

SEKCJA TRZECIA

SPRAWA I.M. przeciwko SZWAJCARII

(Skarga nr 23887/16)

WYROK

STRASBURG

9 kwietnia 2019

OSTATECZNY

09/07/2019

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

W sprawie I.E. 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,

María Elósegui, *sędziowie*,

i Fatoş Aracı, *Kanclerz Sekcji*,

obradując na posiedzeniu zamkniętym w dniach 26 lutego 2019r i 12 marca 2019r.,
wydaje następujący wyrok, który został przyjęty w tym dniu:

POSTĘPOWANIE

1. Sprawa wywodzi się ze skargi (nr 23887/16) wniesionej przeciwko Konfederacji Szwajcarskiej przed Trybunał przez obywatela Kosowa⁰ Pana I.M. („skarżącego”), w dniu 28 kwietnia 2016r. na podstawie art. 34 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wartości („Konwencja”). Przewodniczący Sekcji przychylił się do prośby o nieujawnianie tożsamości, wniesionej przez skarżącego (art. 47 ust. 4 Regulaminu).

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

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

4. W dniu 24 maja 2016r., skarżący wniósł do Trybunału prośbę o zastosowanie środka tymczasowego, na podstawie art. 39 Regulaminu Trybunału, w celu zapobieżeniu wykonania decyzji o jego wydaleniu. W dniu 27 maja 2016r., sędzia dyżurny zadecydował o nie przyznaniu żądanego środka tymczasowego.

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

FAKTY

I. OKOLICZNOŚCI SPRAWY

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

A. Przybycie do Szwajcarii i przyznanie zezwolenia na pobyt

⁰Wszystkie odniesienia do Kosowa, bądź jego terytorium, jego instytucji lub populacji, muszą być rozumiane jako zgodne z Rezolucją 1244 Rady Bezpieczeństwa ONZ, bez przesądzania statusu Kosowa.

7. Po czasowym pobycie jako pracownik sezonowy od 1989r., skarżący przybył do Szwajcarii w dniu 13 kwietnia 1993r., i złożył prośbę o azyl. W decyzji z dnia 19 listopada 1993r, dawny Federalny Urząd ds. Uchodźców (który w następstwie stał się Federalnym Urzędem ds. Migracji [„ODM”], a następnie Sekretariatem Stanu ds. Migracji [„SEM”]) odrzucił tą prośbę, pozwalając jednakże na skorzystanie z pozwolenia tymczasowego. W dniu 25 lutego 1998r., Rada Federalna cofnęła zbiorowe tymczasowe pozwolenie przyznane zbiegom i niesubordynowanym, pochodzącym z Republiki Federalnej Jugosławii, Bośni i Hercegowiny oraz z Chorwacji, skarżący uznał że ma czas do wyjazdu do dnia 15 stycznia 1999r.

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

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

10. Dnia 22 kwietnia 2002r., skarżący podpisał porozumienie w sprawie zwrotu kwoty o wysokości 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 2003r., 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 2005r., 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. Odwołanie skarżącego od tego wyroku zostało odrzucone przez Trybunału Federalny w dniu 18 kwietnia 2006r.

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

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

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

14. W decyzji z dnia 24 sierpnia 2006r., urząd ds. migracji kantonu Bazylea-Okręg (*Amt für Migration des Kantons Basel-Landschaft* [urząd kantonalny ds. migracji]) odrzucił prośbę 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, byłymi dodatkowymi powodami uzasadniającymi decyzję nie udzielenia 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"]) w wyroku z dnia 27 czerwca 2007r., odrzucili 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. To orzeczenie nie zostało zaskarżone.

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

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

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

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

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

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

21. Z dniem 1 lipca 2013r., skarżący otrzymał pełną rentę inwalidzką, ze skutkiem wstecznym od dnia 1 października 2012r., wskaźnik niepełnosprawności został u niego oceniony na 80%.

22. W wyroku z dnia 7 października 2013r., Sąd apelacyjny kantonu Bazylea -Miasto odrzucił 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 2014r. Skarżący wyjaśniał, że chciał odwiedzić grób swojego ojca i że podróżował samolotem z powodu złego stanu zdrowia.

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

25. W orzeczeniu z dnia 28 października 2015r., Federalny Trybunał Administracyjny odrzucił 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 słabe 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 te 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 2005r., pod warunkiem że nie jest to sprzeczne z prawem wyższego rzędu lub nie stwarza konfliktu z marginesem dowolności jaki Trybunał zostawił Wysokim Umawiającym się Stronom dla stosowania własnej polityki migracyjnej w kontekście poszanowania prawa do życia prywatnego i rodzinnego. Podkreślił, że zasada według której trzeba wybierać, pomiędzy innymi możliwymi interpretacjami, ta która była najwierniejsza Konstytucji, była powszechnie uznana i odnosiła się w szczególności do postanowień Konstytucji, które jak ust.3-6 w art. 121 Cst., wyżej cytowane, nie były stosowane bezpośrednio. Klauzula wykluczenia z art. 14a ust.6 Ustawy federalnej z dnia 26 marca 1931r. o pobycie i osiedlaniu się cudzoziemców musiała być wobec tego zastosowana i jej zastosowanie, nawet biorąc pod uwagę trudności wcale nie nieznaczne, które skarżący musiałby przezwyciężyć po powrocie do swojego kraju pochodzenia, wydaje się proporcjonalna. Na gruncie art. 3 Konwencji, Federalny Trybunał Administracyjny podnosi, że zasadniczo, stan zdrowia skarżącego (ogólne bolesne zaburzenia, 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 szwajcarskich władz, 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 racji braku środków finansowych pozwalających na otrzymanie przez niego adekwatnej pomocy medycznej, ma w znacznej mierze charakter spekulacyjny.

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

26. W dniu 8 lipca 2014r., skarżący złożył do kantonalnego urzędu ds. migracji pierwszą prośbę o ponowne zbadanie Trybunału kantonalnego z dnia 27 czerwca 2007r., która to prośba w dniu 5 stycznia 2016r., została uznana za niedopuszczalną.

27. W dniu 22 stycznia 2016r., skarżący złożył drugą prośbę o ponowne zbadanie sprawy, w której twierdził, że jest ojcem bliźniąt M.M. Ta prośba też została uznana za niedopuszczalną w dniu 11 maja 2016r.

28. Odwołania skarżącego od decyzji o niedopuszczalności zostały odrzucone. W swoim orzeczeniu z dnia 6 marca 2018r. Federalny Trybunał zauważył w szczególności, że prośby z dnia 8 lipca 2014r., i z dnia 22 stycznia 2016r., były w rzeczywistości nowymi prośbami 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 2016r., z których wynikało przede wszystkim, że cierpi on na poważną depresję z myślami samobójczymi, oraz że ma cechy autystyczne. Wymagał on całościowego oddziaływania psychiatryczno-psychoterapeutycznego, był niezdolny do podróży, i całkowicie był zależny od opieki zapewnianej przez członków jego rodziny, nie będąc w stanie nawiązać stabilnych relacji z osobami zewnątrz jego rodzinnego kręgu. Istniało ryzyko znacznego pogorszenia jego stanu psychicznego w przypadku wydalenia . Według raportów medycznych z dnia 31 stycznia i 10 października 2017r., sporządzonych przez tego samego lekarza, skarżący żył w stanie ciągłego strachu i braku poczucia bezpieczeństwa od czasu wydania decyzji o jego wydaleniu, 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. Poza tym z dwóch innych raportów medycznych sporządzonych przez lekarza skarżącego w dniu 5 lutego i 7 czerwca 2016 r., wynika, że był on niezdolny do

podróży z racji poważnych chorób (*schwerwiegende Erkrankungen*) . Raport z dnia 2 maja 2016r., wskazuje, że skarżący cierpiał z powodu ogólnych bolesnych zaburzeń, 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. Miał potrzebę stałego wsparcia swojej rodziny i jego życie mogłoby być zagrożone, jeżeli nie miałby dostępu do przepisanych leków przez krótki lub trochę dłuższy czas.

32. W dniu 10 marca 2016r., prywatny zakład medyczny, uprawniony 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 w podróży samolotem.

33. Według raportu z dnia 5 października 2017r., złożonego przez skarżącego, bóle dotyczące jego układ mięśniowo-szkieletowy i trudności w poruszaniu znacznie się nasiliły, powodując konieczność używania przepisanego mu chodzika.

34. Na prośbę Trybunału, skarżący doprecyzował w dniu 20 lutego 2019r., że jego renta inwalidzka została zawieszona w lutym 2016r., 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 1999r. („Cst.” RS 101) stanowią co następuje:

„Artykuł 13

Ochrona życia prywatnego

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

Artykuł 121

Pobyty i osiedlanie się cudzoziemców

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

2. Cudzoziemcy mogą być wydaleny 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 wyłudziła 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 wydaleny z kraju przez odpowiednie władze i dotknięci zakazem 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 w jakikolwiek nielegalny sposób podlegają karze. Ustawodawca ustanowi odpowiednie przepisy.”

36. Właściwe postanowienia Ustawy federalnej z dnia 26 marca 1931r o pobycie i osiedlaniu się cudzoziemców („LSEE”, RS 142.20), wtedy obowiązująca, uchylona z dniem 1 stycznia 2008r przez Ustawę federalną z dnia 16 grudnia 2005r o cudzoziemcach („LEtr”, RS 142.20), znowelizowana i przemianowana Ustawą federalną o cudzoziemcach i integracji „LEI” od dnia 1 stycznia 2019r.), stanowiły co następuje:

„Art. 7

1. Małżonkowi obywatela Szwajcarii przysługuje prawo do przyznania i przedłużenia zezwolenia na pobyt. Po regularnym i nieprzerwanym pobycie przez pięć lat, ma on prawo do zezwolenia na prowadzenie działalności. Prawo to wygasa gdy wystąpi powód do deportacji.
(...)

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;

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, można 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 się 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. Egzekucja nie jest możliwa, 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. Egzekucja nie jest zgodna 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 wykonanie odesłania stawia osobę ubiegającą się o azyl na poważne niebezpieczeństwo, 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 wydalony lub odesłany cudzoziemiec naruszył bezpieczeństwo i porządek publiczny lub poważnie temu zagroził."

37. Art. 96 Ustawa federalna o cudzoziemcach („LEtr”, RS 142.20) z dnia 16 grudnia 2005r., 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 1949r., uchyloną z dniem 1 stycznia 2008r., stanowił co następuje:

„Art. 17

(inne decyzje o wydaleniu. Internowanie)

2. Władze kantonalne 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 specjalnie 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 specjalnych powodów, chce dać cudzoziemcowi możliwość proszenia o pozwolenie w innym kantonie.

B. Odpowiednia praktyka krajowa

39. Pod rządami poprzedniego prawa, władze federalne mogły przekształcać nakaz opuszczenia kantonu na 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 specjalnych 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, W pierwszym, władze kantonalne wydawały decyzję dotyczącą przedłużenia prawa pobytu, i w przypadku odmowy, wyznaczyły zainteresowanemu termin opuszczenia kantonu. W drugim etapie, władze federalne wydawały decyzję o rozszerzeniu na całe szwajcarskie terytorium.

41. Od wejścia w życie ustawy federalnej o cudzoziemcach, decyzja o wydaleniu ma bezpośrednie zastosowanie do całego szwajcarskiego terytorium (wyrok Trybunału Federalnego 2C_1139/2012 z dnia 21 grudnia 2012r., consid. 3.4).

PRAWO

I. DOMNIEMANIE NARUSZENIA ART.8 KONWENCJI

42. Według skarżącego, jego wydalenie przez szwajcarskie władze narusza ochronę jego życia prywatnego i rodzinnego i narusza 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 tą tezą.

A. O dopuszczalności

44. Rząd utrzymuje, że skarżący nie wyczerpał drogi odwołania w prawie krajowym. Zarzuca skarżącemu nie wniesienie odwołania od orzeczenia Trybunału kantonowego z dnia 27 czerwca 2007r., potwierdzającego odmowę przedłużenia i jego wydalenia 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 kantonowej jeszcze się toczyła, kiedy skarżący wniósł skargę do Trybunału.

45. Skarżący odpowiada, że zakwestionował decyzję o rozszerzeniu kantonowej decyzji o wydaleniu na całe terytorium Szwajcarii, przed wszystkimi instancjami do tego przewidzianymi. Podnosi, że procedurę należy traktować całościowo i podkreśla, że Federalny Trybunał Administracyjny odniósł się w orzeczeniu, do podniesionych przez niego zarzutów, opartych na art. 3 i art. 8 Konwencji, i dlatego byłoby to podejście wyjątkowo formalistyczne aby uznać, że krajowa droga odwoławcza nie została wyczerpana.

46. Trybunał przypomina, że reguła wyczerpania drogi odwoławczej powinna być stosowana z pewną elastycznością i bez wybitnego formalizmu, nie nadaje się ona do automatycznego stosowania i nie zakłada absolutnego charakteru, i że kontrolując jej poszanowanie, trzeba 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 umawiającej się Strony, lecz także, między innymi, sytuację osobistą skarżących (*Demopoulos i inni przeciw Turcji* (dec.) [Wielka Izba], nr 46113/99 i 7 innych, § 69, ETPCz 2010, i *Vučović i inni przeciw Serbii* (zastrzeżenie wstępne) [Wielka Izba], nr 17153/11 i 29 innych, § 69-70, z dnia 25 marca 2014r.).

47. W tym przypadku, Trybunał zauważa, że skarżący wyczerpał krajową drogę odwoławczą dotyczącą procedury związanej z rozszerzeniem decyzji o wydaleniu na

całe szwajcarskie terytorium, i że Federalny Trybunał Administracyjny w wyroku z dnia 28 października 2015r., odniósł się do zgodności spornej procedury 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, ta decyzja została uznana za obowiązującą przez Federalny Trybunał Administracyjny, po ośmiu latach postępowania. Zatem, Trybunał jest zdania, że skarżący usiłował otrzymać, w przewidzianym trybie i terminach, naprawienie rzekomego naruszenia przez właściwą drogę odwoławczą przed najwyższymi krajowymi władzami sądowniczymi.

48. W przypadku toczącej się jeszcze procedury, do której Rząd złożył swoje uwagi, Trybunał podnosi, że Federalny Trybunał Administracyjny, w orzeczeniu z dnia 6 marca 2018r., wykluczył, że to dotyczyło ponownego zbadania i potraktował to jako nową prośbę o pozwolenie na pobyt, którą to prośbę w sposób definitywny odrzucił. Dlatego, Trybunał jest zdania, że przypadek niedopuszczalności oparty na nie wyczerpaniu krajowej drogi odwoławczej, w świetle tej procedury jest bezprzedmiotowy.

49. Zatem, Trybunał odrzuca argument o nie wyczerpaniu krajowej drogi odwoławczej podniesiony przez Rząd.

50. Trybunał stwierdza, że zarzut oparty na art. 8 Konwencji, nie jest w oczywisty sposób nieuzasadniony, w rozumieniu art. 35 ust. 3 lit.a Konwencji. Poza tym wskazuje, że skarga nie narusza żadnych innych podstaw niedopuszczalności. Zgadza się więc oznajmić jej dopuszczalność.

B. Meritum

1. Tezy stron

51. Skarżący nie podważa, że jego wydalenie ze szwajcarskiego terytorium było oparte na wystarczającej podstawie prawnej i że podjęte środki realizowały uzasadnione cele w rozumieniu art. 8 ust. 2 Konwencji. Z drugiej strony, utrzymuje, że te środki nie były niezbędne w społeczeństwie demokratycznym. Przyznaje, że interes Państwa w ochronie porządku publicznego musi być uzasadniony przez analizę sytuacji i konkretnych okoliczności tego przypadku, i że trzeba także zbadać sytuację, jaka się rozwinęła od popełnienia rozpatrywanego przestępstwa. Skarżący przypomina, że od 2003r., nie popełnił czynu karalnego i podkreśla, że stan jego zdrowia znacząco pogorszył, tak że wskaźnik jego niepełnosprawności został oceniony na 80 %, jego lekarze stwierdzili stałe pogorszenie. Potwierdza, że nie istnieje ryzyko recydywy, biorąc pod uwagę jego słaby stan zdrowia i nienaganne postępowanie od czasu popełnienia przestępstwa.

52. Ponadto, skarżący wskazuje że był beneficjentem pełnej renty inwalidzkiej, wypłacanej z datą wsteczną od dnia 1 października 2012r i kwota którą mu

wypłacono z tego tytułu, została zwrócona organom pomocy społecznej, od których nie jest w tym momencie 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 2016r., ciężar finansowy jego utrzymanie 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 1993r., to znaczy od 29 roku życia, i gdzie żyje jego pięcioro dzieci i była żona.

54. Z drugiej strony Rząd ocenia, że rozpatrywana sprawa jest całkowicie zgodna z Konwencją: była ona przewidziana przez prawo i realizowała uzasadnione 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 wystawiona na nawet słabe 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 naził 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 pozwala skorzystać z dobrodziejstwa ochrony art. 8 Konwencji. Rząd wskazuje, że skarżący nie ma prawa opieki nad bliźniętami, nigdy z nimi razem nie żył i nie płacił na nich 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 jeździć do skarżącego do rodzinnego kraju. Twierdzi, że nie istnieje przeszkoda nie do pokonania do 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 uczuciowych relacji z nimi w skardze z dnia 28 kwietnia 2016r., nie wykazał ani nawet nie powołał się na zależność od swoich starszych dzieci w takim stopniu, że mógłby zostać beneficjentem ochrony, wynikającej z art. 8 Konwencji. W każdym razie, rzekoma zależność była przede wszystkim natury ekonomicznej, i dlatego nic nie przeszkadza dorosłym synom skarżącego ponoszenie kosztów opieki w miejscu zamieszkania

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

.2. Uwagi 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 też „życia rodzinnego”, przyznając pewne znaczenie do kwestii stopnia integracji społecznej zainteresowanych (*Dalia przeciw Francji*, z dnia 19 lutego 1998r., § 42-45, *Zbiór 1998-I*, i *Ukaj przeciw Szwajcarii*, nr 32493/08, § 28, z dnia 24 czerwca 2014r.)

59. Trybunał wskazuje, że decyzja o rozszerzeniu wydalenia na całe szwajcarskie terytorium 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 przeciw Szwajcarii*, nr 16327/05, § 57, z dnia 9 grudnia 2010r.).

61. Nasuwa się jeszcze pytanie czy „życie rodzinne” skarżącego jest zagrożone w wyniku tej sprawy. Trybunał przypomina, że ocena poszanowania art. 8, musi uwzględniać sytuacje, które się zdarzyły po krajowej decyzji nakazującej wydalenie skarżącego (zobacz, *mutatis mutandis*, *Neulinger i Shuruk przeciw Szwajcarii* [Wielka Izba], nr 41615/07, § 145, ETPCz 2010; *Sylvester przeciw Austrii*, nr 36812/97 i 40104/98, z dnia 24 kwietnia 2003r.). Trybunał musi się w istocie postawić w momencie wykonania zaskarżonej decyzji (*Neulinger i Shuruk*, wyżej cytowany, § 145, i *Maslov przeciw Austrii* [Wielka Izba], nr 1638/03, § 91, ETPCz 2008). Pod tym względem, zauważa, że skarżący zgłosił do władz argument o ojcostwie bliźniąt urodzonych w 2006r., dopiero po wyroku Federalnego Trybunału Administracyjnego z dnia 28 października 2015r., uważa jednak, że nie można całkiem pomijać tego faktu, żeby zagwarantować rzeczywistą i konkretną ochronę wynikającą z art. 8 Konwencji.

62. Skądinąd, 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 przeciw Łotwie* [Wielka Izba], nr 48321/99, § 97, ETPCz 2003-X, i *Danelyan przeciw Szwajcarii* (dec.), nr 76424/14 i 76435/14, § 29, z dnia 29 maja 2018r.). Otóż, w niniejszej sprawie, Trybunał ocenia, że skarżący może się powoływać na takie dodatkowe elementy wobec swoich dorosłych dzieci ponieważ jest on zależny w życiu codziennym od pomocy zewnętrznej. Istotnie, on podnosi, że od czasu zawieszenia renty w lutym 2016r., jego trójka dorosłych dzieci utrzymywała go. Co więcej, mieszka 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, sądy szwajcarskie wzięły pod uwagę fakt, przy ocenie właściwości wydalenia skarżącego, 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 kwestii istnienia odpowiedniej więzi zależności, żeby wziąć pod uwagę aspekt „życia rodzinnego” z art.8. W związku z tym, Trybunał ocenia, że stosunki skarżącego z jego dziećmi podlegają prawu do ochrony życia rodzinnego.

63. Reasumując powyższe wywody, 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 ustępu 2 art. 8. Trzeba więc zbadać, czy była ona „przewidziana przez prawo”, uzasadniona przez jeden lub kilka chronionych prawem celów w świetle wymienionego przepisu, i „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym”.

i. „Przewidziana przez prawo”

65. To nie jest podważane, że odmowa przedłużenia pozwolenia na pobyt skarżącego i zobowiązanie do opuszczenia szwajcarskiego terytorium, było oparte na właściwych przepisach LSEE (paragraf 36, powyżej).

ii. Uzasadniony cel

66. Tym bardziej nie wywołuje kontrowersji przedmiotowa ingerencja, mająca na celu pełną zgodność z Konwencją, a szczególnie z „ochroną porządku” i „zapobieganie przestępstwom”.

iii. Niezbędność podjętego środka w społeczeństwie demokratycznym

67. Pozostaje zatem zbadać, czy użyty środek, był „niezbędny 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 ziemie (zobacz, między wieloma innymi, *Nada przeciw Szwajcarii* [Wielka Izba], nr 10593/08, § 164, ETPCz 2012, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali przeciw Zjednoczonemu Królestwu*, § 67, z dnia 28 maja 1985r., seria A nr 94, *Boujlifa przeciw Francji*, z dnia 21 października 1997r., § 42, *Zbiór 1997-VI*). Konwencja nie gwarantuje cudzoziemcowi prawa wjazdu lub pobytu w konkretnym kraju, i skoro wypełniają swoją powinność utrzymania porządku publicznego, Państwa-strony mają możliwość wydalenia cudzoziemca przestępcę, który legalnie wjechał lub mieszkał na ich terytorium. Jednakże ich decyzje w tej dziedzinie, w stopniu w jakim dotyczą ich prawa chronione przez ust. 1 art. 8, muszą być spowodowane koniecznością w demokratycznym społeczeństwie, tzn. muszą być usprawiedliwione przez nadrzędną potrzebę społeczną, i w szczególności, proporcjonalne do zamierzonego, zgodnego z prawem celu (*Mehemi przeciw Francji*, z dnia 26 września 1997r., § 34, *Zbiór 1997-VI*, *Dalia przeciw Francji*, z dnia 19 lutego 1998r., § 52, *Zbiór 1998-I*, *Boultif przeciw Szwajcarii*, nr 54273/00, § 46, ETPCz 2001-IX, i *Slivenko przeciw Łotwie* [Wielka Izba], nr 48321/99, § 113, ETPCz 2003-X).

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

- natura i powaga przestępstwa popełnionego przez skarżącego;
- długość pobytu zainteresowanego w kraju, z którego powinien być wydalony;
- czas, który upłynął od popełnienia przestępstwa, i zachowanie skarżącego w tym okresie;
- narodowość różnych osób, których ta sprawa dotyczy ;
- sytuacja rodzinna skarżącego, i szczególnie, w stosownych przypadkach, czas trwania jego małżeństwa, i inne czynniki świadczące o rzeczywistym pożyciu rodzinnym pary;
- kwestia, czy współmałżonek wiedział o przestępstwie w okresie tworzenia relacji rodzinnych;
- kwestia, czy są dzieci w tym małżeństwie, a jak są to w jakim wieku;
- wagę trudności, jakie współmałżonek może napotkać w kraju, do którego skarżący powinien zostać wydalony;
- interes i dobrostan dzieci, w szczególności, waga trudności, jakim dzieci skarżącego mogą być poddane w kraju do którego skarżący powinien być wydalony;

i

- solidność więzów społecznych, kulturowych i rodzinnych w kraju gospodarza 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 czy też zadecydowanie o czasowym lub definitywnym zakazie przebywania na terytorium (*Shala przeciw Szwajcarii*, nr 52873/09, § 46, z dnia 15 listopada 2012r., i przytoczone orzecznictwo).

71. Trybunał przypomina, że władze krajowe korzystają z pewnego marginesu swobody w stanowieniu o konieczności ingerencji w wykonywanie praw chronionych art. 8, i o proporcjonalności podjętych środków do zamierzonego celu zgodnego z prawem. Jego zadanie polega na określeniu czy sporne środki zachowują właściwą równowagę między występującymi interesami a mianowicie z jednej strony prawami zainteresowanych chronionych Konwencją, 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 umotywowane, żeby przede wszystkim pozwoić Trybunałowi zapewnić kontrolę, która jest mu powierzona (zobacz, *mutatis mutandis*, *X przeciw Łotwie*, [Wielka Izba], nr 27853/09, § 107, ETPCz 2013, i *El Ghatet przeciw Szwajcarii*, nr 56971/10, § 47, z dnia 8 listopada 2016r.). Niewystarczające uzasadnienie w orzecznictwach krajowych, bez prawdziwego wyważenia występujących interesów, jest sprzeczne z wymaganiami art. 8 Konwencji. To jest w przypadku, kiedy władze krajowe nie doprowadziły do wykazania w sposób przekonywający, że ingerencja w prawa chronione przez Konwencję jest proporcjonalna do chronionych celów, i wobec tego jest zgodna z „nadrzędną potrzebą społeczną” w sensie wyżej cytowanego orzecznictwa (*El Ghatet*, wyżej cytowany, § 47 i *mutatis mutandis*, *Schweizerische Radio-und Fernsehgesellschaft SRG przeciw Szwajcarii*, nr 34124/06, § 65, z dnia 21 czerwca 2012r., *Saber i Boughassal przeciw Hiszpanii*, nr 76550/13 i 45938/14, § 51, z dnia 18 grudnia 2018r.).

73. Z drugiej strony, jeżeli się okaże, że władze krajowe przeprowadziły analizę faktów wystarczającą i przekonywującą i z właściwymi stwierdzeniami, zawierając w nich właściwe wyważenie interesów indywidualnych skarżących z interesami bardziej ogólnymi społeczeństwa, do Trybunału nie należy zastępowanie spostrzeżeń dokonanych przez nich, w tym w odniesieniu do badania proporcjonalności zastosowanego środka, oprócz sytuacji, w których występują ważne powody, aby to zrobić (zobacz, w tym rozumieniu, *Ndidi przeciw Zjednoczonemu Królestwu*, nr 41215/14, § 76, z dnia 14 września 2017r., *Hamesevic przeciw Danii* (dec.), nr 25748/15, § 43, z dnia 16 maja 2017r., i *Alam przeciw Danii* (dec.), nr 33809/15, § 35, z dnia 6 czerwca 2017r.).

β) Zastosowanie powyższych zasad w niniejszym przypadku

74. W tym przypadku, wydalenie skarżącego zostało zdecydowane w następstwie jego skazania za gwałt popełniony w 2003r.

75. W wyroku z dnia 28 października 2015r., 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 odpowiednio do art. 8 ust. 2 Konwencji, trzeba było wybierać między wieloma możliwymi interpretacjami, taką która była najbliższa Konstytucji szwajcarskiej, a także nie była sprzeczna z prawem nadrzędnym i nie zakłócała marginesu swobody zostawionego przez Trybunał Wysokim Umawiającym się Stronom w stosowaniu ich polityki migracyjnej. Federalny Trybunał Administracyjny dodał, że przepis o wydaleniu z art. 14a ust. 6 LSEE (paragraf 36, powyżej) powinien być zastosowany, i że jego zastosowanie, nawet biorąc pod uwagę trudności nie do pominięcia, które skarżący musiałby pokonać po swoim powrocie do ojczystego kraju, wydaje się proporcjonalny.

76. Trybunał zauważa, że Federalny Trybunał Administracyjny wypowiedział się w kwestii powagi popełnionego przestępstwa, krótko potraktował kwestię ryzyka recydywy i wspomniał o trudnościach jakim by stawiał czoło po powrocie do Kosowa. Stwierdza, że Federalny Trybunał Administracyjny ograniczył swoją analizę w stosunku do art. 8 Konwencji, tylko do tych elementów. Chociaż orzekł ponad dwanaście lat po czynie przestępnym, w żadnym stopniu nie wziął pod uwagę zmiany zachowania skarżącego od popełnienia tego przestępstwa (*K.M. przeciw Szwajcarii*, nr 6009/10, § 54, z dnia 2 czerwca 2015r., i cytowane odniesienia). Nie ocenił także wpływu znacznego pogorszenia stanu zdrowia zainteresowanego (wskaźnik niepełnosprawności wynosił 80% na dzień 1 października 2012r.) na ryzyko recydywy i nie pochylił się nad wieloma kryteriami ustalonymi w orzecznictwie, żeby ocenić zastosowania wydalenia. Tak więc, Federalny Trybunał Administracyjny nie wziął pod uwagę w szczególności solidności więzów społecznych, kulturowych i rodzinnych skarżącego w kraju go goszczącym – Szwajcarii i w kraju przeznaczenia - Kosowie, jak też szczególne okoliczności występujące w danej sprawie, jak na przykład kwestie natury medycznej (*Üner*, wyżej cytowany, § 58, i *Shala*, wyżej cytowany, § 46). Odnosząc się bardziej konkretnie do poszanowania życia rodzinnego, chociaż sądy krajowe przyznając wystąpienie zależności, co najmniej finansowej, skarżącego w stosunku do dorosłych dzieci, nie zanalizowały w sposób pogłębiony, wynikających implikacji z tej zależności w korzystaniu z praw skarżącego zgodnie z art. 8 Konwencji.

77. Uwzględniając to co zostało powiedziane powyżej, Trybunał stwierdza, że stosując kryteria ustalone w orzecznictwie (paragraf 68 i 69, powyżej), żadna jednoznaczna konkluzja nie może być wyciągnięta, żeby wiedzieć czy przeważa interes prywatny i rodzinny skarżącego do dalszego pobytu na terenie pozwanego Państwa nad interesem publicznym tego Państwa wydalenia 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 motywy uzasadniające ich decyzję, Trybunał, zgodnie z zasadą subsydiarności, mógłby być w stosownych przypadkach zmuszony do stwierdzenia, że władze krajowe nie szczędziły starań do wyważenia interesów skarżącego i pozwanego Państwa, ani nie przekroczyły marginesu swobody, którym dysponują w dziedzinie imigracji (patrz, *El Ghatet*, wyżej cytowany, § 52).

78. Jednakże, Trybunał stwierdza, że w tej sprawie, Federalny Trybunał Administracyjny wykonał 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 zgodnych z prawem celów, a więc niezbędna w społeczeństwie demokratycznym.

79. Wobec tego, w przypadku wydalenia skarżącego wystąpiłoby naruszenie art. 8 Konwencji.

II. DOMNIEMANIE NARUSZENIA ART.3 KONWENCJI

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

81. Uwzględniając stwierdzenia przedstawione w paragrafie 79, powyżej, i fakt, że w zarzucie podnoszone są w istocie te same kwestie jak w stosunku do art. 8, Trybunał nie uznaje za konieczne oddzielne tego analizowanie.

III. ZASTOSOWANIE ART.41 KONWENCJI

82. Zgodnie z art. 41 Konwencji,

„Jeżeli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie Konwencji lub jej Protokołów, oraz jeżeli prawo wewnętrzne zainteresowanej Wysokiej Układającej się Strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia, Trybunał orzeka, gdy zachodzi taka potrzeba, o przyznaniu słusznego zadośćuczynienia pokrzywdzonej stronie.”

A. Szkoda

83. Skarżący prosi 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 tego odszkodowania z tytułu szkody moralnej i zdaje się w tej kwestii na uznanie Trybunału.

84. Rząd utrzymuje, że stwierdzenie naruszenia stwarza samo w sobie wystarczającą słuszną satysfakcję 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 moralną. W każdym razie, Trybunał podziela zdanie Rządu i ocenia, że w związku z brakiem realizacji decyzji o wydaleniu, stwierdzenie przez Trybunał naruszenia, stanowi wystarczającą słuszną satysfakcję (*Beldjoudi przeciw Francji*, z dnia 26 marca 1992r., § 79 i § 86, seria A nr 234 A, *Raza przeciw Bułgarii*, nr 31465/08, § 88, z dnia 11 lutego 2010r.; *Udeh przeciw Szwajcarii*, nr 12020/09, § 50, z dnia 16 kwietnia 2013r, i *Paposhvili przeciw Belgii* [Wielka Izba], nr 41738/10, § 231, z dnia 13 grudnia 2016r.).

B. Koszty i wydatki

86. Skarżący wnosi także o 24 050 EUR na koszty i wydatki poniesione na postępowanie przed sądami krajowymi i przed Trybunałem, podzielone jak następuje:

- 17 027 EUR na honoraria adwokata, który go reprezentował przed krajowymi sądami;
- 7 023 EUR na honoraria dla Pana R. Giebenrath, który go reprezentował przed Trybunałem.

87. Rząd utrzymuje głównie to, że prośba o słusze zadośćuczynienie nie wypełnia warunków określonych w art. 60 Regulaminu Trybunału, dlatego że nie ma tam miejsca na przyznawanie rekompensaty na koszty adwokackie. Z tytułu pomocniczości, podnosi, że kwota 5 000 CHF (około 4 336 EUR) pokryłaby całość kosztów i wydatków za postępowanie prowadzone przed władzami krajowymi, jak też Trybunałem.

88. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, skarżący może otrzymać zwrot kosztów i wydatków tylko w wysokości faktycznie poniesionej, które były niezbędne, a ich wysokość była racjonalna. Tak nie jest w tym przypadku, przedstawione rachunki, dotyczące pomocy prawnej przed sądami krajowymi, nie wyszczególniają ani godzin pracy ani żądanych stawek honorarium. W konsekwencji redukuje się zgłaszane roszczenie (ust. 3 w art. 60 Regulaminu Trybunału). Trybunał uznaje za racjonalną kwotę 4 500 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, powiększone o trzy punkty procentowe.

Z TYCH WZGLĘDÓW, TRYBUNAŁ JEDNOGŁOŚNIE

1. *Uznaje* skargę opartą na art. 8 Konwencji, za dopuszczalną;
2. *Stwierdza*, że nastąpiłoby naruszenie art. 8 Konwencji, w przypadku wydalenia do Kosowa;

3. *Stwierdza*, że nie ma konieczności osobnego badania zarzutu opartego na art. 3 Konwencji;

4. *Stwierdza*, że stwierdzenie naruszenia dostarcza samo w sobie wystarczającą rekompensatę za szkody moralne doznane przez skarżącego;

5. *Stwierdza*

a) że pozwane Państwo ma zapłacić skarżącemu, w terminie trzech miesięcy od dnia uprawomocnienia się wyroku, zgodnie z art. 44 ust. 2 Konwencji, kwotę 4 500 EUR (cztery tysiące pięćset euro), przeliczoną na franki szwajcarskie, według kursu z dnia rozliczenia, powiększoną o wszelkie podatki, które mogą zostać nałożone na tę kwotę, tytułem kosztów i wydatków;

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

6. *Odrzuca* prośbę w pozostałym zakresie o słuszne zadośćuczynienie.

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

Fatoş Aracı

Kanclerz

Vincent A. De Gaetano

Przewodniczący

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

V.D.G.
F.A.

ZGODNA OPINIA SĘDZIEGO KELLER

1. Podpisuję się w całości pod stwierdzeniem o naruszeniu 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 pogwałcenie art. 8 Konwencji z powodu, że władze szwajcarskie procedowały bez zrównoważenia wszystkich interesów wchodzących w grę, żeby stwierdzić, zgodnie ze swoim orzecznictwem, konieczność zastosowania procedury wydalenia z terytorium szwajcarskiego (zobacz, *mutatis mutandis*, *Saber i Boughassal przeciw Hiszpanii*, nr 76550/13 i 45938/14, § 51 i 52, z dnia 18 grudnia 2018r., *Gablshvili przeciw Rosji*, nr 39428/12,, § 48 i 60, z dnia 26 czerwca 2014r., i *Kamenow przeciw Rosji*, nr 17570/15, § 34 i 41, z dnia 7 marca 2017r.). W tym przypadku, decyzja o wydaleniu została ogłoszona po pobieżnej analizie dokonanej przez krajowe władze, bez uwzględnienia okoliczności osobistych i rodzinnych skarżącego, takich jak ewolucja jego postępowania do czasu skazania sięgającego 2003r., jego stanu zdrowia, czy też faktu jego zależności od dorosłych dzieci. (paragrafy 75 i 76 wyroku).

3. Jak przypomnieli Trybunał w paragrafie 71 wyroku, władze krajowe korzystają z pewnego marginesu swobody w ocenie konieczności ingerencji w społeczeństwie demokratycznym, w wykonywanie prawa chronionego przez art. 8 Konwencji. Jednakże, ta zasada implikuje, że taka analiza 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 występujących interesów w sądach krajowych, stanowi uchybienie zobowiązaniom wynikającym z Konwencji, która zawiera pogwałcony art. 8, jak w niniejszej sprawie (paragraf 72 wyroku).

4. Z drugiej strony, Trybunał stwierdził naruszenie proceduralne art. 8, bez stwierdzenia, czy pozwane Państwo przekroczyło margines swobody, z którego korzystało, w analizie proporcjonalności wydalenia skarżącego w stosunku do celów prawnie chronionych, w przeciwieństwie do tego co Trybunał zrobił w innych sprawach wcześniej rozpatrywanych, dotyczących podobnych kwestii (zobacz, między innymi, *Üner przeciw Holandii* [Wielka Izba], nr 46410/99, § 61-67, z dnia 18 października 2006r., *Emre przeciw Szwajcarii*, nr 42034/04, § 72-87, z dnia 22 maja 2008r., i *Hasanbasic przeciw Szwajcarii*, nr 52166/09, § 57-67, z dnia 11 czerwca 2013r.). Nie odpowiedział na pytanie, czy margines swobody zostałby uszanowany, gdyby władze krajowe rzetelnie by wyważyły wchodzące w grę interesy (paragraf 77 wyroku). W rzeczywistości, pewne aspekty naszej sprawy świadczą na korzyść nie pogwałcenia art. 8 Konwencji : powaga przestępstwa popełnionego przez skarżącego (*Chair i J.B. przeciw Niemcom*, nr 69735/01, § 61, z dnia 6 grudnia 2007r. *Vasquez przeciw Szwajcarii*, nr 1785/08, § 44, z dnia 26 listopada 2013r., i *Husseini przeciw Szwecji*, nr 10611/09, § 103, z dnia 13 października 2011r.), fakt, że brak recydywy nie pozwala sam w sobie przesądzić o naruszeniu art. 8 Konwencji (*Salija przeciw Szwajcarii*, nr 55470/10, § 46 i 55, z dnia 10 stycznia 2017r.), fakt, że skarżący spędził większość życia w swoim ojczystym kraju i posługuje się tym językiem (*K.M. przeciw Szwajcarii*, nr 6009/10, § 60, z dnia 2 czerwca 2015r.), podczas gdy jest źle zintegrowany w Szwajcarii a język niemiecki opanował w stopniu

niewystarczającym (*Kissiwa Koffi przeciw Szwajcarii*, nr 38005/07, § 66, z dnia 15 lutego 2013r.), fakt, że Trybunał w praktyce nie przyznaje tej samej wartości do długości nieuregulowanego pobytu co wobec długości pobytu opartego na ważnym pozwoleniu (*Vasquez przeciw Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 45), fakt, że dwójka młodszych dzieci skarżącego została poczęta w momencie gdy jego prawo pobytu było już niepewne (*Udeh przeciw Szwajcarii*, nr 12020/09, § 50, z dnia 16 kwietnia 2013r.), fakt, że jego była żona wiedziała o przestępstwie i ewentualnym ryzyku wydalenia (zobacz, *mutatis mutandis*, *K.M. przeciw Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 57, i *Vasquez przeciw Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 47), fakt, że jeżeli skarżący został by wydalony do Kosowa, regularne kontakty mogłyby być podtrzymywane z jego dorosłymi dziećmi przez różne środki komunikacji (*K.M. przeciw Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 59, i *Shala przeciw Szwajcarii*, nr 52873/09, § 54, z dnia 15 listopada 2012r.), jak też fakt że konieczna opieka dotycząca jego problemów zdrowotnych była gwarantowana i dostępna w Kosowie (*Danelyan przeciw Szwajcarii*, nr 76424/14 i 76435/14, § 29, z dnia 29 maja 2018r., i *Emre przeciw Szwajcarii*, wyżej cytowany, § 81-83).

