

Det antages, at disse bestemmelser ikke indeholder en videre beskyttelse end Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8.

Det følger af praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (Domstolen), at medlemsstaterne har ret til i overensstemmelse med international ret og med respekt af deres menneskeretlige forpligtelser, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, at kontrollere udlændinges indrejse, ophold og udvisning, jf. f.eks. Abdulaziz m.fl. mod UK (dom af 28. maj 1985). Kompetencen skal således udnyttes med respekt af bl.a. artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention om retten til respekt for bl.a. familieliv.

Artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention indeholder først og fremmest en forpligtelse for medlemsstaten til ikke at gøre indgreb i udøvelsen af retten til bl.a. familieliv, medmindre det sker i overensstemmelse med loven, varetager ét eller flere af de i artikel 8, stk. 2, opregnede hensyn og er nødvendigt i et demokratisk samfund. Hertil kommer, at staten efter omstændighederne har en positiv forpligtelse til at sikre en effektiv opfyldelse af retten til familielivet. Sondringen mellem negative og positive forpligtelser under artikel 8 er imidlertid ikke skarp, ligesom den ikke nødvendigvis bliver afgørende for udfaldet af den konkrete vurdering. I begge situationer må der foretages en vurdering af hensynet til den enkelte set i forhold til retten til at kontrollere udlændinges indrejse m.v., jf. f.eks. Gül mod Schweiz (dom af 19. februar 1996) og I.M. mod Holland (afgørelse af 25. marts 2003).

I den forbindelse tillægges medlemsstaterne efter Domstolens praksis en vis skønsmargin («margin of appreciation»). Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8 indebærer således efter Domstolens praksis ikke, at medlemsstaterne har en generel og ubetinget forpligtelse til at respektere en families valg af, i hvilket land et familieliv skal optages, eller til at tillade familiesammenføring af børn, jf. f.eks. Abdulaziz m.fl. mod UK (dom af 28. maj 1985) og Gül mod Schweiz (dom af 19. februar 1996). I stedet for vil der efter Domstolens praksis skulle foretages en vurdering af omstændighederne i hver enkelt sag, jf. f.eks. Gül mod Schweiz (dom af 19. februar 1996).

I den forbindelse vil der efter Domstolens praksis skulle lægges vægt på årsagen til den adskillelse, der ønskes tilendebragt, jf. f.eks. Ahmut mod Holland (dom af 28. november 1996), I.M. mod Holland (afgørelse af 25. marts 2003) og Chandra m.fl. mod Holland (afgørelse af 13. maj 2003). Hvor adskillelsen skyldes ansøgerens eller referencens egen beslutning,

vil dette kunne tale imod en forpligtelse til at respektere de pågældendes valg af, i hvilket land et familieliv ønskes optaget. I modsat retning taler, hvis referencen uanset adskillelsen har forsøgt at bibeholde et familieliv med ansøgeren, men dette ikke har været muligt som følge af bl.a. medlemsstatens begrænsning af muligheden for indrejse m.v., jf. f.eks. Berrehab mod Holland (dom af 21. juni 1988).

Det vil i den forbindelse tillige skulle vurderes, om referencen har mulighed for at tage ophold sammen med ansøgeren i det andet land, jf. f.eks. Ahmut mod Holland (dom af 28. november 1996). Tilladelse til indrejse og ophold kræver således som udgangspunkt, at det ikke vil være muligt eller i praksis næsten umuligt for parterne at etablere og udvikle deres familieliv i et andet land. Det vil kunne være tilfældet, hvis parterne ellers henvises til at leve som familie i et land, hvor referencen ikke har mulighed for sammen med ansøgeren at indrejse og tage ophold. Som eksempel herpå kan nævnes en herboende person med opholdstilladelse som flygtning eller med beskyttelsesstatus, som ikke kan tage ophold i hjemlandet, hvor den pågældende fortsat risikerer forfølgelse eller dødsstraf eller at blive underkastet tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

Der kan endvidere lægges vægt på ansøgerens kulturelle, sproglige og familiemæssige tilknytning til hjemlandet, ligesom ansøgerens alder på ansøgningstidspunktet vil kunne tages i betragtning, jf. f.eks. Sen mod Holland (dom af 21. december 2001), Gül mod Schweiz (dom af 19. februar 1996), I.M. mod Holland (afgørelse af 25. marts 2003) og Chandra m.fl. mod Holland (afgørelse af 13. maj 2003). Også det forhold, at referencen har stiftet familie i det land, hvor familielivet med ansøgeren ønskes optaget, vil kunne indgå i vurderingen, herunder særligt hvor referencen har fået børn, der er født og opvokset i det pågældende land og har haft deres skolegang der eller i øvrigt været en del af landets kulturelle miljø, jf. f.eks. Sen mod Holland (dom af 21. december 2001).

Vurderingen af retten til familieliv efter artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal som udgangspunkt foretages uafhængigt af spørgsmålet om forældremyndighed. Efter Domstolens praksis lægges der således vægt på det faktiske – og ikke det formelle – forhold mellem parterne.

Domstolens praksis i sager om familiesammenføring af børn kan efter regeringens opfattelse sammenfattes således, at medlemsstaten ved udøvelsen af sin skønsmæssige beføjelse til at afgøre, om der i den konkrete situation skal gives opholdstilladelse, skal foretage en vurdering af indgrebets nødvendighed