FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN fremsat den 20. oktober 2011 [1]

1. Rammeafgørelse 2001/220/RIA om ofres stilling i forbindelse med straffesager [2] (herefter »rammeafgørelsen«) er fortsat kilde til fortolkningstvivl for så vidt angår anvendelsen af dens bestemmelser på særligt sårbare ofre, i den foreliggende sag mindreårige. Efter Domstolens dom i Pupino-sagen [3] henvender retten, som dengang forelagde det præjudicielle spørgsmål, sig atter med et spørgsmål vedrørende rækkevidden af rammeafgørelsens artikel 2, 3 og 8 samt forholdet mellem disse bestemmelser og den adgang til »anteciperet bevisoptagelse«, som foreskrives i den italienske strafferetsplejelov, hvorefter det er muligt at foretage en fremskyndet bevisoptagelse under forundersøgelsesfasen, hvis ofret er mindreårigt.

2. Nærmere bestemt har Giudice per le indagini preliminari di Firenze (herefter »GIP«) forelagt Domstolen to spørgsmål vedrørende overensstemmelsen mellem rammeafgørelsen og reglerne om den nævnte isolerede bevisoptagelse eller den såkaldte »anteciperede bevisoptagelse«. Med sit første spørgsmål ønsker retten oplyst, om en ordning som den italienske, hvorved det udelukkende er anklagemyndigheden og den tiltalte, som kan tage initiativ til gennemførelsen af anteciperet bevisoptagelse, er forenelig med rammeafgørelsen, i det omfang anklagemyndigheden ikke er forpligtet til at foranstalte anteciperet bevisoptagelse, selv om det mindreårige offer anmoder herom. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret at vide, om rammeafgørelsen sikrer det mindreårige offers ret til at anke anklagemyndighedens begrundede beslutninger, hvorved denne afslår at efterkomme det mindreårige offers anmodning om isoleret bevisoptagelse.

I — Retsforskrifter

A — *EU-retten*

3. Rammeafgørelsen om ofres retsstilling i forbindelse med straffesager indfører en beskyttelsesordning, som har til formål at harmonisere de nationale bestemmelser, der

1 — Originalsprog: spansk.
2 — Rådets rammeafgørelse af 15.3.2001 (EFT L 82, s. 1).
3 — Domstolens dom af 16.6.2005, sag C-105/03, Sml. I, s. 5285.

regulerer denne type sager. I denne henseende defineres begrebet »offer« i artikel 1, litra a), på følgende måde:

»a) »offer«: en fysisk person, som har lidt skade, herunder fysisk eller psykisk skade, følelsesmæssige lidelser eller økonomisk tab, der er direkte forvoldt af handlinger eller undladelser, der strider mod en medlemsstats straffelov«

4. I artikel 2 fremhæves under overskriften »Respekt og anerkendelse« nødvendigheden af at give særligt sårbare ofre særbehandling, idet artiklen har følgende ordlyd:

»1. Hver medlemsstat sikrer, at ofrene har en reel og passende rolle i dets strafferetssystem. Hver medlemsstat gør fortsat sit yderste for at sikre, at ofre behandles med behørig respekt for deres personlige værdighed under processen, og anerkender ofrenes legitime rettigheder og interesser navnlig i forbindelse med straffesager.

2. Hver medlemsstat sikrer, at særligt sårbare ofre kan få særbehandling, der er bedst muligt afpasset efter deres situation.«

5. Ofrets ret til at blive hørt er et af hovedtrækkene ved den retsstilling, der sikres gennem rammeafgørelsen. Heri garanteres ligeledes en behandling, som er proportional og i overensstemmelse med processens formål, således at den ikke bliver unødigt tyngende. I denne henseende bestemmes følgende i artikel 3:

»*Artikel 3*

Ret til at blive hørt og tilvejebringe beviser

Hver medlemsstat sikrer ofres mulighed for at blive hørt under processen og for at tilvejebringe beviser.

Hver medlemsstat træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at myndighederne kun afhører ofre i det omfang, der er nødvendigt for straffesagen.«

6. Endelig omhandler artikel 8 forskellige beskyttelsesrettigheder for ofret, herunder sårbare ofres ret til at vidne på vilkår, som tager hensyn til deres personlige værdighed og situation:

»*Artikel 8*

Ret til beskyttelse

1. Hver medlemsstat sikrer et passende beskyttelsesniveau for ofre og i relevante tilfælde for deres familier eller hermed ligestillede personer, navnlig med hensyn til deres sikkerhed og beskyttelse af deres privatliv, hvis

de kompetente myndigheder finder, at der er alvorlig fare for hævnakter eller håndfaste beviser for, at nogen alvorligt ønsker at krænke deres privatliv.

2. Med henblik herpå og med forbehold af stk. 4 sikrer hver medlemsstat, at der om nødvendigt som led i retssagen kan træffes passende foranstaltninger til at beskytte ofrenes, deres familiers eller ligestillede personers privatliv, herunder beskytte dem mod fotografisk gengivelse.

3. Hver medlemsstat sikrer ligeledes, at kontakt mellem offeret og gerningsmanden i retsbygningerne undgås, medmindre straffesagen gør en sådan kontakt nødvendig. Når det er relevant for at opnå dette, sørger hver medlemsstat for, at der efterhånden i retsbygningerne indrettes særskilte venteværelser for ofrene.

4. Hver medlemsstat sikrer, at ofre, der har brug for beskyttelse mod følgerne af at afgive vidneforklaring i et offentligt retsmøde, efter en retskendelse kan vidne under forhold, der opfylder denne målsætning, på en hvilken som helst hensigtsmæssig måde, som er i overensstemmelse med den pågældende medlemsstats grundlæggende retsprincipper.«

B — *De nationale forskrifter*

7. Den italienske forfatnings artikel 111 omhandler de straffeprocessuelle garantier, og heriblandt fremhæves betydningen af kontradiktionsprincippet samt undtagelserne herfra i forbindelse med bevisoptagelse:

»*Artikel 111*

Retsplejen skal udøves i overensstemmelse med princippet om en retfærdig rettergang i overensstemmelse med lovgivningen.

I enhver retssag skal der være adgang til kontradiktion på lige vilkår mellem parterne, og retssagen skal foregå for en upartisk dommer. Det skal ved lov sikres, at retssagen afsluttes inden for rimelig tid.

[…]

Straffesager er underlagt kontradiktionsprincippet for så vidt angår bevisoptagelsen. Tiltaltes skyld kan ikke fastslås på grundlag af forklaringer afgivet af personer, som af egen vilje har valgt ikke at lade sig afhøre af den sigtede eller dennes forsvarer.

Loven skal regulere de tilfælde, hvor beviser ikke optages under en kontradiktorisk procedure, fordi den sigtede har ønsket dette, fordi det er påvist, at det objektivt set er umuligt, eller som følge af en påvist skadevoldende adfærd.

[…]«

8. Den italienske forfatnings artikel 112 omhandler anklagemyndighedens rolle i straffesager, idet det bestemmes, at denne »har pligt til at anlægge straffesagen«.

9. I artikel 392, stk. 1a, i Codice di procedura penale italiana (den italienske lov om strafferetspleje, herefter »CPP«) [4] foreskrives muligheden for at foretage anteciperet bevisoptagelse med henblik på en forhåndsoptagelse eller sikring af beviser allerede under forundersøgelsesfasen:

»I sager vedrørende de overtrædelser, der er nævnt i straffelovens artikel 572, 609a, 609b, 609c, 609d, 609g, 612a, 600, 600a og 600b, samt de overtrædelser vedrørende pornografisk materiale, der er nævnt i straffelovens artikel 600c, stk. 1, 600d, 601 og 602, kan anklagemyndigheden [på eget initiativ] herunder på ofrets begæring, eller den person, som er genstand for efterforskningen, begære, at vidneforklaringen fra den mindreårige eller det myndige offer optages som led i en anteciperet bevisførelse, også i andre situationer end dem, der er omhandlet i stk. 1.«

10. Ofrets beføjelse til at anmode om isoleret bevisoptagelse er indeholdt i artikel 394, som har følgende ordlyd:

»1. Offeret kan fremsætte begæring for anklagemyndigheden om at indlede anteciperet bevisførelse.

2. Tages begæringen ikke til følge, fremsætter anklagemyndigheden en begrundet afgørelse, som skal forkyndes for offeret.«

11. Udførelsen af bevisoptagelsen beskrives i CPP's artikel 398, stk. 5a, hvori følgende bestemmes:

»I forbindelse med undersøgelse af sager vedrørende de overtrædelser, der er nævnt i straffelovens artikel 600, 600a og 600b, samt de overtrædelser vedrørende pornografisk materiale, der i nævnt i straffelovens artikel 600c, stk. 1, 600d, 601, 602, 609a, 609b, 609c, 609g og 612a, kan retten, såfremt der er mindreårige blandt de personer, som skal afhøres, ved kendelse som omhandlet i stk. 2 træffe bestemmelse om sted, tidspunkt og fremgangsmåde for anvendelse af anteciperet bevisførelse, såfremt kravene om beskyttelse af personer gør det nødvendigt og hensigtsmæssigt. Afhøringen kan i dette øjemed ske et andet sted end for retten, eventuelt hos specialiserede støtteorganer eller, såfremt disse ikke findes, i den persons hjem, som bevisoptagelsen vedrører. Vidneforklaringerne skal i deres helhed dokumenteres ved hjælp af fonografiske eller audiovisuelle optagelser. Er optagelsesapparater eller teknisk personale ikke til rådighed, kan retten anordne sagkyndig bistand eller teknisk rådgivning.

4 — Ordlyden afspejler de gennemførte ændringer ved lov af 6.2.2006 (GURI n. 38 af 15.2.2006), hvorved der indførtes bestemmelser på området for bekæmpelse af seksuelt misbrug af mindreårige og børneporno på internettet, samt ved lovdekret af 23.2.2009, n. 11.

Afhøringen skal desuden sammenfattes i et protokollat. Et udskrift af optagelserne sker kun på parternes anmodning.«

II — De faktiske omstændigheder

12. X og Y, som er forældre til den mindreårige Z, opløste i juni 2007 deres faste samlivsforhold. Siden da har der udviklet sig et stridsforhold mellem de to forældre, hvor begge parter har anmeldt hinanden ad flere omgange. I en af disse anmeldelser gjorde Y myndighederne opmærksom på sin mistanke om, at X havde gjort sig skyldig i seksuelle overgreb mod deres datter, som på daværende tidspunkt var mindreårig, og at dette angiveligt skulle have fundet sted i løbet af juni måned 2007. Beskyldningernes alvor medførte, at der blev indledt en strafferetlig forundersøgelsesfase ved Giudice delle indagini preliminari.

13. Det fremgår såvel af forelæggelseskendelsen som af de nationale sagsakter, som er fremsendt til Domstolen, at anklagemyndigheden den 8. maj 2008 henstillede til GIP at henlægge sagen, idet den anførte, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for anmeldelsen [5].

5 — Efter anklagemyndighedens opfattelse skulle der ud over de manglende beviser tages hensyn til det yderst konfliktfyldte forhold mellem den mindreåriges forældre efter deres samlivsophør, og særligt efter at Y fik kendskab til, at X havde et fast kærlighedsforhold til en anden kvinde.

14. Den 27. maj 2008 rejste ofrets repræsentant formelt indsigelse mod anklagemyndighedens henstilling om henlæggelse. GIP underrettede parterne og ofret, og sidstnævnte anmodede om, at der blev foretaget anteciperet bevisoptagelse. På trods af en ny henstilling fra anklagemyndigheden om henlæggelse af sagen forkastede GIP denne og traf derefter bestemmelse om indledning af anteciperet bevisoptagelse, hvilket skete den 9. november 2009.

15. X' forsvarer iværksatte kassationsanke ved Corte di cassazione med påstand om ophævelse af GIP's beslutning om at indlede anteciperet bevisoptagelse, og den 27. maj 2010 blev der afsagt dom, hvori appellen blev taget til følge. Den anfægtede beslutning, såvel som alle de foretagne retsskridt med henblik på gennemførelse af den anteciperet bevisoptagelse, blev ophævet.

16. Den 14. juli 2010 henstillede anklagemyndigheden atter til, at sagen skulle henlægges, idet den henviste til de fremførte argumenter i den første henstilling samt de senere fremlagte oplysninger, som ifølge dennes opfattelse ikke ændrede ved den indledende bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Ofrets repræsentant gjorde indvending mod anklagemyndighedens henstilling, og der blev afholdt et nyt retsmøde, hvorefter GIP besluttede at forelægge det præjudicielle spørgsmål.

III — Det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

17. Den 25. oktober 2010 blev det præjudicielle spørgsmål indført i Domstolens register. I sin detaljerede fremstilling af de faktiske omstændigheder undlader den forelæggende ret at foretage en særskilt formulering af spørgsmålene, om end det forholdsvist nemt kan udledes, at der forelægges to spørgsmål, som kan formuleres på følgende vis:

»1) Skal artikel 2, 3 og 8 i rammeafgørelse 2001/220/RIA af 15. marts 2001 om ofres retsstilling i forbindelse med straffesager fortolkes på en sådan måde, at disse artikler er til hinder for en national lovbestemmelse som artikel 392, stk. 1a, i den italienske strafferetsplejelov, for så vidt den ikke pålægger anklagemyndigheden en pligt til at begære afhøring og optagelse af vidneforklaring fra det mindreårige offer i form af anteciperet bevisoptagelse forud for domsforhandlingen i sagen, selv om det mindreårige offer udtrykkeligt har anmodet herom?

2) Skal artikel 2, 3 og 8 i rammeafgørelse 2001/220/RIA fortolkes således, at disse artikler er til hinder for en national lovbestemmelse som artikel 394 i den italienske strafferetsplejelov, hvorefter det mindreårige offer ikke gives mulighed for at anke anklagemyndighedens afslag på anmodningen om at blive afhørt inden for rammerne af anteciperet bevisoptagelse?«

18. Der er indgivet skriftlige indlæg af X' forsvarer, af repræsentanten for ofret i hovedsagen, Irland, den tyske, den italienske og den nederlandske regering samt af Europa-Kommissionen. Ingen af disse har anmodet om afholdelse af et mundtligt retsmøde.

IV — Indledende betragtninger

19. Den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål forudsætter nogle indledende betragtninger vedrørende den italienske strafferetspleje. De forelagte spørgsmål omhandler den såkaldte anteciperede bevisoptagelse, som er et retsskridt, der kan iværksættes under forundersøgelsesfasen og forud for domsforhandlingen. Som bekendt er det ikke første gang, at Domstolen skal tage stilling til de problemer, som den anteciperet bevisoptagelse i det italienske retssystem giver anledning til i forhold til EU-retten. De omstændigheder, hvorunder de præjudicielle spørgsmål nu forelægges, er imidlertid nye, idet de vedrører anklagemyndighedens rolle og den lovfæstede domstolskontrol, som denne er underlagt i kraft af sin retsudøvende rolle.

20. Trods de ændringer, der blev indført i straffeproceslovgivningen gennem den italienske forfatning, var det først, da CPP trådte i kraft i 1988, at der blev foretaget en gennemgribende reform på området. Denne lovteksts vigtigste bidrag var indførelsen af en akkusatorisk straffeproces. Indtil da havde den italienske straffeproces fulgt et inkvisitorisk princip, som tydeligst kom til udtryk i »codice Rocco« fra 1930 [6].

21. Med CPP fra 1988 blev der indført en ordning for straffesager, hvorved disse blev skarpt opdelt i en forundersøgelsesfase og en domsforhandling, og hvor den efterforskning, der foretages under forundersøgelsesfasen, henhører under politiets og anklagemyndighedens kompetence [7]. Under forundersøgelsesfasen indsamles de nødvendige elementer til understøttelse af anklagen og forsvaret, og disse elementer indføjes i sagsakterne. Efter domsforhandlingens indledning fremfører parterne de faktiske omstændigheder, hvorpå de støtter deres respektive påstande for retten, på den betingelse, at de er optaget i sagsakterne fra forundersøgelsen [8]. I princippet har retten, som behandler sagen, ikke adgang til forundersøgelsens sagsakter, bortset fra de elementer, som parterne vælger at fremføre som beviser under domsforhandlingen.

22. Denne stringente ordning bygger på den akkusatoriske model, som ligger til grund for den italienske straffeproces, idet ordningen har til hensigt at sikre kontradiktion og ligestilling af anklager og forsvar. Med udgangspunkt i tvisten mellem parterne afdækkes nogle faktiske omstændigheder, som giver retten mulighed for at bedømme en given adfærd og dermed afgøre sagen. Det handler kort sagt om at sikre, at afgørelsen udelukkende beror på de faktiske omstændigheder, og at den samtidig sikrer den tiltaltes rettigheder [9].

23. Den italienske straffeproces svarer imidlertid ikke til en rent akkusatorisk model. Kort efter CPP's ikrafttræden indførte Corte costituzionale og de ordinære retter nogle ordninger, som var nærmere beslægtet med den tidligere inkvisitoriske model, og som siden er blevet opretholdt. Forskellene i lovgiverens og retsinstansernes fortolkning udmøntede sig i en ændring af den italienske forfatnings artikel 111, hvorefter de grundlæggende principper i en akkusatorisk proces anerkendes, samtidig med at lovgiveren tildeles en vis

6 — Vedrørende den historiske udvikling i den italienske straffeproceslovgivning henvises til F. Cordero, *Procedura Penale*, 8. udg., ed. Giuffrè, Milano, 2006, s. XX.

7 — CPP's artikel 326.

8 — CPP's artikel 493.

9 — Jf. generelt herom G. Giostra, »Contraddittorio«, i *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2001, bind II, s. 1 ff., G. Ubertis, »La ricerca della verità giudiziale«, i G. Ubertis (red.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, ed. Giuffrè, Milano, 1992, s. 2 ff., P. Ferrua, »La regola d'oro del processo accusatorio«, i R. Kostoris (red.), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, ed. Giappichelli, Torino, 2002, s. 11 ff., og G. Illuminati, »Giudizio«, i G. Conso og V. Grevi (red.), *Compendio di procedura penale*, ed. Cedam, Padova, 2003, s. 644 ff.

manøvrefrihed [10]. Disse skønsbeføjelser har gjort det muligt at skabe et system, hvorefter den italienske straffeproces udgør en blandet model, som har et betydeligt akkusatorisk præg, men som samtidig har visse inkvisitoriske kendetegn [11].

24. To af de aspekter, der afviger fra de akkusatoriske kendetegn, har særlig betydning for besvarelsen af det foreliggende præjudicielle spørgsmål, idet de vedrører anklagemyndighedens rolle samt tilvejebringelsen af beviser forud for domsforhandlingens indledning.

25. Under forundersøgelsesfasen spiller forundersøgelsesdomstolen (GIP) en forholdsvis reaktiv rolle i modsætning til en aktiv rolle, idet dens funktion er begrænset til at sikre, at undersøgelsen forløber korrekt, og at såvel den tiltaltes som ofrets rettigheder tilgodeses [12]. GIP hverken leder eller medvirker i de forskellige dele af efterforskningen, idet de forskellige beviselementer i sagen fremlægges formelt set først under domsforhandlingen. GIP's passive rolle bevirker, at anklagemyndigheden bliver primus motor under forundersøgelsesfasen, idet denne således har enekompetence til at lede efterforskningen [13] og anlægge straffesagen [14]. Som undtagelse til den rent akkusatoriske model bestemmes det imidlertid i CPP's artikel 409, stk. 5, at GIP kan pålægge anklagemyndigheden at »rejse tiltale«, hvorved dens passive rolle brydes af hensyn til legalitetsprincippet [15].

26. Under forundersøgelsesfasen efterforskes ligeledes de faktiske omstændigheder, som senere hen får karakter af beviser, men det tilkommer udelukkende politiet, anklagemyndigheden og den tiltalte at fremlægge disse i sagen. Der gøres undtagelse fra denne regel, når der foreligger sådanne omstændigheder som nævnt i CPP's artikel 392, hvorefter GIP gives mulighed for at foretage anteciperet bevisoptagelse. Det er netop herigennem, at der tillades en forhåndsoptagelse eller sikring af beviser under forundersøgelsesfasen med henblik på en efterfølgende bedømmelse heraf under domsforhandlingen. Grundlaget for bestemmelsen er tydelig: Hvis der foreligger en reel risiko for, at det ikke vil være muligt at optage beviset under domsforhandlingen, eller hvis det er nødvendigt at supplere efterforskningen af de faktiske omstændigheder med andre værdier af særlig (vægtigere?) betydning, kan der gøres

10 — Vedrørende reformen og forarbejderne hertil henvises til W.T. Pizzi og M. Montagna, »The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy«, *Michigan Journal of International Law*, 2004, og M. Panzavolta, »Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System«, *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, 2005.

11 — Jf. herom L. Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, ed. Cedam, 2009, Padova, 2009, s. 8 ff.

12 — CPP's artikel 328.

13 — CPP's artikel 327.

14 — CPP's artikel 50.

15 — »[…] il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, *dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione*. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare« (min fremhævelse). Den italienske retslære er splittet i sit syn på denne domstolsbeføjelse, idet den for nogle er en logisk følge af anklagemyndighedens underlæggelse af loven, som er udtrykkeligt fastsat i forfatningens artikel 112, mens den for andre udgør en tvivlsom uligevægt til skade for det akkusatoriske princip. Vedrørende de forskellige holdninger henvises til V. Zagrebelsky, »Le soluzioni peggiori del male (a proposito del pubblico ministerio)«, *Cassazione Penale*, 1991, s. 313, og L. Ferraioli, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, ed. Cedam, Padova, 2006, s. 105 og 106.

undtagelse fra det akkusatoriske princip og allerede under forundersøgelsesfasen iværksættes et retsskridt, som i princippet henhører under domsforhandlingen [16].

27. Hvad angår nævnte artikels stk. 1a, er det muligt at foretage forhåndsoptagelse af beviser, når ofret for en af de heri opregnede overtrædelser er mindreårig. Denne foranstaltning har på den ene side til hensigt at hindre, at den forløbne tid mellem hændelsen og domsforhandlingen svækker ofrets forklaring, og på den anden side at sikre en mulighed for vidneafhøring, som tager hensyn til den mindreåriges særligt sårbare status.

28. Anteciperet bevisoptagelse kan udelukkende iværksættes af GIP og kun efter anmodning fra anklagemyndigheden eller den tiltalte [17]. For så vidt angår mindreårige ofre gives disse gennem CPP imidlertid mulighed for at henvende sig til anklagemyndigheden med henblik på at få denne til at fremsætte begæring til GIP om iværksættelse af anteciperet bevisoptagelse. Anklagemyndighedens beslutning med hensyn til begæringen om anteciperet bevisoptagelse, som denne træffer i medfør af sine skønsmæssige beføjelser, skal imidlertid altid være begrundet [18], om end ofret ikke kan anke beslutningen ved nogen instans, såfremt den er negativ.

29. De to præjudicielle spørgsmål, som GIP stiller i den foreliggende sag, omhandler netop denne problemstilling. Nedenfor følger en analyse af spørgsmålene.

V — Det første præjudicielle spørgsmål

30. GIP anmoder med sit første spørgsmål Domstolen om at tage stilling til forenelighed mellem rammeafgørelsens artikel 2, 3 og 8 og en retsregel som CPP's artikel 392, stk. 1a. Nærmere bestemt er det den forelæggende rets opfattelse, at en ordning, hvorefter anklagemyndigheden ikke er forpligtet til formelt at anmode om anteciperet bevisoptagelse, efter at et mindreårigt offer har anmodet herom, er tvivlsom i lyset af de nævnte bestemmelser i EU-lovgivningen.

31. X og de medlemsstater, som har indgivet skriftlige indlæg i den foreliggende sag, er alle af den opfattelse, at der ikke foreligger nogen

16 — Vedrørende reglerne og grundlaget for samt formålet med den isolerede bevisoptagelse i Italien henvises generelt til G. Esposito, *Contributo allo studio dell'incidente probatorio*, ed. Novene, Napoli, 1989, P. Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, ed. Cedam, 2000, Morselli, *L'incidente probatorio*, ed. Utet, Torino, 2000, P. Renon, *L'incidente probatorio nel processo penale, tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, ed. Cedam, Padova, 2000, C. Di Martino og T. Procaccianti, *La prova testimoniale […] op. cit.*, s. 167-174, og C. Di Martino og T. Procaccianti, *La prova testimoniale nel processo penale*, 2. udg., ed. Cedam, 2010, s. 163 ff.

17 — CPP's artikel 394.

18 — Ibidem.

uoverensstemmelse mellem den italienske ordning og den nævnte rammeafgørelse. De anfører alle, at det i ovennævnte artikel 2, 3 og 8 kræves, at medlemsstaterne iværksætter foranstaltninger til beskyttelse af sårbare ofre, når disse indkaldes for at vidne i en straffesag, men at det ikke nævnes i disse artikler, hvilke konkrete procedurer der skal finde anvendelse.

32. Kommissionen har valgt den gyldne middelvej, idet den i princippet tilslutter sig ovennævnte standpunkt, men med forbehold af, at GIP med sikkerhed måtte vide, at der vil blive afholdt en domsforhandling. I så tilfælde burde den anteciperede bevisoptagelse nemlig på den ene eller den måde være ufravigelig som følge af rammeafgørelsen. Kun repræsentanten for ofret i hovedsagen har fastholdt, at den italienske ordning er retsstridig.

33. Mit forslag til besvarelse af dette spørgsmål er inddelt i tre på hinanden følgende trin, idet jeg i første omgang koncentrerer mig om det mindreårige offers specielle status som særligt sårbart offer i henhold til rammeafgørelsen, samt de heraf afledte virkninger. Efter at have bekræftet, at der foreligger en sådan omstændighed i den foreliggende sag, vil der blive gjort rede for rammeafgørelsens mulige rækkevidde med hensyn til anteciperet bevisoptagelse i straffeprocessens indledende faser, som vedrører mindreårige ofre. Endelig foretages en undersøgelse af den særlige italienske ordning vedrørende anteciperet bevisoptagelse og navnlig af anklagemyndighedens beføjelser under denne fase, set i lyset af ovennævnte retsforskrifter.

34. Det er i denne henseende vigtigt at fremhæve, at de tvivlsspørgsmål, som den forelæggende ret har rejst, udelukkende vedrører forundersøgelsesfasen i en straffesag. Enhver betragtning vedrørende den behandling som ofrene, og ikke mindst de mindreårige ofre, har krav på i andre faser af straffesagen, ligger således uden for de forelagte spørgsmål.

A — *Rammeafgørelse 2001/220 og særligt sårbare ofre*

35. Om end rammeafgørelsen foreskriver en generel ordning, som finder anvendelse på alle ofre i straffesager, nævnes i dens artikel 2, stk. 1, helt konkret »særligt sårbare ofre«, som medlemsstaterne skal sikre en »særbehandling, der er bedst muligt afpasset efter deres situation«. Denne bestemmelse, som systematisk er placeret i begyndelsen af den nævnte rammeafgørelse, afspejler en hensigtserklæring, som præger hele dens indhold. Medlemsstaterne er således forpligtede til at indføre særbehandling til fordel for særligt sårbare ofre og at undgå enhver foranstaltning, som kan indebære en vilkårlig behandling, hvori der ikke tages hensyn til den særlige situation, som disse ofre befinder

sig i. Anskuet ud fra dette begrebs virkninger må det fastslås, at rammeafgørelsen indfører et højere beskyttelsesniveau, når en national afgørelse vedrører et særligt sårbart offer [19].

36. Som bekendt indeholder EU-retten ikke nogen definition af begrebet »særligt sårbart offer«. Der er tale om en bevidst beslutning fra fællesskabslovgiverens side, som har til hensigt at gøre anvendelsen af rammeafgørelsen fleksibel [20]. Når det drejer sig om mindreårige ofre, er der imidlertid ingen tvivl om, at disse skal anses for »særligt sårbare ofre«. Dette har Domstolen bekræftet i Pupino-dommen [21], hvori den tilslutter sig de detaljerede argumenter i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sagen [22]. Således fastslog Domstolen i den nævnte dom, at »den omstændighed, at ofret for en strafbar handling er en mindreårig, er tilstrækkelig til i almindelighed at betragte et sådant offer som særligt sårbar i rammeafgørelsens forstand« [23].

37. I den foreliggende sag skal der således foretages en fortolkning af rammeafgørelsens bestemmelser under hensyntagen til det høje beskyttelsesniveau, som de særligt sårbare ofre har krav på. Ofret i hovedsagen henhører nemlig under denne gruppe, idet hun angiveligt er blevet seksuelt krænket af en af sine forældre i en alder af fem år. Denne særlige omstændighed skal tages i betragtning gennem hele argumentationen for nærværende forslag til afgørelse, idet den udgør én blandt flere faktorer, som skal afvejes med henblik på at nå frem til en endegyldig besvarelse.

B — *Artikel 2, 3 og 8 i rammeafgørelse 2001/220 og foranstaltninger til forhåndsoptagelse af beviser under straffesagens forundersøgelsesfase*

38. Inden de nærmere aspekter af anteciperet bevisoptagelse i Italien gennemgås, vil det være hensigtsmæssigt at belyse betingelserne, hvorpå rammeafgørelsen finder anvendelse på de nationale foranstaltninger til forhåndsoptagelse eller sikring af beviser under straffesagens forundersøgelsesfase. Som det fremgår nedenfor, indfører den pågældende tekst en generel forpligtelse, hvorefter medlemsstaterne skal tage hensyn til de sårbare ofres særlige situation, når det er nødvendigt at indkalde dem for at vidne i et offentligt retsmøde. EU-lovgivningen, herunder den afledte EU-ret og Domstolens retspraksis,

19 — Jf. L. Fayolles detaljerede analyse i *Naissance et influence de la notion d'exploitation sexuelle enfantine. Étude des incriminations et sanctions pertinentes et de la participation de l'enfant victime au cours de la phase préparatoire en droit comparé, en droit international, en droit du Conseil de l'Europe et en droit de l'Union Européenne*, Doctoral Thesis, EUI, Firenze, 2008, s. 347 ff.

20 — Et bevis på dette er, at Den Portugisiske Republiks initiativ til rammeafgørelsen, hvis affattelse ligger til grund for den nuværende lovgivning, faktisk angav nogle kriterier til identifikation af sårbare ofre i dens artikel 2, stk. 2, herunder ofrets alder (Initiativ fra Den Portugisiske Republik med henblik på vedtagelse af Rådets rammeafgørelse om ofrenes stilling i forbindelse med strafferetlig procedure (EFT 2000 C 243, s. 4 ff.)).

21 — Nævnt ovenfor i fodnote 3.

22 — Forslag til afgørelse fremsat den 11.11.2004, punkt 53-58.

23 — Pupino-dommen, præmis 53.

bekræfter, at det drejer sig om en pligt til at sikre sådanne foranstaltninger, samtidig med at medlemsstaterne tildeles vide lovgivningsmæssige beføjelser.

39. I rammeafgørelsens artikel 3, stk. 2, kræves, at medlemsstaterne træffer »de nødvendige foranstaltninger« til at sikre, at myndighederne kun afhører ofre »i det omfang, der er nødvendigt for straffesagen«. Set i lyset af den gentagne brug af termen »nødvendig«, er det tydeligt, at den nævnte artikel 3 er udtryk for en proportionalitetsbeføjelse til medlemsstaterne, som er ansvarlige for at træffe de passende og nødvendige foranstaltninger på grundlag af en afvejning af alle de forskellige faktorer, som er i spil. I artiklen nævnes ej heller de forskellige faser i straffesagen, idet der blot formuleres en generisk forskrift, som finder anvendelse på processen som helhed.

40. Rammeafgørelsens artikel 8 fungerer som *lex specialis* i forhold til ovennævnte artikel 3. I forbindelse med fastsættelsen af et beskyttelsesniveau for ofre, som tager udgangspunkt i disses sikkerhed og privatliv, nævnes specifikt i stk. 4 medlemsstaternes pligt til at sikre de mest sårbare ofre en beskyttelse mod »følgerne af at afgive vidneforklaring i et offentligt retsmøde«. Med henblik på at sikre denne beskyttelse indfører artiklen en ret til at »vidne under forhold, der opfylder [en sådan beskyttelse], på en hvilken som helst hensigtsmæssig måde, som er i overensstemmelse med den pågældende medlemsstats grundlæggende retsprincipper«. Når det kommer til ofrets deltagelse som vidne i det offentlige retsmøde, skærpes tonen i rammeafgørelsen således markant, og formuleringerne heri leder snarere tankerne hen på *ofrets rettigheder*. Det skal dog understreges, at dette sker samtidig med, at den enkelte medlemsstat endnu engang gives et omfattende råderum (idet der henvises til en »hensigtsmæssig måde«), og at der tages et forbehold: »den pågældende medlemsstats grundlæggende retsprincipper«.

41. Domstolen har ved et enkelt, men relevant, tilfælde haft lejlighed til at fortolke rækkevidden af rammeafgørelsens artikel 3 og 8 i sager, der omhandler mindreårige ofre, hvilket gav anledning til den meget omtalte Pupino-dom [24]. I dommens præmis 56 udtaler Domstolen sig om medlemsstaternes forpligtelser som følge af de nævnte bestemmelser, idet det fastslås, at »gennemførelsen af de mål, der forfølges med de i rammeafgørelsen nævnte bestemmelser, [*forudsætter*] at en national ret har *mulighed* for med hensyn til særligt sårbare ofre at anvende en særlig procedure, såsom proceduren med isoleret bevisoptagelse

24 — I dom af 15.9.2011, forenede sager C-483/09 og C-1/10, Gueye og Salmerón Sánchez, Sml. I, s. 8263, behandles ligeledes anvendelsen af de to bestemmelser på de sårbare ofre, om end der her er tale om vold mod kvinder i hjemmet og ikke om mindreårige børn, sådan som det er tilfældet i den foreliggende sag og i Pupino-sagen.

forud for domsforhandlingen« [25]. Derefter tilføjes det i dommen, at dette er den mest hensigtsmæssige fremgangsmåde, såfremt »denne procedure er bedst muligt afpasset efter ofrenes situation og er påkrævet for at forhindre, at beviserne fortabes, for at nedbringe gentagelsen af afhøringerne til et minimum og for at forebygge de skadelige følger for de nævnte ofre af, at de har afgivet vidneforklaring i et offentligt retsmøde«.

42. Det er vigtigt at fremhæve, at den af Domstolen nævnte »forudsætning« udelukkende henviser til »muligheden« for, at den nationale ret kan anvende en særlig procedure med forhåndsoptagelse eller sikring af beviser forud for domsforhandlingen. Medlemsstaterne pålægges på intet tidspunkt en forpligtelse til at indføre anteciperet bevisoptagelse som den, der er fastsat i den italienske lovgivning. Anvendelsen af denne terminologi er udtryk for, at der i dommen lægges vægt på den betydning, det har for rammeafgørelsen, at medlemsstaterne indfører en særbehandling af de særligt sårbare ofre, hvad enten det sker gennem nedskrevne regler eller mere generelt gennem retspraksis. Ikke desto mindre anføres det på intet tidspunkt, at den isolerede bevisoptagelse skulle være den eneste metode til at forfølge denne målsætning.

43. Denne konklusion ændres ikke af den afgørelse, som Domstolen nåede frem til i Pupino-sagen. Som bekendt blev det i dommens dispositive del fastslået, at en ordning som den italienske, hvorefter anteciperet bevisoptagelse kun finder anvendelse i forbindelse med et begrænset antal forbrydelser, ikke var forenelig med rammeafgørelsen.

44. Med sin erklæring om, at den italienske ordning var retsstridig, foretog Domstolen ikke en vid fortolkning af rammeafgørelsen, som ville udvide anvendelsen af anteciperet bevisoptagelse til at gælde for hele EU. Det er min opfattelse, at den underliggende og udslagsgivende årsag til afgørelsen i Pupino-sagen skal findes i, at det er praktisk talt umuligt at se fornuften i den nationale lovgivers beslutning om at begrænse anvendelsen af anteciperet bevisoptagelse til de tilfælde, hvor der er begået seksualforbrydelser mod mindreårige ofre. Den italienske lovgivning var ikke under mistanke for, om der fandtes en bestemt retlig foranstaltning eller ej, men derimod fordi en sådan foranstaltning kun var foreskrevet for retssager, der omhandlede visse forbrydelser, som f.eks. seksuelle overgreb, mens andre, såsom mishandling, ikke var omfattet heraf. Domstolen fandt, at denne ordning helt uberettiget berøvede et betydeligt antal særligt sårbare ofre et retsskridt, som netop var afpasset deres særlige situation [26].

25 — Min fremhævelse.

26 — Jf. i denne retning dom af 9.10.2008, sag C-404/07, Katz, Sml. I, s. 7607, hvori Domstolen fastslog, at rammeafgørelsen ikke indeholder nogen forpligtelse for en national domstol til at tillade et offer for et strafbart forhold at afgive forklaring som vidne i forbindelse med en subsidiær privat påtale, sådan som det er tilfældet i hovedsagen. »*I mangel af en sådan mulighed* skal offeret imidlertid have tilladelse til at afgive et udsagn, der kan indgå som bevis i sagen« (præmis 50). Rammeafgørelsen foreskriver således ikke, hvilke metoder der skal anvendes, men derimod eksistensen af selve beføjelsen.

45. Medlemsstaternes skønsmæssige beføjelser er endnu videre, når det kommer til andre interesser, der ligeledes har krav på beskyttelse, f.eks. de ordninger, der har til hensigt at beskytte rettighederne hos andre personer end ofret. Domstolen har bekræftet dette i dommen i sagen Gueye og Salmerón Sánchez, hvori den anerkendte muligheden for at begrænse sårbare ofres ret til at blive hørt, når dette er begrundet i hensynet til de almene samfundsinteresser, som f.eks. bekæmpelsen af vold i hjemmet [27].

46. Endelig er det nødvendigt at nævne artikel 24, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvoraf det fremgår, at der skal »tages hensyn [til børns synspunkter] i forhold, der vedrører dem, i overensstemmelse med deres alder og modenhed«. Det fremgår af forklaringerne til charterets bestemmelser, at artiklens ordlyd er inspireret af artikel 12 i New York-konventionen om barnets rettigheder [28], som er ratificeret af samtlige medlemsstater, og dens ordlyd er stort set identisk med den rettighed, der foreskrives i den EU-retlige bestemmelse [29]. Den væsentligste forskel mellem de to artikler (som dog på ingen måde udgør et modsætningsforhold) findes i konventionens artikel 12, stk. 2, hvori det, efter at have anerkendt barnets ret til at udtrykke sine synspunkter og til at blive hørt, tilføjes, at »barnet især gives mulighed for at udtale sig i enhver behandling ved dømmende myndighed eller forvaltningsmyndighed af sager, der vedrører barnet, enten direkte eller gennem en repræsentant eller et passende organ i overensstemmelse med de i national ret foreskrevne fremgangsmåder«.

47. Således indeholder charterets artikel 24, stk. 1, en juridisk dimension for så vidt angår retten til, at barnets synspunkter tages i betragtning ud fra hensynet til barnets særlige forhold. Når artiklen fortolkes i lyset af New York-konventionen, kan det udledes, at medlemsstaterne er forpligtet til at tage hensyn til de mindreårige ofres behov, når disse indkaldes til at møde for en domstol. Imidlertid stilles der hverken i charteret eller i konventionen krav til medlemsstaterne om, hvordan en specifik interventionsordning skal være udformet. I artikel 24 nævnes blot, at der skal *forefindes* beskyttelsesforanstaltninger, men medlemsstaterne har i øvrigt vide skønsmæssige beføjelser på området.

48. Domstolen har bekræftet denne antagelse i sin hidtidige sparsomme retspraksis vedrørende charterets artikel 24. Det er bl.a. tilfældet i Aguirre Zarraga-dommen [30], der omhandlede en mindreårigs ret til at blive

27 — Dommen i sagen Gueye og Salmerón Sánchez, præmis 62. Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i den sag, nærmere bestemt punkt 63, hvori det anføres, at rammeafgørelsens artikel 8 har en »*underordnet funktion*«, og at den »ikke [omhandler] alle tænkelige interesser for offeret«.

28 — Konvention vedtaget og åbnet for undertegnelse og ratificering den 20.11.1989 (UN Treaty Series, bind 1577, s. 43).

29 — Forklaringen til artikel 24 har følgende ordlyd: »Denne artikel er baseret på New York-konventionen om barnets rettigheder, der blev undertegnet den 20.11.1989 og er ratificeret af alle medlemsstaterne, særlig artikel 3, 9, 12 og 13 heri.«

30 — Dom af 22.12.2010, sag C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga, Sml. I, s. 14247.

hørt i en civilretlig sag om forældremyndigheden over en mindreårig. Ligesom i Pupino-sagen gentog Domstolen, at EU-retten forudsætter, at der forefindes procedurer — men ikke en specifik procedure — til beskyttelse af de mindreåriges rettigheder under retssager. Således fastslås det i dommen, at medlemsstaterne råder over et vidt skøn til i hvert enkelt tilfælde at afveje, hvilke foranstaltninger der er mest hensigtsmæssige [31]. I forlængelse af dette udsagn tilføjer Domstolen, at til trods for ordlyden i charterets artikel 24, »udgør en høring [af barnet] således ikke en absolut forpligtelse [...], men kan gøres til genstand for en vurdering på grundlag af de krav, der er forbundet med barnets tarv i hvert enkelt tilfælde« [32].

49. Selv om rammeafgørelsen blev vedtaget forud for charterets ikrafttræden, skal den fortolkes i henhold til de grundlæggende rettigheder, der er omhandlet heri [33]. Som anført ovenfor hviler de nævnte tekster på den samme præmis når de fortolkes harmoniseret: Medlemsstaterne er forpligtede til at træffe specifikke foranstaltninger, som imødegår de mindreårige ofres særlige behov under retssager. Ikke desto mindre er der ingen af de gennemgåede artikler, der foreskriver en konkret eller individuel procedure. Derimod gives medlemsstaterne vide skønsmæssige beføjelser, som ikke kun skal være retningsgivende for lovgiveren, men ligeledes for domstolene.

50. På baggrund af denne lovmæssige kontekst er det nu muligt at behandle den specifikke problemstilling i den foreliggende sag. Det spørgsmål, som GIP forelægger Domstolen, angår ikke, om der *forefindes* anteciperet bevisoptagelse eller ej, idet denne er foreskrevet for sager som den foreliggende. Derimod omhandler det dens indordning i den nationale proceslovgivning, og navnlig i hvor høj grad henholdsvis ofret og forundersøgelsesdommeren har indflydelse på iværksættelsen af anteciperet bevisoptagelse. Vi skal med andre ord tage stilling til, om vi har at gøre med foranstaltninger, som i for høj grad *besværliggør* ofrets adgang til anteciperet bevisoptagelse. Rammeafgørelsen kan af indlysende årsager blive overtrådt, hvis en medlemsstat indfører så strenge krav, at det svarer til en udelukkelse af enhver form for særlig vidneprocedure for sårbare ofre. Det må herefter undersøges, om den omtvistede italienske lovgivning giver et sådant resultat.

C — *Anklagemyndighedens forpligtelse til at fremsætte begæring til GIP om iværksættelse af isoleret bevisoptagelse*

51. Kort fortalt er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt den italienske proceslovgivning er forenelig med rammeafgørelsens artikel 2,

31 — Ibidem, præmis 67.

32 — Ibidem, præmis 66.

33 — Pupino-dommen, præmis 59, Katz-dommen, præmis 48, og dommen i sagen Gueye og Salmerón Sánchez, præmis 64.

3 og 8, når den foreskriver, at anteciperet bevisoptagelse kun kan iværksættes, såfremt anklagemyndigheden har taget initiativ hertil, selv om der foreligger et udtrykkeligt ønske fra det mindreårige offer herom. GIP har ikke beføjelse til af egen drift at træffe bestemmelse om anteciperet bevisoptagelse, og ofret kan heller ikke foretage en direkte anmodning herom, men skal i stedet rette henvendelse til anklagemyndigheden med henblik på, at denne fremsætter begæringen til retten. Efter den forelæggende rets opfattelse udgør dette et »problem med den iboende ulogiske karakter af den italienske strafferetsplejelovs artikel 392, stk. 1a, og artikel 398«, idet anklagemyndigheden på den ene side pålægges at rejse tiltale (og selv retten kan tvinge anklagemyndigheden hertil), men på den anden side ikke kan pålægges at anmode om anteciperet bevisoptagelse.

52. Besvarelsen af dette spørgsmål forudsætter en detaljeret fortolkning af rammeafgørelsens artikel 8, stk. 4. I henhold til denne bestemmelse »sikrer« medlemsstaterne i de tilfælde, hvor en mindreårig skal afgive vidneforklaring i et offentligt retsmøde, foranstaltninger til, »at [sårbare] ofre, der har brug for beskyttelse«, kan vidne »under forhold, der opfylder denne målsætning«. Bestemmelsen indeholder endvidere to vigtige præciseringer. Den første vedrører myndigheden og måden, hvorpå den pågældende beslutning skal træffes, idet det foreskrives, at der skal træffes bestemmelse om retsskridtet »efter en retskendelse« [34]. Den anden præcisering fungerer som en afgrænsning, idet den nævnte foranstaltning skal sikres, når den iværksættes »på en hvilken som helst hensigtsmæssig måde, som er i overensstemmelse med den pågældende medlemsstats grundlæggende retsprincipper«, dvs. den nationale retsorden. Rammeafgørelsen forpligter således medlemsstaterne til at uddelegere kompetencen til at henlægge den forudgående høring til en offentlig myndighed, som skal være »retlig«, men den indeholder ligeledes visse forbehold til fordel for hvert enkelt retssystem. Beskyttelsen af sårbare ofre prioriteres højt, men hvad angår det retsskridt, som skal sikre denne beskyttelse, råder de nationale domstole over vide skønsmæssige beføjelser.

53. Ligeledes anføres det i niende betragtning til rammeafgørelsen, at den »dog ikke [pålægger] medlemsstaterne pligt til at sikre ofre samme behandling som parterne i en retssag«. Denne præcisering stemmer overens med indholdet i den nævnte artikel 8, idet fortolkeren mindes om, at ofrets stilling kræver en særlig beskyttelse, men at der ikke dermed stilles krav om, at ofret skal have samme stilling som anklagemyndigheden. I et akkusatorisk system som det italienske ville beslutningen om, at anklagemyndigheden udelukkende skal udøves af et uafhængigt organ, som er underlagt legalitetsprincippet, blive svækket, hvis ofret gennem et EU-retligt instrument fik anerkendt en stilling svarende

34 — Denne nuancering er ikke uvæsentlig, eftersom der i det oprindelige portugisiske forslag generelt blev refereret til »medlemsstaterne«. Der er således tale om en kompetence, som udelukkende tillægges retsinstanserne i bred forstand.

til anklagemyndighedens. Rammeafgørelsen foreskriver ikke nogen model for den strafferetlige procedure, og det modsatte kan heller ikke udledes af de lovforberedende arbejder: Da Den Portugisiske Republik fremlagde sit forslag om rammeafgørelsen for Rådet, blev det ikke på noget tidspunkt nævnt behovet for, at ofret skulle udøve en funktion som initiativtager i samtlige straffesager i medlemsstaterne [35]. Når det i artikel 8 kræves, at beslutningen om at indføre en særlig processuel foranstaltning skal træffes ved en »retskendelse« og altid skal være i overensstemmelse med de grundlæggende principper i den nationale retsorden, er dette således en påmindelse om, at ofret er *genstand* for beskyttelse, men at det ikke har nogen *beføjelser* i forbindelse med udøvelsen af denne beskyttelse. Disse beføjelser tilfalder de retlige myndigheder, herunder anklagemyndigheden, sådan som det er tilfældet i den italienske ordning [36].

54. Efter gennemgangen af den gældende lovgivning skal det undersøges, om de bestemmelser, der regulerer anteciperet bevisoptagelse, er omfattet af rammeafgørelsen.

55. I henhold til CPP's artikel 394 har ofret ret til at henvende sig til anklagemyndigheden og anmode denne om at fremsætte begæring til GIP om at træffe bestemmelse om retsskridtet. Anklagemyndighedens beslutning skal i alle tilfælde være begrundet, således at der i tilfælde af afslag på ofrets anmodning gøres rede for de motiver, der ligger til grund for beslutningen. Endvidere er anklagemyndigheden udelukkende underlagt legalitetsprincippet og har endog en forfatningsmæssig pligt til at anlægge straffesagen [37]. Anklagemyndighedens eneste funktion er at sikre legaliteten, og denne opgave udføres helt uafhængigt og i kraft af en status, som er forfatningsmæssigt og lovmæssigt beskyttet [38]. I forbindelse med denne lovfæstede beskyttelse tager anklagemyndigheden af naturlige årsager hensyn til særligt sårbare ofres specielle situation. Som uafhængig retlig myndighed, der er underlagt legalitetsprincippet, har anklagemyndigheden pligt til at beskytte den mindreåriges tarv. Ud fra en sådan betragtning er der tale om et organ, der i kraft af sin rolle som garant for

35 — Jf. herom ottende, niende og tiende betragtning til det oprindelige portugisiske forslag, hvori det direkte anføres, at målsætningen med forslaget var en tilnærmelse af lovgivningerne på det strafferetlige område med henblik på at *behandle spørgsmålet om ofrenes behov på en integreret måde*. Det er på intet tidspunkt hensigten at underminere ofrets rolle i de enkelte medlemsstaters strafferetlige procedurer. Der er sandt, at der hersker en intens debat om, hvilken stilling det er passende at tillægge ofret i denne typer sager (jf. herom i A. Ashworth, »Victims' rights, defendants' rights and criminal procedure«, i A. Crawford og J. Goodey, (red.), *Integrating a victim perspective within criminal justice: international debates*, ed. Aldershot, Ashgate-Dartmouth, 2000), men det kan ikke udledes af rammeafgørelsen, at den skulle have til hensigt at tilslutte sig det ene eller det andet standpunkt.

36 — Jf. CPP's artikel 50-54c.

37 — Jf. den italienske forfatnings artikel 112.

38 — Jf. ovenfor, fodnote 36 i dette forslag til afgørelse. Jf. herom N. Zanon, *Pubblico Ministero e Costituzione*, ed. Cedam, Papua, 1996.

legaliteten beskytter de mindreårige ofre under straffesager [39].

56. Det forhold, at det mindreårige offer udelukkende kan henvende sig til anklagemyndigheden med sin anmodning om isoleret bevisoptagelse, bekræfter ovennævnte betragtning. Idet anklagemyndigheden i henhold til den italienske lovgivning pålægges opgaven med at repræsentere det mindreårige barns tarv, skal den under hensyntagen hertil tage stilling til, om det vil være hensigtsmæssigt at fremsætte en formel begæring om anteciperet bevisoptagelse. I denne forstand udgør anklagemyndighedens beslutning den »retskendelse«, der nævnes i rammeafgørelsens artikel 8, stk. 4. Som tidligere nævnt skal dette begreb fortolkes bredt og under hensyntagen til de principper, der ligger til grund for den enkelte nationale retsorden [40]. Således har den italienske lovgiver bl.a. pålagt anklagemyndigheden at fungere som garant for ofret i de tilfælde, hvor der skal afgives forklaring i et offentligt retsmøde. Ved at tillægge denne funktion til anklagemyndigheden, som dels er et uafhængigt organ, dels udelukkende er underlagt loven, og som skal tage hensyn til ofrets ret til at blive hørt i forbindelse med vurderingen af, om anteciperet bevisoptagelse vil være formålstjenstligt, og som endvidere skal træffe begrundet beslutning herom, er der i den nationale retsorden foretaget en afbalanceret afvejning, som i princippet sikrer opfyldelsen af rammeafgørelsens målsætninger og forskrifter.

57. Ovenstående bestyrkes yderligere, hvis der tages udgangspunkt i de særlige kendetegn ved den straffeprocessuelle ordning i Italien, som der netop skal tages hensyn til i henhold til den nævnte artikel 8, stk. 4. Kravet om, at ofre skal kunne vidne ved anvendelse af specifikke retsmidler, som ikke desto mindre skal være i overensstemmelse »med den pågældende medlemsstats grundlæggende retsprincipper«, er et udtrykt for betydningen af de grundlæggende rettigheder, men samtidig også af de enkelte medlemsstaters processuelle traditioner, herunder navnlig de straffeprocessuelle. Denne begrænsning afspejles i dag, såvel i almindelighed som for hele området med frihed, sikkerhed og retfærdighed, i artikel 67 TEUF, stk. 1, hvorefter Unionen udgør et sådant område, »hvor de grundlæggende rettigheder og medlemsstaternes forskellige retssystemer og retstraditioner respekteres«. Rammeafgørelsen, som er vedtaget i overensstemmelse med retsgrundlaget for den nævnte politik, opfylder dette mandat og får de enkelte retsordners særlige kendetegn til at harmonere med hinanden.

39 — Jf. G. Spangher, *Trattato di procedura penale,* bind 3, Indagini preliminari e udienza preliminare, ed. Utet, Torino, 2009, s. 608 og 609, og L. Bresciani, »Persona offesa dal reato«, i Digesto penale, IX, ed. Utet, Torino, 1995, s. 527. Denne rolle lader ikke til at være uomtvistet i Italien, og nogle vil hævde, at den er udtryk for et »retsligt formynderi«. Kritikken er imidlertid mødt på de generelle begrænsninger, som gælder for *alle* ofre og ikke kun for de mindreårige, sådan som det er tilfældet i den foreliggende sag. Jf. om denne debat G. Errico, »Rilettura dell'incidente probatorio per l'attuazione di un processo giusto«, i G. Cerquetti og F. Florio, *Dal principio dal giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padua, 2002.

40 — Bemærk, at anklagemyndighedens forfatningsmæssige stilling er hjemlet i den italienske forfatnings del II, kapitel IV, som omhandler »Øvrigheden«. Jf. nærmere bestemt artikel 107 og 112, hvoraf det tydeligt fremgår, at anklagemyndigheden udgør en del af retsvæsenet i bred forstand.

58. For Italiens vedkommende bør det erindres, at anteciperet bevisoptagelse udgør en undtagelse fra det akkusatoriske princip, og at den som sådan er genstand for særskilt omtale i forfatningens artikel 111 [41]. Muligheden for forhåndsoptagelse eller sikring af beviser i straffesager er en foranstaltning, som er hjemlet i de fleste nationale retsordener, men udøvelsen heraf er ledsaget af en lang række forbehold, som skal beskytte den tiltaltes rettigheder. Denne spænding bygger på en strafferetlig model, der ikke sættes spørgsmålstegn ved i EU-retten, og formålet er at opnå en balance mellem den effektive klarlæggelse af de faktiske omstændigheder, beskyttelsen af det sårbare offers tarv og den tiltaltes grundlæggende rettigheder. Den italienske lovgivning har taget hensyn til alle disse faktorer ved reguleringen af anteciperet bevisoptagelse, og det er derfor min opfattelse, at de nævnte bestemmelser hverken er i strid med ordlyden eller målsætningerne i rammeafgørelsens artikel 2, 3 og 8.

59. Afslutningsvis er det værd at fremhæve Kommissionens argument om, at der foreligger en overtrædelse af rammeafgørelsen, såfremt GIP med sikkerhed ved, at der vil blive afholdt en domsforhandling. Kommissionens teori omhandler to scenarier. Det første opstår under selve domsforhandlingen, hvor det mindreårige offer efter Kommissionens opfattelse udsættes for skadelige virkninger, som ikke er forenelige med rammeafgørelsen. Det andet scenarium opstår forud for domsforhandlingens indledning, forudsat at GIP med sikkerhed ved, at der vil blive afholdt en sådan.

60. I det første tilfælde tager Kommissionen fejl, når den uden videre påstår, at domsforhandlingen har skadelige virkninger for det mindreårige offer, for som Den Italienske Republiks regering har anført i sit skriftlige indlæg, foreskriver den italienske lovgivning specifikke foranstaltninger til beskyttelse af sårbare ofre under denne fase i processen. Det kan ikke fastslås kategorisk, at et mindreårigt offers afgivelse af vidneforklaring under domsforhandlingen udgør en overtrædelse af rammeafgørelsen. Endvidere omhandler den foreliggende sag ikke ofrets stilling under domsforhandlingen, men derimod under den forudgående fase. Følgelig bør denne del af Kommissionens argument afvises.

61. Det andet tilfælde, som Kommissionen nævner, fortjener derimod større opmærksomhed. Under omstændigheder som i den foreliggende sag, og i forbindelse med fasen forud for domsforhandlingen, kan det forekomme, at anklagemyndighedens afslag på at begære anteciperet bevisoptagelse strider imod beslutningen om at indlede den kontradiktoriske fase, eller imod en af retten truffet beslutning, som kan give formodning om sagens fortsættelse. I en sådan sammenhæng vil et afslag på anmodningen om anteciperet bevisoptagelse kunne være i strid med rammeafgørelsen. Det er derfor nødvendigt at foretage en specifik sondring af, om der i fasen forud for domsforhandlingen i den italienske

41 — Jf. henvisningerne ovenfor i fodnote 10 i dette forslag til afgørelse.

straffeproces foreligger omstændigheder af denne art.

62. I den italienske retsorden indebærer anlæggelsen af en straffesag ikke automatisk, at der indledes domsforhandling. Dette sker kun, når Giudice dell'udienza preliminare, som består af en anden enedommer end Giudice per le indagini preliminari [42], hører parterne i et offentligt retsmøde, bedømmer klagepunkterne og erklærer domsforhandlingen for indledt [43]. Der foreligger således et tidsrum mellem straffesagens anlæggelse og domsforhandlingens indledning, hvori der fortsat er mulighed for at anmode om anteciperet bevisoptagelse [44]. Når GIP har pålagt anklagemyndigheden at rejse tiltale, påbegyndes forberedelserne til et indledende retsmøde, som munder ud i en beslutning om, hvorvidt der skal indledes domsforhandling [45]. I dette tidsrum øges sandsynligheden for, at der i sidste ende bliver afholdt en domsforhandling. Ikke nok med det. Hvis der hersker tvivl om, hvorvidt de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for anklagen, er tilstrækkelige, er netop domsforhandlingen det rette forum for en afklaring af disse tvivlsspørgsmål. I den forbindelse skal der henvises til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis vedrørende statens, og navnlig anklagemyndighedens, positive forpligtelser, når der er tale om sårbare ofre, og tvivlen vedrørende de faktiske omstændigheder bringer en efterforskning til ophør, som normalt bør afsluttes i retssalen [46]. Når først anklagemyndigheden er blevet pålagt at rejse tiltale, og i det tilfælde, at Giudice dell'udienza preliminare træffer bestemmelse om indledning af en domsforhandling, er det således forventeligt, og tilmed logisk, at anklagemyndigheden efterkommer det mindreårige offers anmodning og begærer iværksættelse af anteciperet bevisoptagelse.

63. Det er dette resultat, som Kommissionen lader til at have i tankerne, når den hævder, at den italienske lovgivning er uforenelig med rammeafgørelsen, såfremt GIP med sikkerhed ved, at der vil blive indledt en domsforhandling. Hverken GIP eller anklagemyndigheden kan imidlertid med fuldkommen sikkerhed vide dette, idet det udelukkende tilfalder Giudice dell'udienza preliminare at træffe bestemmelse herom. Ikke desto mindre er det indlysende, at anklagemyndigheden i kraft af sin rolle som garant for legaliteten og forsvarer for det mindreårige barns tarv i de fleste tilfælde vil se sig nødsaget til at begære anteciperet bevisoptagelse, når den først er blevet pålagt at rejse tiltale.

42 — Jf. CPP's artikel 34, stk. 2a.

43 — Jf. CPP's artikel 418-426.

44 — Corte costituzionale fastslog ved dom af 10.3.1994, n. 77, at en retsregel, som forhindrede gennemførelsen af anteciperet bevisoptagelse i forbindelse med det indledende retsmøde, var forfatningsstridig.

45 — CPP's artikel 415 og 416.

46 — Særligt vedrørende de tilfælde, hvor der indgår mindreårige ofre, samt pligten til at fortsætte efterforskningen forud for domsforhandlingen henvises til den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 4.3.2004, M.C. c. Bulgarien, nr. 39272/98, præmis 148 ff. Jf. nærmere herom L. Fayolle, *Naissance et influence de la notion [...]*, op. cit., s. 315 ff.

64. Som jeg allerede har nævnt i punkt 34 i dette forslag til afgørelse, er det i den foreliggende sag imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til rammeafgørelsens indvirkning på de senere faser i processen, som ikke længere henhører under GIP's kompetence. På trods af, at der i det af Kommissionen nævnte tilfælde på rimelig vis kunne sås tvivl om, hvorvidt den omtvistede lovgivning er forenelig med rammeafgørelsen, er det således min opfattelse, at Domstolen skal besvare det spørgsmål, der specifikt er rejst i den foreliggende sag, og som udelukkende vedrører forundersøgelsesfasen.

65. Følgelig, og på baggrund af de ovennævnte betragtninger, foreslår jeg Domstolen at besvare det første præjudicielle spørgsmål ved at fastslå, at rammeafgørelsens artikel 2, 3 og 8 skal fortolkes således, at disse artikler ikke er til hinder for en national ordning som den, der foreskrives i CPP's artikel 394, hvorefter anklagemyndigheden ikke er forpligtet til at begære høring og optagelse af vidneforklaring fra det mindreårige offer i form af anteciperet bevisoptagelse under forundersøgelsesfasen, selv om det mindreårige offer udtrykkeligt har anmodet herom.

VI — Det andet præjudicielle spørgsmål

66. Dernæst spørger den forelæggende ret Domstolen om nævnte artikel 2, 3 og 8 i rammeafgørelsen er til hinder for en ordning som den, der foreskrives i CPP's artikel 394, hvorefter det mindreårige offer ikke gives mulighed for ved GIP at anke anklagemyndighedens afslag på dets anmodning om at blive hørt inden for rammerne af anteciperet bevisoptagelse. Som det fremgår nedenfor, kan besvarelsen af dette spørgsmål indirekte udledes af mit forslag til besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål.

67. Som tidligere anført tillægger den italienske ordning anklagemyndigheden en væsentlig rolle i forbindelse med begæringen om anteciperet bevisoptagelse. Til forskel fra den tiltalte, som ligeledes har beføjelse til at anmode om et sådant retsskridt, kan anklagemyndigheden af det mindreårige offer blive anmodet om at fremsætte begæring til GIP om iværksættelse af dette retsskridt. Det er allerede blevet nævnt, at anklagemyndigheden udøver en beskyttende rolle over for ofret, samtidig med at den tager stilling til, om anmodningen er formålstjenstlig. Der er nødvendigvis tale om skønsmæssige beføjelser, idet hver enkelt sag forudsætter en detaljeret analyse, navnlig når særlig relevante interesser og værdier står på spil, sådan som det altid er tilfældet, når ofret er mindreårigt. I disse tilfælde kan anklagemyndighedens

funktion vise sig at have endnu større betydning, idet det mindreårige offer almindeligvis handler gennem en legal repræsentant, sådan som det netop er tilfældet i den foreliggende sag. Under sådanne omstændigheder garanterer og imødekommer anklagemyndigheden det mindreårige offers legitime initiativer, samtidig med at den kontrollerer hver enkelt anmodning med henblik på at hindre, at processen bliver et værktøj til forfølgelse af målsætninger, der ligger uden for dens rammer [47].

68. På trods af, at beslutningen med hensyn til begæring af anteciperet bevisoptagelse ikke kan ankes, synes det under disse omstændigheder rimeligt, at den italienske lovgiver i det mindste pålægger anklagemyndigheden at begrunde sin beslutning. Denne bestemmelse sikrer gennemsigtighed i processen og er i overensstemmelse med den tiltaltes rettigheder, men samtidig garanterer den ofrets ret til at blive gjort bekendt med alle de retshandlinger, der vedrører vedkommende. Det forhold, at GIP kan afhøre ofret i tilfælde af, at sagen begæres henlagt, sikrer endvidere ofret en mulighed for at tage til genmæle over for anklagemyndighedens argumenter. På baggrund af dette er der som tidligere nævnt mulighed for, at GIP kan pålægge anklagemyndigheden at rejse tiltale, hvorved beføjelsen til at begære isoleret bevisoptagelse genopstår. Det forhold, at der ikke findes et retsmiddel til prøvelse af anklagemyndighedens beslutning, indebærer således ikke, at ofret mister enhver mulighed for at få imødekommet sin anmodning.

69. Hvis rammeafgørelsen havde indeholdt et krav om en ankemulighed over for anklagemyndighedens beslutninger, ville der desuden blive rejst alvorlig tvivl om den udformning og afvejning, som den italienske lovgiver har foretaget. Det er allerede blevet nævnt, at ordningen med anteciperet bevisoptagelse først og fremmest vedrører anklagemyndigheden, når ofret er mindreårigt, idet det i henhold til rammeafgørelsens artikel 8, stk. 4, påhviler denne »retlige myndighed« at træffe beslutning om, hvorvidt det er formålstjenstligt at anmode GIP om et sådant retsskridt. Hvis ofret havde ret til at anke denne beslutning til GIP, ville det underminere hele systemet, idet den endelige beslutning ikke længere ville ligge hos anklagemyndigheden, men derimod hos en domstol.

70. Følgelig, og på baggrund af de ovennævnte betragtninger, foreslår jeg Domstolen at besvare det andet præjudicielle med, at artikel 2, 3 og 8 i rammeafgørelse 2001/220 skal fortolkes således, at disse artikler ikke er til hinder for en national ordning som den, der foreskrives i CPP's artikel 394, hvorefter det mindreårige offer ikke gives mulighed for, under forundersøgelsesfasen, selv at anke anklagemyndighedens beslutning om afslag på ofrets anmodning om, at anklagemyndigheden skal fremsætte anmodning til GIP om iværksættelse af anteciperet bevisoptagelse.

47 — Jf. J. Spencer, »The victim and the prosecutor«, i A. Bottoms og J.V. Roberts (red.), *Hearing the Victim. Adversarial justice, crime victims and the State,* ed. Willan, Devon-Portland, 2010, s. 141-144.

VII — Forslag til afgørelse

71. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Giudice per le indagini preliminari di Firenze forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 2, 3 og 8 i rammeafgørelse 2001/220/RIA om ofres stilling i forbindelse med straffesager skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national ordning som den, der foreskrives i CPP's artikel 394, hvorefter anklagemyndigheden ikke forpligtes til at anmode om afhøring og optagelse af vidneforklaring fra det mindreårige offer i form af anteciperet bevisoptagelse under forundersøgelsesfasen, selv om det mindreårige offer udtrykkeligt har anmodet herom.

2) Artikel 2, 3 og 8 i rammeafgørelse 2001/220 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for en national ordning som den, der foreskrives i CPP's artikel 394, hvorefter det mindreårige offer ikke gives mulighed for, under forundersøgelsesfasen, selv at anke anklagemyndighedens beslutning om afslag på ofrets anmodning om, at anklagemyndigheden skal fremsætte anmodning til Giudice delle Indagini Preliminari om iværksættelse af anteciperet bevisoptagelse.«