

IL POSTFATTO PENALISTICO QUALE POSSIBILE STRUMENTO DI CO-
GESTIONE DEL RISCHIO DA IA E DI CO-TUTELA CONTRO L’“HATE-
SPEECH” NELLA PROSPETTIVA EUROPEA

Fabio Coppola*

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- Il postfatto quale limite ‘a valle’ delle spinte repressive per i nuovi rischi da IA; 2.1.- ... (segue) il postfatto per la tutela *in extremis* contro l’*hate speech*; 3.- Conclusioni.

1.- Premessa

Quando un penalista interviene in un consesso scientifico diverso dal proprio settore di appartenenza si è soliti immaginare debba portare con sé il bagaglio di esigenze repressive trascinato dai problemi affrontati.

È un comprensibile riflesso condizionato: quando è in gioco la sicurezza della comunità, si fa sempre ricorso alla forza (anche simbolica) del Leviatano¹.

Tuttavia, nella economia del presente lavoro, intendiamo spogliarci da tale veste e andare controtendenza, ragionando sulla possibile legittimazione di un modello di tutela che rinunci, a talune condizioni, alla sanzione penale².

Per farlo, vogliamo esplorare le potenzialità della «condotta susseguente al reato», ossia quel comportamento da parte dell’autore del reato successivo al suo perfezionamento.

Ai fini del nostro discorso, ci disinteressiamo della eventuale nuova impresa criminosa successiva alla prima. Questa potrebbe esclusivamente aggravare il bilancio penalistico il capo all’autore, ma non giustificare la rinuncia alla pena.

Così come non analizziamo le condotte successive al reato dal carattere neutro rispetto alla dinamica delittuosa. Per queste, vale l’antico brocardo «*factum infectum fieri nequit*»³, ossia esse non possono eliminare il danno in precedenza realizzato.

Quelli che ci interessano sono gli sforzi nella postsfera di segno *contrario* al reato, che hanno l’ambizione di elidere o ridurre le conseguenze pericolose o dannose del reato⁴.

* Ricercatore di Diritto Penale e Professore incaricato di Diritto Penale e Intelligenza Artificiale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno.

¹ In argomento, approfonditamente, D. Pulitanò, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino 2010, 23.

² Una rinnovata riflessione sulla razionalità della sanzione penale nei sistemi penali contemporanei è da ultimo presente in G. Fiandaca, *Punizione*, Bologna 2024, in part. 71 ss; per una autorevole ricostruzione del sistema penale rispetto alla funzione costituzionale della pena, cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, in part. 83 ss.

³ La locuzione si deve a T. M. Plauto, *Aulularia*, atto IV, scena 10, v. 11: *Factum est illud; fieri infectum non potest*.

⁴ In dottrina numerosi Autori hanno approfonditamente esplorato il postfatto penalmente rilevante. Tra questi, si ricordano i lavori monografici di G. Contento, *La condotta susseguente al reato*, Bari 1965, 5-212; A. D’Agostino, *La condotta susseguente al reato*, Milano 1959, 1-92; A. Di Martino, *La sequenza infranta. Profilo della dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998, XV-276; S. Prosdocimi, *Profili penali del postfatto*, Milano 1982, 1-342.

Università degli Studi di Salerno

Con il risultato di attenuare il carico sanzionatorio per il fatto commesso o, nelle ipotesi più vantaggiose, comportare la totale rinuncia alla pena.

Le circostanze che, a nostro avviso, offrono l'assist verso una un rinnovato interesse scientifico per il postfatto sono almeno due.

La prima guarda al futuro e concerne la previsione secondo la quale la tendenza legislativa di valorizzare la condotta successiva al reato potrebbe giocoforza diventare uno strumento di politica-criminale alternativo - ancorché non sostitutivo - alla pena.

La seconda ragione deriva invece dal recente passato, che ha visto una «inondazione»⁵ di ipotesi riparative e riconciliative postfattuali, anche nella parte generale del codice penale⁶. Solo per citare l'ultima interpolazione, nel prisma della non punibilità per particolare tenuità del fatto è stata inserita la locuzione che consente di valutare la condotta susseguente al reato per la particolare tenuità dell'offesa⁷.

2.- Il postfatto quale limite 'a valle' delle spinte repressive per i nuovi rischi da IA

Rispetto al primo punto, è nota la populistica frequenza legislativa di fare perno elettorale sull'arma dell'incriminazione quale risposta ad ogni problema⁸.

La prospettiva postmoderna non è più rassicurante⁹. Anzi, la 'faciloneria' incriminatrice potrebbe ulteriormente rafforzarsi in difesa di interessi sempre più «artificiali e immateriali, strumentali e intermedi»¹⁰.

Possiamo sfruttare un agevole esempio per supportare quanto detto.

La rivoluzione digitale in atto, come tutte le trasformazioni della società, sta ponendo sul tavolo della politica domestica, europea e internazionale la spinosa questione della gestione dei nuovi rischi, in particolare quelli derivanti dagli strumenti di intelligenza artificiale¹¹.

⁵ Così la definisce autorevolmente M. Donini, "Compliance", *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre al "restorative justice"*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (curr.), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, 605.

⁶ Alcune di tali opzioni legislative sono state efficacemente definite frutto di premialità 'nascosta' da A. Sessa, *L'art. 322 quater c.p.: la premialità 'nascosta' nel diritto penale del processo*, in *L'Indice penale*, 1 (2020) 109 ss.

⁷ Per un primo autorevole commento, cfr., per tutti, C. E. Paliero, "Principio di esiguità" e deflazione penale: la ricetta italiana del "tipo bagatellare", in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2 (2023) 535 ss.

⁸ Cfr., *ex multis*, G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* (2013) 95-121; M. Pavarini, *Governare la pena. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna 2013, *passim*; D. Pulitanò, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, www.penalecontemporaneo.it; C. Sotis, *Intervento*, *ivi*; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, (2014) 198-207.

⁹ In questi termini, autorevolmente, A. Gargani, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 3 (2018) 1488 ss.

¹⁰ Un'autorevole previsione del postmoderno pan-penalismo a tutela di interessi artificiali è già presente in C.E. Paliero, "Minima non curat praetor". *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, in part. 152 ss.; Gargani, *Il diritto penale cit.* 1494; M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Indice penale* (2003) 75 ss.; *Id.*, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice penale*, 2001, 1046; C. Piergallini, *Il "penale" senza "diritto"?*, in *Sistema penale* 4/5/2023 1.

¹¹ La produzione dottrinarina in materia è notoriamente ampia. Per tutti, cfr. F. Consulich, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3 (2022) 1015 ss.; V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *disCrimen* 15/5/2020 1-22 e C. Piergallini, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 4 (2020) 1749 ss. Sulla regolamentazione europea con l'"AI Act", cfr., per i profili penalistici, M. Colacurci, *Quale diritto penale dell'IA?* in *Jus* 3 (2023) 357-378. Anche il

Ciò vale in particolare per la c.d. intelligenza artificiale “forte” o generativa, definibile, con alcune approssimazioni, come quella in grado di prendere decisioni in modo autonomo e imprevedibile, quasi fosse un essere umano, grazie alla capacità di “machine learning”¹². In questo scenario, si è posto e si porrà il problema della individuazione del ruolo che il diritto penale deve avere nel ‘governo’ della nuova società del rischio¹³.

Le esigenze sul tavolo sono note: da un lato, quella di non ‘soffocare’ il progresso tecnologico *positivo*, quello cioè utile all’uomo e capace di garantire maggiore inclusività e la valorizzazione di fondamentali diritti. Come infatti notavamo in una diversa sede, l’eccessiva criminalizzazione dei rischi da IA potrebbe comportare il c.d. “chilling effect” sulle potenzialità di sviluppo tecnologico: non sarebbe conveniente investire e testare gli strumenti più avanzati di IA nel nostro Paese se ne derivasse un’elevata esposizione a fattispecie penali in caso di immissione nel mercato di prodotti imprevedibilmente pericolosi.

Sacrificare l’evoluzione dei sistemi di IA significherebbe altresì rinunciare ad una efficace strumento di promozione dei diritti fondamentali. La tecnologia può infatti contribuire a ridurre l’incidenza dei sinistri stradali, degli infortuni sul lavoro, dell’inquinamento ambientale ecc. Può anche accrescere le possibilità di accesso ai servizi sanitari grazie alla telemedicina, di formazione a distanza (di recente, anche nel Metaverso¹⁴). Rinunciarvi vorrebbe dire privarsi di un efficace “tool” per lo sviluppo della persona e della società sulla base di istanze meramente securitarie¹⁵. Per di più, una visione eccessivamente diffidente, potrebbe renderci meno competitivi e appetibili rispetto ai nostri *partner* europei e internazionali.

D’altro canto, occorre proteggere la società dal pericolo di un uso dell’IA disinvolto, spregiudicato o, nei casi peggiori e probabilmente distopici, antagonista all’uomo. La totale ritirata del diritto penale in un’area così delicata comporterebbe, dunque, effetti altrettanto indesiderati: sarebbe irragionevole, inverosimile e in contrasto con la direzione intrapresa in sede europea dall’“AI Act” immaginare di non utilizzare la forza del diritto penale per proteggere gli interessi pubblici e i diritti fondamentali contro decisioni scellerate e azzardate sull’altare del “whatever it takes” del progresso.

Come è stato autorevolmente affermato, la delimitazione della «tollerabilità sociale» dei rischi derivanti dai sistemi di IA generativi sarà una scelta tutta politica¹⁶.

Governo italiano sta intervenendo con norme urgenti per disciplinare l’uso dei sistemi di IA nei settori più delicati. Cfr., R. Amoroso, F. Pacifico, *Intelligenza artificiale, c’è il decreto: stretta su copyright e tutele agli under 14*, in *Il Mattino* 10/4/2024 7.

¹² Per una dettagliata analisi e definizione, si rimanda alla tradizionale opera di S. J. Russell, P. Norvig, *Artificial Intelligence. A modern approach*, IV, London 2022, 1032 ss.

¹³ Il richiamo è alla fondamentale e ancora attuale opera di U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, ed. it. a cura di W. Privitera, Roma 2013. Per i profili riguardanti il rischio da intelligenza artificiale, cfr. F. Consulich, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3 (2022) in part. 1044 ss.; L. Picotti, *Intelligenza artificiale e diritto penale: le sfide ad alcune categorie tradizionali*, in *Diritto penale e processo*, 3/2024, 293 e ss., e Piergallini, *Intelligenza artificiale cit.*

¹⁴ Il 1° dicembre 2023 presso l’Università degli Studi di Salerno abbiamo organizzato “MetaCourt”, la prima simulazione processuale nel Metaverso, che ha coinvolto gli studenti del Dipartimento di Scienze Giuridiche in una ‘sfida’ altamente formativa e interattiva, durante la quale grazie ai Visori VR hanno simulato i panni di PM, Difesa e Giuria in un Tribunale virtuale e discusso un ipotetico caso giudiziario.

¹⁵ Ci esprimevamo in questi termini in A.R. Castaldo, F. Coppola, *Rischioso ma utile: 5 suggestioni per un modello di gestione del rischio da IA generativa*, manoscritto attualmente inedito.

¹⁶ Cfr. Piergallini, *Intelligenza artificiale cit.* 1750.

Università degli Studi di Salerno

A chi scrive si prospettano almeno tre possibili scenari.

Estremizzando le prime due opzioni politiche, potremmo avere:

i) un approccio conservatore: stante la consapevolezza che i sistemi progrediti di IA decideranno in modo sempre più autonomo e non sempre consentiranno di individuare le ragioni delle loro scelte all'interno delle reti computazionali che hanno portato all'“output” decisionale¹⁷, la politica potrebbe decidere di vietarne e sanzionarne l'introduzione e l'utilizzo¹⁸.

Quella indicata è la prospettiva meno realistica, sia perché in sede europea si sta andando verso la direzione opposta di disciplinare le aree di rischio dovute alla *black box* decisionale degli algoritmi¹⁹ attraverso il riconoscimento di *standard* minimi operativi per il rilascio delle autorizzazioni alla immissione nel mercato dei sistemi di IA²⁰; sia perché i sistemi più avanzati di IA possono accrescere le tutele dei beni giuridici nei termini anzidetti.

ii) un approccio liberale: dinanzi ai benefici che l'automazione e il supporto di sistemi di intelligenza artificiale innegabilmente comportano, il legislatore, pur di incentivare la loro produzione e lo sviluppo, potrebbe rinunciare alla repressione penale per *alcuni* degli imprevedibili eventi derivanti dall'utilizzo dei sistemi di IA entro un margine di tollerabilità del rischio individuato 'a monte'. In altre parole, dinanzi alla imprevedibilità della decisione algoritmica e degli eventi avversi da essa derivanti, potrebbe essere il legislatore a ritagliare convenzionalmente una prevedibile area di irrilevanza penale²¹.

Proviamo a fare un esempio.

Non sappiamo quanti e quali rischi provocheranno le auto a guida autonoma, specie quelle di quarto e di quinto livello²², oppure le operazioni chirurgiche robotizzate, in quanto non ci è dato sapere in che modo i sistemi di IA apprenderanno, si evolveranno ed interagiranno con la realtà esterna. Sappiamo, tuttavia, qual è la percentuale di incidenti stradali che ogni anno si consumano sulle strade a causa della circolazione di veicoli a guida umana, da cui possiamo ricavare la percentuale di rischio che grava su ogni singolo automobilista nel momento in cui si mette alla guida.

Una valutazione ponderata dei *benefit-cost* indurrebbe alla promozione degli investimenti sui sistemi di guida automatizzata, capace di ridurre il margine di rischio di incidenti che grava su ogni singolo guidatore-umano. Pertanto, la soglia del rischio consentito ai produttori o programmatori di auto a guida autonoma rispetto alle imprevedibili decisioni

¹⁷ Cfr. B. Fragasso, *La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale*, in *Sistema penale* 13/6/2023 6-8.

¹⁸ Prescindiamo, in questa sede, dalla prospettiva di incriminazione dei sistemi di intelligenza artificiale, per la quale rimandiamo a G. Hallevy, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Berlin 2015, 1-229 e ci uniamo alle considerazioni critiche di A. Cappellini, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *disCrimen*, 27/3/2019 1-23.

¹⁹ Il Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale aggiornato alla Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 13 marzo 2024 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione [COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)] è consultabile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_IT.pdf.

²⁰ Si rimanda, anche per il richiamo dei tavoli europei di confronto tra gli esperti, a Picotti, *Intelligenza artificiale* cit. 297.

²¹ In questi termini, Picotti, *Intelligenza artificiale* cit. 298.

²² Sul tema, si rimanda al lavoro monografico di M. Lanzi, *“Self-driving cars” e responsabilità penale. La gestione del “rischio stradale” nell’era dell’intelligenza artificiale*, Torino 2023, *passim*.

della macchina (c.d. difetto da rischio di sviluppo²³) potrebbe essere *convenzionalmente* individuata al di sotto della soglia di rischiosità accertata per la medesima attività eseguita dall'uomo. In altre parole, per accettare che il sistema di IA sbaglia impunemente (si badi bene: limitatamente ai rischi imprevedibili per il produttore o programmatore), occorre che il margine di errore si mantenga al di sotto degli 'sbagli' che farebbe l'uomo nelle medesime circostanze.

Non è questo il luogo dove approfondire ulteriormente la precedente suggestione. Altrove abbiamo ipotizzato una formula per individuare l'area di rischio consentito ai sistemi di IA imprevedibili e strutturare all'interno della grammatica penalistica un argine contro i possibili sconfinamenti di responsabilità precauzionale da rischio tecnologico²⁴.

iii) un approccio gattopardista: questa opzione, che, prescindendo per un momento dalle possibili modalità di declinazione, ci appare quella più verosimile, potrebbe mettere 'a frutto' entrambe le precedenti impostazioni²⁵. Da un lato, strizzare l'occhio al progresso, consentendo la sperimentazione dei sistemi di IA progrediti; dall'altro, rassicurare l'elettorato con fattispecie avamposto contro i pericoli generati dalle macchine²⁶.

In quest'ottica, si potrebbero in futuro imporre agli attori qualificati della produzione e gestione dei sistemi di IA una serie di misure di sicurezza che, nella incertezza scientifica che caratterizza il settore, a parere di chi scrive potrebbero finire per emettere il sinistro avvertimento: "non porre in commercio sistemi di intelligenza artificiale imprevedibili se non vuoi assumerti le relative conseguenze penali".

Nelle ipotesi maggiormente conformi al volto costituzionale dell'illecito penale colposo, queste regole potrebbero esprimersi in una serie di cautele, paramtrate sulla «migliore scienza ed esperienza tecnologica del settore»²⁷, con correlata sanzione penale per chi le disattende.

Non si fa fatica ad immaginare la introduzione di fattispecie di pericolo (o reati colposi di mera condotta²⁸) che sanzionano il produttore o il programmatore che non renda accessibili le informazioni sui rischi accertati dall'utilizzo del sistema di IA messo in commercio; oppure, per il produttore/programmatore che metta in commercio il sistema di IA rischioso senza aver atteso tutti i *test* e le attività di "training" previsti²⁹.

²³ Cfr., in argomento, Piergallini, *Intelligenza artificiale* cit. 1754.

²⁴ V. richiamo in nota n. 14. In argomento, cfr., per tutti, G. Forti, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia* (2006) 155 ss.

²⁵ Non è un caso che il DDL avente ad oggetto "Disposizioni in materia di intelligenza artificiale", approvato dal Consiglio dei Ministri il 23 aprile 2024, presenti entrambi gli approcci con disposizioni di disciplina e disposizioni incriminatrici.

²⁶ Scrive di "illeciti di prevenzione" votati alla tutela ultima della sicurezza, M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 3 (2013) 1191.

²⁷ Cfr. Picotti, *Intelligenza artificiale* cit. 299.

²⁸ Così Consulich, *Flash offenders* cit. 1053.

²⁹ Cfr. Picotti, *Intelligenza artificiale* cit. 298. Per una prospettiva sovranazionale dei nuovi rischi penali da IA, cfr. T.C. King, N. Aggarwal, M. Taddeo; L. Floridi, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis of Foreseeable Threats and Solutions*, in *Science and Engineering Ethics* (2020) 96 e 109-110, dove si individuano il "command responsibility model" e il "natural-probable-consequence liability model" per distribuire la responsabilità penale da IA su coloro che sapevano o dovevano sapere dei rischi intercorsi e hanno fallito nella prevenzione degli stessi.

Questa prospettiva ha l'indubbio vantaggio di non lasciare intentata la tutela di beni giuridici essenziali messi in pericolo dalla macchina e di consentire la circolazione e lo sviluppo dei sistemi di IA generativi.

Sennonché, a causa della imprevedibilità dell'“output” della IA forte, il bagaglio conoscitivo preteso dai programmatori o produttori potrebbe mancare o essere incompleto. Pertanto, si intravede il serio rischio di alimentare imputazioni colpose in capo al programmatore o al produttore per non aver previsto l'errore imprevedibile della macchina³⁰ o, secondo una diversa impostazione, per la ‘cattiva’ gestione del rischio rispetto alle “best practices” del settore³¹.

Così facendo, però, si genererebbe un pericoloso circolo vizioso, in quanto proprio i programmatori e i produttori dei sistemi di IA potrebbero decidere di non assumersi il rischio, dai confini incerti, della loro responsabilità penale e non implementare i sistemi di IA generativi, anche se utili³². Oppure, potrebbero essere indotti a tacere le “red flag” eventualmente scoperte dopo l'immissione nel mercato del sistema di IA in quanto la “disclosure” li esporrebbe al rimprovero penale³³.

In tale impasse, le tradizionali categorie penalistiche non sempre possono rappresentare un granitico presidio per la calcolabilità dell'incriminazione.

Com'è stato acutamente osservato, il «fattore robotico» non potrebbe agire quale elemento causale sopravvenuto fino a interrompere il nesso di causalità con la condotta umana antecedente (ai sensi dell'art. 41, co. 2 c.p.)³⁴. A monte vi sarebbe infatti la consapevole scelta del produttore o del programmatore di immettere nel mercato una macchina imprevedibilmente rischiosa a causa del sistema di “decision-making” adottato e il cui errore non potrà porsi in modo del tutto eccezionale o abnorme rispetto alla programmazione umana³⁵.

Maggiormente efficace è la prospettiva di individuare nel requisito della prevedibilità-evitabilità dell'evento l'arma contro potenziali degenerazioni verso forme di responsabilità da posizione del produttore/programmatore di sistemi di intelligenza artificiale ‘pensante’³⁶.

Anche in questo caso, tuttavia, permarrrebbe il pericolo di una prassi disinvolta, stropicciata nella dinamica del caso concreto fino a somigliare alla pretesa di fare *tutto quanto necessario* per evitare l'evento, specie nei settori in cui le conoscenze scientifiche non sono tali da assicurare *a priori* in ordine al contegno virtuoso da tenere³⁷. Ciò è accaduto, per fare un esempio, con riferimento alla posizione di garanzia del datore di lavoro rispetto agli infortuni sui luoghi di lavoro e il problema si è posto con maggiore pregnanza durante la fase pandemica da Covid-19. Breve: è stato necessario l'intervento

³⁰ Così Piergallini, *Intelligenza artificiale* cit. 1771.

³¹ Cfr. Picotti, *Intelligenza artificiale* cit. 299.

³² cfr. King, Aggarwal, Taddeo, Floridi, *Artificial Intelligence Crime* cit. 110.

³³ La necessità di prevedere ipotesi di esenzione penale per condotte post-riparatorie è presente con efficaci esempi in M. Donini, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, A.M. Stile, C. Roxin, K. Volk (curr.), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino 2020, in part. 400.

³⁴ Cfr. Piergallini, *Intelligenza artificiale* cit. 1760-1761.

³⁵ In questi termini sembra potersi leggere anche Consulich, *Flash offenders* cit. 1035 e 1042.

³⁶ Cfr. Consulich, *Flash offenders* cit. 1050-1052. Picotti, *Intelligenza artificiale* cit. 298-299 e Piergallini, *Intelligenza artificiale* cit. 1763.

³⁷ Si rimanda ad alcune risalenti, ma sempre attuali riflessioni di A.R. Castaldo, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche* 40 (1988) in part. 127-131.

legislativo volto a precisare l'obbligo di sicurezza imposto al datore di lavoro per prevenire il contagio dal *virus* per 'tranquillizzare' il mondo delle imprese contro il pericolo di contestazioni da *mera* posizione in caso di evento lesivo³⁸.

Se dunque il terreno del nesso eziologico e quello della misura soggettiva della colpa non presentano anticorpi adeguati a scongiurare il possibile "tsunami" penalistico sui sistemi di IA, vogliamo provare a seguire un diverso percorso.

Riteniamo cioè che un possibile presidio contro la prevedibile 'frenesia' della politica repressiva alle prese con la gestione della modernità possa risiedere in uno strumento altrettanto moderno³⁹, da tempo riscoperto in dottrina e più di recente rivitalizzato dal legislatore quale «scatola di compensazione» dell'invasione penale⁴⁰: le cause di non punibilità sopravvenuta per condotte controffensive susseguenti al fatto di reato⁴¹.

Occorre cioè verificare, con una seria e approfondita analisi, se il contro-sistema della premialità (o della sanzione positiva) abbia al suo interno gli strumenti per valorizzare lo sforzo postfattuale in termini di recessione della pretesa punitiva realizzatasi con il perfezionamento del reato.

Probabilmente il nostro discorso parte dal presupposto patologico di un non corretto dosaggio a monte della materia penale in termini di *extrema ratio* ed essenzialità, laddove residuino fattispecie che non meritano in concreto la pena, ma solo la sua minaccia⁴².

In una diversa e fisiologica prospettiva, invece, l'esigenza di una 'frattura' tra reato e pena nei moderni ordinamenti penali potrebbe fungere da utile strumento di selezione della materia penale 'a valle'⁴³.

³⁸ Sulla elasticità delle regole cautelari nel *corpus* del D. Lgs. n. 81 del 2008 e nell'applicazione del diritto vivente, cfr., per tutti, C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema penale* 15/6/2020. Per una rigorosa applicazione delle cautele imposte al datore di lavoro per evitare il contagio, cfr. Cass. Pen., Sez. III, 1/12/2023, n. 47904. Con riferimento alla responsabilità degli operatori sanitari durante l'emergenza pandemica, cfr. M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *La legislazione penale* 22/6/2020 in part. 9 ss.

³⁹ Con accezione positiva, è stato autorevolmente definito uno strumento postmoderno da F. Palazzo, *"Plaidoyer" per la giustizia riparativa*, in *La legislazione penale* 31/12/2022 8.

⁴⁰ Così Piergallini, *Il "penale"* cit. 9.

⁴¹ Una simile raccomandazione è presente in Picotti, *Intelligenza artificiale* cit. 300, allorché riferisce: "Ulteriori alternative all'azione penale e/o alla risposta punitiva potrebbero comprendere la diffusione di modelli di *compliance* ed interventi di giustizia riparativa". Per la definizione di causa di non punibilità sopravvenuta anziché di cause sopravvenute di non punibilità ci rifacciamo al convincente distinguo di S. Prosdocimi, *Profili penali del postfatto*, Milano 1982, 291 (nota n. 1): "In attesa di chiarire meglio la natura giuridica delle cause in esame e la loro incidenza sulla punibilità del fatto pregresso, alla denominazione di <<causa sopravvenuta di non punibilità>>, di uso comune, preferiamo quella di <<causa di non punibilità sopravvenuta>>, che ci pare più precisa. Mentre la prima, a stretto rigore, potrebbe essere utilizzata anche a contrassegnare una causa di non punibilità sopravvenuta al fatto non tanto sul piano dei contegni concreti, quanto sul piano normativo astratto (...), la seconda locuzione evidenzia in termini più immediati come il carattere di elemento <<sopravvenuto>> riguardi la non punibilità, e non eventualmente la causa considerata in astratto".

⁴² Quanto ciò incida sulla funzione di prevenzione generale della sanzione penale è magistralmente indicato da T. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano 1981, in part. 255 ss. Per una autorevole lettura efficientista della sussidiarietà, cfr. F. Palazzo, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Indice penale* (1992) 215. Per il fondamento costituzionale del principio, cfr. Moccia, *Il diritto penale* cit. 112-113.

⁴³ Così Donini, *Le tecniche di degradazione*, cit., 75 ss.

Come già autorevolmente segnalato, tale deroga alla pretesa punitiva dello Stato potrebbe giustificarsi in ipotesi residuali: ad esempio, per fatti bagatellari⁴⁴ o per reati di pericolo a protezione di beni artificiali e superindividuali, frequentemente tutelati tramite il ricorso a fattispecie omissive e colpose⁴⁵.

In questo paniere, riteniamo possono agevolmente rientrare le fattispecie di pericolo derivanti dalla gestione di sistemi di IA generativi. La rinuncia alla pena per condotte post-riparatorie può arginare le distorsioni della imprevedibilità del rischio penale da IA, agganciando le sorti del programmatore/produttore a parametri certi quali l'efficace, tempestiva e spontanea riparazione dell'offesa⁴⁶.

In altre parole, le aporie di un sistema ulteriormente inflazionato di reati di pericolo o preparatori, di natura colposa e/o omissiva potrebbero essere parzialmente arginate da un contro-sistema di premialità fondato sulla condotta postfattuale dell'autore del reato in chiave ripristinatoria, nella misura in cui ciò rispetti le fondamenta politico-criminali del sistema penale.

2.1- ... (segue) il postfatto per la tutela *in extremis* contro l'*hate speech*

Un altro settore della moderna penalità in cui il postfatto potrebbe giocare un ruolo fondamentale è costituito dai discorsi di incitamento all'odio e alla discriminazione (c.d. *hate speech*).

Come noto, la Corte costituzionale ha indirizzato il legislatore verso una differenziazione del trattamento sanzionatorio delle ipotesi di diffamazione, riservando la pena carceraria alle condotte più gravi, ad esempio quelle contenenti i succitati discorsi d'odio⁴⁷.

Più di recente, il Parlamento europeo, con la risoluzione del 18 gennaio 2024, ha richiesto al Consiglio di includere l'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio tra i reati nell'elenco di cui all'articolo 83, paragrafo 1, TFUE, stante la loro capacità emulativa e di diffusione attraverso i *social*⁴⁸.

Anche in questo caso, tuttavia, la reprimenda penale potrà intervenire solo quando i danni provocati dai discorsi di odio e discriminazione avranno raggiunto il loro apice, stante la velocità con cui, specie sui *social network*, si diffondono le notizie in maniera virale.

Al contrario, lo stimolo, tramite la promessa di impunità in caso di un intervento respiscente tempestivo da parte dell'autore del *post* 'incriminato', potrebbe tutelare *in extremis* l'interesse protetto dalla fattispecie⁴⁹.

⁴⁴ Cfr. C. E. Paliero, "Minima non curat praetor". *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, in part. 124, 137 e 139

⁴⁵ Cfr. G. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino 2004, in part. 45 ss.

⁴⁶ Tra gli altri, cfr. T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1986) in part. 406-413.

⁴⁷ Cfr. Corte Cost., ord. 26/6/2020, n. 132 e Corte Cost., 12/7/2021, n. 150. In argomento, cfr. G. Manca, *Il "watchdog", il "mad dog" e la pena detentiva. La Corte costituzionale risolve una questione di proporzione sanzionatoria interrogandosi sui "collateral damage" della generalprevenzione*, in *Resp. Civ. e Prev.* 1-2 (2022) 364; Id., *Il bilanciamento tra tutela dell'onore e diritto di critica nella diffamazione sui social network: la "porta stretta" della "insostituibilità lessicale"*, in *Resp. Civ. e Prev.* 6 (2021) 1943; Id., *Diffamazione col mezzo della stampa e notizie equivoche tra offesa penale e danno civile: il parametro discrezionale del "lettore medio"*, in *Resp. Civ. e Prev.* 5 (2020) 1543.

⁴⁸ La risoluzione del Parlamento europeo è consultabile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0044_IT.pdf.

⁴⁹ Può leggersi in questo senso anche l'auspicio di M. Cartabia durante la "Audizione alla Commissione Straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e

3.- Conclusioni

Come si è tentato di evidenziare, spostare la lente del penalista sul comportamento successivo al reato potrebbe assumere una importanza centrale nelle strategie di tutela di fondamentali interessi nella prospettiva sovranazionale. Le speranze di impunità in caso di recupero *in extremis* del valore ‘tradito’ tramite condotte antagoniste a quelle incriminate può completare l’opera preventiva del legislatore penale, stimolando forme postume di tutela del bene giuridico.

Sul piano della *general-prevenzione*, la non punibilità sopravvenuta andrà riservata a quelle condotte in grado di evitare più gravi conseguenze o rimediare all’offesa arrecata. Solo così potrebbe giustificarsi la rinuncia alla inflizione della pena⁵⁰.

Sul piano della *special-prevenzione*, occorrerebbe selezionare quelle condotte volontarie di riparazione, tali da dimostrare una diluita – se non scomparsa - esigenza di risocializzazione dell’autore⁵¹.

Essenziale, ai fini del nostro discorso, è la individuazione dei requisiti di tempestività, efficienza e volontarietà della condotta postfattuale esimente.

In tal modo, il postfatto potrebbe assurgere il ruolo di agile strumento di co-tutela, da usare con parsimonia accanto alla tradizionale pena, per la co-gestione penalistica della modernità⁵².

La strada sembra tracciata, come dimostrano i recenti interventi di riforma relativi alla più ampia “restorative justice”⁵³, di cui la riparazione costituisce un segmento. Rispetto a quest’ultimo tassello, molto ancora sembra potersi fare, quantomeno in chiave

alla violenza” dell’8 febbraio 2022: “Credo che nell’ambito che ci impegna in questa conversazione occorrerebbe prendere in seria considerazione le enormi potenzialità della giustizia riparativa”.

⁵⁰ In argomento, cfr. le opere monografiche di G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova 2017 e G. Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo. Nel caleidoscopio delle recenti riforme*, Padova 2019. Si rinvia, inoltre, ai seguenti saggi: G. Cocco, *L’autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto verso le riforme*, in *Indice Penale* 2 (2023) 3; Id., *Una messa a punto sulle condotte riparatorie di cui all’art. 162-ter c.p. quale causa di non punibilità*, in *Pen. dir. proc.* 1 (2022) 43; Id., *Le condotte riparatorie*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (dir.), *Trattato breve di diritto penale, Parte generale, II. Punibilità e pene*, III ed., Padova 2022, 125 ss.; Id., *La punibilità nella teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, IX agg., Torino 2016, 516; Id., *La difesa della punibilità quarto elemento del reato*, in *Dir. pen. cont.* (2014); Id., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato*, in E.M. Ambrosetti (cur.), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino 2017, 262, ss.; G. Manca, *Riparazione del danno o giustizia riparativa? L’attenuante ex art. 62 comma 1, n. 6 c.p. fra tradizioni eticizzanti e “nouvelle vague” della “Riforma Cartabia”*, in *Resp. Civ. e Prev.* 6 (2022) 1940; T. Padovani, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2 (1981) 529 ss.

⁵¹ Sull’incidenza della condotta postdelittuosa sulle istanze di special-prevenzione, cfr., per tutti, G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell’illecito*, in *La legislazione penale*, 1.6.2021, 24-25 e T. Padovani, *L’utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano 1981, 263-267.

⁵² Per una autorevole teorizzazione della figura del delitto riparato nel codice penale, tra i lavori più recenti, si veda M. Donini, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cassazione penale* 6 (2022) 2028-2042.

⁵³ All’interno di una vasta letteratura, sia consentito richiamare per tutti le più recenti opere di G. Mannozi, *La giustizia riparativa: brevi note su contesto, disciplina ed effetti trasformativi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2 (2023) 649 ss.; Id., *La giustizia accogliente*, Milano 2022, *passim*; Id., *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Archivio Penale* (2022) *passim*; G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna 2015, *passim*.

ermeneutica, per rendere il postfatto controffensivo un istituto di portata generale nella dinamica del reato consumato.

Abstract.- Lo scenario sovranazionale postmoderno vedrà i diversi Paesi sempre più impegnati nella gestione dei nuovi rischi tecnologici, derivanti dall'uso dei sistemi di IA c.d. forti, e nella prevenzione e repressione del fenomeno dell'“hate speech”. Questa sensibilità è particolarmente evidente in Europa, come dimostrano i recenti *AI Act* e la Risoluzione del 18 gennaio 2024, con cui il Parlamento europeo ha richiesto al Consiglio di includere l'incitamento all'odio e i reati generati dall'odio tra i reati nell'elenco di cui all'articolo 83, paragrafo 1, TFUE. Con il presente lavoro si proverà ad illustrare il possibile ruolo che il postfatto controffensivo può avere, affiancandosi alla tradizionale sanzione penale, nella co-gestione del rischio da IA e nella co-tutela *in extremis* del bene giuridico, grazie soprattutto alla forza attrattiva in chiave ripristinatoria che le ipotesi di non punibilità sopravvenuta possono esercitare sull'autore del reato.

The postmodern international landscape is poised to witness an escalating involvement of various Countries in navigating new technological risks stemming from the utilization of so-called strong AI systems, alongside concerted efforts in the prevention and suppression of hate speech phenomena. This discernible sensitivity finds notable manifestation within Europe, as underscored by recent legislative developments such as the AI Act and the Resolution of January 18, 2024. Through the latter, the European Parliament required the Council to incorporate incitement to hatred and hate crimes into the enumerated offenses delineated in Article 83, paragraph 1, of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). The present paper endeavors to elucidate the conceivable role of post-hoc counter-offensive strategies, complementing traditional penal sanctions, in the collaborative management of AI-induced risks and the extreme safeguarding of legal interests. Central to this analysis is the potent allure, from a restorative perspective, wielded by scenarios of subsequent impunity, thereby potentially impacting the calculus of offenders

Il contributo riprende, ampliandoli ed aggiornandoli precedenti studi, presentati nel quadro del Modulo Jean Monnet EU-GLOBACT “Progetto finanziato dal Programma Erasmus+ della Commissione Europea – Progetto d'Azione Jean Monnet numero 101126599. Finanziato dall'Unione Europea. I punti di vista e le opinioni espressi sono tuttavia solo quelli dell'autore o degli autori e non riflettono necessariamente quelli dell'Unione europea o dell'Agenzia esecutiva europea per l'istruzione e la cultura (EACEA). Né l'Unione europea né l'EACEA possono essere ritenute responsabili per questo”.



