

Bruxelles, 28 maggio 2018
(OR. en)

9418/18

Fascicoli interistituzionali:
2018/0107 (COD)
2018/0108 (COD)

JAI 516
COPEN 166
CYBER 117
DROIPEN 76
JAIEX 56
ENFOPOL 284
DAPIX 158
EJUSTICE 62
MI 399
CODEC 873

NOTA

Origine: presidenza
Destinatario: Consiglio

Oggetto: Prove elettroniche
a) Regolamento relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche
b) Direttiva sui rappresentanti legali per la raccolta delle prove
= Dibattito orientativo

I. Introduzione

1. Il 17 aprile 2018 la Commissione ha adottato due proposte legislative: una *proposta di regolamento relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale*¹ e una *proposta di direttiva che stabilisce norme armonizzate sulla nomina dei rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove nei procedimenti penali*². L'obiettivo è migliorare l'accesso transfrontaliero alle prove elettroniche creando un quadro giuridico per i provvedimenti giudiziari rivolti direttamente ai rappresentanti legali dei fornitori di servizi senza l'intervento di un'autorità dello Stato membro in cui ha sede il loro rappresentante legale.

¹ 8110/18.

² 8115/18.

Dalle prime discussioni tenutesi a livello di esperti e da un dibattito in sede di CATS sono emerse una serie di questioni di rilevanza strategica che la presidenza desidera sottoporre al Consiglio GAI del 4 giugno per ottenere orientamenti politici non solo sulla direzione da seguire nei futuri negoziati sulle proposte, ma anche in merito alle relazioni esterne dell'UE in questo ambito con partner fondamentali come gli Stati Uniti.

II. Ambito di applicazione delle proposte legislative della Commissione

2. Pur accogliendo con favore le proposte, varie delegazioni hanno espresso rammarico per la limitatezza dell'ambito di applicazione della proposta di regolamento, che non affronta *l'accesso diretto alle prove elettroniche* (l'accesso diretto ai dati senza l'assistenza di terzi (prestatore di servizi) in qualità di intermediario), o *l'intercettazione di dati in tempo reale*. Secondo molte delegazioni, questi due elementi dovrebbero essere trattati in quanto rispondono a un'esigenza operativa e, pertanto, devono essere esaminati ulteriormente e in modo molto più dettagliato. Tuttavia, i pareri divergono sulla questione se ciò debba essere fatto nell'ottica di inserire tali elementi nelle attuali proposte o piuttosto in parallelo alle attuali proposte, in modo da non ritardare o prolungare i negoziati in corso.
3. Per quanto riguarda *l'intercettazione di dati in tempo reale*, finora sono state formulate le seguenti considerazioni:
 - si tratta di una misura sensibile e intrusiva,
 - questa possibilità è prevista nella maggior parte degli ordinamenti nazionali per circostanze interne, nella direttiva relativa all'ordine europeo di indagine e nel *CLOUD Act* statunitense, qualsiasi base UE per l'intercettazione di dati in tempo reale dovrebbe essere considerata nel quadro di tale contesto più ampio e tenere conto della necessità di dotare le autorità degli Stati membri di una gamma completa di strumenti per combattere il crimine nell'era digitale (strumenti che sono a disposizione dei loro colleghi degli Stati Uniti). Inoltre, gli Stati membri hanno fatto presente che la possibilità di contemplare l'intercettazione in tempo reale in un accordo esecutivo nel quadro del *CLOUD Act* statunitense, su base reciproca, dovrebbe altresì essere considerata come parte della riflessione su questa misura.

4. Per quanto riguarda l'*accesso diretto alle prove elettroniche*, finora sono state formulate le seguenti considerazioni:
- si tratta di un strumento potente in caso di delocalizzazione o di fornitori di servizi non cooperativi che consentirebbe alle autorità degli Stati membri di accedere da remoto ai dati disponibili a seguito della perquisizione e del sequestro di un dispositivo o grazie all'uso di credenziali ottenute legittimamente per accedere a un account;
 - esiste una forte diversità tra le legislazioni nazionali che attualmente disciplinano tale accesso diretto negli Stati membri, in particolare per quanto riguarda le garanzie e i poteri previsti;
 - la possibile creazione di un quadro comune dell'UE sarebbe utile, ma tale approccio dell'UE dovrebbe essere esaminato attentamente alla luce di suddetti quadri giuridici nazionali divergenti; inoltre, una serie di questioni giuridiche, compresa la base giuridica appropriata, dovrebbe essere oggetto di un esame approfondito.

5. ***I ministri sono invitati a scambiare opinioni sull'urgenza della questione e sulle modalità per il proseguimento del dibattito sulla creazione di un quadro dell'UE per l'"accesso diretto alle prove elettroniche" e l'"intercettazione di dati in tempo reale" nel prossimo futuro.***

III. Recenti sviluppi internazionali e impatto del *CLOUD Act* statunitense

6. Il *CLOUD Act* statunitense³, adottato dal Congresso degli Stati Uniti il 23 marzo 2018, chiarisce, per mezzo di un emendamento dello *Stored Communications Act* del 1986, che i fornitori di servizi statunitensi hanno l'obbligo di conformarsi agli ordini degli Stati Uniti di comunicare dati di contenuto indipendentemente dal luogo in cui sono conservati⁴. Inoltre, il *CLOUD Act* statunitense consente, a determinate condizioni, di concludere accordi esecutivi con governi stranieri sulla base dei quali i fornitori di servizi statunitensi potrebbero trasmettere dati di contenuto direttamente a detti governi stranieri (oltre che intercettare comunicazioni via cavo), a condizioni da specificare negli accordi esecutivi.

³ Clarifying Lawful Overseas Use of Data (legge recante chiarimento dell'utilizzo legittimo di dati all'estero)

⁴ Rendendo pertanto priva di oggetto la causa USA contro Microsoft Corporation sullo stesso tema, ossia sapere se, ai sensi dello *Stored Communications Act* del 1986, le autorità statunitensi incaricate dell'applicazione della legge possano, sulla base di un mandato giudiziario, obbligare un fornitore di servizi con sede negli USA a divulgare il contenuto di un account di posta elettronica memorizzato su un server situato all'estero.

7. Nelle discussioni sulla questione tenutesi in occasione del Consiglio GAI di marzo, i ministri si sono espressi a favore di un approccio comune dell'UE nei confronti degli Stati Uniti, sottolineando che ciò non solo contribuirebbe considerevolmente a garantire chiarezza giuridica ai fornitori di servizi e alle autorità competenti degli Stati membri, ma impedirebbe inoltre il proliferare di sistemi divergenti, la frammentazione all'interno dell'UE nonché disparità di trattamento tra gli Stati membri.
8. Nella riunione del CATS del 18 maggio, la Commissione e il Servizio giuridico del Consiglio hanno chiarito che l'UE è competente a condurre i negoziati con gli Stati Uniti e che gli Stati membri non dovrebbero avviare negoziati bilaterali. La Commissione ha inoltre sottolineato alcuni dei suddetti benefici. La Commissione e la presidenza hanno inoltre chiarito la competenza dell'UE in materia nella riunione ministeriale UE-USA tenutasi a Sofia il 22 e 23 maggio 2018.
9. La conclusione di un accordo esecutivo tra l'UE e gli Stati Uniti dovrebbe inoltre essere esaminata alla luce delle disposizioni dell'articolo 48 del regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR), appena entrato in applicazione: L'articolo prevede che *"Le sentenze [...] che dispongono il trasferimento o la comunicazione di dati personali da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento possono essere riconosciute o assumere qualsivoglia carattere esecutivo soltanto se basate su un accordo internazionale [...] tra il paese terzo richiedente e l'Unione [...] fatti salvi gli altri presupposti di trasferimento a norma del presente capo [V]"*.
10. Infine, nel definire le future relazioni occorre prestare particolare attenzione alle norme contenute nei rispettivi testi legislativi relativi ai casi in cui i fornitori di servizi si trovano bloccati tra normative nazionali in contrasto tra loro. Il *CLOUD Act* statunitense contiene una "clausola di cortesia"⁵, mentre il progetto di regolamento dell'UE stabilisce, all'articolo 15⁶, una procedura di riesame in caso di conflitto di obblighi. Per garantire la reciprocità e l'efficacia operativa sarà necessario un attento e approfondito esame di queste disposizioni.

⁵ La clausola di cortesia consente ai fornitori di servizi di chiedere a un giudice statunitense di annullare o modificare un'ordinanza per la conservazione o la divulgazione di dati qualora tali dati riguardino un cittadino non statunitense e l'ottemperanza all'ordinanza li porti a violare le leggi di un paese con cui gli Stati Uniti hanno concluso un accordo esecutivo che prevede possibilità analoghe per i fornitori di servizi ai sensi della loro legislazione.

⁶ L'articolo 15 prevede un dialogo con l'autorità centrale dello Stato terzo interessato. Solo nel caso in cui tale autorità non sollevi obiezioni, l'ordine europeo di esibizione sarebbe rispettato e i dati trasmessi.

11. I ministri sono invitati a confermare il loro desiderio di avviare rapidamente negoziati con gli Stati Uniti per la conclusione di un accordo esecutivo tra l'UE e gli USA e sono altresì invitati a chiedere alla Commissione di presentare urgentemente una raccomandazione per il conferimento al Consiglio di un mandato negoziale a tal fine. I ministri sono invitati a chiedere alla Commissione di adottare misure analoghe per quanto riguarda il secondo protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest, attualmente in corso di elaborazione sotto l'egida del Consiglio d'Europa.
