

ROBERT SAWUŁA

Kilka uwag w sprawie nowego brzmienia art. 138 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego¹

11 kwietnia 2011 r. weszła w życie ustawa z 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi². Ustawą tą wprowadzono szereg zmian w kodeksie, niektóre z nich mają charakter porządkujący, usuwający wątpliwości doktrynalne, część zaś stanowi rozwiązania o znacznym ciężarze gatunkowym, które niewątpliwie silnie oddziaływać będą na zmianę modelu ogólnego procesu administracyjnego. Nic zatem dziwnego, że zmiany te winny być przedmiotem wnikliwej uwagi doktryny, choć w tym momencie wypowiedzi i osądy z natury rzeczy muszą być powściągliwe. Zgłosić wszak należy już teraz uwagę krytyczną odnoszącą się do zbyt wąskiego uregulowania spraw tzw. przejściowych. Oto art. 3 noweli k.p.a. z grudnia 2010 stanowi, że „W sprawach, w których do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy została wydana decyzja, a zgodnie z przepisami ustawy, o której mowa w art. 1 (czyli k.p.a. – przyp. Autora), w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, powinno być wydane postanowienie, właściwą formą załatwienia sprawy jest decyzja”. Wydaje się, że powstać mogą wątpliwości związane ze stosowaniem przepisów kodeksu wówczas, gdy nowela k.p.a. z grudnia 2010 odno-

¹ Ustawa z 14.06.1960 r. tekst jednol. Dz. U. nr 98 z 2000 r., poz. 1071 ze zm., zwana dalej „k.p.a.” lub kodeksem.

² Dz. U. nr 6 z 2011 r., poz. 18 zwana dalej „nowelą k.p.a. z grudnia 2010”.

si się do ograniczenia możliwości korzystania ze środków zaskarżenia w odniesieniu do stanu sprzed jej wejścia w życie³.

Jednym z istotnych zagadnień, jakie od chwili wejścia w życie ustawodawstwa normującego ogólne postępowanie administracyjne w Polsce, była kwestia katalogu decyzji, jakie mogły być wydawane przez organ odwoławczy w wyniku rozpoznania odwołania. W źródłowej wersji kodeksu⁴ normował tę kwestię art. 120, który w § 1 stanowił, iż „Organ odwoławczy wydaje decyzję, w której: 1) utrzymuje

³ Przykładem może być sytuacja, w której w trybie art. 65 § 1 k.p.a. w brzmieniu sprzed 11 kwietnia 2011 r. organ, do którego wpłynęło podanie uznał się za niewłaściwy i przekazał je według właściwości, uczynił to zgodnie z ówczesnym brzmieniem cyt. przepisu w formie postanowienia, na które przysługiwało zażalenie. Strona wniosła zażalenie, a organ II instancji nie zdążył je rozpoznać przed wejściem w życie noweli k.p.a. z grudnia 2010, powstaje więc wątpliwość, czy organ zażaleniowy winien je rozpoznać, czy też uznać, że postępowanie zażaleniowe stało się bezprzedmiotowe. Podobna wątpliwość rodzi się na tle nowelizacji art. 101 § 3 k.p.a. Do wejścia w życie noweli k.p.a. z grudnia 2010 kodeks stanowił, iż na postanowienie w sprawie zawieszenia postępowania służy stronie zażalenie, judykatura uznawała, że oznacza to, iż zażalenie było dopuszczalne na każdy rodzaj rozstrzygnięcia tej kwestii procesowej, tj. zarówno zawieszenia, jak i odmowy zawieszenia postępowania, podjęcia, jak i odmowy podjęcia zawieszzonego postępowania (por. uchwałę składu 7 sędziów NSA z 22 maja 2000 r., OPS 4/00, ONSA 2000, nr 4, poz. 137). Po 11 kwietnia 2011 r. zaskarżalność przewiduje się w odniesieniu do postanowień w sprawie zawieszenia albo odmowy podjęcia zawieszzonego postępowania, co oznacza, jak sądzę, dezaktualizację uprzednich poglądów o szerokim zakresie zaskarżalności postanowień wydanych w odniesieniu do zawieszenia postępowania administracyjnego. Art. 3 noweli k.p.a. z grudnia 2010 nie daje i w tym względzie wskazówki jak rozstrzygać sprawy tzw. przejściowe. W praktyce dylemat będzie miał organ II instancji rozpoznający po 11 kwietnia 2011 r. zażalenie na postanowienie wydane przed tą datą, gdy w tym momencie służyło zażalenie, a nowela k.p.a. takiego środka już nie przewiduje, względnie usunęła formę orzekania w danej kwestii jako zaskarżalnego zażaleniem postanowienia. Będzie to także problem dla sądu administracyjnego oceniającego legalność wydanych w tym zakresie rozstrzygnięć. Wydaje się, że więcej argumentów można znaleźć dla akceptacji tezy *in dubio pro actione*. Skoro strona została prawidłowo pouczona o prawie do wniesienia środka zaskarżenia, to wobec braku przepisu przejściowego nakazującego chociażby umorzyć wszczęte postępowania zażaleniowe, przyjąć należy iż środek taki byłby dopuszczalny.

⁴ Tekst kodeksu został ogłoszony w Dz. U. nr 30 z 1960 r., poz. 168. Przepisy kodeksu obowiązujące w brzmieniu jego wejścia w życie oznaczam jako „d.k.p.a.”.

w mocy zaskarżoną decyzję albo 2) uchyla zaskarżoną decyzję w całości lub w części i wydaje w tym zakresie nową decyzję”. Art. 120 w § 2 d.k.p.a. przewidywał z kolei, że „Organ odwoławczy może uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji, gdy rozstrzygnięcie sprawy wymaga uprzedniego przeprowadzenia dowodów, których przeprowadzenie bezpośrednio przed organem odwoławczym byłoby zbyt uciążliwe lub połączone ze znacznymi kosztami”. Decyzję tego typu, który polega na uchyleniu zaskarżonej odwołaniem decyzji i przekazaniu sprawy organowi pierwszej instancji, powszechnie określa się mianem decyzji kasacyjnej. Jej konsekwencją jest dalsze toczenie się postępowania w sprawie administracyjnej. Nic dziwnego zatem, że na prawidłowość wyrokowania przez administracyjną instancję wyższą w aspekcie dopuszczalności uzupełniania materiału dowodowego na etapie postępowania odwoławczego zwracano uwagę w judykaturze nawet w okresie dawniejszym, gdy brak było aktów jednolicie określających kompetencje orzecznicze organu rozpoznającego środek zaskarżenia od orzeczenia wydanego w pierwszej instancji⁵. Kwestia ta nie była również bez znaczenia w czasach obowiązywania rozporządzenia z 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym⁶. Akt ten jednak, w przeciwieństwie do k.p.a. nie zawierał wskazania dopuszczalnych prawem decyzji organu odwoławczego, stano-

⁵ Można tu przytoczyć chociażby orzeczenia Trybunału Administracyjnego w Wiedniu wydawane jeszcze zanim uchwalono w Austrii pierwszą na świecie ustawę regulującą ogólne postępowanie administracyjne. „Ostatnia instancja jest uprawniona uchylić się od rozstrzygnięcia samej sprawy, jeżeli rekurs odnoszący się do sprawy, niższa instancja załatwiła w sposób nie merytoryczny. W takim przypadku instancja wyższa nie powinna wchodzić w stanowczą ocenę sprawy, lecz polecić instancji niższej merytoryczne jej załatwienie” – O.T.A. z 1 maja 1896 r., N. nr 9399; „Jeżeli wyższa instancja uzna za niedostatecznie udowodniony stan faktyczny, który władzom niższym służył za podstawę do rozstrzygnięcia, nie może ona bez sprawdzenia mylnej podstawy stanu faktycznego przyjętego przez władze niższe, dać za podstawę swego rozstrzygnięcia inny stan faktyczny: lecz zachodzi wówczas powód do dodatkowych ściślejszych dochodzeń” – O.T.A. z 3 stycznia 1884 r., B. VI. nr 221: wyroki zaczerpnięte z pracy S. Markiewicza: *Zasady postępowania administracyjnego, na podstawie orzeczeń tegoż Trybunału*, Kraków 1913.

⁶ Dz. U. nr 36 z 1928 r., poz. 341 ze zm., zwane dalej r.p.a.

wiąc w art. 93 jedynie, iż „Jeśli odwołania nie należy odrzucić, jako spóźnionego lub niedopuszczalnego, władza odwoławcza wyda orzeczenie w sprawie, nie będąc związana ani zakresem żądań odwołania, ani ustaleniami instancji niższej”. Problem zakresu uzupełniania materiału dowodowego na etapie postępowania przed organem odwoławczym normował art. 92 r.p.a. – „Potrzebne uzupełnienie postępowania wyjaśniającego może władza odwoławcza zarządzić z urzędu lub na wniosek stron; może je przeprowadzić sama lub przez władzę niższej instancji”.

Do września 1980 r. zakres uzupełniającego postępowania wyjaśniającego na etapie postępowania przed II instancją normował art. 119 d.k.p.a., wedle którego „Organ odwoławczy może przeprowadzić na żądanie strony lub z urzędu dodatkowe postępowanie w celu uzupełnienia dowodów i materiałów w sprawie albo zlecić przeprowadzenie tego postępowania organowi, który wydał decyzję”. Związana z powyższym konstrukcja prawna kasacyjnego rozstrzygnięcia sprawy zawarta w art. 120 d.k.p.a. spotkała się z krytyczną oceną doktryny. Podstawowy zarzut oparty był na wzorowaniu tej konstrukcji na modelu procedury cywilnej, co powodowało, że pominięto przesłanki wynikające ze swoistości postępowania administracyjnego. Postulowano, aby instytucja orzeczenia kasacyjnego znalazła zastosowanie w tych wypadkach, gdy decyzja organu I instancji została wydana bez jakiegokolwiek postępowania lub, gdy nie przeprowadzono postępowania wyjaśniającego w formie rozprawy, a ta forma postępowania wyjaśniającego była w danej sprawie obligatoryjną⁷. Zgłaszająca tę krytykę S. Marcinkiewicz w szczególności wykluczyła, aby kryterium „zbytniej uciążliwości” odnosiło się do organów prowadzących postępowanie, nadto nie dotyczyć miało prokuratora oraz organizacji społecznej. Co się tyczy drugiego kryterium orzeczenia kasacyjnego w postaci „znaczących kosztów” Autorka wywodziła, że niepełne lub błędne ustalenie stanu faktycznego, gdy jego wszechstronne i należyte oświetlenie jest ustawowym obowiązkiem organów administracyjnych, finansowo obciążać będzie zawsze Skarb Państwa.

⁷ S. Marcinkiewicz, *Kasacyjne orzeczenie w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 1976, s. 52–53, *op. cit.*

To z kolei pozwalało Jej powątpiewać w wagę tej przesłanki, przy uwzględnieniu faktu zwiększenia liczby województw⁸.

W 1980 r. k.p.a. został gruntownie znowelizowany, art. 138 § 2 otrzymał następującą treść: „Organ odwoławczy może uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji, gdy rozstrzygnięcie sprawy wymaga uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w całości lub w znacznej części. Przekazując sprawę organ ten może wskazać, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ponownym rozpatrzeniu sprawy”. Jednocześnie pozostawiono bez zmian formułę zakresu dopuszczalnego uzupełnienia postępowania wyjaśniającego na etapie rozpoznania odwołania, art. 136 k.p.a. powtarza treść art. 119 d.k.p.a. Zwrócić należy uwagę, że doktryna jego treść uznaje za kontrowersyjną, łączona jest zwykle z art. 138 § 2 k.p.a., który to przepis nie pozwala organowi odwoławczemu na przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w całości lub w znacznej części. Zdaniem J. Zimmermanna zwrot użyty w art. 136 k.p.a. „dodatkowe postępowanie” i „w celu uzupełnienia dowodów i materiałów” należy interpretować szeroko – tak, aby organ II instancji mógł przeprowadzić każdy potrzebny dowód. Nie tylko „może” on przeprowadzić taki dowód, ale „powinien” skorzystać ze swej kompetencji ujętej w art. 136 kodeksu. Zarazem krytycznie Autor wypowiada się o zleceniu takiej czynności dowodowej organowi I instancji, co może osłabiać zasadę prawdy obiektywnej⁹. W literaturze wskazuje się ponadto, że zbyt szerokie korzystanie z takiej metody uzupełniania materiału dowodowego, eliminującej zasadę bezpośredniości w przeprowadzaniu dowodów, naruszać może zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa¹⁰ (obecnie władzy publicznej). L. Żukowski podkreśla, że organ odwoławczy nie jest związany ani ustaleniami organu I instancji, ani żądaniem zawartymi w odwołaniu, w efekcie ma on obowiązki nie mniejsze niż organ I instancji. Związanie zasadą prawdy obiektywnej rodzi powinność podjęcia wszelkich zgodnych z pra-

⁸ *Ibidem*, s. 58–60.

⁹ J. Zimmermann, *Administracyjny tok instancji*, Kraków 1986, s. 91–92, *op. cit.*

¹⁰ Por. G. Łaszczyca, [w:] G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, Warszawa 2003, s. 743.

wem czynności, mających na celu ustalenie stanu faktycznego. Wynika stąd, że organ odwoławczy powinien w miarę potrzeby rozszerzyć granice postępowania wyjaśniającego przed I instancją, nie ma też zakazu uwzględnienia nowych dowodów i okoliczności faktycznych, chyba, że prowadziłyby do wykreowania nowej sprawy¹¹.

Istotne znaczenie dla stron postępowania miała kwestia dopuszczalności zaskarżenia do sądu administracyjnego decyzji podjętej na podstawie art. 138 § 2 k.p.a. Do czasu wejścia w życie ustawy z 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym¹² (NSA) Sąd Najwyższy (SN) zdecydowanie wykluczał, aby decyzja kasacyjna połączona ze zwrotem sprawy organowi I instancji do ponownego rozpatrzenia mogła być przedmiotem skargi sądowoadministracyjnej¹³. W doktrynie procesu administracyjnego stanowisko SN było przedmiotem zdecydowanej krytyki, przekonywano że więcej będzie korzyści z dopuszczenia skargi na tego typu decyzję, niż ewentualnych negatywnych skutków, jakie może zrodzić otworenie drogi do kontroli tego typu decyzji¹⁴. Stanowisko SN uległo zmianie dopiero po wejściu w życie ww. ustawy na nowo określającej przesłanki formalne wnoszenia skargi sądowoadministracyjnej¹⁵.

Odmianą decyzji kasacyjnej była decyzja organu odwoławczego wydawana w zakresie, który znajdował unormowanie w art. 138 § 3

¹¹ L. Żukowski, [w:] L. Żukowski, R. Sawuła, *Postępowanie administracyjne*, Przemysł – Rzeszów 2010, s. 201 i n.

¹² Dz. U. nr 74, poz. 368.

¹³ Por. uchwały SN z 19 stycznia 1983 r., III AZP 7/82, OSNCP 1983, nr 9, poz. 127 oraz z 16 grudnia 1984 r. III AZP 1/84, OSNCP 1985, nr 10, poz. 144. Podstawą do przyjęcia takiego stanowiska była okoliczność, iż warunkiem formalnym wniesienia skargi sądowoadministracyjnej było „wyczerpanie toku instancji”, decyzję z art. 138 § 2 k.p.a. uważano za nie spełniającą tego warunku. Warto przypomnieć, że do 1 stycznia 2004 r. to SN sprawował nadzór judykacyjny nad NSA, rozpoznając tzw. rewizje nadzwyczajne od orzeczeń tego sądu.

¹⁴ Por. np. J. P. Tarno, *W kwestii zaskarżalności decyzji kasacyjnych do Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 3, s. 94–95. Autor przekonywująco wywodził o nadużywaniu kasacyjnej formy orzekania przez organy odwoławcze oraz urzędniczym przekonaniu o swoistej bezkarności w wydawaniu decyzji opartej na dyspozycji art. 138 § 2 k.p.a.

¹⁵ Formalnie uczynił to SN w uchwale z 16 stycznia 1997 r. III ZP 5/96, OSNA-PiUS 1997, nr 15, poz. 262.

k.p.a., stanowiącym, że „W sprawach należących do właściwości organów jednostek samorządu terytorialnego organ odwoławczy uprawniony jest do wydania decyzji uchylającej i rozstrzygającej sprawę co do istoty jedynie w przypadku, gdy przepisy prawa nie pozostawiają sposobu jej rozstrzygnięcia uznaniu organu samorządowego. W pozostałych przypadkach organ odwoławczy, uwzględniając odwołanie, ogranicza się do uchylecia zaskarżonej decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji”. Przepis ten obowiązywał od 1 stycznia 1999 r. do 31 grudnia 2004 r., budząc różne wątpliwości¹⁶.

W literaturze prawniczej, w ślad za judykaturą¹⁷, zwracano uwagę, że decyzja kasacyjna połączona ze zwrotem sprawy do ponownego rozpatrzenia przez organ I instancji nie może zostać wydana w innych przypadkach niż wskazane w normie art. 138 § 2 k.p.a., żadne inne wady postępowania ani wady decyzji nie dają organowi odwoławczemu podstaw do wydania decyzji kasacyjnej tego typu¹⁸. Nie jest to jednak stanowisko jedyne, przeciwnicy takiego poglądu afirmują tezę, iż decyzja z art. 138 § 2 k.p.a. nie może być traktowana w sposób wyjątkowy¹⁹. Zdaniem B. Adamiak organ odwoławczy może wydać decyzję kasacyjną i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia, gdy postępowanie I instancji zostało przeprowadzone z rażącym naruszeniem norm prawa procesowego, a zatem gdy: a) organ I instancji nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego (postępowania dowodowego); b) postępowanie wyjaśniające (postępowanie dowodowe) zostało przeprowadzone, ale w rażący sposób naruszono w nim przepisy procesowe (np. czynności prowadził pracownik wyłączony ze sprawy,

¹⁶ Por. R. Sawuła, *Samorządowe kolegium odwoławcze a samodzielność orzekania przez organy samorządu terytorialnego (uwagi na tle art. 138 § 3 k.p.a. i art. 233 § 3 ordynacji podatkowej)*, „Casus”, jesień 1999, nr 13, s. 17 i n.; A. Korzeniowska, *Odwołanie od decyzji uznaniowych*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 8.

¹⁷ W wyroku z 9 czerwca 1999 r. SN wskazał, że organ odwoławczy w uzasadnieniu decyzji podjętej na podstawie art. 138 § 2 k.p.a. winien wskazać przyczyny niezastosowania art. 136 k.p.a. – III RN 7/99, OSN 2000, nr 9, poz. 338.

¹⁸ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowniczoadministracyjne*, Warszawa 2007, s. 289.

¹⁹ A. Wróbel, [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 816.

stronę pozbawiono możliwości udziału w postępowaniu)²⁰. W literaturze przedmiotu zwraca się najczęściej uwagę, że korzystanie z tego typu rozstrzygnięcia nie może być stosowane przy posługiwaniu się wykładnią rozszerzającą²¹. Wyjątkowy charakter decyzji kasacyjnej wynikać ma także z obowiązującej zasady ogólnej dwuinstancyjności postępowania administracyjnego (art. 15 k.p.a.) oraz zasady ogólnej załatwiania spraw (art. 7 k.p.a.). Wskazuje się w literaturze, iż wydanie merytorycznego orzeczenia w sytuacji, gdy istotne braki i wady postępowania wyjaśniającego, spowodowane przez pierwszą instancję, zostałyby usunięte i naprawione przez organ odwoławczy, naruszałyby wszakże dwuinstancyjność postępowania poprzez pozbawienie strony prawa do dwukrotnego rozpatrzenia jej sprawy co do istoty²². Organ odwoławczy jest jednak, co do zasady, zobowiązany dążyć do tego, aby merytorycznie sprawę administracyjną załatwić. Nie jest także przypadkiem, że kodeks możliwości wydania decyzji kasacyjnej połączonej ze zwrotem sprawy do ponownego rozpatrzenia przewiduje dopiero w ostatniej kolejności i w odrębnej normie (§ 2) od innych możliwości decyzyjnych organu odwoławczego. Nic zatem dziwnego, że nauka procesu administracyjnego postuluje, aby osoby stosujące prawo w organach administracji publicznej, w miarę możliwości ograniczały wydawanie decyzji kasacyjnych oraz aby ich stosowanie miało na celu ostateczne i szybkie załatwienie sprawy zgodnie z prawem i interesem społecznym²³.

Szczególne znaczenie, chociażby w procesie sądowej kontroli legalności decyzji organu wydanej na podstawie art. 138 § 2 k.p.a., na-

²⁰ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne...*, s. 288.

²¹ G. Łaszczyca, [w:] G. Łaszczyca, A. Matan, Cz. Martysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2010, s. 228.

²² R. Kędziora, *Orzeczenie kasacyjne organu odwoławczego (wybrane zagadnienia)*, [w:] *Kodyfikacja postępowania administracyjnego. Na 50-lecie K.P.A.*, red. J. Niczyporuk, Lublin 2010, s. 280.

²³ Por. K. Sobieralski, *Zagadnienie charakteru prawnego decyzji kasacyjnych a możliwość wykorzystania instytucji wznowienia postępowania administracyjnego*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 3, s. 57. Autor eksponował swe wątpliwości, co do możliwości wznowienia postępowania zakończonego decyzją opartą o dyspozycję art. 138 § 2 k.p.a.

biera jej uzasadnienie. Zgodnie z art. 107 § 1 k.p.a. uzasadnienie decyzji stanowi jej integralną część, z uzasadnienia wynikać ma ocena faktów, prawa, subsumpcja normy prawnej oraz celów i skutków rozstrzygnięcia. Zatem ocenie sądu nie może podlegać sama osnowa decyzji, ale decyzja jako całość, a więc łącznie z uzasadnieniem²⁴. W orzecznictwie wypowiedziano pogląd, że dopuszczalne jest nawet wzruszenie przez sąd administracyjny decyzji administracyjnej z powodu wadliwości stwierżeń zawartych w uzasadnieniu, mimo że jej sentencja jest zgodna z prawem²⁵. Za dopuszczalnością samego zażalenia uzasadnienia decyzji, zwłaszcza decyzji kasacyjnej wydanej w oparciu o art. 138 § 2 k.p.a. opowiadał się NSA w wyroku z 20 maja 1998 r.²⁶, wskazując na istotną funkcję wewnętrzną uzasadnienia. Wedle J. Zimmermanna wybór decyzji kasacyjnej jest wyborem wyjątku, który – zgodnie z ogólnymi regułami wykładni – powinien być interpretowany ścieśniająco. Organ korzystający z tego wyboru powinien zatem przedstawić dokładną analizę własnych możliwości dowodowych w sprawie i dopiero na jej podstawie ocenić i pokazać, dlaczego uznał, że postępowanie dowodowe powinno być przeprowadzone przez organ pierwszej instancji i to w całości lub w znacznej części. Zdaniem Autora ocena tej „znacznej części” jest tu szczególnie istotna, gdyż jest to pojęcie podwójnie nieostre i wybór dokonany przez organ można kwestionować z punktu widzenia legalności²⁷. Ostatnie zdanie art. 138 § 2 k.p.a. zobowiązuje organ odwoławczy do wskazania okoliczności faktycznych, które „należy zbadać przy ponownym rozpatrzeniu sprawy”, organ nie może zatem przesądzać o przyszłym rozstrzygnięciu organu I instancji, sposób oceny uzyskanych w ten sposób dowodów należeć będzie do wyłącznej kompetencji organu pierwszoinstancyjnego. Z praktyki wiadomo, że niekiedy uchy-

²⁴ Tak NSA w wyroku z 15.11.2000 r., I SA/Gd 668/98, baza orzeczn. LEX nr 47109.

²⁵ Por. wyrok NSA z 5.02.1990 r., IV SA 832/89, opubl. ONSA 1990, nr 2–3, poz. 31.

²⁶ I SA 1896/97, LEX nr 44519.

²⁷ J. Zimmermann, *Znaczenie uzasadnienia rozstrzygnięcia organu administracji publicznej dla orzecznictwa sądownoadministracyjnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2010, nr 5–6 (32–33), s. 519.

bienia organu odwoławczego wydającego decyzję kasacyjną połączoną ze zwrotem sprawy do ponownego rozpatrzenia oceniane są nawet w kategoriach rażącego naruszenia prawa, dzieje się to w tych przypadkach, gdy organ II instancji wyraźnie nadużywa możliwości kasacji. Rażące naruszenie prawa to inaczej naruszenie ciężkie, kwalifikowane, gdy charakter naruszenia prawa nie może być zaakceptowany z uwagi na godzenie w praworządność. W doktrynie wskazuje się, że naruszenie rażące w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. to inaczej naruszenie wyraźnej, nie budzącej wątpliwości interpretacyjnej normy prawa materialnego lub normy prawa procesowego²⁸. Art. 138 § 2 k.p.a., jak to uprzednio wskazano, jest wyjątkiem od reguły orzekania przez organ odwoławczy *in merito* w sprawie administracyjnej, przepisu tego nie można interpretować w aspekcie możliwości uzupełnienia postępowania dowodowego w trybie art. 136 k.p.a. w sposób rozszerzający. Wydawać by się mogło, że dopuszczalność zaskarżenia decyzji opartych na normie art. 138 § 2 k.p.a., którego treść nie ulegała zmianie od 1980 r., stabilne orzecznictwo, nie narzucało ustawodawcy postulatu zmiany treści tego przepisu. Stało się jednak inaczej.

Na mocy art. 1 pkt 21 lit. a noweli k.p.a. z grudnia 2010 art. 138 § 2 k.p.a. otrzymał następujące brzmienie: „Organ odwoławczy może uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji, gdy decyzja ta została wydana z naruszeniem przepisów postępowania, a konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie. Przekazując sprawę, organ ten powinien wskazać, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ponownym rozpatrzeniu sprawy”²⁹.

²⁸ Tak: B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2007, s. 333.

²⁹ Warto zauważyć, iż na etapie prac legislacyjnych proponowano inny wariant treści art. 138 § 2 k.p.a., w którym wydanie decyzji kasacyjnej połączonej ze zwrotem sprawy do ponownego rozpatrzenia uzależnione byłoby od stwierdzenia kwalifikowanego naruszenia przepisów postępowania, gdy usunięcie tego naruszenia przez organ odwoławczy we własnym zakresie byłoby niedopuszczalne ze względu na zasadę wynikającą z art. 15 kodeksu – por. Z. Kmieciak, *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2011, s. 94 i n. Autor przyjęcie ostatecznie nowego brzmienia art. 138 § 2 k.p.a. uznał za mniej radykalny wariant, co nie znaczy, że wywołujący mniej zastrzeżeń. Odmienny pogląd prezentował W. Chróście-

Zmiana podstawy prawnej do wydania decyzji kasacyjnej połączonej ze zwrotem sprawy organowi I instancji do ponownego rozpatrzenia polega na zastąpieniu przesłanki stopnia naruszenia przez organ I instancji obowiązków w aspekcie prawdy materialnej, a kryjącej się w sformułowaniu: „gdy rozstrzygnięcie sprawy wymaga uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w całości lub w znacznej części”³⁰. Treść tej przesłanki bezpośrednio związana była z normą art. 136 k.p.a., ten z kolei przepis nie został objęty nowelizacją. Nowa przesłanka wydania decyzji opartej o art. 138 § 2 k.p.a. została określona, jako ocena przez organ odwoławczy decyzji organu I instancji „gdy decyzja ta została wydana z naruszeniem przepisów postępowania, a konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie”. W pierwszych uwagach komentarzowych wskazuje się, iż nowe brzmienie art. 138 § 2 k.p.a. nie zmienia w sposób zasadniczy dopuszczalności zakończenia postępowania odwoławczego decyzją kasacyjną z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania. Zdaniem B. Adamiak wyznaczenie dopuszczalności zakończenia postępowania odwoławczego kasacyjnie wymaga wyprowadzenia naruszenia przepisów postępowania, którego następstwem jest wyjaśnienie podstawowych okoliczności stanu faktycznego sprawy, bez którego nie można sprawy rozstrzygnąć³¹. Co jednak interesujące Autorka zaraz eksponuje, że chodzić ma w tym przypadku o „rażące” naruszenie norm prawa procesowego przez organ I instancji, a zatem gdy np. organ nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, gdy nie zachodziły przesłanki do jego uproszczenia, albo np. przeprowa-

lewski, który taką wersję art. 138 § 2 k.p.a. uznawał za bardziej precyzyjną od dotychczasowej, por. W. Chróścielewski, *W sprawie projektu nowelizacji przepisów k.p.a. dotyczących postępowania ogólnego opracowanego w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji w 2009 r.*, [w:] *Institucje procesu administracyjnego i sądownoadministracyjnego, Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Ludwikowi Żukowskiemu*, red. J. Połuszny, Z. Czarnik, R. Sawuła, Przemyśl – Rzeszów 2009, s. 55.

³⁰ Waleru odmienności nie ma zastąpienie frazy „przez organ pierwszej instancji” wyrażeniem „organowi pierwszej instancji”.

³¹ B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 518.

dził je pracownik, które podlegał wyłączeniu³². Zauważmy, iż treść nowej przesłanki w części pierwszej nie posługuje się jednak kwantyfikatorem „rażącego” naruszenia przepisów postępowania, nadto nie została ona wyraźnie przypisana do naruszenia li tylko przepisów normujących stadium dowodowe³³. Lokalizowanie miejsca naruszenia przepisów postępowania, jakich dopuścił się organ I instancji w obszarze prowadzonego przezeń postępowania wyjaśniającego można wyprowadzać z drugiej części przesłanki, jaką jest stwierdzenie organu II instancji, iż „konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie”. Nawet jednak i w tym przypadku nie można wykluczyć, że to sformułowanie może zostać odczytane w innym obszarze naruszeń przepisów procesowych niż tylko postępowanie wyjaśniające. Oto organ odwoławczy dojdzie do przekonania, że organ I instancji decydował w sytuacji, gdy np. zachodziła podstawa do jego zawieszenia na podstawie chociażby art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a., bowiem wydanie decyzji zależało od uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez inny organ lub sąd. Nie można przecież odrzucić stwierdzenia, że owa kwestia prejudycjalna ma „istotny wpływ” na rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, nadto stanowi „konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy”.

Należy także dostrzec zmianę treści zd. 2 w art. 138 § 2 k.p.a., sformułowanie „może” zastąpiono wyrażeniem „powinien” eksponując w ten sposób obowiązek organu odwoławczego wskazania, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ponownym rozpatrzeniu sprawy. Ustawodawca spełnił w ten sposób postulaty judykatury i doktryny, wskazujących że jest to istotnym ograniczeniem dopuszczalności wydania tego typu decyzji³⁴. Organ odwoławczy po 11 kwietnia

³² *Ibidem*, s. 519.

³³ Można zatem rozważać zasadność posłużenia się art. 138 § 2 k.p.a. przez organ odwoławczy, gdy uzna on, iż np. I instancja wydała decyzję bez zasięgnięcia wymaganego prawem stanowiska organu współdziałającego. Nie jest chyba przypadkiem, że art. 106 k.p.a. zawierający procesową podstawę współdziałania zamieszczony jest w kodeksie w rozdziale zatytułowanym „Decyzje”.

³⁴ J. Zimmermann, *Znaczenie uzasadnienia...*, s. 519; B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania...*, s. 520.

2011 r. nie będzie mógł uchylić się od starannego wytłumaczenia, jakie okoliczności winny być wzięte pod rozwagę przez organ I instancji. Jest to o tyle istotne, że pominięcie tych wskazań i ich niezrealizowanie w ramach ponownego rozpatrzenia sprawy może stanowić o wadliwości przyszłego rozstrzygnięcia. Sądzić należy, że uzasadniając decyzję kasacyjną organ odwoławczy nie będzie mógł również pominąć treści art. 136 k.p.a. pozwalającego na przeprowadzenie z urzędu lub na żądanie strony dodatkowego postępowania w celu uzupełnienia materiałów i dowodów. W tym aspekcie pojawia się pewnego rodzaju niezręczność i sprzeczność nowej przesłanki orzeczenia kasacyjnego z art. 138 § 2 k.p.a. z kompetencją II instancji do prowadzenia uzupełniającego postępowania dowodowego, skoro organ ten może uzupełnić dowody w sprawie na etapie rozpoznania odwołania, to może w ten sposób wszak doprowadzić do „wyjaśnienia zakresu sprawy mającego istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie”. W takim razie brak byłoby podstaw do zwracania sprawy celem jej ponownego rozpatrzenia przez I instancję.

Na uchwycenie niuansów w sformułowaniu podstawy decyzji kasacyjnej z art. 138 § 2 k.p.a. pozwalają także rozważania o charakterze porównawczym. Analogiczna przesłanka do wyrzekania przez organ rozpoznający odwołanie w postępowaniu podatkowym ujęta w art. 233 § 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa³⁵ określa, że „Organ odwoławczy może uchylić w całości decyzję organu pierwszej instancji i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia przez ten organ, jeżeli rozstrzygnięcie sprawy wymaga uprzedniego przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości lub w znacznej części. Przekazując sprawę, organ odwoławczy wskazuje okoliczności faktyczne, które należy zbadać przy ponownym rozpatrzeniu sprawy”. Do chwili wejścia w życie noweli k.p.a. z grudnia 2011 zasadniczy motyw kasacyjnego wyrzekania w odwoławczym postępowaniu podatkowym był tożsamy z postępowaniem, do którego stosuje się przepisy kodeksu – rozstrzygnięcie wymagało „uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w całości lub w znacznej części”. Dotychczas istniejąca różnica w zakresie powinności organu

³⁵ Dz. U. nr 8 z 2005 r., poz. 60 ze zm., zwana dalej Op.

odwoławczego we wskazaniu okoliczności, jakie organ I instancji winien wziąć pod uwagę przy ponownym rozpatrzeniu sprawy, poprzez zmianę zd. 2 art. 138 § 2 k.p.a. została zniesiona. Skrupulatnie należy odnotować, że Op w tym aspekcie posługuje się sformulowaniem „okoliczności faktyczne”, kodeks takiego kwantyfikatora nie zawiera (ograniczając się do wyrażenia „okoliczności”). Tym, co nadal różni obie regulacje jest to, że o ile art. 233 § 2 Op *in principio* wyraźnie wskazuje, że sprawę w wyniku uchylecia zaskarżonej decyzji przekazuje się temu samemu organowi, który wydał zaskarżoną decyzję („do ponownego rozpatrzenia przez ten organ”³⁶), o tyle k.p.a. nadal posługuje się sformulowaniem o przekazaniu sprawy do ponownego rozpatrzenia „organowi pierwszej instancji”. Spekulatywnie można wyobrazić sobie taką sytuację, w której organ odwoławczy w ogólnym postępowaniu administracyjnym dojdzie do przekonania, że decyzja zaskarżona odwołaniem została wydana przez organ niewłaściwy, w tym celu uchylili wydaną przez ten organ decyzję, a sprawę przekaże stosując art. 138 § 2 k.p.a. właściwemu organowi pierwszej instancji. Na przeszkodzie takiemu wywodowi stoi inna kompetencja orzecznicza organu odwoławczego, przewidziana dyspozycją art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a. – uchylenie zaskarżonej odwołaniem decyzji oraz umorzenie w całości postępowania pierwszej instancji.

Nowy obraz zagadnienia podstawy kasacyjnego orzeczenia organu odwoławczego połączonego z przekazaniem sprawy do ponownego rozpatrzenia byłby niepełny, gdyby pominąć rozwinięcie możliwości orzeczniczych II instancji w ogólnym postępowaniu administracyjnym. Dodano wszakże do art. 138 k.p.a. § 4 w następującym brzmieniu: „Jeżeli przepisy przewidują wydanie decyzji na blankiecie urzędowym, w tym za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a istnieją podstawy do zmiany zaskarżonej decyzji, organ odwoławczy uchyla decyzję i zobowiązuje organ pierwszej instancji do wydania decyzji o określonej treści” (art. 1 pkt 21 lit. b noweli k.p.a. z grudnia 2010). Uzupełnienie o ten przepis katalogu decyzji organu odwoławczego

³⁶ Konstatacja przez organ odwoławczy, iż decyzję wydał podatkowy organ niewłaściwy, prowadzić ma do wydania decyzji opartej o art. 233 § 1 pkt 2 lit. b Op – decyzja odwoławcza polegać będzie na uchyleniu zaskarżonej decyzji w całości i przekazaniu organowi właściwemu.

wychodzi naprzeciw zgłaszanym w literaturze twierdzeniom, nie pozabawionym słuszności, że niekiedy organ odwoławczy musiał orzekać kasacyjnie z przekazaniem sprawy do ponownego rozpatrzenia, bowiem istniały przyczyny natury technicznej uniemożliwiające organowi odwoławczemu wydanie decyzji merytorycznej³⁷. Zagadnienie tego typu decyzji, stanowiące *novum* w k.p.a., wymagałoby rozwinięcia wywodów, które przekraczałyby ramy niniejszego opracowania.

Nowe ujęcie podstawy wydawania decyzji kasacyjnej opartej na dyspozycji art. 138 § 2 k.p.a. nie jest wolne od wątpliwości. Jak wskazuje praktyka działania organów odwoławczych stosujących kodeks, ilość tego typu decyzji jest stosunkowo znaczna³⁸. Zerwanie ustawodawcy z przesłanką decyzji kasacyjnej, obowiązującą przez ponad 30 lat, przy jednoczesnym pozostawieniu dotychczasowego brzmienia takiej przesłanki w postępowaniu podatkowym, budzi poważne wątpliwości odnośnie do celowości takiego zabiegu. Jak wiadomo „lepsze” jest wrogiem „dobrego”. Szkoda, że rozwiązania normatywne istniejące w polskim procesie administracyjnym, które doczekały się, jak sądzę, wystarczającego dorobku doktryny i judykatury, poddawane są radykalnym zabiegom nowelizacyjnym, których przyszłe efekty, niekoniecznie jednoznacznie pozytywne, trudno nawet przewidzieć.

³⁷ Por. B. Dobkowska, B. Muzyczuk, *Zasada dwuinstancyjności postępowania administracyjnego a wydawanie rozstrzygnięć kasacyjnych na przykładzie samorządowych kolegiów odwoławczych*, [w:] *Kodyfikacja postępowania...*, s. 126. Autorzy postulowali wprowadzenie w kodeksie w takich sprawach możliwości nakazania organowi I instancji wydania decyzji o określonej treści. Art. 138 § 4 k.p.a. stanowi spełnienie tego postulatu.

³⁸ Dla przykładu z danych dotyczących rocznej działalności Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Rzeszowie wynika, że na ogólną ilość aktów wydanych przez nie jako organ II instancji w 2010 r. w liczbie 1893, 731 stanowiły decyzje utrzymujące w mocy decyzję organu I instancji, 784 decyzje były wydane w oparciu o art. 138 § 2 k.p.a. i art. 233 § 2 Op, por. *Sprawozdanie z działalności Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Rzeszowie za rok 2010*, marzec 2011, s. 3.

ABSTRACT

Some remarks in the matter of new wording of art. 138 § 2 Code of Administrative Procedure³⁹

The subject of a remark is new wording of art. 138 § 2 Code of Administrative Procedure, introduced by an amendment of December 2010, relating to the so-called cassation decision which an appeal agency undertakes in a general administrative procedure. By such a decision it revokes a challenged decision of first instance and remands the matter for re-examination. The previous reading of regulations was recalled, giving grounds for adjudication by the appeal agency in such a way, literature and judicial decisions in this scope were also adduced. The Author assumes a sceptical attitude towards this amending measure.

³⁹ Act of 14.06.1960 uniform text Dz. U. No. 98 of 2000., item 1071 with changes, hereinafter called code.