

Barnets beste utenfor familieretten – hvor langt kan det være avgjørende?

Landsdommer *Anne Louise Bormann*, Danmark

Barnets beste utenfor familieretten – hvor langt kan det være avgjørende?

Landsdommer *Anne Louise Bormann*, Danmark

Det følger af artikel 3 af FN's Børnekonvention, at i alle foranstaltninger vedrørende børn, hvad enten disse udøves af offentlige eller private institutioner for socialt velfærd, domstole, forvaltningsmyndigheder eller lovgivende organer, skal barnets tarv komme i første række. Inden for familieretten antages hensynet til barnets bedste som udgangspunkt for at være absolut, således at intet andet hensyn kan veje tungere end hensynet til barnet. Det antages således, at der ikke i familieretlige afgørelser kan lægges vægt på hensyn til andre, herunder til forældrene. Barnets bedste påberåbes imidlertid også uden for familieretten. Dette gælder både ved afgørelser, der vedrører barnet direkte, og ved afgørelser, der vedrører barnets forældre, men som har betydning for barnet. Hvordan skal barnets bedste afvejes i forhold til andre personers rettigheder, f.eks. hvis en udlejer ønsker at ophæve eller opsiges en børnefamilies lejemål. Og hvordan vægtes hensynet til barnets bedste i forhold til mere abstrakte samfundsinteresser, herunder hensynet til retshåndhævelse og hensynet til at begrænse indvandring?

1. Indledning

Dette emne spænder bredt. Inden for stort set alle retsområder træffes afgørelser, der direkte eller indirekte vedrører børn, eller som påvirker børn, fordi afgørelserne retter sig mod deres forældre. Det er umuligt udtømmende at beskrive alle de retsområder, hvor hensynet til barnets bedste vil kunne indgå. Jeg har derfor udvalgt enkelte områder, der kan illustrere dels tilfælde, hvor hensynet til barnets bedste slet ikke indgår, eller tillægges meget begrænset vægt, og dels tilfælde, hvor hensynet til barnets bedste ofte påberåbes, og hvor rækkevidden i praksis kan give anledning til betydelig tvivl.

Afsnit 2 indeholder en overordnet drøftelse af, hvornår og i hvilket omfang barnets bedste overhovedet skal indgå.

Afsnit 3 beskriver afvejningen af hensynet til barnet i forhold til andre privatpersoner i relation til afgørelser om opsigelse og ophævelse af boliglejemål.

Afsnit 4 om strafudmåling beskriver afvejningen af hensynet til barnet overfor samfundets interesse i retshåndhævelse

Afsnit 5 om udlændingeret beskriver afvejningen af hensynet til barnet over for samfundets interesse i at begrænse indvandring samt afvejningen af hensynet til det konkrete barn over for mere generelle hensyn til at sikre indvandrerbørn en vellykket integration.

En væsentlig forudsætning for, at hensynet til barnets bedste kan inddrages, vil i en række tilfælde være, at barnet bliver hørt. Også på dette område er reglerne på forskellige retsområder langt fra ensartede. Dette i beskrives i afsnit 6.

Som eksemplerne viser, er hensynet til barnets bedste i mange tilfælde ikke det eneste afgørende, men alene et blandt mange hensyn, der kan tillægges større eller mindre vægt. Selv om emnet er barnets bedste uden for familieretten, tillader jeg mig i afsnit 7 at sætte

spørgsmålstegen ved udgangspunktet om, at hensynet til barnets bedste inden for familieretten er altafgørende og tilsidesætter alle andre hensyn. Dette understøtter min tese om, at vægningen af hensynet til barnets bedste i alle tilfælde må afgøres konkret.

2. Hvornår og hvilken vægt kan der lægges på hensynet til barnets bedste?

Tese 1: Barnets bedste er ikke altid afgørende. Barnets bedste skal afvejes over for andre væsentlige offentlige og private interesser, og afvejningen må afgøres konkret på det enkelte område

Artikel 3, stk. 1, i FN's Børnekonvention har i den officielle engelske udgave følgende ordlyd:

"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary concern."

I den danske oversættelse af konventionen anvendes det lidt gammeldags udtryk "barnets tarv". I moderne lovgivning anvendes i stedet begrebet "barnets bedste", og jeg anvender derfor dette mere nutidige begreb, medmindre der refereres til lovbestemmelser, der anvender udtrykket "barnets tarv".

Børnekonventionen er tiltrådt af samtlige nordiske lande, men har forskellig status i landene. I Norge, Finland og Island er konventionen således inkorporeret ved lov. Dette er ikke sket i Danmark og Sverige, men i begge lande er der iværksat et udredningsarbejde, der skal belyse fordele og ulemper ved at inkorporere blandt andet denne konvention. Denne forskel kan måske have betydning for konventionens gennemslagskraft i de enkelte lande.

Børnekonventionens artikel 3 påberåbes ofte i mange forskellige sammenhænge, og som overordnet princip har den alles sympati. Hvem vil ikke det bedste for vore børn? Som juridisk regel rejser bestemmelsen dog spørgsmål, som er vanskelige at besvare. Hvad er "actions concerning children"? Bestemmelsen har traditionelt haft sit hovedanvendelsesområde inden for familieretten, herunder afgørelser om forældremyndighed, samvær, faderskab og adoption mv., og inden for socialretten, herunder navnlig sociale beskyttelsesforanstaltninger over for børn f.eks. ved anbringelse uden for hjemmet. Bestemmelsen kan imidlertid ikke anses for begrænset til disse retsområder. Børn berøres direkte eller indirekte af foranstaltninger på stort set alle retsområder fra byplanlægning til strafferet, og bestemmelsen må indebære en generel pligt til at tage hensyn til barnet i alle aspekter af samfundslivet, der berører børn.

FN's Børnekomité har i 2013 udgivet en kommentar til artikel 3¹, hvoraf komitéens forståelse af artiklen fremgår. Det anføres heri, at begrebet "concerning" skal forstås "in a very broad sense", og som eksempler på områder, der er omfattet, nævnes blandt andet miljø, bolig og transport.

Det næste spørgsmål er, hvad det vil sige, at "the best interests of the child shall be a primary consideration". At antage, således som det som udgangspunkt antages inden for familieretten, at hensynet til barnet i alle tilfælde skal være afgørende, og at ingen andre hensyn

1 Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration.

kan veje tungere end hensynet til eventuelle berørte børn, ville føre til absurde resultater. Det ville således f.eks. indebære, at den myndighed, der tager stilling til dommerudnævnelser – i Danmark Dommerudnævnelsesrådet – ved afgørelsen af, hvilken ansøger der indstilles til en stilling ved Højesteret, skulle foretage en vurdering af, hvilke konsekvenser det ville have for ansøgenes eventuelle mindreårige børn at en af deres forældre påtog sig et så krævende embede. Hvis denne vurdering faldt ud til, at en udnævnelse til Højesteretsdommer ville have negative konsekvenser for den bedst kvalificerede ansøgers børn, ville man være tvunget til at vælge en eventuelt mindre kvalificeret ansøger uden mindreårige børn.

Man kan forsøge at fastholde princippet om, at hensynet til barnet altid kommer først, ved at se barnets bedste i et større perspektiv. Måske er det ikke lige nu bedst for barnet i eksemplet ovenfor, at hans far bliver højesteretsdommer, men det er generelt bedst for børn at leve i et samfund, hvor de bedst kvalificerede bliver valgt til landets øverste embeder. Eller med et andet eksempel, det er måske ikke til et barns bedste, at hans far bliver idømt 4 års ubetinget fængsel for underslæb i sit job som bankdirektør, men det er generelt bedst for børn at leve i et samfund, hvor man kan stole på bankvæsenet, og hvor lovovertrædelser straffes konsekvent. Det er ikke forkert at se børns interesser i et bredere samfundsmæssigt perspektiv, men denne fortolkningsmetode har efter min opfattelse en tendens til at udvande begrebet barnets bedste og sløre det forhold, at der reelt er tale om afvejning af modstående hensyn. Det brede perspektiv på barnets bedste kan således minde om den måde, hvorpå vi som forældre altid kan retfærdiggøre det, vi ønsker at gøre. ”Det er godt for vores barn, at vi tager på ferie uden ham, for det er godt for ham, at vi er glade.” Det er ikke nødvendigvis forkert, men det er heller ikke altid den fulde sandhed.

I stedet må barnets bedste anses som et væsentligt hensyn, der skal afvejes over for andre væsentlige hensyn til såvel offentlige som private interesser. Dette er i overensstemmelse med den engelske tekst, hvorefter barnets bedste skal være ”a primary concern”. Heri ligger efter min opfattelse, at barnets bedste ikke nødvendigvis er ”the primary concern”. I børnekonventionens artikel 21 om adoption anvendes et stærkere udtryk for, at barnets bedste skal være afgørende. Her skal barnets bedste være ”the paramount consideration”.

I Børnekommittéens generelle kommentar anføres således også, at der i lyset af bestemmelsens brede anvendelsesområde, må anerkendes en grad af fleksibilitet i anvendelsen. Det anføres endvidere, at barnets interesse kan således være i konflikt med andre interesser, herunder andre børn, forældre eller offentligheden, og at interessekonflikter afgøres konkret efter en nøje afvejning af alle parter interesser.

Hvordan vægtningen af barnets bedste i forhold til andre interesser skal ske, er også efter min opfattelse et spørgsmål, der ikke kan besvares generelt, men må afgøres konkret i det enkelte tilfælde. Der er afgørelser som dommerudnævnelseseksemplet ovenfor, hvor hensynet til barnets bedste slet ikke indgår. Der er afgørelser som opsigelse eller ophævelse af boliglejeme, jf. afsnit 3 nedenfor, og om idømmelse af straf til et barns forældre, jf. afsnit 4 nedenfor, hvor hensynet til barnet kan indgå, men i praksis tillægges begrænset vægt. Der er afgørelser f.eks. inden for udlænderretten, jf. afsnit 5 nedenfor, hvor barnets bedste må tillægges betydelig vægt. Og endelig er der afgørelser inden for familieretten, hvor barnets bedste er (næsten) altafgørende, jf. afsnit 7 nedenfor.

3. Barnets bedste ved afgørelser inden for lejeretten

Tese 2: Ved afgørelser om ophævelse eller opsigelse af boliglejemål tillægges hensynet til børn begrænset eller slet ingen vægt, og hensynet til barnet varetages i stedet ved sociale foranstaltninger

En opsigelse eller ophævelse af et lejemål har indgribende betydning for lejerens eventuelle børn. Trods dette synes hensynet til børnene sjældent at blive påberåbt i disse sager, og endnu sjældnere tillægges de afgørende vægt. Hensynet til børnene skal her afvejes over for udlejers rettigheder og ved overtrædelser af husordenen tillige over for hensynet til de øvrige beboere i bebyggelsen.

Hvis en ophævelse af et lejemål sker på grund af misligholdelse fra lejerens eller dennes husstands side, vil hensynet til lejers børn sjældent blive tillagt afgørende vægt. Jeg har ikke kunnet finde eksempler på, at hensynet til børn tillægges vægt, hvis ophævelse sker på grund af betalingsmisligholdelse. Heller ikke i tilfælde, hvor ophævelsen sker på grund af overtrædelse af husordenen f.eks. i form af larm eller kriminalitet i området, eller vanrøgt af det lejede, vil hensyn til lejers børn normalt blive tillagt afgørende vægt i forhold til hensynet til udlejer og de øvrige beboere.

En udtrykkelig afvejning af de modstående hensyn skete i en Højesteretsdom fra 2013², hvor ophævelsen var begrundet i, at lejers da hjemmeboende voksne søn forsætligt havde sat ild på en børnehave i samme bebyggelse, hvor der skete skade for 7,5 mio. kr.

Højesteret udtalte, at en forsætlig ildspåsættelse af den pågældende karakter var en misligholdelse af en sådan grovhed, at udlejer som udgangspunkt har ret til at ophæve lejemålet. Ved vurderingen af, om der var grundlag for at fravige dette udgangspunkt, skulle der på den ene side lægges vægt på, at den voksne søn, der havde påsat ild, ved ophævelsen var fraflyttet lejemålet, at lejeren havde boet i lejemålet i mange år og ikke tidligere var pålagt retsfølger efter loven, at hun havde to mindreårige hjemmeboende børn på 9 og 13 år, og at ophævelsen først skete halvandet år efter ildspåsættelsen. På den anden side skulle der lægges vægt på, at formålet med ophævelsen var at mindske den voksne søns tilknytning til boligområdet og dermed risikoen for gentagelse af kriminalitet til gene for udlejer og lejere mv. Denne risiko var reel, idet han var fundet skyldig i andre lovovertrædelser, herunder et røveri tæt på bebyggelsen, og idet der ikke forelå nærmere oplysning om, hvor han skulle bo efter endt afsoning.

Afgørelsen illustrerer, at hensynet til barnet er et blandt mange hensyn, og at hensynet til andre i disse sager ofte vil veje tungere. I stedet må hensynet til barnet varetages gennem støtte til familien, herunder økonomisk støtte for at forhindre lejerestancer, og ved at de sociale myndigheder efter ophævelsen er forpligtet til at skaffe familien en anden bolig.

Når en opsigelse ikke sker på grundlag af lejers misligholdelse, kan der i højere grad være plads til at lægge vægt på hensynet til børn. I visse tilfælde er det udtrykkeligt i loven fastsat, at der skal ske en konkret afvejning af parternes interesser. Dette gælder blandt andet ved opsigelse efter lejelovens³ § 83, litra a, fordi udlejer selv vil benytte det lejede. Her er det efter lejelovens § 84, litra b, en betingelse, at opsigelsen er rimelig ud fra en vurdering af begge

² Ugeskrift for Retsvæsen 2013, side 3112 H.

³ Lovbekendtgørelse nr. 963 af 11. august 2010 med senere ændringer.

parters forhold. I disse sager indgår jævnligt hensynet til såvel lejers som udlejers børn⁴. Heller ikke i disse sager vil hensynet til børn nødvendigvis være det mest tungtvejende. Et eksempel herpå er en Østre Landsrets dom fra 2006⁵, hvor hensynet til blandt andet udlejers økonomi vejede tungere end blandt andet hensynet til lejers børn på 5 og 8 år, der havde boet i det lejede hus hele deres liv.

4. Barnets bedste ved udmåling af straf

4.1 Barnets bedste, når forældrene straffes

Tese 3: Barnets bedste påberåbes ofte til støtte for en mildere straf, men hensynet er sjældent afgørende

Det er sjældent til et barns bedste, hvis en af dets forældre idømmes fængselsstraf eller idømmes end anden straf, der kan påvirke barnet. F.eks. vil en frakendelse af førerretten jævnlig føre til, at tiltalte mister sit arbejde, der kan medføre arbejdsløshed med deraf følgende sociale problemer også for tiltaltes børn.

Har tiltalte mindreårige børn, vil hensynet til dem ofte blive fremført ved beskrivelsen af de personlige forhold hos tiltalte, der kan begrunde en mildere straf. Der er heller ingen tvivl om, at hensynet til, at tiltalte har ansvaret for pasningen af mindreårige børn kan være et medvirkende hensyn bag en betinget dom. Dette kommer dog sjældent til udtryk i dommene, der ofte mere generelt henviser til tiltaltes personlige forhold. I mere alvorlige sager og i sager, hvor straffen fastsættes efter faste retningslinjer, som f.eks. færdselslovsovertrædelser, vil hensynet til tiltaltes børn sjældent være afgørende.

Jeg havde selv for nylig en sag om en lastbilchauffør, der havde overtrådt en hastighedsbegrænsning og nu stod til at miste kørekortet. Da forsvareren afhørte ham om hans personlige forhold, brød han grædende sammen, da han skulle forklare, at når han mistede sit job, ville han ikke længere have råd til at betale for sine tre børns privatskole, og hans børn ville nu efter hans opfattelse skulle gennemgå de samme lidelser i folkeskolen, som han – der var ordblind – selv havde gennemgået.

Uanset vores umiddelbare sympati for lastbilchaufføren med den – efter eget udsagn – ”tunge speederfod”, var ingen af os dommere i tvivl om, at de færdselsikkerhedsmæssige og generalpræventive hensyn, der ligger bag færdselslovens regler om frakendelse af førerretten ved grove eller gentagne hastighedsoverskridelser, vejede tungere end hensynet til tiltaltes børn i den foreliggende sag.

I sager, hvor udgangspunktet er ubetinget fængselsstraf (eller ubetinget frakendelse af førerretten) skal der således ganske særlige omstændigheder til, før hensynet til tiltaltes børn kan begrunde en mildere straf. Sådanne særlige omstændigheder kan være alvorligt syge eller handicappede børn. Som et eksempel på, hvor meget der skal til at fravige fast praksis i sager om spirituskørsel, kan nævnes Østre Landsrets dom af 23. marts 1990.⁶ I denne sag

4 Se f.eks. dommen i Grundejernes Domssamling 2009, side 59, hvor hensynet til udlejer og dennes families behov for mere plads gik forud for hensynet til lejer, der var en enlig mand.

5 Ugeskrift for Retsvæsen 2006, side 79 Ø.

6 Fuldmægtigen 1990, side 61/2.

havde tiltalte kørt spirituskørsel med en alkoholpromille, der normalt ville føre til ubetinget frihedsstraf. Han blev idømt en betinget dom under hensyn til, at hans hustru var alvorligt syg og jævnlige måtte indlægges akut, mens deres 2-årige barn havde cystisk fibrose med flere timers daglig medicinsk og fysisk behandling, som tiltalte måtte varetage, når hustruen var indlagt.

4.2 Barnets bedste, når barnet straffes

Tese 4: Barnets bedste er et tungtvejende hensyn ved idømmelse af fængselsstraf over for et barn under 18 år. Hensynet til barnet skal vægtes over for hensyn til retshåndhævelsen, og udviklingen går i retning af at lægge større vægt på retshåndhævelsen.

Det følger af artikel 37, litra d, i FN's Børnekonvention, at anholdelse, tilbageholdelse eller fængsling af et barn kun må bruges som sidste udvej og for det kortest mulige tidsrum. Der er således ingen tvivl om, at hensynet til barnets bedste skal indgå ved udmåling af straf, når tiltalte er under 18 år. Det fremgår således også af den danske straffelovs § 82, nr. 1, at det i almindelighed skal indgå som en formildende omstændighed, at tiltalte er under 18 år.

Hensynet til den unge skal imidlertid afvejes over for hensynet til retshåndhævelsen, og udviklingen har i de senere år gået i retning af, at der lægges stadig større vægt på hensynet til retshåndhævelsen. Dette har i Danmark blandt andet resulteret i, at den kriminelle lavalder i 2010 blev nedsat fra 15 til 14 år. Efter regeringsskiftet i 2011 blev aldersgrænsen dog igen forhøjet til 15 år. Samtidig med nedsættelsen af den kriminelle lavalder skete der en forhøjelse af maksimumsstraffen for unge under 18 år. Denne forhøjelse blev ikke ophævet, da den kriminelle lavalder igen blev hævet. Hvor maksimumsstraffen for unge under 18 år tidligere var fængsel i 8 år, gælder der i dag alene et forbud mod at idømme fængsel på livstid.⁷ Unge under 18 år kan således i dag idømmes fængsel indtil 16 år, og i særlige tilfælde indtil 20 år.

I forarbejderne til det lovforslag⁸, hvorved forhøjelsen af maksimumsstraffen blev gennemført, og i den betænkning⁹, der lå til grund for lovforslaget, opregnes de modstående hensyn, der skal afvejes over for hinanden. Der henvises således til, at langvarige fængselsstraffe i mange tilfælde vil være mere belastende for unge end for voksne på grund af den hastige personlighedsmæssige udvikling, som sker i de unge år, og at langvarige frihedsstraffe i ungdomsårene f.eks. ofte vil gøre det vanskeligere for unge at tage en uddannelse. Der henvises endvidere til, at unge under 18 år har vanskeligere ved at overskue konsekvenserne af deres handlinger end voksne, og at unge generelt er mere påvirkelige end voksne og derfor må antages at være mere sårbare over for de skadelige effekter af frihedsstraf, herunder negativ påvirkning fra mere forhærdede afsonere. På den anden side blev det anført, at retshåndhævelsessensyn ved de allervorste forbrydelser må veje tungere end de hensyn, der ligger bag reglen om et strafmaksimum, og at det i disse tilfælde bør være op til retten at fastsætte straffen i den enkelte sag under inddragelse af blandt andet den generelle regel om, at ung alder i almindelighed skal tale for en lavere straf.

Regeringen valgte som nævnt at lade hensynet til retshåndhævelsen veje tungest.

7 Straffelovens § 33, stk. 3.

8 Lovforslag nr. 164 i Folketingsåret 2009/2010.

9 Betænkning nr. 1508/2009 om indsatsen mod ungdomskriminalitet.

5. Barnets bedste ved afgørelser inden for udlændingeretten

Tese 5: Hensynet til barnets bedste sætter en grænse for, hvad barnet skal tåle. Andre hensyn end barnets bedste indgår også.

Barnets bedste inden for udlændingeretten er et emne præget af stærke følelser og som alle andre udlændingeretlige spørgsmål af væsentlige politiske uenigheder. De retlige spørgsmål fortaber sig nemt heri. I danske aviser kan man jævnligt læse historier om børn, der må forlade Danmark efter nogle gange mange års ophold og må vende tilbage til en mere eller mindre usikker tilværelse i hjemlandet. Et af disse børn, en 7-årig pige, der sammen med sin mor måtte vende tilbage til Thailand, da deres opholdstilladelse blev inddraget efter, at moderens danske mand var død af kræft, resulterede for nylig i en lovændring.¹⁰ Lovændringen blev tillagt tilbageværende kraft, så pigen og hendes mor efter få måneder kunne vende tilbage til Danmark.

Ikke alle børn er så heldige. Den danske udlændingelovgivnings og de danske udlændingemyndigheders varetagelse af hensynet til barnets tarv har for nylig givet anledning til kritik i en rapport fra Europarådets Kommissær for Menneskerettigheder.¹¹

Kritikken vedrørte for det første forholdene for børn på asylcentre, herunder forholdene for uledsagede mindreårige asylansøgere. Endvidere blev det kritiseret, at der var sket tilbagesendelse af afviste mindreårige asylansøgere, der havde behov for medicinsk behandling, som kunne være vanskelig at opnå i hjemlandet. Endelig blev der rejst kritik af, at hensynet til barnet ikke tillægges tilstrækkelig vægt i, hvor børn søger om familiesammenføring med (en af) deres forældre i Danmark.

Jeg vil i det følgende koncentrere mig om reglerne om familiesammenføring for børn, idet disse regler illustrerer de forskelligartede og til tider modsatrettede hensyn, der skal afvejes.

Mange bestemmelser i den danske udlændingelov¹² indeholder henvisning til barnets tarv. Udlændingelovens § 9, stk. 18, fastslår således f.eks., at opholdstilladelse efter stk. 1, nr. 2, om opholdstilladelse for et barn under 15 år på grundlag af familiesammenføring med en af forældrene ikke kan meddeles, såfremt dette åbenbart vil stride mod ansøgerens (barnets) tarv. Bestemmelsen har navnlig til formål at sikre barnet mod, at der er så alvorlige sociale problemer i den herboende familie, at der er nærliggende risiko for, at barnet vil blive anbragt uden for hjemmet allerede ved eller kort efter ankomsten til Danmark, eller at barnet vil blive udsat for fysiske eller seksuelle overgreb fra den herboende forælder eller dennes ægtefælle eller samlever.

Afvejningen efter denne bestemmelse giver ikke de store problemer, idet kun hensynet til barnet tæller. Hvis en afvejning af de hensyn der kan tale for opholdstilladelse, herunder barnets tilknytning til Danmark og forholdene i hjemlandet, og de forhold hos den herboende familie, der taler imod, falder ud til, at ophold hos familien i Danmark vil stride mod barnets tarv, så skal opholdstilladelse nægtes. Der er ikke i denne situation andre hensyn, der skal afvejes over for hensynet til barnet.

10 Lov nr. 85 af 28. januar 2014.

11 Report by Nils Muiznieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Denmark from 19 to 21 November 2013 <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/better-protection-needed-for-migrant-children-in-denmark>.

12 Lovbekendtgørelse nr. 863 af 25. juni 2013, som senest ændret ved lov nr. 85 af 14. januar 2014.

Afvejningen er straks vanskeligere, når det gælder de bestemmelser i udlændingeloven, der går ud på, at opholdstilladelse kun kan meddeles, hvis hensynet til barnets tarv taler for det, eller at en række betingelser om blandt andet bolig og forsørgelsesevne skal være opfyldt, medmindre hensynet til barnets tarv taler imod at stille disse betingelser.¹³

Hvornår taler hensynet til barnet for opholdstilladelse. Det kan ikke være tilstrækkeligt, at det er bedst for et barn, at det sammen med sin familie får ret til at opholde sig i Danmark. Det er desværre tilfældet for mange af verdens børn. Dels skal barnets interesse afvejes over for statens interesse i at begrænse indvandring og dels skal det konkrete barns interesse i opholdstilladelse i Danmark afvejes over for hensynet til, at indvandrerbørn generelt opnår en vellykket integration i Danmark.

Indtil starten af 2000-tallet havde mindreårige børn af en person med opholdstilladelse i Danmark som udgangspunkt retskrav på at blive familiesammenført med den herboende forælder. En række stramninger i lovgivningen indskrænkede herefter denne ret. Hovedparten af stramningerne i forhold til familiesammenføring af børn blev gennemført ved en lovændring i 2004.¹⁴ Ved denne lovændring blev aldersgrænsen for retskrav på familiesammenføring nedsat til 15 år. Endvidere blev der indført en særlige regel¹⁵ for de tilfælde, hvor der ansøges om familiesammenføring for et barn mere end to år efter, at betingelserne herfor er opfyldt. Her er det en betingelse for opholdstilladelse, at barnet har eller har mulighed for at opnå en sådan tilknytning til Danmark, at der er grundlag for en vellykket integration her i landet.¹⁶ Endelig blev der indført en særlig regel for tilfælde, hvor et barn efter at have haft opholdstilladelse i Danmark, havde opholdt sig i udlandet i så lang tid, at opholdstilladelsen var bortfaldet. Disse børn kan nu kun meddeles ny opholdstilladelse, hvis hensynet til barnets tarv taler derfor.

I forarbejderne til lovændringen¹⁷ beskrives de hensyn, der – udover et generelt ønske om at begrænse indvandring – lå bag lovændringen.

Baggrunden for at stille særlige krav til barnets integrationspotentiale i tilfælde, hvor der søges om familiesammenføring mere end to år efter, at der tidligst kunne være søgt herom, var således et ønske om at sikre, at børn der skal bo i Danmark, kommer til Danmark så tidligt som muligt for dermed at sikre den bedst mulige integration. I forarbejderne anføres således, at der er ”eksempler på, at herboende personer bevidst vælger at lade deres barn blive i hjemlandet sammen med den anden af forældrene, indtil barnet er næsten voksent, på trods af, at barnet på et tidligere tidspunkt kunne have fået opholdstilladelse i Danmark. På denne måde opnås det, at barnet fået en opvækst i overensstemmelse med hjemlandets kultur og skikke og ikke i sin barndom præges af danske normer og værdier”.

For at modvirke dette, ønskede regeringen at stille krav om en sådan tilknytning til Danmark, at der var grundlag for en vellykket integration.

Om denne hensynsafvejning anfører Europarådets Kommissær for Menneskerettigheder i sin rapport følgende:

13 Sådanne bestemmelser findes f.eks. i udlændingelovens § 9, stk. 17, om tilfælde, hvor et barn søger opholdstilladelse på ny efter at have opholdt sig uden for Danmark, og i § 9 c, stk. 1, om opholdstilladelse af ganske særlige grunde.

14 Lov nr. 427 af 9. juni 2004.

15 I udlændingelovens § 9, stk. 16.

16 Bestemmelsen er senere modificeret ved lov nr. 566 af 18. juni 2012, blandt andet således, at kravet om grundlag for en vellykket integration kun stilles for børn, der er fyldt 8 år.

17 Lovforslag nr. 171 i folketingsåret 2003/2004 afsnit 3.2.

”In particular, requests for family reunification involving children should be dealt with in a more positive, humane and expeditious manner. Moreover, the best interest of the child should prevail over their integration potential, or the integration potential of their parents.”

Hertil bemærker den danske regering i sine kommentarer til rapporten følgende:

”The Government does not accept the premise that the child’s integration potential and the best interest of the child are opposite to each other. Often it will be in the best interest of the child to stay with the parent in the country where the child has grown up and is already integrated in society.”

Der er således for det første forskellige opfattelser af, hvad der er til barnets bedste. For det andet er spørgsmålet med hvilken vægt et generelt hensyn til at sikre indvandrerbørns integration ved at sikre, at de hurtigst muligt kommer til Danmark, kan indgå i forhold til hensynet til et konkret barn, hvis forældre allerede har ventet ”for længe” med at søge hertil.

Den anden regelstramning, der gjorde det vanskeligere for børn, hvis opholdstilladelse i Danmark var bortfaldet på grund af ophold i udlandet, har til formål at modvirke såkaldte ”genopdragelsesrejser”. I forarbejderne til bestemmelsen¹⁸ anførtes, at der er eksempler på, ”at herboende forældre sender deres børn tilbage til forældrenes hjemland eller et naboland hertil på såkaldte genopdragelsesrejser, for at de kan blive opdraget der og præget af dette lands værdier og normer. Dette forekommer særligt i situationer, hvor barnet har sociale problemer her i landet.” Ved at fjerne den automatiske ret til at få ny opholdstilladelse efter en sådan genopdragelsesrejse, ønskede regeringen at sende et ”klart signal til de forældre, der overvejer at sende et barn på genopdragelsesrejse, om, at en sådan praksis ikke accepteres af hensyn til barnet og barnets integration her i landet.”

Igen er spørgsmålet, med hvilken vægt det generelle hensyn til at undgå, at børn sendes på genopdragelsesrejser til skade for deres fremtid i Danmark, kan indgå i forhold til hensynet til det konkrete barn, der har været på genopdragelsesrejse og ønsker at vende tilbage.

Et sådant tilfælde har været prøvet ved den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sagen Osman mod Danmark.¹⁹ I den pågældende sag var en somalisk pige kommet til Danmark som 7-årig med sine forældre og søskende. Da hun var 15 år gammel besluttede hendes far, der var utilfreds med visse aspekter af hendes opførelse, at hun skulle tage ophold i Kenya for at passe sin farmor, der boede i en flytningelejr. Her opholdt hun sig i 2 år, indtil hun søgte om på ny at få opholdstilladelse i Danmark, men fik afslag. Menneskerettighedsdomstolen bemærkede, at den danske lovgivnings formål om at afskrække fra ”genopdragelsesrejser” var et legitimt formål. Spørgsmålet var herefter, om nægtelsen af at gengive den somaliske piges opholdstilladelse var proportionalt med dette formål.²⁰ Domstolen fandt ikke, at de danske myndigheder havde taget tilstrækkeligt hensyn til pigens interesser, eller at der var en fair balance mellem hendes interesser på den ene side og statens interesse i at kontrollere indvandring på den anden. Hendes ret til familieliv efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMK) artikel 8 var derfor krænket.²¹

18 Lovforslag nr. 171 i folketingsåret 1003/2004 pkt. 3.3.

19 Case of Osman v. Denmark, application no. 38058/09.

20 Dommens præmis 67.

21 Dommen medførte en lovændring lov nr. 567 af 18. juni 2012, hvorved det blandt andet blev præciseret, hvilke hensyn der skal indgå i vurderingen af barnets tarv.

Menneskerettighedsdomstolens afgørelse er truffet efter Menneskerettighedskonventionens artikel 8, der tillader indgreb i familielivet, der er nødvendige i et demokratisk samfund, og som indrømmer staterne en vis skønsmargin ved vurderingen af, hvad der er nødvendigt.

Som beskrevet mener jeg ikke, at Børnekonventionens artikel 3 skal forstås som et absolut forbud mod at inddrage andre hensyn end barnets bedste, og Menneskerettighedsdomstolens praksis efter EMK artikel 8 kan bruges som vejledning i vurderingen af, hvilken vægt hensynet til barnet skal tillægges. Hensynet til barnets bedste fungerer således som en ”stopklods”, der sætter en grænse for, hvad et barn skal tåle. Denne grænse var overskredet i Osman mod Danmark.²²

6. Barnets selv- og medbestemmelse uden for familieretten

Tese 6: Barnets ret til med- og selvbestemmelse er større inden for familieretten end udenfor

Et barns rettigheder varetages som udgangspunkt af den eller de, der har forældremyndigheden over barnet. Et barns interesser er dog ikke altid sammenfaldende med forældrenes, og barnet er derfor tillagt en ret til selv at give udtryk for sine synspunkter, og myndighederne har ifølge Børnekonventionens artikel 12 pligt til at tillægge disse synspunkter passende vægt i overensstemmelse med barnets alder og modenhed.

Inden for familieretten og socialretten er dette princip gennemført ved en udstrakt ret for også relativt små børn til at blive hørt²³, og større børn tillægges en høj grad af medindflydelse, herunder ved at visse afgørelser som udgangspunkt kun kan træffes med barnets samtykke, hvis barnet er fyldt 12 år. Dette gælder f.eks. adoption, jf. adoptionslovens § 6²⁴, og ændring af barnets navn, jf. navnelovens § 22.²⁵

Uden for familieretten er der derimod betydelig variation med hensyn til omfanget af barnets ret til at blive hørt og til med- og selvbestemmelse. På sundhedsområdet er udgangspunktet en 15-årsgrænse, jf. sundhedslovens § 17²⁶, således at børn over 15 år som udgangspunkt selv kan give samtykke til behandling. Samme aldersgrænse genfindes ved valg af religion, hvor det følger af § 3 i lov om medlemskab af Folkekirken, kirkelig betjening og sognebåndsløsning²⁷, at indmeldelse eller udmeldelse af kirke kræver samtykke fra personer, der er fyldt 15 år. Tilsvarende kræver det efter folkeskolelovens²⁸ § 6, stk. 3, samtykke fra et barn over 15 år, for at barnet efter forældrenes anmodning kan blive fritaget for undervisning i kristendomskundskab – men den unge kan ikke selv bede sig fritaget.

Der er utvivlsomt gode grunde til, at der på forskellige lovområder er fastsat forskellige aldersgrænser for barnets medindflydelse. På et område – undervisningsområdet – forekommer barnets manglende ret til at blive hørt dog påfaldende.

22 Og i flere andre sager, der måtte genoptages efter Menneskerettighedsdomstolens afgørelse.

23 I sager om forældremyndighed og samvær følger barnets ret til at blive hørt af forældrensvarslovens § 5 og § 34.

24 Lovbekendtgørelse nr. 392 af 22. april 2013.

25 Lovbekendtgørelse nr. 392 af 1. maj 2012.

26 Lovbekendtgørelse nr. 913 af 13. juli 2010.

27 Lovbekendtgørelse nr. 622 af 19. juni 2012.

28 Lovbekendtgørelse nr. 521 af 27. maj 2013.

Efter gennemførelsen i Danmark af forældreansvarsloven i 2007, hvorefter forældre som udgangspunkt har fælles forældremyndighed også i tilfælde af uenighed, har skolevalg i tilfælde, hvor forældrene er uenige herom, givet anledning til en række tvister.²⁹ Uanset at et skoleskift af de fleste børn må opfattes som en særdeles indgribende beslutning, har barnet uanset alder efter lovgivningen ingen ret til med- eller selvbestemmelse. Et skoleskift kan selvfølgelig være nødvendiggjort af, at den forælder, der har barnet boende, flytter med barnet, og i sådanne tilfælde, ville en høring af barnet næppe have mening. I tilfælde af skift mellem naboskoler, valg mellem folkeskole og privatskole eller ved afgørelsen af, om barnet overhovedet skal gå i skole eller i stedet undervises af forældrene i hjemmet, forekommer det dog påfaldende, at barnet ikke har ret til at blive hørt. Problemet ved uenighed mellem forældre og større børn løses formentlig i praksis ved dialog og i yderste konsekvens ved civil uldighed fra barnets side.

7. Er barnets bedste eneste hensyn inden for familieretten?

Tese 7: Også ved familieretlige afgørelser kan hensyn til andre end barnet indgå

Ved afgørelser inden for familieretten antages det, at afgørelsen udelukkende skal træffes ud fra, hvad der er bedst for barnet. Hvad der er bedst for eller mest retfærdigt imellem forældrene, indgår ikke i vurderingen, og tidligere tiders hensyntagen til, hvem af forældrene der er den ”skyldige part” er med rette for længst forladt.

Barnets bedste som eneste hensyn udfordres af og til i sager om børnebortførelser, samværssabotage eller en forældres ønske om at flytte langt væk, hvor den løsning, der er bedst for barnet, kan forekomme stærkt urimelig for en af forældrene. Vi har i Østre Landsret for nylig haft et par sager om tilbageholdelse af børn fra lande, der ikke har tiltrådt Haagerbørnebortførelseskonventionen, der har stillet problemstillingen på spidsen og måske kan antyde, at virkeligheden er mere nuanceret end det teoretiske udgangspunkt.

En af disse sager³⁰ omhandlede en dansk mand (F), der bosatte sig i Asien, giftede sig med en asiatisk kvinde (M) og fik en søn (S). Da S var to år, vendte faderen hjem til Danmark. Moderen ønskede ikke at flytte med og bad om skilsmisse, men efter nogle måneder rejste hun til Danmark på besøg med sønnen. Da hun kort efter ville rejse tilbage til Asien med S, tilbageholdt F ham. Da M's hjemland ikke har tilsluttet sig Haagerbørnebortførelseskonventionen, måtte spørgsmålet om S's bopæl afgøres, før M kunne få ham udleveret, og på grund af navnlig tvivl om international kompetence gik der næsten 2 år fra S's indrejse i Danmark til den endelige dom i landsretten. På det tidspunkt var nu 4-årige S faldet til hos F og i sin danske bopæls. M havde i mellemtiden skaffet sig bolig og (rengørings)arbejde i Danmark, og en deleordning med hensyn til samvær fungerede. Landsretten var stillet over for valget mellem at tillægge F bopælen, at tillægge M bopælen i Danmark, og at tillægge M bopælen og tillade hende at vende tilbage til Asien med ham. F gjorde – formentlig med rette – gældende, at han ikke ville få lov at se S, hvis M tog tilbage til Asien. Landsretten bestemte, at S skulle have bopæl hos M, og at hun kunne flytte tilbage til Asien med ham. Præmisserne er interessante. Landsretten

29 Se herom Marianne Holdgaard og Line Bune Juhl, *Retspolitiske betragtninger om fælles forældremyndighed og skolevalg*. Tidsskrift for Familie- og Arveret 2012 - side 3.

30 Østre Landsrets dom i sagen er trykt i Tidsskrift for Familie- og Arveret 2013, side 352/3.

udtaler først, at det må anses for bedst for S, at han får bopæl hos M, der tidligere var hans primære omsorgsperson, og som han må anses for tæt knyttet til. Derefter anføres det: "Uanset de konsekvenser en flytning [til Asien] forventligt vil have for S's kontakt med F, finder landsretten, at S kan have bopæl hos M, også selv om hun – som hun ønsker – rejser tilbage til [Asien], hvor han er født og har boet de første år af sit liv." Landsretten skriver ikke, at det vil være bedst for S at vende tilbage til Asien. Dette kunne tyde på, at landsretten har lagt vægt på hensynet til M, der aldrig havde ønsket at forlade sit hjemland, og som i Asien ville have bedre muligheder for at få et efter hendes udsagn "ordentligt arbejde". At S "kan" have bopæl hos hende i Asien, kunne således læses sådan, at de ulemper en flytning vil medføre for S, opvejes af tungtvejende hensyn til M.

8. Konklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at barnets bedste er et hensyn, der kan og skal inddrages på mange forskellige retsområder også udenfor familie- og socialretten, men at hensynet til andre såvel private og offentlige interesser kan og i en del tilfælde også vil veje tungere en hensynet til barnet. Afvejningen må i alle tilfælde afgøres konkret.