



Eliza Berkowska*

Przegląd wybranego orzecznictwa Komisji Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na temat prawa do łączenia rodzin w aspekcie legalizacji pobytu cudzoziemców o nieuregulowanym statusie imigracyjnym¹

[Review of Selected Case Law of the Commission on Human Rights and the European Court of Human Rights on the Right to Family Reunification in the Aspect of Legalising the Stay of Aliens (Foreigners) with Irregular Immigration Status]

Abstract

Article 8 of the European Convention on Human Rights was conceived as an instrument to protect the family from arbitrary state action – except where the unity of the family endangers six legitimate objectives, namely: state security, public safety, economic well-being, the protection of public order, the protection of health and morals or the protection of the rights and freedoms of others. Thus, the starting point of the case-law of the European Court of Human Rights (hereinafter: ‘ECTHR’) in migrant family reunification cases should be the family’s right to choose its place of residence, limited only by the legitimate objectives indicated above.²

Meanwhile, in family reunification cases, the starting point of the case-law of the European Court of Human Rights is ‘as a matter of well-established international law’ – the right of states to control the entry, residence and expulsion of aliens.³ This means that the European Court of Human Rights has established the right of states to control migratory movements as a seventh – non-conventional – legitimate objective.⁴ The application of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter: ‘ECHR or Convention’) to migration matters is thus always a balancing ex-

* **Eliza Berkowska** – prawniczka, doktorantka Instytutu Nauk Prawnych PAN (afiliacja); <https://orcid.org/0000-0002-3458-7386>; eberkowska2@gmail.com / lawyer, doctoral student at the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences (affiliation).

¹ Dla celów niniejszego artykułu przez osoby o nieuregulowanym statusie imigracyjnym należy rozumieć osoby, które przebywają na terytorium państwa przyjmującego bez zezwolenia na pobyt lub na podstawie tzw. zezwolenia tymczasowego (np. w trakcie trwania procedury o łączenie rodzin, procedury uchodźczej itp.).

² Więcej: M. Dembour, *When Human Become Migrants*, Oxford University Press 2015, ss. 101–105.

³ M. Dembour, *When Human...*, ss. 101–103.

⁴ Zob. więcej: M. Górski, *Prawo do poszanowania życia rodzinnego cudzoziemców w polskim porządku prawnym na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Kraków 2018, s. 55.

ercise between the effective protection of human rights and the autonomy of states parties to the Convention in regulating migration flows, where the right of states to control migration is in principle the rule and human rights are generally the exception. The aftermath of this is the Strasbourg 'elsewhere test', according to which a family has the right to remain on the territory of the host state if it cannot lead a family life elsewhere. This therefore has important implications for the status of legal migrants, but also for those with irregular migration status. The ECtHR is adamant that in cases of irregular residence, aliens can only in exceptional circumstances count on the protection of Article 8 of the Convention.

The aim of this article is therefore to attempt to answer the question of whether, and if so to what extent, the human rights standards on the right to family reunification developed by the Commission on Human Rights (hereinafter: 'the Commission') and the European Court of Human Rights protect aliens with an irregular migration status from separation from family members residing on the territory of the host state.

The thesis of the article is that the human rights standards on the right to family reunification developed by the Commission and the ECtHR do not sufficiently protect aliens with irregular migration status from separation from family members residing on the territory of the host country.

The article is devoted to a critical analysis of the ECtHR's case law on obtaining permission to legalise the residence of aliens with irregular immigration status who have family members on the territory of the host state with whom they wish to reunite. It calls for a profound reform of the case-law of the European Court of Human Rights in this area.

Keywords: family reunification of aliens, respect for the family life of aliens, aliens and Article 8 ECHR.

Wstęp

Łączenie rodzin to zagadnienie niebywale ważne dla cudzoziemców mieszkających w państwach, których nie są obywatelami. Możliwość przebywania tam z najbliższymi nie tylko zapewnia cudzoziemcom większy komfort w odnajdywaniu się w nowej i często trudnej rzeczywistości życiowej, ale także jest czynnikiem, który korzystnie wpływa na ich integrację i społeczną akomodację w nowym otoczeniu, co jest korzystne również korzystne dla społeczności państwa przyjmującego⁵.

⁵ A. Niżyńska, Łączenie rodzin uchodźców – regulacje prawne i praktyka wybranych państw Unii Europejskiej, Instytut Spraw Publicznych, www.Laczenierodzinuchodzcow.pdf (isp.org.pl).

Należy jednak zwrócić uwagę, że w świetle orzecznictwa strasburskiego nie wszyscy cudzoziemcy mogą liczyć na połączenie z rodziną. Co za tym idzie, w szczególnie trudnej sytuacji znajdują się zwłaszcza cudzoziemcy o nieuregulowanym statusie migracyjnym, kiedy przychodzi do połączenia z członkami rodziny przebywającymi na terytorium państwa przyjmującego. Orzecznictwo strasburskie jest w tej kwestii bardzo kazuistyczne i trudno dopatrzeć się w nim jakiegokolwiek logiki. Czasami zezwala na połączenie z rodziną cudzoziemcom znajdującym się w analogicznych sytuacjach migracyjnych, a czasami – z nie do końca jasnych przyczyn – nie zezwala.

Celem tego artykułu jest zatem próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy – a jeżeli tak, to w jakim zakresie – standardy praw człowieka dotyczące prawa do łączenia rodzin wypracowane przez Komisję Praw Człowieka (dalej: „Komisja”) i Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: „ETPC” lub „Trybunał strasburski”) chronią cudzoziemców o nieuregulowanym statusie migracyjnym przed rozłączeniem z członkami rodziny przebywającymi na terytorium państwa przyjmującego. Tezą tego artykułu jest stwierdzenie, że standardy praw człowieka w zakresie prawa do łączenia rodzin wypracowane przez Komisję i ETPC nie chronią cudzoziemców o nieuregulowanym statusie migracyjnym w sposób wystarczający przed rozłączeniem z członkami rodziny przebywającymi na terytorium państwa przyjmującego.

Będąca przedmiotem badań problematyka jest niezwykle istotna ze względu na samą skalę zjawiska, a zarazem niewystarczająco obecna w doktrynie. Opracowania na temat będący przedmiotem artykułu są nieliczne, często nieaktualne, fragmentaryczne lub pozbawione całościowego ujęcia problematyki. Tematykę tę rzadko porusza się w polskiej literaturze prawniczej. Poza skalą problemu i nieusystematyzowanym stanem wiedzy i literatury w przedmiotowym zakresie za wyborem tematu przemawiały także poważne wątpliwości natury teoretycznej odnoszące się do tego, czy – a jeżeli tak, to w jakim zakresie – orzecznictwo Komisji chroniło i Trybunału strasburskiego chroni cudzoziemców o nieuregulowanym statusie migracyjnym przed rozłączeniem z członkami rodzin przebywającymi w państwie przyjmującym. A jeżeli chroni, to jacy cudzoziemcy są najbardziej chronieni, a jacy najmniej – i dlaczego? Dokonanie przeglądu prawa międzynarodowego, orzecznictwa Komisji i ETPC oraz literatury rodzimej i anglojęzycznej w przedmiotowym zakresie powinno pozwolić na rekonstrukcję standardu prawa do łączenia rodzin w odniesieniu do omawianej kategorii cudzoziemców. Pozwoli również znaleźć odpowiedź na zasadnicze pytanie: kto, kiedy i pod jakimi warunkami ma prawo do połączenia z rodziną na terytorium państwa, którego nie jest obywatelem?

Artykuł podzielono na pięć części. Część pierwsza dotyczy wyjaśnienia pojęcia rodziny i życia rodzinnego w europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: „EKPC lub Konwencja”) i orzecznictwie

strasburskim – co uznać należy za niezbędną część artykułu z uwagi na jego tematykę. Część druga poświęcona jest wyjaśnieniu, że na poziomie Rady Europy brak jest regulacji prawnych dotyczących łączenia rodzin cudzoziemców, stosuje się więc tutaj orzecznictwo ETPC dotyczące art. 8 EKPC – ponadto zaś tego, że artykuł ten nie ma absolutnego, lecz jedynie względny charakter ochronny. Część trzecia i czwarta skupiają się na wskazaniu pierwszych spraw migracyjnych, które trafiły na wokandę strasburską i niejako przesądziły o niezbyt przychylnym dla rodzin imigrantów kształcie orzecznictwa Komisji – a później ETPC – w sprawach o łączenie rodzin. Część czwarta poświęcona jest analizie orzecznictwa Trybunału strasburskiego w zakresie uzyskania zgody na legalizację pobytu na terytorium państwa-strony Konwencji przez cudzoziemców o nieuregulowanym statusie migracyjnym.

Artykuł kończą wnioski stanowiące podsumowanie celu i tezy artykułu wraz z postulatami, w jakim kierunku powinno rozwijać się orzecznictwo strasburskie w przedmiotowym zakresie, by zapewnić szeroką ochronę cudzoziemcom chcącym się połączyć z rodziną.

Pojęcie rodziny i życia rodzinnego w europejskiej Konwencji praw człowieka i orzecznictwie strasburskim

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁶ – w przeciwieństwie do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. i Karty praw podstawowych UE – nie zawiera formuły uznającej rodzinę za podstawową i fundamentalną komórkę społeczną uprawnioną do ochrony ze strony państwa. Konwencja nie definiuje też pojęcia rodziny i życia rodzinnego, niemniej tym pojęciom poświęca artykuły 12 i 8. W myśl art. 12 Konwencji kobiety i mężczyźni w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Z przepisu tego wynika więc, że za rodzinę należy uważać jedynie związek kobiety i mężczyzny – oparty na zawartym formalnie małżeństwie – i narodzone w nim dzieci⁷. Co za tym idzie, na straży takiej interpretacji tego pojęcia stała Komisja Praw Człowieka, a obecnie stoi Europejski Trybunał Praw Człowieka. Postanowienie to chroni więc tylko tradycyjną rodzinę nuklearną, pozostawiając poza zakresem ochrony członków rodziny prowadzących wspólne życie rodzinne poza instytucją formalnego małżeństwa, a także innych członków rodziny, których łączą różnego rodzaju więzy rodzinne (np. dziadkowie – wnuki czy rodzeństwo, ciotki, stryjowie).

⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993 nr 61, poz. 284).

⁷ M. Szuniewicz, Łączenie rodzin cudzoziemców. Studium prawnomiędzynarodowe, Gdynia 2014, s. 36.

Idąc tą drogą wykładni, w wyroku w sprawie Marckx przeciwko Belgii⁸ Trybunał nie uznał więc za rodzinę – w rozumieniu art. 12 Konwencji – samotnej kobiety i jej dziecka⁹.

W związku z tym istotne znaczenie przy określaniu pojęcia rodziny ma art. 8 Konwencji, dotyczący prawa do poszanowania życia rodzinnego, i powstałe na jego bazie orzecznictwo Trybunału, w którym skonkretyzowano pojęcie życia rodzinnego. Stosownie do tego w sprawie Anayo przeciwko Niemcom¹⁰ Trybunał wskazał, że „(...) the notion of family life under Article 8 of the Convention is not confined to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* «family» ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is *ipso [i]ure* part of that «family» unit from the moment, and by the very fact, of the birth.” Należy przy tym podkreślić, że pojęcie życia rodzinnego jest trudne do zdefiniowania oraz że Trybunał postrzega je jako autonomiczną koncepcję, która musi być interpretowana dynamicznie i niezależnie od prawa krajowego¹¹. Art. 8 Konwencji, gwarantując prawo do poszanowania życia rodzinnego, zakłada przede wszystkim faktyczne istnienie rodziny – nie podając wyraźnej definicji omawianego pojęcia, a tym samym umożliwiając jego dynamiczną i elastyczną wykładnię zgodnie z wymogami czasów dzisiejszych¹². Istotę stanowiska prezentowanego przez Trybunał w tym przedmiocie można sprowadzić do tego, że odwołuje się do faktów – i dla istnienia poszanowania życia rodzinnego wymaga, aby „faktyczny stan rzeczy, biologiczny i społeczny brał górę nad domniemaniem prawnym¹³”. Pojęcie rodziny w rozumieniu art. 8 Konwencji nie ogranicza się więc do *nuclear family*, ale obejmuje swoim zasięgiem także inne osoby, np. dziadków czy wujostwo, jeżeli tylko Trybunał stwierdzi istnienie życia rodzinnego. Czy dana relacja międzyludzka zostanie uznana za mieszczącą się w ramach prawnie chronionego życia rodzinnego, zależy od tego, czy Trybunał uzna w danym przypadku istnienie bliskich i rzeczywistych więzi rodzinnych. Więzy te muszą być oceniane w każdym przypadku indywidualnie i muszą wykraczać poza normalne więzi emocjonalne¹⁴. M. Nowicki wskazuje, że przy ocenie, czy dany związek stanowi w tym sensie rodzinę, istotne może być wspólne zamieszkanie lub długość trwania związku.

⁸ ETPC, Marckx przeciwko Belgii, skarga nr 6833/74, wyrok z 13 czerwca 1979 r., par. 67, HUDOC.

⁹ M. Szuniewicz, Łączenie..., *ibid.*

¹⁰ ETPC, Anayo przeciwko Niemcom, skarga nr 20578/07, wyrok z 21 grudnia 2010 r., par. 55, Por. Keegan przeciwko Irlandii, skarga nr 16/1993/411/490, wyrok z 26 maja 1994 r., par. 44; L. przeciwko Holandii, skarga nr 45582/99, wyrok z 1 czerwca 2004 r., par. 35; Znamenskaya przeciwko Rosji, skarga nr 77785/01, wyrok z 2 czerwca 2005 r., par. 26, 2, HUDOC.

¹¹ M. Szuniewicz, Łączenie..., *ibid.*; P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Third Edition, Kluwer Law International 1998, s. 504.

¹² A. Szklanna, *Ochrona prawna cudzoziemca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 252; M. Szuniewicz, Łączenie..., s. 37.

¹³ M. Szuniewicz, Łączenie..., ss. 37–39. Por. też: Kroon i inni przeciwko Holandii, skarga nr 18535/91, wyrok z 27.10.1994 r., ser. A, nr 297 – C.

¹⁴ M. Szuniewicz, Łączenie..., ss. 37 i 38.

Autor ten podkreśla, że wyjątkowo inne okoliczności mogą wyznaczać istnienie życia rodzinnego. Podstawą takiej oceny może być stopień pokrewieństwa, charakter związku, łącznie z wzajemnym zainteresowaniem, przywiązaniem i zależnością¹⁵. Orzecznictwo Trybunału odnośnie do art. 8 wskazuje, że dla zaistnienia życia rodzinnego nie są wymagane ani prawnie sformalizowane więzi, ani wymóg prowadzenia wspólnego życia przez osoby zainteresowane – pod warunkiem że utrzymują one wzajemne regularne kontakty i istnieje pomiędzy nimi pewien stopień zależności¹⁶. Według L. Garlickiego w świetle art. 8 Konwencji ustalenie, czy poszczególne sytuacje faktyczne wynikłe na tle trwałych związków międzyludzkich mieszczą się w zakresie życia rodzinnego, zależy – w ostatecznym rachunku – od oceny faktów¹⁷. Jednakże, jak wskazuje się literaturze przedmiotu, ocena faktów może rodzić problem uznaniowości, bo trudno jest znaleźć w pełni zobiektywowane kryteria określające, co jest życiem rodzinnym, a co nie jest¹⁸. Przy czym więzi rodzinne muszą być zawsze postrzegane w zależności od kontekstu kulturowego, z którym ma się w danym przypadku do czynienia¹⁹. Na koniec warto również zwrócić uwagę na okoliczność, że w odniesieniu do cudzoziemców Trybunał co do zasady nie odbiega od definicji rodziny przyjmowanej w sprawach dotyczących skarżących obywateli państw-stron Konwencji²⁰.

Stosowanie art. 8 europejskiej Konwencji praw człowieka do cudzoziemców i względny charakter ochrony z niego wynikający

Podstawą prawną prawa cudzoziemca do ochrony rodziny jest art. 8 Konwencji. Zastosowanie tego artykułu dotyczyć może po pierwsze sytuacji, gdy cudzoziemiec przebywający legalnie na terytorium danego państwa-strony kwestionuje zasadność decyzji o odmowie zgody na wjazd na terytorium tego państwa swoich członków rodziny. Po drugie zaś na prawo do poszanowania życia rodzinnego wynikającego z art. 8 Konwencji mogą powoływać się cudzoziemcy, którzy chcą pozostać na terytorium państwa-strony Konwencji

¹⁵ M. Nowicki, Wokół europejskiej Konwencji praw człowieka, Komentarz do europejskiej Konwencji praw człowieka, Warszawa 2017, s. 689; por. Berrehab przeciwko Holandii, skargi nr 3/1987/126/177, 10730/84, wyrok z 28 maja 1988 r., par. 21; Abdulaziz, Cabales and Balkandali przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 9214/80, 9473/81, 9474/81, wyrok z 28 maja 1985 r., par. 62, HUDOC.

¹⁶ M. Szuniewicz, Łączenie..., s. 38.

¹⁷ L. Garlicki (red.), Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Warszawa 2010, s. 519.

¹⁸ M. Górski, Prawo..., s. 46.

¹⁹ M. Kmak, Ochrona cudzoziemców przed wydalaniem na podstawie art. 8 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, „Palestra” 2004, 9–10, s. 184; P. Van Dijk i G.J.H. Van Hoof, Theory..., s. 504.

²⁰ A. Szklanna, Ochrona..., s. 250.

– w sytuacji gdy grozi im wydalenie lub ekstradycja z tego terytorium – opierając się na argumente, że prowadziłoby to do rozłąki z członkami rodziny przebywającymi legalnie na terytorium danego państwa-strony²¹.

Ochrona prawa do poszanowania życia rodzinnego cudzoziemców obywateli się na podstawie tzw. koncepcji rykoszetu, gdyż ani EKPC, ani protokoły dodatkowe do niej nie zawierają *expressis verbis* prawa do połączenia rodziny ani zakazu deportacji (z wyjątkiem zakazu zbiorowej deportacji cudzoziemców wynikającego z art. 4 Protokołu nr 4 do Konwencji)²². Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim orzecznictwie wielokrotnie zwracał uwagę, że państwa-strony Konwencji – zgodnie z „well established principle of international law²³” – mają prawo do kontroli wjazdu, pobytu i wydalania cudzoziemców ze swojego terytorium. Jednak ograniczeniem ich suwerennej władzy w kwestiach migracyjnych jest artykuł 8 Konwencji. Państwa ratyfikujące Konwencję zobowiązały się ograniczyć tę władzę w ramach poszanowania Konwencji, której przestrzegania się podjęły. Każda decyzja migracyjna może bowiem godzić w prawa cudzoziemca zagwarantowane Konwencją²⁴. Dotyczyć to może zarówno decyzji o odmowie połączenia rodziny, jak i decyzji nakazującej wydalenie cudzoziemca. Jak wskazuje J. Celej, ochrona rykoszetowa znajduje oparcie w zobowiązaniu państw-stron Konwencji do zagwarantowania praw zawartych w Konwencji wszystkim osobom znajdującym się na ich terytorium. Autorka ta dalej podkreśla, że ochrona rykoszetowa pozwala na poszerzenie zakresu przedmiotowego Konwencji o dziedziny niebędące bezpośrednio przedmiotem jej regulacji i zapewnia minimum ochrony uprawnień cudzoziemców.

Prawo do poszanowania życia rodzinnego nie ma charakteru bezwzględnego. Zgodnie z ust. 2 art. 8 Konwencji może ono być ograniczane ze względu na klauzule limitacyjne w nim zawarte.

Alam i Khan przeciwko Wielkiej Brytanii oraz H.S przeciwko Wielkiej Brytanii

Sprawy Alam i Khan przeciwko Wielkiej Brytanii oraz H.S. przeciwko Wielkiej Brytanii były pierwszymi sprawami o połączenie z członkami rodziny przebywającymi poza terytorium państwa przyjmującego rozpatrywanymi przez Komisję. Na szczególną uwagę zasługują tu argumenty przedłożone

²¹ A. Szklanna, *Ochrona...*, s. 249.

²² J. Celej, *Prawo cudzoziemca do łączenia rodziny w świetle Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz prawa Unii Europejskie* [praca doktorska, nieopubl.], Warszawa 2010, s. 82.

²³ ETCP, Abdulaziz, Cabales, Balkalandi, par. 67; Chachal przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 22414/93, wyrok z 15.10.1996 r. par. 73–74, HUDOC.

²⁴ ETPC, Agee przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 7729/76, decyzja z 17.12.1976 r., HUDOC.

w skardze do Trybunału przez pełnomocnika skarżących A. Lestera oraz przez rząd brytyjski w odpowiedzi na skargę. Był to rok 1966, a więc czas, kiedy strasburska karta imigracyjna była jeszcze niezapisana, strony nie były związane wcześniejszym orzecznictwem Komisji i Trybunału w przedmiotowym zakresie i mogły swobodnie przedkładać argumenty na obronę swych racji²⁵. Podobnie organy strasburskie nie były związane wcześniejszym orzecznictwem i były wolne co do kierunku interpretacji Konwencji. Wynik sprawy był wówczas niewiadomą²⁶.

Pełnomocnik stron A. Lester argumentował, że pojęcie wolności wyboru miejsca zamieszkania rodziny jest nieodłącznie związane z zasadą poszanowania życia rodzinnego określoną w art. 8 ust. 1 i jest ograniczone jedynie w zakresie, w jakim jest to dozwolone na mocy art. 8 ust. 2 EKPC. Oznacza to, że państwo, które ratyfikuje Konwencję, powinno zgodzić się na ograniczenie swobody wykonywania swoich praw wynikających z ogólnego prawa międzynarodowego, aby dostosować się do obowiązków nałożonych na nie przez Konwencję. Państwo takie musi zatem korzystać ze swoich praw do kontrolowania imigracji na swoim terytorium w sposób nienaruszający art. 8. Zdaniem A. Lestera przy takiej interpretacji tego przepisu władze brytyjskie powinny zatem zezwolić na połączenie skarżących z członkami rodziny, jeżeli nie zachodzą wyjątki określone w art. 8 ust. 2 EKPC²⁷.

Z kolei rząd brytyjski stał na stanowisku, że zgodnie z prawem międzynarodowym Wielka Brytania ma prawo do niewpuszczania na swoje terytorium osób, które nie są jej obywatelami. Zdaniem rządu brytyjskiego, jeżeli państwa-strony Konwencji, przystępując do niej, miałyby na celu ograniczenie prawa do kontroli migracji, to uczyniłyby to w sposób wyraźny. Rząd brytyjski podkreślił, że Konwencja jednak nie zawiera żadnego odniesienia do kwestii migracji. Oznacza to, że niemożliwe jest zatem wyprowadzenie z art. 8 prawa do wjazdu – niezależnie od prawa danego państwa. Artykuł 8 tak naprawdę bowiem oznacza, że w ramach jurysdykcji każdego państwa rodziny nie mogą być zmuszane do separacji. W każdym razie w żadnym przypadku przepis ten nie oznacza obowiązku przyjęcia na terytorium Wielkiej Brytanii członków rodziny skarżących. Rząd brytyjski zaznaczył, że skarżący dobrowolnie opuścili rodziny, godząc się na zakłócenie życia rodzinnego – i nie jest rolą artykułu 8 zaradzenie takim sytuacjom. Rozłąka rodziny nastąpiła bowiem z ich inicjatywy, a nie z powodu przepisów imigracyjnych²⁸.

Komisja uznała słuszność argumentów rządu brytyjskiego, które później w nieco zmodyfikowanej wersji stały się podstawowymi zasadami interpretacyjnymi Konwencji przy orzekaniu w sprawach migracyjnych. Prawo państw

²⁵ M. Dembour, *When Human...*, s. 101.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ M. Dembour, *When Human...*, ss. 103 i 104.

²⁸ M. Dembour, *When Human...*, ss. 104 i 105

do kontroli migracji zwyciężyło zatem nad prawami człowieka i stało się zasadą, a prawa człowieka wyjątkiem od tej zasady – choć powinno być akurat odwrotnie, gdyż bądź co bądź system konwencyjny został pomyślany jako narzędzie mające chronić jednostki przed arbitralnym działaniem państwa²⁹.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, wciąż trwał wtedy proces przystępowania państw do Konwencji i akceptacji przez państwa mechanizmu skargowego, Komisja nie chciała więc – przez zbyt rygorystyczną interpretację Konwencji – zrażać do systemu konwencyjnego państw, które dopiero co przystąpiły do Konwencji lub mają zamiar przystąpić³⁰.

ABC

Przez 25 lat istnienia Trybunał pozostawał głuchy na głosy cudzoziemskich rodzin wołających o połączenie z rodziną. Dopiero w 1985 roku zapadł pierwszy wyrok Trybunału w sprawie łączenia rodzin cudzoziemców. Była to sprawa Abdulaziz, Cabales i Balkandali przeciwko Wielkiej Brytanii³¹. Orzeczenie to wypracowało główne – i niezbyt przychylne dla łączenia rodzin cudzoziemców – zasady interpretacyjne Konwencji, stosowane przez Trybunał do dziś w sprawach migracyjnych³².

Pierwsza zasada dotyczy tego, że to, czy na państwie ciąży obowiązek wpuszczenia migranta na swoje terytorium, zależy od okoliczności, w jakiej znajdują się osoby zainteresowane. Druga natomiast dotyczy uznania prawa państw do decydowania o wjeździe i pobycie członków rodzin cudzoziemców rezydujących na ich terytoriach jako zasady wynikającej z „well established principle of international law”. Zatem oznacza to, że Trybunał za dodatkowy cel prawowity uprawniający do ingerencji w prawo do poszanowania życia rodzinnego, oprócz tych wymienionych w art. 8 ust. 2 Konwencji, uznał prawo państw do kontroli migracji³³. Jak jednak wskazuje się w doktrynie, kwestia ta jest co najmniej dyskusyjna. Zdaniem T. Spijkerboera, gdy analizuje się wyroki Trybunału w sprawie łączenia rodzin, można zauważyć, że: „the Convention does not guarantee States’ rights to control immigration but individual rights of persons within the jurisdiction of States³⁴”. B. Schotel z kolei wskazuje, że zasada ta jest problematyczna z punktu widzenia teorii prawa. Podkreśla on,

²⁹ M. Dembour, *When Human...*, ss. 106 i 107.

³⁰ *Ibid.*, s. 107.

³¹ ETPC, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali przeciwko Wielkiej Brytanii*.

³² J. Bhaba, S. Schutter, *Women’s Movement: Women under Immigration, Nationality and Refugee Law*, Trentham Books, 1994, s. 73; M. Dembour, *When Human...*, s. 97.

³³ M. Górski, *Prawo...*, s. 107.

³⁴ *Ibid.* Zob. szerzej: T. Spijkerboer, *Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion*, „European Journal of Migration and Law” 2009, 11, s. 286.

że w państwie prawa władza nie może być nieograniczona i zawsze musi mieć cel. Władze państwowe powinny więc zawsze uzasadnić powody odmowy wjazdu cudzoziemca na swoje terytorium, a jeśli nie są w stanie tego zrobić, to migrant powinien być dopuszczony na terytorium państwa³⁵. Jak wskazuje M. Dembour: gdyby Trybunał rozumował sposobem myślenia Schotela, to punktem startowym orzeczenia Abdulaziz, Cabales i Balkandali i dalszych orzeczeń w sprawach migracyjnych byłoby prawo cudzoziemca do połączenia rodziny, a prawo to może być ograniczone tylko ze względu na prawowite cele ustanowione w art. 8 ust. 2 Konwencji, które jednocześnie wyznaczają interesy państw. Tymczasem punktem startowym strasburskiego orzecznictwa w sprawach migracyjnych jest zawsze prawo państwa do kontroli migracji³⁶.

W dalszej części orzeczenia Trybunał sformułował trzecią zasadę – mówiącą o tym, że art. 8 Konwencji nie statuuje generalnego obowiązku dla państw-stron Konwencji do poszanowania wyboru miejsca zamieszkania małżonków, szczególnie jeśli nie istnieją poważne przeszkody do prowadzenia życia rodzinnego gdzie indziej (*elsewhere test*)³⁷. Było to powtórzenie tego, co Komisja postanowiła we wcześniejszych decyzjach. Co istotne, zasada ta – łącznie z dwiema wskazanymi powyżej – do dziś bywa przywoływana z pewnymi uzupełnieniami w orzecznictwie Trybunału i jak trafnie wskazała M. Dembour „set the tone for Strasbourg migrant case law”³⁸.

Łączenie rodzin cudzoziemców o nieuregulowanym statusie imigracyjnym w świetle orzecznictwa Komisji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Przedstawione powyżej sprawy dotyczyły tzw. klasycznego prawa do łączenia rodzin (*family reunification*), to jest sytuacji, gdy osoba zamieszkująca legalnie w kraju przyjmującym lub posiadająca jego obywatelstwo wносиła o zgodę na wjazd i pobyt innych członków rodziny. Oprócz powyższego dorobek orzecznicy ETPC obejmuje sprawy, w których cudzoziemiec przebywający już w państwie-stronie Konwencji wbrew przepisom lub na podstawie „tymczasowego” zezwolenia na pobyt kontynuuje lub rozpoczął życie rodzinne w trakcie swojego pobytu i na tej podstawie wnosił o legalizację pobytu. Trybunał co do zasady rozpatruje te sprawy jako siódmy, pozakonwencyjny „cel prawowity” – jakim jest wspomniane już prawo państw do kontroli migracji. Zaprezentowana powyżej analiza linii orzeczniczej ETPC pokazała,

³⁵ B. Schotel, *On the Right of Exclusion, Law, Ethics and Immigration Policy*, Abingdon, Routledge 2012, ss. 1-7.

³⁶ M. Dembour, *When Human...*, ss. 117-119; M. Górski, *Prawo...*, s. 107.

³⁷ ETPC, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali*, par. 68.

³⁸ M. Dembour, *When Human...*, s. 120.

że państwo nie ma obowiązku udzielenia zgody na wjazd członkowi rodziny cudzoziemca przebywającego w kraju przyjmującym, jeżeli nie zostanie wykazane, że rodzina nie ma możliwości prowadzenia życia rodzinnego gdzie indziej. Zbliżone stanowisko Trybunał przyjął także w przypadku, gdy cudzoziemcy, którzy chcieli dołączyć do członka rodziny będącego rezydentem lub obywatelem kraju goszczącego, przebywali już wbrew przepisom lub na podstawie „tymczasowego” zezwolenia na pobyt na jego terytorium. W tego typu sprawach ETPC nieugięcie stoi na stanowisku, że do spraw osób o nieuregulowanym statusie imigracyjnym stosuje się zasadę, że cudzoziemcy, których pobyt na terytorium państwa przyjmującego jest niepewny, mogą korzystać z gwarancji art. 8 Konwencji tylko w szczególnych okolicznościach³⁹. Co do zasady więc cudzoziemiec, którego pobyt na terytorium państwa przyjmującego jest nieuregulowany, nie powinien się spodziewać, że okoliczność ta zagwarantuje mu zezwolenie pobytowe.

Cudzoziemcy o nieuregulowanym statusie migracyjnym, którzy nie mogą korzystać z ochrony rykoszetowej wynikającej z art. 8 EKPC

Ta część artykułu poświęcona zostanie omówieniu sytuacji cudzoziemców o nieuregulowanym statusie migracyjnym, którzy nie mogą, zdaniem Komisji i Trybunału, korzystać z ochrony rykoszetowej wynikającej z art. 8 Konwencji w przypadku odmowy legalizacji pobytu ze względów rodzinnych w państwie przyjmującym.

Analiza dorobku orzeczniczego Komisji pokazuje, że z gwarancji art. 8 Konwencji nie mogą korzystać rodzice, którzy wbrew przepisom migracyjnym przebywali na terytorium państwa przyjmującego i których dzieci mają obywatelstwo państwa przyjmującego.

Nie sposób nie zacząć od sprawy Sorabjee przeciwko Wielkiej Brytanii⁴⁰. W 1989 r. S., obywatelka Kenii, wyszła za mąż za obywatela Wielkiej Brytanii. Przed tym faktem S. wjechała do Wielkiej Brytanii na podstawie wiza turystycznej. W 1991 r. władze brytyjskie odkryły, że S. przebywa w Wielkiej Brytanii wbrew przepisom migracyjnym i w związku z tym wydano wobec niej nakaz deportacji. Tymczasem – w 1992 r. – parze urodziła się córka, skarżąca w tej sprawie, która nabyła obywatelstwo brytyjskie. Wkrótce potem para się rozwiódła. S. złożyła później wniosek o status uchodźcy, który jednak nie został rozpatrzony pozytywnie. W efekcie powyższego S. wraz z córką została

³⁹ ETPC, Jeunesse przeciwko Holandii, skarga nr 12738/10, wyrok z 3.11.2014 r. HUDOC, par. 108 i przytoczone tam orzeczenia.

⁴⁰ EKPC, Sorabjee przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 23938/94, decyzja z 23.11.1995 r., HUDOC.

wydalona do Kenii⁴¹. W postępowaniu przed Komisją skarżąca zarzucała władzom brytyjskim m.in. naruszenie art. 8 Konwencji. Komisja uznała skargę większością głosów za niedopuszczalną. Za takim stanem rzeczy przemawiał przede wszystkim fakt, że matka skarżącej założyła rodzinę w Wielkiej Brytanii, przebywając tam jednak bez zezwolenia na pobyt. Zgodnie zaś z orzecznictwem Komisji – i później także Trybunału – migranci, którzy zakładają rodziny w niepewnej sytuacji imigracyjnej, mogą liczyć na ochronę art. 8 Konwencji tylko wtedy, gdy zachodzą szczególne okoliczności⁴². W tym przypadku Komisja żadnych szczególnych okoliczności się nie dopatrzyła. Ponadto S., przebywając w Wielkiej Brytanii, dokonała drobnych kradzieży. W odniesieniu do zarzutów skarżącej, że nie będzie mogła korzystać z dobrodziejstw obywatelstwa brytyjskiego, Komisja stwierdziła, że zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą art. 8 Konwencji nie chroni dzieci migrantów o nieuregulowanym statusie migracyjnym przed wydaleniem, nawet jeśli mają obywatelstwo brytyjskie. W takich przypadkach zwykle oczekuje się, by dzieci podążały z rodzicami do ich krajów pochodzenia. Komisja dodała, że dziewczynka jest małoletnia, jest więc w wieku adaptacyjnym i tym samym nie powinna mieć problemów z aklimatyzacją w Kenii. Jeśli zaś chodzi o stosunki z ojcem, Komisja ustaliła, że są one znikome, nie zachodzi tu więc prawdopodobieństwo naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego. Poza tym ojciec i córka zawsze mogą się odwiedzać⁴³. W związku z tym Komisja uznała, że skarżąca wraz z matką bez przeszkód może prowadzić życie rodzinne w Kenii.

Z kolei w sprawie Ama Poku i inni przeciwko Wielkiej Brytanii⁴⁴ skarżąca, przebywająca w Wielkiej Brytanii wbrew przepisom migracyjnym, była matką trójki dzieci urodzonych w tym kraju. Dzieci pochodziły z dwóch różnych związków. Ojcem drugiego i trzeciego dziecka był obywatel Ghany, z którym skarżąca wzięła później ślub, a który miał z kolei częste kontakty z nastoletnim dzieckiem pochodzącym ze swego pierwszego małżeństwa. Wszystkie dzieci miały obywatelstwo brytyjskie, mąż skarżącej miał prawo pobytu stałego na terenie Wielkiej Brytanii⁴⁵. I w tym przypadku Komisja uznała skargę za niedopuszczalną, mimo że wyjazd matki z kraju goszczącego spowodowałby także konieczność wyjazdu trójki jej dzieci – obywateli brytyjskich. Dodatkowym skutkiem byłoby zerwanie więzi pomiędzy pierwszym dzieckiem a jego ojcem, obywatelem brytyjskim, oraz pomiędzy mężem skarżącej a jego dzieckiem pochodzącym z pierwszego małżeństwa. W uzasadnieniu decyzji podkreślono, że zainteresowane osoby powinny mieć świadomość niepewnej sytuacji pobytowej skarżącej i nie powinny z tego powodu oczekiwać legalizacji pobytu⁴⁶.

⁴¹ Ibid., ss. 1–3.

⁴² ETPC, Jeunesse przeciwko Holandii, skarga nr 12738/10, par. 108.

⁴³ EKPC, Sorabjee przeciwko Wielkiej Brytanii, ss. 3–6.

⁴⁴ EKPC, Ama Poku i inni przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 26985/95, decyzja z 15.05.1996 r., HUDOC.

⁴⁵ Ibid., ss. 1–3.

⁴⁶ M. Górski, Prawo..., s. 138.

Jak pokazuje analiza orzecznictwa Trybunału, z dobrodziejstw art. 8 Konwencji nie mogą korzystać rodzice, którzy mają uregulowany status imigracyjny w państwie przyjmującym, ale ich dzieci mają nieuregulowany status migracyjny.

W sprawie I.M. przeciwko Holandii⁴⁷ skarżąca, obywatelka Wysp Zielonego Przylądka – dalej WZP – przyjechała do Holandii w 1986 roku. Wskutek małżeństwa z obywatelem Holandii w 1991 r. nabyła obywatelstwo holenderskie. Z małżeństwa narodził się syn, który nabył obywatelstwo holenderskie. Niedługo potem para się rozwiódła. W 1993 r. skarżąca poczyniła kroki, by sprowadzić do Holandii siedmioletnią córkę z poprzedniego związku, która dotychczas znajdowała się pod opieką dziadków w kraju pochodzenia skarżącej. Dziadkom pogorszył się stan zdrowia, nie mogli więc już dłużej opiekować się wnuczką. Skarżąca dotychczas nie wnosiła o sprowadzenie córki do Holandii, gdyż było to sprzeczne w wolą holenderskiego męża⁴⁸. Władze holenderskie odmówiły wyrażenia zgody na wjazd córki – argumentując, że nie leży to w interesie rządu holenderskiego oraz że nie ma przeszkód, by skarżąca wraz z córką prowadziła życie rodzinne w kraju pochodzenia. Po odmowie skarżąca sprowadziła córkę do Holandii i ta mieszkała tam kilka lat bez zezwolenia na pobyt⁴⁹. Trybunał stwierdził niedopuszczalność skargi – uznając, że Konwencja nie gwarantuje prawa do wyboru najbardziej odpowiedniego miejsca zamieszkania dla rodziny i że skarżąca wraz z dziećmi może prowadzić życie rodzinne na WZP. Dla Trybunału bez znaczenia okazał się fakt, że skarżąca ma syna z obywatelstwem holenderskim, który utrzymuje regularne stosunki z ojcem. Trybunał postawił skarżącą przed okrutnym wyborem: albo zostać w Holandii, opiekować się synem i zapewnić mu kontakt z ojcem, albo wrócić na WZP i opiekować się córką. Odnosząc się do faktu nieuregulowanego pobytu córki skarżącej w Holandii, Trybunał uznał natomiast, że okoliczność ta nie tworzy po stronie państwa holenderskiego obowiązku wyrażenia zgody na pobyt córki skarżącej⁵⁰.

Trybunał uznał za niedopuszczalną również skargę w sprawie Chandra przeciwko Holandii⁵¹. Skarżącymi w sprawie byli matka i czwórka dzieci, obywatele Indonezji. W 1992 r. skarżąca rozwiódła się z ojcem dzieci i – pozostawiając je pod opieką ojca w Indonezji – wyjechała do Holandii, gdzie wyszła za mąż za obywatela Holandii. Najpierw przyznano jej zezwolenie na pobyt stały w Holandii, a później obywatelstwo holenderskie. Wkrótce potem para się rozwiódła. W marcu 1997 r. dzieci odwiedziły matkę w Holandii na postawie trzymiesięcznej wizy. Niedługo potem matka złożyła wniosek o połączenie z dziećmi na terytorium Holandii. Władze holenderskie wniosek odrzuciły,

⁴⁷ ETPC, I.M. przeciwko Holandii, skarga nr 41226/98, decyzja z 25.03.2003 r., HUDOC.

⁴⁸ Ibid., par. 2–3.

⁴⁹ Ibid., par. 2–6.

⁵⁰ Ibid., par. 7–9.

⁵¹ ETPC, Chandra przeciwko Holandii, skarga nr 53102/99, decyzja z 12.05.2003 r., HUDOC.

twierdząc, że z powodu zbyt długiej rozłąki więzi pomiędzy matką i dziećmi zanikły oraz że skarżąca nie posiadała odpowiednich środków finansowych na utrzymanie dzieci w Holandii. Zdaniem władz holenderskich skarżąca może bez przeszkód prowadzić życie rodzinne w Indonezji. Co istotne, przez okres procedury odwoławczej dzieci pozostawały na terytorium Holandii⁵². Trybunał przyznał rację rządowi holenderskiemu – potwierdzając, że nie widzi przeszkód, by rodzina kontynuowała życie rodzinne w Indonezji. Trybunał wskazał, że dzieci mają silne więzy z Indonezją, bo spędziły tam większość życia, z Holandią natomiast są one nikłe. Trybunał odniósł się również do faktu związanego z pobytem dzieci w Holandii, stwierdzając, że ten pobyt w żaden sposób nie upoważnia ich do oczekiwania, że postawienie władz holenderskich przed faktem dokonany (*fait accompli*) w postaci nieuregulowanego pobytu na terytorium Holandii ułatwi im uzyskanie pozwolenia na pobyt stały⁵³.

Sprawa Latifa Benamar i inni przeciwko Holandii⁵⁴, orzeczona dwa lata po sprawie Chandra przeciwko Holandii, zasadniczo jest do niej podobna, ale różni się dwoma szczegółami. Gdyby Trybunał wziął je pod uwagę, to powinien orzec o dopuszczalności skargi. Skarżącymi w sprawie są matka i czwórka dzieci. Do 1988 roku skarżąca, pani Boudhan, mieszkała wraz mężem i czwórką dzieci w Maroku. Po rozwodzie, zostawiwszy dzieci pod opieką ojca, przeprowadziła się do Holandii. Tam wyszła za mąż za innego Marokańczyka, mającego zezwolenie na pobyt stały. Wkrótce skarżąca uzyskała takie samo zezwolenie. W 1997 roku zmarł ojciec dzieci, pan Benamar. Skarżąca udała się wtedy do Maroka i stamtąd przewiozła dzieci – wbrew przepisom migracyjnym – do Holandii. Wkrótce potem skarżąca wniosła o zezwolenie na pobyt dzieci z powodów rodzinnych. Władze odmówiły wydania takiego zezwolenia m.in. dlatego, że dzieci wjechały do Holandii bez zezwolenia, skarżąca nie miała wystarczających środków na ich utrzymanie oraz że – zdaniem władz – z powodu zbyt długiej rozłąki więzy rodzinne pomiędzy matką a dziećmi ustały. Skarżący przeszli krajową procedurę odwoławczą, lecz bez powodzenia⁵⁵. Trybunał uznał skargę za niedopuszczalną. Zdaniem Trybunału nie było żadnych przeszkód nie do pokonania, które uniemożliwiałyby rodzinie powrót do Maroka i kontynuowanie tam życia rodzinnego. Według Trybunału, podobnie jak w sprawie Chandra przeciwko Holandii, dzieci miały zdecydowanie silniejsze więzy z Marokiem niż z Holandią. W odniesieniu do braku zezwolenia na wjazd dzieci do Holandii i pobytu tam podczas procedury odwoławczej Trybunał – podobnie jak w sprawie Chandra – stwierdził, że pobyt ten w żaden sposób nie upoważnia skarżących do oczekiwania, że postawienie

⁵² Ibid., cz. A.

⁵³ Ibid., cz. B.

⁵⁴ ETPC, Latifa Benamar i inni przeciwko Holandii, skarga nr 43786/04, decyzja z 5.04.2005 r., HUDOC.

⁵⁵ Ibid., cz. A.

władz holenderskich przed faktem dokonanym (*fait accompli*) w postaci pobytu na terytorium Holandii umożliwi im uzyskanie pozwolenia na pobyt stały. Analiza sprawy pokazuje jednak, że Trybunał nie wziął pod uwagę dwóch okoliczności, które mogłyby przemawiać za uznaniem skargi za dopuszczalną. Mianowicie tego, że skarżąca sprowadziła dzieci do Holandii dlatego, że zmarł ich ojciec oraz że w Holandii rezydowali jej rodzice i rodzeństwo⁵⁶. Skutkiem powyższego dziećmi w Maroku nie miał kto się opiekować.

Gwarancjami art. 8 Konwencji co do zasady nie są objęte również przypadki, gdy rodzice o uregulowanym lub nieuregulowanym statusie migracyjnym przebywający na terytorium państwa przyjmującego posiadają to samo obywatelstwo, a dzieci mają nieuregulowany status imigracyjny. W takich sytuacjach Trybunał również zaleca powrót do kraju ojczystego.

Najlepszym tego przykładem jest sprawa *Berisha przeciwko Szwajcarii*⁵⁷. W tej sprawie Trybunał stwierdził, że odmowa wydania zezwolenia na pobyt dla trójki dzieci skarżących nie stanowi naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego. Dzieci urodziły się w Kosowie i wjechały bez zezwolenia do Szwajcarii. Następnie rodzice wnosili o wydanie zgody na pobyt dla dzieci. Wniosek został odrzucony. Skarżący oprócz tego mieli jeszcze jedno dziecko, które urodziło się w Szwajcarii. Ojciec miał w Szwajcarii zezwolenie na pobyt stały i mieszkał tam od piętnastu lat, matka natomiast od sześciu lat – i miała takie samo zezwolenie na pobyt. Trójka dzieci przebywała wbrew przepisom w Szwajcarii mniej więcej od trzech lat⁵⁸. Trybunał tradycyjnie stwierdził, że w przypadku nieuregulowanego pobytu cudzoziemcy tylko w wyjątkowych okolicznościach mogą liczyć na ochronę art. 8 Konwencji. W tym przypadku, zdaniem Trybunału, takie okoliczności jednak nie zachodziły. Za istotną okoliczność przemawiającą za przyznaniem racji argumentom rządu holenderskiego Trybunał uznał to, że rodzice świadomie opuścili kraj pochodzenia – i nie ma przeszkód, by wrócili do Kosowa. Kolejną istotną okolicznością było to, że dzieci spędziły większość życia w Kosowie, są więc z tym państwem związane językowo i kulturowo. Związki ze Szwajcarią były zaś zdecydowanie słabsze⁵⁹. Jak słusznie zauważyli w odrębnych opiniach sędziowie Jočiené i Karakaş, Trybunał w ogóle w tej sprawie nie wziął pod uwagę interesu dzieci. Po pierwsze interesu dziecka urodzonego na terytorium Szwajcarii, które było w pełni z tym państwem zintegrowane i żadnych więzi z Kosowem nie miało. Po drugie nie wziął pod uwagę interesu dzieci, które przyjechały do Szwajcarii i bardzo dobrze zintegrowały się z tym państwem, o czym świadczyły choćby dobre oceny w szkole⁶⁰.

⁵⁶ *Ibid.*, cz. B.

⁵⁷ ETPC, *Berisha przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 948/13, wyrok z 30.07.2013 r., HUDOC.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 7–30.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 52–62.

⁶⁰ *Ibid.*, zdanie odrębne sędziów Jočiené i Karakaşa.

Na uwagę zasługuje również sprawa Yash Priya przeciwko Danii⁶¹. Trybunał uznał skargę za niedopuszczalną. Skarżąca przejechała do Danii w 1999 roku na postawie dwudziestodniowej wizy turystycznej. Po mniej więcej dwóch miesiącach pobytu na terenie Danii wyszła za mąż za obywatela Indii, który w 1997 r. dzięki małżeństwu z obywatelką Danii uzyskał zezwolenie na pobyt stały. Wkrótce potem para rozwiódła się. W 1999 r. mąż skarżącej złożył wniosek o połączenie rodziny. Wniosek odrzucono. Zgodnie z duńskim prawem osoby, które nie są rdzennymi obywatelami duńskimi lub uchodźcami, mogą ubiegać się o łączenie rodziny po upływie trzech lat od uzyskania zezwolenia na pobyt stały. Wskutek powyższego skarżąca opuściła Danię. Wkrótce w Indiach parze urodziło się dziecko. W 2000 r. skarżąca wraz z dzieckiem wróciła do Danii i ponownie wniosła o pozwolenie na pobyt ze względów rodzinnych. Wniosek został znów odrzucony, gdyż małżonkowie nie byli w stanie udowodnić, że mają silniejsze więzy z Danią niż z krajem pochodzenia. Co istotne, dziecku przyznano zezwolenie na pobyt tymczasowy do czasu ukończenia osiemnastego roku życia. Zaraz potem parze urodziło się drugie dziecko i – podobnie jak pierwszemu – władze przyznały tymczasowe zezwolenie na pobyt na tych samych zasadach. Wkrótce władze duńskie odkryły, że skarżąca przebywa wbrew przepisom migracyjnym na terytorium Danii. W związku z tym została poproszona o opuszczenie Danii. Skarżąca zgodziła się. Po pewnym czasie jednak władze duńskie zostały poinformowane, że para jest w separacji i zamierza się rozwieść. Małżonkowie podzielili się obowiązkami związanymi z opieką nad dziećmi. Dlatego właśnie skarżąca ponownie wniosła o zezwolenie na pobyt – aby móc opiekować się dziećmi. Wniosek został kolejny raz odrzucony⁶². Trybunał w decyzji tradycyjnie powtórzył zasadę, że w sytuacji nieuregulowanego pobytu z dobrodziejstw art. 8 Konwencji cudzoziemcy korzystać mogą tylko wyjątkowo. W tym przypadku Trybunał żadnych szczególnych okoliczności się jednak nie dopatrył. Istotną rolę w podjęciu takiej decyzji miał fakt, że Trybunał powziął wiadomość, że para celowo się rozstała, aby zwiększyć szanse na legalizację pobytu skarżącej. Zgodnie z orzecnictwem strasburskim Trybunał w takich wypadkach z reguły orzeka o pogwałceniu prawa do poszanowania życia rodzinnego, o czym szerzej w dalszej części artykułu⁶³. Ostatecznie Trybunał stwierdził, że małżeństwo może prowadzić życie rodzinne na terytorium Indii i że nie ma żadnych innych przeszkód w powrocie tam. Dzieci są w wieku adaptacyjnym, zatem nie powinny mieć problemów z zaaklimatyzowaniem się w ojczyźnie rodziców⁶⁴.

⁶¹ ETPC, Yash Priya.

⁶² Ibid., cz. A.

⁶³ Por. opisane poniżej sprawy: ETPC, Rodriguez da Silva and Hoogkamer przeciwko Holandii, skarga nr 50435/99, wyrok z 31.01.2006 r.; Nunez przeciwko Norwegii, skarga nr 55597/09, wyrok z 28.06.2011 r., HUDOC.

⁶⁴ Ibid., cz. B.

Konwencja nie gwarantuje prawa do poszanowania życia rodzinnego również cudzoziemcom, których żony i dzieci mają zezwolenie na stały pobyt lub obywatelstwo państwa przyjmującego, a mężowie zezwolenie na pobyt tymczasowy (nietrwały), co było przedmiotem orzekania Trybunału w dwóch sprawach: Useinow przeciwko Holandii i Omoregie przeciwko Norwegii.

Pan Useinow⁶⁵, obywatel Macedonii, przybył do Holandii w 1992 roku i wniósł o status uchodźcy. W 1994 r. wniosek został odrzucony jako niezasadny. Po zakończeniu procedury azylowej skarżący nie opuścił Holandii ani nie został z niej wydalony. W trakcie ubiegania się o status uchodźcy, w 1993 r., skarżący związał się z obywatelką Holandii. Parze urodziła się dwójka dzieci. W związku z powyższym skarżący wniósł o udzielenie zezwolenia na pobyt humanitarny, by móc prowadzić życie rodzinne z partnerką i dziećmi. Wniosek ten został również odrzucony przez władze holenderskie. Sprawa znalazła się na wokandzie strasburskiej⁶⁶. Trybunał uznał, że co prawda procedury azylowa i o udzielenie pobytu humanitarnego trwały około pięciu lat i *de facto* skarżący przebywał długo na terytorium Holandii, nie jest to jednak równoznaczne z sytuacją, gdy władze udzielają zezwolenia na pobyt. Dlatego też pobyt skarżącego na terytorium Holandii Trybunał uznał za nieuregulowany. ETPC dokonał przy okazji rozróżnienia, porównując tę przedmiotową ze sprawą Berrehab przeciwko Holandii – i twierdząc, że w tamtym przypadku uznał ingerencję za nieuzasadnioną dlatego, że w przeciwieństwie do pana Useinowa pan Berrehab przebywał na terytorium Holandii zgodnie z przepisami migracyjnymi⁶⁷. Ostatecznie więc Trybunał nie dopatrył się żadnych szczególnych okoliczności mogących naruszać art. 8 Konwencji i uznał, że para może prowadzić życie rodzinne w Macedonii. Co prawda żona Holenderka może napotkać pewne trudności w aklimatyzacji w Macedonii, ale zdaniem Trybunału są to przeszkody do pokonania. Podobnie, zdaniem Trybunału, rzecz się ma z dziećmi, które miały obywatelstwo holenderskie. Na koniec Trybunał wyraził opinię, że jeśli ten wariant zawiedzie, to rodzina może zawsze odwiedzać się w Macedonii, gdyż dystans pomiędzy tymi dwoma krajami nie jest duży⁶⁸.

Daren Omoregie⁶⁹ przybył do Norwegii w 2001 roku i wniósł o status uchodźcy. Tego samego roku poznał obywatelkę Norwegii, z którą zaczął się spotykać. Wniosek o status uchodźcy został odrzucony i skarżący został zobowiązany do opuszczenia Norwegii. Nie uczynił tego. Podczas nieuregulowanego pobytu skarżącego w Norwegii, w 2003 r., para się pobrała. Skarżący w związku z tym wniósł o legalizację pobytu z powodów rodzinnych. Wniosek odrzucono i skarżący ponownie został zobowiązany do opuszczenia Norwegii.

⁶⁵ ETPC, Kazim Useinow przeciwko Holandii, skarga nr 61292/00, decyzja z 11.04.2006 r., HUDOC.

⁶⁶ Ibid., cz. A.

⁶⁷ ETPC, Berrehab przeciwko Holandii, skarga nr 10730/84, wyrok z 22.06.1988, HUDOC.

⁶⁸ Ibid., cz. B.

⁶⁹ ETPC, Darren Omoregie przeciwko Norwegii, skarga nr 265/07, wyrok z 31.07.2008 r., HUDOC.

W 2006 r. parze urodziła się córka Selma. W 2007 r. skarżący został wydalony do Nigerii⁷⁰. Trybunał uznał, że władze norweskie nie naruszyły prawa do poszanowania życia rodzinnego. Jak we wszystkich tego typu sprawach, Trybunał tradycyjnie wskazał, że skarżący założył rodzinę, gdy miał wciąż niepewny status migracyjny – w związku z czym nie miał więc prawa oczekiwać, że jego pobyt zostanie zalegalizowany⁷¹. Trybunał przypomniał, że małżonkowie będący obywatelami Norwegii mają legalizowane pobyty tylko wtedy, gdy przebywają na terytorium państwa legalnie⁷². Trybunał doszedł również do wniosku, że skarżący ma bardzo silne więzi z Nigerią, bo tam się wychował, natomiast z Norwegią łączy go tylko więzi rodzinne⁷³. W konsekwencji Trybunał doszedł do wniosku, że rodzina może kontynuować życie rodzinne w Nigerii. Co prawda małżonka może napotkać pewne trudności w asymilacji, ale nie są to przeszkody nie do pokonania, tym bardziej że językiem oficjalnym Nigerii jest język angielski. W przeciwnym razie może zawsze – razem z ich wspólnym dzieckiem – odwiedzać męża⁷⁴. Orzeczenie to zostało skrytykowane przez Betty de Hart, która podkreślała, że Trybunał przywiązywał w nim zbyt małą wagę do więzi matki i dziecka z Norwegią⁷⁵. Zatem – jak w poprzednich przypadkach – również i tu sam „fakt dokonany”, że rodzina mieszkała kilka lat razem w kraju przyjmującym, nie uprawniał skarżących do oczekiwania, że na tej podstawie będą oni uprawnieni do zalegalizowania pobytu.

Konwencja co do zasady nie gwarantuje również ochrony cudzoziemcom o nieuregulowanym statusie, którzy weszli w konflikt z prawem.

Na uwagę zasługuje sprawa Arvello Aponte przeciwko Holandii⁷⁶. Skarżąca jest obywatelką Wenezueli. W latach 1996–1997 odbywała w Niemczech karę pozbawienia wolności za przemyt narkotyków. Po odbyciu kary została z Niemiec wydalona, jednak władze niemieckie nie nałożyły na skarżącą zakazu wjazdu. W 2000 r. skarżąca przebywała turystycznie w Holandii, gdzie poznała swojego przyszłego partnera, obywatela Holandii. W związku z tym uzyskała zezwolenie na tymczasowy pobyt w Holandii. Wkrótce potem skarżąca złożyła dokumenty o udzielenie zezwolenia na pobyt stały. Władze holenderskie tego zezwolenia skarżącej odmówiły, gdyż podczas starania się o pobyt tymczasowy ukryła fakt uprzedniej karalności. Zobowiązano ją wówczas do opuszczenia terytorium Holandii i zakazano wjazdu przez najbliższe dziesięć lat. Skarżąca próbowała się odwoływać od decyzji, ale bezskutecznie. Tymczasem, w trakcie trwania procedury odwoławczej, w 2003 r. skarżąca

⁷⁰ Ibid., par. 6–38.

⁷¹ Ibid., par. 64.

⁷² Ibid., par. 60.

⁷³ Ibid., par. 66.

⁷⁴ Ibid., par. 66.

⁷⁵ M. Górski, *Prawo...*, s. 137. Zobacz szerzej: B. de Hart, *Love They Neighbour: Family reunification and the rights of insiders*, „European Journal of Migration and Law” 2009, 11, 3, s. 239 i nn.

⁷⁶ ETPC, *Arvello Aponte przeciwko Holandii*, skarga nr 28770/05, wyrok z 3.11.2011 r., HUDOC.

poślubiła swego holenderskiego partnera i urodziło się im dziecko⁷⁷. W postępowaniu przed Trybunałem skarżąca zarzucała władzom holenderskim, że odmowa przyznania jej zezwolenia na pobyt jest nieproporcjonalną ingerencją w jej prawo do życia rodzinnego⁷⁸. Rząd holenderski z kolei twierdził, że skarżąca bez przeszkód może prowadzić życie rodzinne w kraju pochodzenia oraz, co istotne, ukryła fakt uprzedniej karalności⁷⁹. W konsekwencji Trybunał uznał, że rząd holenderski należy wyważyć interesy jednostki i państwa – i tym samym orzekł ingerencję za uzasadnioną. Trybunał przypomniał, że z gwarancji art. 8 Konwencji cudzoziemcy o niepewnym statusie imigracyjnym korzystać mogą tylko wyjątkowo⁸⁰. W tej sprawie wyjątkowości się nie doszukał, a jednocześnie stwierdził, że skarżąca świadomie rozpoczęła życie rodzinne w trakcie procedury odwoławczej od decyzji odmawiającej zezwolenia na pobyt, a więc w sytuacji, gdy jej pobyt na terytorium Holandii nie był przesądzony⁸¹. Trybunał uznał, że skarżąca może prowadzić życie rodzinne w Wenezueli, gdyż holenderski partner zna język hiszpański, więc łatwo mu będzie się zaadaptować w Wenezueli, a dziecko także jest w wieku adaptacyjnym⁸². W odniesieniu do przestępstwa narkotykowego Trybunał zauważył, że wprawdzie od jego popełnienia minęło osiem lat (i skarżąca w tym czasie nie popełniła kolejnego), to jednak poważny charakter popełnionego przestępstwa przemawia za przyznaniem racji rządowi holenderskiemu⁸³. W sprawie zdanie odrębne złożyli sędziowie Ziemele, Tsotsoria i Pardalos – twierdząc, że Trybunał w ogóle nie wziął pod uwagę faktu, że skarżąca zaszła w ciążę z racji swego wieku, a nie z potrzeby ratowania sytuacji imigracyjnej. Natomiast w odniesieniu do zarzutów karnych ciążyących na skarżącej sędziowie stwierdzili, że w tym przypadku mamy do czynienia z wymysłem holenderskiej legislacji – nakazującej wskazywać uprzednią karalność we wnioskach o zezwolenie na pobyt – a nie z przypadkiem popełnienia przez skarżącą przestępstwa na terytorium Holandii, a to oznacza, że Trybunał nie powinien przywiązywać do tego faktu aż takiej wagi⁸⁴.

I na koniec warto zauważyć, że wąskie definiowanie pojęcia życia rodzinnego Trybunał potwierdził w sprawie Senchishak przeciwko Finlandii⁸⁵. Dotyczy ona 72-letniej Rosjanki, która była zagrożona wydaleniem z Finlandii. Skarżąca przez całe życie żyła w Rosji, gdzie miała męża, który zmarł, oraz córkę, która zaginęła i najprawdopodobniej zmarła. Od tego czasu

⁷⁷ Ibid., par. 5–26.

⁷⁸ Ibid., par. 42–47.

⁷⁹ Ibid., par. 48–51.

⁸⁰ Ibid., par. 55.

⁸¹ Ibid., par. 59.

⁸² Ibid., par. 60.

⁸³ Ibid., par. 57.

⁸⁴ Ibid., zdanie odrębne sędziów Ziemele, Tsotsorii i Pardalos.

⁸⁵ ETPC, Senchishak przeciwko Finlandii, skarga nr 5049/12, wyrok z 18.11.2014 r. HUDOC.

zmagająca się z bardzo poważnymi problemami zdrowotnymi. W 2008 r. przybyła do Finlandii na podstawie 30-dniowej wizej. Kilka dni później złożyła wnioski o połączenie z drugą córką, która mieszkała w Finlandii od 1988 r. i miała obywatelstwo fińskie. Skarżąca argumentowała, że ze względu na stan jej zdrowia konieczne jest, by córka się nią zaopiekowała, gdyż w Rosji nie może uzyskać odpowiedniej opieki medycznej. Wniosek został odrzucony⁸⁶. Władze twierdziły, że do połączenia matki i córki dojść nie może, gdyż skarżąca nie należy do kręgu osób uprawnionych do łączenia rodzin. Kobiety nie mieszkały ze sobą od dwudziestu lat, a problemy zdrowotne skarżącej nie są aż tego typu, by nie mogła uzyskać opieki w Rosji⁸⁷. Trybunał przychylił się do argumentów strony rządowej. Stwierdził, że zgodnie z istniejącym orzecznictwem stosunki między dorosłą córką i matką nie kwalifikują się do pojęcia życia rodzinnego w rozumieniu Konwencji, a ponadto kobiety nie mieszkały ze sobą od dwudziestu lat⁸⁸. Pięcioletni okres wspólnego zamieszkania w Finlandii nie może być natomiast zaliczony do życia rodzinnego w rozumieniu Konwencji, gdyż był to pobyt nieuregulowany – i skarżąca była świadoma swej niepewnej sytuacji imigracyjnej⁸⁹. Trybunał również uznał, że problemy zdrowotne skarżącej nie są tego typu, by nie mogła ona uzyskać pomocy w Rosji, oraz że opieka córki nad schorowaną matką nie stanowi specjalnej zależności⁹⁰. Od wyroku sędziowie Bianku oraz Kalaydjiewa złożyli zdanie odrębne – postulując, by Trybunał wziął pod uwagę zawarte w nim treści. Sędziowie ci podkreślali, że pojęcie rodziny i stopień emocjonalnych więzi pomiędzy dorosłymi dziećmi i rodzicami różni się w kulturach i tradycjach Europy⁹¹. W literaturze przedmiotu wskazywano natomiast, że sama więź emocjonalna powinna stanowić wystarczający powód legalizacji pobytu matki⁹².

Cudzoziemcy o nieuregulowanym statusie migracyjnym, którzy mogą korzystać z ochrony rykoszetowej wynikającej z art. 8 Konwencji

Ta część artykułu dotyczy sytuacji cudzoziemców o nieuregulowanym statusie migracyjnym, którzy mogą – zdaniem ETPC – korzystać z ochrony rykoszetowej, wynikającej z art. 8 Konwencji w przypadku odmowy legalizacji pobytu ze względów rodzinnych w państwie przyjmującym.

⁸⁶ Ibid., par. 10–20.

⁸⁷ Ibid., par. 54.

⁸⁸ Ibid., par. 51–52.

⁸⁹ Ibid., par. 56.

⁹⁰ Ibid., par. 57.

⁹¹ Ibid., zdanie odrębne sędziów Bianku i Kalaydjiewej.

⁹² L. Peroni, Impoverished 'Family Life': Its Problematic Pervasiveness at Strasbourg 2014, blog Strasbourg Observers, <http://strasbourghobservers.com/2014/12/18>.

Na ochronę art. 8 Konwencji może liczyć matka przebywająca w państwie przyjmującym bez zezwolenia na pobyt, która rozstała się ze swym partnerem, obywatelem państwa przyjmującego lub stałym rezydentem, a dzieci pozostają pod opieką drugiego rodzica.

31 stycznia 2006 r. w sprawie Rodriguez da Silva i Hoogkamer przeciwko Holandii⁹³ Trybunał w Strasburgu jednogłośnie i pierwszy raz w swej historii wydał wyrok uznający ingerencję w życie rodzinne rozpoczęte podczas nieuregulowanego pobytu za naruszenie art. 8 Konwencji. Skarżącymi w tej sprawie były matka i córka. Pierwsza skarżąca przybyła do Holandii w 1994 roku, pozostawiając w Brazylii pod opieką rodziców dwójkę dzieci z poprzedniego związku. W Holandii żyła w związku ze swoim partnerem, obywatelem Holandii. Skarżąca nie zalegalizowała pobytu w Holandii wobec problemów z wykazaniem dochodów partnera. Wkrótce parze urodziła się córka. Niedługo potem partnerzy się rozstali. Sąd holenderski władzę rodzicielską przyznał partnerowi, mimo że matka bardziej zajmowała się dzieckiem⁹⁴. Skarżąca starała się zalegalizować swój pobyt, aby móc być blisko córki, ale władze holenderskie się na to nie zgodziły – uzasadniając odmowę ochroną rynku pracy i faktem nieuregulowanego pobytu skarżącej w Holandii przez długie lata⁹⁵. Trybunał uznał ingerencję w prawo do poszanowania życia rodzinnego skarżących za nieuzasadnioną⁹⁶. Dochodząc do takiego wniosku, Trybunał wziął pod uwagę okoliczność, że dziecko miało obywatelstwo holenderskie i było kulturowo i językowo związane z Holandią. Ojciec był Holendrem i nie zamierzał wyprowadzać się do Brazylii. Ponadto z dzieckiem blisko byli związani holenderscy dziadkowie⁹⁷. Trybunał uznał zatem, że w tej sprawie zaistniały przeszkody nie do pokonania, by matka z córką przeprowadziły się do Brazylii. Deportacja matki do Brazylii prowadziłaby bowiem do przerwania relacji między nimi⁹⁸. Za istotne Trybunał uznał również bliskie relacje matki z dzieckiem i fakt, że nie popełniła żadnych przestępstw podczas pobytu w Holandii. Jeśli chodzi o nieuregulowany pobyt w Holandii, Trybunał uznał, że normalnie osoba, która nie przestrzega regulacji imigracyjnych państwa przyjmującego, nie powinna oczekiwać legalizacji pobytu⁹⁹. Ostatecznie jednak Trybunał uznał, że Holandia nie zachowała należytej równowagi pomiędzy interesem skarżących a prawem państwa do kontroli migracji¹⁰⁰. Deportacja miałaby bowiem daleko idące konsekwencje dla małej Rachel, gdyby została pozbawiona opieki matki.

⁹³ ETPC, Rodriguez da Silva and Hoogkamer przeciwko Holandii.

⁹⁴ Ibid., par. 8–24.

⁹⁵ Ibid., par. 34–36.

⁹⁶ Ibid., par. 39.

⁹⁷ Ibid., par. 40–44.

⁹⁸ Ibid., par. 41.

⁹⁹ Ibid., par. 43.

¹⁰⁰ Ibid., par. 44.

W doktrynie przyczyny stwierdzenia naruszenia art. 8 w sprawie Rodrigues da Silva i Hoogkamer przeciwko Holandii tłumaczono zmianą linii orzeczniczej Trybunału wobec osób przebywających wbrew przepisom migracyjnym w kraju goszczącym¹⁰¹.

Kolejną sprawą, w której Trybunał uznał ingerencję w życie rodzinne rozpoczęte podczas niepewnego pobytu za naruszenie art. 8 Konwencji, jest sprawa Nunez przeciwko Norwegii¹⁰². Skarżąca, obywatelka Dominikany, w 1996 roku została deportowana z Norwegii z zakazem dwuletniego wjazdu – za popełnione przestępstwa karne¹⁰³. Cztery miesiące później ponownie wjechała do Norwegii na podstawie fałszywych dokumentów i wyszła za mąż za obywatela Norwegii. Skarżąca używała fałszywych zezwoleń na pobyt i pracę. Niedługo potem skarżąca rozwiódła się z norweskim mężem i rozpoczęła związek z mężczyzną, który w Norwegii miał zezwolenie na pobyt stały. Wkrótce para doczekała się dwójki dzieci¹⁰⁴. W 2005 r. władze holenderskie – uzmysłowiwszy sobie, że kobieta przebywa w Norwegii bez zezwolenia na pobyt – postanowiły ją wydalic i zakazać wjazdu na dwa lata¹⁰⁵. W 2005 r. kobieta rozstała się z partnerem, któremu sąd norweski przyznał opiekę nad dziećmi, a skarżącej prawo do częstych kontaktów z dziećmi¹⁰⁶. Trybunał orzekł naruszenie prawa do poszanowania życia rodzinnego skarżącej. ETPC co prawda uznał, że interes publiczny znacząco przemawiał za uznaniem ingerencji władzy za proporcjonalną oraz że skarżąca powinna zdawać sobie sprawę, że jej prawo pobytu w Norwegii od początku stało pod znakiem zapytania¹⁰⁷. Ostatecznie jednak sędziowie doszli do wniosku, że ważniejszy jest tutaj interes małoletnich dzieci, które bardzo by jednak cierpiały, gdyby przez dwa lata nie widziały się z matką¹⁰⁸. Odejście od zasady słabszej ochrony życia rodzinnego rozpoczętego w trakcie nieuregulowanego pobytu było przedmiotem zdania odrębnego złożonego przez sędziów Mijovic i De Gaetano¹⁰⁹. Sędziowie ci ostrzegali, że taki wyrok może wysłać błędny sygnał do społeczności migrantów, że jeśli ktoś chce zalegalizować nieuregulowany pobyt, najlepiej uczynić to przez zawarcie małżeństwa i posiadanie dzieci na terytorium państwa przyjmującego. Sędziowie ci pytali nawet retorycznie: kogo zatem będzie można wydalic, skoro nie można wydalic pani Nunez?

Sprawy te pokazują, że paradoksalnie najwięcej szans na ochronę życia rodzinnego rozpoczętego podczas niepewnego pobytu mają ci cudzoziemcy,

¹⁰¹ D. Thym, *Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: a human right to regularize illegal stay?*, „International and Comparative Law Quarterly” 2008, 57, ss. 100–102.

¹⁰² ETPC, *Nunez przeciwko Norwegii*.

¹⁰³ *Ibid.*, par. 6.

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 7–9.

¹⁰⁵ *Ibid.*, par. 10–12.

¹⁰⁶ *Ibid.*, par. 16–18.

¹⁰⁷ *Ibid.*, par. 74–75.

¹⁰⁸ *Ibid.*, par. 84–85.

¹⁰⁹ *Ibid.*, zdanie odrębne sędziów Mijovic i De Gaetano.

których związek się rozpadł, a dzieci pozostają pod opieką drugiego rodzica, który jest albo stałym rezydentem w państwie przyjmującym, albo jego obywatelem¹¹⁰. Z dobrodziejstw art. 8 Konwencji korzystać mogą też dzieci, których matka zmarła, a one wbrew przepisom migracyjnym zamieszkiwały na terytorium państwa przyjmującego pod opieką innych członków rodziny.

W sprawie Butt przeciwko Norwegii¹¹¹ skarżący byli rodzeństwem narodowości pakistańskiej. Do Norwegii przybyli wraz z matką w 1989 roku w wieku lat trzech i czterech. W państwie tym otrzymali początkowo zezwolenie na pobyt humanitarny, a następnie zezwolenie na pobyt stały¹¹². W 1999 r. zezwolenia na pobyt stały zostały cofnięte, bo władze norweskie wykryły, że skarżący wraz z matką w latach 1992–1996 przebywali w Pakistanie, nie informując o tym władz norweskich. W tym okresie skarżący byli nieletni¹¹³. Deportacja skarżących została wstrzymana w 2001 r., kiedy okazało się, że matka, która wcześniej została deportowana do Pakistanu, zmarła – i nie było kontaktu z żadną rodziną w Pakistanie¹¹⁴. Skarżący przez ten czas mieszkali w Norwegii bez zezwolenia na pobyt pod opieką brata matki i jego żony¹¹⁵. Deportacja skarżących ostatecznie nigdy nie została przeprowadzona. W postępowaniu przed Trybunałem skarżący zarzucali władzom norweskim pogwałcenie ich prawa do poszanowania życia rodzinnego. W trakcie postępowania przed Trybunałem byli już pełnoletni. Podkreślali, że ich pobyt w Norwegii przez dziesięć lat był legalny – do czasu cofnięcia zezwolenia na pobyt. Zaznaczali jednocześnie, że nie zdawali sobie sprawy z tego, że żyją w ryzykownej imigracyjnie sytuacji; zapewniali również, że pogłębiali więzy z Norwegią oraz rodziną tam żyjącą. Uczęszczali do szkół norweskich, biegle mówili po norweskmu i z Pakistanem mieli niewiele wspólnego¹¹⁶. Trybunał przyznał co prawda, że więzy rodzinne i społeczne skarżących były rozwijane w niepewnej sytuacji imigracyjnej; jednocześnie jednak stwierdził, że nie można skarżących winić za to, że rząd holenderski ich nie wydalili ani nie można ich winić za błędy matki¹¹⁷. Dalej Trybunał uznał, że ich więzy z Norwegią są zdecydowanie silniejsze niż z Pakistanem¹¹⁸. Ostatecznie Trybunał jednogłośnie zakwalifikował okoliczności sprawy jako szczególne i uzasadniające stwierdzenie naruszenia art. 8 Konwencji. Zdaniem Trybunału władze holenderskie nie zachowały należytej równowagi przy wważeniu interesów skarżących i państwa norweskigo¹¹⁹.

¹¹⁰ M. Górski, *Prawo...*, s. 140.

¹¹¹ ETPC, Butt przeciwko Norwegii, skarga nr 47017/09, wyrok z 4 grudnia 2012 r., HUDOC.

¹¹² *Ibid.*, par. 6.

¹¹³ *Ibid.*, par. 7–11.

¹¹⁴ *Ibid.*, par. 9 i 13.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 9.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 53–63.

¹¹⁷ *Ibid.*, par. 76–91.

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 88.

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 90.

Na ochronę Konwencji mogą liczyć również osoby, które wbrew przepisom przebywały na terytorium państwa przyjmującego, mają mężów i dzieci z obywatelstwem państwa przyjmującego oraz w przeszłości miały obywatelstwo tego państwa.

Nie sposób tu nie wspomnieć o sprawie *Jeunesse przeciwko Holandii*¹²⁰. Skarżąca, obywatelka Surinamu, wjechała do Holandii na podstawie wizy turystycznej i przez szesnaście lat przebywała w tym kraju bez zezwolenia na pobyt. Tam wyszła za mąż za obywatela Holandii i urodziła trójkę dzieci¹²¹. Wielka Izba orzekła naruszenie art. 8 Konwencji. Trybunał za szczególne okoliczności uzasadniające zakaz ingerencji w prawo do poszanowania życia rodzinnego – pomimo że życie rodzinne rozpoczęło się w trakcie nieuregulowanego pobytu – uznał długi okres tolerowania przez władze zamieszkiwania skarżącej na swoim terenie, fakt, że reszta rodziny ma obywatelstwo holenderskie i skarżąca w przeszłości także je miała, a ponadto okoliczność, że dzieci nie mają żadnych związków z Surinamem¹²². Co istotne, Trybunał wyraźnie przyznał, że w przedmiotowej sprawie nie ma przeszkód nie do pokonania dla przenosin całej rodziny do Surinamu (którego oficjalnym językiem jest niderlandzki), ale rodzina napotkałaby znaczny stopień trudności¹²³.

Jak słusznie wskazuje M. Górski, warto zauważyć, że żadna z powyższych okoliczności przytoczonych w tych sprawach nie stanowiła wystarczającego powodu do uznania naruszenia art. 8 Konwencji we wcześniej przywołanych, analogicznych sprawach, gdzie Trybunał nie stwierdził naruszenia rzeczzonego art. 8. Nie był to ani „fakt dokonany” w postaci długoletniego pobytu w kraju pochodzenia, ani posiadanie przez członków rodziny obywatelstwa kraju goszczącego, ani też trudności z prowadzeniem życia rodzinnego w kraju pochodzenia, które jednakowoż pozostają „do pokonania”. Zdaniem tego autora podobne szczególne okoliczności można znaleźć także we wcześniejszych sprawach, problem polega jednak na ich wąskiej i specyficznej interpretacji przez Trybunał strasburski¹²⁴.

Wnioski

Reasumując, można więc przyjąć, że zachodzą przesłanki, aby zgodzić się z tezą, że migranci o nieuregulowanym statusie migracyjnym są w sposób niewystarczający chronieni przez standardy praw człowieka w zakresie prawa do łączenia rodzin wypracowane przez Komisję i ETPC.

¹²⁰ ETPC, *Jeunesse przeciwko Holandii*.

¹²¹ *Ibid.*, par. 8–42.

¹²² *Ibid.*, par. 107–109.

¹²³ *Ibid.*, par. 117.

¹²⁴ M. Górski, *Prawo...*, s. 139.

Uwagę zwraca to, że przyjęte standardy są bardzo wąsko zakrojone i nie do końca jasne. Trudno zatem udzielić jednoznacznej odpowiedzi na pytanie: kto, kiedy i pod jakimi warunkami ma prawo do połączenia z rodziną na terytorium państwa, którego nie jest obywatelem?

Co do zasady w przytoczonych przypadkach cudzoziemcy nie mogą więc liczyć na to, że Trybunał uzna ich prawo do poszanowania życia rodzinnego. Możliwe to jest tylko w wyjątkowych sytuacjach – kiedy w ocenie Trybunału pojawią się szczególne okoliczności sprawiające, że rodzina nie może prowadzić życia rodzinnego nigdzie indziej, jak tylko w kraju przyjmującym. W takim wypadku decyzja odmawiająca prawa pobytu stanowi naruszenie art. 8 Konwencji, chyba że zostały spełnione wymogi klauzuli limitacyjnej z ust. 2 przywołanego artykułu. Przy czym – jak wykazała analiza spraw – te szczególne okoliczności w zasadzie można znaleźć w każdej sprawie rozpatrywanej przez Trybunał. Wobec braku wskazania przez Trybunał kryteriów powodujących, że podejmuje on takie, a nie inne rozstrzygnięcia – niezrozumiała pozostaje kwestia, dlaczego Trybunał klasyfikuje jako naruszenie art. 8 Konwencji tylko niektóre sprawy. Rodzi to problem kazuistycznego charakteru orzeczeń Trybunału i braku wypracowanego jednolitego standardu orzekania w przedmiotowym zakresie. Jest to zresztą zmorą orzecznictwa strasburskiego. Taki stan rzeczy stawia pod znakiem zapytania skuteczność konwencyjnej ochrony, a przede wszystkim nie daje wskazań władzom krajowym co do kierunku, w jakim mają podążać w tej kwestii. Z drugiej strony dorobek orzeczniczy Trybunału w omawianym zakresie jest już od lat ukształtowany, spreczny z duchem praw człowieka – i wydaje się, że wypracowanie kryteriów orzekania jest niecelowe, bo to i tak nie wyeliminuje jego kazuistyki i nieprzewidywalności. Najlepiej obrazują to kryteria Boultif – Uner wypracowane w sprawach migrantów, którzy dopuścili się przestępstw karnych i zagrożeni są deportacją. Kryteria te miały być antidotum na problem kazuistyki dominującej w tego typu sprawach, tymczasem – jak jednak pokazuje praktyka – niewiele się zmieniło, gdyż kazuistyka i brak konsekwencji orzekania nadal dominuje w orzecznictwie strasburskim w przedmiotowym zakresie.

Wobec powyższego autorka proponuje zatem powrót do korzeni, czyli do roku 1966 – kiedy to strasburska karta migracyjna była jeszcze pusta – i nadanie orzecznictwu strasburskiemu nowego kierunku, zgodnego z tokiem rozumowania A. Lestera we wspomnianej powyżej sprawie Alam i Khan¹²⁵. Autorka postuluje, aby migranci o nieuregulowanym statusie migracyjnym (ale również i ci o uregulowanym statusie) mogli połączyć się z członkami rodziny przebywającymi na terytorium państwa przyjmującego w każdym przypadku, kiedy nie zachodzą przesłanki określone w art. 8 ust. 2 Konwencji. Przesłanki te w wystarczający sposób wyznaczają interesy państw w spra-

¹²⁵ Zobacz szerzej: M. Dembour, *When Human...*, ss. 101–104.

wach migracyjnych – i nie są konieczne dodatkowe, ustanowione przez Trybunał strasburski. Co istotne, Konwencja nie wprowadza rozróżnienia na migrantów przebywających na terytoriach państw-stron Konwencji zgodnie z przepisami migracyjnymi lub wbrew nim, ale za to w art. 8 ust. 1 zawiera prawo do poszanowania rodziny – i to utrzymanie jedności rodziny powinno być zatem główną osią orzecznictwa strasburskiego w sprawach o połączenie cudzoziemców z członkami rodziny. Strasburski „elsewhere test” i powoływane często przez Trybunał jako dodatkowy „cel prawowity” prawo państw do kontroli migracji powinny odejść w zapomnienie – jako niemające podstaw prawnych w Konwencji. Trudno też zresztą znaleźć w prawie międzynarodowym postanowienie, które mówiłoby o prawie państw do kontroli wjazdu, pobytu, wydalania i ekstradycji – w takim rozumieniu, w jakim operuje nim organ strasburski w sprawach migracyjnych.

Powyższa analiza dowodzi, że migranci przebywający na terytoriach państw-stron Konwencji na podstawie różnego rodzaju zezwoleń tymczasowych, którzy chcą się połączyć z mieszkającymi tam członkami rodziny, powinni mieć tę możliwość już na etapie ubiegania się o dane zezwolenie na pobyt. Dotyczy to w szczególności osób ubiegających się o status uchodźcy, ochronę czasową, uzupełniającą bądź pobyt humanitarny.

Migranci przebywający w państwie-stronie Konwencji wbrew przepisom migracyjnym, którzy chcieliby się połączyć z przebywającymi tam członkami rodziny, powinni mieć przyznawany pobyt humanitarny – pod warunkiem że rodzina została założona przed wydaniem decyzji deportacyjnej. W odniesieniu zaś do pojęcia rodziny i życia rodzinnego w kontekście spraw migracyjnych proponuje się – tak jak dotychczas – zarezerwowanie pojęcia małżeństwa tylko dla formalnego związku kobiety i mężczyzny oraz narodzonych z tego związku dzieci. W takich przypadkach łączenie rodzin powinno być zawsze obligatoryjne, bez względu na status migracyjny. Pozostałe relacje rodzinne proponuje się objąć pojęciem życia rodzinnego w ramach poszerzonej interpretacji art. 8 Konwencji. Postuluje się mianowicie, by pojęcie rodziny i życia rodzinnego kształtowane w ramach art. 8 Konwencji było szerokie, elastyczne, funkcjonalne i zapewniające pełną ochronę istniejącej rzeczywistości komórce rodzinnej. Pojęcie to powinno uwzględniać prawa wszystkich członków rodziny do bycia razem oraz brać pod uwagę zarówno te zmiany, jakie nastąpiły w zakresie modeli rodzinnych we współczesnej Europie, jak i kształt struktur rodzinnych istniejących w krajach pochodzenia migrantów. Automatycznemu łączeniu z cudzoziemcem powinni podlegać partnerzy zarejestrowani i niezarejestrowani, bez względu na płeć, dzieci tych par – bez względu na wiek, ale stanu wolnego, wspólne i każdego z osobna – oraz rodzice, bez spełniania dodatkowych warunków, takich jak bycie na utrzymaniu czy względy zdrowotne. Fakultatywnemu łączeniu podlegać powinni natomiast pozostali członkowie rodziny, których

z cudzoziemcem łączą więzi natury emocjonalnej, finansowej, opiekuńczej, zdrowotnej czy prawnej. Więzi te powinny być każdorazowo oceniane na indywidualnej podstawie, włączając w to badanie prawdziwości relacji pomiędzy cudzoziemcami, by zapobiegać powstawaniu więzi rodzinnych zawiązanych w celu obejścia przepisów migracyjnych.

Abstrakt

Art. 8 europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności został pomyślany jako instrument mający na celu ochronę rodziny przed arbitralnymi działaniami państwa – z wyjątkiem sytuacji, kiedy jedność rodziny zagraża sześciu celom prawnym, mianowicie: bezpieczeństwu państwa, bezpieczeństwu publicznemu, dobrobytowi gospodarczemu, ochronie porządku publicznego, ochronie zdrowia i moralności lub ochronie praw i wolności innych osób. Zatem punktem startowym orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „ETPC”) w sprawach o połączenie rodzin migrantów powinno być prawo rodziny do wyboru miejsca zamieszkania, ograniczone jedynie wskazanymi powyżej celami prawnymi¹²⁶.

Tymczasem w sprawach o połączenie z rodziną punktem startowym orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest „as a matter of well-established international law” – prawo państw do kontroli wjazdu, pobytu i wydalania cudzoziemców¹²⁷. Oznacza to, że Europejski Trybunał Praw Człowieka jako siódmy – pozakonwencyjny – cel prawowy ustanowił prawo państw do kontroli ruchów migracyjnych¹²⁸. Stosowanie europejskiej Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: „EKPC lub Konwencja”) do spraw migracyjnych jest więc zawsze ćwiczeniem balansującym pomiędzy efektywną ochroną praw człowieka i autonomią państw-stron Konwencji w regulowaniu napływów migracyjnych, gdzie prawo państw do kontroli migracji jest co do zasady regułą, a prawa człowieka z reguły wyjątkiem. Pokłosiem tego jest strasburski „elsewhere test”, zgodnie z którym rodzina ma prawo do pozostania na terytorium państwa przyjmującego, jeżeli nie może prowadzić życia rodzinnego gdzie indziej. Ma to więc istotny wpływ na status legalnych migrantów, ale również i tych o nieuregulowanym statusie migracyjnym. ETPC nieugięcie stoi na stanowisku, że w przypadku nieuregulowanego pobytu cudzoziemcy tylko w wyjątkowych okolicznościach mogą liczyć na ochronę art. 8 Konwencji. Celem artykułu jest zatem próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy – a jeżeli tak, to w jakim zakresie – standardy praw człowieka dotyczące prawa do łączenia rodzin wypracowane przez Komisję Praw Człowieka (dalej: „Komisję”) i Europejski Trybunał Praw Człowieka chronią cudzoziemców o nieuregulowanym statusie migracyjnym przed rozłączeniem z członkami rodziny przebywającymi na terytorium państwa przyjmującego. Tezą artykułu jest stwierdzenie, że standardy praw człowieka w zakresie prawa do łączenia rodzin wypracowane przez Komisję i ETPC nie chronią cudzoziemców o nieuregulo-

¹²⁶ Zobacz szerzej: M. Dembour, *When Human Become Migrants*, Oxford University Press 2015, ss. 101–105.

¹²⁷ M. Dembour, *When Human...*, ss. 101–103.

¹²⁸ Zob. więcej: M. Górski, *Prawo do poszanowania życia rodzinnego cudzoziemców w polskim porządku prawnym na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Kraków 2018, s. 55.

wanym statusie migracyjnym w sposób wystarczający przed rozłączeniem z członkami rodziny przebywającymi na terytorium państwa przyjmującego.

Artykuł poświęcony jest krytycznej analizie orzecznictwa ETPC w zakresie uzyskania zgody na legalizację pobytu cudzoziemców o nieuregulowanym statusie imigracyjnym, mających na terytorium państwa przyjmującego członków rodziny, z którymi chcą się połączyć. Zawiera ona postulat głębokiej reformy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w omawianym zakresie.

Słowa kluczowe: łączenie rodzin cudzoziemców, poszanowanie życia rodzinnego cudzoziemców, cudzoziemcy a art. 8 EKPC.

BIBLIOGRAFIA

Bhaba J., Schutter S., *Women's Movement: Women under Immigration, Nationality and Refugee Law*, Trentham Books 1994.

Celej J., *Prawo cudzoziemca do łączenia rodziny w świetle Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz prawa Unii Europejskiej* [praca doktorska, niepubl.], Warszawa 2010.

Dembour M., *When Human Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford University Press 2015.

Dijk P. Van, Hoof G.J.H. Van, *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Third Edition, Kluwer Law International 1998.

Garlicki L. (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2010.

Górski M., *Prawo do poszanowania życia rodzinnego cudzoziemców w polskim porządku prawnym na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Kraków 2018.

Hart B. de, *Love They Neighbour: Family reunification and the rights of insiders*, „European Journal of Migration and Law” 2009, 11, 3.

Kmak M., *Ochrona cudzoziemców przed wydaleniem na podstawie art. 8 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, „Palestra” 2004, 9–10.

Nowicki M., *Wokół europejskiej Konwencji praw człowieka*, Komentarz do europejskiej Konwencji praw człowieka, Warszawa 2017.

Schotel B., *On the Right of Exclusion. Law, Ethics and Immigration Policy*, Abingdon, Routledge 2012.

Spijkerboer T., *Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion*, „European Journal of Migration and Law” 2009, 11.

Szklanna A., *Ochrona prawna cudzoziemca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2010.

Szuniewicz M., Łączenie rodzin cudzoziemców. Studium prawnomiędzynarodowe, Gdynia 2014.

Thym D., *Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: a human right to regularize illegal stay?*, „International and Comparative Law Quarterly” 2008, 57, 1.

Publikacje internetowe

Niżyńska A., Łączenie rodzin uchodźców – regulacje prawne i praktyka wybranych państw Unii Europejskiej, Instytut Spraw Publicznych, [www. Laczenierodzinuchodzcow.pdf](http://www.laczenierodzinuchodzcow.pdf) (isp.org.pl).

Peroni L., *Impoverished ‘Family Life’: Its Problematic Pervasiveness at Strasbourg 2014*, blog Strasbourg Observers, <http://strasbourghobservers.com/2014/12/18>.