

Bartłomiej Baran  
Uniwersytet Warszawski

## GŁOSA KRYTYCZNA DO UCHWAŁY SKŁADU 7 SĘDZIÓW SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 25 LUTEGO 2016 R. (I KZP 20/15)

### 1. PROBLEM PRAWNY I SENTENCJA

Artykuł 115 § 11 k.k.<sup>1</sup> przedstawia definicję pojęcia „osoba najbliższa”, której elementem jest „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”. Wątpliwości wzbudza jednakże sposób rozumienia stanu określanego mianem „wspólnego pożycia”. Szczególnie zastanawiająca jest tutaj kwestia, czy zawierają się w nim również relacje zwane związkami jednopłciowymi. Ważki czynnik stanowi ponadto sformułowanie zestawu niezbędnych warunków, dzięki którym zaistnieniu można w ogóle mówić o zainicjowaniu niniejszego „pożycia”.

W związku z powyższymi obiekcjami I Prezes Sądu Najwyższego Małgorzata Gersdorf 13 listopada 2015 r. wystosowała pytanie do Sądu Najwyższego, prosząc o ustosunkowanie się do nakreślonej wyżej rozbieżności w wykładni prawa. Tym samym sędziowie zostali skonfrontowani z następującą problematyką:

1. „Czy odmienność płci jest warunkiem pozostawania we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.?”<sup>2</sup>;

2. „Jakiego rodzaju więzi charakteryzują stan wspólnego pożycia w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.?”<sup>3</sup>.

Sentencja wraz z uzasadnieniem uchwały „siódemkowej” z 25 lutego 2016 r., wydanej przy jednym tylko *votum separatum*, wykazały, że cecha różnicy płci osób pozostających w wyżej wymienionej relacji nie jest wcale nieodzownym elementem określenia ich za pozostających we wspólnym pożyciu. Jednocześnie podniesiono wymóg istnienia zarazem więzi fizycznych, duchowych (tj. emocjonalnych), a także gospodarczych (tzn. prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego). Co istotne, w przypadku gdy deficyt danego rodzaju więzi byłby

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2204).

<sup>2</sup> Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, OSP 2017, nr 4, poz 32.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

z obiektywnych względów usprawiedliwiony, również wówczas można by mówić o uformowaniu się tejże relacji.

## 2. DOTYCHCZASOWY STAN PRAWNY I ORZECZNICTWO

Termin „wspólne pożycie”, użyty w Kodeksie karnym z 1997 r., nie jest bynajmniej debiutującym polskim konstruktem prawnym, a jego historia sięga znacznie wcześniej.

Początków można doszukiwać się już w art. 6 konwencji dotyczącej uregulowania kolizyj ustawodawstw i jurysdykcji w zakresie rozvodu i rozłączenia co do stołu i łoża, podpisanej w Hadze dnia 12 czerwca 1902 r.<sup>4</sup> (pisownia oryginalna), do której Rzeczpospolita Polska przystąpiła 27 lat później. Dotyczy on jednej z możliwości „spowodowania ustania wspólnego pożycia”, które to „pożycie” co do zasady może się skończyć „rozводом lub rozłączeniem co do stołu i łoża”. Ostatnie historyczne określenie, znane już w średniowieczu, a zaimplementowane w prawie małżeńskim w Królestwie Polskim w 1836 r.<sup>5</sup>, dobitnie podkreśla wymiar wspólnoty fizycznej i gospodarczej, jaka powinna łączyć tę formę relacji. Wyliczenie to oczywiście nie wydaje się być wyczerpujące. Co więcej, cała tematyka traktatu dotyczy „małżonków”, co wynika *explicite* z wielu przepisów dokumentu. Brakuje tam, co prawda, definicji legalnej tego pojęcia, jednakże mając na uwadze wykładnię teleologiczną oraz historyczną aktu normatywnego, jasnym pozostaje, że zgodnie z tradycyjnym ujęciem odnosi się ono wyłącznie do zalegalizowanych form związków heteroseksualnych.

Kodeks Makarewicz z 1932 r.<sup>6</sup>, definiując w art. 91 § 1 określenie „najbliższy”, wymieniał w definicji zakresowej m.in. „małżonka”, nie wspominając jednak nic o jego substytutach. Kodeks karny z 1969 r.<sup>7</sup> wprowadził już dodatkowo w art. 120 § 5 konstrukcję znaną z przepisów współczesnych, tj. „osobę pozostającą faktycznie we wspólnym pożyciu”. Ponad wszelką wątpliwość intencją ówczesnego ustawodawcy było unormowanie w tym określeniu wyłącznie konkubinatów heteroseksualnych, na co wskazuje cytowane w dalszej części orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 12 listopada 1975 r., V KR 203/75<sup>8</sup>, oparte

<sup>4</sup> Oświadczenie Rządowe z dnia 14 września 1929 r. w sprawie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do konwencji, dotyczącej uregulowania kolizyj ustawodawstw i jurysdykcji w zakresie rozvodu i rozłączenia co do stołu i łoża, podpisanej w Hadze dnia 12 czerwca 1902 r. (Dz.U. z 1929 r., nr 80, poz. 595).

<sup>5</sup> Prawo o małżeństwie z 1836 r., art. 62.

<sup>6</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 60, poz. 571, z późn. zm.).

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 13, poz. 94, z późn. zm.).

<sup>8</sup> OSP 1976, nr 10, poz. 187.

na wykładni językowej tamtejszego kodeksu. Kodeks z 1997 r. powielił przepis zawarty w dotychczasowej kodyfikacji, usuwając jedynie zbyteczne dookreślenie „faktycznie”. Dzięki temu wskazany sposób interpretacji Sąd Najwyższy podtrzymał postanowieniem z 7 lipca 2004 r., II KK 176/04<sup>9</sup>. Zaznaczył wówczas w tezie, iż „pojęcie «wspólne pożycie» odnoszone jest wyłącznie do konkubinatu, a w szczególności do związku osób o różnej płci, odpowiadającego od strony faktycznej stosunkowi małżeństwa (którym w myśl art. 18 Konstytucji jest wyłącznie związek osób różnej płci)”. Jednocześnie – jak słusznie wskazuje w uzasadnieniu tytułowej uchwały Sąd Najwyższy – na gruncie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 1964 r.<sup>10</sup> (dalej: k.r.o.) w chwili uchwalania kodeksów: karnego oraz postępowania karnego z 1997 r.<sup>11</sup> (dalej: k.p.k.) w doktrynie oraz judykaturze<sup>12</sup> dominantę stanowiło podejście, iż wspólne pożycie małżonków polega na triadzie duchowej (emocjonalnej), fizycznej (seksualnej) oraz gospodarczej (prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego) więzi, zakładającej cel małżeństwa i umożliwiającej realizację jego fundamentalnych zadań. Przez długi czas jednak kwalifikowanie na gruncie cywilistycznym „wspólnego pożycia” do związków mających charakter małżeństwa wynikało z wielokrotnego orzecznictwa Sądu Najwyższego – m.in. w latach 30. i 40. XX w.<sup>13</sup>.

Dopiero w wyroku Izby Karnej Sądu Najwyższego z 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, nastąpił wyraźniejszy powiew liberalizacji, mający swoje implikacje w różnych gałęziach prawa. Założył on, iż w przypadku spełnienia enumeratywnie określonych kryteriów (tj. „wspólnego pożycia psychicznego i fizycznego, wspólnoty ekonomicznej i trwałości związku”) „pomiędzy dwiema osobami płci odmiennej zachodzi taki związek, który od związku małżeńskiego różni się tylko brakiem prawnej legalizacji faktycznego związku małżeńskiego”<sup>14</sup>. Od tego momentu w orzecznictwie do kategorii „wspólnego pożycia” zaczęto kwalifikować również dwupłciowe konkubinaty, opierając uzasadnienie na przesłankach opisanego stanu faktycznego, co znalazło swój wyraz w licznych judykatach Sądu Najwyższego czy jednym z wyroków Sądu Apelacyjnego w Krakowie<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> LEX nr 121668.

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. nr 9, poz. 59).

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555).

<sup>12</sup> Uchwała Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 28 maja 1955 r., I CO 5/56, niepubl., uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1973 r., III CZP 26/73, OSNC 1974, nr 4, poz. 65, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 1984 r., III CRN 272/84, OSNC 1985, nr 9, poz. 135.

<sup>13</sup> Orzeczenia Sądu Najwyższego Izby Cywilnej: z dnia 13 marca 1935 r., I C 2111/34, OSN(C) 1936, nr 1, poz. 5, z dnia 18 grudnia 1935 r., C I 2435/35, niepubl., z dnia 27 sierpnia 1936 r., I C 451/36, OSN(C) 1937, nr 8, poz. 278 oraz z dnia 25 lipca 1946 r., C III 383/46, OSN(C) 1947, nr 1, poz. 30.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 71, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 1997 r., II AKa 226/97, LEX nr 33331, uchwały Sądu Najwyższego: z dnia 21 maja 2002 r., III CZP 26/02, OSNC 2003, nr 2, poz. 20, oraz z dnia 20 listopada 2009 r., III CZP 99/09, OSNC 2010, nr 5, poz. 74.

W 2007 r. naczelny organ władzy sądowniczej w Polsce stwierdził jednak mimo wszystko *expressis verbis*<sup>16</sup>, że „wypracowane w doktrynie i orzecznictwie pojęcie konkubinatu traktuje odmienność płci konkubentów jako jedną z jego cech istotnych”, zaś „przeciw objęciu pojęciem konkubinatu wspólnot osób tej samej płci, zorganizowanych na wzór związków heteroseksualnych, przemawia ugruntowana tradycja, także językowa”<sup>17</sup>, a także „ujmowanie cech wspólnot konkubentkich w nawiązaniu do modelu wspólnot małżeńskich, a więc dotyczących wyłącznie związków osób różnej płci”<sup>18</sup>.

Przemodelowanie wieloletniej linii orzeczniczej w odniesieniu do wymogu różnicy płci nastąpiło dopiero niespodziewanie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12<sup>19</sup>, gdzie podniesiono, iż „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”<sup>20</sup>. Tym samym związek osób tej samej płci został *de facto* uznany na gruncie wyżej wymienionego przepisu za równoważny konkubinatu. W ten sposób elementarnie odrzucono permanentną dotychczas tradycję językową, analogię do wspólnot małżeńskich oraz odwołanie do aksjologii wynikającej z art. 18 Konstytucji RP<sup>21</sup>. Niewątpliwie uchwała Sądu Najwyższego stanowiła egzemplifikację wykładni dynamicznej, dostosowującej się do następujących zmian społecznych i obyczajowych. Budzi ona jednak poważne wątpliwości, mając na uwadze potencjalne możliwości redefiniowania pojęcia „małżeństwa” w odniesieniu do faktu nawiązywania konstrukcji konkubinatu do wspólnot małżeńskich. Jak słusznie zauważa bowiem Bolesław Banaszekiewicz „słowo «rodzina» pochodzi od słowa «rodzić» i nie przypadkiem za rodzinę uważa się rodziców i ich dzieci (choć nie zawsze się to udaje). Nie mają więc – i z samego założenia nie mogą mieć – tych samych cech małżeństwo i związek osób tej samej płci”<sup>22</sup>.

### 3. MERYTORYCZNA OCENA UCHWAŁY

W kierunku zbliżonego systemu wartości co wyżej wymieniona uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12, należy oriento-

<sup>16</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2007 r., IV CSK 301/07, OSNC 2009, nr 2, poz. 29.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> OSNC 2013, nr 5, poz. 57.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483, ze sprost. i z późn. zm.

<sup>22</sup> B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. *O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3, s. 625.

wać przedmiotową sentencję uchwały, stanowiącą *clou* niniejszego opracowania. Wskazuje ona bowiem w uzasadnieniu na socjologiczne ujęcie związków homoseksualnych jako „zjawiska społecznego”. Sąd Najwyższy stwierdza dalej, iż „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”<sup>23</sup>. W ten sposób postawiony zostaje *explicite* nieuzasadniony znak równości pomiędzy związkami jedno- i dwupłciowymi. O ile możliwe jest istnienie podobnych więzi gospodarczych oraz do pewnego stopnia duchowych (niewyczerpujących jednakże znamion więzi między kobietą a mężczyzną), o tyle istnienie więzi fizycznej w przypadku związków heteroseksualnych nosi wymiar prokreacyjny, co o związku homoseksualnym trudno powiedzieć. Ten właśnie aspekt jest szczególnie znamieny z punktu widzenia społeczeństwa, które uposaża pary w stosowne prawa i uprawnienia, mając na uwadze szczególne zadania i cele, jakie stoją przed małżeństwami. Cytowany już B. Banaszekiewicz dalej konstatuje, mówiąc o celu małżeństwa, jakim jest założenie rodziny oraz należyte wychowanie dzieci: „właśnie to i nic innego zawsze było, jest i będzie powodem wyjątkowości instytucji małżeństwa, a zarazem powodem preferowania tej instytucji w stosunku do innych typów stosunków międzyludzkich”<sup>24</sup>. Wszak „zawarcie związku być może wiele znaczy dla obu partnerów, ale dla państwa znaczy niewiele”<sup>25</sup>.

Zwrócenia uwagi wymaga również fakt, że podnoszenie uprawnień właściwym małżeństwom ze względu na ich społecznie użyteczną funkcję do innych związków faktycznych może być traktowane jedynie jako wyjątek. To odstępstwo – jak już zostało zauważone – miało miejsce na przełomie lat 60. i 70. XX w. Charakterystyczne pozostaje, że było ono skorelowane czasowo z rewolucją seksualną, dyskredytującą sens instytucji małżeństwa i postulującą oparcie związków na spontanicznych relacjach. Już wówczas zatem mogło być umotywowane wyłącznie krótkowzroczną chęcią odzwierciedlenia sytuacji zastanej. Dalsze rozszerzanie tegoż wyjątku również na związki jedнопłciowe stanowi naruszenie podstawowej dyrektywy interpretacyjnej – *exceptio non sunt extendae*. Jednocześnie stawia ono pod znakiem zapytania racjonalność uchwalodawcy, który z pozycji władzy sądowniczej wciela się niejako w kostium ustawodawcy i próbuje na nowo opisywać rzeczywistość, dokonując tzw. twórczej wykładni. Istnieje uzasadniona obawa, że w tym przypadku swoiste *limes* aktywizmu sędziowskiego zostało znacznie przekroczone, mając na uwadze, że nie była spełniona tutaj przesłanka naruszenia przez przepisy prawne w ewidentny sposób

<sup>23</sup> Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, pkt III.

<sup>24</sup> B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”..., s. 625.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

„elementarnych wymogów sprawiedliwości lub racjonalności”<sup>26</sup>. Trudno bowiem uznać za takowe wskazywane w uzasadnieniu konstytucyjne: zakaz dyskryminacji<sup>27</sup> i zasadę równości prawa kobiety i mężczyzny<sup>28</sup> w świetle istnienia art. 18 determinującego *sui generis* normę szczególniejszą o specjalnej doniosłości priorytetowego relatywnie przedmiotu ochrony.

Wspólne pożycie – jak określa to art. 23 k.r.o. – jest jednym z obowiązków małżonków. Wskazuje to na zakwalifikowanie tego rodzaju relacji interpersonalnych do kategorii małżeństwa. Jednocześnie rola tychże została podkreślona przez fakt, iż w przypadku podjęcia przez małżonków wspólnego pożycia nie jest możliwe żądanie unieważnienia małżeństwa zawartego przez pełnomocnika. Tym samym wydaje się, że wspomniany akt normatywny wiąże powyższe wyrażenie wyłącznie immanentnie z instytucją małżeństwa, nie wspominając ani słowem o innych jego substytutach. Stanowi to istotny sygnał do uznania, iż ustawodawca zarezerwował niniejsze sformułowanie jedynie dla określonej sformalizowanej grupy związków, a zarazem dobitnie wskazuje na jego kierunek preferencji, w którym powinna iść interpretacja i *analogia iuris*.

Jak zostało to już dowiedzione, za relację o analogicznym charakterze nie sposób uznać związków jednopłciowych ze względu na różnice o podstawowym zakresie co do realizowanej misji społecznej. Według wykładni Sądu Najwyższego wspólne pożycie nie determinuje *per se* więzi rodzinnych, co znajduje jedynie fragmentaryczne odbicie w zarysowanych wyżej rozważaniach. Karykaturalną formę przybiera jednak w momencie możliwości istnienia braku określonego rodzaju więzi w sposób niezmienny w niczym charakteru relacji, o ile deficyt ten jest „obiektywnie usprawiedliwiony”<sup>29</sup>. Rezultatem takiego założenia jest konkluzja, że do istnienia wspólnego pożycia nie jest niezbędna zatem stałość związku. Relacja taka więc – w mojej ocenie – przestaje być związkiem, zważając, że słowo to pochodzi od czasownika „związać”. Chyba że odwołamy się wyłącznie do pickwickowskiego sensu, w którym nawet oksymoron w postaci „otwartego związku” jest mimo wszystko ciągle jakimś związkiem. Abstrahując jednakże od tej dygresji, założona w uzasadnieniu uchwały ścieżka rozumowania pozwala w niezwykle sprężysty semantycznie sposób interpretować pojęcie „wspólnego pożycia” oraz go z premedytacją nadużywać również na innych obszarach prawa.

Innymi słowy, przedmiotowa uchwała, przyjmując konstrukcję „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu” o niezwykle szerokiej konotacji, obciążyla ją zarazem – niepożądaną z punktu widzenia transparentności stosowania prawa – nieostrością. Zaburza ona zaufanie obywateli do fundamentalnej w polskim

<sup>26</sup> M. Dębiński, R. Pelewicz, T. Rakoczy (red.), *Dyskrecjonalna władza sędziego. Zagadnienia teorii i praktyki*, Tarnobrzeg 2012, s. 10.

<sup>27</sup> Por. art. 32 ust. 2 Konstytucji RP.

<sup>28</sup> Por. art. 33 Konstytucji RP.

<sup>29</sup> Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15.

ustroju konstytucyjnym zasady pewności prawa<sup>30</sup>. Nie pozwala bowiem stwierdzić, jak dalece będzie można podciągać interpretację tego pojęcia, mając na uwadze brak konieczności spełnienia uważanych dotychczas za koniunkcyjną triadę przesłanek wspólnego pożycia. Śmiało można bowiem zakładać, że idąc dalej tym duchem myślenia, wkrótce naturalna niemożność realizacji funkcji prokreacyjnej w związku jednopłciowym będzie – zgodnie z nomenklaturą Sądu Najwyższego – uważana za „obiektywnie usprawiedliwioną”. Niezrozumienie budzi tym samym wykładnia sądowa, niezakładająca kategorii przewidywalności, nieodzownej do uznania stosowania prawa za pewne<sup>31</sup>. Jednocześnie stoi ona w jaskrawej sprzeczności z postulatem jasności, tj. zrozumiałości sformułowań, stanowiącym ogniwo wewnętrznej moralności prawa sformułowanej przez Lona Luvoisa Fullera<sup>32</sup>.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego wpisuje się, co warto zauważyć, w szerszy nurt prób sądowych reinterpretacji zasadniczych pojęć z zakresu prawa rodzinnego, które to zostały zainicjowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. Zaledwie dwa dni przed wydaniem rzeczony uchwały zapadł we Francji wyrok w sprawie *Pajić v. Chorwacja*<sup>33</sup>, w którym uznano, że pojęcie „rodzina” nie odnosi się wyłącznie do relacji opartych na małżeństwie, a stabilność ani nawet wspólne pożycie nie są warunkami koniecznymi związku jednopłciowego. Tym samym europejski kraj wezwano do zmian w prawie. Z kolei w orzeczeniu z 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf v. Austria*<sup>34</sup> Trybunał ustalił, że w stosunku do osób pozostających w jednopłciowym związku także stosuje się określenie „życie rodzinne”. Podobną emanację zawierają w sobie wyroki w sprawach *Oliari i inni v. Włochy*<sup>35</sup> oraz *Vallianatos i inni v. Grecja*<sup>36</sup> promujące skrajnie szerokie rozumienie „życia rodzinnego”, a także rozciągające je w tym drugim przypadku m.in. na osoby, które utrzymują stałe relacje homo-

<sup>30</sup> Wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 2 marca 1993 r., K 9/92, OTK 1993, nr 1, poz. 6; 24 maja 1994 r., K 1/94, OTK 1994, nr 1, poz. 10; 14 czerwca 2000 r., P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138; 19 marca 2007 r., K 47/05, Dz.U. z 2007 r., nr 57, poz. 390, oraz 18 grudnia 2008 r., K 19/07, OTK-A 2008, nr 10, poz. 182.

<sup>31</sup> Por.: J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Warszawa 1973, rozdz. IV; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. Treatise on Legal Justification*, Dordrecht–Boston–Lancaster–Tokyo 1987, s. 166–170; T. Zieliński, *Pewność prawna w stosunkach prawa pracy*, „Studia Prawnicze” 1988, nr 3, s. 6; L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2001, s. 49.

<sup>32</sup> L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 27–38.

<sup>33</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Pajić v. Chorwacja* z dnia 23 lutego 2016 r., 68453/13, LEX nr 1982222.

<sup>34</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Schalk i Kopf v. Austria* z dnia 24 czerwca 2010 r., 30141/04, LEX nr 584459.

<sup>35</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Oliari i inni v. Włochy* z dnia 21 lipca 2015 r., 18766/11, 36030/11, LEX nr 1757403.

<sup>36</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Vallianatos i inni v. Grecja* z dnia 7 listopada 2013 r., 29381/09, 32684/09, LEX nr 1383329.

seksualne, nawet jeśli mieszkają osobno. Wskazuje to tym samym na wektor, w którym zdają się podążać rodzimi sędziowie oraz który to może stać się bodźcem do kolejnych dezyderatów wysuwanych przez organizacje międzynarodowe względem państwa polskiego.

Zarazem Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały odwołuje się do stanowiska Prokuratury Generalnej. Wyrażenie „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” – jej zdaniem – jest jednoznaczne na gruncie wykładni językowej. W przypadku natomiast interpretacji systemowej czy funkcjonalnej pojęcie to, występujące w wielu gałęziach prawa, z reguły jest również wykładane poprzez nawiązanie do znaczenia dominującego w prawie rodzinnym, tj. wspólnoty fizycznej, duchowej i gospodarczej. Na tej też podstawie Sąd Najwyższy dokonał implikacji, że określenie to może dotyczyć – także w prawie karnym – również osób tej samej płci. Tym samym sformułowana w ten sposób dowolność w odniesieniu do płci ma, w ocenie sędziów, swoje podglebie w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego. Przywołane zostają tutaj dwa wyroki mające stanowić egzemplifikację, a może wręcz *implicite* nawet wymóg stanowiska europejskiej judykatury. Jak się jednakże okazuje, oba te orzeczenia dotyczą w swojej problematyce orientacji seksualnej w kontekście prawa do prywatności, a nie zasięgu semantycznego prawa rodzinnego czy eksplikacji „wspólnego pożycia”.

Pierwsze z orzeczeń w sprawie *Karner v. Austria*<sup>37</sup> dotyczyło wstąpienia w stosunek najmu po zmarłym partnerze, a odmowa sądu austriackiego stanowiła – zdaniem Trybunału – dyskryminację ze względu na orientację seksualną. Nie jest wykluczone, że polscy sędziowie zdecydowali się tutaj na swoistą wędrówkę po linii najmniejszego oporu, redukując problem do refleksji, iż brak dookreślenia jednolitości płci na poziomie „wspólnego pożycia” może być w przyszłości zakwestionowane jako dyskryminujące. Czym innym są jednak czynności o charakterze cywilno-gospodarczym, akcentowane również w drugim przytaczanym orzeczeniu *Kozak v. Polska*<sup>38</sup> przy okoliczności dziedziczenia mieszkania komunalnego po zmarłym partnerze homoseksualnym, a czym innym próba utrwalenia w kulturze językowej modyfikacji znaczeniowej o bardzo złożonych tego konsekwencjach. Co prawda, w sprawie *Kozak v. Polska* Trybunał prowadził rozwlekłe dywagacje na temat stosowania terminu „wspólne pożycie” i różnicowania związków heteroseksualnych i homoseksualnych w odniesieniu do wstępowania w stosunek najmu po śmierci partnera, zakładając jednakże, iż „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”<sup>39</sup>. Jawnie klóci się to

<sup>37</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Karner v. Austria* z dnia 24 lipca 2003 r., 40016/98, LEX nr 80318.

<sup>38</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Kozak v. Polska* z dnia 2 marca 2010 r., 13102/02, LEX nr 560824.

<sup>39</sup> *Ibidem*.



z argumentacją przedstawianą w innych miejscach tej glosy. Rozszerzanie pojęcia „wspólne pożycie” na związki nieheteronormatywne trudno oznaczać jako dyskryminujące, również na tle licznych głosów doktryny prawa karnego<sup>40</sup>, uznających je za domenę konkubinatów męsko-damskich. Kwestia ustalenia ewentualnego zaistnienia dyskryminacji sprowadza się bowiem do sprofilowania problemu poprzez odpowiedź na pytanie, czy w tym przypadku dochodzi do szczególnego rodzaju kwalifikowanego nierównego traktowania ze względu na określoną cechę sztywną? Mając na uwadze, że możliwe jest pełne wartościowanie tego problemu i w kontekście przedstawionego już całego anturazu tej sprawy, o ile w ogóle można tutaj dostrzec jakiegokolwiek nierówne traktowanie, o tyle za wątpliwe należy uznać, by mogła tu zaistnieć odmiana kwalifikowana, a więc dyskryminacja. Tym samym powoływanie się w tym miejscu przez Sąd Najwyższy na wskazane orzeczenia strasburskie wydaje się niecelowe.

Za równie niepokojący na powyższej kanwie należy uznać swoisty efekt domina polegający na uzasadnianiu kontrowersyjnych wyroków poprzednimi – równie wątpliwymi – judykacyjnymi epizodami. W przypadku omawianej uchwały takowy proces został już zainicjowany wskutek orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 września 2016 r., II OSK 2982/14<sup>41</sup>, powołującego się w uzasadnieniu na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15. Uchyła ono decyzję ministra właściwego do spraw wewnętrznych<sup>42</sup>, wyrażając ocenę, iż wieloletni – w tym niezinstytucjonalizowany prawnie – związek osób tej samej płci może świadczyć o stanowiących warunek nieodzowny nabycia nieruchomości przez cudzoziemca związkach z Polską. Odrącono tym samym spostrzeżenie, że relacja partnerska niekoniecznie odznacza się poważnymi i realnymi więziami z krajem pochodzenia partnera, stanowiąc bardziej kategorię o charakterze subiektywnym.

Przełamanie dotychczasowej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego wydaje się równie nietrafione także na podstawie dorobku Trybunału Konstytucyjnego. Uwydatniał on, że „celem regulacji konstytucyjnych odnoszących się do statusu rodziny jest bowiem nałożenie na państwo, a zwłaszcza na ustawodawcę, obowiązku podejmowania takich działań, które «umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi

<sup>40</sup> Por. M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006, s. 232; S. Zimoch, *Osoba najbliższa w prawie karnym*, „Nowe Prawo” 1971, nr 9, s. 1303; M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 317; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 186; K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1997, s. 187; T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2001, s. 475; K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 406.

<sup>41</sup> LEX nr 2167531.

<sup>42</sup> Decyzja Ministra Spraw Wewnętrznych nr 298/13 z 26 lipca 2013 r.

oraz między małżonkami»<sup>43</sup>. W orzeczeniu z dnia 4 września 2007 r., P 19/07<sup>44</sup>, określał z kolei, że „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”<sup>45</sup>. Tym samym należy stwierdzić, że uchwała Sądu Najwyższego została podjęta wbrew zapatrywaniom wyrażanym przez polski sąd konstytucyjny na podstawie analizy intencji ustrojodawcy.

Na koniec należy dokładniej pochylić się także nad reperkusjami, jakie mogą stać się pokłosiem rozumienia art. 115 § 11 k.k. w sposób proponowany przez Sąd Najwyższy. Wskazany przepis stanowi element rozdziału XIV pt. Objasnienia wyrażeń ustawowych, formułując definicję legalną pojęcia „osoba najbliższa”. Definiendum to wraz ze sprzężonym definiensem obowiązuje we wszystkich aktach normatywnych w systemie prawa polskiego przewidujących odpowiedzialność karną, w tym w Kodeksie postępowania karnego, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej<sup>46</sup>. Na gruncie przyjętej wykładni karkołomne staje się precyzyjne określenie, komu przysługują uprawnienia przewidziane w prawie karnym, prawie karnym procesowym czy nawet prawie karnym wykonawczym dla osoby najbliższej. W rezultacie powstaje wielopłaszczyznowy pretekst do nadużywania m.in. odmowy zeznań (art. 182 § 1 k.p.k.), uchylania się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić osobę dla świadka najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe (art. 183 § 1 k.p.k.), niestosowania do najbliższych osoby składającej wnioski o ściganie niektórych tylko sprawców obowiązku ścigania obejmującego również inne osoby, których czyny pozostają w ścisłym związku z czynem osoby wskazanej we wniosku (art. 12 § 2 k.p.k.), wykonywania praw, które przysługiwałyby pokrzywdzonemu w razie jego śmierci (art. 52 § 1 k.p.k.), czy choćby wstępowania w prawa zmarłego w razie śmierci oskarżyciela prywatnego (art. 61 § 1 k.p.k.). Może to potencjalnie prowadzić do kwestionowania normalnego funkcjonowania instytucji procesowych, utrudniając pracę organom wymiaru sprawiedliwości poprzez usiłowania kunktatorstwa czy wręcz w skrajnych przypadkach uniemożliwiania dotarcia do prawdy materialnej. W konsekwencji może to także stanowić przyczynek do nadszarpnięcia respektowania przez państwo zasady sprawiedliwości oraz funkcji represyjnej na gruncie prawnokarnym. Krytyczny stosunek ustawodawcy do utrudniania śledztwa wyraża wszak art. 239 § 1 k.k. W tym zaś przypadku Sąd Najwyższy sam funduje pośrednio sądownictwu

<sup>43</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08, OTK-A 2011, nr 3, poz. 22, pkt III.4.

<sup>44</sup> OTK-A 2007, nr 8, poz. 94, pkt 6.3.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Por. m.in. D. Tarkowska, *Udział osoby najbliższej w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12, s. 127.

w Polsce dyrektywy interpretacyjne mogące prowadzić do zbieżnych skutków prawnoprocesowych.

#### 4. TEZA KOŃCOWA

Puentując, należy raz jeszcze krótko i zwięźle zaakcentować dezintegrujący wpływ, jaki polskiemu orzecznictwu i doktrynie prawa może przynieść uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15.

Odrzucanie spetryfikowanej przez lata myśli rodzimej judykatury w pogoni za inklinacjami postmodernizmu, zdegradowanie roli i misji społecznej rodziny, trudne do zrozumienia stosowanie wyjątku prawnego ponad potrzebę, groteskowe na gruncie wskazywanego przykładu ujęcie możliwości „obiektywnego usprawiedliwienia” niedoboru komponentów więzi, objaśnianie pojęcia w ryzykownie mglisty i nieprzejrzysty sposób, jawna konfrontacja z dorobkiem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w pełni oddaje ducha, w jakim wypada ustosunkować się do przedmiotowej sentencji.

#### BIBLIOGRAFIA

- Aarnio A., *The Rational as Reasonable. Treatise on Legal Justification*, Dordrecht–Boston–Lancaster–Tokyo 1987
- Banaszkiewicz B., „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. *O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3
- Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2005
- Boratyńska K., Górski A., Sakowicz A., Ważny A., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2007
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006
- Dębiński M., Pelewicz R., Rakoczy T. (red.), *Dyskrecjonalna władza sędziego. Zagadnienia teorii i praktyki*, Tarnobrzeg 2012
- Fuller L. L., *Moralność prawa*, Warszawa 2004
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2001
- Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008
- Leszczyński L., *Zagadnienia teorii stosowania prawa. Doktryna i tezy orzecznictwa*, Kraków 2001
- Marszał K., *Proces karny*, Katowice 1997
- Tarkowska D., *Udział osoby najbliższej w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12
- Wróblewski J., *Wartości a decyzja sądowa*, Warszawa 1973, rozdz. IV
- Zieliński T., *Pewność prawna w stosunkach prawa pracy*, „Studia Prawnicze” 1988, nr 3
- Zimoch S., *Osoba najbliższa w prawie karnym*, „Nowe Prawo” 1971, nr 9

## **CRITICAL GLOSS TO THE RESOLUTION OF 7 JUDGES OF THE SUPREME COURT OF 25TH FEBRUARY 2016 (I KZP 20/15)**

### **Summary**

The Supreme Court's resolution of 25 February 2016 states that the statutory term „person in cohabitation” permits the absence of gender difference, extending in practice new civil and criminal-procedural rights of homosexual couples. It also points to physical, spiritual and economic ties between partners, but if one of them is objectively justified, it does not change the nature of a relationship at all. This is the same field for numerous abuses. Resolution breaks as a consequence with the dominant and long-established case law and opinion of doctrine, degrading role and social mission of the family. As a result of the broad and inconsistent interpretation of notion as well incompatibility with argumentation of the Constitutional Tribunal the use of term for specific situations can cause a number of interpretational doubts and deepen legal chaos.

### **KEYWORDS**

cohabitation, the nearest person, marriage, concubinage, type of ties, homosexual couples

### **SŁOWA KLUCZOWE**

wspólne pożycie, osoba najbliższa, małżeństwo, konkubinat, rodzaj więzi, związek jednopłciowy