

HØJESTERETS DOM

afsagt onsdag den 13. januar 2010

Sag 478/2007

(1. afdeling)

B og

A

(advokat Steen Petersen, beskikket)

mod

Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration

(kammeradvokat K. Hagel-Sørensen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 16. afdeling den 25. september 2007.

I pådømmelsen har deltaget syv dommere: Torben Melchior, Peter Blok, Per Walsøe, Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Vibeke Rønne og Hanne Schmidt.

Påstande

Appellanterne, B og A, har påstået indstævnte, Ministeriet for Flygtninge, Indvandrere og Integration, dømt til at anerkende, at ministeriets afgørelse af 27. august 2004 er ugyldig, og at sagen skal hjemvises til fornyet behandling.

Såfremt Højesteret statuerer krænkelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, har B og A nedlagt påstand om en godtgørelse på 50.000 kr. med procesrente fra sagens anlæg.

Integrationsministeriet har påstået stadfæstelse.

Anbringender

B og A har præciserende anført, at udlandsdanskere ikke behøver at have reel tilknytning til Danmark, og at en sammenligning mellem udlandsdanskere og danske statsborgere, som først har erhvervet statsborgerskab på et senere tidspunkt i deres liv, viser, at 28-års reglen medfører en ikke sagligt begrundet forskelsbehandling. 28-års reglen indebærer, at A først fritages for at opfylde tilknytningskravet i 2030, når han er 59 år. B og A bor stadig i Malmø med deres barn, og A arbejder fortsat i Danmark.

Retsgrundlag

I de almindelige bemærkninger til forslaget til lov nr. 1204 af 27. december 2003 (Folketingstidende 2003-04, tillæg A, side 49), anføres i fortsættelse af det citerede i landsrettens dom bl.a.:

”Regeringen finder ikke, at de grundlæggende formål med ændringen af tilknytningskravet ved lov nr. 365 af 6. juni 2002 forspildes ved ikke at kræve tilknytningskravet opfyldt i de tilfælde, hvor den herboende person har haft dansk indfødsret i 28 år. Det bemærkes herved, at udlandsdanskere, som planlægger på et tidspunkt at vende tilbage til Danmark med deres familie, oftest vil have bevaret en stærk tilknytning til Danmark, som tillige viderebringes til ægtefælle eller samlever og eventuelle børn. Det sker f.eks. ved, at der tales dansk i hjemmet, at der holdes ferie i Danmark, at familien holder danske aviser m.v. Der er således normalt grundlag for en vellykket integration af en udlandsdanskers familie i det danske samfund.”

Af Menneskerettighedsdomstolens dom af 28. maj 1985 i sagen Abdulaziz, Cabales og Balkandali mod UK fremgår bl.a.:

”...

AS TO THE FACTS

...

I. DOMESTIC LAW AND PRACTICE

...

D. Position at the time of the events giving rise to the present case

...

3. *“Non-patrials” seeking to remain in the United Kingdom with a spouse settled there*

24. "Non-patrials" already admitted to the United Kingdom in a temporary capacity who subsequently married a person "settled in the United Kingdom" could also obtain permission to stay.

(a) Where the "non-patrial" seeking permission was a man, the basic conditions (paragraph 117) were that:

(i) his wife was a citizen of the United Kingdom and Colonies who or one of whose parents had been born in the United Kingdom; and ...

...

II. THE PARTICULAR CIRCUMSTANCES OF THE CASE

...

C. Mrs. Balkandali

50. Mrs. Sohair Balkandali is permanently and lawfully resident in the United Kingdom with the right to remain indefinitely. She was born in Egypt in 1946 or 1948. Her parents were born and live in that country.

This applicant first went to the United Kingdom in November 1973 and was given leave, as a "non-patrial" (see paragraphs 13-15 above), to enter as a visitor for one month. Subsequently, she obtained several further leaves to remain, as a visitor or a student, the last being until August 1976. She has a high level of university education. In 1978, she married a Mr. Corbett, a citizen of the United Kingdom and Colonies, and, five days later, was given indefinite leave to remain in the United Kingdom, by virtue of her marriage, under the provisions then in force. On 26 October 1979, again by virtue of her marriage, she obtained registration as a citizen of the United Kingdom and Colonies under the British Nationality Act 1948, as a result of which she became a "patrial" (see paragraphs 11 in fine and 14 (a) above). At that time, she was already separated from Mr. Corbett and the marriage was dissolved in October 1980.

...

52. Since the autumn of 1979, the applicant had been living with Mr. Balkandali. In April 1980 they had a son, who has the right of abode in the United Kingdom. On 14 October 1980, an application was made by the Joint Council for the Welfare of Immigrants for leave for Mr. Balkandali to remain in the United Kingdom until he married his fiancée, the applicant. They were interviewed together by Home Office officials on 30 March 1981 and produced evidence of their marriage, which had been celebrated in January 1981. The application was therefore treated as one to remain as the husband of a woman settled in the United Kingdom

Leave was refused on 14 May 1981 on the ground that Mrs. Balkandali was not a citizen of the United Kingdom and Colonies who, or one of whose parents, had been born in the United Kingdom (paragraph 117 of the 1980 rules; see paragraph 24 (a) (i) above)...

...

AS TO THE LAW

...

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 TAKEN TOGETHER WITH ARTICLE 8

...

C. Alleged discrimination on the ground of race

84. As regards the alleged discrimination on the ground of race, the applicants relied on the opinion of a minority of the Commission. They referred, inter alia, to the whole history of and background to the United Kingdom immigration legislation (see paragraphs 11-15 above) and to the Parliamentary debates on the immigration rules.

In contesting this claim, the Government submitted that the 1980 Rules were not racially motivated, their aim being to limit "primary immigration" (see paragraph 21 above).

A majority of the Commission concluded that there had been no violation of Article 14 (art. 14) under this head. Most immigration policies - restricting, as they do, free entry - differentiated on the basis of people's nationality, and indirectly their race, ethnic origin and possibly their colour. Whilst a Contracting State could not implement "policies of a purely racist nature", to give preferential treatment to its nationals or to persons from countries with which it had the closest links did not constitute "racial discrimination". The effect in practice of the United Kingdom rules did not mean that they were abhorrent on the grounds of racial discrimination, there being no evidence of an actual difference of treatment on grounds of race.

A minority of the Commission, on the other hand, noted that the main effect of the rules was to prevent immigration from the New Commonwealth and Pakistan. This was not coincidental: the legislative history showed that the intention was to "lower the number of coloured immigrants". By their effect and purpose, the rules were indirectly racist and there had thus been a violation of Article 14 (art. 14) under this head in the cases of Mrs. Abdulaziz and Mrs. Cabales.

85. The Court agrees in this respect with the majority of the Commission.

The 1980 Rules, which were applicable in general to all "non-patrials" wanting to enter and settle in the United Kingdom, did not contain regulations differentiating between persons or groups on the ground of their race or ethnic origin. The rules included in paragraph 2 a specific instruction to immigration officers to carry out their duties without regard to the race, colour or religion of the intending entrant (see paragraph 20 above), and they were applicable across the board to intending immigrants from all parts of the world, irrespective of their race or origin.

As the Court has already accepted, the main and essential purpose of the 1980 Rules was to curtail "primary immigration" in order to protect the labour market at a time of high unemployment. This means that their reinforcement of the restrictions on immigration was grounded not on objections regarding the origin of the non-nationals wanting to enter the country but on the need to stem the flow of immigrants at the relevant time.

That the mass immigration against which the rules were directed consisted mainly of would-be immigrants from the New Commonwealth and Pakistan, and that as a result they affected at the material time fewer white people than others, is not a sufficient reason to consider them as racist in character: it is an effect which derives not from the content of the 1980 Rules but from the fact that, among those wishing to immigrate, some ethnic groups outnumbered others.

The Court concludes from the foregoing that the 1980 Rules made no distinction on the ground of race and were therefore not discriminatory on that account. This conclusion is not altered by the following two arguments on which the applicants relied.

(a) The requirement that the wife or fiancée of the intending entrant be born or have a parent born in the United Kingdom and also the "United Kingdom ancestry rule" (see paragraphs 23, 24 and 20 above) were said to favour persons of a particular ethnic origin. However, the Court regards these provisions as being exceptions designed for the benefit of persons having close links with the United Kingdom, which do not affect the general tenor of the rules.

(b) The requirement that the parties to the marriage or intended marriage must have met (see paragraphs 22-24 above) was said to operate to the disadvantage of individuals from the Indian sub-continent, where the practice of arranged marriages is customary. In the Court's view, however, such a requirement cannot be taken as an indication of racial discrimination: its main purpose was to prevent evasion of the rules by means of bogus marriages or engagements. It is, besides, a requirement that has nothing to do with the present cases.

86. The Court accordingly holds that the applicants have not been victims of discrimination on the ground of race.

D. Alleged discrimination on the ground of birth

87. Mrs. Balkandali claimed that she had also been the victim of discrimination on the ground of birth, in that, as between women citizens of the United Kingdom and Colonies settled in the United Kingdom, only those born or having a parent born in that country could, under the 1980 Rules, have their non-national husband accepted for settlement there (see paragraphs 23-24 above).

It was not disputed that the 1980 Rules established a difference of treatment on the ground of birth, argument being centred on the question whether it had an objective and reasonable justification.

In addition to relying on the Commission's report, Mrs. Balkandali submitted that the elimination of this distinction from subsequent immigration rules (see paragraph 28 (a) above) demonstrated that it was not previously justified.

The Government maintained that the difference in question was justified by the concern to avoid the hardship which women having close ties to the United Kingdom would encounter if, on marriage, they were obliged to move abroad in order to remain with their husbands.

The Commission considered that, notwithstanding the subsequent elimination of this difference, the general interest and the possibly temporary nature of immigration rules required it to express an opinion. It took the view that a difference of treatment based on the mere accident of birth, without regard to the individual's personal circumstances or merits, constituted discrimination in violation of Article 14 (art. 14).

88. The Court is unable to share the Commission's opinion. The aim cited by the Government is unquestionably legitimate, for the purposes of Article 14 (art. 14). It is true that a person who, like Mrs. Balkandali, has been settled in a country for several years may also have formed close ties with it, even if he or she was not born there. Nevertheless, there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within it. The difference of treatment must therefore be regarded as having had an objective and reasonable justification and, in particular, its results have not been shown to transgress the principle of proportionality. This conclusion is not altered by the fact that the immigration rules were subsequently amended on this point.

89. The Court thus holds that Mrs. Balkandali was not the victim of discrimination on the ground of birth."

..."

Artiklerne 1, 4 og 5 i Den Europæiske Konvention af 6. november 1997 om Statsborgerret, jf. bekendtgørelse nr. 17 af 12. juni 2003, er sålydende:

"Artikel 1

Konventionens formål

Denne konvention fastlægger principper og regler for fysiske personers statsborgerret samt regler vedrørende værnepligten i tilfælde af dobbelt statsborgerret, som de kontraherende stats nationale lovgivning skal være i overensstemmelse med.

...

Artikel 4

Principper

Enhver kontraherende stats regler om statsborgerret skal baseres på følgende principper:

- a) enhver har ret til at besidde statsborgerret;
- b) statsløshed skal undgås;
- c) ingen kan fratages sin statsborgerret på vilkårligt grundlag;
- d) hverken indgåelse eller opløsning af ægteskab mellem en statsborger i en kontraherende stat og en udlænding, eller den omstændighed, at den ene af ægtefællerne erhverver statsborgerret i et andet land under ægteskabet, har automatisk betydning for den anden ægtefælles statsborgerret.

Artikel 5

Ikke-diskrimination

1. En kontraherende stats regler vedrørende statsborgerret må ikke indeholde forskelle eller omfatte praksis, der indebærer, at der finder forskelsbehandling sted på grund af køn, religion, race, hudfarve, national eller etnisk oprindelse.
2. Enhver kontraherende stat skal følge princippet om ikke at forskelsbehandle sine statsborgere, uanset om de har erhvervet indfødsret ved fødslen eller efterfølgende.”

I den forklarende rapport til konventionen anføres bl.a. følgende om de nævnte artikler:

“Chapter I – General matters

Article 1 – Object of the Convention

20. Article 1 deals with the object of the Convention which contains principles of a general nature (see, in particular, Articles 4 and 18) and specific rules relating to nationality including rules regulating military obligations in cases of multiple nationality (see, in particular, Chapters III and VII) to which the internal law of States Parties shall conform. The latter part of this provision, requiring the internal law of States to conform, is meant to indicate that the principles and rules contained in the Convention are not self-executing and therefore that States, in transposing them into their internal law, may take into account their own particular circumstances...”

“Article 4 – Principles

30. The heading and introductory sentence of Article 4 recognise that there are certain general principles concerning nationality on which the more detailed rules on the acquisition, retention, loss, recovery or certification of nationality should be based. The words “shall be based” were chosen to indicate an obligation to regard the following international principles as the basis for national rules on nationality...”

“Article 5 – Non-discrimination

Paragraph 1

39. This provision takes account of Article 14 of the ECHR which uses the term “discrimination” and Article 2 of the Universal Declaration of Human Rights which uses the term “distinction”.

40. However, the very nature of the attribution of nationality requires States to fix certain criteria to determine their own nationals. These criteria could result, in given cases, in more preferential treatment in the field of nationality. Common examples of justified grounds for differentiation or preferential treatment are the requirement of knowledge of the national language in order to be naturalised and the facilitated acquisition of nationality due to descent or place of birth. The Convention itself, under Article 6, paragraph 4, provides for the facilitation of the acquisition of nationality in certain cases.

41. States Parties can give more favourable treatment to nationals of certain other States. For example, a member State of the European Union can require a shorter period of habitual residence for naturalisation of nationals of other European Union States than is required as a general rule. This would constitute preferential treatment on the basis of nationality and not discrimination on the ground of national origin.

42. It has therefore been necessary to consider differently distinctions in treatment which do not amount to discrimination and distinctions which would amount to a prohibited discrimination in the field of nationality.

43. The terms “national or ethnic origin” are based on Article 1 of the 1966 International Convention on the Elimination of All Form of Racial Discrimination and part of Article 14 of the ECHR. They are also intended to cover religious origin. The ground of “social origin” was not included because the meaning was considered to be too imprecise. As some of the different grounds of discrimination listed in Article 14 of the European Convention on Human Rights were considered as not amounting to discrimination in the field of nationality, they were therefore excluded from the grounds of discrimination in paragraph 1 of Article 5. In addition, it was noted that, as the ECHR was not intended to apply to issues of nationality, the totality of the grounds of discrimination contained in Article 14 were appropriate only for the rights and freedoms under that Convention.

44. The list in paragraph 1 therefore contains the core elements of prohibited discrimination in nationality matters and aims to ensure equality before the law. Furthermore, the Convention contains many provisions designed to prevent an arbitrary exercise of powers (for example Articles 4.c, 11 and 12) which may also result in a discrimination.

Paragraph 2

45. The words “shall be guided by” in this paragraph indicate a declaration of intent and not a mandatory rule to be followed in all cases.

46. This paragraph is aimed at eliminating the discriminatory application of rules in matters of nationality between nationals at birth and other nationals, including naturalised persons. Article 7, paragraph 1.b, of the Convention provides for an exception to this guiding principle in the case of naturalised persons having acquired nationality by means of improper conduct.”

Supplerende sagsfremstilling

Institut for Menneskerettigheder udtaler i udredning nr. 1, Ægtefællesammenføring i Danmark, 2004, bl.a.:

“4. Instituttets vurdering

Ved foretagelse af en vurdering af om udlændingelovens tilknytningskrav sammenholdt med 28-års reglen overholder diskriminationsforbuddet i EMRK art. 14 sammenholdt med art. 8, må det indledningsvis vurderes, om bestemmelsen medfører, at personer med anden etnisk baggrund end dansk forskelsbehandles i forhold til deres muligheder for at blive ægtefællesammenført. Hvis dette er tilfældet må det efterfølgende vurderes, om der er tale om forskelsbehandling af sammenlignelige situationer, og i så fald om bestemmelsen forfølger et lovligt formål, og om forskelsbehandlingen er saglig og proportional.

4.1. Forskelsbehandling

Instituttet har valgt at fokusere på to situationer, hvor tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen efter instituttets opfattelse medfører forskelsbehandling mellem etnisk danskere og personer med anden etnisk baggrund. Den første situation omhandler forskelsbehandling mellem danske statsborgere. Den anden situation angår forskelsbehandling mellem personer født med dansk statsborgerskab og personer født i Danmark uden dansk statsborgerskab, og som er opvokset her i landet. Instituttet har endvidere fundet det hensigtsmæssigt i sammenhæng hermed at fokusere på den forskelsbehandling mellem flygtninge og indvandrere, som tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen efter instituttets opfattelse medfører, selv om denne problemstilling ikke angår forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse, men på grund af flygtningestatus.

4.1.1. Statsborgere

Efter indførelse af 28-års reglen kræves tilknytningskravet ikke længere opfyldt, hvis den herboende ægtefælle har haft dansk statsborgerskab i 28 år. Det fremgår således direkte af bestemmelsen, at der tilsigtes forskelsbehandling mellem personer på grundlag af tidspunktet for erhvervelse af statsborgerskab i forhold til muligheden for at opnå ægtefællesammenføring. Spørgsmålet er, om tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen tillige vil kunne medføre indirekte forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse.

De personer, der som udgangspunkt vil få gavn af 28-års reglen, er personer, der fra fødslen har haft dansk statsborgerskab. Personer med anden etnisk baggrund end dansk vil oftere end etniske danskere enten ikke have dansk statsborgerskab eller først opnå dette senere end ved fødslen. Denne gruppe vil derfor skulle opfylde tilknytningskravet i flere år efter det fyldte 28 år, end personer født med dansk statsborgerskab, der overvejende vil være etniske danskere. Der må derfor antages, at tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen vil medføre indirekte forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse i forhold til muligheden for at opnå ægtefællesammenføring.

Som anført i afsnit 2.4. stiller EMD særligt store krav til anskueliggørelsen af, at der foreligger indirekte diskrimination. Klager skal som udgangspunkt ikke kun være i stand til at fremlægge statistisk dokumentation for den påståede indirekte forskelsbehandling, men også kunne påvise et underliggende ”pattern or practice, which could be classified as discriminatory within the meaning of article 14”. Det må som nævnt på grundlag heraf formodes, at

EMD i sager om indirekte diskrimination vil stille høje krav til klagers dokumentation af, at hensigten bag den pågældende handling, lovgivning m.v., der medfører indirekte forskelsbehandling, har været at forskelsbehandle den gruppe, der rammes af den indirekte forskelsbehandling.

Det er instituttets opfattelse, at EMD's praksis om indirekte diskrimination må skulle forstås således, at klager må skulle påvise, at det også har været den pågældende medlemsstats hensigt at forskelsbehandle den gruppe, som ifølge klager er udsat for indirekte forskelsbehandling. Modsat kan det efter instituttets opfattelse ikke afkræves af klager, at denne kan påvise, at hensigten har været at diskriminere den pågældende gruppe. Dette stemmer i øvrigt bedst overens med Racediskriminationskomitéens forståelse af forbuddet mod indirekte racediskrimination som gengivet i afsnit 2.4, hvorefter det er effekten af den pågældende handling, lovgivning m.v., der er afgørende.

At tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen ikke alene må formodes at medføre forskelsbehandling mellem etniske danskere og personer med anden etnisk baggrund, men at dette også må antages at være hensigten med bestemmelsen, kan støttes på lovbemærkningerne til tilknytningskravet og 28-års reglen. Som anført ovenfor i afsnit 3.2. og 3.3. fremgår det heraf, at det som udgangspunkt er "herboende udlændinge og danske statsborgere med anden etnisk baggrund", der tilsigtes ramt af tilknytningskravet. Sammenholdes dette med, at formålet med indførelse af 28-års reglen er at sikre, at udlandsdanskere, der hovedsagligt må formodes at være etniske danskere, undtages tilknytningskravet, giver lovbemærkningerne efter instituttets opfattelse en formodning for, at hensigten med tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen er at forskelsbehandle mellem etniske danskere og personer med anden etnisk baggrund.

...

4.3. Lovligheden af formålet med tilknytningskravet

Ifølge EMD's praksis skal formålet med forskelsbehandlingen være lovligt. Som nævnt i indledningen er formålene med indførelse af strammingerne af tilknytningskravet i 2002 ifølge forarbejderne til loven at begrænse indvandring, at sikre en vellykket integration af de ægtefæller, der bliver ægtefællesammenført i Danmark, samt at bekæmpe tvangsægteskaber og arrangerede ægteskaber.

Det følger af EMD's praksis, at begrænsning af indvandring er et lovligt formål. Formålet at opnå en forbedret integration af herboende udlændinge må utvivlsomt tillige anses for lovligt. Vedrørende bekæmpelse af tvangsægteskaber er det i international ret et almindeligt anerkendt princip, at ægteskaber kun skal indgås efter begge parter eget ønske. Dette følger bl.a. af art. 23, stk. 3, i FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder, art. 10, stk. 1, i FN's konvention om økonomiske og sociale rettigheder og art. 16, stk. 1, i FN's konvention om afskaffelse af alle former for diskrimination mod kvinder. Som anført i *Kapitel 6 Med ægteskab i fokus* kan det diskuteres, om arrangerede ægteskaber kan sidestilles med tvangsægteskaber, særlig i relation til spørgsmålet om det tvangsmæssige aspekt, og om bekæmpelse af arrangerede ægteskaber derfor er et lovligt formål. Det fremgår imidlertid af bemærkningerne til lovgivningen om indførelse af 28-års reglen, at formålet er at bekæmpe ægteskaber, der indgås "under tvang eller pres mod ægtefællernes eget ønske." Det er på grundlag heraf instituttets opfattelse, at tilknytningskravet lever op til kriteriet om forfølgelse af lovlige formål.

4.4. Danmarks skønsmargin

Ved foretagelse af vurderingen af, om tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen er et sagligt og proportionalt middel til at opnå de påtænkte hermed, er det indledningsvist relevant at vurdere Danmarks skønsmargin i forhold til regulering på området.

EMD har som nævnt i sin praksis anerkendt det almindelige internationale princip om, at de enkelte lande har en generel kompetence til at kontrollere udlændinges adgang til ophold i landet. EMD overlader derfor som udgangspunkt i praksis medlemsstaterne en vid skønsmargin i forbindelse med regulering af forhold vedrørende indrejse- og ophold i landet. Som anført i afsnit 2.2. har EMD dog tillige givet udtryk for, at der skal særligt tungtvejende grunde til for at udøve forskelsbehandling på grund af statsborgerskab og etnisk oprindelse. Danmarks skønsmargin må på grundlag heraf antages at være indskrænket i forhold til vurderingen af, om den forskelsbehandling, som tilknytningskravet medfører, kan anses for at være sagligt og proportional.

Det kan som nævnt endvidere påvirke en medlemsstats skønsmargin, hvis der er tilstedeværelse af lovgivningsmæssig konsensus blandt medlemsstaterne på det område, der er under vurdering. 22 af Europarådets 45 lande har tiltrådt EU's familiesammenføringsdirektiv. Som det fremgår af *Kapitel 5 EU's familiesammenføringsdirektiv og dansk ret* er EU-reglerne mindre restriktive end de danske regler. Udgangspunktet i direktivet er, at udlændinge over 18 år skal have adgang til ægtefællesammenføring. Direktivets art. 4, stk. 5, tillader dog, at medlemsstaterne for at bedre integrationen og forhindre tvangsægteskaber kan kræve, at den udenlandske referenceperson og dennes ægtefælle skal være over en bestemt alder, dog højst 21 år. Direktivet nævner ikke muligheden for indførelse af et tilknytningskrav. Det forhold, at der er konsensus blandt knap halvdelen af Europarådets lande om anvendelse af mindre restriktive ægtefællesammenføringsregler end i Danmark, taler umiddelbart tillige for en vis indskrænkning af Danmarks skønsmargin på området.

4.5. Saglighed og proportionalitet

I det følgende vurderes det, om tilknytningskravet er et sagligt og proportionalt middel til opnåelse af de nævnte formål i forhold til den forskelsbehandling som tilknytningskravet medfører mellem 4.5.1.) danske statsborgere, 4.5.2.) mellem personer født med dansk statsborgerskab og personer født i Danmark uden statsborgerskab, og som er opvokset her i landet og 4.5.3.) mellem indvandrere og flygtninge.

4.5.1. Statsborgere

Tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen medfører direkte forskelsbehandling mellem statsborgere på grund af tidspunktet for erhvervelsen af statsborgerskabet. Som anført i afsnit 4.1.1. er det instituttets opfattelse, at det må antages på grundlag heraf, at tilknytningskravet sammenholdt med 28-års reglen tillige medfører forskelsbehandling mellem etniske danskere med dansk statsborgerskab og danske statsborgere med anden etnisk baggrund.

Uanset hvilke lovlige formål, der søges opnået, må anvendelse af et middel, der er uforeneligt med international ret, som udgangspunkt anses for at være uproportionalt i forhold til EMRK art. 14. Som anført i *Kapitel 3 Statsborgerskabs betydning ved ægtefællesammenføring* er det instituttets vurdering, at den forskelsbehandling af danske statsborgere på grund af tidspunktet for erhvervelsen af statsborgerskabet, som følger af tilknytningskravet sammenholdt med 28-

års reglen, er uforenelig med ikke-diskriminationsprincippet i Den Europæiske Konvention om Statsborgerret art. 5, stk. 2. Det er på grundlag heraf instituttets opfattelse, at den forskelsbehandling, 28-års reglen medfører mellem statsborgere på grundlag af tidspunktet for erhvervelsen af statsborgerskabet ikke kan anses for at opfylde proportionalitetskravet i EMRK art. 14.”

Højesterets begrundelse og resultat

Ved afgørelsen af 27. august 2004 meddelte Integrationsministeriet afslag på ansøgningen om opholdstilladelse til B med den begrundelse, at hendes og ægtefællens As samlede tilknytning til Danmark ikke var større end deres samlede tilknytning til Ghana, jf. udlændingelovens § 9, stk. 7.

B og A har i første række anført, at afslaget er ugyldigt, fordi det er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8. Hvis afslaget ikke er i strid med artikel 8, har de i anden række gjort gældende, at det er i strid med diskriminationsforbuddet i artikel 14, jf. artikel 8, og at de derfor har ret til familiesammenføring i Danmark uden at skulle opfylde tilknytningskravet i lovens § 9, stk. 7.

Af de grunde, landsretten har anført, tiltræder Højesteret, at Integrationsministeriets afslag på opholdstilladelse til B ikke er i strid med artikel 8.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt afslaget er ugyldigt som stridende mod konventionens artikel 14, jf. artikel 8, udtaler fire dommere – Jon Stokholm, Poul Dahl Jensen, Vibeke Rønne og Hanne Schmidt – følgende:

Efter udlændingelovens § 9, stk. 7, som affattet ved lov nr. 1204 af 27. december 2003 finder kravet om, at ægtefællernes eller samlevernes samlede tilknytning til Danmark skal være større end deres samlede tilknytning til et andet land (tilknytningskravet), ikke anvendelse, når den herboende person har haft dansk indfødsret i 28 år (28-års reglen).

Indtil 2002 havde danske statsborgere generelt været undtaget fra tilknytningskravet. Ved lov nr. 365 af 6. juni 2002 blev der gennemført en stramning af betingelserne for familiesammenføring, der bl.a. indebærer, at tilknytningskravet også kom til at gælde for familiesammenføring, hvor den ene part er dansk statsborger. Som begrundelse for at udstrække tilknytningskravet

til også at gælde for danske statsborgere er det i forarbejderne bl.a. anført, at der findes danske statsborgere, som ikke er velintegrerede i det danske samfund, og hvor det derfor kan være forbundet med væsentlige problemer at integrere en nyankommen ægtefælle her i landet, jf. Folketingstidende 2001-02 (2. samling), tillæg A, side 3982.

Det viste sig hurtigt, at stramningen havde utilsigtede virkninger bl.a. for så vidt angår danske statsborgere, der vælger at bosætte sig i udlandet i en længere periode, og som under opholdet i udlandet stifter familie. På den baggrund blev den nævnte lempelse gennemført med virkning fra 1. januar 2004, således at familiesammenføring i sager, hvor den ene part har haft dansk indfødsret i 28 år, ikke længere er betinget af, at kravet om en samlet større tilknytning til Danmark er opfyldt.

I forarbejderne til lempelsen er det bl.a. anført, at regeringen ikke finder, at de grundlæggende formål med stramningen af reglerne om familiesammenføring i 2002 forspildes ved ikke at kræve tilknytningskravet opfyldt i de tilfælde, hvor den herboende person har haft dansk indfødsret i 28 år, jf. Folketingstidende 2003-04, tillæg A, side 49. Det anføres i den forbindelse, at udlandsdanskere, som planlægger på et tidspunkt at vende tilbage til Danmark med deres familie, oftest vil have bevaret en stærk tilknytning til Danmark, som tillige viderebringes til ægtefælle eller samlever og eventuelle børn. Det sker f.eks. ved, at der tales dansk i hjemmet, at der holdes ferie i Danmark, at familien holder danske aviser m.v. Der er således normalt grundlag for en vellykket integration af en udlandsdanskers familie i det danske samfund.

Personer, der ikke har haft dansk indfødsret i 28 år, men som er født og opvokset her i landet eller er kommet hertil som mindre børn og har haft deres opvækst her i landet, er i almindelighed også undtaget fra tilknytningskravet, når de pågældende har opholdt sig lovligt i 28 år her i landet.

Den beskrevne retstilstand indebærer, at der i relation til muligheden for familiesammenføring i Danmark sker forskelsbehandling mellem grupper af danske statsborgere, idet personer med dansk indfødsret i 28 år er stillet bedre end personer, der har haft dansk indfødsret i kortere tid end 28 år.

Efter Menneskerettighedsdomstolens praksis har en statsborger ikke en ubetinget ret til i sit hjemland at blive familiesammenført med en udlænding, idet der også i forhold til statsborgere kan tages tilknytningsforhold i betragtning. Det er ikke i sig selv konventionsstridigt, hvis en stat i sin lovgivning forskelsbehandler mellem grupper af statsborgere i relation til muligheden for at blive familiesammenført med en udlænding i statsborgerlandet.

Der kan herved henvises til Menneskerettighedsdomstolens dom af 28. maj 1985 i sagen Abdulaziz, Cabales og Balkandali mod UK, præmis 88. Her fandt Domstolen, at det ikke var konventionsstridigt, at en person, der var født i Egypten, og som senere var rejst til UK og blevet statsborger i UK og Kolonierne, var ringere stillet i relation til at opnå ret til familiesammenføring med en udlænding end en statsborger, der var født i UK, eller som havde en forælder, der var født i UK. Domstolen anførte i den forbindelse: "It is true that a person who, like Mrs. Balkandali, has been settled in a country for several years may also have formed close ties with it, even if he or she was not born there. Nevertheless, there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within it. The difference of treatment must therefore be regarded as having had an objective and reasonable justification and, in particular, its results have not been shown to transgress the principle of proportionality." Domstolen konkluderede herefter, at fru Balkandali ikke var offer for diskrimination på grund af fødsel.

I forhold til fru Balkandali, der var statsborger i UK og Kolonierne, var det således ikke konventionsstridigt at stille et tillægskrav om fødested i UK som betingelse for ægtefællesammenføring. I den danske lov stilles et andet tillægskrav – et krav om dansk indfødsret i 28 år – og spørgsmålet er, om dette kriterium udsætter A for en konventionsstridig diskrimination.

Kriteriet om dansk indfødsret i 28 år har efter vores opfattelse samme sigte som det krav om fødested i UK, der blev godkendt af Domstolen som ikke konventionsstridigt i dommen fra 1985, nemlig at udskille en gruppe af statsborgere, som ud fra en generel betragtning har en varig og stærk tilknytning til landet.

I almindelighed vil det være sådan, at en 28-årig, der har haft dansk indfødsret fra fødslen, vil have en større reel tilknytning til Danmark og indlevelse i det danske samfund, end en 28-årig, der – som A – først som ung eller voksen har fået forbindelse til det danske samfund.

Dette gælder også for de danske statsborgere, der – fx i forbindelse med uddannelse eller arbejde – har opholdt sig i udlandet i en kortere eller længere periode. Efter vores opfattelse bygger 28-års reglen således på et objektivi kriterium, der må anses for sagligt begrundet i hensynet til at udpege en gruppe af statsborgere, der ud fra en generel betragtning har en sådan tilknytning til Danmark, at det vil være uproblematisk at tillade familiesammenføring med en udenlandsk ægtefælle eller samlever her i landet, idet der normalt vil kunne ske en vellykket integration i det danske samfund.

Det forhold, at der kan tænkes tilfælde, hvor en statsborger med dansk indfødsret i 28 år reelt har en svagere tilknytning til Danmark end en statsborger med dansk indfødsret i kortere tid, kan ikke føre til, at 28-års reglen som sådan tilsidesættes som konventionsstridig. Der kan herved henvises til, at der i forhold til det dagældende engelske tillægskrav om fødested, som Menneskerettighedsdomstolen tog stilling til i ovennævnte dom, også kunne tænkes tilfælde, hvor en statsborger, der ikke var født i UK, reelt havde en større tilknytning til UK end statsborgere, der opfyldte fødestedskravet, men som i en ung alder var flyttet med sine forældre til udlandet, eller som måske endda var født i udlandet. Det bemærkes herved, at det til opfyldelse af fødestedskravet efter den dagældende engelske regel var tilstrækkeligt, at en af den pågældende persons forældre var født i UK.

Vi finder endvidere, at virkningen af 28-års reglen ikke kan anses for at være uproportional i forhold til A. A, der er født i 1971 i Togo, kom til Danmark i 1993. Han blev efter 9 års ophold her i landet dansk statsborger i 2002. I 2003 giftede han sig med B, hvorefter de indgav ansøgning om at blive ægtefællesammenført i Danmark. Det endelige afslag herpå blev meddelt i 2004. Det faktiske forløb er således i det væsentlige identisk med det forløb, der forelå til bedømmelse i Domstolens dom fra 1985 for så vidt angår fru Balkandali, og hvor Domstolen fastslog, at der ikke var sket en krænkelse af proportionalitetsprincippet. Hun var født i Egypten i 1946 eller 1948. Hun kom til UK i 1973 og blev i 1979 statsborger i UK og Kolonierne. Hun giftede sig i 1981 med den tyrkiske statsborger Bekir Balkandali, og deres ansøgning om ægtefællesammenføring i UK blev afslået senere i 1981. Ved en sammenligning af forløbene ses, at både A og fru Balkandali først som voksne kom til henholdsvis Danmark og UK. I As tilfælde blev afslaget meddelt, efter at han havde opholdt sig i Danmark i 11 år, herunder som dansk statsborger i 2 år. I Balkandalis tilfælde blev afslaget meddelt, efter at hun havde opholdt sig i UK i 8 år og herunder været statsborger i 2 år.

På baggrund af det anførte finder vi, at der i den foreliggende praksis fra Menneskerettighedsdomstolen ikke er grundlag for at fastslå, at 28-års reglen har indebåret en konventionsstridig diskrimination i forhold til A.

For så vidt angår betydningen af Den Europæiske Konvention af 6. november 1997 om Statsborgerret finder vi af de grunde, landsretten har anført, at konventionens artikel 5, stk. 2, ikke kan føre til, at diskriminationsforbuddet i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14, jf. artikel 8, gives et videregående indhold end det, der følger af dommen fra 1985.

Vi finder herefter, at Integrationsministeriets afslag på opholdstilladelse til B ikke kan tilside-sættes som ugyldigt som stridende mod Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14, jf. artikel 8.

Vi stemmer derfor for at stadfæste landsrettens dom.

Tre dommere – Torben Melchior, Peter Blok og Per Walsøe – udtaler:

Som anført af flertallet finder kravet i udlændingelovens § 9, stk. 7, om, at ægtefællernes eller samlevernes samlede tilknytning til Danmark skal være større end deres samlede tilknytning til et andet land (tilknytningskravet), ikke anvendelse, når den herboende person har haft dansk indfødsret i 28 år (28-års reglen).

28-års reglen finder anvendelse såvel på personer, der er født som danske statsborgere, som på personer, som først på et senere tidspunkt i deres liv har erhvervet dansk statsborgerskab, men reelt er der stor forskel på reglens betydning for de to grupper af danske statsborgere. For personer, der er født som danske statsborgere, indebærer reglen alene, at tilknytningskravet finder anvendelse, indtil de er fyldt 28 år. For personer, som ikke er opvokset i Danmark, og som først på et senere tidspunkt i deres liv har erhvervet dansk statsborgerskab, indebærer reglen, at tilknytningskravet finder anvendelse, indtil der er gået 28 år efter det tidspunkt, hvor den pågældende blev dansk statsborger. Eksempelvis vil A, som blev dansk statsborger som 31-årig, være omfattet af tilknytningskravet, indtil han bliver 59 år. 28-års reglen indebærer derfor, at den væsentlige begrænsning i adgangen til ægtefællesammenføring, som følger

af tilknytningskravet, langt oftere og på mere indgribende måde rammer personer, som først senere i deres liv har erhvervet dansk statsborgerskab, end personer, der er født med dansk statsborgerskab. 28-års reglen medfører således en klar indirekte forskelsbehandling mellem de to grupper af danske statsborgere.

Personer, der er født som danske statsborgere, vil langt overvejende være af dansk etnisk oprindelse, mens personer, som først på et senere tidspunkt i deres liv har erhvervet dansk statsborgerskab, i almindelighed vil være af anden etnisk oprindelse. 28-års reglen indebærer derfor samtidig en klar indirekte forskelsbehandling mellem danske statsborgere med dansk etnisk oprindelse og danske statsborgere med anden etnisk oprindelse i relation til adgangen til ægtefællesammenføring.

Efter udlændingelovens § 9, stk. 7, kan der ses bort fra tilknytningskravet, hvis ganske særlige grunde taler herfor. Det fremgår af forarbejderne til 2003-loven, at denne dispensationsadgang skal administreres således, at udlændinge, der er født og opvokset her i landet eller er kommet hertil som mindre børn og har haft deres opvækst her i landet, skal sidestilles med danske statsborgere, således at de fritages for tilknytningskravet, når de lovligt har opholdt sig her i landet i 28 år. I forhold til personer, der ikke er opvokset i Danmark, og som først på et senere tidspunkt i deres liv har erhvervet dansk statsborgerskab, ændrer dette imidlertid ikke ved det foran anførte om den indirekte forskelsbehandling, som 28-års reglen indebærer.

Ved indførelsen af tilknytningskravet ved lov nr. 424 af 31. maj 2000 var danske statsborgere generelt undtaget fra kravet. Ved lov nr. 365 af 6. juni 2002 blev tilknytningskravet generelt gjort anvendeligt også på danske statsborgere. Om baggrunden herfor anføres i bemærkningerne i lovforslaget bl.a.: "Det er hos herboende udlændinge og danske statsborgere med udenlandsk baggrund et udbredt ægteskabsmønster, at man bl.a. som følge af pres fra forældre gifter sig med en person fra hjemlandet... Tilknytningskravet, som det er udformet i dag, tager efter regeringens opfattelse ikke i tilstrækkelig grad højde for, at det nævnte ægteskabsmønster eksisterer blandt både herboende udlændinge og herboende danske statsborgere med udenlandsk baggrund. Der findes således også danske statsborgere, som ikke er velintegrerede i det danske samfund, og hvor det derfor kan være forbundet med væsentlige problemer at integrere en nyankommen ægtefælle her i landet." Ved lov nr. 1204 af 27. december 2003 blev anvendelsen af tilknytningskravet på danske statsborgere begrænset ved 28-års

reglen, og det anføres i bemærkningerne til lovforslaget, at formålet hermed bl.a. var ”at sikre, at udlandsdanskere med en stærk og varig tilknytning til Danmark i form af mindst 28 års dansk indfødsret får mulighed for at kunne opnå ægtefællesammenføring i Danmark”. På baggrund af disse lovbemærkninger må det lægges til grund, at den indirekte forskelsbehandling mellem danske statsborgere med dansk etnisk baggrund og danske statsborgere med anden etnisk baggrund, som 28-års reglen indebærer, er en tilsigtet konsekvens.

Efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 14 skal nydelsen af de i konventionen anerkendte rettigheder og friheder, herunder den enkeltes ret efter artikel 8 til respekt for sit familieliv, ”sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørighed til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller andet forhold.” Som nævnt indebærer 28-års reglen dels en indirekte forskelsbehandling mellem personer, der er født som danske statsborgere, og personer, som først har erhvervet dansk statsborgerskab på et senere tidspunkt i deres liv, dels – sammenhængende hermed – en indirekte forskelsbehandling mellem danske statsborgere med dansk etnisk baggrund og danske statsborgere med anden etnisk baggrund. Begge disse former for indirekte forskelsbehandling må anses for omfattet af konventionens artikel 14 sammenholdt med artikel 8. De to former for indirekte forskelsbehandling, som 28-års reglen indebærer, er derfor i strid med artikel 14, medmindre forskelsbehandlingen kan anses for sagligt begrundet og proportional.

Den Europæiske Konvention af 6. november 1997 om Statsborgerret, som er ratificeret af Danmark, bestemmer i artikel 5, stk. 2: ”Enhver kontraherende stat skal følge princippet om ikke at forskelsbehandle sine statsborgere, uanset om de har erhvervet indfødsret ved fødslen eller efterfølgende.” I Integrationsministeriets notat af 14. januar 2005 og i notatet af november 2006 fra arbejdsgruppen bestående af repræsentanter for Justitsministeriet, Udenrigsministeriet og Integrationsministeriet anføres, at bestemmelsen alene angår spørgsmål om fratagelse og fortabelse af statsborgerskab. Det er efter vores opfattelse tvivlsomt, om der er grundlag for en sådan indskrænkende fortolkning, idet bestemmelsen efter sin ordlyd omfatter enhver forskelsbehandling på grundlag af, hvordan og hvornår statsborgerskab er erhvervet. Som det fremgår af den forklarende rapport, indeholder bestemmelsen ikke et ufravigeligt forbud, og bestemmelsen må forstås således, at den kan fraviges, hvis en forskelsbehandling er sagligt begrundet og proportional. Ved vurderingen af 28-års reglen efter Menneskerettig-

hedskonventionens artikel 14, jf. artikel 8, må det imidlertid efter vores opfattelse indgå, at Statsborgerretskonventionens artikel 5, stk. 2, i hvert fald efter ordlyden indeholder en generel bestemmelse om, at forskelsbehandling mellem forskellige grupper af egne statsborgere som udgangspunkt er forbudt.

Ved vurderingen efter Menneskerettighedskonventionens artikel 14, jf. artikel 8, må det tillige tages i betragtning, at det er af central betydning at have adgang til at bosætte sig med sin ægtefælle i det land, hvor man er statsborger.

Som nævnt var danske statsborgere oprindelig generelt undtaget fra tilknytningskravet. I dommen trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 2005 s. 2086 har Højesteret fastslået, at en forskelsbehandling i relation til adgangen til ægtefællesammenføring, som er baseret på, om den herboende ægtefælle er dansk eller udenlandsk statsborger, ikke er i strid med diskriminationsforbuddet i Menneskerettighedskonventionens artikel 14 sammenholdt med artikel 8. Højesteret henviste herved til Menneskerettighedsdomstolens dom af 28. maj 1985 i sagen Abdulaziz m.fl. mod UK, præmisserne 84-86. En forskelsbehandling baseret på statsborgerskab må bl.a. ses i lyset af, at danske statsborgere har ret til at bosætte sig i Danmark, og det forhold, at en sådan forskelsbehandling ikke anses for stridende mod artikel 14 sammenholdt med artikel 8, kan ikke tillægges betydning ved vurderingen af, om det er tilladeligt at gennemføre en ordning, som medfører forskelsbehandling mellem forskellige grupper af danske statsborgere. Efter vores opfattelse kan heller ikke Abdulaziz-dommens præmisser 87-89 tillægges afgørende betydning ved denne vurdering, bl.a. fordi en forskelsbehandling, der er baseret på varigheden af et statsborgerskab, ikke kan sidestilles med en forskelsbehandling, der er baseret på fødested.

I de tilfælde, hvor tilknytningskravet finder anvendelse, lægges der bl.a. vægt på, om den herboende ægtefælle har en stærk tilknytning til Danmark i kraft af, at den pågældende har haft sin opvækst, herunder skolegang, her i landet. En sådan stærk tilknytning til Danmark vil foreligge i de fleste tilfælde, hvor en person har haft dansk statsborgerskab i 28 år. Ved vurderingen af, om den forskelsbehandling, som 28-års reglen indebærer, kan anses for sagligt begrundet, er det imidlertid ikke tilstrækkeligt at sammenligne personer, som ikke er opvokset i Danmark, og som først på et senere tidspunkt i deres liv har erhvervet dansk statsborgerskab, med den store gruppe af personer, der er født som danske statsborgere og samtidig er opvok-

set i Danmark. Hvis det alene var hensynet til den sidstnævnte gruppe af danske statsborgere, som begrundede undtagelsen fra tilknytningskravet, skulle undtagelsen have været afgrænset på en anden måde. Det afgørende må derfor være en sammenligning med personer, der er født som danske statsborgere og har været danske statsborgere i 28 år, men som ikke er opvokset i Danmark og måske ikke på noget tidspunkt har haft bopæl i Danmark. Det kan efter vores opfattelse ikke lægges til grund, at denne gruppe af danske statsborgere ud fra en generel betragtning har en stærkere tilknytning til Danmark end personer, som efter indrejse til og ophold i Danmark i en årrække har opnået dansk statsborgerskab. Det må i denne forbindelse tages i betragtning, at erhvervelse af dansk statsborgerskab ved naturalisation i almindelighed bl.a. er betinget af, at den pågældende har boet i Danmark i mindst 9 år, har godtgjort at have kendskab til det danske sprog og samfund og opfylder kravet om selvforsørgelse.

På denne baggrund er det vores opfattelse, at den indirekte forskelsbehandling, som 28-års reglen indebærer, ikke kan anses for sagligt begrundet og derfor er i strid med Menneskerettighedskonventionens artikel 14 sammenholdt med artikel 8.

Konsekvensen heraf må være, at myndighederne ved anvendelsen af udlændingelovens § 9, stk. 7, på danske statsborgere skal begrænse 28-års reglen til alene at være et alderskrav, således at tilknytningskravet ikke finder anvendelse i tilfælde, hvor den herboende ægtefælle er dansk statsborger og er fyldt 28 år.

Vi stemmer herefter for at give B og A medhold i deres påstand om, at Integrationsministeriet skal anerkende, at afgørelsen af 27. august 2004 er ugyldig, således at sagen hjemvises til fornyet behandling.

Efter udfaldet af stemmeafgivningen vedrørende denne påstand finder vi ikke anledning til at tage stilling til påstanden om godtgørelse.

Der afsiges dom efter stemmeflertallet, således at landsrettens dom stadfæstes.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for Højesteret til den anden part eller til statskassen.