

**UCHWAŁA**  
**składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego**

Dnia 25 lutego 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)  
SSN Tomasz Artymiuk  
SSN Małgorzata Gierszon  
SSN Jerzy Grubba  
SSN Rafał Malarski  
SSN Jarosław Matras (sprawozdawca)  
SSN Andrzej Ryński

Protokolant Michał Dymiński

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Lucjana Nowakowskiego  
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu  
w dniu 25 lutego 2016 r.,  
przedstawionego na podstawie art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r.  
o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. 2013, poz. 499 ze zm.) wniosku Pierwszego  
Prezesa Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 2015 r. (BSA II – 4110 – 7/15)  
o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego rozbieżności  
w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów  
powszechnych w zakresie dotyczącym następujących zagadnień prawnych:

- 1. „Czy odmienność płci jest warunkiem pozostawania we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.?”**
- 2. „Jakiego rodzaju więzi charakteryzują stan wspólnego pożycia w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.?”**

podjął uchwałę:

**Zawarty w art. 115 § 11 k.k. zwrot „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” określa osobę, która pozostaje z inną osobą w takiej relacji faktycznej, w której pomiędzy nimi istnieją jednocześnie więzi duchowe (emocjonalne), fizyczne oraz gospodarcze (wspólne gospodarstwo domowe). Ustalenie istnienia takiej relacji, tj. „pozostawania we wspólnym pożyciu”, jest możliwe także wtedy, gdy brak określonego rodzaju więzi jest obiektywnie usprawiedliwiony. Odmienność płci osób pozostających w takiej relacji nie jest warunkiem uznania ich za pozostających we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.**

#### UZASADNIENIE

Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego w oparciu o przepis art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (tj. Dz. U. 2013, poz. 499 ze zm. – dalej jako u.s.n.) skierował do Izby Karnej Sądu Najwyższego wniosek o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego rozbieżności w wykładni prawa, występujących w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych w zakresie ujętym w dwóch zagadnieniach (pytaniach) prawnych przedstawionych powyżej. W odniesieniu do pierwszego z zagadnień występujący z wnioskiem wskazał na istnienie kilku odmiennych, wzajemnie się wykluczających koncepcji interpretacyjnych co do rozumienia pojęcia „wspólne pożycie” zawartego w art. 115 § 11 k.k., a współtworzącego definicję „osoby najbliższej”. Wedle pierwszej z nich „wspólne pożycie” to pozbawiony formalnego węzła małżeńskiego związek osób odmiennej płci, cechujący się istnieniem więzi psychicznej, fizycznej i gospodarczej. Autor wniosku podkreślił, że takie ujęcie było prezentowane na gruncie poprzednio obowiązującego Kodeksu karnego (z 1969 r.) oraz Kodeksu postępowania karnego (z 1969 r.) i na poparcie tej tezy wskazał m.in. na wyroki Sądu Najwyższego z dni: 5 września 1973 r., IV KR 197/73, Lex nr 63773; 15 października 1975 r., V KR 93/75, Lex nr 63538; 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSP 1976, nr 10, poz. 187; 13 sierpnia 1987 r., II KR 187/87, OSNKW 1988, nr 1, poz. 11; 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSNKW 1988, nr 9-10, poz. 71; 9 listopada 1990 r., WR 203/90,

OSP 1991, nr 9, poz. 205; wyroki Sądu Apelacyjnego: w Krakowie z dnia 11 grudnia 1997 r., II AKa 226/97, KZS 1998, nr 2, poz. 26; w Lublinie z dnia 30 grudnia 1997 r., II AKa 51/97, Apelacja Lubelska 1998, nr 1, poz. 7; w Warszawie z dnia 5 grudnia 1995 r., II AKr 459/95, OSA 1996, nr 4, poz. 15. W treści wniosku podkreślono również, że taki sposób wykładania tego pojęcia odnotowano w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych także na tle aktualnie obowiązujących kodeksów. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego wskazując na orzeczenia: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2015 r., IV KO 1/15, Biul. PK 2015, nr 3, s. 59-63, postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2010 r., V KK 296/09, OSNKW 2010, nr 6, poz. 51; 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, Lex nr 121668; 27 maja 2003 r., IV KK 63/03, Lex nr 80281 oraz wyroki Sądu Apelacyjnego: w Szczecinie z dnia 21 grudnia 2006 r., II AKa 157/06, Lex nr 283401; w Katowicach z dnia 15 marca 2007 r., II AKa 24/07, KZS 2007, nr 7-8, s. 109; w Krakowie z dnia 27 czerwca 2002 r., II AKa 135/02, KZS 2002, nr 7-8, s. 52, podkreślił, że jest to linia dominująca i dodał, iż takie ujęcie wykładnicze znalazło silne oparcie w doktrynie prawa i procesu karnego.

Druga, odmienna wykładnia pojęcia „wspólne pożycie” zaprezentowana została w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., III KK 268/12, Lex nr 1311768 i doprowadziła tenże sąd do wniosku, że wspólne pożycie może dotyczyć także osób tej samej płci. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy podkreślił nadto, że dla przyjęcia istnienia „wspólnego pożycia” nie jest konieczne istnienie więzi fizycznej, a tylko prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego oraz (Sąd Najwyższy ujął ten warunek dość miękko w formule: „jak się zdaje”) istnienie określonej więzi psychicznej.

Wskazano również trzecie stanowisko, będące efektem odmiennej wykładni pojęcia „wspólnego pożycia”. Przywołano na jego poparcie postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2015 r., IV KO 98/14, OSNKW 2015, z. 8, poz. 67. W judykacie tym uwypuklono występujące trudności i niejednolitości interpretacyjne w zakresie tego pojęcia prawnego, by następnie uznać, że konieczne jest indywidualne traktowanie konkretnego przypadku, choć należałoby przyjąć rozwiązanie pośrednie, tj. takie, *„które pojęcie wspólnego pożycia nie ogranicza do normalnie funkcjonującego małżeństwa i konkubinatu, jak też zblizzonego do niego*

*pożycia osób tej samej płci, ale też nie przyjmuje, że wspólne pożycie ma miejsce zawsze wtedy, gdy wspólnemu zamieszkiwaniu towarzyszy silna, pozytywna więź emocjonalna”* (podkr. SN w składzie poszerzonym). Dalej w postanowieniu tym ujęto, że właśnie istnienie takich silnych i pozytywnych więzi emocjonalnych pozwala na uznanie istnienia „szczególnie bliskiego stosunku osobistego” co z kolei daje podstawę do ubiegania się o zwolnienie od obowiązku składania zeznań (art. 185 k.p.k.), a co musi przecież mieć inne znaczenie niż „wspólne pożycie”, które klasyfikuje osobę pozostającą w takiej relacji do strony procesu jako „osobę najbliższą”. Sąd Najwyższy w tej sprawie uznał, że *„we wspólnym pożyciu pozostają, poza oczywistym domniemaniem wynikającym z instytucji małżeństwa, osoby niezwiązane węzłem małżeństwa, o ile połączone są więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą, jak też osoby, pomiędzy którymi z racji wspólnego długotrwałego życia i przyjęcia określonego modelu tego życia, doszło do zawiązania relacji tożsamych z najbliższymi relacjami rodzinnymi, o których mowa w art. 115 § 11 k.k., np. relacji występujących pomiędzy rodzicami i dziećmi, bądź pomiędzy rodzeństwem”*.

Prezentując te stanowiska Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego skonstatował, że rozbieżność w orzecznictwie dotyczy nie tylko tego, czy pojęcie „wspólne pożycie” można odnosić tylko do osób tej samej płci, ale także do tego, jakie elementy w zakresie relacji pomiędzy tymi osobami muszą zostać spełnione, aby można było przyjąć istnienie wspólnego pożycia w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. Konkludując te rozbieżności w zakresie ostatniego elementu Autor wniosku wskazał, że powiązanie tych relacji ujmuje się w trzech kategoriach, tj. stwierdzenia więzi fizycznej, ekonomicznej i psychicznej, bądź też tylko więzi ekonomicznej (prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego) i psychicznej, albo w prowadzeniu długotrwałego życia i istnieniu więzi tożsamych z najbliższymi relacjami rodzinnymi, o których mowa w art. 115 § 11 k.k. W ocenie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego różnice te wynikają z odmiennej wykładni prawa, której efektem są odmienne rozstrzygnięcia w zakresie zawartości pojęcia „wspólne pożycie”, co uzasadnia wystąpienie z wnioskiem w trybie art. 60 § 1 u.s.n.

W dalszej części wniosku Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego podniósł, że termin „wspólne pożycie” na gruncie języka prawniczego nie ma ustalonego

znaczenia, co w kontekście stosowanych językowych dyrektyw interpretacyjnych na gruncie języka powszechnego nie pozwala na uznanie, iż termin ten obejmuje tylko osoby płci odmiennej. Dodatkowo podkreślił, że istnienie trwałych związków faktycznych osób tej samej płci jest faktem społecznym, którego nie sposób ignorować na płaszczyźnie jurydycznej. Odnosząc się zaś do zagadnienia zawartego w drugim pytaniu Autor wniosku podniósł, że umieszczenie pojęcia „wspólne pożycie” na końcu przepisu art. 115 § 11 k.k. może świadczyć o tym, iż pojęcie to ma samodzielny byt, oderwany od triady więzi charakterystycznych dla związku małżeńskiego, a zatem że pojęcie to nie dotyczy związku analogicznego jak małżeństwo, pozbawionego jedynie węzła formalnego. Ten ostatni efekt byłby bowiem osiągnięty, gdyby przepis sformułowano w ten sposób, że *„osobą najbliższą jest: małżonek lub osoba pozostająca we wspólnym pożyciu, wstępny, zstępny...”*. Ponadto wskazano, że skoro w niektórych ustawach operuje się pojęciem „wspólne pożycie małżeńskie”, to brak takiego dookreślenia w art. 115 § 11 k.k. może uzasadniać twierdzenie, iż to pojęcie ma odmienną relację niż ta swoista triada określająca związek małżeński. Podkreślono również, że także w prawie rodzinnym, w którym termin „wspólne pożycie” funkcjonuje, nie ma zgodności co do tego, jak należy go interpretować. Ponadto uwypuklono, że niejednokrotnie ten sam termin jest rozumiany różnie na gruncie prawa karnego i cywilnego (wskazano m.in. na terminy: „posiadanie”, „dokument”, „dłużnik”), co stawia jako wątpliwą tezę, czy ustalone znaczenie określonego pojęcia w jednej gałęzi prawa można uznać za ustalone w innej gałęzi prawa. Odnosząc się zaś do sfery życia intymnego (więź fizyczna) wnioskodawca podniósł, że sfera ta wiąże się z prawem do prywatności i osobistych wyborów, a wybory te nie mogą być oceniane przez organy państwa, a zatem nie mogą one także rzutować na kwalifikowanie ich jako „wspólne pożycie”, tym bardziej, że pojęcie to nie mogłoby – z uwagi na zakaz dyskryminacji uregulowany w art. 32 ust. 2 Konstytucji RP – zostać zastosowane do osób, które z przyczyn obiektywnych nie mogą utrzymywać kontaktów fizycznych.

W końcowej części wniosku szeroko omówiono znaczenie kwestii zawartej w zagadnieniach przedstawionych w postaci dwóch pytań prawnych. Wskazano, że choć pojęcie „wspólnego pożycia” funkcjonuje wprost tylko w jednym przepisie

Kodeksu karnego oraz trzech przepisach Kodeksu postępowania karnego (art. 40 § 1 pkt 2, art. 40 § 2, art. 560 § 1), to zważywszy, iż tworzy ono także pojęcie osoby najbliższej, znaczenie tego zwrotu jest w praktyce duże, chociażby ze względu na to, iż pojęcie osoby najbliższej zawarte jest w znamionach czynów zabronionych (np. art. 190 § 1 k.k., art. 190a § 1 k.k.), stanowi element definicji groźby bezprawnej, czy też przesłankę niepodlegania karze (art. 239 § 2 k.k., art. 240 § 3 k.k.) lub podstawę do nadzwyczajnego jej złagodzenia i odstąpienia od jej wymierzenia. W obszarze szeroko rozumianego prawa karnego pojęcie osoby najbliższej jest także obecne w kilkunastu przepisach Kodeksu postępowania karnego, a funkcjonuje ono również w Kodeksie karnym wykonawczym, Kodeksie karnym skarbowym, Kodeksie wykroczeń, Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia oraz innych ustawach. Także w prawie cywilnym pojęcie osoby najbliższej funkcjonuje w wielu przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz Kodeksie cywilnym (art. 691 k.c.). Z kolei termin „wspólne pożycie” występuje w innych regulacjach prawnych, np. ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (art. 32a § 7). To wszystko – w ocenie wnioskodawcy – wskazuje na możliwość ujednoczenia rozumienia analizowanego pojęcia w szerszym kontekście systemowym.

W pisemnym stanowisku prokurator Prokuratury Generalnej wniósł o podjęcie uchwały następującej treści:

1. „Pozostawanie we wspólnym pożyciu, o którym mowa w art. 115 § 11 k.k. może dotyczyć także osób tej samej płci.”
2. „Stan wspólnego pożycia w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. charakteryzuje istnienie trwałych więzi uczuciowych, fizycznych i gospodarczych. Stwierdzenie istnienia tych więzi wymaga oceny okoliczności faktycznych w konkretnej sprawie.”

W uzasadnieniu stanowiska prokurator Prokuratury Generalnej podkreślił, że argumentacja wniosku trafnie wskazuje na istnienie rozbieżności w wykładni prawa w zakresie pojęcia „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu”, co skutkuje ustaleniem, iż spełniony jest warunek do podjęcia uchwały w trybie określonym w art. 60 u.s.n. Odnosząc się do treści zagadnień prawnych ujętych w pytaniach wnioskodawcy podkreślił, że pojęcie „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” nie

jest jednoznaczne przy zastosowaniu zasad wykładni językowej. W kontekście wykładni systemowej prokurator wskazał, że termin ten występuje w wielu aktach prawnych z zakresu prawa rodzinnego czy cywilnego, przy czym w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym pojęcia tego używa się tylko do pożycia małżeńskiego, a w tym ujęciu rozumiane jest ono jako wspólnota fizyczna, duchowa (psychiczna) i gospodarcza. Podał dalej, że takie rozumienie tego pojęcia – nawiązujące do relacji zachodzącej między małżonkami – dominuje także w piśmiennictwie i orzecznictwie dotyczącym przepisów o charakterze cywilnym (art. 691 § 1 k.c.), czy administracyjnym (art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta – t.j. Dz. U. 2012, poz.159). Dostrzegając to, że niektóre pojęcia, których znaczenie jest ustalone na gruncie innych dziedzin prawa, nie mają takiego samego znaczenia na gruncie prawa karnego materialnego i procesowego (np. posiadanie), wskazał, iż przepis art. 115 § 11 k.k. odwołuje się do instytucji prawa rodzinnego (małżeństwo, pokrewieństwo, powinowactwo), co stanowi silny argument także za rozumieniem „wspólnego pożycia” podobnie jak czyni to doktryna i judykatura prawa rodzinnego. Z kolei poddając to pojęcie wykładni funkcjonalnej (celowościowej) prokurator wskazał, że występuje ono jako element definicji „osoby najbliższej” w wielu regulacjach prawa karnego (materialnego i procesowego), pełniąc rozmaite funkcje (prawo materialne - znamię czynu zabronionego, określenie trybu ścigania, przesłanka niepodlegania karze lub jej złagodzenia bądź odstąpienia od jej wymierzenia; prawo procesowe - wykonywanie praw zmarłego, prawo do odmowy zeznań lub uchylenia się od odpowiedzi na pytanie, złożenie wniosku o wznowienie postępowania po śmierci skazanego). Takie zróżnicowanie celów, jakie spełnia to pojęcie zawarte w art. 115 § 11 k.k., zestawione z tym, że także na gruncie innych systemów prawa tożsame pojęcie ma różne cele i funkcje, pozwala – zdaniem prokuratora Prokuratury Generalnej – na konstatację, iż winno ono być wykładane w taki sam sposób jak na gruncie prawa rodzinnego, a więc konieczne jest istnienie trwałych więzi emocjonalnych, gospodarczych oraz fizycznych. Wobec zaś tego, że pojęcie to nie należy do kategorii formalnej, to po pierwsze, może dotyczyć także osób tej samej płci, co byłoby zgodne z orzecznictwem Trybunału Strasburskiego (wyroki ETPC: z dnia 24 lipca 2003 r., skarga 40016/98 Karner przeciwko Austrii; z dnia 2 marca

2010 r., skarga 13102/02 Kozak przeciwko Polsce), a po drugie, istnienie takich więzi winno być każdorazowo ustalane na tle okoliczności konkretnej sprawy.

Sąd Najwyższy w składzie powiększonym zważył, co następuje.

I. Na wstępie trzeba ustalić, czy został spełniony warunek wystąpienia w orzecznictwie sądowym (Sądu Najwyższego, sądów powszechnych) rozbieżności w wykładni prawa w zakresie odkodowania zawartości normatywnej pojęcia „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”, stanowiącego jeden z elementów tworzących w art. 115 § 11 k.k. definicję „osoby najbliższej”. Analiza wskazanych we wniosku orzeczeń Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych bezspornie dowodzi, że pojęcie to jest rozbieżnie wykładane w dwóch obszarach. Pierwszy, odnosi się do płci osób, które pozostają we wspólnym pożyciu. W tym obszarze pierwsze z postawionych pytań prawnych wymaga odpowiedzi, czy relacja między osobami określana jako „wspólne pożycie” to relacja wyłącznie pomiędzy osobami różnej płci, czy także dotyczy ona osób tej samej płci. Drugi obszar sporu w zakresie wykładni obejmuje natomiast treść relacji jakie muszą zachodzić pomiędzy osobami, aby można było uznać, że pozostają one we wspólnym pożyciu. Podkreślić przy tym należy, że dla wykazania istnienia rozbieżności w wykładni prawa w orzecznictwie sądowym nie jest istotne to, iż w opozycji do dominującej linii orzeczniczej wydano kilka, bądź nawet jedno orzeczenie. Uwaga ta jest celowa zważywszy na to, że we wniosku wskazano na dwa judykaty Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 21 marca 2013 r., III KK 268/12, Lex nr 1311768; postanowienie z dnia 4 marca 2015 r., IV KO 98/14, OSNKW 2015, nr 8, poz. 67), w których wprost wypowiedziano pogląd, iż tożsamość płci nie stanowi przeszkody do uznania istnienia „wspólnego pożycia” w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., a także wskazano na odmienne spojrzenie w zakresie określenia tych elementów, które warunkowałyby przyjęcie tego pojęcia. Podkreślić należy również, że rozbieżności w zakresie wykładania tego zwrotu zarysowały się także w piśmiennictwie prawniczym, co wykazano trafnie i obszernie w treści wniosku. Dla ustalenia warunków do podjęcia uchwały na podstawie art. 60 ust. 1 u.s.n. ta ostatnia uwaga jest jednak bez znaczenia, choć obrazuje doniosłość problemu.

II. Przepis art. 115 § 11 k.k., w którym ujęto zwrot będący przedmiotem przedstawionych pytań prawnych, ma charakter definicji legalnej zakresowej, którą



objęto cały zakres pojęcia „osoby najbliższej” (§ 153 ust. 1 Zasad techniki prawodawczej – załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. – Dz. U. Nr 100, poz. 908). W definicji tej w formule wyliczenia wymieniono bowiem wszystkie desygnaty (małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowactwo w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu) nazwy definiowanej (osoba najbliższa - definicja pełna). Zastosowanie takiej formuły definicji oznacza, uwzględniając reguły tworzenia tekstów prawnych, że wyliczenie ma charakter enumeracyjny, gdzie spójnikiem łączącym poszczególne człony wyliczenia jest spójnik koniunkcji, w tym przypadku w postaci przecinka, a definicja dotyczy każdego z elementów wyliczenia z osobna (A. Malinowski, Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe, Warszawa 2008, s. 56 oraz s. 66, 78-79; S. Wronkowska, M. Zieliński, Komentarz do zasad techniki prawodawczej, Warszawa 2004, s. 68 oraz s. 289). Uwzględniając opisany charakter tego przepisu stwierdzić na wstępie trzeba, że każdy z osobna element definicji „osoby najbliższej” jest „równy” od strony logiczno-prawnej pozostałym wymienionym elementom, a zatem nie ma żadnych racji, aby znaczenie poszczególnych składników definicji wiązać z innymi składnikami (elementami) tej samej definicji (definicja w art. 115 § 11 k.k. to równościowa definicja zakresowa – A. Malinowski, op. cit., s. 55-56). Odnotować należy, że spośród wszystkich desygnatów pojęcia „osoba najbliższa” tylko ostatni element definicji budzi wątpliwości co do jego znaczenia (zakresu znaczeniowego). Znaczenie pozostałych jest jasne, zważywszy, że są one pojęciami prawnymi, których treść ustalona jest w oparciu o regulacje Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (por. małżonek – art. 1; pokrewieństwo i powinowactwo - art. 61<sup>7</sup> i art. 61<sup>8</sup>; dział II, art. 121 -123 – przysposobienie; szerzej w tej materii np.: R. Krajewski, Osoba najbliższa w prawie karnym, PS 2009, nr 3, s. 111; P. Daniluk, Wspólne pożycie jako pojęcie karnoprawne, Prok. i Pr. 2015, nr 6, s. 10-11; J. Hańduk – Hawrylak, S. Szałucha, Wybrane zagadnienia prawa do odmowy składania zeznań, w: Węzłowe problemy procesu karnego, [red.] P. Hofmański, Warszawa 2012, s. 1004 -1005).

Pojęcie „wspólnego pożycia” jako jedno z pojęć określających osobę najbliższą (art. 115 § 11 k.k.) jest zwrotem prawnym, który nie jest definiowany na gruncie Kodeksu karnego, ani też w Kodeksie postępowania karnego, w którym występuje w przepisach art. 40 § 1 pkt 2 oraz art. 40 § 2 i art. 560 § 1 (nie jest definiowany w innych ustawach z zakresu prawa karnego). Niewątpliwie jest, że zważywszy na relacje obu tych kodeksów (istotą i celem stosowania przepisów procesowych jest właściwe zastosowanie przepisów prawa karnego – por. A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 33-34) pojęcie to, tak jak i szersze pojęcie „osoba najbliższa”, musi być tak samo rozumiane w obu tych rodzajowo najbliższych ustawach. Brak definicji legalnej „pozostawania we wspólnym pożyciu” w obu tych kodeksach nakazuje ustalić, czy taka definicja legalna istnieje w innych gałęziach prawa, a jeśli jest, czy może ona odpowiadać celom regulacji w Kodeksie karnym i Kodeksie postępowania karnego (por. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 98-99 i wskazane tam orzeczenia). Na wstępie takich poszukiwań dostrzec należy zasadniczą okoliczność. Pozostałe elementy (desygnaty definicji) wymienione w art. 115 § 11 k.k. są w swoim znaczeniu zakotwiczone w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (k.r.o.). Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy poszukiwać znaczenia zwrotu „wspólne pożycie” w tym kodeksie, skoro on właśnie określa pozostałe pojęcia, których użyto w art. 115 § 11 k.k. (M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 311). Pojęcie „wspólnego pożycia” w k.r.o. nie ma legalnej definicji, choć występuje tam w kilku przepisach, które dotyczą małżeństwa, określając jeden z najważniejszych obowiązków małżeńskich (art.: 16, 23, 28 § 1 i § 2, 29, 61<sup>1</sup>). Zwrot ten - w oderwaniu od instytucji małżeństwa - występuje także w innych ustawach, tak z szeroko rozumianego prawa cywilnego (np. art. 691 § 1 k.c., art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych – t.j. Dz.U. 2013, poz. 1222 ze zm.), jak i innych gałęzi prawa (np. art. 32 a § 7 pkt 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. - Prawo o ustroju sądów powszechnych – t.j. Dz. U. 2015, poz. 133 ze zm., art. 160 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi – t.j. Dz. U. 2014, poz. 94 ze zm., art. 71 h § 1 pkt 3 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie - t.j. Dz.U. 2014, poz. 164 ze zm., art. 22 e ust. 1 ustawy z dnia 11 maja 2001 r.

Prawo o miarach - t.j. Dz.U. 2013, poz. 1069 ze zm.) przy czym również tam ustawodawca go nie zdefiniował (brak definicji legalnej).

Stwierdzenie braku definicji legalnej wymaga sięgnięcia do dyrektywy języka prawniczego, a więc określenia, czy dane pojęcie lub zwrot ma ustalone znaczenie w języku prawniczym, bo wówczas znaczenie to ma pierwszeństwo przed znaczeniem tych zwrotów wynikającym ze słowników języka ogólnego i zbędne jest stosowanie innych reguł interpretacyjnych (por. np. uchwały SN: z dnia 24 maja 2005 r., I KZP 17/05, OSNKW 2005, nr 7-8, poz. 59; z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 10/08, OSNKW 2008, z. 8, poz. 53; M. Zieliński, Wykładnia..., s. 267-268, 285 oraz 314-315; L. Morawski, Zasady..., s. 99-100; J. Leszczyński, Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa, Kraków 2004, s. 160-161). Skoro termin prawny „wspólne pożycie” został użyty w uchwalonych w roku 1997 Kodeksie karnym oraz Kodeksie postępowania karnego, w pierwszej kolejności ustalić należy, czy w orzecznictwie sądowym oraz w doktrynie i w piśmiennictwie prawa karnego istniało w dacie uchwalenia obu tych kodeksów utrwalone i jednolite rozumienie tego zwrotu, do którego ustawodawca mógłby z założenia się odwołać tworząc definicję „osoby najbliższej” i wprowadzając do niej pojęcie „wspólne pożycie” (M. Zieliński, Wykładnia..., s. 285). Analizując ten kontekst podkreślić należy, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych wspólne pożycie rozumiano jako istnienie takich więzi i relacji jak przy małżeństwie, bez formalnego węzła małżeńskiego, a więc pożycie psychiczne, fizyczne, wspólnotę ekonomiczną i trwałość związku (np. wyroki Sądu Najwyższego z dni: 5 września 1973 r., IV KR 197/73, LEX nr 63773; 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSPiKA 1976, z. 10, s. 444 – 445; 13 sierpnia 1987 r., II KR 187/87, OSNKW 1988, z. 1, poz. 11). W tym samym nurcie, tj. zrównania zakresowego relacji pomiędzy małżonkami, a osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu pozostaje wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSNKW 1988, z. 9 -10, poz. 71, gdzie stwierdza się, że *„Przepisy kodeksu karnego rozciągają pojęcie osób najbliższych na osoby pozostające faktycznie we wspólnym pożyciu, czyli w tzw. konkubinacie. W ujęciu tym przez konkubinacę rozumieć należy współżycie analogiczne do małżeńskiego z tą różnicą, że pozbawione legalnego węzła. Oznacza to istnienie ogniska domowego charakteryzującego się duchową,*

*fizyczną i ekonomiczną więzią łączącą mężczyznę oraz kobietę.* O ile zatem w orzecznictwie Sądu Najwyższego „wspólne pożycie” rozumiano w istocie jednolicie, jako relacje, więzi takie jak w związku małżeńskim, przywołując najczęściej konkubinaty jako formę takich relacji (związek kobiety i mężczyzny żyjących tak jak w związku małżeńskim, ale bez jego sformalizowania), o tyle w piśmiennictwie jednolitości w tym zakresie nie było. Przeważał pogląd tożsamy z tym wyrażonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, ale były także inne stanowiska co do zakresu takich relacji. W sposób najszerzy opisali je: J. Majewski (J. Majewski, w: A. Zoll [red.], Kodeks karny, Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Warszawa 2012, s. 1393-1194), J. Giezek (J. Giezek [red.], Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 704-705), P. Daniluk (Wspólne pożycie..., s. 7-10) J. Haýduk – Hawrylak, S. Szałucha w: Wybrane..., s. 1005-1006) oraz A. Siostrzonek - Sergiel (Partnerzy w związkach homoseksualnych a „osoby najbliższe” w prawie karnym, P i P 2011, nr 4, s. 73-74). Wprawdzie w art. 120 § 5 k.k. z 1969 r. pojęcie to było określone jako pozostawanie „faktycznie” we wspólnym pożyciu, ale dodanie tego słowa nie miało znaczenia, skoro z natury rzeczy odnosi się do pewnego stanu faktycznego, a zatem nie można pozostawać we wspólnym pożyciu inaczej niż faktycznie (A. Wąsek, w: M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. II, Gdańsk 1999, s. 393). Nie było zatem żadnej dystynkcji pomiędzy tymi zwrotami na gruncie k.k. z 1969 r. oraz obecnego unormowania w art. 115 § 11 k.k. Brak jednolitości nie dotyczył wyłącznie kwestii płci, ale obejmował również charakter relacji interpersonalnych, nawet przy przyjęciu odmienności płci. W tym ostatnim zakresie trzeba przytoczyć stanowiska, że dla przyjęcia „wspólnego pożycia” wystarczy ustalić istnienie np. stałych stosunków seksualnych oraz prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego (A. Zoll, w: K. Buchała [red.], Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 508; tenże w: K. Buchała, A. Zoll., Kodeks karny. Część ogólna, 1998, s. 634), bądź tylko stałego pożycia seksualnego (J. Gajek, O pojęciu „faktycznego wspólnego pożycia” w prawie karnym, Palestra 1972, nr 3, s. 46), albo też wystarczająca jest więź psychiczna i gospodarcza (A. Szlęzak, Glosa, OSPiKA 1989, nr 4, s. 205-207). Konkludując tę część rozważań stwierdzić trzeba, że nie wydaje się zasadne zakończenie procesu

ustalania znaczenia tego pojęcia prawnego w oparciu o jego znaczenie w języku prawniczym z dziedziny prawa karnego, skoro w tym obszarze prawa istniały rozbieżności pomiędzy orzecznictwem a piśmiennictwem.

Uwaga ta nie kończy jednak etapu ustalania znaczenia zwrotu „wspólne pożycie” przy wykorzystaniu dyrektywy języka prawniczego. Wskazano już bowiem powyżej, że pozostałe desygnaty definicji „osoby najbliższej” są określone w prawie rodzinnym i odkodowanie tych pojęć w tym segmencie prawa cywilnego nie nasuwa większych kłopotów. Sposób skonstruowania przepisu art. 115 § 11 k.k., tj. umieszczenie zwrotu „wspólne pożycie” na końcu zdania, nie daje podstaw do uznania, że zwrot ten ma mieć na gruncie prawa karnego autonomiczne – odrębne od tego w k.r.o. – pojęcie. Podkreślić należy, że jest on zwrotem nieostrym i tym się różni od pojęć go poprzedzających. W przepisie art. 40 § 1 pkt 2 k.p.k. jest już on umiejscowiony obok małżonka. Podobnie występuje on w przepisie art. 560 § 1 k.p.k. Na ten aspekt także trzeba zwrócić uwagę w kontekście językowym, ale dopiero po ustaleniu, czy na gruncie k.r.o. określono w sposób jednolity znaczenie pojęcia „wspólne pożycie”. Od razu należy jednak zastrzec, że ustalanie znaczenia pojęcia „wspólnego pożycia” w tym segmencie prawa (prawo rodzinne) może dotyczyć tylko charakteru relacji definiujących ten prawny zwrot (chodzi o drugie zagadnienie prawne). W pierwszym obszarze przedstawionego zagadnienia prawnego (pierwsze pytanie) k.r.o. – jak już wskazano powyżej – wiąże „wspólne pożycie” tylko i wyłącznie z małżeństwem, a zatem ze związkiem mężczyzny i kobiety (art. 1 § 1 k.r.o.). Na gruncie k.r.o. (ustawa z dnia 25 lutego 1964 r.) dominował w momencie uchwalania k.k. i k.p.k. z 1997 r. w doktrynie i judykaturze pogląd, i obecnie stan ten nie uległ zmianie, że wspólne pożycie małżonków polega na duchowej (emocjonalnej), fizycznej (seksualnej) oraz gospodarczej (prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego) więzi, stanowiącej cel małżeństwa i umożliwiającej realizację jego podstawowych zadań (uchwała Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1955 r., I CO 5/56, OSNCK 1955, nr 3, poz. 46; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1973 r., III CZP 26/73, OSNCP 1974, nr 4, poz. 65; wyroki Sądu Najwyższego z dni: 14 grudnia 1984 r., III CRN 272/84, OSNCP 1985, nr 9, poz. 135; 27 września 1997 r., II CKN 329/97, Lex nr 12227829; np. S. Breyer, S. Gross, w: J. Ignatowicz [red.], Kodeks rodzinny i

opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 1966, s. 62; J. S. Piątkowski, w: J.S. Piątkowski [red.], System prawa rodzinnego i opiekuńczego. Część pierwsza, 1985, s. 232 - 233; S. Grzybowski, Prawo rodzinne. Zarys wykładu, Warszawa 1980, s. 70; J. Ignatowicz, Prawo rodzinne. Zarys wykładu, Warszawa 1996, s. 80-81; J. Ignatowicz, K. Piasecki, J. Pietrzykowski, J. Winiarz, Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem, Warszawa 1990, s. 121-122, tenże: Prawo rodzinne, Warszawa 1996, s. 93). Obecnie zresztą pojęcie to rozumiane jest w ten sam sposób (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 1999 r., III CKN 396/98, Lex nr 1217913; J. Winiarz, J. Gajda, Prawo rodzinne, Warszawa 2001, s. 86; A. Zieliński, Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie, Warszawa 2011, s. 62; M. Sychowicz, w: K. Piasecki [red.], H. Ciepla, B. Czech, T. Domińczyk, S. Kalus, M. Sychowicz, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, 2011, teza 13; G. Jędrejek, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Małżeństwo, Komentarz do art. 1-61, Lex el/2013, teza 6; T. Sokołowski, w: M. Andrzejewski, H. Dolecki, J. Haberko, A. Lutkiewicz-Rucińska, A. Olejniczak, T. Sokołowski, A. Sylwestrzak, A. Zielonacki, Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Warszawa 2013, s. 95; J. Gajda, w: K. Pietrzykowski [red.], Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2015, s. 211; T. Smyczyński, w: System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze. Tom 11 pod red. T. Smyczyńskiego, s. 219; W. Borysiuk, w: J. Wierciński [red.], Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2014, s. 221-222). Podkreślić jednak trzeba, że zgodność judykatury i doktryny nie dotyczy już rozumienia tego samego zwrotu, ujętego w treści art. 16 zdanie drugie k.r.o. Na tle tego przepisu (niemożność żądania unieważnienia małżeństwa, gdy małżonkowie podjęli wspólne pożycie) znaleźć można poglądy, iż termin ten ma węższe znaczenie i może być rozumiany jako samo współżycie płciowe albo sama wspólnota gospodarstwa domowego (por. A. Zielonacki, w: Andrzejewski M., Dolecki H., Haberko J., Lutkiewicz-Rucińska A., Olejniczak A., Sokołowski T., Sylwestrzak A., Zielonacki A., Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s.76-77; K. Pietrzykowski, w: K. Pietrzykowski [red.], Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s.187; J. Gajda, w: System prawa prywatnego..., 2014, s. 192; w opracowaniach tych wskazano poglądy innych autorów). Wyraźnie podkreśla się jednak, że to tylko na tle tego przepisu, zważywszy na jego cel i w związku z regułą *favor matrimonii*, taka zawężona interpretacja „wspólnego

pożycia” winna mieć miejsce (np. W. Borysiuk, w: J. Wierciński [red.], Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s. 181). Niezależnie jednak od niewielkiego zakresu normatywnego (jeden przepis), w którym pojęcie to ma inne znaczenie od tego, które wysłowione jest na tle pozostałych przepisów k.r.o. (zwłaszcza art. 23), okoliczność ta skutkuje niemożnością poprzestania jedynie na tym znaczeniu, które wypracowano dla tego pojęcia na gruncie art. 23 k.r.o., a zatem na więzi duchowej (emocjonalnej), gospodarczej (wspólne gospodarstwo domowe) oraz fizycznej (M. Zieliński, Wykładnia..., s. 285 i 315). Dodać należy, że obowiązek wspólnego pożycia nie wyczerpuje obowiązków małżeńskich, choć jest obowiązkiem podstawowym (art. 23 k.r.o. wymienia także obowiązek wzajemnej pomocy, wierności oraz współdziałania). Z tego powodu, kierując się zasadą zakazu wykładni homonimicznej, nie można zgodzić się co do tego, że rozumienie tego zwrotu w k.r.o. jest jednolite i konsekwentne (odmiennie: P. Daniluk, Wspólne..., s. 12-14). Nie oznacza to, że takie pojmowanie tego zwrotu, dominujące na tle regulacji zawartych w k.r.o., nie będzie miało żadnego wpływu na końcowy rezultat procesu odkodowania znaczenia tego zwrotu ujętego w art. 115 § 11 k.k. Odwołanie się do tak ustalonego sensu może jednak nastąpić po przeprowadzeniu dalszych rozważań z wykorzystaniem dyrektyw języka ogólnego, a następnie zastosowaniu reguł wykładni systemowej oraz funkcjonalnej.

W języku ogólnym „pożycie” rozumie się w dwóch znaczeniach, tj. jako wspólne życie z kimś, przestawanie z kimś, oraz jako obcowanie fizyczne dwojga ludzi (por. S. Dubisz [red.], Uniwersalny słownik języka polskiego. tom 3, Warszawa 2003, s. 828; E. Sobol [red.], Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 2002, s. 739; M. Szymczak [red.], Słownik języka polskiego, tom drugi L-P, Warszawa 1979, s. 895; J. Bralczyk [red.], Słownik 100 tysięcy potrzebnych słów, Warszawa 2008, s. 625). Trzeba przyznać, że na gruncie wykładni językowej żadne z tych znaczeń *a priori* nie może być eliminowane. Trzeba zatem ustalić sens interpretowanego zwrotu na gruncie kontekstu językowego, a w jego ramach należy uwzględnić kontekst najbliższy, obejmujący sąsiednie wyrazy, zdania powiązane z tym zwrotem, oraz osadzenie danego przepisu w jednostce systematyzacyjnej (M. Zieliński, Wykładnia..., s. 317, reguła 19). W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na to, jak ten zwrot jest umiejscowiony w Kodeksie karnym (art. 115 § 11) i

w Kodeksie postępowania karnego (art. 40 § 1 pkt 2, art. 40 § 2 oraz art. 560 § 1). Wspomniano już na wstępie, że umieszczenie tego pojęcia na końcu przepisu art. 115 § 11 k.k. wskazuje, po pierwsze, że jest to normatywnie określenie różne (odmienne) od małżeństwa, a po drugie, iż ma inny charakter (jest zwrotem nieostrym - por. M. Zieliński, Wykładnia..., s. 167) niż pozostałe elementy definicji, które mają w prawie rodzinnym jasne znaczenia. Z kolei w przepisie art. 40 § 1 pkt 2 k.p.k. pozostawanie we wspólnym pożyciu ze stroną, pokrzywdzonym albo ich pełnomocnikami lub przedstawicielem ustawowym umieszczono – jako powód wyłączenia z urzędu sędziego – obok bycia małżonkiem tych osób. Dopiero w pkt 3 tego przepisu ujęto – pod tą samą sankcją wyłączenia – relację sędziego do krewnych, powinowatych, osób związanych węzłem przysposobienia, opieki i kurateli, a więc do osób, których związki są związkami natury formalnej (wynikają z zapisów prawa), a nie faktycznej (tak jak wspólne pożycie). Tożsamy układ stylizacji jest w art. 40 § 2 k.p.k. i w art. 560 § 1 k.p.k. („*małżonek i osoba pozostająca ze skazanym we wspólnym pożyciu*”). Taka redakcja tych przepisów nie jest przypadkowa. Posługując się zatem kontekstem językowym, ale i dostrzegając umiejscowienie tego zwrotu w tej samej jednostce redakcyjnej, w której ujęto małżonka (*argumentum a rubrica*) można stwierdzić, że **na gruncie prawa karnego (materialnego oraz procesowego) zwrot „wspólne pożycie” ujmowany jest w konsekwencjach prawnych na równi do małżeństwa i relacji określających ten związek**. Zaistnienie pomiędzy określonymi osobami sytuacji faktycznej określonej zwrotem „wspólne pożycie” jest w prawie procesowym klasyfikowane – z uwagi na skutki – tak samo, co wystąpienie pomiędzy takimi osobami formalnego węzła małżeńskiego. Co więcej, wniosek ten potwierdza także ujęcie dopiero w kolejnym punkcie (pkt 3) przepisu art. 40 § 1 k.p.k. krewnych, powinowatych, osób związanych węzłem przysposobienia, opieki lub kurateli. W takim układzie nie można przyjąć, aby także w kontekście językowym można było uznać, iż ustawodawca zadekretował w tym zwrocie, że o równości z małżeństwem - w tożsamy skutkach procesowych, które przecież oba te stany wywołują - decyduje tylko odbywanie stosunków seksualnych albo tylko wspólne prowadzenie gospodarstwa domowego, bez jakichkolwiek innych więzi (np. mieszkanie w wynajętym mieszkaniu przez parę znajomych, dokonywanie wspólnych zakupów



wyposażenia do mieszkania i artykułów żywnościowych, równe partycypowanie w innych obowiązkach z tym zamieszkiwaniem związanych – por. szerzej w tym zakresie A. Michalska – Warias, w: T. Bojarski [red.], Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012, s. 250). Wskazać trzeba, że zwolennicy uznania, iż dla wspólnego pożycia kluczowe jest prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego dodają – choć w formule: „jak się zdaje” – także określoną więź psychiczną, nie tłumacząc wszakże dlaczego ten rodzaj więzi winien dodatkowo wystąpić (J. Majewski, w: A. Zoll [red.], Kodeks karny..., s. 1395). Można jednak znaleźć także poglądy wskazujące, że oba słownikowe znaczenia słowa „pożycie” winny być wzięte razem przy ustaleniu znaczenia zwrotu „wspólne pożycie” (A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny..., s. 634), choć inni autorzy tworzenie koniunkcji obu tych słownikowych znaczeń wykluczają w kontekście wykładni językowej (J. Majewski, w: A. Zoll [red.], Kodeks karny..., s. 1394, teza 27). Ta ostatnia teza jest co najmniej kontrowersyjna, skoro w teorii wykładni prawa na gruncie reguł kontekstowych nie wyklucza się przyjęcia kilku znaczeń słownikowych (M. Zieliński, Wykładnia..., s. 255).

Z tych wszystkich powodów nie można zaakceptować twierdzenia zawartego we wniosku Pierwszego Prezesa, jakoby umiejscowienie tego zwrotu w art. 115 § 11 k.k. wskazywało na to, że „wspólne pożycie” ma odrębny rodzajowo charakter od tych więzi, które określają małżeństwo (czyli od triady więzi: psychicznej, gospodarczej i fizycznej).

Już w tym miejscu zasygnalizować należy także inny aspekt problemu, ten wynikający z zastosowania dyrektyw wykładni systemowej. Wspomniano już, że pojęcie „wspólnego pożycia” ma takie samo znaczenie w k.k. co w k.p.k.; w obu aktach prawnych tworzy ono także pojęcie „osoby najbliższej”. Szersze wywody odnośnie do tej relacji zostaną przedstawione w dalszej części uzasadnienia w odniesieniu do pierwszego zagadnienia prawnego. W tej części zwrócić należy jednak uwagę na istotną i wymowną od strony logicznej relację jaka zachodzi pomiędzy przepisami art. 182 § 1 k.p.k. oraz art. 185 k.p.k. Osoba najbliższa dla oskarżonego ma prawo do odmowy zeznań (art. 182 § 1 k.p.k.). Taką osobą jest także osoba pozostająca z oskarżonym we wspólnym pożyciu (art. 115 § 11 k.k.). Jest to uprawnienie bezwzględne (niezależne od decyzji sądu), o ile stosowne

oświadczenie zostanie złożone w terminie (art. 186 § 1 k.p.k.). Natomiast osoba będąca w **szczególnie bliskim stosunku osobistym** do oskarżonego może zostać zwolniona od złożenia zeznań lub odpowiedzi na pytania (art. 185 k.p.k.). Z zestawienia obu tych pojęć i zakresu procesowych uprawnień można wyprowadzić wniosek, że **pojęcie „wspólnego pożycia” musi być pojęciem szerszym niż pojęcie „szczególnie bliskiego stosunku osobistego”**, skoro osobie pozostającej we wspólnym pożyciu przyznano daleko szersze uprawnienie. Szczególnie bliski stosunek osobisty jest przecież rozumiany jako silna więź emocjonalna lub uczuciowa (por. T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2014, s. 650; P. Hofmański [red.], E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz, 1999, s. 709). Można zatem na tle obu tych regulacji wyprowadzić wniosek, że „wspólne pożycie” to coś więcej niż tylko więź emocjonalna lub uczuciowa; musi być to zatem relacja wzbogacona o inne, dodatkowe, elementy. Te zaś wynikają ze słownikowego jego znaczenia (wspólne życie z kimś, obcowanie fizyczne), i jak już wskazano, nie ma żadnych powodów, aby obu tych znaczeń nie łączyć z więzią emocjonalną. Bez więzi emocjonalnej nie jest możliwe wspólne życie z kimś; to właśnie ta więź jest podstawą dla pozostałych (A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Poznań 1980, s. 19).

W ramach dyrektyw systemowych odnieść należy się także do tego, jak pojęcie „wspólne pożycie” jest rozumiane w innych gałęziach prawa. W Kodeksie cywilnym zwrot ten występuje w art. 691 § 1 k.c. Przepis ten określa prawo osoby pozostającej z najemcą faktycznie we wspólnym pożyciu do wstąpienia w stosunek najmu lokalu. Na gruncie tego przepisu „wspólne pożycie” jest interpretowane jako pozostawanie w relacjach takich jak małżeńskie (uchwały Sądu Najwyższego z dnia: 21 maja 2002 r., III CZP 26/02, OSNC 2003, z. 2, poz. 20 - wskazano w niej: *„użyty w art. 691 k.c. termin <<faktyczne wspólne pożycie>> oznacza tylko relację, która może istnieć pomiędzy osobami pozostającymi w stosunkach takich, jakie charakteryzują małżonków”*; 20 listopada 2009 r., III CZP 99/2009, OSNC 2010, nr 5, poz. 74), a relacje te określone zostały co do zasady jako więź psychiczna (uczuciowa), fizyczna i gospodarcza z najemcą; osoby pozostające w takiej relacji mogą być osobami tej samej płci (uchwała SN z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP

65/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 57). W uchwale III CZP 65/12 wskazano, że przepis art. 691 § 1 k.c. *„Był wielokrotnie nowelizowany, a w latach 1994-2001 pozostawał poza kodeksem, stanowiąc normę wypełniającą art. 8 ustawy z dnia 12 listopada 1994 r. o najmie lokali i dodatkach mieszkaniowych (Dz.U. Nr 105, poz. 509 ze zm.), przewidującą, że w razie śmierci najemcy, w stosunek najmu lokalu wstępowali jego zstępni, wstępni, pełnoletnie rodzeństwo oraz osoba, która pozostawała z nim we wspólnym pożyciu małżeńskim – podkr. SN w składzie poszerzonym).* Zaakcentowano w uzasadnieniu uchwały, że stylizując przepis art. 691 § 1 k.c. w opisie normatywnym wspólnego pożycia z najemcą, ustawodawca pominął przymiotnik "małżeńskie", precyzujący charakter i cechy tego pożycia. W literaturze prawniczej (por. P. Daniluk, Wspólne..., s. 13) trafnie wskazuje się i przytacza, z odesłaniem do stosownych wypowiedzi w piśmiennictwie, tożsame rozumienie relacji wchodzących w zakres pojęcia „wspólne pożycie” na gruncie innych dziedzin prawa, tj. np. w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz. U. 2014, poz. 518 ze zm. – art. 4 pkt 13), w ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz. U. 2012, poz. 159 ze zm.- por. D. Karkowska, Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, wyd. II, teza 2 – gdzie uznano, że może chodzić także o osoby tej samej płci), czy też w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. 2014, poz. 94 ze zm.). W tej ostatniej ustawie, tak jak w art. 37a § 7 pkt 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz. U. 2015, poz. 133 ze zm.), osobę pozostającą we wspólnym pożyciu ujęto w tej samej jednostce redakcyjnej co osoby będące małżonkami.

Reasumując stwierdzić należy, że w systemie prawa (także w prawie karnym) dominuje pogląd, iż wspólne pożycie to faktyczna relacja pomiędzy dwoma osobami oparta na istnieniu takich samych więzi, jak te, które określane są na gruncie art. 23 k.r.o., czyli więzi duchowe (emocjonalne, uczuciowe), gospodarcze (prowadzenie wspólnego gospodarstwa) oraz fizyczne. Co do zasady więzi te winny występować jednocześnie, tak jak w przypadku małżeństwa. Również tak jak w przypadku małżeństwa, brak określonych więzi, jeśli taka sytuacja jest usprawiedliwiona, nie może dowodzić rozpadu małżeństwa czy nieistnienia wspólnego pożycia. Mogą się bowiem zdarzyć sytuacje, gdy utrzymywanie więzi

fizycznej nie będzie możliwe na skutek np. choroby, inwalidztwa, podeszłego wieku, zaś więź gospodarcza (prowadzenie wspólnego gospodarstwa) zostanie na jakiś czas zerwana w efekcie wyjazdu np. w poszukiwaniu pracy (por. W. Borysiuk, w: J. Wierciński [red.], Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s. 222 - 223, tezy od 19-23; J. Gajda, w: K. Pietrzykowski [red.], Kodeks rodzinny i opiekuńczy..., s. 211; P. Daniluk, Wspólne ..., s. 18 i cyt. tam literatura). Jest oczywiste, że jeśli pozostałe więzi są zachowane, to nie ma powodów do twierdzenia o rozpadzie małżeństwa, czy o braku „wspólnego pożycia”. Wymaga to jednak każdorazowo wnikliwego ustalenia tych okoliczności i ich oceny przez organ procesowy. W ocenie Sądu Najwyższego w składzie poszerzonym, pojęcie to, w ramach spójności systemu prawa w warstwie terminologicznej, winno być wykładane w ten sam sposób na gruncie art. 115 § 11 k.k. Jak opisano to powyżej, stanowisko takie na gruncie k.k. z 1969 r. oraz k.p.k. z 1969 r. było jednolite w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz dominowało w doktrynie i piśmiennictwie karnym; przeważa ono również obecnie, co trafnie wskazano w uzasadnieniu wniosku. Przypomnieć należy, że tak określone relacje (triada więzi) można odnieść do obu językowych znaczeń tego zwrotu (kontekst językowy), zakładając, iż wspólne życie (bycie) z kimś łączy się z istnieniem pozytywnych więzi emocjonalnych (uczuciowych), które niewątpliwie stanowią bazę dla innych więzi. Trafnie wskazuje się również, że terminologiczna i pojęciowa spójność w ramach systemu prawa jest niezwykle istotna, albowiem stanowi wyraz realizacji zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa; obywatel ma bowiem prawo zakładać, że to samo pojęcie funkcjonujące w różnych ustawach (szerzej: gałęziach prawa) winno być – o ile nie ma wyraźnych sygnałów autonomiczności – rozumiane w ten sam sposób (P. Daniluk, Wspólne..., s. 16). Odnieść należy się także do tego, czy więzi te mają mieć charakter trwały, jak postuluje to w swoim stanowisku prokurator. Cecha trwałości charakteryzuje małżeństwo, bowiem więzi występujące w małżeństwie mają mieć – z ustawowego założenia – dożgonny charakter. Taka cecha tej relacji nie wynika z językowego znaczenia interpretowanego zwrotu. Podkreślić jednak trzeba, że z woli ustawodawcy osoby, które są połączone więzami duchowymi, fizycznymi oraz gospodarczymi – także gdy nie są w związku małżeńskim – są dla siebie „osobami najbliższymi”, tak jak małżonkowie, czy krewni lub powinowaci.

Bycie osobą najbliższą w takim układzie faktycznym musi się wiązać z określonym stopniem stabilizacji (trwałości) tych relacji, a nie ich okazjonalnością czy przypadkowością, bądź też ich zawiązaniem tylko w celach procesowych (tak np. J. Giezek, w: J. Giezek [red.], Kodeks karny..., s. 705; A. Marek, Kodeks karny, Warszawa 2010, s. 316; R. Góral, Kodeks karny, wydanie IV, s. 206; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2015 r., IV KO 98/14; odmiennie P. Daniluk, Wspólne..., s. 20). Wydaje się, że właśnie istotą ustalenia istnienia wspólnego pożycia musi być wykazanie, iż te więzi trwały i trwają w określonym czasie, który wykluczy ich okazjonalność lub przypadkowość.

Weryfikując rezultaty wykładni wskazanego pojęcia przy użyciu dyrektyw językowych i systemowych nie sposób uznać, że przeczy takiemu rozumieniu zwrotu „wspólne pożycie” zastosowanie dyrektyw funkcjonalnych (celowościowych). Trafnie wskazuje w swoim stanowisku prokurator, że nie widać żadnych racji, aby pojęcie to, także jako element definiujący określenie „osoba najbliższa”, rozumieć w inny sposób. Podkreślić należy, że pojęcie to jest znamieniem czynów zabronionych (np. art. 190 § 1 k.k., art. 190a § 1 k.k., art. 207 § 1 k.k., art. 209 § 1 k.k.), co skutkuje koniecznością dochowania reguły zakazu wykładni rozszerzającej (*lex stricta*) oraz potrzebą określoności czynu zabronionego (*lex certa*). W kontekście tej ostatniej reguły nie sposób zaprzeczyć, że taki sposób rozumienia zwrotu „wspólne pożycie” ma większą funkcję gwarancyjną niż te, które sformułowano w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2015 r., IV KO 98/14 lub w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2013 r., III KK 268/12. Także na gruncie procedury karnej, która zawiera szereg regulacji odnoszących się do osób najbliższych (np. wykonywanie praw zmarłego pokrzywdzonego lub oskarżyciela posiłkowego - art. 52 § 1, art. 58 § 1; prawo do odmowy składania zeznań – art. 182 § 1; anonimizacja danych świadków – art. 184 § 1) wykonywanie tych unormowań przez osoby powiązane takimi – jak ustalono – więzami nie niesie za sobą żadnych dysfunkcji w zakresie wykonywania uprawnień procesowych, czy też ochrony od dylematu związanego z konfliktem uczuciowym pokrzywdzonego lub świadka w odniesieniu do osoby najbliższej. Trafnie podkreśla się, że od strony aksjologicznej więzy tożsame co w relacjach rodzinnych mogą wystąpić przecież także pomiędzy innymi osobami, a wówczas i one winny być

objęte stosownymi gwarancjami (P. Rogoziński, Dopuszczalność i zakres badania przez organ procesowy istnienia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania, *Ius Novum* 2014, nr. 1, s. 120).

III. Rozstrzygnięcie przedstawionego zagadnienia prawnego w aspekcie płci osób pozostających we wspólnym pożyciu trzeba zacząć od stwierdzenia, że pojęcie to w treści art. 115 § 11 k.k. nie zostało dookreślone w sposób, który wskazywałby na to, iż obejmuje ono tylko relację osób różnej płci (związek heteroseksualny). Na takie znaczenie nie wskazuje również kontekst tego zwrotu na gruncie języka ogólnego (znaczenie tego zwrotu w słownikach języka polskiego omówione zostało w pkt II). Również tej sfery relacji nie ujmuje znaczenie tego pojęcia w języku prawniczym. W tym ostatnim znaczeniu chodzi bowiem jedynie o przedmiotowy charakter więzi (relacji) interpersonalnych (por. szeroko na temat „wspólnego pożycia” jako tylko jednego z obowiązków małżeńskich: M. Płachta, O prawie odmowy zeznań osoby najbliższej, *P i P* 1988, nr. 10, s. 69 – 70). Faktem społecznym znanym od wielu lat jest przecież to, że istnieją związki osób tej samej płci charakteryzujące się jednoczesnym występowaniem trzech elementów, tj. więzi duchowej (emocjonalnej), fizycznej i gospodarczej (prowadzenia wspólnego gospodarstwa – zob. M. Nazar, Konkubinat a małżeństwo – wybrane zagadnienia, w: M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz, *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, Toruń 2008, s. 221-222). Ten fakt społeczny znany był tak w dacie uchwalenia Kodeksów karnych w 1969 r., jak i w roku 1997 r. W systemie prawa można znaleźć ustawy, których treść wskazuje, że gdy ustawodawca chce takie rozróżnienie co do płci osób pozostających w nieformalnych relacjach wprowadzić, to używa zwrotu „pozostawanie we wspólnym pożyciu małżeńskim” (zob. np. art. 15 ust. 3 ustawy z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego, *Dz.U.* 2013, poz. 255; art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 1994 r. o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych – *Dz.U.* Nr 105, poz. 509 ze zm.). Co więcej, w projektach Kodeksu karnego z 1963 r. i 1968 r. w definicji najbliższego ujęto, obok małżonka, osobę pozostającą w faktycznej wspólnocie małżeńskiej (P. Daniluk, *Wspólne...*, s. 22; M. Płachta, *O prawie...*, s. 68-69), co przecież wyraźnie

wskazywało, iż krąg takich osób ograniczono do osób płci odmiennej, skoro wspólnota małżeńska w ówczesnym stanie prawnym definiowana była jako związek kobiety i mężczyzny (art. 1 § 1 k.r.o.). W obecnym stanie prawnym pojęcie małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety jest - obok k.r.o. - ujęte w art. 18 Konstytucji RP. Nie stało zatem nic na przeszkodzie, by w treści art. 115 § 11 k.k. do zwrotu „we wspólnym pożyciu” dodać słowo „małżeńskim”. Wówczas nie byłoby wątpliwości, że osoby pozostające w takiej relacji muszą być odmiennej płci, a zatem chodziłoby wówczas w istocie o związek kobiety i mężczyzny analogiczny jak małżeństwo, aczkolwiek niesformalizowany węzłem małżeńskim (co do sporów o pojęcie konkubinatu jako związku mężczyzny i kobiety por. np. – A. Siostrzonek – Sergiel, Partnerzy..., s. 75 i wskazane tam orzecznictwo). Skoro zatem na płaszczyźnie językowej ustawodawca konstruując w art. 115 § 11 k.k. definicję osoby najbliższej i obejmując nią osoby pozostające we wspólnym pożyciu nie dookreślił, że chodzi o relacje tylko pomiędzy kobietą a mężczyzną, to również stosownie do dyrektywy *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* takiego rozróżnienia nie można wprowadzać w drodze interpretacji (R. Krajewski, Osoba ..., s. 112). Już z tych powodów na gruncie k.k. z 1969 r., jak i k.k. z 1997 r. w piśmiennictwie z zakresu prawa karnego wyrażane były stanowiska, że pozostawanie we wspólnym pożyciu należy odnosić także do związków osób tej samej płci (por. np. J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 206; A. Marek, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna., Warszawa 1999, s. 306; M. Płachta, O prawie..., s. 69; J. Majewski, w: A. Zoll [red.], Kodeks karny..., s. 1395; A. Siostrzonek – Sergiel, Partnerzy..., s.76). Konkludując powyższe rozważania zauważyć należy, że na gruncie wykładni językowej nie można stwierdzić, aby pozostawanie we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. było możliwe tylko w odniesieniu do osób odmiennej płci.

Ten rezultat wykładni językowej musi zostać jednak sprawdzony (zweryfikowany) w drodze pozostałych dyrektyw wykładni, tj. systemowej oraz funkcjonalnej. W pierwszej kolejności odwołać się trzeba do unormowania zawartego w Konstytucji, tj. art. 18. Przepis ten określa małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety, który pozostaje pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej

Polskiej. W zakresie tego unormowania Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że: „*jedyny element normatywny, dający się odkodować z art. 18 Konstytucji, to ustalenie heteroseksualności małżeństwa...*” (wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., SK 10/08, OTK-A 2010/9/99). Przepis ten nakazuje natomiast podejmowanie przez państwo takich działań, które umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 maja 2005 r., K 16/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 51). Zatem przepis ten nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że mogą istnieć związki homoseksualne i w żaden sposób nie zakazuje istnienia przepisów, które chroniłoby majątkowe i niemajątkowe interesy osób pozostających w takiej relacji. Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że uznanie za stosunek bliskości w prawie karnym wspólnego pożycia homoseksualnego w kontekście przyznania określonych uprawnień procesowych (np. prawo do odmowy składania zeznań, wstąpienie w prawa osoby zmarłej, czy też złożenie wniosku o ściganie przestępstw względnie wnioskowych) nie godzi w małżeństwo, rodzinę lub rodzicielstwo (por. P. Daniluk, Wspólne..., s. 21). Trzeba też odwołać się do art. 32 Konstytucji RP. Z przepisu art. 32 ust. 1 wynika nakaz traktowania każdego człowieka w równy sposób przez władze publiczne, zaś ustęp drugi zakazuje dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym. Kolejny przepis Konstytucji RP (art. 33) określa zasadę równości prawa kobiety i mężczyzny w życiu rodzinnym, politycznym, **społecznym** i gospodarczym. Naruszeniem tej zasady byłoby wywodzenie, że tylko odmienność płci osób pozostających we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. daje określone prawa procesowe np. wstąpienie w prawa strony procesu (np. art. 52 § 1 k.p.k., art. 58 § 1 k.k.), odmowę złożenia zeznań (art. 182 § 1 k.p.k.), złożenie prośby o ułaskawienie (art. 560 § 1 k.p.k.) lub wniosku o wznowienie postępowania (art. 542 § 2 k.p.k.), możliwość odmowy ścigania przy przestępstwach względnie wnioskowych (np. art. 157 § 4 i 5 k.k., art. 278 § 4 k.k., i in.). Trzeba też mieć na uwadze, że określenie „osoba najbliższa” stanowi znamię niektórych przestępstw (art. 190 § 1 k.k., art. 190a § 1 k.k., art. 207 § 1 k.k.; także art. 209 § 1 k.k.). Gdyby to określenie, w zakresie dotyczącym osób pozostających we wspólnym pożyciu (jako elementu pojęcia osoby najbliższej), odnosić tylko do osób innej płci niż pokrzywdzony w typach czynów określonych w



art. 190 § 1 k.k., art. 190a § 1 k.k., to oznaczałoby, że ochronie w tych przepisach nie podlegają pokrzywdzeni tymi czynami, tylko dlatego, iż czynności wykonawcze tych przestępstw (groźby, nękanie) realizowane były do osób tej samej płci co pokrzywdzeni, pomimo tego, że łączyły te osoby te same relacje (więź emocjonalna, fizyczna, gospodarcza), co partnerów w związkach heteroseksualnych. Z kolei, sprawca czynu karalnego o znamionach z art. 207 § 1 k.k. nie ponosiłby odpowiedzialności karnej, gdyby podejmował czynności wykonawcze znęcania w stosunku do osoby tej samej płci (z kolei ta osoba nie miałaby ochrony), z którą łączyły go więzi emocjonalne, fizyczne i gospodarcze, a nie istniałyby inne okoliczności warunkujące odpowiedzialność karną wskazane w tym przepisie (stosunek zależności, nieporadność ze względu na stan psychiczny lub fizyczny, małoletniość). Gdyby zatem zawarty w definicji „osoby najbliższej” z art. 115 § 11 k.k. zwrot „pozostawanie we wspólnym pożyciu” rozumieć tylko jako określoną relację pomiędzy osobami płci odmiennej (kobieta, mężczyzna), to oznaczałoby, że wbrew zasadom wskazanym w art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 47 Konstytucji RP, nie podlegają ochronie w przepisach prawa karnego te osoby, które pozostają w tożsamej relacji z osobami tej samej płci. Nie widać żadnej przesłanki, aby na gruncie prawa konstytucyjnego akceptować takie zróżnicowanie (nierówność) ochrony prawnej (szerzej por. P. Daniluk, Wspólne..., s. 22-23 i wskazane tam piśmiennictwo do art. 32 Konstytucji RP; P. Rogoziński, Dopuszczalność..., s.121). Z powyższego wynika, że uznanie w oparciu o reguły wykładni językowej, iż odmienność płci nie jest warunkiem pozostawania we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. pozostaje w zgodzie z Konstytucją RP. W kontekście zaś spójności systemu prawnego istotne jest, że interpretacja ta jest także dominująca w prawie cywilnym, na tle art. 691 k.c. Przepis ten ma tożsamą treść (zwrot „wspólne pożycie” - tożsamy co w k.k. uzupełniono jedynie o słowo „faktycznie”, które jednak – jak wskazano to powyżej – nie ma znaczenia w procesie ustalania jego rozumienia). W uchwale SN z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 57 przyjęto bowiem, że „osobą faktycznie pozostającą we wspólnym pożyciu z najemcą - w rozumieniu art. 691 § 1 k.c. - jest osoba połączona z najemcą więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą; **także osoba tej samej płci**”. W uzasadnieniu tej uchwały

podkreślono, że ustalenie takie było również efektem uzupełniającego znaczenia wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPCz) z dnia 2 marca 2010 r., nr 13102/02, Kozak przeciwko Polsce, Lex nr 560824, w którym podkreślono, że orientacja seksualna jako jedna z najbardziej intymnych części życia prywatnego jest chroniona przez art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.). ETPCz wskazał w tym wyroku (§ 92), że: *„Orientacja seksualna jest pojęciem objętym art. 14. Co więcej, jeżeli dane różnicowanie odnosi się do tej intymnej i wrażliwej sfery życia prywatnego jednostki, szczególnie ważne powody muszą być podniesione przed Trybunałem dla uzasadnienia zaskarżonych środków. Jeżeli różnica traktowania opiera się o względy takie jak płeć czy orientacja seksualna, margines swobody oceny zapewniony Państwu jest wąski, i w sytuacjach takich zasada proporcjonalności nie wymaga jedynie, by wybrany środek był generalnie odpowiedni do realizacji danego celu, ale musi również zostać wykazane, że był on konieczny w danych okolicznościach. Jeżeli zatem powody przedstawione jako uzasadnienie różnicy w traktowaniu były oparte wyłącznie na orientacji seksualnej skarżącego, oznacza to dyskryminację w świetle Konwencji (zobacz E.B., cytowany powyżej, §§ 91 i 93; S.L., cytowany powyżej, § 37, ECHR 2003-I; Smith i Grady, cytowany powyżej, §§ 89 i 94; oraz Karner, cytowany powyżej, §§ 37 i 41).”* Dalej zaś podkreślił, iż: *„Zachowanie równowagi pomiędzy ochroną tradycyjnej rodziny a prawami mniejszości seksualnych zagwarantowanymi przez Konwencję stanowi, z natury rzeczy, trudne i delikatne zadanie, które może wymagać od Państwa pogodzenia sprzecznych opinii i interesów postrzeganych przez dane strony, jako pozostające w zasadniczej opozycji. Niemniej jednak, uwzględniając wąski margines swobody Państwa w ocenie przyjęcia środków, które skutkują różnicowaniem na podstawie orientacji seksualnej (zobacz punkt 92 powyżej), blankietowe wyłączenie osób pozostających w związku homoseksualnym z możliwości wstępowania w stosunek najmu nie może być uznane przez Trybunał za konieczne dla ochrony rodziny postrzeganej w sposób tradycyjny (zobacz Karner, cytowany powyżej, § 41).”*

Oczywiście wyrok ETPCz nie ma wprost zastosowania do przepisu art. 115 § 11 k.k. jednak trudno nie zauważyć, że na gruncie prawa karnego nie ma żadnych

widocznych racji, aby twierdzić, iż takie zróżnicowanie w zależności od płci jest celowe i uzasadnione (szeroko na ten temat A. Siostrzonek – Sergiel, Partnerzy..., s. 79-82). Nie ma w tym aspekcie istotnego znaczenia to, że przepisy art. 207 § 1 i 209 § 1 k.k. zawierające określenie „osoba najbliższa” umieszczono w rozdziale XXVI Kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece”. Przecież w najszerszym zakresie pojęcie to odnosi się do relacji rodzinnych (małżonek, rodzeństwo, itp.); niejednokrotnie zaś niektóre typy przestępstw umieszcza się w określonym rozdziale pomimo, że przedmiotem ochrony nie jest określone dobro (np. art. 201 k.k., art. 208 k.k., art. 300 § 1 k.k.). Stosując z kolei wykładnię funkcjonalną trzeba na wstępie podkreślić, że z uzasadnienia projektu Kodeksu karnego z 1997 r. nie sposób odczytać jakichkolwiek pomocnych w tym zakresie wskazówek (Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 174). Wyraźnie natomiast wynika, że wprowadzenie względnie wnioskowego trybu ścigania określonych przestępstw (jeśli sprawcą jest osoba najbliższa), jak też przyznanie osobom najbliższym prawa do odmowy składania zeznań (art. 182 § 1 k.p.k.), stanowi ustawowy wyraz prymatu ważnego interesu prywatnego nad interesem publicznym rozumianym jako potrzeba ukarania sprawcy przestępstwa. Ten ważny interes prywatny to ochrona świata przeżyć duchowych i konfliktów uczuciowych pokrzywdzonego oraz świadka, które to związane są z istnieniem określonych więzi, przeważnie więzi natury rodzinnej. Jednak jak już wskazano, związki homoseksualne są zjawiskiem społecznym, a trudno zaprzeczyć, iż mogą one cechować się więzami o tożsamym charakterze co nieformalne związki heteroseksualne. Oczywiście jest, że także w związkach homoseksualnych istnieją te same przeżycia i związki uczuciowe oraz emocjonalne co w związkach heteroseksualnych. Nie ma żadnych powodów, aby w sytuacjach konfliktu z unormowaniami prawa karnego nie były one chronione tak jak przy związkach heteroseksualnych. Trafnie przy tym wskazuje się, że tak określona ochrona związków homoseksualnych w prawie karnym nie godzi w pojęcie rodziny (A. Siostrzonek – Sergiel, Partnerzy..., s.78-79). Mając na względzie powyższe uwagi podnieść trzeba, że wynikające z wykładni językowej stwierdzenie, iż odmiennosc płci nie ma żadnego znaczenia dla istnienia faktycznej relacji

określonej w treści art. 115 § 11 k.k. jako „pozostawanie we wspólnym pożyciu”, znalazło potwierdzenie także na gruncie wykładni funkcjonalnej.

Konkludując powyższe rozważania, stwierdzić należy, że **zawarty w art. 115 § 11 k.k. zwrot „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” określa osobę, która pozostaje z inną osobą w takiej relacji faktycznej, w której pomiędzy nimi istnieją jednocześnie więzi duchowe (emocjonalne), fizyczne oraz gospodarcze (wspólne gospodarstwo domowe). Ustalenie istnienia takiej relacji, tj. „pozostawania we wspólnym pożyciu”, jest możliwe także wtedy, gdy brak określonego rodzaju więzi jest obiektywnie usprawiedliwiony. Odmienność płci osób pozostających w takiej relacji nie jest warunkiem uznania ich za pozostających we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.**

Z tych wszystkich powodów orzeczono jak w uchwale.