



REPUBLIKA E SHQIPËRISË

KOMISIONERI PËR MBROJTJEN NGA DISKRIMINIMI

Nr. _____ prot.

Tiranë, më . . 2022

MENDIM ME SHKRIM

Për gjykimin në seancë plenare të çështjes me:

KËRKUES:

Komiteti Shqiptar i Helsinkit

SUBJEKT I INTERESUAR:

Kuvendi i Republikës së Shqipërisë

Këshilli i Ministrave i Republikës së Shqipërisë

OBJEKTI:

Shfuqizimi si i papajtueshëm me Kushtetutën e RSH të:

- a) Nenit 89/b të ligjit nr.7985, datë 27.01.1995, Kodit Penal të RSH (i ndryshuar), shtuar me nenin.3 të ligjit nr.35/2020, datë 16.04.2020.
- b) Nenit 242/a të ligjit nr.7985, datë 27.01.1995, Kodit Penal të RSH (i ndryshuar), shtuar me nenin.2 të ligjit nr.35/2020, datë 16.04.2020.

BAZA LIGJORE:

Nenet 1/3, 3, 18/1/2, 45/1/4, 124, 131/a; 134/1 pika (i) të Kushtetutës së Republikës së Shqipërisë,
Neni 3 dhe 14 i protokollit nr. 1 të KEDNJ,
Nenet 49/3, germa (e), 72 e vijues të Ligjit nr. 8577 datë 10.02.2000 “Për organizimin dhe funksionimin e Gjykatës Kushtetuese të R.Sh”.

PËRPARA
GJYKATËS KUSHTETUESE TË REPUBLIKËS SË SHQIPËRISË

E nderuar Kryetare e Gjykatës Kushtetuese,

Të nderuar anëtarë të Gjykatës Kushtetuese,

Në mbështetje të neneve 81, pikat 1 dhe 2, shkronja “d”, dhe 83, pika 1, të Kushtetutës, me propozimin e një grupi deputetesh,

KUVENDI I REPUBLIKËS SË SHQIPËRISË

VENDOSI:

Miratimin e ligjit nr. 35/2020 “Për disa shtesa dhe ndryshime në ligjin nr. 7895, datë 27.1.1995, “Kodi Penal i Republikës së Shqipërisë”, të ndryshuar”

Kërkuesi ka depozituar pranë Gjykatës Kushtetuese kërkesën me objekt :

Shfuqizimi si i papajtueshëm me Kushtetutën e RSH të:

- a)** Nenit 89/b të ligjit nr.7985, datë 27.01.1995, Kodit Penal të RSH (i ndryshuar), shtuar me nenin.3 të ligjit nr.35/2020, datë 16.04.2020.
- b)** Nenit 242/a të ligjit nr.7985, datë 27.01.1995, Kodit Penal të RSH (i ndryshuar), shtuar me nenin.2 të ligjit nr.35/2020, datë 16.04.2020.

Në vijim të shkresës Tuaj Nr. 322/5 Prot datë 21.06.2022 “Kërkim mendimi”, Komisioneri për Mbrojtjen nga Diskriminimi (Komisioneri), paraqet **mendimin e tij në përputhje** me ;

- statusin e institucionit të pavarur publik;
- të attributeve që i jepen prej Ligjit nr. 10221 datë 04.02.2010 “Për mbrojtjen nga diskriminimi”, si dhe
- në përmbushje të qëllimit për garantimin e të drejtës së çdo personi për barazi përpara ligjit.

I. LEGJISLACIONI I BRENDSHËM DHE AKTET NDËRKOMBËTARE

Kushtetuta e Republikës së Shqipërisë

Neni 17

1. Kufizime të të drejtave dhe lirive të parashikuara në këtë Kushtetutë mund të vendosen vetëm me ligj për një interes publik ose për mbrojtjen e të drejtave të të tjerëve. Kufizimi duhet të jetë në përpjesëtim me gjendjen që e ka diktuar atë.
2. Këto kufizime nuk mund të cenojnë thelbin e lirive dhe të të drejtave dhe në asnjë rast nuk mund të tejkalojnë kufizimet e parashikuara në Konventën Europiane për të Drejtat e Njeriut.

Neni 18

1. Të gjithë janë të barabartë përpara ligjit.
2. Askush nuk mund të diskriminohet padrejtësisht për shkaqe të tilla si gjinia, raca, feja, etnia, gjuha, bindjet politike, fetare a filozofike, gjendja ekonomike, arsimore, sociale ose përkatësia prindërore.
3. Askush nuk mund të diskriminohet për shkaqet e përmendura në paragrafin 2, nëse nuk ekziston një përlligje e arsyeshme dhe objektive.

Konventa Europiane për Mbrojtjen e të Drejtave të Njeriut dhe Lirive Themelore¹

Neni 14

Ndalimi i diskriminimit Gëzimi i të drejtave dhe i lirive të përcaktuara në këtë Konventë duhet të sigurohet, pa asnjë dallim të bazuar në shkaqe të tilla si seksi, raca, ngjyra, gjuha, feja, mendimet politike ose çdo mendim tjetër, origjina kombëtare ose shoqërore, përkatësia në një minoritet kombëtar, pasuria, lindja ose çdo status tjetër.

Neni 14, i KEDNJ-së nuk ndalon të gjitha dallimet në trajtim, por vetëm ato diferenca të bazuara në një *karakteristikë të identifikueshme, objektive ose personale, ose "status", me të cilin personat ose grupet e personave janë të dallueshëm nga njëri-tjetri*². Gjykata ka theksuar se fjalës "*shkak/status tjetër*" në përgjithësi i është dhënë një kuptim i gjerë.³ GJEDNJ fillimisht vëren se ndërsa një numër i shembujve konkretë kanë të bëjnë me karakteristikat që mund të

¹ Ratifikuar me ligjin Nr.8137, datë 31.7.1996 FZ. 20-1996

² 2 Shih: *Clift kundër Mbretërisë së Bashkuar*, prg 55; *Kjeldsen Busk Madsen dhe Pedersen kundër Danimarkës*, prg 56; *Carson dhe të tjerë kundër Mbretërisë së Bashkuar*, prg 61 dhe 70.

³ Shih: *Carson dhe të tjerë kundër Mbretërisë së Bashkuar*, prg 70.

thuhet se janë "*personale*" në kuptimin që ato janë karakteristika të lindura ose të lidhura natyrshëm me identitetin ose personalitetin e individit, të tilla si seksi, raca dhe feja, jo të gjitha shkaqet e listuara mund të karakterizohen kështu.

Protokolli Nr. 12

Neni 1

Ndalimi i përgjithshëm i diskriminimit

1. Ky Protokoll do të hyjë në fuqi ditën e parë të muajit që pason mbarimin e një periudhe prej dy muajsh pas datës në të cilën shtatë Shtete anëtare të Këshillit të Evropës do të kenë shprehur pëlqimin e tyre për t'u lidhur me Protokollin, sipas dispozitave të nenit 8.
2. Askush nuk duhet të diskriminohet nga një autoritet publik për ndonjë nga arsyet e parashikuara në paragrafin 1.

Ligj Nr. 10 221, datë 04.02.2010 "Për mbrojtjen nga diskriminimi", i ndryshuar

Neni 1

Objekti

Ky ligj rregullon zbatimin dhe respektimin e parimit të barazisë dhe mosdiskriminimit në lidhje me racën, etninë, ngjyrën, gjuhën, shtetësinë, bindjet politike, fetare ose filozofike, gjendjen ekonomike, arsimore ose shoqërore, gjininë, identitetin gjinor, orientimin seksual, karakteristikat e seksit, jetesën me HIV/AIDS, shtatzëninë, përkatësinë prindërore, përgjegjësinë prindërore, moshën, gjendjen familjare ose martesore, gjendjen civile, vendbanimin, gjendjen shëndetësore, predispozicionet gjenetike, pamjen e jashtme, aftësinë e kufizuar, përkatësinë në një grup të veçantë, ose me çdo shkak tjetër.

Neni 2

Qëllimi

Qëllimi i këtij ligji është të sigurojë të drejtën e çdo personi për:

- a) barazi përpara ligjit dhe mbrojtje të barabartë nga ligji;
- b) barazi të shanseve dhe mundësive për të ushtruar të drejtat, për të gëzuar liritë dhe për të marrë pjesë në jetën publike;
- c) mbrojtje efektive nga diskriminimi dhe nga çdo formë sjelljeje që nxit diskriminimin.

Neni 3

Përkufizimet

1. “Diskriminim” është çdo dallim, përjashtim, kufizim ose preferencë, bazuar në cilindo shkak të përmendur në nenin 1 të këtij ligji, që ka si qëllim ose pasojë pengesën ose bërjen të pamundur të ushtrimit në të njëjtën mënyrë me të tjerët të të drejtave e lirive themelore të njohura nga Kushtetuta e Republikës së Shqipërisë, aktet ndërkombëtare të ratifikuara nga Republika e Shqipërisë, si dhe nga ligjet në fuqi.

7. “Diskriminim i tërthortë” është ajo formë diskriminimi që ndodh kur një dispozitë, kriter ose praktikë, e paanshme në dukje, do ta vinte një person ose grup personash në kushte më pak të favorshme për shkaqet e parashtruara në nenin 1 të këtij ligji në raport me një tjetër person ose grup personash, kur ajo dispozitë, kriter a praktikë nuk justifikohet objektivisht nga një synim i ligjshëm, ose kur mjetet e arritjes së këtij synimi ose nuk janë të përshtatshme, ose nuk janë të domosdoshme dhe në përpjesëtim të drejtë me gjendjen që e ka shkaktuar atë.

Neni 6

Trajtimi i ndryshëm i përligjur

1. Ndalimi i diskriminimit i përshkruar nga ky ligj nuk zbatohet në raste kur ka një qëllim objektivisht të justifikueshëm dhe të përligjur në bazë të Kushtetutës, të marrëveshjeve apo akteve ndërkombëtare të ratifikuara nga Republika e Shqipërisë dhe legjislacioni në fuqi.

Neni 21

Komisioneri

1. Komisioneri për Mbrojtjen nga Diskriminimi, më poshtë komisioneri, siguron mbrojtjen efektive nga diskriminimi dhe nga çdo formë sjelljeje që nxit diskriminimin. Komisioneri është person juridik publik.

Neni 22

Statusi

Komisioneri është i pavarur në ushtrimin e detyrës dhe u nënshtrohet vetëm Kushtetutës dhe ligjit.

Neni 32

Kompetencat

1. Komisioneri ka kompetencë:

gj) me kërkesën e gjykatës që shqyrton çështjen, të parashtrojë mendim me shkrim për çfarëdo lloj çështjeje që lidhet me diskriminimin;

II MENDIM

Për të trajtuar drejt pretendimin e kërkuar në lidhje me nenin 242/a të Kodit Penal, në kuptim të ngritjes së kuptueshmërisë së tij në nivelin kushtetues, do parashatrojmë në mënyrë të përgjithshme duke evidentuar gjatë analizës pretendimin në lidhje me cënimin e parimit të barazisë dhe mosdiskriminimit, në referim të nenit 18 të Kushtetutës së Republikës së Shqipërisë.

Kushtetuta në nenin 18 të saj parashikon se të gjithë duhet të jenë të barabartë para ligjit. Kjo dispozitë, në paragrafin e dytë, sanksionon ndalimin e diskriminimit mbi baza gjinore, racore, feje, etnie, gjuhe, bindjeje politike, fetare e filozofike, gjendjeje ekonomike, arsimore, sociale ose përkatësie prindërore, ndërsa, paragrafi i tretë mishëron në vetvete kufizimin e kësaj të drejte, sipas të cilit, askush nuk mund të diskriminohet për shkaqet e përmendura në paragrafin e dytë, nëse nuk ekziston një përligje e arsyeshme dhe objektive (*shih vendimin nr. 48, datë 15.11.2013 të Gjykatës Kushtetuese*).

Gjykata, nëpërmjet jurisprudencës së saj, në disa vendime ka interpretuar nenin 18 të Kushtetutës, si dhe ka theksuar se parimi i barazisë synon që të gjithë të jenë të barabartë përpara ligjit, jo vetëm në të drejtat themelore të parashikuara në Kushtetutë, por edhe në të drejtat e tjera ligjore. Konkretisht, ajo është shprehur se:

“Barazia në ligj dhe para ligjit nuk do të thotë që të ketë zgjidhje të njëjlojta për individë ose kategori personash që janë në kushte objektive të ndryshme. Barazia para ligjit dhe në ligj presupozon barazinë e individëve që janë në kushte të barabarta”,

si dhe

“Vetëm në raste përjashtimore dhe për shkaqe të arsyeshme e objektive mund të përligjet trajtimi i ndryshëm i kategorive të caktuara që përfitojnë nga kjo e drejtë”
(*shih vendimet nr.34, datë 20.12.2005; nr.39, datë 16.10.2007; nr.4, datë 12.02.2010, të Gjykatës Kushtetuese*).

Jurisprudenca kushtetuese ka përcaktuar disa standarde për të vlerësuar nëse një ligj apo një nen i tij, është diskriminues bazuar në kushtet dhe kriteret e nenit 18 të Kushtetutës. Në të tilla raste ajo që do duhej të konsiderohej është nëse ligji parashikon trajtim të diferencuar të subjekteve dhe, nëse diferencimi ka qenë i përligjur dhe për një arsye objektive.

Sipas jurisprudencës së Gjykatës Kushtetuese Federale Gjermane

“Parimi i barazisë nuk lejon që të njëjtat t'i trajtosh ndryshe dhe të ndryshmet në thelb t'i trajtosh njësoj. Parimisht është në diskrecionin e ligjvënësit që të zgjedhë se cilat rrethana do të kenë pasoja juridike të njëjta me qëllim që t'i rregullojë ato njësoj nga pikëpamja juridike. Por këtë zgjedhje ligjvënësi duhet ta argumentojë në mënyrë të arsyeshme (BVerfGE 53, 313 (329)).

Fakti nëse në raste të caktuara është respektuar apo jo ne thelb parimi i barazisë, nuk mund të vlerësohet në mënyrë abstrakte dhe të përgjithshme, por duhet të shihet në lidhje me veçoritë dhe karakteristikat e çështjes konkrete që synohet të rregullohet.”

(vendimi (Beschluss) i Senatit të Dytë, datë 09.03.1994 – 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92).

Për një kuptueshmëri më të mirë të parimit të barazisë dhe mosdiskriminimit legjislatori ka miratuar Ligjin Nr. 10 221, datë 04.02.2010 “Për mbrojtjen nga diskriminimi”, i ndryshuar, ku ndër të tjera parashikohen e dhe format e diskriminimit, të cilat në thelb janë forma të tipizuara sjelljeje që shkaktojnë cenim të parimit të barazisë dhe të mosdiskriminimit.

Ligji Nr. 10 221, datë 04.02.2010 “Për mbrojtjen nga diskriminimi”, i ndryshuar, e konkretizon nenin.18 të Kushtetutës dhe është hartuar nën frymën e tij. Gjithashtu ky ligj është përfaruar plotësisht me standartet e Bashkimit European, konkretisht me katër Direktiva në këtë fushë⁴.

Ligji për mbrojtjen nga diskriminimi rregullon zbatimin dhe respektimin e parimit të barazisë dhe mosdiskriminimit në lidhje me një listë jo-shteruese shkaqesh⁵.

Në këtë kontekst për ligjet kuptimi i barazisë, sipas të cilit: duhen trajtuar në mënyrë të ndryshme situata të ndryshme. Në të kundërt, nëse trajtohen në mënyrë të njëjtë situata thelbësisht të ndryshme atëherë jo vetëm që parimi i barazisë thelbësore nuk konkretizohet, por edhe parimi i barazisë formale mbetet i përealizuar.

Pikërisht nën dritën e këtyre standarteve, Komisioneri jep mendimin e tij sa i përket pretendimit për cënimin e parimit të proporcionalitetit në raport me të drejtën për barazi, sa i përket nenit 242/a, me titull “Moszbatimi i masave të autoriteteve shtetërore gjatë gjendjes së jashtëzakonshme apo gjatë epidemisë”.

Sikurse konstatohet dhe nga vetë titulli i dispozitës, ky nen zbatohet dhe ka fuqi vetëm gjatë gjendjes së jashtëzakonshme apo gjatë epidemisë, pra përgjatë një situatë ekstreme e cila përcaktohet si e tillë me akte të posacme të përcaktuara nga Kushtetuta dhe legjislacioni. Prima facia, Kushtetuta e Republikës së Shqipërisë dhe legjislacioni i posaçëm për gjendjen e jashtëzakonshme, nuk krijojnë pengesa për respektimin e Shtetit të së Drejtës si parim i sipërm. Kushtetuta bën një rregullim të hollësishëm të marrëdhënieve juridiko-kushtetuese gjatë

⁴ Ligji është përfaruar plotësisht me:

1. 32000L0043, Direktivën e Këshillit 2004/43/KE të 29 qershorit 2000 për “Zbatimin e parimit të trajtimit të barabartë ndërmjet personave pavarësisht prejardhjes racore apo etnike”.

2. 32000L0078, Direktivën e Këshillit 2000/78/KE të 27 nëntorit 2000 për “Përcaktimin e një kuadri të përgjithshëm për trajtimin e barabartë në punësim dhe marrëdhëniet gjatë punës”.

3. 32004L0113, Direktivën e Këshillit 2004/113/KE të 13 dhjetorit 2004 për “Zbatimin e parimit të trajtimit të barabartë ndërmjet burrave dhe grave në mundësinë për të pasur dhe për t’u furnizuar me mallra dhe shërbime”.

4. 32006L0054, Direktivën e Parlamentit European dhe të Këshillit 2006/54/KE të 5 korrikut 2006 për “Zbatimin e parimit të mundësive të barabarta dhe të trajtimit të barabartë të burrave dhe grave në çështjet e punësimit dhe marrëdhëniet gjatë punës”.

⁵Në nenin 1 parashikohet shprehimisht “Ky ligj rregullon zbatimin dhe respektimin e parimit të barazisë dhe mosdiskriminimit në lidhje me racën, etninë, ngjyrën, gjuhën, shtetësinë, bindjet politike, fetare ose filozofike, gjendjen ekonomike, arsimore ose shoqërore, gjininë, identitetin gjinor, orientimin seksual, karakteristikat e seksit, jetesën me HIV/AIDS, shtatzëninë, përkatësinë prindërore, përgjegjësinë prindërore, moshën, gjendjen familjare ose martesore, gjendjen civile, vendbanimin, gjendjen shëndetësore, predispozicionet gjenetike, pamjen e jashtme, aftësinë e kufizuar, përkatësinë në një grup të veçantë, ose me çdo shkak tjetër.

situatave të jashtëzakonshme. Ajo afron disa garanci kushtetuese me karakter material e procedural. Në situatën e jashtëzakonshme, masat lidhen kryesisht, me kufizimin e të drejtave dhe lirive individuale, si dhe me mënyrën e kompensimit të humbjeve që vijnë si rezultat i kufizimit. Të drejtat dhe liritë kushtetuese, mund të kufizohen në mënyrë të posaçme, përtej kufizimeve në një periudhë të zakonshme dhe këto kufizime mund të shkojnë deri në shmangien e tyre (derogimi). Por është fjala vetëm për ato të drejta që Kushtetuta vendos shprehimisht.

Parimi i Proporcionalitetit tashmë ka një përmbajtje të qartë. Ai është pasuruar mjaft edhe si rezultat i doktrinës gjyqësore, duke krijuar një përmbajtje të plotë në të gjithë elementët përbërës: qëllimi i legjitimuar, domosdoshmëria, testi i balancës së masave të marra.

Konventa Europiane për të Drejtat e Njeriut, shprehet se liritë dhe të drejtat e njeriut mund të kufizohen në rast se:

- *Përhapja e sëmundjes infektive është e rrezikshme për sigurinë dhe shëndetin publik;*
- *Kufizimi i lirisë së një personi është një masë ekstreme ndaj përhapjes së sëmundjes, pasi masat e tjera më pak kufizuese nuk kanë rezultuar efektive për mbrojtjen e interesit publik;*

Nga ana tjetër, Gjykata Europiane e të Drejtave të njeriut ka konsoliduar praktikën, në lidhje me kushtet që duhet të plotësohen për kufizimin e lirive dhe të drejtave të njeriut. Vetëm plotësimi i këtyre kushteve në mënyrë përmbledhëse legjitimon kufizimin e të drejtave, konkretisht:

- kufizimi bëhet me ligj,
- në proporcion me gjendjen e diktuar,
- për një interes publik; dhe
- pa cenuar thelbin e vetë së drejtës.

Përsa i përket vështirimit krahasimor të kësaj dispozite, në raport me vepra të tjera penale, **është shumë e rëndësishme që të testohet dhe të kuptohet nëse veprat e tjera penale të parashikuara në Kodin Penal, në thelb janë të ngjashme në mënyrë që të mundësojnë krahasimin mes tyre.**

Parimi i barazisë nënkupton:

- a) barazi përpara ligjit dhe mbrojtje të barabartë nga ligji;
- b) barazi të shanseve dhe mundësive për të ushtruar të drejtat, për të gëzuar liritë dhe për të marrë pjesë në jetën publike;
- c) mbrojtje efektive nga diskriminimi dhe nga çdo formë sjelljeje që nxit diskriminimin (neni 2 i Ligjit).

Referuar kësaj dispozite, koncepti i barazisë substanciale përbëhet nga dy aspekte:

“barazia e mundësive” dhe “barazia e rezultateve”.

Për të konsideruar nëse dy vepra penale mund të krahasohen me njëra tjetrën, do të duhet të shihet nëse ndodhen në kushte objektivisht të njëjta.

Kodi Penal përbën ligjin më të rëndësishëm, ku përmbledhen në mënyrë të sistemuar dispozitat penalo-juridike.

Konstatohet se Kodi Penal në asnjë nen të tij nuk parashikon dispozitë tjetër ku të përcaktohet ndonjë vepër tjetër penale, e ndodhur në kushtet e gjendjes së jashtëzakonshme apo pandemisë. Në këtë situatë, Komisioneri e gjykon të pamundur krahasimin e kësaj dispozite me ndonjë vepër tjetër penale të parashikuar në Kod, pavarësisht elementëve të ngjashëm të anës objektive që vepra e parashikuar në nenin.242/a mund të ketë me ndonjë vepër tjetër penale, pikërisht sepse ndodhet në kushte krejtësisht të ndryshme të kryerjes së veprës.

Ajo cka konsiderohet shqetësuese, është dispozita në paragrafin e tretë të saj (citoj):

*“Moszbatimi i urdhërit të dhënë nga organet kompetente për karantinimi ose izolim apo shkelja e rregullave të katantinës ose të izolimit nga **personi mbartës ose jo i sëmundjes infektive**, të cilit i është njoftuar ky detyrim nga autoritetet shtetërore përkatëse, dënohet me burgim nga dy deri tre vjet”.*

Paraprakisht bëj me dije se, në vijim të kërkesës së Komisionit për Çështjet Ligjore, Administratën Publike dhe të Drejtat e Njeriut, për të dhënë opinion në lidhje me projektligjin ““Për një ndryshim në ligjin nr. 7895, datë 27.1.1995, “Kodi Penal i Republikës së Shqipërisë”, të ndryshuar”, Komisioneri për Mbrojtjen nga Diskriminimi, pasi u konsultua mbi këtë projektligj, dha disa sugjerime të cilat i përcjellim bashkëngjitur këtij mendimi. Vlen për tu theksuar se që në atë propozim dhe relacionin shoqërues të tij, nuk ka patur asnjë sqarim apo elaborim të faktit se përse grupi i mbartësve të sëmundjes infektive ngjitëse dhe grupi i jo mbartësve të sëmundjes infektive ngjitëse konsideroheshin si një subjekt i posaçëm i veprës penale.

Ligji nr. 15/2016 “Për parandalimin dhe luftimin e infeksioneve dhe sëmundjeve infektive”, nuk parashikon përkufizim në lidhje me termin mbartës dhe jo mbartës të sëmundjes infektive. Në mungesë të një parashikimi të tillë ligjor, evidentimi i reflektuar nga dispozita në bartës dhe jo bartës i sëmundjes infektive dedukton në faktin e ekzistencës së dy grupeve të ndara nga njëri tjetri. Grupi mbartës i sëmundjes infektive të cilët kanë certifikim nga autoriteti përkatës shëndetësor dhe grupi jo bartës i sëmundjes të cilët janë të Certifikuar si jo mbartës dhe në më të shumtën mund të konsiderohen si persona të dyshuar, të prezumuar, apo të predispozuar për të qënë mbartës.

Konsiderimi i këtyre dy grupeve, (grupi i mbartësve të sëmundjes infektive dhe grupi i jo mbartësve të sëmundjes infektive), të cilët ndodhen në kushte objektivisht të ndryshme, përballë të njëjtës ashpërsi dënimi, është joproporcionale në raport me pasojat e mundshme që mund të vijnë prej secilit prej tyre dhe krijon premise për cënim të parimit të barazisë.

Në përputhje me kërkesat e parimit të proporcionalitetit, çdo dënim duhet të jetë në raport të drejtë me rrezikshmërinë e veprës penale dhe shkallën e fajit të autorit, i cili rezulton i ndryshëm tek personat mbartës dhe ata jo mbartës të sëmundjes infektive.

Ky paragraf parashikon dënime joproporcionale, në mungesë të një raporti të drejtë midis rrezikshmërisë së veprës penale dhe shkallës së fajit të autorit. Vlerësojmë se do të duhej të realizohej një ndarje ndërmjet subjektit i cili **nuk** është mbartës i sëmundjes infektive, por ka detyrimin të zbatojë rregullat e përgjithshme kufizuese, dhe nga ana tjetër subjekti i cili është mbartës i sëmundjes infektive dhe për këtë shkak është vendosur në izolim ose karantinë. Ky

diferencim do të garantonte që masat e dënimit të caktohen në proporcion me shkallën e fajësisë së subjektit, i cili konsumon veprën penale dhe pasojat që kanë ardhur si rrjedhojë e shkeljes së marrëdhënies juridike të mbrojtur nga legjislacioni penal dhe nga ana tjetër do të ishte në përputhje me parimin e barazisë.

Pra në thelb, jemi para situatës , kur personat ose grupet e personave në situata të ndryshme trajtohen njësoj. Individët apo subjektet që janë në situata të ndryshme duhet të marrin trajtim të ndryshëm deri në masën që nevojitet për t'i lejuar të gëzojnë mundësi të barabarta me të tjerët, duke **përligjur kuptimin e barazisë, sipas të cilit: duhen trajtuar në mënyrë të ndryshme situata të ndryshme. Në të kundërt, nëse trajtohen në mënyrë të njëjtë situata thelbësisht të ndryshme atëherë jo vetëm që parimi i barazisë thelbësore nuk konkretizohet, por edhe parimi i barazisë formale mbetet i parealizuar.**

Neni 3 pika 7 e ligjit “Për mbrojtjen nga diskriminimi” parashikon “*diskriminimin e tërthortë*” si një formë diskriminimi që ndodh kur një dispozitë, kriter ose praktikë, e paanshme në dukje, do ta vinte një person ose grup personash në kushte më pak të favorshme për shkaqet e parashtruara në nenin 1 të këtij ligji në raport me një tjetër person ose grup personash, kur ajo dispozitë, kriter a praktikë nuk justifikohet objektivisht nga një synim i ligjshëm, ose kur mjetet e arritjes së këtij synimi ose nuk janë të përshtatshme, ose nuk janë të domosdoshme dhe në përpjesëtim të drejtë me gjendjen që e ka shkaktuar atë.

Edhe e drejta e BE-së edhe jurisprudenca e KEDNJ-së pranojnë se diskriminimi mund të rezultojë jo vetëm nga trajtimi i ndryshëm i njerëzve në situata të njëjta, por gjithashtu nga trajtimi i njëjtë në situata të ndryshme. Kështu tek diskriminimi “i tërthortë” nuk është trajtimi që ndryshon por janë më tepër pasojat e atij trajtimi, të cilat ndjehen ndryshe nga subjekte me karakteristika të ndryshme.

GJEDNJ-ja është shprehur se “*e drejta për të mos u diskriminuar kundër gëzimit të të drejtave të garantuara sipas KEDNJ-së dhunohet gjithashtu kur Shtetet... nuk i trajtojnë në mënyra të ndryshme personat, situatat e të cilëve janë shumë të ndryshme*”.⁶

Në çështjen *Thlimenos kundër Greqisë*, ligji kombëtar i ndalonte personat me dënime penale të hynin në profesionin e financierëve me licencë shtetërore, sepse një dënim penal nënkuptonte një mungesë ndershmërie dhe besueshmërie të nevojshme për të kryer këtë funksion. Kërkuesi në këtë çështje ishte dënuar penalisht për refuzimin për të veshur uniformën ushtarake gjatë shërbimit të tij kombëtar. Kjo kishte ndodhur sepse ai ishte anëtar i Dëshmitarëve të Jehovahit, i cili është një grup fetar i zotuar për paqe. GJEDNJ-ja vendosi se nuk kishte arsye të ndaloheshin personat nga profesioni kur dënimin e tyre penal nuk lidhej me çështje të besueshmërisë dhe ndershmërisë. Qeveria kishte diskriminuar kërkuesin duke mos krijuar një përjashtim në rregullin për situata të tilla, duke shkelur të drejtën e manifestimit të besimit të tij fetar (sipas Nenit 9 të GJEDNJ-së) në lidhje me ndalimin e diskriminimit.

⁶ GJEDNJ, *Thlimenos kundër Greqisë* [GC] (No. 34369/97), 6 Prill 2000, paragraf 44 (ECtHR, *Thlimmenos v. Greece* [GC] (No. 34369/97), 6 April 2000, para. 44). Po kështu, GJEDN, *Priti kundër Mbretërisë së Bashkuar* (Nr. 2346/02), 29 Prill 2002, paragraf 88 (ECtHR, *Pretty v. the United Kingdom* (No. 2346/02), 29 April 2002).

Në çështjen *Clift kundër Mbretërisë së Bashkuar* (paragrafi 60) GJEDNJ-ja është shprehur se: *“Pyetja nëse ekziston një ndryshim në trajtim bazuar në një karakteristikë personale ose të identifikueshme, në çdo rast është një çështje që duhet vlerësuar duke marrë parasysh të gjitha rrethanat e çështjes dhe duke pasur parasysh se qëllimi i Konventës është të garantojë jo të drejta që janë teorike ose jo reale, por të drejta që janë praktike dhe efektive”*

Disa karakteristika të tjera që GJEDNJ-ja ka njohur se mbrohen në kuadër të “statuseve të tjera” janë: Në *Engel dhe të tjerët kundër Vendeve të Ulta*, Gjykata vendosi që një dallim i bazuar në gradën ushtarake mund të binte në kundërshtim me nenin 14; Në *Larkos kundër Qipros*, Gjykata gjeti shkelje të nenit 14 si rezultat i një dallimi midis qiramarrësve të shtetit nga njëra anë dhe qiramarrësve të pronarëve privatë nga ana tjetër; Në *Shelley kundër Mbretërisë së Bashkuar*, Gjykata konsideroi se të qenit i burgosur mund të binte në nocionin e “statusit tjetër” sipas nenit 14; Në *Sidabras dhe Džiautas kundër Lituanisë*, përsëri Gjykata nuk adresoi në mënyrë specifike çështjen e “statusit tjetër”, por në gjetjen e një shkelje të nenit 14 dhe nenit 8 pranoi se statusi si ish oficer i KGB-së përfshihet në nenin 14. Në *Paulík kundër Sllovakia*, Gjykata pranoi që kërkuesi, një baba atësia e të cilit ishte vërtetuar gjyqësisht, kishte një “status” që mund të krahasohej me baballarë dhe nëna të prezumuar, në situata kur atësia ishte ligjërisht e supozuar por jo e përcaktuar gjyqësisht;

Edhe Gjykata Kushtetuese me vendimin nr.31/2021, ka cmuar të theksojë se :

“Parimi I barazisë nuk e ndalon trajtimin e diferencuar, prandaj Gjykata, në rast trajtimi të njëjtë të subjekteve, shqyrton nëse ligji duhet të kishte patur diferencim mbi një arsye legjitime dhe objektive, pasi ato, (subjektet), paraqiten me specifika të ndryshme.

Në këtë kontekst, Kodi Penal, në nenin 47 të tij, ka përcaktuar se individualizimi i dënimit është përcaktimi ndërmjet një minimumi dhe një maksimumi të ofruar nga Kodi Penal, dhe zbatimi i kësaj mase brenda kufijve të parashikuar në ligj dhe në përshtatje me karakterin dhe shkallën e rrezikshmërisë shoqërore të veprës penale dhe të autorit të saj, si dhe shkallën e fajësisë, duke pasur parasysh rrethanat rënduese dhe lehtësuese të autorit të veprës penale, çka do të thotë përshtatja e dënimit të veprës penale dhe kryerësit të saj.

Në këtë kuptim, neni 242/a, paragrafi i tretë, i Kodit Penal, parashikon dënimin me burgim nga dy deri tre vjet. Bazuar në përmbajtjen e dispozitës së sipërcituar, një marzh kaq i ngushtë dënimi, nuk i jep mundësi gjykatës, në referim të nenit 47 të Kodit Penal, të individualizojë dënimin në raport dhe përshtatje me karakterin dhe shkallën e rrezikshmërisë shoqërore të veprës penale dhe të autorit të saj. Nëse marzhi i dënimit do të ishte shumë më i gjerë, atëherë do të konsideronim të ezauruar testin e proporcionalitetit të dënimit, pasi gjykata do të kishte diskrecion të individualizonte masën e dënimit në raport me subjektin që e kishte kryer atë. (person mbartës ose jo i sëmundjes infektive).

Gjykata në jurisprudencën e saj ka theksuar se legjisllacioni penal ka për detyrë të mbrojë vlera të rëndësishme, të tilla si:

pavarësia e shtetit dhe tërësia e tij territoriale, dinjiteti i njeriut, të drejtat dhe liritë e tij, rendi kushtetues, prona (neni 1/b i KP-së). Ai bazohet në parimet kushtetuese të shtetit të së

drejtës, të barazisë përpara ligjit, të drejtësisë në caktimin e fajësisë dhe të dënimit, si dhe të humanizmit (*neni 1/c i KP-së*). Ky legjislacion është një tregues kuptimplotë për çdo vend, në kuptimin se sa ai është në gjendje të balancojë të drejtën e shtetit për të siguruar rendin publik e shoqëror, nga njëra anë, me të drejtat dhe liritë e individit, nga ana tjetër (*shih vendimet nr. 9, datë 26.02.2016; nr. 47, datë 27.06.2012; nr. 1, datë 12.01.2011 të Gjykatës Kushtetuese*).

Në këto kushte, krijohet dyshimi i arsyeshëm se *prima facie* rregullimi i ri ligjor vendos në pozitë më pak të favorshme, përsa i përket masës së dënueshmërisë në proporcion me pasojat e veprës, personin jo mbartës i sëmundjes infektive në raport me personin mbartës të sëmundjes infektive.

Për të justifikuar trajtimin e ndryshëm duhet të demonstrohet se rregulli ose praktika në fjalë

- ndjek një synim legjitim dhe se
- mjetet e zgjedhura për arritjen e synimit (d.m.th. masa që ka çuar drejt trajtimit të ndryshëm) janë proporcionale dhe të domosdoshme për arritjen e atij synimi.⁷

Për të përcaktuar nëse trajtimi i ndryshëm është proporcional, gjykata duhet të bindet se:

- Nuk ka asnjë mjet tjetër për arritjen e qëllimit që kërkon më pak ndërhyrje në të drejtën për trajtim të barabartë. E thënë ndryshe, që disavantazhi i pësuar të jetë minimumi i mundshëm i dëmit të nevojshëm për arritjen e qëllimit të synuar;
- Qëllimi për tu arritur është kaq i rëndësishëm saqë justifikon këtë nivel ndërhyrjeje.

Duke Ju falenderuar për bashkëpunimin Tuaj,
Me konsideratë,

K O M I S I O N E R I

ROBERT GAJDA

⁷ GJED-ja ofroi një shpjegim të zgjeruar të idesë së justifikimit objektiv në çështjen Supermarketi *Bilka GmbH kundër Ueber Fon Harc (Bilka-Kaufhaus GmbH v. Eeber Von Hartz)*. Këtu, punonjësit me kohë të pjesshme, që ishin përjashtuar nga skema profesionale e pensionit të Bilkas (një supermarketi), u ankuan se kjo gjë përbënte diskriminim të tërthortë kundër grave, përderisa ato përbënin shumicën e gjerë të punonjësve me kohë të pjesshme. GJED-ja vendosi se kjo do të përbënte diskriminim të tërthortë, përveçse kur mund të justifikohet ndryshimi në përfitim. Për të pasur justifikimin duhej të demonstrohej se: “*masat ... e përzgjedhura nga Bilka korrespondojnë me një nevojë reale nga ana e sipërmarrjes, janë të përshtatshme për arritjen e objektivave të synuar, dhe janë të domosdoshme për këtë qëllim*”. Bilka argumentoi se arsyeja e ndryshimit në trajtim ishte dekurajimi i punës me kohë të pjesshme dhe nxitja e punës me kohë të plotë, sepse punonjësit me kohë të pjesshme nuk ishin të zellshëm në punë gjatë mbrëmjeve ose të Shtunave, duke e vështirësuar mbajtjen e një stafi të mjaftueshëm. GJED-ja vendosi se kjo mund të përbënte një qëllim legjitim. Megjithatë ajo nuk iu përgjigj pyetjes nëse përjashtimi i punonjësve me kohë të pjesshme nga skema e pensionit ishte në përpjesëtim me arritjen e këtij qëllimi. Kriteri që masat e marra duhet të jenë “të domosdoshme” nënkupton se duhet të demonstrohet se nuk ekziston asnjë mjet alternativ, që do të shkaktonte më pak ndërhyrje me parimin e trajtimit të barabartë.