



NOTAT

Dato: 23. juni 2010
Kontor: Familiesammenfø-
ringskontoret
J.nr.: 10/03469
Sagsbeh.: RIN

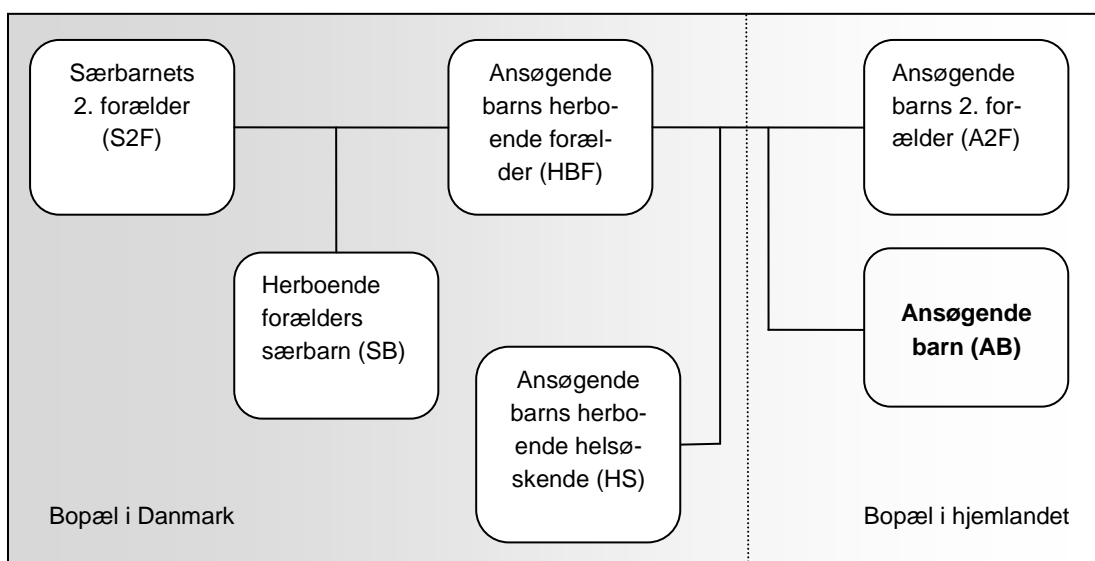
Notat om betydningen af, at den herboende forælder har herboende særbørn, i sager om opholdstilladelse efter udlændingelovens § 9, stk. 13 (Muligheden for vellykket integration).

1. Indledning

Efter udlændingelovens § 9, stk. 13, kan opholdstilladelse som led i familiesammenføring af et barn under 15 år, i tilfælde hvor barnet og en af barnets forældre er bosiddende i hjemlandet eller et andet land, kun gives, såfremt barnet har eller har mulighed for at opnå en sådan tilknytning til Danmark, at der er grundlag for en vellykket integration her i landet. Dette gælder dog ikke, hvis ansøgningen indgives senest 2 år efter, at den herboende person opfylder betingelserne i stk. 1, nr. 2, eller hvis ganske særlige grunde, herunder hensynet til familiens enhed, taler derimod.

Bestemmelsen blev indsat i udlændingeloven ved lov nr. 427 af 9. juni 2004 og gælder for ansøgninger om opholdstilladelse indgivet efter ikrafttrædelsen den 1. juli 2004.

Dette notat forholder sig til en familiesituation som illustreret nedenfor.



Notatet omhandler den situation, hvor det ansøgende barn (AB) ikke opfylder kravet i udlændingelovens § 9, stk.13, men hvor det skal vurderes, om det forhold, at den herboende forælder (HBF) har et herboende særbarn (SB) eller en herboende helsøskende (HS) til AB kan begrunde, at der foreligger sådanne ganske særlige grunde, at AB derfor alligevel bør gives ret til familiesammenføring.

Notatet gengiver relevant praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og beskriver i hvilke tilfælde, det har betydning, at HBF har SB, ligesom notatet beskriver, hvordan dette forhold skal vægtes i forhold til, om det kan begrunde fravigelse af bestemmelsen i udlændingelovens § 9, stk. 13.

Notatet beskriver således blandt andet udlændingemyndighedernes praksis for, hvornår det forhold, at HBF har SB, udgør ganske særlige grunde, og dermed kan begrunde fravigelse af bestemmelsen i udlændingelovens § 9. stk. 13.

2. Om fravigelse af kravene til familiesammenføring generelt

Har HBF forældremyndighed over eller samvær med SB, vil det efter omstændighederne kunne udgøre en hindring for, at HBF kan henvises til at udøve sit familieliv med et andet familiemedlem, der søger om familiesammenføring, i et andet land end Danmark, idet en sådan henvisning ville kunne udgøre en krænkelse af SB's ret til familieliv med begge sine forældre.

Udgangspunktet for administrationen af reglerne om familiesammenføring er derfor, at der efter en konkret vurdering vil kunne ske fravigelse af betingelserne for familiesammenføring, f.eks. tilknytningskravet og boligkravet, hvis HBF har (del i) forældremyndighed eller samværsret med et mindreårigt barn i Danmark, når barnets anden forælder (S2F) ligeledes har (del i) forældremyndigheden eller samværsret med barnet i Danmark. Der lægges i den forbindelse efter praksis betydelig vægt på, om der faktisk udøves et samvær mellem barnet og begge forældrene.

Efter praksis kan den blotte etablering og udøvelse af fælles forældremyndighed over SB som udgangspunkt ikke begrunde fravigelse af betingelserne for familiesammenføring. Tilsvarende vil et fastsat, men ikke faktisk udøvet samvær, ikke kunne begrunde fravigelse.

Der lægges betydelig vægt på det faktisk udøvede samvær i modsætning til det formelt fastsatte samvær, idet det er det faktisk udøvede familieliv, der nyder beskyttelse mod at blive afbrudt og derfor kan føre til, at HBF har krav på fortsat at kunne opholde sig i Danmark.

Der er i lovforarbejderne til bestemmelserne om familiesammenføring anført en generelt præget positiv formodningsregel om, at der sker fravigelse af betingelserne i de tilfælde, hvor der faktisk udøves et samvær svarende til det dagældende begreb normalsamvær. Det fremgår således f.eks. af forarbejderne til kravet om sikkerhedsstillelse ved ægtefællesammenføring i udlændingelovens § 9, stk. 4 (Lovforslag nr. L 152 af 28. februar 2002, side 53), at:

"Ganske særlige grunde vil endvidere kunne foreligge, hvis den herboende har forældremyndighed eller samværsret over mindreårige børn bosiddende i Danmark. Der vil i den forbindelse skulle lægges betydelig vægt på, om der er fastsat og rent faktisk udøves normalsamvær. Normalsamvær er ifølge oplysninger fra Civilretsdirektoratet typisk hver anden weekend fra fredag eftermiddag til søndag eftermiddag eller et omfang svarende hertil. Herudover fastsættes der typisk samvær én hverdag hver anden uge. For helt små børn er samværet dog af kortere varighed."

Der er imidlertid *altid* tale om en konkret vurdering af de faktiske forhold i den enkelte sag, herunder om samværet udøves regelmæssigt, om det har været udøvet i en længere periode, og om det må antages, at samværet fortsat vil blive udøvet. Det indgår ligeledes i vurderingen, om der er tale om et samvær på normale præmisser med overnatning hos HBF, eller om der for eksempel er tale om samvær, der alene foregår hos S2F, eller om overvåget samvær.

Såfremt der udøves et samvær af mindre omfang end det dagældende normalsamvær, vil der skulle foretages en nærmere vurdering af, hvorfor samværet er af sådan mere begrænset karakter. Det vil i den forbindelse også skulle vurderes, om HBF i stedet for at blive boende permanent i Danmark kan henvises til at gøre brug af muligheden for, når det er relevant, at indrejse i Danmark på visum med henblik på at udøve samværet.

Der lægges som anført betydelig vægt på det faktisk udøvede samvær. Dette indebærer også, at der som udgangspunkt ikke lægges særlig vægt på aftaler om fremtidigt samvær, uanset om disse er indgået frivilligt mellem forældrene, eller at der er tale om et fastsat samvær.

Dette gælder også, selvom der måtte være aftalt, at et samvær på et senere tidspunkt skal optrappes i omfang. Dette vil således ikke på forhånd kunne begrunde fravigelse af de almindelige betingelser for familiesammenføring, men såfremt optrapningen senere faktisk foregår og udøves, vil et sådant øget faktisk samvær efter omstændighederne kunne danne grundlag for opholdstilladelse på dette tidspunkt.

3. Om fravigelse af bestemmelsen i udlændingelovens § 9, stk. 13

Det fremgår af bemærkningerne til udlændingelovens § 9, stk. 13 (Lovforslag nr. L 171 af 20. februar 2004, side 35), at de ganske særlige grunde, der undtagelsesvis kan bevirke, at kravet om tilknytning ikke stilles – uanset at ansøgningen er indgivet mere end to år efter at betingelserne i § 9, stk. 1, nr. 2, er opfyldt – bl.a. kan være, at nægtelse af familiesammenføring vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser. Som eksempel herpå fremgår bl.a. følgende af bemærkningerne:

"Hvor den herboende af forældrene har forældremyndighed over eller samværsret med mindreårige børn bosiddende i Danmark, vil dette ligeledes kunne indebære, at der skal gives tilladelse til familiesammenføring her i landet. Der vil i den forbindelse skulle lægges betydelig vægt på, om der er fastsat og rent faktisk udøves normalsamvær. ..."

Betydningen af HBF's forældremyndighed over eller samværsret med mindreårige børn bosiddende i Danmark er ikke yderligere omtalt i forarbejderne til bestemmelsen.

Det er derfor relevant at vurdere, om muligheden for fravigelse af bestemmelsen skal administreres som ved de øvrige bestemmelser om familiesammenføring, eller om der er forhold, der gør sig gældende for netop denne type sager, som betyder, at der skal administreres anderledes.

Det særlige ved bestemmelsen i udlændingelovens § 9, stk. 13, er således, at bestemmelsen først finder anvendelse, når HBF har haft lovligt ophold i Danmark i mindst 2 år, og i den periode ikke har taget initiativ til, at AB søgte om opholdstilladelse.

HBF har altså som udgangspunkt allerede foretaget et helt eller delvist fravalg af familielivet med AB, idet HBF har valgt at leve adskilt fra barnet igennem en årrække, og dermed at udøve familielivet med barnet under disse betingelser.

HBF vil således ikke i denne situation – i modsætning til den normale familiesammenførings-situation – stå i et valg mellem et familieliv med på den ene side SB og på den anden side en ægtefælle eller et barn, med hvem den herboende har et aktuelt og relativt nyetableret "intended family life".

Vurderingen af, om der bør ske fravigelse af kravet i udlændingelovens § 9, stk. 13, under henvisning til HBF's forældremyndighed over eller samvær med SB, får dermed en anden karakter og et andet indhold end vurderingen af samme faktiske forhold i relation til andre bestemmelser om familiesammenføring.

Det er relevant at vurdere, i hvilket omfang Danmarks internationale forpligtelser, herunder Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis på området, tilsiger, at bestemmelsen i udlændingelovens § 9, stk. 13, bør fraviges. Der kan i den forbindelse mere generelt henvises til de praksisoversigter vedrørende domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, der findes på www.nyidanmark.dk.

4. Nærmere om rækkevidden af Danmarks internationale forpligtelser

Det følger af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) artikel 8, at enhver har ret til respekt for sit familieliv. Som følge heraf kan en medlemsstat have en positiv forpligtelse til at tillade en udlænding at indrejse i landet for dér at etablere og udbygge et familieliv med en i medlemsstaten bosiddende person. EMRK artikel 8 indebærer imidlertid ikke en generel og ubetinget ret til familiesammenføring, da det følger af fast praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD), at EMRK artikel 8 ikke giver familier ret til at vælge, i hvilket land de vil udøve deres familieliv.

Det kan udledes af praksis fra EMD, at der i hver enkelt sag, hvor en udlænding søger om familiesammenføring, skal foretages en konkret afvejning af hensynet til den enkelte, herunder parternes interesse i at kunne udøve et familieliv i Danmark, over for statens interesser, herunder hensynet til landets økonomiske velfærd, som efter EMD's praksis omfatter staternes ret til efter folkeretten at kontrollere, hvilke udlændinge der indrejser og tager ophold i landet.

EMD synes kun at underkende afslag på familiesammenføring, når medlemsstaten er klart nærmest til at beskytte de pågældende udlændinges familieliv.

EMD har ikke foretaget en generel opregning af de momenter, der indgår i afvejningen af, om en medlemsstat er forpligtet til at tillade familiesammenføring af børn. Det kan imidlertid af EMD's praksis udledes, at der lægges vægt på en flerhed af momenter, herunder om der er væsentlige hindringer for udøvelsen af familielivet i et andet land. Sådanne væsentlige hindringer kan f.eks. være, at herboende børn ikke kan forventes at tage ophold i AB's hjemland for dér at udøve familielivet med deres forældre, jf. EMD's dom af 21. december 2001 i *Sen mod Holland*, hvor det ansøgende barn havde to helsøskende i opholdslandet, der havde en væsentlig tilknytning til opholdslandet og ingen tilknytning til hjemlandet, ligesom det ikke var godtgjort, at forældrene ikke havde haft til hensigt at blive genforenet med ansøgeren.

Det forhold, at HBF har forældremyndighed over eller samvær med SB, kan være et væsentligt moment i vurderingen, men er fortsat kun ét af flere momenter, som skal afvejes over for hinanden.

I det følgende er foretaget en gennemgang af EMD's praksis vedrørende betydningen af familieliv mellem børn og forældre. Ved gennemgangen sondres indledningsvis ikke mellem særbørn og andre børn, herunder ansøgeren, dvs. det gælder for både AB, SB og HS.

4.1. Hvornår er der et familieliv mellem et barn og dets forældre?

Efter EMD's praksis er det blotte biologiske slægtskab mellem et barn og dets forældre ikke i sig selv tilstrækkeligt til at etablere et familieliv. Endvidere har det betydning for etableringen af et familieliv mellem et barn og en biologisk forælder, om barnet er født ind i et eksisterende familieliv mellem forældrene. Der eksisterer således et familieliv mellem et barn og en biologisk forælder allerede som følge af barnets fødsel, hvis forældrene er gift eller samlevende på tidspunktet for barnets fødsel. Herudover vil der som altovervejende hovedregel eksistere et familieliv mellem barnet og en biologisk forælder, uanset at forældrene har op hævet samlivet forud for barnets fødsel, hvis forælderen har taget del i barnets liv, jf. f.eks. EMD's dom af 21. juni 1988 i *Berrehab mod Holland*. I praksis gør disse overvejelser sig hyppigst gældende i relation til, om der er etableret et familieliv mellem et barn og dets biologiske far.

Et familieliv mellem et barn, der er født uden for ægteskab, og barnets biologiske forældre kan under visse omstændigheder ophøre med at eksistere. Dette kan f.eks. gøre sig gældende, hvor barnets forældre ikke længere lever i et forhold, og hvor faderen aldrig har set og derfor ikke har etableret et følelsesmæssigt bånd til barnet, jf. EMD's afvisningsafgørelse af 29. juni 1999 i *Nylund mod Finland*. Har forælderen derimod etableret et sådan bånd til barnet, uanset hvor kortvarigt, vil der eksistere et familieliv, også selvom forælderen ikke har set barnet i adskillige år, jf. EMD's dom af 28. november 1996 i *Gül mod Holland*.

Kun under ganske ekstraordinære omstændigheder kan familielivet mellem et barn, der er født i ægteskab, og en forælder opløses som følge af efterfølgende begivenheder, jf. EMD's dom af 28. november 1996 i *Ahmut mod Holland*.

Dette indebærer, at både AB, SB og HS som det klare udgangspunkt har et beskyttelsesværdigt familieliv med deres respektive biologiske forældre, uanset sagens øvrige omstændigheder, og at der derfor i sagerne skal foretages en konkret afvejning af hensynet til dette familieliv over for statens interesse i at kontrollere indvandringen.

4.2. Hvilken vægt tillægges familielivet ved vurderingen?

Det familieliv, der eksisterer mellem et barn og dets forældre, tillægges som udgangspunkt stor vægt i afvejningen, men en række momenter vedrørende de involverede børns forhold og den hidtidige udøvelse af familielivet kan efter EMD's praksis bestyrke eller afsvække betydningen af dette familieliv. Disse momenter indgår i afvejningen, uanset om der er tale om AB, SB eller HS. I det følgende vil der derfor kun blive sondret mellem AB, SB og HS, hvis barnets relation til forælderen har betydning for vægtningen af det enkelte moment.

Store dele af EMD's praksis om betydningen af et familieliv mellem børn og forældre i udvandringsager vedrører udvisning. Disse sager adskiller sig fra sager om familiesammenføring på to områder.

For det første indgår karakteren og omfanget af forælderenes kriminalitet som et moment i afvejningen. Denne kriminalitet vægtes efter sin alvorlighed og sit omfang, og taler imod, at familielivet nyder beskyttelse.

For det andet er EMD tilbøjelig til at tillægge familielivet mellem den udviste og dennes familie i opholdslandet stor vægt til fordel for, at familielivet nyder beskyttelse. Dette skyldes, at der i denne situation foretages indgreb i et eksisterende familieliv, som aktuelt udøves i landet, og at indgrebet således berører selve kernen af beskyttelsen i EMRK artikel 8. Til sammenligning forhindrer et afslag på familiesammenføring alene et tilsigtet familieliv på statens område, og aktualiserer dermed kun den afledte beskyttelse af retten til et familieliv, der betegnes som statens positive forpligtelser.

De momenter vedrørende familielivet, der indgår i afvejningen i udvisningsager, svarer imidlertid til de momenter, der indgår i afvejningen i familiesammenføringsager. Herudover vil vægtningen af HBF's forældremyndighed over eller samvær med SB afspejle, at der er tale om et eksisterende familieliv, som aktuelt udøves i landet, ligesom det er tilfældet i udvisningsager.

EMD's praksis i udvisningsager vil derfor blive inddraget ved fastlæggelsen af de relevante momenter og til dels også ved fastlæggelsen af omfanget af forpligtelsen til at beskytte familielivet mellem børn og deres forældre.

a. *Børnenes forhold*

Barnets alder, familiemæssige, sproglige og kulturelle tilknytning til dets opholdsland tillægges vægt ved vurderingen af, om der kan meddeles afslag på familiesammenføring til et barn. Se hertil f.eks. EMD's ovenfor nævnte afgørelse i *Gül*.

Betoningen af barnets familiemæssige tilknytning til dets opholdsland henviser blandt andet til, at HS i udgangspunktet kan følge sine forældre til et andet land, mens SB, som en forælder har forældremyndighed over eller samvær med, ofte ikke vil kunne forventes at rejse fra det familieliv, denne måtte have med S2F, jf. f.eks. EMD's dom af 11. juli 2002 i *Amrollahi mod Danmark*, hvor ægtefællens hjemmeboende mindreårige særbarn ikke kunne forventes at ville følge familien til den udvistes hjemland.

Se dog også modsat EMD's afvisningsafgørelse af 5. oktober 2004 i *Amara mod Holland*, hvor særbarnets anden biologiske forælder havde samme oprindelsesland som den udviste og dennes ægtefælle, som var barnets mor, hvorfor barnet forudsattes at kunne udrejse med sin mor og den udviste.

Tilsvarende vil det skulle tillægges vægt, om AB har en familiemæssig tilknytning til hjemlandet, samt om barnet udøver et familieliv med de pågældende familiemedlemmer i hjemlandet.

HS kan også – ligesom SB – være forhindrede i at følge HBF til et andet land, men for HS vil dette som hovedregel skyldes barnets alder, samt barnets sproglige og kulturelle tilknytning til Danmark.

Meget unge børn – i hvert fald frem til skolealderen og formentlig op til omkring 9 år – har en tilpasningsdygtig alder, hvor de forudsættes at kunne følge deres forældre uden større vanskeligheder, jf. hertil f.eks. EMD's ovenfor nævnte afgørelse i *Amara*, samt EMD's afvisningsafgørelse af 26. januar 1999 i *Sarumi mod Storbritannien*. Er barnet omkring 13-15 år vil EMD derimod ofte lægge til grund, at barnet ikke har det samme behov for sine forældre, som et yngre barn har, jf. f.eks. EMD's afvisningsafgørelse af 13. maj 2003 i *Chandra m.fl. mod Holland*.

Et barn skal dog først og fremmest være mindreårigt for at kunne have betydning ved vurderingen af en ansøgning om familiesammenføring – dette gælder uanset om det er AB, SB eller HS. Se hertil EMD's afvisningsafgørelse af 5. april 2005 i *Benamar m.fl. mod Holland* og EMD's afvisningsafgørelse af 7. november 2000 i *Kwakye-Nti og Dufie mod Holland*.

Alderen på barnet har betydning ved vurderingen af såvel AB's, SB's som HS's forhold.

Barnets tilpasningsdygtighed hænger i EMD's praksis sammen med vurderingen af barnets tilknytning til det land, som barnet opholder sig i. Hvis barnet har en væsentlig tilknytning til dette land, må barnet forventes at få væsentligt sværere ved at tilpasse sig en anden kultur og et andet sprog. Det er dette moment i afvejningen efter EMRK artikel 8, som i forhold til AB er afspejlet i integrationskravet i udlændingelovens § 9, stk. 13.

Fra EMD's praksis vedrørende børns tilknytning til opholdslandet kan nævnes EMD's dom af 31. januar 2006 i *Rodrigues Da Silva og Hoogkamer mod Holland*, hvor det forhold, at de nationale domstole havde besluttet, at det var i barnets tarv at forblive i opholdslandet og derfor havde tillagt faderen forældremyndigheden ved skilsmissem, førte til, at moderen, som var udvist for ulovligt ophold, ikke kunne henvises til at udøve familielivet med barnet i moderens hjemland.

SB's og HS's tilknytning til opholdslandet kan således føre til, at der uanset AB's tilknytning til hjemlandet ikke kan meddeles afslag på familiesammenføring, jf. EMD's ovenfor omtalte dom i *Sen*-sagen.

Inddragelsen af børnenes forhold i afvejningen omfatter således alle børn i familien, og der skal ved vurderingen tages højde for både børnenes alder og deres familiemæssige, sproglige og kulturelle tilknytning til deres egne og hinandens opholdslande. Dog vil SB i denne afvejning kunne tillægges større vægt, end tilfældet er for AB og HS, da det i praksis har vist sig, at SB som oftest har en meget stærk familiemæssig tilknytning til Danmark, qua dennes tilknytning til S2F, og et langvarigt forudgående ophold.

b. Familielivets hidtidige karakter og omfang

Hvis familielivet kun i begrænset omfang vil blive påvirket af et afslag på familiesammenføring, stilles der ikke nødvendigvis samme krav til styrken af statens interesse, jf. f.eks. dom af 18. oktober 2006 i *Üner mod Holland*, hvor den udviste (manddrab) selv havde ophævet familielivet før udvisningen og i øvrigt aldrig havde haft fælles bopæl med det yngste af de to børn.¹

Omvendt vil styrken af statens interesse skulle være større, hvis der ved et eventuelt afslag foretages indgreb i et eksisterende familieliv mellem forælder og barn, som aktuelt udøves i Danmark. Dette kan f.eks. gøre sig gældende, hvor HBF har et samvær med SB, som i omfang overstiger, hvad det er muligt at udøve gennem besøgsophold – særligt hvis SB har en alder, hvor denne stadig har et stort behov for sine forældre.

Derimod tillægger EMD normalt ikke familieliv udøvet under ansøgerens processuelle eller ulovlige ophold i landet betydning, jf. hertil f.eks. EMD's afvisningsafgørelse af 13. maj 2003 i *Chandra m.fl. mod Holland*. En sag om familiesammenføring af børn bliver således ikke til en sag om indgreb i et eksisterende familieliv, som aktuelt udøves i Danmark, blot fordi AB indrejser i Danmark, ligesom Danmark ikke anses som nærmest til at beskytte de pågældendes familieliv, blot fordi familien af denne årsag senest har været samlet i Danmark. Derimod kan

¹ Se endvidere EMD's afvisningsafgørelse af 16. oktober 2006 i *Lagergren mod Danmark*, hvor EMD ikke ses at have taget stilling til betydningen af udvistes kontakt med børnene, men blot opregnede, at den udviste (væbnet røver og narkokriminalitet) fra separation og frem til fængsling havde haft samvær med sine to børn, under fængslingen havde haft telefonisk kontakt med børnene hver 14. dag, og efter hans udrejse i forlængelse af endt strafafsoning havde opretholdt ugentlig telefonisk kontakt, samt at børnene kunne besøge ham i hans hjemland. EMD's efterfølgende betoning af den udvistes kriminelle adfærd synes dog at indikere, at denne har været bestemmende for sagens udfald.

AB's lovlige besøgsophold i Danmark indgå i fastlæggelsen af familielivets omfang på lige fod med HBF's besøgsophold i AB's hjemland.

Når forælder og barn ikke har et eksisterende familieliv, som aktuelt udøves i Danmark, er årsagen til familiens adskillelse et moment, der ofte tillægges meget stor vægt af EMD. Det forhold, at HBF, der ønsker AB familiesammenført, selv har truffet og fastholdt beslutningen om at udrejse til et andet land uden AB, er således ofte bestemmende for EMD's afgørelse i sagen, jf. f.eks. EMD's dom af 28. november 1996 i *Ahmut mod Holland*, samt EMD's afvisningsafgørelse af 9. oktober 2001 i *Mensah mod Holland*.

Det vil i denne forbindelse have betydning, om HBF kan antages at have haft til hensigt at blive genforenet med AB. EMD har ved denne vurdering blandt andet lagt vægt på, hvor længe HBF har ventet med at søge at få AB til opholdslandet, jf. hertil f.eks. EMD's afvisningsafgørelse af 6. juli 2004 i *Ramos Andrade mod Holland*, hvor EMD lagde til grund, at forælderen ikke havde haft til hensigt at blive genforenet med barnet, idet forælderen havde ventet 14 måneder med at søge opholdstilladelse til barnet. Herudover vil der blive lagt vægt på, om forælderen gennem sine handlinger har vist en hensigt til at blive genforenet med barnet, jf. f.eks. EMD's ovennævnte dom i *Ahmut*, hvor barnet efter forældrenes skilsmisse først boede hos sin mor, og da hun døde flyttede ind hos sin farmor, og først da farmoren blev for gammel og syg til at tage sig af ham, søgte faren om opholdstilladelse til ham.

Har forælderen forladt et lille barn, som er fuldstændig afhængig af andre, vil dette ofte med væsentlig vægt tale imod, at staten har en pligt til at meddele familiesammenføring. Se hertil f.eks. EMD's afvisningsafgørelse af 25. marts 2003 i *I.M. mod Holland*, hvor forælderen var rejst fra barnet, da barnet var 20 måneder gammelt, og først søgte om opholdstilladelse til barnet, da barnet var blevet 8 år.

I de tilfælde, hvor EMD lægger vægt på, at forælderen selv har valgt at efterlade barnet i hjemlandet, betoner EMD også, om familielivet kan fortsættes i samme omfang som hidtil, jf. f.eks. EMD's ovenfor nævnte afgørelser i *Ahmut mod Holland* og *Mensah mod Holland*.

Det er således ikke blot karakteren og omfanget af det hidtil udøvede familieliv, der skal indtages i afvejningen, men også om et afslag vil medføre, at det forventede fremtidige familieliv i karakter og omfang bliver forskelligt fra det hidtil udøvede familieliv.

Familielivet mellem et barn og en forælder tillægges ikke særlig vægt i afvejningen, hvis familielivet mellem barnet og forælderen kan opretholdes i sit hidtidige omfang ved et afslag, f.eks. hvis familielivet efter HBF's valg hidtil har været udøvet gennem telefonsamtaler og enkelte besøgsophold, og AB i øvrigt har familiemedlemmer i opholdslandet, som kan tage vare på det. Tilsvarende vil gøre sig gældende, hvis HBF har et så begrænset samvær med SB, at familielivet mellem de to kan opretholdes i samme omfang gennem besøgsophold.

Det tillægges derimod meget stor betydning, hvis der sker indgreb i et eksisterende familieliv, som aktuelt udøves i Danmark, f.eks. hvis forælderen tvinges til at rejse fra SB, som bor hver anden uge hos hver af forældrene, eller fra HS, som har opnået en væsentlig selvstændig tilknytning til Danmark, og derfor ikke kan følge HBF til hjemlandet.

Mellem disse yderpunkter gradueres vægten af barnets familieliv med forælderen, ligesom den vægt, som ét barn tillægges i afvejningen, kan have betydning for vægtningen af de øvrige børn. Hvis forælderen således selv har besluttet og fastholdt en begrænset kontakt til AB, og hvis familielivet mellem AB og HBF kan opretholdes i samme omfang som hidtil, vil HBF ikke blive anset som tvunget til at opgive familielivet med SB eller HS for at udøve familielivet med AB. Dermed får SB's og HS's familieliv med HBF tilsvarende mindre vægt i vurderingen.

5. Sammenfatning

Det forhold, at HBF har forældremyndighed over eller samvær med SB, kan være et væsentligt moment i vurderingen efter EMRK artikel 8. Det er imidlertid ikke det eneste moment i afvejningen, og betydningen af HBF's forældremyndighed over eller samvær med SB vil variere afhængig af karakteren og omfanget af det familieliv, som HBF hidtil har udøvet med både SB og AB, samt vægten af de øvrige momenter i afvejningen.

Henset til, at udlændingelovens § 9, stk. 13, kun finder anvendelse, når HBF har ventet mere end 2 år med at søge opholdstilladelse til AB, vil det ofte kunne lægges til grund, at HBF ikke havde til hensigt at blive genforenet med AB. Det forhold, at HBF har forældremyndighed over eller samvær med SB, vil derfor i langt de fleste sager ikke få afgørende betydning, idet et afslag på opholdstilladelse til AB ikke ændrer ved karakteren og omfanget af familielivet mellem AB og HBF, ligesom det eksisterende familieliv mellem HBF og SB kan opretholdes i sit hidtidige omfang.

Der er altså i forhold til administrationen af udlændingelovens § 9, stk. 13, tale om en mere restriktiv vurdering i forhold til den generelle positive formodningsregel om, hvornår samvær med SB kan begrunde fravigelse af de øvrige betingelser for familiesammenføring.

Herudover kan andre forhold naturligvis have betydning for vurderingen af, om der foreligger ganske særlige grunde til at fravige kravet i udlændingelovens § 9, stk. 13, herunder om forholdet til Danmarks internationale forpligtelser.

Betydningen af, at HBF selv har truffet og fastholdt beslutningen om at udrejse til et andet land uden AB, forudsætter, at HBF havde et reelt valg. Dette kan være relevant for flygtninge.

I det omfang en flygtning ikke har mulighed for at indrejse eller tage ophold med familien i hjemlandet eller et andet land, fordi den pågældende stadig må anses for at være i risiko for asylrelevant forfølgelse, vil Danmark ofte kunne være nærmest til at beskytte familielivet.

Tilsvarende gør sig gældende, hvis HBF eller SB eller HS lider af så alvorlig sygdom eller alvorligt handicap, at det vil være humanitært uforvarligt at henvise den pågældende til at tage ophold i et andet land, hvor den pågældende ikke kan tilbydes fornødne pasnings- eller behandlingsmuligheder. Det bemærkes hertil, at det følger af EMD's praksis, at det forhold,

at behandlingen i et andet land har en ringere standard eller er mere bekostelig, ikke kan anses som uoverstigelige hindringer i sig selv.

Herudover kan elementer vedrørende berettiget forventning få betydning for sagens afgørelse. Dette vil særligt gøre sig gældende, hvor HBF gennem proforma-handlinger har søgt at opnå en uberettiget gunstig retsstilling for AB. Se hertil EMD's afvisningsafgørelse af 6. juli 2006 i *Priya mod Danmark*, hvor det af EMD blev lagt til grund, at ansøgeren og dennes herboende ægtefælle var blevet separeret og havde indgået samværsaftale vedrørende fællesbarnet med henblik på at øge ansøgerens muligheder for at opnå en opholdstilladelse.