

Józef Gajek

O pojęciu "faktycznego wspólnego pożycia" w prawie karnym

Palestra 16/3(171), 40-47

1972

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

puszkę myśli, dawali logiczną charakterystykę wszystkich czynników, jakie decydująco weszły w grę w danym wypadku.

Zdarza się, że w małych kwestiach brzmią echa wielkich spraw. Wydaje się, że także dość partykularne zagadnienie niskich pobudek przestępstwa łączy się ze sprawą kultury życia prawniczego: z odchodzeniem od pojęć, których wypowiedzenie nic sędziego nie kosztuje, a przechodzeniem do pojęć, które zmuszają go do wyczerpującego uzasadniania, dlaczego tak ukarał, jak ukarał.

DWUGŁOS

1.

JÓZEF GAJEK

○ pojęciu „faktycznego wspólnego pożycia” w prawie karnym

Autor podejmuje próbę bliższego określenia pojęcia „faktycznego wspólnego pożycia” w kodeksie karnym. Jest on zwolennikiem rozszerzającego ujęcia związków faktycznych, tak by obejmowały one nie tylko konkubentów, ale również inne osoby powiązane węzłem wspólnego ogniska domowego (np. wychowawców w stosunkach wiejskich).

I. Nowa kodyfikacja karna definitywnie rozstrzygnęła dyskusyjny ongiś problem prawa odmowy zeznań przez osobę pozostającą w konkubinacie. Artykuł 94 k.p.k. z 1928 r. nie wymieniał wśród osób uprawnionych do odmowy zeznań członka konkubinatu, jednakże poczynając od końca lat pięćdziesiątych orzecznictwo rozszerzyło uprawnienia odmowy zeznań również na te osoby.¹ Nowy kierunek orzecznictwa spotkał się w zasadzie z aprobatą doktryny.² Jeszcze w poprzednim okresie sporadycznie rozlegały się głosy postulujące takie właśnie rozwiązanie *de lege ferenda*.³

¹ Por. uchwałę SN z dnia 8.X.1959 r. VI KO 88/59 (OSN GP 11/1959; PIP 4—5/1960; NP 2/1960; PiŻ 23/1959; „Służba MO” 3/1960) oraz wyrok SN z dnia 25.VI.1968 r. III KR 33/68 (OSN GP 11/1968; „Służba MO” 4/1969).

² Por. notkę M. Rajzmana do uchwały SN z dnia 8.X.1959 r. VI KO 88/59 (NP 2/1960, s. 300) oraz omówienie tejże uchwały w „Ławniku Ludowym” (2/1960, s. 31). Por. też E. Prętki: Zakazy ustawowe prowadzenia dowodu z zeznań świadków, BMS 6/1963, s. 48. Odmienny pogląd reprezentuje M. Siewierski: Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego (PIP 12/1969, s. 1015) oraz S. Kalinowski, M. Siewierski: Kodeks postępowania karnego — Komentarz, Warszawa 1966, s. 187.

³ J. Rożek: Czy członek konkubinatu ma prawo odmówić zeznań, BMS 9/1959, s. 36.

Odpowiednikiem art. 94 k.p.k. z 1928 r. jest w nowym kodeksie postępowania karnego przepis art. 165, który zastrzega prawo odmowy zeznań dla osoby najbliższej dla oskarżonego. Ustawową definicję osoby najbliższej zawiera art. 120 § 5 k.k. stwierdzający, że osobą taką jest małżonek, wstępny, zstępny, brat lub siostra, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia, wreszcie osoba pozostająca faktycznie we wspólnym pożyciu (podkreślenie moje — J.G.). O ile jednak wszystkie człony definicji osoby najbliższej w § 5 art. 120 k.k. mają swe dokładne określenie w prawie rodzinnym, o tyle sformułowanie: „osoba pozostająca faktycznie we wspólnym pożyciu” jest pojęciem wymagającym dopiero sprecyzowania przez doktrynę i orzecznictwo.

W jedynej spośród monografii na ten temat K. Łojewski wyraził pogląd, że kryteria pozwalające na ocenę konkretnego związku jako odpowiadającego pojęciu zawartemu w § 5 art. 120 k.k. powinny być ustalone możliwie jak najbardziej precyzyjnie, w przeciwnym bowiem razie praktyka nie ustrzeże się przed dowolnościami w tym względzie.⁴ Dotychczas jednak brak na ten temat jakichkolwiek opracowań, co z kolei stwarza niemałe utrudnienie w prawidłowym stosowaniu omawianego pojęcia. Codzienne doświadczenie przekonuje, że nawet w ramach jednego tylko sądu wojewódzkiego istnieją poważne rozbieżności w prawidłowym pojmowaniu faktycznego wspólnego pożycia.

Celem niniejszego opracowania jest podjęcie próby właściwej interpretacji pojęcia faktycznego wspólnego pożycia w aspekcie instytucji odmowy zeznań. Takie ujęcie wydaje mi się jedynie możliwe ze względów czysto praktycznych, wszystkie bowiem dotychczasowe, skąpe zresztą wypowiedzi na temat związku faktycznego zostały poczynione na tle instytucji odmowy zeznań. Jednocześnie jednak nie wolno zapominać o tym, że pojęcie osoby najbliższej występuje nie tylko w art. 165 k.p.k., ale również w innych przepisach prawa materialnego i procesowego (por. np. art. 73 § 1 i 174 § 2 k.p.k., art. 203 § 3, 204 § 4 i 205 § 3 k.k.). Nie chodzi więc tu o tworzenie rozstrzygnięć na użytek tylko instytucji odmowy zeznań, ale rozstrzygnięć mających zastosowanie wszędzie tam, gdzie wymagają tego obowiązujące przepisy.

Poza tym zadaniem niniejszego opracowania jest nie tyle rozstrzygnięcie ile (w zasadzie) przedstawienie samych problemów wiążących się ze wskazaną tematyką. Prezentowane w artykule rozwiązania nie mają charakteru twierdzeń kategorycznych lecz tylko propozycji co do właściwej interpretacji pojęcia faktycznego wspólnego pożycia. Inaczej zresztą być nie może skoro jest to w istocie zainicjowanie dyskusji na ten temat. O zasadności zaś proponowanych rozwiązań zadecyduje ostatecznie praktyka.

II. Przede wszystkim należy rozważyć, czy osobą pozostającą faktycznie we wspólnym pożyciu może być tylko współuczestnik konkubinatu, czy też określenie to obejmuje także inne osoby, nie powiązane ze sobą współżyciem fizycznym. Krąg takich innych osób jest stosunkowo niewielki. Praktycznie mogą tu wchodzić w rachubę osierocone dzieci wychowywane bez formalnego przysposobienia w obcych rodzinach oraz wspólne wychowywanie dzieci jednego tylko z konkubentów. Obie te kategorie dzieci są dzisiaj — wobec rozwoju opieki społecznej — zjawiskiem bardzo rzadkim i z tego względu problem tych dzieci nie ma większego znaczenia praktycznego.

⁴ K. Łojewski: Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym, Warszawa 1970, s. 72.

W omawianej przez nas kwestii zostały wypowiedziane dwa przeciwstawne sobie poglądy, zresztą bcz bliższego uzasadnienia. M. Siewierski zajmuje stanowisko, że k.k. mówiąc o osobie pozostającej faktycznie we wspólnym pożyciu ma na względzie jedynie konkubinę lub konkubenta, wobec czego pojęciem tym nie można objąć innych osób powiązanych węzłem wspólnego ogniska domowego⁵. Odmienne natomiast zdania jest K. Łojewski, który twierdzi, że art. 120 § 5 k.k. obejmuje — poza konkubinatem — inne jeszcze faktyczne związki międzyludzkie, a w szczególności występującą na wsi instytucję „wychowańców”⁶.

Pierwszy pogląd zdaje się opierać przede wszystkim na argumentach natury językowej. W języku potocznym wspólne pożycie jest synonimem pożycia seksualnego, brak zaś tego ostatniego określenia można by uznać za przejaw nadmiernej oszczędności słownej ustawodawcy. Można też na poparcie tego stanowiska powołać się na dotychczasowe stanowisko judykatury, która rozszerzała prawo odmowy zeznań co najwyżej na konkubentów, a i to obwarowując je dalszymi ograniczeniami. Jednakże przytoczona motywacja wydaje się być wątpliwej jakości. Wykładnia opierająca się na tym, co ustawodawca chciał powiedzieć, ale czego nie powiedział, ma w sobie coś z loterii i nie może sama przez się stanowić wystarczającego uzasadnienia. Natomiast przydatność orzecznictwa ukształtowanego pod rządem poprzednich przepisów jest sprawą zupełnie otwartą, jak to zostanie szczegółowo uzasadnione w następnym punkcie.

Wydaje się, że właściwy kierunek interpretacji wyraża drugie stanowisko. Skoro bowiem ustawodawca przez treść art. 120 § 5 k.k. rozszerzył ochronę prawną na nieformalny związek, jakim jest konkubinaty, to należy konsekwentnie stosować tę samą ochronę wobec nieformalnych związków analogicznych do instytucji przysposobienia. Już tylko ze względów teoretycznych stosowanie odmiennej taryfy do faktycznego przysposobienia przysporzyłoby więcej kłopotów niż korzyści. Należałoby bowiem konsekwentnie uznać, że w jednym związku faktycznym, tj. w konkubinacie, powstaje zwykle węzeł uczuć godnych ochrony, natomiast w innym związku faktycznym, podobnym do przysposobienia, takie uczucia nie powinny mieć miejsca. Wadliwość takiego rozumowania jest oczywista.

Pozostawienie osób faktycznie przysposobionych poza nawiasem osób najbliższych pozbawi je co prawda prawa odmowy zeznań, jednakże osoby te będą mogły wnieść o zwolnienie od składania zeznań na podstawie art. 167 k.p.k., jako osoby pozostające z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym. W ten sposób osłabione by zostały ujemne skutki wynikające dla tych osób z utraty przymiotu najbliższych. Inna rzecz, w jakim zakresie sądy będą zwalniać te osoby od składania zeznań, obawa bowiem przed uszczupleniem materiału dowodowego lub zwykły oportunistyczny opportunizm mogą uczynić ten przywilej czysto iluzorycznym. Natomiast w innych wypadkach, gdzie przepisy przyznają określone uprawnienia osobom najbliższym, pozbawienie ich prawa korzystania z tego przepisu wywrze nieodwracalne skutki. Nieformalny opiekun nie będzie mógł nawet ustanowić obrońcy dla swojego wychowanka, nie mówiąc już o tym, że w razie popełnienia przez wychowanka kradzieży na szkodę opiekuna przestępstwo ścigane będzie bez względu na wolę pokrzywdzonego. Takie rozstrzygnięcie nie spotka się z aprobatą społeczną.

Względem więc na treść innych instytucji, w których występuje pojęcie osoby najbliższej, przemawia za rozszerzającym traktowaniem tego pojęcia.

⁵ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: Kodeks karny — Komentarz, Warszawa 1971, s. 279.

⁶ K. Łojewski: op. cit., s. 73.

Uzasadnione wątpliwości budziłaby wreszcie wykładnia ścieśniająca w odniesieniu do tego, co sam ustawodawca zakreślił szeroko. Można by bowiem wyciągnąć wnioski, że w tych przepisach, w których występuje pojęcie osoby najbliższej, zamiarem ustawodawcy było przyznanie uprawnień szerokiemu kręgowi adresatów. W innych bowiem przepisach ustawodawca sam dokonał zwięzienia pojęcia osoby najbliższej (por. art. 43, art. 51, art. 465 § 1, art. 476 § 2 i art. 492 k.p.k.).

Przytoczone argumenty zdają się w sposób dostateczny uzasadniać proponowany kierunek interpretacji pojęcia faktycznego wspólnego pożycia.

III. Powszechnie przyjęty jest pogląd, że mówiąc o osobie pozostającej faktycznie we wspólnym pożyciu, kodeks ma na względzie konkubinę i konkubenta.⁷ Konkubinaty nie jest jednak pojęciem prawnym, lecz określeniem wziętym z języka potocznego i oznacza po prostu związek pozamałżeński. Takie określenie jest zupełnie nieprzydatne dla prawa karnego, co stwarza konieczność bliższego sprecyzowania elementów tego związku.

Na całym świecie obserwuje się obecnie gwałtowne przemiany w sferze moralności i obyczajów. Szczególnie nasilenie osiągnęły one w wysoko uprzemysłowionych krajach kapitalistycznych. Rozlegają się głosy, że nastąpił tam dosłownie upadek tradycyjnej formy małżeństwa i rodziny.⁸ Na fali ogólnej dekadencji pojawiają się nowe filozofie, jak choćby np. hippiesowska. Przemiany w dziedzinie etyki, jakie nastąpiły w Polsce, mają odmienny charakter, aczkolwiek istnieją pewne środowiska „awangardowe” o poglądach zbliżonych do ich zachodnich pobratymców. Zasadnicza zmiana nastąpiła w sensie upadku tradycyjnej moralności katolickiej. Dostrzegalnym zjawiskiem jest większa swoboda kontaktów płciowych, w zasadzie nie budzą niczyjego zdziwienia związki pozamałżeńskie. Zakończenia trwających przemian nie sposób oczekiwać wcześniej niż za kilka pokoleń. Faktów tych nie można tracić z pola widzenia przy omawianiu poruszanego zagadnienia.

Jak w tej sytuacji należy rozumieć pojęcie konkubinatu?

Prawidłowa odpowiedź wymaga rozstrzygnięcia, czy przez pojęcie związku, o którym mowa w art. 120 § 5 k.k., należy rozumieć związek identyczny pod względem swej treści ze związkiem małżeńskim, choć pozbawiony elementu formalnego zarejestrowania, czy też chodzi o jakiś inny związek, jakościowo różny od związku małżeńskiego. Stwierdzić bowiem trzeba, że niezależnie od związków faktycznych zbliżonych do małżeństwa, gdzie strony razem zamieszkują, prowadzą wspólne gospodarstwo i posiadają potomstwo, istnieje pewna liczba związków pod wieloma względami odmiennych. Z dużą dozą prawdopodobieństwa można przypuszczać, że zmiany obyczajowe spowodują wzrost tej liczby. Stwierdzenie zresztą, że jakiś związek faktyczny jest podobny do małżeństwa, też niczego jeszcze nie wyjaśnia. Niezbędne jest zatem wyodrębnienie elementów charakteryzujących związki małżeńskie oraz ustalenie, czy można je zastosować jako kryteria ocenne związków faktycznych, czy też należy poszukiwać innych ocen.

Wydaje się, że związek faktyczny, o którym mowa w art. 120 § 5 k.k., jest związkiem jakościowo innym, heterogennym w stosunku do związku małżeńskiego. Przeciwno przeprowadzaniu jakichkolwiek analogii pomiędzy małżeństwem a związkiem faktycznym przemawia przede wszystkim odmienny charakter obu tych związków.

⁷ Por. np. Kodeks karny — Komentarz, s. 279.

⁸ Por. E. Fischer: Młode pokolenie zachodu, Warszawa 1965, s. 139 i nast.

Małżeństwo jest instytucją prawa rodzinnego, której treść i zakres określony został *ex lege*.⁹ Małżonkowie nie mają żadnej możliwości modyfikowania praw i obowiązków włożonych na nich przez ustawę.¹⁰ Niewykonywanie obowiązków przez jedną ze stron lub obie strony ma jedynie pośredni wpływ na istnienie małżeństwa, gdyż może doprowadzić do rozwodu. Ustanie związku może nastąpić tylko wskutek przyczyn określonych w prawie rodzinnym, przy czym prawo polskie nie przewiduje rozwodów za wzajemną zgodą.¹¹

W przeciwieństwie do tego związek faktyczny nie ma charakteru instytucjonalnego, lecz opiera się na wzajemnym porozumieniu stron. Porozumienie to określa zakres więzi łączącej konkubentów. Nie ciąży na nich żadne obowiązki poza tymi, które dobrowolnie na siebie przyjęli. Odmienne również niż przy małżeństwie, fakt niewykonywania ustalonych obowiązków ma bezpośredni wpływ na trwanie związku, który może być zerwany jednostronnie przez jednego z partnerów lub w drodze wzajemnego porozumienia.

Gdyby nawet przejść do porządku dziennego nad tą różnicą, to i tak nie będzie można zastosować wobec związku faktycznego kryterium decydującego o tym, że małżonkowie są osobami najbliższymi w rozumieniu prawa karnego. O tym bowiem decyduje wyłącznie formalny akt zawarcia związku małżeńskiego, z natury rzeczy obcy związkowi faktycznemu.

Dla istnienia stosunku bliskości między małżonkami nie ma natomiast żadnego znaczenia sposób, w jaki ułożyli swoje pożycie. Pożycie to przyjęto określać jako szczególny rodzaj wspólnoty duchowej, fizycznej i gospodarczej.¹² Przytoczone określenie ma jednak charakter wzoru, jakiemu powinien odpowiadać indywidualny związek małżeński. Istnieje przecież cały szereg związków nie odpowiadających temu modelowi, jak np. małżeństwa pozostające w separacji. Stosownie do tego żaden organ prowadzący postępowanie karne nie wypytuje małżonków, czy prowadzą wspólne gospodarstwo, czy razem zamieszkują itp., poprzestając na ustaleniu faktu zawarcia małżeństwa.

Tym większe więc budzi zdziwienie fakt, że wychodząc z określenia wspólnoty małżeńskiej jako owych trzech więzi, tzn. duchowej, fizycznej i gospodarczej, sądy nagminnie uzależniają uznanie uprawnień osób najbliższych od tego, czy konkubenci wspólnie zamieszkują i prowadzą wspólne gospodarstwo domowe oraz czy istnieją między nimi uczucia miłości i przywiązania. Niezależnie od tego, że określenie wspólnoty małżeńskiej wywodzi się z ustawowego unormowania praw i obowiązków małżeńskich (art. 23 i nast. k.r.o.), gdy tymczasem prawa i obowiązki konkubentów określają oni sami — wydaje się rzeczą nielogiczną stosowanie jako kryteriów konkubinatu tych elementów, które z tego samego punktu widzenia pomija się przy małżeństwie.

Kierunek orzecznictwa wymagający od konkubentów prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego opiera się w gruncie rzeczy na cytowanej już uchwale Sądu Najwyższego z dnia 8.X.1959 r. VI KO 88/59, w której SN stwierdził, że „świadek, który pozostaje z oskarżonym w stosunku notoryjnego konkubinatu, wyrażającego się w szczególności w posiadaniu i wychowaniu wspólnego potomstwa, powinien być

⁹ Por. S. Szer: *Prawo rodzinne*, Warszawa 1969, s. 29.

¹⁰ For. wyrok SN z dnia 1.IX.1954 r. II C 1255/53 (NP 7—8/1955, s. 188), w którym czytamy: „Cudzołóstwo stanowi ważny powód do rozwodu również wtedy, gdy popełniono je za zgodą współmałżonka. Obowiązek wierności nie podlega bowiem dyspozycji małżonków”.

¹¹ S. Szer, *op. cit.*, s. 171.

¹² For. wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej (uchwała całej Izby Cywilnej SN z dnia 28.V.1955 r. I CO 5/55, OSN 3/1955) oraz S. Szer, *op. cit.*, s. 158 i nast.

traktowany na równi z osobami, którym ustawa przyznaje prawa odmówienia zeznań”.¹³ Prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego przemawiać ma w tym kontekście za notorycznością konkubinatu.

Po bliższym rozważeniu wydaje się nie budzić wątpliwości, że powyższa uchwała straciła swoje znaczenie po wejściu w życie nowej kodyfikacji karnej. Judykatura ukształtowana pod rządem poprzednich przepisów, jeśli nie była w ogóle *contra legem*, była na pewno *praeter legem*.¹⁴ Z tego też powodu zrozumiała jest wstrzeźliwość w sformułowaniach i dążenie do jak najmniejszych odstępstw od treści art. 94 k.p.k. z 1928 r. Obecnie, gdy kwestia ta znalazła normatywne uregulowanie, należy sądzić, że przyczyny tej wstrzeźliwości ustały. Pewne ustępy cyt. uchwały spotkały się zresztą z krytyką. W szczególności M. Siewierski zakwestionował wymaganie, aby konkubinaty były notorycznie znane, słusznie podnosząc, że chodzi o to, aby konkubinaty można było w ogóle stwierdzić, a nie o to, czy jest on notorycznie znany czy też ukryty.¹⁵ Podobną drogą poszedł również K. Łojewski, uznając za konkubinaty związek, który nie ma potomstwa.¹⁶

Przed wszystkim jednak wymaganie od konkubentów prowadzenia wspólnego gospodarstwa należy uznać za zbędne dlatego, że nie służy to żadnemu celowi. Małżonkowie, jak wiadomo, nie muszą mieć nawet wspólnego miejsca zamieszkania. W drodze umowy majątkowej małżeńskiej mogą oni wprowadzić ustrój rozdzielności majątkowej. Tymczasem konkubentom stawiałoby się wymagania nie stosowane wobec małżonków. A przecież nie są oni tak skrupowani jak małżonkowie w ułożeniu swoich stosunków. Praktyka taka nie dostrzegalaby istniejących stosunków społeczno-gospodarczych, a w szczególności tego, iż konkubenci niejednokrotnie dlatego nie legalizują swych związków, że nie posiadają mieszkania lub też że w dalszym ciągu pozostają w „martwych” związkach małżeńskich.

Nie sposób także zgodzić się ze stanowiskiem, które uzależnia uznanie konkubentów za osoby najbliższe od istnienia między nimi uczuć miłości i przywiązania. Stanowisko to jest nietrafne ze względów zupełnie pryncypialnych.¹⁷ Przepisy przyznające określone uprawnienia osobom najbliższym mają na względzie ochronę związków rodzinnych i członków tych związków. Doświadczenie uczy bowiem, że w związku rodzinnym wytwarza się węzeł uczuć godnych aprobaty społecznej, a więc i ochrony prawnej. Jednakże związek rodzinny korzysta z tej ochrony jako model wytwarzania tego rodzaju uczuć bez względu na to, czy w konkretnej rodzinie one istotnie powstaną. Członkom rodziny przysługują szczególne uprawnienia nawet wtedy, gdy jedynym wzajemnym uczuciem jest nienawiść. Ustawa nie ochrania bowiem rzeczywistego stanu przeżyć duchowych, ale tylko taki stan, jaki zakłada w odniesieniu do osób pozostających w określonych związkach. Tymczasem stanowisko orzecznictwa przenosi ochronę przewidzianą w przepisach prawa karnego z płaszczyzny związku rodzinnego na płaszczyznę uczuć emocjonalnych, przeżyć i konfliktów wewnętrznych. Kryterium takie jest niepewne i mało sprawdzalne.

¹³ Por. przypis 1.

¹⁴ Por. słuszne uwagi krytyczne M. Siewierskiego: Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego, PiP 12/1960, s. 1015.

¹⁵ Jak wyżej.

¹⁶ K. Łojewski, op. cit., s. 73.

¹⁷ Por. w tym względzie wywody K. Łojewskiego (op. cit., s. 67 oraz: W obronie instytucji odmowy zeznań, „Pal.” nr 5/1966, s. 61 i nast.) oraz M. Cieślaka (Zagadnienia dowodowe w polskim procesie karnym, Warszawa 1965, s. 278). Odmienne (nietrafne) poglądy wyraził J. Dankowski: Kilka uwag na temat wykładni art. 94 i 95 k.p.k., PiP 2/1964, s. 296 i nast.

Stwarza ono konieczność dokładnego badania stanu przeżyć duchowych konkubenta, prowadzenia w tym celu jakiegoś odrębnego procesu i przekreśla sens instytucji odmowy zeznań, skoro przez to staje się wiadome, dlaczego świadek odmawia zeznań lub wyraża chęć ich złożenia.

W świetle powyższych uwag wydaje się zatem, że do sprecyzowania prawnego pojęcia konkubinatu potrzebne jest inne kryterium od dotychczas stosowanych, nie sięgające przy tym po analogię do związku małżeńskiego. Wydaje się dalej, że takim kryterium może być tylko i wyłącznie stałe pożycie seksualne dwojga osób. Małżonkowie korzystają z przymiotu osób najbliższych na tej zasadzie, że ustawodawca założył, iż w związku małżeńskim powstają uczucia godne aprobaty. Jeśliby więc użyć pewnego porównania, to z faktem zawarcia małżeństwa ustawodawca wiąże domniemanie nie dopuszczające przeciwdowodu, że powstał związek zgodny z ustawowym modelem. Podstawę tego domniemania stanowi fakt zawarcia małżeństwa. Takie znaczenie, jakie dla małżonków ma akt małżeństwa, dla konkubentów ma pożycie fizyczne. Lapidarnie mówiąc, małżonków łączy akt małżeństwa, a konkubentów pożycie fizyczne. Tylko ten moment może stanowić podstawę domniemania identycznego w swej treści z domniemaniem dotyczącym związku małżeńskiego.

IV. Samo jednak wskazanie stosunków seksualnych jako jedynego kryterium faktycznego wspólnego pożycia nie rozwiązuje jeszcze wszystkich problemów. Aby uniknąć zbytecznych rozstrząsań, należy od razu stwierdzić, że treść art. 120 § 5 k.k. wyłącza uznanie za najbliższe takich osób, które pozostawały jedynie w sporadycznych kontaktach płciowych. Słowo pożycie sugeruje bowiem stałość, a nie incydentalność kontaktów. Osoby utrzymujące jedynie sporadyczne stosunki płciowe można uznać co najwyżej za pozostające w szczególnie bliskim stosunku osobistym (art. 167 k.p.k.).

Ocena stałości pożycia fizycznego powinna w każdym razie należeć do organu prowadzącego postępowanie karne, nie sposób bowiem z góry określić jednakowej miary dla wszystkich możliwych wypadków. Ewentualną dowolność rozstrzygnięć można ograniczyć przez wskazanie elementów kreujących stałość pożycia. Składa się na to zarówno czas trwania związku jak i regularność kontaktów. Z tego względu za konkubinaty w prawnym tego słowa znaczeniu należałoby już uważać trwające przez okres kilku miesięcy regularne pożycie fizyczne. Również i temu określeniu można zarzucić, że odwołuje się do nowych kryteriów ocennych. Jeśli się jednak uwzględni poważne doświadczenie życiowe organów prowadzących postępowanie, to wydaje się, że owe mankamenty nie powinny stwarzać kłopotów. Chodzi przecież o taki okres trwania pożycia, w ciągu którego — wedle zasad doświadczenia życiowego — powinna powstać szczególna więź uczuciowa między partnerami. Niezbędne jest wszakże zastrzeżenie, że ocena stałości pożycia powinna się odnosić do przeszłości, a nie do zamiarów na przyszłość, co łatwo mogłoby się przedrzeć w ocenę uczuć konkubentów. Z tego też względu można z pewnym wahaniem odnieść się do przydatności — dla oceny stałości pożycia — kwestii wzajemnej wierności konkubentów.

Rozważenia wymaga także sytuacja prawna konkubentów po ustaniu ich związku. Według art. 165 § 2 k.p.k. prawo odmowy zeznań trwa mimo ustania małżeństwa lub przysposobienia. Ta sama zasada odnosi się do powinowactwa, albowiem powinowactwo trwa mimo ustania małżeństwa (art. 26 k.r.o.). Przepis ten nie zawiera jednak analogicznego postanowienia, jeśli chodzi o związek faktyczny. Wydaje się, że wykładnia rozszerzająca byłaby w tym wypadku nie na miejscu.

Stosownie do art. 120 § 5 k.k. o istnieniu przymiotu osoby najbliższej decyduje istniejący stan faktyczny lub prawny. Stosunek bliskości ma więc charakter niesamoistny, związany z istnieniem określonego przez ustawę stosunku podstawowego. Z momentem wygaśnięcia tego stosunku wygasa również status osoby najbliższej. Przepis art. 165 § 2 k.p.k. ma charakter przypisu szczególnego w stosunku do art. 120 § 5 k.k., przedłuża bowiem w czasie trwanie stosunku bliskości mimo wygaśnięcia stosunku podstawowego. Przepis ten, jako wyjątkowy, nie dopuszcza więc wykładni rozszerzającej. Rozstrzygnięcie to pozwala uniknąć szeregu trudności natury dowodowej. O ile bowiem stwierdzenie małżeństwa lub przysposobienia nie nasuwa trudności nawet po dłuższym okresie od ustania tych związków, o tyle udowodnienie konkubinatu istniejącego przed kilku lub kilkunastu laty urasta do rangi problemu.

Niewątpliwie interesującym, choć tylko marginesowym problemem jest to, że — jak się wydaje po bliższym przyjrzeniu się treści art. 165 § 2 k.p.k. — ustawa traktuje małżeństwo unieważnione tak samo jak związek faktyczny, a więc nie przedłuża stosunku bliskości na okres po unieważnieniu małżeństwa. Prawo rodzinne przeciwstawia sobie ustanie i unieważnienie małżeństwa. Małżeństwo ustaje na skutek śmierci małżonka, uznania go za zmarłego oraz rozwiązania przez rozwód. Tymczasem art. 165 § 2 k.p.k. mówi jedynie o ustaniu małżeństwa. Orzeczenie o unieważnieniu małżeństwa działa *ex tunc*, znosząc cały dotychczasowy stosunek prawny. Uniestwiony zostaje zatem stosunek podstawowy, który mógłby pozwolić na przedłużenie statusu osoby najbliższej.

Skoro status osoby najbliższej wygasa wraz z ustaniem związku faktycznego, to dużego znaczenia nabiera określenie momentu, w jakim związek ustaje. W szczególności chodzi o to, czy związek ustaje w razie tymczasowego aresztowania jednego z konkubentów. Okres aresztowania może być bowiem stosunkowo znaczny, i organ prowadzący postępowanie karne mógłby dojść do wniosku, że drugi z konkubentów utracił na skutek tego prawa osoby najbliższej. Wydaje się jednak, że w tych wypadkach, gdy pożycie fizyczne ustało na skutek zdarzeń niezależnych od woli konkubentów (np. aresztowania), związek faktyczny należałoby traktować jako nadal istniejący. Odmienne rozwiązanie, może nawet i zasadne z punktu widzenia wykładni gramatycznej, klóciłoby się z poczuciem słuszności.

V. Ostatnia kwestia godna podkreślenia wiąże się z obowiązkiem uprzedzenia o prawie odmowy zeznań świadka pozostającego faktycznie we wspólnym pożyciu z oskarżonym.

W stosunku do innych osób najbliższych obowiązek wynikający z art. 173 § 2 k.p.k. jest zwykle realizowany poczynając od stadium postępowania przygotowawczego, ale jeśli chodzi o osoby pozostające faktycznie we wspólnym pożyciu, to sprawa się już komplikuje. Uprzedzenie świadka o prawie odmowy zeznań następuje zazwyczaj dopiero w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, i to najczęściej na skutek odpowiedniego wniosku obrony. Natomiast w postępowaniu przygotowawczym, zwłaszcza gdy prowadzone jest ono przez organa milicji obywatelskiej, uprzedzenie świadka o prawie odmowy zeznań zdarza się zupełnie wyjątkowo. Sprawia to wrażenie, jak gdyby przepis art. 120 § 5 k.k. nie wszędzie jeszcze „dotarł”. Nawet późniejsze uprzedzenie świadka o prawie odmowy zeznań nie naprawi popełnionego uchybienia. Niezależnie bowiem od zasady wypowiedzianej w art. 163 k.p.k. trudno wymagać od sędziego, aby usunął ze swej pamięci zeznania, które są mu już znane. Stąd też apel o rygorystyczne przestrzeganie obowiązku uprzedzenia o prawie odmowy zeznań wszystkich uprawnionych osób.