EUROPAKONVENTIONENS TILLÄGGSPROTOKOLL 16 OCH DE HÖGSTA DOMSTOLARNA

Claes Granmar*

Artikeln har genomgått oberoende vetenskaplig granskning (peer review).

Sedan den 1 april 2025 kan svenska domstolar ges behörighet att inhämta rådgivande yttranden från Europadomstolen i principiella frågor som rör tolkningen eller tillämpningen av den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) eller dess protokoll. Möjligheten till domstolssamverkan har inrättats genom tilläggsprotokoll 16 som föreskriver att de högsta domstolarna i en konventionsstat kan ges behörighet att inhämta yttranden. I huvudsak är valet av svenska domstolar som i nuläget kan inhämta yttranden okontroversiellt. I förarbetena förespråkas dock att det ska stå lagstiftaren tämligen fritt att, utifrån behov, ge domstolar som ofta avgör en typ av ärenden slutgiltigt möjlighet att inhämta yttranden. Även en domstol som kan tillåta att prövningstillstånd begärs i högre instans genom tillämpning av en ventil kan enligt förarbetena ges en sådan behörighet. Eftersom den högsta domstolsinstansen i samma ärendetyp har att samverka med EU-domstolen och inhämta förhandsavgöranden, kan hållningen bli problematisk. I den här artikeln diskuteras vikten av en tydlig funktionsfördelning inom det svenska domstolsväsendet och det visas att domstolarnas samverkan med EU-domstolen och Europadomstolen behöver samordnas för att säkerställa rätten till en rättvis rättegång.

1. INLEDNING

Alltsedan den 3 september 1953 har den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) som antogs av Europarådet den 4 november 1950, varit en hörnsten i utvecklingen

* Claes Granmar är docent och universitetslektor i Europarätt vid Stockholms universitet, DIHR, och ansvarig för Nordiskt forum för en levande Europakonvention.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

av den värdegrundsbaserade europeiska samhällsmodellen.[1] I enlighet med den folkrättsliga maximen *pacta sunt servanda* har de för närvarande 46 höga fördragsslutande parterna (konventionsstaterna) förbundit sig att säkerställa de fri- och rättigheter som följer av EKMR med tillhörande ändrings- och tilläggsprotokoll (konventionsbestämmelserna). Fri- och rättigheterna har alltså sin grund i folkrättsligt bindande överenskommelser. Samtidigt tillkommer fri- och rättighetsskyddet enskilda rättssubjekt som omfattas av konventionsstatens jurisdiktion. Enligt subsidiaritetsprincipen som kommer till uttryck i artikel 1 i EKMR, ska därför fri- och rättigheterna i första hand, och helst uteslutande, garanteras i konventionsstatens inhemska rättsordning.[2]

Tidigt inrättades dock en överstatlig kontrollmekanism för att säkerställa konventionsstaternas efterlevnad av konventionsåtagandena. Ursprungligen kunde enskilda vända sig till den Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna som i mångt och mycket utgjorde ett nav i EKMR-systemet. Kommissionen kunde i sin tur väcka talan mot den berörda konventionsstaten i Europadomstolen. Domstolen som inrättades 1959 var ett forum där domare utsedda av konventionsstaterna avgjorde enskilda ärenden snarare än en permanent inrättning.[3] På grund av ett tilltagande inflöde av ärenden under 1990-talet behövde dock arbetet effektiviseras.[4] I enlighet med ändringsprotokoll 11 som trädde i kraft den 1 november 1998 avskaffades därför kommissionen och det blev möjligt för enskilda att väcka talan mot en konventionsstat direkt i den omorganiserade Europadomstolen som fick sitt permanenta hemvist i Strasbourg.[5] Då det inte längre fanns tillgång till kommissionens samlade expertis skapades även en möjlighet för Europarådets ministerkommitté att inhämta rådgivande yttranden från Europadomstolen.[6] Möjligheten att begära yttranden enligt artikel 47 i EKMR har dock sällan nyttjats och de två svar som ministerkommittén hittills har erhållit har rört domartillsättningar.[7]

1 Sverige skrev på EKMR ett par veckor efter att konventionen hade upprättats i Rom den 4 november 1950 och ratificerade konventionen den 4 februari 1952 (SÖ 1952:35).

2 För en officiell översättning till svenska se https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_swe, senast besökt den 6 september 2025.

3 För vidare läsning, se Jonathan Sharpe (ed.), The Conscience of Europe – 50 years of the European Court of Human Rights, Third Millenium Publishing Ltd, 2011.

4 Se prop. 2004/05:167 och Sveriges ratificering av tilläggsprotokoll nr 14 (SÖ 2010:36).

5 Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, European Treaty Series (ETS), No. 155, Strasbourg, 11.V.1994. Se prop. 1994/95:115 och Sveriges ratificering av protokollet den 21 april 1995 (SÖ1995:4). Protokollet trädde i kraft den 1 november 1998. Europarådets kommissionär är ej att förväxla med den tidigare kommissionen.

6 Se vidare Europarådets förklarande rapport till protokoll nr 11, supra, not 5.

7 Se https://www.echr.coe.int/advisory-opinions, senast besökt den 6 september 2025. Yttrande (No. 1) (12/02/2008) och (No. 2) (22/01/2010). Se även beslut (02/06/2004) angående Europadomstolens kompetens att ge svar på rättsfrågor. Även Europarådets kommitté för bioteknik kan begära rådgivande yttranden.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

Även om protokoll 11-reformen resulterade i reducerade kostnader för ärendehanteringen, fortsatte balansen mellan mängden inkommande och avgjorda ärenden i Europadomstolen att öka. I maj 2005 antog därför Europarådet en handlingsplan för att ytterligare effektivisera EKMR-systemet. I den rapport som en grupp ”visa personer” presenterade på uppdrag av Europarådet den 15 november 2006, förespråkades en möjlighet för konventionsstaternas högsta domstolar att begära rådgivande yttranden från Europadomstolen för att säkerställa en konventionskonform rättsutveckling och därmed även minska inflödet av konventionsbrottsärenden.[8] Till följd av de förhandlingar som inleddes i schweiziska Interlaken 2010, kunde ändringsprotokoll 15 antas den 16 maj 2013 och tilläggsprotokoll 16 den 10 juli 2013.[9] Den 1 augusti 2018 trädde tilläggsprotokoll 16 i kraft efter att ha ratificerats av tio konventionsstater.[10] I protokollets svenska språkdräkt föreskrivs i artikel 1 att:

> De högsta domstolarna i en hög fördragsslutande part, utsedda i enlighet med artikel 10, får begära att domstolen avger rådgivande yttranden om principiella frågor som rör tolkningen eller tillämpningen av de rättigheter och friheter som definieras i konventionen eller dess protokoll.

Behöriga domstolar utses på det sätt som beskrivs i tilläggsprotokollets artikel 10:

> Varje hög fördragsslutande part till konventionen ska, vid tidpunkten för undertecknandet eller vid deponeringen av sitt ratifikations-, godtagande- eller godkännandeinstrument, tillkännage, genom en förklaring ställd till Europarådets generalsekreterare, vilka domstolar den utser med anledning av artikel 1, första stycket, i detta protokoll. Denna förklaring kan ändras när som helst genom samma förfarande.

Sverige förhöll sig inledningsvis avvaktande till att ratificera tilläggsprotokoll 16 eftersom det ansågs kontraproduktivt att spä på Europadomstolens arbetsbörda med en möjlighet att begära rådgivande yttranden. Den hållningen har dock visat sig vara opåkallad eftersom Europadomstolen sedan 2018 till dags dato har meddelat färre än tio protokollsbaserade yttranden.[11] Då rådgivande yttranden innehåller principiellt viktiga tolkningsdata ligger det icke förty i sakens natur att de ska beaktas även i en konventionsstat som inte har ratificerat

[8] Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers CM(2006)203, p. 66–86 och 135.

[9] Se https://rm.coe.int/processus-interlaken-eng/1680a059c7, senast besökt den 6 september 2025. Se Protocol No. 15, Council of Europe Treaty Series (CETS) No. 213, Strasbourg, 24.VI.2013; och Protocol No. 16, CETS No. 214, Strasbourg, 2.X.2013. Se även den förklarande rapporten till protokoll 16, CETS No. 214, Strasbourg, 2.X.2013, tillgänglig på https://rm.coe.int/16800d383e, senast besökt den 6 september 2025. Enligt punkt 17 i rapporten är begäran om rådgivande yttrande en prioriterad ärendetyp.

[10] Se prop. 2023/24:161 s. 14.

[11] Se https://www.echr.coe.int/advisory-opinions, senast besökt den 6 september 2025. Se också prop. 2023/24:161 s. 21.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

tilläggsprotokollet.[12] Dessutom inskärptes genom ändringarna i ingressen till EKMR till följd av att protokoll 15 trädde i kraft den 1 augusti 2021, vikten av att konventionsstaten tar det primära ansvaret för att garantera demokratin, rättsstatsprincipen och fri- och rättighetsskyddet.

För att ge de högsta domstolarna i det svenska domstolsväsendet möjlighet att bidra till att klargöra innebörden av konventionsbestämmelserna, antog Sveriges riksdag den 6 november 2024 regeringens förslag i propositionen 2023/24:161 till åtgärder för att genomföra tilläggsprotokoll 16.[13] Följaktligen inkorporerades tilläggsprotokoll 16 genom lag (2024:1077) om ändring i lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR-lagen), samt genom lag (2024:1076) om rådgivande yttrande från den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna. I enlighet med regeringens förordnanden trädde lagarna sedan i kraft den 1 april 2025.[14]

I propositionen 2023/24:161 förespråkas en extensiv möjlighet för lagstiftaren att baserat på en behovsanalys besluta vilka domstolar som ska kunna inhämta rådgivande yttranden från Europadomstolen. Även om lagstiftaren har varit försiktig med att tilldela behörigheter enligt lag (2024:1076) om rådgivande yttrande, skapar således förarbetena utrymme för att utvidga kretsen av behöriga domstolar. Möjligheten att ge domstolar mot vars avgöranden det finns rättsmedel i en ärendetyp behörighet att inhämta yttranden sker dock på bekostnad av en tydlig funktionsfördelning. Särskilt i ljuset av den domstolssamverkan som har etablerats inom den Europeiska unionen (EU) framträder problemen med en skönsmässig tilldelning av behörigheter.[15] I den här artikeln diskuteras om en möjlighet för den nationella lagstiftaren att tämligen fritt tilldela domstolar behörighet att inhämta rådgivande yttranden är förenlig med europarättens systematik, samstämmighet och rätten till en rättvis rättegång som följer av rättsstatsprincipen.

---

12 Se NJA 2019 s. 504, med hänvisning till Europadomstolens yttrande avseende surrogatmoderskap, Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, [GC], no. P16-2018-001. Se även hänvisningen till Högsta domstolens remissvar i prop. 2023/24:161 s. 19.

13 Se konstitutionsutskottets betänkande 2024/25:KU2; och Riksdagsskrivelse 2024/25:24.

14 Förordnande utfärdat den 13 februari 2025 (SFS 2025:93) avseende lag (2024:1077), samt förordnande utfärdat den 19 februari 2025 (SFS 2025:93) avseende lag (2024:1076). EKMR-lagen trädde i kraft den 1 november 1998 i samband med att tilläggsprotokoll 11 trädde i kraft, se vidare prop. 1997/98:107 och prop. 2004/05:167.

15 Se exempelvis mål C-561/19, Consorzio Italian Management, EU:C:2021:799, p. 27–31 och 35. Se angående funktionsfördelningen inom EU-domstolen, Arbetsordningar och Rättegångsregler – Rättegångsregler för domstolen (stadgan för den Europeiska Unionens domstol), den 29 september 2012, Europeiska unionens officiella tidning (EUT) L 265/1; samt Europaparlamentets och rådets förordning (EU, Euratom) 2024/2019 av den 11 april 2024 om ändring avseende protokoll nr 3 om stadgan för Europeiska unionens domstol, EUT L 2024/219.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

2. OM INNEBÖRDEN AV TERMEN ”DE HÖGSTA DOMSTOLARNA”

2.1 Toppen av ett rättspositivistiskt isberg

Enligt den första och enda paragrafen i lagen (2024:1076) om rådgivande yttrande, får för närvarande Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen, Arbetsdomstolen, Mark- och miljööverdomstolen, Migrationsöverdomstolen samt Svea hovrätt i hyresmål i ett pågående mål eller ärende begära ett rådgivande yttrande från Europadomstolen. Genom lagen antas förslaget till behöriga domstolar i propositionen, som huvudsakligen överensstämmer med förslaget i den välskrivna departementspromemorian Ds 2023:7.[16] I ett avseende skiljer sig dock lagstiftarens val av domstolar från förslaget i departementspromemorian. Medan Mark- och miljööverdomstolen genom lagen ges generell behörighet att inhämta rådgivande yttranden, borde behörigheten enligt promemorian ha inskränkts till typer av ärenden som inte inbegriper en möjlighet för domstolen att tillåta en ansökan om prövningstillstånd i högre instans då vägledning anses vara av vikt för rättstillämpningen.[17] I promemorian förutsätts nämligen att en prejudikatsdomstol som i undantagsfall kan besluta att släppa ärenden genom en ”ventil” inte samtidigt kan vara den ”högsta domstolen” i ärendetypen.[18] I propositionen antas i stället att ventilmöjligheten saknar betydelse för tilldelningen av behörighet att inhämta rådgivande yttranden eftersom de berörda prejudikatsdomstolarna sällan släpper ärenden genom ventilen och således oftast är ”sista instans”.[19] Med andra ord bottnar propositionen och promemorian i principiellt olika uppfattningar om vad som menas med ”de högsta domstolarna” i tilläggsprotokollets 1 §.

I propositionen hänvisas i stor utsträckning till remissvaren från Svea hovrätt och Justitiekanslern (JK).[20] Representanterna för *Svea hovrätt* anför inledningsvis att förslagen i promemorian har bedömts utifrån de intressen som domstolen har att bevaka, vilket förvisso framstår som en naturlig utgångspunkt.[21] I det perspektivet är en begränsning av möjligheten att inhämta yttranden med hänvisning till ventilen varken ”ändamålsenlig eller nödvändig”.[22] Resonemanget rör även Patent- och marknadsöverdomstolen som kan släppa ärenden vidare genom en ventil med undantag för de förvisso sällsynta målen som rör före-

[16] För tillgång till Ds 2023:7 och remissvaren, se https://www.regeringen.se/remisser/2023/03/remiss-av-ds-20237-tillaggsprotokoll-16-till-europakonventionen/, senast besökt den 6 september 2025.
[17] Se 5 kap. 5 § lag (2010:921) om mark- och miljödomstolar.
[18] Ds 2023:7 s. 52–53.
[19] Prop. 2023/24:161 s. 30–31.
[20] Ibid.
[21] Svea hovrätt, dnr HSV 2023/533 (Svea hovrätts remissvar), s. 1.
[22] Svea hovrätts remissvar, supra not 21, s. 2.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

tagsfusioner.[23] I remissvaret framhålls att både Mark- och miljööverdomstolen och Patent- och marknadsöverdomstolen utgör avdelningar inom hovrätten. Därmed nedtonas omständigheten att specialdomstolarna tillämpar särskilda processuella regler såsom ventilmöjligheten. Vidare föreslås att hovrätten ska ges behörighet att inhämta yttranden i alla hyresmål och i mål där domstolen är forum för internationella skiljeförfaranden.[24] Till stöd för en skönsmässig tolkning och tillämpning av tilläggsprotokoll 16 anförs även Europarådets förklarande rapport från 2013.[25] I rapportens punkt 8 sägs nämligen att:

> Use of the term 'highest', as opposed to 'the highest' permits the potential inclusion of those courts or tribunals that, although inferior to the constitutional or supreme court, are nevertheless of especial relevance on account of being the 'highest' for a particular category of cases.

Medan en domstol mot vars avgöranden det inte finns rättsmedel i en viss kategori av mål alltså kan ges behörighet att inhämta rådgivande yttranden, saknas dock stöd i rapporten för uppfattningen att en domstol mot vars avgöranden det finns rättsmedel skulle kunna ges en sådan behörighet. För att kringgå den språkliga begränsningen i tilläggsprotokoll 16, föreslås till sist i Svea hovrätts remissvar att orden ”i egenskap av sista instans” stryks helt ur den svenska lagtexten.

I propositionen 2023/24:161 fäster regeringen än mer vikt vid den kritik som *JK* riktar mot departementspromemorian. Till skillnad från Svea hovrätt uppmärksammar förvisso JK det faktum att Mark- och miljööverdomstolens domar kan bli föremål för överprövning av Högsta domstolen i tvister som härrör från mark- och miljödomstolar, men sällan då målet tar sin utgångspunkt i ett myndighetsbeslut.[26] Likt Svea hovrätt menar dock JK att det varken är ”särskilt övertygande eller önskvärt” att fästa vikt vid ventilmöjligheten ”med beaktande av syftet med en svensk ratificering.”[27] JK anför vidare att om en domstols ställning som högsta domstol skulle bero på ett beslut avseende tillämpningen av en ventil i det enskilda ärendet, skulle parterna i målet sväva i ovisshet om vilken domstol som är sista instans tills beslutet avseende ventilens tillämpning har fattats. Resonemanget är dock bakvänt eftersom det är just möjligheten att i samband med att dom meddelas i ett ärende förklara att prövningstillstånd kan sökas i högre instans, som talar emot att prejudikatsdomstolen är den högsta domstolen i ärendetypen. Om ventilmöjligheten *de jure* hindrar att en domstol anges i förteckningen över behöriga domstolar i lagen (2024:1076) om råd-

[23] Svea hovrätts remissvar, supra not 21, s. 1 och 3. Se även 1 kap. 3 §. lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar.
[24] Svea hovrätts remissvar, supra not 21, s. 1 och 3.
[25] Svea hovrätts remissvar, supra not 21, s. 2; och den förklarande rapporten till protokoll 16, supra not 9.
[26] Justitiekanslern, dnr 2023/4281 (JK:s remissvar), s. 2.
[27] Ibid.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

givande yttrande, kan ju inte domstolen *de facto* inhämta ett yttrande i egenskap av högsta domstol. I remissvaret förväxlas alltså den organisatoriska frågan om det finns rättsmedel mot en domstols avgöranden med den empiriska frågan om domstolen ofta är ”sista instans” i ärendetypen.

JK framhåller vidare att det vore ”mindre systematiskt lämpligt” att beakta förekomsten av en ventil vid valet av domstolar som ska kunna begära yttranden ”i ljuset av att ventilmöjligheten saknar betydelse för domstolens ställning som sista instans vad gäller skyldigheten att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen.” I stället för att ange stöd för denna uppfattning i exempelvis rättspraxis, anför JK att det mot bakgrund av behovet av rådgivande yttranden finns anledning att överväga ”om inte fler, eller möjligen samtliga, domstolar som dömer i sista instans bör beredas möjlighet att begära ett rådgivande yttrande av Europadomstolen.”[28]

I propositionen 2023/24:161 bekräftas JK:s uppfattning att en ventil ”saknar betydelse för domstolens ställning som sista instans när det gäller skyldigheten att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen.”[29] Medan JK förespråkar en restriktiv hållning avseende innebörden av ”domstolar som dömer i sista instans”, konstateras i propositionen att det ”i det svenska domstolsväsendet finns ett relativt stort antal domstolar som är sista instans i en eller flera mål- och ärendetyper”, och om samtliga domstolar som har den ställningen skulle få rätt att begära rådgivande yttranden ”skulle det exempelvis innebära att inte bara samtliga specialdomstolar utan också alla hovrätter skulle behöva läggas till den svenska förklaringen.”[30]

Regeringen delar dock uppfattningen som framförs i departementspromemorian, att Patent- och marknadsöverdomstolen inte ska ges behörighet att begära rådgivande yttranden från Europadomstolen. Medan slutsatsen i departementspromemorian följer av ett konsekvent resonemang avseende ventilens betydelse för en domstols funktion i en processordning, menar däremot regeringen att det till skillnad från vad som har anförts avseende Mark- och miljööverdomstolen saknas behov av att ge Patent- och marknadsöverdomstolen en sådan behörighet.[31] Enligt propositionen rör nämligen de typer av ärenden som avgörs av Patent- och marknadsöverdomstolen till skillnad från ärenden i Mark- och miljööverdomstolen sällan fri- och rättighetsfrågor. Antagandet kan ifrågasättas eftersom marknadsrätten och skyddet av immateriell egendom rör frågor om exempelvis äganderätt, näringsfrihet, yttrandefrihet och rätten till en rättvis rättegång som behandlas inom EKMR-systemet.[32] Däremot tillämpar domsto-

[28] JK:s remissvar, supra not 26, s. 3.
[29] Prop. 2023/24:161 s. 31.
[30] Prop. 2023/24:161 s. 29.
[31] Ds 2023:7 s. 55; och prop. 2023/24:161 s. 30–32.
[32] Såväl immateriell egendom som näringsfriheten är aspekter av edendomsskyddet enligt artikel 1 i tilläggsprotokoll 1, Protocol No. 1, ETS, No. 009, Paris 20.III.1952. Se angående immaterialrätt exempelvis Anheuser-Busch Inc. mot Portugal, nr 73049/01, 11 januari 2007;

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

len ofta EU-förordningar som nationell lag, och nationell lag i enlighet med EU-direktiv, utan att gå in på fri- och rättigheter som preciseras i lagstiftningsakterna. Eftersom Europadomstolen och EU-domstolen, som för närvarande består av (unions)domstolen och tribunalen, kan ge olika svar på samma frågor, väljer regeringen att inte tilldela Patent- och marknadsöverdomstolen behörighet att inhämta yttranden. Enligt propositionen finns det dock inget som hindrar att Patent- och marknadsöverdomstolen ges en sådan behörighet vid behov.

Vidare saknas enligt propositionen skäl ”att, som föreslås i promemorian, inskränka Mark- och miljööverdomstolens rätt att begära rådgivande yttrande till de fall då domstolen fungerar i egenskap av sista instans.”[33] Slutsatsen är dock svårförenlig med resonemanget i meningen innan där det anförs att domstolen har ställning som ”högsta domstol” även om det finns en ventilmöjlighet. Det verkar alltså ske en glidning i betydelsen av ”sista instans” från att avse en domstol som avgör ett enskilt ärende slutgiltigt till att avse de organisatoriskt sett högsta domstolarna.[34] I takt med en tilltagande begreppsförvirring blir beslutet att ge domstolar behörighet att begära rådgivande yttranden alltmer arbiträrt. Den lilla skillnaden mellan förslaget i departementspromemorian avseende behöriga domstolar och de domstolar som nu har givits behörighet att inhämta yttranden enligt lag (2024:1076) om rådgivande yttrande, framstår därför som toppen av ett rättspositivistiskt isberg som europeiseringens vågor bryts emot.

2.2 Semantik, sammanhang och tilläggsprotokollets syfte

I lag (2024:1076) om rådgivande yttrande, sägs ingenting om att de domstolar som nu har givits behörighet att inhämta rådgivande yttranden skulle återfinnas bland ”de högsta domstolarna”. I och med att tilläggsprotokoll 16 inkorporeras i svensk rätt genom ändringar i EKMR-lagen och sedan operationaliseras genom lag (2024:1076) om rådgivande yttrande blir övervägandena i förarbetena till de svenska lagarna av betydelse för förståelsen av konventionsåtagandet. Samtidigt föreskrivs i 1 § EKMR-lagen att konventionen som sådan ska tillämpas med de tillägg som gjorts genom tilläggsprotokoll 16.

I svensk rätt har subsidiaritetsprincipen ofta förståtts så att det krävs transformering eller inkorporering genom lag eller annan författning för att ge konventionsbestämmelser inhemsk effekt.[35] Medan transformering av ett folkrättsligt

och Smith Klein och French Labaratories Ltd. mot Nederländerna, nr 12633/87, 4 oktober 1990. Se angående marknadsrätt och friheten att nyttja privat egendom exempelvis Kurban mot Turkiet, nr 75414/10, 19 april 2021. Processuella rättigheter utgör ofta en aspekt av materiella rättigheter, se Europarådets riktlinjer https://rm.coe.int/1680304c4e, senast besökt den 6 september 2025.

33 Prop. 2023/24:161 s. 31.

34 Ibid.

35 Jfr prop. 1964:140 s. 102; prop. 1973:90; SOU 1974:100 s. 44; SOU 1975:75; prop. 1975/76:209; SOU 1978:34; prop. 1978/79:195; SOU 1993:40; prop. 1993/94:117; SOU

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

åtagande till nationell rätt abstraherar åtagandet från traktaträtten, torde en internationell överenskommelse som har inkorporerats genom nationell lag eller annan författning alltjämt behöva förstås i sitt folkrättsliga sammanhang. Exempelvis kan bestämmelserna i 2 kap. regeringsformen som transformerar konventionsbestämmelser till svensk grundlag tillämpas utan direkt stöd i Europadomstolens praxis. Däremot torde ändringen i 1 § EKMR-lagen genom lag (2024:1077) innebära att konventionen som sådan ska tillämpas med de tillägg som har gjorts genom tilläggsprotokoll 16. Med andra ord ska det inkorporerade tilläggsprotokollet förstås i enlighet med traktaträttens tolkningsprinciper.[36] I förarbetena beaktas dock inte de allmänt vedertagna principerna för tolkning och tillämpning av en konvention som följer av Wienkonventionen om traktaträtten.[37]

I enlighet med artikel 31 i Wienkonventionen ska en internationell överenskommelse såsom tilläggsprotokoll 16, ”tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens termer sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte.” Det vore alltså i strid med artikel 31 i Wienkonventionen att inte utgå från protokollets ordalydelse. Enligt 1 §, första stycket, i tilläggsprotokollet kan som sagt ”de högsta domstolarna” i en konventionsstat tilldelas behörighet att inhämta rådgivande yttranden från Europadomstolen. I ljuset av folkrättens metodlära är det tveksamt om domstolar mot vars avgöranden det finns rättsmedel kan ges behörighet att inhämta rådgivande yttranden. En domstol mot vars avgöranden det finns rättsmedel är nämligen inte en ”högsta domstol” i termens gängse mening.

I språkligt hänseende innebär adjektivet ”högst” att det inte finns något som är ”högre”. Termen ”den högsta domstolen” i singularform innebär alltså att det inte finns någon annan domstol inom samma domstolsorganisation som har en lika hög eller högre hierarkisk ställning. Även om flera domstolar kan vara ”sista instans” i enskilda ärenden av en viss typ, är endast en domstol mot vars

1994:117; SOU 2007:85; och SOU 2008:125 Del I och II. Se även exempelvis Fredrik Sterzel, Författning i utveckling – Tjugo studier kring Sveriges författning, Stiftelsen Rättsfonden nr 41, Iustus förlag, 2009.

36 En rättskälla kan sägas vara dogmatisk per definition i så måtto att den härrör från eller upprätthålls av institutioner med normgivningsmakt. Eftersom en traktat är resultatet av överenskommelser bleknar dock bilden av ett subjekt som kan anses vara normens avsändare. Traktaträttens rättskällelära innebär att en annan metod än den nationella rättsdogmatiken är påkallad. Se angående traktatkonform tolkning exempelvis, Maria Grahn-Farley, SvJT 2018 s. 450. Jfr med idén om transnationell rätt, Philip C. Jessup, Transnational law, Yale University Press, 1956. Se för en god överblick över innebörden av internationell rätt Malcolm N. Shaw, International law, 7 uppl. CUP 2014. Se även Karin Åhman, Grundläggande rättigheter och juridisk metod, Norstedts Juridik, 2022.

37 Wienkonventionen om traktaträtten mellan stater och internationella organisationer eller internationella organisationer sinsemellan, Wien den 21 mars 1986 (SÖ 1988:36). Även unionsrätten avseende medlemsstaternas inbördes förhållanden ska tolkas i linje med Wienkonventionen, se mål C-621/18, Wightman med flera mot Secretary of State, EU:C:2018:999, p. 3 och 70–72.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

avgöranden det inte finns rättsmedel den ”högsta domstolen” i ärendetypen. Exempelvis avgörs de flesta målen i svensk rätt slutgiltigt i första instans, men det gör näppeligen förstainstansdomstolen till den organisatoriskt sett ”högsta domstolen” i ärendetypen.[38] Inte ens när överklagandefristen har löpt ut blir förstainstansdomstolen ”den högsta domstolen” i ärendetypen eftersom det ur ett organisatoriskt perspektiv finns ”högre domstolar”. På motsvarande sätt bör en förväxling av termerna ”prejudikatsdomstolar” och ”de högsta domstolarna” undvikas för att orden på ett korrekt sätt ska återge en domstols funktion. I svensk rätt går det exempelvis att begära prövningstillstånd hos Högsta domstolen för att överpröva domar och beslut meddelade av hovrätter som annars är vägledande för rättstillämpningen. Medan Arbetsdomstolen är enda och högsta domstolsinstans i många arbetsrättsliga ärenden, är Mark- och miljööverdomstolen en prejudikatsdomstol som är högsta domstolsinstans endast i typer av ärenden som inte kan nå en högre instans genom en ventil.[39]

Eftersom det endast kan finnas en ”högsta domstol” i en ärendetyp måste pluralformen ”de högsta domstolarna” som används i 1 § i tilläggsprotokoll 16, som nämnts avse domstolar mot vars avgöranden det inte finns några rättsmedel i olika typer av ärenden inom den nationella processordningen. För att förklara varför det endast kan finnas en högsta domstol i varje ärendetyp kan analysen med fördel utvidgas till att omfatta protokollets sammanhang och syfte. Medan det följer av sammanhanget att Europadomstolen söker undvika att överpröva funktionsfördelningen inom det nationella domstolsväsendet, syftar de nationella domstolarnas samverkan med Europadomstolen till att främja en korrekt tillämpning av konventionsbestämmelserna.[40] Om möjligheten för hovrätter, kammarrätter och olika specialdomstolar att inhämta rådgivande yttranden bidrar till processuella oklarheter som kan vara i strid med mänskliga fri- och rättigheter, motverkar funktionsfördelningen protokollets syfte.

I exempelvis miljömål blir det svårt att förklara vilken funktion Högsta domstolen har när domstolen prövar en begäran om prövningstillstånd eller slutgiltigt avgör ett ärende som Mark- och miljööverdomstolen i egenskap av högsta domstolsinstans har släppt igenom ventilen. Motsägelsen att beslutet av en ”högsta domstol” då överprövas av en ”högre domstol” speglar den organisatoriska anomalin att två domstolar kan samverka med Europadomstolen i ärendetypen. Mark- och miljööverdomstolens befogenhet att begära rådgivande yttranden kan i sin tur kringskära Högsta domstolens möjlighet att lägga fast

[38] Se Domstolsverkets statistik https://www.domstol.se/om-sveriges-domstolar/statistik-styrning-och-utveckling/statistik/, senast besökt 6 september 2025.

[39] Se ang. Arbetsdomstolens processordning, lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister. Även om intresseledamöter påverkar utgången av ärenden inför Arbetsdomstolen uppfyller domstolen kraven på en opartisk bedömning, se AB Kurt Kellerman mot Sverige nr 41579/98, 26 oktober 2004.

[40] Se ingressen till tilläggsprotokoll 16 ang. traktatens syfte. Termen ”samverkan” speglar relationen mellan domstolarna bättre än termen ”samarbete”.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

linjerna i den svenska rättsutvecklingen. Om Mark- och miljööverdomstolen skulle begära ett yttrande begränsas å ena sidan Högsta domstolens möjlighet att avgöra om ett yttrande överhuvudtaget ska inhämtas. Å andra sidan begränsas domstolens möjlighet att formulera frågor som anses vara påkallade. Om Högsta domstolen i stället för att ställa kompletterande frågor skulle underlåta att beakta Europadomstolens svar på underinstansens frågor ökar om inte annat risken för en konventionsbrottstalan. Inom EKMR-systemet kan de processuella oklarheterna vara oförenliga med rätten till en rättvis rättegång, som oftast är en aspekt av materiella fri- och rättigheter, men som även kan vara en självständig grund för konventionsbrottstalan i enlighet med artikel 6 i EKMR. Problemet med en otydlig funktionsfördelning mellan nationella domstolar inom EKMR-systemet accentueras om inte termen ”de högsta domstolarna” stämmer överens med klassificeringen av de nationella domstolarna som samverkar med EU-domstolen.

2.3 Europarättens systematik och processuell autonomi

27 av de för närvarande 46 konventionsstaterna har fördjupat det värdegrundsbaserade samarbetet inom ett statsförbund med en gemensam rättsordning som definieras i Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).[41] Värdegrunden preciseras i artikel 2 i FEU där det stadgas att unionen ska bygga på ”respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna […].” Vidare konkretiseras den gemensamma värdegrunden i bland annat EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan), som 2009 till följd av Lissabonrevisionen kom att få samma rättsliga värde som fördragen enligt artikel 6(1) i FEU.[42] Till skillnad från konventionsbestämmelserna som ytterst kan ligga till grund för en fördragsbrottstalan i Europadomstolen, ska de grundläggande fri- och rättigheterna som följer av unionens primärrätt preciseras i förordningar, direktiv och andra rättsakter som utgör unionens sekundärrätt i enlighet med artikel 288 i FEUF. Eftersom bestämmelserna i EU-stadgan enligt stadgans artikel 51 endast är tillämpliga när ”unionsrätten” tillämpas, ska proportionalitetsavvägningarna enligt stadgans artikel 52 avseende motstridiga friheter, rättigheter och vidare samhällsintressen, som utgångspunkt preciseras genom sekundärrätt, i paritet med ansatsen i svensk rätt att säkerställa fri- och rättighetsskyddet genom lagstiftning.[43]

---

41 Fördraget om Europeiska unionen, 26 oktober 2012, EUT C 326/13; och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, 26 oktober 2012, EUT C 326/47.

42 Europeisk unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, 26 oktober 2012, EUT, C 326/391. Se i svensk rätt även SOU 2007:85.

43 Se ang. begreppet ”tillämpar unionsrätten”, mål C-544/23, T.T. med flera, EU:C:2025:614. Tillräckligt klara och precisa bestämmelser kan dock få direkt effekt inom ramen för ett direk-

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

Enligt artikel 19(1), första stycket, i FEU, ska unionsdomstolen inom ramen för unionens tilldelade befogenheter ”säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen”, och därmed även tolkningen och tillämpningen av alla normativa åtgärder som vidtas i enlighet med fördragen.[44] Som följer av artikel 5(2) i FEU, innebär det att EU-institutionernas åtgärder måste vara förenliga med de målsättningar som återfinns främst i artikel 3 FEU, såsom att säkerställa unionens värdegrund. Vidare ska unionens rättskällor enligt samarbetsprincipen som kommer till uttryck i främst artikel 4(3) i FEU, tolkas och tillämpas lojalt av nationella lagstiftare, myndigheter och domstolar. Att tillämpa nationell rätt som omfattas av unionsrätten utan att de grundläggande rättigheterna beaktas, är enligt EU-domstolen ”följaktligen inte möjligt.”[45] För att främja en samstämmig rättsutveckling i medlemsstaterna, har ett system för samverkan mellan nationella domstolar och unionsdomstolen inrättats genom primärrättsliga regler som i den nuvarande grundstrukturen återfinns främst i artikel 267 i FEUF.[46] Som framgår av artikel 267, första och andra stycket, i FEUF, får varje nationell domstol som anser att det är nödvändigt att inhämta ett klargörande avseende primärrätten eller avseende giltigheten och tolkningen av sekundärrätt för att avgöra ett mål, begära ett förhandsavgörande.[47] Vidare följer det av artikel 267, tredje stycket, i FEUF, att en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, har en skyldighet att samverka med unionsdomstolen för att klargöra rättsläget inom ramen för unionsrätten.[48]

---

tiv, se exempelvis mål C-414 /16, Egenberger mot EWDE, EU:C:2018:257, p. 76–82. Se även möjlighet att väcka talan om statsskadestånd i nationell domstol baserat på unionsrättens källor, ursprungligen de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich och Bonefachi mot Italien, EU:C:1991:428.

44 EU-domstolens tolkningsföreträde har ofta förklarats av kravet på samstämmighet. Se exempelvis mål C-561/19, Consorzio Italian Management, supra not 15, p. 27–31; mål C-144/23, KUBERA, EU:C:2024:881, p. 33; mål C-430/21, RS, EU:C:2022:99, p. 73; och yttrande 2/13 EU:C:2014:2454, p. 176.

45 Mål C-617/10, Åkerberg Fransson mot Åklagaren, EU:C:2013:280, p. 21.

46 Sedan oktober 2024 kan förhandsavgöranden inhämtas från tribunalen förutom från EU-domstolen, se EU förordning 2024/2019, supra not 15. Se även Rekommendationer till nationella domstolar om begäran om förhandsavgörande EUT C 2024/6008 s. 4.

47 Se ang. termen ”domstol” inom unionsrätten mål C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll, EU:C:2006:254, p. 12–13; och om skillnaden mellan förvaltningsbeslut och domstolsavgöranden, mål C-210/06 Cartesio, EU:C:2008:723, p. 56–63. Se ang. bedömningsmarginalen för en nationell domstol att avgöra om ett förhandsavgörande behöver inhämtas, exempelvis mål C-2/06, Kempter mot Hauptzollamt-Jonas, EU:C:2008:78, p. 41–42.

48 Här lämnas den omdebatterade skyldigheten för alla domstolar att begära ett förhandsavgörande avseende en rättsakts giltighet utan avseende, se mål C-314/85, Foto-Frost, EU:C:1987:425; och mål C-362/14, Schrems mot Data Protection Commissioner, EU:C:2015:650, p. 62.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

Vid en första anblick påminner Europadomstolens rådgivande yttranden om EU-domstolens förhandsavgöranden.[49] Både yttrandet och förhandsavgörandet ger svar på frågor om innebörden av överstatliga rättsnormer som uppkommer i ett pågående ärende i nationell domstol. Såväl yttrandet som förhandsavgörandet syftar alltså till att tillföra tolkningsdata av betydelse för rättsutvecklingen i de inhemska rättsordningarna utan att det nationella ärendet avgörs i sak. EU-domstolen respektive Europadomstolen ska således avvisa frågor som redan har besvarats, har ett uppenbart svar, eller är hypotetiska, och en begäran om klargörande måste motiveras av de relevanta rättsliga och faktiska omständigheterna i det nationella ärendet.[50] Vid närmare påseende framträder dock stora skillnader mellan yttrandet och förhandsavgörandet.

Den mest uppenbara skillnaden är att det står den högsta domstolen som har givits behörighet att begära rådgivande yttranden fritt att nyttja denna möjlighet medan en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel i nationell rätt har en skyldighet att inhämta ett förhandsavgörande.[51] Om domstolar som är skyldiga att samverka med EU-domstolen systematiskt underlåter att inhämta förhandsavgöranden kan den Europeiska kommissionen inleda ett fördragsbrottsärende mot medlemsstaten. I början av 00-talet inleddes ett sådant ärende mot Sverige på den grunden. Ärendet lades dock ned efter att noter hade utväxlats, och lag (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande infördes. I lagen uppställs ett krav på att domstolar mot vars avgöranden det inte finns rättsmedel anger skäl till att en begäran om att inhämta ett förhandsavgörande som framställs av part i målet inte hörsammas.[52]

Vidare kan ett förhandsavgörande till skillnad mot ett yttrande inhämtas i frågor som inte är av principiell betydelse. Så länge en nationell domstol anser att det är relevant att inhämta ett förhandsavgörande och inget av de ovan nämnda hindren föreligger, ska unionsdomstolen tillhandahålla tolkningsdata.[53] Samarbetsprincipen innebär även att en domstol som har begärt ett förtydligande måste vilandeförklara målet i avvaktan på förhandsavgörandet så att svaret från EU-domstolen kan beaktas i den nationella domen. Till skillnad från förhandsavgörandet saknar ett rådgivande yttrande från Europadomstolen enligt artikel 5 i tilläggsprotokoll 16 bindande verkan och domstolen som har begärt yttrandet kan därför avgöra målet innan yttrandet har meddelats. Vare

[49] Ett beslut att inhämta såväl ett förhandsavgörande som ett yttrande är ”ett beslut under rättegång”, se prop. 2023/24:161, s. 33 med hänvisning till prop. 1994/95:19 s. 528.

[50] Jfr artikel 1(2) och (3) i tilläggsprotokoll 16 med mål C-283/81, Cilfit, EU:C:1882:335 och senare praxis från EU-domstolen, såsom mål C-617/10, Åkerberg Fransson mot Åklagaren, supra not 45, p. 39–42; mål C-561/19, Consorzio Italian Management, supra not 15, p. 40; och mål C-144/23, KUBERA, supra not 44, p. 36.

[51] Se exempelvis Mål C-3/16, Aquino, EU:C:2017:209, p. 42–45.

[52] Prop. 2023/24:161 s. 33. Se även Ulf Bernitz, Förhandsavgöranden av EU-domstolen 1995–2020, Sieps 2021:2, s. 32 ff.

[53] Se exempelvis förenade målen C-222/05 och C-225/05, J van der Weerd and Others, EU:C:2007:318, p. 22–23; och mål C-210/06 Cartesio, supra not 47, p. 67.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

sig underlåtenhet att begära eller att beakta ett rådgivande yttrande utgör alltså domvilla eller ett rättegångsfel som kan föranleda resning enligt kap. 58 respektive 59 i rättegångsbalken (1942:740), eller resning enligt artikel 37 b § eller c § i förvaltningsprocesslag (1971:291).

Ytterst beror skillnaderna mellan det rådgivande yttrandet och förhandsavgörandet på graden av integration och innebörden av ”processuell autonomi” inom EKMR-systemet och unionsrätten.[54] Processuell autonomi kan diskuteras i termer av domares oberoende ställning gentemot såväl inhemska offentligrättsliga och privata rättssubjekt som mot överstatliga institutioner.[55] Processuell autonomi kan även diskuteras i termer av rätten att organisera domstolsväsendet.[56] I det senare avseendet skulle Europadomstolen från tid till annan kunna ha haft anledning att förtydliga vilka domstolar som kan anses vara de högsta domstolarna i en konventionsstat. Enligt artikel 35 i EKMR kan nämligen fördragsbrottstalan väckas endast när ”alla nationella rättsmedel har uttömts i enlighet med den internationella rättens allmänt erkända regler”. Det finns därför en rik flora av domar som rör *ratione personae*, *ratione loci*, och *ratione temporis*.[57] Däremot har Europadomstolen konstaterat att skillnaderna i ländernas rättsordningar talar emot en gemensam definition av begreppet ”högsta domstol”.[58] På grund av EKMR-systemets folkrättsliga förankring anses subsidiaritetsprincipen och respekten för väsentliga statliga funktioner tala emot en överprövning av funktionsfördelningen mellan nationella domstolar. Medan Europadomstolen har definierat begreppet ”domstol” skulle en enhetlig definition av begreppet ”högsta domstol” innebära en onödigt formalistisk *begriffsjurisprudenz*.[59]

Den processuella autonomin begränsas i högre grad inom unionsrätten än inom EKMR-systemet. Eftersom domstolarna i EU-medlemsstaterna ska tolka och tillämpa unionsrättens källor i enlighet med samarbetsprincipen, är de nationella domstolarna samtidigt primära unionsdomstolar.[60] Inom ramen

[54] Se ang. unionsrätt och processuell autonomi i svensk rätt, NJA 2013 s. 42, SAS Sverige AB; NJA 2013 s. 1162, Kiinteistö Oy Mäkisalmela, ST1; och NJA 2020 s. 147, Unionen; samt RÅ 2004 ref. 95, Wärmdö Krog.

[55] Se inom unionsrätten mål C-166/73, Rheinmühlen-Düsseldorf, EU:C:1974:3, p. 4–5; mål C-210/06 Cartesio, supra not 47, p. 93–96; mål C-430/21, RS, supra not 44, p. 41–43; och mål C-144/23, KUBERA, supra not 44, p. 37.

[56] Se inom unionsrätten mål C-430/21, RS, supra not 44, p. 38; samt mål C-144/23, KUBERA, supra not 44, p. 31.

[57] För en översikt se https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Admissibility_guide_ENG-Sverige, senast besökt 6 september 2025. Se exempelvis, Communauté Genevoise D’Action Syndicale mot Schweiz, nr 218881/20, 27 november 2023.

[58] Se exempelvis Gäfgen mot Tyskland, nr 22978/05, 1 juni 2010, p. 116; och FINE DOO med flera mot Makedonien, nr 37948/13, 17 maj 2022, p. 33.

[59] Se ang. termen ”domstol” inom EKMR-systemet exempelvis, Xero Flor mot Polen, nr 4907/18, 7 maj 2021.

[60] Se Koen Lenaerts, Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 52, 2003, 873, s. 902.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

för unionsrätten måste de nationella domstolarna beakta unionens värdegrund i artikel 2 i FEU, inbegripet rättsstatsprincipens krav på en rättssäker process som främst kommer till uttryck i artikel 19(1), andra stycket, i FEU, samt i artikel 47 i EU-stadgan.[61] Även om unionen inte har generell behörighet på det processrättsliga området sätter alltså allmänna rättsgrundsatser gränserna för möjligheten att utforma den nationella processrätten.[62] Allt annat lika, måste ”likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen” säkerställas ”för att en medlemsstat ska kunna göra gällande principen om processuell autonomi”.[63] Visserligen inbegriper såväl rätten till en rättvis rättegång inom EKMR-systemet som kravet på ett effektivt domstolsskydd i artikel 19(1), andra stycket, i FEU, ofta en positiv förpliktelse att säkerställa en möjlighet att överklaga nationella domar i första instans.[64] Skyldigheten för domstolar mot vars avgörande det inte finns rättsmedel att begära förhandsavgöranden enligt artikel 267, tredje stycket FEUF, medför dock ett behov av att konkretisera funktionsfördelningen mellan domstolar i olika ärendetyper inom det nationella domstolsväsendet.[65]

Även om synen på den nationella autonomin att organisera domstolsväsendet skiljer sig åt inom EKMR-systemet och unionsrätten, kan det uppkomma situationer där diskrepanser mellan innebörden av ”de högsta domstolarna” i tilläggsprotokoll 16 och ”domstolar mot vars avgörande det inte finns något rättsmedel” enligt artikel 267 FEUF medför en påtaglig rättsosäkerhet. Det kan exempelvis vara förbryllande för parterna i ett miljömål om Mark- och miljööverdomstolen begär ett rådgivande yttrande från Europadomstolen i egenskap av ”högsta domstol” men underlåter att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen eftersom domstolen inte är den ”högsta domstolsinstansen” enligt artikel 267, tredje stycket, i FEUF. Om domstolen sedermera visar sig vara ”sista instans” eftersom ventilmöjligheten inte tillämpas, kan det framstå som oförenligt med lagen (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande, att ingen förklaring har lämnats avseende beslutet att inte inhämta ett förhandsavgörande. I det enskilda ärendet kan en sådan oklar funktionsfördelning vara i strid med parternas rätt till en rättvis rättegång inom såväl EKMR-systemet som inom unionsrätten.

---

61 Se mål C-430/21, RS, supra not 44, p. 37–40, 47 och 54; och mål C-144/23, KUBERA, supra not 44, p. 30–33.

62 Se justitiesekreterarens yttrande i NJA 2022 s. 1052, AstraZenecas tilläggsskydd, p. 13–15.

63 Mål C-3/16, Aquino, supra not 51, p. 49–53; och mål C-161/15, Abdelhafid Bensada Benallal, EU:C:2016:175, p. 25. Se även mål C-582/21, FY, EU:C:2024:282, p. 39–43.

64 Se exempelvis artikel 2 i tilläggsprotokoll No. 7 om rätten till överprövning i brottmål, ETS No. 117, Strasbourg, 22.XI.1984. Sverige ratificerade protokollet den 3 oktober 1985 (SÖ1985:70). För vidare läsning se Amal Clooney och Amal Webb, The Right to a Fair Trial in International Law, OUP 2021, Kapitel 11.

65 Se mål C-430/21, RS, supra not 44, p. 38; samt mål C-144/23, KUBERA, supra not 44, p. 31.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

3. EUROPARÄTTEN OCH KRAVET PÅ EN TYDLIG FUNKTIONSFÖRDELNING

3.1 Förhandsavgörandet, ordinära rättsmedel och den högsta domstolsinstansen

Även om EU-domstolen till dags dato inte har beretts möjlighet att förklara betydelsen av en ventilmöjlighet för att avgöra om artikel 267, tredje stycket, i FEUF, är tillämplig, måste antagandet i förarbetena till Sveriges ratificering av tilläggsprotokoll 16, att ventilmöjligheten saknar betydelse för skyldigheten att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen, ifrågasättas.[66] I själva verket ger EU-domstolens praxis snarare stöd för den motsatta uppfattningen.[67] Ventilen innebär som sagt att en domstol kan tillåta en begäran om prövningstillstånd i högre instans om vägledning avseende rättstillämpningen anses vara påkallad. När det gäller betydelsen av prövningstillstånd, för definitionen av en ”högsta domstolsinstans”, förklarade EU-domstolen som svar på frågorna som ställdes av Hovrätten för Västra Sverige, med all önskvärd tydlighet i *Lyckeskog* att:

> 17 En nationell överrätts avgöranden, som kan överklagas av parterna till en högsta domstolsinstans, härrör inte från ”en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning” i den mening som avses i artikel [267 FEUF]. Den omständigheten att det krävs prövningstillstånd för att den högsta domstolstolsinstansen skall ta upp sådana överklaganden till prövning medför inte att parterna inte har något rättsmedel.[68]

Om det finns ett ordinärt rättsmedel inom rättsordningen för att överpröva en domstols avgöranden i en typ av mål, är domstolen alltså inte den högsta domstolsinstansen i ärendetypen.[69] I det nationella målet som föranledde förhandsavgörandet hade Hovrätten för Västra Sverige att pröva en dom från Strömstads tingsrätt rörande påstådd varusmuggling från Norge till Sverige, och undantaget för införsel för personligt bruk i EU:s dåvarande tullförordning.[70] Även om det stod klart att parterna skulle kunna söka prövningstillstånd hos Högsta domstolen, föranleddes begäran om förhandsavgörande av förställningen att en hovrätt avgör mål i ”sista instans” om ingen överprövning sedermera sker. På

---

66 Jfr med remissvaret avseende Ds 2023:7 från Lunds universitet, Dnr V 2023/771, s. 2.

67 Se ang. vikten av en tydlig funktionsfördelning, mål C-561/19, Consorzio Italian Management supra not 15, p. 27–31 och 35; mål C-144/23, KUBERA, supra not 44, p. 31; och mål C-430/21, RS, supra not 44, p. 38 och 43. Se även Ulf Bernitz, Förhandsavgöranden av EU-domstolen 1995–2020, supra not 52, s. 21 ff.

68 Mål C-99/00, Lyckeskog, EU:C:2002:329, p. 16.

69 Mål C-99/00, Lyckeskog, supra not 68, p. 17.

70 Tidigare förordning (EEG) 918/43 och nu förordning (EG) 1186/2009 av den 16 november 2009 om upprättande av ett gemenskapssystem för tullbefrielse, EUT L 324/23.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

grund av missförståndet, ville hovrätten ha klargöranden avseende gränserna för skyldigheten att begära ett förhandsavgörande enligt de ovan nämnda Cilfit-kriterierna.[71] Eftersom en domstol inte kan vara en högsta domstolsinstans i ärenden där prövningstillstånd kan meddelas av en högre instans, lämnade dock EU-domstolen den frågan utan avseende. I stället passade EU-domstolen på att förtydliga att den domstol som är ”den högsta domstolsinstansen” i ärendetypen har en skyldighet att samarbeta för att klargöra rättsläget på ett område ”antingen när den prövar frågan huruvida prövningstillstånd skall meddelas eller vid ett senare tillfälle”.[72]

I en amicus-skrivelse ställd till EU-domstolen framhöll den svenska regeringen att det stod klart att en hovrätt inte omfattas av artikel 267, tredje stycket, i FEUF, om det går att överklaga domstolens avgörande.[73] Regeringen menade däremot att artikel 267, tredje stycket, i FEUF, är tillämplig om det inte finns något ordinärt rättsmedel och hovrätten därför ”formellt är sista instans”. Med tanke på glidningarna i betydelsen av begreppet ”sista instans” är det dock tillrådligt att framgent hålla sig till EU-domstolens begreppsapparat och benämna en domstol mot vars avgörande det inte finns några rättsmedel för ”den högsta domstolsinstansen” i ärendetypen.[74]

Intuitivt kan det framstå som om kravet på att en ventil ska tillämpas för att en ansökan om prövningstillstånd ska vara möjlig begränsar möjligheten till överprövning i en sådan grad att prejudikatsdomstolen som kan besluta om att släppa målet genom ventilen blir den ”högsta domstolsinstansen”. Blotta möjligheten för en domstol att släppa ett ärende vidare för att få vägledning avseende rättstillämpningen talar dock emot att prejudikatsdomstolen skulle vara den högsta domstolsinstansen. I *Lyckeskog* lämnar EU-domstolen den reella möjligheten att överpröva ett avgörande utan avseende och förekomsten av en organisatoriskt sett högre domstol i ärendetypen är avgörande. Samarbetsprincipen såsom den kommer till uttryck i artikel 267, tredje stycket, i FEUF, sätter dock en gräns för hur begränsad möjligheten till överprövning i en högsta domstolsinstans kan vara för att kravet på att samverka med EU-domstolen ska anses vara uppfyllt.[75] Frågan om ventilens förenlighet med unionsrätten skulle alltså behöva utredas närmare. Utan att gå in på den frågan diskuteras dock i det följande endast ventilens betydelse för funktionsfördelningen inom det svenska domstolsväsendet.

[71] Mål C-283/81 Cilfit, supra not 50.
[72] Mål C-99/00, Lyckeskog, supra not 68, p. 18.
[73] Mål C-99/00, Lyckeskog, supra not 68, p. 12.
[74] Mål C-99/00, Lyckeskog, supra not 68, jfr p. 12 och 19. Se dock C-561/19, Consorzio Italian Management, supra not 15, där domstolen använder begreppet ”sista instans” i den svenska språkversionen.
[75] Se mål C-144/23, KUBERA, supra not 44, p. 30–33.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

3.2 Förhandsavgörandet, domstolsväsendets organisation och den högsta domstolsinstansen

I *Cartesio*, bekräftar EU-domstolen att en domstol inte kan vara den högsta domstolsinstansen i en typ av ärende där det finns möjlighet att överpröva domstolens rättstillämpning.[76] I det nationella målet som föranledde förhandsavgörandet hade en ungersk prejudikatsdomstol att avgöra om regler som förhindrade flytten av ett kommanditbolags säte från Ungern till Italien var förenliga med etableringsfriheten inom ramen för unionens primärrätt. Målet i EU-domstolen kom dock att röra rätten och skyldigheten att begära förhandsavgöranden. När det gällde frågan om den hänskjutande domstolen var den högsta domstolsinstansen trots att det fanns möjlighet att överpröva domstolens beslut i rättsfrågor, förklarade EU-domstolen att så inte var fallet trots att domstolens avgöranden i princip kunde verkställas innan rättsfrågorna hade avgjorts slutgiltigt i högre instans.[77] I förhandsavgörandet framhöll EU-domstolen att möjligheten att överklaga domar avseende rättsfrågor talade emot att den hänskjutande domstolen var den högsta domstolsinstansen i än högre grad än ett krav på tillstånd för att få pröva såväl sakfrågor som rättsfrågor, vilket var föremålet för förhandsavgörandet i det ovan nämnda målet *Lyckeskog*.[78] Liksom domar meddelade av svenska domstolar som har beviljat prövningstillstånd, syftade överprövningen av rättsfrågor i ungersk rätt till att säkerställa en enhetlig nationell rättsutveckling. I ungersk rätt begränsades dock inte möjligheten till överprövning genom krav på prövningstillstånd.

Eftersom möjligheten att överklaga den hänskjutande domstolens beslut i det ungerska ärendet som föranledde förhandsavgörandet i *Cartesio* begränsades till rättsfrågor, diskuterar EU-domstolen överklagandemöjligheten i termer av ett extraordinärt rättsmedel.[79] Möjligheten i ungersk rätt att pröva om en dom som har vunnit laga kraft baseras på korrekt rättstillämpning påminner om prövning av domvilla eller resning i svensk processrätt. Som översikten av tillämplig ungersk lagstiftning i förhandsavgörandet visar, kunde dock den ungerska Högsta domstolsinstansen även avgöra rättsfrågor i ett pågående ärende. Möjligheten att överklaga beslut i rättsfrågor som har betydelse för utgången av ett mål innan ett avgörande har vunnit laga kraft, påminner däremot om ett ordinärt rättsmedel i svensk rätt. Med tanke på att rättsfrågorna måste röra saken i ett enskilt ärende och då det ofta är svårt om ens möjligt att hålla isär rättsfrågor och sakfrågor i enskilda ärenden, är det föga kontroversiellt att den

[76] Mål C-210/06 Cartesio, supra not 47.
[77] Mål C-210/06 Cartesio, supra not 47, p. 75.
[78] Mål C-210/06 Cartesio, supra not 47, p. 77–78.
[79] Mål C-210/06 Cartesio, supra not 47, p. 30.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

ungerska Högsta domstolen ansågs vara den ”högsta domstolsinstansen” i ärendetypen även om domstolen endast var behörig att överpröva rättsfrågor.[80]

Förutom möjligheten att överpröva en domstols rättstillämpning måste domstolsväsendets organisation beaktas för att avgöra vilken domstol som är den högsta domstolsinstansen i en ärendetyp. I *Križan m.fl.* som hade sitt ursprung i ett slovakiskt ärende rörande rätten till samråd avseende placeringen av en avfallsanläggning, förklarade EU-domstolen att möjligheten att hänskjuta frågor om grundläggande fri- och rättigheter till en författningsdomstol inte innebär att det finns rättsmedel mot den allmänna domstolens avgöranden.[81] Trots att den hänskjutande domstolen var skyldig att avgöra ärenden som hade återförvisats av författningsdomstolen i enlighet med författningsdomstolens beslut, var domstolen som slutligt hade att avgöra det ursprungliga ärendet den högsta domstolsinstans i ärendetypen. Möjligheten att pröva om beslut av en allmän domstol är författningsenliga innebär inte att det finns rättsmedel mot domstolens beslut eftersom en författningsdomstol inte ingår i den hierarki av domstolar som har att hantera de frågor som normalt måste hanteras i den ursprungliga ärendetypen.

Omvänt ingår alla domstolar som har en funktion att avgöra den typ av ärende som den ursprungliga domstolsprocessen rör, i samma domstolshierarki.[82] Exempelvis är Högsta domstolen högsta domstolsinstans i olika typer av civil- och straffrättsliga ärenden och Högsta förvaltningsdomstolen högsta domstolsinstans i olika typer av förvaltningsärenden, oaktat att domstolarna sällan avgör mål av respektive ärendetyp. Som framgår av förhandsavgörandet i *Cartesio*, är samma domstol organisatoriskt sett den högsta domstolsinstansen i ärendetypen oavsett om det enskilda ärendet når domstolen genom tillämpning av ett ordinärt eller extraordinärt rättsmedel. Även om det enskilda ärendet når Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen genom tillämpning av ett extraordinärt rättsmedel är alltså respektive domstol högsta domstolsinstans i ärendet som föranledde tillämpningen av det extraordinära rättsmedlet, om domstolen även har en funktion att inom gängse överklagandefrist slutgiltigt avgöra frågor som normalt måste hanteras i den typ av ärende som ursprungligen anhängiggjordes. Om exempelvis en ansökan om prövningstillstånd kan underställas Högsta domstolen i en typ av ärende enligt miljöbalken, må vara efter att Mark- och miljööverdomstolen har valt att öppna en ventil, är Högsta domstolen den högsta domstolsinstansen i ärendetypen även när en ansökan om resning underställs domstolen efter att Mark- och miljööverdomstolens dom har vunnit laga kraft.

---

[80] Jfr med Högsta domstolens resonemang i NJA 2022 s. 1051, AstraZenecas tilläggsskydd, p. 25–30.
[81] Mål C-416/10, Križan m. fl., EU:C:2013:8, p. 30 och 72–73.
[82] Mål C-416/10, Križan m. fl., supra not 81, p. 77.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

Ställningen som högsta domstolsinstans i en typ av ärende beror alltså vare sig på om det enskilda ärendet når domstolen genom tillämpning av ett ordinärt eller extraordinärt rättsmedel, eller på typen av frågor som domstolen kan avgöra i den ursprungliga typen av ärende. Ställningen som högsta domstolsinstans i den typ av ärende som ursprungligen anhängiggjordes av en part i målet, beror på att domstolen slutligt kan avgöra sakfrågor, rättsfrågor, bevisfrågor eller andra frågor som normalt måste hanteras inom den typen av ärenden.

Saken kommer dock i ett annat ljus om en domstol kan pröva frågor som relaterar till det ursprungliga ärendet genom tillämpning av ett extraordinärt rättsmedel, utan att även ha behörighet att inom gängse överklagandefrist slutgiltigt avgöra frågor som normalt måste hanteras i ärendetypen. Om exempelvis Högsta domstolen i enlighet med 3 kap. 3 §, andra stycket, rättegångsbalk (1942:740), har att avgöra om ett justitieråd i Högsta förvaltningsdomstolen har gjort sig skyldigt till en förseelse som har påverkat utgången i ett ärende, är Högsta förvaltningsdomstolen alltjämt högsta domstolsinstans i det ursprungliga ärendet.[83] Liksom en författningsdomstol som avgör frågor som relaterar till saken i ett ärende inför en allmän domstol, avgör då nämligen Högsta domstolen redlighetsfrågor som endast relaterar till saken i det ursprungliga förvaltningsrättsliga ärendet inför Högsta förvaltningsdomstolen. Om ledamöter från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen samarbetar för att avgöra ett ärende, är alltjämt den domstol som har befogenhet att slutligt avgöra frågor som normalt måste hanteras inom ärendetypen som ursprungligen anhängiggjordes, den högsta domstolsinstansen.[84]

Med tanke på att EU-domstolen i *Cartesio* använder termen ”extraordinärt rättsmedel” med avseende på möjligheten att överpröva beslut i rättsfrågor oavsett om underinstansens dom har vunnit laga kraft, går det inte att kategoriskt säga att endast domstolar som har befogenhet att med tillämpning av ett ordinärt rättsmedel pröva frågor som relaterar till det ursprungliga ärendet skulle kunna vara högsta domstolsinstans i ärendetypen. Samtidigt skulle det få oacceptabla konsekvenser om en domstol som endast kan överpröva domar som har vunnit laga kraft i en typ av ärende, skulle vara den högsta domstolsinstansen i ärendetypen. I praktiken skulle det då inte finnas någon högsta domstolsinstans med skyldighet att inhämta förhandsavgöranden med mindre än att ett extraordinärt rättsmedel tillämpas. I det sammanhanget ska erinras om att EU-domstolen har understrukit vikten av att respektera lagakraftvunna domar vilket inskränker möjligheten att tillämpa extraordinära rättsmedel.[85] Även om inte en begränsad möjlighet att överpröva ett lagakraftvunnet beslut i sig är avgörande för klassi-

[83] Jfr med Europadomstolens dom i Croatian Golf Federation mot Kroatien, nr 66994/14, 17 december 2020.

[84] Se 3 kap. 4 §, sjunde stycket, rättegångsbalk (1942:740).

[85] Se exempelvis mål C-676/17, Călin, EU:C:2019:700, p. 26–28. Se i svensk rätt NJA 2016 s. 320, brott mot lotterilagen; och NJA 2013 s. 42 SAS Sverige AB, supra not 54.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

ficeringen av domstolar, torde avsaknaden av en högsta domstolsinstans i den normala ärendehanteringen vara oförenlig med kraven på en rättssäker process i artikel 19(1), andra stycket, i FEU och artikel 47 i EU-stadgan. En domstol som inte har behörighet att avgöra frågor som normalt måste hanteras inom den typ av ärende som har föranlett den extraordinära prövningen hanterar uteslutande en annan typ av ärenden än det ursprungliga ärendet. Liksom vid talan i en författningsdomstol väcks då ett nytt ärende vid en domstol som inte ingår i domstolshierarkien avseende frågor som normalt hanteras inom den ursprungliga ärendetypen. Organisatoriskt sett har domstolen nämligen ingen funktion att avgöra frågor som normalt måste hanteras i det ursprungliga ärendet. Därför bör endast en domstol som har befogenhet att inom gängse överklagandefrist slutligt avgöra frågor som normalt måste hanteras i en typ av ärende vara den högsta domstolsinstansen i ärendetypen.

I ljuset av detta får ventilmöjligheten betydelse för definitionen av en ”högsta domstolsinstans.” Exempelvis torde Mark- och miljööverdomstolen vara den högsta domstolsinstansen i typer av ärenden där det saknas en ventilmöjlighet, även om frågor om domvilla, resning eller återställande av försutten tid skulle kunna prövas av Högsta domstolen.[86] Däremot torde inte Mark- och miljöverdomstolen kunna klassificeras som den högsta domstolsinstansen i typer av ärenden som kan nå den Högsta domstolen genom en ventil.

Om den högsta domstolsinstansen är en nationell domstol med behörighet att inom gängse överklagandefrist slutligt avgöra frågor som normalt måste hanteras inom ärendetypen, kan inte unionsdomstolen vara den högsta domstolsinstansen när ett förhandsavgörande måste inhämtas. På motsvarande sätt utesluter en sådan legaldefinition att Europadomstolen fungerar som ”fjärde instans” vid konventionsbrottstalan. Frågan om Europadomstolens ställning uppkommer inte när yttranden inhämtas eftersom yttrandena inte är bindande.

Ytterligare förtydliganden avseende kriterierna för tillämpningen av artikel 267, tredje stycket, i FEUF skulle med fördel kunna inhämtas från EU-domstolen i ärenden som rör ventilmöjligheten.[87] Liksom innebörden av begreppet ”domstol” är en unionsrättslig fråga är ”högsta domstolsinstans” ett unionsbegrepp som får allt tydligare konturer i takt med att artikel 267, tredje stycket, i FEUF, förklaras.[88] Att på förhand veta vilken domstol i en ärendetyp som har en skyldighet att inhämta ett förhandsavgörande är en aspekt av rätten till en rättvis rättegång. Som nämnts har en sådan domstol enligt lagen (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande, en skyldighet att ange orsaken till att ett förhandsavgörande inte inhämtas om det skulle visa sig vara påkallat

[86] Lag (2010:921) om mark- och miljödomstolar 5 kap. 5 §.
[87] Se möjligheten att få svar i mål C-210/06, Cartesio, supra not 47, p. 67–74.
[88] Se mål C-561/19, Consorzio Italian Management supra not 15, p. 30–31; mål C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll, supra not 47, p. 12–13; och mål C-210/06, Cartesio, supra not 47, p. 56–63 och 86–89.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

i ett enskilt ärende.[89] Med tanke på EU-domstolens målsättning att säkerställa en tydlig funktionsfördelning, är det troligt att en domstol som kan tillämpa en ventilmöjlighet inte har en skyldighet att såsom högsta domstolsinstans samverka med EU-domstolen för att tydliggöra rättsläget inom unionsrätten.

3.3 Det rådgivande yttrandet och de högsta domstolarna

Eftersom de överstatliga institutionerna inom ramen för EKMR-systemet inte har någon skyldighet att anpassa begreppsapparaten till unionsrätten är det inte självklart att begreppet ”de högsta domstolarna” i tilläggsprotokoll 16 ska förstås på samma sätt som begreppet ”de högsta domstolsinstanserna” i artikel 267, tredje stycket, i FEFU. Samtidigt vore det ogörligt vid prövningen av en konventionsbrottstalan att inte beakta tolkningen och tillämpningen av unionens primärrätt och sekundärrätt som utgör en integrerad del i konventionsstatens rättsordning.[90]

I målet *Harisch mot Tyskland* hade Europadomstolen att avgöra om beslutet av den tyska federala prejudikatsdomstolen (Bundesgerichtshof) att inte bevilja tillstånd att pröva om det fanns anledning att inhämta ett förhandsavgörande i ett mål rörande konkurrensstörningar, utgjorde en kränkning av artikel 6 i EKMR.[91] Grundarna av ett företag som skulle tillhandahålla en nummerupplysningstjänst hade betalat ett överpris för att få tillgång till abonnentinformation från Deutsche Telekom AG, vilket kom att påverka grundarnas aktieinnehav på ett negativt sätt i samband med att företaget skulle börsintroduceras. I första instans beslutade den regionala domstolen att Deutsche Telekom AG skulle betala tillbaka det belopp som hade erhållits för abonnentinformationen utöver marknadsvärdet, men att det inte var möjlighet att få skadeståndsersättning för övrig ekonomisk skada på grund av en konkurrensstörning. En av grundarna av företaget överklagade beslutet i den senare delen och framhöll att telekombolagets åtgärder i syfte att försvåra för konkurrenter på marknaden utan skadeståndsansvar kunde utgöra ett missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 102 i FEUF. Därför var det enligt klaganden påkallat att inhämta ett förhandsavgörande avseende den bestämmelsen. Appellationsdomstolen avvisade dock begäran om prövningstillstånd efter en muntlig förhandling och en tämligen noggrann utredning avseende behovet av att inhämta ett förhandsavgörande. Klaganden väckte då talan om domvilla vid samma domstol men då inga nya argument framfördes avvisades talan. Klaganden vände sig då till

[89] Se i svensk rätt exempelvis NJA 2004 s. 735, Luftfartsverket.

[90] Se exempelvis Ullens de Schooten och Rezabek mot Belgien, nr 3989/07 och 38353/07, 20 september 2011, p. 58–62; Herma mot Tyskland, nr 54193/07, 8 december 2009; och Laurus Invest Hungary Kft m.fl. mot Ungern, nr 23265/13 och ytterligare fem, 8 september 2015.

[91] Harisch mot Tyskland, nr 50053/16, 11 april 2019.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

Bundesgerichtshof som med hänvisning till appellationsdomstolens utredning avslog först begäran om överprövning och sedan en begäran om omprövning av det beslutet. Då vändes sig klaganden till konstitutionsdomstolen (Vervassungsgericht) och yrkade på att ärendehanteringen var i strid med den grundlagsfästa rätten till en rättvis rättegång och särskilt rätten till rättsmedel. Då även Vervassungsgericht avslog begäran om prövningstillstånd vände sig klaganden till Europadomstolen.

Europadomstolen konstaterar först att i ljuset av EU-domstolens rättspraxis var Bundesgerichtshof den domstol som ytterst hade att avgöra typen av ärende (”the court of last resort”). Med tanke på Europadomstolens hänvisning till innebörden av artikel 267, tredje stycket, i FEUF måste begreppet ”the court of last resort” förstås som en synonym till ”den högsta domstolsinstansen”. Därmed erkändes EU-domstolens praxis som visar att en konstitutionsdomstol som dömer i ett ärende som relaterar till ett ärende i allmän domstol inte tillhör samma domstolshierarki. Vad som dock är anmärkningsvärt är att ärendet inför Europadomstolen anhängiggjordes långt efter det att talefristen om fyra månader hade överskridits.[92]

I domen av den 11 april 2019 påminner Europadomstolen om att det som huvudregel är upp till nationella domstolar att avgöra om det är nödvändigt att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen.[93] Således garanterar inte EKMR-systemet att ett förhandsavgörande inhämtas så snart en part i målet inför en nationell domstol anser att det finns skäl som talar för det. Samtidigt bekräftar Europadomstolen att underlåtenhet att inhämta ett förhandsavgörande enligt artikel 267, tredje stycket, i FEUF, kan utgöra ett konventionsbrott om beslutet är godtyckligt eller inte åtföljs av en vederhäftig förklaring.[94] Redan tidigare hade Europadomstolen klargjort att underlåtenheten att förklara varför ett förhandsavgörande inte inhämtas när det är påkallat, är oförenlig med rätten till en rättvis rättegång inom EKMR-systemet.[95] I *Harisch mot Tyskland* framhålls även vikten av att parter i ett ärende uppfattar att de har blivit hörda.[96]

I sak kom Europadomstolen fram till att Bundesgerichtshofs hänvisning till appellationsdomstolens avgörande räckte som förklaring till att inte pröva om ett förhandsavgörande behövde inhämtas.[97] Domen i *Harisch mot Tyskland* visar

[92] Se tidslinjen i Harisch mot Tyskland, supra not 91, p. 1–13. Dock har Europadomstolen erkänt en viss flexibilitet i tillämpningen av artikel 35 EKMR, se exempelvis Ringeisen mot Österrike, nr 2614/65, 16 juli 1971; Lehtinen mot Finland, nr 39076/97, 14 oktober 1999; och Gherghina mot Rumänien, nr 42219/07, 9 juli 2015.

[93] Harisch mot Tyskland, supra not 91, p. 33.

[94] Se även exempelvis Ullens de Schooten and Rezabek mot Belgien, supra not 90, p. 54–59.

[95] Se Dhahabi mot Italien, nr 17120/09, 8 april 2014; Baydar mot Nederländerna, nr 55385/14, 24 april 2018; och förenade målen Astikos Kai Paratheristikos Oikodomoikus Synetairismos Axiomatikon och Karagiorgos mot Grekland, nr 29382/16 och 489/17, 9 maj 2017.

[96] Harisch mot Tyskland, supra not 91, p. 33. Se även Taxquet mot Belgien, nr 926/05, 16 november 2010, p. 90 and 91, med vidare hänvisningar.

[97] Harisch mot Tyskland, supra not 91, p. 26–29.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

dock att skyldigheten för en högsta domstolsinstans att inhämta ett förhandsavgörande om det är påkallat, är en aspekt av rätten till en rättvis rättegång i enlighet med EKMR-systemet. Om EU-domstolen skulle förklara ventilens betydelse för att klassificera en domstol som ”den högsta domstolsinstansen” torde klargörandet beaktas även inom EKMR-systemet. Oklarheter avseende skyldigheten att inhämta förhandsavgöranden på grund av en ventilmöjlighet framstår därför som svårförenliga med rätten till en rättvis rättegång även inom EKMR-systemet.

4. VENTILEN OCH SVERIGES ”HÖGSTA DOMSTOLAR”

4.1 Otydliga spår i svensk rättspraxis

När det gäller ventilens betydelse för att avgöra om en nationell domstol är den högsta domstolsinstansen enligt artikel 267, tredje stycket, i FEUF, finns stöd för olika uppfattningar i Högsta domstolens förvisso tunnsådda rättspraxis. I NJA 2014 s. 79, *BillerudKorsnäs*, valde Högsta domstolen att inhämta ett förhandsavgörande i samband med att en begäran om resning och domvilla prövades. Företrädarna för två bolag inom samma koncern som hade erforderliga utsläppsrättigheter, men som hade underlåtit att överlämna dem till Naturvårdsverket i tid på grund av administrativa brister, förbiseende eller tekniska problem, hävdade att EU-direktivet som inrättade det unionsvida systemet med utsläppsrättigheter hade genomförts på fel sätt i svensk rätt. Närmare bestämt menade bolagen att Naturvårdsverkets sanktionsavgifter var lagstridiga eftersom avgifterna enligt direktivet skulle erläggas för ”de överskridande utsläppen” och inte för att sanktionera formaliafel. Dessutom var avgiften enligt bolagen oproportionerligt hög.

I första instans lämnade Miljödomstolen bolagens argument utan bifall. Sedermera fastställde den dåvarande Miljööverdomstolen underrättens dom och avslog överklagandet. Av beslutet framgår att Miljööverdomstolen inte heller fann anledning att med undantag från huvudregeln tillåta att en ansökan om prövningstillstånd underställdes Högsta domstolen genom tillämpning av ventilen. Efter det att domen hade vunnit laga kraft vände sig dock bolagen till Högsta domstolen och yrkade i första hand på resning och i andra hand på domvilla. Förutom argumenten att den utdömda sanktionsavgiften stred mot legalitetsprincipen och proportionalitetsprincipen hävdade de att Miljööverdomstolens underlåtenhet att inhämta ett förhandsavgörande utgjorde ett grovt rättegångsfel som kunde antas ha inverkat på målets utgång.[98] Högsta domstolen beslutade att ta upp ärendet till prövning utan att precisera grunden.

[98] NJA 2014 s. 79, BillerudKorsnäs, p. 7.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

Mot bakgrund av frågan om termen ”de överskridande utsläppen” i direktivet var ett unionsbegrepp och vad det i så fall ”skulle relateras till”, beslutade därefter Högsta domstolen att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen i två avseenden.[99] Den första frågan var om bestämmelserna i direktivet innebar att ett bolag som inte har överlämnat ett tillräckligt antal utsläppsrätter i tid har en skyldighet att betala en avgift oavsett orsaken till underlåtenheten. Om svaret på den frågan var jakande, ville Högsta domstolen veta om avgiften skulle kunna efterges eller jämkas, exempelvis om det endast var fråga om ett formaliafel.

I *Billerudbolagen*, svarade EU-domstolen att redan en språkanalys av bestämmelserna i direktivet gav vid handen att det inte fanns någon grund för undantag från kravet på att inlämna utsläppsrättigheterna i tid. Slutsatsen fick stöd av en systematisk och teleologisk tolkning eftersom undantag från kravet på att inlämna utsläppsrättigheter i tid inte skulle bidra till att säkerställa Kyotoprotokollets genomförande, vilket var syftet med direktivet.[100] När det gällde den andra frågan, förklarade EU-domstolen att unionslagstiftaren måste ”tillerkännas ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning vid regleringen av ett område som förutsätter politiska, ekonomiska och socialpolitiska val från lagstiftarens sida och där lagstiftaren måste göra komplicerade bedömningar.”[101] I förhandsavgörandet fann EU-domstolen att det vare sig fanns anledning att ogiltigförklara Naturvårdsverkets beslut eller att justera avgiften på grund av att den skulle vara oproportionerlig.[102] Högsta domstolen återförvisade därefter målet till Miljööverdomstolen, som då hade stöpts om till Mark- och miljööverdomstolen.

I NJA 2014 s. 79, *BillerudKorsnäs*, diskuterades överhuvudtaget inte huruvida Mark- och miljööverdomstolen skulle kunna vara den ”högsta domstolsinstansen” då ventilmöjligheten inte tillämpas. Eftersom Högsta domstolen behövde få klarhet i direktivets innebörd för att besluta i ärendet verkar det ha tagits för givet att inte prejudikatsdomstolen var skyldig att inhämta ett förhandsavgörande. I och med att Högsta domstolen *de facto* inhämtade ett förhandsavgörande i samband med den extraordinära prövningen, stod det klart att domstolen *de jure* var skyldig att såsom högsta domstolsinstans säkerställ en unionskonform rättstillämpning.

I bjärt kontrast till hanteringen av ärendet i NJA 2014 s. 79, *BillerudKorsnäs*, diskuterade Högsta domstolen Patent- och marknadsöverdomstolens skyldighet att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen i NJA 2022 s. 1051, *AstraZenecas tilläggsskydd*. Målet hade sin upprinnelse i Patent- och registre-

[99] NJA 2014 s. 79, BillerudKorsnäs, supra not 98, p. 23.
[100] Mål C-203/12, Billerudbolagen, EU:C:203:12.
[101] Mål C-203/12, Billerudbolagen, supra not 100, p. 35. Jmf med resonemanget i mål C-240/99, Skandia, EU:C:2001:140.
[102] Mål C-203/12, Billerudbolagen, supra not 100, p. 36–41.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

ringsverkets beslut 2016 att avslå företagets ansökan om tilläggsskydd till ett läkemedelspatent på grund av att företaget tidigare hade beviljats ett tilläggsskydd för en liknande produkt som till stora delar byggde på samma grundpatent. Enligt artikel 3 c i förordningen (EG) nr 469/2009 om tilläggsskydd för läkemedel, får nämligen ett skydd inte beviljas för en produkt som redan omfattas av ett tilläggsskydd.[103] AstraZeneca AB överklagade beslutet och hävdade att ansökan rörde en ny produkt. Patent- och marknadsdomstolen tillstyrkte att läkemedelsföretagets ansökan rörde en ny produkt, men fastställde att brister i grundpatentet ändå hindrade registreringen av tilläggsskyddet.[104] Domen överklagades till Patent- och marknadsöverdomstolen som fann att grundpatentet var oklanderligt, men att beståndsdelarna i läkemedlet redan omfattades av ett tilläggsskydd. Alltså avslogs begäran om att undanröja Patent- och marknadsdomstolens dom.[105]

Trots att Patent- och marknadsdomstolen och Patent- och marknadsöverdomstolen tolkade artikel 3 c i förordningen (EG) nr 469/2009 om tilläggsskydd för läkemedel på olika sätt i ljuset av omständigheterna, ansåg prejudikatsdomstolen att ett ytterligare förhandsavgörande inte behövde inhämtas.[106] Visserligen beaktade Patent- och marknadsöverdomstolen två förhandsavgöranden som hade meddelats efter det att Patent- och marknadsdomstolens dom hade avkunnats, men som framgår av ärendet talade mycket för att ytterligare förtydliganden behövdes.[107] Eftersom Patent- och marknadsöverdomstolen ansåg att rättsläget var klarlagt släpptes ärendet inte heller genom ventilen för att ge Högsta domstolen möjlighet att ge vägledning avseende rättstillämpningen.[108] Målet nådde ändå Högsta domstolen eftersom AstraZeneca AB väckte talan om domvilla, främst på grund av prejudikatsdomstolens underlåtenhet att inhämta ett förhandsavgörande.[109]

Vid prövningen av domvilla fann Högsta domstolen, efter en genomgång av rättsläget, att det behövdes ytterligare förtydliganden rörande innebörden av artikel 3 c i förordning (EG) nr 469/2009 om tilläggsskydd för läkemedel. Enligt Högsta domstolen var Patent- och marknadsöverdomstolen därför skyl-

[103] Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 469/2009 av den 6 maj 2009 om tilläggsskydd för läkemedel, EUT L152/1.
[104] Patent- och marknadsdomstolens dom i mål nr PMÄ 1331–17.
[105] PMÖÄ 1213-20, s. 9. Jfr med EU-domstolens förhandsavgörande i mål C-484/12 Activis, EU:C:2013:828, p. 31 och 40.
[106] PMÖÄ 1213-20, supra not 105, s. 8–9.
[107] Mål C-121/17, Teva, EU:C:2018:58; och mål C-650/17, Royal Pharma, EU:C:2020:327. Jfr med NJA 2022 s. 1051, AstraZenecas tilläggsskydd, supra not 80, p. 25–30.
[108] PMÖÄ 1213-20, supra not 105, s. 10.
[109] Stora likheter finns med omständigheterna som föranledde målet Harisch mot Tyskland, supra not 91.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

dig att som ”sista instans” inhämta ett förhandsavgörande. Följaktligen återförvisade målet till Patent- och marknadsöverdomstolen.[110]

Slutsatsen att rättsläget behövde förtydligas kan tyckas tala för att Högsta domstolen skulle ha inhämtat ett förhandsavgörande på samma sätt som domstolen gjorde i NJA 2014 s. 79, *BillerudKorsnäs*.[111] I ljuset av *Lyckeskog* och EU-domstolens förklaring att ett förhandsavgörande kan inhämtas redan i samband med att frågan om prövningstillstånd avgörs framstår spåret som dras upp i NJA 2022 s. 1051, *AstraZenecas tilläggsskydd*, även som oförenligt med unionsrätten. Samtidigt är det problematiskt att inte kunna hålla prejudikatsdomstolen ansvarig för att inhämta förhandsavgöranden då möjligheten att få ett ärende prövat i Högsta domstolen är så begränsad. Om Högsta domstolen är den högsta domstolsinstansen i ärendetypen och ventilen inte tillämpas, kan skyldigheten att säkerställa unionsrättens genomslag hamna mellan stolarna.

En lösning på dilemmat är att pröva om en restriktiv tillämpning av ventilen kan utgöra domvilla. Om beslutet att inte tillämpa ventilen i stället för underlåtenheten att inhämta ett förhandsavgörande är föremålet för den extraordinära prövningen, kan Högsta domstolen inskärpa vikten av att predikatsdomstolar tar ansvar för att klargöra rättsläget inom unionsrätten.[112] Genom att inte ålägga prejudikatsdomstolen en skyldighet att inhämta ett förhandsavgörande kan samtidigt en tydlig funktionsfördelning mellan domstolarna upprätthållas. Processekonomiska skäl kan förvisso tala för en ordning där prejudikatsdomstolar avlastar Högsta domstolen ansvar för att säkerställa en unionskonform rättsutveckling. Att ålägga prejudikatsdomstolar en skyldighet att begära förhandsavgöranden trots att det finns rättsmedel mot domstolarnas avgöranden ter sig dock oförenligt med domstolarnas processuella autonomi i bemärkelsen oavhängighet.[113] Om det i stället klargörs att ett grovt rättegångsfel begås om inte Högsta domstolen ges möjlighet att säkerställa unionsrättens genomslag genom att ventilen öppnas, skulle prejudikatsdomstolarna kunna välja att vända sig direkt till unionsdomstolen i stället för att ta omvägen via Högsta domstolen.

[110] NJA 2022 s. 1051, AstraZenecas tilläggsskydd, supra not 80, p. 24 och 34–40. Claes Granmar, AstraZenecas tilläggsskydd och skyldigheten att begära förhandsavgörande, Juridisk Tidskrift nr 4 2022–23.

[111] Punkt 13 i justitiesekreterarens betänkande i NJA 2022 s. 1051, AstraZenecas tilläggsskydd, supra not 80.

[112] Se även ang. resning till följd av ny praxis från EU-domstolen i mål C-676/17, Călin, supra not 85, p. 29.

[113] Mål C-210/06 Cartesio, supra not 47, p. 95.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

4.2 Beredvilligheten att ge domstolar möjlighet att begära rådgivande yttranden

Genom ratificeringen av tilläggsprotokoll 16 har de domstolar som anses utgöra de högsta domstolarna i det svenska domstolsväsendet givits ett verktyg för att säkerställa en konventionskonform rättsutveckling. Även om den offentliga makten enligt 1 kap. 1 § regeringsformen ska utövas under lagarna vilket och all svensk lagstiftning enligt 2 kap. 19 § regeringsformen ska vara förenlig med konventionsåtagandena, har de allmänna domstolarna under lång tid tillämpat konventionsbestämmelser med direkt effekt.[114] I och med att uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § regeringsformen avskaffades i samband med grundlagsrevisionen som påbörjades 2010, blev domstolarna ålagda att ta en vidare krets av domar från Europadomstolen i beaktande för att avgöra tillämpligheten av inhemsk lag och annan författning.[115] Strax efter grundlagsändringen bekräftade Högsta domstolen i NJA 2013 s. 502, *P.-M.P.*, som rörde förbudet mot dubbelbestraffning vid skattebrott, att det inhemska rättsläget ska ändras om det finns tillräckligt stöd för en konventionsanpassning i praxis från Europadomstolen.[116]

Formellt sett har myndigheter en motsvarande normprövningsskyldighet enligt 12 kap. 10 § regeringsformen även om det kan vara mycket begärt av en tjänsteman att åsidosätta lagkrav i myndighetsutövningen. Däremot bör förvaltningsdomstolar i allmänhet och Högsta förvaltningsdomstolen i synnerhet fullgöra den grundlagsfästa skyldigheten att pröva inhemska rättskällor.[117] Förvaltningsdomstolarnas användning av konventionsbestämmelser som måttstock vid normprövning är dock ofta begränsad vilket till viss del kan förklaras av ärendetyperna.[118] Samtidigt sticker exempelvis möjligheten för offentligrättsliga rättssubjekt att meddela överklagandeförbud, och svårigheten för människor att tillvarata sina intressen i mål som drivs av staten i avsaknad av möjlighet att få rättegångskostnaderna ersatta, i ögonen.[119]

Missuppfattningen att EKMR-systemet skulle existera parallellt med nationell rätt förstärks av att Europadomstolen ofta tillerkänner konventionsstaterna

[114] EKMR verkar ha tillämpats med direkt effekt i svensk rätt för första gången 1964 i målet Algérie française, SvJT, 1964 ref. 19. Se dock Hans Danelius, Europadomstolen och den svenska rättsordningen, in SvJT 100 år, SvJT 1989 s. 653.
[115] NJA 2010 s. 168 I, M.J, och II, L.W.; samt NJA 2011 s. 444, P.H.
[116] Se ang. Högsta domstolens ”klart stöd-doktrin”, ibid, samt NJA 2000 s. 622, I.N.; och NJA 2012 s. 1038, S.A. Se motsvarande resonemang i Högsta förvaltningsdomstolen HFD 2011 ref. 22, M.B.
[117] Jfr dock exempelvis HFD 2024 ref. 13, D.G. med HFD 2024 ref. 53, KLK.
[118] Se exempelvis ang. lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, HFD 2024 ref. 5, F.S.; och ang. lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, i HFD 2016 ref. 50, Botrygg.
[119] Se exempelvis HFD 2022 ref. 10, A.A.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

en mer eller mindre vid bedömningsmarginal.[120] Förutom att en nationell domstol typiskt sett är bättre skickad än Europadomstolen att sätta sig in i omständigheterna i det enskilda ärendet, bottnar EKMR-systemet i föreställningar om det allmänna rättsmedvetandet. Uppfattningarna om vad som är rätt och rimligt kan dock variera i tid och rum.[121] När det gäller den rumsliga dimensionen kan Europadomstolen undvika att ta ställning i moraliska frågor som ges motstridiga svar i konventionsstaterna.[122] När det gäller den tidsmässiga dimensionen kan etablerade sanningar komma på skam, och Europadomstolen har vid upprepade tillfällen framhållit att EKMR-systemet är ett levande instrument.[123] Till skillnad från fördelningen av rätten att reglera som följer av bedömningsmarginaler i domar mot konventionsstater, snävar det rådgivande yttrandet dock in bedömningsmarginalerna på ett område. Yttrandet innehåller nämligen information om hur Europadomstolen skulle tolka och tillämpa en konventionsbestämmelse i ett fördragsbrottsärende. Medan det rådgivande yttrandet är mindre ingripande än en kasuistisk dom mot en konventionsstat, rör det icke bindande yttrandet principiellt viktiga konventionsfrågor.[124] Således ska yttrandena beaktas i konventionsstatens rättsordning utan omsvep.

Resonemanget i propositionen 2023/24:161 syftar till att minska behovet av att lägga resurser på processer i Europadomstolen och diplomatiska kontroverser samt till att minska risken för dålig publicitet.[125] Förmodligen kan det även finnas rättspolitiska och informella anledningar till möjligheten att enligt förarbetena vid behov vidga kretsen av domstolar som kan inhämta yttranden. Erfarenheterna från den unionsrättsliga domstolssamverkan tyder på en viss ovilja i de högsta domstolarna mot att behöva vända sig till en överstatlig domstol för att få svar på rättsfrågor.[126] Medan lagstiftaren kan se domstolssamverkan inom ramen för unionsrätten och EKMR-systemet som ett sätt att öka Sveriges förmåga att fullgöra landets europarättsliga åtaganden, kan behovet av att fråga andra domstolar om råd för att kunna klargöra rättsläget anses vara svårförenligt med kravet på att landets främsta jurister känner rätten (jura novit curia). Uppenbarligen är det en inskränkning i den processuella autonomin. Eftersom domstolar enligt tilläggsprotokoll 16 ges en möjlighet, till skillnad från en skyldighet att begära yttranden föreligger dock risk för att systemet kommer att underutnyttjas. Därför kan lagstiftaren anse det vara lämpligt att

[120] I den känsliga abortfrågan har Europadomstolen erkänt en mycket vid tolkningsmarginal se dock M. L. mot Polen, nr 40119/21, 14 december 2023.
[121] Se exempelvis Mouvement Raëlien Suiss mot Schweiz, nr 16354/06, 13 juli, 2012.
[122] Se ang. frågan om grundlaggskysskyddad aborträtt i svensk rätt, SOU 2025:2.
[123] Se Tyrer mot det Förenade kungariket, nr 5856/72, 25 april 1978, p. 31.
[124] Se högsta domstolens referens till Europadomstolens yttrande avseende surrogatmoderskap i NJA 2019 s. 504.
[125] FN:s tidigare rättschef, Hans Corell, framhöll vid ett möte i International Law Association (ILA) 12 oktober 2023, att detta var en viktig aspekt redan under 1980-talet.
[126] Se avsnitt 2.3 och lag (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

ge en vidare krets av domstolar behörighet att begära yttranden. Samtidigt är beredvillighet att ge prejudikatsdomstolar möjlighet att främja konventionsåtagandenas efterlevnad ett tecken på att den svenska rättskulturen är i förändring.[127] Normgivningsmakten förskjuts nämligen något ytterligare från lagstiftaren till domstolarna.

4.3 Motviljan mot att ge domstolar möjlighet att begära rådgivande yttranden

Som en huvudanledning till att Patent- och marknadsöverdomstolen inte omfattas av lagen (2024:1076) om rådgivande yttrande, framhålls i propositionen 2023/24:161 risken med att domstolen begär klargöranden rörande samma frågor från Europadomstolen och EU-domstolen och får motstridiga svar. Farhågan om normkonflikter har stöd i EU-domstolens rättspraxis.[128] Även om det alltid har funnits en vilja i såväl många EU-medlemsstater som på överstatlig nivå att gjuta en solid europeisk värdegrund har det triangulära förhållandet mellan konstitutionell rätt, unionsrätt, och EKMR-systemet varit komplicerat och är det alltjämt.

I och med att de europeiska gemenskaperna blev en union 1993, väcktes frågan om en EU-anslutning till EKMR-systemet. I yttrandet 2/94 förklarade dock EU-domstolen att unionen saknade behörighet att ingå avtalet.[129] Till följd av att EU-stadgan blev primärrätt 2009 återuppväcktes frågan om ett konventionstillträde. I yttrandet 2/13, förklarade dock EU-domstolen för andra gången att en anslutning till EKMR-systemet skulle strida mot grundfördragen. Nu var anledningen att uppdraget som medlemsstaterna har tilldelat EU-domstolen att säkerställa en koherent och teleologisk rättsutveckling enligt artikel 19(1), första stycket, i FEU, skulle försvåras om unionens åtgärder skulle kunna bli föremål för prövning i Europadomstolen.[130] I det sammanhanget förklarade EU-domstolen att det tänkta anslutningsavtalet saknade ”föreskrifter om förhållandet mellan den mekanism som inrättas genom protokoll nr 16 och förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF”.[131] Enligt EU-domstolen kunde möjligheten att begära rådgivande yttranden från Europadomstolen ”skapa en risk för ett kringgående av förfarandet för förhandsavgörande enligt

[127] Claes Granmar, Sweden, Fundamental Rights and the EU Charter, i On the Relation between the EU Charter of Fundamental Rights and National Fundamental Rights – A Comparative Analysis in the European Multilevel Court System, (eds. Alexander Heger och Moritz Malmus), Springer, 2024.

[128] Yttrande 2/94, EU:C:1996:140. För en överblick, se Tobias Lock, The European Court of Justice and International Courts, Oxford University Press, 2015.

[129] Yttrande 2/94, supra not 128.

[130] Yttrande 2/13, supra not 44, p. 165.

[131] Yttrande 2/13, supra not 44, p. 170–173.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

artikel 267 FEUF, vilket […] utgör kärnan i det domstolssystem som har inrättats genom fördragen."[132]

Vid tidpunkten fanns det en möjlighet för unionen att förmå EU-medlemsstaterna att inte ratificera tilläggsprotokollet. I backspegeln framstår dock oron för överlappande domstolssamarbeten som överdriven. Å ena sidan är överlappningar mellan EKMR-systemet och unionsrätten ett faktum som inte påverkas av möjligheten att inhämta rådgivande yttranden. Å andra sidan gäller skyldigheten att inhämta ett förhandsavgörande enligt artikel 267, tredje stycket, i FEUF, även om samma domstol kan inhämta ett yttrande från Europadomstolen i relaterade frågor.

Däremot kan förvisso kolliderande uppfattningar om företräde skapa gnissel i rättsmaskineriet. Enligt förklaring nr 17 till Lissabonfördraget, har EU-medlemsstaterna uttryckligen accepterat unionsrättens företräde i enlighet med EU-domstolens praxis.[133] Samtidigt har Europadomstolen klargjort att även om det finns en presumtion för att EKMR-systemet respekteras fullt ut inom unionsrätten, har konventionsbestämmelserna företräde om det skulle visa sig att unionsrättens fri- och rättighetsskydd är "uppenbart otillräckligt" i ett ärende.[134]

I svensk rätt klargörs i 10 kap. 6 § regeringsformen att riksdagen inom ramen för EU-samarbetet får överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket, så länge fri- och rättighetsskyddet inom unionsrätten motsvarar det som följer av regeringsformen och EKMR-systemet. Enligt lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till EU (EU-lagen) gäller unionens grundfördrag och andra instrument, samt de rättsakter, avtal och andra beslut som baseras på primärrätten med den verkan som följer av fördragen och instrumenten. EU-lagen är alltså en "rörledning" genom vilken unionsrätten forsar in i svensk rätt.[135]

Redan en språkanalys av 10 kap. 6 § regeringsformen, ger vid handen att Sveriges riksdag saknar behörighet att ge unionsrätten företräde framför det fri- och rättighetsskydd som följer av regeringsformen och EKMR-systemet. Om EU-lagen skulle tolkas på så sätt att unionsrätten åsidosätter det fri- och rättighetsskydd som garanteras i regeringsformen eller EKMR-systemet, skulle det innebära att riksdagen agerade utanför sina tilldelade befogenheter (*ultra vires*)

[132] Yttrande 2/13, supra not 44, p. 198.

[133] Se förklaringar som fogas till slutakten från den regeringskonferens som antagit Lissabonfördraget 26 oktober 2012, EUT C 326/337. Se även exempelvis mål C-30/19, Diskrimineringsombudsmannen, EU:C:2014:2454, p. 58.

[134] Bosphorous Hava Yollari Turizm and Ticaret Anonim Sirketi mot Ireland, nr 45036/98, 30 juni 2005. Se även Al-Dulimi and Montana management Inc. mot Schweiz, nr 5809/08, 21 juni 2016, p. 137–149.

[135] Jfr R (on the application of Miller and another) v Secretary of State for Exiting the European Union (Rev 3) [2017] UKSC 5, 24 januari 2017, p. 65. Se även C-621/18, Wightman med flera mot Secretary of State, supra not 37.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

när EU-lagen antogs eller uppdaterades. På motsvarande sätt saknade regeringen mandat att genom undertecknandet av förklaring nr 17 ge EU-institutionerna befogenhet att vidta åtgärder i strid med EKMR-systemet eller regeringsformen.[136] Dessutom har Högsta domstolen bekräftat EKMR-systemets företräde i det ovan nämnda målet NJA 2014 s. 79, *BillerudKorsnäs*.[137] Således ska unionsdomstolens förtydliganden avseende termen ”högsta domstolsinstans” beaktas endast så länge de är förenliga med regeringsformen och EKMR-systemet. Med tanke på att Europadomstolen har bekräftat att den unionsrättsliga domstolssamverkan utgör en integrerad del i den nationella processrätten torde risken för normkonflikt vara av ringa betydelse vid tilldelningen av behörigheter att inhämta rådgivande yttranden.

5. AVSLUTANDE REFLEKTIONER

Genom en ändring i EKMR-lagen och införandet av lagen (2024:1076) om rådgivande yttrande, kan sedan den 1 april 2025 svenska domstolar ges behörighet att samverka med Europadomstolen i enlighet med tilläggsprotokoll 16. Med tanke på hur få rådgivande yttranden som hittills har begärts av domstolar inom EKMR-systemet och då även svenska domstolar kan förväntas utnyttja möjligheten med stor försiktighet, kan frågan om vilka domstolar som ska kunna begära rådgivande yttranden tyckas vara av endast akademiskt intresse. Vid ett hastigt påseende kan valet av svenska domstolar i nuläget även framstår som okontroversiellt. Eftersom Europadomstolen med beaktande av konventionsstaternas processuella autonomi har undvikit att precisera innebörden av ”de högsta domstolarna” som enligt tilläggsprotokollet kan ges behörighet att inhämta rådgivande yttranden kan det framstå som om den nationella lagstiftaren har en vid bedömningsmarginal vid genomförandet av protokollet. I regerings proposition och i tongivande remissvar förespråkas därför att lagstiftaren tämligen fritt ska kunna avgöra vilka domstolar som ska kunna samverka med Europadomstolen. Att tilldela behörigheter med utgångspunkt i en behovsinventering kan dock visa sig vara oförenligt med såväl folkrättsliga tolkningsprinciper som europarättens systematik. Enligt Wienkonventionen om traktaträtten bör begreppet ”de högsta domstolarna” som används i tilläggsprotokoll 16 förstås lexikaliskt, och en otydlig funktionsfördelning mellan nationella domstolar kan få högst praktiska konsekvenser för parterna i det enskilda ärendet.

Genom att blanda ihop den strukturella frågan om det finns rättsmedel mot en domstols avgöranden med den empiriska frågan vilken domstol som

[136] Jfr tysk rätt BVerfGE 89, 155, 12 October 1993 (Brunner); 2 BvR 859/15, 5 May 2020 (Weiss).

[137] NJA 2014 s. 79, BillerudKorsnäs, supra not 98. Se även NJA 2022 s. 965, PL Holdings S.á.r.l., p. 39–46 och 53–54.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16

i normalfallet slutgiltigt avgör ärenden av en viss typ, kan flera domstolar i en processordning ges behörighet att inhämta yttranden. Att ge hovrätter, kammarrätter och specialdomstolar som kan släppa ärenden genom en ventil sådan behörighet kan dock påverka exempelvis Högsta domstolens rättsbildande funktion. I ljuset av unionsrättens krav på en tydlig funktionsfördelning framträder problemen med en extensiv och skönsmässig tilldelning av behörigheter att inhämta yttranden i tydlig dager. Oklarheterna avseende innebörden av ”de högsta domstolarna” inom EKMR-systemet och bristande samstämmighet med klassificeringen av de ”högsta domstolsinstanserna” inom unionsrätten, kan resultera i svårigheter att urskilja vilken domstol som har en skyldighet att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen, eller att i enlighet med lag (2006:502) med vissa bestämmelser om förhandsavgörande, förklara varför ett förhandsavgörande inte inhämtas. För att undvika en ärendehantering som är oförenlig med rätten till en rättvis rättegång bör därför EU-domstolens praxis avseende artikel 267, tredje stycket, i FEUF, beaktas vid valet av domstolar som ska ha behörighet att kunna begära rådgivande yttranden från Europadomstolen.

Av EU-domstolens praxis framgår med all önskvärd tydlighet att en domstol vars avgöranden kan överprövas i en högre domstolsinstans om prövningstillstånd meddelas inte är den högsta domstolsinstansen. Det finns inget stöd i EU-domstolens praxis, eller i en systematisk analys, för uppfattningen att ventilmöjligheten skulle ändra den bedömningen. I svensk rätt finns motstridiga prejudikat avseende ventilens betydelse för skyldigheten att inhämta förhandsavgöranden. I den här artikeln har anförts att en systematisk analys ger vid handen att en nationell domstol som har behörighet att inom gängse överklagandefrist slutligt avgöra frågor som normalt måste hanteras i en typ av ärende är den högsta domstolsinstansen i ärendetypen. Medan exempelvis Mark- och miljööverdomstolen är högsta domstolsinstans i typer av ärenden där det inte finns en ventilmöjlighet, är Mark- och miljööverdomstolen inte den högsta domstolsinstansen i de typer av ärenden som kan nå Högsta domstolen genom en ventil. Således torde ventilmöjligheten ha betydelse för att avgöra om en domstol är högsta domstolsinstans.

För att uppfylla rättsstatsprincipens krav på en rättssäker process bör fördelningen av de nationella domstolarnas funktion i relation till EU-domstolen och Europadomstolen samordnas. När det gäller samverkan med Europadomstolen finns i nuläget förvisso endast anledning att ifrågasätta Mark- och Miljööverdomstolens generella behörighet att inhämta yttranden. Europarättens systematik, samstämmighet och rätten till en rättvis rättegång som följer av rättsstatsprincipen skulle dock behöva beaktas i högre grad om frågan om att ge ytterligare domstolar behörighet att inhämta yttranden från Europadomstolen skulle aktualiseras.

Europarättslig tidskrift, open access 2026-11-16