© Copyright for the Polish translation by Naczelny Sąd Administracyjny, Warszawa 2016

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA

SEKCJA TRZECIA

**SPRAWA Z.H. I R.H. przeciwko SZWAJCARII**

*(Skarga nr 60119/12)*

WYROK

STRASBURG

8 grudnia 2015

OSTATECZNY

08/03/2016

*Niniejszy wyrok uprawomocnił się na warunkach określonych
w art. 44 ust. 2 Konwencji. Wyrok może podlegać korekcie wydawniczej.*

W sprawie Z.H. i R.H. przeciwko Szawajcarii,

Europejski Trybunał Praw Człowieka (Trzecia Sekcja), zasiadając jako Izba w składzie:

 Luis López Guerra, *Przewodniczący,* George Nicolaou, Helen Keller, Helena Jäderblom, Johannes Silvis, Dmitry Dedov, Branko Lubarda, *sędziowie,*oraz Marialena Tsirli, *Zastępca Kanclerza Sekcji,*

Obradując na posiedzeniu niejawnym w dniu 10 listopada 2015 roku,

wydaje następujący wyrok, który został przyjęty w tym dniu:

POSTĘPOWANIE

.  Sprawa wywodzi się ze skargi (skarga nr 60119/12) wniesionej do Trybunału dnia 18 września 2012 roku przeciwko Konfederacji Szwajcarskiej na mocy art. 34 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności („Konwencja”) przez dwóch obywateli Afganistanu, panią Z.H. („skarżąca”) i pana R.H. („skarżący”). Przewodnicząca Sekcji przychyliła się do wniosku skarżących, aby ich nazwiska nie zostały ujawnione (art. 47 § 4 Regulaminu Trybunału).

.  Skarżących reprezentował p. B. Wijkström, prawnik praktykujący w Genewie. Rząd Szwajcarski („Rząd”) był reprezentowany przez swojego Pełnomocnika, p. F. Schürmanna, z Federalnego Biura Sprawiedliwości.

.  Skarżący podnieśli zarzut, że wydalenie skarżącego do Włoch w 2012 roku naruszyło art. 3 i 8 Konwencji. Podnieśli również, że jeżeli skarżący miałby zostać wydalony ponownie, stanowiłoby to kolejne naruszenie art. 3 i 8. Opierając się na art. 13 Konwencji, skarżący twierdzili również, że nie mieli skutecznego środka odwoławczego na poziomie krajowym.

.  W dniu 21 września 2012 roku, skarga została zakomunikowana Rządowi, który przedstawił swoje uwagi 20 listopada 2012 roku. Skarżący odpowiedzieli na uwagi Rządu 4 stycznia 2013 roku.

FAKTY

I.  OKOLICZNOŚCI SPRAWY

.  Skarżący urodzili się odpowiednio 22 kwietnia 1996 roku i 13 czerwca 1992 roku i mieszkają w Genewie.

.  Dnia 17 września 2010 roku skarżący, którzy są ze sobą spokrewnieni, zawarli małżeństwo wyznaniowe w Iranie, gdzie znajdowali się nielegalnie. W tym czasie skarżąca miała 14 lat, a skarżący 18. Ich małżeństwo nie zostało zarejestrowane w Iranie.

.  Dnia 18 listopada 2011 roku skarżący złożyli wniosek o udzielenie azylu w Szwajcarii, do której przybyli z Włoch nieokreślonego dnia. Obydwoje skarżący zostali zarejestrowani już jako osoby ubiegające się o azyl we Włoszech.

.  Dnia 8 grudnia 2011 roku i 26 marca 2012 roku Federalny Urząd ds. Migracji („FUM”) odrzucił wniosek o udzielenie azylu złożony przez skarżących, uznając, że to Włochy są Państwem właściwym na mocy Rozporządzenia nr 343/2003/WE („rozporządzenie dublińskie”).

9.  Dnia 19 grudnia 2011 roku Sąd Opiekuńczy wyznaczył skarżącej opiekuna prawnego (*Tribunal tutélaire*, obecnie *Tribunal de protection de l’adulte et de l’enfant*).

10.  Dnia 20 marca 2012 roku Federalny Sąd Administracyjny („FSA”) odrzucił odwołanie skarżącego od decyzji FUM. FSA zauważył, że skarżący nie przedstawili świadectwa małżeństwa i że w żadnym wypadku ich rzekome małżeństwo wyznaniowe nie może zostać prawomocnie uznane w Szwajcarii zgodnie z art. 45 Federalnej ustawy o prawie cywilnym międzynarodowym, ponieważ było ono nielegalne zgodnie ze stosownymi przepisami afgańskiego Kodeksu cywilnego, który zawierał absolutny zakaz zawierania małżeństw przez kobiety poniżej 15 roku życia, natomiast skarżąca miała 14 lat. W każdym wypadku niezależnie od obowiązującego prawa afgańskiego, małżeństwo skarżącej było w oczywisty sposób niezgodne ze szwajcarskim porządkiem publicznym (*ordre public*), ponieważ odbywanie stosunku seksualnego z dzieckiem poniżej 16 roku życia było przestępstwem na podstawie art. 187-1 szwajcarskiego Kodeksu karnego. Skarżąca nie mogła dlatego zostać zakwalifikowana jako członek rodziny skarżącego zgodnie z rozporządzeniem dublińskim, a skarżący nie mogli rościć sobie żadnych praw do życia rodzinnego zgodnie z art. 8 Konwencji.

Decyzja przeciwko skarżącej weszła w życie 5 kwietnia 2012 roku, ponieważ skarżący się od niej nie odwołał.

.  Dnia 3 maja 2012 roku FUM podjął decyzję o ponownym rozpatrzeniu wniosku o udzielenie azylu w Szwajcarii złożonym przez skarżącą. Po tej decyzji skarżący także zawnioskował o ponowne rozpatrzenie jego wniosku o udzielenie azylu w celu zachowania jedności rodziny. Wniosek skarżącego został odrzucony przez FUM z powodów proceduralnych: ponieważ prośba skarżącego miała małe szanse na pozytywny finał, został poproszony o wniesienie z góry opłaty sądowej w wysokości 600 franków szwajcarskich („CHF”), której nie zapłacił.

.  Skarżący został wydalony do Włoch 4 września 2012 roku. Jednak 7 września 2012 roku wrócił nielegalnie do Szwajcarii, gdzie widywał skarżącą – jak to sam ujął – „sporadycznie”.

.  Dnia 18 września 2012 roku skarżący wnieśli niniejszą skargę do Trybunału.

.  Dnia 21 grudnia 2012 roku skarżący ponownie zawnioskował o ponowne rozpatrzenie jego wniosku o udzielenie azylu, przy czym FUM odrzucił ten wniosek 10 stycznia 2013 roku, ponieważ skarżący ponownie nie zapłacił z góry 600 CHF opłaty sądowej.

.  Dnia 18 marca 2013 roku skarżący zawnioskowali o uznanie ich małżeństwa wyznaniowego w Szwajcarii. Skarżąca miała wtedy 16 lat i 11 miesięcy.

.  Dnia 28 listopada 2013 roku FSA rozpatrzył odwołanie skarżącego od decyzji FUM z dnia 10 stycznia 2013 roku i orzekł na korzyść skarżącego. FSA uznał, że FUM błędnie nałożył na skarżącego obowiązek wniesienia opłaty sądowej z góry, ponieważ skarżąca miała już wówczas 17 lat i skarżący mogli dlatego twierdzić, że są rodziną w rozumieniu art. 8 Konwencji zgodnie z interpretacją Trybunału oraz szwajcarski Trybunał Federalny.

.  Dnia 20 lutego 2014 roku Rząd zawnioskował o skreślenie tej skargi z listy spraw zgodnie z art. 37 ust. 1 lit. c Konwencji.

.  Dnia 1 kwietnia 2014 roku w odpowiedzi na wniosek Rządu skarżący podnieśli, że ich skarga dotyczyła naruszenia, które miało miejsce w przeszłości, a nie przyszłego naruszenia, tj. że skarżący został wydalony do Włoch i przez to został rozdzielony ze skarżącą. Takie przymusowe rozdzielenie stanowiło naruszenie prawa skarżących do poszanowania ich życia rodzinnego.

.  Dnia 2 czerwca 2014 roku Sąd Pierwszej Instancji Kantonu Genewskiego uznał ważność małżeństwa wyznaniowego skarżących zawartego w Iranie.

.  Dnia 9 stycznia 2015 roku skarżący poinformowali Trybunał, że decyzją z dnia 17 października 2014 roku przyznano im azyl w Szwajcarii.

.  Dnia 23 czerwca 2015 roku, odnosząc się do swojego stanowiska z 1 kwietnia 2014 roku, skarżący poinformowali Trybunał, że chcieli podtrzymać swoją skargę, uznając, że skoro zarzucane przez nich naruszenie prawa do poszanowania życia rodzinnego, do którego doszło w przeszłości, nie zostało ani uznane, ani naprawione, nie stracili oni statusu ofiary, nawet jeżeli teraz uzyskali azyl w Szwajcarii.

II.  WŁAŚCIWE PRAWO KRAJOWE

A.  Federalna ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym (*Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987*) w brzmieniu obowiązującym w 2012 roku

**Art. 17**

“Implementacja przepisów obcego prawa będzie wykluczona w przypadku, gdy wynik byłby niezgodny ze szwajcarskim porządkiem publicznym (*ordre public*).”

**Art. 27**

“1Uznanie obcej decyzji zostanie odrzucone w Szwajcarii, jeżeli jest ona w oczywisty sposób niezgodna ze szwajcarskim porządkiem publicznym (*ordre public*).”

**Art. 45**

“1Małżeństwo zawarte w ważny sposób za granicą jest uznawane w Szwajcarii.”

B.  Szwajcarski kodeks karny

**Art. 187**

“1Kto odbywa stosunek seksualny z dzieckiem poniżej 16 roku życia, nakłania dziecko do podjęcia takiej czynności lub włącza dziecko w akt seksualny podlega karze pozbawienia wolności do lat pięciu lub grzywnie.”

C.  Stosowne prawo krajowe dotyczące rozporządzenia dublińskiego

.  Właściwe prawo krajowe określono w wyroku Trybunału w sprawie *Tarakhel przeciwko Szwajcarii* ([Wielka Izba], nr 29217/12, §§ 22-23 i 26-27, 4 listopada 2014 roku).

23.  Właściwe instrumenty i zasady prawa Unii Europejskiej określono w tym samym wyroku (§ 28-36).

24.  W szczególności Trybunał pragnie przypomnieć, że rozporządzenie dublińskie obowiązuje w Szwajcarii na podstawie umowy o warunkach stowarzyszenia z dnia 26 października 2004 roku zawartej między Wspólnotą Europejską a Konfederacją Szwajcarską dotyczącej kryteriów i mechanizmów określania państwa właściwego dla rozpatrywania wniosku o azyl złożonego w państwie członkowskim lub w Szwajcarii (Dz.U. UE L 53 z dnia 27 lutego 2008 roku). Rozporządzenie dublińskie zostało w ostatnim czasie zastąpione Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 604/2013 z dnia 26 czerwca 2013 roku („rozporządzenie Dublin III”), które przygotowano z myślą o poprawieniu systemu dublińskiego i wzmocnieniu zabezpieczeń prawnych dla osób poddawanych procedurze dublińskiej.

.  Rozporządzenie Dublin III weszło w życie 1 stycznia 2014 roku i zostało włączone do [szwajcarskiego] prawa przez szwajcarską Radę Federalną dnia 7 marca 2014 roku.

III.  KONTEKST WŁOSKI

.  Szczegółowy opis procedury azylowej i ram prawnych i organizacji systemu przyjmowania osób ubiegających się o azyl we Włoszech znajduje się również w wyroku w sprawie *Tarakhel* (§ 36-50).

PRAWO

I.  CHARAKTERYSTYKA SKARG SKARŻĄCYCH

.  Skarżący podnieśli zarzut, że wydalenie skarżącego do Włoch w 2012 roku naruszyło art. 3 i 8 Konwencji. Podnieśli również, że jeżeli skarżący miałby zostać wydalony ponownie, stanowiłoby to kolejne naruszenie art. 3 i 8. Opierając się na art. 13 Konwencji, skarżący twierdzili również, że nie mieli skutecznego środka odwoławczego na poziomie krajowym, ponieważ FSA nie wziął pod uwagę ich relacji rodzinnej, podtrzymując decyzję administracyjną o niepoddawaniu wniosku o udzielenie azylu złożonego przez skarżącego ocenie merytorycznej.

.  Dnia 1 kwietnia 2014 roku w odpowiedzi na wniosek Rządu o skreślenie wniosku z listy spraw w następstwie decyzji FSA z 28 listopada 2013 roku skarżący podnieśli, że ich skarga dotyczyła naruszenia, które miało miejsce w przeszłości, a nie tylko przyszłego naruszenia, a mianowicie tego, że skarżący został wydalony do Włoch i przez to został rozdzielony ze skarżącą. Takie przymusowe rozdzielenie, mające poważne konsekwencje dla zdrowia skarżących, szczególnie skarżącej, stanowiło naruszenie prawa skarżących do poszanowania ich życia rodzinnego (zob. paragraf 18 powyżej).

Dnia 9 stycznia 2015 roku skarżący poinformowali Trybunał, że decyzją z dnia 17 października 2014 roku przyznano im azyl w Szwajcarii (zob. paragraf 20 powyżej).

Dnia 23 czerwca 2015 roku, odnosząc się do swojego stanowiska z 1 kwietnia 2014 roku, skarżący poinformowali Trybunał, że chcą podtrzymać skargę, uznając, że skoro zarzucane przez nich naruszenie prawa do poszanowania życia rodzinnego, do którego doszło w przeszłości, nie zostało ani uznane, ani naprawione, nie stracili oni statusu ofiary, nawet jeżeli teraz uzyskali azyl w Szwajcarii (zob. paragraf 21 powyżej).

.  W świetle tych informacji Trybunał uznaje, że skarżący podtrzymują jedynie swoją skargę dotyczącą zarzucanego naruszenia art. 8, które nastąpiło w przeszłości w związku z wydaleniem skarżącego do Włoch w dniu 4 września 2012 roku, co obejmowało ich wstępne roszczenia na podstawie art 3, i nie podtrzymują pozostałej części skargi.

Trybunał nie znajduje również przyczyn natury ogólnej wpływających na poszanowanie praw człowieka określonych w Konwencji, które wymagałyby dalszego zbadania pozostałej części skargi na mocy art. 37 ust. 1 Konwencji *in* *fine* (zob. np. *Chojak* *przeciwko* *Polsce*, skarga nr 32220/96, decyzja Komisji z dnia 23 kwietnia 1998 roku, nieraportowana; *Singh i Inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (decyzja), skarga nr 30024/96, 26 września 2000 roku i *Stamatios* *Karagiannis* *przeciwko* *Grecji*, skarga nr 27806/02, § 28, 10 lutego 2005 roku).

.  Należy zatem stwierdzić, że pozostała część skargi musi zostać skreślona zgodnie z art. 37 ust. 1 lit. a Konwencji.

II.  ZARZUT NARUSZENIA ART. 8 KONWENCJI W ZWIĄZKU Z WYDALENIEM SKARŻĄCEGO DO WŁOCH

31.  Na podstawie art. 8 Konwencji skarżący twierdzili, że wydalenie skarżącego do Włoch w dniu 4 września 2012 roku stanowiło naruszenie przysługującego im prawa do poszanowania życia rodzinnego. Art. 8 stanowi, co następuje:

“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.”

A.  Dopuszczalność

32.  Trybunał zauważa, że skarga na podstawie art. 8 dotyczy kwestii faktycznych i prawnych wynikających z Konwencji, których ustalenie wymaga zbadania istoty sprawy. Nie znajduje innych powodów, dla których należałoby uznać niniejszą część skargi za niedopuszczalną. W związku z powyższym musi ona zostać uznana za dopuszczalną (zob. na zasadzie *mutatis mutandis*, *A.S. przeciwko Szwajcarii*, nr 39350/13, § 40, 30 czerwca 2015 roku).

B.  Przedmiot skargi

1.  Stanowiska stron

(a)  Skarżący

33.  Skarżący podkreślali, że wydalenie skarżącego do Włoch w dniu 4 września 2012 roku stanowiło naruszenie przysługującego im jako małżeństwu prawa do poszanowania życia rodzinnego. Ich zdaniem FSA w swoich decyzjach z 20 marca 2012 roku i 3 maja 2012 roku błędnie odmówił uznania ich małżeństwa. Na poparcie tego argumentu odnieśli się do późniejszej decyzji FSA z dnia 28 listopada 2013 roku, w której uznano, że relacja pomiędzy skarżącymi mieściła się w zakresie znaczenia pojęcia „rodzina” na potrzeby prawa krajowego i rozporządzenia dublińskiego i że dlatego powinni skorzystać ze wspólnej procedury azylowej.

(b)  Rząd

.  Rząd uznał, że w chwili podejmowania decyzji administracyjnych i sądowych prowadzących do wydalenia skarżącego do Włoch w dniu 4 września 2012 roku, nie można było uznać skarżących za osoby, które zgodnie z prawem zawarły związek małżeński. Z jednej strony nie było żadnego dowodu potwierdzającego, że takie małżeństwo zostało kiedykolwiek zawarte, a z drugiej strony istniał ważny interes, aby nie uznawać małżeństwa pomiędzy dorosłym a czternastoletnim dzieckiem.

.  Rząd podkreślił także, że powodem, dla którego wnioski skarżących o udzielenie azylu były rozpatrywane oddzielnie, było to, że skarżąca nie odwołała się od wstępnej decyzji FUM o nierozpatrywaniu jej wniosku o azyl pod względem merytorycznym, podczas gdy skarżący wniósł odwołanie.

.  Rząd wreszcie przypomniał, że FSA w końcu wziął pod uwagę rozwój sytuacji skarżących po wniesieniu niniejszego wniosku i dostosował odpowiednio swoje decyzje: skarżącym przyznano status uchodźców, a ich małżeństwo wyznaniowe zostało należycie uznane.

.  Dlatego Rząd złożył wniosek, aby Trybunał skreślił skargę na mocy art. 37 ust. 1 lit. c Konwencji.

2.  Ocena Trybunału

.  Trybunał przypomina, że jeżeli Układające się Państwo toleruje obecność cudzoziemca na swoim terytorium, pozwalając mu oczekiwać na decyzję w sprawie wniosku o zezwolenie na pobyt, odwołania od dotyczącej go decyzji lub nowego wniosku o zezwolenie na pobyt, takie Państwo umożliwia temu cudzoziemcowi bycie częścią społeczeństwa kraju przyjmującego, tworzenie relacji oraz założenie tam rodziny. Nie oznacza to jednak, że władze tego Układającego się Państwa stają się w rezultacie automatycznie zobowiązane na mocy art. 8 Konwencji do zezwolenia wspomnianemu cudzoziemcowi na osiedlenie się w ich kraju. Podobnie postawienie władz państwa przyjmującego przed kwestią życia rodzinnego jako faktem dokonanym (*fait accompli)* nie pociąga za sobą zobowiązania tych władz na mocy art. 8 Konwencji do zezwolenia cudzoziemcowi na osiedlenie się w przedmiotowym państwie. Trybunał orzekł już, że co do zasady osoby w takiej sytuacji nie mają podstaw oczekiwać, że [z pewnością] zostanie im przyznane prawo pobytu (zob. *Jeunesse przeciwko Holandii* [Wielka Izba], skarga nr 12738/10, § 103, 3 października 2014 roku).

To samo dotyczy osób ubiegających się o azyl, których obecność na terytorium Układających się Państw jest tolerowana przez władze krajowe na ich własny wniosek lub akceptowana zgodnie z ich zobowiązaniami międzynarodowymi (zob. *A.S. przeciwko Szwajcarii*, nr 39350/13, § 44, 30 czerwca 2015 roku).

.  Podobnie jak sprawę *Jeunesse* (§ 104) i *A.S. przeciwko Szwajcarii*, niniejszą sprawę można odróżnić od spraw dotyczących „osiadłych imigrantów” w rozumieniu stosowanym w orzecznictwie Trybunału, tj. osób, którym już formalnie przyznano prawo pobytu w państwie przyjmującym. Późniejsze odebranie tego prawa, np. ze względu na uznanie danej osoby winną popełnienia przestępstwa, stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w rozumieniu art. 8. W takich przypadkach Trybunał rozważa, czy ingerencja ta była uzasadniona na mocy ustępu drugiego artykułu 8. W tym kontekście uwzględnione zostaną różne wskazane w orzecznictwie Trybunału kryteria, które pozwolą stwierdzić, czy zachowano właściwą równowagę między przyczynami leżącymi u podstaw decyzji władz o odebraniu prawa pobytu a prawami przyznanymi zainteresowanej jednostce na mocy art. 8 (*ibid.*, § 45).

.  Z uwagi, że sytuacja faktyczna i prawna osiadłego migranta i cudzoziemca ubiegającego się o przyjęcia do kraju przyjmującego – jako osoba ubiegająca się o azyl bądź nie – nie jest taka sama, wypracowane w orzecznictwie Trybunału kryteria służące ocenie tego, czy odebranie osiadłemu migrantowi zezwolenia na pobyt jest zgodne z art. 8, nie mogą zostać automatycznie zastosowane w stosunku do sytuacji skarżącej. Kwestią, którą należy rozważyć w niniejszej sprawie, jest raczej to, czy – uwzględniając wszystkie okoliczności – szwajcarskie władze były zobowiązane na mocy art. 8 do przyznania skarżącemu zezwolenia na pobyt w Szwajcarii, w charakterze osoby ubiegającej się o azyl bądź innej, a tym samym umożliwienia mu prowadzenia życia rodzinnego na terenie Szwajcarii ze skarżącą, której postanowiono nie wydalać do Włoch (zob. na zasadzie *mutatis* *mutandis*, *A.S. przeciwko Szwajcarii*, *op. cit.,* § 46). Niniejsza sprawa dotyczy więc nie tylko życia rodzinnego, ale również imigracji *sensu* *lato*. Z tego względu należy uznać, że sprawa ta obejmuje zarzut niewypełnienia przez pozwane Państwo pozytywnego obowiązku wynikającego z postanowień art. 8 Konwencji (zob. na zasadzie *mutatis mutandis*, *ibid*., § 46).

41.  Trybunał przypomina, że w przypadku sprawy, która dotyczy zarówno życia rodzinnego, jak i imigracji, zakres zobowiązania Państwa do przyjęcia na swoje terytorium krewnych osób już w nim mieszkających będzie się różnić w zależności od sytuacji osób zainteresowanych i interesu ogólnego. Czynniki, które należy wziąć w tym kontekście pod uwagę, to stopień, w jakim życie rodzinne zostałoby skutecznie przerwane, zakres więzi stworzonych w Układającym się Państwie, istnienie niemożliwych do przezwyciężenia przeszkód uniemożliwiających wspólne życie rodziny w kraju pochodzenia danego cudzoziemca, jak również czynniki związane z kontrolą imigracji (np. przypadki naruszenia prawa imigracyjnego) czy względy porządku publicznego przemawiające za wydaleniem (zob. *Jeunesse*, *op. cit*., § 107; *A.S. przeciwko Szwajcarii*, *op. cit*., § 47).

.  Trybunał pragnie przypomnieć, że pojęcie ”życia rodzinnego” w art. 8 nie ogranicza się wyłącznie do małżeństwa i może obejmować również inne faktyczne relacje (zob. m.in. *Marckx przeciwko Belgii*, 13 czerwca 1979 roku, § 31, Seria A nr. 31; *Keegan przeciwko Irlandii*, 26 maja 1994 roku, § 44, Seria A nr 290; *Kroon i Inni przeciwko Holandii*, 27 października 1994, § 30, Seria A nr 297-C; *X, Y i Z przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 22 kwietnia 1997 roku, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II i *Emonet i Inni przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 39051/03, § 34, ETPC 2007-XIV). Przy podejmowaniu decyzji o tym, czy daną relację można uznać za „życie rodzinne”, istotne może być wiele czynników, w tym to, czy dana para żyje razem, długość ich związku i czy ich przywiązanie do siebie nawzajem ma swój wyraz w postaci wspólnych dzieci lub w inny sposób (zob. *Van der Heijden przeciwko Holandii* [Wielka Izba], skarga nr 42857/05, § 50, 3 kwietnia 2012 roku).

43.  W niniejszej sprawie skarżący został wydalony do Włoch w dniu 4 września 2012 roku, natomiast skarżącej pozwolono pozostać w Szwajcarii na czas rozpatrywania jej wniosku o udzielenie azylu. Skarżący dowodził przed FSA, że nie powinien być rozdzielany ze skarżącą, ponieważ zawarli małżeństwo wyznaniowe. W swoich decyzjach z dnia 20 marca 2012 roku i 3 maja 2012 roku FSA uznał, że małżeństwo wyznaniowe skarżących było nieważne zgodnie z prawem afgańskim, a w każdym wypadku niezgodne ze szwajcarskim porządkiem publicznym ze względu na młody wiek skarżącej (zob. paragrafy 10 i 11 powyżej).

.  Trybunał nie widzi żadnego powodu, aby nie zgodzić się z ustaleniami FSA w tym względzie. Artykułu 8 Konwencji nie można interpretować jako nałożenie na jakiekolwiek Państwo-Stronę Konwencji obowiązku uznania małżeństwa, wyznaniowego czy innego, zawartego przez 14-letnie dziecko. Nie można takiego obowiązku wywodzić z art. 12 Konwencji, który brzmi następująco: „mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa.” Art. 12 wyraźnie przewiduje regulację małżeństwa przez prawo krajowe i – mając na uwadze omawiane drażliwe wybory moralne i znaczenie przywiązywane do ochrony dzieci oraz stworzenia bezpiecznych warunków dla funkcjonowania rodzin – Trybunał nie może zastępować własnym osądem osądu władz, które są w najlepszej pozycji do oceny i odpowiedzi na potrzeby społeczeństwa (zob. *B. i L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 36536/02, § 36, 13 września 2005 roku).

Dlatego uzasadniona jest opinia władz krajowych w chwili wydalenia skarżącego do Włoch, że skarżący nie pozostawali w związku małżeńskim, tym bardziej, że skarżący nie podjęli żadnych kroków, aby doprowadzić do uznania ich małżeństwa wyznaniowego w Szwajcarii.

.  W każdym razie, nawet jeżeli relacja istniejąca między skarżącymi w 2012 roku zostałaby zakwalifikowana jako „życie rodzinne” na podstawie art. 8 Konwencji (zob. i por. z *Şerife Yiğit przeciwko Turcji* [Wielka Izba], skarga nr 3976/05, § 97 i 98, 2 listopada 2010 roku), Trybunał zauważa, że skarżący wrócił do Szwajcarii zaledwie trzy dni po wydaleniu do Włoch, a potem nie został wydalony, chociaż jego pobyt w Szwajcarii nie był zgodny z prawem. Mógł *de* *facto* pozostać w Szwajcarii i złożyć wniosek o ponowne rozpatrzenie jego wniosku o udzielenie azylu, co ostatecznie zakończyło się pozytywną decyzją.

Trybunał zauważa również, że skarżący nie podnosili, aby skarżącej, która nie była szwajcarskim rezydentem, a jej pobyt na terytorium Szwajcarii był tylko tolerowany na potrzeby złożonego przez nią wniosku o udzielenie azylu, uniemożliwiano dołączenie do skarżącego po jego wydaleniu do Włoch.

.  Uwzględniając margines oceny przyznany Państwom w odniesieniu do spraw związanych z imigracją, Trybunał stwierdza, że osiągnięto właściwą równowagę między zachodzącymi sprzecznymi interesami, tj. między osobistymi interesami skarżących w pozostaniu razem w Szwajcarii w czasie oczekiwania na wynik toczącego się postępowania w sprawie przyznania azylu skarżącej z jednej strony, a interesami dotyczącymi porządku publicznego związanymi z kontrolą imigracji przez pozwany Rząd z drugiej strony (zob. na zasadzie *mutatis mutandis*, *A.S. przeciwko Szwajcarii*, § 50).

.  W związku z powyższym Trybunał uznaje, że wykonanie decyzji w sprawie wydalenia skarżącego do Włoch nie stanowiło naruszenia art. 8 Konwencji.

W ZWIĄZKU Z POWYŻSZYM TRYBUNAŁ JEDNOMYŚLNIE

1.  *Uznaje* skargę dotyczącą art. 8 w zakresie wydalenia skarżącego do Włoch za dopuszczalną;

2.  *Orzeka*, że nie doszło do naruszenia art. 8 Konwencji;

3.  *Postanawia* skreślić pozostałą część skargi z listy spraw zgodnie z art. 37 ust. 1 lit. a Konwencji.

Sporządzono w języku angielskim i obwieszczono pisemnie dnia 8 grudnia 2015 roku, zgodnie z art. 77 §§ 2 i 3 Regulaminu Trybunału.

 Marialena Tsirli Luis López Guerra
 Zastępca Kanclerza Przewodniczący

Zgodnie z treścią art. 45 ust. 2 Konwencji oraz art. 74 § 2 Regulaminu Trybunału, do niniejszego wyroku załączone zostaje zdanie odrębne Sędziego Nicolaou.

L.L.G.
M.T.

ZDANIE ODRĘBNE ZGODNE SĘDZIEGO NICOLAOU

Podsumujmy krótko fakty, które zostały naświetlone. Skarżący są muzułmanami narodowości afgańskiej. Są krewnymi, których domy rodzinne znajdowały się blisko siebie, przez to mieli okazję na nawiązanie od wczesnych lat więzi emocjonalnej. 17 września 2010 roku podczas niezgodnego z prawem pobytu w Iranie zawarli zwyczajowe, wyznaniowe małżeństwo. Nastąpiło to w obecności rodziny, bez obecności czy uczestnictwa dostojników religijnych, a ponieważ nie było formalnego aktu, nie było możliwe uzyskanie świadectwa ślubu bez podejmowania dalszych kroków.

Powszechną zasadą prawa prywatnego międzynarodowego jest, że formalne wymagania dotyczące małżeństwa podlegają prawu miejsca zawarcia małżeństwa (*lex loci celebrationis*). Tak jest również w przypadku Szwajcarii, gdzie Federalny kodeks prawa prywatnego międzynarodowego (CPIL) przewiduje w art. 45, że w przypadku braku powiązań szwajcarskich:

“Małżeństwo zawarte w ważny sposób za granicą jest uznawane w Szwajcarii.”

Z tego samego powodu małżeństwo nie zawarte w ten sposób nie będzie ważne nigdzie indziej, chyba że kraj zamieszkania przed zawarciem małżeństwa może uznać zgodność z własnymi wymogami formalnymi za wystarczającą (zob. Dicey, Morris, Collings, „The Conflict of Laws”, wyd. 15, 17-005. Nic nie wiadomo o afgańskiej zasadzie w tej sprawie. Nie wiemy także, jak Iran zapatrywał się na formalne wymogi zawarcia małżeństwa.

Początkowa odpowiedź Szwajcarii dotycząca tego aspektu formy koniecznej do zawarcia ważnego małżeństwa brzmiała, że wobec braku dowodu w postaci dokumentu władze nie mogą przyjąć, że małżeństwo zostało kiedykolwiek zawarte. Jeśli chodzi o kwestię materialnej zdolności do zawarcia związku małżeńskiego, władze uznały, że deklarowane małżeństwo zawarte przez tak młodą kobietę w żadnym wypadku nie byłoby zgodne z polityką publiczną Szwajcarii. Wskazano w tym zakresie, że zgodnie z art. 187-1 szwajcarskiego Kodeksu karnego stosunek seksualny z kobietą poniżej 16 roku życia jest przestępstwem, za które grozi kara więzienia, jednak nie podniesiono kwestii pokrewieństwa czy powinowactwa. Art. 27 § CPIL przewidywał, że:

 “Obca decyzja nie zostanie uznana w Szwajcarii, jeżeli takie uznanie byłoby w oczywisty sposób niezgodne ze szwajcarską polityką publiczną.”

Aby małżeństwo było ważne, szwajcarskie prawo wymaga, by obydwie strony ukończyły 18 lat. Ze względu na brak małżeństwa, które Szwajcaria mogłaby uznać za ważne, najpierw Federalny Urząd ds. Migracji, a potem Federalny Sąd Administracyjny postanowił, że skarżący nie mogli zostać uznani za osoby prowadzące wspólne życie rodzinne.

Jednaka lokalna władza odpowiedzialna za zapewnienie zakwaterowania nie rozdzieliła pary. Udostępniła im jeden pokój z jednym łóżkiem. Opiekun, który został wyznaczony w celu zagwarantowania dobra skarżącej jako osoby nieletniej, nie wniósł sprzeciwu. W rzeczywistości w wielu dokumentach i w różnych kontekstach Federalny Urząd ds. Migracji niejednokrotnie odnosił się do skarżących jako do męża i żony. Wiem, że taka terminologia mogła być tylko wygodnym sposobem odnoszenia się do skarżących, ale w mojej opinii nie umniejsza to temu, w jaki sposób skarżący byli postrzegani przez osoby zajmujące się nimi, które były w najlepszej pozycji do wydania wiarygodnej opinii na temat ich związku.

Niemniej na podstawie oficjalnego stanowiska władz w sprawie domniemanego małżeństwa stosowne wnioski skarżących były rozpatrywane oddzielnie i zostały odrzucone. Władze zamierzały wydalić obydwoje skarżących do Włoch, skąd przybyli, ponieważ zgodnie z rozporządzeniem Dublin II (które wtedy obowiązywało) to Włochy były Państwem odpowiedzialnym za rozpatrywanie wniosków o udzielenie azylu. Jednak to nie nastąpiło. Skarżący odwołał się i ze względu na zawieszający skutek takiego odwołania miał prawo pozostać na czas trwania postępowania. Skarżąca nie odwołała się. W rezultacie te dwie sprawy przybrały różny obrót, tocząc się z różną prędkością. Sprawa skarżącej zakończyła się wcześniej, władze podjęły decyzję o wydaleniu jej do Włoch, co oznaczałoby rozdzielenie skarżących. W rzeczywistości sprawy przybrały niespodziewany obrót.

Zdarzenia potoczyły się następująco: w przypadku skarżącej jej wydalenie do Włoch w czasie określonym w art. 20 § 2 rozporządzenia Dublin II nie było możliwe ze względu na błędy proceduralne po stronie władz oraz późniejsze trudności praktyczne. W konsekwencji obowiązek rozpatrzenia jej wniosku o udzielenie azylu przypadł Szwajcarii. Miało to niezamierzony skutek nieuchronnego rozdzielenia skarżących w przypadku odrzucenia odwołania skarżącego i odesłania go do Włoch, podczas gdy skarżąca pozostała w Szwajcarii, chyba żeby Szwajcaria ustąpiła. Szwajcaria nie ustąpiła. Po około czterech miesiącach skarżący został wydalony do Włoch. Jednak trzy dni później nielegalnie wrócił do Szwajcarii, gdzie dzięki pomocy zaprzyjaźnionej pary mógł potajemnie widywać się ze skarżącą. Wszystkie te wydarzenia odbiły się na skarżącej. W opinii lekarskiej z dnia 24 września 2012 roku opisano jej stan krótko po tajemnym powrocie skarżącego do Szwajcarii:

"Pani, która jest jeszcze małoletnia, jest przerażona myślą, że znalazła się sama bez męża. ... Została przyjęta w trybie nagłym; znajduje się w stanie oszołomienia, jest skoncentrowana na ostatnich wydarzeniach: na nowo przeżywa ingerencję policji w jej życie prywatne (przebudzenie w sytuacji, w której wokół niej byli policjanci, podczas gdy ona była jedynie lekko ubrana na noc, jest postrzegane jako gwałt). Pojawiły się ponownie myśli samobójcze, a perspektywy na przyszłość wydają się ponure. Ma problemy ze snem, odżywia się mało i nie jest w stanie przygotować posiłku. ... Brak męża ma charakter dramatyczny i naraża ją na poważne zagrożenia wynikające z trudności dostosowawczych i braku zaradzenia istniejącym zaburzeniom psychicznym, zwłaszcza, że zachodzą czynniki pogarszające."

Moim zdaniem, poza innymi kwestiami, ta opinia medyczna przekonująco pokazuje przywiązanie skarżącej do skarżącego, podkreśla jej bezbronność i potwierdza istnienie więzi rodzinnych pomiędzy nimi. Nie można było oczekiwać, że skarżąca będzie w stanie żyć bez skarżącego.

Jednocześnie skarżący podjął działania mające na celu doprowadzenie do ponownego rozpatrzenia jego wniosku o udzielenie azylu. Dodatkowo tuż przed ukończeniem 17 lat przez skarżącą, obydwoje skarżący złożyli wniosek o uznanie ich małżeństwa. Punkt zwrotny nastąpił 28 listopada 2013 roku, kiedy w orzeczeniu w sprawie decyzji Federalnego Urzędu ds. Migracji o nałożeniu na skarżącego obowiązku wniesienia z góry opłaty sądowej jako wstępnego warunku ponownego rozpatrzenia jego wniosku o udzielenie azylu (zob. paragraf 16 niniejszego wyroku) Federalny Sąd Administracyjny orzekł, że:

 “...FUM błędnie nałożył na skarżącego obowiązek wniesienia opłaty sądowej z góry, ponieważ skarżąca miała 17 lat i skarżący mogli dlatego twierdzić, że są rodziną w rozumieniu art. 8 Konwencji zgodnie z interpretacją niniejszego Sądu oraz szwajcarskiego Trybunału Federalnego.”

Należy zauważyć, że w decyzji tej sąd mówił o „życiu rodzinnym w rozumieniu art. 8 Konwencji”, a nie o „członkach rodziny” w rozumieniu art. 2-i rozporządzenia Dublin II, do którego wagę przywiązywał Rząd. Te dwa pojęcia nie są synonimiczne. Sąd nie odwołał się w żaden sposób do istnienia małżeństwa. Wynika z tego, że sąd wyraźnie przyjął, że pomiędzy skarżącymi istniała więź rodzinna, która nie mogła być wcześniej uznana ze względu na wiek skarżącej, ale kiedy skończyła ona 17 lat istnienie tej wcześniejszej faktycznej relacji mogło i powinno zostać uznane.

Następnie nastąpiła najbardziej istotna zmiana. W dniu 2 czerwca 2014 roku małżeństwo zostało sądownie uznane. Fakt ten odnotowano w paragrafie 19 niniejszego wyroku, który brzmi następująco:

“19. W dniu 2 czerwca 2014 roku Sąd Pierwszej Instancji Kantonu Genewskiego uznał ważność małżeństwa wyznaniowego skarżących zawartego w Iranie.”

Nie wiem, jak do tego doszło. Czyż wreszcie wymagania *lex* *loci* *celebrationis* zostały spełnione? Czyż skarżąca nie była niezdolna do zawarcia małżeństwa ze względu na swój wiek? Czy jeżeli była niezdolna do zawarcia małżeństwa wcześniej, to związek małżeński nie był nieważny od początku *(ab initio)*? Czy może był on wstępnie ważny i zawieszony, aby mógł wejść w życie w późniejszym terminie? Jakie zasady prawa międzynarodowego prywatnego zastosował szwajcarski sąd w tym przypadku? Są to kłopotliwe pytania w – jak to nazwę – niepokojącej sprawie.

Być może jeszcze bardziej istotne w omawianej sprawie jest to, że rozpatrując wnioski skarżących o udzielenie azylu władze zwracały większą uwagę na pozory niż na realia sytuacji. Władze miały prawo odmówić uznania tego, co zostało przedstawione im jako małżeństwo pomiędzy skarżącymi. W angielskiej sprawie *Mohamed przeciwko Knott* [1969] 1 Q.B. 1, w odniesieniu do bardziej skrajnych faktów dotyczących wieku Sąd Apelacyjny przyjął szersze, bardziej tolerancyjne spojrzenie. Jednak koncepcje determinujące politykę publiczną mogą zgodnie z prawem różnić się między Państwami. Ważne jest to, że nieuznanie domniemanego małżeństwa nie mogło wyczerpać kwestii posiadania lub nie wspólnego życia rodzinnego przez skarżących. Jest dość oczywiste, że władze przyjęły aspekt seksualny jako decydujący. Według nich fakt, że skarżąca, która była małoletnia, miała kontakty seksualne ze skarżącym, oznaczał, że związek ten był całkowicie nieprzystający do istnienia życia rodzinnego pomiędzy skarżącymi. Pozostali sędziowie w niniejszej sprawie przyjęli ten pogląd. Nie mogę zrobić tego samego. Chciałbym dodać, że według mnie nie jest bez znaczenia fakt, że para otrzymała od właściwych władz wspólne zakwaterowanie składające się z tylko jednego pokoju z jednym łóżkiem, ponieważ to pokazuje, w jaki sposób związek skarżących był obiektywnie i faktycznie postrzegany. Dodałbym, że nie jest bez znaczenia to, że skarżącemu nie postawiono nigdy zarzutów za obcowanie płciowe ze skarżącą wbrew prawu. W okolicznościach, takich jak obecne, gdy mężczyzna miał mniej niż 20 lat, można było uniknąć oskarżenia na mocy art. 187-3 szwajcarskiego Kodeksu karnego, zgodnie z którym

“187-3. Jeśli w chwili czynu sprawca miał mniej niż 20 lat i w razie szczególnych okoliczności lub jeśli ofiara zawarła małżeństwo lub zawarła zarejestrowany związek partnerski ze sprawcą, właściwa władza może zrezygnować z jego ścigania, stawiania przed sądem lub wymierzania mu kary”.

Moim zdaniem władze szwajcarskie nie dostrzegły rzeczywistego znaczenia i zakresu „życia rodzinnego” jako autonomicznego pojęcia Konwencji. Definicja tego pojęcia nie jest łatwa, podobnie jak wyznaczenie jego granic, i na pewno nie należy uznawać, że ogranicza się ono tylko do tych okoliczności, które zostały tak sklasyfikowane w przeszłości. Termin ten wykracza poza stereotypy. Przyjmuję, że mogą pojawić się przypadki budzące wątpliwości, ale ogólnie rzecz biorąc, dostrzeżenie istnienia życia rodzinnego tam, gdzie istnieje ono w rzeczywistości, nie powinno sprawiać trudności. Pewne wskazówki można znaleźć w orzecznictwie, jednak ważniejsze od jego słów jest duch, w jakim powinno być odczytywane. Na poparcie tej tezy przedstawiam w tym miejscu krótki fragment ze sprawy *Şerife* *Yiğit* *przeciwko* *Turcji* ([Wielka Izba], skarga nr 3976/05, 2 listopada 2010 roku), który w moim odczytaniu wyjaśnia, że poruszane poszczególne przypadki są tylko ilustracjami i że „życie rodzinne” jest szerokim i otwartym pojęciem. Trybunał orzekł:

“93. Gwarantując prawo do poszanowania życia rodzinnego art. 8 zakłada istnienie rodziny. Istnienie bądź nieistnienie „życia rodzinnego” jest zasadniczo kwestią faktów uzależnioną od rzeczywistego istnienia bliskich więzi osobistych (zob. *K. i T. przeciwko Finlandii* [Wielka Izba], skarga nr 25702/94, § 150, ETPC 2001 VII).

94. Art. 8 znajduje zastosowanie do „życia rodzinnego” „nielegalnej” rodziny tak samo jak do życia „legalnej” rodziny (zob. *Marckx*, *op. cit*., § 31 oraz *Johnston i Inni przeciwko Irlandii*, 18 grudnia 1986 roku, § 55, Seria A, nr 112). Pojęcie „rodziny” nie ogranicza się jedynie do relacji opartej na związku małżeńskim i może obejmować inne faktyczne więzi „rodzinne”, gdzie strony żyją razem poza małżeństwem (zob. *Keegan przeciwko Irlandii*, 26 maja 1994 roku, § 44, Seria A nr 290, i *Al-Nashif przeciwko Bułgarii*, skarga nr 50963/99, § 112, 20 czerwca 2002 roku).”

Uznaję, że związek pomiędzy skarżącymi stanowił „życie rodzinne” w rozumieniu art. 8 Konwencji.

Jednak moim zdaniem w sprawie tej nie było potrzeby ustalać, czy życie rodzinne istniało czy nie. Pozostali sędziowie uważali inaczej. Tak czy inaczej skarżący w żaden sposób nie wykazali, że mają prawo do pozostania w Szwajcarii. Wspólne wydalenie nie wzbudziłoby żadnych wątpliwości co do zachowania zgodności z art. 8. Wątpliwości związane z tą sprawą wynikały wyłącznie z tego, że skarżący zostali rozdzieleni poprzez wydalenie skarżącego w okolicznościach opisanych powyżej. To jest w rzeczywistości przedmiotem ich skargi. Jednak mając na uwadze bardzo krótki okres rozdzielenia rozpatrywany w świetle tego, co nastąpiło przed i po nim, i uwzględniając fakt, że skarżący mieli pewną wolność w zakresie przeprowadzki razem w inne miejsce, jestem zdania, że twierdzenie, iż doszło do naruszenia art. 8 byłoby niezgodne z rzeczywistością. W tym względzie zasadniczo zgadzam się ze treścią paragrafu 45 niniejszego wyroku.