

5.

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE E
IL POSSIBILE “RINASCIMENTO”
DEL SISTEMA SANZIONATORIO TRIBUTARIO

di *Stefano Dorigo*

SOMMARIO: 1. Intelligenza artificiale e diritto (anche tributario): note introduttive. — 2. Automazione e sanzioni tributarie: la necessità di un approccio *ad hoc*. — 3. Breve *excursus* sugli utilizzi dell'intelligenza artificiale nel procedimento di accertamento dell'imposta dovuta. — 4. Algoritmo e sanzione “afflittiva”: spunti problematici dalla prassi sovranazionale e straniera. — 5. Quali limiti all'impiego dell'intelligenza artificiale nel procedimento sanzionatorio? Lo stato di fatto ed una proposta. — 6. Conclusioni.

1. *Intelligenza artificiale e diritto (anche tributario): note introduttive.*

L'intelligenza artificiale ed i suoi utilizzi si collocano nel più generale contesto di quella che — comunemente — viene denominata rivoluzione digitale, tema ormai attuale e dibattuto non solo in ambito giuridico. Certamente, la digitalizzazione permea ogni aspetto della vita individuale e collettiva e sta mutando con rapidità ed incisività inattese non solo l'ambito dell'economia, ma anche quello politico e sociale. Da fenomeno esclusivamente economico, insomma, essa è divenuta il nuovo paradigma dell'intera vita sociale, modificando comportamenti, indirizzando scelte, addirittura influenzando il modo di essere dei luoghi tradizionali della socialità (si pensi al fenomeno della *sharing economy* nelle città d'arte).

Mi pare, peraltro, che sia più corretto parlare al riguardo di “rivoluzione algoritmica”. L'algoritmo è infatti ciò che contraddistingue la nuova economia dematerializzata (quella fondata sui *big data*, la loro raccolta ed il loro sfruttamento), ma anche la robotizzazione dei processi produttivi sia di beni che di servizi. È l'algoritmo che dà vita all'intelligenza artificiale, ne determina le condotte iniziali e ne consente, laddove possibile, l'evoluzione a seguito di autonomo apprendimento. Non stupisce, quindi, che sia attorno ad esso che si sta sviluppando un impetuoso mutamento dei comportamenti individuali e sociali (dalla costante interconnessione alla crescente virtualità dei rapporti), dell'economia (attorno alle piattaforme digitali ed ai processi produttivi automatizzati, che portano al superamento della centralità dei beni/servizi tradizionali come strumenti di creazione del valore) e conseguentemente del modo di concepire e garantire il *welfare* (si pensi all'espulsione dal lavoro di lavoratori dotati di competenze basiche, ma allo stesso tempo all'emergere di nuove figure professionali prive di adeguata regolamentazione). Tutto ciò, peraltro, in un contesto di assoluta incertezza, dal momento che l'algoritmo è in sé non conoscibile, creato da tecnici dotati di competenze per i più esoteriche e coperto da rigorose privative.

Siamo, insomma, al centro di un movimento che investe l'intera civiltà contemporanea, in tutti i suoi profili fondamentali, e che però sfugge alle classificazioni tradizionali e come tale è destinato a imporsi alle istituzioni ed ai consociati senza che sia ad essi riconosciuta la capacità di comprenderne appieno potenzialità e, soprattutto, esiti. L'era dell'intelligenza artificiale può quindi essere un'età dell'oro, come molti affermano recisamente, ma rischia altresì di trasformarsi, come sostengono i più pessimisti, in un periodo nel quale poche oligarchie tecnocratiche sono in grado di indirizzare le scelte e le condotte dei governi e degli individui senza alcuna possibilità di controllo democratico.

Non è detto che la valutazione di questo assetto, ormai inevitabile, debba essere così drastica. Appare possibile che l'evoluzione del fenomeno si orienti ora verso forme di positivo sviluppo, ora verso situazioni di compressione dei diritti individuali e collettivi a seconda degli strumenti che verranno scelti per (tentare di) governarlo. In questo senso, è il diritto lo strumento al quale volgersi per realizzare tale ultimo obiettivo. Tuttavia, ad un primo sguardo si deve riconoscere che il saldo, ad oggi, è senza dubbio in perdita. Si vuole dire che, a fronte di un progresso rapido e pervasivo della tecnologia, il diritto è rimasto molto indietro. O, meglio, è rimasta indietro la riflessione giuridica su di essa, sulle sue origini e sulle sue implicazioni non solo economiche ma anche sociali. Un ritardo che, sebbene generalizzato, si manifesta con particolare evidenza in Europa ed in Italia, laddove invece negli Stati Uniti da tempo una *élite* di giuristi ha iniziato ad affrontare seriamente il problema.

Si ha come l'impressione che il mondo del diritto — il legislatore, ma anche la categoria dei giuristi — sia rimasta spiazzata dall'emergere di nuovi fenomeni che impongono una rivisitazione — non solo un mero aggiornamento — di istituti ed approcci interpretativi ormai consolidati e che si ritenevano patrimonio immutabile. Occorre, dunque, per evitare che il novello mondo algoritmico imponga nuove regole, fondate sulla prassi ed influenzate da interessi non coincidenti con il benessere dell'intera collettività, che gli studiosi del diritto escano dalla propria *comfort zone* e si pongano seriamente la questione di come ricondurre saldamente nell'alveo giuridico fenomeni che oggi appaiono tanto diffusi quanto ingovernabili.

Tale esigenza si pone, e non potrebbe essere diversamente, anche per il diritto tributario. Da un lato, l'intelligenza artificiale è uno strumento capace di indirizzare sia le scelte del contribuente che le strategie di controllo dell'amministrazione finanziaria, grazie all'analisi in tempi rapidissimi di una mole

ragguardevole di dati e precedenti, tale da non poter essere egualmente effettuata con mezzi esclusivamente umani. Dall'altra, l'elevato tecnicismo delle norme di diritto tributario, in special modo quelle relative al reddito di impresa (1), e la redazione di esse in termini estremamente analitici, tali da renderne pressoché automatica l'applicazione (2), sembrano consentirne una applicazione più meccanica, capace di essere effettuata da sistemi in grado di immagazzinare, vagliare, incrociare ed elaborare dati in quantità e con velocità tali da sorpassare ogni capacità umana.

Pensando al caso italiano, molte sono le disposizioni fiscali che, implicando l'analisi di un certo numero di elementi di fatto, ben potrebbero prestarsi ad una più efficiente applicazione proprio ricorrendo a sistemi intelligenti. Tra i casi nei quali più frequentemente ciò potrebbe avvenire si possono ricordare il redditometro, gli studi di settore — oggi rimpiazzati dagli indici sintetici di affidabilità — e l'analisi di comparabilità nell'ambito della disciplina dei prezzi di trasferimento. Si tratta, per l'appunto, di vicende nelle quali gioca un ruolo centrale la capacità dell'operatore di collegare e confrontare situazioni e dati apparentemente autonomi, rispetto alla quale l'algoritmo consentirebbe di aumentare in modo esorbitante sia il numero degli elementi oggetto di analisi, sia la rapidità dell'elaborazione.

Il tema che è stato, sin qui, maggiormente attenzionato dalla dottrina è stato quello delle modalità e dei limiti entro cui sistemi intelligenti possono supportare — o addirittura sostituire anche solo in parte — l'attività dell'amministrazione finanziaria nello svolgimento delle proprie attività di controllo

(1) Un autore sostiene, al riguardo, che “tax law, being highly complex and technical in structure and content, may be one of the best candidates to be addressed by AI” (KUZNIACKI, *The Artificial Intelligence Tax Treaty Assistant: Decoding the Principal Purpose Test*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018).

(2) Così si esprime, peraltro in termini critici, RISSLAND, *Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, in *AI Magazine*, 1988, 45 ss.

e di conseguente accertamento (3). Ci si interroga maggiormente, insomma, sulle possibilità offerte dall'intelligenza artificiale per il contrasto all'evasione ed all'elusione fiscale e, quindi, sui possibili profili di attrito tra i principi che guidano l'attività di controllo e accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria e l'automaticità che sistemi tecnologicamente avanzati possono garantire ad esclusione di qualsiasi intervento umano. Allo stesso tempo, il dibattito è particolarmente vivace con riguardo alle ricadute processuali dell'uso dell'intelligenza artificiale, sia per la maggiore esigenza di tutela del contribuente a fronte di accertamenti automatizzati, sia addirittura per la robotizzazione, in tutto o in parte, dell'attività giudicante (4).

Non è mia intenzione affrontare tali tematiche in questa sede. Tanto è già stato scritto al riguardo e si tratta, forse, di attendere i primi sviluppi applicativi che l'esperimento denominato PRODIGIT promette di mostrare a breve (5). L'argomento delle mie riflessioni è, invece, un altro, sebbene come si vedrà collegato a doppio filo sia con l'attività amministrativa sia con la tutela di fronti alle Corti di giustizia tributaria: quello delle sanzioni amministrative tributarie. Si tratta di un ambito che finora ha riscosso limitata attenzione, ma che merita di essere rivalutato specie per le (spesso neglette) peculiarità che

(3) Si veda, ad esempio, l'ampia disamina di PAPARELLA, *L'ausilio delle tecnologie digitali nella fase di attuazione dei tributi*, in *Rivista di diritto tributario*, 2022, 617 ss. Peraltro, sulle implicazioni dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel contesto dell'attività amministrativa (non in ambito fiscale) si può rinviare a GALETTA, CORVALAN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, 6 febbraio 2019, in *federalismi.it*.

(4) In termini generali, cfr. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Decisione robotica*, a cura di CARLEO, Bologna, 2019, 63 ss.

(5) Si tratta di un progetto di complessiva digitalizzazione della giustizia tributaria, mediante creazione e implementazione di banche dati e l'introduzione di un modello di giustizia predittiva in ambito fiscale. Se ne veda una prima descrizione in MARELLO, Popper, *'PRODIGIT' e giustizia predittiva*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 24 ottobre 2022, in *www.rivistadirittotributario.it*.

la sanzione amministrativa manifesta nel contesto dell'attuazione del rapporto d'imposta.

2. *Automazione e sanzioni tributarie: la necessità di un approccio ad hoc.*

Del rapporto tra intelligenza artificiale e sanzioni tributarie si può, in astratto, discutere secondo tre distinte direttrici: la sanzionabilità delle violazioni commesse dall'operatore umano avvalendosi di strumenti automatizzati; la possibilità di sanzionare il sistema intelligente *ex se*; e l'utilizzabilità di mezzi basati sull'intelligenza artificiale da parte dell'Amministrazione finanziaria per la determinazione e l'irrogazione della sanzione conseguente a violazioni di norme tributarie. I primi due profili, che sollevano più direttamente questioni di natura sostanziale, sono i soli che, finora, hanno attirato l'attenzione dei pochi studiosi che si sono occupati dell'impatto delle nuove tecnologie sulla nostra materia (6). Quasi del tutto assente, finora, è stato invece lo studio delle implicazioni del terzo profilo, il quale, pur toccando in prima battuta aspetti di natura procedurale, appare in realtà fecondo di spunti con riguardo ai limiti dell'attività amministrativa automatizzata e, ancor più, alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo-contribuente.

Proprio questo costituisce l'oggetto delle riflessioni che tenterò di formulare in questa sede, anche in omaggio all'impianto del progetto PRIN entro il quale si colloca la presente pubblicazione, dedicato per l'appunto all'Amministrazione fiscale "digitalizzata". Si tratta, insomma, di chiedersi se ed in quale misura i sistemi intelligenti possano essere impiegati dall'Agenzia delle entrate per determinare l'entità della san-

(6) Tra i primi CANÈ, *Intelligenza artificiale e sanzioni amministrative tributarie*, in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di DORIGO, Pisa, 2020, 317 ss.

zione applicabile nel singolo caso concreto e per procedere alla relativa irrogazione, cercando di comprendere se a tal fine siano sufficienti i già numerosi *caveat* che la dottrina e la prassi del Garante della Privacy hanno posto in relazione all'attività amministrativa automatizzata, ovvero al contrario se — come si ritiene — la funzione sanzionatoria debba essere riguardata in modo separato da quella di accertamento del tributo e se, pertanto, anche il dibattito sull'uso all'uopo di algoritmi necessiti di altri e più raffinati strumenti di riflessione.

In effetti, e si tratta di una provocazione intellettuale, quello delle sanzioni tributarie amministrative sembra essere l'ambito più fecondo per l'applicazione di metodi integralmente automatizzati. La relativa funzione, è ormai sotto gli occhi di qualsiasi operatore pratico, è svolta dagli Uffici in modo pressoché automatico, quasi che si trattasse di operazione vincolata pur in assenza di qualsiasi giustificazione normativa al riguardo. Basti pensare alla prassi per la quale la sanzione irrogata è sempre pari al minimo edittale ed alla circostanza, per certi versi ancora più sconvolgente, che dolo e colpa non costituiscono oggetto di alcuna menzione negli atti con i quali l'Amministrazione finanziaria irroga le sanzioni collegate al tributo. In questo senso, è del tutto condivisibile la posizione di chi afferma che il nostro sistema tributario contempla, ormai, una presunzione di colpa (7), ragion per cui alla violazione di una norma tributaria, con il conseguente recupero di una maggiore imposta, consegue sempre l'applicazione di una sanzione, quasi accessorio indefettibile dell'accertamento del tributo la cui applicazione risulta slegata da qualunque indagine circa la sussistenza delle condizioni che il

(7) Lo nota MARCHESELLI, *Considerazioni eterodosse sull'elemento soggettivo delle sanzioni tributarie. Responsabilità oggettiva, gestione del rischio, intelligenza artificiale, deontologia professionale ed etica del profitto*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 12 aprile 2021, in www.rivistadirittotributario.it, secondo il quale tale presunzione “confligge in maniera frontale con il principio, proprio del diritto punitivo, per cui sussiste la presunzione opposta, quella di non colpevolezza”.

d.lgs. n. 472/1997 pone per l'applicazione delle sanzioni amministrative (8). Il sistema ha in sostanza perduto, nei suoi esiti pratici, l'intero connotato personalistico della sanzione che era stato, viceversa, l'elemento caratterizzante la riforma del 1997, a favore — per l'appunto — di una applicazione meccanica della sanzione minima che solo apparentemente ridonda a vantaggio del contribuente, traducendosi al contrario in una generalizzazione della sanzione anche in casi nei quali al tributo evaso potrebbe non accompagnarsi alcuna conseguenza sanzionatoria in mancanza per l'appunto dell'elemento soggettivo.

Questo panorama, piuttosto deprimente se si pone mente ai principi, rafforza dunque l'impressione che in questo contesto l'intelligenza artificiale possa acquisire uno spazio: se l'applicazione della sanzione è operazione meccanica, scevra da ogni profilo valutativo, allora un algoritmo, anche piuttosto semplice, può sostituire l'attività umana. Anzi, si potrebbe addirittura sostenere, ed a ragione, che proprio la semplicità con cui il corollario sanzionatorio dell'imposta accertata viene a realizzarsi possa perfino rendere inutile il ricorso all'intelligenza artificiale, risolvendosi l'applicazione della sanzione ad una poco rilevante appendice dell'attività amministrativa di recupero dell'imposta, che non richiede alcuna competenza particolare.

Con il che il discorso potrebbe già dirsi concluso.

Non è evidentemente questa la prospettiva dell'analisi che si vuole compiere. Anzi, proprio la riflessione sugli impieghi dell'intelligenza artificiale potrebbe contribuire a porre al centro dell'attenzione l'esigenza di recuperare l'impianto origina-

(8) È stato osservato, al riguardo, che “all'Amministrazione finanziaria sono state attribuite funzioni di giustizia che di regola dovrebbero essere esercitate da un soggetto terzo — in sede penale, il giudice — rispetto alle parti della relazione sanzionatoria” (PIERRO, “Il responsabile per la sanzione amministrativa tributaria: art. 11 d.lgs. n. 472 del 1997”, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1999, 248).

rio personalistico della riforma del 1997 (9), sganciando la sanzione dal collegamento indefettibile con il tributo ed individuando la sua peculiarità nel principio personalistico e nei suoi corollari applicativi. Non è affatto scontato che l'algoritmo possa svolgere un ruolo nel procedimento di irrogazione delle sanzioni tributarie: tuttavia, la riflessione attorno agli automatismi che esso inevitabilmente evoca potrebbe sollecitare una riconsiderazione — il “rinascimento” cui si fa un po' enfaticamente richiamo nel titolo di questo scritto — dell'unicità del sistema sanzionatorio e della irriducibilità del medesimo a mero ed inevitabile accessorio del tributo oggetto di accertamento.

Vi è, quindi, spazio per un'analisi dell'utilizzo di algoritmi per lo svolgimento della funzione sanzionatoria nella nostra materia, in una prospettiva che travalichi l'aspetto meramente tecnico per porre al centro del dibattito il sistema delle sanzioni nel suo complesso.

E tuttavia la prospettiva che occorre assumere nel corso di questa indagine non può che muovere da una considerazione apparentemente banale ma in realtà di importanza capitale per inquadrare criticamente il fenomeno. Ovvero che le sanzioni tributarie hanno natura penale. Lo confermano sia i principi che sono stati posti alla base del d.lgs. n. 472/1997, che sono quelli delle sanzioni criminali (10), sia l'ormai arcinoto indirizzo sovranazionale, che qualifica come sostanzialmente penali sanzioni amministrative connotate da un elevato grado di

(9) Sui caratteri della riforma del sistema sanzionatorio, si vedano, tra gli altri, CORDEIRO GUERRA, *Sanzioni amministrative tributarie*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, Agg., Torino, 2017, 456 ss.; DEL FEDERICO, *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: i principi sostanziali del d.lgs. n. 472/1997*, in *Rivista di diritto tributario*, 1999, 1041 ss.; LUPI, *Prime osservazioni sul nuovo sistema delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rassegna tributaria*, 1998, I, 327 ss.

(10) Osserva un autore che “quella compiuta dalla legge delega (...) è una scelta chiara a favore di un regime di marca sostanzialmente penalistica” (CORDEIRO GUERRA, *op. cit.*, 459).

affittività (11), come per l'appunto quelle tributarie la cui entità minima nel nostro ordinamento è pari — di regola — al 90% dell'imposta evasa. Dicevo che questa connotazione delle sanzioni tributarie è apparentemente banale: essa è ormai riconosciuta unanimemente, per merito della giurisprudenza della Corte EDU che nel tempo ne ha via via meglio delineato i contorni (12) e che è stata accolta senza particolari traumi anche nel nostro ordinamento (13).

Va peraltro osservato che la riconduzione delle sanzioni amministrative tributarie al novero di quelle sostanzialmente penali è stata sin qui valorizzata in relazione a profili prevalentemente procedurali, si pensi alla disciplina del *ne bis in idem*, ma non ha se non sporadicamente investito la sostanza della disciplina concernente la determinazione dell'entità della sanzione ed il procedimento di irrogazione. Al contrario, la natura penale delle sanzioni tributarie deve innervare l'interpretazione e l'applicazione di tutte le disposizioni del d.lgs. n. 472/1997 ed influire, quindi, sul modo stesso con cui tali sanzioni sono concepite e trovano poi concreta applicazione. Tale considerazione, fondamentale come subito si dirà per il discorso sugli utilizzi dell'intelligenza artificiale *in subjecta materia*, porta con sé la conseguenza dell'impossibilità di ricondurre integralmente la funzione sanzionatoria all'esplicazione di una mera attività amministrativa. Vi è una ontologica diversità tra tributo e sanzione, resa palese dalla natura appunto penale di quest'ultima, che fa sì che il relativo procedi-

(11) Indirizzo che si è sviluppato nella giurisprudenza della Corte EDU già a partire dal 1976, con la nota sentenza Engel (Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi).

(12) Si ricordano, tra molte, le pronunce Zolotukhin (Corte EDU, 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia), Grande Stevens (Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia), Nykänen (Corte EDU, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia).

(13) Si vedano, *ex multis*, Corte di Cassazione, Sez. V, sentenza n. 27564 del 09 luglio 2018; Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza n. 6992 del 30 ottobre 2018.

mento di determinazione e irrogazione sfugga ad un'impostazione propriamente amministrativa.

Se è vero che la sanzione è applicata dall'Amministrazione finanziaria nel corso di un procedimento che è lo stesso che conduce al recupero d'imposta, lo è altrettanto che si tratta però di una attività tipicamente giudiziaria, che nel processo penale è il giudice a compiere e che per tale ragione non può appiattirsi integralmente sul primo. Tanto è vero che la stessa giurisprudenza sovranazionale cui si è poco sopra accennato distingue nettamente tra imposta e sanzione nell'individuazione delle tutele, processuali ma anche procedurali, riconoscibili al contribuente (14).

Dunque, che le sanzioni tributarie siano sostanzialmente penali è constatazione che impatta sia sull'attività diretta alla loro applicazione, la quale coinvolge un evidente profilo valutativo ben diverso da quello che riguarda l'accertamento del tributo, sia sulle tutele riservate al contribuente. È qui che si inserisce la riflessione sull'utilizzo degli algoritmi.

3. *Breve excursus sugli utilizzi dell'intelligenza artificiale nel procedimento di accertamento dell'imposta dovuta.*

In prima battuta, nella consapevolezza che — in generale — la sanzione tributaria è irrogata dall'Ufficio nello stesso avviso di accertamento nel quale si recupera la maggiore imposta dovuta, si potrebbe essere tentati di analizzare il fenomeno sanzionatorio con lo stesso metro usato, in generale, per gli atti amministrativi. Conviene, quindi, fare brevemente il punto sullo stato dell'arte della riflessione circa la possibilità ed i limiti di un atto di accertamento automatizzato, per poi evidenziare le peculiarità dell'attività amministrativa rivolta

(14) Sul punto, si veda la sentenza Jussila (Corte EDU, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia).

alla determinazione ed irrogazione della sanzione. Il dibattito, sul punto, è come si è accennato vivacissimo.

Vi sono molteplici esempi del successo che sistemi automatizzati possono garantire all'amministrazione pubblica che si occupa di imposte e tasse. Tale è il caso del sistema doganale SISAM, sviluppato in Brasile e fondato su meccanismi di *machine learning*. Si tratta di un sistema che valuta il rischio di irregolarità nelle importazioni di beni, effettua autonomamente — apprendendo dai propri precedenti — la selezione delle operazioni da sottoporre a controllo fisico ed è addirittura in grado di motivare in linguaggio naturale le conclusioni cui è pervenuto nel caso concreto (15). Analogamente, in Francia da qualche anno sono in via di utilizzo strumenti intelligenti di controllo dei *social network* al fine di incrociare le informazioni reperibili ed indirizzare l'amministrazione nei controlli sulla effettività della residenza fiscale dichiarata dai contribuenti.

Del resto, anche per l'Italia il ricorso all'intelligenza artificiale sembrerebbe indispensabile per consentire all'Agenzia delle Entrate di processare in modo efficace l'immenso numero di dati che ogni anno vengono immagazzinati nelle banche dati a sua disposizione (16). In questo senso si stanno muovendo vari progetti pilota, come quello denominato “*A data driven approach to tax evasion risk analysis in Italy*”, finanziato dall'UE nel 2021, che si propone di innovare i

(15) KÖCHE, *L'intelligenza artificiale a servizio della fiscalità: il sistema brasiliano di selezione doganale attraverso l'apprendimento automatico (SISAM)*, in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale* (a cura di Dorigo), Pisa, 2020, 333 ss.

(16) Come si legge in un comunicato stampa dell'Agenzia delle entrate del 4 marzo 2021, il patrimonio di informazioni che ogni anno essa è in grado di immagazzinare è pari a 42 milioni di dichiarazioni, 750 milioni di informazioni comunicate da soggetti terzi, 400 milioni di rapporti finanziari attivi, 197 milioni di versamenti F24, circa 2 miliardi di fatture elettroniche e oltre 150 milioni di immobili censiti. Appare evidente che una simile mole di dati, che si stratifica per ogni periodo di imposta, non può essere elaborata da operatori umani, ma richiede il crescente e decisivo intervento dell'algoritmo.

processi di valutazione del rischio fiscale dei contribuenti e mira, a tale scopo, a fare ricorso a strumenti di *network science* (17), di analisi visuale (18) delle informazioni e, per l'appunto, di intelligenza artificiale. Nell'Atto di indirizzo per il conseguimento degli obiettivi di politica fiscale per il triennio 2020-2022, pubblicato dal Ministero dell'economia e delle finanze nel luglio 2020, si individua l'obiettivo di "*potenziare le metodologie e gli strumenti tecnologici a sostegno del contrasto all'evasione per favorire la tax compliance e per acquisire informazioni rilevanti finalizzate a controlli mirati nei confronti dei contribuenti che presentano indici di pericolosità fiscale*", ricordando che ciò avverrà "*predisponendo opportune banche dati che consentiranno il pieno sfruttamento delle informazioni a disposizione anche mediante il ricorso a tecniche di machine learning e intelligenza artificiale*". Vi è quindi, ormai, la consapevolezza che le funzioni dell'amministrazione finanziaria passano necessariamente attraverso investimenti che rendano operativi sistemi di intelligenza artificiale in grado di raccogliere ed elaborare il gran numero di dati già a disposizione della parte pubblica.

Tale tema, peraltro, si intreccia con quello della protezione dei dati personali immagazzinati nelle banche dati dell'amministrazione fiscale ed oggetto della procedura automatizzata. Più volte il Garante della privacy è intervenuto nei confronti dell'Agenzia delle entrate per imporre l'adozione di idonee forme di garanzia sull'utilizzo di tali dati, invocando l'inter-

(17) Si legge al riguardo, nel comunicato stampa ricordato nella nota che precede, che "*la rappresentazione dei dati sotto forma di reti permette di far emergere con maggiore facilità relazioni indirette e non evidenti tra soggetti (ad esempio relazioni tra società) che possono essere correlate a schemi di evasione e di elusione fiscale difficilmente individuabili con le tradizionali tecniche di analisi*".

(18) "*L'adozione di interfacce innovative "uomo-macchina" (ad esempio modalità visuali fluide e intuitive di "navigazione" dei dati), consente di potenziare le capacità degli analisti, accelerando e rendendo più intuitivo e naturale il loro processo di acquisizione e trattamento delle informazioni rilevanti*" (così ancora il ricordato comunicato stampa).

vento di operatori umani qualificati per l'interpretazione dei risultati dell'elaborazione automatizzata a tutela del contribuente (19). Si tratta del principio, più volte invocato anche dalla giurisprudenza amministrativistica, della “non esclusività” della decisione algoritmica, il quale impone che l'esito della elaborazione automatizzata sia comunque vagliato da un operatore umano, capace laddove sia necessario di modificarlo proprio per garantire il nucleo dei diritti del contribuente.

Dunque, in prima battuta detti sistemi potrebbero essere impiegati dall'amministrazione finanziaria, a fine di determinare — sulla scorta degli elementi istruttori altrove acquisiti — se una certa operazione possa essere sindacata come elusiva o evasiva sulla base della norma interna o sovranazionale applicabile. Si tratterebbe, dunque, di un utilizzo endoprocedimentale, privo di immediata valenza esterna e destinato unicamente a completare l'attività istruttoria dell'ufficio in vista dell'accertamento di una o più transazioni reputate in contrasto con le suddette norme (20).

(19) Si veda, tra gli altri, il parere n. 58 del 14 marzo 2019, che riguardava l'elaborazione da parte dell'Agenzia delle entrate dei dati contenuti nell'Archivio dei rapporti finanziari. In quel caso, il Garante ha espressamente prescritto la “*puntuale valutazione della coerenza complessiva della posizione di ciascun contribuente selezionato da parte di operatori qualificati appartenenti alle Direzioni provinciali, appositamente istruiti dalla Direzione centrale accertamento, preliminarmente alla convocazione del contribuente*”.

(20) Non si vuole qui approfondire la risalente disputa circa la natura dell'attività amministrativa di selezione dei contribuenti da assoggettare ad imposizione e, quindi, sulla rilevanza solo interna o anche esterna degli atti ministeriali contenenti i relativi criteri. La prassi recente di affidare la determinazione di siffatti criteri ad atti interni come le circolari dell'amministrazione finanziaria sembra rafforzare la tesi della loro irrilevanza esterna, che risulta comunque essere maggioritaria sia in dottrina (si veda tra gli altri SALVINI, *La partecipazione del privato all'accertamento (nelle imposte sui redditi e nell'IVA)*, Padova, 1990, spec. 84) che in giurisprudenza. In modo significativo, è stato affermato al riguardo che la selezione dei controlli sarebbe attività libera, nemmeno discrezionale, e soggetta all'unico limite dell'imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione (GALLO, *Discrezionalità nell'accertamento e sindacabilità delle scelte d'ufficio*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1992, I, 656).

L'intensità delle questioni giuridiche che un simile impiego solleva dipende evidentemente dal collegamento che si intende instaurare tra esito dell'elaborazione automatizzata e contenuto dell'atto di accertamento che contesti l'illegittimità o l'abusività di una certa operazione. Laddove l'amministrazione finanziaria pretendesse di fondare l'accertamento su quanto indicato dal sistema di intelligenza artificiale, si porrebbero taluni rilevanti problemi interpretativi.

In primo luogo, quello legato alla motivazione dell'atto amministrativo. Se si ritenesse, infatti, che questo possa essere motivato sulla base delle risultanze dell'elaborazione del sistema di intelligenza artificiale, allora ci si troverebbe di fronte alla questione dell'algoritmo da quest'ultimo utilizzato per l'elaborazione dei dati, il più delle volte non conoscibile (21). Una delle caratteristiche indefettibili della motivazione dell'atto amministrativo è, invero, quella per cui dalla lettura di quella il destinatario deve essere messo in condizione di comprendere sia il fondamento di ciò che viene contestato sia il procedimento logico attraverso cui da tale fondamento l'ufficio è potuto pervenire ad una certa conclusione, nel caso di specie quella di abusività di una certa operazione.

Ebbene, nel caso dei sistemi intelligenti la ricostruzione del procedimento logico non può a mio avviso prescindere dall'accesso all'algoritmo, perché in esso si annida la comprensione del percorso attraverso il quale si è dipanato il confronto

(21) In nota all'art. 4 della citata Carta etica, il quale afferma il principio di trasparenza, imparzialità e correttezza, si osserva che "The provision of entire algorithms or the underlying software code to the public is an unlikely solution in this context, as private companies regard their algorithm as key proprietary software that is protected". Sul punto, nella dottrina amministrativistica si sostiene l'esigenza che sia introdotto un "principio di accesso algoritmico massimo" (GALETTA, *op. cit.*, 21). Secondo un autore, la filosofia che sottende alla carta si può così sintetizzare: non dobbiamo aver paura di accompagnare l'evoluzione tecnologica, a condizione che non si affievolisca la funzione giudiziaria di tutela dei diritti" (BICHI, "Intelligenza artificiale tra 'calcolabilità del diritto e tutela dei diritti", in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 1772 ss.).

tra le caratteristiche concrete della fattispecie e quelle che, sulla base dei dati conosciuti dal sistema, avrebbero dovuto mostrarsi per poter giudicare corretta la predetta operazione. Ciò vale, a maggior ragione, per gli accertamenti fondati su una contestazione di abusività, rispetto ai quali si tratta di riempire di contenuto concetti vaghi, aperti, e quindi la trasparenza e la tracciabilità della ricostruzione sono decisive. Non è detto tuttavia che l'amministrazione finanziaria abbia a sua volta accesso all'algoritmo e possa perciò adempiere a tale onere motivazionale, proprio in conseguenza della già ricordata "segretezza" dello stesso. D'altro canto, e conseguentemente, il problema diviene anche di merito, dal momento che l'impossibilità di comprendere il modo di essere dell'algoritmo comporta la subordinazione dell'attività amministrativa alle scelte (anche di valore) effettuate in modo autonomo ed incontrollato dai suoi creatori (22).

Questo primo profilo, legato alla motivazione dell'atto, si intreccia peraltro strettamente con il secondo, legato alla tutela dei diritti del contribuente (23). Il dovere di motivazione dell'atto impositivo, infatti, oltre che a garantire il buon andamento dell'attività amministrativa, mira a consentire al destinatario il pieno esercizio del proprio diritto di difesa, il quale passa inevitabilmente dalla piena comprensione dei termini della contestazione a lui mossa dall'ufficio. Il caso della contestazione di abusività motivata sulla base degli esiti di una elaborazione svolta da un sistema di intelligenza artificiale suscita, al riguardo, perplessità sotto due profili: quello, già esaminato, della effettiva comprensione della motivazione del

(22) Come ricorda la Commissione europea per l'effettività della giustizia, "the neutrality of algorithms is a myth, as their creators consciously or unintentionally transfer their own value systems into them" (Carta etica, 46).

(23) Il tema della contrapposizione tra potere della pubblica amministrazione e tutela dell'amministrato nell'epoca dei "big data" è acutamente messo in evidenza nelle sue molteplici criticità da GALETTA, *Public Administration in the Era of Database and Information Exchange Networks: Empowering Administrative Power or Just Better Serving the Citizens?*, in *European Public Law*, 2019, 171 ss.

recupero a motivo dell'impossibilità di accedere all'algoritmo sottostante; e quello, in ogni caso, legato ai costi di consulenza tecnica che inevitabilmente, anche laddove un simile accesso fosse possibile, il contribuente sarebbe chiamato a sostenere per comprenderne realmente il funzionamento ((24).

Tale congerie di rilevanti problematiche è stata di recente messa criticamente in evidenza dal Consiglio di Stato, il quale — con riferimento ad un atto amministrativo algoritmico peraltro in materia non fiscale — ha affermato il necessario rispetto del principio di conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio non strettamente giuridico, sostenendo che “*la ‘caratterizzazione multidisciplinare’ dell’algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la ‘formula tecnica’, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella ‘regola giuridica’ ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile, sia per i cittadini che per il giudice*” ((25). Considerati gli ostacoli che, come si è visto, circondano il pieno accesso all'algoritmo, si tratta di un sostanziale *requiem* per ogni ipotesi di utilizzo dell'intelligenza artificiale da parte dell'amministrazione finanziaria al fine di fondare *tout court* un accertamento basato sull'applicazione di una clausola antiabuso di origine convenzionale.

(24) Si tratta della nota questione della *black box*, sulla quale recentemente si è espresso in senso fortemente critico il gruppo di alto livello sull'intelligenza artificiale, istituito dalla Commissione europea, nel proprio documento “Ethics Guidelines for Trustworthy AI” dell'8 aprile 2019. Qui, in particolare, si legge quanto segue: “Explicability is crucial for building and maintaining users’ trust in AI systems. This means that processes need to be transparent, the capabilities and purpose of AI systems openly communicated, and decisions — to the extent possible — explainable to those directly and indirectly affected. Without such information, a decision cannot be duly contested. An explanation as to why a model has generated a particular output or decision (and what combination of input factors contributed to that) is not always possible” (p. 13).

(25) Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 2270/2019.

Salvo i casi di attività meramente *routinarie*, peraltro raramente individuabili in ambito fiscale (26), residua l'ipotesi già messa in evidenza dalla dottrina amministrativistica di un impiego di essa in *back office*, quindi per lo svolgimento di una istruttoria interna al termine della quale vi sia l'intervento del funzionario essere umano capace di assumersi la responsabilità esterna dell'atto emesso (27). Vi è, altrimenti, il concreto rischio di “scaricare” sul giudice — e quindi su una fase successiva all'accertamento — la valutazione degli interessi che è invece l'amministrazione finanziaria a dover compiere in anticipo nel caso concreto (28).

Una conferma di una rilevanza quanto mai circoscritta dell'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo proviene — per quanto in relazione ad una fattispecie non tributaria — da una sentenza del TAR del Lazio relativa al ricorso ad un algoritmo per le assegnazioni di docenti delle scuole pubbliche alle varie sedi (29). Il collegio ha affermato che gli algoritmi “finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono mai soppiantare, sostituendola davvero appieno, l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata

(26) Un caso potrebbe forse essere quello degli accertamenti fondati su strumenti statistici, come ad esempio il redditometro.

(27) La tesi è sostenuta da GALETTA, *op. cit.*, 14. Del resto, anche l'amministrazione finanziaria riconosce tale esigenza minima di tutela: nel già ricordato comunicato stampa del 4 marzo 2021, si indica esplicitamente che le attività svolte con l'ausilio di macchine intelligenti “*non vengono tradotte automaticamente nell'emanazione di atti impositivi, ma devono essere inserite in un processo più ampio che deve fondarsi nel rispetto del principio del contraddittorio e della collaborazione e buona fede tra amministrazione fiscale e contribuente, come fissati nello Statuto dei diritti del contribuente*”.

(28) Su questo delicato profilo, si veda l'approfondita riflessione di PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, 2018, reperibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/147941/Patroni+Griffi+-+La+decisione+robotica+e+il+giudice+amministrativo+-+28+agosto+2018.pdf/24218a2e-47b7-1c0a-b2ee-c1b670347f95>.

(29) TAR Lazio, sez. III-*bis*, sentenza 10 settembre 2018, n. 9224.

ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere”. Essi possono dunque, al più, svolgere “un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo”, secondo quanto imposto dal rispetto di una serie di norme della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tale pronuncia è stata poi confermata dal Consiglio di Stato con la sent. 4 febbraio 2020, n. 881, pronunciata dalla VI Sezione. Si tratta di una pronuncia significativa, dal momento che i giudici, da un lato, enfatizzano l'importanza e l'utilità degli strumenti automatizzati per garantire l'efficienza ed il buon andamento della pubblica amministrazione, dall'altra, pongono una serie di paletti, in funzione di tutela dei diritti degli interessati, oltre i quali l'impiego dell'intelligenza artificiale non può spingersi. In particolare, si legge che *“assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo”*. Ancora una volta, non solo si specifica l'esigenza che l'esito dell'elaborazione algoritmica sia vagliata da un operatore umano, che se ne assume la relativa responsabilità, ma viene ulteriormente precisato che deve essere garantita la piena conoscibilità dell'algoritmo, *“dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti”*. Ciò, prosegue la sentenza, *“al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare — e conseguentemente sindacabili — le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato”*.

Resta, in sostanza, confermato che l'atto amministrativo non può mai, allo stato, fondarsi sulle risultanze di una procedura automatizzata, dal momento che nessun algoritmo -salvo il caso, per adesso puramente teorico, in cui esso sia stato sviluppato dalla stessa pubblica amministrazione — consente quel livello di conoscenza che, come si è visto, è richiesto dalla giurisprudenza.

4. *Algoritmo e sanzione "affittiva": spunti problematici dalla prassi sovranazionale e straniera.*

Le peculiarità del procedimento sanzionatorio, nella sua connotazione penalistica di cui si è ampiamente detto *retro*, impediscono di applicare *tout court* gli approdi descritti nel precedente paragrafo e relativi all'attività di mero accertamento del tributo. Da una parte, come si è detto, la funzione dell'Amministrazione finanziaria in questo contesto assume i caratteri dell'attività giudiziaria e, pertanto, si discosta e non poco da una mera attività amministrativa. Dall'altra, l'assoluta irrilevanza dell'aspetto sanzionatorio nel giudizio — sia negli scritti di parte contribuente, sia conseguentemente nelle pronunce delle Corti tributarie — fa sì che la tutela dei diritti del contribuente sia demandata pressoché integralmente alla fase del procedimento amministrativo. Dunque, l'eventuale utilizzo dell'algoritmo da parte degli Uffici si colloca nell'alveo di un procedimento denso di profili valutativi e tale da coinvolgere il nucleo essenziale dei diritti individuali: due elementi che — a differenza di quanto avviene, ad esempio, con riferimento alle sanzioni per violazioni del codice della strada (30) — chiamano fortemente in causa il prudente intervento umano e

(30) Cfr. ancora MARCHESELLI, *op. cit.*, il quale nota che “*i precetti del codice della strada (non si passa con il rosso, non si possono superare i 50km/h) riguardano oggetti semplici e sono formulati in modo chiaro. I precetti tributari sono oggetti complessi, disciplinati con una tecnica normativa deficitaria*”.

rendono pertanto assai delicata la tematica dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale.

In questo contesto, mi pare che la riflessione debba prendere le mosse da due esperienze, entrambe non focalizzate sulle sanzioni tributarie ma in generale su quelle penali: la "Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi", adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (organo del Consiglio d'Europa) nel dicembre 2018; e la prassi, prevalentemente nordamericana, degli algoritmi predittivi per la determinazione della sanzione penale e la valutazione del rischio di recidiva. Pur nell'estrema diversità degli esiti, entrambe queste esperienze suggeriscono alcune riflessioni comuni ed utili per l'indagine concernente le sanzioni tributarie.

La Carta etica raccomanda particolare cautela nell'utilizzo di algoritmi laddove si faccia riferimento alla materia penale. In particolare, si legge che tale utilizzo dovrebbe essere esaminato "*con le più estreme riserve*" nel caso in cui si tratti di algoritmi per la profilazione delle persone in ambito penale, al fine di evitare rischi di esiti discriminatori e, quindi, la violazione delle "*norme europee in materia di sanzioni penali*". Qui il documento fa riferimento a situazioni tipicamente criminali, nelle quali i precedenti e la situazione personale dell'individuo potrebbero suggerire un peggiore giudizio di pericolosità che nasconde pregiudizi di natura razziale, sociale o sessuale. Peraltro, si tratta di situazioni che ben potrebbero presentarsi anche in relazione a fattispecie sanzionatorie tributarie: si pensi all'istituto della recidiva, all'adozione di misure cautelari da parte dell'Amministrazione finanziaria, fino al giudizio di pericolosità naturalmente insito nell'irrogazione di sanzioni accessorie, quali quelle previste dall'art. 21 del d.lgs. n. 472/1997.

Quanto alla prassi nordamericana, il pensiero va al noto caso *Loomis*, che riguardava la determinazione di una pena detentiva grazie all'utilizzo dell'algoritmo denominato *Compas*, in base al quale può essere calcolata la probabilità di recidiva

nonché il rischio sociale di un individuo facendo riferimento ad una serie di dati statistici, alcuni relativi all'imputato (ad es. i precedenti o le risposte date dal medesimo ad un apposito questionario), altri coperti da segreto industriale e quindi non noti. La vicenda, nella quale la pena inflitta all'imputato era per l'appunto stata incrementata sulla base delle valutazioni offerte da *Compas* (31), è alla fine approdata dinanzi alla Corte suprema del Wisconsin. Questa ha, di fatto, legittimato l'uso dell'algoritmo, da un lato riconoscendo il diritto della società proprietaria di tutelare i propri diritti di privata, dall'altro affermando la libertà del tribunale di valutare gli esiti dell'elaborazione automatizzata (32). Il caso *Loomis* è peraltro solo il più noto tra i tanti esempi di impiego di algoritmi per la determinazione di sanzioni penali, tutte vicende nelle quali l'uso predittivo dell'intelligenza artificiale — addirittura in qualche caso obbligatorio per il giudice — è stato ritenuto neutrale e, quindi, perfettamente ammissibile. Ciò che induce turbamento, al cospetto di tali esperimenti, è la constatazione — confermata da numerosi studi indipendenti (33) — che tale neutralità non sussiste affatto, essendo evidenti le ricadute

(31) Nella sentenza emessa dal giudice della Contea di La Crosse si affermava che, mediante l'utilizzo dell'algoritmo, l'imputato “è stato ritenuto un individuo ad alto rischio per la comunità (...) la sua storia personale e gli strumenti di valutazione del rischio suggeriscono un'alta probabilità di recidiva”.

(32) Secondo la Corte Suprema del Wisconsin, “se usato correttamente, il software COMPAS non viola il diritto del convenuto al giusto processo: questo poiché la Corte della contea ha chiarito che la sua considerazione dei punteggi di rischio COMPAS è stata supportata anche da altri fattori indipendenti (...). Il suo uso, dunque, non è stato determinante nel decidere (...). COMPAS è solo uno strumento disponibile per un tribunale che rimane libero di basarsi solo su parti di esso e rifiutare altre parti”.

(33) Se ne può trovare una efficace sintesi in *Regulating Artificial Intelligence for Use in Criminal Justice Systems in the EU. Policy Paper*, edito dall'organizzazione privata Fair Trials (<https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/Regulating-Artificial-Intelligence-for-Use-in-Criminal-Justice-Systems-Fair-Trials.pdf>).

negative dell'applicazione di siffatti algoritmi in termini di discriminazione e distorsioni del sistema (34).

Come è stato osservato (35), nel nostro ordinamento siffatti strumenti, basati su valutazioni psico-criminologiche, sarebbero in contrasto con il divieto di cui all'art. 220, secondo comma, del codice di procedura penale. Tuttavia, nella materia tributaria non ne è impensabile un utilizzo, ad esempio nella valutazione della recidiva o nella determinazione delle sanzioni accessorie, casi nei quali i rischi di minorata tutela dei diritti individuali sembrano amplificati dalla circostanza che tali valutazioni si collocano al livello del procedimento amministrativo e non a quello del processo.

Dunque, se la Carta etica evidenzia i rischi discriminatori insiti in algoritmi impiegati nell'applicazione delle sanzioni penali, raccomandandone un uso limitato, mentre la prassi nordamericana appare più disinvolta nell'ammetterne l'impiego e nel sopportare il rischio di esiti distorti, mi pare che entrambi gli approcci siano accomunati dalla consapevolezza delle peculiarità dei procedimenti di applicazione delle sanzioni penali e dai rischi che l'automazione può generare in questo contesto. Una considerazione che, evidentemente, non può che valere anche nelle riflessioni che stiamo facendo in merito alle sanzioni tributarie in qualche modo gestite attraverso gli algoritmi.

(34) Registra che “*prototipi di 'giustizia predittiva' sono stati realizzati in questi anni, ma hanno dato esiti sostanzialmente negativi*” FARRI, “La giustizia predittiva in materia tributaria”, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 12 ottobre 2022, www.rivistadiritto tributario.it.

(35) QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, a cura di D'ALOIA, Milano, 2020, 267 ss., 278.

5. *Quali limiti all'impiego dell'intelligenza artificiale nel procedimento sanzionatorio? Lo stato di fatto ed una proposta.*

Se non si vuole fare battaglie di retroguardia (anche culturale) ed affermare che gli algoritmi non possono in alcun modo rilevare nella materia sanzionatoria, ciò che si nega perché l'uso ragionato delle nuove tecnologie deve comunque essere riguardato con favore, si tratta ora di comprendere quali sono i profili problematici che emergono e quali le conseguenti cautele da adottare.

Certo, l'impiego dell'intelligenza artificiale nel procedimento di determinazione e irrogazione delle sanzioni patisce — in qualche modo amplificandole — le medesime problematiche già da più parti enfatizzate a proposito dell'automatizzazione dell'attività amministrativa provvedimentoale. L'inconoscibilità dell'algoritmo, il suo essere una *black box*, sembra essere, allo stato, un ostacolo insormontabile. Le privative industriali che lo circondano, e che in qualche modo tutelano legittimamente le imprese proprietarie anche con riguardo agli ingenti investimenti effettuati in ricerca e sviluppo, non consentono di avere contezza né dei criteri di popolamento dell'algoritmo (36), né dei percorsi attraverso i quali dai dati inseriti esso può pervenire all'esito. Occorrerebbe investire in progetti di sviluppo *open source*, magari coinvolgendo le università ed i centri di ricerca pubblici di eccellenza, ma occorrono disponibilità finanziarie che, al momento, nessuno è in grado di garantire.

La soluzione che viene spesso proposta consiste nell'aggiornamento della *black box* attraverso la valorizzazione dell'intervento umano: questo consentirebbe, infatti, di sganciare la valutazione da un preteso meccanicismo indotto dall'algo-

(36) Secondo MARCHESELLI, *Intelligenza artificiale e giustizia predittiva: il bivio tra Giustiniano e il Leviatano e il pericolo Coca-Cola*, in *Rivista telematica di diritto tributario*, 20 ottobre 2022, www.rivistadirittotributario.it, "il Problema dei Problemi è la Nutrizione della macchina".

ritmo, riconducendo tutto il processo, in modo molto tranquillizzante, alla sintesi umana, sebbene aiutata dall'elaborazione digitale. Come si è visto, è proprio su questa supposta riappropriazione della funzione sanzionatoria da parte dell'essere umano che la Corte suprema del Wisconsin ha giudicato legittima l'applicazione di *Compass* nei confronti dell'imputato Loomis. Tuttavia, sono ben note le critiche a questo approccio, giudicato eccessivamente ottimistico: l'elaborazione da parte dell'algoritmo, essendo circondata da un'aura di oggettività, influisce sull'atteggiamento dell'operatore umano, spingendolo a confermarne l'esito, anche per lo sforzo motivazionale che una posizione diversa inevitabilmente gli imporrebbe (37). Significativa manifestazione di un certo pessimismo al riguardo è la risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziarie in ambito penale (2022/C 132/02), la quale osserva che “*se gli esseri umani fanno affidamento unicamente sui dati, i profili e le raccomandazioni generati dalle macchine, non saranno in grado di condurre una valutazione indipendente*”, evidenziando che “*dovrebbe essere evitata l'eccessiva fiducia nei risultati forniti dai sistemi di IA*” (38).

Mi pare che la medesima indicazione traspaia anche dalla regolamentazione europea sulla protezione delle persone relativamente al trattamento dei dati personali. L'art. 23, lett. e)

(37) Secondo SIMONCINI, *op. cit.*, 56, esiste una “*evidente forza 'pratica' di qualsiasi automatismo valutativo che, da un lato, solleva il decisore dal burden of motivation, dal peso dell'esame e della motivazione; dall'altro, gli consente di qualificare la propria decisione con un crisma di 'scientificità' ovvero 'neutralità' che oggi circonda la valutazione algoritmica e le conferisce una peculiare, quanto infondata, 'autorità'*”. Nello stesso senso MARELLO, *op. cit.*, chiarisce che “*ogni strumento tecnologico ha, per il profano, l'aura dell'oggettività e della necessità*”, aggiungendo peraltro che “*non appena si acquisisce qualche consapevolezza dello strumento, si comprende, al contrario, la sua parzialità e la sua dipendenza da un progetto e da ipotesi teoriche (e realizzazioni pratiche) fortemente soggettive*”.

(38) Si tratta del Considerando 15.

del GDPR ammette una decisione completamente automatizzata nella materia tributaria, ma richiede, oltre ad una espressa regolamentazione di legge, anche il necessario intervento umano. In modo del tutto analogo si esprime l'art. 11 della Direttiva 680/2016 “*relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali*”, la quale di fatto estende le ampie deroghe previste dal GDPR per decisioni automatizzate anche al contesto sanzionatorio.

Emerge la sensazione che il riferimento all'intervento dell'operatore umano sia un orpello necessario ai fini di presentabilità del sistema, ma di fatto praticamente irrealizzabile. Ciò che appare ancora più preoccupante se si pone mente al fatto che la controllabilità dell'algoritmo rischia, per effetto dei meccanismi di *machine learning*, di sfuggire anche dalle mani dei suoi creatori, rendendo realmente opaco ed in alcun modo verificabile il percorso valutativo e decisorio compiuto dall'intelligenza artificiale.

Il quadro appare, insomma, fortemente problematico, tanto da indurre a ritenere che non vi sia spazio per l'impiego dell'intelligenza artificiale nel contesto del procedimento sanzionatorio, se non a rischio di quel fenomeno che è stato efficacemente definito come di “*privatizzazione delle sanzioni*” (39), con chiaro riferimento all'attribuzione a soggetti privati del potere di influire, di fatto senza controlli pubblici, sul processo di applicazione delle sanzioni, con tutte le ricadute in termini di opacità, discriminazione, e così via. Mi pare, anzi, che quanto appena detto con riferimento al fenomeno del *machine learning* consenta di spingersi ancora oltre, nel senso della completa sottrazione della possibilità di influire sul processo di applicazione delle sanzioni con riguardo a tutti gli

(39) Così MARCHESELLI, *Considerazioni eterodosse sull'elemento soggettivo delle sanzioni tributarie...*, cit.

attori del medesimo, certamente il contribuente, ma anche l'Amministrazione finanziaria e finanche la società che ha ideato l'algoritmo. Uno scenario davvero preoccupante, per la tenuta dei diritti, che non può che refluire sul giudizio che occorre dare sull'utilità dei sistemi intelligenti in materia sanzionatoria tributaria.

Esclusa una funzione sostitutiva dell'algoritmo nella determinazione ed irrogazione della sanzione — possibile, forse, solo nell'attuale scenario, che come detto deve essere fortemente criticato, di appiattimento della sanzione come mero accessorio del tributo-, anche il suo ruolo ausiliario dell'attività dell'operatore umano mi pare, quanto meno nel contesto attuale, difficilmente ipotizzabile. Il rischio che tale operatore si affidi al risultato dell'elaborazione digitale senza sottoporlo a vaglio critico è elevato, tanto più che la scarsa importanza che la parte sanzionatoria dell'avviso di accertamento manifesta, nei fatti, rispetto al recupero d'imposta ed alla relativa motivazione impedisce un serio vaglio critico delle risultanze di siffatta elaborazione anche nella fase giurisdizionale. Insomma, la possibilità di una violazione dei diritti individuali in relazione all'applicazione di una sanzione chiaramente afflittiva è evidente.

Come dicevo, non si devono sposare tesi eccessivamente reazionarie. Il mettere al centro la dimensione della tutela, inevitabile nel contesto sanzionatorio, non significa rigettare del tutto il contributo che le nuove tecnologie possono offrire per l'efficienza del procedimento amministrativo tributario. Si tratta di ritagliare con attenzione — e realisticamente, va aggiunto — i confini entro i quali ciò deve avvenire per non sovvertire i fondamenti di principio del sistema. Ebbene, è forse possibile trovare un accettabile compromesso facendo riferimento, come si è accennato in avvio del presente scritto, a due aspetti: quello del recupero dell'originaria dimensione personalistica della disciplina sulle sanzioni tributarie; e quello del controllo — della messa alla prova, come si direbbe in

gergo penalistico — degli esiti dell'elaborazione automatizzata prima dell'irrogazione della sanzione.

Combinando questi due fattori, si potrebbe allora ipotizzare di separare una volta per tutte il recupero dell'imposta dall'irrogazione della sanzione, generalizzando il ricorso allo strumento dell'atto di contestazione di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 472/1997 e rendendo invece l'irrogazione immediata ai sensi del successivo art. 17 del tutto eccezionale, limitata a casi più semplici (es. sanzione fissa).

In questo modo, l'Amministrazione finanziaria ben potrebbe utilizzare sistemi basati sull'intelligenza artificiale come ausilio per lo svolgimento delle verifiche e delle valutazioni imposte dall'impronta personalistica del sistema sanzionatorio *ex d.lgs. n. 472/1997*. Allo stesso tempo, lo sforzo motivazionale dell'atto di contestazione dovrebbe consentire all'operatore umano di riappropriarsi della piena responsabilità al riguardo, evitando quell'arrendevolezza sugli esiti della valutazione algoritmica cui si è più volte fatto riferimento, se non al prezzo di un vizio motivazionale capace di refluire negativamente sulla tenuta dell'atto medesimo.

Il passaggio attraverso la preventiva notifica dell'atto di contestazione sarebbe, poi, funzionale a realizzare un contraddittorio preventivo con il contribuente, magari prevedendo — per una esigenza di maggiore tutela — che nel caso di elaborazione automatizzata non ci si limiti al mero confronto scritto, ma si debba passare da uno o più incontri, tali da realizzare una completa *disclosure* da parte dell'Ufficio e una efficace interlocuzione da parte del contribuente. Una situazione di tal genere avrebbe il pregio di depotenziare fortemente i rischi evocati per la tenuta dei diritti del soggetto sottoposto a sanzione in tutto o in parte gestita attraverso un algoritmo, sia per gli oneri motivazionali che, come detto, dovrebbero caratterizzare l'atto di contestazione, sia per l'effettivo confronto tra uffici e contribuente sull'ammontare della sanzione di cui si preannuncia l'irrogazione.

Così davvero si potrebbe serenamente fare ricorso all'intelligenza artificiale fuggendo sin dall'inizio l'impressione di oscu-

rità (e, conseguentemente, di insidia) che esso suscita, e valorizzando gli effetti garantistici che la motivazione ed il contraddittorio realizzano. Il tutto, giova ripeterlo, in un contesto di pieno recupero dell'impianto voluto dal legislatore della riforma verso una peculiare considerazione della sanzione tributaria e degli elementi necessari per la sua valutazione.

Infine, si realizzerebbero conseguenze favorevoli anche sul piano processuale. Il già avvenuto contraddittorio tra le parti solleverebbe le Corti di giustizia tributaria dal difficile compito di pronunciarsi sugli esiti di oscure elaborazioni algoritmiche coperte da impenetrabili privative industriali, riconducendo l'attività delle stesse ad un contesto più noto e tranquillizzante. Allo stesso tempo, però, si potrebbe finalmente concentrare il giudizio sulla valutazione della correttezza della sanzione in sé, senza i condizionamenti derivanti dal giudizio sull'imposta che sin qui hanno costantemente rubato la scena, rafforzando il già enfatizzato recupero della funzione sanzionatoria di cui al d.lgs. n. 472/1997 e fugando ogni dubbio in merito alla piena operatività, nel contesto di tale giudizio, dei presidi del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU (40). Certo, lo sdoppiamento — che qui si propone — tra giudizio sull'accertamento e quello sulla sanzione rischia di aumentare il già pesante carico delle Corti di giustizia tributaria: in questo senso, la recente riforma del processo tributario potrebbe costituire il volano, con la professionalizzazione del ceto giudiziario tributario, per una maggiore efficienza capace di assorbire, nel medio termine, questo maggiore impegno professionale.

La proposta pare, dunque, praticabile sul piano normativo ed accettabile per quanto riguarda il grado di tutela del

(40) Si ricorderà che, sin dalla sentenza *Ferrazzini*, la Corte EDU aveva negato che il giudizio tributario, attenendo alla manifestazione della sovranità statale, implicasse la parità delle parti e, quindi, l'applicazione dei presidi processuali in tema di giusto processo. Tuttavia, l'esigenza di mantenere una tutela piena nel contesto dei giudizi sanzionatori ha presto condotto la Corte ad auspicare che, nell'ambito dei giudizi aventi ad oggetto il rapporto tributario, i diritti di cui all'art. 6 fossero rispettati con riguardo per l'appunto ai profili sanzionatori.

contribuente a fronte di un impiego di algoritmi per l'esercizio della funzione sanzionatoria (41). Certo, viene imposto uno sforzo organizzativo all'Amministrazione finanziaria, chiamata a approfondire attività sin qui sostanzialmente neglette, ma del resto non si può pensare di avallare una prassi svalutativa dell'impianto normativo solo per asserite difficoltà organizzative degli uffici. Tale proposta ha il pregio di mettere doverosamente alla ribalta il tema dei diritti, che nel contesto delle sanzioni mi pare ancora più urgente che in quello del tributo in sé, e su tale base costruire un procedimento che non innova il sistema ed allo stesso tempo dà ingresso anche in questo ambito ai vantaggi promessi dalle nuove tecnologie.

Sul piano teorico, essa risulta poi coerente con gli indirizzi che, non da oggi peraltro, ricostruiscono il paradigma del rapporto di imposta non più in termini meramente autoritativi, a favore di forme di collaborazione — e pertanto consensualistiche — di interazione tra i vari attori del rapporto impositivo (42). La soluzione proposta da una parte conserva comunque un ruolo ai sistemi intelligenti per guidare le valutazioni dell'amministrazione finanziaria con riguardo alle sanzioni; dall'altra, risulta credibile nella parte in cui si inserisce profondamente in un processo che ormai da qualche anno caratterizza il diritto tributario, sia a livello internazionale che interno, e che enfatizza le forme di interlocuzione preventiva tra amministrazione finanziaria e contribuente.

(41) Sull'esigenza di un approccio ai temi della digitalizzazione che metta al centro i diritti, si vedano CONTRINO, RONCO, "Prime riflessioni e spunti in tema di protezione dei dati personali in materia tributaria, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU", in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2019, 599 ss.

(42) Tra i tanti contributi realizzati sul punto negli anni, si ricorda in questa sede quello di DEL FEDERICO, "I tributi paracommutativi e la teoria di Antonio Berliri della tassa come onere nell'attuale dibattito tra autorità e consenso", in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2009, 69 ss.

6. Conclusioni.

In una materia come quella dell'intelligenza artificiale, parlare di conclusioni pare una contraddizione in termini. Tanto fluida ed in perenne evoluzione è la tecnologia che ogni conclusione è destinata ad essere smentita subito dopo essere stata formulata. Si può tentare, più realisticamente, di fare qualche considerazione di sintesi, alla luce dell'analisi che si è svolta nei precedenti paragrafi. L'uso dell'algoritmo non va né enfatizzato né demonizzato. *In medio stat virtus*, dicevano i latini, ma neppure questo pare un indirizzo praticabile. La verità è che, riguardato con gli occhi del giurista, l'impiego delle nuove tecnologie va valutato nella misura in cui esso sia compatibile con il sistema dei diritti.

Non mi pare che vi sia un altro modo di giudicare se l'impiego di un algoritmo per una certa attività sia possibile, necessario o da escludere. E ciò vale a maggior ragione in contesti, come quello tributario, nel quale siamo di fronte a una funzione, quella legata alla corretta applicazione dei tributi, che ha una dimensione non solo formalmente pubblicistica, ma nella sostanza legata a doppio filo con i diritti, individuali e collettivi.

È dunque riduttivo e fuorviante pensare all'uso dell'intelligenza artificiale nel contesto tributario in un'ottica puramente procedurale o opportunistica. Occorre fare riferimento all'impatto che ciò può avere sulla corretta esplicazione di quella funzione, così centrale nella vita di una collettività, ed allo stesso tempo alle tutele che vengono riservate ai diritti dei contribuenti coinvolti.

Ebbene, l'ambito delle sanzioni è senza dubbio paradigmatico di tali esigenze. In esso convivono, infatti, tanto la dimensione di difesa dell'ordinamento nei confronti di condotte illegittime quanto quella delle garanzie di cui qualunque soggetto destinatario di una misura punitiva deve poter disporre. In tale prospettiva, non si può dire che l'utilizzo di

algoritmi da parte dell'Amministrazione finanziaria sia di per sé negativo. Lo sarebbe nella misura in cui esso si inserisse a condizioni invariate nel procedimento di applicazione delle sanzioni, di fatto sostituendo l'operatore umano. Tuttavia, si è visto come il nostro sistema sanzionatorio, come delineato nel d.lgs. n. 472/1997, già in sé contenga gli strumenti per depotenziare i rischi cui sopra si accennava, riconducendo l'impiego di sistemi intelligenti nell'alveo di una attività controllata, condivisa e, quindi, non priva di tutele, sia per l'ordinamento che per gli individui coinvolti.

Si tratta, forse, della riprova che, anche di fronte a fenomeni nuovi e apparentemente lontani dagli schemi normativi vigenti, una applicazione ragionevole di questi ultimi può consentire di disinnescare molti pericoli, avendo cura ancora una volta di valorizzare i principi e i diritti che il nostro ordinamento riconosce e garantisce in modo generalizzato da molto tempo. Il sistema del d.lgs. n. 472/1997, insomma, è in grado di ben funzionare anche nel contesto di una parziale automazione delle attività dell'amministrazione, purché si torni ad applicarlo in modo coerente con le intenzioni originarie.