

Wyobraźmy sobie sytuację, w której pewna osoba zostaje przyłapana na przewożeniu przez granicę 300 tys. dolarów bez złożenia wymaganej deklaracji. Ustawa karna przewiduje w takiej sytuacji surową sankcję automatycznego przepadku całej przewożonej kwoty, wychodząc z założenia, iż w zdecydowanej większości przypadków osoba przemycająca znaczną kwotę gotówki jest uczestnikiem procederu prania pieniędzy. Z drugiej strony, w tym przypadku nielegalne pochodzenie pieniędzy nie zostało udowodnione, a sam delikwent twierdzi, iż cała sprawa jest wynikiem zwykłego niedopatrzania. Wobec tego, czy przepadek 300 tys. dolarów nie jest niesprawiedliwie surową karą za niewielki administracyjny występki?

Przed takim pytaniem stanął Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *U.S. vs. Bajakaijan*, odpowiadając, iż w sytuacji tego typu sankcja przepadku, jako nieproporcjonalnie surowa, jest niezgodna z ósmą poprawką do amerykańskiej Konstytucji. Wyrok ten spotkał się jednak ze zdaniem odrębnym, wskazującym, iż pranie pieniędzy jest przestępstwem zarazem lukratywnym i trudnym do udowodnienia. Wobec tego zasadnym celem kryminalizacji przemytu gotówki jest surowe ukaranie osób biorących udział w praniu pieniędzy *właśnie w sytuacjach, w których nielegalne pochodzenie gotówki nie zostało udowodnione*. Napięcie obecne w tym werdykcie interpretujemy jako wyraz konfliktu między konsekwencjalistycznymi (ekonomicznymi) a retrybutywistycznymi podejściami do problemu kryminalizacji zastępczej.

W ekonomicznej analizie prawa jako **przestępstwa zastępcze** (*proxy crimes*) określa się przestępstwa takie, jak np. posiadanie narkotyków w ilości powyżej ustawowego limitu czy przyjmowanie prezentów przez funkcjonariuszy publicznych. Owe typy czynów łączy to, że **nie są one szczególnie społecznie szkodliwe same w sobie**, ale ustawodawca uznaje je za „**podejrzane**”, tj. pozostające w znaczącej korelacji z jakimś innym „przestępstwem podstawowym” (*underlying crime*; np., odpowiednio, handlem narkotykami czy łapownictwem). W ekonomicznym prawoznawstwie podkreśla się, że kryminalizacja zastępcza jest uzasadniona w przypadkach, gdy udowodnienie popełnienia przestępstwa podstawowego może być trudne, ale skazanie osób angażujących się w podejrzane zachowanie jest wciąż społecznie optymalne.

Jak jednak wskazuje opinia większości w wyroku w sprawie *Bajakaijan*, kryminalizacja zastępcza może napotkać na znaczący opór, przede wszystkim wynikający z **retrybutywistycznych intuicji**, zakazujących **intencjonalnego karania niewinnych**. Wszak kryminalizacja zastępcza zdaje się nieuniknienie prowadzić do karania „niewinnych” (tj. osób które popełniły przestępstwo zastępcze, ale nie przestępstwo podstawowe), co z retrybutywistycznego punktu widzenia jest niedopuszczalne.

Głównym celem niniejszego projektu jest odpowiedź na pytanie, czy istnieją przypadki, w których kryminalizacja zastępcza może być uzasadniona z obu, pozornie pozostających w konflikcie, punktów widzenia. Nasza robocza hipoteza badawcza stwierdza, iż taki przypadek jest możliwy, jeśli kryminalizacja prowadzi dynamicznie do powstania takiej sytuacji (równowagi rozdzielającej), w której żaden z „niewinnych” nie angażuje się w podejrzane zachowanie.

Wpierw należy jednak zauważyć, iż przestępstwa zastępcze (mimo swej powszechności) stanowią niszowy temat w teorii prawa i nie doczekały się dotąd solidnego opracowania. Wobec tego, nasz projekt rozpoczniemy od sformułowania precyzyjnej definicji kryminalizacji zastępczej, wprowadzenia typologii przestępstw zastępczych i odnalezienia, na podstawie badań prawnoporównawczych, ich najczęstszych przykładów. Następnie przeprowadzimy filozoficzną analizę wykazującą czy i jak kryminalizacja zastępcza może być uzasadniona z konsekwencjalistycznego (ekonomicznego) i retrybutywistycznego punktów widzenia, po czym, wykorzystując metodologię teorii gier, zidentyfikujemy czynniki sprzyjające/zagrażające wyłonieniu się postulowanej równowagi rozdzielającej.

Nasz projekt ma wymiar teoretyczny, poprzez wypełnienie istotnej luki w teorii prawa karnego, jak i, potencjalnie, preskryptywny, poprzez wydanie rekomendacji istotnych z punktu widzenia współczesnych debat nad zbytnią kryminalizacją (*overcriminalization*) wielu obszarów życia.