

Др Зоран Р. Јовановић, ванредни професор
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
zjovanovic@jura.kg.ac.rs

Стефан Н. Андоновић, студент докторских студија
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
Stefan.andonovic91@gmail.com

Дискрециона оцена управних органа у материји кретања и боравка странаца – осврт на балканску руту

Сажељак: Рад се бави ишћањем дискреционог одлучивања у управних органа, у вези са крећањем и боравком странаца на територији домаћих држава. Закони који уређују ишћања могућности крећања странаца обично дозвољавају да се забрани крећање или боравак одређеном лицу због заштитне јавног поретка, националне безбедности или јавног здравља. Такве одредбе можемо пронаћи у законима одређених земаља Балканске руте (Србија, Хрватска, Црна Гора, Босна и Херцеговина). Овај рад ће истражити могућности и границе дискреционог одлучивања управних органа приликом ограничавања крећања и боравка странаца на територији домаће државе органа. Наиме, управним органима је дозвољен одређен степен самосталности у примени права, у односу на законску норму, где орган сам одлучује да ли ће забранили крећање одређеном лицу (странцу). Могућности дискреционог одлучивања управних органа представља осетљиво ишћање анализирања и тумачења свих релеванних чињеница конкретног случаја. Зато је важно истражити могућности дискреционе оцене управних органа у области крећања странаца, због јаке повезаности примене овог инстинктивна и осиваривања основних људских права, поштом права на слободно крећање и права на једнакост.

Кључне речи: дискреционо одлучивање, крећање и боравак странаца, јавни интерес, право на слободно крећање.

1. Уводне напомене

Миграције су уско везане за саму суштину човека. Људи су се од давнина кретали и мењали станишта из различитих узрока. Понекад, људи су се кретали у потрази за новим стаништима за која су веровали да ће им донети нове ресурсе и тиме нормалнији и перспективнији живот на одређеном станишту. Други су се кретали зато што су на то били приморани од стране освајача и окупатора, који су силом наметали свој начин живота и друштвеног уређења. Трећи су се кретали туристички како би видели нова места, без намере да се у тим местима трајно задрже. Поред наведених, бројни су и различити разлози због којих су људи мењали место свог живота и одлучивали се за промену територије на којој бораве.

Кретања људи током историје никада нису губила на значају и масовности. Штавише, порастом светске популације, експанзијом информационо-комуникационих технологија и развојем саобраћајне и информационе инфраструктуре, миграције су постале учесталије и активније него икад, без назнака ка смањивању или опадању. Што се тиче модерних токова, слободно се може констатовати да миграције у порасту и чине својеврсни тренд. Туризам, ратови, истраживања, потрага за квалитетнијим и занимљивијим животом, били су и остали неки од примарних разлога миграција.

Миграције се могу појмовно одредити као кретање људи из једног места у друго са намером или без ње, да се трајно или привремено настане на одређеном месту (локацији).¹ Као такве, миграције представљају изузетно важан социолошки феномен који има бројне импликације по појединца, друштво и државу. У модерном свету који је испарцелисан на државе и њихове територије, можемо навести неколико типова миграција. Могуће су интерне (кретања у оквиру једне државе) и екстерне (кретања из једне државе у другу) миграције, трајне и привремене (у зависности од временског оквира трајања миграције) својевољне и присилне (у зависности од намере људи да мигрирају), индивидуалне и колективне (у зависности да ли појединац или група мења место боравка), законите и незаконите (у зависности од постојања правног основа за кретање из једног места у друго), итд.

Имајући на уму наведене поделе и практични аспект, можемо закључити да миграције нису само интерно питање, већ питање од значаја за већи број међународних актера, односно за међународну заједницу.² Из тих разлога

¹ Упор. „Кретање лица или групе лица, било преко међународне границе или у оквиру једне државе. То је покрет становништва који обухвата сваку врсту кретања људи, без обзира на дужину, стастав и узроке; оно обухвата миграцију избеглица, расељених лица, економских миграната и особа које се крећу у друге сврхе, укључујући и поновно сједињење породице“. International Organization for Migration, Glossary on migration. International Migration Law, 2004, 41.

² Мирјана Рашевић, Миграције и развој у Србији, Међународна организација за миграције, Београд 2016, 7.

1951. године основана је Међународна организација за миграције (*International Organization for Migration*). Ова организација бави се различитим питањима у вези са миграцијама и уско сарађује са владама држава, међународним организацијама и невладиним партнерима. Неки од основних циљева ове организације јесу промовисање међународне сарадње по питању миграција, пружање услуга и хуманитарне помоћи мигрантима и државама, помоћи у тражењу адекватних правних решења за миграције, итд.³ Босна и Херцеговина, Црна Гора, Хрватска и Србија јесу државе Западног Балкана које су чланице Међународне организације за миграције.

Питања у вези са странцима и миграцијама регулишу се и у оквиру Европске Уније (ЕУ), као највеће регионалне заједнице на свету. Европски парламент и Савет Европске Уније, донели су 9. марта 2016. године Уредбу о правилима којима се уређује кретање лица преко граница (*Уредба о шенгенским зраницама*).⁴ Ова Уредба регулише питања као што су унутрашње и спољашње границе Европске Уније, разлоге за улазак и боравак лица трећих држава на територију ЕУ, права и обавезе таквих лица, надзор и контролу над границама и томе сл. Треба имати на уму да је Уредба општи правни акт који обавезује све државе чланице Европске Уније да поступају по његовим правилима. Једном донета, уредба се примењује у свим државама чланицама, без потребе за потврђивањем од стране држава.

За питања у вези са миграцијама заинтересоване су и државе. Због великог броја људи који пролазе кроз државне границе и тежње да заштите своје грађане, државе доносе прописе којима уређују материју кретања и боравка странаца на својој територији. Одређене одредбе у вези са странцима налазимо у уставима различитих држава, као правним актима највише правне снаге.

Устав Републике Србије⁵ наводи да странци, у складу са међународним уговорима, имају у Републици Србији сва права зајамчена Уставом и законом, изузев права која по Уставу и закону имају само држављани Републике Србије.⁶ Дакле, држављанима страних држава јемче се сва права и слободе,

³ Ова међународна организација данас броји 169 држава чланица, 8 држава посматрача и своје канцеларије у преко 100 држава, што сведочи о величини и значају ове организације за међународне друштвене токове. Ова организација има и свој Устав, који је донет 1953. године, а којим су регулисана питања од значаја за статус, улог, обављање функција и активности ове међународне организације. За више о Међународној организацији за миграције видети веб презентацију: <https://www.iom.int/about-iom>, 31. јануар 2018.

⁴ The European Parliament and The Council of the European Union, REGULATION (EU) 2016/399 of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code) (codification). Документ је доступан на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0399&from=HR>, 01. фебруар 2018.

⁵ Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/06.

⁶ Чл. 17. Устава Републике Србије.

осим оних за које је изричито прописано да припадају искључиво домаћим држављанима. Сличну одредбу садржи и Устав Републике Хрватске, који наводи да сви грађани и странци имају једнак положај пред судовима и другим органима власти. У Републици Србији слобода кретања странаца није апсолутна, већ Устав одређује да ће се улазак странаца на домаћу територију уређивати законом.⁷ Таква је ситуација и у Црној Гори, где Устав препушта закону уређивање материје уласка и боравка странаца на домаћој територији.⁸

Устав Републике Србије уређује одређена права странаца, као што су право на уточиште, право странаца на рад и својинска права странаца. Идентична права гарантује и Устав Црне Горе. Устав Босне и Херцеговине материју људских права уређује на специфичан начин, одређујући да ће држава и оба ентитета осигурати највиши ниво међународно признатих људских права и основних слобода.⁹ Важно је навести да устави набројаних земаља (Србија, Хрватска, Црна Гора, Босна и Херцеговина) гарантују одређена основна људска права, која се једнако примењују на сва лица, како домаћа тако и страна. У оквирима основних људских права, подразумевају се право на живот, право на једнакост и забрану дискриминације, право на слободу, итд. Практично, то су сва она права предвиђена Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама.¹⁰

Дакле, питања кретања и боравка странаца обично не уређују у самом тексту устава, већ је та надлежност остављена за законске текстове. Посебним законима обично се регулишу питања као што су улазак, боравак и кретање странаца на домаћој територији, надлежности и обавезе органа управе у односима са странцима, права и обавезе странаца и сл. Земље Балканске руте нису изузетак по том питању, па су скоро све донеле законе којима регулишу питања од значаја за боравак, права и обавезе страних држављана на домаћој територији. Република Србија регулисала је материју у вези са

⁷ Чл. 39, ст. 3. Устава Републике Србије. Овај члан наводи још да странац може бити протеран само на основу одлуке надлежног органа, у законом предвиђеном поступку и ако му је обезбеђено право жалбе и то само тамо где му не прети прогон због његове расе, пола вере, националне припадности, држављанства, припадности одређеној друштвеној групи, политичког мишљења или где му не прети озбиљно кршење права зајамчених овим уставом. Устав Хрватске и Устав Црне Горе на сличан начин приступају материји излучења и протеривања странца са домаће територије. Вид. чл. 33 Устава Републике Хрватске и чл. 44 Устава Црне Горе.

⁸ Чл. 39 Устава Црне Горе.

⁹ Чл. 1, тач. 1 Устава Босне и Херцеговине.

¹⁰ Савет Европе, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, Рим, 1954. Текст Конвенције је доступан на: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf, 01. фебруар 2018. За више о Конвенцији вид. Александар Јакшић, Европска конвенција о људским правима – коментар, Правни факултет Универзитета У Београду, Београд, 2006. и Héléne Lambert, The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Human rights files No. 8, 2007.

странцима Законом о странцима¹¹. Исто је учинила и Република Хрватска, као држава чланица Европске Уније¹², у којој је на снази пропис под идентичним именом – Закон о странцима¹³. Материју у вези са странцима регулисала је и Република Црна Гора, која је донела Закон о странцима¹⁴. Исти је случај и са Босном и Херцеговином и њеним Законом о странцима¹⁵.

Наравно, улога државе у вези са странцима, не завршава се доношењем одговарајућих прописа. Како пропис не би остао слово на папиру, неопходно је да држава примењује закон преко својих органа.

2. Улога органа управе у материји кретања и боравка странаца

Државна управа представља највећи део извршне власти. Њена основна делатност односи се на извршење прописа и примену општих правних норми на појединачне животне ситуације. Захваљујући таквом начину функционисања, органи управе су у најближем контакту са грађанима, у односу на све друге гране власти. Органи државне управе решавају појединачне неспорне животне ситуације, пружају информације и обавештења, старају се о пружању јавних услуга грађанима, прате стање из области своје надлежности и предузимају друге стручне послове.¹⁶ Поменуте послове органи управе обављају и у материји кретања и боравка странаца. Они одлучују о различитим захтевима странаца, старају се о примени прописа и предузимају различите облике управног поступања. Прецизније речено, органи управе доносе управне и гарантне акте, склапају управне уговоре, предузимају управне радње, пружају јавне услуге и на други начин извршавају одредбе општих правних аката.¹⁷

¹¹ Закон о странцима Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 97/08.

¹² У самом процесу приступања Европској Унији, Хрватска је морала да усагласи своје целокупно законодавство, са европским законодавством и правним тековинама Европске Уније. Једно од основних поља усклађивања правног система Хрватске са правним тековинама Европске Уније, односио се на питања права уласка и боравка држављана трећих држава на домаћој територији. Iris Goldner Lang, Права уласка и боравка држављана трећих држава у Хрватској у контексту приближавања Европској Унији, Зборник ПФЗ 56 (5), 2006, 1533.

¹³ Закон о странцима Републике Хрватске, НН 130/11, 74/13, 69/17, који је на снази од 22. јула 2017.

¹⁴ Закон о странцима Републике Црне Горе, Службени лист РЦГ, бр. 56/14, 28/15, 16/16.

¹⁵ Закон о странцима Републике Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ, бр. 88 из 2015, стр. 37.

¹⁶ Чл. 12-21, Закона о државној управи Републике Србије, Службени Гласник РС, бр. 79/05, 101/07, 95/10, 99/2014, 30/2018.

¹⁷ Овакве управне делатности обављају се или на основу закона који уређује општи управни поступак или на основу посебног закона који садржи посебну управну процедуру за поједину управну материју.

У материји уласка, кретања и боравка странаца на територији Републике Србије, као надлежни орган делује подручна јединица Министарства унутрашњих послова (у даљем тексту: МУП) надлежна за послове странаца.¹⁸ Овај орган, према Закону о странцима, обавља различите делатности. Ради разумевања улоге органа управе у материји боравка и кретања странаца, учинићемо кратак осврт на делатности и активности које обавља поменута јединица МУП-а у Републици Србији.

Закон о странцима Републике Србије наводи да ће се странцу ограничити или забранити кретање и боравак на одређеном простору у Републици Србији, ако то захтевају разлози заштите јавног поретка или безбедности Републике Србије и њених грађана.¹⁹ Дакле, органи МУП-а, могу забранити кретање одређеном лицу на домаћој територији, уколико интерес друштва то захтева. Наравно, у примени ове, као и свих других одредаба у вези са поступком одлучивања о правима и обавезама странаца, предвиђена је примена Закона о општем управном поступку. Органи МУП-а врше и граничну контролу, приликом које могу открити и спречити незаконити улазак странца и одбити његов улазак односно излазак са домаће територије.²⁰ Претходна сагласност на издавање виза, као докумената којим се дозвољава кретање, транзит и боравак странаца на домаћој територији представља још једну од надлежности подручне јединице МУП-а.

Можда и најважније активности МУП-а у вези са боравком и кретањем странаца тичу се одлучивања о захтевима за привремени и стални боравак. Органи МУП-а, обављају важну делатност одлучивања о личном праву и захтеву, при чему морају узети у обзир и јавни интерес. Таква делатност захтева проучавање различитих чињеница и могућих последица дозволе кретања и боравка на домаћој територији. Такође, надлежна јединица МУП-а одлучује и о незаконитом боравку странца и мерама којима се извршава удаљење странца са домаће територије. Ради обављања свих наведених послова, МУП је надлежан да води евиденције и базе података у вези са различитим подацима који су од значаја за кретање и боравак странаца, али и за заштиту државне безбедности.²¹ Због тога, овај орган прикупља и обрађује личне податке странаца.²²

¹⁸ Чл. 3, ст. 1., тач. 2 Закона о странцима Републике Србије. Ради разјашњења, напомињемо да Министарство унутрашњих послова обавља, између осталог послове који се односе на заштиту живота, личне и имовинске безбедности грађана, спречавање и откривање кривичних дела, одржавање јавног реда и мира, пружање помоћи у случају опасности, обезбеђивање одређених личности и објеката, безбедност државне границе и контролу преласка границе и кретања и боравка су граничном појасу, боравак странаца и др. Вид. чл. 11 Закона о министарствима, Службени гласник РС, бр. 44/14, 14/15, 96/15 и 62/17.

¹⁹ Чл. 5 Закона о странцима.

²⁰ Чл. 8, ст. 2 Закона о странцима Републике Србије.

²¹ Чл. 78-79 Закона о странцима Републике Србије.

²² Чл. 76 Закона о странцима Републике Србије.

Сличне надлежности имају и органа управе у Републици Хрватској. У том смислу, дозволу боравка странцу на домаћој територији издаје надлежна јединица Министарства унутарњих послова.²³ Одређене надлежности у вези са странцима на домаћој територији има и Сигурносно-обавештајна агенција, која врши сигурносну проверу страних држављана и која може ускратити боравак странцу на домаћој територији уколико тако налажу разлози националне сигурности.²⁴ Као што је то случај у Републици Србији, Министарство унутрашњих послова одобрава боравак и издавање путних исправа и виза страним држављанима. Наравно, у рукама органа управе се налази и одлучивање о привременом и сталном боравку странаца на територији домаће државе, као и установљивању разлога за престанак свих врста боравака. Будући да је Република Хрватска чланица Европске Уније, њихови органи управе имају и додатне дужности које простичу из поштовања прописа Европске уније.

Истоврсне надлежности имају и органи управе надлежни за полицијске послове у Црној Гори, који поступају по правилима општег управног поступка.²⁵ У Босни и Херцеговини, према Закону о странцима, поступке спроводе и одлуке доносе многи органи управе, као што су: Веће министара Босне и Херцеговине, Министарство сигурности, Министарство спољних послова, Министарство цивилних послова, Гранична полиција и остала полицијска тела, итд.²⁶

Као што се може приметити, органи управе, а посебно министарства унутрашњих послова и њихове подручне јединице, имају изузетно важну улогу у материји боравка и кретања странаца на домаћој територији. У свим законима наведених земаља, као правила поступања, предвиђена су правила закона који уређује опште управно поступање, што чини ову материју у потпуности управно-правном.

Један од најважнијих постулата управног права јесте стављање управних органа и њиховог одлучивања под оквире прописа и правних норми. Тачније, начело законитости представља основно начело у обављању управних делатности и означава то да органи управе нису потпуно слободни у поступању и одлучивању, већ су у таквим делатностима ограничени законом и другим прописима. Са друге стране, управни органи у обављању послова из своје надлежности остварују директан однос са грађанима и на тај начин су непосредно укључени у друштвене токове. Понекад, воља законодавца не може бити у потпуности примењена у пракси, захваљујући разноврсности и посебности животних ситуација. Због тога, неопходно је оставити одређену

²³ Чл. 2, ст. 1, тач. 9 Закона о странцима Републике Хрватске.

²⁴ Чл. 5 Закона о странцима Републике Хрватске.

²⁵ Чл. 5 и чл. 9, ст. 2 Закона о странцима Републике Црне Горе.

²⁶ Чл. 3 Закона о странцима Босне и Херцеговине.

слободу управним органима у одлучивању и примени законских норми. На овај начин, начело законитости уважава специфичне ситуације из свакоднев-ног живота и омогућава да се норме закона примене на одговарајући начин, у складу са потребама стварног живота. Овакав начин одлучивања и ува-жавања практичних потреба у примени законске норме, у управном праву означава се институтом дискреционе оцене.

3. Дискреционо одлучивање управних органа у материји боравка и кретања странаца

Дискреционо одлучивање, можда и више него у другим областима дру-штвеног живота, присутно је у материји боравка и кретања странаца. При-ликом одлучивања о правима и обавезама странаца, управни орган мора се водити законским одредбама. Међутим, законске одредбе нису увек потпуно прецизне, већ оне на апстрактан начин уређују поједино питање и дозвољавају поступајућем органу да од више понуђених опција изабере ону која највише одговара чињеничном стању. У том случају, поступајући орган прибегава дискреционој оцени, чија је суштина у заштити јавног интереса опредељеног прописима који и садрже овлашћење на њеног вршење. До примене инсти-тута дискреционог одлучивања у вези са кретањем и боравком странаца до-лази веома често, будући да закони у великој мери користе поменути институт. Примера законских норми које дозвољавају дискрециону оцену има доста, па ћемо издвојити значајније.

Тако, Законом о странцима Србије прописано је да ће се странцу одби-ти улазак на домаћу територију, уколико то захтевају разлози заштите јавног поретка или безбедности Републике Србије и њених грађана или уколико постоји оправдана сумња да се боравак неће користити у намеравану сврху.²⁷ Исту одредбу само са другачијом формулацијом јавног интереса (национална безбедност, јавни поредак и јавно здравље) налазимо и у Закону о странци-ма Хрватске²⁸ и Закону о странцима Црне Горе.²⁹ У поменутих случајевима, процена надлежног управног органа од кључног је значаја. Орган има могућ-ност да процени да ли одређено лице угрожава безбедност или јавни поредак, или има намеру да борави у сврху супротну од оне које пријављује. Уколико је боравак странца по оцени надлежног органа толико ризичан да угрожава наведене облике јавног интереса, странцу неће бити омогућено да уђе на територију домаће државе.

²⁷ Чл. 11, ст. 1, тач. 6 и 8 Закона о странцима Републике Србије.

²⁸ Чл. 36 Закона о странцима Републике Хрватске.

²⁹ Чл. 9, ст. 1, тач. 3 Закона о странцима Црне Горе. Из истих разлога, странцу се неће дозволити излазак из Црне Горе. Ова одредба је специфична и не проналазимо је у одред-бама упоредних закона о страним држављанима.

Поступање управних органа према дискреционој оцени налазимо и код издавања виза, које се неће издати странцима уколико постоји опасност по јавни поредак или одређени вид јавног интереса.³⁰ Могућност дискреционог одлучивања има и надлежни орган у Хрватској, који ће одбити да изда путну исправу ако тако захтевају разлози заштите јавног поретка, националне сигурности или јавног здравља³¹, или ће на основу поменутих разлога, такву исправу привремено задржати.³² Из истих разлога у Хрватској може се ускратити привремени боравак из хуманитарних разлога.³³ У Црној Гори изричито је прописано да ће се ограничити или забранити кретање на одређеном подручју, ако то захтевају разлози националне безбедности, јавног поретка или јавног здравља.³⁴

Привремени боравак, који траје до 90 дана, може се одобрити, између осталог, и „из других оправданих разлога у складу са законом или међународним уговором“.³⁵ Орган може проценити да ли је разлог наведен у захтеву за одобрење привременог боравка легалан и легитиман, и довољно оправдан. Орган има дискреционо овлашћење да такав боравак одобри. Даље, чл. 37 Закона о странцима Србије, наводи тачно одређене разлоге због којих се странцима може одобрити стално настањење на домаћој територији. Изузетно, закон дозвољава одобрење сталног настањења и другом странцу који има одобрен привремени боравак, уколико то налажу разлози хуманости или то представља интерес за Републику Србију³⁶. Такође, уколико то захтевају разлози заштите јавног поретка или безбедности Србије и њених грађана, надлежна јединица МУП-а, може одбити или отказати захтев, односно дозволу за стално настањење.³⁷ У вези са престанком сталног боравка идентична је ситуација у Хрватској и Црној Гори³⁸. Управни органи Хрватске и Црне Горе могу отказати стални боравак странцу, када то захтевају разлози заштите јавног поретка, националне сигурности или јавног здравља.³⁹

Из наведеног можемо закључити да велики број питања у вези са кретањем и боравком странаца подлеже дискреционој оцени органа управе. Будући да дискрециона оцена има велики значај, нужно се поставља питање оправданости широке употребе овог института. Такође, поставља се питање

³⁰ Чл. 21 Закона о странцима Републике Србије.

³¹ Чл. 9 Закона о странцима Републике Хрватске.

³² Чл. 145, ст. 1, тач. 3 Закона о странцима Републике Хрватске.

³³ Чл. 71, ст. 1, тач. . Закона о странцима Републике Хрватске.

³⁴ Чл. 12 Закона о странцима Црне Горе.

³⁵ Чл. 26 Закона о странцима Републике Србије.

³⁶ Чл. 37, ст. 2 Закона о странцима Републике Србије.

³⁷ Чл. 39, ст. 1, тач. 6 Закона о странцима Републике Србије.

³⁸ Чл. 83 Закона о странцима Црне Горе.

³⁹ Чл. 99, ст. 1, тач. 4 Закона о странцима Републике Хрватске и чл. 89, став 1, тач. 2 Закона о странцима Црне Горе (уз напомену да овај закон не помиње јавно здравље).

какво мора бити дискреционо одлучивање да би било легално и да би било у оквирима начела законитости. Због специфичне материје, треба поставити питање и да ли је дискрециона оцена у вези са странцима донекле другачија у односу на друге гране управног одлучивања? Како бисмо одговорили на ово питање, неопходно је посветити пажњу самом институту дискреционе оцене.

4. О дискреционој оцени у управном праву и посебном положају у материји странаца

Дискрециона оцена представља посебан институт и специфичну разлику управног права у односу на друге грана праве. Историјски посматрано, дискрециона оцена је настала као варијација француског појма „*le pouvoir discretionnaire*“ (дискрециона власт) „*das freies Ermessen*“ (слободна оцена).⁴⁰ Појмови дискреционе власти и слободне оцене указују на већу власт и слободу него што управни орган заиста има, те је дискрециона оцена права мера у објашњавању природе овог института (иако се у српском праву користи појам слободна оцена). Законодавац омогућава управном органу који поступа у одређеној ствари да „слободно“ оцени и процени на који начин треба применити општу правну норму у конкретном случају. Овако поступање не излази из оквира закона, већ управни орган на основу темељне и пажљиве оцене целокупног чињеничног стања одлучује која од законских солуција је најадекватнија у конкретном случају. Поступајући орган је, ипак, ограничен у погледу могућег исхода одлучивања (може да примени законску норму на један од два или више понуђених начина), али избор солуције орган чини по слободној процени различитих елемената појединачног случаја. У том смислу, орган мора да узме у обзир приватне и јавне интересе и да својеврсним вагањем важности и значаја тих интереса донесе најбољу одлуку. Дискрециони акти донети по слободној оцени још се називају и слободни управни акти.⁴¹ У литератури, слободни управни акт је управни акт код којег је доносилац законом овлашћен да ли ће уопште донети управни акт и, ако га донесе, каква ће бити његова садржина.⁴² Међутим, да би такав акт и дискреционо одлучивање било законито, оно мора испуњавати одређене критеријуме.

⁴⁰ Лаза Костић, Административно право Краљевине Југославије, књига II, Београд 1926, 95.

⁴¹ За више оразлици између везаних и дискреционих управних аката вид. Драган Милков, Управно право II управна делатност, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад 2017, 33-36.

⁴² Стеван Лилић, Управно право – Управно процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 287.

У том смислу, илустративан је пример Закона о општем управном поступку Србије⁴³, који прописује услове за законитост дискреционе (слободне) оцене. Тако, када је законом овлашћен да одлучује по слободној оцени, орган одлучује у *границама законом дајтог овлашћења и сагласно циљу због кога је овлашћење дајто*.⁴⁴ Дакле, у примени дискреционе оцене, орган се мора држати закона и бирати између законски понуђених опција. Важност дискреционе оцене установљена је и на међународном нивоу, па је Комитет министара Савета Европе донео Препоруку о вршењу дискреционих овлашћења од стране управних органа.⁴⁵ Ова Препорука садржи основне принципе по којима би управни органи требали да поступају у вршењу дискреционих овлашћења, а то су: 1. Одлучивање у складу са циљем повереног овлашћења, 2. Објективно и непристрасно поступање по чињеницама конкретног случаја, 3. Поступање у складу са начелом једнакости, 4. Одржавање равнотеже између потенцијалних негативних ефеката које би одлука могла да произведе по права, слободе и интересе лица и циља који се тежи остварити., 5. Поступање у разумном року, 6. Поступање по општим смерницама управног права уз истовремено узимање у обзир посебности сваког случаја.⁴⁶

Сви ови критеријуми иду за тим да поставе вредности којих се поступајући орган мора држати како би дискрециона одлука била законита и целисходна. Међутим, дискрециона оцена у материји странаца има посебну димензију. У овој материји, приватни интерес странца вага се у односу на јавни интерес државе домаћина. У том смислу, политичка усмереност и стратешко позиционирање једне државе може имати јак утицај на дискрециону оцену. Запослени у органима управе изложени су „притиску“ и интерним инструкцијама политичког руководства управе. Према томе, политички став, посебно у временима појачаних миграција и кретања становништва, може бити имплицитно уткан у дискреционе (слободне) одлуке управних органа.

Наведени примери из Закона о странцима омогућавају дискрециону оцену органа управе, остављајући им доста широк простор за одлучивање, који је оличен у правним стандардима, попут националне безбедности, јавног реда и мира, јавног здравља и сл. Због тога је важно напоменути да одлучивање по дискрецианој оцени, ипак, није самовољно поступање управе већ

⁴³ Закон о општем управном поступку Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 18/16.

⁴⁴ Чл. 5, ст. 2 Закона о општем управном поступку Републике Србије. Исту одредбу садржи и Закон о управном поступку Црне Горе, Службени лист РЦГ, бр. 56/14, 20/15 у чл. 5, као и Закон о општем управном поступку Хрватске, „НН 47/09“, такође у чл. 5.

⁴⁵ Recommendation No. R (80) 2 of the Committee of Ministers Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities (Adopted by the Committee of Ministers on 11 March 1980 at the 316th meeting of the Ministers' Deputies). Текст Препоруке је доступан на сајту: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2009056&SecMode=1&DocId=667512&Usage=2>, 06. фебруар 2018.

⁴⁶ Чл. 2. Препоруке.

примена права.⁴⁷ Због тога је важно осигурати да код примене дискреционе оцене неће доћи до кршења личних права која су гарантована највишим међународним и унутрашњим правним актима. То се постиже адекватним образложењем дискреционе оцене, односно образложењем одбијајућег управног акта. Због тога, сматрамо да је у супротности било какво законско решење које дозвољава дискрециону оцену, а истовремено дозвољава да се таква оцена не образложи. Такав је случај са чл. 5 Закона о странцима Хрватске, који наводи да „у одлуци којом се из разлога националне сигурности одбија или престаје боравак држављанину треће државе или се држављанин треће земље протерује, навест ће се законска одредба без образлагања разлога који су били одлучујући за доношење одлуке“. Оваква одредба из темеља подрива основне принципе управног права и управног поступка и потенцијално крши људска права.

Значајно је напоменути да сви наведени Закони о странцима предвиђају примену правила управног поступка приликом одлучивања и доношења одлука у тој законској материји. На тај начин постиже се примена основних начела управног поступања. Међутим, странци се постављају у незавидан положај. Рокови у којима су органи дужни да донесу управну одлуку по захтеву или жалби, неадекватни су за материју странаца. Сматрамо да је област боравка и кретања странаца специфична и да захтева посебну врсту управног поступања у којем су предвиђени краћи рокови и посебни надлежни органи.

5. Закључна разматрања

Миграције данас представљају један од најважнијих друштвених феномена, чији се различити аспекти проучавају и регулишу како на међународном, тако и на државном нивоу. У том смислу, земље Балканске руте, као што су Србија, Хрватска и Црна Гора, не представљају изузетак. Ове државе донеле су правне прописе којима су регулисале многа питања у материји странаца. Наравно, ова материја изузетно је осетљива, због различитих државних, друштвених и личних интереса који се преламају у стварању правне регулативе. Са једне стране, државе теже да заштите основна људска права, која су данас општеприхваћена и важе у скоро свим државама света.⁴⁸ Са друге стране, традиционална улога државе обавезује да се води међудржавна политика, штите државне границе и народ унутар тих граница, што је само израз тежње државе да опстане. Сви ти елементи присутни су у законима о странцима Србије, Хрватске и Црне Горе. Ове државе, можда и више

⁴⁷ Мирјана Дреновак Ивановић, *Дискрециона оцена у управном праву Србије*, Београд 2011, 118.

⁴⁸

од других заинтересоване су да пажљиво и темељно уреде материју боравка и кретања странаца на својој територији. Томе је допринела и посебна географска позиција ових држава, која представља својеврсну границу између Азије, Европе и Африке. Такође, глобализација, ратови и други друштвени догађаји додатно доприносе заинтересованости ових држава за правним уређењем кретања странаца по својој територији.

Како би одржале баланс између јавног интереса (интереса саме државе и њених грађана) и приватних интереса (интереса странаца да се слободно крећу и уживају људска права), државе се у поменутој материји користе институтом дискреционе оцене. Овај институт помаже да се у обзир узму сви интереси и чињенично стање конкретног случаја, како би се нашло најбоље решење за државу и конкретног појединца. У том смислу, дискрециона оцена представља корисно средство приближавања закона конкретном случају и омогућава да се спрече нежељене негативне последице по јавни интерес и грађане домаће државе. Међутим, увек се мора имати на уму да је слобода кретања једно од основних људских права, које може бити угрожено тенденциозним дискреционим одлучивањем.

Због тога, неопходно је поштовати правне прописе и посебно образлагати сваку одлуку која се донесе на основу дискреционе оцене. На тај начин се у потпуности остварује начело законитости и поштовања права и штити објективност. Стога, дискрециона оцена је посебност управног права коју треба унапређивати. У таквој поставци ствари, сви актери би са правне тачке гледишта били задовољени, међународна заједница, државе, друштво и појединац. Због свих ових актера, важно је наставити са проучавањем института управног права у посебним областима друштвеног живота.