

HUBERT IZDEBSKI (Warszawa)

Wpływ orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego na orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Przyczynek do studiów nad tradycją prawniczą*

I. Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy — kodeks postępowania administracyjnego¹ — rozstrzygnęła, dyskutowany od początków Polski Ludowej z wyłączeniem okresu stalinowskiego, problem przywrócenia sądownictwa administracyjnego. Przewidziała ona utworzenie szczególnego sądu administracyjnego, a nie — tak jak jest w tych krajach socjalistycznych, w których w ogóle występuje sądowa kontrola decyzji administracyjnych — przyznanie odpowiednich kompetencji sądom powszechnym. Sąd administracyjny, co stanowi dowód uszanowania powszechnego w krajach socjalistycznych modelu ustrojowego, podlega jednak nadzorowi judykacyjnemu Sądu Najwyższego.

Naczelny Sąd Administracyjny podjął działalność w dniu 1 września 1980 r., a pierwsze jego orzeczenia zapadły — wobec przyjęcia zasady, że można było zaskarżać decyzje wydane w postępowaniu wszczętym poczynając od 1 września 1980 r. — pod koniec tego roku. Orzeczenia te są stosunkowo liczne — średnia roczna przekracza 10 tysięcy — i, co najważniejsze, dowodzą one tego, że od początku działalności Sąd postawił przed sobą zadanie stworzenia *corps de doctrine* — jasnych doktrynalnych podstaw stosowania prawa administracyjnego i prawa finansowego, a więc dziedzin prawa najmniej dotąd uporządkowanych czy nawet — rzec można — choć to pozornie *contradictio in adiecto*, najmniej zjurydyzowanych. Zasada praworządności, sformułowana zresztą w kodeksie postępowania administracyjnego, stanowić musi — i stanowi

* Referat wygłoszony na Ogólnopolskiej Konferencji Historyków Prawa w Poznaniu (30 V - VI 1986 r.).

¹ Dz. U. nr 4, poz. 8; tekst jednolity k.p.a., który będzie poniżej cytowany, opublikowano w Dz. U. nr 9 z 1980 r., poz. 26.

w rzeczywistości — jedną z podstaw owego *corps de doctrine*, przy czym chodzi o praworządność w znaczeniu tradycyjnym czy wręcz klasycznym, to jest o przestrzeganie prawa przez organy państwowe, a nie o szersze rozumienie praworządności, często przyjmowane w literaturze krajów socjalistycznych i w ich praktyce politycznej, obejmujące również, a nierzadko przede wszystkim, przestrzeganie prawa przez obywateli.

Dorobek orzeczniczy Naczelnego Sądu Administracyjnego jest imponujący. W ciągu kilku pierwszych lat działania Sąd zbudował spójny system doktryny administracyjnej, stawiający w zupełnie nowym świetle funkcjonowanie norm prawa administracyjnego i finansowego. Stanowiło to faktycznie, w pewnym zakresie, tworzenie norm prawa² — i stworzyło w niemałym stopniu podstawę orzecznictwa nowego i formalnie znacznie bardziej samodzielnego sądu prawa publicznego, jakim jest Trybunał Konstytucyjny. Miarą dorobku NSA może być to, że studiowanie prawa administracyjnego, a w pewnym stopniu i prawa finansowego, bez prześledzenia orzecznictwa sądowo-administracyjnego jest dziś już niemożliwe; wydane niedawno, pod redakcją Michała Kuleszy *Materiały do nauki prawa administracyjnego*, z dodatkiem do tytułu: *Z orzecznictwa sądowego*³, wskazują na to, że i dydaktyka uniwersytecka nie może obyć się bez szerokiego odwołania się do orzecznictwa sądu administracyjnego. Obszerną syntezę orzecznictwa NSA za pierwsze trzy lata jego istnienia przedstawiłem już w innym miejscu⁴ — i choć zgadzam się z występującymi obecnie nierzadko opiniami, że doktrynalny walor orzeczeń Sądu zdaje się ostatnio obniżać, pozostaję przy bardzo pozytywnej ocenie całości jego orzecznictwa.

Przedmiotem niniejszego tekstu nie jest jednak, oczywiście, całość orzecznictwa NSA, lecz wpływ, jaki na to orzecznictwo wywarło orzecznictwo przedwojennego Najwyższego Trybunału Administracyjnego. Wiadomo dobrze, że powojenny ustawodawca, tworząc jeden sąd administracyjny dla całego kraju, rozpatrujący skargi na decyzje administracyjne ostateczne, tzn. wydane po wyczerpaniu toku postępowania administracyjnego, kierować się musiał przykładem NTA⁵. Niektórzy zagraniczni komentatorzy upatrują w tym dowód „nacjonalizmu prawniczego”, przejawiającego się także w wielu innych dziedzinach naszego pra-

² W tej kwestii por. moje studium *Les sources du droit dans les pays socialistes européens (Histoire, théorie, pratique)*. *Revue Internationale de Droit Comparé* R. 39, 1986, nr 1, s. 22 i n., 48 i n.

³ Warszawa 1985.

⁴ *La jurisprudence de la Haute Cour administrative polonaise*, *Revue Internationale de Droit Comparé* R. 37, 1981, nr 3 s. 471-502.

⁵ Por. R. Schnur, *Einflüsse des deutschen und des österreichischen Rechts in Polen*, *Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, 1985, z. 95, s. 24.

wa publicznego⁶. Oczywiście — i to również dobrze wiadomo — inne jest usytuowanie NSA w systemie organów wymiaru sprawiedliwości, inna jest prawna konstrukcja jego właściwości (klauzula enumeracyjna art. 196 § 2 k.p.a. i ustaw szczególnych, a nie klauzula generalna), inna — i praktycznie unikalna w skali światowej — jest swoista dekoncentracja w obrębie tego sądu (orzekanie nie tylko w „centrali” warszawskiej, ale i w sześciu ośrodkach zamiejscowych), inna wreszcie jest zasada wnoszenia skargi — za pośrednictwem organu administracyjnego, który wydał zaskarżoną decyzję.

Mniej już wiadomo, że nadzór judykacyjny Sądu Najwyższego sprawowany jest faktycznie w nikłym zakresie — nie było dotąd, przewidzianych przez ustawę, wytycznych z dziedziny orzecznictwa sądowo-administracyjnego, a liczba rewizji nadzwyczajnych od orzeczeń NSA oraz pytań prawnych w jego sferze działania nie przekracza odpowiednio 2 i 1,5⁰/. Mniej też wiadomo, że NSA przyjął zasadę — prawda, że podważaną przez Sąd Najwyższy — „powszechnej kontroli decyzji administracyjnych przez niezawisły sąd w sprawach wymienionych w art. 196 § 2 k.p.a.”⁷, co jest bliskie formule klauzuli generalnej. Nie zawsze się też zauważa, że sposób wnoszenia skargi do sądu przejęto z postępowania administracyjnego, a tam występuje on niezmiennie do okresu przedwojennego. To, co na pozór stanowi odstępstwo od przedwojennego ogólnopolskiego — z wyłączeniem byłego zaboru pruskiego — modelu sądownictwa administracyjnego, może się okazać, po bliższym przestudiowaniu, tylko swoistą modyfikacją tego modelu, jego przystosowaniem do nowych warunków i potrzeb. Nie zauważa się też zupełnie, że samo występowanie wpisu od skargi na decyzję administracyjną, jak i — po części — sposób jego obliczania (w szczególności podział na wpis od skarg o określonej i nieokreślonej wartości przedmiotu sporu) nawiązują do rozwiązań przedwojennych⁸; dla nas, uformowanych w określonej tradycji, istnienie wpisu jest oczywiste, ale przecież dziwi ono niepomierne np. specjalistów francuskich, dla których sądownictwo administracyjne,

⁶ Por. G. Marcou, *La Haute Cour administrative polonaise*, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger 1982, nr 4, s. 1256.

⁷ Wyrok z 21 VIII 1981 r. (SA 108/81) — Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 1983, nr 1, poz. 19. W całej tej sprawie por. moją rozprawę *La jurisprudence*, s. 496 - 497 i 500 - 501. W doktrynie dość często wysuwa się zresztą postulat oparcia właściwości Sądu na klauzuli generalnej, na wzór NTA — por. np. A. Nowakowski, *Odrzucenie skargi w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, Pałestra R. 19, 1985, nr 3 - 4, s. 8.

⁸ Por. § 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z 30 VIII 1980 r. w sprawie wpisu od skarg na decyzje administracyjne (Dz. U. nr 20, poz. 73) oraz art. 92 Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 X 1932 r. o Najwyższym Trybunale Administracyjnym (Dz. U. nr 94, poz. 806).

tak jak prawie wszędzie sądownictwo pracy i ubezpieczeń społecznych, powinno być bezpłatne.

Mimo oczywistego braku ciągłości w funkcjonowaniu sądownictwa administracyjnego — ciągłość taka dotyczyła Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, z wyłączeniem okresu okupacji — dostrzec zatem można pewną kontynuację w prawie, odwoływanie się do tradycji prawniczej w tej dziedzinie czy też, jeśli się chce użyć tego określenia, siłę „nacionalizmu prawniczego”. Czy to samo odnosi się do orzecznictwa NSA w stosunku do dzieła jurysprudence NTA? Pozytywna, a taka ona będzie, odpowiedź na powyższe pytanie zmusi do postawienia ogólniejszych pytań: czym jest zatem tradycja prawna i tradycja prawnicza? kto przechowuje i wyraża tradycję prawniczą? jaki jest mechanizm jej oddziaływania? czy jest ona wartością pozytywną, czy negatywną — czy ułatwia, czy utrudnia rozwój systemu prawa? W drugiej części wywodów postaram się, wychodząc od orzecznictwa NSA, udzielić skrótovej odpowiedzi na te pytania; odpowiedzi — wobec bardzo wycinkowego charakteru przedmiotu badań empirycznych — będą miały oczywiście w najlepszym wypadku wartość hipotez badawczych. Muszę jednak dodać, że weryfikują się one przynajmniej w niektórych innych polach badawczych, jak w dziedzinie prawa o spółkach kapitałowych, gdzie odpowiednie przepisy kodeksu handlowego z 1934 r., zachowane w mocy przez przepisy wprowadzające kodeks cywilny, obowiązywały przez ponad trzydzieści lat, od końca lat czterdziestych do początku lat osiemdziesiątych, tylko formalnie, a obecnie znajdują bardzo szerokie zastosowanie tak w obrocie uspołecznionym, jak i w sferze przedsiębiorczości prywatnej; renesans przepisów oznacza również renesans przedwojennego orzecznictwa w tej materii. Niezależnie od tej szerszej weryfikacji sądzę, że wypracowywanie hipotez jest konieczne dla zrozumienia *law in action*, które nie zawsze, co od dawna wiadomo, pokrywa się z *law in the books*, a uczynić to mogą tylko prawnicy z formacją i, jakby to powiedzieli Francuzi, wrażliwością (*sensibilité*) historyków prawa.

Wobec tego, że NSA wydał już ponad 60 tysięcy orzeczeń, w większości nie publikowanych, podstawą dokumentacyjną artykułu będą wyłącznie orzeczenia publikowane⁹. Są one stosunkowo liczne — sposób upowszechniania orzecznictwa sądowego pozytywnie wyróżnia Polskę wśród krajów socjalistycznych i budzi uznanie w wielu krajach Europy Zachodniej¹⁰ — i, można sądzić, zawierają najistotniejsze tezy doktrynalne. Właśnie te tezy, tam gdzie nawiązują one wprost czy w sposób dający się udowodnić do orzecznictwa przedwojennego, będą przedmiotem mojego zainteresowania.

⁹ Poniżej będą stosowane następujące skróty: ONSA — Orzecznictwo Naczelne-go Sądu Administracyjnego, OSPiKA — Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych i OSN — Orzecznictwo Sądu Najwyższego.

¹⁰ Por. moje studium *Les sources*, s. 49 - 50.

II. „W prawie podatkowym występuje pojęcie ,obowiązku podatkowego' i ,zobowiązania podatkowego'. ,Obowiązkiem podatkowym' jest, zgodnie z ustalonym poglądem doktryny podatkowej, opartej na orzecznictwie Najwyższego Trybunału Administracyjnego, abstrakcyjne zobowiązanie do poniesienia ciężaru podatkowego związane przez przepis ustawy z zaistnieniem określonego stanu faktycznego, zaś ,zobowiązaniem podatkowym' jest już skonkretyzowane w sposób prawem przewidziany roszczenie państwa do podatnika (orzeczenie NTA z 27 lutego 1934 r. L. Rej. 4692; B. Hasfeld, *Orzecznictwo podatkowe Najwyższego Trybunału Administracyjnego i Sądu Najwyższego*, Warszawa 1939, s. 1; W. Kubiak, *Zobowiązania podatkowe*, Warszawa 1971, s. 12 i n.)” — tak brzmi fragment wyroku wydanego w Ośrodku w Krakowie w dniu 23 lutego 1982 r., jedyny znany przykład powołania się przez NSA na konkretne orzeczenie przedwojenne¹¹. Sprawa dotyczyła szerszego problemu charakteru — publiczno- czy cywilnoprawnego — należności i opłaty rocznej z tytułu nabycia gruntów na cele nierolnicze na podstawie, dziś już nie obowiązującej, ustawy z dnia 26 października 1971 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych oraz rekultywacji gruntów, a wyrok NTA był jednym z argumentów za publicznoprawnym charakterem płatności. Argument ten, jak i inne argumenty NSA, nie przekonały zresztą Sądu Najwyższego, który w składzie siedmiu sędziów opowiedział się za charakterem cywilnoprawnym ze wszystkimi płynącymi stąd konsekwencjami¹². NSA podzielił następnie pogląd, formalnie go wiążący, Sądu Najwyższego („aczkolwiek istotnie kwestia ta początkowo budziła kontrowersje i wyrażane były poglądy, że do w/w należności i opłat mają zastosowanie przepisy ustawy [...] o zobowiązaniach podatkowych [...], to jednakże została ona ostatecznie wyjaśniona”), jednakże nie zgodził się *explicite* z jedną z jego konsekwencji („NSA nie podziela poglądu wyrażonego w wyroku Sądu Najwyższego” co do terminu, z jakim powstaje obowiązek uiszczenia należności i opłaty rocznej)¹³, co przy okazji wskazuje też na poczucie funkcjonalnej niezależności od Sądu Najwyższego — poczucie, za którym kryje się zapewne siła tradycji. Tak czy inaczej, powołanie się na konkretne orzeczenie NTA nie pociągnęło za sobą ustalenia się zgodnego z nim orzecznictwa NSA.

Inaczej jest w pozostałych przypadkach, w których NSA powołał się na przedwojenne orzecznictwo sądowo-administracyjne. W uzasadnieniu orzeczenia z 15 stycznia 1982 r. — chodziło o odmowę wpisu na listę adwokatów — znajdujemy takie oto sformułowanie: „Sąd admini-

¹¹ SA/Kr 559/81 — OSPiKA 1983, nr 2, poz. 22, z krytyczną w tym względzie glosą C. Kosikowskiego.

¹² Uchwała z 23 XII 1982 r. (III AZP 8/82) — OSN 1984, z. 2-3, poz. 19.

¹³ Wyrok z 13 II 1934 r. (II SA 1790/83) — OSPiKA 1985, z. 4, poz. 72, z krytyczną glosą T. Wosia.

stracyjny jest uprawniony do badania prawidłowości zastosowania w sprawie przez organy administracji państwowej tzw. wyrażen nieostrych. Nawet w okresie międzywojennym, gdy w nauce prawa administracyjnego oraz w judykaturze ówczesnego NTA przeważały zachowawcze poglądy, przyjmowano jako rzecz bezsporną, że organy administracji wyższego stopnia oraz sąd administracyjny kontrolując legalność decyzji miały obowiązek zbadać, czy ocena organu administracji w przypadku stosowania przepisów zawierających wyrażenia nieostre nie przekroczyła dopuszczalnych granic swobody. Zachowanie granic swobody przez organ administracji w ocenie stanu faktycznego na tle wyrażen nieostrych, a nie jego uznanie, podlega więc kontroli Sądu¹⁴.

Sędzia administracyjny, powołując się m. in. na judykaturę NTA, przyznał tym samym, skąd czerpał inspirację do uzasadnienia swojej kompetencji weryfikowania w danym przypadku interpretacji, dokonywanej przez organ administracji, zwrotów (pojęć) nieokreślonych bądź niedookreślonych czy wyrażen nieostrych. Zwroty te, jak „interes społeczny” czy „ważne względy społeczne”, o charakterze klauzuli generalnej, stanowią istotny element wielu norm prawa administracyjnego, a także celnego i finansowego, zapewniając — pozornie — administracji znaczny „luz decyzyjny”. Orzecznictwo NSA jest w tej sferze, trzeba to podkreślić, coraz bardziej konsekwentne¹⁵. Można zacytować wiele wyroków, w których — nie powołując się wprost na orzecznictwo NTA — głosi się tezy zbliżone do cytowanej.

Oto niektóre z tych wyroków. „Określenia takie jak „ważne względy”, prawnie nie zdefiniowane, oznaczane też w teorii prawa mianem wyrażen nieostrych [...], ograniczają wymierność kontroli legalności decyzji wydanych na podstawie takich przepisów do rozważenia, czy ocena organu administracji państwowej nie nosi cech dowolności, czy nie przekroczyła dopuszczalnej granicy swobody interpretacji pojęć nieostrych na tle konkretnego stanu faktycznego” — głosi uzasadnienie wyroku z 26 maja 1981 r., bliskiego tenorowi orzecznictwa przedwojennego¹⁶. Uzasadnienie to spotkało się zresztą z krytyką glosatora, którego zdaniem „zbyt mocno zaciążyły stare poglądy doktryny, według których decyzje podejmowane w sferze swobodnego uznania nie mogą w tym zakresie podlegać kontroli sądowej”¹⁷. „[...] Zwrot „szczególnie uzasadnione względy społeczne” — twierdzi się w wyroku z 21 grudnia 1983 r., oznaczającym poważny postęp w stosunku do pierwszego orzeczenia — jest zwrotem nieokreślonym, który w orzecznictwie NSA traktowany jest jako element

¹⁴ II SA 752/81 — *Materiały*, s. 186.

¹⁵ Por. M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, zwł. s. 71 i n.

¹⁶ SA 974/81 — *OSPİKA* 1982, nr 5-6, poz. 58.

¹⁷ *Ibidem*.

normy prawnej, którego znaczenie w danej sytuacji faktycznej jest ustalane w drodze stosowanych w systemie prawa administracyjnego środków wykładni prawa. Takie wyraźne stanowisko zajęto m. in. w wyroku NSA z 28 VI 1982 r. w sprawie SA/Wr 245/82, w którym stwierdzono, że samo pojęcie niedookreślone podlega wszelkim regułom interpretacyjnym i należy do kategorii wykładni podlegającej kontroli sądowej, gdyż użycie tego zwrotu w normie prawnej nadaje mu znaczenie prawne, a nie tylko faktyczne, a przedmiotem kontroli sądowej jest zgodność decyzji z prawem”¹⁸. „Skoro wymienione „pojęcia nieostre” występują w normie prawnej — a zgodność zaskarżonych decyzji z treścią norm prawnych jest przedmiotem kontroli sądowo-administracyjnej, to prawidłowość interpretacji, tj. ustalenia znaczenia tych pojęć i oceny opisanego przy ich użyciu stanu faktycznego konkretnej sprawy podlega pełnej kontroli NSA wszczynanej na skutek skargi wniesionej na decyzję administracyjną wydaną w oparciu o przepisy posługujące się takimi pojęciami” — podkreślono w wyroku z 13 stycznia 1984 r.¹⁹.

Kwestia zwrotów nieostrych czy niedookreślonych należy do szerszej sfery jednego z kluczowych problemów prawa administracyjnego i sądowej kontroli administracji — kwestii władzy dyskrecyjnej, czyli swobodnego uznania organu administracji. Mimo czynionych od dawna — i w orzecznictwie NTA, i w doktrynie tak przedwojennej, jak powojennej, i w orzecznictwie NSA — prób rozróżniania problematyki zwrotów nieostrych oraz swobodnego uznania, obie kwestie do tej pory bywają mieszane, także w orzecznictwie, któremu pod tym względem wciąż brak jeszcze konsekwencji²⁰. Zdawać by się mogło, że problem swobodnego uznania w ogóle nie powinien być podnoszony w referacie traktującym o wpływie orzecznictwa NTA na orzecznictwo NSA; NTA był bowiem, na wzór austriacki, pozbawiony prawa kontrolowania legalności decyzji dyskrecyjnych.

To ostatnie stwierdzenie, aczkolwiek poprawne, wymaga jednak uzupełnienia i komentarza. Uzupełnienia — bo spod orzecznictwa Trybunału wyłączono „sprawy, w których władze administracyjne uprawnione są do rozstrzygania według swobodnego uznania”, ale tylko „w granicach pozostawionych temu uznaniu”²¹. Ponadto zaś Trybunał winien był uchylić zaskarżone orzeczenie lub zarządzenie (ustawodawstwo o NTA używało, inaczej niż rozporządzenie Prezydenta z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym, tych starszych określeń, zamiast jednolitego terminu „decyzja”), jeśli uznał, że stan faktyczny sprawy wy-

¹⁸ SA/Gd 822/83 — OSPiKA 1985, nr 2, poz. 26.

¹⁹ SA/Wr 701/83 — OSPiKA 1984, nr 7-8, poz. 143.

²⁰ Por. M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983 i M. Wyrzykowski i, o.c. oraz wyrok z 23 III 1983 r. (II SA 1291/83) — OSPiKA 1983, nr 11, poz. 274, z głosem Z. Leońskiego.

²¹ Art. 6 pkt 2 cyt. rozporządzenia Prezydenta z 27 X 1932 r.

magają uzupełnienia, że pozwana władza przyjęła stan faktyczny sprzeczny z aktami lub że ze szkodą skarżącego naruszono formy postępowania administracyjnego²². We wszystkich wymienionych przypadkach władza administracyjna wykraczała, logicznie, poza „granice pozostawione swobodnemu uznaniu” — a zatem sąd administracyjny mógł uznać swą właściwość w odniesieniu do danej decyzji dyskrecjonalnej. Stąd potrzebny jest komentarz — NTA tak właśnie rozumiał swoją właściwość, czego dowodzi jego wyrok z 21 stycznia 1930 r.: „Swobodne uznanie władz orzekających podlega ograniczeniu w tym kierunku, że decyzje na swobodnym uznaniu oparte podlegają orzecznictwu z punktu widzenia ich wadliwości, a mianowicie naruszenia form postępowania ze szkodą dla skarżących, podpadnięcia w sprzeczność z ustaleniami w aktach poczynionymi lub też w razie potrzeby uzupełnienia stanu faktycznego”²³.

Skoro takie było podejście Trybunału, musiało istnieć jego orzecznictwo w sprawach z zakresu swobodnego uznania. Podstawową tezę tego orzecznictwa było to, że decyzja oparta na swobodnym uznaniu nie może być dowolna, tj. bądź „pozostawać w jawnej sprzeczności z poczynionymi ustaleniami”²⁴, bądź nie być wydana po prawidłowym przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, m. in. po zgromadzeniu i zapoznaniu się z całością materiału faktycznego. Fakt, że decyzje „pozostawione całkowicie swobodnej ocenie władzy” nie wymagały uzasadnienia²⁵, nie stanowił dla NTA, który dysponował aktami sprawy, żadnej przeszkody; warto zresztą zaznaczyć, że okólnik Ministra Spraw Wewnętrznych z 12 lutego 1936 r. polecał władzom I instancji motywowanie wszystkich decyzji i zobowiązywał władze II instancji do korzystania z ustawowej możliwości niemotywowania tylko w istotnie wyjątkowych przypadkach²⁶.

W orzecznictwie NSA z łatwością odnajdziemy tezy analogiczne do orzecznictwa NTA w tej samej materii. „W celu wydania prawidłowej decyzji organy administracji celnej obowiązane są [...] zbadać, ustalić i rozważyć stan faktyczny w możliwie najdokładniejszy sposób, gdyż uznanie swobodne nie może nosić cech dowolności” — stwierdził np. Sąd w wyroku z 26 maja 1981 r.²⁷. Można sądzić, że cytowany pogląd został wyrażony nie bez znajomości orzecznictwa NTA, choć na orzecznictwo to się nie powołuje. „Przyznane organom administracji ‚swobodne uznanie’ w stosowaniu zwolnień od kaucji [...] nie oznacza uprawnie-

²² Art. 84 cyt. rozporządzenia.

²³ L. rej. 4286/28.

²⁴ Wyrok z 11 X 1935 r. (l. rej. 9914/30).

²⁵ Art. 75 ust. 3 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 22 III 1928 r. o postępowaniu administracyjnym (Dz. U. nr 36, poz. 341 z późn. zm.).

²⁶ Por. W. Czapinski, *Uspolecznienie administracji a obowiązek motywowania decyzji*, „Gazeta Administracji” 1936, nr 3.

²⁷ SA 810/81 — ONSA 1981, nr 1, poz. 45.

nia do dowolnego wyboru jednej z form tych zwolnień” — stwierdzono w wyroku z 28 sierpnia 1981 r.²⁸ itd.

NSA nie jest jednak, inaczej niż NTA, formalnie ograniczony przez ustawę w zakresie kontrolowania decyzji dyskrecjonalnych. Problem ten był w dość różny sposób traktowany w orzecznictwie Sądu — choć nie jest znany przypadek, by NSA odrzucił skargę ze względu na to, że dotyczyła ona materii swobodnego uznania, mimo że takie wnioski stawiali przed nim przedstawiciele organów administracji II instancji. Znamy wyrok, w którym NSA stwierdził: „Wprawdzie uznaniowy charakter decyzji odmawiającej obniżenia opłaty skarbowej sprawia, że decyzja taka nie podlega kontroli sądowej, ale tylko w zakresie objętym uznaniem, co nie jest równoznaczne z wyłączeniem generalnym i całkowitym tego rodzaju decyzji spod kontroli sądowej”²⁹. Jest to wyraźne nawiązanie do litery ustawodawstwa przedwojennego, a zapewne też do linii przedwojennego orzecznictwa. Wydany jednak został także wyrok o diametralnie różnej tezie: „W obowiązującym stanie prawnym uznanie administracyjne straciło [...] w PRL swój dotychczasowy charakter przypisywany mu do niedawna w teorii prawa administracyjnego w kraju i za granicą. Fakt, że zasady ogólne k.p.a., a zwłaszcza zasada wyrażona w art. 7, zobowiązują organy administracji państwowej m. in. do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes strony, zmusza do odmiennego traktowania instytucji dotychczasowego uznania administracyjnego [...]. Jeśli w sprawach pozostawionych przez przepisy prawa materialnego uznaniu administracyjnemu nie stoi na przeszkodzie interes społeczny ani nie przekracza to możliwości organu administracji w realizacji przyznanego potencjalnie uprawnienia, organ ten ma obowiązek załatwić sprawę w sposób pozytywny dla strony”³⁰.

Linia orzecznictwa poszła, choć nie całkiem konsekwentnie, w drugim ze wskazanych kierunku: „Decyzje administracyjne oparte na uznaniu podlegają kontroli sądowej”³¹. Mimo odmiennego stanowiska Prokuratora Generalnego, który zadał w tym przedmiocie pytanie prawne, takie też jest stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w dwóch uchwałach z 25 października 1984 r., z których pierwsza ma moc zasady prawnej³². Prokurator Generalny, podobnie jak organy II instancji, kierował się obiegową — i, jak wiemy, nie w pełni uzasadnioną — tradycją wyłączenia decyzji dyskrecjonalnych spod kontroli sądu administracyjnego;

²⁸ SA/Wr 87/81 — ONSA 1981, nr 2, poz. 80.

²⁹ Wyrok z 27 VIII 1981 r. (SA/Gd 42/81) — ONSA 1981, nr 2, poz. 79.

³⁰ Wyrok z 11 VI 1981 r. (SA 820/81) — OSPiKA 1982, nr 1, poz. 22, z entuzjastyczną notą J. Łętowskiego.

³¹ Cyt. wyrok z 21 XII 1983 r.

³² III AZP 9/83 — OSN 1985, z. 5-6, poz. 63; III AZP 11/83 — OSN 1985, z. 8, poz. 103.

NSA i Sąd Najwyższy jednak — zapewne świadomie — nawiązały do rzeczywistej tradycji przedwojennego orzecznictwa, wychodząc w nowych warunkach prawnych poza jego formuły.

Obracamy się już jednak poza kręgiem bezspornego — przyznanego lub ewidentnego — wpływu orzecznictwa przedwojennego. Wątku tego nie chciałbym kontynuować, jako że naukowy charakter rozważań w tym przedmiocie jest co najmniej dyskusyjny. Nie mając dostatecznych dowodów, trudno konstruować sprawdzalne tezy. Ograniczę się zatem do zwrócenia uwagi na to, że glosator jednego z wyroków NSA powołał się — znów w kwestii kluczowej, a mianowicie w kwestii pojęcia strony — na orzecznictwo NTA, choć sam NSA na NTA się tu nie powołał³³. Podobne powołania nie są w doktrynie, w tym w glosach, rzadkością — jest ich więcej niż odpowiednich powołań samego Sądu, te bowiem są istotnie nader rzadkie. Odpowiedzieć na pytanie, dlaczego tak się dzieje, będzie można, mam nadzieję, po podjęciu zapowiedzianego wątku tradycji prawniczej.

III. Wątek ten podjąłem w związku ze studiami nad stosunkiem rewolucji do prawa w Europie w XX w.³⁴, a poświęciłem mu ostatnio również odrębne obszerne studium, dotyczące stosunku tradycji prawnej i prawniczej do zmian prawa na przykładzie krajów socjalistycznych³⁵. Mogę zatem zrezygnować z przytaczania — obszernej już i wielowątkowej — literatury przedmiotu, która jest jednak pod tym względem wyjątkowo mało precyzyjna³⁶, a ograniczę się do pewnych konkluzji. Konkluzje te będzie można skonfrontować z ustaleniami, jakich dostarczyła analiza orzecznictwa NSA.

Otóż wyróżnia się nierzadko dwa znaczenia tradycji prawniczej: znaczenie węższe, obejmujące podstawowe pojęcia i konstrukcje jurydyczne,

³³ S. Dalka w glosie do wyroku SA/Pozn. 665/81 z 21 IV 1982 r. — OSPiKA 1983, nr 11, poz. 245.

³⁴ Referat *Les révolutions en Europe depuis 1917 et le droit*, Ius Commune t. 16, 1986/7 (w druku) oraz szersza wersja *Rewolucja a prawo w Europie w XX wieku*, cz. 2, CPH, t. XXXIX, 1987, z. 1, s. 111 i n.

³⁵ Z najnowszych studiów można wymienić: *Tradition and Progress in Modern Legal Cultures*, wyd. S. Jørgensen, J. Pöyhönen i C. Varga, Stuttgart 1985; *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, wyd. W. Fikentscher, H. Franke i O. Köhler, Freiburg—München 1980.

³⁶ A. Bleckmann, *La tradition juridique en tant que limite aux réformes du droit*, w: *Rapports généraux au 10e Congrès international du Droit comparé*, Budapest 1982, s. 59–68; R. Granger, *La tradition en tant que limite aux réformes du droit*, *Revue Internationale de Droit Comparé* R. 32, 1979, s. 37–125 i Z. M. Černilovskij, *La tradition juridique comme facteur limitant les réformes du droit*, *Développement du droit et de la science juridique en URSS*, 1978, nr 57, s. 90–97, a w literaturze polskiej H. Rot, *Dialektyka tradycji i innowacji w prawie socjalistycznym*, w: *Tradycja i innowacja w prawie socjalistycznym*, Wrocław 1984 (Acta Univ. Wratisl. nr 830).

jak i zasady prawa, na których opiera się system prawa, oraz znaczenie szersze, w skład którego wchodzi również wartości ideologiczne, religijne, kulturalne oraz baza społeczna i gospodarcza danego porządku prawnego. Coraz częściej też zauważa się, że długotrwałość formowania nie stanowi współcześnie istotnej cechy tradycji: obok tradycji odwiecznych czy dawnych istnieją tradycje świeże, nowe. Zaznaczyć tu warto, że przedwojenne rozwiązania sędow-administracyjne trudno zaliczyć do tradycji uświęconych dawnością; w zaborze austriackim ten model sądownictwa administracyjnego funkcjonował przecież od 1875 r., lecz w zaborze rosyjskim — od 1922 r. W najróżniejszych proponowanych podziałach tradycji w prawie — m. in. wyróżnianiu, w ślad za Jerzym Szackim, jej trzech znaczeń: funkcjonalnego (transmisja społeczna), przedmiotowego (dziedzictwo społeczne) i podmiotowego (tradycja *sensu stricto*)³⁷ — brakuje, najbardziej chyba potrzebnego, podziału na tradycję prawną i tradycję prawniczą, odpowiadającego przyjmowanemu dość powszechnie podziałowi na kulturę prawną i prawniczą, każdą w podanym powyżej znaczeniu węższym i szerszym. Przekaznikiem tradycji prawnej są normy prawne, jeśli zachowują one moc obowiązującą lub świadomość prawną, która przechowuje, zawsze selektywnie, podstawowe składniki poprzednich systemów prawnych. Tradycja prawnicza natomiast, charakteryzująca się pewną profesjonalnością i technicznością, jest przekazywana przez prawników, którzy uczestniczą w tworzeniu i stosowaniu prawa. We współczesnej komparatystyce prawniczej zwraca się przy tym uwagę na występowanie w każdym systemie prawnym pewnej sfery „prawa prawników”, dostęp do której jest dla laików bardzo utrudniony, a którą kształtują zatem w dużej mierze sami prawnicy³⁸. Znaczna część prawa administracyjnego — ta, która nie dotyczy wprost zagadnień politycznych — da się zaliczyć do „prawa prawników”; kontrolą NSA, trzeba podkreślić, objęte są decyzje wydane głównie w tego rodzaju sprawach, ze spraw bowiem o silniejszym zabarwieniu politycznym przedmiotem rozpoznania Sądu mogą być jedynie sprawy cenzury publikacji i widowisk.

Tradycja prawnicza — to w rezultacie nie to samo co, inny żywo dyskutowany dziś problem, kontynuacja w prawie³⁹. Każda kontynuacja oznacza uszanowanie tradycji, ale tradycja przejawia się i wówczas, gdy

³⁷ H. Rot, o.c.; por. J. Szacki, *Tradycja. Przegląd problematyki*, Warszawa 1971.

³⁸ Por. F. H. Lawson, *Legal Orthodoxy*, w: tegoż, *Selected Essay*, t. I, *Many Laws*, Amsterdam—New York—Oxford 1977, s. 64 i n.

³⁹ Por. G. B. Švekov, *Preemstvennot' v prave*, Moskwa 1983 i J. Bardach, *Themis et Clío ou de l'approche historique dans la science du droit*, w: *Una oferta científica ius histórica internacional al doctor J. M. Font i Rius por sus ocho lustros de docencia universitaria*, wyd. M. J. Pelaez i J. F. Viladrich, Barcelona 1985, s. 45 i n.

nie ma kontynuacji, gdy ma się do czynienia z negacją dawnego prawa. Tradycja bowiem może wpływać zarówno na proces stosowania prawa — *law in action* jest wówczas o wiele bardziej tradycyjne niż *law in the books*, jak i na proces legislacyjny — wymuszając na ustawodawcy, który pierwotnie odrzucił rozwiązania tradycyjne, ich szersze czy węższe uwzględnienie. To oddziaływanie tradycji nie wynika tylko z siły inercji i właściwej prawnikom postawy konserwatywnej. Istotą oddziaływania tradycji jest to, że gdy chce się dokonać wyboru pomiędzy różnymi rozwiązaniami jursprudencyjnymi czy ustawodawczymi, najłatwiej sięga się, często podświadomie czy nieświadomie, do zakodowanego w umyśle rozwiązania tradycyjnego jako w pewnym stopniu oczywistego czy naturalnego. Warunkiem sięgnięcia do tego rozwiązania jest oczywiście to, by, w przekonaniu tego, kto wybiera, co najmniej nie gorzej niż inne rozwiązywałoby ono problem społeczny, który kryje się za rozstrzygnięciami prawnymi. Nie ma zatem jednakowej mocy każda tradycja. Wybiera się tylko tradycje uznane za dobre — wcześniej we wszystkich krajach socjalistycznych, a obecnie w niektórych z tych krajów mówiło się i mówi o „tradycjach postępowych” — tak jak kiedyś stosowano „dobry zwyczaj”, usuwając poza sferę prawa „zwyczaj szkodliwy”.

W tym sensie tradycja oddziałuje zawsze w sposób wybiórczy — zrelatywizowany i zrationalizowany. Stopień racjonalizacji zależy od poziomu zawodowego i ogólnego tych, którzy prawo tworzą lub stosują oraz, zawsze, od ich systemu wartości. Chęć uszanowania pewnych tradycji może, podobnie jak chęć upodobnienia się do innych czy wyróżnienia się od innych, stanowić wartość samą w sobie. Nie sposób też nie zauważyć, że negatywna ocena pewnych zjawisk współczesności może rodzić swoistą nostalgię prawną — uznanie za najlepsze rozwiązań pewnego okresu; w dzisiejszej Polsce nierzadko dotyczy to rozwiązań okresu 1944/45 – 1948.

Przekąźnikami i piastunami tradycji prawniczej są, z natury rzeczy, prawnicy. Im bardziej jest to środowisko profesjonalistów, o określonym wykształceniu oraz powiązaniach instytucjonalnych i towarzyskich, stanowiące jednolitą grupę lub zespół grup odznaczających się *esprit de corps* — słowem, im bardziej ma się do czynienia z *legal profession*, tym silniej prawnicy będą przekąźnikami i piastunami tradycji. Trzeba dodać, że Polska, obok Węgier, jest tym krajem socjalistycznym, w którym najłatwiej jest mówić tak o *legal profession*, jak i o pewnej ciągłości w tej dziedzinie. Jest tu mowa o tradycji w znaczeniu węższym — pojęcia, konstrukcje i zasady bowiem stanowią z natury rzeczy domenę profesjonalistów; nie można jednak abstrahować całkowicie od tradycji w szerszym znaczeniu — gdy dla prawników istotną wartością ideologiczną będzie praworządność czy, by uniknąć aktualnej dwuznaczności tego terminu, będą rządy prawa. W tej ostatniej dziedzinie — już w od-

niesieniu do sądownictwa administracyjnego — istotną funkcję aksjologiczną można przypisywać prawom podmiotowym obywateli i wszelkim formom ich ochrony.

To że prawnicy stanowią naturalnych piastunów tradycji w prawie, nie wyjaśnia jeszcze w pełni mechanizmu przechowywania i przekazywania tradycji. Wydaje się, że odróżnić trzeba tradycje, które odnoszą się do tych dziedzin prawa (czy do prawa w ogóle), w których przeważa element kontynuacji od tradycji w tych dziedzinach, w których dominuje negacja. W pierwszym przypadku tradycja przechowywana jest i przekazywana przede wszystkim przez prawników-praktyków, którzy nie mogą funkcjonować bez znajomości dawniejszego ustawodawstwa, orzecznictwa oraz doktryny. W drugim przypadku przechowawcą tradycji staje się doktryna. Przykładem pierwszej sytuacji może być — przy wszystkich zastrzeżeniach związanych z jego aktualnym renesansem — prawo handlowe, gdzie w tym zakresie, w jakim obowiązuje dziś kodeks handlowy, znów nie można sobie radzić w praktyce bez znajomości, przedwojennego przecież tylko, orzecznictwa oraz bez znajomości przedwojennej doktryny. To samo dotyczy także prawa spółdzielczego, gdzie od 1961 r. nie obowiązują przepisy przedwojenne⁴⁰ — i w ogóle niektórych innych działów prawa cywilnego. Przykładem drugiej sytuacji są natomiast prawo administracyjne i prawo finansowe.

IV. Naczelny Sąd Administracyjny bardzo często powołuje się na poglądy doktryny przede wszystkim współczesnej. Jest to zresztą samo w sobie przejawem siły tradycji, albowiem np. w ZSRR styl wyroków sądowych — również bardzo sam tradycyjny — jest zupełnie inny; zdepersonalizowany i pozbawiony argumentacji typu jurysprudenckiego i doktrynalnego⁴¹. Za pośrednictwem doktryny Sąd absorbuje też dawne pojęcia, konstrukcje, zasady; za jej pośrednictwem w dużej mierze poznaje też dawne orzecznictwo, co wprost zresztą wynika z cytowanego orzeczenia NSA, przytaczającego konkretne orzeczenie NTA. Sędzia administracyjny nie jest — i nawet nie powinien być — historykiem administracji. Nie prowadzi systematycznych studiów nad prawem i orzecnictwem przedwojennym, swą wiedzę w tym przedmiocie czerpiąc z przekazów pośrednich, opierając się zatem na czymś, co można nazwać tradycją w znaczeniu informacyjnym. Przekazy te mogą być niejednoznaczne. W odniesieniu do kontroli decyzji dyskrecyjnej współistnieją ze sobą poglądy o zasadniczej niedopuszczalności takiej

⁴⁰ Jak wielkie znaczenie odgrywa przedwojenne orzecznictwo, można zobaczyć w podręczniku R. Bierzanka, *Prawo spółdzielcze w zarysie*, wyd. 3, Warszawa 1984.

⁴¹ Por. B. Rudden, *The Role of the Courts and Judicial Style under the Soviet Civil Codes, w: Codification in the Communist World*, wyd. D. D. Barry, F. J. M. Feldbrugge i D. Lasso, Leiden 1975, zwł. s. 329.

kontroli w modelu przyjętym w II Rzeczypospolitej (poglądy te, korzystne dla administracji, przejmując, jak widzieliśmy, nie tylko Prokuratura, ale czasem i sędzia administracyjny) i o jej stosunkowej szerokości. W tym ostatnim przypadku sędzia administracyjny oparł się — jak można sądzić, bo brak na to przyznania w wyroku — na rozprawie Jerzego Starościaka *Swobodne uznanie władz administracyjnych*, opublikowanej w 1948 r. Autor ten zacytował wszystkie powołane w niniejszym referacie wyroki NTA — i wyciągnął z nich wnioski, które odnajdujemy m. in. w cytowanych wyrokach NSA.

Płynie stąd pewien istotny wniosek praktyczny. Zajmując się wpływem orzecznictwa NTA na orzecznictwo NSA (i w ogóle wpływem tradycji prawniczej w warunkach negacji dawnego prawa) nie należy badać orzecznictwa NTA, lecz trzeba poszukiwać tych przekazów pośrednich w przedmiocie orzecznictwa NTA (czy ogólnego dawnego prawa), z których może fizycznie korzystać ten, kto stosuje dziś czy tworzy prawo.

Sędzia administracyjny — poszukując podstawowych elementów konstrukcyjnych we wznoszonym przez siebie gmachu prawa jurysprudenckiego, a takim staje się dziś, chyba szczęśliwie, prawo administracyjne — wykazuje, rzecz charakterystyczna, pewną nostalgię prawniczą. Sięga do tego, co wiadomo o orzecznictwie NTA, sięga też czasem do nie obowiązujących aktów prawnych. Jednym z argumentów za brakiem powszechnie obowiązującej mocy prawnej samoistnych uchwał Rady Ministrów mogło stać się dlań sformułowanie art. 3 ust. 4 Konstytucji marcowej⁴². Praworządność w znaczeniu oparcia działalności administracji na hierarchicznie zbudowanym systemie przepisów i norm stanowi dla sędziego administracyjnego i przedwojennego, i współczesnego istotną wartość, w której mieści się również potrzeba ochrony praw podmiotowych obywatela, nader istotna także dla NSA, choć stoi on również na straży przedmiotowego porządku prawnego. Podkreślić trzeba — temat ten rozwijam w niedawno wydanym studium o źródłach prawa w krajach socjalistycznych — że reguły określające hierarchię przepisów i norm prawa nie są dziś, wbrew pozorom, dziełem ustawodawcy konstytucyjnego i zwykłego, lecz stanowią dzieło doktryny i, co raz bardziej, orzecznictwa — najpierw NSA, obecnie także Trybunału Konstytucyjnego⁴³.

Dlaczego zatem — mimo że współczesny sędzia administracyjny korzysta z orzecznictwa NTA — tak rzadko powoływał się on na to orzecznictwo? Wydaje się, że istnieje kilka powodów tego stanu rzeczy. Jednym jest oczywisty brak ciągłości między oboma sądami administracyjnymi, co nie dotyczy np. Sądu Najwyższego. Drugim powodem jest

⁴² Wyrok z 25 II 1983 r. (II SA 1904/82) — OSPiKA 1983, nr 12, poz. 271.

⁴³ *Les sources*.

zapewne utrzymujący się — wcale nie całkiem bezpodstawnie — stereotyp NTA jako sądu działającego źle, bo przewlekłe; w tej sytuacji lepiej, przejmując nawet za doktrynę linię orzecznictwa NTA, nie przywoływać jego nazwy. Trzecim powodem jest to, że NSA bardzo szybko — nawet zadziwiająco szybko — ukształtował własną, na ogół konsekwentną, linię orzecznictwa, na którą chętnie się powołuje; prawdopodobieństwo powołania się na orzecznictwo NTA staje się tym samym zdecydowanie coraz mniejsze. Wreszcie sędziowie NSA zdają sobie zapewne sprawę z tego, że gdyby NTA był przywrócony po 1944 r., jego orzecznictwo stopniowo oddalałoby się — w miarę zmian społeczeństwa, gospodarki i prawa — od kierunków przedwojennych. Jeśli więc nawet NSA może uważać się za spadkobiercę NTA, musi podkreślać różnicę czasu i warunków, jaka dzieli go od najwyższej magistratury sądowo-administracyjnej II Rzeczypospolitej. Mimo wszystko NSA jest spadkobiercą NTA, czemu, choć rzadko, daje wyraz. Jest on spadkobiercą NTA także w zakresie orzecznictwa, a tradycja prawnicza — podkreślmy, zawsze selektywna, zrelatywizowana i zracjonalizowana — okazała się w tej dziedzinie, tak jak to zresztą dzieje się prawie zawsze, pozytywnym, a nie negatywnym czynnikiem w rozwoju narodowego systemu prawa.

HUBERT IZDEBSKI (Varsovie)

L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF
SUPRÊME SUR LA JURISPRUDENCE DE LA HAUTE COUR ADMINISTRATIVE.
UNE CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DE LA TRADITION JURIDIQUE

Résumé

En vertu de la loi du 31 janvier 1930 portant création de la Haute Cour administrative et révision du code de procédure administrative, le tribunal administratif, unique dans les pays de l'Est, put s'installer. Il ressemble beaucoup au Tribunal administratif suprême d'avant 1939, jamais restauré après 1944: la Haute Cour juge en première et dernière instance, après l'épuisement par l'intéressé des moyens de voie non contentieuse, elle ne reçoit que des recours attaquant certains actes individuels, la compétence se trouve à mi-chemin entre celle de droit commun (telle était avant 1939) et celle d'attribution. Il est vrai qu'il y a de déviations considérables du modèle polono-autrichien, le modèle d'avant la guerre ayant été calqué sur les solutions de l'Empire autrichien. La pratique atténue toutefois une bonne part de telles déviations, on renoue avec la tradition plus que l'on ne peut croire en lisant le texte de la loi.

Il y a aussi un autre aspect de l'impact de la tradition — concernant la jurisprudence de la Haute Cour administrative et c'est lui qui constitue le sujet du présent article. La jurisprudence du Tribunal administratif suprême servait de point d'appui ou du point de départ à une série des arrêts de la Haute Cour, ren-

dus pendant les premières années de son fonctionnement, donc dans la période la plus formative de sa jurisprudence. On se penche ainsi sur le seul arrêt connu où la Haute Cour se réfère **expressément** à un arrêt concret du Tribunal, sur la série des arrêts où l'on évoque la jurisprudence établie du Tribunal et sur la série des arrêts où le juge administratif se guide sans aucun doute par la jurisprudence de l'ancien Tribunal sans s'y référer. La sphère où la jurisprudence de la Cour suivait celle du Tribunal touchait souvent aux problèmes-clés du droit administratif, dont l'étendue du contrôle exercé sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

L'analyse des arrêts de la Haute Cour administrative permet de poser la question du fonctionnement de la tradition en droit, et notamment de la tradition retrouvée, pourant se manifester où il y avait une rupture dans le droit positif et dans le fonctionnement de la magistrature compétente. Un grand rôle est y joué par la doctrine, et c'est par le truchement de la doctrine que le juge administratif apprend l'ancienne jurisprudence administrative en l'adaptant aux conditions nouvelles. On aborde également bien d'autres problèmes du jeu de tradition en droit, en démontrant son rôle de l'agent du changement du droit aussi par l'intermédiaire de la jurisprudence.