



NOTAT

Dato: 8. juli 2011
Kontor: Familiesammenfø-
ringskontoret
J.nr.: 11/52072
Sagsbeh.: RIN

Notat om fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 14. juni 2011 i sagen Osman mod Danmark (appl.no. 38058/09)

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) afsagde den 14. juni 2011 dom i sagen Osman mod Danmark (appl.no. 38058/09), hvorved Danmark blev dømt for krænkelse af den pågældendes rettigheder efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventionens (EMRK) artikel 8 om retten til familieliv og retten til privatliv.

I det følgende er givet en gennemgang af hidtidig praksis vedrørende udlændingelovens regler. Herefter følger en kort gengivelse af sagens faktiske omstændigheder med henblik på en analyse af dommens betydning for den fremadrettede administration af udlændingelovens regler.

1. Dansk lov og praksis

Udlændingeloven indeholder en række bestemmelser, der finder anvendelse, når et barn har været sendt på genopdragsrejse til hjemlandet eller et andet land.

Disse bestemmelser omfatter regler om bortfald af barnets hidtidige opholdstilladelse, samt regler om, hvorvidt barnet vil kunne opnå en ny opholdstilladelse, hvis den tidligere opholdstilladelse er bortfaldet.

Bortfald af opholdstilladelser er reguleret i udlændingelovens § 17, stk. 1, hvorefter en opholdstilladelse blandt andet bortfalder, når udlændingen opgiver sin bopæl i Danmark, eller når en udlænding, der har boet lovligt her i landet i mere end 2 år, har opholdt sig uden for landet i mere end 12 på hinanden følgende måneder.

Det kan dog efter udlændingelovens § 17, stk. 3 (tidligere stk. 2), efter ansøgning bestemmes, at en opholdstilladelse alligevel ikke skal anses for bortfaldet.

Efter praksis vil en ansøgning efter udlændingelovens § 17, stk. 3, f. eks. kunne imødekommes i de tilfælde, hvor det må anses for godtgjort, at udlændingen har haft til hensigt at vende tilbage til Danmark, men er blevet forhindret heri på grund af sygdom eller andre uforudsete hindringer. Bestemmelsen er endvidere blevet anvendt i tilfælde, hvor udlændingen før

udrejsen har henvendt sig til udlændingemyndighederne og ansøgt om bevarelse af opholdstilladelsen, før den pågældende udrejste af Danmark. Afgørelsen beror på en skøns-mæssigt præget vurdering, hvor også udlændingens samlede ophold her i landet og i hjem-landet samt udlændingens familiemæssige og anden tilknytning her til landet indgår. Det forhold, at et mindreårigt barn ikke selv måtte have ønsket at udrejse kan normalt ikke til-lægges vægt, hvis beslutningen om udrejse er truffet af forældremyndighedens indehaver.

Herudover er det ved lov nr. 572 af 31. maj 2010 bestemt, at en opholdstilladelse bortfalder, når en mindreårig udlænding har opholdt sig uden for landet i mere end 3 på hinanden føl-gende måneder på genopdragelsesrejse eller andet udlandsophold af negativ betydning for skolegang og integration, jf. udlændingelovens § 17, stk. 2.

Hvis et mindreårigt barns opholdstilladelse er bortfaldet, vil barnet kunne søge om at få en ny opholdstilladelse.

Hvis barnet er under 15 år, vil en sådan ansøgning blive behandlet efter udlændingelovens § 9, stk. 1, nr. 2. Aldersgrænsen i bestemmelsen blev sat ned fra 18 år ved lov nr. 427 af 9. juni 2004.

Samtidig blev udlændingelovens § 9, stk. 14, indført som betingelse for familiesammenføring til et barn under 15 år. Efter udlændingelovens § 9, stk. 14, kan der kun gives en sådan op-holdstilladelse til et barn, der tidligere har haft en opholdstilladelse efter udlændingelovens § 9, stk. 1, nr. 2, men som er bortfaldet efter § 17, hvis hensynet til ansøgerens tarv taler der-fer.

Ved vurderingen af, om hensynet til barnet tarv taler for meddelelse af opholdstilladelse, skal der blandt andet foretages en afvejning af længden og karakteren af barnets ophold her i landet set i forhold til barnets ophold i hjemlandet. I den forbindelse skal det indgå, hvor bar-net har haft hovedparten af sin opvækst, og hvor barnet har gået i skole. Der vil endvidere skulle lægges vægt på barnets sproglige færdigheder, herunder om barnet taler dansk, og om barnet taler det sprog, der tales i barnets hjemland. Det vil tillige kunne indgå, om barnet er sendt på en genopdragelsesrejse mod sin vilje, og om barnet har nær familie i hjemlandet, hos hvem barnet har opholdt sig.

Baggrunden for regelændringen var:

"... eksempler på, at forældre bevidst vælger at lade et barn blive i hjemlandet – enten sammen med en af forældrene eller med andre familiemedlemmer – indtil barnet er næsten voksent, på trods af at barnet på et tidligere tidspunkt kunne have fået opholdstilladelse i Danmark. På den måde opnås det, at barnet får en opvækst i overensstemmelse med hjemlandets kultur og skikke og ikke i sin barndom præges af danske normer og værdier.

Mindreårige udlændinge, der skal bo i Danmark, bør efter regeringens opfattelse – af hensyn til barnet og af integrationsmæssige årsager – komme hertil så tidligt som muligt og få en så stor del af deres opvækst her i landet som muligt.

Tilsvarende bør børn og unge udlændinge, der allerede bor her i landet, så vidt muligt have deres opvækst her og ikke i forældrenes hjemland."

For mindreårige børn mellem 15 og 18 år, vil en ansøgning om opholdstilladelse skulle behandles efter udlændingelovens § 9 c, stk. 1, 1. pkt., hvorefter der kan gives opholdstilladelse til en udlænding, hvis ganske særlige grunde, herunder hensynet til familiens enhed, taler derfor.

Bestemmelsen finder i praksis især anvendelse i tilfælde, hvor familiesammenføring ikke er mulig efter de gældende bestemmelser i udlændingelovens § 9, stk. 1, men hvor det som følge af Danmarks internationale forpligtelser – herunder navnlig Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8 – er nødvendigt at tillade familiesammenføring. Efter gældende praksis kan der endvidere i andre ganske særlige tilfælde efter en helt konkret vurdering meddeles tilladelse til familiesammenføring i tilfælde, hvor familiesammenføring ikke er mulig efter de gældende bestemmelser i udlændingelovens § 9, stk. 1.

Ved vurderingen vil barnets tarv og betydningen af en genopdragsrejse i det væsentlige svare til en vurdering efter udlændingelovens § 9, stk. 14.

2. Sagens faktiske omstændigheder

Sagen vedrører den somaliske statsborger Sahro Osman (ansøgeren), født den 1. november 1987, der har haft opholdstilladelse i Danmark som familiesammenført, fra hun var 7 år. I Danmark blev hendes forældre skilt, og ansøgeren boede herefter hos sin mor. I 2003 blev hun som 15-årig sendt på genopdragsrejse til en somalisk flygtningelejr i Kenya af sine forældre.

To år efter udrejsen henvendte ansøgeren sig sammen med sin far på Den danske Ambassade i Kenya, hvor hun søgte om opholdstilladelse. Ansøgeren oplyste i denne forbindelse, at hun ikke havde regnet med, at opholdet skulle vare to år, at hun ikke udrejste frivilligt, at hun ikke havde modtaget undervisning i Kenya, at hun havde passet sin farmor, og at hun var blevet tvunget til at udsætte at tage kontakt til de danske myndigheder, da hendes farmor var blevet alvorligt syg.

Ingen af ansøgerens forældre havde før eller under ansøgerens ophold i Kenya rettet henvendelse til de danske udlændingemyndigheder og søgt om, at ansøgerens opholdstilladelse ikke skulle anses for bortfaldet, ligesom ansøgerens mor ikke havde rettet henvendelse til de danske myndigheder med anmodning om vejledning eller assistance i anledning af ansøgerens ophold i Kenya.

Udlændingetjenesten traf den 21. december 2006 afgørelse om, at ansøgerens opholdstilladelse skulle anses for bortfaldet, jf. udlændingelovens § 17, samt at ansøgeren hverken kunne meddeles ny opholdstilladelse efter udlændingelovens § 9, stk. 1, nr. 2, eller § 9 c, stk. 1, 1. pkt. Afgørelsen blev stadfæstet af ministeriet den 1. oktober 2007 og siden hen af Københavns Byret den 25. april 2008 og Østre Landsret den 30. oktober 2008.

Ved afgørelserne blev der lagt vægt på, at ansøgerens forældre frivilligt sendte hende til familie i Kenya på ubestemt tid, at hun var 17 år og 9 måneder, da hun søgte om at komme

tilbage til Danmark, at hendes far havde besøgt hende under opholdet i Kenya, og at moren tillige ville kunne besøge hende i Kenya for at udøve familielivet der. Hverken udlændingemyndighederne eller domstolene var opmærksom på, at ansøgeren var indrejst ulovligt i Danmark i juni 2007 og havde taget ophold hos sin mor. Denne oplysning indgik derfor ikke i afgørelserne.

Procesbevillingsnævnet meddelte i januar 2009 afslag på tredjeinstansbevilling. I november 2009 indbragte ansøgeren sagen for EMD.

3. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols bemærkninger

EMRK artikel 8 har følgende ordlyd:

"1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

2. Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed."

Retten til et familieliv omfatter efter EMD's praksis retten til at opretholde et eksisterende familieliv, f.eks. ved at staten undlader at udvise et familiemedlem, samt statens positive forpligtelse til at tilvejebringe de nødvendige forudsætninger for at udøve et familieliv, f.eks. ved at staten giver et familiemedlem opholdstilladelse.

EMD har endvidere statueret, at retten til et familieliv er suppleret af retten til et privatliv, idet retten til et privatliv efter EMD's praksis også omfatter retten til at etablere og udvikle bånd til andre mennesker og verden.

EMD finder, at der i den konkrete sag er sket indgreb efter EMRK artikel 8, stk. 1, i både ansøgerens familieliv og privatliv, jf. dommens præmis 56.

EMD betoner i denne forbindelse, at domstolen i en række sager vedrørende unge myndige personer, som endnu ikke har etableret egen familie, har fastslået, at disses relation til forældre og anden nær familie udgør et familieliv.

Domstolen betoner yderligere, at artikel 8 beskytter retten til at etablere og udvikle relationer til andre personer og verden, og at denne ret kan omfatte aspekter af en persons sociale identitet, hvorfor fastboende udlændinges samlede sociale bånd til det samfund, de bor i, udgør "privatliv" i EMRK artikel 8's forstand.

Da EMD vurderer, at der er gjort indgreb i ansøgerens rettigheder efter EMRK artikel 8, stk. 1, skal det vurderes, om indgrebet er hjemlet, forfølger et legitimt formål og er proportionalt, jf. EMRK artikel 8, stk. 2, idet der i modsat fald vil være sket en krænkelse af ansøgerens rettigheder.

Domstolen konstaterer i denne forbindelse, at der er enighed om, at indgrebet i form af bortfald og afslag på opholdstilladelse til ansøgeren har hjemmel i lov og forfølger et legitimt formål, jf. dommens præmis 58.

EMD fokuserer derfor på, om indgrebet er proportionalt, og foretager en konkret afvejning af, om indgrebet er "nødvendigt i et demokratisk samfund". Domstolen fremhæver i denne forbindelse en række momenter, som er tillagt vægt ved vurderingen.

Domstolen understreger, at udøvelsen af forældremyndighed udgør et grundlæggende element i et familieliv, og at et barns opvækst og opdragelse normalt og nødvendigvis forudsætter, at forældrene kan træffe afgørelse om, hvor barnet skal bo samt fastsætte grænser for – og bemyndige andre til at fastsætte grænser for – barnets bevægelsesfrihed, jf. dommens præmis 64.

Det fremgår videre af dommens præmis 65, at når et barn har haft sine formative år af sin barndom og ungdom i et land og har hele sin nære familie i dette land, så skal der foreligge meget alvorlige grunde til at berettige en afvisning af at dispensere fra bortfald af en opholdstilladelse.

Domstolen vurderer endvidere, at forhindring af genopdragelsesrejser er et legitimt formål, jf. dommens præmis 67, men at dette ikke kan begrunde, at der ses helt bort fra barnets personlige ret til respekt for sit familieliv og privatliv, jf. dommens præmis 69 og 73.

Domstolen lægger herefter vægt på, at ansøgeren ikke udrejste frivilligt, og at ansøgeren ikke havde mulighed for at indrette sig på den regelændring i 2004 (nedsættelse af aldersgrænsen for familiesammenføring af børn fra 18 til 15 år), som førte til, at hun i 2005 ikke kunne meddeles en ny opholdstilladelse.

Domstolen anfører endvidere, at den meget begrænsede kontakt mellem ansøgeren og hendes mor kunne forklares med diverse andre faktorer end forsætligt begrænset kontakt, inklusiv praktiske og økonomiske forhindringer, hvorfor denne ikke kunne tages til indtægt for, at ansøgeren og hendes mor ikke ønskede at opretholde og intensivere et familieliv under ansøgerens ophold i Kenya.

Som følge heraf finder EMD, at Danmark ikke i tilstrækkelig grad har taget højde for ansøgerens interesser, hvorfor afslaget ikke var proportionalt.

4. Vurdering af dommen

Dommen anfægter ikke udlændingelovens bestemmelser eller forarbejderne hertil, men giver anledning til en mindre justering af praksis vedrørende administrationen af bestemmelserne.

Den hidtidige betoning af, at en beslutning om at sende et barn på genopdragelsesrejse er truffet af forældremyndighedens indehaver, uanset barnets alder, kan således ikke opret-

holdes fuldt ud. Der må – i overensstemmelse med dommen – i højere grad lægges vægt på barnets individuelle interesser og forhold. Ved afvejningen bør barnets egne ønsker således indgå.

Den konkrete vægtning af barnets egne ønsker må dog bero på barnets alder og modenhed. En beslutning om, at barnet ikke skal bo hos forældrene, men derimod hos en slægtning i et andet land, må antages at være en meget indgribende beslutning, som det vil kræve nogen modenhed hos barnet at forholde sig til.

Barnet må således som minimum have opnået den alder og modenhed, som i familieretlige sager om valg af bopælsforælder anses som fornøden til at begynde at inddrage barnets ønsker. I sådanne sager bliver der gennemført samtaler med børn fra omkring 7 års-alderen afhængig af modenhed.

Det kan endvidere lægges til grund, at en 15-årig normalt vil være i stand til at danne sig sin egen velovervejede holdning til spørgsmål af denne karakter.

I forbindelse med vurderingen af barnets individuelle interesser og forhold bør der endvidere tages hensyn til, hvor længe barnet har opholdt sig i Danmark. I dommen fremhævede Domstolen således flere gange, at ansøgeren havde tilbragt de formative år af sin barndom og ungdom i Danmark (fra hendes 7. til hendes 15. år). Domstolen fandt, at sagen herved adskilte sig signifikant fra en anden sag, *Ebrahim og Ebrahim mod Nederlandene*, dom af 18. marts 2003, hvor den ene af ansøgerne havde opholdt sig i Nederlandene fra sit 10. til sit 13. år, og hvor Nederlandene efter en samlet vurdering ikke fandtes at have krænket EMRK artikel 8 ved at meddele ham afslag på opholdstilladelse.

5. Betydning af den justerede praksis for verserende og allerede afgjorte sager

Dommen har karakter af et bidrag til fortolkningen af EMRK artikel 8 og finder således anvendelse i alle sager, hvor et barn har mistet sin opholdstilladelse under henvisning til en genopdragelsesrejse.

Den justerede praksis finder anvendelse i alle verserende sager, hvor betydningen af en genopdragelsesrejse indgår.

Det er Integrationsministeriets vurdering, at udlændingemyndighederne ikke af egen drift er forpligtet til at undersøge, om sager afgjort før dommen skal genoptages. Ministeriet har herved lagt vægt på, at det ikke vil være muligt ud fra generelle kriterier at udskille de eventuelle tidligere afgjorte sager, hvor dommen ville have betydning, da sådanne konkrete sager ikke registreres på en sådan måde, at de umiddelbart vil kunne udfindes.

Såfremt en person henvender sig til udlændingemyndighederne med henblik på at søge om genoptagelse af en tidligere afgjort sag, skal spørgsmålet om genoptagelse vurderes efter almindelige forvaltningsretlige grundsætninger.

Efter almindelige retsgrundsætninger kan en sag genoptages, hvis der fremkommer nye oplysninger af så væsentlig betydning for sagen, at der er en vis sandsynlighed for, at sagen ville have fået et andet resultat, hvis oplysningerne havde foreligget ved den oprindelige afgørelse i sagen. Det bemærkes videre, at forvaltningens pligt til at genoptage sager, der ligger før den sag, hvori forvaltningens afgørelse er blevet underkendt, vil afhænge af, om der vil være nogen mulighed for, at afgørelsen i den sag, der nu begæres genoptaget, vil kunne tænkes ændret.

I forbindelse med en genoptagelsessag vil myndigheden foretage en udtømmende efterprøvelse af den oprindelige afgørelse. Med hensyn til prøvelsens omfang gælder således det samme, som er udgangspunktet i forbindelse med administrativ rekurs. Der er således ingen begrænsning i klagerens adgang til for rekursinstansen at fremføre nye påstande, anbringender og faktiske omstændigheder (nova). Princippet om den fulde efterprøvelse modificeres dog i praksis af, at borgeren kun i visse tilfælde har retskrav på en ny fuldstændig realitetsbehandling af sagen. Der kan herved nærmere henvises til Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave (2002), side 921ff. og 991ff.

Myndighedernes inddragelse af nova i form af nye faktiske omstændigheder omfatter også nye faktiske oplysninger, der ikke nødvendigvis er til gunst for den pågældende ansøger. Det vil derfor bero på en konkret vurdering af alle sagens omstændigheder, hvorvidt der er grundlag for at genoptage sagen.