FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PEDRO CRUZ VILLALÓN
föredraget den 20 oktober 2011 [1]

1. Rambeslut 2001/220/RIF om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden [2] (nedan kallat rambeslutet) fortsätter att ge upphov till tolkningsfrågor om dess tillämpning på särskilt utsatta brottsoffer, närmare bestämt underåriga sådana. Den nationella domstol som framställde begäran om förhandsavgörande i målet Pupino [3] har nu åter vänt sig till EU-domstolen och begärt ett förhandsavgörande beträffande räckvidden av artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslutet och hur de förhåller sig till den ”bevisupptagning utom huvudförhandling” som föreskrivs i den italienska straffprocessrättsliga lagstiftningen och som gör det möjligt att hålla bevisupptagning redan på förundersökningsstadiet om brottsoffret är underårigt.

2. Närmare bestämt har Giudice per le indagini preliminari de Florencia (nedan kallad GIP) hänskjutit två tolkningsfrågor till domstolen som handlar om huruvida den lagstiftning som reglerar bevisupptagning utom huvudförhandling är förenlig med rambeslutet. I den första tolkningsfrågan undrar GIP om ett system som det italienska, enligt vilket det enbart är åklagarmyndigheten och den misstänkte som får begära bevisupptagning utom huvudförhandling, är förenligt med rambeslutet, mot bakgrund av att åklagarmyndigheten inte är skyldig att begära sådan bevisupptagning när ett underårigt brottsoffer har framställt en begäran om det. I den andra tolkningsfrågan vill den hänskjutande domstolen veta huruvida ett underårigt brottsoffer enligt rambeslutet ska ha rätt att överklaga ett motiverat beslut från åklagarmyndigheten om att avslå brottsoffrets begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — *Unionsrätten*

3. Rambeslutet om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden innehåller ett system för skydd som syftar till att harmonisera de nationella bestämmelserna om sådana

1 — Originalspråk: spanska.
2 — Rådets rambeslut av den 15 mars 2001 (EGT L 82, s. 1).
3 — Dom av den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino (REG 2005, s. I-5285).

förfaranden. I artikel 1 a i rambeslutet definieras begreppet ”brottsoffer” på följande sätt:

”a) brottsoffer: varje fysisk person som har lidit skada, inklusive fysisk och mental skada, känslomässigt lidande, materiell förlust, som direkt förorsakats av handlingar eller underlåtelser som strider mot den straffrättsliga lagstiftningen i en medlemsstat.”

4. I artikel 2, som har rubriken ”Respekt och erkännande”, framhålls att medlemsstaterna ska se till att särskilt utsatta brottsoffer får en särskild behandling. Artikeln har följande lydelse:

”1. Varje medlemsstat skall se till att brottsoffret får en verklig och lämplig roll i det straffrättsliga systemet. Den skall fortsätta att arbeta för att garantera att brottsoffren får en behandling som respekterar deras mänskliga värdighet under förfarandet och erkänna brottsoffrens rättigheter och legitima intressen inom ramen för straffrättsliga förfaranden.

2. Varje medlemsstat skall se till att särskilt utsatta brottsoffer får den särskilda behandling som på bästa sätt motsvarar deras situation.”

5. Rätten för brottsoffer att bli hörda är en av de viktigaste aspekterna när det gäller deras ställning i straffrättsliga förfaranden enligt rambeslutet. Behandlingen av brottsoffer ska stå i proportion till förfarandets syften och inte vara onödigt betungande. Således föreskrivs följande i artikel 3:

”*Artikel 3*

Förhör och framläggande av bevis

Varje medlemsstat skall säkerställa brottsoffrens möjlighet att höras under det rättsliga förfarandet och att lägga fram bevis.

Varje medlemsstat skall vidta lämpliga åtgärder för att se till att myndigheterna inte utsätter brottsoffer för fler förhör än vad som är nödvändigt för det straffrättsliga förfarandet.”

6. Slutligen regleras i artikel 8 brottsoffrens rätt till skydd, vilket inbegriper utsatta brottsoffers rätt att bli hörda under förhållanden som är avpassade efter deras situation och som innebär att deras värdighet respekteras. Artikeln har följande lydelse:

”*Artikel 8*

Rätt till skydd

1. Varje medlemsstat skall säkerställa adekvat skydd för brottsoffren och, vid behov, för deras familjer eller personer som är likställda med familjemedlemmar, när det gäller deras säkerhet och skyddet för privatlivet, så snart

som de behöriga myndigheterna anser att det föreligger allvarlig risk för hämndaktioner eller om det finns starka indikationer på att deras privatliv kommer att utsättas för allvarliga och avsiktliga störningar.

2. I detta avseende och utan att det påverkar tillämpningen av punkt 4 skall varje medlemsstat säkerställa möjligheten att vidta lämpliga åtgärder, om så är nödvändigt, såsom en del av domstolsförfarandet, i syfte att skydda privatliv och identitet för brottsoffren, deras familjer eller personer som är likställda med familjemedlemmar.

3. Varje medlemsstat skall dessutom se till att brottsoffren och förövarna inte behöver komma i kontakt med varandra i domstolslokalerna, såvida inte de straffrättsliga förfarandena kräver sådan kontakt. Där så är lämpligt, och för detta ändamål, skall varje medlemsstat efterhand föreskriva att domstolslokalerna skall vara försedda med särskilda väntrum för brottsoffren.

4. Varje medlemsstat skall, när det är nödvändigt att skydda brottsoffer, särskilt de mest utsatta, mot följderna av att vittna offentligt, se till att de genom domstolsbeslut kan få vittna under sådana förhållanden som gör det möjligt att uppnå detta syfte, på varje sätt som är lämpligt och förenligt med de grundläggande principerna i lagstiftningen."

B — *Den italienska rätten*

7. Artikel 111 i den italienska grundlagen handlar om rättssäkerhetsgarantierna i straffrättsliga förfaranden. Där framhålls bland annat betydelsen av den kontradiktoriska principen samt vilka undantag som får göas från denna princip vid bevisupptagning.

"Artikel 111

Rättskipning ska utövas vid en rättvis rättegång som regleras i lag.

Vid rättegången ska ett kontradiktoriskt förfarande tillämpas på lika villkor och den ska ledas av en opartisk domare. Det ska genom lag säkerställas att rättegången slutförs inom rimlig tid.

...

I straffrättsliga förfaranden ska den kontradiktoriska principen tillämpas vid bevisupptagning. Den tilltalades skuld kan inte styrkas genom utsagor av den som valt att undandra sig förhör som hålls av den tilltalade eller dennes ombud.

Det ska i lag föreskrivas när den kontradiktoriska principen inte behöver tillämpas vid bevisupptagning, till följd av att den tilltalade har begärt det eller till följd av att det har styrkts att det är objektivt omöjligt eller att det har förelegat ett rättsstridigt handlande.

..."

8. Artikel 112 i den italienska grundlagen handlar om åklagarmyndighetens roll i straffrättsliga förfaranden. Där anges att ”åklagarmyndigheten ska föra talan om ansvar för brott”.

9. I artikel 392.1 a i Codice di procedura penale italiana (den italienska straffprocesslagen, nedan kallad CPP) [4] föreskrivs att begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling får framställas, vilket innebär att bevisupptagningen sker på förhand eller för framtida säkerhet redan under förundersökningsskedet. Nämnda lagrum har följande innehåll:

”I förfaranden rörande brott enligt artiklarna 572, 609 a, 609 b, 609 c, 609 d, 609 g, 612 a, 600, 600 a och 600 b, samt brott rörande pornografiskt material enligt artiklarna 600 c.1, 600 d, 601 och 602 i strafflagen, får åklagarmyndigheten [på eget initiativ] eller på begäran av brottsoffret, eller den misstänkte, begära att bevisupptagning utom huvudförhandling ska hållas i form av vittnesförhör med en underårig person eller med ett myndigt brottsoffer, även i andra fall än dem som avses i punkt 1.”

10. Brottsoffrets rätt att begära bevisupptagning utom huvudförhandling regleras på följande vis i artikel 394 CPP:

”1. Brottsoffret får vända sig till åklagarmyndigheten och begära att bevisupptagning ska hållas utom huvudförhandling.

2. Om åklagarmyndigheten avslår brottsoffrets begäran ska det ske genom ett motiverat beslut som delges brottsoffret.”

11. I artikel 398.5 a CPP föreskrivs följande rörande bevisupptagning utom huvudförhandling:

”Vid förundersökning om brott enligt artiklarna 600, 600 a och 600 b, samt om pornografiskt material enligt artiklarna 600 c.1, 600 d, 601, 602, 609 a, 609 b, 609 c, 609 g och 612 a i strafflagen, ska domstolen, om underåriga berörs av bevisupptagningen, meddela beslut om ... plats, tidpunkt och särskilda former för bevisupptagning utom huvudförhandling, om det är påkallat med hänsyn till den underåriges situation. Bevisupptagningen får ske på annan plats än i domstolen, vid särskild vårdinrättning eller, om så ej är möjligt, i den underåriges bostad. Vittnesförhör ska dokumenteras i sin helhet i form av ljud- och bildupptagningar. Om domstolen saknar inspelningsutrustning eller teknisk personal, får den anlita sakkunniga eller inhämta

4 — I dess lydelse enligt lagen av den 6 februari 2006 (G.U. nr 38 av den 15 februari 2006) med bestämmelser om bekämpande av sexuella övergrepp mot underåriga och barnpornografi på internet, samt lagdekret av den 23 februari 2009, nr 11.

teknisk rådgivning. Ett förhörsprotokoll ska också upprättas. Inspelningar ska bara skrivas ut om en part begär det.”

II — De faktiska omständigheterna

12. X och Y, som är föräldrar till den underårige Z, separerade i juni 2007 efter att stadigvarande ha bott tillsammans. Därefter uppstod en tvist mellan parterna som har inbegripit flera anmälningar. I en av dessa uppgav barnets mor Y för myndigheterna att hon misstänkte att fadern X hade gjort sig skyldig till handlingar av sexuell karaktär mot deras gemensamma dotter, som då var underårig. Handlingarna ska enligt modern ha begåtts i juni 2007. Dessa anklagelser ansågs så allvarliga att en förundersökning inleddes vid Giudice delle indagini preliminari.

13. Av beslutet att begära förhandsavgörande och de nationella handlingar som har ingetts till domstolen framgår att åklagarmyndigheten den 8 maj 2008 yrkade att GIP skulle avskriva målet med motiveringen att anmälan saknade grund. [5]

5 — Förutom avsaknaden av bevis ansåg åklagarmyndigheten att det måste beaktas att föräldrarna hade haft en synnerligen konfliktfylld relation efter separationen, närmare bestämt efter det att Y fick kännedom om att X hade ett fast förhållande med en annan kvinna.

14. Den 27 maj 2008 framställde målsägandens ombud en formell invändning mot åklagarmyndighetens yrkande om avskrivning. GIP delgav parterna och målsäganden invändningen och målsäganden begärde att bevisupptagning utom huvudförhandling skulle hållas. Åklagarmyndigheten framställde ett nytt yrkande om avskrivning till förundersökningsdomaren, men GIP ogillade detta yrkande och förordnade om bevisupptagning utom huvudförhandling, vilken genomfördes den 9 november 2009.

15. X:s ombud överklagade GIP:s beslut om bevisupptagning utom huvudförhandling till Corte di cassazione, som den 27 maj 2010 biföll överklagandet. Det överklagade beslutet upphävdes liksom alla åtgärder som syftade till att genomföra bevisupptagningen utom huvudförhandling.

16. Den 14 juli 2010 yrkade åklagarmyndigheten än en gång att målet skulle avskrivas och hänvisade till de argument som framförts till stöd för det första avskrivningsyrkandet samt till de uppgifter som framkommit senare och som enligt åklagarmyndigheten inte påverkade hans tidigare bedömning av de faktiska omständigheterna. Målsägandens ombud invände mot åklagarmyndighetens yrkande och en ny förhandling hölls, varefter GIP beslutade att framställa en begäran om förhandsavgörande.

III — Tolkningsfrågorna och förfarandet vid EU-domstolen

17. Den 25 oktober 2010 registrerades beslutet att begära förhandsavgörande vid EU-domstolen. Den hänskjutande domstolen har lämnat en ingående redogörelse men inte formulerat några uttryckliga tolkningsfrågor. Det framgår emellertid tämligen klart att det är två olika frågor som ställs och som skulle kunna formuleras på följande vis:

”1. Ska artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslut 2001/220/RIF av den 15 mars 2001 om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden tolkas så, att de utgör hinder för att tillämpa sådana nationella bestämmelser som dem som återfinns i artikel 392.1 a i Codice di procedura penale (den italienska straffprocesslagen), i den del det i dessa bestämmelser inte föreskrivs någon skyldighet för åklagarmyndigheten att framställa en begäran om att åtgärder för hörande och bevisupptagning utom huvudförhandling ska vidtas före förhandlingen med avseende på ett underårigt brottsoffer, även om brottsoffret uttryckligen har begärt det?

2. Ska artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslut 2001/220/RIF tolkas så, att de utgör hinder för att tillämpa sådana nationella bestämmelser som dem som återfinns i artikel 394 i Codice di procedura penale, enligt vilka ett underårigt brottsoffer inte har rätt att till domstol överklaga ett beslut genom vilket åklagarmyndigheten har avslagit dess begäran att få höras inom ramen för en bevisupptagning utom huvudförhandling?”

18. Förutom X:s ombud och målsägandens ombud i målet vid den nationella domstolen, har den tyska, den italienska, den irländska och den nederländska regeringen samt kommissionen inkommit med yttranden. Ingen av de parter som yttrat sig begärde att det skulle hållas förhandling.

IV — Inledande anmärkningar

19. Den hänskjutande domstolens frågor kräver vissa inledande klargöranden beträffande det italienska straffrättsliga förfarandet. Frågorna som har hänskjutits rör så kallad bevisupptagning utom huvudförhandling, vilken kan genomföras under förundersökningen innan huvudförhandlingen inleds. Som bekant har domstolen redan tidigare prövat förhållandet mellan detta italienska rättsinstitut och unionsrätten. De här aktuella frågorna rör emellertid en ny aspekt av bevisupptagning utom huvudförhandling, nämligen åklagarmyndighetens roll och den domstolsprövning som denna myndighet är föremål för till följd av att den är underkastad legalitetsprincipen.

20. Trots de ändringar som hade införts i den straffprocessrättsliga lagstiftningen genom den italienska grundlagen, var det först i och med att CPP trädde i kraft 1988 som det skedde en genomgripande reform inom detta område. Den viktigaste förändringen som CPP medförde var att det infördes ett ackusatoriskt straffrättsligt förfarande. Fram till dess hade det straffrättsliga förfarandet i Italien haft en inkvisitorisk prägel, vilket kom till tydligast uttryck i 1930 års "Código Rocco" [6]

21. Genom 1988 års CPP infördes en straffprocessrättslig modell med en skarp åtskillnad mellan förundersökningsskedet och rättegångsskedet. Enligt denna modell ska polis och åklagare ansvara för utredningen under förundersökningen. [7] Under förundersökningen inhämtas de uppgifter som ligger till grund för ett eventuellt åtal och för den misstänktes försvar, och dessa uppgifter dokumenteras i en akt. När rättegången har inletts gör parterna en sakframställning för att motivera sina ståndpunkter och de uppgifter som åberopas måste ha stöd i förundersökningen. [8] I princip har den domstol som prövar talan inte tillgång till förundersökningen, utan bara till de delar som parterna har valt att åberopa som bevisning under rättegången.

22. Detta hårt reglerade system bygger på den ackusatoriska modell som ligger till grund för det italienska straffrättsliga förfarandet, en modell där kontradiktion och parternas likställdhet i processen eftersträvas. Genom tvisten mellan parterna ådagaläggs vissa faktiska omständigheter som gör det möjligt för domstolen att bedöma ett visst handlande och avgöra målet. Det handlar med andra ord om att säkerställa att domstolens avgörande enbart grundar sig på de faktiska omständigheterna, samtidigt som den tilltalades rättigheter tillgodoses. [9]

23. Det italienska straffrättsliga förfarandet är emellertid inte rent ackusatoriskt. Kort efter det att CPP hade trätt i kraft införde respektive bibehöll såväl Corte costituzionale som de allmänna domstolarna ett förfarande som mer liknade den gamla inkvisitoriska modellen. Skillnaderna mellan lagstiftarens och domstolarnas tolkning mynnade ut i en ändring av artikel 111 i den italienska grundlagen. Där slås bland annat grundprinciperna för ett ackusatoriskt förfarande fast, samtidigt som lagstiftaren ges visst utrymme för att

6 — Beträffande det straffrättsliga förfarandets historiska utveckling i Italien se Cordero, F., *Procedura Penale,* 8:e uppl., Giuffrè, Milano, 2006, s. XX.

7 — Artikel 326 CPP.

8 — Artikel 493 CPP.

9 — Beträffande detta, se allmänt Giostra, G., "Contraddittorio" i *Enciclopedia Giuridica Treccani,* 2001, vol II, s. 1 och följande sidor; Ubertis, G., "La ricerca della verità giudiziale", i Ubertis, G. (red.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, s. 2 och följande sidor; Ferrua, P. "La regola d'oro del processo accusatorio", i Kostoris, R (red.), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio,* Giappichelli, Turin, 2002, s. 11 och följande sidor; samt Illuminati, G., "Giudizio", i Conso, G. och Grevi, V. (red.), *Compendio di procedura penale,* Cedam, Padua, 2003, s. 644 och följande sidor.

utforma förfarandet närmare.[10] Detta handlingsutrymme har medfört att det italienska straffrättsliga förfarandet kan betecknas som en blandad modell, som visserligen har en starkt ackusatorisk prägel men även har vissa inkvisitoriska inslag.[11]

24. Två aspekter som utgör undantag från den ackusatoriska principen har särskild betydelse i förevarande mål. Det handlar om åklagarmyndighetens roll och om bevisupptagning före huvudförhandling.

25. Under förundersökningsskedet är förundersökningsdomarens (GIP) roll mer reaktiv än aktiv. Dennes uppgift är då bara att se till att förfarandet genomförs på ett korrekt sätt och att den misstänktes och brottsoffrets rättigheter tillgodoses.[12] GIP varken leder eller ingriper i de olika utredningsåtgärderna, eftersom bevisningen i målet formellt sett läggs fram först i samband med huvudförhandlingen. GIP:s passiva roll innebär att det är åklagarmyndigheten som i första hand driver på förfarandet under förundersökningen och det ankommer enbart på denne att leda utredningen[13] och väcka åtal[14]. Som ett undantag från den rena ackusatoriska modellen föreskrivs i artikel 409.5 CPP att GIP får ålägga åklagarmyndigheten att ”ange gärningsbeskrivningen”, vilket innebär att GIP frångår sin passiva roll för att värna om legalitetsprincipen.[15]

26. Under förundersökningen utreds de faktiska omständigheter som senare kommer att utgöra bevisning, men att införliva dem i förfarandet är en uppgift som enbart ankommer på polisen, åklagarmyndigheten och den misstänkte. Undantag från denna regel får göras när de omständigheter som anges i artikel 392 CPP föreligger. GIP får då lov att tillgripa bevisupptagning utom huvudförhandling. Det innebär att bevisupptagning kan företas på förhand eller för framtida säkerhet redan på förundersökningsstadiet och att den upptagna bevisningen sedan prövas av domstolen i samband med huvudförhandlingen. Syftet med denna bestämmelse är uppenbart: om det finns risk att bevisupptagningen inte kan genomföras i samband med huvudförhandlingen eller om det är nödvändigt att säkerställa utredningen av de faktiska omständigheterna genom andra värden av särskild

10 — Beträffande denna ändring och bakgrunden till den, se Pizzi, W.T och Montagna, M., ”The Battle to Establish an Adversarial Trial System in Italy”, *Michigan Journal of International Law,* 2004, och Panzavolta, M., ”Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System”, *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation,* 2005.

11 — Se härvidlag Busetto, L., *Il contraddittorio inquinato,* Cedam, Padua, 2009, s. 8 och följande sidor.

12 — Artikel 328 CPP.

13 — Artikel 327 CPP.

14 — Artikel 50 CPP.

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 kursivering). Den italienska doktrinen är kluven i sin syn på denna befogenhet för domstolen. Vissa anser att den är en logisk följd av att åklagarmyndigheten är underkastad lagen, vilket uttryckligen anges i artikel 112 i grundlagen, medan andra menar att den medför en tvivelaktig obalans till förfång för den ackusatoriska principen. För en redovisning av de olika ståndpunkterna se Zagrebelsky, V., ”Le soluzioni peggiori del male (a proposito del pubblico ministerio), *Cassazione Penale*, 1991, s. 313 och Ferraioli, L., *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari,* Cedam, Padua, 2006, s. 105–106.

betydelse, får undantag göras från den ackusatoriska principen, och en åtgärd som i princip ska genomföras vid huvudförhandlingen får tidigareläggas till förundersökningsstadiet. [16]

27. Enligt artikel 392.1 a får bevisupptagning utom huvudförhandling hållas på förhand om den som utsatts för något av de brott som räknas upp där är underårig. Syftet med detta är dels att undvika att brottsoffrets utsagor påverkas av att det gått en viss tid mellan händelsen och huvudförhandlingen, dels att säkerställa att förhör med särskilt utsatta personer, exempelvis underåriga, kan hållas under lämpliga former.

28. Beslut om bevisupptagning utom huvudförhandling får endast fattas av GIP och enbart om åklagarmyndigheten eller den misstänkte har begärt det. [17] Vad beträffar underåriga brottsoffer får de enligt CPP vända sig till åklagare och be denne framställa begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling till GIP. Det ankommer på åklagarmyndigheten att besluta huruvida en begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling ska framställas, men ett sådant beslut ska alltid vara motiverat. [18] Är beslutet negativt har brottsoffret emellertid ingen möjlighet att överklaga det till någon domstolsinstans.

29. Det är just detta som GIP:s två tolkningsfrågor i förevarande mål handlar om och jag ska nu göra en bedömning av dem var för sig.

V — Den första tolkningsfrågan

30. Genom den första frågan önskar GIP klarhet i huruvida bestämmelser som de som återfinns i artikel 392.1 a CPP är förenliga med artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslutet. Den hänskjutande domstolen menar närmare bestämt att bestämmelser som innebär att åklagarmyndigheten inte är skyldig att framställa en formell begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling, när ett underårigt brottsoffer har begärt det, ger upphov till tvivel mot bakgrund av de ovannämnda bestämmelserna i unionsrätten.

31. X och de stater som har yttrat sig i förevarande mål anser alla att den italienska lagstiftningen är förenlig med rambeslutet. De

16 — Beträffande regelverket kring bevisupptagning utom huvudförhandling och dess bakgrund och syften, se allmänt Esposito, G., *Contributo allo studio dell'incidente probatorio,* Novene, Neapel, 1989; Di Geronimo, P., *L'incidente probatorio,* Cedam, 2000; Morselli, *L'incidente probatorio,* Utet, Turin, 2000; Renon, P., *L'incidente probatorio nel processo penale, tra riforme ordinarie e riforme costituzionali,* Cedam, Padua, 2000; Di Martino, C. och Procaccianti, T., *La prova testimoniale … a.a.,* s. 167–174, samt Di Martino, C. och Procaccianti, T., *La prova testimoniale nel processo penale,* 2 uppl., Cedam, Padua, 2010, s. 163 och följande sidor.

17 — Artikel 394 CPP.

18 — *Ibidem.*

är eniga om att artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslutet innebär att medlemsstaterna är skyldiga att vidta åtgärder för att skydda särskilt utsatta brottsoffer när de ska höras i straffrättsliga processer, men att det inte närmare anges vilka åtgärder som ska vidtas.

32. Kommissionen har intagit en mellanliggande ståndpunkt. Den ansluter sig i princip till den ovannämnda uppfattningen, men anser att rambeslutet medför att bevisupptagning utom huvudförhandling på ett eller annat sätt bör vara obligatoriskt om GIP är förvissad om att det kommer att hållas en huvudförhandling. Det är bara målsägandens ombud i målet vid den nationella domstolen som har gjort gällande att den italienska lagstiftningen är rättsstridig.

A — *Rambeslut 2001/220 och särskilt utsatta brottsoffer*

33. Jag ska ta mig an denna fråga i tre på varandra följande steg och jag börjar med att ta upp den särskilda ställning som ett underårigt brottsoffer har enligt rambeslutet i egenskap av särskilt utsatt brottsoffer och de konsekvenser som detta medför. När det har prövats om detta villkor är uppfyllt i förevarande mål, ska jag behandla frågan huruvida rambeslutet är tillämpligt på bevisupptagning under de förberedande faserna i straffrättsliga förfaranden som berör underåriga brottsoffer. Avslutningsvis ska jag granska de särskilda italienska bestämmelserna om bevisupptagning utom huvudförhandling, närmare bestämt de befogenheter som åklagarmyndigheten har tilldelats i samband med detta, mot bakgrund av de ovannämnda bestämmelserna.

34. Det är viktigt att redan här påpeka att den hänskjutande domstolens frågor enbart rör förundersökningsskedet i det straffrättsliga förfarandet. Frågorna handlar således inte om hur brottsoffer, särskilt underåriga brottsoffer, ska behandlas i andra skeden av det straffrättsliga förfarandet.

35. Även om rambeslutet är allmänt tillämpligt på alla brottsoffer i straffrättsliga förfaranden, hänvisas i artikel 2.1 till ”särskilt utsatta brottsoffer” beträffande vilka varje medlemsstat ska se till att de får ”den särskilda behandling som på bästa sätt motsvarar deras situation”. I denna bestämmelse, som i systematiskt hänseende är placerad i inledningen av rambeslutet, uttrycks en bärande tanke som genomsyrar hela direktivet. Det innebär att medlemsstaterna är skyldiga att särbehandla särskilt utsatta brottsoffer och undvika åtgärder som medför ett godtyckligt likställande där hänsyn inte tas till den särskilda situation som de befinner sig

i. Beträffande konsekvenserna av denna bestämmelse bör det påpekas att rambeslutet föreskriver ett starkare skydd när en nationell rättsakt rör ett särskilt utsatt brottsoffer. [19]

36. Som bekant finns det i unionsrätten inte någon definition av begreppet ”särskilt utsatt brottsoffer”. Detta är ett medvetet beslut från unionslagstiftarens sida och syftet är att rambeslutet ska kunna tillämpas på ett flexibelt sätt. [20] Det råder emellertid inget tvivel om att underåriga brottsoffer är att betrakta som ”särskilt utsatta brottsoffer”. Detta har domstolen också slagit fast i domen i målet Pupino, [21] i vilken den tog till sig generaladvokaten Kokotts utförliga resonemang i hennes förslag till avgörande i det målet. [22] Där slog domstolen fast att ”dessa barn kan klassificeras som särskilt utsatta i den mening som avses i rambeslutet”. [23]

37. Således ska det i förevarande mål göras en tolkning av bestämmelserna i rambeslutet där hänsyn tas till det omfattande skydd som särskilt utsatta brottsoffer ska åtnjuta. Det gäller även brottsoffret i målet vid den nationella domstolen, som misstänks ha blivit utsatt för sexuella övergrepp av sin far när hon var fem år gammal. Denna omständighet ska beaktas i det fortsatta resonemanget i detta förslag till avgörande, eftersom den utgör en av de faktorer som måste vägas in för att kunna ge ett slutgiltigt svar.

B — *Artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslut 2001/220 och åtgärder för bevisupptagning på förhand under förundersökningsskedet av det straffrättsliga förfarandet*

38. Innan jag går närmare in på de italienska bestämmelserna om bevisupptagning utom huvudförhandling är det lämpligt att klargöra på vilket sätt rambeslutet är tillämpligt på nationella åtgärder för bevisupptagning på förhand eller för framtida säkerhet under förundersökningsskedet av det straffrättsliga förfarandet. Som framgår nedan föreligger det enligt rambeslutet en allmän skyldighet för medlemsstaterna att ta hänsyn till utsatta brottsoffers särskilda situation när de ska höras offentligt. Av unionens regelverk, vilket innefattar primärrätten och domstolens rättspraxis, framgår det att medlemsstaterna

19 — Se den ingående analysen i Fayolle, L., *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*, doktorsavhandling, IUE, Florens, 2008, s. 347 och följande sidor.

20 — Ett bevis på detta är att det i artikel 2.2. i Republiken Portugals initiativ till antagande av rambeslutet, vars lydelse ligger till grund för de nuvarande bestämmelserna, angavs vissa kriterier för när brottsoffer ska betraktas som särskilt utsatta, däribland ålder (Initiativ från Republiken Portugal inför antagandet av rådets rambeslut om brottsoffrets ställning i det straffrättsliga förfarandet (EGT C 243, 2000, s. 4 och följande sidor)).

21 — Domen i det ovannämnda målet Pupino.

22 — Förslag till avgörande föredraget den 11 november 2004, punkterna 53–58.

23 — Domen i det ovannämnda målet Pupino, punkt 53.

har en skyldighet att säkerställa att sådana åtgärder vidtas, samtidigt som de ges ett omfattande utrymme för att besluta om hur åtgärderna ska utformas närmare.

39. Enligt artikel 3.2 i rambeslutet ska medlemsstaterna vidta ”lämpliga åtgärder” för att se till att myndigheterna inte utsätter brottsoffer för fler förhör ”än vad som är nödvändigt för det straffrättsliga förfarandet”. Mot bakgrund av att uttrycket ”lämpliga” förekommer upprepade gånger är det uppenbart att artikel 3 är ett uttryck för ett påbud om proportionalitet som är riktat till medlemsstaterna, på vilka det ankommer att besluta om lämpliga åtgärder efter att ha vägt in alla relevanta aspekter. I bestämmelsen nämns inget om de olika skedena av det straffrättsliga förfarandet, den innehåller bara allmänna föreskrifter som är tillämpliga på hela förfarandet.

40. Artikel 8 i rambeslutet utgör *lex specialis* i förhållande till ovannämnda artikel 3. Där föreskrivs att medlemsstaterna ska säkerställa ett adekvat skydd för brottsoffren när det gäller deras säkerhet och skyddet för privatlivet, och i artikel 8.4 föreskrivs särskilt att det åligger medlemsstaterna att skydda de mest utsatta brottsoffren mot ”följderna av att vittna offentligt”. För att säkerställa detta skydd anges det att brottsoffren ska kunna få ”vittna under sådana förhållanden som gör det möjligt att uppnå [detta skydd], på varje sätt som är lämpligt och förenligt med de grundläggande principerna i lagstiftningen”. När det handlar om brottsoffer som ska höras offentligt höjs tonläget således avsevärt i rambeslutet, och här för formuleringarna snarast tankarna till *brottsoffrets rättigheter*. Dock ges medlemsstaterna även här ett omfattande handlingsutrymme (det talas om ett ”sätt som är lämpligt”) och ett förbehåll anges: ”de grundläggande principerna i lagstiftningen”.

41. Domstolen har vid ett enda, om än viktigt, tillfälle haft möjlighet att tolka räckvidden av artiklarna 3 och 8 i rambeslutet med avseende på underåriga brottsoffer, och det gav upphov till den omtalade domen i målet Pupino. [24] I punkt 56 i domen uttalade sig domstolen om den skyldighet som medlemsstaterna har till följd av de ovannämnda bestämmelserna och slog fast att ”för att uppnå de mål som eftersträvas genom de ovannämnda bestämmelserna i rambeslutet, [*krävs det*] att en nationell domstol har *möjlighet* att för särskilt utsatta brottsoffer använda ett särskilt förfarande, som till exempel ... bevisupptagning

24 — Domen i det ovannämnda målet Gueye rörde också tillämpningen av dessa båda bestämmelser på utsatta brottsoffer, men där handlade det om kvinnor som hade utsatts för våld i nära relationer och inte om våld mot barn som fallet är i förevarande mål och som fallet var i målet Pupino.

utom huvudförhandlingen".[25] Vidare anger domstolen att detta förfarande bör tillämpas om det "bättre motsvarar brottsoffrens situation och om det är nödvändigt för att förhindra att bevisningen försämras, för att reducera upprepade förhör till ett minimum och för att förebygga skadliga följder, för de nämnda brottsoffren, av att deras utsaga avges under huvudförhandlingen".

42. Det bör påpekas att det "krav" som domstolen nämner enbart avser "möjligheten" för en nationell domstol att tillämpa ett särskilt förfarande med bevisupptagning på förhand eller för framtida säkerhet. Medlemsstaterna åläggs inte att föreskriva någon sådan bevisupptagning utom huvudförhandling som den som återfinns i den italienska lagstiftningen. Genom att formulera sig på det här viset har domstolen betonat hur viktigt det enligt rambeslutet är att medlemsstaterna tillämpar ett särskilt förfarande på särskilt utsatta brottsoffer, antingen genom att reglera det i skriftliga bestämmelser eller genom att tillämpa det allmänt i rättspraxis. Det anges ingenstans att bevisupptagning utom huvudförhandling skulle vara det enda sättet att uppnå detta mål.

43. Denna slutsats påverkas inte av det som domstolen kom fram till i målet Pupino. Som bekant slog domstolen där fast i domslutet att en lagstiftning som den italienska, enligt vilken bevisupptagning utom huvudförhandling bara ska tillämpas vid ett begränsat antal brott, inte är förenlig med rambeslutet.

44. När domstolen slog fast att den italienska lagstiftningen var rättsstridig, gjorde den inte en vid tolkning av rambeslutet som mynnade ut i att bevisupptagning före huvudförhandling skulle utsträckas till att omfatta hela unionen. Min uppfattning är att den avgörande orsaken till domstolens domslut i målet Pupino är att det är praktiskt taget omöjligt att se något rimligt motiv för den nationella lagstiftarens beslut att endast tillämpa bevisupptagning utom huvudförhandling vid sexualbrott där brottsoffren är underåriga. Den italienska lagstiftningen ifrågasattes inte på grund av att vissa handläggningsregler föreskrevs eller inte föreskrevs, utan på grund av att de föreskrivna handläggningsreglerna endast skulle tillämpas på vissa brott, exempelvis sexualbrott, men inte på andra, exempelvis misshandel. Domstolen fann att detta medförde att ett stort antal särskilt utsatta brottsoffer på ett omotiverat sätt berövades möjligheten till ett processmedel som är anpassat till deras särskilda ställning.[26]

25 — Min kursivering.

26 — Se, härvidlag, domstolens dom av den 9 oktober 2008 i mål C-404/07, Katz (REG 2008, s. I-7607), i vilken domstolen slog fast att rambeslutet inte medför en skyldighet för en nationell domstol att ge brottsoffret möjlighet att höras som vittne i ett förfarande där brottsoffret väckt enskilt åtal i åklagarmyndighetens ställe, såsom i målet vid den nationella domstolen. "*Om det inte finns någon sådan möjlighet* ska brottsoffret emellertid kunna tillåtas avge en utsaga som kan beaktas som bevisning" (punkt 50). I rambeslutet föreskrivs således inte hur åtgärderna ska vara utformade, utan bara att möjligheten ska finnas.

45. Medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning är ännu större när även andra intressen än brottsoffrets behöver tas i beaktande. Detta slog domstolen fast i domen målet Gueye, enligt vilken rätten för utsatta brottsoffer att yttra sig får begränsas om det är motiverat med hänsyn till allmänintresset, exempelvis för att bekämpa våld i hemmet. [27]

46. Vidare bör hänsyn tas till vad som föreskrivs i artikel 24.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, nämligen att barns åsikter ”ska beaktas i frågor som rör barnen i förhållande till deras ålder och mognad”. Enligt förklaringarna till bestämmelserna i stadgan bygger innehållet i denna bestämmelse på artikel 12 i New York-konventionen om barnets rättigheter, [28] vilken har ratificerats av alla medlemsstater. Dess lydelse är mycket lik lydelsen av den unionsrättsliga bestämmelsen. [29] Den viktigaste skillnaden mellan de båda bestämmelserna (vilket inte på något vis innebär en motsättning) återfinns i artikel 12.2 i konventionen, där det efter det att det klargjorts att barnet ska ha rätt att uttrycka sina åsikter anges att barnet ”särskilt [ska] beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom företrädare eller ett lämpligt organ och på ett sätt som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler, i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet”.

47. Således har artikel 24.1 i stadgan en rättslig dimension som rör barnets rätt att få sina åsikter beaktade med hänsyn till dess särskilda förutsättningar. En tolkning av denna artikel mot bakgrund av New York-konventionen visar att medlemsstaterna är skyldiga att ta hänsyn till underåriga brottsoffers behov när dessa kallas att inställa sig vid domstol. Varken i stadgan eller i konventionen föreskrivs emellertid några specifika åtgärder som medlemsstaterna ska vidta. I artikel 24 föreskrivs bara att skyddsåtgärder ska *finnas*, men medlemsstaterna har här ett stort utrymme för skönsmässig bedömning.

48. Detta har bekräftats av domstolen i den begränsade rättspraxis som hittills uppkommit beträffande artikel 24 i stadgan. Ett exempel är domen i målet Aguirre Zarraga, [30] som handlade om rätten för ett barn att höras i ett

27 — Dom av den 15 september 2011 i de förenade målen C-483/09 och C-1/10, Gueye och Salmerón Sánchez, punkt 62. Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i detta mål, närmare bestämt punkt 63, där det anges att artikel 8 i rambeslutet har en ”underordnad funktion” och ”inte uttömmande [behandlar] brottsoffrets alla tänkbara intressen”.

28 — Konventionen antogs och öppnades för undertecknande och ratificering den 20 november 1989 (UN Treaty Series, Volym 1577, s. 43).

29 — Förklaringen till artikel 24 har följande lydelse: ”Denna artikel grundas på New York-konventionen om barnets rättigheter, vilken undertecknades den 20 november 1989 och har ratificerats av alla medlemsstater, särskilt artiklarna 3, 9, 12 och 13 i den konventionen.”

30 — Dom av den 22 december 2010 i mål C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga (REU 2010, s. I-14247).

vårdnadsmål. Liksom i domen i målet Pupino slog domstolen fast att unionsrätten kräver att det finns förfaranden, dock inte ett enda specifikt sådant, för att skydda barns rättigheter i samband med domstolsförfaranden. I domen konstaterade domstolen att medlemsstaterna har stort utrymme för att själva avgöra vilka åtgärder som är lämpliga i varje enskilt fall. [31] I enlighet med detta tillade domstolen att trots vad som föreskrivs i artikel 24 i stadgan ”kan [hörandet av barnet] inte utgöra en absolut skyldighet utan ska i varje enskilt fall bedömas i förhållande till kravet på att barnets bästa ska komma i första rummet”. [32]

49. Rambeslutet antogs visserligen innan stadgan trädde i kraft, men det bör ändå tolkas mot bakgrund av de grundläggande rättigheter som föreskrivs där. [33] Som framgått ovan har rambeslutet och stadgan, tolkade tillsammans, samma utgångspunkt, nämligen att medlemsstaterna är skyldiga att vidta särskilda åtgärder för att tillgodose underåriga brottsoffers särskilda behov i samband med domstolsförfaranden. I ingen av de granskade bestämmelserna föreskrivs det emellertid någon enskild specifik åtgärd, utan medlemsstaterna ges ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, vilket inte bara ska tjäna som vägledning för lagstiftaren utan även för domstolarna.

50. Mot bakgrund av de redovisade bestämmelserna kan vi nu ta oss an det speciella problemet i förevarande mål. Den fråga som GIP har ställt handlar inte om huruvida bevisupptagning utom huvudförhandling *är möjlig*, eftersom det föreskrivs att en sådan får företas i ett fall som det förevarande, utan om hur den regleras processrättsligt och i synnerhet vilket inflytande brottsoffret eller förundersökningsdomaren ska ha över denna bevisupptagning. Det ska med andra ord prövas huruvida det finns bestämmelser som gör det alltför *svårt* för brottsoffret att få tillgång till sådan bevisupptagning. Det är uppenbart att rambeslutet kan åsidosättas om en medlemsstat inför så betungande villkor att det är liktydigt med att alla särskilda förfaranden för att höra utsatta brottsoffer utesluts. Det ska nu prövas huruvida de aktuella italienska bestämmelserna ger upphov till ett sådant resultat.

C — *Åklagarmyndighetens skyldighet att till GIP framställa begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling*

51. I korthet undrar den hänskjutande domstolen huruvida de italienska processrättsliga bestämmelserna är förenliga med artiklarna 2,

31 — Ibidem, punkt 67.
32 — Ibidem, punkt 66.
33 — De ovannämnda domarna i målen Pupino, punkt 59, Katz, punkt 48, och Gueye, punkt 64.

3 och 8 i rambeslutet, mot bakgrund av att om ett underårigt brottsoffer begär att bevisupptagning ska hållas utom huvudförhandling kan det bara ske om åklagarmyndigheten först har framställt begäran om det. GIP har ingen möjlighet att ex officio besluta om sådan bevisupptagning och brottsoffret kan inte heller framställa begäran om det direkt till domstolen, utan måste vända sig till åklagarmyndigheten och begära att denna gör det. Enligt den hänskjutande domstolen innebär det att det finns en ”inneboende brist på logik i artiklarna 392.1 a och 398 CPP”, eftersom åklagarmyndigheten är skyldig att ange gärningsbeskrivningen (domstolen kan till och med tvinga åklagarmyndigheten att göra det), men inte att begära bevisupptagning utom huvudförhandling.

52. För att besvara denna fråga måste det göras en noggrann tolkning av artikel 8.4 i rambeslutet. I denna bestämmelse föreskrivs det att när underåriga ska höras offentligt och ”när det är nödvändigt att skydda [utsatta] brottsoffer” ska medlemsstaterna se till att det finns åtgärder som gör det möjligt för brottsoffret att höras ”under sådana förhållanden som gör det möjligt att uppnå detta syfte”. I bestämmelsen finns dessutom två viktiga förtydliganden. Det första handlar om vem som får fatta beslut om detta och hur det ska gå till. I artikel 8.4 föreskrivs det att det ska ske ”genom domstolsbeslut”.[34] Det andra förtydligandet utgörs av en avgränsning, eftersom det föreskrivs att brottsoffer ska kunna höras ”på varje sätt som är lämpligt och förenligt med de grundläggande principerna i lagstiftningen”, det vill säga den nationella lagstiftningen. Samtidigt som medlemsstaterna enligt rambeslutet är skyldiga att se till att det är en offentlig myndighet i form av en ”domstol” som fattar beslut om bevisupptagning utom huvudförhandling, ges de olika rättssystemen ett visst handlingsutrymme. Skyddet av utsatta brottsoffer kommer i första hand, men när det gäller hur detta skydd ska säkerställas har de nationella myndigheterna en omfattande beslutanderätt.

53. Vidare anges följande i skäl 9 till rambeslutet: ”Bestämmelserna i detta rambeslut medför emellertid inte någon skyldighet för medlemsstaterna att se till att brottsoffer ges en behandling motsvarande den som ges parter i det rättsliga förfarandet.” Detta förtydligande är förenligt med innehållet i artikel 8, eftersom det visar att brottsoffren ska tillförsäkras ett särskilt skydd, utan att det för den skull innebär att de har samma ställning som åklagarmyndigheten. I ett ackusatoriskt system som det italienska skulle ett beslut att enbart anförtro ett oberoende organ som omfattas av legalitetsprincipen rätten att väcka

34 — Denna precisering är inte oviktig, eftersom det i det ursprungliga portugisiska förslaget talades allmänt om ”medlemsstaterna”. Det är således endast domstolar i vid mening som tilldelas denna behörighet.

åtal undergrävas om det i ett unionsrättsligt instrument fastställdes att ett brottsoffer har en likvärdig ställning som åklagarmyndigheten. I rambeslutet föreskrivs inte någon alternativ modell för det straffrättsliga förfarandet och inte heller kan någon sådan modell utläsas i förarbetena. När Republiken Portugal lade fram sitt förslag till rambeslut för rådet, nämndes ingenting om att brottsoffret skulle få en pådrivande roll i alla straffrättsliga förfaranden i medlemsstaterna. [35] När det i artikel 8 föreskrivs att tillämpningen av särskilda förfaranden kräver ”domstolsbeslut” och att det är förenligt med de grundläggande principerna i lagstiftningen, är det en erinran om att brottsoffren ska *åtnjuta* skydd men inte att de *har befogenheter* i fråga om sådant skydd. Dessa befogenheter tillkommer domstolarna, vilket i den italienska rättsordningen innefattar åklagarväsendet. [36]

54. Mot bakgrund av de tillämpliga bestämmelserna ska det nu undersökas huruvida bestämmelserna om bevisupptagning utom huvudförhandling är förenliga med rambeslutet.

55. Enligt artikel 394 CPP får brottsoffret vända sig till åklagarmyndigheten och begära att denne i sin tur framställer en begäran till GIP om sådan bevisupptagning. Åklagarmyndighetens beslut ska under alla förhållanden motiveras. Det innebär att om brottsoffrets begäran avslås, ska skälen för detta redovisas. Vidare är åklagarmyndigheten endast underkastad legalitetsprincipen och han är enligt grundlagen skyldig att föra talan om ansvar för brott. [37] Åklagarmyndighetens uppgift är att värna om legaliteten. Han är då han fullgör denna uppgift helt självständig och denna självständighet är reglerad i grundlagen och i vanliga lagar. [38] När åklagarmyndigheten värnar om legaliteten ska han naturligtvis ta hänsyn till utsatta brottsoffers särskilda situation. I egenskap av oberoende rättsvårdande myndighet som omfattas av legalitetsprincipen är åklagarmyndigheten skyldig att bevaka de underårigas intressen. I detta avseende är åklagarmyndigheten ett organ som i egenskap av garant för legaliteten ska skydda

35 — Se skälen 8, 9 och 10 i det ursprungliga portugisiska initiativet, där det uttryckligen angavs att syftet med initiativet var att tillnärma lagarna om straffrättsliga förfaranden för att *behandla brottsoffrets behov på ett integrerat sätt.* Det fanns inga avsikter att förändra brottsoffrets roll i de straffrättsliga förfarandena i medlemsstaterna. Det pågår visserligen en intensiv debatt om vilken ställning brottsoffret bör ha i den här typen av förfaranden (se härvidlag Ashworth, A., ”Victims” rights, defendants’ rights and criminal procedure, i Crawford, A. och Goodey, J. (red.), *Integrating a victim perspective within criminal justice: international debates,* Aldershot, Ashgate-Dartmouth, 2000), men det finns ingenting i rambeslutet som tyder på att syftet är att ta ställning i denna fråga.

36 — Se artiklarna 50–54 c CPP.

37 — Se artikel 112 i den italienska grundlagen.

38 — Se fotnot 36 i detta förslag till avgörande. Se härvidlag Zanon, N., *Pubblico Ministero e Costituzione,* Cedam, Paple Royaume d’Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions susmentionnées. ua, 1996.

underåriga brottsoffer i samband med straffrättsliga förfaranden. [39]

56. Den omständigheten att åklagarmyndigheten är den enda instansen som ett underårigt brottsoffer kan vända sig till för att begära bevisupptagning utom huvudförhandling bekräftar ovanstående resonemang. Enligt italiensk lag ankommer det på åklagarmyndigheten att bevaka den underåriges intressen, och mot bakgrund av detta fattar åklagarmyndigheten beslut om huruvida det är lämpligt att framställa en formell begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling. I detta hänseende motsvarar åklagarmyndighetens beslut det ”domstolsbeslut” som nämns i artikel 8.4 i rambeslutet, ett begrepp som såsom ovan påpekats bör ges en vid tolkning med beaktande av de principer som ligger till grund för de olika nationella rättsordningarna. [40] Enligt italiensk lag har åklagarmyndigheten bland annat till uppgift att fungera som garant för brottsoffret då detta ska höras offentligt. Genom att denna uppgift anförtros åklagarmyndigheten, som är ett oberoende organ som endast är bundet av lagen, och det föreskrivs att målsäganden ska ges tillfälle att yttra sig över huruvida en bevisupptagning utom huvudförhandling är lämplig samt att åklagarmyndigheten ska motivera sitt beslut, har det i den nationella lagstiftningen gjorts en balanserad avvägning som i princip är förenlig med syftena med och bestämmelserna i rambeslutet.

57. Detta bekräftas om hänsyn tas till särdragen i den italienska straffprocessrättsliga modellen, som ska beaktas enligt artikel 8.4, vilken det så många gånger har hänvisats till. Genom att det där föreskrivs att brottsoffer får höras under särskilda förhållanden under processen, förutsatt att det är förenligt ”med de grundläggande principerna i [den nationella] lagstiftningen”, betonas betydelsen av de grundläggande rättigheterna, men också av de olika medlemsstaternas processrättsliga traditioner, särskilt de straffprocessrättsliga. Detta förbehåll avspeglas även generellt i artikel 67.1 FEUF, enligt vilken unionen ska utgöra ett område med frihet, säkerhet och rättvisa ”med respekt för de grundläggande rättigheterna och de olika rättssystemen och rättsliga traditionerna i medlemsstaterna”. Genom rambeslutet, som antogs med stöd av de rättsliga grunderna för denna politik, följs den föreskriften, och hänsyn tas till särdragen i de olika rättsordningarna.

39 — Se Spangher, G., *Trattato di procedura penale*, vol. 3, Indagini preliminari e udienza preliminare, Utet, Turin, 2009, s. 608 och 609 och Bresciani, L., ”Persona offesa dal reato”, i Digesto penale, IX, Utet, Turin, 1995, s. 527. Denna roll tycks inte vara oomstridd i Italien och vissa hävdar att den är ett uttryck för ”rättslig paternalism”. Denna kritik gäller emellertid de allmänna begränsningar som finns för *alla* brottsoffer och inte bara för underåriga, som i förevarande fall. Beträffande denna debatt se Errico, Rilettura G., ”Rilettura dell'incidente probatorio per l'attuazione di un processo giusto”, i Cerquetti, G. och Florio, F. *Dal principio dal giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padua, 2002.

40 — Observera att åklagarmyndighetens konstitutionella ställning regleras i avdelning IV i del II i den italienska grundlagen, som handlar om ”domarämbetet”. Se närmare bestämt artiklarna 107–112, av vilka framgår att åklagarmyndigheten uppenbart utgör en del av domstolsväsendet i vid mening.

58. Vad beträffar Italien bör det erinras om att bevisupptagning utom huvudförhandling utgör ett undantag från den ackusatoriska principen och därför är föremål för särskild behandling i artikel 111 i grundlagen. [41] Möjligheten att på förhand eller för framtida säkerhet hålla bevisupptagning utom huvudförhandling i straffrättsliga förfaranden finns i merparten av de nationella rättsordningarna, men den är underkastad en rad förbehåll för att värna om den misstänktes rättigheter. Detta bygger på en straffrättslig modell som unionsrätten inte ifrågasätter och syftet är att åstadkomma en avvägning mellan behovet av att klarlägga de faktiska omständigheterna och skyddet av utsatta brottsoffers intressen och den misstänktes grundläggande rättigheter. Alla dessa aspekter har beaktats i den italienska rättsordningen vid regleringen av bevisupptagning utom huvudförhandling, och följaktligen anser jag att dessa bestämmelser inte är oförenliga med vare sig lydelsen av eller syftet med artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslutet.

59. Avslutningsvis ska jag behandla kommissionens uppfattning att rambeslutet har åsidosatts om GIP är förvissad om att det kommer att hållas en huvudförhandling. Kommissionens ståndpunkt innefattar två olika scenarier. Det första uppstår efter det att en huvudförhandling har hållits som enligt kommissionen medfört skadliga konsekvenser för det underåriga brottsoffret på ett sätt som är oförenligt med rambeslutet. Det andra scenariot uppstår innan huvudförhandlingen börjar, om GIP är förvissad om att en sådan kommer att äga rum.

60. I det första fallet misstar kommissionen sig, då den utan vidare utgår från att huvudförhandlingen medför skadliga konsekvenser för det underåriga brottsoffret. I den italienska lagstiftningen föreskrivs nämligen särskilda åtgärder för att skydda utsatta brottsoffer under det här skedet av processen, vilket den italienska regeringen också har påpekat i sitt yttrande. Det kan inte kategoriskt slås fast att ett hörande av ett underårigt brottsoffer vid en huvudförhandling innebär att rambeslutet åsidosätts. Dessutom handlar förevarande mål inte om brottsoffrets ställning under huvudförhandlingen utan under det skede som föregår denna. Följaktligen kan kommissionens argumentering i denna del inte godtas.

61. Det andra scenariot som kommissionen har tagit upp förtjänar emellertid en närmare granskning. Under omständigheter som dem som föreligger i förevarande mål och i ett skede som föregår huvudförhandlingen, kan en vägran från åklagarmyndighetens sida att begära bevisupptagning utom huvudförhandling stå i motsättning till beslutet att påbörja det kontradiktoriska skedet eller till ett beslut från domstolens sida som gör det möjligt att få en uppfattning om det fortsatta förfarandet. Att i ett sådant här sammanhang avslå en begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling skulle kunna innebära ett åsidosättande av rambeslutet. Det måste därför göras en ingående prövning av huruvida det uppkommer omständigheter av det här slaget under det skede som föregår

41 — Se hänvisningarna i fotnot 10 i detta förslag till avgörande.

huvudförhandlingen i det italienska straffrättsliga förfarandet.

62. Enligt italiensk lag medför inte ett åtalsbeslut automatiskt att en huvudförhandling inleds. Det sker först efter det att Giudice dell'udienza preliminare, som utgörs av en annan ensamdomare än Giudice per le indagini preliminari, [42] har hört parterna vid en offentlig förhandling, fastställt gärningsbeskrivningen och beslutat att det muntliga förfarandet ska inledas. [43] Således finns det en tidrymd mellan den tidpunkt då åtal väcks och den tidpunkt då det muntliga förfarandet påbörjas, under vilken man fortfarande kan begära bevisupptagning utom huvudförhandling. [44] Om GIP ålägger åklagarmyndigheten att ange gärningsbeskrivningen, vidtas åtgärder för att hålla en förberedande förhandling som mynnar ut i ett beslut om huruvida det muntliga förfarandet ska inledas. [45] Under denna tidrymd har sannolikheten för att en huvudförhandling till slut kommer att hållas ökat. Råder det tvivel om huruvida de faktiska omständigheter som ligger till grund för åtalet är tillräckliga, är det dessutom huvudförhandlingen som är det lämpliga forumet för att klara ut alla tveksamheter. I det här sammanhanget bör det erinras om Europadomstolens rättspraxis rörande statens positiva skyldigheter, inte minst åklagarmyndighetens, när det finns utsatta brottsoffer och tvivel rörande de faktiska omständigheterna som gör att en utredning läggs ned trots att det är uppenbart att det borde ha skett en prövning i domstol. [46] Om åklagarmyndigheten är skyldig att ange gärningsbeskrivningen och om det är möjligt att Giudice dell'udienza preliminare beslutar att det muntliga förfarandet ska inledas, är det förutsebart och logiskt att åklagarmyndigheten godtar det underåriga brottsoffrets förslag och begär att bevisupptagning utom huvudförhandling ska hållas.

63. Det är denna konsekvens som kommissionen förefaller ha haft i åtanke då den hävdade att den italienska lagstiftningen är oförenlig med rambeslutet om GIP är förvissad om att en huvudförhandling kommer att hållas. Varken GIP eller åklagarmyndigheten kan emellertid vara fullständigt säker på detta, eftersom det enbart ankommer på Giudice dell'udienza preliminare att fatta beslutet. Det är dock uppenbart att åklagarmyndigheten, som ska värna om legaliteten och bevaka den underåriges intressen, i de flesta fall finner sig föranledd att begära bevisupptagning utom huvudförhandling då han uppmanas att ange gärningsbeskrivningen.

42 — Se artikel 34.2 a CPP.

43 — Se artiklarna 418–426 CPP.

44 — Corte costituzionale slog också i dom nr 77 av den 10 mars 1994 fast att den bestämmelse enligt vilken bevisupptagning utom huvudförhandlingen inte fick företas i samband med den förberedande förhandlingen var grundlagsstridig.

45 — Artiklarna 415 och 416 CPP.

46 — Särskilt beträffande underåriga brottsoffer och skyldigheten att fortsätta utredningen för att kunna hålla en huvudförhandling, se Europadomstolens dom av den 4 mars 2004 i mål nr 39272/98, M.C. mot Bulgarien, punkt 148 och följande punkter. För en utförlig redovisning av detta, se Fayolle, L., *Naissance et influence de la notion …*, a.a., s. 315 och följande sidor.

64. Som jag påpekat i punkt 34 i detta förslag till avgörande är det mot bakgrund av omständigheterna i förevarande mål inte nödvändigt att ta upp konsekvenserna av rambeslutet i senare skeden av förfarandet som ligger utanför GIP:s behörighetsområde. Även om den situation som kommissionen har tagit upp skulle kunna väcka tvivel om huruvida de ifrågasatta bestämmelserna är förenliga med rambeslutet, anser jag att domstolen bör besvara den specifika fråga som har ställts i förevarande mål och som enbart och uteslutande rör förundersökningsskedet.

65. Mot bakgrund av ovanstående argument föreslår jag således att domstolen ska besvara den första tolkningsfrågan på så sätt att artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslutet ska tolkas så, att de inte utgör hinder för att tillämpa nationella bestämmelser som dem som återfinns i artikel 392 CPP, enligt vilka det inte föreligger någon skyldighet för åklagarmyndigheten att framställa en begäran om att åtgärder för hörande och bevisupptagning utom huvudförhandling ska vidtas under förundersökningsskedet med avseende på ett underårigt brottsoffer, även om brottsoffret uttryckligen har begärt det.

VI — Den andra tolkningsfrågan

66. Den hänskjutande domstolen har därefter frågat huruvida de ovannämnda artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslutet utgör hinder för att tillämpa bestämmelser som dem som återfinns i artikel 394 CPP, enligt vilka ett underårigt brottsoffer inte har rätt att till GPP överklaga ett beslut genom vilket åklagarmyndigheten har avslagit dess begäran att få höras inom ramen för en bevisupptagning utom huvudförhandling. Som framgår nedan följer svaret på denna fråga indirekt av mitt förslag till svar på den första tolkningsfrågan.

67. Som visats ovan har åklagarmyndigheten i det italienska systemet en viktig roll när det handlar om att begära bevisupptagning utom huvudförhandling. Till skillnad från den misstänkte, som har möjlighet att direkt framställa begäran om denna åtgärd till GIP, måste ett underårigt brottsoffer vända sig till åklagare och begära att denne ska framställa en begäran om bevisupptagning utom huvudförhandling. Jag har tidigare påtalat att åklagarmyndigheten på sätt och vis har till uppgift att skydda brottsoffret, samtidigt som denne har att besluta om huruvida det är lämpligt att begära bevisupptagning utom huvudförhandling. Dessa befogenheter måste vara av skönsmässig karaktär, eftersom det krävs en ingående prövning i varje enskilt fall. Det gäller inte minst om särskilt viktiga intressen och värden berörs, vilket är fallet om brottsoffret är underårigt. I sådana fall kan åklagarmyndighetens roll bli ännu viktigare,

eftersom ett underårigt brottsoffer vanligtvis företräds av ett juridiskt ombud, vilket också är fallet i förevarande mål. Under sådana omständigheter garanterar och kanaliserar åklagarmyndigheten det underåriga brottsoffrets legitima initiativ, samtidigt som han övervakar varje begäran för att förfarandet inte ska riskera att bli ett verktyg för att uppnå syften som faller utanför dess ramar. [47]

68. Under sådana förhållanden förefaller det rimligt att den italienska lagstiftaren åtminstone kräver att åklagarmyndigheten ska motivera sitt beslut rörande bevisupptagning utom huvudförhandling, även om det inte kan överklagas. Ett sådant krav på motivering skapar insyn i förfarandet och är förenligt med den misstänktes rättigheter, men det säkerställer också brottsoffrets rätt att få information om alla åtgärder som berör honom eller henne. Den omständigheten att GIP får höra brottsoffret vid ett yrkande om avskrivning av målet, ger dessutom brottsoffret möjlighet att bemöta åklagarmyndighetens argument. Som framgår ovan kan allt detta mynna ut i att GIP ålägger åklagarmyndigheten att ange gärningsbeskrivningen, och därmed uppstår en ny möjlighet att begära bevisupptagning utom huvudförhandling. Att åklagarmyndighetens beslut inte kan överklagas innebär således inte att brottsoffret helt saknar möjlighet att få sin begäran prövad.

69. Om det i rambeslutet hade föreskrivits att åklagarmyndighetens beslut ska kunna överklagas skulle det dessutom allvarligt ha påverkat den utformning och avvägning som den italienska lagstiftaren gör. Som jag tidigare har visat handhas systemet med bevisupptagning utom huvudförhandling främst av åklagarmyndigheten om brottsoffret är underårigt och det ankommer på denna ”domstol”, i den mening som avses i artikel 8.4 i rambeslutet, att besluta huruvida det är lämpligt att framställa begäran därom till GIP. Om brottsoffret hade haft rätt att överklaga detta beslut till GIP skulle systemet ha undergrävts, eftersom beslutet då i sista hand inte hade fallit på åklagarmyndigheten utan på domstolen.

70. Mot bakgrund av det anförda föreslår jag således att domstolen ska besvara den andra tolkningsfrågan på så sätt att artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslut 2001/220 ska tolkas så, att de inte utgör hinder för att tillämpa nationella bestämmelser som dem som återfinns i artikel 394 CPP, enligt vilka ett underårigt brottsoffer under förundersökningsskedet inte har rätt att till domstol överklaga ett beslut genom vilket åklagarmyndigheten har avslagit dess begäran att myndigheten ska framställa en begäran till GIP om bevisupptagning utom huvudförhandling.

47 — Se Spencer, J., ”The victim and the prosecutor”, i Bottoms, A. och Roberts, J.V. (red.), *Hearing the Victim. Adversarial justice, crime victims and the State,* Willan, Devon-Portland, 2010, s. 141–144.

VII — Förslag till avgörande

71. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara Giudice per le indagini preliminari de Florencias tolkningsfrågor på följande sätt:

1) Artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslut 2001/220/RIF om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden ska tolkas så, att de inte utgör hinder för att tillämpa nationella bestämmelser som dem som återfinns i artikel 392 CPP, enligt vilka det inte föreligger någon skyldighet för åklagarmyndigheten att framställa en begäran om att åtgärder för hörande och bevisupptagning utom huvudförhandling ska vidtas under förundersökningsskedet med avseende på ett underårigt brottsoffer, även om brottsoffret uttryckligen har begärt det.

2) Artiklarna 2, 3 och 8 i rambeslut 2001/220 ska tolkas så, att de inte utgör hinder för att tillämpa nationella bestämmelser som dem som återfinns i artikel 394 CPP, enligt vilka ett underårigt brottsoffer under förundersökningsskedet inte har rätt att till domstol överklaga ett beslut genom vilket åklagarmyndigheten har avslagit dess begäran att myndigheten ska framställa en begäran till Giudice delle Indagini Preliminari om bevisupptagning utom huvudförhandling.