

*Sygn. akt VI Ka 519/21*

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 01 marca 2022 roku

Sąd Okręgowy w Elblągu w VI Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodnicząca: Sędzia Elżbieta Kosecka-Sobczak

Protokolant: sekr. sąd. Joanna Deręgowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 14 grudnia 2021r., 11 stycznia 2022r. i 01 marca 2022r.

sprawy D. B. (1)

s. J. i J., ur. (...) w S.

obwinionego o czyny z art. 107 k.w. i inne

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę obwinionego

od wyroku Sądu Rejonowego w Elblągu

z dnia 02 września 2021 roku o sygn. akt VIII W 682/20

I. zmienia zaskarżony wyrok:

a) w pkt. I w ten sposób, że uznaje obwinionego D. B. (1) za winnego opisanego w nim złośliwego niepokojenia P. M. (1) tj. czynu stanowiącego wykroczenie z art. 107 kw i za to na podstawie art. 107 kw i art. 24§1i3 kw wymierza obwinionemu 600 (sześćset) złotych grzywny,

b) uniewinnia obwinionego od przypisanego w pkt. I nieobyczajnego wybryku z art. 140 kw,

c) uchyla rozstrzygnięcie z pkt. III o opłacie,

II. w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy, III. obciąża obwinionego kosztami za postępowanie odwoławcze w 2/3 ich wysokości, przy czym zwalnia go od opłaty za obie instancje, a w zakresie związanym z uniewinnieniem obwinionego 1/3 kosztów obciąża Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 519/21

## UZASADNIENIE

D. B. (1) został obwiniony o to, że:

1. w okresie od 5 kwietnia 2020 roku do dnia 26 kwietnia 2020 roku w K. poprzez obraźliwe wyzwiska, obraźliwe gesty, głośne odtwarzanie muzyki, wszczynanie awantur złośliwie niepokoił P. M. (1), tj. o wykroczenie z art. 107 kw,

2. w dniu 21 marca 2020 roku w K. poprzez zdjęcie ubrania i pokazania gołych pośladków dopuścił się publicznie nieobyczajnego wybryku tj. o wykroczenie z art. 140 kw,

3. w okresie od 5 kwietnia 2020 roku do dnia 26 kwietnia 2020 roku w K. poprzez złośliwe spacery wzdłuż ogrodzenia posesji K. 57A drażnił psa, doprowadzając, że stanie się niebezpieczny tj. o wykroczenie z art. 78 kw.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Elblągu z dnia 02 września 2021 roku o sygn. VIII W 682 / 20:

I. obwinionego uznano za winnego popełnienia wykroczeń z pkt. 1 i 2 kwalifikowanych z art. 107 kw i art. 140 kw i za to, przy zastosowaniu art. 9§2kw, na podstawie art. 107 kw w zw z art. 24 § 1 i § 3 kw wymierzono mu karę 1.000 złotych grzywny;

II. uniewinniono obwinionego od popełnienia czynu zarzucanego w pkt. III wniosku o ukaranie,

III. zasądzono od obwinionego na rzecz Skarbu Państwa zryczałtowane wydatki postępowania i opłatę sądową.

Od powyższego wyroku apelację wywiódł obrońca obwinionego, zaskarżając go w części tj. w zakresie pkt. I i III na korzyść obwinionego, oraz zarzucając:

1) obrazę art. 104§1 pkt. 1 kpw poprzez wydanie wyroku pomimo bezwzględnej przyczyny odwoławczej w postaci wydania orzeczenia przez sędziego podlegającego wyłączeniu z mocy prawa na zasadzie art. 16§1 kpw w zw. z art. 41§1kpk,

2) na zasadzie art. 109§2kpw w zw. z art. 438 pkt.3 kpk błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wydania zaskarżonego orzeczenia mający istotny wpływ na treść wyroku,

3) na zasadzie art. 109§2kpw w zw. z art. 438 pkt.2 kpk obrazę przepisów postępowania mającą wpływ na jego treść, tj.: art. 39§2kpw: w zw. z art. 170§3kpk, art. 7 kpk, art.4 kpk, art. 5§2kpk, art. 6 kpk i art. 175§2kpk,

4) na zasadzie art. 109§2kpw w zw. z art. 438 pkt.1 kpk obrazę przepisów prawa materialnego tj. art. 107 kw i art. 140 kw,

5) na zasadzie art. 109§2kpw w zw. z art. 438 pkt.4 kpk rażąco niewspółmierność kary wyrażającą się w wymierzeniu obwinionemu kary nagany.

Podnosząc powyższe zarzuty obrońca D. B. (1) wniosł:

- o uchylenie zaskarżonego wyroku w części zaskarżenia i umorzenie postępowania wobec stwierdzenia, że czynu nie popełniono i brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia,

- ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w części zaskarżenia i uniewinnienie obwinionego od zarzutów zawartych we wniosku o ukaranie.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Wniesienie apelacji przez obrońcę obwinionego skutkowało dokonaniem częściowej zmiany zaskarżonego wyroku, przy czym większość podniesionych zarzutów i argumentów z apelacji nie mogła być uwzględniona

Nie podlegał uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 104§1 pkt. 1 kpw poprzez wydanie wyroku pomimo bezwzględnej przyczyny odwoławczej w postaci wydania orzeczenia przez sędziego podlegającego wyłączeniu z mocy prawa na zasadzie art. 16§1 kpw w zw. z art. 41§1kpk. Z pewnością wydający zaskarżony wyrok sąd w składzie w nim wskazanym nie wydawał wyroku nakazowego w niniejszej sprawie. Natomiast okoliczność, że wydawał wyroki nakazowe w innych sprawach, które dotyczyły tożsamyh stron samo w sobie nie przekonuje by zaszła okoliczność z art. 41§1 kpk. Sąd odwoławczy ma bowiem świadomość rozległego konfliktu pomiędzy D. B. i P.M., który manifestuje się inicjowaniem przez obie strony tego konfliktu postępowań o wykroczenia, karnych czy innych, o czym świadczy treść akt tej sprawy i kserokopie z k. 73-88 oraz z akt sprawy (...) SR w E., z których sąd odwoławczy przeprowadził dowód. Zainicjowane w ten sposób postępowania są m.in. rozpoznawane przez sędziów SR w E., ale sama „styczność” danego sędziego tego sądu z przejawami istniejącego między stronami konfliktu, nawet gdy rozpoznawane w innych sprawach czyny są zbliżone co do miejsca czy czasu z czynami z niniejszej sprawy, nie powoduje, że można mieć

tylko z tego powodu uzasadnione wątpliwości co do obiektywizmu danego sędziego w rozpoznaniu kolejnej sprawy tych samych stron i wywodzić, że fakty znane mu z innych spraw w toku rozpoznania niniejszej sprawy wykorzystane zostaną w nieuprawiony i stronniczy sposób. Taki wniosek jest tym bardziej uzasadniony, gdy dostrzeże się że sąd w składzie sędziego wydającego zaskarżony wyrok uniewinnił obwinionego od jednego z zarzucanych mu wykroczeń, co wyraźnie przemawia za tym, iż potrafił – mimo wątpliwości skarżącego- obiektywnie ocenić materiał dowodowy w konfrontacji z wszystkimi zarzutami postawionemu D. B. w sprawie VIII W 682/20. Nadto znamienne jest i to, że w toku postępowania przed sądem I instancji nie zgłaszano wniosku o wyłączenie tego sędziego, a dopiero gdy zapadł wyrok częściowo niekorzystny dla obwinionego, to obrońca sięgnął po zarzut zaprezentowany w pkt. 1 apelacji.

Na wstępie rozważań co do zarzutów nawiązujących do względnych przyczyn odwoławczych z art. 438 kpk należy poczynić uwagę tej treści, że sąd odwoławczy uzupełnił materiał dowodowy przeprowadzając dowody zawnioskowane w apelacji w pkt. 1, 2 i 3 z k.142, przy czym obrońca obwinionego cofnął wniosek o przeprowadzenie dowodów, które miały być sformułowane przez obwinionego w pismach z 9 i 16 czerwca 2020r. oraz z 6 sierpnia 2020r. (co dotyczy wniosku z pkt. 4 apelacji z k.142). Ponadto po odtworzeniu nagrań, których ujawnienia domagał się obwiniony i jego obrońca, to D. B. na rozprawie apelacyjnej złożył oświadczenia, w których wypowiedział się co treści odtworzonych nagrań. Wobec tego zdezaktualizowała się większość zarzutów z pkt. 3 apelacji dotycząca obrazy art. 39§2kpw: w zw. z art. 170§3kpk, art. 7 kpk, art. 6 kpk i art. 175§2kpk, które skarżący oparł na braku wypowiedzenia się przez sąd I instancji w zakresie wniosków dowodowych obwinionego zawartych w pismach z 9 i 16 czerwca 2020r. oraz z 6 sierpnia 2020r., nieujawnieniu wszystkich nagrań i uniemożliwieniu obwinionemu wypowiedzenia się co treści tych nagrań. Przy czym należy zauważyć, że lektura pism obwinionego z 9 i 16 czerwca 2020r. wskazuje, że zawierały one głównie wyjaśnienia obwinionego, odwołanie się do konfliktu z pokrzywdzonym, żądania ścigania P.M. za czyny które miał popełnić na szkodę obwinionego i jego rodziny oraz w związku z nieuzasadnionym wzywaniem policji. Natomiast zgłoszone pismem z 6 sierpnia 2020r. wnioski o przesłuchanie P.M., P. N. i A. P. zostały zrealizowane. Wynikająca z treści tego pisma potrzeba przesłuchania D.Ł. nie przybrała zaś w toku postępowania przed sądem I instancji formy prawidłowego wniosku dowodowego, bo ani obwiniony ani obrońca nie podali adresu tej świadek. Przy czym należy zauważyć, że stawiający takie zarzuty sam skarżący w toku rozprawy apelacyjnej cofnął wniosek z pkt. 4 k. 142 (zawarty w apelacji w którym postulował o dopuszczenie i przeprowadzenie wniosków dowodowych obwinionego zawartych w pismach z 9 i 16 czerwca 2020r. oraz z 6 sierpnia 2020r.) nie wnosił też o przesłuchanie D.Ł. w postępowaniu odwoławczym.

Trzeba też skarżącemu wskazać, że nie podlegał uwzględnieniu zarzut obrazy art. 39§2 kpw w zw. z art. 4 kpk, bowiem w orzecznictwie konsekwentnie przyjmuje się, że naruszenie przepisu art. 4 kpk nie może w ogóle stanowić samodzielnej podstawy apelacyjnej (zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2012 r., IV KK 211/12, LEX nr 1220924). Podnosząc zarzut naruszenia art. 4 kpk nie jest wystarczające odwołanie się w apelacji jedynie do zasady obiektywizmu, bez podania, jakie przepisy ją konkretyzujące zostały naruszone przez sąd I instancji (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2007 r., V KK 390/07, LEX nr 353329). Przepis ten wyraża bowiem ogólną dyrektywę postępowania karnego, która jest konkretyzowana poprzez treść odpowiednich przepisów kodeksu postępowania karnego, nakazujących lub zakazujących organom prowadzącym postępowanie karne dokonanie określonych czynności w przewidzianych tymi przepisami sytuacjach procesowych (np. art. 40 k.p.k., art. 170 § 2 k.p.k.). Skoro zaś sąd odwoławczy – po uzupełnieniu materiału dowodowego- nie może stwierdzić by zaszły podstawy do uwzględnienia zarzutu obrazy art. 170§3kpk czy 175§2 kpk, a także obrazy art. 41§1 kpk, mających wpływ na treść zaskarżonego wyroku, to sam zarzut obrazy art. 4 kpk nie może być uwzględniony. Nadto stawiający ten zarzut skarżący wskazuje na błędną w jego mniemaniu ocenę zebranego materiału dowodowego i przyjęcie winy obwinionego w zakresie popełnienia wykroczeń przypisanych mu w pkt. I wyroku na podstawie zeznań skonfliktowanych z D. B. sąsiadów, a zatem zarzut ten stanowi w istocie zdublowanie zarzutów dotyczących oceny dowodów, błędów w ustaleniach faktycznych i obrazy prawa materialnego przez zastosowanie art. 107 kw i art. 140 kw, co zostanie omówione poniżej.

D. B. przypisano popełnienie wykroczenia z art. 107 kw. Przedmiotem ochrony przewidzianej w tym przepisie jest spokój psychiczny człowieka i wolność od bycia złośliwie niepokojonym, gdzie pojęcie „złośliwości” niepokojenia

dotyczy znacznego poziomu nasilenia niepokojenia skierowanego na dokuczenie innej osobie. Pojęcie złośliwości zdefiniował Sąd Najwyższy w wyroku z 30.01.2013 r., III KK 213/12, LEX nr 1288694, jako „szczególne nastawienie sprawcy przejawiające się w chęci dokuczenia, zrobienia przykrości, wyprowadzenia z równowagi. Złośliwe niepokojenie w rozumieniu art. 107 k.w. to wzbudzanie niepokoju, obawy, lęku, polegające na zakłóceniu spokoju lub innych zachowaniach wprowadzających pokrzywdzonego z równowagi psychicznej”.

Sąd Okręgowy podziela zaś – po uzupełnieniu materiału dowodowego - zapatrywanie Sądu Rejonowego, w tej części, w jakiej sąd I instancji ustalił, że obwiniony swoim zachowaniem złośliwie niepokoił P.M.. Istotne znaczenie dla wykazania sprawstwa obwinionego w omawianym zakresie, miały zeznania bezpośrednich świadków tj. pokrzywdzonego, P. N. czy A. P., które to osoby opisały zachowanie D. B. polegające na wystawaniu przy posesji pokrzywdzonego, zaczepiania słownego, używania słów obraźliwych, puszczenia muzyki, prowokujących gestów, zagładania w okna, prowokowania tym do awantur, utrudniania życia. Przy czym nie można tylko z podnoszonego w apelacji faktu pozostawania tych osób w konflikcie z obwinionym wywodzić, że są one niewiarygodne, skoro zeznania te korelują ze sobą oraz zostały poparte – co do niektórych czynów- nagraniem odtworzonymi przez sądy I i II instancji, z których wynika długie wystawanie obwinionego przy posesji pokrzywdzonego i wypowiedziane przez niego monologi pod adresem pokrzywdzonego i jego partnera zawierające obraźliwe i prowokujące treści czy nawet gesty (przy czym nie kierując się naniesionymi na nagraniach napisami, to i tak gesty -nawet gdyby potraktować jeden z nich jako poprawianie ubrania-, to wskazują, że są one wzmocnieniem zachowań obwinionego nakierowanych na wzbudzanie niepokoju, wytrącenie pokrzywdzonego z równowagi). Obwiniony nie kryjąc tego, że pozostaje w konflikcie z pokrzywdzonym a przede wszystkim że nie akceptuje orientacji seksualnej swoich sąsiadów, bo nie ma z nimi wspólnych „wartości rodzinnych”, wskazuje tym samym na motyw swoich zachowań wyczerpujących dyspozycję art. 107 kw. Nie może to jednak w żaden sposób usprawiedliwić zachowania obwinionego, który w monologach zwracał się do pokrzywdzonego i jego partnera używając poniżających ich sformułowań odnoszących się do ich orientacji seksualnej, sugerował kradzież przez nich części gruntu, wypowiadał kwestie typu „nie macie rodziny w tym kłopot”, przestawał po kilkanaście minut przy ich posesji bez potrzeby stania akurat tam i to przez dłuższy czas. Dla przykładu należy wskazać, że wyraźnie widać to na nagraniu z 20 kwietnia 2020r. W zakresie tego zdarzenia obwiniony twierdził, że tylko chciał iść na spacer z psami, a zamiast tego przez 20 minut-widząc że pokrzywdzony wyszedł z partnerem i nagrywa go- to zamiast zignorować to i przejść wzdłuż posesji pokrzywdzonego i udać się dalej na spacer, porusza się tylko wzdłuż płotu ich posesji, w pewnym momencie nawet siada na kamieniu i cały czas monologuje używając cytowanych wyżej określeń. Z doświadczenia życiowego wynika zaś, że gdyby faktycznie obwiniony chciał tylko iść na spacer, jak to deklarował, to powinien przejść tylko wzdłuż ogrodzenia posesji sąsiadów i dalej iść na spacer, ignorując nagrywanie. W świetle wymowy przedmiotowego nagrania ze zdarzenia z 20 kwietnia 2020r. nie można też mówić o obronie koniecznej po stronie obwinionego, gdy pokrzywdzony i jego partner nie mówią nic przez większość nagrania, a więc obwiniony nie został słownie przez nich sprowokowany do tego by ponad 20 minut wystawać pod ich posesją i prowadzić długi monolog z cytowanymi wyżej słowami. A w świetle wymowy spójnych ze sobą wyżej wymienionych dowodów obciążających i zaprezentowanych rozważań, to należało te dowody uznać za wiarygodne i mogące służyć wykazaniu, że obwiniony popełnił wykroczenie z art. 107 kw. I wniosku tego co do wiarygodności zeznań P. N. nie może podważyć treść opinii sądowo-psychologicznej, w której biegła psycholog uznała, że P. N. jest w stanie prawidłowo spostrzegać wydarzenia, w których uczestniczy, może jednak manifestować pewne trudności w zakresie przechowywania i precyzyjnego odtworzenia śladów pamięciowych dotyczących np. szczegółów okoliczności w których uczestniczył, gdy zeznania P. N. można było pozytywnie skonfrontować z treścią spójnych z nimi nagrań, zeznań P.M. i A. P..

W ocenie Sądu Okręgowego niewątpliwym jest, iż pomiędzy obwinionym a świadkami, którzy z uwagi na opisane zachowania, wzywali na interwencje Policję (przy czym zeznania policjantów przesłuchanych w sprawie a przybyłych na jedną z interwencji niewiele wniosły do sprawy, gdyż w zeznaniach opisywali, że mogli porozmawiać wówczas tylko z jedną stroną konfliktu), istnieje konflikt na tle sąsiedzkim, niemniej ta okoliczność sama przez się nie deprecjonuje wartości dowodowej relacji złożonych przez te osoby. Sąd Rejonowy, który miał bezpośredni kontakt z przesłuchiwanymi świadkami i mógł czynić spostrzeżenia co do ich zachowania, reakcji na zadawane pytania, nie znalazł podstaw do zakwestionowania ich obiektywizmu. Podobne uwagi dotyczą przesłuchania P. N. przez sąd

odwoławczy. Ponadto wersja przywołanych wyżej świadków koreluje z treścią nagrań. Co prawda nagrania te nie obrazują wszystkich zachowań obwinionego, których według relacji przywołanych świadków było znacznie więcej, ale potwierdzają w wystarczający sposób, że do zachowań D. B. opisywanych przez P. M., P. N. czy A. P. faktycznie dochodziło. Przy czym obwiniony w oświadczeniach składanych po odtworzeniu nagrań starał się bagatelizować swoje długie wystawanie przy płocie pokrzywdzonego i twierdził, że w czasie nagrywania przez sąsiadów czuł się nieswojo czy czuł się zagrożony. Nie można jednak dać temu wiary, skoro mimo deklarowania takiego stanu, „zagrożony” obwiniony potrafił wystawać przy ogrodzeniu posesji pokrzywdzonego zachowując się w sposób utrwalony na nagraniach, a ukierunkowany na dokuczenie innej osobie.

W konsekwencji Sąd Okręgowy nie mógł przyjąć, iż argumentacja Sądu Rejonowego, w zakresie ustalenia faktycznego, że obwiniony swoim zachowaniem złośliwie nękał pokrzywdzonego w opisany wyżej sposób, jest błędna. Ponadto nawet uzupełnienie materiału dowodowego przez sąd odwoławczy nie spowodowało, że opisane wyżej dowody obciążające zostały podważone pod względem ich wiarygodności. Na powyższą ocenę zeznań świadków, którym Sąd Rejonowy prawidłowo przyznał walor wiarygodności, nie rzutuje w żaden sposób relacja K. B. w zakresie dotyczącym czynu z art. 107 kw, w której krótko zaprzeczyła by była świadkiem takich zdarzeń aby jej ojciec „wyzywał pana M.”. Przy czym świadek jest córką obwinionego i będąc zainteresowana w korzystnym dla obwinionego rozstrzygnięciu, z tego powodu w sposób oczywisty starała się swoimi zeznaniami poprzeć stanowisko ojca, który nie przyznał się do zarzutów i twierdził, że nieprawdą jest by wykonywał złośliwe gesty, wyzwiska. Sąd Rejonowy słusznie zaś potraktował wyjaśnienia obwinionego w tym zakresie jako niewiarygodne, nie poparte innymi przekonującymi dowodami i stanowiące tylko wyraz przyjętej linii obrony.

Co prawda skarżący postawił też zarzut obrazu art. 5 § 2 kpk, ale należy przypomnieć, że wyrażona w tym przepisie zasada *in dubio pro reo* jest adresowana do organów postępowania karnego. Oznacza to, że dla oceny, czy nie został naruszony art. 5 § 2 k.p.k. nie są miarodajne wątpliwości zgłaszane przez stronę, ale jedynie to, czy orzekający w sprawie sąd *meriti* rzeczywiście powziął wątpliwości co do treści ustaleń faktycznych lub wykładni prawa i wobec braku możliwości ich usunięcia rozstrzygnął je na niekorzyść oskarżonego, względnie to, czy w świetle realiów konkretnej sprawy wątpliwości takie powinien powziąć (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2012 r., V KK 335/11, LEX nr 1163975). Argumentacja zawarta w uzasadnieniu sądu I instancji (oraz wymowa przeprowadzonych przez sąd odwoławczy dowodów) nie wskazuje na to, aby powziął on niedające się usunąć wątpliwości natury faktycznej i nie postąpił zgodnie z nakazem wynikającym z art. 5 § 2 k.p.k. Brak jest też przesłanek uzasadniających stawianie temu sądowi zarzutu, że takich wątpliwości nie powziął. Właściwie oceniony zebrany przez sądy I i II instancji materiał dowodowy nie pozostawia wątpliwości w rozumieniu art. 5§2kpk co do sprawstwa i winy obwinionego w zakresie czynu kwalifikowanego z art. 107 kw.

Stąd brak było podstaw do uwzględnienia zarzutów z apelacji dot. ww kwestii, a sprowadzających się do błędów w ustaleniach faktycznych czy nieprawidłowej oceny zebranych dowodów, które miały mieć wpływ na treść zaskarżonego wyroku w zakresie przypisania D. B. wykroczenia z art. 107 kw. Nie można też zgodzić się ze skarżącym by doszło do błędnej wykładni tego przepisu i nieprawidłowego zastosowania kwalifikacji z art. 107 kw. Wynikające z obciążających dowodów zachowania obwinionego względem pokrzywdzonego P. M. stanowiły częste i złośliwe niepokojenie, nakierunkowane na wzbudzenie niepokoju, zakłóceniu spokoju i wyprowadzenie pokrzywdzonego z równowagi psychicznej. Nie można też przyznać racji obrońcy, aby w ustalonych okolicznościach sprawy wykazano, że to tylko pokrzywdzony był odpowiedzialny za eskalację konfliktu pomiędzy stronami, bez żadnego wkładu w jego eskalację ze strony obwinionego.

Sąd Okręgowy podzielił natomiast zastrzeżenia skarżącego co do przypisania obwinionemu winy popełnienia wykroczenia nieobyczajnego wybryku z art. 140 kw, chociaż nie uwzględnił argumentacji obrońcy podniesionej dla uzasadnienia tego stanowiska. Bowiern nagranie zdarzenia z 21 marca 2020r. w powiązaniu z zeznaniami A. P., nawet gdy córka obwinionego i sam obwiniony zaprzeczali by nagranie obrazowało nieobyczajny wybryk, wskazywało na naganne zachowanie obwinionego. Jednak z komentarzy do art. 140 kw, w tym Komentarza do Kodeksu Wykroczeń pod red. J.Lachowskiego (publ. WKP 2021) wynika, że „Odpowiedzialności za wykroczenie z art. 140 k.w. podlegać będzie sprawca, który dopuści się nieobyczajnego wybryku, działając publicznie. Publiczny

charakter działania sprawcy należy rozpatrywać w kontekście możliwości jego dostrzeżenia przez bliżej nieokreśloną, nieoznaczoną liczbę osób. Zachowanie sprawcy w praktyce nie musi zostać zauważone (a tym bardziej nie musi wywołać zgorszenia), gdyż w realiach art. 140 k.w. wystarczające jest stworzenie samej możliwości jego dostrzeżenia (por. M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, Kodeks wykroczeń..., 2019, s. 997). Możliwość ta musi być realna, a nie tylko hipotetyczna, dlatego też każda sytuacja musi być oceniana in concreto przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności faktycznych danej sprawy. Oznacza to, że wszelkie czyny, które nie mają charakteru publicznego, a contrario nie będą implikować odpowiedzialności za wykroczenie z art. 140 k.w.” Przenosząc te poglądy w realia czynu obwinionego z 21 marca 2020r. należy stwierdzić, że zebrany materiał dowodowy nie potwierdził by obwiniony działał publicznie. Z nagrania tego czynu wynika, że stał on na balkonie swojego domu, który to dom nie znajdował się obok rynku czy uczęszczanej ulicy i by z tego powodu zachowanie obwinionego mogłoby być dostrzegalne dla bliżej nieokreślonej grupy osób. Wręcz przeciwnie, dom obwinionego usytuowany jest w małej miejscowości, sąsiaduje z pojedynczymi domami znajdującymi się na większych posesjach; a umiejscowienie balkonu na którym znajdował się obwiniony powodowało, że to co się na nim działo nie mogło być dostrzeżone przez większą liczbę osób. To zaś wyklucza możliwość przypisania zachowaniu obwinionego z 21 marca 2020r. publicznego charakteru stanowiącego znamię zarzucanego wykroczenia a tym samym możliwość przypisania mu popełnienia wykroczenia z art. 140 kw. A to pociąga za sobą konieczność dokonania zmian w odniesieniu do opisu przypisanych D. B. wykroczeń i sprowadzenia nagannych karalnych zachowań obwinionego w ramach czynów z pkt. I wyroku skutkujących odpowiedzialnością, tylko do wykroczenia z art. 107 kw, przy uniewinnieniu obwinionego od nieobyczajnego wybryku z art. 140 kw. Taka zaś korekta musiała skutkować obniżeniem wymierzonej grzywny (bo pierwotnie wymierzono D. B. grzywnę w wymiarze 1000zł a nie – jak to ujął w zarzucie rażącej niewspółmierności kary obrońca obwinionego- nagany) do kwoty 600 złotych, skoro obwinionemu można było przypisać nie dwa tylko jedno wykroczenie (z art. 107 kw). Wysokość orzeczonej wobec obwinionego kary grzywny w zmodyfikowanym wymiarze jest przy tym adekwatna do jego możliwości zarobkowych oraz uwzględnia należycie jego stosunki osobiste i majątkowe, przez co mieści się ona w granicach realnej egzekucji. Stanowi ona jednocześnie represję stwarzającą realne możliwości na osiągnięcie korzystnych efektów poprawczych w stosunku do obwinionego, który nie chce dostrzec naganności swoich zachowań i niezasadnie uważa, że ma do nich prawo, że działa tylko w obronie koniecznej, że to tylko pokrzywdzony go prowokuje i to tylko pokrzywdzony jest winien temu że trwa między nimi konflikt. Tym samym nie chce dostrzec wysokiego stopnia społecznej szkodliwości czynu i swojej roli w eskalacji sąsiedzkiego sporu, a także naganności swojej motywacji. W ocenie sądu orzeczenie łagodniejszej kary, wobec takiej postawy D. B., mogłoby wręcz opatrzenie zostać odczytane przez obwinionego jako przyzwolenie na kontynuowanie nagannych zachowań wobec sąsiadów, z którymi nie ma „wspólnych wartości rodzinnych”. Wymierzona kara powinna więc spowodować refleksję u obwinionego i powstrzymanie go od działań eskalujących konflikt pomiędzy stronami; powinna zadośćuczynić również wymogom prewencji generalnej, wpływając korzystnie na kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa. Uwzględnienie zaś tych okoliczności powodowało, że nie było podstaw do tego, by przychylić się do zarzutu rażąco surowej kary (nota bene mylnie określonej jako kara nagany) z apelacji obrońcy obwinionego.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy, na mocy art. 437 § 1 i 2 kpk w zw. z art. 109 § 2 kpw, zmienił zaskarżony wyrok w pkt I w ten sposób, że uznał obwinionego D. B. (1) za winnego opisanego w nim złośliwego niepokojenia P. M. (1) tj. czynu stanowiącego wykroczenie z art. 107 kw i za to na podstawie art. 107 kw i art. 24§113 kw wymierzył obwinionemu 600 złotych grzywny, a uniewinnił obwinionego od przypisanego w pkt. I nieobyczajnego wybryku z art. 140 kw, w konsekwencji czego uchylił rozstrzygnięcie z pkt. III o opłacie , zaś w pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymał w mocy.

Ponadto, uwzględniając z jednej strony, że zarzuty i argumenty z apelacji (po uzupełnieniu materiału dowodowego przez sąd odwoławczy) w przeważającej większości nie zostały uwzględnione, z drugiej zaś strony zmianę wyroku poprzez uniewinnienie obwinionego od popełnienia wykroczenia z art. 140 kw i korektę kary grzywny, to obciążono obwinionego kosztami za postępowanie odwoławcze w 2/3 ich wysokości, przy czym zwolniono go od opłaty za obie instancje, a w zakresie związanym z uniewinnieniem obwinionego 1/3 kosztów obciążono – gdy wniosek o ukaranie wniosł oskarżyciel publiczny tj. Komenda Miejska Policji w Elblągu - Skarb Państwa (na podstawie art. 119 §1 i §2 pkt. 1 kpw w zw. z art. 121§1kpw i art. 630 kpk).