

ע"פ 61867/11/19 - מדינת ישראל נגד מוחמד אבו עיסא

בית המשפט המחוזי בחיפה

04 דצמבר 2019

עפ"ג 61867-11-19 מדינת ישראל נ' אבו עיסא(עציר)

לפני הרכב כבוד השופטים:

אברהם אליקים, סגן נשיא [אב"ד]

תמר נאות פרי

רונית בש

מדינת ישראל

המערערת

נגד

מוחמד אבו עיסא (עציר)

המשיב

פסק דין

השופטת רונית בש:

1. לפנינו ערעור המדינה על גזר דינו של בית המשפט השלום בחיפה (כב' השופטת הבכירה אורית קנטור) (להלן: בית משפט קמא), אשר ניתן ביום 06/11/19 ב-ת"פ 58019-08-19 בגדרו נגזר על המשיב עונש של מאסר בפועל למשך 6 חודשים ושבע מיום מעצרו (21/8/19) לצד עונש של מאסר על-תנאי לתקופה של 8 חודשים למשך 3 שנים לבל יעבור המשיב עבירה מסוג פשע לפי פקודת הסמים המסוכנים (להלן: גזר הדין).

רקע וכתב האישום

2. המשיב הורשע, על יסוד הודאתו בעובדות כתב האישום, בביצוע עבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים). על פי עובדות כתב האישום, ביום 21/8/19, סמוך לשעה 13:00, נמצא המשיב בחיפה כשהוא מחזיק על גופו בכיס מכנסיו השמאלי, שקית שהכילה 4 יחידות סם מסוכן מסוג הרואין במשקל כולל של 2.0529 גרם נטו; 9 יחידות של סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל נטו מחושב של $2.1312 + / - 0.3312$; 15 יחידות הרואין במשקל נטו מחושב של $14.7045 + / - 0.1785$ גרם; 4 יחידות הרואין במשקל כולל של 2.4888 גרם נטו וסם מסוכן חשיש במשקל 2.62 גרם נטו, וכל זאת שלא לצריכתו העצמית וללא היתר כדין.

גזר הדין

3. בגזר דינו עמד בית משפט קמא על הערכים החברתיים המוגנים שנפגעו מביצוע העבירה, על הנסיבות הקשורות בביצועה ועל מדיניות הענישה הנהוגה. אשר לערכים המוגנים שנפגעו, מנה בית המשפט קמא שורת ערכים, בהם הפגיעה בשלום הציבור, בהיות הסמים מחוללי פשיעה ופוגעים בגופם של אלו הצורכים אותם. בית משפט קמא קבע כי הפגיעה בערכים החברתיים היא בינונית, נוכח סוג הסם וכמותו. אשר לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, צוין כי הנאשם היה מבצע יחיד וכי עסקינן בסמים קשים אותם החזיק המשיב בכמויות הגבוהות עשרות מונים מהכמות המוכרת ככמות לצריכה עצמית. על יסוד האמור ותוך מתן הדעת למדיניות הענישה הנהוגה, קבע בית משפט קמא כי מתחם הענישה ההולם נע בין 9-18 חודשי מאסר בפועל.

בבחינת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ציין בית משפט קמא את הודאת המשיב בעובדות כתב האישום בהזדמנות הראשונה, כהווייתן, דבר המלמד על לקיחת אחריות מצדו, לצד החיסכון בזמן שיפוטי. עוד צוין כי לחובת המשיב הרשעות קודמות בעבירות דומות והוא אף ריצה עונשי מאסר אם כי הרשעתו האחרונה היא משנת 2005. עוד עולה מגזר הדין כי בעבר הועמד המשיב תחת צו מבחן בפיקוח שירות המבחן, אך נראה כי הליכי הגמילה לא עלו יפה. בית משפט קמא התחשב בעובדת היות המשיב נתון במעצר עד תום ההליכים, בתנאי מעצר הקשים מתנאי המאסר, במיוחד עבור מי שסובל מבעיות רפואיות קשות כדוגמת המשיב. בנקודה זו ציין בית משפט קמא כי הוצג בפניו תיעוד רפואי וממנו עולה, כי המשיב סובל מבעיות רפואיות קשות, לרבות גוש צווארי היכול להתאים למחלת הליפומה שאובחנה אצלו לפני מספר שנים.

בית משפט קמא ציין עוד כי, אומנם, לא הובאה בפניו אינדיקציה בדבר הליך שיקום שעבר המשיב שאף לא הופנה לקבלת תסקיר שירות המבחן. אולם, מתקיימות בענייננו נסיבות המצדיקות סטייה לקולה ממתחם העונש ההולם שנקבע, כאמור, על ידו, וזאת נוכח מצבו הרפואי של המשיב, ובהסתמך על פסק הדין שניתן בע"פ 5669/14 לופוליאנסקי נ' מדינת ישראל (29/12/15) (להלן: הלכת לופוליאנסקי) .

טענות הצדדים

4. בערעורה טוענת המדינה כי בית משפט קמא שגה עת שבחר לסטות ממתחם העונש ההולם שנקבע על ידו, וזאת משלא הוצגה בפניו כל אינדיקציה לשיקום המשיב. הוטעם כי המשיב לא הופנה לקבלת תסקיר שירות המבחן, אין טענה כי השתקם או כי בכוונתו להשתקם ובעברו- ניסיון שיקום שלא צלח. עוד ציינה המערערת את חומרת העבירה בה הורשע המשיב לצד עברו הפלילי והעובדה שריצה בשנת 2005 עונש של 12 חודשי מאסר בפועל בגין 3 תיקי סחר בסמים ובשנת 1982 ריצה עונש של 15 חודשי מאסר בפועל בגין 4 תיקים של עבירות של סחר בסמים. עוד נטען כי בפני בית משפט קמא הוצג אך מכתב מרופא משפחה מיום 31/10/19, שנערך בעת שהמשיב היה עצור ונחתם דיגטלית, מבלי שהרופא בדק את המשיב, ובו רשום: "ידוע על גוש צווארי מזה שנים...יכול להתאים לליפומה. נמצא במעקב כירורגי ברמב"ם ומועמד לניתוח". לטענת המערערת, טעה בית משפט קמא עת שאימץ באופן מוחלט את הסיכום הרפואי בעניין המשיב, אשר אינו מלמד על דחיפות או מצב רפואי חמור עד כדי סטייה מהמתחם. המערערת סבורה, כי סטייה ממתחם העונש ההולם נוכח מצבו הרפואי של המשיב מתעלמת מאינטרסים מוגנים אחרים כגון שלום הציבור והרתעת המשיב. נטען כי אין ללמוד גזירה שווה מעניין לופוליאנסקי לענייננו, שעה שהמשיב אינו חולה במחלה קשה המסכנת את חייו ובית משפט קמא מצא אותו כשיר לרצות עונש של מאסר בפועל, כך שלא היה מקום לסטות ממתחם העונש ההולם ולקצר את תקופת המאסר, מה גם ששב"ס ערוך לטפל באנשים חולים. בסיכומו של דבר, טענה

ב"כ המערערת בדיון לפנינו כי על עונשו של המשיב להיות בתוך טווח מתחם העונש ההולם גם אם ברף התחתון שלו. כאן ראוי לציין כי בהודעת הערעור טענה המערערת כי טעה בית משפט קמא משלא נעתר הן לבקשתה להורות על פסילת רישונו של המשיב מכוח סעיף 37 לפקודת הסמים המסוכנים והן לבקשתה להשית עליו קנס אם כי בדיון לפנינו לא שבה ב"כ המערערת ועתרה להשתת רכיבי הענישה הנ"ל.

5. ב"כ המשיב טען בדיון בפנינו כי מצבו הרפואי של נאשם, עוד לפני תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, היה שיקול רלוונטי במסגרת גזירת הדין. ב"כ המשיב הוסיף וטען, כי הלכת לופוליאנסקי מונה שיקולי צדק, לרבות טעמי בריאות, המצדיקים חריגה לקולה ממתחם העונש ההולם. לשיטת הסניגור, בית משפט קמא הפעיל כראוי את סמכותו החריגה מכוח הלכת לופוליאנסקי עת שסטה ממתחם העונש ההולם שנקבע נוכח מצבו הבריאותי הקשה של המשיב. הוטעם כי המשיב בן ה- 57 מתמודד עשרות שנים עם מצב בריאותי רעוע כאשר לפני 3 שנים התגלה בצווארו גוש הבולט לעין. ב"כ המשיב אישר כי אכן לא הובאו ראיות לעניין קיצור תוחלת חייו של המשיב כתוצאה מהמצב הרפואי הנ"ל בעטיו נתון המשיב במעקב. בד בבד נטען כי יש להפעיל הגיון בריא, כפי שנהג בית משפט קמא עת שהשית על המשיב מאסר קצר יותר במקצת מהרף התחתון של מתחם העונש ההולם שקבע, וזאת תוך מתן משקל למצבו הרפואי של המשיב הסובל ממגוון של מחלות. ב"כ המשיב מנה את תחלואי המשיב, תוך שציין כי הוא סובל 10 שנים מסוכרת שהסתבכה וכן סובל שנים רבות מברונכיטיס כרוני, מסינוסיטיס, מדיכאון ומהפטיטיס C. יוער, כי בדיון לפנינו הוגש, בהסכמת המערערת, מסמך רפואי נוסף בעניינו של המשיב שנערך ביום 28/11/19 ובו מצוינות המחלות השונות מהן סובל המשיב, אשר רובן המכריע אובחן אצלו מזה זמן רב, לרבות הגוש הצווארי שאובחן ביום 19/6/16 כממצא העשוי להתאים למחלת הליפומה. עוד עולה מהמסמך הנ"ל, כי המשיב צפוי לעבור בדיקת אולטרסאונד לעניין מצב הכבד והטחול שלו.

בנוסף, למצבו הבריאותי הקשה של המשיב, טען בא כוחו כי עברו הפלילי ישן וכן כי המשיב הודה בהזדמנות הראשונה, דברים שיש לזקוף לזכותו. בסיכומו של דבר, ביקש ב"כ המשיב להותיר על כנו את עונשו של המשיב, תוך החלת הלכת לופוליאנסקי בעניינו. לחילופין נטען, כי גם אם נפלה טעות בהנמקה בגזר הדין הרי שאין מקום לקבל את הערעור שכן ערכאת הערעור אינה ממצה את הדין ואין זהו המקרה בו צריך להחמיר בדיון של המשיב.

דיון

6. האם היה מקום מכוח הלכת לופוליאנסקי לסטות לקולה בגזר הדין בעניינו של המשיב ממתחם העונש ההולם, מטעמי צדק הנעוצים במצב בריאותו? זו השאלה העומדת להכרעה בערעור זה. אשיב כבר עתה ואציין כי התשובה לשאלה הנ"ל היא שלילית, וזאת כפי שיובהר ויפורט להלן.

7. בית המשפט העליון קבע בהלכת לופוליאנסקי באופן ברור כי "בבוא בית המשפט לשקול חריגה מטעמי צדק ממתחם העונש ההולם, שומה עליו לאזן בין טעמי הצדק המצדיקים חריגה מן המתחם לבין חומרת המעשים שבהם הורשע הנאשם", וכן נקבע כי, מטעמי צדק, בשל מצבו הרפואי של נאשם, ניתן לסטות לקולה מהמתחם לאחר בחינה "אם עונש של מאסר בפועל עלול לסכן את חייו של מי שהורשע בדיון או לקצר בצורה ניכרת את תוחלת חייו", תוך שקילה מנגד של "חומרת המעשים שבהם הורשע" (שם, פסקה 221). עוד נקבע בפסק הדין הנ"ל כי "גם נאשם החולה במחלה קשה, או כזה שהמאסר יסב לו סבל רב וייחודי, עלול להישלח לשאת בעונש מאסר בפועל, מאחורי סורג

ובריח. הדברים נכונים גם כאשר עסקינן במי שמצבו הבריאותי רעוע" (פסקה 222). ומהתם להכא: במקרה זה ניתן להגדיר את מצבו הבריאותי של המשיב כרעוע, שכן הוא סובל ממגוון רב של מחלות, לרבות ממחלת הליפומה שאחד מהתסמינים המאפיינים אותה הוא הגוש הגדול שהתגלה בצווארו של המשיב בשנת 2016. עם זאת, לא הובאה בפנינו, אף לא במסמך הרפואי העדכני מיום 28/11/19, כל ראיה לכך שעונש של מאסר בפועל עשוי לסכן את חייו של המשיב או להביא לקיצור ממש של תוחלת חייו, בשל מחלותיו, כנדרש על פי הלכת לופוליאנסקי, מה גם שמחלת הליפומה, לרבות הגוש בצווארו של המשיב, אובחנו כבר לפני פרק זמן ניכר של שלוש שנים ואין כל אינדיקציה לכך שהמשיב מצוי בשל כך בסכנת חיים ממשית. זאת ועוד, בית המשפט העליון קבע בפסיקתו כי "הנחת המוצא היא שגורמי הרפואה בשירות בתי הסוהר ערוכים לטפל באסירים במצבים רפואיים שונים, כולל מצבים רפואיים שאינם פשוטים, וחזקה היא שהאסיר יקבל את הטיפול הרפואי לו הוא נזקק בין כתלי בית הסוהר" (רע"פ 1076/16, חיים כהן נ' מדינת ישראל (11.2.2016) וכן ראו: הלכת לופוליאנסקי, פסקה 222). כאן ראוי להוסיף כי בית משפט קמא, חרף מצבו הרפואי של המשיב, מצא לנכון להשית עליו עונש של מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח, ולא נמנע לחלוטין משליחתו למאסר של ממש.

8. בנסיבות אלו, לא היה מקום, בהסתמך על הלכת לופוליאנסקי, לסטות לקולה ממתחם העונש ההולם בשל מצבו הבריאותי הקשה של המשיב. מצב זה אינו מקנה למשיב פטור מעונש של מאסר בפועל ההולם את חומרת העבירה בה הורשע, והמצוי בטווח של מתחם העונש ההולם שנקבע ע"י בית משפט קמא. כאן ראוי להדגיש כי המשיב הורשע, כאמור, בעבירה של החזקת סמים מסוכנים, שניתן להגדיר את רובם כ"סמים קשים", וזאת בכמויות בלתי מבוטלות, שלא לצריכה עצמית בלבד, כאמור בכתב האישום שעובדותיו פורטו לעיל.

9. עם זאת, נסיבותיו האישיות של המשיב שבראשם מצבו הרפואי הקשה, וכן הודאתו בהזדמנות הראשונה בעובדות כתב האישום וחלוף הזמן מאז הורשע לאחרונה בדין, כל אלו מצדיקים הטלת עונש של מאסר בפועל על המשיב ברף התחתון של מתחם העונש ההולם שנקבע ע"י בית משפט קמא, באופן שהמשיב יישא בעונש של מאסר בפועל לתקופה של 9 חודשים, בניכוי ימי מעצרו. כאן אציין כי, לדידי, אין מקום, נוכח הנסיבות הנ"ל שאינן קשורות בביצוע העבירה, להוסיף לרכיבי הענישה שהושתו על המשיב גם רכיב של פסילת רישיון הנהיגה שלו ורכיב של קנס כספי, מה גם שבאת כוח המערערת לא שבה ועתרה בדיון לפנינו להשיתם על המשיב.

10. בסיכומי של דבר, אני מציעה לחברי להרכב לקבל את ערעורה של המערערת ולהחמיר בדינו של המשיב, באופן שחלף המאסר בפועל שהושת עליו בגזר הדין, יושת מאסר בפועל לתקופה של 9 חודשים, בניכוי ימי מעצרו (מיום 21/8/19), וזאת לצד רכיב המאסר המותנה שהושת בגזר הדין שיישאר על כנו.

ר. בש, שופטת

השופט אברהם אליקים, סגן נשיא [אב"ד]:

אני מצטרף לכל האמור בחוות דעתה של חברתי השופטת בש.

עמוד 4

בגזר הדין של בית משפט קמא נפלה טעות והוא סוטה מהאמור בתיקון 113 לחוק העונשין ויש בכך כדי לפגוע בשוויון בפני החוק. משקבע בית משפט קמא כי מתחם העונש ההולם נע בין 9 חודשים לבין 18 חודשי מאסר בפועל, לא ניתן להחיל על המשיב דין אחר, מצבו הרפואי אינו מצדיק סטייה מהמתחם בהתאם להלכות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון.

ואזכיר כי ביום 21.8.2019 מועד ביצוע העבירות החמורות מצבו הרפואי של המשיב היה כמצבו היום, כך שאין כל הצדקה לתת לו חסינות מפני ענישה הולמת לפי עקרון ההלימה כיאה למי שבוחר להחזיק כמויות גדולות של סמים ומסוגים שונים למרות מצבו הרפואי.

לטעמי עבירותיו של המשיב חמורות מאוד ורק משום שערכאת הערעור אינה ממצה את הדין, ניתן להסתפק ב-9 חודשי מאסר בלבד.

**א. אליקים,
שופט
סגן הנשיא
[אב"ד]**

השופטת תמר נאות פרי:

הוראות סעיף 40ד לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**החוק**") מאפשרות סטייה ממתחם הענישה שנקבע רק משיקולי שיקום.

הובעה בעבר ביקורת לגבי האמור וקריאה לאפשר סטייה מהמתחם גם משיקולים נוספים, וראו לדוגמא את מאמרו של פרופ' אורן גזל-איל, "חריגה ממתחם העונש ההולם", **ספר דורית ביניש** (2018), עמ' 539, מעמ' 561 ואילך, שם מובאות דוגמאות למקרים בהם מן הראוי לשקול סטייה מהמתחם אף שלא משיקולי שיקום ומוצע לקבוע כי ניתן לסטות מהמתחם גם משיקולי צדק במקרים מיוחדים, במיוחד שעה שהם "גובלים" בשיקולי שיקום.

בפסק הדין בעניין אורי לופוליאנסקי (ע"פ 5669/14 **לופוליאנסקי נ' מ"י** (29.12.2015)), פסקאות 196-225 (להלן: "**עניין לופוליאנסקי**"), הוכרה האפשרות לסטות ממתחם העונש מטעמי צדק, אך רק במקרים חריגים ומיוחדים בהם יש בסיס לסבור כי ענישה של מאסר בפועל תגרום להחרפה משמעותית מיידית במצב הרפואי של הנאשם או שתחיש את מותו (או אף, חלילה, תגרום למותו). באותו המקרה - חשש שכזה הודגם ונתמך בחוות דעת מקצועית מתאימה - ולכן בית המשפט נכון היה לסטות משמעותית ממתחם העונש ולהורות על מאסר קצר בעבודות שירות חלף מאסר ממושך בפועל, כמתחייב על פי הרף התחתון של המתחם שנקבע שם, וראו את האמור בפסקה 221 שם:

"בבוא בית המשפט לשקול חריגה מטעמי צדק ממתחם העונש ההולם, שומה עליו לאזן בין

טעמי הצדק המצדיקים חריגה מן המתחם לבין חומרת המעשים שבהם הורשע הנאשם [..] יש לבחון אם עונש של מאסר בפועל עלול לסכן את חייו של מי שהורשע בדין או לקצר בצורה ניכרת את תוחלת חייו, ולהביא מנגד, כאמור, את חומרת המעשים שבהם הורשע. תוצאת איזון זה עשויה להיות שליחתו של הנאשם לעונש מאסר בפועל הנמוך מתחתית מתחם הענישה שנקבע; או הימנעות מהשתת מאסר בפועל, גם מקום שבו 'רצפת' מתחת העונש ההולם כוללת עונש מאסר בפועל".

בהמשך, ברוב המקרים בהם העלו נאשמים את הטענה לפיה על סמך ההלכה **שבעניין לופוליאנסקי** יש לסטות בעניינם מטה, אל מתחת לרף התחתון של המתחם, מחמת מחלות ומגבלות מהן הם סובלים - הטענה נדחתה. כלומר, ברוב המקרים נקבע כי המצב של הנאשם הספציפי אינו כה חמור עד כדי שיש לסטות בעניינו מהכלל, נקבע כי יש צורך בהצגת חוות דעת רפואית לגבי הסכנה המוחשית לחייו ובריאותו של הנאשם, נקבע כי במתקני שב"ס קיים מענה הולם ומקצועי לבעיות רפואיות של אסירים הסובלים למרבה הצער ממחלות, כולל מחלות קשות ולכן, על פי כלל, מצב רפואי קשה יכול להשפיע על העונש בתוך המתחם (מכוח סעיף 40א(1)) אך לא אל מחוצה לו (וראו לדוגמא את המקרים הבאים - רע"פ 7773/16 **חננאל נ' מ"י** (26.10.2016); רע"פ 1076/16 **כהן נ' מ"י** (11.02.2016), שהזכירה חברתי השופטת בש בחוות דעתה, ואף נקבע ברע"פ 5308/18 **ג'בארין נ' מ"י** (18.07.2018) כי "הפתח" שנפתח בפסק הדין **בעניין לופוליאנסקי** - "פתח צר הוא").

עם זאת קיימים גם מקרים בהם מכוח ההלכה **שבעניין לופוליאנסקי** - בתי המשפט מצאו לנכון מטעמי צדק הקשורים במצב רפואי לסטות אל מתחת לרף התחתון של מתחם העונש כפי שנקבע - בין אם בכך שנגזרו מאסרים קצרים מהרף התחתון ובין אם בכך שהושתו מאסרים לריצוי בעבודות שירות חלף מאסר בפועל למרות שנקבע כי הרף התחתון צריך לכלול מאסר בפועל או מאסר לתקופה העולה על התקופה שניתנת לריצוי בעבודות שירות (וראו לדוגמא את הדיון לגבי גזר דינו של הנאשם לגזיאל שעניינו נדון בע"פ 4506/15 **צבי בר נ' מ"י** (11.12.2016), עמ' 148 ואילך; ע"פ 3259/15 **ברק נ' מ"י** (30.03.2016); רע"פ 3182/16 **ליטן נ' מ"י** (23.05.2016); רע"פ 3337/18 **ביליק נ' מ"י** (15.05.2018) וקיימים עוד).

במקרה הנוכחי, לא היה די בתיעוד הרפואי שהוצג בבית המשפט קמא כדי לבסס את הסברה כי מאסר בפועל עלול לסכן את חייו של המשיב או כדי להביא להחמרה אקוטית במצבו, שכן לא הוצגה חוות דעת רפואית מתאימה.

לכן, נפלה שגגה בהנמקה של כבוד בית המשפט קמא את גזר דינו.

עם זאת, בשונה מחברי להרכב, איני סבורה שיש מקום לקבל את הערעור ולהוסיף לתקופת המאסר שהושתה על המשיב, בשלב זה, במסגרת הערעור, 3 חודשי מאסר נוספים.

ראשית, אמנם לא הוצגה חוות דעת בפנינו גם במסגרת הערעור, אך הוגש מסמך רפואי ממנו עולה כי המצב הרפואי החמיר במהלך המאסר עד כה.

שנית, המשיב הסביר במהלך הדיון כי הוא אמור לעבור הליך רפואי שיש צורך לבצע בזמן הקרוב להסרת הגידול המאסיבי הנראה לעין מצווארו, וכי עקרונית ניתן לבצע אותו במתקן שב"ס אלא שנאמר לו "שיחכה עד שיצא" היות והוא אמור היה לסיים לרצות את מאסרו מחר. אין בפנינו מידע ונתונים לגבי השאלה אם יספיק המשיב לבצע את הניתוח במהלך שלושת החודשים הנוספים שאותם ירצה לו יתקבל ערעור המדינה, אך מהתיעוד עולה כי יש חשיבות לביצוע הניתוח. בית המשפט אינו מומחה רפואי וללא חוות דעת מקצועיות מתאימות לא ניתן להגיע למסקנות ברורות, אך לא נתן להתעלם מהתיעוד, ממראהו של המשיב ומהדברים שמסר בבית המשפט.

שלישית, וכאן הוא העיקר - שיש לבחון את המקרה בעיני ערכאת הערעור, אשר אינה ממצה את הדין ואינה גוזרת מחדש את עונשו של הנאשם. כערכאת ערעור, עמדתי היא כי זהו אינו המקרה שמן הראוי להתערב בעונש על דרך החמרה ולהוסיף שלושה חודשי מאסר למשיב אשר ניצב בפניו. זאת, נוכח מצבו הרפואי, אשר היה קשה במועד גזירת הדין ולדבריו עוד החריף, ונוכח העובדה כי הערעור נשמע שלושה ימים לפני שהמשיב היה אמור להשתחרר ופסק דין זה ניתן יום לפני השחרור המיועד.

כבר נקבע בפסיקה כי כל עוד אין בעונש שהושת משום סטייה קיצונית מרמת הענישה הראויה אין מקום להתערב בו (ע"פ 9402/17 מ"י נ' פלוני (18.9.2016)) - ובנסיבות, ההבדל בין עונש בן 6 חודשי מאסר בפועל לבין 9 חודשי מאסר - אינו מלמד על "סטייה קיצונית" שכזו. בנוסף, אף נפסק כי ערכאת הערעור בוחנת, בראש ובראשונה, את התוצאה העונשית הסופית, וגם אם נפלה שגגה באופן הפעלת מנגנון הבניית שיקול הדעת שעוגן בהוראות תיקון 113 לחוק, אין בכך כדי לחייב בהכרח קבלת ערעור כאשר התוצאה העונשית כשלעצמה אינה מחייבת התערבות (ע"פ 8109/15 אביטן נ' מ"י, פסקה 8 (9.6.2016)).

לכן, הגם שאני מסכימה עם עיקר עמדתם של חברי להרכב, והגם שיתכן ונפלה שגגה לגבי יישום הוראות תיקון 113 לחוק מטעם בית המשפט קמא הנכבד, והגם שכעקרון - טיעון רפואי חייב לסמוך על תיעוד רפואי ממצה - עמדתי היא כי אין מקום לקבל את הערעור במקרה זה.

**ת. נאות-פרי,
שופטת**

הוחלט ברוב דעות לקבל את ערעורה של המערערת ולהחמיר בדינו של המשיב, באופן שחלף המאסר בפועל שהושת עליו בגזר הדין, יושת מאסר בפועל לתקופה של 9 חודשים, בניכוי ימי מעצרו (מיום 21/8/19), יתר מרכיבי גזר הדין יישארו ללא שינוי.

ניתן היום, ו' כסלו תש"פ, 04 דצמבר 2019, בנוכחות ב"כ המערערת עו"ד שונית קדם נימצן, ב"כ המשיב

עו"ד ורדה לב, אחותו של המשיב והמשיב באמצעות השב"ס.

ה. בש, שופטת

ת. נאות-פרי,
שופטת

א. אליקים, שופט
סגן הנשיא
[אב"ד]