

## Poszanowanie życia rodzinnego w kontekście uprowadzenia dziecka za granicę (R.S. przeciwko Polsce)

Wyrok  
Europejskiego Trybunału Praw Człowieka  
z dnia 21 lipca 2015 r.  
63777/09

### Teza

1. Wzajemna radość rodzica i dziecka ze wspólnego spędzania czasu stanowi podstawowy element „życia rodzinnego” w rozumieniu artykułu 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284) (zob. Monory przeciwko Rumunii oraz Węgrom, skarga nr 71099/01, pkt 70, z dnia 5 kwietnia 2005 roku, oraz *losub Caras przeciwko Rumunii*, skarga nr 7198/04, pkt 28-29, z dni 27 lipca 2006 roku).

2. Chociaż podstawowym celem art. 8 Konwencji jest ochrona jednostki przed arbitralnym działaniem władzy publicznej, istnieją ponadto pozytywne obowiązki nierozzerwalnie związane ze skutecznym „poszanowaniem” życia rodzinnego (zob. na przykład *Chabrowski przeciwko Ukrainie*, skarga nr 61680/10, pkt 104, z dnia 17 stycznia 2013 roku, z kolejnymi odniesieniami). Pozytywne obowiązki określone w art. 8 Konwencji mogą wymagać przyjęcia środków przewidzianych w celu zabezpieczenia poszanowania praw gwarantowanych na mocy tego postanowienia nawet w sferze relacji między jednostkami, obejmując zarówno postanowienia określające zasady rozstrzygania sporów przez organ nadzorujący oraz środki przymusu chroniące prawa jednostki, jak również realizację, gdy jest to właściwe, szczególnych środków (zob. *mutatis mutandis*, *Tysiąc przeciwko Polsce*, skarga nr 5410/03, pkt 110, ECHR 2007 I). W obszarze tym decydującą kwestią jest to, czy zachowano właściwą równowagę między konkurującymi dobrami, które były zagrożone – dziecka, obojga rodziców oraz porządkiem publicznym – w ramach marginesu swobody uznania przyznanemu państwowym w tych kwestiach (zob. *Maumousseau i Washington przeciwko Francji*, skarga nr 39388/05, pkt 62, z dnia 6 grudnia 2007 roku), mając na względzie jednak, że dobro dziecka jest nadrzędne (zob. *X przeciwko Łotwie [GC]*, skarga nr 27853/09, pkt 95, z dnia 26 listopada 2013 roku).

3. Zakres jurysdykcji Trybunału na podstawie art. 32 Konwencji jest ograniczony do kwestii dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji i jej Protokołów. Niemniej, w obszarze dotyczącym uprowadzenia dziecka za granicę, obowiązki nałożone na Państwa-Strony na podstawie Art. 8 Konwencji muszą być interpretowane w świetle wymogów Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 25 października 1980 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528) oraz tych wynikających z Konwencji o prawach dziecka, a także odpowiednich przepisów i zasad prawa międzynarodowego obowiązującego w stosunkach między Umawiającymi się Stronami (zob. *X przeciwko Łotwie [GC]*, skarga nr 27853/09, z dnia 26 listopada 2013 roku, pkt 93, z kolejnymi odniesieniami).

- [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), [www.ms.gov.pl](http://www.ms.gov.pl), *Legalis*
- *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Art. 95 § 1, Art. 95 § 3, Art. 97, Art. 113, Art. 113[2] § 1, Art. 113[2] § 2 pkt 2
- *Kodeks postępowania cywilnego*, Art. 576 § 2, Art. 577, Art. 582[1] § 2, Art. 598[5], Art. 598[6], Art. 598[7], Art. 598[8], Art. 598[10], Art. 598[11], Art. 598[15], Art. 598[16], Art. 598[17], Art. 598[18], Art. 598[19], Art. 598[12a]
- *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Artykuł 8 ust. 1, Artykuł 32, Artykuł 41
- *Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze dnia 25 października 1980 r., całość*, Artykuł 3
- *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Art. 18, Art. 47, Art. 72 ust. 1
- *Kodeks karny*, Art. 115 § 22, Art. 189a, Art. 211

Numer 1378908

### Uzasadnienie

W sprawie R.S. przeciwko Polsce,  
Europejski Trybunał Praw Człowieka (Sekcja Czwarta), zasiadając jako Izba w składzie:

Guido Raimondi, Przewodniczący, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Nona Tsotsoria, Krzysztof Wojtyczek, Faris Vehabović, Yonko Grozev, judges, oraz Françoise Elens-Passos, Kanclerz Sekcji,

Obradując na posiedzeniu niejawnym w dniu 30 czerwca 2015 roku,

Wydaje następujący wyrok, który został przyjęty w tym dniu:

### POSTĘPOWANIE

1. Sprawa wywodzi się ze skargi (nr 63777/09) wniesionej do Trybunału w dniu 1 grudnia 2009 roku przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie Artykułu 34 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności ("Konwencja") przez obywatela Polski, Pana R.S. ("skarżący"). Izba zezwoliła skarżącemu z urzędu na anonimowość na podstawie Reguły 47 ust. 4 Regulaminu Trybunału.

2. Skarżący reprezentowany był przez Pana T. Świerczyńskiego, adwokata prowadzącego praktykę w Krakowie. Rząd polski ("Rząd") był reprezentowany przez pełnomocnika, Panią J. Chrzanowską, z Ministerstwa Spraw Zagranicznych

3. Skarżący sformułował w szczególności zarzut naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego, ponieważ sądy krajowe odmówiły wydania postanowienia w sprawie zwrotu dzieci w trybie Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę.

4. W dniu 21 maja 2013 roku skarga została zakomunikowana Rządowi.

#### STAN FAKTYCZNY

##### I. OKOLICZNOŚCI SPRAWY

5. Skarżący urodził się w 1969 roku w Zurychu.

6. Skarżący jest polskim obywatelem. W 1994 roku zawarł związek małżeński z M.S., posiadającą również polskie obywatelstwo. Wkrótce potem przenieśli się do Szwajcarii, gdzie skarżący pracuje jako specjalista ds. oprogramowania. W 1998 roku urodził się ich syn P. a w 2002 roku ich córka J.

7. Jesienią 2007 roku skarżący nawiązał romans z H.

8. W lutym 2008 roku skarżący oraz M.S. postanowili się rozstać i skarżący przeprowadził się do innego mieszkania. Jednakże, mieszkanie skarżącego znajdowało się naprzeciwko mieszkania jego rodziny i utrzymywał regularny kontakt ze swoimi dziećmi.

##### A. Postępowanie rozwodowe

9. W dniu 24 września 2008 roku M.S. wniosła pozew o orzeczenie rozwodu do Sądu Okręgowego w Krakowie. M.S. wystąpiła o wydanie postanowienia zabezpieczającego w sprawie przyznania jej czasowo prawa do opieki nad P. oraz J. na czas trwania postępowania rozwodowego. Poinformowała także sąd, że pomiędzy dniem 4 a 28 października 2008 roku będzie w Krakowie.

10. W dniu 4 października 2008 roku M.S. zabrała dzieci do Polski na wakacje szkolne. Zapewniła, że wróci w dniu 20 października 2008 roku. Skarżący został poinformowany o wyjeździe i wyraził zgodę na termin podróży.

11. W dniu 15 października 2008 roku Sąd Okręgowy przychylił się do wniosku M.S. o wydanie postanowienia zabezpieczającego w sprawie opieki. Skarżący nie został ani poinformowany ani wezwany na posiedzenie sądu, dotyczące tego postanowienia.

12. Następnie, w dniu 24 października 2008 roku skarżący wystąpił z wnioskiem o zwrot dzieci w trybie Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę ("Konwencja haska") (zob. paragrafy 20-30 poniżej).

13. W dniu 12 listopada 2008 roku skarżący wystąpił z wnioskiem do Sądu Okręgowego w Krakowie o wstrzymanie wykonania postanowienia zabezpieczającego w sprawie opieki z dnia 15 października 2008 roku. Skarżący złożył ponadto zażalenie na to postanowienie.

14. W dniu 11 grudnia 2008 roku Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił wniosek skarżącego o wstrzymanie wykonania postanowienia zabezpieczającego, a w zamian zawiesił postępowanie rozwodowe. Sąd odniósł się do toczącego się postępowania w trybie Konwencji haskiej (zob. poniżej). Zażalenie skarżącego na to postanowienie oraz na postanowienie zabezpieczające w sprawie opieki zostało oddalone przez Sąd Apelacyjny w Krakowie w dniu 26 lutego 2009 roku.

15. W dniu 3 marca 2010 roku Sąd Okręgowy w Krakowie wydał postanowienie zabezpieczające oraz ustalił kontakty skarżącego z P. oraz J. na czas trwania postępowania rozwodowego.

16. W dniu 6 maja 2011 roku Rodzinny Ośrodek Diagnostyczno-Konsultacyjny w Krakowie przedstawił Sądowi Okręgowemu w Krakowie opinię biegłego. Zgodnie z opinią, M.S. powinna nadal sprawować opiekę nad dziećmi, ponieważ zawsze była bardziej zaangażowana w ich wychowanie. Ponadto biegli uznali, że kolejne oddzielenie od rodzica oraz kolejna zmiana środowiska byłaby szkodliwa dla dzieci. Zauważyli następnie, że skarżący powinien mieć możliwość kontaktu ze swoimi dziećmi poza terytorium Polski tak długo, jak nie istnieje ryzyko destabilizacji ich sytuacji. Powinien mieć prawo do spędzania z nimi połowy wakacji letnich, świąt i weekendów oraz odwiedzin 1-2 razy w miesiącu.

17. W dniu 24 lipca 2012 roku Sąd Okręgowy w Krakowie rozwiązał związek małżeński skarżącego przez rozwód. Uznał skarżącego winnym rozpadu małżeństwa. Sąd powierzył następnie pełną władzę rodzicielską M.S., natomiast władza rodzicielska skarżącego została ograniczona do decyzji odnoszących się do wychowywania, zdrowia i edukacji dzieci. Skarżący był uprawniony do kontaktów z P. oraz J. dwa popołudnia w tygodniu oraz dwa weekendy w miesiącu. Został następnie zobowiązany do łóżenia na utrzymanie dzieci.

18. Skarżący złożył apelację. Podniósł w szczególności, że z uwagi na fakt, że mieszkał w Szwajcarii, jego prawo do odwiedzin w święta oraz wakacje letnie powinno zostać uregulowane przez sąd.

19. W dniu 15 marca 2013 roku Sąd Apelacyjny w Krakowie oddalił apelację skarżącego oraz utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji.

##### B. Postępowanie na podstawie Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę

20. W dniu 24 października 2008 roku skarżący złożył do Szwajcarskiego Organu Centralnego wniosek o zwrot dzieci do Szwajcarii w trybie Konwencji haskiej. W dniu 25 listopada 2008 roku został on przekazany do Oddziału Administracyjnego Sądu Okręgowego w Krakowie.

21. Następnie, w piśmie z dnia 13 marca 2009 roku Szwajcarski Organ Centralny potwierdził, że skarżący oraz M.S. wspólnie sprawowali opiekę nad P. oraz J. Organ wyraził pogląd, że skoro szwajcarskie władze nie posiadały żadnej informacji na temat postanowienia polskich sądów lub władz w przedmiocie ograniczenia władzy

rodzicielskiej skarżącemu, fakt, że dzieci przebywały w Polsce po dniu 20 października 2008 roku bez zgody ojca stanowił bezprawne uprowadzenie w świetle Artykułu 3 Konwencji haskiej.

22. W międzyczasie w Krakowie w dniu 9 grudnia 2008 roku kurator sądowy przeprowadził wywiad środowiskowy w domu M.S. w celu ustalenia w jakiej sytuacji znajdują się dzieci. Opinia potwierdziła, że warunki bytowe dzieci z matką są bardzo dobre oraz że kontynuują edukację w szkołach prywatnych.

23. W dniu 17 grudnia 2008 roku Sąd Rejonowy dla Krakowa -Krowdrzy w Krakowie przeprowadził pierwszą rozprawę w postępowaniu toczącym się na podstawie Konwencji haskiej. Sąd wydał ponadto postanowienie zabezpieczające oraz pozwolił, by skarżący odwiedził dzieci tego dnia po południu.

24. W dniu 5 stycznia 2009 roku sąd zwrócił się do psychologa o sporządzenie opinii dotyczącej dojrzałości umysłowej i emocjonalnej dzieci oraz ich zdolności do wyrażania poglądu na temat ich powrotu do Szwajcarii.

25. W dniu 9 stycznia 2009 roku odbyła się kolejna rozprawa.

26. W dniu 21 stycznia 2009 roku biegły przedstawił opinię sadowi.

27. W dniu 27 stycznia 2009 roku Sąd Rejonowy pozwolił skarżącemu w drodze wyjątku na kolejny kontakt z dziećmi. Miały przebywać z nim od dnia 30 stycznia do dnia 1 lutego 2009 roku. Jednakże, skarżący nie uzyskał zgody na opuszczenie Polski z dziećmi.

28. W dniu 11 lutego 2009 roku Sąd Rejonowy dla Krakowa-Krowdrzy w Krakowie wydał postanowienie i oddalił wniosek skarżącego o zwrot dzieci do Szwajcarii. Sąd odniósł się do spójnych zeznań złożonych przez skarżącego i M.S. oraz informacji zawartych w aktach rozwodowych.

Sąd ustalił, że w dniu 4 października 2008 roku M.S. przyjechała do Polski wraz z P. oraz J. a skarżący wyraził zgodę na tę podróż. W dniu 20 października 2008 roku M.S. nie wróciła do Szwajcarii i pozostała w Polsce wraz z dziećmi. Skarżący nie zgodził się z tą decyzją.

Sąd podkreślił następnie, że w postępowaniu toczącym się w trybie Konwencji haskiej należy na początku ustalić czy doszło do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. Sąd uznał następnie, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do bezprawnego uprowadzenia, ponieważ skarżący wyraził zgodę na podróż P. i J. do Polski w dniu 4 października 2008 roku. W odniesieniu do faktu, że M.S. nie wróciła w dniu 20 października 2008 roku (data uzgodniona ze skarżącym), sąd zauważył, że powierzono jej pieczę nad dziećmi na czas trwania postępowania rozwodowego. Gdy wydano postanowienie zabezpieczające, to znaczy pomiędzy dniem 4 a 20 października 2008 roku, dzieci przebywały w Polsce za zgodą ojca. W konsekwencji M.S. mogła zadecydować, że pozostanie w Polsce także po dniu 20 października 2008 roku i w sprawie nie nastąpiło bezprawne zatrzymanie.

Sąd stwierdził ponadto, że postanowienie zabezpieczające w sprawie opieki nie było sprzeczne z Artykułem 16 Konwencji haskiej, ponieważ Sąd Okręgowy w Krakowie otrzymał wniosek skarżącego o wydanie dzieci dopiero w dniu 25 listopada 2008 roku, podczas gdy postanowienie w sprawie opieki zostało wydane w dniu 15 października 2008 roku.

Sąd stwierdził na koniec, że oddalenie wniosku o zwrot dzieci nie stało w sprzeczności z Artykułem 17 Konwencji haskiej, ponieważ przepis ten dotyczył postanowień w przedmiocie opieki, które zostały wydane po uprowadzeniu dziecka.

29. W dniu 24 marca 2009 roku skarżący złożył apelację od postanowienia wydanego w pierwszej instancji. Skarżący podniósł, że zaskarżone postanowienie stanowiło naruszenie Artykułu 3 Konwencji haskiej. Sformułował następnie zarzut, że doszło także do naruszenia Artykułu 17 Konwencji, ponieważ sąd pierwszej instancji powołał się na postanowienie, które miało jedynie tymczasowy charakter, podczas gdy przepis ten wyraźnie zabrania oddalenia wniosku o zwrot dziecka na tej podstawie, że postanowienie o powierzeniu pieczy zostało wydane w kraju, do którego dzieci zostały uprowadzone.

30. W dniu 2 czerwca 2009 roku Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił apelację skarżącego. Sąd na początku odmówił przyjęcia dokumentu Szwajcarskiego Organu Centralnego jako dowodu, ponieważ dokument ten nie odnosił się do postanowienia zabezpieczającego w sprawie opieki z dnia 15 października 2008 roku. W wydanym orzeczeniu, Sąd Okręgowy w Krakowie odniósł się w szczególności do wydarzeń, które doprowadziły do rozpadu związku małżeńskiego skarżącego. Zauważył ponadto, że kiedy M.S. dowiedziała się, że nowa partnerka skarżącego jest w ciąży, podjęła decyzję o wszczęciu postępowania rozwodowego. Jednakże, została poinformowana przez szwajcarskiego adwokata, że w związku z brakiem zgody skarżącego na rozwód, może złożyć pozew w Szwajcarii jedynie po upływie dwóch lat separacji. Z tych względów podjęła decyzję o wystąpieniu z pozewem przed polskimi sądami. Sąd zauważył następnie, że w dniu 4 października 2008 roku M.S. przyjechała do Krakowa z dziećmi, by spędzić tam dwa tygodnie wakacji szkolnych po otrzymaniu zgody skarżącego na podróż. Sąd podkreślił dalej, że M.S. podjęła decyzję o pozostaniu w Polsce na stałe dopiero, gdy powierzono jej czasowo pieczę nad dziećmi. W konsekwencji, w ocenie sądu uprowadzenie dziecka nie stanowi bezprawnego uprowadzenia w rozumieniu Artykułu 3 Konwencji haskiej.

Postanowienie zostało doręczone skarżącemu w dniu 28 lipca 2009 roku. Jest prawomocne.

## II. WŁAŚCIWE PRAWO I PRAKTYKA

### 1. Właściwe prawo międzynarodowe

31. Konwencja haska z dnia 25 października 1980 roku dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę ("Konwencja haska") została opublikowana w polskim Dzienniku Ustaw w dniu 25 września 1995 roku. Stanowi, w istotnym dla sprawy zakresie:

Artykuł 3

"Urowadzenie lub zatrzymanie dziecka będzie uznane za bezprawne, jeżeli -

a) nastąpiło naruszenie prawa do opieki przyznanego określonej osobie, instytucji lub innej organizacji, wykonywanego wspólnie lub indywidualnie, na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem, oraz

b) w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawa te były skutecznie wykonywane wspólnie lub indywidualnie albo byłyby tak wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie.

Prawo do opieki określone w punkcie a) może wynikać w szczególności z mocy samego prawa, z orzeczenia sądowego lub administracyjnego albo z ugody mającej moc prawną w świetle przepisów ustawodawstwa tego państwa."

Artykuł 11

"Władze sądowe lub administracyjne każdego Umawiającego się Państwa powinny podejmować niezwłoczne działania w celu powrotu dziecka.

Jeżeli dana władza sądowa lub administracyjna nie podejmie decyzji w ciągu sześciu tygodni od daty wpłynięcia wniosku, wnioskodawca lub organ centralny państwa wezwanego, z własnej inicjatywy lub na wniosek organu centralnego państwa wzywającego, może żądać przedstawienia powodów zwłoki. Jeżeli organ centralny państwa wezwanego otrzyma odpowiedź, organ ten przekazuje ją organowi centralnemu państwa wzywającego lub, w stosownych wypadkach, wnioskodawcy."

Artykuł 12

"Jeżeli dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane w rozumieniu artykułu 3, a w chwili wpłynięcia wniosku do władzy sądowej lub administracyjnej Umawiającego się Państwa, w którym znajduje się dziecko, upłynął okres krótszy niż jeden rok od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, zainteresowana władza zarządza niezwłoczne wydanie dziecka.

Władza sądowa lub administracyjna powinna również zarządzić wydanie dziecka, nawet po upływie jednego roku, o którym mowa w ustępie poprzedzającym, chyba że zostało ustalone, że dziecko przystosowało się już do swego nowego środowiska.

Jeżeli władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego ma podstawy, by sądzić, że dziecko zostało zabrane do innego państwa, może ona zawiesić działanie lub oddalić wniosek o wydanie dziecka."

Artykuł 13

"Bez względu na postanowienia artykułu poprzedzającego władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego nie jest obowiązana zarządzić wydanie dziecka, jeżeli osoba, instytucja lub organizacja sprzeciwiająca się wydaniu dziecka wykaże, że -

(a) osoba, instytucja lub organizacja opiekująca się dzieckiem faktycznie nie wykonywała prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodziła się lub później wyraziła zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie; lub

(b) istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia.

Władza sądowa lub administracyjna może również odmówić zarządzenia powrotu dziecka, jeżeli stwierdzi, że dziecko sprzeciwia się powrotowi oraz że osiągnęło ono wiek i stopień dojrzałości, przy którym właściwe jest uwzględnienie jego opinii.

Przy ocenie okoliczności określonych w niniejszym artykule władza sądowa lub administracyjna powinna brać pod uwagę informacje dotyczące sytuacji społecznej dziecka, dostarczone przez organ centralny lub inną właściwą władzę państwa miejsca stałego pobytu dziecka."

Artykuł 14

"Dla stwierdzenia, że miało miejsce bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie w rozumieniu artykułu 3, władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego może brać bezpośrednio pod uwagę przepisy ustawodawstwa i orzeczenia sądowe lub administracyjne, formalnie uznane lub nie uznane w państwie miejsca stałego pobytu dziecka, bez uciekania się do szczególnych trybów postępowania dla stwierdzenia właściwości tego ustawodawstwa lub dla uznania zagranicznych orzeczeń, które w innym wypadku miałyby zastosowanie."

Artykuł 15

"Władze sądowe lub administracyjne Umawiającego się Państwa mogą, przed zarządzeniem powrotu dziecka, żądać przedłożenia przez wnioskodawcę orzeczenia lub oświadczenia pochodzącego od władz państwa miejsca stałego pobytu dziecka, stwierdzającego, że uprowadzenie lub zatrzymanie było bezprawne w rozumieniu artykułu 3 konwencji, jeżeli takie orzeczenie lub oświadczenie może być uzyskane w tym państwie. Organy centralne Umawiających się Państw udzielą wnioskodawcy wszelkiej możliwej pomocy w uzyskaniu takiego orzeczenia lub oświadczenia."

Artykuł 16

"Po otrzymaniu zawiadomienia o bezprawnym uprowadzeniu lub zatrzymaniu dziecka w rozumieniu artykułu 3 władze sądowe lub administracyjne Umawiającego się Państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane, nie będą mogły decydować merytorycznie o prawie do opieki, dopóki nie zostanie ustalone, że wymogi określone przez niniejszą konwencję co do zwrotu dziecka nie zostały spełnione lub jeżeli w stosownym czasie po tym zawiadomieniu nie wpłynął wniosek sporządzony na podstawie niniejszej konwencji."

## Artykuł 17

"Okoliczność, że orzeczenie dotyczące opieki zostało wydane lub że może być uznane w państwie wezwanym, nie może sama w sobie uzasadniać odmowy zwrotu dziecka na mocy niniejszej konwencji, jednakże władze sądowe lub administracyjne państwa wezwanego mogą wziąć pod uwagę, przy stosowaniu niniejszej konwencji, przyczyny wydania takiego orzeczenia."

## Artykuł 19

"Orzeczenie dotyczące zwrotu dziecka, wydane zgodnie z niniejszą konwencją, nie narusza istoty prawa do opieki."

### 2. Raport wyjaśniający do Konwencji haskiej

32. Najbardziej istotny dla sprawy fragment Raportu wyjaśniającego do Konwencji haskiej sporządzony przez Elisę Pérez-Vera (dalej: "Raport wyjaśniający") stanowi co następuje:

#### Artykuł 3 - Bezprawny charakter uprowadzenia lub zatrzymania

"71 ... z punktu widzenia Konwencji, uprowadzenie dziecka przez jedną z osób, które wspólnie wykonują prawo do opieki bez zgody drugiej, jest tak samo bezprawne, a bezprawność ta wynika w tym konkretnym przypadku, nie tyle z działań podjętych z naruszeniem danego prawa, lecz z faktu, że działanie takie nie uwzględniało praw drugiego rodzica, które także podlegają ochronie na mocy przepisów oraz naruszało ich prawidłowe wykonywanie. Prawdziwy charakter Konwencji ujawnia się najwyraźniej w następujących okolicznościach: nie dotyczy sytuacji związanych z ustaleniem osoby, której powierzone zostanie prawo do opieki w pewnym momencie w przyszłości, ani sytuacji, w których może zaistnieć konieczność zmiany orzeczenia dotyczącego opieki wykonywanej wspólnie na podstawie faktów, które uległy następnie zmianie. Dąży po prostu, by na przyszłe orzeczenia w tym przedmiocie nie miały wpływu zmiany okoliczności, które zostały wywołane przez jednostronne działanie jednej ze stron."

#### Artykuł 17 - Istnienie orzeczenia dotyczącego opieki w państwie wezwanym

"122. Początek tego artykułu wyraźnie wskazuje na zamierzony cel. Pierwsza Komisja początkowo przyjęła przepis, który przyznawał absolutne pierwszeństwo stosowaniu Konwencji, ustanawiając wyższość obowiązku zwrotu dziecka nad każdym innym orzeczeniem dotyczącym opieki, które zostało wydane lub prawdopodobnie zostanie wydane w państwie wezwanym. W tym samym czasie, przyjęła możliwość wprowadzenia zastrzeżenia, pozwalając na odmowę zwrotu dziecka w sytuacji, gdy jego zwrot okazał się niezgodny z orzeczeniem istniejącym w państwie, w którym znajdowało się dziecko przed 'uprowadzeniem'. Obecny tekst jest zatem wynikiem kompromisu, który został osiągnięty w celu wyeliminowania zastrzeżenia z Konwencji, jednocześnie bez wpływu na zmniejszenie zakresu jej akceptacji przez Państwa. W ten sposób, początkowy przepis został zmieniony poprzez podkreślenie, że wyłącznie fakt, że orzeczenie istnieje nie zapobiegnie sam w sobie powrotowi dziecka, oraz poprzez umożliwienie sędziom uwzględnienia przesłanek tego orzeczenia rozstrzygając w przedmiocie zastosowania zwrotu dziecka."

123. Rozwiązanie zawarte w tym artykule w zupełności zgadza się z celem Konwencji, mianowicie ma zniechęcać potencjalnych porywaczy, którzy nie będą mogli bronić swojego działania za pomocą 'martwego' orzeczenia, które zostało wydane przed uprowadzeniem, lecz nigdy nie zostało wprowadzone w życie, bądź orzeczenia uzyskanego później, które zostanie w większości przypadków, uznane za nieważne z uwagi na oszustwo. W konsekwencji, właściwy organ państwa wezwanego będzie musiał uznać wniosek o zwrot dziecka za dowód świadczący o fakcie, że wprowadzono nowy element, który nakłada na niego obowiązek ponownego rozważenia orzeczenia, które nie weszło w życie, lub które zostało wydane na podstawie wygórowanych przesłanek jurysdykcji, albo nie uwzględniło prawa wszystkich zainteresowanych stron do przedstawienia ich sprawy. Co więcej, ponieważ orzeczenie dotyczące zwrotu dziecka nie dotyczy istoty prawa do opieki, przesłanki orzeczenia, które mogą zostać wzięte pod uwagę ograniczają się do tych, które dotyczą 'stosowania Konwencji'. Sytuacja spowodowana orzeczeniem wydanym przez władze państwa, w którym dziecko miało zwykły pobyt przed 'uprowadzeniem' oraz które przyznało prawo do opieki 'porywaczowi', zostałaby zwykle rozwiązana poprzez zastosowanie artykułu 3 Konwencji, ponieważ korzystanie z żądanego prawa do opieki musi być rozumiane zgodnie z prawem obowiązującym w tym państwie."

3. Konwencja nr 34 o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzona w ramach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego

33. Artykuł 7 Konwencji określa bezprawne uprowadzenie dziecka w sposób następujący:

"(1) W razie bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka organy Umawiającego się Państwa, w którym dziecko bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem miało zwykły pobyt, zachowują swoją jurysdykcję do chwili, gdy dziecko uzyska zwykły pobyt w innym państwie, oraz:

- a) każda osoba, organ lub inna jednostka uprawniona do pieczy zezwoliła na uprowadzenie lub zatrzymanie; lub
- b) dziecko przebywało w tym innym państwie co najmniej rok po tym, jak osoba, organ lub inna jednostka uprawniona do pieczy znała lub powinna była znać miejsce jego pobytu, żaden wniosek o powrót zgłoszony w tym okresie nie jest już rozpatrywany, a dziecko zaadaptowało się do nowych warunków.

(2) Uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka uważa się za bezprawne -

- a) jeżeli nastąpiło przez to naruszenie prawa do pieczy przyznanego osobie, organowi lub innej jednostce, wykonywanego wspólnie lub indywidualnie zgodnie z prawem państwa, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem; oraz b) jeżeli w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawo to było rzeczywiście wykonywane wspólnie lub indywidualnie albo byłoby tak wykonywane, gdyby nie

nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie.

Prawo do pieczy określone w literze a może wynikać w szczególności z mocy prawa, z orzeczenia sądowego lub administracyjnego albo z porozumienia mającego moc prawną w świetle prawa tego państwa.

(3) Dopóki organy wymienione w ustępie 1 zachowują swoją jurysdykcję, organy Umawiającego się Państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane, mogą podejmować jedynie niecierpiące zwłoki środki konieczne dla ochrony osoby lub majątku dziecka, stosownie do artykułu 11."

4. Odpowiednie prawo krajowe

34. Kodeks Postępowania Cywilnego z 1964 roku w artykule 577 stanowi co następuje:

"Sąd opiekuńczy może zmienić swe postanowienie, jeżeli wymaga tego dobro osoby, której postępowanie dotyczy."

5. Odpowiednie prawo szwajcarskie

35. Artykuł 85 ustawy federalnej o prawie prywatnym międzynarodowym z dnia 18 grudnia 1987 roku, w istotnym dla sprawy zakresie, stanowi:

"1. W kwestii dotyczącej ochrony dziecka przez szwajcarskie władze sądowe lub administracyjne prawo właściwe i uznanie oraz wykonanie obcych orzeczeń lub środków reguluje Konwencja haska z 19 października 1996 roku o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci. (...)

2. Szwajcarskie władze sądowe lub administracyjne zachowują jurysdykcję, gdy wymaga tego ochrona osoby lub majątku."

36. Ustawa federalna o międzynarodowym uprowadzeniu dziecka oraz Konwencja haska o ochronie dzieci i dorosłych z dnia 21 grudnia 2009 roku, stanowi, w istotnym dla sprawy zakresie:

Art. 1 Federalne organy centralne

"1. Federalny Urząd Sprawiedliwości ("Urząd") jest federalnym organem centralnym odpowiedzialnym za implementację konwencji wymienionych w preambule.

2. Urząd wykonuje zadania określone w Konwencji haskiej z 1980 roku oraz Europejskiej Konwencji z 1980 roku."

Art. 2 Kantonalne organy centralne

"Każdy kanton wyznacza organ centralny odpowiedzialny za implementację Konwencji haskich z 1996 oraz 2000 roku."

Art. 5 Zwrot i dobro dziecka

"Na podstawie artykułu 13 ustęp 1 litera b Konwencji haskiej z 1980 roku, zwrot dziecka powoduje, że on lub ona znajdują się w niedopuszczalnym położeniu, gdy:

a. umieszczenie z rodzicem, który złożył wniosek nie jest oczywiście w najlepszym interesie dziecka;

b. rodzic uprowadzający dziecko nie może, mając na względzie wszystkie okoliczności, sprawować pieczy nad dzieckiem w państwie, w którym dziecko miało zwykły pobyt przed uprowadzeniem lub nie można w sposób rozsądny wymagać tego od rodzica; oraz

c. umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej nie jest w najlepszym interesie dziecka."

6. Odpowiednie orzecznictwo różnych organów sądowych w zakresie Konwencji haskiej

37. Szwajcarski Trybunał Federalny uznał w szeregu spraw, w odniesieniu do zgody i pozwolenia, że pozostawiony rodzic musi jasno wrazić zgodę, wyraźnie lub w sposób dorozumiany, na stałą zmianę miejsca pobytu dziecka. W związku z tym ciężar wykazania faktycznych dowodów, które mogą doprowadzić do takiego przekonującego stwierdzenia spoczywa na rodzicu, który uprowadził dziecko (zob. 5.P367/2005; 5.P380/2006; 5P.1999/2006).

38. Wysoki Trybunał Zjednoczonego Królestwa uznał, w sprawie N. przeciwko. N. [1995] 1 FLR 107, że rodzice, którzy uprowadzili dziecko nie powinni być uprawnieni do udaremniania celu Konwencji haskiej poprzez manipulację.

PRAWO

ZARZUTY NARUSZENIA ARTYKUŁÓW 6 ORAZ 8 KONWENCJI

39. Skarżący sformułował zarzut, że doszło do naruszenia jego prawa do poszanowania życia rodzinnego w zakresie, w jakim sądy krajowe nie zastosowały w sposób właściwy kryteriów wynikających z Konwencji haskiej, rozpoznając jego wniosek o zwrot dzieci. Skarga mieści się w zakresie rozpoznania na podstawie Artykułu 8 Konwencji. Skarżący podniósł następnie na podstawie Artykułu 6 Konwencji, że postępowanie wydane w trybie Konwencji haskiej nie było sprawiedliwe. Artykuły 6 oraz 8 Konwencji stanowią, w zakresie istotnym dla sprawy:

Artykuł 6 ust. 1

"Każdy ma prawo do sprawiedliwego [...] rozpatrzenia jego sprawy [...] przez sąd [...] przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym [...]"

Artykuł 8

"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 osób."

#### A. Dopuszczalność skargi

40. Trybunał zauważa po pierwsze, że zarzuty podniesione przez skarżącego są zasadniczo skierowane przeciwko istocie postanowienia, dotyczącego kwestii rzekomego uprowadzenia dzieci zagranicę. Trybunał stwierdza następnie, że główna kwestia prawna podniesiona w przedmiotowej skardze dotyczy prawa skarżącego do poszanowania życia rodzinnego zgodnie z Artykułem 8 Konwencji. Trybunał stwierdza ponadto, że zakres badania sprawy powinien zasadniczo ograniczać się do kwestii podniesionej na podstawie Artykułu 8 Konwencji oraz że nie jest zatem konieczne badanie, czy doszło do naruszenia Artykułu 6 ust. 1 Konwencji (zob. Raban przeciwko Rumunii, skarga nr 25437/08, § 23, z dnia 26 października 2010 roku)

41. W konsekwencji, Trybunał zauważa, skarga nie jest oczywiście bezzasadna w rozumieniu Artykułu 35 ust. 3 lit. a Konwencji. Trybunał stwierdza ponadto, że nie jest niedopuszczalna z jakichkolwiek innych przyczyn. Musi zatem zostać uznana za dopuszczalną.

#### B. Meritum skargi

##### 1. Stanowisko skarżącego

42. Skarżący stwierdził, że sądy krajowe nie zastosowały kryteriów wywiedzionych z Konwencji haskiej, rozpoznając jego wniosek o zwrot dzieci. Utrzymywał, że zatrzymanie dzieci było bezprawne, co zostało potwierdzone przez właściwe szwajcarskie władze.

43. Skarżący wskazał następnie, że właściwe zastosowanie Konwencji haskiej powinno obejmować dwa etapy. Po pierwsze sąd powinien był dokonać oceny, czy doszło do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. Po drugie sąd powinien był dokonać oceny pozytywnych i negatywnych przesłanek dotyczących zwrotu dzieci.

44. W ocenie skarżącego, w niniejszej sprawie sądy krajowe nie dokonały oceny bezprawności zatrzymania dzieci w Polsce w świetle prawa obowiązującego w miejscu zwykłego pobytu dzieci. Ponadto, nie dokonały oceny przesłanek odnoszących się do zwrotu dzieci w oparciu o własne ustalenia w postępowaniu dotyczącym zwrotu dzieci. W zamian tego, sąd oparł swoje rozstrzygnięcie na postanowieniu w przedmiocie opieki wydanym w sprawie rozwodowej.

45. Podniósł następnie, że wydając rozstrzygnięcie w przedmiocie dobra dzieci, polskie sądy nie dokonały oceny sytuacji dzieci w przypadku ich powrotu do Szwajcarii.

46. Stwierdził ponadto, że postanowienie o odmowie wydania dzieci do Szwajcarii zostało wydane pod wpływem praktyki sprzyjającej przyznaniu matce pieczy nad dzieckiem.

##### 2. Stanowisko Rządu

47. Rząd stwierdził, że przedmiotowe postępowanie było bardzo złożone i miało delikatny charakter. Co więcej, było ważne dla skarżącego, ponieważ dotyczyło szczególnych kwestii rodzinnych.

48. Rząd podkreślił następnie, że podczas, gdy "miejsce zwykłego pobytu" dzieci dla celów Konwencji haskiej było w Szwajcarii, skarżący wydał zgodę na podróż dzieci do Polski w okresie od dnia 4 do dnia 20 października 2008 roku, co sprawiło, że Artykuł 3 Konwencji haskiej nie miał zastosowania.

49. Rząd podkreślił ponadto, że dzieci pozostały w Polsce na podstawie postanowienia zabezpieczającego z dnia 15 października 2008 roku. W konsekwencji, nie doszło do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania.

50. Rząd utrzymywał następnie, że niezastosowanie Artykułu 3 Konwencji haskiej nie było jedyną przesłanką, która wpłynęła na fakt, że krajowe władze sądowe odmówiły wydania postanowienia o zwrocie dzieci. Kolejnymi przesłankami, które przywoływały ponownie sądy krajowe było dobro dziecka oraz fakt, że dzieci skutecznie zintegrowały się z nowym środowiskiem, co w opinii Rządu, stanowiło sytuację szczególną określoną w Artykule 13 ust. 1 lit. b stosowanej Konwencji haskiej.

51. Rząd podniósł, że sądy krajowe wzięły pod uwagę stanowiska stron w zakresie zgody wydanej przez ojca, by zabrać dzieci do Polski. W toku postępowania zgromadzono materiał dowodowy od każdej ze stron. Sądy zbadały dokumenty przedstawione przez strony, opinie biegłych, diagnozy psychologiczne dzieci oraz zeznania świadków.

52. Rząd stwierdził w konkluzji, że nie doszło do arbitralnego rozpoznania sprawy. Sąd Okręgowy w Krakowie wydał rozstrzygnięcie ze szczególnym uwzględnieniem zasady dobra dzieci, które w rzeczonym czasie były dobrze zintegrowane ze swoim nowym środowiskiem.

##### 3. Stanowisko Trybunału

53. Trybunał zauważa, po pierwsze, że bezspornym jest, że związek pomiędzy skarżącym a jego dziećmi mieści się w obszarze życia rodzinnego na określonego w Artykule 8 Konwencji.

54. Trybunał przypomina, że wzajemna radość rodzica i dziecka ze wspólnego spędzania czasu stanowi podstawowy element "życia rodzinnego" w rozumieniu artykułu 8 Konwencji (zob. Monory przeciwko Rumunii oraz Węgrom, skarga nr 71099/01, § 70, z dnia 5 kwietnia 2005 roku, oraz Iosub Caras przeciwko Rumunii, skarga nr 7198/04, §§ 28-29, z dni 27 lipca 2006 roku).

55. Chociaż podstawowym celem Artykułu 8 Konwencji jest ochrona jednostki przed arbitralnym działaniem władzy publicznej, istnieją ponadto pozytywne obowiązki nierozdzielnie związane ze skutecznym "poszanowaniem" życia rodzinnego (zob., na przykład, Chabrowski przeciwko Ukrainie, skarga nr 61680/10, § 104, z dnia 17 stycznia 2013 roku, z kolejnymi odniesieniami). Pozytywne obowiązki określone w Artykule 8 Konwencji mogą wymagać przyjęcia środków przewidzianych w celu zabezpieczenia poszanowania praw gwarantowanych na mocy tego postanowienia nawet w sferze relacji między jednostkami, obejmując zarówno postanowienia określające zasady rozstrzygnięcia sporów przez organ nadzorujący oraz środki przymusu chroniące prawa jednostki, jak również realizację, gdy jest to właściwe, szczególnych środków (zob., *mutatis mutandis*, Tysiąc przeciwko Polsce, skarga nr 5410/03, § 110, ECHR 2007 I).

W obszarze tym decydującą kwestią jest to, czy zachowano właściwą równowagę między konkurującymi dobrami, które były zagrożone - dziecka, obojga rodziców oraz porządkiem publicznym - w ramach marginesu swobody uznania przyznanemu państwowym w tych kwestiach (zob. *Maumousseau i Washington przeciwko Francji*, skarga nr 39388/05, § 62, z dnia 6 grudnia 2007 roku), mając na względzie jednak, że dobro dziecka jest nadrzędne (zob. *X przeciwko Łotwie [GC]*, skarga nr 27853/09, § 95, z dnia 26 listopada 2013 roku).

56. W okolicznościach niniejszej sprawy, Trybunał zauważa, że głównej ingerencji w prawo skarżącego do poszanowania życia rodzinnego nie można przypisać działaniu lub zaniechaniu pozwanego państwa, lecz raczej działaniom matki, osoby prywatnej, która zatrzymała dzieci w Polsce (*López Guió przeciwko Słowacji*, skarga nr 10280/12, § 85, z dnia 3 czerwca 2014 roku).

57. Należy zatem ustalić, czy istniały pozytywne obowiązki po stronie pozwanego państwa, które należało zrealizować w celu zabezpieczenia prawa skarżącego do poszanowania życia prywatnego oraz, jeśli tak, czy takie pozytywne obowiązki zostały wypełnione przez pozwane państwo.

58. Trybunał uznał w przeszłości, że pozytywne obowiązki państwa wynikające z Artykułu 8 obejmują prawo rodziców do korzystania ze środków, które umożliwią im powtórne połączenie z dziećmi oraz obowiązek władz krajowych do podjęcia takiego działania (zob. *Chabrowski*, cytowany powyżej, § 105).

59. W odniesieniu do kolejnego pytania, czy wypełniając zobowiązania wynikające z Konwencji haskiej Polska uczyniła zadość pozytywnym obowiązkom określonym w Artykule 8 Konwencji, Trybunał stwierdza, że należy na początku odnieść się do podsumowania zasad ogólnych, które mają zastosowanie przy ocenie zarzutów na podstawie Konwencji dotyczących postępowań toczących się w trybie Konwencji haskiej, które zostały określone w wydanym niedawno wyroku w sprawie *X przeciwko Łotwie [GC]* (cytowany powyżej, §§ 99-108).

60. W odniesieniu do tych zasad ogólnych, Trybunał zauważa w szczególności, że zakres jego jurysdykcji na podstawie Artykułu 32 Konwencji jest ograniczony do kwestii dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji i jej Protokołów. Niemniej, w obszarze dotyczącym uprowadzenia dziecka zagranicę, obowiązki nałożone na Państwa-Strony na podstawie Artykułu 8 Konwencji muszą być interpretowane w świetle wymogów Konwencji haskiej oraz tych wynikających z Konwencji o prawach dziecka, a także odpowiednich przepisów i zasad prawa międzynarodowego obowiązującego w stosunkach między Umawiającymi się Stronami (zob. *X przeciwko Łotwie [GC]*, cytowany powyżej, § 93, z kolejnymi odniesieniami).

61. Na podstawie Artykułu 3 Konwencji haskiej, uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka jest uznawane za "bezprawne", gdy nastąpiło z naruszeniem prawa do opieki przyznanego określonej osobie na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało "miejsce zwykłego pobytu" bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem (zob. paragraf 31 powyżej).

62. Ponadto, istotne jest, by mieć na uwadze Raport wyjaśniający do tego Artykułu, o którym mowa w paragrafie 32 powyżej, podkreślający, że "z punktu widzenia Konwencji, uprowadzenie dziecka przez jedną z osób, które wspólnie wykonują prawo do opieki bez zgody drugiej, jest tak samo bezprawne, a bezprawność ta wynika w tym konkretnym przypadku, nie tyle z działań podjętych z naruszeniem danego prawa, lecz z faktu, że działanie takie nie uwzględniało praw drugiego rodzica, które także podlegają ochronie na mocy przepisów oraz naruszało ich prawidłowe wykonywanie." Raport wyjaśnia dalej, że Konwencja haska zasadniczo "dąży (...), by na przyszłe orzeczenia w tym przedmiocie nie miały wpływu zmiany okoliczności, które zostały wywołane przez jednostronne działanie jednej ze stron."

63. Trybunał zauważa, że w niniejszej sprawie matka dzieci wyjechała ze Szwajcarii, gdzie dzieci miały wówczas miejsce zwykłego pobytu w dniu 4 października 2008 roku na dwutygodniowe wakacje szkolne. Obiecała, że wróci z nimi w dniu 20 października 2008 roku. Skarżący wyraził pozwolenie na ich wyjazd ze Szwajcarii w tym celu oraz zgodził się na termin podróży. W związku z tym, Trybunał może przyjąć, że uprowadzenie dzieci może zostać słusznie uznane za zgodne z Artykułem 3 Konwencji haskiej oraz że sądy krajowe nie naruszyły prawa, odnosząc się do zgody skarżącego oraz uznając, że uprowadzenie jako takie, w świetle tej zgody, nie było "bezprawne" w duchu Konwencji haskiej, zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w Raporcie wyjaśniającym.

64. Jednakże, tego samego nie można powiedzieć o dalszym "zatrzymaniu" dzieci w Polsce, dość wyraźnie bez zgody ojca, po upływie okresu dwutygodniowych wakacji. Trybunał nie może pominąć faktu, że przed wyjazdem ze Szwajcarii w dniu 4 października 2008 roku matka dzieci wystąpiła już w dniu 24 września 2008 roku z pozwem rozwodowym oraz wniosła o wydanie postanowienia zabezpieczającego w sprawie opieki. Poinformowała ponadto sąd, że po dniu 4 października 2008 roku będzie w Krakowie. Następnie, w dniu 15 października 2008 roku uzyskała to postanowienie.

65. Gdy w 2009 roku sądy zbadały wniosek skarżącego w sprawie zwrotu dzieci w trybie Konwencji haskiej, nie uwzględniły go, ponieważ uznały, że nie doszło do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dzieci ze Szwajcarii. Sądy rozstrzygały w tej sprawie w oparciu o dwie przesłanki: pierwsza z nich dotyczyła wydanej wcześniej przez skarżącego zgody na podróż do Polski, a druga postanowienia zabezpieczającego w sprawie opieki, które zostało wydane przez polskie sądy na wniosek matki w trakcie podróży. W ocenie polskich sądów to właśnie na skutek tego postanowienia zatrzymanie dzieci nie miało bezprawnego charakteru. Jednakże, kwestią



sporną ani przed sądami krajowymi ani przed Trybunałem nie był fakt, że przed ich wyjazdem do Polski, który planowany był początkowo jako dwutygodniowe wakacje, dzieci miały miejsce zwykłego pobytu w Szwajcarii. Spornym nie był także fakt, że skarżący i M.S. wykonywali wspólnie prawo do opieki nad dziećmi na podstawie przepisów obowiązujących w tym kraju (zob. paragrafy 6, 8 oraz 21 powyżej). Trybunał przywiązuje ponadto wagę w tym względzie do odpowiednich informacji zawartych w piśmie szwajcarskiego Organu Centralnego z dnia 13 marca 2009 roku (zob. paragraf 21 powyżej).

66. Trybunał zauważa, że określona sekwencja zdarzeń w niniejszej sprawie, uwzględniając postanowienie zabezpieczające wydane przez polskie sądy interweniujące już po tym jak dzieci wyjechały ze Szwajcarii, spowodowała, że sądy rozpoznawały wniosek skarżącego o ich zwrot w taki sposób, by uznać ich zatrzymanie w Polsce za zgodne z prawem, pomimo faktu, że skarżący nigdy nie wydał zgody na ich stały pobyt w tym kraju, a sądy były tego świadome. Zgodnie z zapisami Konwencji haskiej bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie wynika z faktu, że działanie takie narusza normalne korzystanie z praw rodzicielskich przez jedną z osób na podstawie prawa obowiązującego w państwie, w którym dzieci miały uprzednio miejsce zwykłego pobytu (to znaczy, w niniejszej sprawie, Szwajcarii), nie zaś na podstawie prawa obowiązującego w państwie wezwanym (to znaczy, w niniejszej sprawie, Polsce). Tymczasem, w niniejszej sprawie polskie sądy zignorowały prawo obowiązujące we wcześniejszym miejscu zwykłego pobytu dzieci, a w zamian powołały się na własne prawo, to znaczy na prawo obowiązujące w państwie wezwanym. Dokonując tego, polskie sądy nie uwzględniły tego aspektu sprawy, że w wyniku jednostronnego działania matki, skarżący został pozbawiony ochrony, której mógłby słusznie oczekiwać, by korzystać z tych przepisów.

67. W związku z tym przepisy obowiązującego prawa zostały w niniejszej sprawie zastosowane w taki sposób, by uczynić nieznaczającym brak zgody skarżącego na stały pobyt dzieci w Polsce.

68. Trybunał zauważa następnie, że matka dzieci wystąpiła o wydanie postanowienia zabezpieczającego w sprawie przyznania jej czasowo pieczy nad dziećmi na czas trwania postępowania rozwodowego. Sąd Okręgowy w Krakowie uwzględnił jej wniosek w dniu 15 października 2008 roku. Trybunał zauważa, że skarżący nie został ani powiadomiony o wniosku matki ani poinformowany o posiedzeniu sądu, na którym miało dojść do rozpoznania wniosku. Nie miał zatem możliwości wypowiedzenia się w tej kwestii. Ponieważ postanowienie to było następnie silnie przywoływane przez sąd rozpoznający wniosek skarżącego o zwrot dzieci wniesiony w trybie Konwencji haskiej, Trybunał przyjmuje, że brak gwarancji proceduralnych na tym etapie postępowania miał wpływ na rozstrzygnięcie w sprawie zwrotu dzieci (porównaj i skonstrastuj, Snersone oraz Kampanella przeciwko Włochom, skarga nr 14737/09, § 100-101, z dnia 12 lipca 2011 roku, mutatis mutandis).

69. Zadaniem tego Trybunału nie jest interpretowanie warunków Konwencji haskiej lub zastępowanie sądów krajowych w zakresie interpretacji odpowiednich przepisów, które obowiązują w krajowym porządku prawnym. Jednakże, Trybunał musi uznać w konkluzji, że obiektywny wynik niniejszej sprawy wskazuje, że uzasadniony interes skarżącego, jako ojca dzieci, nie został uwzględniony w sposób odpowiedni lub sprawiedliwy na etapie sądowego procesu decyzyjnego w Polsce.

70. Ponadto, w sprawach dotyczących połączenia dzieci z rodzicami, adekwatność zastosowanego środka musi podlegać także ocenie w kontekście szybkości jego wdrożenia, sprawy tego rodzaju wymagają pilnego rozpoznania, ponieważ upływ czasu może mieć nieodwracalne skutki dla relacji pomiędzy dziećmi a rodzicem, który z nimi nie mieszka (zob., między innymi, losub Caras przeciwko Rumunii, skarga nr 7198/04, §§ 38, z dnia 27 lipca 2006 roku; Penchevi przeciwko Bułgarii, skarga nr 77818/12, § 58, z dnia 10 lutego 2015 roku). Konwencja haska uznaje ten fakt, ponieważ przewiduje cały szereg środków w celu zapewnienia natychmiastowego zwrotu dzieci, które zostały uprowadzone lub bezprawnie zatrzymane w jednym z Umawiających się Państw. Rzeczywiście, Artykuł 11 Konwencji haskiej nakłada obowiązek wydania wymaganego postanowienia w terminie sześciu tygodni, w przeciwnym razie organ wydający postanowienie zostanie poproszony o podanie przyczyn opóźnienia (Raw i inni przeciwko Francji, skarga nr 10131/11, § 83, z dnia 7 marca 2013 roku; M.A. przeciwko Austrii, skarga nr 4097/13, § 109, z dnia 15 stycznia 2015 roku). Pomimo tej naglącej potrzeby, w przedmiotowej sprawie upłynęło ponad sześć miesięcy od dnia, w którym pierwszy wniosek skarżącego o zwrot dzieci został przekazany do sądu w Krakowie do dnia wydania ostatecznego postanowienia. Rząd nie przedstawił zadowalającego uzasadnienia tej zwłoki. Wynika z tego, że czas jaki był potrzebny sądom do wydania ostatecznego postanowienia nie spełnił kryterium pilności tej sytuacji.

71. Trybunał zauważa na koniec, że nie zakwestionowano, ani tym bardziej nie wykazano, na etapie postępowania krajowego ani przed Trybunałem, że powrót dzieci do Szwajcarii nie byłby w ich najlepszym interesie w związku z zarzucanym niewłaściwym zachowaniem lub nagannym postępowaniem skarżącego w roli ojca.

72. Mając na względzie okoliczności sprawy postrzegane jako całość, w ocenie Trybunału pozwane państwo nie zapewniło skarżącemu prawa do poszanowania życia rodzinnego.

73. Doszło zatem do naruszenia Artykułu 8 Konwencji.

74. Trybunał zauważa na koniec, że z uwagi na fakt, że dzieci osiągną niebawem pełnoletność nie ma podstaw, by przedmiotowy wyrok był interpretowany jako zobowiązanie pozwanego państwa do podjęcia działań, nakazujących ich zwrot do Szwajcarii.

## II. ZASTOSOWANIE ARTYKUŁU 41 KONWENCJI

75. Artykuł 41 Konwencji stanowi:

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

#### A. Szkoda

76. Skarżący dochodził kwoty 2.000.000 euro (EUR) z tytułu szkody niemajątkowej. Domagał się zadośćuczynienia za poważne zakłócenie życia rodzinnego oraz zerwanie bliskich więzi z dziećmi, które miał przed ich zatrzymaniem w Polsce przez matkę oraz za istotny wpływ tej sytuacji na życie jego i dzieci.

77. Dochodził następnie kwoty 10.393 EUR z tytułu szkody majątkowej. Odniósł się do kosztów podróży poniesionych przez niego w celu spotkania się z dziećmi i utrzymania z nimi więzi emocjonalnych w zakresie, w jakim było to możliwe w okolicznościach pomiędzy październikiem 2008 roku a marcem 2013 roku do czasu wydania ostatecznego postanowienia w sprawie rozwodu i opieki.

78. Rząd zakwestionował te roszczenia. W odniesieniu do roszczeń z tytułu szkody niemajątkowej w ocenie Rządu były one wygórowane. W odniesieniu do roszczeń z tytułu szkody majątkowej Rząd stał na stanowisku, że były one w części niezwiązane z zarzucanym naruszeniem i w części bezzasadne.

79. Trybunał dostrzega związek przyczynowy pomiędzy stwierdzonym naruszeniem a zarzucaną szkodą majątkową, mając na względzie, że gdyby nie doszło do naruszenia, skarżący nie musiałby podróżować do Polski, by spotkać się z dziećmi we wspomnianym okresie (zob. *Penchevi przeciwko Bułgarii*, skarga nr 77818/12, § 83, z dnia 10 lutego 2015 roku). Jednakże, na podstawie dowodów z dokumentów znajdujących się w jego posiadaniu, a w szczególności rezerwacji lotu przedstawionej przez skarżącego a dotyczącej jego podróży do Krakowa, Trybunał uznaje to roszczenie jedynie w części, przyznając 3,700 euro z tytułu doznanej szkody majątkowej.

80. Jednakże, przyznaje skarżącemu 7,800 euro z tytułu doznanej szkody niemajątkowej.

#### B. Koszty i wydatki

81. Skarżący dochodził ponadto kwoty 6.000 EURO z tytułu zwrotu kosztów i wydatków poniesionych przed Trybunałem.

82. Rząd zakwestionował to roszczenie.

83. Zgodnie z linią orzeczniczą Trybunału, skarżący jest uprawniony do zwrotu kosztów i wydatków jedynie w takim zakresie, w jakim wykazano, że zostały one rzeczywiście i z konieczności poniesione i były uzasadnione, co do łącznej sumy. W niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę powyższe kryteria, Trybunał odrzuca roszczenie o zwrot kosztów i wydatków.

#### C. Odsetki za zwłokę

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

#### Z TYCH PRZYCZYŃ, TRYBUNAŁ

1. Uznaje jednogłośnie skargę za dopuszczalną;

2. Stwierdza, czterema głosami do trzech, że doszło do naruszenia Artykułu 8 Konwencji;

3. Stwierdza, czterema głosami do trzech,

(a) że pozwane państwo ma zapłacić skarżącemu w terminie trzech miesięcy od daty uprawomocnienia się wyroku zgodnie z Artykułem 44 ust. 2 Konwencji, następujące kwoty, przeliczone na polskie złote:

(i) 3,700 euro (trzy tysiące siedemset euro), powiększone o wszelkie podatki, które mogą zostać nałożone na tę kwotę, z tytułu doznanej szkody majątkowej;

(ii) 7,800 euro (siedem tysięcy osiemset euro), powiększone o wszelkie podatki, które mogą zostać nałożone na tę kwotę, z tytułu doznanej szkody niemajątkowej;

(b) po upływie powyższego trzymiesięcznego terminu do momentu zapłaty, winny zostać naliczone od tych kwot odsetki zwykłe według marginalnej stopy procentowej Europejskiego Banku Centralnego powiększonej o trzy punkty procentowe.

4. Oddala jednogłośnie, pozostałą część roszczenia skarżącego o słuszne zadośćuczynienie.

Sporządzono w języku angielskim, oraz obwieszczono pisemnie w dniu 21 lipca 2015 roku, zgodnie z Regulą 77 §§ 2 i 3 Regulaminu Trybunału.

Françoise Elens-Passos Kanclerz Sekcji

Guido Raimondi Przewodniczący

Zgodnie z Artykułem 45 ust. 2 Konwencji oraz Regulą 74 ust. 2 Regulaminu Trybunału, łączne zdanie odrębne sędziów Nicolaou, Wojtyczka oraz Vehabović zostało załączone do wyroku.

Uzasadnienie w języku angielskim

In the case of *R.S. v. Poland*,  
The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of:

Guido Raimondi, President,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,  
Nona Tsotsoria,  
Krzysztof Wojtyczek,  
Faris Vehabović,  
Yonko Grozev, judges,  
and Françoise Elens-Passos, Section Registrar,  
Having deliberated in private on 30 June 2015,  
Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

## PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 63777/09) against the Republic of Poland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a Polish national, Mr R.S. ("the applicant"), on 1 December 2009. The Chamber decided of its own motion to grant the applicant anonymity pursuant to Rule 47 § 4 of the Rules of Court.

2. The applicant was represented by Mr T. Świerczynski, a lawyer practising in Krakow. The Polish Government ("the Government") were represented by their Agent, Mrs J. Chrzanowska of the Ministry for Foreign Affairs.

3. The applicant alleged, in particular, that there was a breach of his right to respect for family life since the domestic courts refused to grant a return order under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.

4. On 21 May 2013 the application was communicated to the Government.

## THE FACTS

### I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1969 and lives in Zurich.

6. The applicant is a Polish national. He married M.S., another Polish national, in 1994. Shortly afterwards they moved to Switzerland where the applicant works as a software specialist. In 1998 their son P. was born and in 2002 their daughter J.

7. In autumn 2007 the applicant began an affair with H.

8. In February 2008 the applicant and M.S. decided to separate and he moved to another flat. However, the applicant's flat was located opposite the flat of his family and he kept regular contacts with his children.

#### A. Divorce proceedings

9. On 24 September 2008 M.S. filed a petition for divorce with the Kraków Regional Court. M.S. applied for an interim order granting her temporary custody over P. and J. for the duration of the divorce proceedings. She had also informed the court that she would be in Kraków between 4 and 28 October 2008.

10. On 4 October 2008 M.S. took the children to Poland for school holidays. She promised to return on 20 October 2008. The applicant was informed about the trip and consented to the travelling dates.

11. On 15 October 2008 the Regional Court granted the request of M.S. for an interim custody order. The applicant was neither informed of nor summoned to the court session concerning this order.

12. Subsequently, on 24 October 2008 the applicant lodged a request for return of his children under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction ("the Hague Convention") (see paragraphs 20-30 below).

13. On 12 November 2008 the applicant requested the Kraków Regional Court to stay the execution of the interim custody order of 15 October 2008. He also appealed against that order.

14. On 11 December 2008 the Kraków Regional Court dismissed the applicant's request for stay of the execution of the interim order and instead stayed the divorce proceedings. The court referred to the pending proceedings under the Hague Convention (see below). The applicant's appeal against this decision and against the interim custody order was dismissed by the Kraków Court of Appeal on 26 February 2009.

15. On 3 March 2010 the Kraków Regional Court gave an interim order and determined the applicant's contacts with P. and J. for the duration of the divorce proceedings.

16. On 6 May 2011 the Kraków Family Consultation Centre (Rodzinny Ośrodek Diagnostyczno-Konsultacyjny) submitted an expert report to the Kraków Regional Court. According to the report, M.S. should continue to exercise custody of the children as she had always been more involved in their upbringing. Moreover, the experts considered that another separation from a parent and another change of environment would be detrimental to the children. They further noted that the applicant should be allowed to have contacts with his children outside the territory of Poland as long as there was no risk of destabilisation of their situation. He should have the right to spend with them half of summer vacation, holidays and weekends and to visit them 1-2 times a month.

17. On 24 July 2012 the Kraków Regional Court dissolved the applicant's marriage. It found that the applicant had been at fault in the breakdown of the marital relationship. It further held that full parental authority was to be exercised by M.S., whereas the parental rights of the applicant were limited to decisions regarding the children's upbringing, health and education. He was authorised to have contacts with P. and J. two afternoons per week and two weekends per month. He was further ordered to pay child maintenance and alimony.

18. The applicant appealed. He argued, in particular, that, due to the fact that he resided in Switzerland, his visiting rights during holidays and summer vacation should have been regulated by the court.

19. On 15 March 2013 the Kraków Court of Appeal dismissed the applicant's appeal and upheld the first instance's judgment.

#### B. Proceedings under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction

20. On 24 October 2008 the applicant lodged with the Swiss Central Authority a request concerning the return of the children to Switzerland under the Hague Convention. It was transmitted to the Administrative Division of the Kraków Regional Court on 25 November 2008.

21. Subsequently, in a letter of 13 March 2009 the Swiss Central Authority confirmed that the applicant and M.S. had exercised joint custody over P. and J. The authority expressed the view that since the Swiss authorities had not been aware of any decision of Swiss courts or authorities limiting the applicant's custody rights, the fact that the children stayed in Poland after 20 October 2008 without their father's consent constituted a wrongful removal under Article 3 of the Hague Convention.

22. Meanwhile in Kraków, on 9 December 2008 a local assessment (wywiad środowiskowy) was conducted at the home of M.S. by a court-appointed guardian with a view to establishing the children's situation. The report confirmed that the children's living conditions with their mother were very good and that they continued their education in private schools.

23. On 17 December 2008 the Kraków District Court held the first hearing in the proceedings under the Hague Convention. The court also gave an interim order and allowed the applicant to visit the children on that day in the afternoon.

24. On 5 January 2009 the court requested a psychologist to prepare a report concerning the children's mental and emotional maturity and their capacity to express views on the matter of their return to Switzerland.

25. On 9 January 2009 another hearing took place.

26. On 21 January 2009 the expert submitted his report to the court.

27. On 27 January 2009 the District Court allowed the applicant another exceptional contact with his children. They were to stay with him from 30 January until 1 February 2009. However, the applicant was not allowed to leave Poland with the children.

28. On 11 February 2009 the Kraków District Court gave a decision and refused to grant the applicant's request for the children's return to Switzerland. The court referred to the applicant's and M.S.'s consistent testimonies and the information included in the divorce file.

The court established that on 4 October 2008 M.S. had come to Poland together with P. and J. and the applicant had consented to this trip. On 20 October 2008 M.S. had not returned to Switzerland and stayed in Poland together with the children. The applicant had not accepted this decision.

The court subsequently stressed that in the proceedings under the Hague Convention it should be firstly established whether wrongful removal or retention took place. It further held that in the case at issue there had been no wrongful removal since the applicant had agreed to P and J's trip to Poland on the 4 October 2008. With reference to the fact that M.S. failed to return on 20 October 2008 (the date agreed with the applicant), the court noted that she had been granted temporary custody over her children for the duration of the divorce proceedings. When the interim order was delivered, that is between 4 and 20 October 2008, the children remained in Poland with their father's consent. Consequently, M.S. could have decided to stay in Poland also after 20 October 2008 and there had been no wrongful retention in the case.

The court also considered that the interim custody order was not contrary to Article 16 of the Hague Convention, since the applicant's request for return of his children had been received by the Kraków Regional Court only on 25 November 2008 while the custody order had been delivered on 15 October 2008.

Lastly, the court held that the refusal to grant the request for return was not contrary to Article 17 of the Hague Convention, since that provision concerned custody decisions delivered after the removal of a child.

29. On 24 March 2009 the applicant lodged an appeal against the first-instance decision. He argued that the contested decision was in breach of Article 3 of the Hague Convention. He further argued that Article 17 of that Convention was also breached as the first-instance court had relied on a decision which was merely of a temporary character, whereas this provision expressly prohibited to refuse an application for return on the basis that a decision on custody was given in the country to which children were abducted.

30. On 2 June 2009 the Kraków Regional Court dismissed the applicant's appeal. The court first refused to accept as evidence the document from the Swiss Central Authority since that document failed to refer to the interim custody order of 15 October 2008. In its decision, the Kraków Regional Court referred in particular to the events leading to the breakdown of the applicant's marriage. It also noted that when M.S. had discovered that the applicant's new partner had been pregnant, she had decided to institute divorce proceedings. However, she had been informed by a Swiss lawyer that in view of the applicant's lack of consent to a divorce, she could only have filed a petition in Switzerland after two years of separation. For these reasons she had decided to file a petition for divorce with the Polish courts. The court further noted that on 4 October 2008 M.S. had arrived in Kraków with her children in order to spend two weeks of school holidays there, after having obtained the applicant's consent for their trip. The court further stressed that M.S. decided to stay in Poland permanently only when she was granted temporary custody. Consequently, in the court's opinion the removal of the children was not a wrongful removal within the meaning of Article 3 of the Hague Convention.

The decision was served on the applicant on 28 July 2009. It is final.

## II. RELEVANT LAW AND PRACTICE

### 1. Relevant International Law

31. The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction ("The Hague Convention") was published in the Polish Official Journal on 25 September 1995. It provides, in so far as relevant:

#### Article 3

"The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where -

a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and

b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State."

#### Article 11

"The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.

If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. If a reply is received by the Central Authority of the requested State, that Authority shall transmit the reply to the Central Authority of the requesting State, or to the applicant, as the case may be."

#### Article 12

"Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.

Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child."

#### Article 13

"Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that -

(a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or

(b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence."

#### Article 14

"In ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention within the meaning of Article 3, the judicial or administrative authorities of the requested State may take notice directly of the law of, and of judicial or administrative decisions, formally recognised or not in the State of the habitual residence of the child, without recourse to the specific procedures for the proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable."

#### Article 15

"The judicial or administrative authorities of a Contracting State may, prior to the making of an order for the return of the child, request that the applicant obtain from the authorities of the State of the habitual residence of the child a decision or other determination that the removal or retention was wrongful within the meaning of Article 3 of the Convention, where such a decision or determination may be obtained in that State. The Central Authorities of the Contracting States shall so far as practicable assist applicants to obtain such a decision or determination."

#### Article 16

"After receiving notice of a wrongful removal or retention of a child in the sense of Article 3, the judicial or administrative authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which it has been retained shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention or unless an application under this Convention is not lodged within a reasonable time following receipt of the notice."

#### Article 17

"The sole fact that a decision relating to custody has been given in or is entitled to recognition in the requested State shall not be a ground for refusing to return a child under this Convention, but the judicial or administrative authorities of the requested State may take account of the reasons for that decision in applying this Convention."

#### Article 19

"A decision under this Convention concerning the return of the child shall not be taken to be a determination on the merits of any custody issue."

### 2. Explanatory Report to the Hague Convention

32. The most relevant part of the Explanatory Report to the Hague Convention by Elisa Pérez-Vera (hereafter: "the Explanatory Report") reads as follows:

#### Article 3 – The unlawful nature of removal or retention

"71 ... from the Convention's standpoint, the removal of a child by one of the joint holders without the consent of the other, is equally wrongful, and this wrongfulness derives in this particular case, not from some action in breach of a particular law, but from the fact that such action has disregarded the rights of the other parent which are also protected by law, and has interfered with their normal exercise. The Convention's true nature is revealed most clearly in these situations: it is not concerned with establishing the person to whom custody of the child will belong at some point in the future, nor with the situations in which it may prove necessary to modify a decision awarding joint custody on the basis of facts which have subsequently changed. It seeks, more simply, to prevent a later decision on the matter being influenced by a change of circumstances brought about through unilateral action by one of the parties."

#### Article 17 — The existence of a decision on custody in the requested State

"122. The origins of this article clearly demonstrate the end pursued. The First Commission initially adopted a provision which gave absolute priority to the application of the Convention, by making the duty to return the child prevail over any other decision on custody, which had been issued or was likely to be issued in the requested State. At the same time, it accepted the possibility of a reservation allowing the return of the child to be refused, when its return was shown to be incompatible with a decision existing in the State of refuge, prior to the 'abduction'. The current text is therefore the result of a compromise which was reached in order to eliminate a reservation in the Convention, without at the same time reducing the extent of its acceptability to the States. In this way, the original provision was recast by emphasizing that the sole fact that a decision existed would not of itself prevent the return of the child, and by allowing judges to take into consideration the reasons for this decision in coming to a decision themselves on the application for the child's return.

123. The solution contained in this article accords perfectly with the object of the Convention, which is to discourage potential abductors, who will not be able to defend their action by means either of a 'dead' decision taken prior to the removal but never put into effect, or of a decision obtained subsequently, which will, in the majority of cases, be vitiated by fraud. Consequently, the competent authority of the requested State will have to regard the application for the child's return as proof of the fact that a new factor has been introduced which obliges it to reconsider a decision which has not been put into effect, or which was taken on the basis of exorbitant grounds of jurisdiction, or else failed to have regard to the right of all the parties concerned to state their case. Moreover, since the decision on the return of the child is not concerned with the merits of custody rights, the reasons for the decision which may be taken into consideration are limited to those which concern 'the application of the Convention'. A situation brought about by a decision issued by the authorities of the State of a child's habitual residence prior to its 'abduction' and which granted custody to the 'abductor', would normally be resolved by applying article 3 of the Convention, since the existence of a claimed right to custody must be understood in accordance with the law of that State."

3. Convention No. 34 on Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures For The Protection of Children, prepared within the framework of The Hague Conference on Private International Law

33. Article 7 of this Convention defines wrongful removal of a child as follows:

"(1) In case of wrongful removal or retention of the child, the authorities of the Contracting State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention keep their jurisdiction until the child has acquired a habitual residence in another State, and

a) each person, institution or other body having rights of custody has acquiesced in the removal or retention; or b) the child has resided in that other State for a period of at least one year after the person, institution or other body having rights of custody has or should have had knowledge of the whereabouts of the child, no request for return lodged within that period is still pending, and the child is settled in his or her new environment.

(2) The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where -

a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph a above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

(3) So long as the authorities first mentioned in paragraph 1 keep their jurisdiction, the authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which he or she has been retained can take only such urgent measures under Article 11 as are necessary for the protection of the person or property of the child."

4. Relevant Domestic Law

34. The 1964 Code of the Polish Code of Civil Procedure (Kodeks Postępowania Cywilnego) in Article 577 provides as follows:

"The custody court can change its decision if the best interests of the person it concerns so require."

5. Relevant Swiss Law

35. Article 85 of the Federal Act on Private International Law of 18 December 1987, in so far as relevant, reads:

"1. In matters of child protection by Swiss judicial or administrative authorities applicable law and the recognition and enforcement of foreign decisions or measures are governed by the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures For The Protection of Children. (...)

2. The Swiss judicial or administrative authorities Swiss shall have jurisdiction where protection of a person or property so requires."

36. The Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults of 21 December 2009, provides, in so far as relevant:

Art. 1 Federal central authority

"1. The Federal Office of Justice ("the Office") is the federal central authority in charge of implementing the conventions listed in the preamble.

2. The Office shall perform the tasks set out in the 1980 Hague Convention and the 1980 European Convention."

Art. 2 Cantonal central authorities

"Each canton shall designate a central authority responsible for implementation of the 1996 and 2000 Hague Conventions."

## Art. 5 Return and best interests of the child

“Under Article 13 paragraph 1 letter b of the 1980 Hague Convention, the return of a child places him or her in an intolerable situation where:

- a. placement with the parent who filed the application is manifestly not in the child’s best interests;
- b. the abducting parent is not, given all the circumstances, in a position to take care of the child in the State where the child was habitually resident immediately before the abduction or this cannot reasonably be required from this parent; and
- c. placement in foster care is manifestly not in the child’s best interests.”

## 6. Relevant Case-Law of Various Jurisdictions on the Hague Convention

37. The Swiss Federal Tribunal has held in a number of cases, with regard to consent and acquiescence, that left behind parent must clearly agree, explicitly or tacitly, to a durable change in the residence of the child. To this end the burden is on the abducting parent to show factual evidence which would lead to such a belief being plausible (see 5.P367/2005; 5.P380/2006; 5P.1999/2006).

38. The High Court of the United Kingdom held, in the case *N. v. N.* [1995] 1 FLR 107, that abducting parents should not be empowered to defeat the purpose of the Hague Convention by manipulation.

## THE LAW

### I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLES 6 AND 8 OF THE CONVENTION

39. The applicant complained that there was a breach of his right to respect of family life in that the domestic courts failed to correctly apply the Hague Convention criteria when deciding on his request for a return order. The complaint falls to be examined under Article 8 of the Convention. He also claimed under Article 6 of the Convention that the proceedings under the Hague Convention had been unfair. Articles 6 and 8 of the Convention provide, in so far as relevant:

#### Article 6 § 1

“In the determination of his civil rights and obligations ... everyone is entitled to a fair ... hearing ... by [a] ... tribunal ...”

#### Article 8

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

#### A. Admissibility

40. The Court firstly notes that the complaints raised by the applicant are essentially directed against the merits of the decision, concerning the issue of an alleged international abduction of children. The Court further considers that the main legal issue raised by the application concerned the applicant’s right to family life as provided for by Article 8 of the Convention. It therefore considers that its examination should exclusively address the issue raised under Article 8 of the Convention and that therefore it is not necessary to examine whether there has also been a violation of Article 6 § 1 of the Convention (see *Raban v. Romania*, no. 25437/08, § 23, 26 October 2010)

41. Consequently, the Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

#### B. Merits

##### 1. The applicant’s submissions

42. The applicant submitted that the domestic courts had failed to apply the Hague Convention criteria when deciding his request for return of the children. He maintained that the retention of the children was wrongful, as confirmed by the competent Swiss authorities.

43. The applicant further pointed that the proper application of the Hague Convention should have consisted of two stages. First the court should have assessed whether there had been wrongful removal or retention. Secondly, the court should have assessed the positive and negative prerequisites of the return of the children.

44. In the applicant’s opinion, in the present case the domestic courts failed to assess the wrongfulness of retention of children in Poland in the light of the law governing the children’s habitual place of residence. In addition, they had failed to assess the prerequisites of the return of children based on their own findings in the proceedings regarding the return of the children. Instead the court had based its decision on the custody decision issued in the divorce case.



45. He further argued that when deciding what was in the children's best interest, the Polish courts failed to assess the children's situation in case of their return to Switzerland.

46. He also submitted that the decision refusing the return of his children to Switzerland had been issued under the influence of a practice favouring granting custody to mothers.

## 2. The Government's submissions

47. The Government submitted that the proceedings at issue had been very complex and of a sensitive nature. Furthermore, they had been important for the applicant as they had concerned close family matters.

48. They further stressed that while the children's "habitual residence" for the purposes of the Hague Convention had been in Switzerland, the applicant had given his consent for the children's journey to Poland from 4 to 20 October 2008, which had rendered Article 3 of the Hague Convention inapplicable.

49. In addition, they stressed that the children remained in Poland on the basis of the interim order of 15 October 2008. Consequently, no wrongful removal or retention took place.

50. The Government further maintained that inapplicability of Article 3 of the Hague Convention had not been the sole argument that had led the national jurisdiction to refuse to order the return of the children. The other arguments repeated by the domestic courts had been the children's best interest and the fact that the children had integrated into their new environment successfully which, in their opinion, had made the exception provided in Article 13 § 1 (b) of the Hague Convention applicable.

51. The Government argued that the domestic courts had taken into consideration the parties' arguments concerning the consent given by the father to take the children to Poland. Evidence had been obtained from both parties in the proceedings. The courts had examined documents submitted by the parties, expert reports, psychological evaluations of the children and witness testimonies.

52. The Government concluded that there had been no arbitrariness in the way the case was examined. The Kraków Regional Court had given a decision with particular consideration to the principle of the best interest of the children's who at that time had been very well-integrated into their new environment.

## 3. The Court's assessment

53. The Court notes, firstly, that it is common ground that the relationship between the applicant and his children falls within the sphere of family life under Article 8 of the Convention.

54. The Court reiterates that the mutual enjoyment by parents and children of each other's company constitutes a fundamental element of family life and is protected under Article 8 of the Convention (see *Monory v. Romania and Hungary*, no.71099/01, § 70, 5 April 2005, and *Iosub Caras v. Romania*, no. 7198/04, §§ 28-29, 27 July 2006).

55. While the essential object of Article 8 of the Convention is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities, there are in addition positive obligations inherent in an effective "respect" for family life (see, for example, *Chabrowski v. Ukraine*, no. 61680/10, § 104, 17 January 2013, with further references). Positive obligations under Article 8 of the Convention may involve the adoption of measures designed to secure respect for rights guaranteed by this provision even in the sphere of relations between individuals, including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights and the implementation, where appropriate, of specific measures (see, *mutatis mutandis*, *Tysi c v. Poland*, no. 5410/03, § 110, ECHR 2007-I).

In this area the decisive issue is whether a fair balance was struck between the competing interests at stake – those of the child, the two parents and public order – within the margin of appreciation afforded to States in such matters (see *Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, § 62, 6 December 2007), bearing in mind, however, that the child's best interests must be the primary consideration (see *X v. Latvia [GC]*, no. 27853/09, § 95, 26 November 2013).

56. On the facts of the present case, the Court observes that the primary interference with the applicant's right to respect for his family life may not be attributed to an action or omission by the respondent State but rather to the actions of the mother, a private party, who has retained the children in Poland (*López Gui  v. Slovakia*, no. 10280/12, § 85, 3 June 2014).

57. It therefore remains to be ascertained whether there were any positive obligations on the part of the respondent State that required to be taken with a view to securing to the applicant his right to respect for his family life and, if so, whether any such positive obligations have been complied with by the respondent State.

58. The Court has held in the past that the State's positive obligations under Article 8 include a right for parents to have access to measures which will enable them to be reunited with their children and an obligation on the national authorities to take such action (see *Chabrowski*, cited above, § 105).

59. As to the ensuing question whether in discharging its obligations under the Hague Convention Poland has complied with its positive obligations under Article 8 of the Convention, the Court finds it opportune, at the outset,

to refer to the summary of the general principles applicable in any assessment under the Convention of complaints concerning proceedings under the Hague Convention set out in its recent judgment in the case of *X v. Latvia* [GC] (cited above, §§ 99-108).

60. In respect of those general principles, the Court would observe, in particular, that the extent of its jurisdiction under Article 32 of the Convention is limited to matters concerning the interpretation and application of the Convention and the Protocols thereto. Nevertheless, in the area of international child abduction, the obligations imposed on the Contracting States by Article 8 of the Convention must be interpreted in the light of the requirements of the Hague Convention and those of the Convention on the Rights of the Child, and of the relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties (see *X v. Latvia* [GC], cited above, § 93, with further references).

61. Under Article 3 of the Hague Convention, the removal or retention of a child is to be considered “wrongful” where it is in breach of rights of custody attributed to a person under the law of the State in which the child was “habitually resident” immediately before the removal or retention (see paragraph 31 above).

62. Furthermore, it is relevant to have regard to the Explanatory Memorandum to this Article, referred in paragraph 32 to above, which emphasizes that “[f]rom the Convention standpoint, the removal of a child by one of the joint holders without the consent of the other, is equally wrongful, and this wrongfulness derives in this particular case, not from some action in breach of a particular law, but from the fact that such action has disregarded the rights of the other parent which are also protected by law and has interfered with their normal exercise.” The Memorandum further explains that the Hague Convention essentially “seeks (...) to prevent a later decision on the matter being influenced by a change of circumstances brought about through unilateral action by one of the parties.”

63. The Court notes that in the present case the children’s mother left Switzerland where the children were habitually resident at that time on 4 October 2008 for two-week school holidays. She promised to return with them on 20 October 2008. The applicant had agreed for them leaving Switzerland for that purpose and consented to the travelling dates. Hence, the Court can accept that the children’s removal could reasonably be regarded as not being in breach of Article 3 of the Hague Convention and that the domestic courts did not err in law in referring to the applicant’s agreement and considering that the removal as such, in the light of that agreement, was not “wrongful” in the sense of the Hague Convention, as explained in the Explanatory Report.

64. However, the same cannot be said of the subsequent “retention” of the children in Poland, quite evidently without the father’s consent, after the period of the two-week holiday had expired. The Court cannot overlook that already prior to leaving Switzerland on 4 October 2008 the children’s mother had already lodged, on 24 September 2008, a petition to divorce and applied for an interim custody order. She had also informed the court that she would be in Kraków after 4 October 2008. Subsequently, on 15 October 2008 she obtained that order.

65. When in 2009 the courts examined the applicant’s request for the children’s return under the Hague Convention, they refused to grant it as they considered that there had been no wrongful removal and retention of the children from Switzerland. They reached this conclusion referring to two factors: firstly, to the applicant’s prior agreement to the trip to Poland, and secondly, to the interim custody order given by the Polish courts at the mother’s request during that trip. It was that order which, in the view of the Polish courts, stripped the children’s retention of its wrongful character. However, it was not in dispute either before the domestic courts nor before the Court that prior to their leaving for Poland for what was originally planned as two-week holiday the children had habitual residence in Switzerland. Nor was it disputed that the applicant and M.S. jointly exercised custody rights over them under the law of that state (see paragraphs 6, 8 and 21 above). The Court also attaches weight in this respect to the relevant information contained in the letter of the Swiss Central Authority of 13 March 2009 (see paragraph 21 above).

66. The Court notes that the specific sequence of events in the present case, with the interim custody order of the Polish courts intervening already after the children had left Switzerland, resulted in the courts dealing with the applicants’ application for their return in such a way as to consider their retention in Poland lawful, regardless of the fact that the applicant had never given his agreement to their permanent stay there and the courts were aware of it. Under the terms of the Hague Convention the wrongfulness of the removal and retention derives from the fact that such action has interfered with the normal exercise of the parental rights of one of their holders under the law of the State where the children previously had their habitual residence (that is, in the present case Switzerland), not under the law of the requested State (that is, in the present case, Poland). Yet, in the present case the Polish courts ignored the law of the previous habitual residence of the children and instead relied on their own law, that is the law of the requested State. In so doing, the Polish courts did not take this aspect of the case into consideration and, as a result of the mother’s unilateral act, the applicant was deprived of the protection he could reasonably expect to enjoy under its provisions.”

67. Hence, the provisions of the applicable law were in the present case applied in such a way as to render meaningless the applicant’s lack of consent for the children’s permanent stay in Poland.

68. The Court further observes that the children’s mother applied for an interim order granting her temporary custody for the duration of the divorce proceedings. The Kraków Regional Court granted her application on 15 October 2008. The Court notes that the applicant was neither notified of the mother’s application nor informed about the court session at which this application was to be examined. He was therefore not afforded an opportunity to be heard on the matter. As this decision was subsequently heavily relied on by the court dealing with the applicant’s request for the children’s return lodged under the Hague Convention, the Court accepts that

the absence of procedural safeguards at this stage of the proceedings had an incidence on the outcome of the return proceedings (compare and contrast, *Sneersone and Kampanella v. Italy*, no 14737/09, § 100-101, 12 July 2011, *mutatis mutandis*).

69. It is not the task of this Court to interpret the terms of the Hague Convention or to substitute itself for the national courts in regard to the interpretation of the relevant law applicable within the domestic legal order. However, the Court cannot but conclude that the objective result in the present case is that the legitimate interests of the applicant, as the father of the children, were not taken into account in an adequate or fair manner in the judicial decision-making process in Poland.

70. Furthermore, in matters pertaining to the reunification of children with their parents, the adequacy of a measure is also to be judged by the swiftness of its implementation, such cases requiring urgent handling, as the passage of time can have irremediable consequences for the relations between the children and the parent who does not live with them (see, among many other authorities, *Iosub Caras v. Romania*, no 7198/04, §§ 38, 27 July 2006; *Penchevi v. Bulgaria*, no. 77818/12, § 58, 10 February 2015). The Hague Convention recognises this fact because it provides for a whole series of measures to ensure the immediate return of children removed to or wrongfully retained in any Contracting State. Indeed, Article 11 of the Hague Convention imposes a six-week time-limit for the required decision, failing which the decision body may be requested to give reasons for the delay (*Raw and Others v. France*, no. 10131/11, § 83, 7 March 2013; *M.A. v. Austria*, no. 4097/13, § 109, 15 January 2015). Despite this recognised urgency, in the instant case over six months elapsed from the date on which the first applicant's request for the return of the children was transmitted to the Kraków Court to the date of the final decision. No satisfactory explanation was put forward by the Government for this delay. It follows that the time it took for the courts to adopt the final decision failed to meet the urgency of the situation.

71. Finally, the Court notes that it has not been argued, let alone shown, either in the domestic proceedings or before the Court, that the children's return to Switzerland would have not served their best interest on account of any alleged inappropriate behaviour or wrongdoing of the applicant in his role as a father.

72. Having regard to the circumstances of the case seen as a whole, the Court is of the view that the respondent State failed to secure to the applicant the right to respect for his family life.

73. There has therefore been a violation of Article 8 of the Convention.

74. Lastly, the Court observes that, as the children will soon reach the age of majority, there is no basis for the present judgment to be interpreted as obliging the respondent State to take steps ordering their return to Switzerland.

## II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

75. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

### A. Damage

76. The applicant claimed 2,000,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage. He sought compensation for major disruption of his family life and rupture of close bonds with his children he had had before their retention in Poland by their mother and for substantial impact it had on his and his children's lives.

77. He further claimed EUR 10,393 in respect of pecuniary damage. He referred to the costs of travel incurred by him in order to see his children and maintain the emotional ties with them in so far as it was possible in the circumstances between October 2008 and March 2013 until the final decision regarding divorce and custody was made.

78. The Government contested these claims. In respect of non-pecuniary claims it was of the view that they were exorbitant. As to the pecuniary damage the Government were of the view that they were partly unconnected with the violation alleged and partly unsubstantiated.

79. The Court discerns a causal link between the violation found and the pecuniary damage alleged, given that had the violation not occurred the applicant would not have had to travel to Poland to be with his children during the mentioned period (see *Penchevi v. Bulgaria*, no. 77818/12, § 83, 10 February 2015). However, on the basis of the documentary evidence before it, and in particular the flight bookings submitted by the applicant and concerning his travels to Cracow, the Court allows this claim only partially, awarding EUR 3,700 in respect of pecuniary damage.

80. However, it awards the applicant EUR 7,800 in respect of non-pecuniary damage.

### B. Costs and expenses

81. The applicant also claimed EUR 6,000 for the costs and expenses incurred before the Court.

82. The Government contested the claim.

83. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the above criteria, the Court rejects the claim for costs and expenses.

#### C. Default interest

84. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

#### FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Declares unanimously, the application admissible;

2. Holds, by four votes to three, that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

3. Holds, by four votes to three,

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into the Polish zlotys:

(i) EUR 3,700 (three thousand seven hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of pecuniary damage;

(ii) EUR 7,800 (seven thousand eight hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points.

4. Dismisses, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 21 July 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos Guido Raimondi

Registrar President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the joined separate opinion of Judges Nicolaou, Wojtyczek and Vehabović is annexed to this judgment.

G.R.A.

F.E.P.

#### Zdanie odrębne

##### ZDANIE ODREBNE SĘDZIÓW NICOLAOU, WOJTYCZKA ORAZ VEHAHOVIĆ

1. Z szacunkiem nie zgadzamy się z opinią większości, że w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia Artykułu 8.

2. Kontekst jest niezwykle ważny. Należy zatem dodać kilka istotnych punktów do prezentacji okoliczności faktycznych.

Małżonkowie byli polskimi obywatelami, którzy pobrali się w Polsce a następnie przeprowadzili się do Szwajcarii, gdzie mieli dzieci. Wydarzyło się to widocznie przy założeniu, że życie małżeńskie będzie toczyło się dalej bez przeszkód. Niestety tak się nie stało, co zostało potwierdzone przez polskie sądy w postępowaniu rozwodowym, rozpad małżeństwa nastąpił wyłącznie na skutek zachowania skarżącego. Nawiązał on relację z pracownicą, z którą zamieszkał bardzo blisko miejsca, w którym mieszkała także jego żona. Znalazła się ona w całkowitej izolacji, lecz nie porzuciła nadziei, że jej mąż może do niej wrócić. Sprawy osiągnęły punkt krytyczny, gdy

partnerka skarżącego zaszła w ciążę. Zgodnie z ustaleniami powziętymi w toku postępowania rozwodowego, skarżący sprawił, że jego żona znalazła się w bardzo trudnym położeniu. Zamknął on własny rachunek bankowy oraz dezaktywował kartę kredytową żony. Oświadczył żonie, że ich oszczędności wynoszące 80.000 franków szwajcarskich (CHF) zostaną podzielone na dwie części, lecz ona otrzyma jedynie od 9.000 do 10.000 CHF. Następnie skarżący nakazał żonie opuścić ich mieszkanie i przeprowadzić się do mieszkania dwupokojowego. Skarżący zabrał także większość dokumentów należących do jego żony, takie jak świadectwo pracy i jej listy. Stan zdrowia żony skarżącego pogorszył się: rozwinęła się u niej anemia, utrata wagi oraz zaczęła cierpieć na poważną depresję.

Wydarzenia te, w połączeniu z tym co zostało uznane przez sąd krajowy za negatywny stosunek skarżącego wobec niej, umieściło ją w niekorzystnej sytuacji. Następnie poinformowała skarżącego w kwietniu 2008 roku, że wystąpi z pozwem o orzeczenie rozwodu w Polsce. Nie było w tym działaniu nic niewłaściwego. Jej miejsce zamieszkania znajdowało się w Polsce. Nie poszukiwała zatem najkorzystniejszej jurysdykcji. Mając na uwadze sposób w jaki potoczyły się sprawy, nie mogła dłużej liczyć na godne życia w Szwajcarii i nie miała innej alternatywy, jak tylko poszukiwać nowego początku w ojczyźnie.

Pierwszy etap postępowania w Polsce został zainicjowany w celu ustalenia, który sąd w tym kraju ma właściwość terytorialną w sprawie rozwodowej. Zakończył się postanowieniem Sądu Najwyższego, wydanym we wrześniu 2008 roku. Zaraz po tym, żona skarżącego wszczęła tam postępowanie rozwodowe.

Nie istnieją dowody świadczące o tym, że skarżący nie został powiadomiony o postępowaniu rozwodowym, ani że wniósł skargę w tym względzie. W następstwie wydania postanowienia z dnia 15 października 2008 roku wniósł zażalenie. Jego zażalenie zostało poddane ocenie i oddalone. Postanowienie w sprawie zażalenia zawierało uzasadnienie.

Ponadto, sądy uwzględniły dobro skarżącego w postanowieniach zabezpieczających wydanych w dniu 17 grudnia 2008 roku oraz w dniu 27 stycznia 2009 roku, gdy skarżącemu umożliwiono kontakt z dziećmi w określony dzień.

3. Kontekst jest również ważny w celu interpretacji traktatów. Konwencja haska z 1980 roku nie stanowi jedyne instrumentu, który reguluje kwestie związane z uprowadzeniem dziecka w stosunkach pomiędzy Polską i Szwajcarią. Oba państwa są także stronami Konwencji luksemburskiej z 1980 roku (Europejska Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem). Sama Konwencja haska z 1980 roku musi być interpretowana i stosowana w kontekście Konwencji luksemburskiej. Po drugie, prawa rodzicielskie są regulowane na podstawie Konwencji o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej i środków ochrony dzieci z 1996 roku. Prawdą jest, że w 2008 roku Polska nie była jeszcze stroną tego traktatu; jednakże, Szwajcaria była nie tylko stroną traktatu, lecz także włączyła go do krajowego porządku prawnego. Artykuł 11 ust. 1 tej ostatniej Konwencji stanowi:

"We wszystkich nagłych przypadkach, władze Umawiającego się Państwa, na terytorium którego znajduje się dziecko lub własność należąca do dziecka, są właściwe do podejmowania wszelkich niezbędnych środków ochrony."

4. Większość uważa, że postanowienie dotyczące odmowy zwrotu dziecka w okolicznościach niniejszej sprawy stanowiło naruszenie Konwencji haskiej z 1980 roku, a zatem także naruszenie Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Nie zgadzamy się z tym stanowiskiem.

W sprawie X. przeciwko Łotwie Trybunał wyjaśnił związek pomiędzy Europejską Konwencją Praw Człowieka a Konwencją haską z 1980 roku w następujący sposób (§ 106):

"Trybunał stwierdza, że harmonijna interpretacja Europejskiej Konwencji oraz Konwencji haskiej (zob. paragraf 94 powyżej) może zostać osiągnięta pod warunkiem, że przestrzegane są następujące dwa warunki. Po pierwsze czynniki, które mogą stanowić wyjątek od obowiązku natychmiastowego zwrotu dziecka przy zastosowaniu Artykułów 12, 13 oraz 20 rzeczony Konwencji w szczególności, gdy zostaną podniesione przez jedną ze stron postępowania, muszą rzeczywiście zostać uwzględnione przez wezwany sąd. Sąd musi następnie wydać postanowienie, które jest właściwie uzasadnione w celu umożliwienia weryfikacji przez Trybunał, czy kwestie te zostały zbadane w sposób skuteczny. Po drugie, czynniki te muszą podlegać ocenie w świetle Artykułu 8 Konwencji (zob. Neulinger i Shuruk, cyt. powyżej, § 133)."

W sprawie Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii ([GC], skarga nr 41615/07, § 145, ECHR 2010), Konwencja haska z 1980 roku została określona jako "zasadniczy instrument o charakterze proceduralnym a nie traktat praw człowieka". Stanowisko to pozostaje niezmienione wyrokiem w sprawie X przeciwko Łotwie ([GC], skarga nr 27853/09, ECHR 2013), w którym Wielka Izba dokonała przeglądu zasad ogólnych. Sama Konwencja haska z 1980 roku uwzględnia przesłanki, które wymuszają odejście od zwykłej zasady jurysdykcji dotyczącej zwykłego miejsca pobytu dzieci. Podejście, które należy zastosować zostało w sposób jasny wyjaśnione przez Trybunał (Sekcja III) w sprawie Maumousseau i Washington przeciwko Francji (skarga nr 39388/05, § 72, z dnia 6 grudnia 2007 roku):

"Trybunał zauważa, że nie należy stosować w sposób automatyczny lub mechaniczny zwrotu dziecka, w sytuacji powoływania się na Konwencję haską, co zostało wskazane poprzez uznanie, że w tym instrumencie istnieje szereg wyjątków od obowiązku państwa członkowskiego do zwrotu dziecka (zob. w szczególności Artykuły 12, 13 oraz 20), w oparciu o obiektywne rozważenie odnoszące się do rzeczywistej osoby dziecka i jego środowiska, zatem wskazując na powyższe zadaniem sądu rozpoznającego sprawę jest przyjęcie podejścia in concreto w każdej sprawie."

W sytuacji, gdy kwestia wchodzi w zakres stosowania Artykułu 13 lit. b Konwencji haskiej z 1980 roku, sam sąd krajowy przyjrzy się istocie problemu i wyda właściwe postanowienie w sprawie opieki, jeżeli wymagać tego będzie dobro dziecka. Powyższe zostało powtórzone przez Wielką Izbę w wyroku w sprawie X przeciwko Łotwie

(cyt. powyżej), w którym stwierdzono (§ 98):

"Tak więc, wynika bezpośrednio nie tylko z Artykułu 8 Konwencji, lecz także z samej Konwencji haskiej, mając na względzie określone tam wyraźnie wyjątki od zasady szybkiego zwrotu dziecka do jego lub jej kraju zwykłego pobytu, że taki zwrot nie może być orzecznym w sposób automatyczny lub mechaniczny (zob. Maumousseau i Washington, cyt. powyżej, § 72, oraz Neulinger i Shuruk, cyt. powyżej, § 138)."

Dalej w wyroku, Wielka Izba wyjaśniła w sposób następujący (§§ 101 oraz 102):

"101. Tak więc, w kontekście zastosowania zwrotu w trybie Konwencji haskiej, który różni się zatem od postępowania w sprawie opieki, pojęcie dobra dziecka musi podlegać ocenie w świetle wyjątków określonych w Konwencji haskiej, które dotyczą upływu czasu (Artykuł 12), warunków stosowania Konwencji (Artykuł 13 lit. a) oraz istnienia 'poważnego ryzyka' (Artykuł 13 lit. b), oraz zgodności z podstawowymi zasadami obowiązującymi w wezwanym państwie w zakresie ochrony praw człowieka i podstawowych wolności (Artykuł 20). Zadanie to należy w pierwszej instancji do władz krajowych wezwanego państwa, które, *inter alia*, mają przywilej bezpośredniego kontaktu z zainteresowanymi stronami. Wykonując zadanie na podstawie Artykułu 8, sądy krajowe korzystają z marginesu swobody uznania, który jednakże podlega europejskiemu nadzorowi, zgodnie z którym Trybunał dokonuje przeglądu na podstawie Konwencji postanowień wydanych przez te władze w zakresie wykonywania tego uprawnienia (zob., *mutatis mutandis*, Hokkanen przeciwko Finlandii, z dnia 23 września 1994 roku, § 55, Seria A nr 299-A; a także Maumousseau i Washington, cyt. powyżej, § 62, oraz Neulinger i Shuruk, cyt. powyżej, § 141).

102. W szczególności, w kontekście tej oceny, Trybunał przypomina, że nie proponuje, by zastąpić jego własną ocenę przez tę, która została dokonana przez sądy krajowe (zob., na przykład, Hokkanen przeciwko Finlandii, cyt. powyżej, oraz K. i T. przeciwko Finlandii [GC], skarga nr 25702/94, § 154, ECHR 2001-VII). Niemniej, musi upewnić się, że proces decyzyjny prowadzący do przyjęcia kwestionowanych środków przez sądy krajowe był sprawiedliwy i pozwolił osobom zainteresowanym na przedstawienie ich sprawy w sposób pełny oraz że dobro dziecko podlegało ochronie (zob. Eskinazi i Chelouche przeciwko Turcji (dec.), skarga nr 14600/05, ECHR 2005-XIII (fragmenty); Maumousseau i Washington, cyt. powyżej, oraz Neulinger i Shuruk, cyt. powyżej, § 139)."

Sprawa Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii (cyt. powyżej, § 149) wskazuje, że może rzeczywiście istnieć związek pomiędzy dobrem dziecka a wyborem rodzica, z powodu jakiegoś szczególnego ograniczenia, by nie wracać do państwa, w którym mieli miejsce zwykłego pobytu. Sąd krajowy może wtedy słusznie orzec, że wydanie postanowienia o zwrocie dziecka spowoduje, że znajdą się w trudnym położeniu i narazi ich na cierpienie psychiczne. Taki obrót sprawy pozwala na zastosowanie Artykułu 13 lit. b Konwencji haskiej z 1980 roku. Jeżeli sąd krajowy tak postanowi, ma obowiązek dokonać oceny istoty problemu w związku z postępowaniem w sprawie opieki w celu rozstrzygnięcia, czy powinien wydać postanowienie zabezpieczające. Wydanie takiego postanowienia jest w całości zgodne z Konwencją haską z 1980 roku, której znaczenia jako traktatu dokonującego podziału w obszarze jurysdykcji nie jest w ten sposób podważone. Przedmiotową sytuację należy porównać ze sprawami, które wchodziły w zakres rozporządzenia Bruksela IIa, w którym, zgodnie z prawem Unii Europejskiej, zasada "wzajemnego zaufania" bierze górę bez względu na okoliczności: zob. *Povse przeciwko Austrii* (dec.), skarga nr 3811/11, z dnia 18 czerwca 2013 roku; oraz zobacz także, poprzez analogię, wyrok ETS w sprawie Melloni, C 399/11, EU:C 2013, 107.

5. W sytuacji opisanej powyżej, polski sąd, przed którym zainicjowano postępowanie rozwodowe właściwie rozważył także początkowo wydanie postanowienia zabezpieczającego W tym czasie dzieci podlegały zgodnie z prawem jurysdykcji Polski. Nie zostały uprowadzone, a gdy były w Polsce matka zatrzymała je tam na podstawie postanowienia zabezpieczającego, które zostało wydane przez sąd.

Zasadniczą kwestią było to, czy pomimo faktu, że kwestie dotyczące opieki w sposób oczywisty wchodziły w zakres postępowania rozwodowego, sądy krajowe powinny odmówić rozpoznania tej sprawy i pozwolić w zamian, by została ona zbadana przez szwajcarski sąd. Jesteśmy zdania, że w tych okolicznościach sąd krajowy był uprawniony do stwierdzenia, że musiał nieuchronnie rozpoznać także kwestie dotyczące opieki W okolicznościach, które zostały już opisane mogło, co zrozumiałe, wydawać się niewyobrażalne, że gdy matka pozostanie w Polsce wobec braku jakiegokolwiek realnej alternatywy samospelnienia w Szwajcarii, jej dzieci powinny zostać odesłane do Szwajcarii bez matki i oczekiwać tam na postanowienie szwajcarskiego sądu w sprawie opieki.

Postanowienie zabezpieczające z dnia 15 października 2008 roku zostało także uwzględnione w postępowaniu w trybie Konwencji haskiej z 1980 roku. Kierując się nadrzędnym dobrem dziecka w sytuacji, gdy przedmiotowe dobro było silnie związane z trudnym położeniem, w jakim znalazła się matka, także w związku z nowym miejscem stałego pobytu, sądy krajowe musiały zachować wyjątkowo delikatną równowagę. Nic nie wskazuje, że nie dokonały tego w sposób właściwy. W kontekście bardzo wrogiej postawy skarżącego wobec żony oraz traumy doznanej przez dzieci na skutek zachowania ojca, zasadnym było stwierdzenie, że w najlepszym interesie dzieci nie leżał natychmiastowy powrót do Szwajcarii. Stwierdzenie, że postanowienie o odmowie zwrotu dzieci do Szwajcarii, by mogły pozostać z matką w Polsce mieściło się w ramach wyjątków od zasady zwrotu dziecka, która została określona w Konwencji haskiej z 1980 roku, nie stanowi nieuzasadnionej konkluzji.

6. Większość przypisuje szczególną wagę do faktu, że na samym początku, w toku postępowania w sprawie wydania postanowienia zabezpieczającego, skarżący nie został wysłuchany w sposób właściwy przez polskie sądy. Po pierwsze, pilna potrzeba może wymagać w pewnych okolicznościach podjęcia środków tymczasowych, bez oczekiwania na właściwe powiadomienie strony. Kwestia ta może zostać pozostawiona do uznania sędziego, pod warunkiem zapewnienia stronom odpowiednich gwarancji na kolejnych etapach postępowania. Po drugie, jak wspomniano powyżej, nie dostrzegamy żadnych dowodów świadczących o tym, że w październiku 2008 roku skarżący nie wiedział o wszczęciu postępowania rozwodowego. Co więcej, skarżący złożył zażalenie na postanowienie zabezpieczające z dnia 15 października 2008 roku a jego prawo do przedstawienia swojej sprawy przed sądem było w pełni poszanowane na etapie odwoławczym. Nie istnieje dowód świadczący o tym, że we

wniesionym zażaleniu skarżący sformułował zarzut naruszenia prawa do bycia wysłuchanym. W każdym razie, skarżący został powiadomiony o toczącym się postępowaniu w trybie Konwencji haskiej z 1980 roku i mógł przedstawić swoją sprawę przed sądami krajowymi na etapie dwóch instancji. Ponadto sądy krajowe uwzględniły dobro skarżącego w postanowieniu zabezpieczającym z dnia 17 grudnia 2008 roku oraz z dnia 27 stycznia 2009 roku, gdy skarżącemu przyznano możliwość kontaktu z dziećmi w określony dzień.

7. W ocenie większości okres obejmujący około sześć miesięcy, w przeciągu którego sądy krajowe rozstrzygały w sprawie w dwóch instancjach w postępowaniu skargowym, był zbyt długi. Z całym szacunkiem, wydaje się nam, że pogląd ten opiera się tylko na jednej ewentualności odnoszącej się do rozpoznania sprawy w postępowaniu uproszczonym w zakresie wydania postanowienia o zwrocie dzieci i nie uwzględnia potrzeby szczegółowej oceny okoliczności, jak w przedmiotowej sprawie.

8. Zauważamy, że w ocenie większości postanowienie zabezpieczające z dnia 15 października 2008 roku jest nieistotne z punktu widzenia szwajcarskiego prawa i nie mogło mieć wpływu na prawa rodzicielskie ojca w świetle przepisów obowiązujących w Szwajcarii. Założenie to powinno wymagać dużo bardziej szczegółowej analizy szwajcarskiego prawa. Postanowienie zabezpieczające wydane przez sąd w Polsce w dniu 15 października 2008 roku mogło zostać uznane za zasadne w świetle szwajcarskiego prawa (na podstawie Artykułu 11 ust. 1 Konwencji haskiej z 1996 roku), a zatem mogło mieć pewien wpływ na zakres przyznanego skarżącemu prawa do opieki na podstawie przepisów obowiązujących w Szwajcarii.

9. Wskazujemy jednocześnie na brak konsekwentnego podejścia Trybunału do kwestii metodologii w zakresie interpretacji traktatu. Trybunał podkreślał często, że Konwencja stanowi żywy instrument, a zatem powstrzymuje się zazwyczaj od patrzenia na travaux préparatoires, w celu ustalenia jego znaczenia. Przeciwnie podejście zostało przyjęte w odniesieniu do Konwencji haskiej z 1980 roku. W celu ustalenia znaczenia tego ostatniego instrumentu, Trybunał oparł się w głównej mierze na raporcie wyjaśniającym. Przyczyny różnic w podejściu do interpretacji traktatu nie zostały wyjaśnione.

10. Ze względów, które próbowaliśmy wyjaśnić, uznajemy w konkluzji, że polskie sądy nie przekroczyły marginesu swobodnego uznania pozostawionego Wysokim Układającym się Stronom na podstawie Artykułu 8 Konwencji.

Zdanie odrębne w języku angielskim

#### JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES NICOLAOU, WOJTYCZEK AND VEHABOVIĆ

1. We respectfully disagree with the view of the majority that in the instant case there has been a violation of Article 8.

2. Context is all-important. It is therefore necessary to add a few important points to the presentation of the factual circumstances.

The spouses were Polish nationals who got married in Poland and subsequently moved to Switzerland, where they had their children. That was apparently on the understanding that married life would continue unimpeded. Unfortunately it did not and, as confirmed by the Polish courts in the divorce proceedings, the marital split was entirely due to the conduct of the applicant. He formed a relationship with an employee, with whom he set up home very close to where his wife also had to live. She found herself completely isolated but did not abandon hope that her husband might return to her. Matters reached a crisis point when the applicant's partner became pregnant. As established in the divorce proceedings, the applicant placed his wife in a very vulnerable position. He closed his own bank account and deactivated his wife's credit card. He announced to his wife that their savings amounting to 80,000 Swiss francs (CHF) would be divided into two parts but that she would receive only CHF 9,000 to 10,000. Then the applicant ordered his wife to quit their flat and move into a two-bedroom apartment. The applicant also took most of the documents belonging to his wife, such as her employment certificates and her letters. The health of the applicant's wife deteriorated: she developed anaemia, lost weight and started to suffer from severe depression.

These events, coupled with what was accepted by the domestic court as the applicant's harsh attitude towards her, put her in an intolerable position. She then informed the applicant in April 2008 that she would be petitioning for divorce in Poland. There was nothing untoward in pursuing such a course. She was registered as being domiciled in Poland. She was therefore not forum shopping. The way things had turned out, she could no longer expect a decent life in Switzerland and had no alternative but to seek a new beginning in her home country.

A first set of proceedings in Poland was initiated to establish which court in that country had territorial jurisdiction in the divorce case. It ended with a decision of the Supreme Court, delivered in September 2008. Immediately afterwards, the applicant's wife initiated divorce proceedings there.

There is no evidence that the applicant was not notified about the divorce proceedings, nor that he made any complaint to that effect. After the order of 15 October 2008 was delivered he appealed. His appeal was examined and rejected. The appeal decision contained reasons.

Furthermore, the courts took into consideration the interests of the applicant in the interim orders of 17 December 2008 and 27 January 2009, when the applicant was granted contact with the children for a specific day.

3. Context is also all-important for the interpretation of treaties. The 1980 Hague Convention is not the only instrument regulating matters connected with child abduction in relations between Poland and Switzerland. Both States are also parties to the 1980 Luxembourg Convention (European Convention on Recognition and

Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children). The 1980 Hague Convention itself has to be interpreted and applied in the context of the Luxembourg Convention.

Secondly, parental rights are regulated by the 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. It is true that in 2008 Poland was not yet a party to this treaty; however, Switzerland was not only a party to the treaty but had also made it part of its domestic law. Article 11 § 1 of this latter Convention provides:

“In all cases of urgency, the authorities of any Contracting State in whose territory the child or property belonging to the child is present have jurisdiction to take any necessary measures of protection.”

4. The majority consider that the decision not to return the child in the circumstances of the case violated the 1980 Hague Convention and therefore also violated the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. We disagree with this view.

In *X. v. Latvia* the Court clarified the relationship between the European Convention on Human Rights and the 1980 Hague Convention in the following way (at § 106):

“The Court considers that a harmonious interpretation of the European Convention and the Hague Convention (see paragraph 94 above) can be achieved provided that the following two conditions are observed. Firstly, the factors capable of constituting an exception to the child’s immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the said Convention, particularly where they are raised by one of the parties to the proceedings, must genuinely be taken into account by the requested court. That court must then make a decision that is sufficiently reasoned on this point, in order to enable the Court to verify that those questions have been effectively examined. Secondly, these factors must be evaluated in the light of Article 8 of the Convention (see *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 133).”

In the case of *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* ([GC], no. 41615/07, § 145, ECHR 2010), the 1980 Hague Convention was described as “essentially an instrument of a procedural nature and not a human rights treaty”. That position remains unchanged by the judgment in *X v. Latvia* ([GC], no. 27853/09, ECHR 2013), in which the Grand Chamber reviewed the general principles. The 1980 Hague Convention itself provides for grounds which necessitate a departure from the normal rule of the jurisdiction of the habitual residence of the children. The approach to be taken was lucidly explained by the Court (Section III) in the case of *Maumousseau and Washington v. France* (no. 39388/05, § 72, 6 December 2007):

“The Court observes that there is no automatic or mechanical application of a child’s return once the Hague Convention has been invoked, as indicated by the recognition in that instrument of a number of exceptions to the member States’ obligation to return the child (see in particular Articles 12, 13 and 20), based on objective considerations concerning the actual person of the child and its environment, thus showing that it is for the court hearing the case to adopt an in concreto approach to each case.”

Where the matter falls under Article 13 (b) of the 1980 Hague Convention, the domestic court will itself look at the substance of the matter and make an appropriate custody order if the best interests of the children so require. This was reiterated by the Grand Chamber in *X v. Latvia* (cited above), where it was stated (at § 98):

“Thus, it follows directly not only from Article 8 of the Convention, but also from the Hague Convention itself, given the exceptions expressly enshrined therein to the principle of the child’s prompt return to his or her country of habitual residence, that such a return cannot be ordered automatically or mechanically (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 72, and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 138).”

Later in the judgment, the Grand Chamber expanded on this by explaining the following (at §§ 101 and 102):

“101. Thus, in the context of an application for return made under the Hague Convention, which is accordingly distinct from custody proceedings, the concept of the best interests of the child must be evaluated in the light of the exceptions provided for by the Hague Convention, which concern the passage of time (Article 12), the conditions of application of the Convention (Article 13 (a)) and the existence of a ‘grave risk’ (Article 13 (b)), and compliance with the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms (Article 20). This task falls in the first instance to the national authorities of the requested State, which have, inter alia, the benefit of direct contact with the interested parties. In fulfilling their task under Article 8, the domestic courts enjoy a margin of appreciation, which, however, remains subject to a European supervision whereby the Court reviews under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of that power (see, *mutatis mutandis*, *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 55, Series A no. 299-A; and also *Maumousseau and Washington*, cited above, § 62, and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 141).

102. Specifically, in the context of this examination, the Court reiterates that it does not propose to substitute its own assessment for that of the domestic courts (see, for example, *Hokkanen v. Finland*, cited above, and *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 154, ECHR 2001-VII). Nevertheless, it must satisfy itself that the decision-making process leading to the adoption of the impugned measures by the domestic courts was fair and allowed those concerned to present their case fully, and that the best interests of the child were defended (see *Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII (extracts); *Maumousseau and Washington*, cited above, and *Neulinger and Shuruk*, cited above, § 139).”

The case of *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (cited above, § 149) shows that there may indeed be a link between the best interests of children and the choice of the parent, by reason of some particular constraint, not to



return to the State where they had their habitual residence. The domestic court may then reasonably decide that ordering the return of the children would place them in an intolerable situation and expose them to psychological harm. Such a course of action is open to it under Article 13 (b) of the 1980 Hague Convention. Once it has so decided, it is duty bound to examine the substance of the matter in relation to the custody proceedings for the purpose of deciding whether or not it should make a custody order. The making of such an order is entirely consistent with the 1980 Hague Convention, whose importance as a jurisdiction-selection treaty is not thereby undermined. Such a situation is to be contrasted with cases falling within the Brussels IIa Regulation, where, under European Union law, the principle of “mutual trust” prevails whatever the circumstances may be: see *Povse v. Austria* (dec.), no. 3811/11, 18 June 2013; and see also, by analogy, the ECJ judgment in the case of *Melloni*, C-399/11, EU:C 2013, 107.

5. In the situation described above, it was right that the Polish court in which the divorce proceedings had been initiated would incidentally also consider making a custody order. At that time the children were lawfully within the jurisdiction of Poland. They had not been abducted and, once they were in Poland, the mother kept them there on the basis of an interim order of the court.

The crucial question was whether, despite the fact that custody matters naturally fall within the scope of divorce proceedings, the domestic court should have refused to entertain this matter and should instead have let it be examined by a Swiss court. We take the view that in such circumstances the domestic court was entitled to consider that it unavoidably had to deal with the custody issue as well. In the circumstances already described it may, understandably, have seemed inconceivable that while the mother remained in Poland, since she had no viable alternative for self-fulfilment in Switzerland, her children should be sent back to Switzerland without their mother and wait there for a decision of a Swiss court on the matter of custody.

The custody order of 15 October 2008 also had to be taken into account during the proceedings under the 1980 Hague Convention. In giving effect to the paramount interest of the children, when that interest was so intimately linked to the plight in which the mother had found herself, including in this regard her new place of residence, the domestic courts had to perform an exceptionally delicate balancing exercise. There is nothing to show that this exercise was not carried out correctly. In the context of the applicant’s very hostile attitude towards his wife and the trauma suffered by the children because of their father’s behaviour, it was legitimate to consider that the best interests of the children would not be served by their immediate return to Switzerland. To say that the decision not to return the children to Switzerland so that they could stay with their mother in Poland fell within the ambit of exceptions to the principle of returning the child provided for in the 1980 Hague Convention is not an unjustified conclusion.

6. The majority attribute particular importance to the fact that at the very beginning, in the interim order proceedings, the applicant was not given a proper hearing by the Polish courts. First of all, urgency may in some circumstances require provisional measures to be taken without waiting for a party to be properly notified. The matter may be left to the discretion of the judge, provided that adequate safeguards for all the parties are applied in subsequent stages of the proceedings. Secondly, as mentioned above, we do not see any evidence that in October 2008 the applicant was not aware of the initiation of divorce proceedings. Moreover, the applicant did appeal against the provisional order of 15 October 2008 and his right to be heard was fully respected on appeal. There is no evidence that in his appeal he complained of an infringement of his right to be heard. In any event, the applicant was notified about the proceedings under the 1980 Hague Convention and was able to present his case before the domestic courts at two levels of jurisdiction. Further, the domestic courts took into consideration the interests of the applicant in the interim orders of 17 December 2008 and 27 January 2009, when the applicant was granted contact with the children for a specific day.

7. The majority take the view that the period of some six months which it took the domestic courts to decide the matter, at two levels of jurisdiction in adversarial proceedings, was too long. It seems to us, with all due respect, that this view is premised on just one contingency, that of summary proceedings for ordering the return of the children, and does not take account of the needs of an in-depth examination, such as the one warranted in the present case.

8. We note that the majority consider that the interim order of 15 October 2008 was irrelevant from the viewpoint of Swiss law and could not affect the parental rights of the father under Swiss law. This assumption should have required a much more thorough analysis under Swiss law. The interim court order issued in Poland on 15 October 2008 might have been justified from the viewpoint of Swiss law (under Article 11 § 1 of the 1996 Hague Convention) and therefore could have had certain effects on the scope of the applicant’s custody rights under Swiss law.

9. We note, in passing, an inconsistent approach on the part of the Court to the question of the methodology of treaty interpretation. The Court has often emphasised that the Convention is a living instrument and therefore usually refrains from looking at the travaux préparatoires to establish its meaning. The opposite approach has been adopted in respect of the 1980 Hague Convention. To establish the meaning of the latter instrument, the Court has relied mainly on the explanatory report thereto. The reasons for the difference in the approach to treaty interpretation have not been explained.

10. For the reasons we have tried to explain, we conclude that the Polish courts did not exceed the margin of appreciation left to the High Contracting Parties under Article 8 of the Convention.

