

# Om de menneskeretlige problemer ved at indskrænke adgangen til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus

Af adjunkt, ph.d. Louise Halleskov Storgaard, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

Artiklen analyserer, hvorvidt den nyligt vedtagne stramning af udlændingeloven, hvorefter udlændinge, der er tildelt midlertidig beskyttelsesstatus i Danmark, først efter tre år kan ansøge om familiesammenføring her i landet, er i overensstemmelse med retten til respekt for familieliv og forbuddet mod usaglig forskelsbehandling i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Analysen foretages med udgangspunkt i praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Som led i analysen foretages der en vurdering af både den menneskeretlige argumentation, som regeringen støtter tre-års reglen på, og den kritik af reglen, der er fremsat af Institut for Menneskerettigheder. Det konkluderes, at der er stor sandsynlighed for, at EMD i en fremtidig sag vil nå frem til, at tre-års-reglen krænker såvel EMRK art. 8 som EMRK art. 14, jf. art. 8.

## 1. Indledning

Det er ikke ofte, at et lovforslag får så megen opmærksomhed, som det har været tilfældet med forslag nr. L 87 til lov om ændring af udlændingeloven (herefter: L 87). Lovforslaget blev med få ændringer vedtaget ved lov nr. 102 af 3. februar 2016 (herefter: L 102), som er blevet kendt i nationale og internationale medier som »smykeloven«, da det bl.a. indfører hjemmel til, at politiet i visse situationer kan beslaglægge værdigenstande tilhørende asylansøgere.<sup>1</sup>

Fra et menneskeretligt perspektiv er det imidlertid et helt andet aspekt af L 102, der tiltrækker sig opmærksomhed, nemlig begrænsningen i adgangen til familiesam-

menføring for udlændinge med midlertidig beskyttelse efter udl. § 7, stk. 3. Hvor personer omfattet af denne persongruppe tidligere havde adgang til at søge om familiesammenføring efter et år i Danmark, indebærer L 102, at der i dag først kan ansøges herom efter tre år her i landet.<sup>2</sup>

Regeringen er velvidende om, at denne lovændring balancerer på kanten af Danmarks internationale forpligtelser, herunder art. 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter: EMRK) om ret til respekt for familieliv. Det anerkendes således for første gang åbent i bemærkningerne til en stramning af udlændingeloven, at »der er en vis risiko for«, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter: EMD) i en konkret sag vil underkende den foreslåede ordning.<sup>3</sup> Som en art retfærdiggørelse af denne procesrisiko anføres det samtidigt, at regeringen ikke er bekendt med EMD-praksis vedrørende udskydelse af adgangen til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus.<sup>4</sup>

Institut for Menneskerettigheder (herefter: IMR) er ikke enig i, at der mangler et konkret retligt grundlag for at vurdere, om L 102 overholder EMRK. I høringssvar af 12. januar 2016 anfører IMR således, at »der er meget sikkert grundlag« i nuværende EMD-praksis for at konkludere, at det er i strid med EMRK art. 8 at udelukke personer med international beskyttelse fra familiesammenføring i tre år.<sup>5</sup>

Disse meget forskellige fortolkninger af EMD-praksis synliggør et behov for yderligere afdækning af, hvilke

1. Forslag nr. L 87 til lov om ændring af udlændingeloven (udskydelse af retten til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus, skærpelse af reglerne om tidsbegrænset opholdstilladelse, skærpelse af reglerne om inddragelse af flygtninges opholdstilladelse mv.), som vedtaget ved lov nr. 102 af 3. februar 2016.

2. Udl. § 9, stk. 1, nr. 1, litra d, udl. § 9, stk. 1, nr. 2, litra d, og udl. § 9, stk. 1, nr. 3, litra d.  
3. L 87, s. 21. Det fremgår af Udlændingeministeriets svar af 18. januar 2016 på spm. nr. 8 til L 87, at ministeriet ikke er bekendt med, at der i andre lovforslag er henvist til risikoen for, at lovforslagets ordning kan blive underkendt ved EMD.  
4. L 87, s. 19-21. Samme budskab fremgår af Udlændingeministeriets kommenterede høringsoversigt til L 87 af 12. januar 2016, s. 5-7.  
5. IMR: Høring over lovforslag nr. L 87 om ændring af udlændingeloven, 6. januar 2016.

krav EMRK stiller til nationale indskrænkninger i adgangen til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus. I lyset heraf er formålet med denne artikel at analysere praksis fra EMD med henblik på at give et bud på, hvorvidt reglen om, at personer med midlertidig beskyttelsesstatus først kan ansøge om familiesammenføring efter tre år i Danmark (herefter: tre-års reglen), er forenelig med EMRK. Efter en kort omtale af det retlige grundlag i udlændingeloven (afsnit 2) foretages der først en vurdering af, hvorvidt tre-års reglener i overensstemmelse med EMRK art. 8 (afsnit 3). Herefter foretages der en undersøgelse af, hvorvidt det forhold, at personer med midlertidig beskyttelsesstatus stilles dårligere i forhold til adgangen til familiesammenføring end konventionsflygtninge (udl. § 7, stk. 1) og personer med beskyttelsesstatus (udl. § 7, stk. 2), er i overensstemmelse med forbuddet mod usaglig forskelsbehandling i EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8 (afsnit 4).

## 2. Retsgrundlaget i udlændingeloven

Udl. § 7, stk. 3, om opholdstilladelse til udlændinge med et midlertidigt beskyttelsesbehov er en ganske ny bestemmelse. Den blev indsat i udlændingeloven ved lov nr. 153 af 18. februar 2015 som en reaktion på den store stigning i antallet af udlændinge fra især Syrien, der blev meddelt asyl i Danmark som følge af den generelt ustabile situation i deres hjemland. Det understreges i bemærkningerne til denne lov, at den markante stigning i antallet af asylansøgere i Danmark og vores nabolande gør det nødvendigt at afstemme den tidsmæssige udstrækning af beskyttelsen i Danmark med det konkrete beskyttelsesbehov.<sup>6</sup>

Udl. § 7 indeholder derfor i dag tre forskellige asylkategorier: 1) konventionsstatus, der gives til personer, der falder inden for anvendelsesområdet for FN's flygtningekonvention (udl. § 7, stk. 1), 2) beskyttelsesstatus (udl. § 7, stk. 2) og 3) midlertidig beskyttelsesstatus (udl. § 7, stk. 3). De to sidste kategorier bygger begge først og fremmest på EMRK art. 3, hvorefter en udlænding ikke må udsendes til et land, hvor der er reel risiko for, at vedkommende vil blive udsat for tortur eller umenneskelig nedværdigende behandling eller straf.<sup>7</sup> Forskellen på de to kategorier er, at § 7, stk. 2-status gives til personer, der som følge af *individuelle forhold* er i risiko for dødsstraf eller EMRK art. 3-stridig behandling, hvorimod det i § 7, stk. 3-tilfældene er den *generelle* situation i hjemlandet præget af vilkårlig voldsudøvelse og overgreb på civile, der medfører denne risiko.<sup>8</sup>

6. Forslag nr. L 72 af 14. november 2014 om ændring af udlændingeloven (midlertidig beskyttelsesstatus for visse udlændinge samt afvisning af realitetsbehandling af asylansøgninger, når ansøgeren har opnået beskyttelse i et andet EU-land mv.), s. 4-5 og 10-11.
7. Ibid., s. 5-11. Både § 7, stk. 2 og 3, bygger også på tillægsprotokoll nr. 6 til EMRK og art. 3 i FN's Konvention mod tortur og anden grusom, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.
8. L 72, s. 4-11.

Samtidig med indførelsen af udl. § 7, stk. 3, i 2014 blev det vedtaget, at personer omfattet af denne bestemmelse først kunne søge om familiesammenføring efter et år i Danmark. Udlændinge omfattet af de to øvrige kategorier kunne både dengang og nu ansøge om familiesammenføring efter udl. § 9, straks efter de er meddelt asyl. Denne forskelsbehandling blev begrundet med, at personer omfattet af § 7, stk. 3, generelt set har et mere midlertidigt behov for beskyttelse end individuelt forfulgte personer.<sup>9</sup> Det blev uddybende forklaret i lovbemærkningerne, at opholdsgrundlaget for denne persongruppe er så usikkert og af så begrænset varighed, at familiedlemmer bl.a. under hensyn til effektiv immigrationskontrol ikke som udgangspunkt bør meddeles opholdstilladelse.<sup>10</sup> IMR fandt i 2014 ikke tilstrækkeligt klart grundlag for at konkludere, at denne udskydelse af retten til familiesammenføring var i strid med EMRK art. 8.<sup>11</sup>

Siden februar 2015 er presset på det danske (og det europæiske) asylsystem som bekendt blot blevet forøget. Som en reaktion på denne udvikling fremlagde regeringen den 13. november 2015 en asylpakke indeholdende bl.a. forslag til 15 ændringer af vilkårene på asylområdet.<sup>12</sup> L 102 er en af de konkrete udmøntninger af asylpakken,<sup>13</sup> og loven har som sit erklærede formål at »stramme yderligere for asylvilkårene og adgangen til Danmark, så det bliver markant mindre attraktivt at søge til Danmark«. <sup>14</sup> De ændrede regler i udl. § 9 om, at personer med midlertidig beskyttelsesstatus først kan ansøge om familiesammenføring efter tre år i Danmark, har ifølge lovbemærkningerne til hensigt at »begrænse tilstrømningen af flygtninge og migranter til Danmark«. <sup>15</sup> Denne stramning retfærdiggøres ved at gøre brug af førnævnte argumentation fra 2014 om, at personer på flugt fra generelle forhold i hjemlandet – generelt set – har et mere midlertidigt beskyttelsesbehov end individuelt forfulgte,<sup>16</sup> og at der vil skulle meddeles familiesammenføring efter udl. § 9 c, stk. 1, hvis en udlænding har krav herpå efter Danmarks internationale forpligtelser.<sup>17</sup> Som eksempler på, hvornår dette vil kunne være tilfældet, nævnes en situation, hvor personen i Danmark (herefter: referencen) for ud for udrejsen fra hjemlandet har passet en handicappet ægtefælle i hjemlandet, eller hvis den herboende har alvor-

9. Ibid. Dette argument gentages i L 87, s. 18-21, jf. afsnit 4 nedenfor.
10. Ibid. s. 15.
11. IMR: Høring over udkast til lovforslag om ændring af udlændingeloven (midlertidig beskyttelsesstatus for visse udlændinge mv.), 7. november 2014.
12. Se [http://www.stm.dk/publikationer/Asylpakke\\_15/index.html](http://www.stm.dk/publikationer/Asylpakke_15/index.html).
13. L 102 skal ses i sammenhæng med de tidligere vedtagne love nr. 1273 af 20. november 2015 (håndtering af flygtninge- og migrantsituationen) og nr. 1499 af 11. december 2015 (transportansvar i forbindelse med midlertidig grænsekontrol ved indre Schengengrænser).
14. L 87, s. 14.
15. L 87, s. 18.
16. Ibid.
17. Ibid.

ligt syge mindreårige børn i hjemlandet.<sup>18</sup> Endvidere henvises der til, at hensynet til barnets tarv og FN's børnekonvention kan bevirke, at der tillades familiesammenføring på et tidligere tidspunkt – f.eks. hvis personen i Danmark er et mindreårigt barn, hvis forældre søger om familiesammenføring.<sup>19</sup>

### 3. EMRK art. 8 om ret til respekt for familieliv

EMRK art. 8 om retten til respekt for familieliv er ikke en absolut bestemmelse. De kontraherende stater har efter bestemmelsens ordlyd mulighed for at foretage indgreb i et familieliv, såfremt de iagttagere de i art. 8, stk. 2, opregnede betingelser. En forståelse af omfanget af bestemmelsens beskyttelse i familiesammenføringssager, herunder omfanget af de kontraherende staters positive forpligtelser i sådanne sager, forudsætter kendskab til, hvordan EMRK art. 8 fortolkes i EMD-praksis.

#### 3.1. EMD-praksis

##### Generelt om EMD's prøvelse af familiesammenføringssager

EMD har en fast tilgang til spørgsmålet om omfanget af de kontraherende staters forpligtelser til at tillade familiesammenføring efter EMRK art. 8. Domstolen tager sit normale udgangspunkt i det folkeretlige princip om, at enhver stat har ret til at kontrollere udlændingens adgang til indrejse og ophold inden for rammerne af statens internationale forpligtelser, hvorefter det slås fast, at EMRK art. 8 ikke indebærer en generel ret for familier til at vælge, i hvilket land de vil udøve deres familieliv.<sup>20</sup>

Sager vedrørende familiesammenføring (af børn såvel som ægtefæller) behandles normalt af EMD som et spørgsmål om udstrækningen af de kontraherende staters positive handlepligt efter EMRK art. 8.<sup>21</sup> Det anerkendes dog standardmæssigt af EMD, at der også på dette område er en glidende overgang mellem positive og negative forpligtelser, især fordi den udlænding, der søger om opholdstilladelse, ofte befinder sig i en konventionsstat, og spørgsmålet derfor er, om sagen skal opfattes som en eventuel (positiv) pligt til at meddele opholdstilladelse eller en (negativ) pligt til at lade være med at udsende den pågældende person.<sup>22</sup> EMD understreger, at sontringen reelt er af underordnet betydning i praksis, da sager af

denne karakter typisk under alle omstændigheder beror på en proportionalitetsafvejning (»fair balance« assessment) af, om konventionsstatens legitime interesse i at føre indvandringskontrol i lyset af omstændighederne i den konkrete sag er tungtvejende nok til at begrunde et afslag på familiesammenføring.<sup>23</sup> Ved denne afvejning overlades der en vis skønsmargin til den indklagede stat, hvis udstrækning beror på sagens omstændigheder.<sup>24</sup>

EMD har udviklet en række faste kriterier, der anvendes som rettesnor i proportionalitetsafvejningen i familiesammenføringssager. Disse kriterier varierer og/eller indgår med forskellig vægt afhængigt af, om den konkrete sag vedrører ægtefællesammenføring, børnesammenføring (dvs. situationer hvor en eller begge forældre bosiddende i en konventionsstat søger om opholdstilladelse til et barn) eller udvisning.<sup>25</sup> I ægtefællesammenføringssager indgår følgende elementer standardmæssigt i proportionalitetsafvejningen:<sup>26</sup>

- i hvilket omfang et afslag på familiesammenføring reelt medfører afbrydelse af familielivet,
- parrets tilknytning til konventionsstaten henholdsvis hjemland/tredjeland,
- om der er uoverstigelige (»insurmountable«) hindringer for udøvelse af familieliv i ansøgers/referencens oprindelsesland eller et tredjeland,
- om hensyn til immigrationskontrol (f.eks. overtrædelse af udlændingelovgivningen) eller den offentlige orden taler for et afslag,
- alderen på eventuelle børn (er de i en tilpasningsdygtig alder?),
- hensynet til barnets tarv, hvis der er børn involveret. Dette hensyn er af største (»paramount«) vigtighed og skal tillægges betydelig (»significant«) vægt,<sup>27</sup> og
- tidspunktet for familielivets etablering.

I langt størstedelen af de ægtefællesammenføringssager, som EMD har behandlet, har det afgørende kriterium været »tidspunktet for familielivets etablering«. I sager af denne type anvender EMD en endda særdeles kontant

18. Ibid., s. 18-21.

19. Ibid., s. 19-21.

20. Se f.eks. *Jeunesse mod Nederlandene* (App. 12738/10), dom af 3. oktober 2014, pr. 100 og 107; *Rafiq Naibzay mod Nederlandene* (App. 68562/12), afgørelse af 4. juni 2013, pr. 29; *Omorieg mod Norge* (App. No. 265/07), dom af 31. juli 2008, pr. 57; og *Abdulaziz, Cabales and Balkandali mod Storbritannien* (App. 9214/80), dom af 28. maj 1985, pr. 67-68.

21. Se senest *Jeunesse mod Nederlandene*, pr. 105.

22. Ibid., pr. 106-07. Se også *Rafiq Naibzay mod Nederlandene*, pr. 28; *Konstatinov mod Nederlandene* (App. 16351/03), dom af 26. april 2007, pr. 46; *Narenji Haghighi mod Nederlandene* (App. 38165/07), afgørelse af 14. april 2009; *Taher mod Sverige* (App. 25709/05), afgørelse af 29. november 2007; *Priya mod Danmark* (App. 13594/09), afgørelse af 6. juli 2006; og *Amara mod Nederlandene* (App. 6914/02), afgørelse af 5. oktober 2004.

23. Se f.eks. *Jeunesse mod Nederlandene*, pr. 106. *Rafiq Naibzay*, pr. 28; *Konstatinov mod Nederlandene*, pr. 48; og *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, pr. 67-68. Sontringen mellem negative og positive rettigheder efter EMRK art. 8 i familiesammenføringssager er behandlet af J. Vedsted-Hansen, »EMRK Art. 8«, i P. Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: Kommenteret*, DJØF, 2011, s. 741-42.

24. Ibid.

25. *Jeunesse mod Nederlandene*, pr. 104-05. EMD's praksis i børnesammenføringssager behandles i L. Halleskov Storgaard, »Art 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og familiesammenføring med børn«, *EU-ret & Menneskeret*, 2006(5), s. 264. Om ægtefællesammenføringspraksis, se P. Starup, »Hvilket råderum efterlader EMRK art. 8 og 14 Danmark med på ægtefællesammenføringsområdet?«, *EU-ret & Menneskeret*, 2014(6), s. 359; og J. Vedsted-Hansen (2011), s. 740-48.

26. Se f.eks. *Jeunesse mod Nederlandene*, pr. 107-08; *Butt mod Norge* (App. 47017/09), dom af 4. december 2012, pr. 78; og *Omorieg mod Norge*, pr. 57.

27. *Jeunesse mod Nederlandene*, pr. 109 med yderligere henvisninger.

tilgang, der tager udgangspunkt i parrets berettigede forventninger. Det understreges således, at hvis familieliv et blev stiftet på et tidspunkt, hvor ansøgers opholdsstatus i konventionsstaten var af en usikker karakter (f.eks. processuelt, illegalt eller turistophold), så vil et afslag på familiesammenføring kun i helt særlige tilfælde (»exceptional circumstances«) være i strid med EMRK art. 8.<sup>28</sup> EMD har i disse sager afgjort, at end ikke op til 10 års illegalt/processuelt ophold i en konventionsstat, myndighedernes mangeårige manglende sanktionering af ulovligt ophold og/eller meget begrænsede muligheder for at udøve familieliv (også med mindre børn) i et andet land kan udløse EMRK art. 8's beskyttelse.<sup>29</sup>

Kriteriet om, at der skal være et alternativt sted for familien at være sammen, fortolkes generelt restriktivt af EMD til de kontraherende staters fordel.<sup>30</sup> I enkelte sager er Domstolen endda gået så langt, at den har udtalt, at det er tilstrækkeligt, at udøvelse af familielivet ikke bliver »virtually impossible« i tilfælde af et afslag på familiesammenføring, hvorfor det er tilstrækkeligt til at sikre overholdelse af EMRK art. 8, at parret og mindreårige børn kan være sammen under periodevis besøgsophold.<sup>31</sup> Disse bemærkninger skal dog ses i lyset af, at samtlige familiesammenføringssager, hvor EMD har foretaget den restriktive vurdering af muligheden for at udøve familieliv andetsteds, er blevet afgjort med henvisning til parrets berettigede forventninger. Indtil nu har EMD ikke behandlet en familiesammenføringssag, hvor der ikke har været et alternativt land, hvori familielivet kan udøves.

EMD har alene i en enkelt ægtefællesammenføringssag fundet en krænkelse af EMRK art. 8, nemlig den lidt atypiske *Jeunesse*-dom fra 2014. Den omhandlede et par fra Surinam, der startede deres forhold i 1987, mens de begge boede i oprindelseslandet. I 1991 indrejste manden i Holland, hvor han fik opholdstilladelse som familiesammenført med sin far, og hvor han i 1993 fik statsborgerskab. Kvinden indrejste i Holland i 1997 på et 45-dages turistvisum og forblev i landet, da dette udløb. På tidspunktet for EMD's behandling af sagen havde kvinden opholdt sig mere end 16 år i Holland, dels processuelt, dels ulovligt, fået fem afslag på opholdstilladelse, og parret havde i denne periode fået tre børn. Til trods for, at parrets berettigede forventninger talte kraftigt imod, at de kunne støtte ret på EMRK art. 8, fandt EMD, at der i den konkrete sag forelå helt særlige omstændigheder. EMD fremhævede, at både manden og parrets børn var hollandske statsborgere,

hvilket kvinden også tidligere selv havde været, da Surinam er en forhenværende hollandsk koloni, at de hollandske myndigheder i mere end 16 år havde forholdt sig passive over for kvindens tilstedeværelse i landet, selv om de i 15 år havde været bekendt med kvindens adresse, og at kvinden var den primære omsorgsperson for parrets børn, der alle havde dybe rødder i Holland, hvor de var statsborgere og ingen tilknytning havde til Surinam.<sup>32</sup> I den forbindelse understregede EMD den afgørende betydning af hensynet til barnets tarv i familiesammenføringssager, der indebærer, at Domstolen fokuserer særligt på »the circumstances of the minor children concerned, especially their age, their situation in the country or countries concerned and the extent to which they are dependent on their parents«.<sup>33</sup> I den konkrete sag havde de hollandske myndigheder, ifølge EMD, ikke ved vurderingen af, om der var uoverstigelige hindringer for udøvelse af familieliv i Surinam, taget tilstrækkeligt hensyn til de tre børns tarv, da de gav kvinden afslag på opholdstilladelse. EMD forklarede her uddybende, at nationale myndigheder for at sikre den effektive beskyttelse af barnets tarv generelt skal »advert to and assess evidence in respect of the practicality feasibility and proportionality of any such removal«.<sup>34</sup>

#### *Særligt om sager, hvor referencepersonen har asyl i en konventionsstat*

EMD har til dato aldrig behandlet en sag vedrørende ægtefællesammenføring, hvor referencen har asyl i en konventionsstat. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at der ikke foreligger et retligt grundlag for at fortrænge en kvalificeret vurdering af omfanget af en konventionsstats forpligtelser efter EMRK art. 8 i sager af denne type.

For det første er det åbenbart, at kriteriet om, at der ikke må foreligge uoverstigelige hindringer for udøvelse af familieliv i et andet land, normalt ikke kan anses for opfyldt i sager, hvor referencen er i risiko for at lide overlast i hjemlandet. Som tidligere nævnt er det alene i sager (*Useinov* og *Omoriegie*) vedrørende immigranter, der kunne afgøres med udgangspunkt i ovennævnte »berettigede forventningstankegang«, at EMD har accepteret, at der reelt ikke har været et alternativt land, hvori familielivet kan udøves, og i disse tilfælde har der været mulighed for, at familien kunne være sammen under lejlighedsvis besøgsophold. Den store betydning for EMRK art. 8-vurderingen af et manglende alternativt land at udøve familieliv illustreres endvidere af dommen i *Kimfe*.<sup>35</sup> Her var klager en etiopisk kvinde, der havde fået afslag på asyl i Schweiz, men hun kunne ikke tvangsudsendes til hjemlandet på grund af de etiopiske myndigheders manglende villighed til at samarbejde herom. I Schweiz giftede klager sig med en etiopisk mand i tilsvarende situation, og parret klagede over myndighedernes afslag på at allo-

28. Ibid., pr. 108. Se endvidere: *Narenjo Haghighi mod Nederlandene; Omoriegie mod Norway*, pr. 57; *M mod Storbritannien* (App. 25087/06), afgørelse af 24. juni 2008; *Priyav Danmark; Useinov mod Nederlandene* (App. 61292/00), afgørelse af 11. april 2006; *Shebashov mod Letland* (App. 50065/99), afgørelse af 9. november 2000; *Solomon mod Nederlandene; Ajayi m.fl. mod Storbritannien* (App. 27663/95), afgørelse af 22. juni 1999; *Mitchell mod Storbritannien* (App. 40447/98), afgørelse af 24. november 1998; og *Abdulaziz, Cabales og Balkandali*, pr. 68.

29. Ibid.

30. J. Vedsted-Hansen (2011), s. 747-48.

31. *Useinov mod Nederlandene; og Omoriegie mod Norge*, pr. 66.

32. *Jeunesse mod Nederlandene*, pr. 115-20.

33. Ibid., pr. 118.

34. Ibid., pr. 120.

35. *Kimfe mod Schweiz*, (App. 24404/05), dom af 9. juli 2010.

kere dem til ophold i samme delstat. Da EMD behandlede sagen havde parret været adskilt i fem år. Under henvisning særligt til den manglende mulighed for parret til at udvikle («de développer») deres familieliv uden for schweizisk territorium, konkluderede EMD, at den schweiziske regerings legitime interesse i at håndhæve landets udlændingelovgivning ikke var tilstrækkeligt tungtvejende til at kunne begrunde indgrebet i parrets familieliv, hvorfor EMRK art. 8 var krænket.<sup>36</sup> Henset til EMD's vægtning af et manglende alternativt opholdshold i denne sag, hvor klager end ikke var meddelt asyl, og hvor parret havde stiftet familieliv efter udrejsen fra hjemlandet, er det ganske nærliggende at argumentere for, at kriteriet må tillægges i hvertfald samme betydning i tilsvarende sager, hvor referencen rent faktisk har asyl i konventionsstat.

For det andet er det relevant at fremhæve, at EMD adskillige gange i flere forskellige typer af sager generelt har karakteriseret asylansøgere og anerkendte flygtninge (omfattende også personer med EMRK art. 3-status i en konventionsstat) som en »sårbar persongruppe« med brug for særlig beskyttelse.<sup>37</sup> I to nyere domme fra 2014, *Tanda-Muzinga* og *Mugenzi*, har EMD desuden forklaret, at familiens enhed («l'unité de la famille») er en essentiel ret for flygtninge, og at familiesammenføring er en grundlæggende forudsætning for, at personer, der er flygtet fra en forfølgelse, kan genetablere et normalt liv.<sup>38</sup> I begge disse domme, der vedrørte omfanget af Frankrigs processuelle forpligtelser i familiesammenførings-sager efter EMRK art. 8, understregede EMD endvidere, at familielivet mellem referencen og dennes ægtefælle og mindreårige børn var blevet afbrudt alene som følge af asylbegrundende omstændigheder, som referencen ikke kunne holdes ansvarlig for.<sup>39</sup> Desuden fremhævede EMD den brede internationale og europæiske konsensus om, at flygtninge skal have adgang til en mere favorabel familiesammenføringsprocedure end andre udlændinge.<sup>40</sup> Størstedelen af de standarder, som der henvises til af EMD i den forbindelse, sonderer ikke mellem, om der er tale om konventionsflygtninge eller personer med midlertidig beskyttelsesstatus på baggrund af EMRK art. 3.<sup>41</sup> Alt i alt konkluderede

36. Ibid., pr. 67-92.

37. Se bl.a. *M.S.S. mod Belgien og Grækenland* (App. 30696/09), dom af 21. januar 2011, pr. 251; *Tarakhel mod Schweiz* (App. 29217/12), dom af 4. november 2014, pr. 97; *Hirsi Jamaa m.fl. mod Italien* (App. 27765/09), dom af 23. februar 2012, pr. 155; *Tanda-Muzinga mod Frankrig* (App. 2260/10), dom af 10. juli 2014, pr. 75; og *Mugenzi mod Frankrig* (App. 51701/09), dom af 10. juli 2014, pr. 54.

38. *Tanda-Muzinga*, pr. 75; og *Mugenzi*, pr. 54.

39. *Tanda-Muzinga*, pr. 74; og *Mugenzi*, pr. 55.

40. Ibid., *Tanda-Muzinga*, pr. 43-49; og *Mugenzi*, pr. 32, hvor der bl.a. henvises til FN's Flygtningekonvention, EU's Familiesammenføringsdirektiv (direktiv 2003/86/EF), EU Kommissionens Green Paper om implementeringen af EU's Familiesammenføringsdirektiv (COM 2011 735), og anbefaling nr. R (99) 23 fra Europarådets Ministerkomité.

41. Ibid., *Tanda-Muzinga*, pr. 43-49; og *Mugenzi*, pr. 32. EMD henviser bl.a. til Flygtningekonventionen, EU's Familiesammenføringsdirektiv (direktiv 2003/86/EF), og EU-Kommissionens

EMD i de franske sager, at hensynet til immigrationskontrol ikke var tungtvejende nok til at kunne begrunde begrænsningerne i klagerens familieliv, da de franske myndigheder i begge sager, hvor ansøgerne reelt opfyldte betingelserne for familiesammenføring, ikke havde taget fornødent hensyn til referencernes særlige situation, og da familiesammenføringsprocessen ikke var blevet fremmet med den påkrævede »fleksibilitet, hurtighed og effektivitet«. <sup>42</sup> I *Tanda-Muzinga*-sagen fremhævede domstolen endvidere, at processen havde medført, at referencen havde fået en svær depression i tillæg til de traumatiske oplevelser, der havde begrundet, at han blev tildelt asyl.<sup>43</sup>

Man bør hæfte sig ved, at EMD i de to franske sager bl.a. understregede, at klagerne ikke selv havde valgt, at familien skulle adskilles. Denne pointering af årsagen til adskillelsen af familien er velkendt fra børnesammenførings-sager, hvor det i praksis har vist sig at være det centrale kriterium ved vurderingen af, om et barn kan støtte ret på EMRK art. 8 til at blive familiesammenført med forældre i en konventionsstat.<sup>44</sup> Hvis forældrene selv har valgt at efterlade et barn i hjemlandet og ikke søger om opholdstilladelse til barnet hurtigt efter at have erhvervet opholdsret i en konventionsstat, skal der efter EMD's faste praksis foreligge ekstraordinære omstændigheder, før et afslag på familiesammenføring vil være i strid med EMRK art. 8.<sup>45</sup> I sager om ægtefællesammenføring, der involverer flygtninge og personer med beskyttelsesstatus støttet på EMRK art. 3, kan man med udgangspunkt i *Tanda-Muzinga* og *Mugenzi* argumentere for, at det forhold, at adskillelsen af familien beror på asylbegrundende omstændigheder og ikke referencepersonens eget valg, bør indgå med betydelig vægt i proportionalitetsvurderingen.<sup>46</sup> Dette argument finder i øvrigt støtte i EMD's dom i *Tuquabo-Tekle*.<sup>47</sup>

### 3.2. Vurderingen af de danske regler

#### Argumenterne fremsat af regeringen og IMR

Som tidligere nævnt erkender regeringen i bemærkningerne til L 102, at der er en »vis risiko« for, at EMD i en konkret sag finder, at det ikke efter EMRK art. 8 er muligt generelt at stille krav om et treårigt ophold i Danmark som betingelse for familiesammenføring med personer omfattet af udl. § 7, stk. 3.<sup>48</sup> Samtidig understreges det dog, at man ikke er bekendt med EMD-praksis om ud-

Green Paper om implementeringen af Familiesammenføringsdirektiv (COM 2011 735), anbefaling nr. R (99) 23 fra Europarådets Ministerkomité.

42. *Tanda-Muzinga*, pr. 82; og *Mugenzi*, pr. 62.

43. *Tanda-Muzinga*, pr. 81.

44. L. Halleskov Storgaard (2006).

45. Ibid. med henvisning til praksis. Se herudover *Berisha mod Schweiz* (App. No. 948/12), dom af 30. juli 2013.

46. Se endvidere *Bah mod Storbritannien* (App. 56328/07), dom af 27. september 2011, pr. 46, om EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8, hvor EMD fremhævede, at tildeling af asylgrundlag »did not entail an element of choice«, jf. nedenfor afsnit 4.3.

47. *Tuquabo-Tekle mod Holland* (App. 60665/0) dom af 1. december 2005, pr. 47.

48. L 87, s. 21.

skyldelse af adgangen til familiesammenføring i denne situation, og at »tungtvejende argumenter« taler for, at den foreslåede ordning er forenelig med EMRK art. 8 henset til »den begrænsede varighed af den herboende udlændings ophold i Danmark, beskyttelsesbehovets forventede midlertidige karakter og det forhold, at opholdstilladelsen kun er meddelt for 1 år ad gangen«. <sup>49</sup>

IMR anfører derimod med henvisning særligt til de ovenfor omtalte domme i *Tanda-Muzinga* og *Mugenzi*, at der er en »betydelig klarhed« i EMD-praksis og dermed et »meget sikkert grundlag« for at konstatere, at stramningen er i strid med EMRK art. 8, da det følger af disse sager, at ret til familiesammenføring for personer med international beskyttelse skal gennemføres hurtigt. <sup>50</sup> I den forbindelse lægger IMR til grund, at tre-års reglen medfører en død periode på 33 måneder, hvor referencen vil være afskåret fra at søge om familiesammenføring. <sup>51</sup> IMR henviser endvidere til dommen i *Mehemi*, hvor EMD fandt EMRK art. 8 krænkede, da de franske myndigheder ikke med tilstrækkelig hurtighed havde foranstaltet, at en uretmæssig udvist person kunne genetablere sit familieliv med familien i Frankrig. <sup>52</sup> I den forbindelse understreger EMD, at et argument om, at de franske myndigheder var overbebyrdede, kun kunne tillægges sekundær betydning for vurderingen af, om EMRK art. 8 var krænkede. <sup>53</sup>

I den kommenterede høringsoversigt afviser regeringen IMR's konklusion med henvisning til, at de franske sager ikke vedrører proportionalitetsafvejningen i familiesammenføringssager efter EMRK art. 8 og derfor ikke er relevant for vurderingen af, om udlændinge med midlertidig beskyttelsesstatus har krav på familiesammenføring inden for de første tre år i Danmark. <sup>54</sup>

### Konkret kontragenel prøvelse

Udgangspunktet for en vurdering af disse argumenter er en understregning af, at EMD i klagesager ikke tager direkte stilling til, om national lovgivning generelt set er i strid med konventionen, men »alene«, om en omtvistet lovgivning i den konkrete sag er blevet anvendt i overensstemmelse med EMRK. Selv om det selvsagt ofte forekommer, at EMD's argumentation i konkrete sager har generelle lovgivningsmæssige konsekvenser, indebærer domstolens konkrete prøvelse, at man bør være varsom med at konkludere, at en lovgivning generelt strider mod

konventionen, når den ikke er absolut. Det er derfor relevant at vurdere konventionsmæssigheden af den indskrænkede ret til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus, der introduceres med L 102, i nær sammenhæng med undtagelsen til reglen i udl. § 9 c, stk. 1, hvorefter der vil kunne meddeles familiesammenføring inden for de første tre år, hvis det følger af Danmarks internationale forpligtelser. <sup>55</sup> Dette anerkendes i øvrigt også af IMR. <sup>56</sup>

### Bedømmelsesgrundlag: praksis om ægtefællesammenføring

Centralt for vurderingen af den danske ordnings forenelighed med EMRK art. 8 er spørgsmålet om på hvilket retligt grundlag denne vurdering skal foretages. Dette spørgsmålet er særligt aktuelt, fordi EMD som nævnt ikke har taget direkte stilling til sager omhandlende adgang til familiesammenføring for personer med et asylretligt opholdsgrundlag. Bemærkningerne til L 102 opregner kriterierne fra EMD's proportionalitetsvurdering i ægtefællesammenføringssager, men det afvises som sagt, at de franske sager, som IMR omtaler, kan udgøre fortolkningsbidrag, ligesom øvrig EMD-praksis, der omhandler flygtninge og personer med opholdsgrundlag efter EMRK art. 3, ikke nævnes i lovbemærkningerne.

Det må ganske rigtigt kunne lægges til grund, at EMD's prøvelse af et afslag på familiesammenføring grundet tre-års reglen vil tage sit udgangspunkt i domstolens traditionelle proportionalitetsvurdering med de faste kriterier som rettesnor. Dette indebærer, at der i ægtefællesammenføringssager vil kunne peges på den begrænsede varighed af referencens ophold i Danmark og parrets samlede begrænsede tilknytning her til landet som værende faktorer, der sammen med det legitime hensyn til immigrationskontrol i en tid, hvor der er et stort pres på Danmarks (og Europas) grænser kan tale imod en EMRK art. 8-forpligtelse for Danmark.

Det må dog også samtidig kunne lægges til grund, at fraværet af alternative lande, hvor familielivet kan udøves, sammenholdt med, at årsagen til adskillelsen af familien er risiko for EMRK art. 3-stridig behandling, er to faktorer, som EMD vil tillægge betydelig vægt til klagers fordel i proportionalitetsafvejningen. Ingen af disse kriterier nævnes i lovbemærkningerne, der til gengæld fremhæver, at adgangen til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus ikke permanent afskæres men blot udskydes i tre år i lyset af udlændingens »særlige midlertidige opholdsretlige status«. <sup>57</sup> Hertil kan man dog bemærke, at afslag på ægtefællesammenføring efter national ret kun i sjældne tilfælde reelt er permanente, da de som oftest gives under henvisning til, at en bestemt betingelse (24-års reglen, kravet om selvforsørgelse etc.) ikke er opfyldt på ansøgningstidspunktet. Det er også relevant at fremhæve, at den forventede sagsbehand-

49. Ibid.

50. IMR (2016), s. 2, 6-12 og 21, hvor der tillige henvises til *Senigo Longue m.fl. mod Frankrig* (App. 19113/09), dom af 10. juli 2014.

51. IMR (2016), s. 16. I L 87 nævnes det, at udlændingemyndighedernes sagsbehandling vil blive tilrettelagt således, at ansøgningsindgivet »mindre end 2 måneder« før det tidspunkt, hvor udlændingen opfylder tre-års-kravet.

52. *Mehemi mod Frankrig (no. 2)*, (App. 53470/99), dom af 10. april 2003.

53. Pr. 49.

54. Udlændinge-, Integrations- og Boligministeriet, Kommenteret høringsoversigt vedrørende L 87, 12. januar 2016, s. 3. Se endvidere endeligt svar på spørgsmål nr. 17 til L 87, Udlændinge-, Integrations- og Boligministeriet 2015-16, 18. januar 2006.

55. L 87, s. 19.

56. IMR (2016), s. 18-19.

57. L 87, s. 19.

lingstid for ægtefællesammenførings-sager på nuværende tidspunkt er mellem fem (enkle sager) og ti (komplerede sager) måneder, hvorfor der i praksis reelt kan gå op til knap fire år, førend familiesammenføring kan imødekommes i sager omfattet af tre-års reglen.<sup>58</sup>

Yderligere er det forventeligt, at EMD vil afkræve en uddybende forklaring på og dokumentation for, hvorfor opholdsgrundlaget for personer med midlertidig beskyttelsesstatus rent faktisk er af en »særlig midlertidig« karakter, og at argumentet om den forventede midlertidige karakter af referencens beskyttelsestov tilsvarende både generelt og konkret vil skulle uddybes og dokumenteres, førend EMD vil være villig til at tillægge disse betragtninger vægt til den danske stats fordel i proportionalitetsafvejningen. Disse antagelser støttes på det forhold, at opholdsgrundlaget for alle tre asylkategorier i udl. § 7 er midlertidigt, og at karakteristikken af opholdsgrundlaget efter udl. § 7, stk. 3, som værende »særlig midlertidigt« ikke finder støtte i EMRK, hvor EMD i art. 3-praksis hverken direkte eller indirekte har anført, at generelle risici gør beskyttelsestovet efter bestemmelsen mere midlertidigt end individuelle risikofaktorer. Afgørende for beskyttelsen efter EMRK art. 3 er således alene, om risikoen for overgreb i strid med bestemmelserne tilstrækkeligt sandsynliggjort.

Sondringen mellem udlændinge med opholdsgrundlag efter udl. § 7, stk. 2, henholdsvis stk. 3, er en ren dansk lovgivningskonstruktion, der (som det er redegjort for nedenfor) i øvrigt heller ikke finder støtte i EU-retten.<sup>59</sup> Det er i den forbindelse centralt at fremhæve, at EMD's Storkammer i den nyligt afsagte dom i *Biao*-sagen afviste, at generelle, »spekulative« argumenter kunne retfærdiggøre sondringen i den danske udlændingelovs § 9, stk. 7, i relation til 28-års-reglens anvendelse.<sup>60</sup>

**Bedømmelsesgrundlag: praksis der ikke vedrører proportionalitetsafvejningen i familiesammenførings-sager**  
Det er allerede antydning ovenfor, at også EMD-praksis, der ikke direkte vedrører udskydning af retten til familiesammensammenføring for personer med asyl i en konventionsstat og/eller proportionalitetsvurderingen i familiesammenførings-sager, vil kunne udgøre et relevant fortolkningsbidrag ved vurderingen af tre-års-reglens overensstemmelse med EMRK art. 8. Sådant EMD-praksis står selvsagt ikke stærkt som eneste bedømmelsesgrundlag, men det kan inddrages som supplerende fortolkningsbidrag af f.eks. danske domstole i det omfang, det indeholder generelle pejlemærker for EMD's behandling af sager, der involverer personer med et asylretligt opholdsgrundlag.

58. Udlændingestyrelsens servicemål af 10. maj 2016, tilgængelig på [https://www.nyidanmark.dk/da-dk/Ophold/sagsbehandlingsstider/us/saerligt\\_om\\_servicemaal.htm#ae](https://www.nyidanmark.dk/da-dk/Ophold/sagsbehandlingsstider/us/saerligt_om_servicemaal.htm#ae).

59. Se mere herom nedenfor i afsnit 4.3.

60. *Biao mod Danmark* (App. 38590/10), dom af 24. maj 2016, pr. 125, der omtales nedenfor i afsnit 4.2.

Dette synspunkt støttes på det forhold, at EMD i sin fortolkning af konventionen søger at fremme EMRK's »sammenhæng og harmoni« ved at inddrage egen relevant praksis vedrørende andre konventionsbestemmelser og sagstyper end den konkrete, der er genstand for prøvelse.<sup>61</sup> I familiesammenførings-sager illustreres dette bl.a. af den ovenfor omtalte *Jeunesse*-sag, hvor EMD ved vurderingen af vægtningen af hensynet til barnets tarv i proportionalitetsafvejningen henviste både til en dom omhandlende en børnebortførelse i Haagerkonventionens forstand og til en dom vedrørende administrativ frihedsberøvelse af afviste asylansøgere.<sup>62</sup>

På den baggrund må det betegnes som meget sandsynligt, at EMD i sager vedrørende adgangen til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus vil fremhæve det generelle synspunkt fra bl.a. praksis vedrørende EMRK art. 3 og EMRK art. 8 om, at flygtninge (inkl. personer med opholdsgrundlag støttet på EMRK art. 3) udgør en »særligt sårbar« persongruppe. Tilsvarende er det nærliggende at tilsluttesig IMR's synspunkt om, at EMD i sager vedrørende tre-års-reglen vil gentage betragtningerne fremsat i *Tanda-Muzinga* og *Mugenzi* om, at familiens enhed er en essentiel ret for flygtninge, at familiesammenføring er en grundlæggende forudsætning for, at personer, der er flygtet fra forfølgelse, kan genetablere et normalt liv, og at sådanne familiesammenførings-sager skal behandles hurtigt.<sup>63</sup> Ud over at disse betragtninger er af en helt generel karakter og fremsat af EMD i en kontekst i dommene, der ikke er knyttet til præcise omstændigheder i disse sager, støttes dette synspunkt på, at *Tanda-Muzinga* og *Mugenzi* trods alt vedrører EMRK art. 8 og familiesammenføring for flygtninge. Man kan derfor argumentere for, at der rent faktisk er en grad af materiel sammenlignelighed mellem de franske sager og problematikken i relation til den danske tre-års-regel.

**Sammenfattende vurdering: hvornår medfører EMRK art. 8, at der skal undtages fra tre-års reglen?**

I lovbemærkningernes ikke udtømmende opregning af, hvornår der kan blive undtaget fra tre-års reglen, nævnes situationer, hvor referencen har passet en handicappet ægtefælle i hjemlandet forud for flugten, eller hvor referencens mindreårige børn i hjemlandet er alvorligt syge.<sup>64</sup> Desuden henvises der til, at hensynet til barnets tarv og FN's børnekonvention kan medføre, at der tillades familiesammenføring, hvis ansøgerne er forældre til et mindreårigt barn, der har opnået midlertidig beskyttelsesstatus.

61. Se bl.a. *Klass m.fl. mod Tyskland* (App. 5029/71), dom af 6. september 1978, pr. 68; *Maaouia mod Frankrig* (App. 39652/98), dom af 5 oktober 2000, pr. 36; og *Stec m.fl. mod England* (App. 65731/01), afgørelse af 7. juli 2005, pr. 48.

62. *Jeunesse mod Nederlandene*, pr. 109 og 188, hvor der bl.a. henvises til *Neulinger og Shuruk mod Schweiz* (App. 41615/07), dom af 6. juli 2011; og *Popov mod Frankrig* (App. 39472/07), dom af 19. januar 2012.

63. *Tanda-Muzinga*, pr. 75; og *Mugenzi*, pr. 54.

64. *Ibid.*, s. 18-21.

tus.<sup>65</sup> Derimod nævnes ikke den »almindelige« situation, hvor referencen søger om familiesammenføring med ægtefælle og/eller mindreårige børn, der ikke lider af alvorlige helbredsgener.

I lyset af vurderingerne i de forudgående afsnit er det overvejende sandsynligt, at EMD også i en fremtidig sag vedrørende en sådan »almindelig« situation omhandlende en udlænding med midlertidig beskyttelsesstatus uden udsigt til at kunne vende hjem<sup>66</sup> vil nå frem til, at tre-årsreglen kræver EMRK art. 8 henset til, at adskillelsen af familien skyldes asylbegrundende forhold og ikke referencens eget valg, at der ikke er noget alternativt sted, hvor familielivet kan udøves, at der er tale om en særlig sårbar persongruppe, og at tre-års reglen medfører, at referencen skal have opholdt sig godt 34 måneder i Danmark,<sup>67</sup> før der kan søges om familiesammenføring, hvorefter det kan tage op til ti måneder for myndighederne at behandle ansøgningen.<sup>68</sup> Denne argumentation står stærkest i sager, hvor familielivet var etableret i hjemlandet forud for flugten, og endnu stærkere i sager, hvor parrets mindreårige børn i sådanne sager også søger om opholdstilladelse, da hensynet til barnets tarv tillægges stadig større vægt af EMD i familiesammenføringspraksis.<sup>69</sup> Henset til den manglende mulighed for at udøve familieliv i et andet land, må det dog antages, at EMD også vil være villig til at beskytte såkaldte efterfølgende ægte skaber, såfremt det kan lægges til grund, at der er tale om et reelt familieliv jf. ovenfor omtalte dom Kimfe-sagen.<sup>70</sup> Dog vil der muligvis blive overladt et lidt større spillerum til den danske stat i sådanne sager med den virkning, at et afslag f.eks. vil kunne retfærdiggøres efter EMRK art. 8, såfremt der kun er et kort tidsrum fra der ansøges om ægtefællesammenføring, til tre-års reglerne opfyldt. Det er dog vigtigt at understrege, at der i sådanne sager er en særskilt diskriminationsproblematik, idet der skal foreligge saglige og proportionale grunde for at forskelsbehandle baseret på tidspunktet for indgåelse af ægteskab, jf. EMRK art. 14 sammenholdt med EMRK art. 8.

Afslutningsvist må det overvejes, om omfanget af den nuværende asylkrise og det deraf følgende øgede pres på det danske asylsystem kan begrunde et større spillerum til Danmark i proportionalitetsafvejningen efter EMRK art. 8, jf. regeringens argument om, at man ønsker at gøre det markant mindre attraktivt at søge til Danmark og derved begrænse tilstrømningen af asylansøgere og migranter. Hvis EMD præsenteres for argumentet, må dom-

stolen antages at ville vise generel forståelse over for den store belastning, som asylkrisen udsætter de kontraherende stater for, og den forståelse vil muligvis kunne række til at kunne retfærdiggøre udlændingelovens tidligere gældende venteperiode på et år for personer med midlertidig beskyttelsesbehov. På nuværende tidspunkt er der dog ingen konkrete holdepunkter for at antage, at EMD i højere grad end normalt vil være villig til at acceptere indskrænkninger i adgangen til familiesammenføring i form af en samlet venteperiode på i omegnen af fire år for en sårbar persongruppe, der alene beror på en sondring i den danske udlændingelov, som ikke finder støtte i EMD-praksis eller EU-retten.<sup>71</sup> Denne vurdering finder bl.a. støtte i Domstolens righoldige og helt opdaterede praksis om forholdene for asylansøgere i Grækenland og Italien, hvor EMD ikke har vist villighed til at acceptere, at den enorme byrde, der bæres af disse økonomisk udfordrede lande, kan legitimere, at de yder udlændinge en lavere standard af beskyttelse efter EMRK art. 3 og EMRK art. 5.<sup>72</sup>

#### 4. EMRK art. 14, jf. art. 8

##### 4.1. Om EMRK art. 14

EMRK art. 14 er en accessorisk ikke-diskriminationsbestemmelse, der finder anvendelse, når omstændighederne i en konkret sag falder inden for anvendelsesområdet af (»within the scope of«) en af de øvrige EMRK bestemmelser. Det er ikke en betingelse for EMRK art. 14's anvendelse, at denne anden bestemmelse skal være krænkede.<sup>73</sup>

Når det er konstateret, at den påståede forskelsbehandling vedrører en EMRK-retting, skal det vurderes om: 1) der er tale om en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, der 2) kan henføres til en af de forbudte diskriminationsgrunde. I givet fald skal denne forskelsbehandling være 3) velbegrundet (saglig og proportional), hvis ikke den skal udgøre diskrimination i strid med EMRK art. 14.<sup>74</sup> Det er klager, der har bevisbyrden for, at der er tale om sammenlignelige situationer, der vedrører en forbudt diskriminationsgrund, mens det er staten, der skal bevise, at forskelsbehandlingen kan retfærdiggøres.<sup>75</sup>

L 102 indebærer, at det alene er personer med asyl efter udl. § 7, stk. 3, som må vente tre år på at kunne ansøge om familiesammenføring. Udlændinge omfattet af de to andre asylkategorier i udl. § 7 har adgang til at søge herom med det samme. Det fordrer naturligt spørgsmålet, om

65. Ibid., s. 19-21.

66. Se f.eks. argumentet nedenfor i afsnit 4.3 om sagerrelateret til Syrien.

67. Se ovenfor fodnote 58.

68. Udlændingestyrelsens servicemål af 10. maj 2016, tilgængelig på [https://www.nyidanmark.dk/da-dk/Ophold/sagsbehandlings-tider/us/saerligt\\_om\\_servicemaal.htm#ae](https://www.nyidanmark.dk/da-dk/Ophold/sagsbehandlings-tider/us/saerligt_om_servicemaal.htm#ae).

69. Dette kommer bl.a. til udtryk i *Jeunesse mod Nederlandene*, der er omtalt ovenfor i afsnit 3.1.

70. Se om denne problemstilling også *Hode og Abdi mod Storbritannien* (App. 22341/09), dom af 6. november 2012 (nedenfor afsnit 4.2); og *Chakroun*, C-578/08, ECLI: EU:2010:117, pr. 59-66.

71. Se nedenfor afsnit 4.3.

72. Se f.eks. *Amadou mod Grækenland* (App. 37991/11), dom af 4. februar 2016; *H.A. mod Grækenland* (App. 58424/11), dom af 21. januar 2016; *A.F. mod Grækenland* (App. 53709/11), dom af 13. juni 2013; *M.A. mod Cypern* (App. 41872/10), dom af 23. juli 2013; og *M.S.S. mod Belgien og Grækenland* (App. 30696/09), dom af 21. januar 2011.

73. *Biao mod Danmark*, pr. 88 med henvisninger. Om bestemmelsen S. Schaumburg-Müller, »EMRK art. 14« i P. Lorenzen m.fl. (2011), s. 962-1000; og J. Kjølbros, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, DJØF, 2010, s. 889-922.

74. *Biao mod Danmark*, pr. 89-90; J. Kjølbros (2010), s. 889-90; og S. Schaumburg-Müller (2011), s. 962-63.

75. *Biao mod Danmark*, pr. 92; og J. Kjølbros (2010), s. 894 og 897.



denne forskelsbehandling er forenelig med EMRK art. 14, jf. art. 8, da det kan lægges til grund, at problematikken falder inden for anvendelsesområdet af retten til respekt for familieliv i EMRK art. 8.<sup>76</sup>

Spørgsmålet om tre-års reglens overensstemmelse med EMRK's diskriminationsforbud er kun overfladisk behandlet i bemærkningerne til L 102, hvor det anføres, at reglen ikke rejser spørgsmål i forhold til EMRK art. 14, da udlændinge med midlertidig beskyttelsesstatus ikke befinder sig i en situation, der kan sammenlignes med situationen for konventionsflygtninge eller situationen for udlændinge med beskyttelsesbehov på grund af særlige individuelle omstændigheder.<sup>77</sup> Dette argument uddybes ikke yderligere, men det er ganske nærliggende at antage, at der hermed refereres til det gennemgående ræsonnement om, at § 7, stk. 3-persongruppen – generelt set – har et mere midlertidigt behov for beskyttelse end individuelt forfulgte udlændinge.<sup>78</sup>

#### 4.2. EMD-praksis

Særligt tre domme fra EMD bidrager til forståelsen af omfanget af Danmarks forpligtelser efter EMRK art. 14 i sager om forskelsbehandling i relation til adgangen til familiesammenføring.

##### *Hode og Abdi mod Storbritannien*

Den første sag er *Hode og Abdi*-dommen fra 2012, der behandlede spørgsmålet om begrænsninger i adgangen til familiesammenføring for flygtninge i lyset af EMRK art. 14, jf. art. 8.<sup>79</sup> Sagen omhandlede et ægtepar, hvor manden (*Hode*), der var somalisk statsborger, i marts 2006 havde fået asyl i Storbritannien. Sagen indeholder ikke oplysninger om det præcise asylgrundlag, idet der blot refereres til »refugee status«. I februar 2007 indgik *Hode* ægteskab med *Abdi* i dennes hjemland, Djibouti. Herefter boede parret sammen i Djibouti frem til medio maj 2007, hvor manden rejste tilbage til Storbritannien. I forlængelse heraf ansøgte *Abdi* om familiesammenføring men fik afslag herpå, da det efter den dagældende britiske lovgivning alene var flygtninge, der havde indgået ægteskab forud for flugten, der havde adgang til familiesammenføring. Flygtninge, der havde mødt deres ægtefælle efter flugten, kunne først søge om familiesammenføring efter fem år, når de havde opnået permanent opholdstilladelse. Tilsvarende begrænsninger i adgangen til familiesammenføring fandtes ikke for udenlandske studerende og udenlandske arbejdstagere, selv om opholdsgrundlaget for disse persongrupper også var midlertidigt i de første fem år i Storbritannien.

Efter forgæves at have forsøgt at få afslaget omgjort ved britiske retsinstanser indbragte parret sagen for EMD med påstand om krænkelse af EMRK art. 14, jf. art. 8. Til støtte

herfor gjorde parret gældende, at der ikke var saglige grunde til at behandle dem anderledes i forhold til retten til familiesammenføring end studerende, arbejdstagere og flygtninge, der havde stiftet familieliv forud for flugten.<sup>80</sup> Heroverfor bestred den britiske regering, at der var tale om sammenlignelige situationer i EMRK art. 14's forstand. I den forbindelse henviste den britiske regering til, at formålet med reglerne vedrørende studerende og arbejdstagere var at tiltrække dygtige studerende og kvalificeret arbejdskraft, hvorimod reglerne for familiesammenføring for flygtninge alene tog sigte på at overholde landets internationale forpligtelser.<sup>81</sup> Desuden henviste myndighederne til, at forskelsbehandlingen af samme grunde under alle omstændigheder var saglig og proportional<sup>82</sup> og et produkt af en politisk afvejning, som falder inden for en kontraherende stats skønsmargin.<sup>83</sup>

EMD konstaterede først, at sagen faldt inden for anvendelsesområdet af EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8.<sup>84</sup> Herefter erklærede EMD, at flygtninge, der havde indgået ægteskab efter flugten, var i en sammenlignelig situation med *såvel* studerende og arbejdstagere *som* flygtninge, der havde stiftet familielivet inden udrejsen fra hjemlandet.<sup>85</sup> EMD understregede, at kravet om sammenlignelige situationer efter fast praksis ikke kræver identitet mellem de relevante grupper, men at det godtgøres af klagerne, at »having regard to the particular nature of their complaints, they had been in a relevantly similar situation to others treated differently«. <sup>86</sup> Uddybende henviste EMD til, at flygtninge med et »efterfølgende« ægteskab havde flygtningestatus på samme midlertidige vilkår som flygtninge med et »forudgående« ægteskab, og at studerende og arbejdere ligeledes normalt havde et midlertidigt opholdsgrundlag.<sup>87</sup> Afgørende for EMD i forhold til sammenlignelighedsvurderingen var således alene, at alle de relevante gruppers opholdsgrundlag var af en midlertidig karakter.

Herefter afviste EMD, at forskelsbehandlingen var saglig og rimelig. I forhold til de studerende og arbejdstagere bemærkede EMD, at en britisk retsinstans i den mellemtiliggende periode, hvor sagen havde verseret i Strasbourg, havde afgjort, at forskelsbehandlingen mellem disse to grupper og flygtninge, der havde indgået ægteskab efter flugten, ikke kunne retfærdiggøres, hvilket havde ført til en ændring af den omtvistede lovbestemmelse.<sup>88</sup> I forhold til sondringen mellem, hvornår ægteskabet var blevet indgået, fandt EMD ikke, at denne kunne retfærdiggøres.<sup>89</sup> EMD anerkendte, at den mere favorable ord-

76. Se f.eks. *Biao mod Danmark*, pr. 95; og *Hode og Abdi mod Storbritannien*.

77. L 87, s. 13.

78. *Ibid.*, s. 18.

79. *Hode og Abdi mod Storbritannien*.

80. Pr. 30-33.

81. Pr. 36.

82. Pr. 34-40.

83. Pr. 39.

84. Pr. 42-43.

85. Pr. 50, hvor EMD bemærkede, at »the only relevant difference was the time at which the marriage took place«.

86. *Ibid.* med henvisninger til yderligere EMD-praksis.

87. *Ibid.*

88. Pr. 53-54.

89. Pr. 55.

ning for oprindelige ægteskaber var blevet indført for at leve op til Storbritanniens internationale forpligtelser men fremhævede samtidigt, at »where a measure results in the different treatment of persons in analogous positions, the fact that it fulfilled the State's international obligation will not in itself justify the difference in treatment«. <sup>90</sup> Konklusionen var derfor, at EMRK art. 14, jf. art. 8, var overtrådt.

### *Biao mod Danmark*<sup>91</sup>

Dommen af 24. maj 2016 i den danske *Biao*-sag er relevant at nævne i nærværende sammenhæng, selv om den ikke er direkte sammenlignelig med diskriminationsproblematikken knyttet til tre-års-reglen, fordi der af dommen kan udledes generelle pejlemærker for EMD's behandling af EMRK art. 14-spørgsmål i familiesammenføringsager.

Sagen omhandlede et par, der i 2004 havde fået afslag på ægtefællesammenføring i Danmark. Den herboende reference var født i Togo men havde tilbragt en stor del af sit liv i Ghana, før han som 22-årig i 1993 kom til Danmark. Efter at have fået afslag på asyl fik han i 1995 opholdstilladelse som familiesammenført med en dansk kvinde, som han efterfølgende blev skilt fra. I 2002 blev han dansk statsborger, og året efter indgik han ægteskab med en ghanesisk kvinde. Parret søgte om ægtefællesammenføring men fik afslag under henvisning til tilknytningskravet i udl. § 9, stk. 7, da deres samlede tilknytning til Danmark ikke var større end deres samlede tilknytning til Ghana. Efter de dagældende regler fandt tilknytningskravet ikke anvendelse på danske statsborgere, der havde haft dansk indfødsret i 28 år eller lovligt ophold i Danmark i 28 år (i dag gælder en 26-års-regel).<sup>92</sup> Parret indbragte afgørelsen for domstolene med påstand om, at afslaget på familiesammenføring var uforeneligt med retten til familieliv i EMRK art. 8, og diskriminationsforbuddet i EMRK art. 14, jf. stk. 8.

Henset til EMD's praksis i ægtefællesammenføringsager gennemgået i forrige afsnit er det ikke overraskende, at såvel Højesteret som et kammer på syv EMD dommere enstemmigt konkluderede, at afslaget ikke udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8.<sup>93</sup> Dette aspekt blev ikke behandlet af EMD's Storkammer, der i stedet udelukkende fokuserede på spørgsmålet om, hvorvidt afslaget på familiesammenføring var i strid med EMRK's diskriminationsforbud. Under behandlingen af sagen i både Højesteret og i EMD's førsteinstans havde dette spørgsmål givet anledning til tvivl. Med dommerstemmerne 4-3 fandt Højesteret, at EMRK art. 14, jf. art. 8, ikke var krænkede, da det blev konkluderet, at den forskelsbehandling mellem forskellige grupper af danske statsborgere baseret på længden af statsborgerskab, som bestemmelsen medførte, var saglig og proportional i forhold til det konkrete par. I den forbindelse henviste Højesteret til den generelle be-

tragtning, som 28-års reglen byggede på, nemlig at personer, der har erhvervet dansk indfødsret ved fødslen, har en stærkere tilknytning her til landet end personer, der har fået indfødsret senere i livet, hvorfor der er et bedre grundlag for en vellykket integration af ægtefæller til denne gruppe statsborgere. Højesteret henviste endvidere til *Abdulaziz*-dommen, hvor EMD accepterede, at britisk familiesammenføringslovgivning forskelsbehandlede statsborgere på baggrund af fødested.<sup>94</sup>

Et mindretal på fire dommere i Højesteret anfægtede den generelle lovgivningsmæssige antagelse om, at personer, der er født som danske statsborgere og har haft statsborgerskab i 28 år, men som ikke er opvokset i Danmark og måske slet ikke haft bopæl her i landet (udenlandsdanskere), har en stærkere tilknytning til Danmark end personer som referencen, der har erhvervet dansk indfødsret senere i livet.<sup>95</sup> Mindretallet fandt, at sondringen mellem disse to grupper af danske statsborgere indebærer en indirekte forskelsbehandling på grundlag af etnicitet, som ikke var sagligt begrundet.<sup>96</sup>

I den på mange måder bemærkelsesværdige dom konkluderede Storkammeret (i modsætning til kammeret i førsteinstans),<sup>97</sup> at der var sket en krænkelse af EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8. Lig mindretallet i Højesteret fandt EMD, at 28-års reglen ikke kun forskelsbehandlede på grundlag af længden af statsborgerskab men også indirekte på grundlag af etnicitet, da reglen ramte danske statsborgere med anden etnisk oprindelse med dansk, der har erhvervet dansk indfødsret senere i livet, særligt hårdt.<sup>98</sup> Efter fast Strasbourg praksis kan forskelsbehandling af denne type kun begrundes, såfremt den kan retfærdiggøres med henvisning til »meget vægtige grunde«, der ikke er relateret til etnisk oprindelse.<sup>99</sup> De af den danske regering påberåbte hensyn (til immigrationskontrol, forbedring af integrationen og til at undgå, at udenlandsdanskere blev afskåret fra familiesammenføring som følge af tilknytningskravet) opfyldte ifølge EMD, ikke denne test. EMD var ligesom Højesterets mindretal især kritisk over for den generelle antagelse, som 28-års reglen byggede på, hvorefter en statsborgers tilknytning til Danmark kan udledes alene ud fra længden af vedkommendes statsbor-

90. Ibid.

91. *Biao mod Danmark* (App. 38590/10), dom af 25. marts 2014.

92. Lov nr. 1204 af 27. december 2003.

93. U 2010.1035 H og *Biao mod Danmark*, dom af 25. marts 2014, pr. 52-60.

94. *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mod UK* (App. 9214/80), dom af 28. maj 1985.

95. Det fremgår af bemærkningerne til 28-års-reglen, at den blev indført netop for at sikre, at udenlandsdanskere kunne opnå familiesammenføring i Danmark, selv om de ikke opfyldte tilknytningskravet.

96. Dommen og mindretallets vurdering er bl.a. kommenteret af J. Elo Rytter, »Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse – om en fredelig forfatningsretlig revolution«, *Juristen*, 2010 (6/7), s. 187; og J. Steen Sørensen, »Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en kommentar til professor, ph.d. Jens Elo Rytter«, *Juristen*, 2010(9), s. 251.

97. Dom af 25. marts 2014, hvor et flertal på fire ud af syv dommere konkluderede, at der ikke var sket en krænkelse af EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8.

98. *Biao mod Danmark*, pr. 96-114.

99. Ibid., pr. 114.

gerskab.<sup>100</sup> EMD fremhævede således, at bemærkningerne til bestemmelsen var baseret på ret »spekulative argumenter«, og at bestemmelsen afskar en konkret vurdering af klagers (store) tilknytning til Danmark.<sup>101</sup> Herudover lagde EMD vægt på, at der ikke var en »europæisk konsensus« om at sondre mellem kategorier af statsborgere i relation til familiesammenføring,<sup>102</sup> da et komparativt studie af lovgivningen i 29 Europarådslande afslørede, at ingen af disse lande opererer med en sådan sondring, da EU's familiesammenføringslovgivning ikke indeholder en tilsvarende sondring,<sup>103</sup> og da forskellige internationale organer, herunder Europarådets Menneskerettighedskommissær, havde kritiseret 28-årsreglen.<sup>104</sup> EMD henviste endvidere til Den Europæiske Statsborgerretskonvention.<sup>105</sup>

#### *Niedzwiecki mod Tyskland*<sup>106</sup>

Den sidste sag, der er relevant at nævne i denne sammenhæng, er *Niedzwiecki*-dommen fra 2006, hvor klager var en polsk statsborger, der efter at have fået afslag på asyl i Tyskland i 1989 blev meddelt en midlertidig opholdstilladelse af ekstraordinære årsager (»a limited residence title for exceptional purposes«) i samme land. Denne opholdstilladelse blev fornyet hver andet år, indtil klager i 1997 fik tidsubegrænset opholdstilladelse. Klager havde i 1995 ansøgt de tyske myndigheder om en børneydelse men havde fået afslag, da det alene var udlændinge med midlertidig (provisional) eller tidsubegrænset (unlimited) opholdstilladelse, der havde adgang til pågældende ydelse.

Sagen blev indbragt for EMD med påstand om krænkelse af EMRK art. 14, jf. art. 8. Mens sagen verserede i Strasbourg, afgjorde den tyske forfatningsdomstol, at forskelsbehandling af forældre i relation til børneydelse på baggrund af, hvorvidt de havde et stabilt opholdsgrundlag, ikke var saglig og proportional. Forfatningsdomstolen henviste til, at hvis formålet med lovgivningen var at sikre, at børneydelsen kun gik til udlændinge, der ville blive permanent i Tyskland, så var sondringen på baggrund af opholdsgrundlag ikke egnet til at nå dette, da man ikke alene med udgangspunkt i den tidsmæssige varighed af en opholdstilladelse kunne forudsige varigheden af en udlændings ophold i Tyskland.<sup>107</sup>

EMD var enig i den tyske forfatningsdomstols argumentation og erklærede, at det tyske regelsæt om børneydelser i klagers sag var blevet anvendt i strid med EMRK

art. 14, jf. art. 8. EMD henviste til forfatningsdomstolens præmisser og forklarede uddybende, at der ikke forelå tilstrækkeligt tungtvejende grunde til at retfærdiggøre forskelsbehandlingen mellem udlændinge, der havde et stabilt opholdsgrundlag, og udlændinge, der som klager havde et midlertidigt, ekstraordinært opholdsgrundlag.<sup>108</sup> Selv om EMD også i denne sag understregede, at den ikke generelt kunne udtale sig om konventionsmæssigheden af national lovgivning,<sup>109</sup> er sagen et eksempel på, at sondringen mellem konkret og abstrakt prøvelse i visse tilfælde reelt er illusorisk. Dette skyldes, at forskelsbehandlingen af den tyske regering blev retfærdiggjort alene med henvisning til den tidsmæssige varighed af opholdsgrundlaget. Hverken klager, den tyske regering eller EMD stillede i øvrigt spørgsmålstejn ved, at klager var i en sammenlignelig situation med udlændinge, der havde midlertidig eller tidsubegrænset opholdstilladelse.

#### 4.3. *Vurderingen af de danske regler*

##### *En forbudt diskriminationsgrund*

Kravet om, at den påståede forskelsbehandling skal kunne henføres til en af de grunde, der forbydes i EMRK art. 14, spiller en lille rolle i EMD-praksis, da EMRK art. 14's opregning af forbudte grunde ikke er udtømmende (»eller andet forhold«).<sup>110</sup> EMD har i sagerne *Bah* og *Hode* og *Abdi* slået fast, at forskelsbehandling vedrørende opholdsgrundlag (»immigration status«) er omfattet af EMRK art. 14's beskyttelse.<sup>111</sup> Det fremgår endvidere af *Bah*-dommen, at de kontraherendestaters skønsmargin i forhold til forskelsbehandling på baggrund af opholdsgrundlag er »relatively wide« i immigrationssager, hvorimod den er indsnævret i sager vedrørende flygtninge, hvor tildeling af opholdsgrundlag »did not entail an element of choice«.<sup>112</sup> Det må på den baggrund kunne lægges til grund, at forskelsbehandlingen mellem de forskellige asylkategorier i udl. § 7 kan relateres til en grund omfattet af EMRK art. 14, og at EMD vil foretage en relativt intensiv prøvelse af, om tre-års-reglen er i overensstemmelse med EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8.

##### *Betingelsen om sammenlignelige situationer*

For så vidt angår betingelsen om sammenlignelighed må det i lyset af EMD's praksis om denne betingelse,<sup>113</sup> herunder særligt *Hode* og *Abdi*-dommen betegnes som værende særdeles tvivlsomt, at EMD vil godtage regeringens

100. Ibid., pr. 122-137.

101. Ibid., pr. 125.

102. Om EMD's brug af komparativ fortolkning se J. Christoffersen i P. Lorenzen m.fl. (2011), s. 23-24.

103. Pr. 135, hvor EMD understregede, at selv om Danmark ikke deltager i EU's familiesammenføringslovgivning er det »instructive to view the contested Danish legislation in the light of relevant EU law«.

104. Ibid., pr. 136-137.

105. Ibid., pr. 132.

106. *Niedzwiecki mod Tyskland* (App. No. 58453/00), dom af 25. oktober 2005. Se tilsvarende *Okpiz mod Tyskland* (App. No. 59140/00) af samme dato.

107. Pr. 21-24.

108. Pr. 25-33.

109. Pr. 33.

110. S. Schaumburg-Müller (2011), s. 992-1000.

111. *Bah mod Storbritannien* (App. 56328/07), dom af 27. september 2011, pr. 46; og *Hode* og *Abdi mod Storbritannien*, pr. 47-48.

112. *Bah*, pr. 47. Se tilsvarende inden for EU-retten udtalelse af generaladvokat Cruz Villolón i sagen *Alo* og *Oso*, C-443/14 og C-444/14, ECLI:EU:C:2015:665, pr. 76, hvor det fremhæves, at siden der ikke er et element af frit valg i tildelingen af international beskyttelse (dækker over flygtningestatus og subsidær beskyttelse baseret på EMRK art. 3), er det alene »meget tungtvejende årsager«, der kan begrunde, at denne persongruppe forskelsbehandles på baggrund af opholdsgrundlag.

113. Se J. Kjølbros (2010), s. 893-897.

argument om, at udlændinge med midlertidig beskyttelsesstatus efter udl. § 7, stk. 3, i forhold til familiesammenføring ikke er i en sammenlignelig situation med udlændinge, hvis opholdsgrundlag udledes af udl. § 7, stk. 1 og 2. Den forskelsbehandling mellem flygtninge, der blev pådømt i *Hode og Abdi*, var godt nok ikke, som de danske regler er, baseret på det lovgivningsmæssige grundlag for at tildele asylmen på, hvornår flygtninge havde indgået ægteskab. Denne forskel ændrer dog ikke på præjudikatsværdien af *Hode og Abdi* i forhold til tre-års reglen, da EMD i denne sag alene lagde vægt på den midlertidige karakter af referencens opholdsgrundlag i Storbritannien og hverken på årsagen til det tildelte opholdsgrundlag eller på karakteren af dette opholdsgrundlag. Denne udlægning understøttes af, at EMD endvidere (noget overraskende, kan man mene) konkluderede, at klagerne var i en sammenlignelig situation med studerende og arbejdstagere og disses ægtefæller, uagtet at det formål, der følges med lovgrundlaget for denne typer personer, er væsentligt anderledes end formålet med retsgrundlaget for flygtninge.

#### *Kravet om saglighed og proportionalitet*

Når kravet om sammenlignelighed derfor må antages at være opfyldt, vil det springende punkt for vurderingen af overensstemmelsen af tre-års reglen med EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8, være, om denne regel er velbegrunder. Det er derfor relevant at vurdere, om saglige og proportionale grunde kan retfærdiggøre, at udlændingeloven efter vedtagelsen af L 102 stiller udlændinge med midlertidig beskyttelsesstatus dårligere i forhold til adgangen til familiesammenføring end konventionsflygtninge og personer med beskyttelsesstatus, selv om opholdsgrundlaget for alle tre kategorier er af en midlertidig og asylretlig karakter.

Denne vurdering kompliceres en smule af, at problemstillingen som nævnt slet ikke adresseres i lovbemærkningerne, hvorfor regeringens argumentation på dette punkt ikke er fremlagt. Dog kan der udledes argumenter af lovforslaget, der introducerede udl. § 7, stk. 3, hvor sondringen mellem de tre forskellige asylkategorier som bekendt blev begrundet med henvisning til den – generelt set – mere midlertidige karakter af opholdet for udlændinge med § 7, stk. 3-opholdstilladelse,<sup>114</sup> der jo også er det bærende argument fremlagt af regeringen i relation til EMRK art. 8-vurderingen. Endvidere er et af de overordnede formål med L 102 at gøre det markant mindre attraktivt for asylansøgere at søge til Danmark, da stigningen i antallet af asylansøgere, ifølge regeringen, truer landets sammenhængskraft. I praksis er det meget sjældent, at EMD underkender et statslig hensyn som usagligt, og henset særligt til omfanget af den aktuelle asylkrise er det ikke ret sandsynligt, at det vil ske for hensynene bag L 102 og tre-års-reglen. Det er langt mere sandsynligt, at en eventuel skepsis over for de påberåbte danske hensyn vil

slå igennem i forhold til den vægt disse tillægges af EMD i proportionalitetsvurderingen, herunder i forhold til, hvordan hensynene kræves underbygget af den danske stat.

For så vidt angår proportionaliteten af de danske regler, fremgår det af både *Biao* og *Niedzwiecki*, at EMD er skeptisk over for, at saglige hensyn til immigrationskontrol henholdsvis staters interesse i at tiltrække kvalificeret arbejdskraft kan legitimere håndfaste regler, der forskelsbehandler på et generelt grundlag. I *Biao* karakteriseredes ræsonnementet bag 28-års reglen som »spekulativt«, da reglen var baseret på rent generelle antagelser, som ikke åbnede op for en konkret vurdering af referencens tilknytning til Danmark. Samme argumentation kan anvendes på retfærdiggørelsen af tre-års reglen, da bestemmelsen i sit udgangspunkt ikke giver mulighed for en efterprøvelse af, om den generelle (udokumenterede) antagelse om den mere midlertidige karakter af opholdsgrundlaget for personer med midlertidig beskyttelsesstatus holder stik i konkrete sager. I *Niedzwiecki* afviste EMD, at forskelsbehandling alene på baggrund af opholdsgrundlagets varighed kunne retfærdiggøres, og denne sag er på mange måder sammenlignelig med den danske problematik vedrørende tre-års-reglen. Dog bør det bemærkes, at konsekvensen af forskelsbehandlingen i *Niedzwiecki*-sagen »alene« var, at klager blev stillet ringere i forhold til en social ydelse. Konsekvensen i den danske situation er derimod, at udlændinge med EMRK art. 3-status i Danmark, der ifølge EMD udgør en »særlig sårbar« persongruppe, reelt afskæres fra at udøve familieliv i de første tre år af deres ophold her i landet. Det er i den forbindelse centralt at bemærke, at EMD i andre typer af sager vedrørende EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8, har fremhævet som en skærpene omstændighed, at en klager har tilhørt en persongruppe identificeret af domstolen som værende særligt sårbar, og at den omtvistede lovgivning, der fandt anvendelse på en sådan gruppe »did not make room for an individualised assessment«.<sup>115</sup>

I forhold til proportionalitetsvurderingen er det desuden vigtigt at understrege, at beskyttelsesstatus (udl. § 7, stk. 2) og midlertidig beskyttelsesstatus (udl. § 7, stk. 3) ud over begge at have karakter af midlertidige opholdsgrundlag også begge tager sigte på at opfylde Danmarks forpligtelser efter EMRK art. 3. Afgørende i forhold til denne bestemmelses beskyttelse er alene, om den fornødne risiko er til stede. Hvis dette er tilfældet, sonderer hverken ordlyden af EMRK art. 3 eller EMD-praksis i forhold til beskyttelsens indhold mellem, om årsagen til risikoen er individuel forfølgelse eller generelle risikofaktorer i hjemlandet. Med andre ord og som allerede nævnt er differentieringen mellem de to grupper i relation til den generelle tidsmæssige udstrækning af deres respektive beskyttelsesbehov, der kommer til udtryk i udl. § 7, stk. 2 og stk. 3, og udlændingelovens regler om familiesammenfø-

115. *Kiyutin mod Rusland* (App. 2700/10), dom af 19. marts 2011, pr. 74, vedrørende en HIV-smittet person. I dommen henvises til yderligere EMD-domme vedrørende andre sårbare grupper.

114. Se ovenfor afsnit 2.

ring, en dansk konstruktion uden konkrete holdepunkter i EMD-praksis.

Den danske sondring mellem beskyttelsesstatus og midlertidig beskyttelsesstatus finder heller ikke støtte i EU-retten, som EMD fast kigger til, når den som led i fortolkning af EMRK vurderer, om der er en »europæisk konsensus« om et givent spørgsmål.<sup>116</sup> Det seneste (klare) eksempel herpå er *Biao*-sagen, hvor EMD fremhævede, at selv om Danmark ikke deltager i EU's familiesammenføringslovgivning, er det »instructive to view the contested Danish legislation in the light of relevant EU law«.<sup>117</sup> EU's kvalifikationsdirektiv,<sup>118</sup> der indeholder de EU-retlige regler for tildeling af asyl, opererer med to personkategorier: konventionsflygtninge og personer med subsidær beskyttelse. Den beskyttelse, der ydes personer tilhørende disse to kategorier, refereres samlet til som »international beskyttelse«. Personer med subsidær beskyttelse efter EU-retten omfatter udlændinge, der er i risiko for dødsstraf eller EMRK art. 3-stridige overgreb, uanset om dette skyldes individuelle eller generelle forhold.<sup>119</sup> Selv om reglerne om adgang til familiesammenføring for personer med subsidær beskyttelsesstatus ikke er unionsretligt harmoniserede,<sup>120</sup> har størstedelen af medlemsstaterne valgt ikke at operere med venteperioder for denne persongruppe i national ret.<sup>121</sup> Dette stemmer godt overens med, at Kommissionen allerede i 2009 udtalte, at erfaringen på europæisk plan havde vist, at antagelsen om, at subsidær beskyttelse var af en mere midlertidig karakter end konventionsstatus, ikke holdt stik.<sup>122</sup> Hertil kommer, at EU-Domstolen i den ganske nye *Alo og Osso*-sag om forskelsbehandling af personer med subsidær beskyttelse i relation til sociale ydelser understregede, at kvalifikationsdirektivet skal fortolkes i lyset af de europæiske statslederes erklærede intention om at skabe en ensartet beskyttelses- og opholdsstatus for personer med international beskyttelse.<sup>123</sup>

Ovenstående betragtninger om manglende dokumentation og konkrete holdepunkter i EMRK og EU-retten for den danske sondring mellem de forskellige asylkategorier i relation til familiesammenføring understøtter synspunktet om, at EMD i en fremtidig sag ikke vil være tilbøjelig til at acceptere, at en overordnet henvisning til den »generelt set« mere midlertidige karakter af opholdsgrundlaget efter udl. § 7, stk. 3, sammenlignet med de øvrige to asylgrundlag i § 7 udgør et tilstrækkeligt tungtvejende hensyn til at kunne retfærdiggøre, at personer med midlertidig

beskyttelsesstatus forskelsbehandles. En sådan abstrakt statslig retfærdiggørelse af forskelsbehandling harmonerer i øvrigt også dårligt med den relativt intensive EMRK art. 14-prøvelse, som EMD må forventes at foretage af treårsreglen, jf. *Bah*-dommen.

#### **Sammenfattende: konkret kontra generel prøvelse og om manglende undtagelsesmulighed**

Også i EMRK art. 14-sammenhæng er det vigtigt at pointere, at EMD, hvis den præsenteres for de omtvistede danske familiesammenføringsregler, i princippet ikke vil vurdere disses generelle saglighed og proportionalitet men derimod, hvorvidt reglementerne i den konkrete sag kan retfærdiggøres. Det kan derfor ikke udelukkes, at der i praksis vil kunne forekomme tilfælde, hvor en sags individuelle omstændigheder medfører, at et afslag på familiesammenføring til en person med midlertidig beskyttelsesstatus vurderes som værende i overensstemmelse med EMRK art. 14, jf. art. 8, f.eks. som følge af, at den generelt ustabile situation i klagers hjemland vitterligt og dokumenterbart var af en ganske forbigående karakter, hvorfor den pågældende kan rejse hjem til familien efter et kortvarigt ophold i Danmark. Dommene i både *Niedzwiecki* og *Biao* illustrerer dog med al tydelighed, at diskriminationsprøvelsen i sager, hvor forskelsbehandlingen retfærdiggøres ud fra generelle betragtninger, *de facto* kan komme meget tæt på at være en abstrakt prøvelse af det underliggende retsgrundlag.

Under alle omstændigheder er det dog forventeligt, at EMD i hovedparten af fremtidigesager vedrørende treårsreglen vil konkludere, at EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8, er overtrådt, *da* der er tale om forskelsbehandling af en sårbar persongruppe, *da* den generelle antagelse om den mere midlertidige karakter af § 7, stk. 3-status ikke er dokumenteret, hvorfor det ikke er dokumenteret, at treårsreglen er etegnet eller nødvendigt middel til at realisere formålet med reglementet, *da* referencen har forladt familien som følge af asylbegrundende omstændigheder, og *da* familien ikke kan være sammen i et andet land. Denne argumentation kan underbygges og eksemplificeres med henvisning til konflikten i Syrien, hvor fra en stor andel af de udlændinge, der pt. tildeles midlertidig beskyttelsesstatus, kommer. Da årsagen til og karakteren af konflikten og den generelle uro i Syrien på nuværende tidspunkt er uløseligt forbundet med regimet i dette land, synes det vanskeligt at retfærdiggøre i forhold til EMRK art. 14-vurderingen, at den beskyttelsesstatus (udl. § 7, stk. 2), der gives til en syrisk mand, der er desertør, skulle være af en mere forbigående karakter end den midlertidige beskyttelsesstatus (udl. § 7, stk. 3), der i praksis meddeles til en syrisk kvinde på grund af de generelle risici i landet. Såfremt de danske myndigheder vil undgå at blive underkendt i Strasbourg i sager af denne karakter, vil de derfor skulle gøre hyppigt brug af undtagelsesmuligheden i udl. § 9 c, stk. 1.

Da regeringen ikke mener, at betingelsen om sammenlignelige situationer er opfyldt, indeholder bemærkningerne til L 102 slet ingen retningslinjer for, hvorledes undtagelsesbestemmelsen skal administreres i EMRK art. 14-

116. Jf. ovenfor note 102.

117. *Biao mod Danmark*, pr. 135.

118. Direktiv 2011/95/EU, OJ 2011, L 337/9.

119. Direktivets art. 15.

120. Denne persongruppe er ikke omfattet af EU's Familiesammenføringsdirektiv (direktiv 2003/86/EF, OJ 2003, L 251/12).

121. UNHCR's høringssvar til L 87, 10. december 2015, s. 5.

122. COM (2009) 551 final.

123. *Alo og Osso*, ECLI:EU:C:2016:127, pr. 32, hvor statslederens intention udledes af Det Europæiske Råds konklusioner i Stockholm Programmet, OJ 2010, C 155/1. Se i den forbindelse også generaladvokatens udtalelse i sagen, ECLI:EU:C:2015:665, pr. 90-93.

tilfælde. Man kan derfor rejse det spørgsmål, om lovgivningsmagten ved at afvise anvendeligheden af EMRK art. 14 har begrænset danske domstoles mulighed for selvstændigt at fortolke udlændingelovens § 9 (hvor tre-årsreglen er indeholdt) i overensstemmelse med EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8.<sup>124</sup> Det er ikke muligt i nærværende sammenhæng at foretage en fyldestgørende vurdering af dette ikke ganske ligetil spørgsmål. Fra en umiddelbar betragtning synes det dog ikke at være tilfældet. Det fremgår således af de generelle bemærkninger til L 102, at der »som hidtil meddeles familiesammenføring – også inden for de første tre års ophold her i landet – hvis Danmarks internationale forpligtelser konkret tilsiger det«, hvorefter der foretages en ikke-udtømmende opregning af situationer, hvor dette kan være tilfældet.<sup>125</sup> Selv om det fremgår af konteksten, at disse situationer først og fremmest knytter sig til den »rene« EMRK art. 8 situation,<sup>126</sup> medfører den generelle formulering af lovbemærkningerne på dette punkt sammenholdt med bemærkningernes endda særdeles kortfattede behandling af EMRK art. 14-problematikken, at der ikke synes at være et tilstrækkeligt sikkert grundlag for at konkludere, at det har været lovgivers hensigt at lovgive i strid med konventionens diskriminationsforbud.

Afslutningsvist må det også i forbindelse med diskriminationsvurderingen overvejes, om omfanget af den nuværende asylkrise og det deraf følgende pres på det danske asylsystem kan begrunde et større spillerum til Danmark i proportionalitetsvurderingen under EMRK art. 14. Selv om EMD også her må antages at vise generel forståelse over for det pres, som asylkrisen medfører for kontraherende stater, er der aktuelt ikke grundlag for at antage, at det er ensbetydende med, at domstolen i højere grad end ellers vil acceptere, at der diskrimineres mod en sårbar persongruppe, der ikke selv har valgt at komme til Danmark, og som ikke har mulighed for at udøve familieliv i et andet land. Særligt ikke henset til den manglende dokumentation for og konkretisering af den generelle antagelse om den mere midlertidige karakter af opholdsgrundlaget efter udl. § 7, stk. 3, sammenlignet med de to øvrige asylkategorier, der giver adgang til familiesammenføring uden venteperiode. Der henvises også her til EMD's praksis vedrørende de græske og italienske myndigheders ansvar over for asylansøgere og migranter.<sup>127</sup>

124. Jf. ovenfor afsnit 4.1. Se om dette spørgsmål P Germer, *Indledning til Folkeretten*, 2010 (4. udg.), s. 94-112, og Betænkning nr. 1407/2001, *Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret*, s. 31-59.

125. L 87, s. 19.

126. Jf. L 87, s. 19 sammenholdt med s. 21, hvor de samme situationer (handicappet ægtefælle eller sygt barn i hjemlandet) nævnes som eksempler på, hvornår Danmarks internationale forpligtelser kan tilsige, at der meddeles familiesammenføring før tre år. opregnes som eksempel på, hvornår hensynet til de internationale forpligtelser kan medføre fravigelse af tre-års reglen.

127. Se ovenfor afsnit 3.2.

## 5. Konklusion

Artiklens analyser har vist, at der i lyset af EMD-praksis kan stilles spørgsmål ved, om den ved L 102 introducerede indskrænkning i adgangen til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus efter udl. § 7, stk. 3, er forenelig med såvel retten til familieliv som forbuddet mod usaglig forskelsbehandling i EMRK.

Det er korrekt, når regeringen anfører, at der ikke foreligger EMD-praksis, der helt præcist tager stilling til en situation som den foreliggende. Men det er ikke korrekt, at der ikke er anden relevant praksis fra EMD, der kan kaste lys over, hvordan EMRK art. 8 og EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8, skal fortolkes i relation til adgangen til familiesammenføring for personer med et asylretligt opholdsgrundlag.

For så vidt angår »den rene« EMRK art. 8-vurdering, har artiklen således med udgangspunkt i EMD-praksis demonstreret, at hvis ikke udlændingemyndighederne og danske domstole i langt højere grad end angivet i lovbemærkningerne gør brug af undtagelsesbestemmelsen i udl. § 9 c, stk. 1, så er der stor sandsynlighed for, at den danske stat i fremtiden vil blive underkendt i Strasbourg i sager, hvor par har etableret familieliv forud for flugten, hvor der ikke er konkrete udsigter til forbedringer af situationen i hjemlandet, og hvor der ikke er et alternativt land, hvori familielivet kan udøves. Dette er desto mere tilfældet, hvis der er mindreårige børn involveret. I hvert fald når der er tale om denne type sager, må der gives IMR medhold i, at der er »et meget sikkert grundlag« for at konkludere, at tre-års reglerne i strid med EMRK art. 8. For så vidt angår par, der har indgået ægteskab efter referencens flugt, gælder der som udgangspunkt samme vurdering, såfremt der er tale om et reelt familieliv.

For så vidt angår diskriminationsvurderingen efter EMRK art. 14, jf. EMRK art. 8, har artiklen for det første argumenteret for, at der ikke er grundlag i EMD-praksis for regeringens argument om, at udlændinge med midlertidig beskyttelsesstatus ikke er i en sammenlignelig situation med udlændinge, der er blevet tildelt et af de to andre asylretlige opholdsgrundlag i udl. § 7. Det er for det andet med henvisning til EMD-praksis argumenteret, at antagelsen om den mere midlertidige karakter af beskyttelsesbehovet for udlændinge med § 7, stk. 3-status både generelt og konkret skal underbygges, før EMD vil være villig til at tillægge den vægt til den danske stats fordel i diskriminationsvurderingen, da ræsonnementet bag tre-års-reglen ikke finder støtte i EMD-praksis eller EU-retten. Som følge heraf er det tvivlsomt, at EMD i en konkret sag, hvor der ikke umiddelbart er udsigt til en ændring af klagers beskyttelsesbehov, vil lade EMRK art. 14's proportionalitetsvurdering falde ud til den danske stats fordel, henset også til at der er tale om forskelsbehandling af en sårbar persongruppe, hvis opholdsgrundlag udledes af EMRK art. 3, og som dermed ikke selv har valgt den situation, de befinder sig i.