksualnym, zdarzenia, które nastąpiły w tym samym roku. W wyroku z dnia 15 kwietnia 2005 r. Sąd Apelacyjny Kantonu Bazylea-Miasto (*Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt*) utrzymał tylko oskarżenie o gwałt, obniżył karę pozbawienia wolności do dwóch lat i trzech miesięcy z zawieszeniem na pięcioletni okres próby i potwierdził wydalenie skarżącego ze Szwajcarii na okres dwunastu lat w zawieszeniu. Odwołanie skarżącego od tego wyroku zostało odrzucone przez Trybunał Federalny w dniu 18 kwietnia 2006 r.

12. W dniu 7 lutego 2006 r. była żona skarżącego urodziła bliźnięta, których ojciec był nieznany.

13. Dnia 16 maja 2006 r. skarżący i jego szwajcarska żona uzyskali rozwód.

B. Decyzja z dnia 24 sierpnia 2006 r. o wydaleniu z terytorium kantonu

14. Decyzją z dnia 24 sierpnia 2006 r. urząd ds. migracji kantonu Bazylea-Okręg (*Amt für Migration des Kantons Basel-Landschaft* [kantonalny urząd ds. migracji]) oddalił wniosek skarżącego o przedłużenie zezwolenia na pobyt, podnosząc, że skazanie zainteresowanego na ponad dwa lata pozbawienia wolności za gwałt stanowi przesłankę wydalenia z terytorium Szwajcarii. Fakt, że otrzymał kwotę 41 052 CHF (około 36 063 EUR) z tytułu pomocy socjalnej, miał długi w wysokości 21 000 CHF (około 18 448 EUR) i zgłaszał problemy fizyczne, chociaż miał potwierdzoną pełną zdolność do pracy, stanowiły dodatkowe powody uzasadniające decyzję o nieudzieleniu zezwolenia na dalszy pobyt w Szwajcarii.

15. Rada Stanu kantonu Bazylea-Okręg (*Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft* [„Rada Stanu"]), a następnie Trybunał kantonalny Bazylea-Okręg (*Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft* [„Trybunał kantonalny"]) wyrokiem z dnia 27 czerwca 2007 r., oddalili odwołania skarżącego. Trybunał kantonalny podkreślił w szczególności, że wskazywane problemy zdrowotne nie stoją na przeszkodzie powrotowi do Kosowa i że decyzja o odesłaniu była środkiem proporcjonalnym i zgodnym z art. 8 Konwencji. Wyrok ten nie został zaskarżony.

C. Decyzja z dnia 22 stycznia 2010 r. o rozszerzeniu decyzji kantonalnej o wydaleniu na całe terytorium szwajcarskie

16. W następstwie wejścia w życie decyzji kantonalnego Urzędu ds. Migracji z dnia 24 sierpnia 2006 r., SEM zakomunikował skarżącemu zamiar rozszerzenia decyzji o wydaleniu na całe terytorium szwajcarskie i udzielił mu prawa do wysłuchania jego stanowiska. Pomimo problemów zdrowotnych zgłaszanych przez skarżącego SEM zdecydował w dniu 22 stycznia 2010 r. o rozszerzeniu decyzji kantonalnej o wydaleniu na całe terytorium szwajcarskie.

17. W dniu 25 lutego 2010 r. skarżący wniósł odwołanie od tej decyzji do Federalnego Trybunału Administracyjnego.

18. W dniu 26 kwietnia 2010 r. Federalny Trybunał Administracyjny zawiesił decyzję.

19. W dniu 22 lutego 2013 r. skarżący wniósł do Sądu Apelacyjnego kantonu Bazylea-Miasto wniosek o rewizję wyroku karnego z dnia 15 kwietnia 2005 r.

20. W dniu 27 lutego 2013 r. Federalny Trybunał Administracyjny zawiesił postępowanie odnoszące się do wydalenia skarżącego.

21. W dniu 1 lipca 2013 r. skarżący otrzymał pełną rentę inwalidzką, ze skutkiem wstecznym od dnia 1 października 2012 r., a wskaźnik jego niepełnosprawności został określony na 80%.

22. Wyrokiem z dnia 7 października 2013 r. Sąd Apelacyjny kantonu Bazylea-Miasto oddalił wniosek o rewizję wyroku karnego, wniesiony przez skarżącego.

23. Kontrola na lotnisku w Zurychu pozwoliła stwierdzić, że skarżący udał się z wizytą do Kosowa dnia 3 września 2014 r. Skarżący wyjaśniał, że chciał odwiedzić grób swojego ojca i że podróżował samolotem z powodu złego stanu zdrowia.

24. W dniu 15 października 2014 r. Federalny Trybunał Administracyjny podjął postępowanie odnoszące się do decyzji o wydaleniu skarżącego.

25. W orzeczeniu z dnia 28 października 2015 r. Federalny Trybunał Administracyjny oddalił odwołanie skarżącego. Stwierdził, że kara pozbawienia wolności w wysokości dwóch lat i trzech miesięcy orzeczona wobec zainteresowanego jest wyraźnie powyżej progu wystarczającego do stwierdzenia, że nastąpiło pogwałcenie porządku i bezpieczeństwa publicznego lub jest on zagrożony. Wskazał, że chociaż te zdarzenia miały miejsce ponad dziesięć lat wcześniej, gwałt stanowi poważne przestępstwo, tak że nawet niskie ryzyko recydywy nie może być akceptowane w kontekście prawa cudzoziemców. Federalny Trybunał Administracyjny podniósł, że gwałt jest teraz wymieniony w liście czynów wskazanych w art. 121 ust. 3 Konstytucji szwajcarskiej (Cst.), stanowiąc podstawę wydalenia cudzoziemców skazanych za określone poważne przestępstwa. Także trzeba wziąć pod uwagę tę kategoryzację w kontekście wagi interesów chronionych art.8 ust. 2 Konwencji, odpowiedniego stosowania art. 96 ustawy federalnej o cudzoziemcach z dnia 16 grudnia 2005 r., pod warunkiem że nie jest to sprzeczne z prawem wyższego rzędu lub nie pozostaje w konflikcie z marginesem swobody, jaki Trybunał pozostawia Wysokim Układającym się Stronom dla stosowania własnej polityki migracyjnej w kontekście poszanowania prawa do życia prywatnego i rodzinnego. Podkreślił, że zasada, według której spośród różnych możliwych interpretacji należy wybierać tę, która jest najwierniejsza Konstytucji, jest powszechnie uznana i odnosi się w szczególności do postanowień Konstytucji, które – jak wyżej cytowane przepisy art. 121 ust. 3-6 Cst. – nie są stosowane bezpośrednio. Klauzula wykluczenia z art. 14a ust.6 ustawy federalnej z dnia 26 marca 1931 r. o pobycie i osiedlaniu się cudzoziemców musi być wobec tego zastosowana, a jej zastosowanie wydaje się proporcjonalne, nawet biorąc pod uwagę trudności, wcale nie błahe, które skarżący musiałby przewyciężyć po powrocie do swojego kraju pochodzenia. Na gruncie art. 3 Konwencji Federalny Trybunał Administracyjny podniósł, że zasadniczo stan zdrowia skarżącego (uogólnione zaburzenia bólowe, niedoczynność tarczycy [niedostateczna produkcja hormonów tarczycy], depresja i zapalenie błony śluzowej żołądka) nie był na tyle poważny, żeby wykluczał jego

odesłanie do Kosowa, kraju dysponującego infrastrukturą medyczną pozwalającą na otrzymanie przez skarżącego niezbędnego dla niego leczenia. Odnosząc się do finansowania leków i leczenia, Federalny Trybunał Administracyjny wyjaśnił, że skarżący, którego wskaźnik niepełnosprawności został oceniony na 80%, z pewnością nie będzie otrzymywał w Kosowie renty inwalidzkiej od władz szwajcarskich, ale będzie mógł skorzystać z pomocy społecznej w swoim kraju lub otrzymywać pomoc finansową od członków swojej rodziny żyjących w Szwajcarii i w Niemczech. Podniósł także, że ryzyko pogorszenia stanu zdrowia skarżącego w przypadku powrotu do Kosowa z powodu braku środków finansowych pozwalających na otrzymanie przez niego adekwatnej pomocy medycznej, ma w znacznej mierze charakter hipotetyczny.

D. Wnioski skarżącego o ponowne zbadanie sprawy z dnia 8 lipca 2014 r. i z dnia 22 stycznia 2016 r.

26. W dniu 8 lipca 2014 r. skarżący złożył do kantonalnego urzędu ds. migracji pierwszy wniosek o ponowne zbadanie wyroku Trybunału kantonalnego z dnia 27 czerwca 2007 r., który to wniosek został uznany za niedopuszczalny w dniu 5 stycznia 2016 r.

27. W dniu 22 stycznia 2016 r. skarżący złożył drugi wniosek o ponowne zbadanie sprawy, w którym twierdził, że jest ojcem bliźniąt M.M. Wniosek ten również został uznany za niedopuszczalny w dniu 11 maja 2016 r.

28. Odwołania skarżącego od decyzji o niedopuszczalności zostały odrzucone. W swoim wyroku z dnia 6 marca 2018 r. Federalny Trybunał zauważył w szczególności, że wnioski z dnia 8 lipca 2014 r. i z dnia 22 stycznia 2016 r. były w rzeczywistości nowymi wnioskami o udzielenie prawa pobytu i że skarżący mógł i powinien był wcześniej ujawnić więzy ojcowskie z bliźniętami.

E. Sytuacja rodzinna skarżącego

29. Skarżący mieszka w swoim mieszkaniu z dwójką swoich dorosłych dzieci, a bliźnięta i jego była żona M.M. mieszka w innym mieszkaniu w tym samym budynku.

F. Stan zdrowia skarżącego

30. Na poparcie swojej skargi skarżący okazał dwa zaświadczenia lekarskie sporządzone przez jego lekarza psychiatrę, z dnia 5 lutego i 7 czerwca 2016 r., z których wynikało przede wszystkim, że cierpiał on na poważną depresję z myślami samobójczymi oraz miał cechy autystyczne. Wymagał on całościowego oddziaływania psychiatryczno-psychotherapeutycznego, był niezdolny do podróży i całkowicie zależny

od opieki zapewnianej przez członków jego rodziny, nie będąc w stanie nawiązać stabilnych relacji z osobami spoza jego kręgu rodzinnego. Istniało ryzyko znacznego pogorszenia jego stanu psychicznego w przypadku wydalenia. Według raportów medycznych z dnia 31 stycznia i 10 października 2017 r., sporządzonych przez tego samego lekarza, od czasu wydania decyzji o jego wydaleniu skarżący żył w stanie ciągłego strachu i braku poczucia bezpieczeństwa, co pogarszało jego stan psychiczny. Przejawiał cechy autystyczne i poziom funkcjonowania dziecka, zależąc całkowicie od swojej rodziny. Zaczął się rozwijać poważny autyzm. Skarżący był całkowicie zależny od synów i ich rodzin i nie był w stanie opuszczać domu.

31. Ponadto z dwóch innych raportów medycznych, sporządzonych przez lekarza skarżącego w dniu 5 lutego i 7 czerwca 2016 r., wynikało, że był on niezdolny do podróży z powodu poważnych chorób (*schwerwiegende Erkrankungen*). Raport z dnia 2 maja 2016 r. wskazywał, że skarżący cierpiał z powodu uogólnionych zaburzeń bólowych, depresji i niedoczynności tarczycy. Jego stan zdrowia, zły od kilku lat, był taki, że skarżący mógł się przemieszczać o własnych siłach tylko na krótkich dystansach. Potrzebował stałego wsparcia swojej rodziny, a w krótkiej lub średniej perspektywie czasu jego życie mogłoby być zagrożone, jeżeli nie miałby dostępu do przepisanych leków.

32. W dniu 10 marca 2016 r. prywatny zakład medyczny, wyznaczony przez władze szwajcarskie (O. SA), stwierdził, że skarżący był zdolny do podróży i że ani zaburzenia zdrowotne, ani podnoszone ryzyko samobójstwa nie stoją na przeszkodzie podróży samolotem.

33. Według raportu z dnia 5 października 2017 r., złożonego przez skarżącego, bóle dotyczące jego układu mięśniowo-szkieletowego i trudności w poruszaniu się nasiliły się do tego stopnia, że konieczne było przepisanie mu używania chodzika.

34. Na prośbę Trybunału skarżący doprecyzował w dniu 20 lutego 2019 r., że jego renta inwalidzka została zawieszona w lutym 2016 r. ze względu na fakt, że miał on opuścić Szwajcarię.

II. WŁAŚCIWE PRAWO KRAJOWE I PRAKTYKA

A. Właściwe prawo krajowe

35. Art. 13 i art.121 Konstytucji Federalnej Konfederacji Szwajcarskiej z dnia 18 kwietnia 1999 r. („Cst.”, RS 101) stanowią, co następuje:

Art. 13 (Ochrona życia prywatnego)

„1. Każdy ma prawo do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania oraz korespondencji i telekomunikowania się”.

Art. 121 (Ustawodawstwo w sprawie cudzoziemców i azylu)

„1. Ustawodawstwo o wjeździe do Szwajcarii, wyjeździe, pobycie i osiedlaniu się cudzoziemców oraz zapewnianiu azylu należy do kompetencji Federacji.

2. Cudzoziemcy mogą być wydalenii ze Szwajcarii, jeżeli zagrażają bezpieczeństwu kraju.

3. Zostają pozbawieni zezwolenia na pobyt, niezależnie od ich statusu, i wszystkich swoich praw do pobytu w Szwajcarii:

a. jeżeli zostali skazani prawomocnym orzeczeniem za zabójstwo, gwałt lub inne poważne przestępstwo o charakterze seksualnym, za akt przemocy o innym charakterze, rozbój, handel ludźmi, handel narkotykami lub włamanie; lub

b. bezprawnie wyludzili zasiłki z ubezpieczenia społecznego lub pomocy socjalnej.

4. Ustawodawca określi okoliczności faktyczne stanowiące naruszenia określone w ust.3. Może je uzupełnić innymi okolicznościami faktycznymi.

5. Cudzoziemcy, którzy na podstawie ust. 3 i 4, zostali pozbawieni podstawy ich prawa do pobytu i wszystkich ich praw przebywania w Szwajcarii, zostają wydalenii z kraju przez odpowiednie władze i nałożony zostanie na nich zakaz wjazdu na terytorium na okres od 5 do 15 lat. W przypadku recydywy zakaz wjazdu będzie określony na 20 lat.

6. Cudzoziemcy, którzy naruszają zakaz wjazdu na terytorium lub dostają się na nie w jakikolwiek nielegalny sposób, podlegają karze. Ustawodawca ustanowi odpowiednie przepisy”.

36. Właściwe postanowienia ustawy federalnej z dnia 26 marca 1931 r. o pobycie i osiedlaniu się cudzoziemców („LSEE”, RS 142.20), wtedy obowiązującej, ale uchylonej z dniem 1 stycznia 2008 r. przez ustawę federalną z dnia 16 grudnia 2005 r. o cudzoziemcach („LEtr”, RS 142.20), znowelizowaną i przemianowaną na ustawę federalną o cudzoziemcach i integracji „LEI” od dnia 1 stycznia 2019 r.), stanowiły, co następuje:

Art. 7

„1. Małżonkowi obywatela Szwajcarii przysługuje prawo do przyznania i przedłużenia zezwolenia na pobyt. Po zgodnym z prawem i nieprzerwanym pobycie przez pięć lat, ma on prawo do zezwolenia na osiedlenie. Prawo to wygasa, gdy wystąpi powód do wydalenia”.

(...)

Art.10

„1. Cudzoziemiec może zostać wydany ze Szwajcarii lub kantonu tylko z następujących powodów:

a. jeżeli został skazany przez organ sądowy za przestępstwo lub wykroczenie;

b. jeżeli jego zachowanie jako całość i jego działania prowadzą do wniosku, że nie chce dostosowywać się do porządku panującego w kraju, który oferuje mu gościnność, lub nie jest do tego zdolny;

c. jeżeli w wyniku choroby psychicznej narusza porządek publiczny;

WYROK W SPRAWIE I.M. PRZECIWKO SZWAJCARII

d. jeżeli opieka nad nim lub osobą, której potrzeby ma obowiązek zaspokajać, spada w sposób ciągły i w dużym stopniu na pomoc społeczną.

2. Wydalenie, o którym mowa w ust. 1 lit. c lub d, może być orzeczone tylko wtedy, gdy powrót wydalonego do kraju pochodzenia jest możliwy i może być zasadnie wymagany.

3. Wydalenie będzie ograniczone do terytorium kantonu tylko wyjątkowo i jeśli cudzoziemiec posiada lub otrzyma zezwolenie w innym kantonie.

4. Niniejsza ustawa nie narusza podstaw wydalenia, przewidzianych w Konstytucji federalnej, cudzoziemców narażających bezpieczeństwo wewnętrzne lub zewnętrzne Szwajcarii, ani wydalenia orzeczonego przez sędziego sądu karnego”.

Art.12

„1. Cudzoziemiec nieposiadający żadnego zezwolenia może być w każdej chwili zobowiązany do opuszczenia Szwajcarii.

2. Cudzoziemiec jest obowiązany opuścić kanton po wygaśnięciu zezwolenia.

3. Cudzoziemiec jest zobowiązany do wyjazdu, gdy odmówiono mu zezwolenia lub przedłużenia zezwolenia lub pozwolenie zostało uchylone lub wycofane zgodnie z art. 8 ust. 2. W takich przypadkach organ wyznacza termin wyjazdu. Jeżeli jest to organ kantonalny, cudzoziemiec musi opuścić terytorium kantonu; jeżeli jest to organ federalny, musi opuścić terytorium Szwajcarii. Władza federalna może zmienić nakaz opuszczenia kantonu w nakaz opuszczenia Szwajcarii.

4. Organ wyznacza również termin wydalenia”.

Art.14a

„1. Jeżeli wykonanie odesłania lub wydalenia nie jest możliwe, jest niezgodne z prawem lub nie może być racjonalnie uzasadnione, Federalny Urząd ds. Uchodźców podejmuje decyzję o tymczasowym przyjęciu cudzoziemca.

2. Wykonanie nie jest możliwe, jeżeli cudzoziemiec nie może opuścić Szwajcarii ani też być odesłany do państwa, z którego przybył, ani do swojego państwa pochodzenia, ani do państwa trzeciego.

3. Wykonanie nie jest zgodne z prawem, gdy powrót cudzoziemca do państwa, z którego przybył, lub państwa pochodzenia, lub do państwa trzeciego jest sprzeczny ze zobowiązaniami Szwajcarii wynikającymi z prawa międzynarodowego.

4. W szczególności wykonanie nie może być racjonalnie wymagane, jeżeli dotyczy narażenia cudzoziemca na konkretne niebezpieczeństwo.

4bis. Jeżeli na skutek wykonania odesłania osoba ubiegająca się o azyl znalazłaby się w sytuacji poważnego cierpienia osobistego w rozumieniu art. 44 ust.3 ustawy z dnia 26 czerwca 1998 r. o azylu, Federalny Urząd ds. Uchodźców może podjąć decyzję o tymczasowym przyjęciu.

5. (...)

6. Ust. 4 i 4 bis nie mają zastosowania, gdy wydany lub odesłany cudzoziemiec naruszył bezpieczeństwo i porządek publiczny lub poważnie temu zagroził”.

37. Art. 96 ustawy federalnej o cudzoziemcach („LEtr”, RS 142.20) z dnia 16 grudnia 2005 r. stanowi, co następuje:

Art.96 (Dokonanie oceny)

„1.Wykonując przysługujące im uprawnienia do oceny, właściwe organy uwzględniają interes publiczny, sytuację osobistą cudzoziemca oraz stopień jego integracji.

2. Jeżeli środek byłby uzasadniony, ale nie jest odpowiedni, właściwy organ może udzielić prostego ostrzeżenia zainteresowanej osobie, wysyłając jej ostrzeżenie”.

38. Art. 17 rozporządzenia wykonującego ustawę federalną o pobycie i osiedlaniu się cudzoziemców („RSEE”, RS 142.201) z dnia 1 marca 1949 r., uchylony z dniem 1 stycznia 2008 r., stanowił co następuje:

Art. 17 (Inne decyzje o wydaleniu. Internowanie)

„2. Władze kantonale przekazują do Urzędu Federalnego ds. Migracji wszystkie decyzje, w których określają termin wyjazdu cudzoziemców (odesłania), wobec których wydanie decyzji wymaga aprobaty Urzędu; także w przypadkach, które dotyczą osób niepożądanych lub cudzoziemców naruszających wymogi prawne lub decyzje władz (art. 13 ust. 1 ustawy) lub wtedy, kiedy wydaje się wskazane ustanowienie ograniczeń wjazdu (art.13 ust. 2 ustawy). Kantony mogą także, jeżeli jest to szczególnie uzasadnione, przedłożyć Urzędowi Federalnemu ds. Migracji inne decyzje o odesłaniu; Informują one o tych motywach w uzasadnieniu. Co do zasady, Urząd Federalny ds. Migracji rozszerza decyzję o wydaleniu na całe terytorium Szwajcarii, chyba że ze szczególnych powodów chce dać cudzoziemcowi możliwość wnioskowania o pozwolenie w innym kantonie”.

B. Właściwa praktyka krajowa

39. Pod rządami poprzedniego prawa władze federalne mogły przekształcać nakaz opuszczenia kantonu w nakaz opuszczenia terytorium Szwajcarii. Zgodnie z brzmieniem art. 17 ust. 2 RSEE (paragraf 38, powyżej) Urząd Federalny ds. Migracji rozszerzał, co do zasady, decyzję o wydaleniu na całe terytorium Szwajcarii, chyba że ze szczególnych powodów chciał dać cudzoziemcowi możliwość proszenia o pozwolenie w innym kantonie. Tak więc rozszerzenie na całe terytorium szwajcarskie stanowiło regułę generalną i było traktowane przez orzecznictwo jako automatyzm (wyrok Trybunału Federalnego, ATF 110 Ib 204 consid. 1c, i Orzecznictwo władz administracyjnych Konfederacji, JAAC 57.14 consid. 5 i JAAC 63.1 consid. 11c).

40. Tak więc, kiedy kanton był właściwy, procedura pod rządami poprzedniego prawa składała się z dwóch etapów. Na pierwszym etapie władze kantonale wydawały decyzję dotyczącą przedłużenia prawa pobytu, a w przypadku odmowy wyznaczyły zainteresowanemu termin opuszczenia kantonu. Na drugim etapie władze federalne wydawały decyzję o rozszerzeniu na całe terytorium szwajcarskie.

41. Od wejścia w życie ustawy federalnej o cudzoziemcach decyzja o wydaleniu ma bezpośrednie zastosowanie do całego terytorium

szwajcarskiego (wyrok Trybunału Federalnego 2C_1139/2012 z dnia 21 grudnia 2012 r., consid. 3.4).

PRAWO

I. ZARZUCANE NARUSZENIE ART. 8 KONWENCJI

42. Według skarżącego jego wydalenie przez władze szwajcarskie naruszyłoby jego życie prywatne i rodzinne oraz art. 8 Konwencji, który stanowi:

„1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

43. Rząd nie zgadza się z tym twierdzeniem.

A. Dopuszczalność

44. Rząd utrzymuje, że skarżący nie wyczerpał środków odwoławczych dostępnych w prawie krajowym. Zarzuca skarżącemu niewniesienie odwołania od wyroku Trybunału kantonálního z dnia 27 czerwca 2007 r., potwierdzającego odmowę przedłużenia pozwolenia na pobyt i jego wydalenie z terytorium kantonu. Wyjaśnia, że postępowanie przed Federalnym Trybunałem Administracyjnym dotyczyło jedynie automatycznego rozszerzenia decyzji o wydaleniu na całe terytorium Szwajcarii. Rząd podkreśla również, że procedura ponownego zbadania decyzji kantonálnej jeszcze się toczyła, kiedy skarżący wniósł skargę do Trybunału.

45. Skarżący odpowiada, że zaskarżył do wszystkich przewidzianych w tym celu instancji decyzję o rozszerzeniu kantonálnej decyzji o wydaleniu na całe terytorium Szwajcarii. Podnosi, że procedurę należy traktować całościowo, i podkreśla, że Federalny Trybunał Administracyjny odniósł się w wyroku do podniesionych przez niego zarzutów opartych na art. 3 i art. 8 Konwencji, dlatego uznanie, że krajowa droga odwoławcza nie została wyczerpana, stanowiłoby nadmiernie formalistyczne podejście.

46. Trybunał przypomina, że reguła wyczerpania środków odwoławczych powinna być stosowana z pewną elastycznością i bez nadmiernego formalizmu, nie nadaje się ona do automatycznego stosowania i nie ma charakteru absolutnego, a kontrolując jej poszanowanie, należy mieć wzgląd

na okoliczności sprawy. To oznacza w szczególności, że Trybunał musi brać pod uwagę w sposób realistyczny nie tylko drogę odwoławczą przewidzianą w teorii w systemie prawa Wysokiej Układającej się Strony, lecz także, między innymi, sytuację osobistą skarżących (*Demopoulos i Inni przeciwko Turcji* (dec.) [Wielka Izba], nr 46113/99 i 7 innych, § 69, ETPC 2010, i *Vučović i Inni przeciwko Serbii* (zastrzeżenie wstępne) [Wielka Izba], nr 17153/11 i 29 innych, § 69-70, 25 marca 2014 r.).

47. W niniejszej sprawie Trybunał zauważa, że skarżący wyczerpał krajową drogę odwoławczą dotyczącą procedury związanej z rozszerzeniem decyzji o wydaleniu na całe terytorium szwajcarskie, a Federalny Trybunał Administracyjny w wyroku z dnia 28 października 2015 r. odniósł się do zgodności zaskarżonego środka z art. 8 Konwencji. Ponadto zauważa, że przeciwnie do tego, co twierdzi Rząd, rozszerzenie decyzji o wydaleniu na całe terytorium szwajcarskie w rzeczywistości nie odbyło się automatycznie, gdyż decyzja ta została zatwierdzona przez Federalny Trybunał Administracyjny dopiero po ponad ośmiu latach postępowania. Zatem Trybunał jest zdania, że skarżący usiłował otrzymać, w przewidzianym trybie i terminach, naprawienie zarzucanego naruszenia poprzez właściwą drogę odwoławczą do najwyższych krajowych władz sądowniczych.

48. W odniesieniu do procedury toczącej się w czasie, gdy Rząd złożył swoje uwagi, Trybunał podnosi, że Federalny Trybunał Administracyjny, w orzeczeniu z dnia 6 marca 2018 r., wykluczył, jakoby dotyczyła ona ponownego zbadania, i potraktował sprawę jako nowy wniosek o pozwolenie na pobyt, który w sposób definitywny odrzucił. Dlatego Trybunał jest zdania, że zastrzeżenie w sprawie niedopuszczalności oparte na niewyczerpaniu krajowych środków odwoławczych w ramach tej procedury jest bezprzedmiotowe.

49. Zatem Trybunał odrzuca podniesione przez Rząd zastrzeżenie o niewyczerpaniu krajowych środków odwoławczych.

50. Trybunał stwierdza, że zarzut skargi oparty na art. 8 Konwencji nie jest w sposób oczywisty nieuzasadniony w rozumieniu art. 35 ust. 3 lit. a Konwencji. Poza tym wskazuje, że w odniesieniu do tego zarzutu nie zachodzą żadne inne podstawy niedopuszczalności. Należy więc stwierdzić jego dopuszczalność.

B. Przedmiot skargi

1. Twierdzenia stron

51. Skarżący nie podważa, że jego wydalenie z terytorium szwajcarskiego było oparte na wystarczającej podstawie prawnej i że podjęte środki realizowały uprawnione cele w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji. Z drugiej strony, utrzymuje, że środki te nie były konieczne w społeczeństwie

demokratycznym. Podkreśla, że interes państwa w ochronie porządku publicznego musi być uzasadniony przez analizę sytuacji i konkretnych okoliczności danej sprawy i że należy także zbadać rozwój sytuacji od popełnienia rozpatrywanego przestępstwa. Skarżący przypomina, że od 2003 r. nie popełnił czynu karalnego, i podkreśla, że stan jego zdrowia znacząco się pogorszył, tak że wskaźnik jego niepełnosprawności został określony na 80 %, a jego lekarze stwierdzili stałe pogorszenie. Twierdzi, że nie istnieje ryzyko recydywy, biorąc pod uwagę jego słaby stan zdrowia i nienaganne postępowanie od czasu popełnienia przestępstwa.

52. Ponadto skarżący wskazuje, że pobierał pełną rentę inwalidzką, wypłacaną z datą wsteczną od dnia 1 października 2012 r., a kwota, którą mu wypłacono z tego tytułu, została zwrócona organom pomocy społecznej, od których nie jest już zależny. Odnosząc się do niespłaconych zobowiązań, skarżący utrzymuje, że są one konsekwencją wypadku w pracy. Dodaje jeszcze, że od czasu zawieszenia renty inwalidzkiej w lutym 2016 r. ciężar finansowy jego utrzymania wzięło na siebie troje jego dorosłych dzieci. Mieszka z dwojgiem z nich i jest z nimi blisko. Stwierdza, że dwoje jego dzieci zajmuje domem, robi zakupy, opiekuje się nim, myje i ubiera i są pierwszymi osobami za niego odpowiedzialnymi, co potwierdza istnienie dodatkowych aspektów zależności od nich. Poza tym skarżący utrzymuje, że Trybunał powinien w swojej analizie wziąć pod uwagę narodziny bliźniąt M.M., i uznanie przez niego ich ojcostwa, oraz istnienie bliskich i regularnych kontaktów z nimi.

53. Odnosząc się do swoich więzów z Kosowem, skarżący wskazuje, że nie ma tam rodziny ani kontaktów społecznych. Jego więzy są dużo silniejsze ze Szwajcarią, gdzie mieszkał nieprzerwanie od 1993 r., to znaczy od 29 roku życia, i gdzie żyje jego pięcioro dzieci i była żona.

54. Z drugiej strony Rząd uważa, że rozpatrywana ingerencja jest całkowicie zgodna z Konwencją: była ona przewidziana przez ustawę i realizowała uprawnione cele w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji. Podkreśla, że skarżący został skazany za gwałt na dwa lata i trzy miesiące pozbawienia wolności, z zawieszeniem na pięcioletni okres próby, jak też na wydalenie z terytorium szwajcarskiego na okres dwunastu lat. Rząd twierdzi, że to przestępstwo jest wyjątkowo poważne i narusza bezpieczeństwo i porządek publiczny, jak też inne podstawowe zasady prawne w społeczeństwie, precyzując, że ludność nie powinna być narażona na nawet niskie ryzyko recydywy.

55. Rząd podważa stwierdzenie, że zachowanie skarżącego po popełnieniu wskazanego przestępstwa było nienaganne, podkreślając, że skorzystał z 41 052 CHF z tytułu pomocy socjalnej i zaciągnął długi w wysokości 21 000 CHF.

56. Rząd podważa również, że istnieje szczególnie bliska więź emocjonalna między skarżącym a jego dorosłymi dziećmi, i uznaje, że skarżący nie wykazał, że jego zależność od nich osiąga taki poziom, który

pozwała skorzystać z dobrodziejstwa ochrony art. 8 Konwencji. Rząd wskazuje, że skarżący nie ma prawa do opieki nad bliźniętami, nigdy z nimi razem nie mieszkał i nigdy nie płacił na ich rzecz świadczeń alimentacyjnych. Wskazuje też, że prawo skarżącego do pobytu w Szwajcarii było wątpliwe w momencie narodzin bliźniąt, a ich matka M.M. była tego świadoma już w momencie ich poczęcia. Poza tym Rząd podtrzymuje, że wydalenie skarżącego do Kosowa nie doprowadzi do zerwania więzów z rodziną żyjącą w Szwajcarii, wizyty i kontakty osobiste będą możliwe. Podkreśla, że bliźnięta i M.M. mają podwójne obywatelstwo: szwajcarskie i Kosowa, i mogą podążyć za skarżącym do kraju rodzinnego. Twierdzi, że nie istnieje przeszkoda nie do pokonania dla powrotu skarżącego do kraju pochodzenia – kraju, w którym spędził pierwsze 29 lat swojego życia i którego językiem włada. Co się tyczy dorosłych dzieci, Rząd uznaje, że skarżący nie dowiódł utrzymywania szczególnie bliskich relacji uczuciowych z nimi, ponieważ w skardze z dnia 28 kwietnia 2016 r. nie wykazał ani nawet nie powołał się na zależność od swoich starszych dzieci w takim stopniu, że należałoby mu przyznać ochronę wynikającą z art. 8 Konwencji. W każdym razie rzekoma zależność jest przede wszystkim natury ekonomicznej i dlatego nic nie stoi na przeszkodzie, by dorośli synowie skarżącego ponosili koszty opieki w miejscu zamieszkania.

57. W końcu Rząd podnosi, że nawet jeżeli rodzina skarżącego nie mieszka już w Kosowie, mógłby się tam szybko zintegrować. Skarżącemu nigdy nie udało się zintegrować w Szwajcarii, ani zawodowo ani społecznie, o czym może świadczyć słabe opanowanie języka niemieckiego i fakt, że korzystał z pomocy socjalnej i się zadłużył, zanim zaczął korzystać z renty inwalidzkiej.

.2. Ocena Trybunału

a) Ingerencja w prawo chronione przez art. 8

58. Trybunał stwierdza, że swoim orzecznictwem, rozważał wydalenie długoterminowych rezydentów zarówno pod kątem „życia prywatnego”, jak i „życia rodzinnego”, przyznając pewne znaczenie kwestii stopnia integracji społecznej zainteresowanych (*Dalia przeciwko Francji*, 19 lutego 1998 r., § 42-45, *Zbiór* 1998-I, i *Ukaj przeciwko Szwajcarii*, nr 32493/08, § 28, 24 czerwca 2014 r.)

59. Trybunał wskazuje, że decyzja o rozszerzeniu wydalenia na całe terytorium szwajcarskie stanowi ingerencję, która jest kwestią rozpatrywaną w niniejszej sprawie.

60. Trybunał ocenia, że z racji bardzo długiego pobytu skarżącego w Szwajcarii decyzja o wydaleniu stanowi ingerencję w jego prawo do poszanowania „życia prywatnego” (zobacz, *mutatis mutandis*, *Gezginci przeciwko Szwajcarii*, nr 16327/05, § 57, 9 grudnia 2010 r.).

61. Nasuwa się jeszcze pytanie, czy w niniejszej sprawie w grę wchodzi również „życie rodzinne” skarżącego. Trybunał przypomina, że ocena poszanowania art. 8 musi uwzględniać rozwój sytuacji, który miał miejsce po wydaniu krajowej decyzji nakazującej wydalenie skarżącego (zobacz, *mutatis mutandis*, *Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii* [Wielka Izba], nr 41615/07, § 145, ETPC 2010; *Sylvester przeciwko Austrii*, nr 36812/97 i 40104/98, 24 kwietnia 2003 r.). Trybunał musi się w istocie postawić w momencie wykonania zaskarżonej decyzji (*Neulinger i Shuruk*, wyżej cytowany, § 145, i *Maslov przeciwko Austrii* [Wielka Izba], nr 1638/03, § 91, ETPC 2008). Pod tym względem zauważa, że skarżący zgłosił do władz argument o ojcostwie bliźniąt urodzonych w 2006 r. dopiero po wyroku Federalnego Trybunału Administracyjnego z dnia 28 października 2015 r., uważa jednak, że w celu zagwarantowania rzeczywistej i konkretnej ochrony wynikającej z art. 8 Konwencji nie można całkiem pomijać tego faktu.

62. Składną, dorosłe dzieci skarżącego mają odpowiednio 23, 26 i 28 lat. Trybunał przypomina, że nie można uwzględnić istnienia życia rodzinnego, w rozumieniu art. 8 Konwencji, między rodzicami i ich dorosłymi dziećmi lub też między dorosłymi braćmi i siostrami, jeżeli nie zostaną udowodnione dodatkowe elementy zależności (*Slivenko przeciwko Łotwie* [Wielka Izba], nr 48321/99, § 97, ETPC 2003-X, i *Danelyan przeciwko Szwajcarii* (dec.), nr 76424/14 i 76435/14, § 29, 29 maja 2018 r.). Otóż w niniejszej sprawie Trybunał uważa, że skarżący może się powoływać na takie dodatkowe elementy wobec swoich dorosłych dzieci, ponieważ jest on zależny w życiu codziennym od pomocy zewnętrznej. Istotnie, podnosi on, że od czasu zawieszenia renty w lutym 2016 r. jego troje dorosłych dzieci utrzymuje go finansowo. Co więcej mieszka on z dwojgiem swoich dorosłych dzieci, które zajmują się domem, robią zakupy, opiekują się nim, myją, ubierają, i są pierwszymi osobami za niego odpowiedzialnymi. Trybunał nie ma ważnych podstaw, żeby wątpić w prawdziwość tych stwierdzeń, zresztą Rząd też ich nie podważa. Poza tym przy ocenie stosowności wydalenia skarżącego sądy szwajcarskie wzięły pod uwagę fakt, że członkowie jego rodziny mogliby przyczyniać się do pokrywania kosztów medycznych (paragraf 25, powyżej). Fakt, że środki pieniężne pochodzące od rodziny mieszkającej w Szwajcarii i w Niemczech, mogłyby mu być wypłacone w Kosowie, nie podważa samego faktu istnienia odpowiedniej więzi zależności na potrzeby uwzględnienia aspektu „życia rodzinnego” z art. 8. W związku z tym Trybunał uznaje, że stosunki skarżącego z jego dziećmi również wchodzą w zakres prawa do poszanowania życia rodzinnego.

63. Biorąc pod uwagę powyższe względy, skarżący może się powoływać na bycie ofiarą ingerencji w prawo do poszanowania jego życia prywatnego i rodzinnego w rozumieniu art. 8 ust. 1 Konwencji.

b) Uzasadnienie ingerencji

64. Taka ingerencja narusza Konwencję, jeżeli nie spełnia wymagań art. 8 ust. 2. Trzeba więc zbadać, czy była ona „przewidziana przez ustawę”, uzasadniona przez jeden lub kilka uprawnionych celów w świetle wymienionego przepisu i „konieczna w społeczeństwie demokratycznym”.

i. „Przewidziana przez ustawę”

65. Nie jest sporne, że odmowa przedłużenia pozwolenia na pobyt skarżącego i zobowiązanie do opuszczenia terytorium szwajcarskiego były oparte na właściwych przepisach LSEE (paragraf 36, powyżej).

ii. Uprawniony cel

66. Nie wywołuje również kontrowersji, że przedmiotowa ingerencja służy celom w pełni zgodnym z Konwencją, a szczególnie „ochronie porządku” i „zapobieganiu przestępstwom”.

iii. Niezbędność podjętego środka w społeczeństwie demokratycznym

67. Pozostaje zatem zbadać, czy użyty środek był „konieczny w społeczeństwie demokratycznym”.

α) Zasady ogólne

68. Trybunał przypomina, że według dobrze ugruntowanej zasady prawa międzynarodowego Państwa mają prawo, bez uszczerbku dla zobowiązań wynikających z traktatów, kontrolować wjazd obcokrajowców na swoje terytorium (zobacz, między innymi, *Nada przeciwko Szwajcarii* [Wielka Izba], nr 10593/08, § 164, ETPC 2012, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 67, 28 maja 1985 r., seria A nr 94, *Boujlifa przeciwko Francji*, 21 października 1997 r., § 42, *Zbiór 1997-VI*). Konwencja nie gwarantuje cudzoziemcowi prawa wjazdu lub pobytu w konkretnym kraju, a Państwa-Strony, wypełniając swoją powinność utrzymania porządku publicznego, mają możliwość wydalenia cudzoziemca przestępcę, który legalnie wjechał lub mieszkał na ich terytorium. Jednakże ich decyzje w tej dziedzinie, w zakresie, w jakim dotyczą praw chronionych przez art. 8 ust. 1, muszą być konieczne w społeczeństwie demokratycznym, tzn. muszą być usprawiedliwione nadrzędną potrzebą społeczną i, w szczególności, proporcjonalne do zamierzonego uprawnionego celu (*Mehemi przeciwko Francji*, 26 września 1997 r., § 34, *Zbiór 1997-VI*, *Dalia przeciwko Francji*, 19 lutego 1998 r., § 52, *Zbiór 1998-I*, *Boultif przeciwko Szwajcarii*, nr 54273/00, § 46, ETPC 2001-IX, i *Slivenko przeciwko Łotwie* [Wielka Izba], nr 48321/99, § 113, ETPC 2003-X).

69. W sprawie *Üner przeciwko Holandii* [Wielka Izba], nr 46410/99, § 54-60, ETPC 2006-XII, Trybunał miał okazję podsumować kryteria, którymi powinny się kierować sądy krajowe w takich sprawach:

- natura i powaga przestępstwa popełnionego przez skarżącego;
- długość pobytu zainteresowanego w kraju, z którego ma być wydalony;
- czas, jaki upłynął od popełnienia przestępstwa, i zachowanie skarżącego w tym okresie;
- obywatelstwo różnych osób, których ta sprawa dotyczy;
- sytuacja rodzinna skarżącego i, szczególnie, w stosownych przypadkach, czas trwania jego małżeństwa i inne czynniki świadczące o rzeczywistym poźyciu rodzinnym pary;
- kwestia, czy współmałżonek wiedział o przestępstwie w okresie tworzenia relacji rodzinnych;
- kwestia, czy są dzieci w tym małżeństwie, a jeśli są, to w jakim wieku;
- waga trudności, jakie współmałżonek może napotkać w kraju, do którego skarżący ma zostać wydalony;
- interes i dobrostan dzieci, w szczególności, waga trudności, jakie mogą napotkać dzieci skarżącego w kraju, do którego ma być on wydalony; i
- solidność więzów społecznych, kulturowych i rodzinnych w kraju przyjmującym i w kraju docelowym.

70. W odpowiednich przypadkach muszą być także brane pod uwagę szczególne okoliczności występujące w danej sprawie, jak na przykład kwestie natury medycznej lub kwestia, czy zdecydowano o czasowym, czy definitywnym zakazie przebywania na terytorium (*Shala przeciwko Szwajcarii*, nr 52873/09, § 46, 15 listopada 2012 r., i przytoczone orzecznictwo).

71. Trybunał przypomina, że władze krajowe korzystają z pewnego marginesu oceny przy stanowieniu o konieczności ingerencji w wykonywanie praw chronionych art. 8 i o proporcjonalności podjętych środków do zamierzonego uprawnionego celu. Jego zadanie polega na określeniu, czy sporne środki zachowują sprawiedliwą równowagę między występującymi interesami, a mianowicie z jednej strony prawami zainteresowanego chronionymi Konwencją, a z drugiej strony interesem społeczeństwa (*Slivenko*, wyżej cytowany, i *Boultif*, wyżej cytowany, § 47).

72. Trybunał przypomina także, że sądownictwo krajowe powinno uzasadniać swoje decyzje w sposób wystarczająco szczegółowy, zwłaszcza by umożliwić Trybunałowi sprawowanie kontroli europejskiej, która jest mu powierzona (zobacz, *mutatis mutandis*, *X przeciwko Łotwie*, [Wielka Izba], nr 27853/09, § 107, ETPC 2013, i *El Ghatet przeciwko Szwajcarii*, nr 56971/10, § 47, 8 listopada 2016 r.). Niewystarczające uzasadnienie ze strony sądów krajowych, bez prawdziwego wyważenia występujących interesów, jest sprzeczne z wymaganiami art. 8 Konwencji. Ma to miejsce w przypadku, kiedy władze krajowe nie są w stanie wykazać w sposób przekonujący, że ingerencja w prawa chronione przez Konwencję jest proporcjonalna do realizowanych celów i wobec tego jest zgodna z „nadrzędną potrzebą społeczną” w rozumieniu cytowanego wyżej orzecznictwa (*El Ghatet*, wyżej cytowany, § 47 i *mutatis mutandis*,

Schweizerische Radio-und Fernsehgesellschaft SRG przeciwko Szwajcarii, nr 34124/06, § 65, 21 czerwca 2012 r., *Saber i Boughassal przeciwko Hiszpanii*, nr 76550/13 i 45938/14, § 51, 18 grudnia 2018 r.).

73. Z drugiej strony, jeżeli się okaże, że władze krajowe przeprowadziły wystarczającą i przekonującą analizę faktów i istotnych kwestii, obejmującą właściwe wyważenie indywidualnych interesów skarżącego w stosunku do bardziej ogólnych interesów społeczeństwa, nie należy do Trybunału zastępowanie oceny dokonanej przez te władze, w tym w odniesieniu do badania proporcjonalności zastosowanego środka, z wyjątkiem sytuacji, w których występują ważne powody, aby to zrobić (zobacz, w tym rozumieniu, *Ndidi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr 41215/14, § 76, 14 września 2017 r., *Hamesevic przeciwko Danii* (dec.), nr 25748/15, § 43, 16 maja 2017 r., i *Alam przeciwko Danii* (dec.), nr 33809/15, § 35, 6 czerwca 2017 r.).

β) Zastosowanie powyższych zasad w niniejszej sprawie

74. W niniejszej sprawie wydalenie skarżącego zostało zdecydowane w następstwie jego skazania za gwałt popełniony w 2003 r.

75. W wyroku z dnia 28 października 2015 r. Federalny Trybunał Administracyjny ocenił, że chociaż zdarzenia miały miejsce ponad dziesięć lat wcześniej, gwałt stanowi na tyle poważne przestępstwo, że nawet niskie ryzyko recydywy nie może być akceptowane w kwestii praw cudzoziemców. Wskazał, że w ramach ważenia interesów w świetle art. 8 ust. 2 Konwencji spośród wielu możliwych interpretacji należy wybierać taką, która jest najbliższa Konstytucji szwajcarskiej, o ile nie jest sprzeczna z prawem nadrzędnym i nie stoi w sprzeczności z marginesem swobody zostawionym przez Trybunał Wysokim Układającym się Stronom przy stosowaniu ich polityki migracyjnej. Federalny Trybunał Administracyjny dodał, że przepis o wydaleniu z art. 14a ust. 6 LSEE (paragraf 36, powyżej) powinien być zastosowany, a jego zastosowanie wydaje się proporcjonalne, nawet biorąc pod uwagę trudności nie do pominięcia, które skarżący musiałby pokonać po swoim powrocie do kraju ojczystego.

76. Trybunał zauważa, że Federalny Trybunał Administracyjny wypowiedział się w kwestii powagi popełnionego przestępstwa, krótko potraktował kwestię ryzyka recydywy i wspomniał o trudnościach, jakie napotkałby skarżący po powrocie do Kosowa. Stwierdza, że Federalny Trybunał Administracyjny ograniczył swoją analizę z punktu widzenia art. 8 Konwencji tylko do tych elementów. Chociaż orzekał ponad dwanaście lat po popełnieniu przestępstwa, w żadnym stopniu nie wziął pod uwagę zmiany zachowania skarżącego od tego czasu (*K.M. przeciwko Szwajcarii*, nr 6009/10, § 54, 2 czerwca 2015 r., i cytowane odniesienia). Nie ocenił także wpływu znacznego pogorszenia stanu zdrowia zainteresowanego (wskaźnik niepełnosprawności wynoszący 80% od dnia 1 października 2012 r.) na ryzyko recydywy i nie pochylił się nad wieloma kryteriami ustalonymi

w orzecznictwie, żeby ocenić konieczność zastosowania wydalenia. Tak więc Federalny Trybunał Administracyjny nie wziął pod uwagę w szczególności solidności więzów społecznych, kulturowych i rodzinnych skarżącego w kraju przyjmującym – Szwajcarii i w kraju docelowym – Kosowie, jak też szczególnych okoliczności występujących w tej sprawie, na przykład kwestii natury medycznej (*Üner*, wyżej cytowany, § 58, i *Shala*, wyżej cytowany, § 46). W odniesieniu bardziej konkretnie do poszanowania życia rodzinnego – chociaż sądy krajowe przyznały istnienie zależności, co najmniej finansowej, skarżącego od dorosłych dzieci, nie przeanalizowały w sposób pogłębiony konsekwencji wynikających z tej zależności dla korzystania przez skarżącego z praw przysługujących na podstawie art. 8 Konwencji.

77. Uwzględniając to, co zostało powiedziane powyżej, Trybunał stwierdza, że stosując kryteria ustalone w orzecznictwie (paragraf 68 i 69, powyżej), nie można wyciągnąć żadnych jednoznacznych wniosków co do tego, czy interes prywatny i rodzinny skarżącego w dalszym pobycie na terytorium pozwanego Państwa przeważa nad interesem publicznym tego Państwa w wydaleniu skarżącego w celu wypełnienia misji utrzymania porządku publicznego (zobacz, *mutatis mutandis*, *El Ghatet*, wyżej cytowany, § 52). Gdyby władze krajowe przeprowadziły szczegółowe wyważenie interesów w tej sprawie, biorąc pod uwagę różne kryteria ustalone w orzecznictwie Trybunału, i gdyby wskazały istotne i wystarczające powody uzasadniające ich decyzję, zgodnie z zasadą subsydiarności Trybunał mógłby być skłonny stwierdzić w stosownym przypadku, że władze krajowe nie zaniechały sprawiedliwego wyważenia interesów skarżącego i pozwanego Państwa ani nie przekroczyły marginesu oceny, którym dysponują w dziedzinie imigracji (zobacz, *El Ghatet*, wyżej cytowany, § 52).

78. Jednakże Trybunał stwierdza, że w tej sprawie Federalny Trybunał Administracyjny przeprowadził pobieżną analizę proporcjonalności środka wydalenia. Biorąc pod uwagę brak rzeczywistego wyważenia wchodzących w grę interesów, Trybunał uznaje, że władze krajowe nie zdołały wykazać w sposób przekonujący, że podjęta decyzja o wydaleniu była proporcjonalna do realizowanych uprawnionych celów, a więc że była konieczna w społeczeństwie demokratycznym.

79. Wobec tego, w razie wydalenia skarżącego doszłoby do naruszenia art. 8 Konwencji.

II. ZARZUCANE NARUSZENIE ART.3 KONWENCJI

80. Skarżący podnosi także, że jego wydalenie do Kosowa stanowiłoby nieludzkie i poniżające traktowanie, sprzeczne z art. 3 Konwencji.

81. Uwzględniając stwierdzenia przedstawione w paragrafie 79 powyżej oraz fakt, że w zarzucie tym podnoszone są w istocie te same kwestie,

co na podstawie art. 8, Trybunał uznaje, że nie jest konieczne oddzielne tego analizowanie.

III. ZASTOSOWANIE ART.41 KONWENCJI

82. Zgodnie z art. 41 Konwencji,

„Jeśli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie Konwencji lub jej Protokołów, oraz jeśli prawo wewnętrzne zainteresowanej Wysokiej Układającej się Strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia, Trybunał orzeka, gdy zachodzi potrzeba, słuszne zadośćuczynienie pokrzywdzonej stronie”.

A. Szkoda

83. Skarżący wnioskuje o słuszne zadośćuczynienie za szkody moralne, które poniósł, spowodowane przez cierpienia fizyczne i moralne mające związek z obawą bycia odesłanym do Kosowa i w ten sposób oddzielnym od rodziny. Nie wskazuje wysokości odszkodowania z tytułu szkody moralnej i zdaje się w tej kwestii na uznanie Trybunału.

84. Rząd utrzymuje, że stwierdzenie naruszenia stanowi samo w sobie wystarczające słuszne zadośćuczynienie za szkody moralne, które skarżący mógł ponieść. Przypomina, że skarżący nie podniósł roszczeń z tytułu szkód materialnych.

85. Trybunał nie wyklucza, że skarżący doznał szkodę moralnej. W każdym razie Trybunał podziela zdanie Rządu i uznaje, że w związku z brakiem wykonania decyzji o wydaleniu stwierdzenie przez Trybunał naruszenia stanowi wystarczające słuszne zadośćuczynienie (*Beldjoudi przeciwko Francji*, 26 marca 1992 r., § 79 i § 86, seria A nr 234 A, *Raza przeciwko Bułgarii*, nr 31465/08, § 88, 11 lutego 2010 r.; *Udeh przeciwko Szwajcarii*, nr 12020/09, § 50, 16 kwietnia 2013r, i *Paposhvili przeciwko Belgii* [Wielka Izba], nr 41738/10, § 231, 13 grudnia 2016 r.).

B. Koszty i wydatki

86. Skarżący wnosi także o kwotę 24 050 EUR tytułem kosztów i wydatków poniesionych w postępowaniu przed sądami krajowymi i przed Trybunałem, na którą składają się następujące kwoty:

- 17 027 EUR tytułem honorariów adwokata, który reprezentował go przed sądami krajowymi;
- 7023 EUR tytułem honorariów Pana R. Giebenrath, który reprezentował go przed Trybunałem.

87. Rząd twierdzi przede wszystkim, że wniosek o słuszne zadośćuczynienie nie spełnia warunków określonych w Regule 60 Regulaminu Trybunału, dlatego też nie ma podstaw do przyznawania rekompensaty za koszty adwokackie. Posiłkowo podnosi, że kwota

5000 CHF (około 4336 EUR) pokryłyby całość kosztów i wydatków na postępowanie prowadzone przed władzami krajowymi, jak też Trybunałem.

88. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału skarżący może otrzymać zwrot kosztów i wydatków tylko, jeśli wykazano, że były one rzeczywiście poniesione i niezbędne, a ich wysokość uzasadniona. Nie ma to miejsca w niniejszej sprawie, przedstawione rachunki dotyczące pomocy prawnej przed sądami krajowymi nie wyszczególniają ani liczby godzin pracy ani żądanych stawek honorarium. Należy w konsekwencji zmniejszyć zgłaszane roszczenie (§ 3 Reguły 60 Regulaminu Trybunału). Trybunał uznaje za uzasadnioną kwotę 4500 EUR z tytułu kosztów i wydatków związanych ze stwierdzonym naruszeniem Konwencji i przyznaje ją skarżącemu.

C. Odsetki za zwłokę

89. Trybunał uznaje za właściwe, aby odsetki za zwłokę były oparte na stopie procentowej kredytu Europejskiego Banku Centralnego, powiększonej o trzy punkty procentowe.

Z TYCH WZGLĘDÓW, TRYBUNAŁ JEDNOGŁOŚNIE

1. *Uznaje* skargę za dopuszczalną w odniesieniu do zarzutu opartego na art. 8 Konwencji;
2. *Orzeka*, że doszło do naruszenia art. 8 Konwencji w razie wydalenia do Kosowa;
3. *Orzeka*, że nie ma konieczności osobnego badania zarzutu opartego na art. 3 Konwencji;
4. *Orzeka*, że stwierdzenie naruszenia stanowi samo w sobie wystarczające słuszne zadośćuczynienie za szkody moralne doznane przez skarżącego;
5. *Stwierdza*
 - a) że pozwane Państwo ma wypłacić skarżącemu, w terminie trzech miesięcy od dnia, w którym wyrok stanie się ostateczny zgodnie z art. 44 ust. 2 Konwencji, kwotę 4500 EUR (cztery tysiące pięćset euro), przeliczoną na franki szwajcarskie, według kursu z dnia rozliczenia, powiększoną o wszelkie podatki, jakie mogą zostać nałożone na tę kwotę, tytułem kosztów i wydatków;

WYROK W SPRAWIE I.M. PRZECIWKO SZWAJCARII

b) że po upływie powyższego trzymiesięcznego terminu do momentu zapłaty należne będą od tej kwoty odsetki zwykle naliczone według stopy procentowej kredytu Europejskiego Banku Centralnego, stosowanej w tym okresie, powiększonej o trzy punkty procentowe;

6. *Odrzuca* roszczenie o słusze zadośćuczynienie w pozostałym zakresie.

Sporządzono w języku francuskim i notyfikowano na piśmie w dniu 9 kwietnia 2019 r., zgodnie z Regulą 77 §§ 2 i 3 Regulaminu Trybunału.

Fatoş Aracı
Zastępca Kanclerza

Vincent A. De Gaetano
Przewodniczący

Zgodnie z treścią art. 45 ust. 2 Konwencji oraz Regulą 74 § 2 Regulaminu Trybunału, do niniejszego wyroku załączona zostaje opinia odrębna Sędzi Keller.

V.D.G.
F.A.

ZGODNA OPINIA ODRĘBNA SĘDZI KELLER

1. Podpisuję się w całości pod stwierdzeniem naruszenia art. 8 Konwencji, sformułowanym w niniejszej sprawie, ale chcę dodać kilka niuansów do decyzji Trybunału.

2. W paragrafach od 77 do 79 wyroku Trybunał stwierdził, że wydalenie skarżącego do Kosowa stanowiłoby naruszenie art. 8 Konwencji z tego powodu, że władze szwajcarskie nie przeprowadziły procesu wyważenia wszystkich interesów wchodzących w grę w celu dokonania oceny konieczności zastosowania środka wydalenia z terytorium szwajcarskiego, zgodnie z kryteriami ustalonymi w jego orzecznictwie, (zobacz, *mutatis mutandis*, *Saber i Boughassal przeciwko Hiszpanii*, nr 76550/13 i 45938/14, § 51 i 52, 18 grudnia 2018 r., *Gablshvili przeciwko Rosji*, nr 39428/12, § 48 i 60, 26 czerwca 2014 r., i *Kamenow przeciwko Rosji*, nr 17570/15, § 34 i 41, 7 marca 2017 r.). W niniejszej sprawie decyzja o wydaleniu została ogłoszona po pobieżnej analizie dokonanej przez władze krajowe, bez uwzględnienia okoliczności osobistych i rodzinnych skarżącego, takich jak zmiana jego postępowania od czasu skazania w 2003 r., jego stan zdrowia, czy też fakt jego zależności od dorosłych dzieci (paragrafy 75 i 76 wyroku).

3. Jak przypomnieli Trybunał w paragrafie 71 wyroku, władze krajowe korzystają z pewnego marginesu oceny przy badaniu konieczności w społeczeństwie demokratycznym ingerencji w wykonywanie prawa chronionego przez art. 8 Konwencji. Jednakże zasada ta implikuje, że analiza taka zostanie rzeczywiście przeprowadzona, w sposób pogłębiony i będzie uwzględniać konkretne okoliczności każdej sprawy, z poszanowaniem całości kryteriów ustalonych w orzecznictwie Trybunału (paragrafy 69 i 70 wyroku). Brak prawdziwego wyważenia przez sądy krajowe występujących w sprawie interesów stanowi istotne uchybienie zobowiązaniom wynikającym z Konwencji z naruszeniem art. 8, jak w niniejszej sprawie (paragraf 72 wyroku).

4. Z drugiej strony, Trybunał stwierdził naruszenie proceduralne art. 8 bez stwierdzenia, że pozwane Państwo przekroczyło margines oceny, z którego korzystało przy analizie proporcjonalności wydalenia skarżącego w stosunku do uprawnionych celów – w przeciwieństwie do tego, co Trybunał robił w innych wcześniej rozpatrywanych sprawach dotyczących podobnych kwestii (zobacz, między innymi, *Üner przeciwko Holandii* [Wielka Izba], nr 46410/99, § 61-67, 18 października 2006 r., *Emre przeciwko Szwajcarii*, nr 42034/04, § 72-87, 22 maja 2008 r., i *Hasanbasic przeciwko Szwajcarii*, nr 52166/09, § 57-67, 11 czerwca 2013 r.). Nie odpowiedział na pytanie, czy margines oceny zostałby uszanowany, gdyby władze krajowe rzetelnie wyważyły wchodzące w grę interesy (paragraf 77 wyroku). W rzeczywistości pewne aspekty naszej sprawy przemawiają za brakiem naruszenia art. 8 Konwencji: powaga przestępstwa popełnionego przez skarżącego (*Chair i J.B. przeciwko Niemcom*,

nr 69735/01, § 61, 6 grudnia 2007 r. *Vasquez przeciwko Szwajcarii*, nr 1785/08, § 44, 26 listopada 2013 r., i *Husseini przeciwko Szwecji*, nr 10611/09, § 103, 13 października 2011 r.), fakt, że brak recydywy nie pozwala sam w sobie przesądzić o naruszeniu art. 8 Konwencji (*Salija przeciwko Szwajcarii*, nr 55470/10, § 46 i 55, 10 stycznia 2017 r.), fakt, że skarżący spędził większość życia w swoim ojczystym kraju i posługuje się jego językiem (*K.M. przeciwko Szwajcarii*, nr 6009/10, § 60, 2 czerwca 2015 r.), podczas gdy jest źle zintegrowany w Szwajcarii, a język niemiecki opanował w stopniu niewystarczającym (*Kissiwa Koffi przeciwko Szwajcarii*, nr 38005/07, § 66, 15 lutego 2013 r.), fakt, że Trybunał w praktyce nie przyznaje tej samej wartości długości nieuregulowanego pobytu co długości pobytu opartego na ważnym pozwoleniu (*Vasquez przeciwko Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 45), fakt, że dwoje młodszych dzieci skarżącego zostało poczętych w momencie, gdy jego prawo pobytu było już niepewne (*Udeh przeciwko Szwajcarii*, nr 12020/09, § 50, 16 kwietnia 2013 r.), fakt, że jego była żona wiedziała o przestępstwie i ewentualnym ryzyku wydalenia (zobacz, *mutatis mutandis*, *K.M. przeciwko Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 57, i *Vasquez przeciwko Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 47), fakt, że jeżeli skarżący zostałby wydalony do Kosowa, regularne kontakty mogłyby być podtrzymywane z jego dorosłymi dziećmi przez różne środki komunikacji (*K.M. przeciwko Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 59, i *Shala przeciwko Szwajcarii*, nr 52873/09, § 54, 15 listopada 2012 r.), jak też fakt, że konieczna opieka dotycząca jego problemów zdrowotnych jest gwarantowana i dostępna w Kosowie (*Danelyan przeciwko Szwajcarii*, nr 76424/14 i 76435/14, § 29, 29 maja 2018 r., i *Emre przeciwko Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 81-83).