

**KLAUZULA PRZECIWKO UNIKANIU OPODATKOWANIA
W ZAŁOŻENIACH PROJEKTU ZMIANY ORDYNACJI
PODATKOWEJ Z KWIETNIA 2013 ROKU**

Marta Gordon

Abstrakt: Coraz częstsze stosowanie przez podatników agresywnych praktyk unikania opodatkowania zaktualizowało postulat zaostżenia przepisów podatkowych, tak na poziomie międzynarodowym, jak i wewnętrznym. W reakcji Minister Finansów opracował i opublikował w dniu 30 kwietnia 2013 r. Założenia projektu zmiany Ordynacji podatkowej. Zgodnie z zawartymi tam propozycjami, do Ordynacji podatkowej miałyby zostać wprowadzona klauzula przeciw unikaniu opodatkowania, wraz z towarzyszącymi jej instrumentami zabezpieczającymi interesy podatników w procesie stosowania tej klauzuli. Opracowanie zawiera krytyczne omówienie rozwiązań, proponowanych przez Ministra Finansów, także z punktu widzenia problemów, jakie mogą wynikać w toku ich praktycznego zastosowania. Zastrzeżenie wobec projektu dotyczą zwłaszcza jego zgodności z Konstytucją z uwagi na zbyt ogólne i nie ostre sformułowanie kryteriów zastosowania klauzuli, a nadto dotyczą wadliwości formalnej proponowanych przepisów.

Słowa kluczowe: klauzula antyabuzywna, obejście prawa, unikanie opodatkowania, Ordynacja podatkowa, optymalizacja podatkowa.

JEL Classifications: R41.

1. Wprowadzenie

Klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania tradycyjnie wiązano i niekiedy jeszcze wiąże się z instytucją obejścia prawa podatkowego za pomocą instru-

mentów cywilnoprawnych. Instytucja obejścia prawa ma przy tym swoje korzenie w prawie starożytnego Rzymu, a dokładniej - w regulacjach dotyczących ważności czynności prawnych. Już wówczas wyraźnie rozróżniano tę instytucję od tożsamego w konsekwencjach działania czynności prawnej wbrew prawu wskazując, że *contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (postępuje wbrew ustawie ten, kto czyni to, czego ustawa zabrania; omija zaś ustawę ten, kto nie naruszając słów ustawy obchodzi jej treść)¹. Takie postrzeganie niezgodności z prawem i obejścia prawa ugruntowało się w prawie cywilnym i zostało recypowane do współczesnych regulacji prawa cywilnego państw europejskich.

W najnowszym ustawodawstwie europejskim widoczne są tendencje do przenoszenia instytucji obejścia prawa z właściwego jej gruntu cywilistycznego na grunt prawa podatkowego. Niezbędne modyfikacje regulacji dotyczących tego zagadnienia wymusiły przy tym balansowanie pomiędzy koniecznością ochrony interesów fiskalnych państwa i bezwzględными gwarancjami praw człowieka. Doprowadziło to do całkowitego wypaczenia znanego prawu cywilnemu pojęcia obejścia prawa, a w konsekwencji - nieporozumień terminologicznych, tak na gruncie doktrynalnym, jak i w obszarze stosowania prawa. To jednak nie zwolniło ustawodawcy z dalszego poszukiwania rozwiązań, chroniących interesy skarbu państwa przed praktykami agresywnej optymalizacji podatkowej, wymuszając dalsze próby regulacji klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, nazywanej również klauzulą antyabuzywną².

Wskazane wyżej tendencje uwidoczniły się również na gruncie prawa polskiego. Wyrazem tego było m.in. obowiązywanie w latach 2003 - 2004 klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, uchylonej na skutek negatywnej oceny Trybunału Konstytucyjnego. W ostatnim czasie pojawiły się zapowiedzi jej przywrócenia, co też stało się przyczynkiem dla niniejszego opracowania.

2. Pojęcie obejścia prawa na gruncie prawa cywilnego a klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania

W każdym ustawodawstwie obowiązek poszanowania prawa sprzężony jest z sankcjami przewidzianymi na okoliczność naruszenia tej powinności. Na gruncie prawa cywilnego chodzi tu m.in. o sankcje wadliwych czynności praw-

¹ Digesta Justyniana, księga 1, tytuł 3, fragment 29 – za: Bojarski W., Dajczak W., Sokala A., *Verba Iuris. Reguły i kazusy prawa rzymskiego*. Toruń: TNOiK, 2000, s. 24. Szerzej zob. Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1973, s. 79 i nast.

² Brzeziński B., Zagadnienie konstytucyjności klauzuli normatywnej zapobiegającej unikaniu opodatkowania. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2012, s. 685 i nast.; Brzeziński B., Olesińska A., Klauzula normatywna zapobiegania unikaniu opodatkowania. W: Brzeziński B. (red), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*. Toruń: TNOiK, 2009, s. 290 i nast.

nych. Najdotkliwszą spośród nich jest sankcja bezwzględnej nieważności, polegająca na tym, że wadliwa czynność prawna *ex lege* nie wywołuje przewidzianych nią skutków. Takie konsekwencje wywołuje zwłaszcza działanie czynności prawnej bez wymaganej zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych, nie dochowanie formy zastrzeżonej *ad solemnitatem*, niektóre z wad oświadczeń woli i wreszcie – działanie czynności prawnej wbrew prawu.

Czynnościami prawnymi działanymi wbrew prawu są przy tym nie tylko te, które wprost naruszają przepisy prawa, ale również czynności zmierzające do jego obejścia. Takie zrównanie konsekwencji czynności działanych zarówno *contra legem*, jak i *in fraudem legis* (jak i samo wyodrębnienie obu tych instytucji) znane było już rzymskiemu ustawodawcy i utrzymało się we współczesnych porządkach prawnych.

W przeciwieństwie do bezpośredniego uchybienia przepisom prawa, zagadnienie działania czynności prawnej *in fraudem legis* nastęrcza znacznych trudności interpretacyjnych, zarówno na gruncie teoretycznym, jak i zwłaszcza - w praktyce zastosowania tej instytucji. Stąd też koniecznym jest jego szersze omówienie.

Istota obejścia prawa sprowadza się do działania czynności prawnej, która nie naruszając przepisów prawa zmierza jednocześnie do wywołania zabronionych prawem skutków. Można zatem wskazać, że obejście prawa znamionują dwa współlistniejące elementy: po pierwsze – jest to dokonanie zgodnej z przepisami czynności prawnej a po drugie – dokonanie jej w celu przez prawo zabronionym³.

Przy przyjęciu, że co do zasady⁴ treść czynności prawnej wyczerpują implikowane w niej oświadczenia woli, należy stwierdzić, że czynność prawna jest zgodna z przepisami prawa wtedy, gdy przejawiona w niej wola ukierunkowana jest na osiągnięcie celu dozwolonego ustawą. Pomimo bezsprzecznego związku pomiędzy aktem woli (wolą wewnętrzną) i stanowiącą jego przejaw wolą zewnętrzną (przejawioną), pod użytym wyżej pojęciem woli należy rozumieć wy-

³ Szerzej na temat instytucji obejścia prawa przede wszystkim w: Grzybowski S. *System prawa cywilnego*. Tom I: *Część ogólna*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk: Zakład Narodowy imienia Ossolińskich - Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1974, s. 512 i nast.; Wąsowicz W., Obejście prawa jako przyczyna nieważności czynności prawnej, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1999, nr 1, s. 69 i nast.; Zieliński T., Nieważność czynności sprzecznych z ustawą w prawie cywilnym. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1967, nr 2, s. 78 i nast.; zob. też: Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa: Wydaw. Prawnicze LexisNexis, 2001, s. 318; Piasecki K. W: Winiarz J. (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem. Tom I*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1989, s. 72 ; Grzybowski S., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa: Państwowe Wydaw. Naukowe, 1974, s. 246 i nast. ; Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa: Wydaw. C. H. Beck, 1993, s. 43 i nast., Trzaskowski R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.* Kraków: Zakamycze, 2005, s. 248; Gordon-Trybus M., *Złota akcja i złoty akcjonariusz w świetle prawa polskiego na tle wybranych systemów prawnych państw obcych i prawa wspólnotowego*. Toruń: TNOiK, 2006, s. 109 i nast.

⁴ Co do zasady, ponieważ w przypadku niektórych czynności prawnych oświadczeniu woli towarzyszą także inne elementy, jak chociażby wydanie rzeczy.

łącznie tzw. wolę zewnętrzną. Wynika to z regulacji art. 60 Kodeksu cywilnego (dalej: kc)⁵, zgodnie z którą ocena oświadczenia woli polega w istocie wyłącznie na ocenie jego treści, którą wyczerpuje właśnie wola przejawiona, z oderwaniem od stanowiącego jej źródło aktu woli⁶. W efekcie należy wskazać, że pierwszy element składający się na instytucję obejścia prawa zaistnieje wówczas, gdy wola zewnętrzna stron, stanowiąca treść czynności prawnej będzie zgodna z prawem.

Stwierdzenie zaistnienia drugiego elementu wymaga zbadania danej czynności prawnej nie tyle przez pryzmat jej treści, co celu, w jakim została dokonana. Należy zatem zidentyfikować zamiar niewyrażony w treści czynności prawnej, czy inaczej, przeanalizować wolę wewnętrzną stron czynności prawnej⁷. Ustalenie sprzeczności pomiędzy wolą wewnętrzną a zgodną z prawem treścią oświadczeń woli, przesądzać będzie o działaniu czynności prawnej w celu obejścia prawa.

Cel zabroniony, konstytuujący obejście prawa, oceniany jest *a priori*. Oznacza to, że nie musi dojść do osiągnięcia tego celu, wystarczającym będzie samo stwierdzenie, że był on zamierzony i potencjalnie możliwy. Ocena taka dokonywana jest w procesie wykładni, przy czym najdonioślejszą rolę w tym zakresie odgrywają metody właściwe wykładni celowościowej⁸.

Konkludując dotychczasowe rozważania należy wskazać, że z obejściem prawa będziemy mieli do czynienia w przypadku działania czynności prawnej, której treść, będąca wyrazem woli zewnętrznej podmiotów dokonujących czynności, pozostawać będzie w zgodzie z prawem, natomiast cel, wynikający z woli wewnętrznej tych podmiotów, będzie sprzeczny z obowiązującym porządkiem prawnym. Stwierdzeniu tej sprzeczności służy przy tym zwłaszcza wykładnia celowościowa, a ocena celu czynności prawnej następuje *a priori*⁹.

W doktrynie prawa podatkowego spotkać się można niekiedy z przyjmowaniem cywilistycznej terminologii obejścia prawa dla określenia regulacji przeciwdziałających unikaniu opodatkowania¹⁰. Wyprzedzając wnikliwszą analizę tej

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. 1964, Nr 16, poz. 93, z późn. zm.

⁶ Tak też: Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., dz.cyt., s. 251 i nast.

⁷ Zieliński T., dz.cyt., s. 78 – 79.

⁸ Grzybowski S., *System...*, dz.cyt., s. 513; Zieliński T., dz.cyt., s. 80 ; Wąsowicz W., dz.cyt., s. 69 i nast. Ostatni z powołanych autorów wskazuje również, że *wezwanie do wyjścia poza mechaniczne porównywanie treści czynności prawnej z treścią przepisów i zastosowanie celowościowych metod wykładni dla oceny ewentualnego obejścia prawa wynika już z definicji obejścia prawa Paulusa, przytoczonej we wstępie niniejszego opracowania.*

⁹ Przykładami wykorzystania konstrukcji obejścia prawa w procesie stosowania prawa jest m.in. postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 1973 r., III CRN 232/72, LEX 1630; wyrok SN z dnia 9 marca 1993 r., I CR 3/93, LEX 3899; uchwała SN z dnia 30 listopada 1994 r., III CZP 130/94, LEX 4139.

¹⁰ Zob. np.: Karwat P., *Obejście prawa podatkowego*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2003, s. 9 i nast. ; Litwińczuk H., *Obejście prawa podatkowego w świetle doświadczeń międzynarodowych. Przegląd Podatkowy* 1999, nr 9, s. 3 i nast. ; Radzikowski K., *Normatywne podstawy koncepcji obejścia prawa podatkowego. Przegląd Podatkowy* 2005, nr 9, s. 17 i nast. ; Maj I., *Polityka organów podatkowych w zakresie obejścia prawa podatkowego*. W: Borszowski P., Huchla A.,

kwestii należy już w tym miejscu wskazać, że praktyka ta nie może spotkać się z aprobatą. Przesądza o tym całkowita odmiennosc i brak istotnych punktów stycznych między cywilistyczną koncepcją czynności prawnych zdziałanych *in fraudationis legis*, a czynnościami mieszczącymi się w dyspozycji standardowej regulacji przeciwko unikaniu opodatkowania.

Unikanie opodatkowania stanowi jedną z form działania zmierzającego do zmniejszenia albo eliminacji obciążeń podatkowych. Pod pojęciem unikania opodatkowania rozumieć należy przy tym działanie podatnika, zmierzające do osiągnięcia założonych efektów gospodarczych przy jak najniższym obciążeniu podatkowym, a nawet z eliminacją tego obciążenia. Działanie takie musi być przy tym wyraźnie odróżniane od innych form zmniejszania albo eliminacji ciężarów podatkowych, tj. od przestępczego uchylania się od opodatkowania z jednej strony, natomiast z drugiej od zmniejszania ciężarów podatkowych poprzez korzystanie z elementów konstrukcji danego podatku, takich jak np. ulgi i zwolnienia¹¹. W szczególności podkreślenia wymaga fakt, że działanie znamionujące unikanie opodatkowania jest działaniem legalnym, zarówno w kontekście prawa cywilnego, karnego, jak i podatkowego. Jest nadto działaniem w pełni skutecznym i niewadliwym na gruncie prawa cywilnego, nie nosząc znamion pozorności czy też zdziałania z zamiarem obejścia prawa¹².

Wśród typów zachowań dających zakwalifikować się jako unikanie opodatkowania, w literaturze¹³ wymienia się zwłaszcza działania związane bezpośrednio lub pośrednio z funkcjonowaniem spółek kapitałowych. Przykładowo wskazać tu można na zawarcie przez spółkę kapitałową i jej wspólnika umowy o świadczenie na rzecz spółki odpłatnych usług. Wynagrodzenie, wypłacane na tej podstawie wspólnikowi, może w takim wypadku faktycznie zastępować dywidendę. Korzyść, wynikająca z takiego działania dla spółki, to możliwość zaliczenia wynagrodzenia wspólnika do kosztów prowadzonej działalności, co jest niedopuszczalne w przypadku wypłaty dywidendy. Ewentualne korzyści po stronie wspólnika nie są już tak oczywiste i na gruncie prawa polskiego będą zależę od przedziału skali podatkowej, w jakim zlokalizowany jest dochód wspólnika.

Zmniejszeniu obciążeń podatkowych, a jednocześnie – uniknięciu rygorów przewidzianych w Kodeksie spółek handlowych¹⁴ dla podwyższania kapitału zakładowego oraz wnoszenia dopłat przez wspólników – może służyć także

Rutowska-Tomaszewska E. (red), *Podatnik versus organ podatkowy*. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, 2011, s. 114 i nast.; *Powrót klauzuli obejścia prawa podatkowego w Polsce*. Warszawa: PricewaterhouseCoopers sp. z o. o., 2013, s. 12.

¹¹ Brzeziński B., *Zagadnienie konstytucyjności...*, dz.cyt., s. 680 i nast. Por. też: Karwat P., dz.cyt., s. 36.

¹² Brzeziński B., *Zagadnienie konstytucyjności...*, dz.cyt., s. 681.

¹³ Karwat P., dz.cyt., s. 36 i nast.

¹⁴ *Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, Dz.U. 2000, Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

zawarcie przez spółkę i wspólnika umowy pożyczki, w której pożyczkodawcą będzie wspólnik. W efekcie spółka uzyskuje dokapitalizowanie swojej działalności, a wspólnik czerpie korzyści z odsetek od pożyczonej kwoty, które to odsetki mogą jednocześnie zastępować wypłatę dywidendy.

Jako działania zmierzające do obniżenia obciążeń podatkowych wskazuje się także niektóre transakcje pomiędzy członkami rodziny, zwłaszcza przeniesienie przez rodzica na nieosiągające dochodu dziecko składnika majątkowego generującego zyski. Korzystne efekty podatkowe mogą być niekiedy osiągnięte także przez zawyżenie wynagrodzenia albo manipulowanie faktycznym terminem zapłaty¹⁵.

Klasyczne ujęcie klauzuli przeciwdziałającej takim zachowaniom podatników zakłada sankcję względnej bezskuteczności podejmowanych przez nich działań. W efekcie, czynności przedsiębrane przez podatników nie są zakazane, a jedynie nie wywołują zamierzonych przez podatników skutków w sferze prawa podatkowego. Ustawodawca nakazuje w to miejsce przyjmować skutki fiskalne wynikające ze standardowo stosowanych w danych okolicznościach wzorców działania podatników, właściwych dla pozapodatkowego celu, w jakim określone czynności zostały podjęte.

Można przyjąć, że inspiracją dla wykreowania podatkowej instytucji unikania opodatkowania była cywilistyczna konstrukcja obejścia prawa. Okazuje się jednak, że faktycznie instytucje te nie mają ze sobą wielu punktów stykowych. Podobieństw dopatrywać można się w samej konstrukcji czy też mechanizmie działania, a zwłaszcza w osadzeniu obu instytucji na koncepcji odrębnego badania treści czynności prawnej i celu, dla jakiego została ona zdziałana. Jak jednak wynika z dotychczasowych wywodów, wypełnienie tego zarysu koncepcyjnego treścią cywilistyczną i podatkową doprowadziło do ukształtowania omawianych instytucji ze znaczącymi różnicami. W szczególności inne są przesłanki ich zastosowania. Obejście prawa oznacza bowiem zmierzanie do celu zabronionego, natomiast przy unikaniu opodatkowania chodzi o zamiar legalny, a jedynie fiskalnie niepożądany przez państwo. Całkowicie odmienne są również konsekwencje przyjęte przez ustawodawcę. Obejście prawa obwarowane jest sankcją bezwzględnej nieważności, unikanie opodatkowania jest tylko względnie bezskuteczne.

Z tych też względów należy uznać zasadniczą odmienną omawianych konstrukcji i odmówić zasadności dość powszechnemu posługiwaniu się pojęciem obejścia prawa w odniesieniu do działań znamionujących agresywną optymalizację, pozostając przy terminologii unikania opodatkowania¹⁶.

¹⁵ Karwat P., dz.cyt., s. 37.

¹⁶ Tak też: Olesińska A., *Klauzula ogólna przeciwko unikaniu opodatkowania*. Toruń: TNOiK, 2013, s. 22 i nast.; Kalinowski M., *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*. Toruń: TNOiK, 2001, s. 116;

3. Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania i instrumenty jej towarzyszące w założeniach projektu zmiany Ordynacji podatkowej

W ostatnim czasie, na poziomie międzynarodowym rozpoczęły się prace nad jednolitą regulacją klauzuli antyabuzywnej. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (ang. *Organization for Economic Co-operation and Development*, dalej: OECD) opublikowała raport obejmujący analizę zjawiska erozji bazy podatkowej i przenoszenia zysków, zwany raportem BEPS (ang. *Base Erosion and Profit Shifting*) punktujący zaobserwowane w państwach członkowskich OECD przykłady praktyk agresywnej optymalizacji. W ślad za tym OECD zapowiedziała na wrzesień 2014 r. pierwsze propozycje zaostreżenia przepisów podatkowych, jakie rekomendować będzie państwom członkowskim OECD. Działania OECD wspierane są przez władze Unii Europejskiej (dalej: UE), co zostało oficjalnie zmanifestowane na szczycie państw G20 w Petersburgu w dniach 5-6 września 2013 r. Jednocześnie nie wykluczono, że działalność OECD w omawianym zakresie będzie wymagała zmian w prawie wspólnotowym, co przyjęto ze wstępną aprobatą¹⁷.

Równoległe, coraz częściej występujące w Europie zjawisko unikania opodatkowania i innego rodzaju nadużyć podatkowych wymusiło również na Komisji Europejskiej odniesienie się do tego problemu, co przybrało ostatecznie formę adresowanych do państw członkowskich Zaleceń Komisji w sprawie agresywnego planowania podatkowego (dalej: Zalecenia)¹⁸. Jednym z elementów stanowiska Komisji było odniesienie się do klauzuli antyabuzywnej. W tym zakresie zalecono, aby w przeciągu trzech lat państwa członkowskie wprowadziły do swoich wewnętrznych porządków prawnych ogólną zasadę dotyczącą zwalczania nadużyć. Zgodnie z sugestią Komisji klauzula ta powinna otrzymać brzmienie: *Nie uwzględnia się sztucznego uzgodnienia lub szeregu sztucznych uzgodnień, które przyjęto w zasadniczym celu uniknięcia opodatkowania i które prowadzą do osiągnięcia korzyści podatkowej. Krajowe organy rozpatrują te ustalenia do celów podatkowych poprzez odniesienie się do ich istoty ekonomicznej.* Komisja oznaczyła też pożądaną interpretację pojęć użytych w sugerowanym brzmieniu klauzuli. W szczególności wskazała, że sztuczne uzgodnienia to m.in. takie, które mają charakter okrężny lub których sposób realizacji nie jest zwykle stosowany w ramach działalności gospodarczej. Cel uzgodnień można natomiast uznać za zasadniczy wówczas, gdy ewentualne inne cele są co najwyżej mało istotne.

Pogłębiona analiza praktyk agresywnej optymalizacji i próby ujednoczenia związanych z tym reżimów prawopodatkowych, zarówno z poziomu Unii Europejskiej, jak i OECD musi spotkać się z pozytywną oceną. Zważywszy

¹⁷ Rochowicz P., Będzie światowy bat na optymalizację. *Rzeczpospolita* z dnia 6 września 2013 r., s. C4.

¹⁸ *Zalecenia Komisji z dnia 6 grudnia 2012 r. w sprawie agresywnego planowania podatkowego*, C(2012)8806 [on-line]. Dostępny w World Wide Web: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_pl.pdf

jednak na podejmowanie tych działań równolegle przez wskazane organizacje, zasadnym jest postulat ich koordynacji, zarówno co do meritum, jak i czasu w jakim miałyby być uwzględnione w wewnętrznych porządkach prawnych poszczególnych państw. Kwestia ta nie została jednak jak dotąd dostrzeżona, a tym bardziej uwzględniona. Stąd też, działając m.in. w celu wdrożenia Zaleceń, Minister Finansów podjął działania zmierzające do wprowadzenia do Ordynacji podatkowej sugerowanej przez Komisję regulacji. Efektem tych działań są opublikowane w dniu 30 kwietnia 2013 r. przez Ministerstwo Finansów Założenia projektu ustawy o zmianie ustawy Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (dalej: Założenia projektu)¹⁹. Jedną z podstawowych zmian, proponowanych w tym dokumencie, jest wprowadzenie do Op generalnej klauzuli antyabuzywnej, a także opinii zabezpieczających w zakresie istnienia przesłanek zastosowania tej klauzuli i Rady do Spraw Unikania Opodatkowania jako instrumentów towarzyszących omawianej klauzuli.

Choć - jak wskazano - bezpośrednią przyczyną dla podjęcia prac nad wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego, klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania jest konieczność wywiązania się z Zaleceń Komisji, w Założeniach projektu nie pominięto również innych elementów, uzasadniających proponowane zmiany.

W szczególności Założenia projektu przywołują coraz częściej występujący w całej UE proceder unikania opodatkowania oraz nieefektywność dotychczas stosowanych instrumentów, w tym szczególnie rozwiązań umów międzynarodowych i prawa krajowego²⁰. Jednocześnie podkreślono, że w państwach rozwiniętych klauzula taka jest w istocie standardem, natomiast w tych państwach, w których brak jej normatywnych podstaw, klauzulę tę zastępuje rozwinięte orzecznictwo.

Założenia projektu powołują się również na konieczność realizacji zasady równego traktowania wszystkich podatników. Wywiedziono bowiem, że brak skutecznych instrumentów zwalczania nadużyć podatkowych powoduje, że przy tym samym efekcie gospodarczym podatnik dopuszczający się takich nadużyć znajduje się w lepszej sytuacji, niż podatnik płacący podatek bez sięgania do mechanizmów unikania opodatkowania.

Przede wszystkim jednak wskazano, że klauzula antyabuzywna będzie miała działanie prewencyjne i porządkujące poprzez wyznaczenie granic, w których ustawodawca dopuszczać będzie optymalizację podatkową. Dodatkowo wprowadzenie proponowanych zmian wzmocni autonomię prawa podatkowego w stosunku do prawa cywilnego, ostatecznie eliminując wątpliwości co do moż-

¹⁹ Projekt Ministra Finansów z dnia 29 kwietnia 2013 r. – *Założenia projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw*, nr projektu ZD65 [on-line]. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161557/dokument72713.pdf>

²⁰ *Założenia projektu*, dz.cyt., s. 1.

liwości zastosowania art. 58 kc do stanów faktycznych, wyczerpujących przesłanki stwierdzenia unikania opodatkowania²¹.

3.1. Klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania

3.1.1. Proponowane ujęcie normatywne klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania

Analiza klauzul przeciwko unikaniu opodatkowania, obowiązujących w innych państwach, pozwoliła na sformułowanie w Założeniach projektu dyrektyw dotyczących normatywnego ujęcia tej klauzuli. Jej istota powinna zasadzać się na stwierdzeniu, że wszelkie regulacje podatkowe zmierzają do obciążenia daninami publicznymi faktycznych zdarzeń gospodarczych, bez względu na formę nadaną im przez podatników. Istotny jest zatem cel poszczególnych uregulowań prawnopodatkowych, a nie ich semantyczne brzmienie. Nie odmawiając zatem podatnikom prawa do optymalnego (też pod względem podatkowym) kształtowania swoich relacji gospodarczych, klauzula ta ma zmierzać do oceny obciążających podatnika zobowiązań podatkowych przez pryzmat prawdziwej natury jego działań²².

W Założeniach projektu skatalogowano także warunki zastosowania klauzuli antyabuzywnej. W dyspozycji klauzuli znalazłyby się zatem takie stany faktyczne, w których podatnicy kształtują swoją sytuację gospodarczą poprzez obiektywnie nieuzasadnione rozczłonkowanie danego zdarzenia na szereg odrębnych czynności prawnych albo odwrotnie – skumulowanie odrębnych zdarzeń w jednej czynności. Efektem takiego działania winno być to, że przynajmniej dla jednej ze stron podejmowanych czynności wyłączną korzyścią jest korzyść podatkowa, ewentualnie korzyść podatkowa dominuje nad innymi, nieistotnymi korzyściami. W takim przypadku organ podatkowy miałby prawo pominięcia formy prawnej działań, obranej przez podatnika. W to miejsce – dla określenia obciążenia podatkowego – organ podatkowy wskazywałby inną, adekwatną konstrukcję prawną, przewidzianą dla realizacji danego przedsięwzięcia przez ustawodawcę i na tej podstawie precyzował zobowiązanie podatkowe podatnika. Inaczej rzecz ujmując, zobowiązanie podatkowe byłoby określone w sposób wynikający ze zdarzenia gospodarczego i adekwatnych dla niego konstrukcji prawnych. Jednocześnie pominięciu uległyby konstrukcje faktycznie zastosowane przez podatnika, a nieadekwatne do zdarzenia gospodarczego.

Ciężar dowodzenia wskazanych przesłanek zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania spoczywać powinien na organie podatkowym. Niezależnie jednak od tego podkreślono, że do zastosowania klauzuli dojdzie, gdy podatnik nie wykaże innego – niż podatkowy – istotnego powodu dla pod-

²¹ Tamże, s. 16 i nast.

²² Tamże, s. 17 i nast.

jęcia danych działań w obranej przez siebie formie. W toku prac nad Założeńiami projektu – w odpowiedzi na zastrzeżenia Ministra Gospodarki – wskazano także, że *nie ma przeszkód, aby podatnik wykazał inne niż znaczne korzyści podatkowe istotne finansowo lub ekonomicznie przyczyny dla których zastosował sztuczną konstrukcję prawną*²³.

Autorzy Założeń projektu pokusili się również o odniesienie do planowanej definicji unikania opodatkowania. Uwzględniając argumentację Trybunału Konstytucyjnego z wyroku uchylającego niegdysiejszy art. 24b Op stwierdzono, że definicja ta musi wymykać się zarzutom związanym z użyciem pojęć niedookreślonych. Formułując konkretne dezyderaty co do sposobu skonstruowania definicji unikania opodatkowania, Założeńia projektu wskazują zatem na trzy elementy: po pierwsze - dokonanie przez podatnika lub osoby działające w jego imieniu i na jego rzecz czynności prawnej lub wzajemnie powiązanego zespołu czynności prawnych; po drugie – korzyść podatkowa jako dominujący cel ukształtowania czynności prawnej lub zespołu czynności prawnych; wreszcie po trzecie – sztuczność, nieadekwatność podjętej czynności prawnej w stosunku do osiągniętego w wyniku tej czynności efektu ekonomicznego²⁴.

Omówiona wyżej propozycja normatywnego ujęcia klauzuli unikania opodatkowania budzi szereg zastrzeżeń. W szczególności za gołosłowne uznać należy powoływanie w Założeńiach projektu konieczności poszanowania prawa podatnika do swobodnego, optymalnego kształtowania jego sytuacji gospodarczej. W praktyce bowiem, niezależnie od obranej przez podatnika formy działań i zamierzonych przez niego skutków podatkowych po stronie organów podatkowych pozostanie pole do ich arbitralnego określania przez pryzmat interesu fiskalnego państwa. To natomiast może czynić prawo podatnika do optymalizacji swojej sytuacji gospodarczej czystą fikcją. Już jednak na tym etapie warto wskazać, że czynnikiem minimalizującym wyżej wskazane ryzyko będzie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wynika z niego bowiem, że podatnicy dysponują prawem dobierania struktury organizacyjnej dla swojej działalności pod kątem ograniczania obciążeń fiskalnych oraz wykorzystania optymalnych możliwości opodatkowania. Stąd podważyć można tylko konstrukcję sztuczną, nakierowaną wyłącznie na uniknięcie opodatkowania²⁵.

Podstaw do kwestionowania projektowanych rozwiązań dostarcza też dotychczasowy dorobek polskiej judykatury, zwłaszcza odnoszący się do oceny

²³ *Rządowy Proces Legislacyjny* [on-line]. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161562/dokument84602.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=13%3A09&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013>

²⁴ *Założeńia projektu*, dz.cyt., s. 19.

²⁵ Rochowicz P., Ostrożnie z tymi klauzulami, *Rzeczpospolita* z dnia 28 maja 2013 r., s. C4 wraz z powołanym tam orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

nadużyć regulacji ustawy o podatku od towarów i usług (dalej: ustawa o VAT)²⁶. Na tym gruncie w sposób kategoriyczny odmówiono bowiem administracji podatkowej kompetencji do oceny sposobu kształtowania modelu prowadzonej przez przedsiębiorców działalności²⁷. Nie można wykluczyć analogicznej oceny działalności państwa, podejmowanej w oparciu o proponowaną w Założeniach projektu klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania.

Za sprzeczne z podstawowymi standardami prawnymi uznać należy także określenie sposobu stwierdzania zaistnienia przesłanek do zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania. W istocie bowiem to na podatniku ciążyć ma obowiązek wykazania w toku postępowania podatkowego, że w jego przypadku nie doszło do zaktualizowania się przesłanek zastosowania klauzuli anty-abuzywnej. W efekcie, ogólnikowy postulat zlokalizowania *onus probandi* po stronie organu podatkowego jest pozbawiony jakiegokolwiek treści. Tymczasem projektowanie omawianej regulacji powinno zmierzać do obciążenia administracji podatkowej koniecznością wykazania przesłanek zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania i jednocześnie – ukonstytuowania zasady *in dubio pro tributario*²⁸.

Wątpliwości pojawiają się również przy analizie sposobu sformułowania definicji. Wskazać można tu chociażby na stwierdzenie *dokonanie przez podatnika lub osobę działającą w jego imieniu i na jego rzecz czynności prawnej* [...]. Działania przedstawiciela, podejmowane w imieniu i na rzecz reprezentowanego w sferze prawa cywilnego, z założenia rodzą skutki dla reprezentowanego. Powstaje zatem pytanie o zasadność rozbudowywania tekstu prawnego. Niekonsekwencją jest natomiast operowanie w obrębie dwóch pierwszych elementów sformulowaniem *czynność prawna lub zespół czynności prawnych*, by następnie element trzeci zawęzić wyłącznie do wskazania na czynność prawną. Nadto wątpliwości budzi dobór funktora alternatywy łącznej w przytoczonym wyżej sformułowaniu. Wreszcie trudno oprzeć się wrażeniu, że pomimo wyraźnego powołania się w Założeniach projektu na zastrzeżenia Trybunału Konstytucyjnego, nie udało się w sposób satysfakcjonujący doprecyzować przesłanek stwierdzenia unikania opodatkowania. Z zarzutem niedookreślenia może się spotkać np. sformułowanie *sztuczność i nieadekwatność* podjętej czynności, zastosowane w trzecim elemencie definicji. Co do ostatniego stwierdzenia należy jednak mieć na uwadze, że w istocie nie da się osiągnąć efektu w pełni precyzyjnej i klarownej regulacji tam, gdzie planowane jest wprowadzenie normy o charakterze wysoce generalnym. Rodzi to jednak pytanie, czy na gruncie polskiego prawa w ogóle możliwym jest takie ujęcie omawianej klauzuli, które uniknie negatywnej oceny w toku kontroli

²⁶ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, tekst jedn. Dz. U. 2011, Nr 73, poz. 392 z późn. zm.

²⁷ Zob. np. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 29 kwietnia 2011 r., I SA/Wr 1465/10; *Powrót klauzuli obejścia prawa* ..., dz.cyt., s. 12.

²⁸ Por. też: Olesińska A., dz.cyt., s. 330 i nast.

konstytucyjności i jednocześnie nie stanie się podstawą nagminnych nadużyć ze strony administracji podatkowej²⁹.

Przykładowo wskazane wyżej braki mogą wynikać stąd, że prace nad omawianym zagadnieniem są w całości wstępnej fazie. Pozostaje mieć nadzieję, że właściwy dobór technik legislacyjnych poparty uprzednimi konsultacjami ze środowiskami eksperckimi, pozwoli prawidłowo dopracować definicję unikania opodatkowania z dalece większą rzetelnością, niż ma to miejsce w Założeniach projektu. W przeciwnym razie negatywny wynik badania konstytucyjności takiej definicji jest bardziej niż prawdopodobny.

3.1.2. Sankcje stwierdzenia działania podatnika w celu uniknięcia opodatkowania

Zasadniczą sankcją stwierdzenia działania podatnika w celu uniknięcia opodatkowania są konsekwencje wynikające z samej natury tej instytucji. Zobowiązanie podatnika zostanie bowiem określone odmiennie od jego zamierzeń, na podstawie zdarzeń, stwierdzonych przez organ podatkowy oraz – siłą rzeczy – w sposób mniej korzystny dla podatnika, niż to miało miejsce wcześniej. W efekcie, podatnik będzie zmuszony do zapłaty podatku w nowowymierzonej przez organ podatkowy wysokości. Do tej zasadniczej sankcji zastosowania klauzuli antyabuzywnej aktualność zachowują zatem uwagi poczynione w odniesieniu do proponowanego ujęcia normatywnego omawianej klauzuli, w tym zwłaszcza obawa naruszenia taką regulacją prawa podatnika do swobodnego kształtowania swojej sytuacji prawnej.

Początkowo przy stwierdzeniu unikania opodatkowania w grę wchodzić miało także zastosowanie przepisów karnych, przewidujących sankcje dla przestępczego unikania opodatkowania i wprowadzania organów podatkowych w błąd. W toku prac nad Założeniami projektu nieco zmodyfikowano to zamierzenie wskazując, że w sprawach, w których zastosowana zostanie klauzula antyabuzywna, na skutek opinii Rady do Spraw Unikania Opodatkowania możliwe będzie odstąpienie od nałożenia sankcji, a nadto - nie będzie wszczynane postępowanie karne skarbowe³⁰.

Niezależnie od powyższego, w Założeniach projektu nawiązano do funkcjonującej w niektórych państwach dodatkowej, finansowej sankcji związanej z unikaniem opodatkowania. Wysokość takiej sankcji stanowi przeważnie procentowy udział w wysokości korzyści majątkowej, uzyskanej w efekcie unikania opodatkowania. W zależności od państwa ten udział procentowy waha się pomiędzy 20 a 200% zobowiązania podatkowego, przy czym jego średni poziom

²⁹ Por. też: Tamże, s. 351.

³⁰ Stanowisko Ministra Finansów z dnia 10 września 2013 r. do opinii Rady Legislacyjnej [online]. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161565/dokument84605.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=12%3A29&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013>

określić można na 30 – 40%. Zważywszy na to, w Założeniach projektu proponowana jest dodatkowa sankcja finansowa z tytułu unikania opodatkowania w wysokości 30% uzyskanej przez podatnika korzyści majątkowej³¹, która obciążałaby podatnika jednocześnie z koniecznością odprowadzenia podatku w wysokości wyliczonej przez organ podatkowy.

Propozycja dodatkowego sankcjonowania unikania opodatkowania jest kolejnym elementem Założeń projektu, który budzi uzasadnione wątpliwości, zwłaszcza co do konstytucyjności projektowanych rozwiązań. Istota stosowania klauzuli antyabuzywnej zasadza się na dokonywanej *ex post* ocenie legalnych działań podatnika³². W tym kontekście już sam pomysł obwarowania takiego – jak zostało stwierdzone – legalnego działania sankcjami, zwłaszcza karnymi, budzi oczywisty sprzeciw. Konstytucyjne standardy wykluczają bowiem karanie przy braku naruszenia prawa, a tak przecież jest w przypadku unikania opodatkowania.

Co więcej, regulacja dodatkowej sankcji finansowej potencjalnie uchybia zasadzie równości obywateli, różnicując obciążenia finansowe podatników w zależności od tego, czy należny podatek został obliczony na skutek czy też bez wykorzystania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania³³. Dalej, proponowane sankcje karne i finansowe doprowadzą do kumulowania odpowiedzialności podatnika, który za jeden i ten sam czyn obciążony będzie wymiarem podatku wyższym od wynikającego z obranej przez podatnika formy działania, dodatkową administracyjną sankcją finansową i konsekwencjami karnoskarbowymi. Założenie projektu nie uwzględnia także konieczności adekwatnego doboru sankcji do działania podatnika.

Podobna regulacja była już przedmiotem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 września 2007 r.³⁴, odnoszącego się do art. 109 ust. 5 i 6 ustawy o VAT. W wyroku tym Trybunał uznał, że kumulowanie na podstawie ww. przepisów odpowiedzialności administracyjnej i karnoskarbowej podatnika za ten sam czyn stanowi nadmierny fiskalizm, co przesądza o niekonstytucyjności badanej regulacji³⁵. Analogicznej oceny można się zatem spodziewać co najmniej w odniesieniu do proponowanej w Założeniach projektu dodatkowej sankcji finansowej z tytułu unikania opodatkowania.

³¹ *Założenia projektu*, dz.cyt., s. 19.

³² Brzeziński B., *Zagadnienie konstytucyjności...*, dz.cyt., s. 685.

³³ Podobne wątpliwości zgłosiła również Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów w opinii z dnia 5 lipca 2013 r. do Założeń projektu oraz Rządowe Centrum legislacyjne w piśmie z dnia 13 sierpnia 2013 r.; odpowiednio *Rządowy Proces Legislacyjny* [on-line]. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161565/dokument84604.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=12%3A01&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013> i <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161562/dokument84602.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=13%3A09&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013>

³⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 września 2007 r., P 43/06, LEX 316027.

³⁵ Zob. też: *Powrót klauzuli obejścia prawa...*, dz.cyt., s. 12.

Powyższych wątpliwości nie uchyła możliwość odstąpienia od wymierzenia sankcji na skutek opinii Rady do Spraw Unikania Opodatkowania, a to z uwagi na brak określenia zasad i przesłanek tego odstąpienia. Co jednak istotniejsze, rozwiązanie takie oznacza w istocie powierzenie decyzji o zasadności nałożenia na podatnika odpowiedzialności finansowej i karnej ciału, które – z założenia – pozostaje poza strukturami władzy państwowej. To natomiast, w świetle konstytucyjnych zasad obciążania odpowiedzialnością i zasady legalizmu jest niedopuszczalne.

3.2. Instrumenty zabezpieczające interesy podatników przy stosowaniu przez organy podatkowe klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania

Dostrzegając zagrożenia związane z wprowadzeniem klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania w Założeniach projektu proponuje się, by klauzuli tej towarzyszyły środki zabezpieczające podatników przed nadużyciami ze strony organów podatkowych. Propozycja w tym zakresie obejmuje trzy instrumenty, w tym także instrumenty zmierzające do obiektywizacji zapadających w omawianym przedmiocie decyzji. Instrumentami tymi są opinie zabezpieczające w zakresie istnienia przesłanek zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, powołanie Rady do Spraw Unikania Opodatkowania i wstrzymanie *ex lege* wykonalności decyzji wydanej na podstawie klauzuli antyabuzywnej do czasu prawomocnego zakończenia postępowania w sprawie.

3.2.1. Opinie zabezpieczające w zakresie istnienia przesłanek zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania

Wraz z wprowadzeniem do Ordynacji podatkowej klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania podatnik uzyskalby możliwość zwrócenia się do organów podatkowych o wydanie opinii zabezpieczającej. Opinia taka miałaby oceniać planowane przez podatnika działania właśnie z punktu widzenia ewentualnego zastosowania do nich klauzuli antyabuzywnej.

Omawiany instrument przypomina konstrukcję funkcjonujących już w polskim prawie podatkowym interpretacji podatkowych. Według wskazań Założeń projektu różnice między opiniami zabezpieczającymi a interpretacjami podatkowymi miałyby jednak być istotne. Przede wszystkim wskazano, że obecnie obowiązujące przepisy regulujące wydawanie interpretacji podatkowych, drastycznie zawężają możliwości opiniodawcze organów podatkowych. Wydając interpretację organ ogranicza się bowiem wyłącznie do stanu faktycznego, podanego przez podatnika i ocenia tylko sformułowane przez niego stanowisko co do wykładni przepisów prawa podatkowego, dokonując przy tym własnej interpretacji danej regulacji. Przy wydawaniu interpretacji podatkowych nie ma natomiast możliwości badania dokumentacji podatnika. Niedopuszczalna jest także ocena zamiaru, w jakim podatnik chce podjąć określone działania oraz ko-

rzyści podatkowe, jakie może w ten sposób osiągnąć. Stąd też interpretacje podatkowe w obowiązującym kształcie nie są wystarczające dla badania sytuacji prawnej podatnika w kontekście klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania.

Mając powyższe na uwadze, proponowane opinie zabezpieczające, koncentrowałyby się nie tyle na ocenie stanowiska podatnika zawartego we wniosku, co na ocenie możliwości zastosowania w przedstawionym przez niego stanie faktycznym klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania. Ocena taka uwzględniałaby nie tylko interpretację przepisów prawa podatkowego, ale również ocenę gospodarczych aspektów planowanych przez podatnika działań oraz relacje wynikających z nich korzyści podatkowych do korzyści niefiskalnych.

Zgłaszając wniosek o wydanie opinii podatnik zobowiązany byłby do wyczerpującego opisanie planowanego przedsięwzięcia, ze wskazaniem obranej konstrukcji prawnej oraz sprecyzowania korzyści gospodarczych, które zamierza w ten sposób osiągnąć. Nadto podatnik wskazywałby na powzięte przez siebie wątpliwości, uzasadniające wnioskowanie o wydanie opinii, a do wniosku załączałby wszelką, niezbędną do dokonania oceny dokumentację. Podatnik byłby również zobowiązany do uiszczenia opłaty od wniosku. Jej proponowana wysokość to 25 000 zł, a w przypadku nierezydentów lub podmiotów zarządzanych przez nierezydentów – dwukrotność tej kwoty³⁶. W toku prac nad Założeńiami projektu postulowana opłata od wniosku została obniżona odpowiednio do 15 000 zł i 30 000 zł³⁷.

Procedura wydawania opinii zabezpieczających zasadzałaby się na obowiązujących aktualnie regulacjach, dotyczących całego postępowania podatkowego, jak również regulacji obejmującej wydawanie interpretacji podatkowych. Różnice wynikające ze specyfiki opinii zabezpieczających, bazowałyby m.in. na upoważnieniu organu podatkowego do zwrócenia się do podatnika celem udzielenia wyjaśnień, w przypadku powzięcia przez organ wątpliwości dotyczących wniosku lub załączonej do niego dokumentacji. Dla udzielenia takich wyjaśnień można będzie zorganizować spotkanie z podatnikiem, którego przebieg będzie utrwalany.

Organem, w którego kompetencji leżałoby wydawanie opinii zabezpieczających, ma być minister właściwy do spraw finansów publicznych, bez możliwości delegowania tego zadania na jednostki podległe ministrowi. Dla wydania opinii zabezpieczającej minister będzie dysponować okresem 6 miesięcy. Jednocześnie w Założeńiach projektu wskazano, że bezskuteczny upływ tego terminu nie rodziłby skutku w postaci tzw. milczącej opinii, w efekcie czego termin taki miałby charakter terminu instrukcyjnego³⁸. Natomiast uzyskanie opinii zabez-

³⁶ *Założenia projektu*, dz.cyt., s. 21.

³⁷ Stanowisko Ministra Finansów z dnia 10 września 2013 r. do opinii Rady Legislacyjnej [online]. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161565/dokument84605.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=12%3A29&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013>

³⁸ *Założenia projektu*, dz.cyt., s. 22.

pieczającej i procedowanie zgodnie z jej wskazaniem miałyby analogiczne konsekwencje, jak w przypadku interpretacji podatkowych, zapewniając podatnikowi ochronę jego przedsięwzięcia.

Przy wskazanych założeniach opinie zabezpieczające mają stanowić gwarancję bezpieczeństwa dla podmiotów planujących określone przedsięwzięcia gospodarcze, zwiększając jednocześnie pewność i bezpieczeństwo obrotu prawnego oraz stymulując rynek poprzez eliminację potencjalnego ryzyka.

Proponowane uregulowania dotyczące opinii zabezpieczających budzą szereg wątpliwości. Opinie takie mają zawierać nie tylko wykładnię prawa podatkowego (co już niejednokrotnie nastroczało organom podatkowym trudności), ale również oceniać pewne zjawiska gospodarcze, ich spodziewane efekty i zasadność podejmowania, a nadto rozważać powyższe z punktu widzenia adekwatności (bądź nieadekwatności) określonych konstrukcji cywilistycznych, po które podatnik ma zamiar sięgnąć. Tak kompleksowa opinia wymagać będzie zatem nie tylko pogłębionej wiedzy z zakresu prawa podatkowego, ale również znakomitej znajomości mechanizmów rynkowych i aktualnej sytuacji gospodarczej tak *in generis*, jak i w poszczególnych sektorach działalności, a niejednokrotnie również w kontekście wymiany międzynarodowej. Niewątpliwie też konieczna będzie szeroka wiedza z zakresu prawa cywilnego i handlowego oraz praktycznego wykorzystania konstrukcji właściwych tym gałęziom prawa. Konstatacja powyższego rodzi obawy o istnienie po stronie właściwego organu podatkowego, możliwości kadrowych sprostania tak wysokim wymaganiom, a co za tym idzie – także obawy o jakość i prawidłowość wydawanych opinii. Z dużym prawdopodobieństwem można też stwierdzić, że obciążenie właściwego ministra takimi dodatkowymi obowiązkami spowoduje konieczność powołania kolejnej, wyodrębnionej jednostki w podległym mu urzędzie, pogłębiając negatywne zjawisko rozrostu administracji publicznej.

Podobnie sześciomiesięczny termin, jaki proponuje się dla sporządzenia opinii zabezpieczających, stawia pod znakiem zapytania celowość wprowadzenia omawianego instrumentu. Jest oczywiście zrozumiałym, że wydanie przeważnie skomplikowanej opinii wymaga czasu, nie mniej jednak z gospodarczego punktu widzenia tak długi okres może czynić z tego środka fikcyjny instrument ochrony. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której realizacja planowanego przedsięwzięcia gospodarczego będzie miała sens tylko i wyłącznie przy jego szybkim i sprawnym przeprowadzeniu. W takim przypadku podatnikowi pozostanie dokonywanie wyboru pomiędzy wzajemnie się wykluczającymi opcjami: wdrożeniem obiecującego projektu a uzyskaniem ochrony prawnej. Powyższe stwierdzenia są tym bardziej zasadne zważywszy, że Założenia projektu postulują, by omawiany termin był terminem instrukcyjnym, którego upływ nie będzie powodował skutku milczącej akceptacji. W efekcie należy liczyć się z tym, że jego wydłużanie będzie nagminną praktyką, jak to ma miejsce w przypadku innych terminów instrukcyjnych, wiążących organy administracyjne.

Analogicznie należy traktować proponowaną wysokość opłaty od wniosku. Wysokie kwoty (nawet z uwzględnieniem ich obniżenia w toku prac nad Założeńiami projektu) właściwie eliminują mikro i małe przedsiębiorców z możliwości wnioskowania o opinię. Z uprawnienia takiego nie będą też mogły skorzystać podmioty znajdujące się w złej sytuacji ekonomicznej, planujące chociażby działania restrukturyzacyjne, które mogą wymagać oceny z punktu widzenia klauzuli antyabuzywnej. Wreszcie, przy tak ukształtowanych kosztach wniosku, jego składanie w sprawach dotyczących relatywnie niedużej wartości okaże się całkowicie nieopłacalne. W efekcie, takie określenie opłat od wniosku utrudnia dostęp do omawianego instrumentu³⁹, co stoi w sprzeczności z podstawowymi gwarancjami praw człowieka i obywatela.

Wreszcie zakwestionowania wymaga różnicowanie opłat od wniosku w zależności od tego, czy podatnik jest rezydentem czy też nie, a nawet od tego, czy w jego organach zarządzających zasiadają nierezydenci. W efekcie do podwójnej opłaty zobligowany byłby przykładowo podatnik będący krajową spółką kapitałową, a to tylko z powodu zasiadania w jego zarządzie obywatela innego państwa. Istotniejsze jest jednak to, że zapis różnicujący wysokość opłat od wniosku będzie – przynajmniej w znaczącej części – niedopuszczalny z punktu widzenia obowiązującej Polskę regulacji wspólnotowej, w tym zwłaszcza zasady niedyskryminacji z uwagi na kraj pochodzenia.

3.2.2. Rada do Spraw Unikania Opodatkowania

Niezależnie od wprowadzenia instrumentu opinii zabezpieczających Założenia projektu proponują powołanie opiniodawczego panelu eksperckiego – Rady do Spraw Unikania Opodatkowania (dalej: Rada), niezależnego od administracji podatkowej. Koncepcja ta czerpie z doświadczeń państw, w których funkcjonują już podobne komitety, obsadzone ekspertami i przedstawicielami administracji publicznej, legitymującymi się dużym doświadczeniem. Żadne z państw, w których funkcjonuje taki komitet nie zdecydowało się na nadanie jego opiniiom wiążącego charakteru. Nie zmienia to jednak faktu, że autorytet tego ciała, jak i poszczególnych jego członków powoduje, że opinie te są w większości brane pod uwagę przez organy podatkowe⁴⁰.

Według propozycji Założeń projektu, Rada miałaby mieć charakter ciała kolegialnego liczącego maksymalnie piętnastu członków. Wśród nich znaleźliby się eksperci z zakresu prawa podatkowego, rynków finansowych, obrotu gospodarczego, międzynarodowego prawa finansowego i gospodarczego, a nadto

³⁹ Tak też: Rządowe Centrum Legislacji w piśmie z dnia 13 sierpnia 2013 r. [on-line]. Dostępny w World Wide Web: http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161562/dokument84602.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=13%3A09&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesiec%C5%84+2013_; *Powrót klauzuli obejścia prawa...*, dz.cyt., s. 12.

⁴⁰ *Założenia projektu*, dz.cyt., s. 16.

przedstawiciele Prezesa NSA, wyższych uczelni, Rzecznika Praw Obywatelskich, Krajowej Izby Doradców Podatkowych oraz Ministra Finansów. Członków Rady powoływalby na czteroletnią kadencję Minister Finansów i to również ten organ byłby odpowiedzialny za techniczne zabezpieczenie funkcjonowania Rady na koszt Skarbu Państwa.

Procedura wydawania opinii przez Radę miałaby być następująca: skierowanie sprawy do zaopiniowania następowałoby na wniosek podatnika albo organu odwoławczego, mającego wątpliwości co do zasadności zastosowania w postępowaniu pierwszoinstancyjnym klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania. Na skutek wniosku akta sprawy byłyby przesyłane do Rady, powodując automatyczne zawieszenie postępowania odwoławczego i biegu terminu przedawnienia. Tak jak w przypadku opinii zabezpieczających, Rada wydawałaby opinię w sześciomiesięcznym terminie o charakterze instrukcyjnym. Opinia ta byłaby traktowana podobnie, jak opinia biegłego – w przypadku orzekania przez organ odwoławczy odmiennie od tej opinii Rady, organ ten winien szczegółowo odnieść się do założeń opinii i wskazać powody podjęcia odmiennej decyzji⁴¹.

Z założenia funkcjonowanie tego rodzaju komitetu ma wprowadzać do działalności organów podatkowych element obiektywny, natomiast centralizacja działalności opiniodawczej panelu eksperckiego oraz jego autorytet ma sprzyjać ujednoliceniu praktyki zastosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania, także ze względu na publikację opinii. Taka argumentacja – jako uzasadnienie wprowadzenia instytucji Rady – podniesiona została w Założeniach projektu.

Wskazano również, że wobec niewiążącego charakteru opinii, sens i spodziewana siła oddziaływania Rady na praktykę stosowania klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania wynikałaby z autorytetu jej członków, jak i samego ciała opiniodawczego będącego źródłem obiektywnej oceny sprawy podatkowej. Zważywszy jednak na zaproponowane, szczegółowe rozwiązania trudno oprzeć się wrażeniu, że zwłaszcza ów obiektywizm jest założeniem nie dającym się zrealizować w praktyce. Członkowie Rady mieliby być powoływani a następnie obsługiwani (jako Rada) i opłacani przez ministra właściwego w sprawach finansów publicznych, będącego zwierzchnikiem całej struktury organów podatkowych. Co więcej minister miałby nie tylko wpływ na obsadę i techniczną stronę funkcjonowania Rady. Z uwagi na plan delegowania do Rady przedstawiciela ministra zachowa on także wpływ na merytoryczne aspekty działalności Rady.

Wobec powyższego obiektywizm wydawanych opinii zawsze będzie budził wątpliwości⁴², co z pewnością nie przeloży się na budowanie i umacnianie autory-

⁴¹ Tamże, s. 23.

⁴² Podobne zastrzeżenia zgłoszono już w toku prac nad Założeniami projektu: Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161562/dokument84602.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=13%3A09&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013>

tetu Rady, uniemożliwiając osiągnięcie przypisywanego jej celu i czyniąc ją kolejnym, kosztownym i bezużytecznym tworem, pożytkującym środki publiczne.

3.2.3. Wstrzymanie wykonalności decyzji *ex lege*

W Założeniach projektu postulowane jest wprowadzenie regulacji, zakładającej wstrzymanie z mocy samego prawa wykonalności decyzji, opartej o klauzulę przeciwko unikaniu opodatkowania. Wstrzymanie takie miałyby mieć miejsce do chwili upływu terminu do wniesienia skargi do sądu administracyjnego albo do wydania prawomocnego orzeczenia sądowego⁴³.

Przytoczone założenie należy uznać za niewystarczające, gdyż pomija kwestię wykonalności decyzji organu pierwszej instancji w przypadku jej zaskarżenia do organu wyższego stopnia.

Co więcej, postulowane rozwiązanie jest kolejnym, nie dość precyzyjnym sformułowanie na gruncie Założeń projektu. Wątpliwości budzi chociażby odniesienie się do prawomocnego orzeczenia sądowego. Na obecnym etapie nie jest do końca jasnym, czy wraz ze zmianami dotyczącymi przeciwdziałaniu unikaniu opodatkowania, zastosowanie do spraw tego rodzaju straci przepis art. 189¹ kpc. Założenia projektu do tej kwestii się nie odnoszą. Racjonalnym byłoby oczywiście uznanie, że klauzula przeciwko unikaniu opodatkowania w kształcie proponowanym Założeniami projektu doprowadzi do samodzielności organów podatkowych w jej stosowaniu, oczywiście przy wsparciu pionu sądownictwa administracyjnego. Zważywszy jednak na postulat jasności i przejrzystości ustawodawstwa, a zwłaszcza – skomplikowanego z natury ustawodawstwa podatkowego – pożądaną byłaby kategoryczna zapowiedź co do wyłączenia zastosowania art. 189¹ kpc do spraw związanych z klauzulą przeciwko unikaniu opodatkowania oraz projektowanie wstrzymania decyzji do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sądu administracyjnego. Można sobie również wyobrazić wskazanie, że wstrzymanie decyzji następuje do czasu uzyskania rozstrzygnięcia kończącego postępowanie w sprawie. Obejmowałoby to zarazem zakończenie sprawy ostateczną decyzją administracyjną, jak również prawomocnym orzeczeniem sądu administracyjnego. Takie ujęcie rozwiewałoby również ewentualne wątpliwości co do orzeczenia, wydanego na podstawie art. 189¹ kpc, gdyby ustawodawca zdecydował się na pozostawienie tego instrumentu procesowego

4. Podsumowanie

Aktywność UE w zakresie ogólnego kształtowania jednolitej regulacji klauzuli antyabuzywnej jest dalece ogólnikowa, pozostawiając kwestie szczegółowych rozwiązań krajowym prawodawcom. Tego zadania podjął się w ostatnim czasie

⁴³ Założenia projektu, dz.cyt., s. 19.

polski minister finansów, publikując w kwietniu 2013 r. Założenia projektu zmian w Ordynacji podatkowej. Jak wynika z niniejszego opracowania, proponowane w Założeniach projektu rozwiązania, dotyczące klauzuli przeciw unikaniu opodatkowania, budzą liczne zastrzeżenia, zarówno w obrębie założeń ustrojowych, jak i projektowanych procedur. Najistotniejsza wątpliwość wynika już z samej istoty omówionej klauzuli, którą jest kontrola legalnych działań podatnika *ex post* i wyciąganie z nich negatywnych konsekwencji dla podatnika. Akceptacja takiego rozwiązania byłaby możliwa tylko przy stwierdzeniu, że jest to niezbędne dla ochrony istotniejszych wartości konstytucyjnych, co w obecnych warunkach trudno sobie wyobrazić. Już tylko to każe powątpiewać w możliwość takiego normatywnego ujęcia omawianej klauzuli, które pozostawać będzie w zgodzie z Konstytucją i które jak zauważają Bogumił Brzeziński i Agnieszka Olesińska oparłoby się krytyce Trybunału Konstytucyjnego⁴⁴.

Propozycje zmian budzą zresztą cały szereg wątpliwości, dotyczących zwłaszcza konstytucyjności proponowanych rozwiązań i ich zgodności z podstawowymi prawami człowieka oraz regulacją wspólnotową. Chodzi przy tym zwłaszcza o zasadę zaufania obywateli do państwa, pewności prawa i legalizmu działań władzy państwowej, a nadto równego traktowania i niedyskryminacji. Sugerowane w Założeniach projektu rozwiązania są wątpliwymi także z uwagi na wynikającą z nich kumulację odpowiedzialności podatnika oraz wprowadzenie do procesu obarczania tą odpowiedzialnością Rady, pozostającej poza strukturami władzy państwowej. Zakwestionowania wymagają także niektóre szczegółowe rozwiązania proceduralne, związane ze stosowaniem klauzuli antyabuzywnej. Zakładają one bowiem chociażby faktyczne ograniczenie dostępu do instrumentów ochronnych znakomitej części podatników. Wreszcie, proponowane zmiany powodują uzasadnione obawy dalszego, niepożądanego rozrostu aparatu administracyjnego i generowanych przez niego kosztów, a to przy braku właściwego ekwiwalentu w postaci obiektywnej i pozbawionej nadużyć oceny sytuacji prawnej podatnika. Jednocześnie należy pamiętać, że regulacja tego rodzaju była już przedmiotem oceny Trybunału Konstytucyjnego. Uchyleniu w 2004 roku ówczesnej regulacji klauzuli antyabuzywnej towarzyszyło przy tym szerokie omówienie przesłanek konstytucyjności takiej regulacji, które stanowić będzie punkt odniesienia przy badaniu kolejnych prób wprowadzenia klauzuli do porządku prawnego.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że skuteczne wprowadzenie klauzuli antyabuzywnej do prawa polskiego jest na obecnym etapie dalece wątpliwe, jeżeli w ogóle możliwe⁴⁵.

⁴⁴ Brzeziński B., Olesińska A., Klauzula normatywna..., dz.cyt., s. 293.

⁴⁵ Podobnie: B. Brzeziński, Zagadnienie konstytucyjności..., s. 693.

Literatura

- Bojarski W., Dajczak W., Sokala A., *Verba Iuris. Reguły i kazusy prawa rzymskiego*. Toruń: TNOiK "Dom Organizatora", 2000. ISBN 83-7285-021-6.
- Brzeziński B., Olesińska A., Klauzula normatywna zapobiegania unikaniu opodatkowania. W: Brzeziński B. (red.), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*. Toruń: TNOiK "Dom Organizatora", 2009. ISBN: 978-83-7285-466-7.
- Brzeziński B., Zagadnienie konstytucyjności klauzuli normatywnej zapobiegającej unikaniu opodatkowania. W: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2012. ISBN: 978-83-264-3923-0.
- Gordon-Trybus M., *Złota akcja i złoty akcjonariusz w świetle prawa polskiego na tle wybranych systemów prawnych państw obcych i prawa wspólnotowego*. Toruń: Europejskie Centrum Edukacyjne, 2006. ISBN: 83-88089-87-0.
- Grzybowski S., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa 1974.
- Grzybowski S., *System prawa cywilnego*. Tom I: *Część ogólna*. Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk: Zakład Narodowy imienia Ossolińskich - Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, 1974.
- Kalinowski M., *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*. Toruń: TNOiK "Dom Organizatora", 2001. ISBN: 83-7285-038-0.
- Karwat P., *Obejście prawa podatkowego*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2003. ISBN: 83-7284-510-7.
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*. Warszawa: Państwowe Wydaw. Naukowe, 1973.
- Litwińczuk H., Obejście prawa podatkowego w świetle doświadczeń międzynarodowych. *Przegląd Podatkowy* 1999, nr 9. ISSN 0867-7514.
- Maj I., *Polityka organów podatkowych w zakresie obejścia prawa podatkowego*. W: . Borszowski, P., Huchla, A., Rutowska-Tomaszewska E. (red.), *Podatnik versus organ podatkowy*. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa 2011. ISBN: 978-83-61370-92-5.
- Olesińska A., *Klauzula ogólna przeciwko unikaniu opodatkowania*. Toruń: TNOiK "Dom Organizatora", 2013. ISBN: 978-83-7285710-1.
- Powrót klauzuli obejścia prawa podatkowego w Polsce*. PricewaterhouseCoopers sp. z o. o. w Warszawie 2013 r., www.pwc.pl
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa: Wydaw. C. H. Beck 1993. ISBN: 83-01-11402-9.
- Radzikowski K., Normatywne podstawy koncepcji obejścia prawa podatkowego. *Przegląd Podatkowy* 2005, nr 9.
- Rochowicz P., Będzie światowy bat na optymalizację, *Rzeczpospolita* z dnia 6 września 2013 r.
- Rochowicz P., Ostrożnie z tymi klauzulami. *Rzeczpospolita* z dnia 28 maja 2013 r.
- Trzaskowski R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.* Kraków: Zakamycze 2005. ISBN: 83-7444-133-X.
- Wąsowicz W., Obejście prawa jako przyczyna nieważności czynności prawnej. *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1999, nr 1.
- Winiarz J. (red.) *Kodeks cywilny z komentarzem. Tom I*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1989. ISBN: 83-219-0389-4.

- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa: Wydaw. Prawnicze LexisNexis, 2001. ISBN: 83-7334-029-7.
- Zieliński T., Nieważność czynności sprzecznych z ustawą w prawie cywilnym, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1967, nr 2.

Akty normatywne i źródła towarzyszące pracom nad projektem legislacyjnym

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny*, Dz.U. 1964, Nr 16, poz. 93, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego*, Dz.U. 1964, Nr 43, poz. 296, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa*, tekst jedn. Dz.U. 2012, poz. 749 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, Dz.U. 2002, Nr 169, poz. 1387.
- Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług*, tekst jedn. Dz.U. 2011, Nr 73, poz. 392 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, Dz.U. 2005, Nr 143, poz. 1199.
- Zalecenia Komisji Europejskiej z dnia 6.12.2012 r. w sprawie agresywnego planowania podatkowego, C(2012)8806. Dostępny w World Wide Web: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_pl.pdf.
- Projekt Ministra Finansów z dnia 29 kwietnia 2013 r. – *Założenia projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw*, nr projektu ZD65. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161557/dokument72713.pdf>.
- Opinia Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów z dnia 5 lipca 2013 r. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161565/dokument84604.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=12%3A01&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013>.
- Pismo Rządowego Centrum Legislacyjnego z dnia 13 sierpnia 2013 r. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161562/dokument84602.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=13%3A09&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013>.
- Stanowisko Ministra Finansów z dnia 10 września 2013 r. Dostępny w World Wide Web: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/161550/161556/161565/dokument84605.pdf?lastUpdateDay=18.09.13&lastUpdateHour=12%3A29&userLogged=false&date=%C5%9Broda%2C+18+wrzesie%C5%84+2013>.

Orzecznictwo

Postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 1973 roku, sygn. akt III CRN 232/72, LEX 1630.

Wyrok SN z dnia 9 marca 1993 roku, sygn. akt I CR 3/93, LEX 3899.

Wyrok NSA z dnia 10 listopada 1994 r., SA/Po 1652/94, LEX 22870.

Uchwała SN z dnia 30 listopada 1994 roku, sygn. akt III CZP 130/94, LEX 4139.

Wyrok NSA z dnia 9 marca 1995 r., SA/Po 3673/94, LEX 22969.

Wyrok NSA z dnia 23 stycznia 1998 r., I SA/Łd 1054/97, LEX 32719.

Wyrok NSA z dnia 25 czerwca 1998 r., I SA/Po 1883/97, LEX 35484.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2004 r., K 4/03, LEX 112993.

Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 29 kwietnia 2011 r., I SA/Wr 1465/10.

**TAK ZWANA SEKTA JAKO ZORGANIZOWANA GRUPA
PRZESTĘPCZA ALBO ZWIĄZEK MAJĄCY NA CELU
POPEŁNIANIE PRZESTĘPSTW**

Piotr Chrzczonowicz

Abstrakt: Do problemu tzw. sekt nie można podchodzić obojętnie i nie można go nie dostrzegać. Rozwój cywilizacyjny z jednej strony poprawia warunki egzystencji człowieka i rozszerza jego horyzonty, z drugiej zaś może doprowadzić do degradacji czy deformacji wartości pojmowanych jako tradycyjne wektory społecznego ładu i sprzyjać powstawaniu dla nich alternatyw. Często takie „nowe aksjologie” prezentują różne sekty i niektóre współczesne zjawiska ze sfery konfesyjno - światopoglądowej. Autor opracowania zastanawia się nad możliwością porównania sekty, której przywódca i członkowie parają się działalnością przestępczą, do zorganizowanej grupy przestępczej albo związku mającego na celu popełnianie przestępstw w rozumieniu polskich regulacji prawnych (art. 258 kodeksu karnego). Wydaje się, że do sekt, z którymi łączy się działalność przestępcza – ze względu na specyfikę tego typu organizacji - na ogół bardziej adekwatne byłoby odniesienie nazwy związku przestępczego aniżeli zorganizowanej grupy przestępczej (choć należy podkreślić, że i taka forma organizacji przestępczej może wchodzić w grę).

Słowa kluczowe: sekta, przestępczość zorganizowana, zorganizowana grupa przestępcza, związek mający na celu popełnianie przestępstw.

JEL Classifications: Z12.

1. Wprowadzenie

Słowo „sekte” wielu kojarzy się przede wszystkim z grupą czy ruchem o charakterze religijnym „wyrastającym” z jednej z wielkich religii (a więc nie tylko z chrześcijaństwa, lecz także np. z judaizmu czy islamu), ale nie utożsamiającym się z nią, odszczepieńczym wobec niej. Sekta jest bytem zorganizowanym, który cechuje się posiadaniem własnego systemu aksjologicznego, własnej doktryny i przywódcy nazywanego najczęściej mistrzem, guru, „oświeconym” czy zbawicielem¹, choć pojawiają się i takie określenia, jak prorok a nawet bóg. Niektórzy znawcy problemu, dokonując analizy różnych jego aspektów, do pojęcia „sekte” - obok ruchów o proveniencji religijnej - włączają także ruchy paranaukowe oraz grupy o charakterze ekonomicznym, działające w systemie marketingu wielopoziomowego (ang. *multi-level marketing*) czy też uprawiające sprzedaż lawinową określonych dóbr (tzw. piramidy finansowe). Interesujący jest pogląd, że nawet grupy nie odwołujące się do transcendensu - Boga/bóstw, ale kultywujące inne wartości mogą być nazwane sektami religijnymi². Pogląd ten znajduje swe uzasadnienie w definicyjnym ujęciu religii jako zjawiska społeczno - kulturowego, którego istotę określa stosunek człowieka do *sacrum* (sfery świętości), przy czym bywa, że pojmowanie *sacrum* nie redukuje się li tylko do wiary w Boga/bóstwa, w demiurga, w jakąś świętą, nadprzyrodzoną istotę, lecz *sensu largo*. Jest pewną absolutną wartością, ideałem i celem ostatecznym, do którego człowiek usilnie zmierza, w który niezachwianie wierzy. Ktoś wierzy w omnipotencję rozumu, potęgę intelektu, moc własnej osobowości, możliwość naukowego wytłumaczenia wszechrzeczy czy kosmiczną genezę życia na ziemi - jest to dla niego esencja, jądro bytu, naczelna wartość, którą kultywuje - dlatego angażuje się w formacje paranaukowe scjentologów czy ufologów. Dla innego życiowym celem i spełnieniem jest sukces materialny i personalny, którego przejawem mogłoby być np. nabycie własności zamku nad Loarą, luksusowego jachtu na Morzu Egejskim czy wywołującego podziw otoczenia, napawającego dumą i dającego pewne przywileje wyróżnienia w stylu „prymus wśród handlowców”, toteż pragnie go osiągnąć „wsiakając” w strukturę piramidy finansowej i poddając się całkowicie tym, którzy stoją na jej wierzchołku i są ikonami takiego sukcesu. *Człowiek potrafi zabsolutyzować każdy byt relatywny. Kto odrzucił absolut, o którym mówi religia, ten kłęka przed absolutem własnej koncepcji - może być nim system, ideologia, rewolucja, ateizm - i może w tych absolutyzacjach znajdować zaspokojenie potrzeby kultu*³. Na ogół więc tam, gdzie jest mowa o sektach, przywoływane są na myśl zjawiska z obszaru ludzkiej religijności, choćby była to religijność zdeformowana, wypaczona czy karykaturalna (parareligijność czy pseudoreligijność).

¹ Por. Schmidtchen G., *Sekten und Psychokultur: Reichweite und Attraktivität von Jugendreligionen in der Bundesrepublik Deutschland*, Herder Freiburg – Basel – Wien, 1987, s. 7.

² Por. Co to jest sekta? Gdy każdy człowiek nie jest kimś niezwykłym. Rozmowa o Jacku Krzysztofowiczu OP z o. Robertem Plichem OP, *List* 2001, nr 3, s. 23-24.

³ Nowak A. J., *Satanizm*, Wrocław: Wyd. Św. Antoniego, 1995, s. 22.

2. Określenie sekty (atrybuty zjawiska)

W piśmiennictwie spotykamy się między innymi z określeniem sekt jako ruchów religijnego protestu. Choć formy protestu w odrębnych sektach mogą się różnić, zawsze występującą ich cechą charakterystyczną jest odrzucenie autorytetu przywódców religijnych głównego nurtu, a niekiedy autorytetu władz świeckich⁴. Wyróżniane są następujące cechy specyficzne sekty:

- misjonarska gorliwość (członkowie sekty z żarliwością prowadzą działalność rozpowszechniającą koncepcje sekty; wierzą, iż są w wyłącznym posiadaniu prawdy o Bogu i o jedynym posłaniu, które świat pragnie usłyszeć i bez którego czeka go zagłada i potępienie);
- charyzmatyczne przywództwo (zwolennicy przywódcy sekty wierzą w jego inność w stosunku do zwykłych śmiertelników oraz w jego wyjątkową moc);
- wyłączne prawo do prawdy (sekta uznaje swój monopol na prawdę; w jej mniemaniu prawdziwe zbawienie może być osiągnięte jedynie dzięki członkostwu w niej i zaakceptowaniu jej wierzeń, przyjęcie jej praktyk lub używanie zalecanych przez nią technik);
- nadrzędność grupy (sekta wierzy w swą elitarność; ponieważ członkowie sekty doświadczają wiedzy, znają prawdę lub stosują określone techniki, dochodzą do przekonania, iż wyróżniają się lub górują nad tymi, którzy nie należą do ich grona);
- ścisła dyscyplina (sekta sprawuje dokładną kontrolę nad wszystkimi niemal aspektami życia swych członków, przez co absorbuje ich czas w takim stopniu, że mają oni go niewiele na cokolwiek innego niż działalność dla sekty);
- dławienie indywidualności (w sekcie, w której nie ma miejsca na postawy buntownicze, dominująca jest część procesu kształcenia, zwłaszcza zaś nowicjuszy, koncentrująca się na dławieniu indywidualności; członkowie sekt wyrzekają się osobistej odpowiedzialności i całkowicie zawierają się swoim przełożonym; brak jest miejsca dla swobody myśli, interpretacji czy niezależności postępowania);
- doktrynalne odchylenia (sekty dodają do Biblii ludzkie źródło autorytetu; formułowane jest przekonanie, że to w ramach sekty lub przez jej przywódcę proponowana jest jedynie słuszna interpretacja Biblii; w sektach upowszechnia się wyobrażenie Boga różniące się od obrazu biblijnego; sekty wymagają od ludzi, aby sami przygotowali swoje zbawienie);

⁴ Zob. Nowak W., Sekty w Polsce a młodzież. W: Nowak W. (red.), *Sekty a młodzież w okresie przemian ustrojowych w Polsce*. Olsztyn: Wyższe Seminarium Duchowne Metropolii Warmińskiej „HOSIANUM”, 2001, nr 24, s. 9.

- występowanie technik zniewalania (przejawiają się one w izolowaniu zwerbowanych do sekty od ich dotychczasowego środowiska – rodziny i towarzystwa, w oddziaływaniu za pomocą rytuałów, które wprowadzają w trans i mają służyć wzmocnieniu poczucia bezpieczeństwa i przekonania o przynależności do grupy, w posługiwaniu się hermetycznym językiem; elementem zniewalania w sekcie jest systematyczne odmawianie „modlitewek” z jednoczesnym potępianiem „błędów” dotychczasowego życia i składaniem obietnic o porzuceniu go, a także propagowanie bezgranicznej wiary w zasady nowej nauki, które nie mogą być podważone)⁵.

Powyższe określenie sekty, poprzez wskazanie pewnego zespołu jej właściwości, jest jednym z wielu obecnych w naukowym obiegu. W innych określeniach „sekty”, spotykanych w przekazach naukowych, katalogi właściwości ją opisujących bywają bardziej lub mniej rozbudowane. Sekty wkomponowują się są w życie różnych społeczeństw i społeczności, gdyż poszukiwania transcendentnej (różnie wszak pojmowanej) towarzyszą człowiekowi od zarania jego istnienia i świadomości percepcji tej rzeczywistości, jaką jest istnienie człowieka i świata. Podkreślenia wymaga to, że pojęcie „sekta” może być rozumiane bardzo różnie i że zasadniczo – choć w odbiorze społecznym wzbudza ono najczęściej nieufność i kojarzy się negatywnie – powinno być traktowane jako neutralne. Pejoratywna ocena formułowana zaś winna być jedynie tam, gdzie jako wyznacznik bytu danej grupy (jej atrybut kardynalny) pojawia się destrukcyjność, obejmująca rozmaite postaci szkodliwego, zgubnego wpływu na jednostkę (jednostki) angażowane i angażujące się w sektę, w jej działalność, a także na dotychczasowe środowisko tych jednostek (relacje międzyosobowe, przede wszystkim rodzinne i towarzyskie lub zawodowe) oraz na społeczeństwo i państwo (chodzi tu o zachowania, które naruszają porządek prawny czy zasady współżycia społecznego).

Do problemu sekt nie można podchodzić obojętnie i nie można go nie dostrzegać. Rozwój cywilizacyjny z jednej strony poprawia warunki egzystencji człowieka i rozszerza jego horyzonty, z drugiej zaś może doprowadzić do degradacji czy deformacji wartości pojmowanych jako tradycyjne wektory społecznego ładu i sprzyjać powstawaniu dla nich alternatyw. Nierzadko alternatywy te są antonimami wartości powszechnie (większościowo) aprobowanych i uznawanych za fundament społeczeństwa, „przeciwwartościami” („antywartościami”), według których człowiek zaczyna się orientować, na których niwie buduje swoje życie. Często takie „nowe aksjologie” prezentują różne sekty i niektóre współczesne zjawiska ze sfery konfesyjno - światopoglądowej. Stają się one popularne, bo naturalny jest pęd człowieka, by w kogoś/coś wierzyć, komuś/czemuś zaufać, a tradycyjna wiara i tradycyjne związki wyznaniowe

⁵ Tamże, s. 11 – 12.

w oczach wielu ulegają pewnej inflacji, wydają się im „zatechle”, „sztywne”, „urzędowe”, staroświeckie, zbyt skomplikowane i nie nadążające za dynamicznie zmieniającym się światem czy wręcz nawet skompromitowane.

3. Działalność przestępcza związana z sektami a formy przestępczości zorganizowanej w ujęciu polskiego prawa karnego i kryminologii

Pomysł, aby porównać sektę, której przywódca i członkowie parają się działalnością przestępczą do zorganizowanej grupy przestępczej albo związku mającego na celu popełnianie przestępstw, nie jest nowatorski. Jednakże w literaturze kryminologicznej prezentuje się raczej pogląd o pośledniości, marginalności zjawiska przestępczości zorganizowanej sekt. Wskazuje się przy tym, że przestępczość taka wydaje się mieć niejednorodny charakter, gdyż odnaleźć w niej można niekiedy elementy hedonistyczne (chodzi tu o uprawianie działalności zakazanej przez prawo, lecz dostarczającej osobom w niej uczestniczącym satysfakcji lub rozrywki np. przestępstwa seksualne czy używanie narkotyków), jak też podkład polityczny oraz ekonomiczny. Podkreśla się ponadto, że o specyfice przestępczości łączącej się z funkcjonowaniem sekt decyduje też podkład emocjonalny i elementy myślenia magicznego⁶.

Z pewnej perspektywy czasu, na podstawie wielu wydarzeń na świecie widać, że przestępczość zorganizowana łączona z działalnością pewnych sekt, czasem przybierająca nawet bardzo groźne formy (jak wiązana z pewnymi grupami działalność terrorystyczna⁷), dynamizuje się i staje się przedmiotem zainteresowania nie tylko organów stojących na straży porządku prawnego i sprawujących wymiar sprawiedliwości, ale także - w coraz większym stopniu - osób odpowiedzialnych za tworzenie w poszczególnych państwach rozwiązań prawnych i instytucjonalnych, jak i ludzi nauki zajmujących się badaniem problematyki sekt.

Niekiedy działalność sekt wymaga wręcz oceny w kategoriach przestępczości zorganizowanej. Dość wspomnieć o medialnie nośnym wydarzeniu, jakim stało się użycie w marcu 1995 roku w tokijskim metrze trującego gazu sarin przez członków sekty *Aum Shinrikyo* (Najwyższa Prawda) Shoko Asahary (obecnie grupa ta, po pewnym przeobrażeniu się, nosi nazwę *Aleph*). Śmierć poniosło wówczas dwanaście osób, a obrażeń doznało kilka tysięcy innych. To wydarzenie spowodowało zdecydowaną reakcję państwa

⁶ Por. Blachut J., Gaberle A., Krajewski K., *Kryminologia*. Gdańsk: Wyd. Arche, 2004, s. 306 - 307.

⁷ Szerzej zob. np. Holyst B., *Terroryzm*. T. I, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2009, s. 327 i nast. ; Kippenberg H.G., *Gewalt als Gottesdienst. Religionskriege im Zeitalter der Globalisierung*, München: Verlag C.H. Beck, 2008, s. 11 i nast.

wobec tej grupy i jej lidera⁸. Japoński wymiar sprawiedliwości skazał Shoko Asaharę na karę śmierci przez powieszenie. Inny przykład pochodzi z „podwórka” europejskiego. Nie tak dawno temu, bo w lutym 2012 r., francuski wymiar sprawiedliwości stwierdził, iż działalność Kościoła Scjentologicznego we Francji pozwala uznać tę instytucję za zorganizowaną grupę przestępczą zajmującą się oszustwami⁹.

Przestępczość zorganizowana jak wskazuje się w piśmiennictwie uważana jest współcześnie za szczególnie niebezpieczną, lecz przekonaniu temu nie towarzyszy zgodność poglądów co do znaczenia tego pojęcia. Bezsporne jest, że przestępczość zorganizowana jest działalnością zespołową, a uczestników takich zespołów łączy więzi pozwalające im skuteczniej popełniać przestępstwa. Jako kontrowersyjne pojawiają się jednak inne zagadnienia: struktura zespołu, trwałość zespołu czy zakres powiązań zespołu¹⁰.

Z punktu widzenia polskich regulacji prawnych (art. 258 k.k.) i obecnych tam pojęć wyrażających wyższe formy zorganizowania działalności przestępczej, niektóre sekty mogłyby być oceniane jako zorganizowane grupy przestępcze albo związki mające na celu popełnianie przestępstw (jeśli oczywiście destrukcyjna działalność tych sekt obejmować będzie zachowania, które znajdują odwzorowanie w obowiązujących przepisach karnych, a nie jedynie takie, które w aspekcie prawa karnego wymagałyby stosowania ocen neutralnych). Wówczas pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osób uczestniczących w powyższych formach organizacyjnych następowałoby na podstawie jedynie stwierdzenia faktu (udowodnienia) ich partycypacji w takich grupach albo związkach. Odpowiedzialność przywódcy (guru) sekty destrukcyjnej zakwalifikowanej jako grupa bądź związek przestępny byłaby obojętna już z tego względu, że jest on jej założycielem czy że nią kieruje.

Co prawda, w jednym ze swoich wyroków Sąd Najwyższy - poświęcając uwagę pojęciu „związku” na gruncie prawa karnego materialnego – stwierdził, że odnoszenie tego pojęcia do wspólnoty o charakterze religijnym, wyznaniowym nie jest uzasadnione, gdyż wspólnota taka stanowi zbiorowisko ludzi, których łączy nie więź organizacyjna, lecz religijna: *[r]eligia wymaga*

⁸ Por. Hoffman B., *Oblicza terroryzmu*. Warszawa: Wyd. Politeja, 1999, s. 116 – 122. Szerzej o samej grupie, jej przywódcy, przejawach jej destrukcyjności (w tym o znamionach działalności terrorystycznej) i państwowej reakcji zob. np.: Szostak M., *Sekty destrukcyjne. Studium metodologiczno-kryminologiczne*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2001, s. 227-230 ; Klein S., *Tajne stowarzyszenia*. Warszawa: Wyd. Muza SA, 2007, s. 128-140 ; Holyst B., *Terroryzm*. T. 1, s. 364-368 ; Kruszevska A., *Terroryzm w sektach (m.in. Aum Shinrikyo – Najwyższa Prawda)*. W: Kamiński I., Płodowski M. (red.), *Sekty. Społeczne i prawno-polityczne aspekty zjawiska. Zbiór studiów*. Olsztyn: Wyd. Abigail, 2009, s. 294-299 ; Black R., *Tajne kultury zła*. Warszawa: Wyd. Bellona, 2010, s. 93-107.

⁹ Por. Wieliński B.T., Scjentolodzy jak mafia. *Gazeta Wyborcza* z dnia 3 lutego 2012 r., nr 28.7453, s. 10.

¹⁰ Por. Gaberle A., Przestępczość grupowa w Polsce jako zjawisko kryminologiczne i prawnokarne. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1998, Rok II, z. 1 – 2, s. 75 (zob. także strony następne).

wspólnoty i tworzy różne formy wspólnoty, w których ludzie wspólnie usiłują osiągnąć wartości proponowane przez religię. Wspólnota religijna nie jest jednak „związkiem” w rozumieniu przyjętym w nauce prawa karnego i orzecznictwie. Za cechy „związku” uznaje się pewne trwałe formy organizacyjne, oznaczone kierownictwo i określoną dyscyplinę członków. „Związek” to zespół osób lub nawet ogromne zbiorowisko ludzi, działających w celu urzeczywistnienia pewnych idei, założeń, zamierzeń, programów itp. – w ramach określonego wewnętrznego porządku, pewnych ustalonych struktur organizacyjnych, uznających określone kierownictwo i podporządkowujących się ustalonej dyscyplinie. Doszukiwanie się na użytek prawa karnego we wspólnotach religijnych, w tym także w strukturach hierarchii religijnej, zależności pomiędzy wyznawcami religii a osobami pełniącymi godności i zwierzchnictwo religijne, tych samych elementów, które charakteryzują tę formę organizacyjną społeczności świeckiej, jaka jest „związek”, jest nieporozumieniem. Zatem termin „związek religijny” w odniesieniu do konkretnego wyznania (wspólnoty religijnej) powinien być używany jedynie w znaczeniu potocznym¹¹. W doktrynie prawa karnego – w odniesieniu do powyższego wyводу Sądu Najwyższego – sformułowano opinię, że musiało tu chyba nastąpić nieporozumienie. Sądowi chodziło zapewne o to, że pojęcie związku, jakie użyte zostało w opisie ustawowym przestępstwa z art. 278 kodeksu karnego z 1969 r.¹² (tj. przestępstwa brania udziału w związku, którego istnienie, ustrój lub cel ma pozostać tajemnicą wobec organów państwowych), ma inne znaczenie niż pojęcie związku religijnego; inne bowiem kryteria odnoszą się do określenia pojęcia „związek religijny”, a inne do pojęcia „związek” w przepisach prawa karnego¹³. Na uwagę zasługuje pogląd, w myśl którego - choć nie należy doszukiwać się we wspólnotach religijnych koniecznie tych elementów, które składają się na określenie związku w rozumieniu prawa karnego – nie można jednak nie stosować karnoprawnego pojęcia związku do wspólnot religijnych, tam gdzie rzeczywiście wspólnota religijna wykazuje również cechy związku w rozumieniu prawa karnego (wynika to z zasady praworządności i ściśle z nią związanej zasady równości obywateli wobec prawa)¹⁴.

W innym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy wypowiedział się, iż [...] *Dopasowanie poszczególnych elementów charakteryzujących „związek” (przestępny lub tajny) do wspólnoty o charakterze religijnym i struktur hierarchii religijnej jest bezzasadne. Z faktu, że religia wymaga wspólnoty i tworzy różne formy wspólnoty, a osoby należące do tej wspólnoty uznają autorytet osób pełniących godności i zwierzchnictwo religijne, nie można wyprowadzać wniosku, że wspólnoty te są odbiciem tych form organizacyjnych społeczności świeckiej jakie obowiązuja w „związku”. Nie można także utożsamiać działania w celu urzeczywistnienia*

¹¹ Wyrok Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 12 stycznia 1994 r., II KRN 232/94, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 1995, z. 9, poz. 179, s. 394.

¹² Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. z dnia 14 maja 1969 r. nr 13, poz. 94 z późn. zm.)

¹³ Zob. Wąsek A., Glosa do wyroku Składu 7 Sędziów z 12 I 1995, II KRN 232/94, *Państwo i Prawo* 1996, z. 2, s. 111.

¹⁴ Tamże.

programu związku z postawą religijną wobec obiektu kultu religijnego”¹⁵. Polemika z poglądem przedstawionym w tym judykacie nie musiałaby jednak być przegrana¹⁶, a konstatacja ta wydaje się uprawniona choćby w obliczu przywołanego wyżej poglądu wyrażonego w doktrynie prawa karnego przez Andrzeja Wąska.

W każdej zorganizowanej grupie albo związku przestępczym, podobnie jak w pewnych sektach, można wskazać osobę odgrywającą istotną rolę w procesie tworzenia organizacji i jej strukturalnego wyodrębnienia, odpowiedzialną za werbowanie innych osób i pełniącą funkcję przywódcy. Osoba taka tworzy program i określa zadania, organizuje działania i egzekwuje należyte ich wykonanie¹⁷(w sekcie na przykład mogą one nosić nazwę „misji”).

W świetle art. 258 aktualnie obowiązującego kodeksu karnego¹⁸ penalizacji podlega sam udział, zakładanie lub kierowanie zorganizowaną grupą albo związkiem mającym na celu popełnianie przestępstw (w tym przestępstw skarbowych). Obojętne jest więc, czy doszło do popełnienia zamierzonych czynów, czy też nie, skoro fakt ten nie wchodzi do zestawu znamion zawartych w art. 258 k.k. Dobrowolny udział w sekcie, która funkcjonuje jako klasyczna grupa bądź związek przestępny oraz świadomość jej przestępnego celu, będzie skutkował dla członka takiej sekty odpowiedzialnością karną. Paweł Zakrzewski uważa, że niemożliwe jest potraktowanie udziału w takiej przestępczej grupie albo związku jako okoliczności łagodzącej wobec oddziaływania na jednostkę czynników związanych z psychologią grupy¹⁹, do których zalicza między innymi: subiektywne mniejsze poczucie odpowiedzialności, depersonalizację jednostki przejawiającą się w utracie przez nią wielu cech osobistych i upodobnieniu się do reszty otoczenia, podporządkowanie jej zachowania oczekiwaniom innych członków lub lidera (przywódcy) grupy²⁰. Zrzeszenia przestępne - w aspekcie kryminologicznym - wywołują efekt demoralizacji²¹.

Sąd nie może więc uznać za okoliczność łagodzącą dla sprawcy presji wywieranej przez grupę, nacisku na popełnianie przestępstw czy uzasadnionej obawy spełnienia groźby zastosowania sankcji przewidzianych w wewnętrznym

¹⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 1995 r., III KRN 122/95. W: Czernicka M. (oprac.), *Kodeks karny, Edycja 2003*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2003, s. 197- 198.

¹⁶ Por. Chrzczonowicz P., *Przestępczość związana z działalnością tzw. sekt destrukcyjnych w Polsce – charakterystyka zagadnienia*. W: Kamiński I., Płodowski M. (red.), dz.cyt., s. 203.

¹⁷ Por. Klepner M., Pojęcie „zorganizowanej grupy” i „związku przestępczego” w świetle polskiego prawa i orzecznictwa. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2000, rok IV, z. 2, s. 48.

¹⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

¹⁹ Por. Zakrzewski P., Z problematyki grupy przestępczej i przestępstwa grupowego. *Nowe Prawo* 1956. z. 5, s. 34 - 35.

²⁰ Tamże, s. 34 – 35.

²¹ Por. Chlebowicz P., Wybrane zagadnienia wykładni art. 258 k.k. W: Ćwiąkański Z., Artymiak G. (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*. Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer Polska, 2009, s. 706.

„kodeksie” grupy²². W ten sposób wyeliminowany zostaje w procesie karnym argument obrony, który mógłby stać się argumentem koronnym, obalającym linię oskarżenia. Oskarżony broniąc się, mógłby podnosić bowiem, że jest on człowiekiem zdominowanym przez grupę, że wypełniał znamiona czynu pod namową lub presją grupy, i gdyby nie te okoliczności nigdy nie popełniłby czynu przestępnego. Przestępstwem jest już sam udział w grupie czy związku przestępczym (uczestniczenie w działalności, sama przynależność i gotowość do spełnienia jakichkolwiek czynności służących funkcjonowaniu takiej grupy lub związku)²³ i w próbach uwolnienia się od odpowiedzialności karnej za ten czyn (albo jej zredukowania) jednostka mogłaby korzystać z dostępnych, możliwych tu kontratypów lub okoliczności wyłączających albo pomniejszających jej winę.

Między zorganizowaną grupą przestępczą a związkiem przestępczym istnieją jakościowe różnice. Lech Gardocki przytacza określenie związku za Leonem Tyszkiewiczem wskazując, że związek to trwały zespół ludzi (co najmniej trzech osób), posiadający cechy zorganizowania, a więc mający pewne zasady przyjmowania członków, zasady podporządkowania i dyscypliny oraz ustalone zakresy kompetencji związane z programem działania związku²⁴. Związek przestępczy jest zorganizowanym zespołem ludzkim (o wskazanych wyżej atrybutach), mającym na celu popełnianie przestępstw, wymagającym więzi organizacyjnej, gdyż zakłada dłuższe lub nawet trwale istnienie. Do charakteryzujących go elementów zalicza się:

- obowiązywanie zasad rekrutacji i usuwania członków;
- istnienie hierarchii przejawiającej się w ustaleniu kierownictwa;
- ustalenie zakresów kompetencji, podział zadań między poszczególne osoby;
- ustalony program i formy działalności; ustalenie obowiązków członków, które obejmują w szczególności podporządkowanie się poleceniom kierownictwa i istniejącym, określonym zasadom dyscypliny²⁵.

Czasem wskazywaną cechą związku jest tajność jego istnienia, ustroju lub celu²⁶. Dodać wypada, że Sąd Najwyższy wielokrotnie określał związek przestępny jako zespół osób działających we wzajemnym porozumieniu co do

²² Por. Klepner M., dz.cyt., s. 49.

²³ Por. np. Kalitowski M. W: Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2008, s. 978 ; Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2004, s. 538 – 539. ; Pływaczewski E. W: Wąsek A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2004, s. 368 – 369.

²⁴ Por. Gardocki L., *Prawo karne*. Warszawa: Wyd. C. H. Beck, 2004, s. 296.

²⁵ Por. Sońta C., Zorganizowana grupa i związek przestępny w polskim prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa – zarys problematyki. Część II, Konstrukcja prawna zorganizowanej grupy i związku przestępnego. *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1997, nr 2, s. 16.

²⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 1983 r., Rw 409/83, *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych* 1984, nr 6, poz. 128 (z głosem Rogali R.). Por. Kalitowski M., dz.cyt., s. 978.

ureczywistnienia wspólnych celów przestępnych i to w ramach określonego wewnętrznego porządku, wyrażającego się zwłaszcza w posiadaniu określonego kierownictwa oraz dyscypliny, której nieprzestrzeganie (np. w postaci niewykonywania poleceń kierownictwa) sprawia, że wobec członków związku wyciągane są określone konsekwencje²⁷. Natomiast, jeśli chodzi o zorganizowaną grupę pod pojęciem tym rozumieć należy zespół co najmniej trzech osób, zorganizowany w formie luźniejszej od związku. Struktura taka musi być czymś więcej niż porozumieniem z inną osobą, zawartym w celu popełnienia przestępstwa, to znaczy, że nie jest stworzeniem grupy zwykle przygotowanie przestępstwa (art. 16 § 1 k.k.)²⁸. Struktura taka posiada przywództwo i określony podział zadań²⁹. Zorganizowana grupa to ponadto coś więcej niż współsprawstwo czy luźna grupa osób zamierzających popełnić przestępstwo. W pojęciu zorganizowania mieszczą się warunki podstawowej wewnętrznej struktury organizacyjnej (choćby stopień zorganizowania nie był wysoki), jakaś trwałość, więzy organizacyjne w ramach wspólnego porozumienia, planowanie przestępstw, akceptacja celów, trwałość zaspokojenia potrzeb grupy, gromadzenie narzędzi popełniania przestępstw, podział ról, skoordynowany sposób działania, powiązania socjologiczno – psychologiczne pomiędzy członkami³⁰. Hierarchiczność i podporządkowanie nie zawsze muszą występować w strukturze będącej grupą zorganizowaną, choć z reguły tak jest³¹. Nie jest zatem wymagana jakaś specjalna wewnętrzna struktura organizacyjna grupy, jak też nie istnieje wymóg jej niezmiennego składu. Członków grupy łączyć musi wspólna chęć popełniania przestępstw, jak również gotowość do takich działań na rzecz grupy, które mogą sprzyjać popełnianiu przestępstw, ułatwić to³².

Odnotować wypada, że według działającego przy Organizacji Narodów Zjednoczonych Centrum ds. Przeciwdziałania Przestępczości Międzynarodowej (ang. *Center for International Crime Prevention*) przestępczość grupowa może przybierać następujące struktury organizacyjne:

- sztywnej hierarchii (ang. *rigid hierarchy, standard hierarchy*) - charakteryzuje się ona na ogół jednym przywódcą, ściśle przestrzeganą dyscypliną wewnętrzną, działaniami podejmowanymi przez podgrupy podporządkowane centrum decyzyjnemu oraz zazwyczaj obecnością silnych więzi o charakterze społecznym lub etnicznym;

²⁷ Zob. Rejman G. W: Bieńkowska E. i in. Rejman G. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2004, s. 609 – 610.

²⁸ Por. Gardocki L., dz.cyt., s. 296 – 297.

²⁹ Por. Marek A., dz.cyt., s. 538.

³⁰ Por. Plywaczewski E., dz.cyt., s. 366. Por. także: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 grudnia 2000 r., II AKa 184/00. *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2001, nr 1, poz. 26.

³¹ Por. Rau Z., *Przestępczość zorganizowana w Polsce i jej zwalczanie*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2002, s. 39 i nast.

³² Por. Cwiąkalski Z., Wybrane problemy wymiaru kary za przestępczość zorganizowaną. *Prokuratura i Prawo* 2001, nr 12, s. 7.

- hierarchii rozdzielonej, regionalnej (ang. *devolved hierarchy, regional hierarchy*) – występuje tu struktura hierarchiczna i podporządkowanie w realizowaniu poleceń, ale zarazem podgrupy działające regionalnie mają swoją własną hierarchię oraz przywódcę, jak również dysponują pewną autonomią w zakresie swego funkcjonowania (w podejmowaniu działań lub w dokonywaniu wyboru sposobu osiągnięcia wyznaczonych celów);
- hierarchicznego konglomeratu (ang. *hierarchical conglomerate, clustered hierarchy*) stanowiącego rodzaj zrzeszenia grup przestępczych (strukturalnie zróżnicowanych) z jednym ciałem nadzorującym – decyzyjnym, które może mieć charakter „parawanu” ochraniającego elementy składowe i zarządzać nimi lub jedynie generalnie nadzorować ich działania;
- grupy skupionej wokół tzw. „rdzenia” (ang. *core criminal group*) - poczynając od luźno powiązanej ze sobą grupy osób (rdzenia), które uważają, że pracują dla lub w ramach jednej organizacji, aż po grupy osób intensywniej kooperujących ze sobą dla podniesienia swej efektywności; zasadniczo mają one strukturę poziomą; wokół nich mogą pojawiać się inne osoby (tzw. „wolni strzelcy”, „eksperci”, pośrednicy) lub ich grupy, z których usług grupa „rdzeniowa” czasowo korzysta;
- zorganizowanej sieci przestępczej (ang. *organised criminal network*) – tworzą ją jednostki podejmujące wspólnie działalność przestępczą w często zmieniających się konfiguracjach personalnych; nie muszą one uważać się za jedną, stałą grupę; ich pozycja i udział zależy od ich predyspozycji, umiejętności lub kapitału, jaki może zostać wniesiony do przedsięwzięcia³³. Ukazana tu charakterystyka form organizacyjnych przestępczości jawi się jako bardzo pojemna – na tyle, aby móc poszukiwać w niej inspiracji i odniesień do zgłębiania i opisu rzeczywistości funkcjonowania pewnych sekt – tych występujących na nielegalnych rynkach, prowadzących działalność przestępczą.

Zagadnienie zorganizowanej przestępczości, w tym dyferencjacja między zorganizowaną grupą przestępczą a związkiem mającym na celu popelnianie przestępstw, stanowi w Polsce przedmiot licznych analiz naukowych. Można generalnie stwierdzić, że jeśli chodzi o rozróżnienie związku przestępczego i zorganizowanej grupy powyżej zaprezentowane ustalenia podzielane są obecnie przez doktrynę prawa karnego i judykaturę³⁴.

³³ Zob. van Dijk J., Shaw M., Buscaglia E., The TOC Convention and the Need for Comparative Research: Some Illustrations from the Work of the UN Center for International Crime Prevention. W: Albrecht H. J., Fijnaut C. (eds.), *The Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000*, Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim Max – Planck – Institut für Ausländisches und Internationales Strafrechts, 2002, s. 50 (za: Filipkowski W., Przemysłowość zorganizowana - ujęcie prawne i kryminologiczne. *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 12, s. 64 – 65).

³⁴ Por. Klepner M., dz.cyt., s. 57 – 64.

Wobec tego rozróżnienia wydaje się, że przy próbie zestawienia cech pewnych sekt dokonujących przestępstw w formach zorganizowanych, na ogół bardziej adekwatne byłoby odniesienie do takich organizacji nazwy związku przestępczego aniżeli zorganizowanej grupy przestępczej (choć należy podkreślić, że i taka forma organizacji przestępczej może wchodzić w grę). Sekta bowiem zazwyczaj ze swojej natury posiada koherentną strukturę z kierownictwem opartym na autorytecie i z subordynowanymi, wysoce zdyscyplinowanymi członkami. Karalność udziału w takiej sekcie – związku przestępczym – zależałaby od istnienia świadomości udziału w tej organizacji i woli realizacji przestępczego celu.

Dodać należy, że w na gruncie prawa karnego (w art. 258 k.k.) poza „zwykłą” zorganizowaną grupą przestępczą czy „zwykłym” związkiem mającym na celu popełnienie przestępstwa (w tym także skarbowego), mowa jest również o tego typu organizacjach mających charakter zbrojny oraz mających na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Branie udziału w takich organizacjach jest kwalifikowaną postacią przestępstwa brania udziału w „zwykłej” grupie lub związku przestępczym, i zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 (sankcja za przestępstwo w typie podstawowym wynosi od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności). Zbrojny charakter związku przestępczego bądź zorganizowanej grupy przestępczej wynika łącznie z objęcia celami tego związku (bądź tej grupy) popełniania przestępstw przy użyciu broni, zaopatrywania się przez przynajmniej niektórych członków takich organizacji przestępczych w broń, a ściślej – posiadania przez nich broni (broń nie musi być jeszcze użyta, wystarczy, że posiadano ją w celu użycia)³⁵. Jeśli chodzi o element kwalifikujący, jakim jest cel popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, to należy wskazać, że zgodnie z art. 115 § 2 k.k. przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu:

1. Poważnego zastraszenia wielu osób.
2. Zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności.
3. Wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej – a także groźba popełnienia takiego przestępstwa.

Innymi postaciami kwalifikowanymi w obrębie art. 258 k.k. są: zakładanie lub kierowanie „zwykłą” bądź zbrojną zorganizowaną grupą przestępczą albo związkiem przestępczym (zagrożone karą pozbawienia wolności od roku do lat

³⁵ Por. np. Plywachzewski E., dz.cyt., s. 369 – 370. ; Marek A., dz.cyt., s. 539. ; Kalitowski M., dz.cyt., s. 980.

10) oraz te same czynności, gdy chodzi o zorganizowaną grupę lub związek mające na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym (zagrożone karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3). Za „zakładającego” zorganizowaną grupę bądź związek przestępczy (czyli za organizatora takich form przestępczości zorganizowanej) uznaje się tego, kto doprowadził do powstania podstawowej struktury grupy czy związku (w tym przystąpienia doń wymaganej liczby osób, tj. co najmniej 3), a zatem inicjatora tych form organizacyjnych, ale także osoby współdziałające przy ich powstaniu, przede wszystkim przy ustalaniu założeń, programu i wyłonieniu kierownictwa³⁶. Zakładanie jest synonimem organizowania, kreowania, tworzenia. Związek będzie utworzony, jeśli spełnione zostaną wszystkie konieczne warunki dla jego bytu³⁷. „Kierującym” zorganizowaną grupą przestępczą lub związkiem przestępczym jest ten, kto pełni w strukturach takich organizacji funkcje władcze, wytycza, określa kierunek działalności i wydaje wiążące polecenia podległym członkom tych organizacji przestępczych³⁸. „Kierującym” będzie osoba stojąca na czele grupy lub związku przestępczego, odgrywająca wiodącą rolę w określaniu prowadzonej działalności³⁹.

Wypada zasygnalizować, że z mocy art. 259 k.k. nie podlega karze ten, kto dobrowolnie odstąpił od udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku przestępczym i ujawnił przed organem powołanym do ścigania przestępstw wszystkie istotne okoliczności popełnionego czynu lub zapobiegł popełnieniu zamierzonego przestępstwa (w tym i przestępstwa skarbowego).

W zwalczaniu przestępczości zorganizowanej, w tym także stanowiącej przejaw destrukcyjnej działalności różnych sekt, zastosowanie znajdują regulacje dotyczące współdziałania przestępczego⁴⁰. Piotr Kardas uważa, że istniejące w zakresie prawa karnego materialnego unormowania w obszarze podstaw odpowiedzialności za współdziałanie, zawierają rozwiązania dające podstawy do prowadzenia aktywnej polityki karnej, gdy chodzi o przestępczość zorganizowaną. Autor ten zaznacza jednocześnie, że wymagają one jednak stałego rozwoju i uzupełnienia dla bardziej efektywnego radzenia sobie z tego rodzaju przestępczością⁴¹. Odnosząc się zaś do wymiaru praktycznego stawiania czoła przestępczości zorganizowanej, z punktu widzenia skuteczności reakcji odpowiednich organów państwowych wobec jej przejawów, niewątpliwie olbrzymie i pierwszorzędne znaczenie mają działania służące rozbiciu

³⁶ Por. Marek A., dz.cyt., s. 539,

³⁷ Por. Plywaczewski E., dz.cyt., s. 370.

³⁸ Por. Marek A., dz.cyt., s. 539,

³⁹ Por. Kalitowski M., dz.cyt., s. 980.

⁴⁰ Szerzej na temat zwalczania przestępczości zorganizowanej z wykorzystaniem instrumentarium prawnego współdziałania przestępczego zob. Kardas P., Regulacja współdziałania przestępczego jako podstawa zwalczania przestępczości zorganizowanej. *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 10, 2002, s. 64 – 89.

⁴¹ Tamże, s. 89.

solidarności osób uczestniczących w tej formie przestępczości (innymi słowami pozwalające na rozerwanie wewnętrznych więzi, które warunkują istnienie i funkcjonowanie danej zbiorowości trudniącej się tą przestępczością). Jak bowiem wskazuje się w literaturze, *[n]ielegalność działania grup tworzonych w celu popełniania przestępstw powoduje, że znajdują się one w sytuacji sprzyjającej wytwarzaniu silnych więzi grupowych i „wzajemnej asekuracji” ich członków, a także silnej kontroli ich zachowania, gdyż wszystko to zmniejsza prawdopodobieństwo „wpadki”, a przy jej nastąpieniu ułatwia „wykręcenie się sianem”*⁴². W przypadku zbiorowości, gdzie spoiwem w obrębie relacji międzypersonalnych są kwestie światopoglądowe, przede wszystkim zaś religijne, złamanie wewnętrznej solidarności wydaje się być zadaniem bardzo skomplikowanym i zarazem wymagającym podejścia cechującego się nie tylko kompetentnym rozpoznaniem, ale i psychologicznym wyczuciem, delikatnością oraz ostrożnością.

4. Podsumowanie

W sytuacji, kiedy formułowane są nierzadko dość radykalne w wydźwięku postulaty zmiany prawa karnego w taki sposób, aby odrębnie kryminalizowało ono i penalizowało przejawy „sektarstwa” (wobec stwierdzenia braku właściwych po temu instrumentów penalnych w obowiązującym stanie prawa) czy też „windowało” zagrożenie karne (obostrzało odpowiedzialność) za czyny popełnione przez przywódców lub członków sekt, odwoływanie się do przepisów już istniejących, a mogących przyjść z pomocą w zapobieganiu problemowi sekt lub w walce z nim, wydaje się podejściem odpowiednim i bardziej rozsądnym. Wydaje się, że dostrzeżenie i potraktowanie z należytą powagą kwestii przestępczości łączącej się z aktywnością pewnych sekt nie musi prowadzić do zwiększenia katalogu przestępstw ani też do zbytnej represyjności prawa karnego (a więc rozbudowania penalnego arsenału), ponieważ takie zabiegi z polityczno-kryminalnego punktu widzenia miałyby raczej niekorzystne następstwa, jeśli chodzi o ich całościową ewaluację.

Literatura

- Black R., *Tajne kultury zła*. Warszawa: Wyd. Bellona, 2010. ISBN 978-83-11-11873-7.
Błachut J., Gaberle A., Krajewski K., *Kryminologia*. Gdańsk: Wyd. Arche, 2004. ISBN 83-87570-06-0.
Chlebowicz P., Wybrane zagadnienia wykładni art. 258 k.k. W: Cwiakalski Z., Artymiak G. (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji kar-*

⁴² Gaberle A., *Nierozłączna triada. Przestępczość – przestępca – społeczeństwo*. Gdańsk: Wyd. Arche s. c., 2003, s. 118.

- nych z 1997 r. i propozycji ich zmian. Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer Polska, 2009. ISBN 978-83-7601-452-4.
- Chrzczonowicz P., Przestępczość związana z działalnością tzw. sekt destrukcyjnych w Polsce – charakterystyka zagadnienia. W: Kamiński I., Płodowski M. (red.), *Sekty. Społeczne i prawno-polityczne aspekty zjawiska. Zbiór studiów*, Olsztyn: Wyd. Abigail, 2009. ISBN 83-908073-1-9.
- Co to jest sekta? Gdy każdy człowiek nie jest kimś niezwykłym. Rozmowa o Jacka Krzysztofowicza OP z o. Robertem Plichem OP. *List* 2001, nr 3. ISSN 0867-2342.
- Ćwiakalski Z., Wybrane problemy wymiaru kary za przestępczość zorganizowaną. *Prokuratura i Prawo* 2001, nr 12. ISSN 1233-2577.
- Gaberle A., Przestępczość grupowa w Polsce jako zjawisko kryminologiczne i prawno-karne. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1998, Rok II, z. 1 – 2. ISSN 1506-1817.
- Gaberle A., *Nierozłączna triada. Przestępczość – przestępca – społeczeństwo*. Gdańsk: Wyd. Arche s. c., 2003. ISBN 83-89356-04-X.
- Gardocki L., *Prawo karne*. Warszawa: Wyd. C. H. Beck, 2004. ISBN 83-7387-420-8.
- Hoffman B., *Oblicza terroryzmu*. Warszawa: Wyd. Politeja, 1999. ISBN 83-72272-89-1.
- Holyst B., *Terroryzm*. T. 1. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2009. ISBN 978-83-7620-083-5.
- Kalitowski M. W: Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2008. ISBN 978-83-7334-969-8.
- Kardas P., Regulacja współdziałania przestępczego jako podstawa zwalczania przestępczości zorganizowanej. *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 10. ISSN 1233-2577.
- Kippenberg H.G., *Gewalt als Gottesdienst. Religionskriege im Zeitalter der Globalisierung*. München: Verlag C.H. Beck, 2008. ISBN 978-3-406-49466-6.
- Klein S., *Tajne stowarzyszenia*. Warszawa: Wyd. Muza SA, 2007. ISBN 978-83-7495-0-817.
- Klepner M., Pojęcie „zorganizowanej grupy” i „związku przestępczego” w świetle polskiego prawa i orzecznictwa. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2000, rok IV, z. 2. ISSN 1506-1817.
- Kruszewska A., Terroryzm w sektach (m.in. Aum Shinrikyo – Najwyższa Prawda). W: Kamiński I., Płodowski M. (red.), *Sekty. Społeczne i prawno-polityczne aspekty zjawiska. Zbiór studiów*. Olsztyn: Wyd. Abigail, 2009. ISBN 83-908073-1-9.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2004. ISBN 83-7284-999-4.
- Nowak A. J., *Satanizm*. Wrocław: Wyd. Św. Antoniego, 1995. ISBN 83-85880-19-4.
- Nowak W., Sekty w Polsce a młodzież. W: Nowak W. (red.), *Sekty a młodzież w okresie przemian ustrojowych w Polsce*. Olsztyn: Wyższe Seminarium Duchowne Metropolii Warmińskiej „HOSIANUM”, nr 24, 2001. ISSN 1425-302X.
- Pływaczewski E. W: Wąsek A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. T. 2. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2004. ISBN 83-7247-848-1.
- Rau Z., *Przestępczość zorganizowana w Polsce i jej zwalczanie*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2002. ISBN 83-7333-104-2.
- Rejman G. W: Bięnkowska E., Kunicka-Michalska B., Rejman G., Wojciechowska J., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz* (red. G. Rejman). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2004. ISBN 83-7110-110-4.

- Schmidtchen G., *Sekten und Psychokultur: Reichweite und Attraktivität von Jugendreligionen in der Bundesrepublik Deutschland*. Herder Freiburg – Basel – Wien, 1987. ISBN 978-3451211058.
- Sońta C., Zorganizowana grupa i związek przestępny w polskim prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa – zarys problematyki. Część II, Konstrukcja prawna zorganizowanej grupy i związku przestępnego. *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1997, nr 2. ISSN 0137-7272.
- Szostak M., *Sekty destrukcyjne. Studium metodologiczno – kryminalistyczne*, Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze, 2001. ISBN 83-7333-059-3.
- van Dijk J., Shaw M., Buscaglia E., The TOC Convention and the Need for Comparative Research: Some Illustrations from the Work of the UN Center for International Crime Prevention. W: Albrecht H.-J., Fijnaut C. (eds.), *The Containment of Transnational Organized Crime: Comments on the UN Convention of December 2000*, Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim Max – Planck – Institut für Ausländisches und Internationales Strafrechts, 2002 (za: W. Filipkowski, Przestępczość zorganizowana – ujęcie prawne i kryminologiczne. *Prokuratura i Prawo* 2006, nr 12. ISSN 1233-2577.
- Wąsek A., Glosa do wyroku Składu 7 Sędziów z 12 I 1995, II KRN 232/94, *Państwo i Prawo* 1996, z. 2. ISSN 0031-0980.
- Wieliński B.T., Sjentolodzy jak mafia. *Gazeta Wyborcza* z dnia 3 lutego 2012 r., nr 28.7453. ISSN 0860-908X.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 grudnia 2000 r., II AKa 184/00. *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2001, nr 1, poz. 26. ISSN 1640-7334.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 1983 r., Rw 409/83, *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych* 1984, z. 6, poz. 128 (z glosą Rogali R.). PL ISSN 0030-6061.
- Wyrok Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 12 stycznia 1994 r., II KRN 232/94, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 1995, z. 9, poz. 179. ISSN 0867-1850.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 października 1995 r., III KRN 122/95. W: Czernicka M. (oprac.), *Kodeks karny. Edycja 2003*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2003. ISBN 83-7387-049-0.
- Zakrzewski P., Z problematyki grupy przestępczej i przestępstwa grupowego. *Nowe Prawo* 1956, z. 5. (OG. ZB. 120).

Akty prawne

- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. z dnia 14 maja 1969 r. nr 13, poz. 94 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

**ZARZĄDZANIE RYZYKIEM WALUTOWYM
PRZEZ NIEFINANSOWE SPÓŁKI
WCHODZĄCE W SKŁAD INDEKSU WIG30**

Alicja Mikołajewicz-Woźniak, Robert Siciński

Abstrakt: Przedmiotem artykułu są wybrane aspekty zarządzania ryzykiem walutowym przez niefinansowe spółki wchodzące w skład indeksu WIG30. Oszacowanie wrażliwości wyniku finansowego analizowanych firm na zmiany kursów walut pozwoliło na określenie znaczenia zarządzania ryzykiem walutowym dla funkcjonowania tych podmiotów. Ustalenie wykorzystywanych we wspomnianym procesie narzędzi stało się podstawą oceny podejmowanych działań. Wykazanie związku między rachunkowością zabezpieczeń a rezultatami procesu zarządzania ryzykiem walutowym umożliwiło zweryfikowanie, na ile związane z tym obszarem szanse są faktycznie wykorzystywane.

Słowa kluczowe: zarządzanie ryzykiem walutowym, instrumenty pochodne, hedging, rachunkowość zabezpieczeń.

JEL Classifications: G3.

1. Wprowadzenie

Pomimo zagrożeń, jakie niesie ze sobą ekspozycja walutowa związana z prowadzoną przez dany podmiot działalnością gospodarczą, nie wszystkie przedsiębiorstwa podejmują działania zmierzające do usystematyzowanego zarządzania

ryzykiem walutowym¹. Podejście poszczególnych przedsiębiorstw do tej kwestii jest bardzo zróżnicowane, możliwe jest natomiast wskazanie pewnych prawidłowości. Przeprowadzone badania dowodzą, że prawdopodobieństwo aktywnego zarządzania ryzykiem walutowym oraz stosowania instrumentów pochodnych w charakterze zabezpieczeń rośnie wraz ze wzrostem wielkości przedsiębiorstwa². Większym podmiotom łatwiej przychodzi też pokonywanie określonych barier utrudniających skuteczne zarządzanie wspomnianym obszarem – dysponują one na ogół wyspecjalizowanymi komórkami, koncentrującymi się na tym wycinku prowadzonej działalności, a paleta możliwych do wykorzystania przez nie narzędzi jest znacznie szersza niż ta dostępna mniejszym jednostkom. Z kolei konieczność upubliczniania informacji o danym podmiocie staje się dodatkowym motywatorem do podejmowania prób optymalizowania działań związanych z zarządzaniem ryzykiem walutowym, gdyż wszelkie decyzje mające wpływ na sytuację przedsiębiorstwa są skrupulatnie analizowane i oceniane przez analityków oraz inwestorów.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty można przyjąć założenie, że proces zarządzania ryzykiem walutowym przebiega najsprawniej w największych spółkach giełdowych. Poszukiwanie wzorów do ewentualnego naśladowania należy zatem rozpocząć od analizy działań podejmowanych we wskazanym obszarze przez niefinansowe spółki wchodzące w skład indeksu WIG30. Z tego też względu przedmiotem niniejszego artykułu są wybrane aspekty zarządzania ryzykiem walutowym przez podmioty zaliczane do wyszczególnionej grupy.

Za punkt wyjścia do dalszych rozważań przyjęto określenie stopnia narażenia wskazanych spółek na ryzyko walutowe (poprzez wykazanie deklarowanej przez nie wrażliwości wyniku finansowego na zmiany kursów walut). Umożliwiło to dokonanie oceny, na ile istotne dla sytuacji analizowanych podmiotów są działania związane z ograniczaniem ponoszonego ryzyka walutowego.

Jednak zasadniczym celem artykułu było ustalenie oraz ocena przyjętych metod i stosowanych narzędzi ograniczania ryzyka walutowego przez spółki niefinansowe wchodzące w skład indeksu WIG30. Płaszczyznę odniesienia stworzyły wyniki badań ankietowych przeprowadzone przez Narodowy Bank Polski w 2011 roku (odnoszące się do roku 2010), w ramach których na pod-

¹ Ponoszone przez dany podmiot ryzyko walutowe wynika z tego, że bieżąca pozycja, pozycja przyszłych okresów lub przewidywany przyszły składnik aktywów bądź pasywów, denominowany w walucie obcej, z przyczyn handlowych bądź bilansowych, będzie musiał zostać przeliczony na inną walutę, według kursu który nie został jeszcze określony. Bennett D., *Ryzyko walutowe - instrumenty i strategie zabezpieczające*. Warszawa: Wydawnictwo ABC, 2000, s. 28.

² Puchalska K., Tymoczko I., Szerokie ujęcie ekspozycji polskich przedsiębiorstw niefinansowych na ryzyko walutowe. Źródło i skala ekspozycji oraz metody zarządzania ryzykiem walutowym. *Narodowy Bank Polski. Materiały i Studia* 2013, zeszyt nr 293, s. 61-62.; Kalinowski M., *Ryzyko walutowe. Zarządzanie ryzykiem w przedsiębiorstwie*. Warszawa: CeDeWu, 2012, s. 106.

stawie odpowiedzi ankietowanej próby oceniono zarządzanie ryzykiem walutowym ogółu działających w Polsce przedsiębiorstw niefinansowych.

2. Wrażliwość wyniku finansowego spółek z indeksu WIG30 na ryzyko walutowe

Zarządzanie ryzykiem walutowym staje się zasadne wyłącznie sytuacji, gdy dany podmiot posiada tzw. ekspozycję walutową, co oznacza, że po przeliczeniu na walutę krajową realizowane przez niego przepływy pieniężne, osiągnane wyniki finansowe albo wartości pozycji bilansowych uzależnione są od poziomu kursu walutowego. Taka sytuacja ma miejsce, gdy część wpływów lub wypływów danej jednostki bądź jej aktywów, czy zobowiązań jest denominowana w którejś z walut obcych (albo jest wobec takiej waluty indeksowana).

Wśród 21 niefinansowych spółek wchodzących w skład indeksu WIG30, tylko jedna – spółka Lubelski Węgiel Bogdanka – zgodnie ze składanymi deklaracjami nie ponosi ryzyka walutowego związanego z prowadzoną działalnością. Pozostałe spółki są na ten rodzaj ryzyka narażone, choć jego poziom w przypadku poszczególnych podmiotów jest zróżnicowany.

Mając na uwadze powyższe badaniu poddanych zostało 20 niefinansowych spółek wchodzących w skład indeksu WIG30, posiadających w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą ekspozycję na co najmniej jedną z walut obcych. Analizę prowadzono w oparciu o dane zamieszczone w skonsolidowanych raportach rocznych za rok 2012, publikowanych na stronach internetowych badanych spółek.

W celu wykazania potencjalnego wpływu kursów walut na działalność rozpatrywanych podmiotów określona została wrażliwość osiąganego przez nie wyniku finansowego na zmianę owych kursów. Wrażliwość ta ma na celu ustalenie wpływu potencjalnej aprecjacji i deprecjacji waluty funkcjonalnej na wynik netto jednostki.

Podawana w raportach okresowych wrażliwość wyniku finansowego odzwierciedla ryzyko faktycznie ponoszone przez daną spółkę, uwzględniając już efekt wdrożonych rozwiązań zmierzających do zredukowania ponoszonego ryzyka walutowego. Ujmuje bowiem wpływ stosowanych przez dany podmiot zabezpieczeń, w tym instrumentów pochodnych, ograniczających zmienność wyniku finansowego spółki.

W celu zapewnienia pewnej porównywalności między informacjami publikowanymi przez poszczególne spółki, autorzy zdecydowali się na oszacowanie wrażliwości osiągniętych przez nie wyników finansowych na zmianę kursów uwzględnianych walut o 5% od poziomów kursów zastosowanych przy obliczaniu wspomnianych wyników. W przypadku posiadania przez spółkę ekspozycji na więcej niż jedną walutę obcą przyjęto, że wrażliwość wyniku finansowe-

go na zmiany kursów wszystkich branych pod uwagę walut jest sumą zmian wyniku finansowego wywołanych zmianą kursów każdej z walut z osobna³.

Autorzy są świadomi, iż rzeczywista zmiana wyniku finansowego wywołana jednoczesną zmianą kursów dwóch lub większej liczby walut nie byłaby prostą sumą zmian następujących przy zmianie poziomu kursu każdej z nich oddzielnie. Jednak relacje między kursami walut, na które analizowane spółki najczęściej posiadały ekspozycję – mianowicie na euro oraz dolara amerykańskiego – pozwoliły uznać opisane uproszczenie za dopuszczalne i nie wpływające negatywnie na efekt badania. Takie podejście może zostać uzasadnione m.in. poprzez odwołanie się do wyników badania korelacji kursów USD/PLN i EUR/PLN przeprowadzonego przez Janusza Bilskiego, które dowiodło występowania dodatniej korelacji między kursami tych dwóch par walutowych⁴. Jej występowanie wskazuje, iż aprecjacji dolara względem złotego towarzyszy na ogół aprecjacja euro w stosunku do polskiej waluty. W tej sytuacji zmiany kursów obydwu walut nie prowadzą do zniesienia ryzyka zagregowanego.

Większość objętych badaniem spółek w sporządzanych zestawieniach prezentowała wrażliwość wyniku finansowego na pięcioprocentowe zmiany kursu uwzględnianych walut. W przypadku bazowania przez niektóre podmioty na odmiennych założeniach (zmiernych do określenia wpływu zmian kursu walutowego o 8%, 10%, czy 15% na wynik finansowy) przyjmowano, iż wpływ zmian kursu na oszacowane zmiany wyniku finansowego jest proporcjonalny i dokonywano odpowiedniego przeliczenia podanych wartości. W sytuacji, gdy publikowane przez dany podmiot informacje odnosiły się do wrażliwości zysku brutto, ustalone zmiany wyniku finansowego były korygowane o wysokość stopy podatku dochodowego od osób prawnych obowiązującego na terenie Polski.

Przyjęta metoda szacowania wrażliwości wyniku finansowego na zmiany kursów walut obcych (sprowadzająca się do określenia potencjalnych zmian tego wyniku wywołanego pięcioprocentową zmianą kursu uwzględnianych walut) nie mogła zostać zastosowana w przypadku grupy KGHM. Podmiot ten wykorzystał odmienny sposób prezentacji wrażliwości wyniku finansowego na zmiany kursów walut, nie pokazując zmiany wyniku, jaka miałaby miejsce w przypadku zmiany kursów walut o określony procent, lecz wskazując w jakich okolicznościach doszłoby do wzrostu lub spadku osiągniętego wyniku o 95%

³ Spółki zachowujące Międzynarodowe Standardy Sprawozdawczości Finansowej mają obowiązek przedstawienia tzw. wrażliwości zagregowanej, obrazującej wpływ zmiany wszystkich kursów walutowych wskazanych w sprawozdaniu o założony procent na osiągnięty wynik. Większość spółek objętych badaniem dokonuje jednak analizy wrażliwości odrębnie dla poszczególnych walut. Rozwiązanie takie w bardziej przejrzysty sposób prezentuje ekspozycję stosujących je spółek na ryzyko walutowe.

⁴ Bilski J., *Korelacje kursów EUR, USD, PLN w perspektywie udziału złotego w ERM II* [on-line]. [Dostęp 24.11.2013]. Dostępny w World Wide Web: <http://www.msg.uni.lodz.pl/upload/Korelacje%20kurs%C3%B3w%20EUR,%20USD,%20PLN%20w%20perspektywie%20udzia%C5%82u%20z%20otego%20w%20ERM%20II.pdf>, dostęp dnia 24.11.2013

Publikowane przez KGHM informacje okazały się niewystarczające do przeliczenia podanej wrażliwości wyniku finansowego na zmianę kursów walut obcych w sposób pozwalający na jej sprowadzenie do wspólnego „mianownika” z pozostałymi objętymi badaniem spółkami⁵.

W przypadku wspomnianych pozostałych spółek wpływ zmian kursu walut na osiągnięty wynik finansowy był symetryczny, co oznacza, że wzrost kursu danej waluty obcej o 5% w takim samym stopniu zmieniał wynik finansowy, jak spadek tej waluty o podaną wartość, z tym że zmiany wyniku finansowego następowały w przeciwnych kierunkach. Znaczący wpływ na tą sytuację miały wykorzystywane instrumenty zabezpieczające o tzw. symetrycznym ryzyku (kontrakty terminowe i swapy walutowe) oraz stosowanie hedgingu naturalnego.

Tabela 1 pokazuje, iż w przypadku pięcioprocentowej zmiany uwzględnianych kursów walut obcych wynik finansowy ponad jednej trzeciej niefinansowych spółek wchodzących w skład indeksu WIG 30 uległby zmianie o więcej niż 5%. Średnia wrażliwość wyniku finansowego badanych jednostek na pięcioprocentową zmianę kursu walutowego wynosiła 6,28%.

Biorąc pod uwagę to, że wykazana ekspozycja walutowa uwzględnia już efekt działania wykorzystanych transakcji zabezpieczających oraz to, że badano wpływ zaledwie pięcioprocentowej zmiany kursu walutowego, można stwierdzić, że potencjalna zmienność wyniku finansowego spowodowana wahaniami kursów walut, na które spółki te posiadają ekspozycję, jest nadal duża. Jeśli uwzględnimy historyczne zmiany kursów walut takich jak euro, czy dolar amerykański (przekraczające niekiedy 30%) oraz ich ewentualny wpływ na osiągane przez spółki wyniki finansowe, to zagrożenia związane ze zmianami tych kursów dla objętych badaniem podmiotów należy uznać za znaczące.

Dalsza analiza ma celu ustalenie wykorzystywanych metod zarządzania ryzykiem walutowym przez badane spółki, ocenę efektów podejmowanych w tym zakresie działań oraz zweryfikowanie możliwości dalszej redukcji wspomnianego rodzaju ryzyka.

⁵ Spowodowane to było wykorzystaniem przez ten podmiot asymetrycznych struktur opcyjnych (takich jak „mewa”), w skład których wchodziły opcje nabywane (stanowiące faktyczne zabezpieczenie przewidywanych przepływów pieniężnych) oraz opcje wystawiane (mające przynajmniej w części charakter spekulacyjny). Te ostatnie były włączane do tworzonych struktur w celu obniżenia premii, do których zapłaty zobligowana była grupa KGHM w związku z nabywaniem kontraktów opcyjnych pełniących rolę zabezpieczeń. W przypadku wzrostu kursu złotego do poziomu przekraczającego kursy wykonania wystawionych opcji sprzedaży, zmienność wyniku finansowego grupy znacząco wzrastała. Uniemożliwiałoby to przyjęcie założenia o proporcjonalnym wpływie zmian kursu walutowego na osiągany wynik finansowy.

Tab. 1. Względna zmiana wyniku finansowego analizowanych spółek spowodowana zmianą kursów uwzględnianych walut o 5%

Spółka z WIG 30	Względna zmiana zysku netto spowodowana 5-procentową zmianą kursów walut
PKN Orlen	6,33%
PGE	0,68%
PGNIG	6,49%
LPP	2,22%
TP	3,92%
Tauron	0,08%
Asseco	Nie określono
Cyfrowy Polsat	11,73%
Grupa Azoty	1,48%
Jastrzębie	0,30%
CCC	13,16%
Synthos	1,48%
TVN	20,00%
Lotos	23,96%
Kernel	0,54%
Enea	0,30%
GTC	Nie określono
Netia	0,05%
Boryszew	14,16%
Średnia wartość	6,28%

Źródło: opracowanie własne na podstawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych objętych badaniem spółek za rok 2012.

3. Stosowanie rachunkowości zabezpieczeń a zarządzanie ryzykiem walutowym

Obszar zarządzania ryzykiem walutowym jest ciągle tym, którego modyfikacja daje polskim przedsiębiorstwom szanse na poprawę wyników prowadzonej działalności gospodarczej (a przynajmniej na zapewnienie większej stabilności i przewidywalności osiągniętych rezultatów). Znaczna część firm posiadających

ekspozycję walutową nie podejmuje działań zmierzających do redukcji ponoszonego w tym zakresie ryzyka, choć sytuacja wraz z upływem czasu (i gromadzenia kolejnych doświadczeń) ulega poprawie. Wyniki przeprowadzonych przez NBP badań wskazują na wyraźny wzrost odsetka przedsiębiorstw aktywnie zarządzających ryzykiem walutowym. W 2007 roku około 50% ankietowanych podmiotów deklarowało aktywne zarządzanie ryzykiem walutowym⁶. W 2011 roku takie podejście cechowało już 70% ogółu firm, przy czym widoczna była znaczna rozbieżność między odsetkiem małych i średnich aktywnie zarządzających ryzykiem walutowym (których było mniej niż 60%) a odsetkiem dużych spółek podejmujących takie działania (których było więcej niż 80%)⁷.

Duże przedsiębiorstwa w 60% przypadków dokonywały operacji zabezpieczających w sposób regularny, podczas gdy w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw takie podejście stosowało jedynie 42% podmiotów⁸.

W przypadku oceny działalności spółek wchodzących w skład indeksu WIG30 nie stawia się jednak pytań, czy podejmują one jakiegokolwiek działania związane z zarządzaniem ryzykiem walutowym, lecz weryfikuje się w jaki sposób podmioty te radzą sobie z rozwiązywaniem problemów pojawiających się w związku z posiadaną ekspozycją walutową. W tej grupie na nieodnoszenie się w publikowanych sprawozdaniach finansowych do kwestii kontrolowania i ograniczania ryzyka walutowego mogą sobie pozwolić wyłącznie te spółki, które wspomnianego rodzaju ryzyka w ogóle nie ponoszą.

Zarządzanie ryzykiem może przybierać w przedsiębiorstwie różnorodne formy a cały proces może mieć mniej lub bardziej sformalizowany charakter. Opracowanie określonych procedur nie musi wiązać się z rozpoczęciem stosowania tzw. rachunkowości zabezpieczeń, jednak wprowadzenie tej ostatniej potwierdza opracowanie przez dany podmiot polityki zabezpieczeń⁹. Polityka ta określa cel podejmowanych działań oraz precyzuje dopuszczalny poziom zabezpieczeń, możliwe do wykorzystania instrumenty i zasady tworzenia określonych relacji zabezpieczeniowych.

Wspomniana rachunkowość zabezpieczeń jest fakultatywnym sposobem ujmowania instrumentów finansowych w księgach rachunkowych stosującego ją podmiotu, wymagającym wyszczególnienia pozycji przez te instrumenty zabezpieczanych, którymi stają się określone pozycje bilansowe lub oczekiwane wpływy bądź wypływy walutowe danej jednostki. Tworzone w ten sposób relacje zabezpieczeniowe zapewniają wzajemną kompensację zmian wartości in-

⁶ Tymoczko I., Sposoby zabezpieczenia się polskich przedsiębiorców przed ryzykiem kursowym *Kredyt i Bank* 2009, nr 3, s. 77.

⁷ Puchalska K., Tymoczko I., *Szerokie ...*, dz.cyt., s. 51-52.

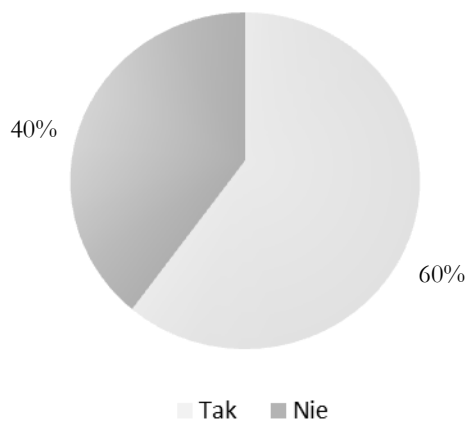
⁸ Tamże, s. 52

⁹ Czajor P., *Rachunkowość instrumentów finansowych*. Gdańsk: ODDK, 2010, s. 169.

strumentu zabezpieczającego i pozycji zabezpieczanej, eliminując tym samym wpływ zabezpieczanego ryzyka na osiągnięty wynik finansowy¹⁰.

Rachunkowość zabezpieczeń poprzez nałożenie na spółkę obowiązku sporządzania dokumentacji relacji zabezpieczeniowej, wskazania czynnika ryzyka, czy ciągłej oceny efektywności zabezpieczenia, w połączeniu z uniemożliwieniem stosowania w charakterze zabezpieczeń strategii obciążonych dodatkowym ryzykiem, pozwala na przyjęcie założenia o braku negatywnego wpływu zawieranych transakcji zabezpieczających na wynik finansowy¹¹.

Narzucony przez rachunkowość zabezpieczeń sposób prezentacji instrumentów pochodnych w sprawozdaniach finansowych ma też dodatkową zaletę – umożliwia odbiorcom tych dokumentów weryfikację intencji zawarcia określonych transakcji, w szczególności derywatów, pozwalając na rozróżnienie instrumentów spekulacyjnych od hedgingowych. Opisany sposób prezentacji informacji jest znacznie bardziej transparentny niż „tradycyjny”, jednak nie wszystkie spółki decydują się na jego wprowadzenie.



Rys. 1. Stosowanie rachunkowości zabezpieczeń przez niefinansowe spółki z WIG30 posiadające ekspozycję walutową

Źródło: opracowanie własne na podstawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych objętych badaniem spółek za rok 2012.

Spośród przedsiębiorstw objętych badaniem tylko 12 stosuje rachunkowość zabezpieczeń, publikując informacje o zawartych transakcjach pochodnych zgodnie z przedstawioną wyżej konwencją. Udział tych podmiotów w ogóle objętych analizą spółek prezentuje rysunek 1. Podmioty te są zobligowane do opierania prowadzonych przez siebie działań w zakresie zarządzania

¹⁰ Sulik-Górecka A., Sprawozdawcze konsekwencje zabezpieczania ryzyka kursu walutowego. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki finansowe, Ubezpieczenia* 2011, nr 41, s. 671.

¹¹ *Międzynarodowe Standardy Sprawozdawczości Finansowej*. MSR39, par. 88.

ryzykiem na opracowanej polityce zabezpieczeń i przestrzegania narzuconych wewnętrznymi regulacjami procedur.

Deklarowanie stosowania rachunkowości zabezpieczeń w praktyce nie musi się jednak przekładać na tworzenie relacji zabezpieczeniowych w stosunku do obarczonych ryzykiem walutowym pozycji bilansowych bądź przepływów pieniężnych. Przykładem takiej sytuacji są działania (a właściwie ich brak) odzwierciedlane w sprawozdaniach finansowych spółki LPP. Podstawową walutą rozliczeniową dla większości przeprowadzanych przez nią transakcji zakupu towarów handlowych jest dolar amerykański, natomiast większość wpływów ze sprzedaży osiągnięta jest w walucie krajowej. Dodatkowym czynnikiem zwiększającym ekspozycję walutową jest rozliczenie czynszów powierzchni handlowych w euro. Oznacza to znaczną wrażliwość wyniku finansowego na zmiany kursu wymienionych walut. Spółka zdaje się bagatelizować istniejące w tym obszarze zagrożenie, deklarując możliwość częściowego przeniesienia wzrostu kursu dolara amerykańskiego na nabywców końcowych dzięki kalkulacji ceny sprzedaży produktu na chwilę przed wprowadzeniem go na rynek. Takie podejście sugeruje, że spółka może sobie pozwolić na niezabezpieczanie otwartych pozycji walutowych. Kwestia możliwości przerzucenia niekorzystnych z punktu widzenia tego podmiotu zmian kursu waluty na klientów spółki jest jednak co najmniej dyskusyjna. Trudno bowiem oczekiwać, iż powodowany takim działaniem wzrost cen oferowanych produktów nie odbije się negatywnie na wielkości realizowanej sprzedaży, a tym samym nie wpłynie na obniżenie uzyskiwanego wyniku finansowego. Samo przyjęcie założenia, że możliwe jest przerzucenie na odbiorców wzrostu kursu nie prowadzi do faktycznego zmniejszenia wpływu zmian kursu waluty na osiągnięty wynik.

Biorąc pod uwagę powyższe można stwierdzić, że samo stosowanie rachunkowości zabezpieczeń nie jest wyznacznikiem wdrażania i skuteczności wykorzystania strategii hedgingowych. Potwierdza jedynie, że dany podmiot ma opracowaną politykę zabezpieczeń i procedury związane z zawieraniem transakcji zabezpieczających.

Praktyka pokazuje niestety, że procedury te nie zawsze są przestrzegane. Deklarowanie przez spółkę wykorzystania instrumentów pochodnych wyłącznie w charakterze zabezpieczeń nie zawsze jest zgodne ze stanem faktycznym, czego potwierdzenie stanowią przykłady stosowania przez polskich eksporterów w latach 2007-2008 tzw. toksycznych struktur opcyjnych¹². Struktury te, często wykazywane pierwotnie jako transakcje zabezpieczające, przy nagłej deprecjacji złotego doprowadziły do wygenerowania ogromnych strat, dowodząc, że wykorzystane złożenia instrumentów pochodnych raczej zwiększały ryzyko walutowe

¹² Boczkowski A., *Hedging – sposób na bogactwo, czy bankructwo*. Warszawa: Bonnier Business Polska, 2011, s. 48-50, 132-133.

ponoszone przez spółkę niż je redukowały¹³. Stosowana przez część wspomnianych spółek rachunkowość zabezpieczeń nie zapewniła więc skuteczności wykorzystania określonych narzędzi mających w założeniu prowadzić do ograniczania ponoszonego ryzyka.

Ryzyko walutowe może być zresztą doskonale zarządzane, zaś ekspozycja znoszona bez wykazywania tego w sprawozdaniach. Rachunkowość zabezpieczeń posiada jednak dodatkową olbrzymią zaletę – pozwala na łączne ujmowanie rozliczeń transakcji, których przedmiotem są instrumenty pochodne, z wynikiem pozycji zabezpieczanej. Pozwala to nie tylko na korzystniejszą prezentację rezultatów prowadzonej działalności gospodarczej¹⁴, ale umożliwia także lepszą kontrolę skuteczności wykorzystanych zabezpieczeń. Następuje to poprzez weryfikowanie, na ile te ostatnie rzeczywiście zapewniają zmniejszenie zmienności wyniku finansowego spowodowanej wahaniami kursów walut obcych, na które dany podmiot posiada ekspozycję.

Czytelne powiązanie transakcji zabezpieczających z zabezpieczanymi pozycjami pozwala również na bardziej precyzyjne szacowanie przyszłych przepływów pieniężnych spółki, których zdyskontowana wartość staje się podstawą jej wyceny. Zakładane przyszłe przepływy pieniężne danego podmiotu mogą bowiem nie uwzględniać wpływu pewnych czynników makroekonomicznych, utrudniając szacowanie rezultatów prowadzonych przez dany podmiot działań (w szczególności zyskowności realizowanych projektów). Wykorzystanie właściwego instrumentu zabezpieczającego prowadzi do wyeliminowania ekspozycji spółki na określony czynnik całkowicie od niej niezależny (którym w analizowanym przypadku są kursy walut obcych). Dzięki temu prawdopodobieństwo osiągnięcia zakładanych przepływów pieniężnych wzrasta.

Uzyskiwana dzięki stosowaniu rachunkowości zabezpieczeń czytelność związku między instrumentem zabezpieczającym a pozycją zabezpieczaną wpływa zatem na redukcję postrzeganego przez inwestorów i analityków ryzyka związanego z działalnością danej spółki. Mniejsze ryzyko zmniejsza z kolei oczekiwania odnośnie stopy zwrotu wymaganej za udostępnienie spółce potrzebnego kapitału. Przy danych nominalnych wartościach przepływów pieniężnych, mniejsza stopa dyskontowa zapewnia wyższą wartość bieżącą tych przepływów, a tym samym wyższą wycenę spółki.

Spółka decydująca się na stosowanie zabezpieczeń powinna zatem, zdaniem autorów, wykazywać owe zabezpieczenia w swoich sprawozdaniach finan-

¹³ Mikołajewicz-Woźniak A., Możliwość wykorzystania struktur opcyjnych do redukcji ryzyka kursowego przez polskich eksporterów. W: Bernas B., Kopiński A. (red.), *Zarządzanie finansami firm – teoria i praktyka*. Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, 2011, s. 251-259.

¹⁴ Przykładem osiągniętych w tym obszarze korzyści jest możliwość wykazania zysków wynikających z rozliczenia transakcji zabezpieczającej przychody z realizowanego kontraktu w przychodach z działalności operacyjnej, a nie w przychodach z działalności finansowej (co jest lepiej postrzegane przez analityków i inwestorów).

sowych, odpowiednio uwypuklając ich związek z zabezpieczanymi pozycjami. Jest to bowiem czynnik uzasadniający obniżenie stopy dyskontowej zastosowanej przy określaniu bieżącej wartości zabezpieczonych przepływów pieniężnych (w porównaniu z przepływami niezabezpieczonymi), prowadzący do wzrostu wyceny wartości przedsiębiorstwa. Ukrywanie bądź nieczytelne prezentowanie informacji o wykorzystywanych przez nie zabezpieczeniach niepotrzebnie zaniża ową wycenę, a zwiększanie wartości spółki powinno być podstawowym celem organów zarządzających.

Dzięki opisanym wyżej korzyściom już samo wykorzystywanie rachunkowości zabezpieczeń może stawać się pozytywnie ocenianym przez inwestorów elementem zarządzania ryzykiem walutowym spółki. Powinno to znajdować odzwierciedlenie w odpowiednio wyższej wycenie spółki. Związane z tym możliwości wykorzystuje jednak zaledwie 60% objętych badaniem przedsiębiorstw.

4. Instrumenty wykorzystywane w procesie zarządzania ryzykiem walutowych przez największe spółki giełdowe

Polskie przedsiębiorstwa nie w pełni wykorzystują również dostępne narzędzia zarządzania ryzykiem walutowym, pozwalające na modyfikację posiadanej przez nie ekspozycji walutowej.

Jednym ze wspomnianych narzędzi jest tzw. hedging naturalny, zapewniający „walutowe dopasowywanie” wpływów i wypływów danej jednostki, bądź jej aktywów i zobowiązań. Nie jest to jednak rozwiązanie dostępne w równym stopniu wszystkim zainteresowanym podmiotom – jego zastosowanie jest znacznie łatwiejsze, gdy w walucie obcej realizowane są wpływy danego przedsiębiorstwa niż wtedy, gdy w musi ono dokonywać walutowych płatności.

Spółki wchodzące w skład indeksu WIG30 nie ukrywają, iż pomimo wspomnianych zróżnicowanych możliwości przynajmniej częściowo starają się wykorzystać związane z tym obszarem szanse. Nie wykazują jednak w sporządzanych przez siebie sprawozdaniach wyraźnych relacji zabezpieczeniowych pomiędzy pozycjami w ten sposób zabezpieczanymi i pozycjami mającymi stanowić odpowiednie zabezpieczenie¹⁵. Utrudnia to ocenę, na ile świadomie wykorzystują wskazane narzędzie zarządzania ryzykiem walutowym (precyzyjnie dopasowując walutowe wpływy do wypływów a aktywa do zobowiązań), a na ile dzieje się to „intuicyjnie” i nieco „na ślepo”.

Hedging naturalny nie jest jednak jedyną dostępną metodą ograniczania ponoszonego ryzyka walutowego. Rynek finansowy dostarcza szerokiego spek-

¹⁵ Możliwość tworzenia relacji zabezpieczeniowych z wykorzystaniem innych niż pochodne instrumentów finansowych została wprowadzona przez MSSF 9. Standard ten będzie obowiązywał dopiero od 1 stycznia 2015, natomiast uchwalone regulacje zezwalają się na jego wcześniejsze zastosowanie.

trum dodatkowych narzędzi mogących znaleźć zastosowanie w zarządzaniu ryzykiem walutowym, z których w praktyce jedynie niewielka część znajduje zastosowanie.

Część wspomnianych instrumentów przy zapewnieniu właściwego dostosowania do planowanych przepływów walutowych spółki prowadzi do redukcji ponoszonego ryzyka walutowego, bazując na zasadach wykorzystania hedgingu. W takiej sytuacji kurs przyszłej wymiany waluty jest z góry określony i w konsekwencji wyeliminowaniu wpływu niekorzystnych zmian kursu walutowego towarzyszy utrata szans na osiągnięcie dodatkowych zysków przy zmianie tego kursu w kierunku przeciwnym¹⁶. Do wskazanej grupy instrumentów finansowych zalicza się instrumenty o tzw. symetrycznym ryzyku – walutowe kontrakty terminowe oraz swapy typu CIRS oraz FX swap¹⁷. Ich zastosowanie w zasadzie nie pociąga za sobą konieczności poniesienia określonych kosztów zabezpieczenia (choć partnerzy transakcji mogą żądać ustanowienia zabezpieczeń gwarantujących dokonanie odpowiedniego rozliczenia w przewidzianym terminie). Pozbawia jednak dany podmiot szans związanych z ukształtowaniem się kursu walutowego na lepszym od zakładanego poziomie.

Szanse te nie są eliminowane w przypadku nabywania opcji walutowych, mających w praktyce charakter ubezpieczenia¹⁸. Wybór takiego rozwiązania pociąga za sobą konieczność poniesienia określonych kosztów (tym wyższych, im atrakcyjniejsze dla danego podmiotu jest owo zabezpieczenie), gwarantuje jednak ustalony – minimalny albo maksymalny – kurs wymiany waluty, nie pozabawiając jednocześnie danej spółki możliwości osiągnięcia dodatkowych zysków przy korzystnej dla niej zmianie kursu walutowego. Pomimo swej potencjalnej atrakcyjności ten rodzaj zabezpieczenia jest w praktyce niezwykle rzadko stosowany, gdyż ewentualne dodatkowe zyski pojawiające się przy korzystnej dla danego podmiotu zmianie kursu są i na ogół pochłaniane przez poniesione wcześniej koszty zakupu zabezpieczenia.

Eliminacja konieczności poniesienia kosztu zakupu opcji (lub znacząca redukcja owych kosztów) następuje w przypadku wykorzystania struktur opcyjnych, bardzo często stanowiących odmianę tzw. struktur zerokosztowych. Złożenia instrumentów finansowych tworzące tzw. struktury (na ogół bazujące na zestawianiu dwu lub więcej opcji z terminami rozliczenia przypadającymi na ten sam dzień) stanowią jednak odrębną grupę transakcji pochodnych. Ich wybór prowadzi do zmiany ekspozycji walutowej danego podmiotu w zupełnie inny sposób niż miałyby to miejsce w przypadku zastosowania tworzących je derywatów „podstawowych”.

¹⁶ Bodie Z., Merton R.C., *Finanse*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, 2003, s. 402-411.

¹⁷ Leszczyńska E., Rynek kontraktów swap w Polsce. *Narodowy Bank Polski. Materiały i Studia* 2002, zeszyt nr 144, s. 15-21 [on-line]. [Dostęp 24.11.2013] Dostępny w World Wide Web: http://www.nbp.net.pl/publikacje/materiały_i_studia/144.pdf.

¹⁸ Bodie Z., Merton R.C., *Finanse...*, dz.cyt., s. 419-420.

Wykorzystanie instrumentów pochodnych w charakterze zabezpieczenia uznawane jest za najbardziej zaawansowaną ze stosowanych metod ograniczania ryzyka¹⁹. Jednak traktowanie kontraktów terminowych bądź nabytych opcji zwykłych (określanych jako *plain vanilla*) na równi ze złożonymi strukturami opcyjnymi, nie powinno mieć miejsca. Różnica w poziomach zaawansowania wykorzystywanych technik i narzędzi zarządzania ryzykiem walutowym jest bowiem w takich przypadkach ogromna. Prowadzone badania takiego rozróżnienia często jednak nie dokonują.

Zgodnie z wynikami przeprowadzonych przez NBP badań ankietowych 22% przedsiębiorstw posiadających ekspozycję walutową w związku z dokonywaniem transakcji handlowych wykorzystuje w charakterze zabezpieczenia instrumenty pochodne. Wybór takiego rozwiązania jest w dużej mierze uzależnione od wielkości przedsiębiorstwa. W sektorze małych i średnich firm tylko 15% podmiotów decyduje się na zastosowanie wspomnianych instrumentów, natomiast odsetek dużych przedsiębiorstw stosujących derywaty wynosi 33%²⁰.

Najpopularniejszym instrumentem są transakcje forward wybierane przez ponad 80% jednostek deklarujących stosowanie instrumentów pochodnych. Pozostałe instrumenty są wykorzystywane znacznie rzadziej. Opcje walutowe są wykorzystywane przez około 10% podmiotów, a swapy przez jeszcze mniejszy odsetek przedsiębiorstw²¹. Zainteresowanie wykorzystaniem innych niż forwardy instrumentów finansowych do ograniczania ryzyka walutowego pozostaje zatem bardzo niskie.

Przyczyny takiego stanu rzeczy są złożone, a wśród istotnych czynników – oprócz stosunkowo wysokich kosztów stosowania zabezpieczeń – wymienia się brak odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, ograniczoną dostępność instrumentów zabezpieczających, czy wcześniejsze negatywne doświadczenia związane z podjęciem nietrafnych decyzji odnośnie stosowania tych ostatnich²².

Znaczna część z wymienionych barier nie powinna dotyczyć największych giełdowych spółek. Pozwala to oczekiwać wykorzystania na większą skalę bardziej zaawansowanych instrumentów przez tę grupę podmiotów. Oczekiwania te zostały zweryfikowane przez analizę danych zawartych w sprawozdaniach finansowych objętych badaniem spółek.

Dopuszczalność stosowania w charakterze zabezpieczeń różnorodnych instrumentów finansowych, wynikającą z zapisów odpowiednich regulacji wewnętrznych, badanych przedsiębiorstw prezentuje rysunek 2. W przypadku zadeklarowania przez daną jednostkę w sprawozdaniu finansowym możliwości wykorzystania w procesie zarządzania ryzykiem określonych derywatów przyjmowano założenie, że dotyczy to wszystkich ich typów, z wyłączeniem złożień

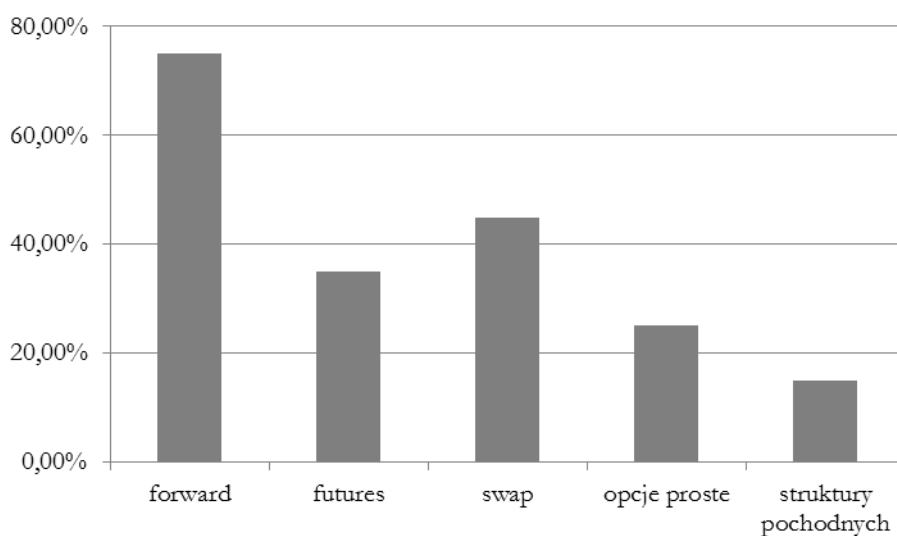
¹⁹ Tymoczko I., *Sposoby ...*, dz.cyt., s. 75.

²⁰ Puchalska K., Tymoczko I., *Szerokie ...*, dz.cyt., s. 55.

²¹ Tamże, s. 56.

²² Kalinowski M., *Ryzyko ...*, dz.cyt., s. 104-105.

tych instrumentów w tzw. struktury. Przy wskazaniu jako potencjalnego zabezpieczenia kontraktów terminowych uznawano, że termin ten obejmuje zarówno transakcje forward, jak i kontrakty futures. Nabywane opcje – niezależnie od typu – uwzględniano w kategorii opcje nabyte (co powodowało, że w tej grupie znalazły się m.in. opcje azjatyckie). Stosowanie struktur instrumentów pochodnych brano pod uwagę jedynie w przypadku złożenia takiej wyraźnej deklaracji przez objęty badaniem podmiot.

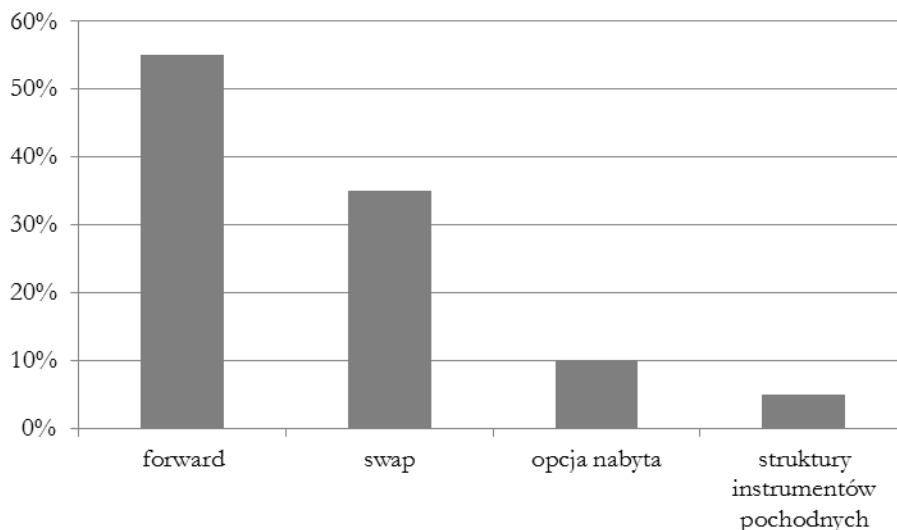


Rys. 2. Odsetek spółek z indeksu WIG30 dopuszczających wykorzystanie określonych instrumentów finansowych w procesie zarządzania ryzykiem

Źródło: opracowanie własne na podstawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych objętych badaniem spółek za rok 2012.

Biorąc pod uwagę powyższe wyliczenia można stwierdzić, że analizowane spółki znacznie częściej dopuszczały stosowanie instrumentów pochodnych w procesie zarządzania ryzykiem walutowym niż miało to miejsce w przypadku ogółu polskich przedsiębiorstw. Objęte badaniem podmioty nie wykorzystywały jednak w praktyce wszystkich dopuszczanych regulacjami wewnętrznymi zabezpieczeń. Instrumenty faktycznie przez nie stosowane przedstawia rysunek 3²³.

²³ Spółki TVN oraz Netia w publikowanych raportach okresowych nie określiły rodzaju wykorzystywanych kontraktów terminowych. Identyfikacja transakcji nastąpiła poprzez ustalenie sposobu wyceny posiadanych przez te podmioty instrumentów pochodnych. Obie spółki wykazywały bankowe wyceny instrumentów z oznaczeniem drugiego poziomu wartości godziwej, co wskazywało na transakcje forward. W przypadku kontraktów futures wycena nastąpiłaby w oparciu o notowania giełdowe, a ich wartość godziwa byłaby oznaczona jako poziom 1.



Rys. 3. Odsetek spółek z indeksu WIG30 faktycznie wykorzystujących określone walutowe instrumenty pochodne w charakterze zabezpieczeń w roku 2012

Źródło: opracowanie własne na podstawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych objętych badaniem spółek za rok 2012.

Instrumentem najczęściej wykorzystywanym do ograniczenia ponoszonego ryzyka kursowego były niestandardyzowane kontrakty forward. Takie rozwiązanie dopuszczało 75% badanych podmiotów, a faktycznie stosowało 55%. Standardyzowane kontrakty futures w praktyce nie były wykorzystywane²⁴.

Drugim pod względem popularności wśród analizowanych spółek instrumentem zabezpieczającym były transakcje swapowe, przeprowadzane przez 35% analizowanych spółek. Wykorzystanie nabywanych opcji w charakterze zabezpieczeń dopuszczało zaledwie 25% badanych podmiotów, a tylko 10% faktycznie się na takie rozwiązanie decydowało.

Możliwość stosowania opcji będących częścią tworzonych struktur przewidywały wewnętrzne regulacje zaledwie 15% spółek. Ich rzeczywiste wykorzystanie było jeszcze mniejsze i dotyczyło 10% objętych badaniem firm. Jedynym podmiotem na większą skalę stosującym struktury typu korytarz i mewa była

²⁴ Brak możliwości dostosowania terminów ich realizacji do oczekiwanych przepływów pieniężnych w wielu przypadkach wymuszałoby tzw. rolowanie transakcji (i tak zazwyczaj nie zapewniając pełnego dopasowania w tym zakresie). Problematyczna dla wybierającego takie rozwiązanie podmiotu okazywałaby się także konieczność utrzymywania depozytu zabezpieczającego i jego uzupełniania, będącego konsekwencją dziennego rozliczania transakcji. Zasadniczą barierę stanowiłaby jednak zbyt płytki rynek z punktu widzenia wielkości potrzebnego wielu podmiotom zabezpieczenia.

spółka KGHM. Wynikało to w znacznej mierze z jej dobrego przygotowania do zawierania tak skomplikowanych transakcji zabezpieczających²⁵.

Przedstawione wyżej wyniki analiz dowodzą, iż nawet największe polskie spółki wykorzystują niemal wyłącznie najprostsze metody ograniczania ekspozycji walutowych. Sytuacja taka ma swoje dobre i złe strony. Do pozytywnych aspektów zaliczyć należy eliminację ryzyka popełnienia błędów wynikających z użycia instrumentów, których korzyści i kosztów stosowania spółka nie jest w stanie właściwie oszacować. Tym negatywnym jest natomiast rezygnacja z wykorzystania dodatkowych możliwości przez takie struktury zapewnianych, w tym tych związanych z uzyskaniem większego wpływu na uzgadniany kurs przeszłej wymiany walut²⁶.

5. Ekspozycja spółki na waluty obce a podejmowanie działań ograniczających ryzyko walutowe

Przeprowadzona analiza wykazała, iż objęte badaniem spółki podejmowały na większą skalę działania zmierzające do ograniczenia ryzyka walutowego związanego z uzyskiwanymi wpływami lub planowanymi wpływami w dwóch podstawowych walutach, czyli dolarze amerykańskim i euro. Waluty te nie były jednak jedynymi, na które spółki z indeksu WIG30 posiadały ekspozycje. Wpływ na sytuację zaliczanych do tej grupy podmiotów miały także zmiany kursów: brytyjskiego funta, szwajcarskiego franka, rosyjskiego rubla, chińskiego juana, czeskiej korony, szwedzkiej korony, norweskiej korony, ukraińskiej hrywny, węgierskiego forinta i izraelskiego szekla. Ekspozycja badanych spółek na wymienione waluty w praktyce rzadko była znacząco zmniejszana poprzez zawierane transakcje zabezpieczające.

Przedstawiony wyżej problem ilustruje odmienne podejście spółki PGNIG do ryzyka walutowego związanego z przepływami w dolarach i euro oraz norweskiej koronie. Spółka ta praktycznie wyeliminowała ryzyko walutowe związane z wahaniami kursu dolara i euro – wrażliwość jej zysku netto na pięcioprocentową zmianę kursu dolara amerykańskiego wynosiła 0,2%, a na pięcioprocentową zmianę kursu euro mniej niż 1 promil. Wielomilionowe przepływy denominowane w norweskiej koronie pozostawały jednak niezabezpieczone²⁷.

²⁵ Siciński R., Zarządzanie ryzykiem walutowym na przykładzie grupy kapitałowej KGHM SA. *Przegląd Ekonomiczny* 2013, nr 8, s. 23-26.

²⁶ Konopczak M., Mielus P., Wieprzowski P., Rynkowe aspekty problemów na pozagieldowym rynku walutowych instrumentów pochodnych w Polsce w czasie globalnego kryzysu finansowego. *Bank i Kredyt* 2011, nr 2, s. 102-103.

²⁷ Tak duża ekspozycja na norweską walutę była wynikiem niewykorzystywania pochodnych instrumentów zabezpieczających te właśnie przepływy w rozpatrywanym okresie. Raporty odnoszące się do kolejnych okresów zawierały już informację o zawartych transakcjach typu

Jednym z argumentów wyjaśniającym brak podejmowania określonych działań zmierzających do ograniczenia ryzyka walutowego związanego z ekspozycją na wymienione wcześniej waluty może być wyższy niż w przypadku dolara i euro koszt zabezpieczeń, wynikający ze znacznie mniejszego poziomu dokonywanego w tych walutach obrotu. Bariery te, w ocenie autorów artykułu, nie powinny być na tyle znaczące, by prowadzić do rezygnacji z działań zmniejszających negatywny wpływ wahań kursu walut na osiągnięty wynik finansowy.

6. Podsumowanie

Analiza działań prowadzących do ograniczania ryzyka walutowego i wywołanej tym ryzykiem zmienności wyniku finansowego, podejmowanych przez spółki wchodzące w skład WIG30 pokazuje, że znacznie większy ich odsetek – w porównaniu z ogółem polskich przedsiębiorstw – aktywnie zarządza ryzykiem walutowym. Jeśli jednak za punkt odniesienia dla analizowanej grupy przyjmujemy wyłącznie przedsiębiorstwa zaliczane do grupy dużych, to obraz największych giełdowych spółek przestaje być tak korzystny.

Udział podmiotów niewykorzystujących instrumentów pochodnych do redukcji ponoszonego ryzyka walutowego w ogóle objętych badaniem spółek również jest znacznie wyższy niż byłoby tego oczekiwać – aż 25% rozpatrywanych jednostek nie decyduje się na ograniczanie ryzyka walutowego przy pomocy instrumentów pochodnych. Pozostałe spółki korzystają co prawda ze wspomnianych instrumentów w celu zmniejszenia posiadanej ekspozycji walutowej, jednak wybieranymi w praktyce instrumentami są na ogół te najprostsze, czyli forwardy i swapy. Stosowanie instrumentów o bardziej złożonej konstrukcji dopuszcza zaledwie 15% badanych spółek, a 10% faktycznie zawiera tego typu transakcje.

W tej sytuacji pojawiają się wątpliwości, czy rezygnacja ze stosowania bardziej zaawansowanych narzędzi zarządzania ryzykiem walutowym wynika ze świadomie podjętej decyzji, opartej na przeprowadzonym wcześniej rachunku korzyści i kosztów, czy też stanowi konsekwencję niedostatków wiedzy decydentów. Polskie przedsiębiorstwa odmiennie od zachodnich, często wskazują ten właśnie czynnik, jako uzasadniający niekorzystanie z dostępnych instrumentów²⁸. Mogłoby się wydawać, że problem ten nie dotyczy (a przynajmniej nie powinien dotyczyć) największych spółek giełdowych, jednak analiza przeprowadzanych przez nie transakcji zabezpieczających daje podstawy do kwestionowania takich założeń.

swap, które znacząco zredukowały wcześniejszą ekspozycję, co dowodzi istnienia możliwości zabezpieczenia również transakcji dokonywanych w walutach uznawanych za mniej płynne.

²⁸ Kalinowski M., *Ryzyko* ..., dz.cyt., s. 107.

Co więcej, pojawienie się jakichkolwiek utrudnień z wykorzystaniem instrumentów zabezpieczających wywiera wyraźny negatywny wpływ na podejmowane działania w zakresie zarządzania ryzykiem walutowym – także wśród największych spółek giełdowych. Zauważalna jest bowiem wyraźna dysproporcja w podejmowaniu i skuteczności działań związanych ze zmniejszaniem ekspozycji na poszczególne waluty. Wpływ zmian kursów tych najbardziej znaczących (i najłatwiejszych do zabezpieczenia) – euro i dolara amerykańskiego – na wynik finansowy jest często redukowany, natomiast w przypadku mniej „popularnych” walut ekspozycja spółki na ryzyko zostaje w dużej mierze utrzymana.

Obszarów „do poprawy” w zakresie zarządzania ryzykiem walutowym jest zresztą w giełdowych spółkach znacznie więcej. Relatywnie niewielki stopień wykorzystania walutowych instrumentów pochodnych w charakterze zabezpieczeń pozwala na wyciągnięcie wniosku, iż firmy nie w pełni wykorzystują potencjał podnoszenia swojej wyceny przy pomocy wspomnianych instrumentów. Prowadzone na innych rynkach badania potwierdzają korzystny wpływ stosowania zaliczanych do tej grupy narzędzi na ową wycenę²⁹. Ciągłe nie docenia się jednak możliwości podnoszenia wyceny spółek poprzez wykorzystanie rozwiązań przewidzianych w rachunkowości zabezpieczeń. Ta ostatnia daje (choć czasem złudne) wrażenie, że przedsiębiorstwo aktywnie zarządza ryzykiem, bazując na dobrze opracowanej polityce zabezpieczeń. Ułatwia również wykazanie tworzonych relacji zabezpieczeniowych, a tym samym przekonanie analityków i inwestorów do obniżenia stopy dyskontowej stosowanej przy określaniu bieżącej wartości przyszłych – teraz bardziej pewnych – przepływów pieniężnych. Zwiększa to szacowaną w ten sposób wartość firmy, nie wymagając do firmy znaczących nakładów.

Literatura

- Bennett D., *Ryzyko walutowe - instrumenty i strategie zabezpieczające*. Warszawa: Wydawnictwo ABC, 2000. ISBN 83-87916-48-X.
- Bilski J., *Korelacje kursów EUR, USD, PLN w perspektywie udziału złotego w ERM II* [online]. [Dostęp 24.11.2013]. Dostępny w World Wide Web: <http://www.msg.uni.lodz.pl/upload/Korelacje%20kurs%C3%B3w%20EUR,%20USD,%20PLN%20w%20perspektywie%20udzia%C5%82u%20z%C5%82otego%20w%20ERM%20II.pdf>.
- Bodie Z., Merton R.C., *Finanse*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, 2003. ISBN 83-208-1448-0.
- Boczkowski A., *Hedging: sposób na bogactwo, czy bankructwo*. Warszawa: Bonnier Business Polska, 2011. ISBN 978-83-931682-0-0.

²⁹ Ożga P., *Instrumenty pochodne w spółkach notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie*, „Gospodarka Narodowa” 2012, nr 4, s. 134.

- Czajor P., *Rachunkowość instrumentów finansowych*. Gdańsk: ODDK, 2010. ISBN 978-83-7426-676-5.
- Kalinowski M., *Ryzyko walutowe. Zarządzanie ryzykiem w przedsiębiorstwie*. Warszawa: Ce-DeWu, 2012. ISBN 978-83-7556-463-1.
- Konopczak M., Mielus P., Wieprzowski P., Rynkowe aspekty problemów na pozagieldowym rynku walutowych instrumentów pochodnych w Polsce w czasie globalnego kryzysu finansowego. *Bank i Kredyt* 2011, nr 2.
- Leszczyńska E., Rynek kontraktów swap w Polsce. *Narodowy Bank Polski. Materiały i Studia* 2002, Zeszyt nr 144, [on-line]. [Dostęp 24.11.2013]. Dostępny w World Wide Web: http://www.nbp.net.pl/publikacje/materiały_i_studia/144.pdf.
- Międzynarodowe Standardy Sprawozdawczości Finansowej*. Warszawa: Wyd. Stowarzyszenie Księgowych w Polsce, 2011.
- Mikolajewicz-Woźniak A., Możliwość wykorzystania struktur opcyjnych do redukcji ryzyka kursowego przez polskich eksporterów. W: Bernaś B., Kopiński A. (red.), *Zarządzanie finansami firm – teoria i praktyka*. Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, 2011. ISBN 978-83-7695-128-7.
- Ożga P., Instrumenty pochodne w spółkach notowanych na Gieldzie Papierów Wartościowych w Warszawie. *Gospodarka Narodowa* 2012, nr 4.
- Puchalska K., Tymoczko I., Szerokie ujęcie ekspozycji polskich przedsiębiorstw niefinansowych. Źródła i skala ekspozycji oraz metody zarządzania ryzykiem walutowym. *Narodowy Bank Polski. Materiały i Studia* 2013, Zeszyt nr 293.
- Siciński R., Zarządzanie ryzykiem walutowym na przykładzie grupy kapitałowej KGHM SA. *Przegląd Ekonomiczny* 2013, nr 8.
- Sulik-Górecka A., Sprawozdawcze konsekwencje zabezpieczania ryzyka kursu walutowego. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, rynki finansowe, ubezpieczenia* 2011, nr 41.
- Tymoczko I., Sposoby zabezpieczenia się polskich przedsiębiorców przed ryzykiem kursowym. *Kredyt i Bank* 2009, nr 3.

ORGANIZACJE POŻYTKU PUBLICZNEGO JAKO BENEFICJENCI PODATKU DOCHODOWEGO OD OSÓB FIZYCZNYCH

Robert Musiałkiewicz

Abstrakt: Celem artykułu jest analiza prawna udziału organizacji pożytku publicznego w podatku dochodowym od osób fizycznych. Autor definiuje organizacje pożytku publicznego, wskazując na warunki, które muszą spełnić aby móc partycypować w podatku dochodowym od osób fizycznych. Najobszerniejsze rozważania dotyczą analizy konstrukcji prawnej instytucji 1 %, jej zakresu przedmiotowego oraz procedury transferu środków z budżetu państwa na rzecz podmiotów uprawnionych. Artykuł przedstawia również skalę omawianego zagadnienia na tle praktycznego funkcjonowania finansów publicznych. Artykuł podsumowują rozważania na temat racjonalności oraz istoty przekazywania środków publicznych na rzecz podmiotów prowadzących działalność pożytku publicznego.

Słowa kluczowe: podatek dochodowy od osób fizycznych, organizacje pozarządowe, organizacje pożytku publicznego

JEL Classifications: K34.

1. Wprowadzenie

Na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹ organizacje pozarządowe oraz inne podmioty prowadzące działalność pożytku publicznego mogą od dnia 1 stycznia 2004 r. uzyskiwać szczególny status organizacji pożytku publicznego. Konsekwencją

¹ Dz. U. z 2010 r. nr 234 poz. 1536.

uzyskania takowego statusu są określone uprawnienia, ale też i obowiązki. Jednym z przywilejów organizacji posiadających status organizacji pożytku publicznego jest możliwość uzyskiwania przychodów w postaci udziału w podatku dochodowym od osób fizycznych. Podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych może na zasadach i w trybie określonym w przepisach prawa podatkowego, przekazać jeden procent należnego podatku na rzecz wybranych przez siebie organizacji pożytku publicznego. Podatek dochodowy od osób fizycznych jest jednym ze źródeł przychodów państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego. Wolą ustawodawcy krąg beneficjentów podatku został poszerzony o organizacje pożytku publicznego. W konsekwencji przychód podatkowy przysługujący stronie publicznej został uszczuplony, choć zgodnie z ogólnymi zasadami prawa finansowego stanowić powinien dochód budżetowy - a więc taki, który podlega decyzji politycznej parlamentu oraz organów samorządowych.

Celem niniejszych rozważań jest analiza *de lege lata* udziału organizacji pożytku publicznego w podatku dochodowym od osób fizycznych, określanego mianem instytucji 1%, a także przedstawienie konstrukcji prawnej i procedury przekazywania podatku oraz ocena *ratio legis* przedmiotowego zagadnienia.

2. Organizacja pożytku publicznego

Organizację pożytku publicznego można określić jako kwalifikowaną formę organizacji pozarządowej o określonym kształcie ustrojowym, wyposażoną w przywileje o charakterze prawno-finansowym, powoływaną dla realizacji zadań społecznie-użytecznych mających walor niekomercyjny i publiczny. Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (dalej: u.d.p.p.w.) stanowi, iż organizacją pożytku publicznego może być organizacja pozarządowa, stowarzyszenie jednostek samorządu terytorialnego lub podmiot działający na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania jeżeli spełnia określone wymagania w zakresie:

- prowadzenia działalności pożytku publicznego na rzecz ogółu społeczności, lub określonej grupy podmiotów wyodrębnionych ze względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną;
- ograniczenia lub wyłączenia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej;
- przeznaczania zysku na cele pożytku publicznego;

- posiadania statutowego organu kontroli lub nadzoru²;
- zakazu zasiadania w oranie zarządzającym osób skazanych prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe;
- ustanowienia w statucie organizacji określonych zakazów, co do majątku organizacji³.

Status organizacji pożytku publicznego przyznaje sąd rejestrowy poprzez wpis do Krajowego Rejestru Sądowego. Wpis ma charakter konstytutywny i dokonywany jest w rejestrze stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Organizacja pozarządowa oraz pozostałe podmioty uprawnione mogą uzyskać status organizacji pożytku publicznego pod warunkiem prowadzenie działalności o charakterze pożytku publicznego przez okres co najmniej 2 lat.

Nie wszystkie podmioty posiadające status organizacji pożytku publicznego mogą otrzymywać wpłaty będące częścią podatku należnego od podatników, prawodawca bowiem przywilej ten zastrzegł wyłącznie dla organizacji pożytku publicznego, które spełniają następujące warunki⁴:

1. Znajdują się w wykazie organizacji mających status organizacji pożytku publicznego ogłoszonym, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej "Monitor Polski".
2. Posiadają konto bankowe.

W wykazie, ogłaszającym jako obwieszczenie ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego, znajdują się te spośród organizacji pożytku publicznego, które spełniają dwie przesłanki:

1. Zamieściły na stronie internetowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego sprawozdanie merytoryczne ze swojej działalności oraz sprawozdanie finansowe, za który składane jest zeznanie podatkowe.

² Zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt. 4 u.d.p.p.w. członkowie organu kontroli lub nadzoru nie mogą być członkami organu zarządzającego ani pozostawać z nimi w związku małżeńskim, we wspólnym pożyciu, w stosunku pokrewieństwa, powinowactwa lub podległości służbowej, nie mogą być skazani prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe, mogą otrzymywać z tytułu pełnienia funkcji w takim organie zwrot uzasadnionych kosztów lub wynagrodzenie w wysokości nie wyższej niż przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw ogłoszone przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni.

³ Szerzej: Ceglarski A., *Organizacje pożytku publicznego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2005, s. 25-55; Halszka Kurlito M., *Organizacje pozarządowe w działalności pożytku publicznego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2008, s. 61-65.

⁴ Art. 45 ust. 5e i 5g *Ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych* (Dz. U. 2012 r. poz. 361).

2. Nie posiadania wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego informacji o otwarciu likwidacji lub ogłoszeniu upadłości organizacji.

Wykaz organizacji posiadających status organizacji pożytku publicznego prowadzi minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego. Jest on prowadzony w formie elektronicznej i zamieszczany na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej nie później niż do dnia 15 grudnia roku każdego podatkowego. Wykaz zawiera w odniesieniu do każdej organizacji pożytku publicznego jej nazwę i siedzibę, numer wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego oraz numer rachunku bankowego właściwego do przekazania 1 % podatku⁵.

3. Elementy konstrukcji prawnej

Pierwsze rozwiązania systemowe pozwalające na przekazywanie przez podatników części podatku należnego fiskusowi zostały wprowadzone w okresie po II wojnie światowej we Włoszech i Hiszpanii i dotyczyły możliwości przekazania 1% podatku należnego na rzecz kościołów⁶. Prekursorem w rozszerzeniu alokacji 1% podatku na rzecz organizacji pozarządowych stały się Węgry, gdzie w 1996 roku uchwalono ustawę *o wykorzystaniu określonej części podatku dochodowego od osób fizycznych*⁷, która pozwala na przekazywanie 1% podatku należnego na rzecz kościołów, organizacji pozarządowych prowadzących działalność pożytku publicznego oraz na rzecz tzw. organizacji quasi-pozarządowych⁸. W latach następnych podobne regulacje prawne zostały uchwalone w Słowacji (2000 r.), na Litwie (2002 r.) i w Rumuni (2003 r.)⁹.

W Polsce na wzór wymienionych państw w art. 27 u.d.p.p.w. wprowadzono zasadę, zgodnie z którą podatnik podatku dochodowego od osób fizycznych może, na zasadach i w trybie określonym w przepisach odrębnych, przekazać 1 % podatku obliczonego zgodnie z odrębnymi przepisami na rzecz wybranej przez siebie organizacji pożytku publicznego. Wskazana norma ustanawiająca instytucję 1% ma charakter bardzo ogólnikowy, zawiera odesłanie do odrębnych przepisów podatkowych w zakresie zasad i trybu przekazywania 1% podatku. Takie rozwiązanie świadczy o woli ustawodawcy regulowania wszelkich zagadnień

⁵ Art. 27a u.d.p.p.w.

⁶ Kopyra J., *Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 2005, s. 116.

⁷ W oryginalnym brzmieniu: *Törvény a személyi jövedelemadó meghatározott részeknek az adózó rendelkezése szerinti felhasználásáról* 1996. évi CXXVI [on-line]. Dostępny w World Wide Web: www.icnl.org/knowledge/library/browseByLanguage2.php?language=Hungarian

⁸ Arczewska M., Test na filantropię, czyli 1 % w polskim wykonaniu. *Trzeci Sektor* 2006, nr 7, s. 44.

⁹ Hadzi-Miceva K., Prawne i instytucjonalne mechanizmy współpracy organizacji pozarządowych i administracji państwowej w Chorwacji, Estonii i na Węgrzech. W: Rymśza M. (red.) *Organizacje pozarządowe. Dialog Obywatelski. Polityka Państwa*. Warszawa: Fundacja Instytut Spraw Publicznych, 2008, s. 36.

skorelowanych z podatkami w ustawach podatkowych. Stąd też szczegółowe określenie regul przekazywania podatku od osób fizycznych na rzecz organizacji pożytku publicznego zostało ustanowione w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych (dalej: u.p.d.o.f.) oraz ustawie z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne¹⁰. Ustawa o działalności pożytku publicznego wyznacza jedynie ogólne ramy przedmiotowej konstrukcji, określając kategorię podatników uprawnionych do przekazania części podatku należnego, jego wysokość określoną procentowo oraz rodzaj podmiotów będących beneficjentami. Rozwinięcie tych elementów konstrukcji znajduje się w ustawach podatkowych.

Podmiotami uprawnionymi do przekazywania 1% podatku należnego, zgodnie z zasadą zawartą w u.d.p.p.w. są podatnicy podatku dochodowego od osób fizycznych. Niemniej z uwagi na ogólny charakter tej ustawy, powstaje pytanie czy wskazane uprawnienie przysługuje wszystkim podatnikom podatku dochodowego od osób fizycznych, bez względu na rodzaj osiąganych dochodów (przychodów) podlegających opodatkowaniu?

Przedmiotową analizę należy rozpocząć od uwagi, iż krąg podatników uprawnionych do przekazywania 1% podatku wyznaczają przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne. Wskazane akty normatywne zawierają ogólne wskazanie na to, iż prawem przekazania 1% podatku dysponować mogą podatnicy składający zeznanie podatkowe¹¹.

Podział podatników podatku dochodowego od osób fizycznych można więc przeprowadzić w oparciu o rodzaj zeznania podatkowego o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w roku podatkowym, jakie podatnicy są obowiązani składać urzędowi skarbowym¹². Zgodnie z delegacją ustawową zawartą w art. 45b u.p.d.o.f., Minister Finansów Rozporządzeniem z dnia 14 listopada 2011 r. w sprawie określenia wzorów rocznego obliczenia podatku oraz zeznań podatkowych obowiązujących w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych¹³ określił wzory zeznań o wysokości osiągniętego dochodu. Wzory te, stanowiące załączniki do rozporządzenia mają zastosowanie do przedstawienia uzyskanych dochodów lub poniesionych strat od dnia 1 stycznia 2011 roku. W myśl tego rozporządzenia podatnicy podatku dochodowego od osób fizycznych składają zeznania na następujących wzorach:

PIT-36 – właściwy dla podatników, którzy uzyskali przychody (dochody) opodatkowane na ogólnych zasadach przy zastosowaniu skali podatkowej i nie wypełniają zeznania PIT-37, gdyż osiągnięte przez nich dochody (poniesione straty) nie mieszczą się w zakresie tego zeznania. Formularz ten przede wszyst-

¹⁰ Dz.U. z 1998 r. Nr 144 poz. 930, z późn. zm.

¹¹ art. 45c ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz art. 21 ust. 3a ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne.

¹² Art. 45 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

¹³ Dz.U. z 2012 poz. 1331.

kim składają podatnicy, którzy prowadzili pozarolniczą działalność gospodarczą opodatkowaną według skali podatkowej, a także uzyskali dochody z zagranicy;

PIT-36L – składają go podatnicy, którzy osiągnęli dochody z pozarolniczej działalności gospodarczej lub działów specjalnych produkcji rolnej, na zasadach określonych w art. 30c;

PIT-37 – obowiązuje podatników, którzy uzyskali przychody, opodatkowane na ogólnych zasadach według skali podatkowej, wyłącznie ze źródeł położonych na terytorium RP, za pośrednictwem płatników, i nie prowadzili pozarolniczej działalności gospodarczej opodatkowanej na ogólnych zasadach przy zastosowaniu skali podatkowej oraz działów specjalnych produkcji rolnej,

PIT-38 – właściwy dla podatników, którzy uzyskali przychody z odpłatnego zbycia papierów wartościowych lub pochodnych instrumentów finansowych i innych określonych w art. 30b ustawy;

PIT 39 – przeznaczony dla podatników, którzy uzyskali dochody z odpłatnego zbycia nieruchomości i praw majątkowych, wybudowanych lub nabytych po dniu 31 grudnia 2008 r.;

PIT 40 – składany przez płatników podatku dochodowego od osób fizycznych na wniosek podatnika.

Wskazane powyżej wzorce, odpowiednio w części formularza „O” (PIT 36), „N” (PIT 36L), „H” (PIT 37) oraz „G” (PIT 38 i PIT 39), zawierają wniosek o przekazanie 1% podatku należnego na rzecz organizacji pożytku publicznego. Z uwagi na to, iż załączniki do aktu normatywnego, którym jest rozporządzenie Ministra Finansów, mają charakter powszechnie obowiązujący należy uznać, że uprawnienie dysponowania 1% podatku należnego przysługuje tym podatnikom, którzy na mocy ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych obowiązani są składać urzędowi skarbowym zeznanie, o wysokości osiągniętego dochodu w roku podatkowym. Uprawnienia takiego są pozbawieni podatnicy, w imieniu których roczne obliczenie podatku od dochodu uzyskanego przez podatnika w roku podatkowym sporządza płatnik, zgodnie z wzorem formularza PIT 40, który nie zawiera wniosku o przekazanie 1 % podatku należnego na rzecz organizacji pożytku publicznego.

Z kolei ustawa z o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne uprawnienie przekazywania 1% podatku należnego wynikającego z zeznania podatkowego przyznaje wyłącznie osobom opodatkowanym ryczałtem od przychodów ewidencjonowanych tj. takim, które prowadzą działalność gospodarczą w zakresie określonym w art. 6 ustawy¹⁴ i nie spełniają przesłanek określonych w art. 8 ust. 1. Osoby te, są

¹⁴ Opodatkowaniu ryczałtem od przychodów ewidencjonowanych podlegają przychody osób fizycznych z pozarolniczej działalności gospodarczej, w tym również, gdy działalność ta jest prowadzona w formie spółki cywilnej osób fizycznych lub spółki jawnej osób fizycznych. Opodatkowaniu ryczałtem od przychodów ewidencjonowanych podlegają również otrzymane lub postawione do dyspozycji podatnika w roku kalendarzowym pieniądze i wartości pieniężne oraz wartość otrzymanych świadczeń w naturze i innych nieodpłatnych świadczeń z tytułu

zobowiązane do składania zeznań według ustalonego wzoru (PIT 28) o wysokości uzyskanego przychodu, wysokości dokonanych odliczeń i należnego ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych, w którym w części „M” mogą dokonać alokacji 1% podatku należnego¹⁵.

Uprawnienie do przekazania 1% należnego podatku nie przysługuje pozostałym podatnikom podatku dochodowego od osób fizycznych, o których mowa w ustawie o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne, tj. osobom opodatkowanym w formie karty podatkowej¹⁶ oraz osobom duchownym opłacającym ryczałt. W stosunku do tych osób wprowadzenie instytucji 1% jest o tyle utrudnione, iż są one zwolnione z obowiązku składania zeznań podatkowych¹⁷.

Selektywne potraktowanie podatników podatku dochodowego od osób fizycznych, w zakresie przyznania przywileju przeznaczenia 1% należnego podatku, jest wyrazem swobody politycznej ustawodawcy w zakresie określania kierunków wydatkowania danin publicznych. W opinii Trybunału Konstytucyjnego nieuwzględnienie określonych kategorii podatników nie może być traktowane jako odstępstwo od konstytucyjnej zasady równego traktowania (art. 32) bowiem wolność przeznaczania części należnego podatku jest *sui generis* przywilejem i nie może być traktowana jako wyraz obowiązku ustawodawcy do jego wprowadzania¹⁸. Pogląd ten w części zasługuje na akceptację skoro brak preferencji dla osób podlegających zryczałtowanym formom opodatkowania (karta podatkowa, duchowni) nie stanowi naruszenia zasady równości bowiem sama już konstrukcja opodatkowania, korzystna z punktu widzenia wysokości przyszłego zobowiązania podatkowego i prawo jej wyboru stanowi swojego rodzaju przywilej dla podatnika.

Następnym elementem konstrukcji 1-procentowego udziału, niezbędnym do określenia wysokości przekazywanych środków finansowych na rzecz organizacji pożytku publicznego jest stawka procentowa. Stawka ta jest relacją pomiędzy wielkością alokacji części podatku, a wielkością podatku należnego wynikającego z zeznania podatkowego. W świetle ustaw podatkowych wskazana stawka została usta-

umowy najmu, podnajmu, dzierżawy, poddzierżawy lub innych umów o podobnym charakterze. Ryczałt od przychodów ewidencjonowanych mogą opłacać podatnicy, którzy w roku poprzedzającym rok podatkowy uzyskali przychody z działalności gospodarczej w wysokości nieprzekraczającej 150 tys. Euro.

¹⁵ PIT 28 stanowi załącznik do Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 listopada 2011 r. w sprawie określenia wzorów zeznania, deklaracji i informacji podatkowych obowiązujących w zakresie zryczałtowanego podatku dochodowego od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz. U. 2011 r. Nr 259 poz. 1552).

¹⁶ Zryczałtowany podatek dochodowy w formie karty podatkowej mogą płacić podatnicy prowadzący działalność określoną w art. 23 ustawy z o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne.

¹⁷ Art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ustawy z o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne.

¹⁸ Por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2006 r.; Sygn. akt K 11/05.

nowiona jako procentowa maksymalna granica dokonania przysporzenia na rzecz organizacji pożytku publicznego przez podatnika. Zatem podatnik nie jest związany obowiązkiem wnioskowania o przekazanie kwoty odpowiadającej dokładnie wielkości 1% podatku należnego, może według własnego uznania przekazać kwotę mniejszą. Ustawodawca do wielkości przekazywanej kwoty zastosował konstrukcję zaokrąglania do pełnych dziesiątek groszy w dół. Takie rozwiązanie pozostaje w sprzeczności z ogólną zasadą zaokrąglania kwot wynikających z zobowiązania podatkowego do pełnych złotych, a pomijania końcówek kwot mniejszych niż 50 groszy¹⁹, jednakże należy przyjąć je za słuszne bowiem przy niskich kwotach podatku należnego zaokrąglanie w dół do pełnych złotych powodowałoby (w skali makro) znacząco mniejszy przychód organizacji pożytku publicznego, zaś z kolei przyjęcie zasady zaokrąglania do pełnych złotych w górę skutkowałoby przekroczeniem maksymalnej granicy 1%.

4. Procedura dokonania przysporzenia na rzecz organizacji pożytku publicznego

Uzyskanie przez organizację pożytku publicznego środków finansowych przypadających z należnego podatku od osób fizycznych, uzależnione jest od terminowego złożenia przez podatnika podatku dochodowego od osób fizycznych zeznania podatkowego. Prawodawca wyraźnie zastrzegł, że dotrzymanie terminu jest warunkiem *sine qua non* przekazania kwoty²⁰. W przypadku podatników podatku dochodowego od osób fizycznych opodatkowanych na zasadach ogólnych, jak również uzyskujących dochody z kapitałów opodatkowanych oraz pozarolniczej działalności gospodarczej lub działów specjalnych produkcji rolnej, terminem tym jest co do zasady 30 kwietnia roku następującego po roku podatkowym²¹. Dla osób fizycznych opodatkowanych ryczałtem od przychodów ewidencjonowanych zeznanie o wysokości uzyskanego przychodu, wysokości dokonanych odliczeń i należnego ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych powinno być złożone w terminie do dnia 31 stycznia następnego roku. W obu przypadkach jeżeli ostatni dzień terminu przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, za ostatni dzień terminu uważa się następny dzień po dniu lub dniach wolnych od pracy²². Po upływie powyższych terminów uwzględnienie wniosku o przekazanie 1% należnego podatku na rzecz organizacji pożytku publicznego jest dopuszczalne wyłącznie w drodze korekty złożonego zeznania. Takie rozwiązanie jest dopuszczalne pod warunkiem złożenia zeznania w terminie i dokonania korekty w ciągu dwóch miesięcy od upływu

¹⁹ Art. 63 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* (Dz. U. z 2012 r. poz. 749).

²⁰ Art. 45c ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

²¹ Art. 45 ust. 1 i 1a ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

²² Art. 12 § 5 ustawy *Ordynacja podatkowa*.

ustawowego terminu dla złożenia zeznania podatkowego²³. Zeznania podatkowe składane w późniejszym terminie, w części dotyczącej wniosku o przekazanie 1% nie mogą być podstawą do przekazania części należnego podatku na rzecz organizacji pożytku publicznego.

Procedurę przekazania części podatku należnego rozpoczyna wniosek podatnika skierowany do naczelnika urzędu skarbowego. Za wniosek, zgodnie z art. 45c ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, uważa się wskazanie przez podatnika w zeznaniu podatkowym albo w korekcie zeznania podatkowego organizacji pożytku publicznego numeru wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego oraz kwoty do przekazania na rzecz tej organizacji, w wysokości nieprzekraczającej 1% podatku należnego.

Podatnicy w składanym zeznaniu mogą wskazać wyłącznie jedną organizację pożytku publicznego uprawnioną do otrzymania 1% należnego podatku. Nie oznacza to, iż jeden podatnik może dokonać dyspozycji tylko na rzecz jednej organizacji pożytku publicznego. W sytuacji gdy podatnik osiągnął dochody z różnych źródeł i jest zobowiązany do złożenia w urzędzie skarbowym dwóch lub więcej odrębnych zeznań (np. PIT 36, PIT 38 i PIT 39), może on w każdym ze składanych zeznań wskazać inną organizację pożytku publicznego. Zasada wskazania wyłącznie jednej organizacji pożytku publicznego nie dotyczy więc podatnika, lecz składanego przez niego zeznania podatkowego.

Następstwem poprawnie sformułowanego wniosku w zeznaniu podatnika, złożonym w terminie jest powstanie obowiązku organu podatkowego (naczelnika urzędu skarbowego) przekazania na rzecz wskazanej we wniosku organizacji pożytku publicznego wyliczonej kwoty z należnego podatku. Naczelnik urzędu skarbowego jest związany wskazaniem i nie ma on w tym zakresie żadnych kompetencji uznaniowych. Zgodnie z art. 45c ust. 4 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych przekazuje on kwotę z należnego podatku na rzecz organizacji pożytku publicznego w terminie od maja do lipca roku następującego po roku podatkowym, za który składane jest zeznanie podatkowe na rachunek bankowy. Przekazywana kwota jest pomniejszana o koszty przelewu bankowego²⁴. Ponadto naczelnicy urzędów skarbowych są zobowiązani do przekazywania organizacjom pożytku publicznego pisemnych informacji zawierających: imię i nazwisko, wysokość kwoty oraz adres podatnika, który wnioskuje o przekazanie tej organizacji części podatku od uzyskiwanych przez niego dochodów. Informacje są przekazywane jedynie w odniesieniu do tych podatników, którzy w zeznaniu podatkowym lub korekcie zeznania wyrazili zgodę na ujawnienie swoich danych organizacji pożytku publicznego lub wskazali szczegółowy cel przeznaczenia środków.

²³ Art. 45c ust.1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych.

²⁴ Zasada ta obowiązuje również w przypadku przysporzeń od podatników podatku opodatkowanych ryczałtem od przychodów ewidencjonowanych.

Stosownie do art. 45c ust. 2 u.p.d.o.f. warunkiem przekazania przez naczelnika urzędu skarbowego kwoty określonej w zeznaniu podatkowym na rzecz organizacji pozarządowej jest zapłata w pełnej wysokości podatku należnego stanowiącego podstawę obliczenia tej kwoty. Przy czym zapłata podatku (zaległości podatkowej) powinna nastąpić nie później niż w terminie dwóch miesięcy od upływu terminu dla złożenia zeznania podatkowego²⁵. Nie zapłacenie podatku w pełnej wysokości bądź zapłacenie go w terminie późniejszym niż dwa miesiące po upływie terminu dla złożenia zeznania podatkowego oznaczać będzie, iż pomimo złożonego wniosku w zeznaniu podatkowym o przekazanie części podatku na rzecz organizacji pożytku publicznego, naczelnik urzędu skarbowego nie będzie związany takim wnioskiem i nie przekaże części podatku na rzecz organizacji pożytku publicznego. Wskazana zasada została wprowadzona ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw²⁶ i ma zastosowanie do przekazywania 1% należnego podatku od dochodów uzyskiwanych od roku 2008. Wcześniej przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych zobowiązywały naczelników urzędów skarbowych do przekazywania 1% podatku należnego, bez względu na to czy podatek został zapłacony. Osoby posiadające zaległości podatkowe mogły więc wnioskować o przekazanie organizacjom pożytku publicznego kwot z ich podatku należnego. Stan taki dla fiskusa był podwójnie niekorzystny. Z jednej strony nie otrzymywał on w wyznaczonym terminie (lub wcale) podatku lub zaliczek na podatek, zaś z drugiej strony zobowiązany był do przekazania środków publicznych, w sytuacji gdy sam ich nie otrzymał.

W obecnie obowiązującym stanie prawnym należy wykluczyć możliwość odliczenia kwoty 1% podatku należnego wynikającego z zeznania podatkowego w sytuacji, gdy podatnik samodzielnie dokona wpłaty na konto organizacji pożytku publicznego²⁷. Przepisy art. 45c ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz art. 21b ust. 1 ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne, jednoznacznie stanowią, iż czynność przekazania zastrzeżona jest dla naczelników urzędów skarbowych. Ewentualne wnioskowanie do naczelnika urzędu skarbowego

²⁵ Art. 45c ust. 5 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych. Nie zmienia to zasady, iż obowiązkiem podatników podatku dochodowego od osób fizycznych rozliczających się na zasadach ogólnych jest zapłata podatku należnego w pełnej wysokości w terminie do dnia 30 kwietnia roku następującego po roku podatkowym (art. 45 ust. 4 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych). Podatek niezapłacony w terminie płatności stanowi zaległość podatkową.

²⁶ Dz.U. z 2008 r. Nr 209 poz. 1316.

²⁷ Obecną regulację przekazywania 1% wprowadziła ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2006 r. Nr 217 poz.1588); według stanu sprzed nowelizacji obowiązywała konstrukcja samodzielnej wpłaty 1% podatku należnego przez podatników bezpośrednio na rzecz organizacji pożytku publicznego.

w przedmiocie udzielenia przez niego zgody na samodzielne dokonanie wpłaty przez podatnika na rzecz organizacji pożytku publicznego nie może być pozytywnie rozpatrzone, bowiem przekazanie 1% stanowi jego ustawowy obowiązek, którego wykonanie może nastąpić wyłącznie przez niego lub przy pomocy kierowanego przez niego urzędu skarbowego²⁸. Zatem samodzielna wpłata dokonana przez podatnika bez pośrednictwa naczelnika urzędu skarbowego, nie może zostać zakwalifikowana jako przekazanie części podatku należnego, czynność taka na gruncie obowiązujących przepisów będzie darowizną, pomniejszającą podstawę obliczenia podatku podatnika²⁹.

5. Zastosowanie instytucji 1% w praktyce, skala zjawiska

Według stanu na dzień 13 września 2013 r. łączna kwota 1% należnego podatku przekazana na rzecz organizacji pożytku publicznego z rozliczenia za rok podatkowy 2012 r. wyniosła 480,0 mln zł, co stanowiło 0,72% należnego podatku dochodowego. Zgodnie z informacjami Ministerstwa Finansów podatnicy składający zeznanie:

- PIT-36, PIT-36L i PIT-37 – przekazali 463,4 mln zł, tj. 0,72% należnego podatku dochodowego obliczonego przy zastosowaniu skali podatkowej oraz według 19% stawki podatku od dochodów z pozarolniczej działalności gospodarczej lub działów specjalnych produkcji rolnej, zaś średnia przekazana kwota wyniosła 42 zł;
- PIT-38 – przekazali 5,5 mln zł, tj. 0,80% należnego podatku dochodowego wykazanego w tych zeznaniach, a średnia przekazana kwota wyniosła 52 zł;
- PIT-28 i PIT-39 – 11,1 mln zł, co stanowiło 0,59% należnego podatku dochodowego wykazanego w tych zeznaniach, średnia przekazana kwota wyniosła 39 zł³⁰.

W wykazie organizacji pożytku publicznego, które w 2013 r. otrzymały 1% należnego podatku za 2012 r. znalazło się 7110 podmiotów. W oparciu na kryterium wielkości przysporzenia listę otwiera Fundacja Dzieciom Zdażyć z Pomocą, która jest zdecydowanym liderem skuteczności zabiegania o przychyłność i uznanie podatników dokonujących wskazania. W roku 2013 uzyskała ponad

²⁸ Art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o urzędach i izbach skarbowych (Dz.U. z 2004 Nr 121, poz. 1267, z późn. zm.).

²⁹ Por. Postanowienie Pierwszego Urzędu Skarbowego w Zielonej Górze z dnia 14 sierpnia 2008 r. w sprawie interpretacji prawa podatkowego, Sygn. II-2/415/31/2007/DK.

³⁰ Informacja dotycząca kwot 1% należnego podatku dochodowego od osób fizycznych przekazanych organizacjom pożytku publicznego z rozliczenia za rok 2012. Departament Podatków Dochodowych Ministerstwa Finansów, Warszawa 2013 [on-line]. Dostępny w World Wide Web: WWW.mf.gov.pl

117 mln zł, wyprzedzając drugi w kolejności podmiot o ponad 111 mln zł. W sumie na liście jest 65 organizacji, które w roku 2013 uzyskały ponad jeden milion zł, co kontrastuje z grupą 977 organizacji, które otrzymały mniej niż jeden tysiąc zł.

Poniżej przedstawiono zestawienie dziesięciu organizacji pożytku publicznego, które uzyskały największe przysporzenia w ramach udziału w podatku dochodowym od osób fizycznych w roku 2013.

Tab. 1. Organizacje pożytku publicznego, które otrzymały najwięcej środków w ramach instytucji 1% w roku 2013.

L.P.	Nazwa organizacji	Kwota w zł.
1	Fundacja Dzieciom Zdążyć z Pomocą	117 182 981,43
2	Fundacja Pomocy Osobom Niepełnosprawnym Słoneczko	15 329 411,95
3	Avalon - Bezpośrednia Pomoc Niepełnosprawnym	8 559 917,06
4	Fundacja Rosa	8 065 022,84
5	Fundacja Anny Dymnej Mimo Wszystko	6 224 868,13
6	Dolnośląska Fundacja Rozwoju Ochrony Zdrowia	5 922 296,56
7	Stowarzyszenie Rodziców Na Rzecz Pomocy Szkołom Przyjazna Szkoła	4 788 916,32
8	Fundacja Studencka Młodzi – Młodym	4 779 531,41
9	Fundacja TVN Nie Jesteś Sam	4 705 323,24
10.	Polskie Towarzystwo Stwardnienia Rozsianego	4 617 208,70

Źródło: Departament Podatków Dochodowych Ministerstwa Finansów, Warszawa 2013, www.mf.gov.pl.

Rok 2013 był rekordowy z uwagi na wysokość dokonywanych odpisów od należnego podatku. W roku 2004 będącym pierwszym rokiem obowiązywania regulacji w zakresie przekazywania organizacjom pożytku publicznego 1% należnego podatku dochodowego od osób fizycznych jedynie 80 tys. podatników ogółem, przekazało kwotę w wysokości 10,4 mln zł, co stanowiło 0,03% podatku należnego. W kolejnym roku obowiązywania regulacji odpisu 1 procenta dokonało ponad 680 tys. podatników, a kwota przekazana organizacjom wyniosła ok. 41,6 mln zł, co stanowiło 0,14% podatku należnego. W ostatnich latach wzrasta popularność dokonywania przysporzeń na rzecz organizacji pożytku publicznego co obrazuje poniższa tabela.

Tab. 2. Instytucja 1 % w organizacjach pożytku publicznego w latach 2004-2013

Wyszczególnienie	2004	2005	2006	2007	2008
Liczba podatników, Przekazujących 1% należnego podatku na rzecz opp	80 320	680 541	1 156 510	1 604 142	5 134 675
Kwota przekazana na rzecz opp w mln	10,4	41,6	62,3	105,4	298,3
Wyszczególnienie	2009	2010	2011	2012	2013
Liczba podatników, Przekazujących 1% należnego podatku na rzecz opp	7 324 953	8 623 928	10 134 625	11 165 578	11 537 414
Kwota przekazana na rzecz opp w mln	381,5	360,9	403,9	459,4	480

Źródło: Departament Podatków Dochodowych Ministerstwa Finansów, Warszawa 2013, www.mf.gov.pl.

Zdecydowany wzrost kwoty oraz liczby podatników można zaobserwować w roku 2008 r. Było to następstwem uproszczenia procedury przekazywania 1% podatku należnego w postaci wprowadzenia obowiązujących zasad i odejścia od mechanizmu samodzielnych wpłat od i przez podatników.

6. Uwagi końcowe

Udział organizacji pożytku publicznego w podatku dochodowym od osób fizycznych ma charakter fakultatywny, jego materializacja zależy od woli podatnika. Wykonanie ustawowego uprawnienie podatnika do decydowania o przeznaczeniu części podatku dochodowego, poprzez wskazanie beneficjenta, skutkuje transferem ułamka podatku z budżetu państwa na rzecz wskazanej przez podatnika organizacji pożytku publicznego. Jego konsekwencją jest zmniejszenie dochodów budżetu państwa i odpowiednich, ze względu na miejsce zamieszkania podatnika, budżetów jednostek samorządu terytorialnego, a także utrata przez centralne i samorządowe organy władzy publicznej wpływu na przeznaczenie środków finansowych podlegających przedmiotowej alokacji. Niemniej ogólny cel przeznaczenia środków składających się na 1% podatku oraz rodzaj podmiotów uprawnionych do ich uzyskania wyznaczają normy ustawy o działalności pożytku publicznego, które dopuszczają przekazywanie 1% należnego podatku tylko organizacjom pożytku publicznego, a więc podmiotom realizującym zadania wyłącznie o charakterze publicznym. Trafnie takowy transfer środ-

ków publicznych został scharakteryzowany w Wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 2006 r., gdzie istotę instytucji 1% skorelowano z wolą polityczną podatnika, która dotyczy skonkretyzowania sposobu przeznaczenia tej części środków publicznych, które pochodzą od niego. Przeznaczenie części podatku na cele społeczne, aprobowane przez ustawodawcę w granicach określonych przez ustawę, powoduje, że środki wydane na ten cel traktowane są na równi z zapłaconą (w tej części oczywiście) kwotą podatku. W tym znaczeniu stają się *sui generis* środkami publicznymi lub co najmniej z nimi zrównanymi³¹. Trybunał Konstytucyjny w wydanym wyroku wyraził ponadto opinię, że tego rodzaju swoboda decyzyjna zawsze musi być traktowana jako wyjątek od zasad ogólnego przeznaczenia danin (art. 84 w związku z art. 219 Konstytucji) oraz zarządzania środkami publicznymi w sposób pośredni przez uprawnione władze publiczne.

Udział organizacji pożytku publicznego w podatku nie stanowi typowego elementu konstrukcji podatku, nie wpływa na jego wielkość, jest bowiem następstwem podatku już obliczonego. Majątek osoby wnioskującej o przekazanie 1% nie podlega z tego tytułu uszczupleniu ani też powiększeniu. Instytucja 1% stanowi całkowicie odrębną konstrukcję w stosunku do ulgi podatkowej, która polega na ograniczeniu wielkości obciążenia podatkowego³². Możliwość przekazania części podatku nie należy zatem mylić z prawem do odliczania od dochodu części darowizn, będącym w istocie szczególną formą ulgi podatkowej³³.

Instytucja 1% oprócz znaczenia finansowego ma także wymiar społeczny, obywatelski bowiem kształtuje w podatniku poczucie troski i współodpowiedzialności za społeczeństwo oraz kierunki wydatkowania środków publicznych. Podatnik może bezpośrednio przy użyciu swego podatku, współuczestniczyć w realizowaniu zadań publicznych, z których skutkami chce się utożsamiać.

Literatura

- Brzeziński B., *Prawo podatkowe*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa "Dom Organizatora", 2000. ISBN 83-87673-95-1.
- Ceglarski A., *Organizacje pożytku publicznego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2005. ISBN 83-7334-441-1.
- Hadzi-Miceva K., Prawne i instytucjonalne mechanizmy współpracy organizacji pozarządowych i administracji państwowej w Chorwacji, Estonii i na Węgrzech. W: Rymsza M. (red.) *Organizacje pozarządowe. Dialog Obywatelski. Polityka Państwa*. Warszawa: Fundacja Instytut Spraw Publicznych, 2008. ISBN 978-83-89817-82-2.

³¹ Sygn. akt K 11/05, Dz.U. z 2006 r. Nr 108, poz. 748.

³² Szerzej o ulgach podatkowych: Brzeziński B., *Prawo podatkowe*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa "Dom Organizatora", 2000, s. 37.

³³ Huchla A., *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2008, s. 115.

- Halszka Kurleto M., *Organizacje pozarządowe w działalności pożytku publicznego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2008. ISBN 978-83-7334-880-6.
- Huchla A, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2008. ISBN 978-83-7526-917-8.
- Kopyra J., *Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2005. ISBN 83-7387-860-2.

V.
PSYCHOLOGIA

