

Parte Terza
INTELLIGENZA ARTIFICIALE
E DIGITALIZZAZIONE
DELLA GIUSTIZIA TRIBUTARIA

1.

GIUSTINIANO VS. THE MATRIX:
LA SFIDA DELLA GIUSTIZIA PREDITTIVA

di *Alberto Marcheselli*

SOMMARIO: 1. Dall'intelligenza artificiale nuove opportunità e nuovi rischi: la Lezione di Platone. — 2. Il “paziente zero” del contagio da “automazione del copia e incolla”: le “società a ristretta base”. — 3. Un rischio pandemico: il virus mutante dell'onere della prova. — 4. Un film horror: l'evasione automatica del socio. — 5. Qualcosa di nuovo nell'aria, anzi di antico: la lezione di Giustiniano.

1. *Dall'intelligenza artificiale nuove opportunità e nuovi rischi: la Lezione di Platone.*

Le presenti riflessioni (1) concernono la prospettiva della applicazione della intelligenza artificiale applicata all'attività del giudizio e dei giudici.

In proposito ho due preoccupazioni, che sono probabilmente anche due ipotesi di lavoro.

La prima nasce da una fonte altissima e la seconda nasce da una fonte bassissima. La fonte altissima è — niente meno — Platone.

Nel *Fedro*, Platone fa dire dal Faraone all'inventore della scrittura che essa avrà per effetto di produrre la dimenticanza

(1) Rimeditazione dell'intervento dell'autore al convegno svoltosi a Napoli, Villa Doria D'Angri — 5 ottobre 2022 — Presentazione del progetto di ricerca PRIN: “*La digitalizzazione dell'Amministrazione finanziaria tra contrasto all'evasione e tutela dei diritti del contribuente*”

nelle anime di coloro che la utilizzeranno, perché, fidandosi della scrittura, si abitueranno a ricordare *dal di fuori* e non *dal di dentro*. Il Faraone prosegue così: “*tu procuri ai tuoi discepoli l'apparenza, ma non la verità: infatti essi, divenendo per mezzo tuo uditori di molte cose senza insegnamento, crederanno di essere conoscitori di molte cose (cioè sapranno citare molto, n.d. A.), mentre in realtà non le sapranno e sarà ben difficile discorrere con essi perché sono diventati portatori di opinioni invece che sapienti*”.

È evidente che noi potremmo sostituire informatica e intelligenza artificiale alla scrittura.

Peraltro, io sono molto più ottimista del faraone di Platone — del resto Platone, se fosse stato fino in fondo convinto dagli argomenti del Faraone sarebbe stato contraddittorio, perché i suoi dialoghi li ha scritti e non semplicemente recitati.

E sono più ottimista anche se informatica e soprattutto intelligenza artificiale, a differenza della scrittura, creano informazioni che sono un prodotto indiretto dell'uomo, esterno l'uomo.

Vorrei allora concentrare la mia attenzione essenzialmente su *cosa inserisco nella macchina*: gli ingegneri usano dire “*garbage in, garbage out*”, cioè: se tu inserisci spazzatura spazzatura in *output*.

Ora, qui, dopo Platone, ho un riferimento molto più basso, che è la mia modestissima esperienza da giudice. Molti anni fa ormai, presiedevo un collegio penale e a un certo punto, su una complicata questione di rito apparivano particolarmente pugnaci. Avevano del “materiale” da produrre e a un certo punto un difensore mi disse “*veramente mi risulta che questo tribunale abbia una giurisprudenza opposta*”. Chiesi di produrla, ignorandola e mi fu consegnata una massima estratta da una prestigiosissima banca dati che — si dava il caso che io fossi l'estensore del provvedimento massimato — semplicemente diceva l'opposto. Decisi di andare a fondo e contattai la casa editrice che mi rivelò che le massime venivano affidate a

stagisti neolaureati. Ricordo che opposi che si trattava di una operazione culturale e giuridica pericolosa (visti gli esiti).

Anni dopo, già insegnante, proposi loro un progetto di coinvolgimento di dottorandi e giuristi esperti per la massimizzazione e chiesi, essendo persona ligure e concreta, quanto sarebbero stati disposti ad offrire come compenso: 1 € ogni non mi ricordo se per ogni 20 o 30 massime. Osservai che, se l'investimento su questa attività — che è fondamentale — era così basso, si creava una situazione delicata e di grave rischio.

2. *Il “paziente zero” del contagio da “automazione del copia e incolla”: le “società a ristretta base”.*

Per dimostrare che il rischio era grave cercherò che si è concretizzato in danni effettivi.

Per farlo, mi metterò a ripercorrere una vicenda che è stata creata da quella forma di informatizzazione molto *basica* ed elementare che è l'associazione dello strumento informatico della banca dati e del *copia e incolla*.

Provocatoriamente cercherò di dimostrare che banche dati più copia e incolla sono già state a pieno titolo *fonti del diritto clandestine e autonome*. Se ci sono riuscite le banche dati e il copia e incolla, figuriamoci — vien da dire — una intelligenza artificiale applicata al supporto delle decisioni.

Per farlo, racconterò una *fiaba*.

Come caso di laboratorio di questo tipo di situazione — ce ne sono diversi — prenderei la *storia* delle società a ristretta base.

La vicenda delle società a ristretta base nasce da un caso pilota, un *paziente zero*, nel quale una società di capitali aveva *evaso nascondendo dei ricavi*; era una società come soci pochi e coesi e la provvista dei ricavi era sparita. Gli accertatori si erano pertanto domandati dove fosse finita la provvista, e la risposta era stata: è pervenuta ai soci. La controversia arriva in Cassazione — ai tempi ancora del controllo sulla motivazione — e la risposta della Cassazione è: è motivazione di immune da

vizi logici dire che, se c'è stata un'evasione di una società piccola e coesa, i ricavi sono spariti e non si sono verificate ipotesi di destinazione alternativa, questi sono stati appropriati dai soci.

Decisione sulla *motivazione*, logica sulla base degli esiti dell'istruttoria della singola controversia: non una regola.

Questa cosa fa un primo *salto di specie*: in qualche sentenza successiva diventa la decisione diventa: la prova è sufficiente quando c'è l'evasione c'è la ristretta base, e mancano destinazioni alternative del provento. Evidente il salto di specie, perché da *controllo della motivazione* sta diventando una validazione della valutazione dell'apparato probatorio.

Nei passaggi successivi del copia e incolla dalle banche dati, l'enunciato muta ancora, e diventa: basta la ristretta base, l'evasione e, se c'è stata qualche altra destinazione lo sa il contribuente e sarà il contribuente a doverlo dimostrare.

Ulteriore passaggio: nella motivazione non è necessario insistere a spiegare perché è credibile in questo caso che ci sia stata un'evasione del socio, è uguale a tutti gli altri casi di evasione della società e di accuse di evasione dei soci che si analizzano abitualmente. È una *tecnica motivazionale*, una *motivazione pigra*: cioè c'è stato un accertamento completo del fatto ma la motivazione ne dà atto in modo sintetico e ristretto

Ulteriore passaggio, da consapevole motivazione pigra di una decisione ponderata, questa diventa — secondo e grave salto di specie! — una *regola*: da tecnica motivazionale diventa una *norma*. Cioè, diventa “noi non dobbiamo valutare più se c'è la prova del fatto che c'è stata la distribuzione al socio”

Perché succede? Perché ci sono le banche dati e perché si può fare copia incolla: se le sentenze non finissero tutte nelle banche dati, le sentenze con la motivazione pigra non sarebbero conosciute e valorizzate, semplicemente perché non si vedrebbero. Qui sono costretto a rifarmi nuovamente a una mia esperienza di ormai trent'anni fa, quando frequentavo il *Ced* della Corte di Cassazione. Ricordo che, essendo sempre

stato molto curioso, per così dire, di ciò che *avviene in cucina*, chiesi sulla base di quale criterio venissero scelte le sentenze da pubblicare e mi fu risposto *le sentenze belle* (cioè motivate doviziosamente) e massimate le sentenze *nuove*. Ecco: con l'ampliamento delle possibilità di *memoria* propria della informatica viene — opportunamente — conservato tutto in forma digitale e accessibile.

3. *Un rischio pandemico: il virus mutante dell'onere della prova.*

Se vogliamo poi descrivere velocemente il prosieguo della *fabula* delle società a ristretta base, eravamo giunti alla *creazione* della regola per cui non serve più provare e convincersi che il socio ha evaso. In effetti, ci si rende conto che, se si passa a una *regola*, questa regola, applicata rigidamente, rischierebbe di risultare forzata. Si introduce allora un correttivo: non è che automaticamente la evasione della società costituisca evasione del socio: la è se il contribuente non dà la prova contraria.

Ecco allora un altro salto di specie: si “veste” la cosa da onere della prova. Tuttavia, onere della prova, come è noto, è solo la regola che stabilisce *chi perde se manca la prova*. Qui, invece, si intende una cosa diversa. Di motivazione pigra in motivazione pigra, di copia e incolla in copia incolla, si passa a stabilire una regola su *quando la prova sia sufficiente*: cioè, praticamente, una regola sul convincimento del giudice (equivalente a una presunzione legale). Cade fragorosamente un'altra parete del discorso giuridico perché cade la parete del *libero convincimento*. Sostanzialmente si mettono sullo stesso piano *due cose diversissime*: se l'onere della prova è stato assolto, è una cosa: un tema di fatto, di prova, che non significa affatto applicare la regola su l'onere della prova.

Questo salto logico crea una serie di danni che conosciamo tutti. Intanto, è errato dal punto di vista dell'impostazione giuridica, perché, evidentemente, configura come regola o

come applicazione della regola dell'onere della prova qualcosa che, puramente e semplicemente, *non lo è*.

Ma oltre ad essere concettualmente errato, produce una serie di danni. Tra i primi, moltiplica a dismisura il contenzioso in Cassazione, perché una gran parte di temi probatori (che sono giudizi di merito) diventano temi di onere prova cioè temi giudizi di diritto. Poi si deborda perché la funzione nomofilattica concerne, lo dice la radice “*nòmos*” solo l'attività di *interpretazione* (della legge) ma non l'*epistemologia* (la realtà di fatto). Cosa significa la legge lo stabilisce la Suprema Corte ma se l'acqua nei fiumi sale o scende lo stabilisce la fisica. È, ancora, l'onere della prova è regolato per legge e non può certo essere rovesciato senza una legge: un comando legislativo può essere derogato soltanto da un altro comando legislativo. Se l'onere era regolato dall'articolo 2697 c.c. e ora, tema di grande attualità, dal comma 5-*bis* dell'articolo 7 del decreto sul contenzioso, mica si può derogare senza un comando opposto.

4. *Un film horror: l'evasione automatica del socio.*

E non è finita — la *fabula* si trasforma nel sottofinale di un classico film di *zombie* ove l'orrore concettuale dilaga — perché, andando di copia e incolla, quella che era l'evasione della società presupposto della evasione del socio, nel caso di ricavi distribuibili, dimenticando un pezzo della frase nella opera di copia, elidendo l'occultamento di ricavi, si trasforma diventa presumere l'evasione del socio in caso di evasione della società *tout court*. Cioè presumere la distribuzione ai soci di costi sostenuti dalla società ma indeducibili fiscalmente, dove — a me pare chiaro — fisicamente ed economicamente è *impossibile la distribuzione*. Siamo giunti a una utilizzazione — in tesi — non del tutto corretta dello strumento informatico che ha esiti paradossali. Metaforicamente, a ritenere che nelle aule di giustizia le ricostruzioni dei fatti non debbono seguire

le leggi della fisica e della realtà: si può distribuire ciò che non c'è, l'acqua può anche scorrere in salita.

In sostanza, ecco un altro salto di specie, si crea una tassazione per trasparenza (che non è prevista da nessuna parte): l'operazione creativa del copia e incolla è transitata dal diritto processuale al diritto sostanziale.

E, come sappiamo tutti, il film non è ancora finito perché resta una questione: cosa facciamo del problema della doppia imposizione tra utili e dividendi? Nelle società di persone, dove c'è la trasparenza, non tasso la società. Nelle società di capitali c'è l'esenzione secondo il regime PEX. Qui il finale del film lo conosciamo: si tratta di evasori, quindi la tassazione sul dividendo presunto è al 100%. Si crea un regime non previsto e addirittura punitivo (con buona pace di riserva di legge e tassatività). Da una motivazione pigra di decisioni ponderate siamo arrivati, di copia in copia, a creare un nuovo regime impositivo per di più incostituzionale. Metaforicamente è come essere passati da un processo penale nel quale si era condannato il maggiordomo geloso della contessa (*movente*) che aveva lasciato delle impronte sul collo della vittima (*indizio*) e il cui *alibi* si era rivelato falso (punto di partenza fisiologico), a una regola secondo la quale tutti coloro che *ce l'avevano* col morto ed erano presenti sulla scena del delitto sono assassini, salvo che provino di essere innocenti. Anzi sono assassini anche se la vittima non è morta (sic!) visto che per le società c'è la doppia imposizione nel caso di società a ristretta base!

5. *Qualcosa di nuovo nell'aria, anzi di antico: la lezione di Giustiniano.*

Se questo — secondo la mia personale ricostruzione — è anche effetto di un uso non sufficientemente meditato della banca dati, vien da dire figuriamoci cosa potrebbe succedere con un algoritmo predittivo. Certo, si potrebbe dire: *vabbè ma è solo predittivo, non sostituisce mica la decisione.* Ma la cosa

non tranquillizza punto: si è capito che il mio intervento è molto provocatorio, ma dico: ma se già solo copiare e incollare ha prodotto questo, tu figurati cosa potrebbe produrre una *cosa* che sia rafforzata con l'idea algoritmica e di una *intelligenza artificiale*.

Mi avvio velocemente alla conclusione.

Il Problema dei Problemi è la *Nutrizione della macchina*. Bisogna che questa macchina — per la quale in realtà io ho un atteggiamento ottimista — perché credo che qualsiasi progresso alla fine venga dominato e venga riportato a ragionevolezza, vada fatta in un modo che, prendendola nuovamente molto alta, non deve essere tutto lontano dalla Codificazione di Giustiniano.

Perché?

Perché questa operazione di nutrizione della macchina va fatta rispettando almeno quattro condizioni, che costituiscono vaccini per immunizzarsi contro un rischio molto grave.

In primo luogo, questa operazione va fatta da *sapienti*: Giustiniano prese i *migliori giuristi* del presente e del passato — non degli informatici! — e non ci si può accontentare di niente di meno, per nessuna ragione.

Altrimenti finisce come — per tornare a un ricordo della mia esperienza giurisdizionale — quando mi si chiedeva di revocare dei provvedimenti, resi secondo la legge, perché la struttura informatica del ministero della Giustizia si era dimenticata di codificarli nel sistema (uno strampalato tentativo di dimostrare che *quod non est in computer non est in jure* che oggi suona inquietante).

In secondo luogo questa deve essere un'operazione *del tutto trasparente*: gli atti dell'Assemblea Costituente si possono leggere ancora oggi: questa operazione non può avvenire in maniera *coperta*, in maniera *non nota*, non *pubblicamente discussa*, non ostesa e non pubblica.

In terzo luogo, deve avvenire secondo modalità che assicurino *piena rappresentatività democratica ed equidistanza dalle parti* perché altrimenti diventa una *prova di forza* e un *abuso*:

immanginificamente chi nutre la macchina non può essere chi aziona i comandi in una specie di *Metropolis* da incubo, più in una direzione che nell'altra.

In quarto luogo, e questo non piacerà, deve essere un'operazione *lenta*. È un'operazione che richiede una *metabolizzazione di concetti* di cui noi nel frattempo abbiamo un po' perso la memoria (l'esempio delle aporie descritte sopra sull'onere della prova appare illuminante).

È un momento fondativo, seminale, essenziale e il rischio, da un lato è *passare dietro le spalle dell'articolo 23 della Costituzione*. L'abbiamo detto in termini piuttosto sociologici ma questi sono strumenti che rischiano di *creare diritto* e non è una garanzia che siano soltanto predittivi. Se poi non convince il riferimento all'art. 23 della Costituzione perché — l'obiezione è facile — si tratta di attività giurisdizionale e non siamo in *common law*, è innegabile che qui sia comunque in gioco l'articolo 101 della Costituzione, che dice che la giustizia è amministrata in nome del popolo.

Il rappresentato deve poter controllare l'opera del rappresentante, ne va dello Stato di Diritto: se una parte dell'attività del giudice *va dentro una macchina* anche solo dal punto di vista informativo e non decisionale, la macchina deve essere trasparente come il cristallo e potabile come acqua di sorgente.

La Giustizia non è la Coca Cola.

