La *regulatory sandbox*

in un recente parere del Consiglio di Stato

Antonio Merlino\*

1. Introduzione

Con l’inizio del 2021 il Consiglio di Stato ha rilasciato parere favorevole sullo schema di decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, recante attuazione dell’art. 36, commi 2-bis e seguenti, d.l. 30 aprile 2019, n. 34 (convertito, con modificazioni, dalla l. 28 giugno 2019, n. 58) sulla disciplina del Comitato e della sperimentazione *fintech* (Cons. St., sez. atti norm., 29 gennaio 2021, n. 109). Il parere si inserisce in un contesto giuridico e normativo frastagliato, nel quale prendono forma, gradualmente, istituti giuridici nuovi per rispondere a nuove esigenze della realtà. Tra questi la *regulatory sandbox* spicca per importanza.

Nelle pagine che seguono si cercherà in primo luogo di definire i contorni di questo istituto che in Italia si affaccia faticosamente all’orizzonte, quindi si farà cenno al delinearsi dell’istituto nel diritto europeo per concludere con una glossa al parere del Consiglio di Stato.

1. L’istituto

La *regulatory sandbox* è un istituto giuridico creato per adeguare l’ordinamento giuridico alla realtà. A fronte della rapidissima evoluzione tecnologica i giuristi incorrono in un duplice pericolo: da una parte si rischia di ordinare fenomeni nuovi con strumenti giuridici vetusti, dall’altra si rischia di rinunciare del tutto a una regolamentazione. Codesto duplice rischio assume proporzioni più significative se consideriamo l’ordinamento giuridico non attraverso lenti esclusivamente nazionali, ma inforcando gli occhiali del comparativista: la *regulatory sandbox* si sta infatti affermando come istituto globale, idoneo a regolamentare una materia che per sua stessa natura è restia a esaurirsi nei vari recinti ordinamentali nazionali. Inoltre, se in Italia l’istituto inizia a prendere forma, altrove esso è già una realtà consolidata e non può essere così ignorato illudendosi che il cosiddetto diritto interno non abbia relazione alcuna con ciò che accade oltre confine. [[1]](#footnote-1)

È stato autorevolmente affermato che i giuristi devono avere soprattutto fantasia.[[2]](#footnote-2) Nel delineare l’istituto della *regulatory sandbox* si è fatto buon uso di fantasia giuridica. Si è fatto uso di un’immagina giocosa: il termine *sandbox* indica un recinto di sabbia, al cui interno giocano i bambini. Si tratta cioè di un perimetro protetto e controllato, all’interno del quale è possibile sperimentare costruzioni di sabbia senza rischi. Traducendo questa immagine giocosa in ambito rigorosamente giuridico si intende con *regulatory sandbox* un ambiente protetto, all’interno del quale è ammesso sperimentare innovazioni tecno-finanziarie in deroga alle regole ordinarie e sotto il controllo delle Autorità di vigilanza.[[3]](#footnote-3) Questo “recinto di sabbia” ha confini precisi, cioè limiti definiti. In primo luogo l’oggetto: la sperimentazione deve riguardare la tecno-finanza (*fintech*) e ambire ad introdurre elementi di innovazione nei prodotti e nei servizi in ambito finanziario, bancario e assicurativo, avvalendosi di tecnologie digitali come l’intelligenza artificiale.

In secondo luogo: entro i limiti della *sandbox* non è abolita ogni regolamentazione giuridica. Si deroga alla regolamentazione ordinaria, ma sotto il controllo delle Autorità di vigilanza. All’interno del “recinto di sabbia” queste rinunciano alla propria funzione sanzionatoria per esercitare un ruolo di interlocutore delle imprese ammesse alla sperimentazione. In questa veste le autorità non sanzionano, ma forniscono informazioni, sostegno e consigli (*guidance*), prevenendo il rischio di cadute fatali. Le Autorità di vigilanza agiscono inoltre come organo che ammette le imprese alla sperimentazione, verificando la sussistenza dei requisiti di accesso alla *sandbox*.

Infine: la deroga alla regole ordinarie non va confusa con una abolizione dell’ordinamento. La deroga è infatti ammessa per un arco di tempo prestabilito e limitato, scaduto il quale l’impresa sceglie se continuare la propria attività in regime ordinario o rinunciarvi, in ogni caso rafforzate dall’esperienza acquisita nel periodo di sperimentazione.

L’istituto nasce nell’ordinamento anglosassone e si diffonde gradualmente nel diritto continentale in un contesto di fondamentale ripensamento delle categorie teorico-giuridiche tradizionali.[[4]](#footnote-4) In particolare esso fiorisce mentre la scienza e prassi del diritto pubblico si svincolano dalla Scilla del normativismo e dalla Cariddi del decisionismo.[[5]](#footnote-5) Entrambe queste concezioni del diritto sembrano oggi insufficienti a ordinare la realtà, poiché esse sono il portato di una tradizione di pensiero statalista e non riescono a comprendere fenomeni giuridici che per loro natura valicano i confini dello Stato-nazione. Se il normativismo aveva ridotto tutto l’ordinamento nella rigidità della legge statale, il decisionismo aveva ambito ad abolire l’ordinamento *tout court* per delegare la decisione alla corpulenta forza del potere politico dominante. Da una parte si ambiva a normare inflessibilmente, dall’altra si ambiva a rimuovere qualsiasi norma, ma in entrambi i casi si riconosceva nell’autorità statale l’esclusiva fonte dell’ordinamento. Il fondamento statalista di queste due dottrine è contraddetto dai fatti: la pluralità degli ordinamento giuridici, il loro intreccio, non è un fatto che può essere negato in nome di schemi mentali stantii e astrattamente teorici.[[6]](#footnote-6)

Inoltre, tanto la lentezza di un procedimento legislativo nazionale quanto la totale assenza di una regolamentazione comportano oggi il rischio di rinunciare a ordinare la realtà e – nel caso in esame – la realtà della tecno-finanza, giacché le evoluzioni in campo tecnologico e finanziario sono tanto rapide quanto complesse e i rischi e i benefici dati da una loro possibile introduzione sul mercato rischiano di sfuggire alla comprensione del legislatore nazionale così come alle previsione di mercato. Da qui l’esigenza di una sperimentazione.

1. Il contesto normativo

Ad oggi manca una legislazione uniforme nel diritto europeo, benché i primi tratti dell’istituto abbiano iniziato a delinearsi nitidamente. In una risoluzione del 17 maggio 2017 il Parlamento europeo ha auspicato che le autorità competenti «consentano e incoraggino la sperimentazione controllata con le nuove tecnologie per i nuovi operatori di mercato e per quelli esistenti». Nella risoluzione si aggiunge che «un simile ambiente controllato per le sperimentazioni potrebbe assumere la forma e lo spazio di sperimentazione normativa (“sandbox”) per i servizi Fintech che presentano potenziali benefici per la società, che riunisce una vasta gamma di operatori di mercato ed è già stato introdotto con successo in diversi Stati membri». Inoltre si afferma che «un impegno proattivo da parte dell’autorità, nell’ambito di un dialogo con gli operatori di mercato e tutti gli altri pertinenti soggetti interessati, è necessario e può aiutare le autorità di vigilanza e di regolamentazione a sviluppare competenze tecnologiche». Infine «si invita le autorità competenti a considerare la possibilità di sviluppare strumenti per le prove di stress finanziarie» in ambito fintech, qualora possano generare «rischi sistemici».

Nel settembre 2020 la Commissione europea ha indicato priorità e azioni da intraprendere al fine di incoraggiare la finanza digitale a vantaggio di imprese e consumatori con la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa a una strategia in materia di finanza digitale per l’UE (24.9.2020 COM (2020) 591 final)*. La Commissione ha insisto con enfasi sugli indubbi vantaggi della finanza digitale e incoraggiato il dialogo tra le singole autorità nazionali, una posizione corroborata dall’esperienza della pandemia e dalle potenzialità di contrasto - per mezzo di nuovi strumenti - la crisi economica scatenata dal diffondersi del virus. Questa fonte sarà richiamata con particolare nel parere del Consiglio di Stato, soprattutto per via della sua forte impronta europeista.

Nel novembre 2020 il Consiglio dell’Unione europea ha presentato le «Conclusioni del Consiglio sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all’innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell’era digitale» (220/C 447/01). Nel testo è menzionato il «principio di innovazione» e si legge che il Consiglio «evidenzia che la flessibilità e la sperimentazione possono costituire elementi importanti per un quadro normativo agile, favorevole all’innovazione, adeguato alle esigenze future, basato su dati concreti e resiliente che promuova la competitività, la crescita, la sostenibilità, l’apprendimento normativo nonché la sovranità tecnologica e la leadership dell’Europa e che contribuisca ad affrontare gli shock sistemici e le sfide future epocali e a lungo termine». Inoltre si incoraggia la Commissione a «prendere in considerazione l’uso di clausole di sperimentazione caso per caso durante l’elaborazione e la revisione della legislazione, nonché a valutare l’uso di clausole di sperimentazione nelle valutazioni ex post e nei controlli dell’adeguatezza». Dalla Commissione si attende entro settembre 2021 «una relazione sullo stato di avanzamento dei lavori per quanto riguarda tale scambio di informazioni e buone pratiche sugli spazi di sperimentazione normativa, nonché la panoramica delle clausole di sperimentazione esistenti nel diritto dell’UE».

Nell’ordinamento italiano il concetto di sperimentazione e in particolare la *sandbox* sono stati menzionati dal Decreto legge nr. 34 del 2019, il cosiddetto “Decreto crescita” (dedicato alle «misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi»), convertito poi nella legge n. 58 del 2019. Per questa via si è attribuito al Ministero dell’Economia e della Finanza l’incarico di consultare le autorità di vigilanza (Banca d’Italia, Consob e Ivass) per determinare la condizioni e le modalità di svolgimento di sperimentazione nell’ambito delle attività *fintech*. L’articolo 36 recita al comma 2 bis: «al fine di promuovere e sostenere l’imprenditoria, di stimolare la competizione nel mercato e di assicurare la protezione adeguata dei consumatori, degli investitori e del mercato dei capitali, nonché di favorire il raccordo tra le istituzioni, le autorità e gli operatori del settore, il Ministro dell’economia e delle finanze, sentiti la Banca d’Italia, la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) e l’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (Ivass), adotta, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, uno o più regolamenti per definire le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno-finanza (fintech) volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie quali l’intelligenza artificiale e i registri distribuiti, dell’innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati». La normativa prevede dei limiti alla sperimentazione, a conferma che non si intende affatto abolire l’ordinamento, ma semmai rinvenire nuovi strumenti giuridici per una realtà nuova.

In primo luogo è fatta salvo, sul piano della gerarchia delle fonti, il rispetto del principio di proporzionalità a fondamento dell’ordinamento giuridico europeo.

Nel rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento europeo è previsto il limite temporale di diciotto mesi, entro il quale la sperimentazione è consentita (Art. 36 comma 2-ter lettera a). In secondo luogo si prevedono requisiti patrimoniali ridotti per l’accesso delle imprese alla sperimentazione, con l’evidente intento di incoraggiare start up innovative ma non ancora dotate di una sufficiente solidità finanziaria (Art. 36 comma 2-ter lettera b). Si sono quindi previsti criteri semplificati e proporzionati all’attività da svolgersi e tempi ridotti delle procedure autorizzative (Art. 36 comma 2-ter, lettera c e lettera d). Infine, è prevista una chiara definizione del perimetro di operatività.

Al comma 2-quater dell’articolo 36 è nuovamente posta enfasi sull’inderogabilità della normativa europea a fondamento della regolamentazione affidata al Ministero dell’Economia e della Finanza. Questi ha il compito di determinare a) i requisiti di ammissione alla sperimentazione, che includono, come visto, il presupposto degli elementi di innovazione nell’impiego di tecnologie informatiche nell’ambito delle attività bancarie, finanziarie e assicurative b) i requisiti patrimoniali, seppur ridotti, per l’accesso alla sperimentazione c) gli adempimenti semplificati e proporzionati alle attività che si intende svolgere d) i parametri di operatività e) gli obblighi informativi da adempiere nei confronti delle autorità di vigilanza f) i tempi per il rilascio delle autorizzazioni g) i requisiti di professionalità degli esponenti aziendali h) i profili di governo societario e di gestione del rischio i) le forme di governo societario ammissibili, anche in deroga alla normativa vigente l) le eventuali garanzie finanziarie m) l’iter successivo al termine della sperimentazione.

La normativa prevede inoltre che le Autorità di vigilanza redigano annualmente una relazione di analisi sul settore *fintech* di propria competenza, segnalando eventualmente modifiche normative o regolamentari necessarie allo sviluppo del settore, alla tutela del risparmio e alla stabilità finanziaria.

Infine è istituito il Comitato *fintech* presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze con il compito di individuare obbiettivi, definire programmi, favorire lo sviluppo della tecno-finanza con azioni sue proprie, favorire il dialogo tra istituzioni e operatori del settore, nonché di formulare proposte e modifiche normative. Sono membri permanenti del Comitato il Ministro dell’Economia e delle Finanze, il Ministro dello Sviluppo economico, il Ministro per gli Affari europei, la Banca d’Italia, la Consob, l’Ivass, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Garante per la protezione dei dati personali, l’Agenzia per l’Italia digitale e l’Agenzia delle entrate.

Sulla scorta del citato articolo 36 il Ministero dell’Economia e delle Finanze, dopo aver sentito Banca d’Italia, Consob e Ivass, ha dato adito ad una consultazione pubblica, conclusasi il 31 marzo 2020, in piena emergenza pandemica, e finalizzata all’adozione di un regolamento ministeriale che introduca in Italia l’istituto della *regulatory sandbox*.

In questo contesto si inserisce il parere del Consiglio di Stato.

1. Il parere del Consiglio di Stato

Lo schema del decreto di regolamento ha ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato nel gennaio 2021. Nonostante la sostanziale approvazione della bozza di decreto sono messe in risalto alcune criticità emerse nel dialogo tra e con le Autorità di vigilanza nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici.[[7]](#footnote-7) Il Consiglio di Stato richiama la posizione della Commissione e insiste nello circoscrivere l’ambito della sperimentazione tecnologica ai campi bancario, finanziario e assicurativo. La necessità di un controllo da esercitarsi sulla sperimentazione è fortemente affermata proprio in una prospettiva pluriordinamentale: «occorre adottare - così si legge nel parere - un approccio regolamentare e di vigilanza coordinato e condiviso tra le autorità a livello nazionale, europeo e globale, per promuovere l’innovazione e rimuovere ostacoli al suo sviluppo, al contempo assicurando l’integrità dei mercati e la tutela di utenti e risparmiatori». Opportunatamente è poi richiamata l’esperienza della Gran Bretagna, che per prima ha introdotto la sandbox e che oggi sta già “superandolo” estendendone le potenzialità (ad esempio pensando a un sistema di dialogo “permanente” tra imprese e Autorità di vigilanza).[[8]](#footnote-8)

Nonostante orpelli critici come ad esempio il riconoscimento che gli esiti della consultazione pubblica avvenuta tra il 3 febbraio e il 31 marzo 2020 non siano mai stati resi noti, il Consiglio di Stato approva la linea tracciata dall’amministrazione. In particolare si prende atto che lo schema del decreto ministeriale non ha suscitato formali annotazioni da parte della Banca d’Italia e dell’Ivass, mentre un parere negativo è stato rilasciato dalla Consob. Quest’ultimo rappresenta il nodo problematico dipanato nel parere. Così è riassunta l’annotazione critica della Consob: «La CONSOB, con nota prot. n. 746661/20 del 30 luglio 2020, ha invece espresso parere negativo limitatamente alla previsione che amplia l’ambito di applicazione della sperimentazione a soggetti che non abbiano la loro sede in Italia, e ciò in ragione della riduzione delle competenze e dei poteri esercitabili e della conseguente ridotta portata dell’attività di vigilanza esercitabili da parte dell’Autorità dello Stato ospitante. In proposito, il Ministero ha rappresentato di aver, tuttavia, ritenuto opportuno non escludere dall’applicazione del regolamento in oggetto le attività svolte da o a favore di soggetti con sede legale in uno Stato dell’U.E. e operanti in Italia in regime di libera prestazione di servizi».

Tra le autorità di vigilanza, la Consob esprime una preoccupazione sulla propria prerogativa di controllare l’attività di soggetti con sede legale in uno Stato membro diverso dall’Italia, affermando così un criterio – per così dire – di diritto interno. L’Autorità di vigilanza esprime cioè una preoccupazione circa la possibilità di controllo dei requisiti per l’accesso delle imprese al mercato e più in generale di vigilanza durante la sperimentazione, qualora queste non avessero sede entro i confini nazionali. Un criterio, questo, che sembra però ancorato a una concezione statalistica dell’ordinamento giuridico, come se esso non fosse inserito nella cornice europea se non proprio globale. Sarebbe infatti da ricordare che la mancanza del requisito della sede legale “interna” non è di per sé sinonimo di assenza di controllo o di soggezione a principi e regole richiamati tanto in sede nazionale che europea. La Commissione ha infatti posto sufficiente enfasi sui criteri di accesso alla sperimentazione. Il Consiglio di Stato accoglie la linea europeista, respingendo implicitamente le obiezioni della Consob. Così si legge nel parere: «Sempre al comma 2, alle lett. c) e d) (v. anche art. 13, comma 4, penultimo periodo), si prevede che la sperimentazione può essere anche richiesta per un’attività “in favore di un soggetto avente sede legale in un altro Stato membro dell'Unione europea e operante in Italia in regime di libera prestazione di servizi”. In proposito la CONSOB, con la citata nota del 30 luglio 2020, ha espresso avviso negativo in ragione della “contrazione delle competenze e dei poteri esercitabili da parte dell'autorità dello Stato membro ospitante e la conseguente ridotta portata dell'attività di vigilanza”. Il Ministero, come sopra evidenziato, ha ritenuto opportuno non escludere dall’applicazione del presente regolamento le attività in questione, ritenendo prevalente l’esigenza di apertura all’innovazione derivante dalla sperimentazione da parte di operatori residenti in altri Paesi dell’U.E., espressione dei principi comunitari di libertà di circolazione e di stabilimento; con riguardo ai profili di rischio indicati dalla CONSOB, il Ministero ha significato che potrebbero essere superati alla luce del principio di proporzionalità che guida le autorità nella valutazione delle richieste di ammissione alla sperimentazione. Al riguardo, considerato che sia la citata *Comunicazione della Commissione europea 24.9.2020 COM(2020) 591 final* che la normativa nazionale in materia di sperimentazione *FinTech* pone l’accento sull’esigenza del contenimento dei relativi rischi e della connessa necessità di garantire “adeguate forme di informazione e di protezione a favore di consumatori e investitori” (cfr. comma 2-quinquies dell’art. 36), e che le autorizzazioni rimangono in ogni caso in capo alle autorità di vigilanza, le predette osservazioni della CONSOB appaiono meritevoli di adeguata considerazione proprio a tutela dei prioritari interessi sopra richiamati. A tal fine, tenuto conto delle indicazioni espresse dalla Commissione europea in materia e ai sensi della normativa nazionale (art. 36, comma 2-octies), si invita l’Amministrazione ad introdurre nel decreto, con riguardo a tali fattispecie, apposite disposizioni volte a sviluppare le opportune ed efficaci forme di coordinamento e collaborazione tra le diverse Autorità nazionali dei Paesi dell’U.E. a tutela dei consumatori e degli investitori».

Il richiamo alla posizione della Commissione e ai principi fondamentali dell’ordinamento europeo sembra infatti garanzia sufficiente a presidiare le nuove forme di sperimentazioni, soprattutto nel solco di un ordinamento giuridico che non può più essere ridotto nella dimensione nazionale, poiché esso è indissolubilmente legato – nel fatto così come nel diritto – alla dimensione sovranazionale e globale.

In questa prospettiva l’obiezione sollevata dalla Consob pare oggi superabile, proprio perché il parametro di giudizio per valutarla non può essere quello “interno”, ma quello europeo, soprattutto se solleviamo lo sguardo dal “recinto” italiano per gettarlo su realtà estere dove la sandbox è una realtà già ampiamente sperimentata.

Seguendo i presupposti della teoria pluriordinamentale (e quindi, per forza di cose, non statalista) è da auspicarsi che il Ministero adotti quanto prima il decreto che renda la *sandbox* una realtà anche in Italia per evitare di rimanere indietro, affezionati a categorie giuridiche del passato.

1. \*Professore a contratto di «Vergleichendes Verfassungsrecht» nell’Università «Paris Lodron» di Salisburgo, Facoltà di Giurisprudenza.

   Per una prospettiva comparativista si veda J.J. Goo e J.Y. Heo, *The Impact of the Regulatory Sandbox on the Fintech Industry, with a Discussion on the Relation between Regulatory Sandboxes and Open Innovation*, «Journal of Open Innovation. Technology, Market, and Complexity», 2020, pp. 1-18. [↑](#footnote-ref-1)
2. Si veda P. Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, «Annali dell’Università degli studi Suor Orsola Benincasa», 2009, pp. 29-50. [↑](#footnote-ref-2)
3. W.G. Ringe and C. Ruof, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, «European Journal of Risk Regulation», 11, 2020, pp. 604-629. [↑](#footnote-ref-3)
4. Si veda D.A. Zetsche et al., *Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*, in «Journal of Corporate & Financial Law», 31, 2017, pp. 69 e ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. Per un approfondimento di questi problemi teorico-filosofici, che hanno però un forte impatto sulla prassi, rinvio a A. Merlino, *Hermann Heller tra Kelsen e Schmitt*, in «Costituzionalismo.it», 2021, pp. 74-88. [↑](#footnote-ref-5)
6. Si vedano in proposito le pagine di Matthias Herdegen dedicate al diritto europeo come «System vernetzter Ordnungen» in *Europarecht*, 21. Auflage, München, C.H.Beck, 2019, pp. 2 e ss. Si confronti con A. von Bogdandy, *Common Principles for a Plurality of Orders: A Study on Public Authority in the European Legal Area*, «International Journal of Constitutional Law», 2014, pp. 980–1007. [↑](#footnote-ref-6)
7. In una prospettiva comparatistica si veda il recente contributo di Christoph Krönke, *Sandkastenspiele – «Regulatory Sandboxes» aus der Perspektive des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, «JuristenZeitung (JZ)», 76, Heft 9, 2021, pp. 434-443. Secondo l’autore la *sandbox* è compatibile con il diritto amministrativo vigente in Germania. [↑](#footnote-ref-7)
8. Su questo punto si veda l’articolo da me redatto insieme a Marco Boldini, docente nella «Banking Institute of Finance» di Londra: A. Merlino-M. Boldini, *Regulatory Sandbox e nuove prospettive ordinamentali*, «Giustamm», 2021. Si presti particolare alla Kalifa review, nella quale si raccomanda di estendere le potenzialità della sandbox oltre i limiti temporali originariamente stabiliti e di offrire la *guidance* delle autorità di vigilanza anche qualora l’originalità del prodotto o del servizio non fosse pienamente innovativa. [↑](#footnote-ref-8)