

IL REGULATORY SANDBOX E LA TEORIA DELLE FONTI *

di Antonio Merlino **

Sommario. 1. Dalla piramide alla rete. – 2. Il *regulatory sandbox* tra *soft law* e *hard law*. – 3. Il *regulatory sandbox* in Italia. – 4. L’ausilio della comparazione per lo sviluppo dell’istituto.

111

1. Dalla piramide alla rete.

Il *regulatory sandbox* è stato introdotto inizialmente nel Regno Unito intorno al 2015 e si è diffuso rapidamente per tutto il globo. Soltanto nella primavera del 2021 su impulso dell’Unione europea, l’istituto è stato introdotto nell’ordinamento giuridico italiano, allorché il Ministero dell’economia e delle finanze ha finalmente emanato il Decreto 30 aprile 2021, n. 100 Regolamento recante attuazione dell’articolo 36, cc. 2-*bis* e seguenti, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, sulla disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*¹.

Il *regulatory sandbox* all’italiana prevede l’ammissione di operatori del settore bancario, assicurativo e finanziario alla sperimentazione di servizi o prodotti innovativi in un ambiente protetto e controllato dalle Autorità di vigilanza e in deroga ai loro regolamenti per un periodo di diciotto mesi².

Prima di occuparci della normativa vigente e delle sue ipotesi evolutive è opportuno anteporre una riflessione sulla forza derogatoria dell’istituto, giacché essa revoca ulteriormente in dubbio un modello ordinamentale già fortemente in crisi, che oggi non è più idoneo a descrivere la realtà dei rapporti giuridici ed economici.

* *Sottoposto a referaggio.*

** Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo – Università di Trieste.

¹ V. A. Merlino, *Il Regulatory Sandbox. Una nuova prospettiva ordinamentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 1-130.

² Per un’analisi critica del processo genetico dell’istituto v. M.-. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, in *Rivista di Diritto bancario*, 2019, pp. 219-236. Si tenga inoltre presente E. Corapi, *Regulatory Sandbox nel Fintech?*, in E. Corapi e R. Lener (a cura di), *I diversi settori del FinTech. Problemi e prospettive*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, pp. 13-29.

Il *regulatory sandbox*, nelle sue molteplici varianti, ha infatti una costante nella sua intrinseca forza derogatoria al diritto vigente. Nei modelli ad oggi esistenti in Europa, varia l'ampiezza di questa deroga; resta però intatto un comune schema giuridico: per sostenere l'innovazione e con la finalità di una semplificazione normativa e di una maggiore agilità dei procedimenti, si ammette una temporanea sospensione di alcune norme vigenti. Si crea cioè una *sabbiera giuridica*, nella quale è possibile sperimentare soluzioni innovative, allentando le briglie normative che contribuirebbero a scoraggiarle o ad impedirle del tutto³.

Si tratta, a ben vedere, di una forma di *legislazione negativa*, seppur per un tempo limitato e in un ambito settoriale circoscritto. Come è noto, questa espressione era utilizzata da Hans Kelsen per indicare il solo ruolo della Corte costituzionale, l'unico organo legittimato a censurare una norma se in contrasto con una norma di rango superiore o, nel caso, limite, con la norma fondamentale, posta al vertice della piramide normativa⁴. Con l'espressione «negative Gesetzgebung» si intendeva quindi la rimozione di una fonte giuridica contrastante con l'ordine piramidale e gerarchico della costruzione a gradi dell'ordinamento normativo⁵. Quest'ultima era stata teorizzata in seno alla scienza di diritto amministrativo da Adolf Julius Merkl, il vero padre della *Stufebaulehre*, e fu poi integrata in un secondo momento da Kelsen nella sua dottrina pura del diritto, introducendo così una parte dinamica all'originario impianto della *reine Rechtslehre*⁶.

³ Per una visione d'insieme sul *regulatory sandbox* in Europa si veda W.G. Ringe e C. Ruof, *Regulating Fintech in the EU: the Case for a Guided Sandbox*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, pp. 604-629.

⁴ Sulla *Grundnorm* v. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. in inglese di A. Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves: *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, pp. 114 e ss. Scriveva Kelsen che "l'ordinamento giuridico è un sistema di norme generali ed individuali, connesse fra di loro in base al principio che il diritto regola la propria creazione. Ogni norma di tale ordinamento è creata secondo le disposizioni di un'altra norma, ed alla fine secondo le disposizioni della norma fondamentale, la quale costituisce l'unità di quel sistema di norme, dell'ordinamento giuridico. Una norma appartiene a quell'ordinamento giuridico soltanto perché è stata creata in conformità al dettato di un'altra norma dello stesso ordinamento. Questo *regressus* porta infine alla prima costituzione, la cui creazione è determinata dalla norma fondamentale presupposta" (p. 134). La concezione kelseniana della Corte come «legislatore negativo» è oggi revocata in dubbio da una consistente giurisprudenza delle Corti costituzionali (si pensi ad esempio alle sentenze manipolative o interpretative di rigetto, che hanno funzione nomofiliaca).

⁵ Per un punto di vista sulla concezione kelseniana del diritto pubblico v. A. Merlino, *I presupposti della Costituzione federale austriaca*, in *Percorsi costituzionali*, 2020, pp. 797-811.

⁶ La teoria di Merkl è inclusa nel sistema kelseniano a partire da H. Kelsen, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1914, pp. 202-245 e 390-438. Per una compiuta teorizzazione della costruzione a gradi dell'ordinamento in Merkl si veda soprattutto A.J. Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, Wien, Springer, 1931, pp. 252-294.

Secondo questa dottrina, tutt'oggi accettata dalla giuspubblicistica di ispirazione kelseniana, al vertice della piramide normativa si avrebbe la *Grundnorm* o *basic norm* o norma fondamentale, che coincide nella visione di Merkl e di Kelsen con la costituzione scritta⁷. Nel gradino successivo sono collocate leggi costituzionali o le riforme costituzionali, a seguire la legge statale, il regolamento e infine l'atto amministrativo e la sentenza emessa dal giudice⁸. Tutte le fonti del diritto sono così assorbite e incastonate nella piramide normativa. Questo sistema è a lungo servito per spiegare l'ordinamento giuridico ed ha subito una potente scossa con il processo di integrazione europea, ma non è stato accantonato una volta per tutte, poiché – mutando quel che vi è da mutare, il diritto europeo è stato inserito nei vari ordinamenti degli Stati membri all'interno della piramide normativa, in Italia per il tramite di una interpretazione evolutiva dell'articolo 11 della Costituzione repubblicana e nell'Austria di Kelsen tramite una *Gesamtänderung* della Costituzione federale, che necessita della legittimazione di un referendum popolare obbligatorio (*obligatorische Volksabstimmung*)⁹. Tuttavia, il processo di europeizzazione ha messo in grave crisi l'abituale teoria delle fonti, introducendo, tra l'altro, principi e norme di formazione giurisprudenziale negli ordinamenti nazionali, che tradizionalmente riservavano al Parlamento sovrano il monopolio della produzione legislativa.

L'ordinamento europeo, nato come unione economica con la fondazione della Comunità economica del carbone e dell'acciaio, si è sviluppato ponendo enfasi sui mercati e ha così cercato di adeguare il diritto al fatto, ossia a legittimare un ordinamento giuridico capace di incoraggiare la rapidità degli scambi, la libera circolazione di prodotti e servizi, in definitiva un mercato unico europeo¹⁰.

Per questa via si è gradualmente affermato quello che il costituzionalista Carlo Amirante ha definito un “mondo sommerso”, non più decifrabile con gli strumenti classici della giuspubblicistica, affezionata al modello della *costruzione a gradi* dell'ordinamento giuridico: è insomma emerso un nuovo paradigma giuridico, adeguato ad “un nuovo

⁷ Per una interpretazione di questi concetti v. A. Merlino, *Kelsen im Spiegel der italienischen Rechtslehre*, Frankfurt am Main-New York, P. Lang, 2013.

⁸ Per una attualizzazione dello *Stufenbau* v. A. Kahl e K. Weber, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Facultas, 2019, pp. 54-56 specialmente.

⁹ La procedura è prevista dall'articolo 44, c. 3, B-VG, quando è intaccato uno dei principi fondamentali dell'ordinamento. V. A. Merlino, *I presupposti della Costituzione federale austriaca*, cit.

¹⁰ Sull'evoluzione dell'ordinamento europeo v. S. Battini, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in *Diritto amministrativo europeo*, in P.G. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2018², pp. 1-46.

modello di organizzazione di funzioni e poteri”¹¹. La razionalità dell’architettura giuridica proposta da Merkl era infatti in contraddizione insanabile con la realtà e specialmente con i tempi dell’economia e ad essa andava a sostituirsi una “microrazionalità” o una “*ratio* tecnico-economica e micro-settoriale dei processi regolativi”, volte a “stabilire regole rigorosamente settoriali o a decidere casi concreti”¹².

In questo mutato orizzonte giuridico, la razionalità della legge generale e astratta è sostituita da un nuovo tipo di razionalità che consiste nell’adeguare il diritto al fatto e nell’“adeguare la misura della regola alla misura del regolato”¹³. Così è emersa “una forma e una sostanza regolativa, gestionale e decisionale che, se per un verso appare espressione di logiche artificiali tutte interne al singolo settore, per un altro, non essendo vincolate ad esigenza di generalità ed astrattezza, possono seguire e servire tutte le variabili del settore di volta in volta oggetto di regolazione”. Sulla scia di questo sviluppo e “come conseguenza della nuova filosofia che è alla base della centralità del mercato e della concorrenza come criteri e principi fondamentali di riorganizzazione dei rapporti economia-società-stato, la vecchia funzione di regolamentazione, (affidata di solito alla legge) entra decisamente in crisi”¹⁴.

Massimo Vogliotti ha descritto questa radicale trasformazione riferendosi a un “paradigma sempre più complicato” e sostenendo che “lo Stato, innanzitutto, non riesce più a controllare le fonti del diritto e celare – dietro la maschera corrosa della sovranità – tutto un arcipelago di diritto globale senza Stato”¹⁵. La “pesantezza” del diritto moderno “si alleggerisce sempre di più, generando, tra l’altro, forme di *soft law* fondate non sull’autorità formale della fonte, ma sul suo prestigio”. Discostandosi dagli “schemi tradizionali” il rispetto di codeste forme “è legato meno alla minaccia della sanzione che alla forza di persuasione delle ragioni sottostanti o alla loro capacità di farsi valere nella prassi”. Inoltre, “i modi verticali dell’ordine” sono via via sostituiti da “forme orizzontali”¹⁶. L’ordine dello

¹¹ C. Amirante, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 43-45.

¹² *Ibidem*. Amirante si riferisce qui specialmente al fenomeno della comitologia. In proposito si veda soprattutto C. Franchini, *L’organizzazione amministrativa del diritto europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 223-299.

¹³ N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 160.

¹⁴ C. Amirante, *Dalla forma stato alla forma mercato*, cit., pp. 44 e 63.

¹⁵ M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 7. L’espressione “diritto globale senza Stato” rinvia al volume *Global Law Without a State*, a cura di G. Teubner, Aldershot, Dartmouth, 1997.

¹⁶ Con riferimento a quanto diremo in seguito a proposito della mancanza dell’elemento sanzionatorio nel *regulatory sandbox* si noti che nella visione kelseniana la sanzione non è solo un attributo della norma, ma è

Stufenbau è insomma oggi al centro di una radicale crisi, sostituito da quello che la migliore filosofia giuridica aveva già predetto come “disordine” o come “turbolenza”¹⁷.

La lentezza dei procedimenti legislativi affidati principalmente ai Parlamenti si è inoltre rivelata inadeguata ad una diversa concezione del tempo in questo mutato scenario giuridico, indicando una sorta di effimera sovranità del fatto e del presente¹⁸.

Tutte queste cose revocano in dubbio non solo la tradizionale struttura piramidale dell’ordinamento giuridico, sostituita da una rete micro-ordinamentale, ma impattano radicalmente sui principi fondamentali dello Stato di diritto e della divisione dei poteri¹⁹. Infatti, la tradizionale tripartizione dei poteri così come formulata da Montesquieu e soprattutto dai suoi interpreti, risulta profondamente perturbata dalle nuove tendenze che si affermano nella scienza giuridica, giacché il monopolio della produzione legislativa da parte del potere pubblico ad essa preposto è eroso, con un formidabile impatto sul principio democratico²⁰. Questa preoccupazione trova tuttavia attenuazione, qualora si badi più allo spirito che non alla lettera della divisione dei poteri di Montesquieu, giacché essa non ha mai previsto una vera e propria sovranità della legge, ma, al contrario, una frammentazione della sovranità, ripartita tra i suoi diversi e talora antagonisti titolari²¹. In questa prospettiva la dottrina della divisione dei poteri necessita di essere aggiornata, ricordando come il suo fondamentale lascito non consiste tanto nella geometrica e quasi chirurgica separazione tra i poteri pubblici, quanto nella possibilità di limitarli giuridicamente e di assoggettarli dal punto di vista contenutistico al rispetto di principi e limiti giuridici.

la vera norma o la norma primaria. Si veda H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 35 e 51-52.

¹⁷ Cfr. V. Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, Guida, 1979; M.G. Losano, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2005, pp. 403-430.

¹⁸ Cfr. F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Olide Jacob, 1999 e M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

¹⁹ Cfr. F. Ost e M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2002 e F. Ost, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 29 ss.

²⁰ V. il mio *Montesquieu. Eine Perspektive*, mit einer Einleitung von M.J. Rainer, Berlin-Boston, De Gruyter, 2020, pp. 1-270.

²¹ Ho sostenuto questa tesi in A. Merlino, *Interpretazioni di Montesquieu*, con prefazione di D. Quagliani, Foligno, Il Formichiere, 2018. Montesquieu, già membro del Parlamento borghese, non avrebbe mai auspicato una piena e assoluta sovranità della legge, giacché ai suoi tempi – 41 anni prima della grande Rivoluzione – la produzione normativa era nelle mani del da lui tanto osteggiato monarca, oggetto di critica costante per le sue ambizioni centraliste.

Il passaggio dalla *piramide* normativa alla *rete* non significa insomma l'abolizione di ogni ordine giuridico, ma semmai l'aggiornamento della tradizione con riguardo ad un assetto sociale, economico e tecnologico innegabilmente mutato.

Con efficacia Alessandra Algostino ha scritto di “diritto proteiforme” e non è un caso che il *regulatory sandbox* nasca nell'alveo della *soft law* europea, definita da Algostino come un insieme di raccomandazioni, pareri, libri bianchi e libri verdi, programmi di azione, codici di condotta, risoluzioni, comunicazioni, ecc.²²

Tuttavia, nonostante l'origine *morbida*, ma non per questa ragione anomica dell'istituto, la sua regolamentazione è stata lasciata ai singoli Stati membri.

2. Il *regulatory sandbox* tra *soft law* e *hard law*.

Il *regulatory sandbox* nasce nel Regno Unito, è poi emulato in molte aree extraeuropee e negli ultimi anni si sta affermando nei singoli Stati membri.

Questo *spazio di sperimentazione* ha lo scopo iniziale di intervenire in modo nuovo nel settore della tecno-finanza ed è stato fortemente raccomandato dall'Unione europea a partire dalla *Risoluzione del Parlamento europeo del 17 maggio 2017 sulla tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario*. Successivamente la Commissione ha emanato la *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, che oggi rappresenta ancora la principale fonte europea del nuovo indirizzo politico-giuridico a favore della sperimentazione.

La formazione dell'istituto in termini di *soft law* si è avvalsa delle tipiche forme della *governance* e in particolare del fondamentale contributo di monitoraggio e propositivo da parte delle *European Supervisors Authorities* (ESAs), un contributo che si è concretizzato nel *Joint Report on Innovation Facilitators*, pubblicato all'inizio del 2019. Infine, nel 2020, è intervenuta la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa a una*

²² A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 184-185.

*strategia in materia di finanza digitale per l'UE, seguita a sua volta dalle 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*²³.

Ora, il *regulatory sandbox* nasce per regolare la tecno-finanza, ossia un ambito che per sua natura non patisce confini territoriali. L'Unione europea, tuttavia, non si è spinta ad emanare una norma con efficacia diretta nei singoli Stati membri e si è limitata a incoraggiarne discrezionalmente la diffusione, lasciando così ampi margini discrezionali sull'ampiezza delle deroghe, sulle norme suscettibili di deroga, sui margini della sperimentazione, sulla portata della sperimentazione, sulla sua durata e infine anche sui settori da interessare. Insomma, si è riservata alla sovranità statale la determinazione di tutti gli aspetti, aprendo così al rischio di una eccessiva frammentazione giuridica dell'istituto. Come ha scritto un'autorevole studiosa del settore *FinTech* e del *regulatory sandbox* sin dai suoi primi sviluppi, Maria Teresa Paracampo, mancano ad oggi "soluzioni di uniforme implementazione per tutti i facilitatori di innovazione". Persino il *Joint Report* delle ESAs si limitano, "sulla scorta delle pratiche osservate", all'esposizione di "alcuni principi operativi da considerarsi quali *best practices* utili per i facilitatori di nuova istituzione o per la revisione di quelli esistenti"²⁴. Il riconoscimento delle migliori pratiche e dei tratti comuni del *sandbox* nelle sue diverse varianti nazionali fornisce tuttavia soltanto "un supporto indicativo" per le autorità degli Stati membri²⁵. In definitiva sussiste il rischio di una eccessiva eterogeneità di prassi e comportamenti, giacché "i facilitatori di innovazione preservano la discrezionalità dell'autorità competente sia nella determinazione dei criteri di accesso che permangono distinti da Stato a Stato, purché resi pubblici come richiesto dalle ESAs, sia nella valutazione dei singoli casi, che in ipotesi di diverso contrastante contenuto anche con riguardo alla medesima fattispecie sottoposta al test o all'esame di più facilitatori"²⁶.

²³ V. M.T. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, cit., p. 220.

²⁴ M.T. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, cit., pp. 220-226.

²⁵ *Ibidem*. Cfr. M.T. Paracampo, *FinTech, evoluzioni tecnologiche e sfide per il settore bancario tra prospettive di cambiamento e interventi regolamentari. Fenomenologia di un processo in fieri*, in *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, II, cit., pp. 1-60.

²⁶ M.T. Paracampo, *Dalle regulatory sandboxes al network dei facilitatori di innovazione tra decentramento sperimentale e condivisione europea*, cit., p. 226.

Tutto ciò potrebbe infatti tradursi “in un freno alla scalabilità e al potenziamento di *FinTech*, nonché di tutte le innovazioni finanziarie nel contesto europeo, trasformandosi in un ulteriore fardello operativo per le imprese a scapito del mercato unico tecnologico dei servizi finanziari”²⁷.

Infatti la vera norma, che in concreto regola l’istituto, non promana davvero dall’ordinamento sovranazionale, ossia dall’Unione europea, ma dai singoli Stati. Rimanendo ancorati ad una concezione risalente dell’ordinamento giuridico, ritenuto equivalente o coincidente allo Stato sovrano secondo la lezione kelseniana, si rischia così, paradossalmente, di vanificare la portata *disruptive* dell’istituto a sostegno dell’innovazione, riservandone lo sviluppo in termini di *hard law* o meno alla discrezionalità degli Stati. Un istituto innovativo rimarrebbe così prigioniero di concezioni giuridiche datate.

3. Il *regulatory sandbox* in Italia.

Come delineatosi nella prassi e nella scienza, il *sandbox* regolamentare si inserisce in una profonda trasformazione delle fonti e aggiunge persino qualcosa all’attuale processo. Infatti, a dispetto della nomenclatura, più che regolamentare, esso deregolamenta, ossia sospende la normativa vigente e le relative sanzioni per favorire l’innovazione entro un periodo di tempo limitato.

Il modello trasmesso dalle fonti europee è stato tuttavia accolto con molta cautela nell’ordinamento italiano. Il decreto ministeriale 30 aprile 2021 in attuazione dell’articolo 36, c. 2-*bis* e seguenti, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, ha infatti previsto molti limiti. Innanzitutto, il limite settoriale. Il *regulatory sandbox* riguarda in Italia esclusivamente i settori bancario, creditizio e assicurativo. Lo si evince sin dalla lettera c) del primo comma del primo articolo del decreto ministeriale, ove si propone da principio una definizione

²⁷ *Ibidem*, p. 227. Il quadro potrebbe però mutare qualora dovesse essere approvata la proposta di regolamento europeo sull’intelligenza artificiale, giacché l’art. 53 ammette di fatto la sperimentazione in un ambito – l’intelligenza artificiale – che ormai si estende fino a coprire l’intero settore della tecno-finanza. Ne ha fatto menzione la stessa Maria Teresa Paracampo nell’intervento al convegno *Regulatory sandbox beyond the Rules*, tenutosi nell’Università degli Studi di Trieste il 1° dicembre 2021, i cui atti sono in preparazione.

restrittiva di tecno-finanza. Per *FinTech* si intendono infatti esclusivamente «le attività volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori bancario, finanziario, assicurativo».

In secondo luogo sono posti limiti alla deroga, che riguarda soltanto regolamenti delle Autorità di vigilanza e lascia quindi inscalfibile ogni altra fonte. In terzo luogo è previsto il limite dei diciotto mesi, al termine del quale gli operatori possono decidere di introdurre il prodotto o servizio nel mercato oppure di desistere. Inoltre, sono richiesti i requisiti di una «significativa innovazione» del prodotto o servizio e di un «valore aggiunto» da questi apportato. Inoltre, non sono mancate spinte protezionistiche nella fase di gestazione della normativa, soprattutto dovute al timore da parte delle autorità di vigilanza di non poter esercitare un controllo adeguato sulle imprese con sede all'estero²⁸. Infine, le sole autorità coinvolte sono Banca d'Italia, Ivass e Consob²⁹.

In fondo, il *regulatory sandbox*, così come affacciato nell'ordinamento italiano, non intacca per davvero una tradizionale concezione del sistema delle fonti, giacché la sua forza derogatoria è limitata così come sono limitati i settori per i quali l'istituto è previsto. Per fornire un giudizio esaustivo sulla normativa occorre attendere i suoi esiti pratici, ossia l'interpretazione e la conseguente applicazione da parte delle autorità di vigilanza³⁰.

La forza derogatoria dell'istituto è così estremamente ridotta, la sua ambizione ad assumere un ruolo, seppur temporaneo, di “legislazione negativa” e di semplificazione ne esce così piuttosto frustrata. Le sue potenzialità rischiano di infrangersi contro le barriere poste da una normativa comunque molto articolata e non esattamente agile. D'altro canto occorre

²⁸ Timori protezionistici sono emersi da parte di Consob nella fase preparatoria della normativa. Ne rimane traccia nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento. Vedasi Cons. Stato, sez. cons. atti normativi 12 gennaio 2021 n. 01523 sullo schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze recante attuazione dell'articolo 2-bis e seguenti, del decreto-legge 30 aprile 2019, n.34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, sulla disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*: <https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza>, p. 1. Consob ha presentato le proprie perplessità, in definitiva respinte dal Consiglio di Stato, con nota n. 11486 del 22 dicembre 2020. Rinvio su questa tema al mio *La regulatory sandbox in un recente parere del Consiglio di Stato* (2021): <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/merlino-la-regulatory-sandbox-in-un-recente-parere-del-consiglio-di-stato>

²⁹ Su quest'ultimo tema si vedano le posizioni critiche di M.T. Paracampo, espresse in una intervista a firma di G. Ursino, *Innovazione e regole. La partenza con handicap della sandbox italiana*, in *Il sole 24 ore*, 24 luglio 2021, p. 12. La giurista ha lamentato la mancanza di un coinvolgimento di altri organismi come l'organismo competente in via esclusiva ed autonoma per la gestione degli Elenchi degli Agenti in attività finanziaria e dei Mediatori creditizi (OAM), l'Organismo di vigilanza e tenuta dell'albo unico dei Consulenti Finanziari (OCF) e della Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione (COVIP).

³⁰ La prima finestra per presentare istanza alla sperimentazione si è aperta il 15 novembre 2021 e si è chiusa il 15 gennaio 2022. Occorrerà quindi prestare attenzioni alle autorizzazioni rilasciate dalle Autorità e quindi i diciotto mesi di sperimentazione per verificarne l'impatto effettivo sui mercati.

anche dire che le cautele non sono del tutto ingiustificate, giacché una deroga troppo ampia andrebbe ad intaccare i fondamenti dello Stato di diritto, giacché neutralizzerebbe norme vigenti senza la mediazione degli organi legittimati a tale scopo, ciò nonostante i limiti temporali previsti.

Inoltre, le autorità di vigilanza hanno la facoltà di precedere un *numero chiuso* e così di accettare, usando la propria discrezionalità, alcuni operatori nel recinto ed escludendone altri. Ciò potrebbe tradursi ovviamente in una lesione della libera concorrenza sul mercato, seppur bilanciata dall'interesse pubblico alla solidità sistemica dei mercati e dal principio dell'innovazione³¹.

Un nodo particolarmente problematico è infine costituito dal requisito della *significativa innovatività* dei servizi e dei prodotti per i quali si richiede la sperimentazione (articolo 6 lettera *a*) del d.m.). Occorre attendere di capire come questo requisito sarà declinato in concreto dalle autorità di vigilanza: si potrebbe infatti verificare il caso di un'innovazione solo parziale o che poggi sul fondamento di una innovazione già esistente sul mercato e che comunque potrebbe giovare dell'accesso ad uno spazio di sperimentazione.

Infine, i limiti settoriali del *regulatory sandbox* italiano potrebbero essere un banco di prova per l'adozione dell'istituto anche in settori differenti da quelli in origine concepiti: il modello ideal-tipico dell'istituto si presta infatti ad essere applicato anche in altri settori, per ora esclusi dalla normativa.

Ad oggi, insomma, la forza *disruptive* dell'istituto resta molto contenuta e smorzata da una serie di limiti che rischiano di trasformare il *recinto di sabbia* in uno *steccato* troppo rigido per sostenere le ragioni dell'innovazione, intesa nel suo senso più ampio. Questi limiti sono ulteriormente evidenziati da una prospettiva comparativa con altri ordinamenti, dove l'istituto è stato adottato con minore cautela sia all'interno del settore *FinTech*, sia all'esterno, coinvolgendo il campo della tutela ambientale.

³¹ Già di per sé lo spazio di sperimentazione “altera” la concorrenza in nome dell'innovazione. Nel caso italiano si potrebbe verificare una doppia alterazione, una tra le imprese ammesse alle sperimentazione e le imprese che operano in regime ordinario, e una tra le imprese ammissibili stesse per via del “numero chiuso”. Anche in questo caso occorre attendere gli esiti normativi.

4. L'ausilio della comparazione per lo sviluppo dell'istituto.

Il *regulatory sandbox* è per la sua recentissima e timida introduzione nell'ordinamento italiano bisognoso del contributo della dottrina, con una particolare attenzione alle esperienze che stanno sviluppandosi in altri Stati membri.

Marco Boldini, attento osservatore dell'universo *FinTech* tra l'ordinamento britannico e quello italiano, ha posto enfasi sulle differenze tra queste due realtà e sull'evidente ritardo della realtà italiana.

Il Regno Unito è stato il primo a creare una cornice giuridica accogliente per la sperimentazione all'interno del suo ordinamento giuridico. Grazie al forte impulso impresso dalla *Financial Conduct Authority* (FCA) l'istituto è fiorito a partire dal 2015 e oggi vive una vivace fase evolutiva³². A causa dell'emulazione dell'istituto in ambito extraeuropeo, il Regno Unito ha visto messa a rischio la propria *leadership* nel settore *FinTech*. Per questa ragione nel 2020 il governo britannico ha commissionato uno studio a Ron Kalifa (OBE) per valutare possibili implementazioni dei facilitatori del settore *FinTech* con una *review* indipendente³³.

Le conclusioni della *Kalifa Review* sono indicative di un processo in atto. In uno dei passaggi cruciali del testo si legge che «*the FCA's regulatory sandbox has played an instrumental role in supporting innovation and encouraging UK fintech business. The UK is a welcoming business and regulatory environment for fintechs. However, as other jurisdictions are launching their own initiatives, the UK needs to take steps to ensure that its own offering remains market-leading*»³⁴.

³² Cfr. FCA, *Regulatory Sandbox*, November 2015, pp. 1-23: <https://www.fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf>. In quelle pagine si delineavano i criteri per l'ammissione ad una eventuale *sandbox* regolamentare (tra i quali la piena innovazione del prodotto o servizio da testare) e si raccomandava una deroga ordinamentale concernente soprattutto il regime delle autorizzazioni: «*We recommend considering these options further when we have collected more evidence about the specific needs of innovative firms during the testing of new solutions. This evidence would enable us to understand better which specific rules or legislation firms struggle with when testing innovative solutions and then analyse the effect the above legislative changes could have*».

³³ V. M. Boldini, *A legal theory on financial regulation: are legislators and regulators changing their approach towards financial services (again)?*, in preparazione nell'Università Comenius di Bratislava.

³⁴ *Kalifa Review of UK FinTech*, London, 2021, p. 35: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/978396/KalifaReviewofUKFintech01.pdf. L'esperienza del Regno Unito aveva già da tempo mostrato gli esiti positivi della sperimentazione avviata e degli istituti che la hanno incoraggiato. La *Financial Conduct Authority* ne aveva stilato un *Report* nel 2017: nel *Regulatory sandbox lessons learned report* si affermava

Addirittura la *Kalifa review* si spinge a definire il *sandbox* un modello superato. Boldini ha parlato di un vecchio parente, da aggiornare sulla base di *implementing recommendations*. Nella *Review* si caldeggia l'evoluzione del *sandbox* regolamentare in un *scalebox*, con un irrobustimento dei tratti originali dell'istituto. Leggiamo così che «*support fintech businesses and innovation through a scalebox arrangement under which firms focussing on innovative technology receive additional support (particularly in their growth phase and/or in relation to the Priority Fintech Areas)*. In questa prospettiva «*the regulatory sandbox should be enhanced in the following ways: a. by being available on a rolling basis, rather than through timelimited windows; b. by offering support even where the proposal is not the first of a kind but is still providing and/or delivering an innovative proposition to the market; and c. by creating a dedicated space in the regulatory sandbox for the Priority Fintech Areas, with specialist support where necessary. The FCA's regulatory sandbox is already the busiest sandbox facility in the world, and these proposals may increase demand for it. If necessary, some reconsideration of the FCA's objectives may also be necessary to allow the FCA to operate in the manner described above*»³⁵.

In aggiunta si suggerisce l'abbattimento dei limiti temporali ossia un *sandbox* permanente³⁶. Inoltre, insistendo sul ruolo di *guidance* – e quindi non sanzionatorio dell'autorità di vigilanza – si azzarda l'idea che la fase di sperimentazione e il conseguente dialogo con l'autorità – non sia accessibile solo a quegli operatori che propongano una

che «*the sandbox has allowed us to work with innovators to build appropriate consumer protection safeguards into new products and services*».³⁴

³⁵ *Kalifa Review of UK FinTech*, cit. p. 36.

³⁶ *Ibidem*: «*We recommend that a permanent “digital sandbox” should be created. The digital sandbox should: a. focus on the Priority Fintech Areas (but without excluding the possibility of supporting other areas); b. allow digital collaboration, access to synthetic data sets, design and deployment on open source and open architecture “plug and play” at international, national and sectoral level; c. in the short to medium term, be led by the FCA. Through its TechSprint programme and related initiatives, the FCA has extensive experience in convening the financial services industry to help solve industry-wide problems and is best-placed to further develop the design and nature of a permanent digital sandbox offering. However, there are also additional approvals that are often required within organisations to participate in projects lead by the regulator. In the medium to long term the initiative is likely to benefit from being housed within a neutral, non-regulatory body, whilst still involving the active participation of the FCA. The FCA would offer guidance, co-ordinate with other stakeholders and assist with the creation of synthetic data sets and realistic inputs; d. allow access not only for fintechs, but for established regulated firms who have innovative technologies or products that they wish to test; e. provide access to a broader range of tools, including professional and other business services; f. have a high degree of transparency, where appropriate – with the results of its work potentially being available to the public or to approved observers; and g. involve the provision of physical spaces or “hubs” for this collaboration to take place. It is important that the digital sandbox should be available to participants across the UK and geographically-spread hubs could make the digital sandbox more widely accessible*».

piena innovazione tecnologica, ma anche solo una parziale innovazione o l'applicazione innovativa di novità già presenti³⁷.

Insomma, mentre in un'Italia ancora molto affezionata a modelli giuridici piramidali, il *regulatory sandbox* nasce tra molte cautele, nel Regno Unito e nel sistema di *Common Law* il modello ordinamentale della rete ha maggiore agilità: lì il *sandbox* è già superato e si auspica l'abbattimento dei limiti esistenti e l'evoluzione del *sandbox* in un *scalebox*.

Certo, in Paesi di solida tradizione *positivista*, come l'Austria, è stata introdotto lo spazio di sperimentazione adottando un modello simile a quello italiano. Nell'ordinamento austriaco, ancora molto fedele a una concezione del diritto kelseniana, il *sandbox* entra per modifica legislativa. Con il paragrafo 23 della *Finzmarktaufsichtsbehördengesetz – FMABG*, introdotto su proposta ministeriale, si è istituito il *sandbox* in ambito tecno-finanziario e sotto la supervisione dell'autorità di vigilanza³⁸.

Tuttavia, in altri ordinamenti si è osato di più. La Germania rappresenta invece un'eccezione giacché l'introduzione di spazi di sperimentazione in ambito *FinTech* è stata fortemente osteggiata. Nonostante i *Sandkastenspiele* siano stati oggetto dell'attenzione della dottrina ed essi siano stati ritenuti persino compatibili con il diritto amministrativo vigente, un *regulatory sandbox* per la tecno-finanza è ad oggi escluso. Eppure, dall'ordinamento tedesco e dal suo sistema federale provengono ipotesi alternative in settori lontani da quello finanziario. Cambia il nome, ma non la sostanza³⁹. I Tedeschi parlano di *Reallabor*, ma le sue caratteristiche sono quelle del *sandbox*, sebbene in settori diversi da quelli propri di questo istituto.

Nella legislazione tedesca è stata introdotta la *clausola di sperimentazione*, che ha autorizzato il governo federale a introdurre per mezzo di regolamento deroghe e possibilità di sperimentazioni nel campo dell'energia. Queste realtà sono da tenere sotto osservazione e in particolare meritano attenzione i progetti di sperimentazione in corso ad Amburgo e Würzburg e che non hanno carattere nazionale, ma interessano soltanto i *Länder* della

³⁷ A. Merlino e M. Boldini, *Regulatory sandbox e nuove prospettive ordinamentali*, cit., pp. 8-12 in particolare.

³⁸ Cfr. L. Caramanica e P. Raschner, *Zur Errichtung einer Regulatory Sandbox für FinTechs im österreichischen und europäischen Aufsichtsrecht*, in «Wirtschaftsrechtliche Blätter», 33, 2019, pp. 492-501.

³⁹ Cfr. C. Krönke, *Sandkastenspiele – “Regulatory Sandboxes“ aus der Perspektive des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, in *Juristenzeitung (JZ)*, 76, Heft 9, 2021, 434, p. 43. Krönke ha scritto che «la creazione di un simile regime speciale ai fini della sperimentazione eguaglia il *sandbox* in senso stretto in ragione dei limiti temporali» e che «quel regime mostra anche nei contenuti molti elementi del *sandbox*, con particolare riguardo per la valutazione dei progetti testati» (trad.it mia).

Germania settentrionale e un consorzio di operatori del settore⁴⁰.

Nel caso tedesco la novità ordinamentale è assorbita in un quadro normativo tradizionale, aderente alla vecchia *Stufenbaulehre*, seppur nel più movimentato contesto dell'ordinamento federale tedesco. La sperimentazione è infatti consentita da una modifica legislativa, che sa sua volta legittima un regolamento.

A differenza del caso italiano, il limite temporale della sperimentazione tedesca non riguarda la durata del *Reallabor-sandbox*, ma la norma stessa, che è soggetta a decadenza (nel caso di specie essa perde forza di legge con il giugno 2022)⁴¹. Il paragrafo 119 della *Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz - EnWG)* ha previsto una *Experimentierklausel* e permesso così al governo federale di emanare un regolamento con la *Verordnungsermächtigung für das Forschungs- und Entwicklungsprogramm Schaufenster intelligente Energie – Digitale Agenda für die Energiewende*. Su questa base legislativa è stata emanata la *Verordnung zur Schaffung eines rechtlichen Rahmens zur Sammlung von Erfahrungen im Förderprogramm, Schaufenster intelligente Energie – Digitale Agenda für die Energiewende*. Insomma, nel rispetto di una tradizionale teoria delle fonti è stata ammessa una profonda innovazione ordinamentale, suscettibile di imitazione in Italia⁴². Si noti infine la differenza tra la lunga, complessa normativa italiana e la sintetica normativa tedesca, riducibile ad un breve articolato.

Il caso tedesco è dunque di particolare interesse poiché apre una ipotesi di espansione dell'istituto, originariamente sorto per sostenere la tecno-finanza, e una sua possibile combinazione con il *New Green Deal* intrapreso dall'Unione europea a partire dalla Comunicazione della Commissione del dicembre 2019.

⁴⁰ A questo tema Daniela Fietze ha dedicato la sua tesi di dottorato. Scrive l'autrice che negli ultimi anni in Germania si è acceso il dibattito sulla digitalizzazione e su modelli digitali. “Tra le possibili soluzioni innovative sono stati chiamati in causa i *regulatory sandboxes*: agli attori con modelli di *business* innovativi dovrebbe essere offerto uno spazio protetto, un ‘recinto di sabbia’, nel quale essi possono testare le proprie innovazioni con il sostegno dell'autorità di vigilanza”. E ancora: “laddove la regolamentazione è di ostacolo, l'autorità di vigilanza deve fare generoso uso della discrezionalità che le è attribuita. Non meraviglia affatto che poco più tardi il dibattito si sia esteso al settore dell'energia” (D. Fietze, *Experimentierklauseln für die Energiewende – Lehren aus der SINTEG-V*, Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades der juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg, 2021, pp. 2-12 e ss., trad.it. mia).

⁴¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Was passiert eigentlich in einem Reallabor der Energiewende?*, 29 aprile 2021: <https://www.bmwi-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2021/05/Meldung/direkt-erklaert.html>.

⁴² Per una panoramica su innovazione ed energia in Germania v. C. Stiel, A. Cullmann, C. Kemfert, A.S. Kritikos, J. Niehues e J. Rechlitz, *Innovationen im Energiebereich: Unternehmen forschen wenig selbst, investieren aber verstärkt in Klimaschutz und Digitalisierung*, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Wochenbericht 33, 2019, pp. 563-572.

Esempi simili sono da tempo una realtà in Francia. Per rendersi conto di come la sperimentazione sia già un fatto consolidato nell'ordinamento francese basta rivolgere attenzione al documento *Expérimenter pour innover a cura della Direction Générale des Entreprises du Gouvernement français* del 2017, nel quale sono elencati molteplici settori coinvolti dalla sperimentazione, dall'istruzione alla sanità, dall'energia alla tutela dell'ambiente e – infine – alla finanza⁴³.

Lo scopo è sempre di consentire deroghe e ambiti di sperimentazione, la cui fattibilità è soggetta a una valutazione da parte della *Direction générale des entreprises*, dalla *Direction générale du Trésor* e dalle amministrazioni dei ministeri coinvolti per settore. Così, è stato possibile avviare, ad esempio, il *Projet Irrigation par réutilisation des eaux usagées urbaines traitées*. Il progetto è sviluppato dalla società Sede che in partenariato con Finsea ha sviluppato un sistema di riciclo dell'acqua. La deroga è ammessa in virtù della sperimentazione e consiste nel «*donner la possibilité au Préfet des Hautes-Pyrénées de délivrer, après consultation des administrations compétentes, une autorisation d'exploitation d'installations d'irrigation de cultures par aspersion d'eaux usées traitées*». La sperimentazione francese ha esteso fin da principio la forza derogatoria del modello *sandbox* all'ambiente, coniugandolo con una sorta di decentramento amministrativo della deroga.

Inoltre, con il 2021 il *regulatory sandbox* è stato ampiamente applicato al settore energetico (la seconda finestra per accogliere le istanze di ammissione si è chiusa il 14 gennaio scorso)⁴⁴. Insomma, se in Italia la sperimentazione è circoscritta da un decreto ministeriale ad ambiti molto definiti del settore tecno-finanziario, altrove essa è una realtà che si afferma rapidamente, complicando ulteriormente un sistema delle fonti che era già comunque da tempo mutato. Occorre dire, a questo proposito, che l'introduzione di sabbie giuridiche non poggia in Francia soltanto su puntuali basi legislative, ma anche sulla previsione costituzionale dell'articolo 37 comma 1, secondo il quale: «*la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental*». Così è stato previsto, a partire dal 2003, un vero e proprio diritto alla sperimentazione, adeguando, per così dire, il diritto al fatto.

⁴³ https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/simplifications/france-experimentation-les-projets-retenus-doissier-de-presse-mars2016.pdf.

⁴⁴ <https://www.cre.fr/en/Energetic-transition-and-technologic-innovation/regulatory-sandbox>.

Questi esempi mostrano che il passaggio dal modello della *piramide* normativa a quello della *rete* non comporta necessariamente un indebolimento della funzione ordinatrice del diritto, ma consente invece di applicare principi giuridici fluidi ad una realtà che necessita di essere regolamentata senza incappare nella Scilla di una eccessivamente rigida regolamentazione, ma senza nemmeno rinunciare a regolare fenomeni nuovi che sono oggi una realtà già esistente. Gli esempi riportati indicano infine che il *regulatory sandbox* non solo è suscettibile di sviluppi nell'alveo della tecno-finanza, come si evince dall'analisi del caso britannico, ma è anche applicabile a settori diversi da quelli originari, come avviene nel caso tedesco e francese, al fine di attenuare la regolazione e consentire deroghe e sperimentazione.

Queste precoci evoluzioni dell'istituto, che in Italia muove invece i suoi primi passi, meritano di essere attentamente osservate e potrebbero persino fungere da fonte di ispirazione per il legislatore italiano, ancora troppo vincolato a risalenti concezioni delle fonti giuridiche, oggi superate nella realtà. Vi è da sperare che l'esperienza del *regulatory sandbox* sia utilizzabile nel nostro Paese in settori quali l'ambiente, la prevenzione della salute e la sua cura, i servizi pubblici ed altri settori in cui anche attraverso il protagonismo dei cittadini si ripristinino e si sviluppino vincoli di solidarietà nella moderna società di massa.

Abstract: Il contributo riguarda il *regulatory sandbox* e il suo rapporto con le fonti del diritto. L'istituto è diffuso a livello globale ed è stato recentemente introdotto nell'ordinamento giuridico italiano con il cosiddetto Decreto crescita. Esso consente degli spazi di sperimentazione nell'ambito *FinTech*, derogando alle norme vigenti. In questa prospettiva il *regulatory sandbox* si inserisce in un sistema delle fonti giuridiche profondamente modificato dai processi di internazionalizzazione e globalizzazione.

Abstract: The contribution concerns the regulatory sandbox and its relationship with the sources of law. The institution is widespread globally and it has recently been introduced into the Italian legal order through the so-called *Decreto crescita*. It allows room for experimentation in the *FinTech* domain, derogating from the rules in force. In this perspective, the regulatory sandbox becomes part of a system of legal sources which is profoundly modified by the process of internationalisation and globalisation.

Parole chiave: Regulatory sandbox – FinTech – fonti del diritto – diritto globale – soft law – innovazione

Key words: Regulatory sandbox – FinTech – Sources of law – Global law – Soft law - Innovation