

## ע"פ 2487/18 - ישעיהו ריזקאן נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2487/18

לפני: כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: ישעיהו ריזקאן

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בתפ"ח 10663-02-15 (כב' השופטים מ' דיסקין, ר' בן-יוסף ו' יעקובוביץ)

בשם המערער: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד ימימה אברמוביץ'

בשם המשיבה: עו"ד סיגל בלום

**פסק-דין**

עמוד 1

מהותה של עבירת האינוס במרמה היא שעומדת במרכז ערעור זה. המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו במספר עבירות של אינוס ושל מעשה מגונה, ונדון לשמונה שנות מאסר בפועל (תפ"ח 10663-02-15, כב' השופטים מ' דיסקין, ר' בן-יוסף וש' יעקובוביץ). בערעור זה הוא משיג הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין.

רקע עובדתי

1. ההשתלשלות העובדתית בתיק זה תוארה בהרחבה בהכרעת הדין של בית המשפט המחוזי. רובה אינה עומדת במחלוקת במסגרת ערעור זה, למעט סוגיות נקודתיות בה שעליהן יורחב בהמשך.

המערער, בן 61 במועד ביצוע העבירות, הוא רב בקהילה חרדית בבית כנסת בבני ברק, הידוע גם כמקובל. הלה הורשע בביצוע שלוש עבירות של אינוס בהסכמה שהושגה במרמה לגבי מהות המעשה על-פי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, וארבע עבירות של מעשה מגונה על-פי סעיף 348(א) לחוק העונשין, בנסיבות אינוס במרמה לגבי מהות המעשה על-פי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, כל אלו בארבעה אירועים שונים. קרבן העבירות (להלן: הנפגעת), בת 17 במועד ביצוע העבירות, היא בת למשפחה חרדית הנמנית על החצר שבראשה עמד המערער. לפני ביצוע העבירות, הנפגעת מעולם לא קיימה יחסי מין, ולדבריה, אף מעולם לא למדה על טיבם או משמעותם של יחסי מין. היא כלל לא נהגה לשוחח עם גברים. כך, כמקובל בחברה שאליה היא משתייכת - נתון המוסכם על שני הצדדים.

הנפגעת הכירה את המערער כרב של משפחתה, דמות שהוריה נוהגים להתייעץ איתה בכל שאלה ולפעול לפי הנחיותיה בכל עניין. נוכחותו בחייה האישיים נעשתה דומיננטית יותר כאשר המערער יזם פגישה עימה ועם הוריה על מנת לדון בשידוכה לבנו שעמד להתגרש, ובהמשך ביקש ממנה לבוא לביתו לצורך ביצוע עבודות ניקיון בתשלום. באחד מהימים שבהם הייתה בביתו לצורך ניקיון, המערער נתן לנפגעת מכתב שכינה "מכתב מהשמיים", שבו סיפר לה שחלם שהיא אשתו המיועדת לו מהשמיים, והורה לה לספור "שבעה נקיים", לטבול בים ולבוא אליו כאשר היא טהורה. הנפגעת פעלה כפי שהורה לה והגיעה לבית הכנסת של המערער, שם הוא הוביל אותה למחסן. הוא חיבק אותה, נשק לה, אמר לה מילות אהבה, כאשר הוא יושב על כיסא והיא ישובה על ברכיו. לאחר מכן, הוא הורה לה להתפשט, לשכב על מזרון שנמצא במחסן ולמרוח משחה באיבר מינה. היא חששה ושאלה מספר פעמים האם לעשות כן, אך הוא עודד אותה עד אשר נעתרה לו. המערער כיבה את האור, נשכב על הנפגעת וניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה, תוך שהסב לנפגעת כאבים. הוא הגיע לפורקנו. בסיום, הוא הורה לנפגעת להגיע לביתו כעבור מספר ימים.

הנפגעת הגיעה לביתו של המערער במועד שנאמר לה. המערער הוביל אותה לחדר השינה, ישב על המיטה והושיב אותה עליו, חיבק אותה, מישש את גופה ונישקה בשפתיים. לאחר מכן, הוא הורה לה להתפשט, להיכנס למיטה ולמרוח משחה באיבר מינה. המערער נשכב על הנפגעת והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. הנפגעת שאלה אותו "מה זה בכלל ולמה עושים את הדברים האלה", והוא ענה לה שככה נכנסים להיריון, ושהוא רוצה ממנה זוג תאומים. בסיום, המערער מסר לנפגעת ספר העוסק בדיני טהרה, והורה לה לקרוא בו ולבוא אליו שוב כעבור מספר ימים.

הנפגעת הגיעה לפגוש את המערער בבית הכנסת במועד שנאמר לה. המערער הכניס אותה לחדר הסמוך לעזרת הנשים. הוא אמר לה שמאחר שלא באה מוקדם "אנחנו לא נספיק", אבל "חיבוק ונישוק אפשר". הוא נעל את הדלת ואז הרים את חולצתה של הנפגעת, מישש את גופה, ונישק את חזה ואת פיה. יצוין כי אירוע זה, שבגינו הורשע המערער בעבירה של מעשה מגונה בנסיבות אינוס במרמה, לא מופיע בכתב האישום, והרשעת המערער בו נעשתה בהתאם לסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. בסיום, המערער הורה לה פעם נוספת לבוא אליו כעבור מספר ימים.

בהמשך, משקיבלה הנפגעת את המחזור החודשי, היא העבירה למערער פתק באמצעות אביה, שבו כתבה כי בהיותה "טמאה" לא תוכל לבוא אליו כפי שביקש. לאחר מספר ימים, המערער התקשר אל הנפגעת מהטלפון בביתו והזמינה אליו. כאשר היא הגיעה, הוא הורה לה לשוב ולספור "שבעה נקיים", לטבול בים ואז לבוא אליו. הנפגעת הלכה לים אך לא טבלה כי חששה. כאשר הגיעה אל המערער וסיפרה לו כי לא טבלה בים, הוא אמר לה "שהוא יעשה גורל מה רצון שמיים בעניין". הוא כתב שני פתקים, ערבב אותם ואמר לה לבחור פתק; בפתק היה כתוב שרצון שמיים שיהיו ביחד "למרות המצב". באותו מעמד הורה המערער לנפגעת לחתום על מסמך שלפיו היחסים ביניהם הם בהסכמתה, והיא עשתה כן. לאחר מכן, הוא הוביל אותה לחדר השינה, שם חיבק ונישק אותה על השפתיים ועל החזה, מישש את גופה ואמר לה למשש את שלו. בהמשך, הם נכנסו למיטה מתחת לסדין, כאשר הנפגעת עטופה בחלוק שהמערער נתן לה. המערער שכב מעליה, ולאחר שהנפגעת מרחה משחה באיבר מינה לבקשתו, הוא החדיר את איבר מינו לאיבר מינה. הנפגעת אמרה למערער מספר פעמים שכואב לה ושאלה אותו מה הוא עושה, והוא אמר לה שהוא מנסה לקרוע את הקרום שלה. הוא אף החדיר את אצבעו לאיבר מינה לשם כך, חייך ואמר לה: "הצלחנו קצת".

העבירות שבהן הורשע המערער התרחשו אפוא בארבעה אירועים שונים: האירוע במחסן של בית הכנסת (להלן: האירוע הראשון); האירוע הראשון בביתו (להלן: האירוע השני); האירוע בעזרת הנשים של בית הכנסת (להלן: האירוע השלישי); והאירוע השני בביתו (להלן: האירוע הרביעי).

לשאלת בית משפט קמא מדוע הסכימה למעשים שתוארו, השיבה הנפגעת כי המערער אמר לה, לפני האירוע הראשון ולאחר מכן במספר הזדמנויות שונות, כי יש עליה "גזירה של מוות" וכי "החיבור" ביניהם מציל אותה. זאת, על בסיס חלום שחלם לדבריו, שבו הוא ראה אותה לבושה בשמלת כלה וקטועת ראש. הנפגעת הוסיפה כי כאשר היא לא רצתה לקיים עימו יחסי מין, הוא אמר לה שהוא מפחד שיקרה לה משהו אם היא לא תעשה זאת, ולכן הסכימה למעשיו מתוך פחד. כפי שיפורט להלן, בערעור מעלה המערער טענות לעניין העיתוי והבהירות של האמירות בעניין "גזירת המוות". עוד עמדה הנפגעת על הכוח שיש למערער עליה, ועל האמון העיוור והמוחלט שנתנה בו, לנוכח מעמדו כרב של משפחתה ושל קהילתה.

הכרעות בית המשפט המחוזי

2. בהליך בבית משפט קמא הכחיש המערער את כל המעשים המיוחסים לו, בניגוד לעמדתו בהליך שלפניו שתוצג בהרחבה בהמשך. הוא גרס בערכאה קמא כי הוא מכיר את הנפגעת באופן עקיף בלבד ומעולם לא היה איתה ביחידות, וכי מקורה של התלונה בעלילת שווא שרקמו הורי הנפגעת נגדו.

בית המשפט המחוזי מצא כי עדות הנפגעת אמינה ומהימנה; גרסתה קוהרנטית ואינפורמטיבית, וניכרים בה אותות אמת לכל אורכה - באופן התנסחותה והתבטאותה, בהבעות פניה ובתגובותיה. גם עדויות הוריה של הנפגעת נמצאו אמינות ומהימנות. עוד נקבע כי אין סתירות מהותיות בין דבריה של הנפגעת לבין דבריהם של עדי התביעה האחרים, ושאין בסתירות שוליות, אף אם ישנן כאלו, כדי לפגוע באמינות עדותה של הנפגעת. לעומת זאת, הכחשת המערער נמצאה כוזבת, עדותו הוגדרה בלתי אמינה, וטענתו בדבר עלילת השווא הוכרזה כבלתי סבירה ובלתי מתקבלת על הדעת.

על כן, הרשעתו של בית המשפט המחוזי את המערער בעבירות שיוחסו לו התבססה על עדות הנפגעת; על עדות הוריה בעניין סמכותו ומעמדו של המערער ובעניין סיפור החלום שחלם על הנפגעת וגזירת המוות שבידו להציל אותה ממנה; ועל ראיות אובייקטיביות (ספר "תורת הטהרה" ותמונות חדר השינה של המערער והמחסן בבית הכנסת). חיזוק לעדות הנפגעת מצא בית המשפט בעדויות של הוריה ושל רבנית מקרב הקהילה שבפניה סיפרה את הדברים (להלן: הרבנית) בעניין מיידיות התלונה של הנפגעת ובעניין מצבה הנפשי הקשה תוך כדי האירועים ובעקבותיהם. בית המשפט ציין כי בהתאם לסעיף 54א(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, היות שעסקינן בעבירות מין ובשים לב לכך שהנפגעת הייתה בגירה בעת מתן עדותה, ניתן לבסס את הרשעת המערער על בסיס עדות הנפגעת בלבד, וכי די בקביעת המהימנות כדי למלא את חובת ההנמקה הנדרשת בהרשעה על בסיס עדות יחידה, כך שהראיות הנוספות הן בבחינת למעלה מן הצורך.

על רקע האמור, בית המשפט המחוזי פסק כי מתקיים היסוד העובדתי הנדרש לעבירות האינוס ("בעילה"), היסוד הנפשי הנדרש לעבירות המעשה המגונה ("מעשה לשם גירו, סיפוק או ביזוי מיניים").

3. בית המשפט המחוזי, מפי כב' השופט ר' בן-יוסף ובהסכמת כב' השופטות מ' דיסקין ושי'עקובוביץ, הרחיב על פרשנות היסוד של "מרמה לגבי מהות המעשה" המצוי בשתי העבירות - הוא היסוד שבמחלוקת בערעור דנן. לפי ההלכה הפסוקה (ע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל (25.5.2009) (להלן: עניין פחימה)), מרמה כזו מתרחשת באחד משני סוגי מקרים: כאשר הקרבן אינה מבינה כלל כי מדובר במעשה מיני (להלן: הקבוצה הראשונה); או כאשר הקרבן מבינה כי מדובר במעשה מיני, אך היא חושבת שהמעשה תחום במהות אחרת, כגון מהות טיפולית, אמנותית או מיסטית (להלן: הקבוצה השנייה). בענייננו, בית המשפט המחוזי פסק כי הנפגעת כלל לא הבינה שהמעשים הם מעשים מיניים, כך שהמקרים נכנסים לקבוצה הראשונה. לחלופין, בית המשפט המחוזי קבע כי אף אם הנפגעת הבינה בחלוף הזמן כי מדובר במעשים מיניים, היא סברה שהם תחומים במהות דתית-רוחנית, והסכימה להם מאחר שחשבה שמטרתם להציל אותה מגזירת מוות, כך שלכל היותר המקרים נכנסים לקבוצה השנייה.

לנוכח האמור, בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי מתגבשים כל יסודות העבירה של אינוס במרמה, והרשיע את המערער בעבירה זו בשלושה מקרים, וכן מתגבשים כל יסודות העבירה של מעשה מגונה בניסבות אינוס במרמה, והרשיע את המערער בעבירה זו בארבעה מקרים.

בגין כל העבירות האמורות, הוטלו על המערער עונש מאסר בפועל למשך שמונה שנים ושני עונשי מאסר על

תנאי, והוא חויב בתשלום פיצוי בסך 100,000 ש"ח לנפגעת.

#### טענות הצדדים

4. בניגוד לגרסתו בבית המשפט המחוזי, בערעור זה המערער אינו חולק על קרות האירועים המתוארים. עיקר ערעורו נוגע להרשעתו בעבירות של אינוס ושל מעשה מגונה במרמה ולפרשנות המונח "מרמה לגבי מהות המעשה". המערער משיג על הקביעה כי הנפגעת לא ידעה כי המעשים שבוצעו בה הם מעשים מיניים, ועל הקביעה כי הנפגעת הסכימה למעשים בשל טענה כוזבת שהציג לה המערער כי יש עליה "גזירת מוות". על כן, לטענת המערער, המקרה אינו נופל תחת הקבוצה הראשונה או השנייה של מרמה לגבי מהות המעשה. מאחר שרק מקרים הנופלים תחת קבוצות אלו נחשבים למרמה לפי ההלכה הפסוקה, והיות שלשיטתו אין חולק כי הנפגעת הסכימה למעשים שבוצעו בה, אין להרשיעו בעבירות של אינוס ושל מעשה מגונה במרמה.

לחלופין, אף אם הכרעת הדין תיוותר על כנה, המערער טוען כי יש מקום להקל בעונשו, מאחר שבית המשפט המחוזי לא נתן משקל ראוי למספר שיקולים לזכותו, והואיל ובקביעת מתחם הענישה בעניינו, בית המשפט הסתמך על פסיקה שנגעה למקרים חמורים יותר. יצוין כי תחילה השיג המערער גם על חיובו בפיצוי הנפגעת בסכום של 100,000 ש"ח, אולם בדיון הודיע בא-כוחו כי הוא חזר בו מהערעור על רכיב זה של העונש.

המשיבה, מצידה, סומכת ידה על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי. לטענתה, אין מקום להתערב בקביעות בית משפט קמא כי הנפגעת לא הבינה את המשמעות המינית של המעשים שהמערער ביצע בה; וכי סיפור החלום ומצג גזירת המוות הוצגו לנפגעת לפני האירוע הראשון ולאורך כל התקופה הרלוונטית, והיא הסכימה למעשים המיניים בעקבותיהם. המשיבה גורסת כי אלו הן קביעות עובדתיות שמבוססות על מהימנות, שבאופן עקרוני אל לערכאת ערעור להתערב בהן; וכי לגופו של עניין, הקביעות נכונות. על כן, לעמדת המשיבה, יש לדחות את ערעור המערער בנוגע להכרעת הדין, ולהותיר על כנה את הרשעתו בכל העבירות של אינוס ושל מעשה מגונה במרמה.

לעניין גזר הדין, המשיבה טוענת כי העונש שהוטל על המערער הוא מידתי, ושבית המשפט המחוזי התחשב בנסיבות לזכותו כאשר מיקם את עונשו באמצע המתחם ולא בחלקו העליון, על-אף חומרת המעשים, הכחשת המערער ותסקיר המבחן השלילי.

#### דיון והכרעה: הכרעת הדין

5. תחילה - לממצאים העובדתיים שנקבעו על-ידי בית משפט קמא. כזכור, המערער הסתייג מהם בערכאה קמא, ומסתייג מהם באופן שונה בפנינו. בבית המשפט המחוזי הוא מסר כי בקושי הכיר את הנפגעת ולא קיים איתה יחסי מין, ולפנינו הוא טוען כי יחסי המין בין השניים התקיימו בהסכמת הנפגעת, וזו לא ניתנה עקב מרמה. ביחס לכך נעיר שתיים: ראשית, יצוין הכלל הידוע כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים העובדתיים ובממצאי המהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, שלה היתרון במלאכה זו, מכיוון שהיא רוקה היא רואה ושומעת את העדים ומתרשמת מהם באופן ישיר (ראו, למשל: ע"פ 6577/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 52 לפסק דינו של השופט א' עמוד 5

שהם (28.11.2013)). בית משפט קמא נימק היטב ובצורה משכנעת את הבסיס לממצאים שקבע. כך בפרט ביחס להתרשמותו מהנפגעת ומהמערער, וכך ביחס לעדויות המחזקות השונות. שנית, כאמור, למעשה בערכאה זו זנח המערער את הגרסה שלפיה בקושי הכיר את הנפגעת ולא קיים איתה יחסי מין, וכעת הוא טוען כי יחסי מין אלו התקיימו בהסכמתה, שעה שלא התגבש היסוד של מרמה לגבי מהות המעשה. הואיל והערעור מתרכז בסוגיית האינוס במרמה והמערער, בפועל, לא מסר גרסה עובדתית אחרת אלא מקבל את סיפור הנפגעת ללא החלקים העובדתיים שמובילים למרמה, ייתכן כי בכל מקרה היה מקום להרשיע את המערער לכל הפחות בעבירה לפי סעיף 346 לחוק העונשין בשל ניצול יחסי התלות ביניהם. ברם, אין צורך לקבוע מסמרות בנדון ונצמיד את הדיון לבסיס המשפטי שעליו שעונה ההרשעה בבית המשפט המחוזי - הלוא הוא עבירת האינוס במרמה (סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין).

בהקשר זה יצוין כי עצם שינוי קו ההגנה של המערער בערעור, והצגת גרסה אחרת לאירועים מצידו, אינם כשלעצמם מצדיקים את דחיית טענותיו. כך, משום שעל מנת להרשיעו, ערכאת הערעור מחויבת לבחון האם התקיימו כל יסודות העבירות שבהן הוא מואשם, ללא תלות בלעדית בגרסתו (לדיון נרחב על אודות שינוי קו ההגנה ראו: ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 183-146 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (10.11.2011); ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל, פס' 33 לפסק דיני (11.11.2012)).

נבחן אפוא את טענות המערער ביחס לאי התקיימות היסוד של "מרמה לגבי מהות המעשה", שנדרש להרשעתו הן בעבירות האינוס והן בעבירות המעשה המגונה.

המסגרת הנורמטיבית

6. המערער הורשע בביצוע שלושה מעשי אינוס לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, שזוהי לשונו:

345. (א) הוועל אשה -

...

(2) בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה;

...

הרי הוא אונס ודינו - מאסר שש עשרה שנים.

כן הורשע המערער בביצוע ארבעה מעשים מגונים לפי סעיף 348(א) לחוק העונשין, שזוהי לשונו:

348. (א) העושה מעשה מגונה באדם באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345(א)(2) עד

(5), בשינויים המחוייבים, דינו - מאסר שבע שנים.

העבירה של אינוס במרמה היא אחת מהחלופות לעבירת האינוס. ניתן לומר כי החלופה הראשונה - בעילת אשה "שלא בהסכמתה החופשית" (סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין) - היא מעין בניין-אם שמראה את המאפיין המשותף לכל החלופות. באין הסכמה חופשית מטעם האישה - נעברה עבירת אינוס. כך עולה מהחלופות האחרות, המהוות גם הן אינוס: בעילת אשה "כשהאשה היא קטינה שטרם מלאו לה ארבע עשרה שנים, אף בהסכמתה" (סעיף 345(א)(3));

עמוד 6

"תוך ניצול מצב של חוסר הכרה בו שרויה האשה, או מצב אחר המונע ממנה לתת הסכמה חופשית" (סעיף 345(א)(4)); או "תוך ניצול היותה חולת נפש או לקויה בשכלה, אם בשל מחלתה או הליקויה בשכלה לא היתה הסכמתה לבעילה הסכמה חופשית" (סעיף 345(א)(5)). וכך, גם בחלופה הרלוונטית לענייננו - בעילת אשה "בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה" (סעיף 345(א)(2)). עמדת המחוקק היא שהסיפא של חלופה זו מעידה כי הסכמת האישה לאו הסכמה היא. בכך דומה חלופה זו להסכמת קטינה בת פחות מארבע-עשרה שהדין אינו מכיר בהסכמתה. הנה כי כן, עבירת האינוס, על כל חלופותיה, מגינה על האוטונומיה של האישה ומוודאת כי הסכמתה היא הסכמה חופשית. טול מאישה הסכמה חופשית - ונטלת מן המעשה של יחסי המין את חוקיותו.

מעניין לחזור להיסטוריה החקיקתית של עבירת האינוס. על-פי הנוסח הוותיק של חוק העונשין, על מנת להרשיע נאשם באינוס, נדרש היה להראות כי מעשה הבעילה התקיים "נגד רצונה [של האישה] תוך שימוש בכוח או באימו עליה במוות או בחבלת גוף קשה, או כשהיא בחוסר הכרה או במצב המונע ממנה את התנגדות". הדרישה להראות כי המעשה התקיים נגד רצונה של האישה הובילה לחיפוש אחר הבעת התנגדות חיצונית - שאינה תמיד בנמצא בשל מגוון סיבות ומגוון תגובות אפשריות לכפייה מינית, וביניהן פחד, אדם וקיפאון. משכך, העבירה לא הגנה באופן מלא על האוטונומיה של האישה (להרחבה ראו: ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, פס' 8-9 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש (2001)). בשנת 1988 הושמטה דרישה זו, כך שהאינוס הוגדר כבעילת אישה "שלא בהסכמתה החופשית", זאת עקב "שימוש בכוח, גרימת סבל גופני, הפעלת אמצעי לחץ אחרים או איום באחד מאלה".

בשנת 2001 תוקן שוב החוק ואומץ נוסחו הנוכחי. התיקון מכיר בכך שההסכמה החופשית יכולה להישלל מסיבות רבות שאינן מנויות בלשון החוק, כגון פערי כוח סמויים או מצב של אדם או קיפאון. על כן, לא נכון לצמצם את ההגנה על האוטונומיה המינית רק לנסיבות של שימוש בכוח, איומים וכיוצא באלו (ראו: רותי לבנשטיין לזר "מבט חדש על הסכמה בעברת האינוס" עיוני משפט מב 67, 80-79 (2019)). המיקוד היום הוא אפוא בהסכמה החופשית. כפי שכתבתי בעניין אחר, "הדגש על ההסכמה החופשית של האישה אינו אלא מתן ביטוי לחוט המשולש שבין בחירה מלאה, כבוד האדם והאוטונומיה של הפרט" (ע"פ 132/10 טוואצאו נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דיני (5.9.2011) (להלן: עניין טוואצאו)). ויושם אל לב כי המבחן להסכמה חופשית הוא לא שלילי, של אי התנגדות, אלא חיובי (ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק דיני (2.3.2015)).

הבסיס הערכי לעבירה של אינוס במרמה הוא זהה. כפי שכתבתי בעבר באורח כללי יותר, "התנאי 'הסכמה חופשית' מודע לכך שיש הסכמה שאינה חופשית. הסכמה שאינה בהסכמה, אלא סוג של אשליה הנוצרת על ידי האחר באופן מלאכותי" (עניין טוואצאו, פס' 6 לפסק דיני). אמרת המחוקק בעבירה של אינוס במרמה היא כי הסכמה שהושגה במרמה אינה הסכמה חופשית (ראו: עניין פחימה, פס' 8-9 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין). אולם, לא מדובר בכל מרמה - אלא רק במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה. האפשרות הראשונה אינה מענייננו בתיק זה. נציין רק כי היא מעוררת שאלות מעניינות ומורכבות בפסיקה ובספרות המשפטית (עיינו: עמית פונדיק "בין מרמה לכפייה: על עברת האונס במרמה לגבי מיהות העושה" עיוני משפט לו 215 (2013); אייל גרוס "'התחזות כאדם אחר': חיקוי ומרי מגדרי במשפט של חן אלקובי" משפטים על אהבה 365 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוח עורכות, 2005)).

המיקוד בתיק זה הוא במרמה לגבי מהות המעשה - קרי לגבי יחסי המין עצמם. כפי שצוין לעיל, על-פי הפרשנות

שהתקבלה בפסיקה, מרמה כזו מתרחשת ביחס באחד משני מצבים: כאשר הקרבן אינה מבינה כלל כי הנאשם מבצע בה מעשה מיני (הקבוצה הראשונה); או כאשר הקרבן מודעת לטיבם של יחסי מין ומבינה כי למעשה המבוצע בה יש משמעות מינית, אך היא חושבת שהמעשה תחום במהות אחרת, כגון מהות רפואית-טיפולית, אמנותית או מיסטית (הקבוצה השנייה) (עניין פחימה; ראו גם: ע"פ 465/06 אביבי נ' מדינת ישראל (6.2.2008) (להלן: עניין אביבי); ע"פ 9274/08 פלוני נ' מדינת ישראל (2.12.2009) (להלן: עניין פלוני הראשון); ע"פ 9619/08 פלוני נ' מדינת ישראל (18.1.2010) (עניין פלוני השני)). בהמשך אתייחס למחלוקת שהתגלעה בבית משפט זה באשר להכרה בקבוצה שלישית של מצבים כמגבשת את יסוד המרמה לגבי מהות המעשה.

#### מרמה לגבי מהות המעשה - הקבוצה הראשונה

7. נחזור עתה למקרה שלפנינו. כאמור, אם הקרבן אינה מבינה את המשמעות המינית של המעשים שמבוצעים בה, מתקיים היסוד של מרמה לגבי מהות המעשה (עניין פחימה, פס' 11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין). על מצב משפטי זה לא חלקו הצדדים. המחלוקת הראשונה ביניהם היא אפוא מחלוקת עובדתית: האם בענייננו הנפגעת הבינה את המשמעות המינית של המעשים. המערער טוען כי התשובה לשאלה זו היא חיובית.

בית המשפט המחוזי קבע כי הנפגעת לא הבינה את המשמעות המינית של המעשים. זוהי קביעה עובדתית, שהתבססה על עדותה של הנפגעת ונתמכה בעדויות של אימה ושל הרבנית. כידוע וכאמור לעיל, ערכאת ערעור אינה נוטה להתערב בקביעות עובדתיות של הערכאה הדיונית, וכך גם כאשר עסקינן בעבירות מין.

לא מצאתי כי המקרה דנן הוא מקרה חריג המצדיק לסטות מכלל זה. קביעתו של בית המשפט המחוזי מנומקת ומבוססת: היא מוסקת הן מאמירות מפורשות של הנפגעת, כי מעולם לא למדה על יחסי מין (עמ' 12 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי (להלן: הפרוטוקול)), והן מאמירות שמהן משתמעת בורותה בתחום. כך למשל, ביחס לאירוע הראשון, הנפגעת העידה כי לא ידעה שיש אפשרות בכלל שאיבר המין של המערער יכול להיכנס לאיבר המין שלה, וכי היא הבינה רק בדיעבד, לאחר שסיפרה על האירוע, כי הנוזל על גופה היה זרעו של המערער (עמ' 16 לפרוטוקול). עדויות התביעה הנוספות תמכו בטענת הנפגעת כי לא ידעה מה הם יחסי מין, מאחר שבחברה שבה היא גדלה, נערות לומדות על יחסי מין רק לפני הכנתן לחתונה (עמ' 229 ועמ' 284 לפרוטוקול).

אחד מהנימוקים שמציג המערער לטענתו כי הנפגעת ידעה שמדובר במעשים מיניים, הוא שלא סביר שנערה בת 17 לא תדע דבר על יחסי מין, גם אם היא גדלה בחברה החרדית, שהיא חברה סגורה באופן יחסי. זהו נימוק כללי שהועלה בעלמא, ואין בו כדי להצדיק התערבות בממצא העובדתי של בית המשפט המחוזי, שהתבסס על עדויות של עדים ספציפיים שנמצאו מהימנות ואמינות. אף יצוין כי טיעון זה של המערער עומד בסתירה מסוימת לדבריו שלו-עצמו בעדותו בבית משפט קמא, שם נשאל על-ידי בית משפט קמא מה הנפגעת יודעת על דיני טהרה, והשיב: "היא לא צריכה לדעת" (עמ' 344 לפרוטוקול).

באופן רחב יותר, מובן כי השאלה האם קרבן העבירה הבינה את המשמעות המינית של המעשים נענית על בסיס העובדות לגבי הקרבן המסוים במקרה המסוים, ולא על בסיס "קרבן סביר" ב"מקרה סביר" תיאורטי. קרבן העבירה



אינו חייב להיות "סביר" ואינו חייב להתנהג בדרכי מסוימת, ואף לשם הדוגמא, אינו חייב לנקוט יוזמות וצעדים כדי להשתחרר מהאלימות המינית של מבצע העבירה. הקרבן הוא קרבן. נפגע העבירה לא התנדב לחלק שלו בסיפור המעשה. תפקידו של בית המשפט לבחון על-פי יסודות העבירה האם הנאשם כפה את רצונו עליו. במסגרת זאת, יש להיזהר מקביעת כללי התנהגות המחייבים את הכל. ה"סביר" וה"נורמלי" בקבוצה אחת לגבי התנהגות ומודעות מינית אינם בהכרח דומים ל"סביר" ול"נורמלי" בקבוצה שנייה. כך בזמנים שונים, כך במקומות שונים, וכך גם בקבוצות שונות באותה החברה ובאותו זמן. המבחן במשפט הפלילי הוא אינדיווידואלי - הן ביחס לנאשם והן ביחס לנפגעת העבירה. יש לזכור את ההבדלים בין תרבויות וקבוצות שונות. אין להגזים בכך אך טוב לאדם לדעת שלא כל דבר שהוא רגיל אליו והוא מכיר בהכרח נכון לגבי קבוצה אחרת. הקביעה הקטגורית של הסנגוריה בתיק זה שלפיה לא ייתכן כי נערה בת 17 לא תדע מעשה מיני מהו לוקה בסוג של אימפריאליזם תרבותי. כמובן, לא חברה זו או אחרת מצויה במוקד הדין, ונכון לבחון כל מקרה על-פי הקשר בין שניים - הנאשם והקרבן. במשפט הפלילי עסקינן בקביעת אשמה ובשאלות של הסכמה והיעדר הסכמה. אלו הן שאלות מורכבות ואין לחפש כללים פשוטים שאינם מחייבים - לא לכאן ולא לכאן.

"ראיה" נוספת שמעלה המערער לטענה כי הנפגעת ידעה מה הם יחסי מין, היא כי אימה של הנפגעת היא מדריכת כלות - היא עוסקת במקצועה בלימוד נשים שעומדות להתחתן על יחסי מין. אולם, בהצגת נתון זה - שעל נכונותו אין חולק - באופן כללי, אין כדי להצדיק התערבות בהחלטת בית משפט קמא לקבל את טענת הנפגעת ואימה בעדויותיהן, כי הן אף פעם לא שוחחו ביניהן על יחסי מין (עמ' 44 לפרוטוקול ועמ' 229 לפרוטוקול בהתאמה). זה הדין גם באשר לטענת המערער כי הנפגעת ידעה לבדה כיצד עליה להיטהר, ומכאן שהייתה בקיאה בדיני הטהרה הנוגעים לקיום יחסי מין - בית משפט קמא קיבל את עדות הנפגעת שלפיה המערער הדריך אותה כיצד לעשות כן (עמ' 11-13 לפרוטוקול).

המערער מציג ראיות נוספות שלשיטתו מעלות ספק סביר באשר לכך שהנפגעת לא ידעה כי מדובר במעשים מיניים: לאחר האירוע השני, המערער הסביר לנפגעת כי מהמעשה שביצע בה "נכנסים להיריון"; לאחר האירוע השני, המערער נתן לה ספר העוסק בדיני טהרה, והורה לה לקרוא בו; לפני האירוע הרביעי, הנפגעת הודיעה למערער כי לא תוכל לבוא אליו מאחר שהיא "טמאה"; במועד האירוע הרביעי, המערער החתים את הנפגעת על מסמך שלפיו היא מסכימה לקיים איתו יחסי מין. הנפגעת מצידה, העידה כי על-אף כל אלו, רק לאחר האירוע הרביעי, משסיפרה להוריה על מעשיו של המערער, הבינה את פשר המעשים ואת משמעותם המינית (עמ' 39-40 לפרוטוקול). עדותה נמצאה מהימנה והתקבלה במלואה על-ידי בית המשפט המחוזי. אוסיף כי היא כוללת בתוכה היגיון פנימי בר-שכנוע.

כאן חשוב לשים לב לציר הזמן שעליו התרחשו המעשים. אף לפי עמדת המערער על-פי הראיות שהוצגו בפסקה הקודמת, יש לדחות במלוא העוצמה את טענתו כי הנפגעת הבינה את המשמעות המינית של המעשים ביחס לאירוע הראשון ולאירוע השני. כך, משום שהראיות המתוארות מתייחסות למה שהתרחש אחריהם. ביחס לאירוע הראשון והשני, מקובלת עליו אפוא קביעתו של בית המשפט המחוזי כי הנפגעת לא הייתה מודעת למשמעות המינית של המעשים, כך שהם נופלים בבירור לקבוצה הראשונה של מרמה לגבי מהות המעשה. די בכך כדי לדחות את הערעור על הכרעת הדין באשר לאירועים אלו.

לצד זאת, המערער אכן "חשף" את הנפגעת לעולם שלא הכירה ולמונחים שלא ידעה. ברם, בנסיבות המקרה

אין בכך כדי ליצור הגנה גם ביחס לאירועים המאוחרים יותר - השלישי והרביעי. נאמר רק כי אף אם ברמה זו או אחרת הנפגעת הבינה טוב יותר את הפן המיני במגע בין השניים באירועים אלו, הרי בכל מקרה יסוד המרמה מתקיים באירועים אלו, ולו משום שהם נופלים תחת הקבוצה השנייה של מרמה לגבי מהות המעשה, כפי שיוסבר להלן.

מרמה לגבי מהות המעשה - הקבוצה השנייה

8. הקבוצה השנייה מתייחסת למצב שבו הקרבן מבינה כי למעשים שנעשים בה יש משמעות מינית, אך היא חושבת שהם תחומים במהות אחרת, כגון טיפולית, אמנותית או מיסטית, ולכן מסכימה להם. או-אז, על-פי הפסיקה, מתקיים היסוד של מרמה לגבי מהות המעשה (עניין פחימה, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; דנ"פ 5291/09 מדינת ישראל נ' פחימה, פס' 15 (16.11.2009) (להלן: דנ"פ פחימה); עניין פלוני הראשון, פס' כט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; עניין פלוני השני, פס' 32 לפסק דינה של השופטת מ' נאור).

עולה מהפסיקה כי על דרך הכלל, המקרים המשתייכים לקבוצה זו הם מקרים שבהם העבירה בוצעה במסגרת טיפולית אמיתית או כוזבת, כלומר כזו שבה מבצע העבירה הוא מטפל, או אדם הנחזה להיות כזה, והרמייה כלפי הקרבן היא בהצגת מצג שווא שלפיו המעשה המיני דרוש עבור ה"טיפול" המוצע. אולם, דעתי היא שקבוצה זו אינה מוגבלת למקרים כאלו, והיא יכולה לכלול גם מקרים שבהם המהות היא דתית או רוחנית. מסקנה זו נלמדת מהאופן שבו מנוסחת קבוצה זו: "בסוג המקרים השני נכללים המקרים שבהם האישה מבינה כי מדובר במעשה מיני, אך היא חושבת שהמעשה תחום במהות אחרת - טיפולית, אמנותית, מיסטית וכדומה" (עניין פלוני השני, פס' 32 לפסק דינה של השופטת מ' נאור; ההדגשה הוספה). היא אף מבוססת על עיון בפסיקה, המעלה מקרים של אנשים שהורשעו בעבירה של אינוס במרמה (או מעשים מגונים בניסבות אינוס במרמה) משום שהתחזו לרבנים או לאנשי מקצוע דתיים. למעשה, הם גרמו לקרבנותיהן להאמין כי הם פועלים מכוח סמכות דתית, ומשכך, המהות האמיתית של מעשיהם המיניים היא דתית-הלכתית או דתית-מיסטית (ראו בהתאמה: תפ"ח (ת"א) 1010/01 מדינת ישראל נ' פדר (17.10.2001); תפ"ח (ת"א) 411/90 מדינת ישראל נ' חתואל (26.1.1993). לסקירה של מקרים דומים במשפט האמריקאי ראו: Patricia J. Falk, Rape by Fraud and Rape by Coercion, 64 Brook. L. Rev 39, 62-64 (1998)). כשל כזה אף עלול להיות מופעל על-ידי אנשים בעלי תואר דתי, המרמים ומעוותים את ההוראות שהם נותנים למי שמקבל מרותם.

נחזור לתשתית העובדתית הרלוונטית. הממצאים העובדתיים של בית משפט קמא מספרים את הסיפור הבא: המערער נתן לנפגעת מכתב שכינה "מכתב מהשמיים", שבו סיפר לה שחלם שהיא אשתו המיועדת לו מהשמיים, והורה לה לספור "שבעה נקיים", לטבול בים ולבוא אליו כשהיא טהורה. כאשר הגיעה אליו לאחר שמילאה את הנחיותיו, כמפורט לעיל, הוא הורה לה לקיים איתו יחסי מין. אז, ובפעמים הבאות שבהן נפגשו, המערער אף סיפר לנפגעת כי בחלומו ראה אותה לבושה בשמלת כלה וקטועת ראש, ומכאן שיש עליה "גזירה של מוות". כאשר הנפגעת לא רצתה לקיים איתו יחסי מין, הוא אמר לה ש"החיבור" ביניהם מציל אותה מגזירת המוות, ושהוא מיוחד שיקרה לה משהו אם היא לא תסכים. לפני הפעם הרביעית והאחרונה שבה אנס המערער את הנפגעת, המערער הורה לה לטבול בים כדי להיטהר. אולם, היא לא עשתה כן, וכך אמרה לו. בתגובה אמר המערער ש"הוא יעשה גורל מה רצון שמיים בעניין"; ועל בסיס "גורל" זה סיפר לה כי רצון שמיים שיהיו ביחד "למרות המצב". מכאן עולה כי המערער - בשים לב למעמדו כרב מקובל ולסמכותו הדתית - יצר כלפי הנפגעת מצג שווא באשר למעשים המיניים, שלפיו הם תואמים את רצון השמיים ואף נועדו להציל את חייה של הנפגעת.

ככל שבאירוע השלישי והרביעי, הנפגעת הסכימה למעשים המיניים מפני שהאמינה למצג השווא המתואר - דעתי היא שמקרים אלו נכנסים בקבוצה השנייה של אינוס במרמה לגבי מהות המעשה, כפי שהוגדרה בפסיקה. זאת במובן שהנפגעת סברה כי מהותם של המעשים אינה מינית אלא דתית-רוחנית. לכך מספר טעמים: ראשית, המערער הוא רב המשפחה והקהילה של הנפגעת - הסמכות הדתית, ההלכתית והרוחנית העליונה מבחינתה; אדם שעיומו נועצים בכל עניין ועל-פיו יישק דבר. שנית, המעשים לוו באמירות על כך ש"רצון שמיים" שיהיו ביחד, וזאת על בסיס "מכתב מהשמיים" ועריכת "גורל". לבסוף, גזירת המוות עצמה היא בעלת אופי דתי-רוחני מבחינת הנפגעת - היא "נגלתה" למערער, על-פי מצג השווא, בשל תפקידו הדתי-רוחני, ואמונתה של הנפגעת באמיתותה מבוססת במידה רבה על אמונתה הדתית, כמו גם על תפיסתה את סמכותו הדתית של המערער. הנתונים הללו פותחים בפנינו צוהר להבנת נקודת מבטה של הנפגעת. היא האמינה ברב - בכוחו ובסמכותו. מצג השווא שיצר הוא שעיצב את נכונותה לבצע את המעשים המיניים. גזירה משמיים מחייבת אותה לפעול. אך חשוב מכך, גזירת המוות מלמדת אותה מה המשמעות של אי-קיום יחסי מין עם הרב - והרי הוא קבע כי אם תסרב היא עלולה לשלם בחייה. כל אלו שיוו למעשים המיניים מהות דתית-רוחנית בעיניה של הנפגעת - ובכך מתגבש היסוד העובדתי של "מרמה באשר למהות המעשה".

ודוק: דרך המרמה רבת מסלולים. הכרה בסמכות רב בתור גורם הלכתי מחייב אינה בהכרח מכניסה את המקרה להגדרות של מרמה "טיפולית, אמנותית או מיסטית" (עניין פלוני השני, פס' 32 לפסק דינה של השופטת מ' נאור). אך הוספה בפסק הדין המילה "וכדומה". האמונה של קרבן העבירה בכוחו של הרב לפסוק כיצד יש להתנהג יכולה ליצור מצב שבו פסיקה לקיים יחסי מין - שלא בהתאם להלכה ואף בדרך של מרמה - שוללת מניה וביה את הבחירה החופשית של הקרבן, לא פחות מהמקרים המוכרים יותר של מטפלים ורופאים. במקרה דנן, המרמה היא שהמעשה המיני יביא לביטול גזירת המוות המוטלת על הנפגעת מן השמיים, ונראה כי יש בה פן נוסף הנסוב סביב סמכותו הדתית של הרב. לא מדובר אפוא רק בפערי כוחות בין המערער לבין הנפגעת, או בתפקידו של הרב בתור שכזה, אלא במרמה באשר למהות המעשה, שזה היסוד הנדרש להרשעה בפלילים על-פי החלופה השנייה בעבירת האינוס (סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין).

9. יוצא כי המחלוקת בין הצדדים היא בעיקרה מחלוקת עובדתית: האם הנפגעת אכן הסכימה למעשים משום שחשבה שעשייתם תציל אותה מגזירת מוות. יש לזכור כי קשר סיבתי בין המרמה לבין ההסכמה הוא תנאי להרשעה בעבירה הנדונה (ראו: עניין אביבי, פס' 27 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). המערער, כאמור, טוען כי התשובה לשאלה זו היא שלילית. בית המשפט המחוזי קבע בבחינת למעלה מן הצורך כי אף אם הנפגעת הבינה את המשמעות המינית של המעשים, היא הסכימה להם משום מצג הגזירה האמור. גם קביעה זו של בית המשפט המחוזי היא קביעה עובדתית שלא בנקל ערכאת ערעור תתערב בה.

לא מצאתי כי יש להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה. קביעה זו התבססה על עדותה של הנפגעת, שלפיה הסכימה למעשים משום שהמערער, רב בעל סמכות דתית, אמר לה שבחלומה נגלה לו כי יש עליה "גזירת מוות", וכי בלי "החיבור" ביניהם (קרי, יחסי המין) היא תמות. הנפגעת הדגישה כי המערער הציג את הגזירה עוד לפני האירוע הראשון, ואף הזכיר זאת פעמים נוספות, לרבות כאשר היו בביתו (עמ' 24 לפרוטוקול). כך, כאשר המערער ניסה לקיים עם הנפגעת יחסי מין, והנפגעת אמרה לו שהיא לא רוצה, הוא אמר שהוא מפחד שיקרה לה משהו אם לא יעשו זאת, וזה מה שיציל אותה, כך שאין לה ברירה אלא להסכים ליחסי המין; ולכן היא הסכימה, מתוך פחד (שם). הוריה של הנפגעת העידו כי המערער סיפר גם להם על החלום ועל "גזירת המוות" בפגישה שנערכה עימם

לאחר האירועים (עמ' 212-214 ועמ' 285 לפרוטוקול). כאמור, בית המשפט המחוזי מצא את עדות הנפגעת ואת עדויות הוריה כמהימנות ואימץ אותן במלואן. על כן, מקובלת עליי הקביעה כי התקיים מצג של מרמה והתקיים קשר סיבתי בינו לבין הסכמת הנפגעת למעשים המיניים.

המערער טוען כי מצג הגזירה הוצג לנפגעת בשלב מאוחר יותר, ולא לפני האירוע הראשון, וכי הוצג לה באופן מעומעם ולא מפורש, כך שלא ניתן לטעון לקיומו של קשר סיבתי בינו לבין הסכמתה למעשים המיניים, ועל כן לא מתגבש יסוד המרמה הנדרש להרשעתו בעבירות.

בטענות אלו לא מצאתי ממש. לעניין "עמימות" המצג, הנפגעת העידה כי המערער אמר לה ש"החיבור" ביניהם מציל אותה, וכי בשל כך היא הסכימה למעשים שביצע בה (עמ' 19, 30 ו-45 לפרוטוקול). מילים אלו כשלעצמן מקימות מצג של מרמה, ואף בפועל הן הוליכו את הנפגעת שולל. על כן אין באמירתה של הנפגעת כי "הוא [המערער] לא אמר לי בפירוש 'תמותי'" (עמ' 26 לפרוטוקול) כדי להועיל למערער. עדויות הוריה, שמספרים גם הם על מצג הגזירה, מחזקות את טענות הנפגעת ומראות שהוא הוצג לה באופן מפורש ובהיר דיו, ואף אם יש שונות קלה בין האופן שבו הוצג להם לבין האופן שבו הוצג לנפגעת, אין בכך כדי לסייע למערער.

המערער אף אינו יכול לסמוך ידו על האמירה של הנפגעת כי הוא הציג את מצג הגזירה רק "בפעם השנייה" (עמ' 19 לפרוטוקול). הנפגעת תיקנה את עצמה בהמשך עדותה וציינה כי המערער אמר לה על הגזירה עוד לפני האירוע הראשון, וחזר על כך באירועים הבאים (עמ' 24 לפרוטוקול), כך שטענת המערער בעניין זה אינה מדויקת. יתרה מזו, כאמור לעיל, האירוע הראשון והשני, לכל הפחות, נופלים לקבוצה הראשונה של אינוס במרמה לגבי מהות המעשה, שעניינה בהיעדר מודעות למשמעות המינית של המעשים. משום כך, אף אם היינו מקבלים את טענת המערער כי מצג הגזירה הוצג לנפגעת רק לפני האירוע השלישי והרביעי - לא היה בכך כדי להועיל לו.

על רקע כל האמור, דעתי היא כי לגבי האירוע השלישי והרביעי, מצג הגזירה המתואר מהווה מרמה לגבי מהות המעשה לפי הקבוצה השנייה: אף אם הנפגעת הבינה בשלב זה כי למעשים שנעשים בה יש משמעות מינית, היא סברה שהם תחומים במהות דתית ולכן הסכימה להם. מהות דתית זו טמנה בחובה פיקוח נפש של הנפגעת, לא כשיקול משפטי-הלכתי אלא כחלק מהתשתית העובדתית שהוצגה בפניה על-ידי המערער.

מרמה לגבי מהות המעשה - קבוצה שלישית?

10. לנוכח התוצאה שאליה הגעתי, שלפיה מעשי המערער מהווים "מרמה לגבי מהות המעשה" לפי הקבוצה הראשונה או לכל היותר - בחלקם - לפי הקבוצה השנייה, לא נדרשתי להתייחס לקבוצה השלישית של המקרים שנדונה בפסיקה לעניין התקיימותו של יסוד זה. אלו הם מקרים שבהם המרמה היא באשר למטרת המעשה. קבוצה זו הוצעה בדעת המיעוט בעניין פחימה (פס' 6-13 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל), בעת שדעת הרוב שם סברה כי מרמה באשר למטרת המעשה אינה כשלעצמה מבססת מרמה לגבי מהות המעשה כנדרש לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין. ברם, הובעו דעות נוספות בפסיקה מאז עניין פחימה, המצדדות בהצעה זו (ראו: עניין פלוני הראשון, פס' כט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; עניין פלוני השני, פס' 34 לפסק דינה של השופטת מ' נאור). כפי שצוין, לשאלה

האם גם הקבוצה השלישית של המקרים מגבשת את היסוד של מרמה לגבי מהות המעשה אין נפקות להכרעה במקרה דנן, אך היא עשויה להיות רלוונטית לניתוח הסעיף במקרים עתידיים.

לאחר עיון בדעות השונות בפסיקה, חושבני כי ייתכן שתצמח תועלת מהצגת השקפתי בסוגיה של מרמה לגבי מטרת המעשה. השופטת ע' ארבל קבעה בדעת מיעוט בעניין פחימה שזו צריכה להיות "מטרה המושגת מעצם קיום יחסי המין ולא מטרה נלווית ליחסי המין" (שם, פס' 19 לחוות דעתה). מתעוררת לטעמי שאלה באיזו מידה נדרש להתייחס לקבוצה שלישית זו. אבהיר.

המחלוקת בעניין פחימה התעוררה לנוכח נסיבותיו המסוימות של המקרה. מדובר היה בפרשה מסועפת ורב-אישומים שבה שני שותפים לעבירה יצרו מסכת כזבים ענפה בדמות כישוף ומיסטיקה שמטרתה הייתה לקבל כסף ורכוש, ובחלק מן המקרים לבצע עבירות מין. בין השופטים התגלעה מחלוקת בשאלה האם ניתן להרשיע את הנאשם בעבירה של אינוס במרמה לפי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין בגין אירוע מסוים שבו הוא קיים יחסי מין עם אחת המתלוננות. מבחינה עובדתית, היה מוסכם כי הנאשם הציג בפני המתלוננת מצג שווא שלפיו קיים יחסי מין עימו יגרום למושא אהבתה הנכזבת להתאהב בה. בידי בית המשפט הייתה קלטת שבה תועדו השניים מקיימים יחסי מין. המשנה לנשיאה א' ריבלין - שלעמדתו הצטרפה השופטת א' פרוקצ'יה - סבר כי ממכלול הנסיבות, ובפרט מהראיה האחרונה, ניתן ללמוד כי ההסכמה ליחסי המין לא ניתנה עקב מרמה באשר למהות המעשה או למיהות העושה. לדבריו, "ההקשר המיני של המעשה, ומטרת הסיפוק המיני, היו נהירים וגלויים למתלוננת... היא הסכימה ושיתפה פעולה עם מעשים מיניים החורגים באופן ניכר מהמסגרת הטיפולית הכוזבת" (עניין פחימה, פס' 19 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין). משכך, הוכרע כי אין להרשיע את הנאשם בעבירה של אינוס במרמה בגין מקרה זה, בניגוד למקרים אחרים בכתב האישום. השופטת ע' ארבל סברה אחרת לגבי המקרה המתואר. לשיטתה, במצב שבו הקרבן מבינה את ההקשר המיני של המעשה, ואף מבינה כי הוא חורג ממסגרת שאינה מינית (כגון, מסגרת טיפולית, מיסטית או דתית), אך מסכימה לו בשל מרמה באשר למטרתו - מתגבש היסוד של "מרמה לגבי מהות המעשה" הנדרש להרשעה בעבירה של אינוס במרמה. זאת, משום שמטרת המעשה היא חלק ממהותו. על-פי קו זה, היה מקום לדעת השופטת ע' ארבל להרשיע את הנאשם באינוס במרמה, משום שהוא רימה את המתלוננת באשר למטרת המעשה, עת אמר לה שאם יקיימו יחסי מין הדבר יסייע לגבר אחר, שאותו אהבה, להתאהב בה. הודגש על-ידי השופטת ע' ארבל כי המתלוננת רומתה לחשוב כי קיים יחסי מין עם הנאשם הוא "חלק מה'טיפול' המיסטי להשגת אהובה" ובשל כך היא הסכימה (פס' 21-22 לחוות דעתה). כפי שצוין לעיל, בשתי פרשות מאוחרות יותר הובעה הסכמה עם גישתה של השופטת ע' ארבל, על-אף שבשתייהן הדבר לא היה נדרש להרשעת הנאשם (ראו את ההפניות בפסקה הקודמת).

לעניות דעתי, המחלוקת בין השופטים היא במישור אחר. המשנה לנשיאה א' ריבלין סבר כי במקרה הנדון, מבחינה עובדתית, המתלוננת קיימה יחסי מין עם הנאשם מתוך הסכמה ומתוך מודעות לכך שמדובר במעשה מיני במלוא מובן המילה. עם זאת הוא סבר כי הנאשם קיבל דבר במרמה - ובכך ביצע עבירה שונה מאינוס במרמה. על-פי תפיסה זו, לא כל מצג שווא באשר ליחסי מין מהווה מרמה לגבי מהות המעשה, באופן המגבש את היסוד העובדתי להרשעה באינוס במרמה. נראה כי השופטת ע' ארבל לא חלקה על תפיסה משפטית זו. אולם, היא לא התייחסה לעובדות כפי שהוצגו על-ידי דעת הרוב. דומה כי היא למעשה הבינה ופירשה את העובדות באופן שונה, וסברה כי הסכמתה של המתלוננת ניתנה משום שחשבה שהמעשה הוא חלק מהטיפול. היא נתנה משקל פחות לקלטת שהיוותה לשיטת המשנה לנשיאה א' ריבלין ראיה לכך שהמתלוננת הבינה את ההקשר החוץ-טיפולי של המעשה. אף הנשיאה ד' ביניש בהחלטתה

לדחות את בקשת המדינה לקיום דיון נוסף בעניין פחימה, ראתה את המחלוקת בין השופטים כמחלוקת שטיבה "נעוץ בעיקרו בפרשנותן של עובדות המקרה", וכך גם את ההכרעה המזכה בפסק הדין כמבוססת על הנסיבות הקונקרטיים של המקרה (דנ"פ פחימה, פס' 16 ו-18 בהתאמה). להשקפתי, ניתן היה להרשיע את הנאשם בעניין פחימה, על בסיס האופן שבו השופט ע' ארבל הבינה את העובדות, מבלי ליצור קבוצה שלישית חדשה של מרמה לגבי מהות המעשה, הכוללת מקרים שבהם המרמה הייתה לגבי מטרת המעשה. המקרה בעניין פחימה למעשה יכול לבוא בגדרי הקבוצה השנייה של מרמה לגבי מהות המעשה, משום שקרבן העבירה סברה כי המעשה תחום במהות אחרת - טיפולית-מיסטית. על כן, עולה כי השופט ע' ארבל צמצמה יתר על המידה קבוצה זו, ורק מכך נולד הצורך בפיתוח קבוצה שלישית של מקרים. יודגש עוד כי אף במקרים מאוחרים יותר שבהם שופטים של בית משפט זה דנו בעבירה של אינוס במרמה, לא היה צורך להכריע בפועל בשאלה האם מרמה לגבי מטרת המעשה מהווה גם היא מרמה לגבי מהות המעשה, כפי שהוצע בעניין פחימה, משום שהמקרים נכללו בקבוצה הראשונה או השנייה של מרמה לגבי מהות המעשה. כך גם המקרה דנן.

האם ייתכן מקרה שבו מטרת המעשה מהווה חלק ממהות המעשה? טרם אשיב לשאלה זו, ברצוני להציג דוגמא נוספת. זהו מקרה פשוט יחסית של מרמה - הצגת מצג שווא על-ידי מבצע המעשה המיני - שאינה עולה כדי מרמה לגבי מהות המעשה, לכל הדעות. בדוגמא זו, גבר משכנע אישה לקיים איתו יחסי מין, על בסיס האמירה - השקרית - כי הוא ידאג לכך שהיא תקודם בעבודה, או שלא תפוט. הגם שההתנהגות של הגבר אינה ראויה - ואף במישור הפלילי יכולה לעלות כדי עבירה של קבלת דבר במרמה (סעיף 415 לחוק העונשין; ראו: עניין פחימה, פס' 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין) - אין לומר כי יש מרמה לגבי מהות המעשה המיני וכי מדובר לפיכך באינוס. זאת מהטעם שהאישה הבינה שמדובר ביחסי מין, וניתן לראות את העסקה בין השניים כעסקת חליפין, שבה המטרה היא חיזור למעשה, או אם תרצו - נלווית לו, והיא אינה שוללת את האוטונומיה המינית של האישה ואת יכולתה להסכים למעשה המיני ככזה (ראו גם: עניין פלוני הראשון, פס' כט לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין).

הדוגמא ממחישה את ההבדל בינה לבין שתי הקבוצות המוכרות של אינוס במרמה לגבי מהות המעשה. כזכור, הקבוצה הראשונה כוללת מקרים שבהם הקרבן לא ידע מעשה מיני מהו, והקבוצה השנייה כוללת מקרים שבהם הקרבן ידע שמדובר במעשה מיני אך סבר שהוא תחום במהות אחרת, כגון מהות טיפולית, מיסטית, אמנותית או דתית. כך, בשל "גורם זר מתערב" ומכשיל - דמות בעלת סמכות המעניקה טיפול כלשהו, בין אם רפואי, פסיכולוגי, מיסטי או דתי. התערבות זו משנה את מהות המעשה מנקודת מבטו של הקרבן. לא מעשה מיני כשלעצמו אלא טיפול או הוראה דתית בצורה של מעשה מיני. המעניין במקרה דנן הוא שהמעשים של המערער באים בגדרי שתי הקבוצות, כמפורט לעיל, הודות ל"חינוך" שלו "זכתה" הנפגעת מהמערער. המשותף לשתי הקבוצות, ולכל המעשים של המערער בעניינו, הוא כי יש מרמה לגבי עצם מהות המעשה, המאיינת את ההסכמה החופשית של הקרבן.

יש לזכור כי מעבר לאינוס במרמה, ייתכנו סוגים אחרים של מקרי אינוס. ניקח לדוגמא מקרה שבו אדם מאיים על אישה שאם לא תקיים איתו יחסי מין, הוא יפגע בה או בילדיה. בדוגמא כזו הבסיס להרשעה באינוס הוא החלופה הראשונה של העבירה: בעילת אישה שלא בהסכמתה החופשית (סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין). אין כאן טענה למרמה לגבי מהות המעשה - האישה יודעת שמדובר ביחסי מין לכל דבר ועניין. אולם היא נאלצת להסכים כדי להגן על חייה או חיי ילדיה, ומכאן הפגיעה באוטונומיה שלה. זאת בין אם האיום מדומה - כך שמדובר במרמה - או אמיתי.

לסיכום דעתי באשר לקבוצה השלישית של מרמה לגבי מהות המעשה - מרמה לגבי מטרת המעשה - הייתי מתייחס אליה בזהירות. נראה כי שימוש נכון בקבוצה השנייה של מרמה לגבי מהות המעשה, או בעבירה הכללית של אונס על כל חלופותיה, יענה על המקרה הקונקרטי, באופן שיאפשר להרשיע במקרים המתאימים מחד גיסא ולא להרחיב יתר על המידה את העבירה הפלילית מאידך גיסא. עם זאת, הואיל ולצערי הדמיון להרוס, לנצל, להשפיל ולשלול אוטונומיה, הוא רחב, יצירתי ומקורי, לא הייתי שולל קבוצה זו, אך הייתי בודק היטב אם במקרה הקונקרטי המטרה אכן יצרה מרמה לגבי מהות המעשה, והיא אינה, למשל, חיצונית, שולית או נלווית ביחס אליו.

אונס במרמה במשפט העברי

11. במקורות המשפט העברי (הרב יעקב אטלינגר שו"ת בנין ציון קנ"ד (גרמניה, 1868)) מוזכר מקרה של אדם שבא ללון אצל אישה שבעלה נעדר למשך מספר ימים. בגדיו היו קרועים; הוא הסתגף, נמנע ממזון ושתה רק מים. "וכהנה עשה מעשה פרישות וסיגף עצמו בסיגופים קשים": הוא הסתגר כל היום בחדרו, אוחז בספר ומבכה את חורבן בית המקדש; הוא לא ישן על מיטה אלא על הארץ, אבנים תחת ראשו; והוא טבל מדי יום במי הנהר הקרים. באמצעות כל אלו, יצר האיש בהתנהגותו מצג שווה שלפיו הוא אדם קדוש. או-אז הוא אמר לאישה כי הוא אליהו הנביא. בשעת לילה מאוחרת, הוא נכנס לחדרה, העיר אותה משנתה ואמר לה: "הנה הלכתי מקצה הארץ ועד קצה הארץ, ולא מצאתי צדקת כמותך אשר היא ראויה לצאת ממנה משיח, אך המניעה היא מצד בעלך, שאינו הגון לכך. לזאת נשלחתי מן השמים לשכב אותך. וכעת חיה תלדי בן, והוא יהיה משיח בן דוד ויגאל את ישראל." כהוכחה, כביכול, לכך שהוא אליהו הנביא, אמר האיש לאישה כי לאחר שהוא יעזוב את ביתה, היא תמצא אוצר בתיבה שבחדרה. האישה האמינה לדבריו והסכימה ליחסי המין בשל התרמית, ואף אמרה לבעלה כי מצפה לו אוצר גדול בביתו. משגילתה כי התיבה ריקה, וכי מדובר היה בתרמית, "צעקה ובכתה במר נפשה". היא הבהירה בפני בעלה כי כוונתה הייתה לשם שמיים, ואף הדגישה כי הרמאי היה "איש מאוס ומכוער מאוד". בעלה פנה לרב אטלינגר בשאלה האם האישה תוכל להמשיך לחיות עימו, וכך התעורר הצורך להכריע האם המקרה נחשב ליחסי מין בהסכמה או לאונס.

תשובתו של הרב אטלינגר לשאלה זו הייתה חד משמעית - מאחר ש"לפי איזולתה [של האישה] הייתה מצוה מן השמיים על הבעילה עצמה", הרי ש"אין לך אונס גדול מזה". לאמור: הסכמה שהושגה במרמה אינה הסכמה (להרחבה ראו את הצגת המקרה והפסיקה על-ידי הרב גדעון רוטשטיין: R. Gidon Rothstein, *A Mistaken Adulteress*, *Torah Musings* (March 4, 2016), <https://www.torahmusings.com/2016/03/a-mistaken-adulteress>).

גם בענייננו, המערער ניצל את סמכותו ומעמדו הדתיים כדי ליצור מצג שקרי שיוליך את קרבנו שולל להסכים לקיים איתו יחסי מין. גם בענייננו, ברי כי הסכמה שכזו אינה הסכמה. תפיסה זו קיבלה ביטוי מפורש וברור בדין הישראלי, משעוגנה בסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין הגדרה למעשה האיננס שמבוססת על מרמה. מובן כי אין אנו נדרשים למקורות המשפט העברי כדי לבסס את הרשעתו של המערער; אולם למדים אנו כי גם באמצע המאה ה-19, מקרה שבו אישה בגירה ונשואה, שמודעת לטיבם של יחסי מין, קיימה יחסי מין עם אדם זר שאין ביניהם פערי גילאים ואף לא ברור מה מעמדו, אך בשל מצג תרמית, הוגדר בבירור כאונס על-ידי פוסק ההלכה.

אנו אף רואים במקרה זה את רגישותו של הפוסק. המטרה בהגדרת האירוע כאונס על-ידי הרב אטלינגר הייתה לאפשר לקרבן באותו מקרה להמשיך בחיי אישות עם בעלה. הכתם של אונס בהקשר זה לא נועד להרשיע את הנאשם

בהליך פלילי אלא להתיר תא משפחתי כרצון הקרבן. בענייננו, מדובר בהליך פלילי, אשר נועד לבחון על-פי אמות מידה קפדניות האם נאשם עבר את עבירת האונס. היה וכן, הדבר חשוב לציבור ואף חיוני לנפגעת העבירה, על מנת לזכות בהכרה שהיא אכן קרבן למעשהו של הנאשם.

על הסכמה שאינה הסכמה

12. הדברים המתוארים עד כה מובילים למסקנה כי יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין, ולהותיר על כנה את הרשעת המערער בביצוע שלוש עבירות של אינוס בהסכמה שהושגה במרמה לגבי מהות המעשה על-פי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין, וארבע עבירות של מעשה מגונה על-פי סעיף 348(א) לחוק העונשין, בנסיבות אינוס במרמה לגבי מהות המעשה על-פי סעיף 345(א)(2) לחוק העונשין.

למעלה מן הדרוש להרשעת המערער, מצאתי לנכון להקדיש מספר מילים נוספות לעניין "הסכמתה" של הנפגעת לביצוע המעשים.

בערעור, המערער הדגיש פעמים רבות כי על-פי כתב האישום, הנפגעת הסכימה - פשוטו כמשמעו - לביצוע המעשים. טענה כזו היא נטולת בסיס.

במענה לקו טיעון זה נחזור להשתלשלות האירועים המתוארת לעיל, שממנו עולה כי אין בין הסכמה חופשית לבין "הסכמתה" של הנפגעת למעשים שבוצעו בה דבר וחצי דבר. כמבואר לעיל, היעדר הסכמה חופשית הוא יסוד מוכון בעבירת האינוס, על כל חלופותיה. בלב עבירת האינוס במרמה עומד הכלל כי הסכמה שהושגה במרמה אינה הסכמה - המרמה מאיינת את "הסכמתה" של הנפגעת. אך לא בכך נתרכז עתה.

התמונה שעולה מעדותה של הנפגעת ביחס לכל האירועים היא תמונה קשה ואכזרית, שניכר כי אין קשר בינה לבין הסכמה חופשית, על-פי נסיבות המקרה. ניתן אף לומר כי מכלול הנסיבות שהתקיימו במקרה דנן מלמד כי לנפגעת לא הייתה כלל יכולת לגבש הסכמה (ראו והשוו, לעניין הרשעה באינוס לפי סעיף 345(א)(4) לחוק העונשין: ע"פ 2085/07 פלח נ' מדינת ישראל, פס' 13-16 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (15.6.2009)). כאן יש לציין את פער הגילאים העצום בין המערער לבין הנפגעת - כ-44 שנים; את הכוח שיש למערער על הנפגעת, מתוקף מעמדו וסמכותו; את האמון העיוור שנתנה בו, תפיסתה אותו כמי שיודע הכל והציות המוחלט שלה להוראותיו, לכל הפחות לעניין המעשים מושאי כתב האישום; את הלך הרוח שבו הייתה שרויה תוך כדי המעשים ולאורך התקופה שבה נעשו - בכי תמידי, פאסיביות, בלבול, חוסר מודעות וקהות חושים (ראו למשל עמ' 26 ועמ' 31 לפרוטוקול); ולבסוף, את הקשיים הנפשיים הרבים שהנפגעת מתמודדת עימם היום בעקבות האירועים. דוגמא להיעדר ההסכמה החופשית ניתן לראות בתיאור הנפגעת בעדותה את החתימה על המסמך שלפיו היא מסכימה לקיים עם המערער יחסי מין, לפני האירוע הרביעי (עמ' 33 לפרוטוקול):

"הוא הביא לי דף כזה לחתום עליו... כאילו שהכל נעשה בהסכמתי והוא רצה שאני



אחתום... לא רציתי לחתום. גם לא הבנתי למה זה חשוב, בהסכמתי, לא [ב]הסכמתי, הרי הוא לא נתן לי ברירה בכלל, הוא לא שאל אותי אם אני רוצה או לא, הוא אמר לי שבלי החיבור הזה אני אמות, אז בכיתי מרוב שהרגשתי רע. זהו, אז ככה בכיתי ולא ידעתי מה לעשות, אז הוא בא מאחוריי והרגיע אותי וזה, עודד אותי, לא יודעת בדיוק איזה מילים הוא אמר, אבל הוא ככה ניסה להרגיע אותי והוא עודד אותי לחתום, לחתום, לחתום. בשלב מסוים חתמתי."

הכנות בתיאור התמים מלמדת כי עסקינן באדם שעבר חוויה קשה שאין לו כל רצון בה. אמנם, דרכו של המשפט לנתח ולשאוף לסיווגים מדויקים באמצעות כלים ומבחנים כמו בחירה אוטונומית. לכלים כאלו יש מקום. אבל אין לשכוח כי מעשה העבירה נבחן לא רק על-פי מה שהנאשם עשה או הבין אלא גם על-פי הבנת נפגעת העבירה. היא אינה משפטנית ואינה בקיאה בהגדרות המדויקות של עבירת האינוס לפי חוק העונשין. היא מספרת את סיפורה. על בית המשפט לראות, להקשיב ולהבין: מה עבר עליה? מהי נקודת מבטה? אכן, מלאכת ההכרעה דורשת מיקוד לא רק בה אלא בנאשם ובמרכיבי העבירה. ואולם, הפשטות בדברי הנערה פותחת צוהר במקרה זה גם להבנת המערער. ההכרעה מסתיימת בקביעה משפטית על-פי נורמות החוק. אך היא דורשת הכרה אנושית נאמנה בתשתית העובדתית המלאה.

אין בדברים אלו כדי להכריע האם ניתן היה להרשיע את המערער באינוס לפי סעיפים 345(א)(1) או 345(א)(4) לחוק העונשין. לנוכח כתב האישום, שאלה זו כלל לא עלתה במקרה זה, ואף בית משפט קמא לא נדרש אליה. הדברים נועדו להדגיש את חומרת מעשי המערער ואת עומק פגיעתם בערכים המוגנים בעבירת האינוס, ולהזכיר את מה שאמור להיות המובן מאליו - הסכמה שהושגה עקב מרמה אינה הסכמה כלל.

דיון והכרעה: גזר הדין

13. כאמור, בגין כל המעשים שבהם הורשע המערער, הושת עליו עונש של מאסר בפועל למשך שמונה שנים.

הערעור דנן מוקדש בעיקרו להשגות על הכרעת הדין. בשולי הדברים המערער טוען כי אף אם יידחה הערעור בעניין הכרעת הדין, יש מקום להקל בעונשו. זאת, מארבעה טעמים: הראשון, כי בית משפט קמא לא נתן משקל ראוי למספר שיקולים לזכותו - גילו המבוגר, מעמדו המכובד בקהילה, משפחתו הענפה והיותו נעדר עבר פלילי; השני, כי המקרים שעליהם הסתמך בית משפט קמא לקביעת מתחם העונש היו חמורים יותר בנסיבותיהם; השלישי, כי המקרה דנן הוא מקרה ייחודי וראשוני מסוגו, מה שמצדיק כשלעצמו הקלה בעונש; והרביעי, כי המערער סובל מקשיי הסתגלות בבית הסוהר, בשל גילו ומצבו הבריאותי.

בית המשפט המחוזי התייחס לשיקולים שהציג המערער וראה בהם שיקולים לזכותו. דעתי היא כי הוא נתן להם משקל של ממש בקבעו כי העונש לא ימוקם ברף העליון של מתחם הענישה, על-אף השיקולים הנוגדים, וביניהם הנסיבות החמורות של המקרה, הכחשת המערער את המעשים, אי-לקיחת אחריות על-ידי ותסקיר המבחן השלילי.

לא השתכנעתי כי המקרה דנן הוא מקרה חמור פחות מהמקרים האחרים שסקר בית משפט קמא בקבעו את מתחם הענישה. לא פעם, שני מקרים הם חמורים דווקא מפני שכל אחד הוא בעל מאפיין מחמיר אחר. אף אין צורך להכביר במילים על חומרת המקרה שלפנינו. די באמור עד כה כדי להבהיר את היקף חומרתו - לנוכח ריבוי העבירות, אופיין ונסיבות המקרה המסוימות. כאן יש מקום להדגיש את פערי הגילאים ואת פערי הכוחות בין המערער לבין הנפגעת; את הניצול לרעה של פערים אלו, של מעמדו וסמכותו של המערער, של קרבתו למשפחתה של הנפגעת ושל האמון שהיא נתנה בו; ואת הנזקים הנפשיים העצומים שעיימם הנפגעת מתמודדת בכל היבטי חייה, כעולה מתסקיר שירות המבחן שנערך בעניינה. עם כל התקווה שהנפגעת תצליח לשקם את חייה, ההתמודדות האמורה יכולה ללוות אותה שנים רבות.

כפי שצוין לעיל, הייחוד במקרה הוא שהוא כולל שני סוגים של מרמה לגבי מהות המעשה. הסוג הראשון עניינו באי-המודעות של הנפגעת למשמעות המינית של המעשים (האירועים הראשונים), והסוג השני עניינו בכך שהנפגעת סברה כי המעשים המיניים תחומים במהות דתית, ונועדו להציל את חייה (האירועים המאוחרים). הרב נתן לנפגעת "שיעור" הרסני. דרכו היא נחשפה לעולם הקשר בין שני אנשים - קשר המוגדר על-פי ההלכה כקידושין. מה גדול הפער בין העיקרון הנשגב לבין המציאות שהכתה בפניה ובנפשה של הנפגעת הצעירה.

אף לא מצאתי ממש בטענת המערער כי מדובר במקרה ייחודי וראשוני. למרבה הצער, אין זו הפעם הראשונה שבתי המשפט, לרבות בית משפט זה, מרשיעים נאשמים בעבירות של אינוס ומעשה מגונה במרמה, לפי סעיפים 345(א)(2) ו-348(א) לחוק העונשין. אף יעיד על כך המקרה שהובא במשפט העברי שהתרחש לפני קרוב למאתיים שנה. לצערי, כנראה התובנה של החכם מכל אדם - "אין כל חדש תחת השמש" (קהלת א, ט) - מתייחסת אף לכיעור במעשה אנוש.

בית המשפט המחוזי לא התעלם מטענות המערער בעניין מצבו האישי. אך יש לזכור כי נעשה שימוש על-ידו במעמדו וגילו כדי להוציא לפועל את מעלליו הנבזיים. על כן, דווקא מעמדו הבכיר של המערער בקהילתו מהווה גם נימוק לחומרא, שהרי הוא ניצל זאת כלפי נערה, שדמיונה לא אפשר לה לשרטט כל אפשרות כזו. עוד יצוין כי מתסקיר המבחן המעודכן שנערך בעניין המערער והוגש לבית משפט זה, עולה כי המערער עדיין לא לוקח אחריות על מעשיו, לא מודע לחומרתם ולא משתלב במסגרת טיפולית בבית הסוהר.

לסיום נחזור אל העיקר: המקרה חמור ואכזרי. מדובר בניצול של נערה תמימה שהאמינה לרב - המנהיג הרוחני של הקהילה שהיוותה את כל עולמה - אשר השתמש בה ככלי לסיפוק יצריו. תסקיר קרבן העבירה שנערך בעניינה של הנפגעת ממחיש את עומק הפגיעה בה. עולה כי הנפגעת מתמודדת עם נזקים נפשיים מורכבים וקשים מנשוא בכל היבטי חייה, הכוללים בין היתר אשפוזים פסיכיאטריים חוזרים בשל דיכאון וניסיונות התאבדות; וכי היא תצטרך לעבור תהליך שיקומי ארוך. ניכר כי האירוע לא רק פגע בנפגעת אלא הרס אותה וגרם לה לאבד יציבות ואמונה ביכולתה להתפתח, להתבגר ולהקים משפחה.

בהקשר זה, אבקש לחזק את ידה של הנפגעת ולהביע הערכה על האומץ ועל כוחות הנפש שנדרשו לה כדי לחשוף את האירועים, לספר עליהם להוריה ולחזור עליהם בפרוטרוט בפני המשטרה, בעימות בפני המערער, וכן על

דוכן העדים, במשך שעות ארוכות, לרבות בחקירה נגדית. התמיכה שקיבלה הנפגעת מהוריה ומחלק מחברי קהילתה ראויה אף היא לציון ולהערכה. תקוותי היא כי סיום ההליך יסייע לנפגעת להמשיך לצעוד במסלול של שיקום חיה. עם זאת, מהתסקיר עולה כי הדרך ארוכה והמלאכה קשה. הצלקות עמוקות, או שמא הפצע עודנו פתוח.

ונציין כי המערער ניצל לא רק את תמימותה של הנפגעת אלא גם את חיבורו לדת ואת המונחים הדתיים של קדושה וטומאה, ואף תוך כדי המעשה האכזרי והשפל המשיך לפסוק ולקבוע מותר ואסור בדיני טהרה. בכך הוא פגע לא רק במעמדו כרב אלא גם בערכים דתיים שהנפגעת ומשפחתה מחויבים אליהם. כל זאת תוך שהוא מחריב את נפשה של הנפגעת במעשיו הנלוזים. בית המשפט חייב להגן על החברה ובנותיה מהתעללות כזו. בראייה זו ועל רקע כל המתואר, בית המשפט המחוזי נתן משקל מספק לשיקולים לזכותו של המערער. במשפט אחד, אין מקום לקבל ערעור על חומרת העונש.

14. לנוכח כל האמור, אציע לחבריי לדחות את הערעור על כל רכיביו.

## שׁוֹפֵט

### השופט נ' סולברג:

אני מסכים לחוות דעתו המקיפה של חברי, השופט נ' הנדל.

1. המערער, ישעיהו ריזקאן, פתח בכד וסיים בחבית. בתשובתו לכתב האישום ובעדותו בבית המשפט המחוזי, כפר כליל באפשרות שקיים יחסי-מין עם המתלוננת; לדבריו בקושי הכירה, ואפילו לא ידע את שמה. לטענתו, בני משפחתה של המתלוננת טפלו עליו עלילת-דברים, נקמה על פיטורי אביה מתפקידו כחזן בית הכנסת, ובשל אי-יכולתם לפרוע הלואה שנטלו ממנו. עוד טען ריזקאן, כי אבי המתלוננת הוא שפגע בבתו. כשנדרש ריזקאן להסביר, כיצד הגיע לידי המתלוננת צמיד הזהב של בתו, לא בחל באמצעים והאשים את המתלוננת בגניבת צמיד הזהב מבתו, ואף דרש כי תואשם בשל כך בגניבה. עתה, במסגרת ערעורו שינה ריזקאן טעמו והפך את גרסתו. על-פי גרסתו העדכנית, הוא מודה שהכיר את המתלוננת ואף קיים עמה יחסי-מין, אלא שלדבריו נעשה הדבר בהסכמתה. באי-כוחו של ריזקאן הוסיפו עוד כהנה וכהנה טענות עובדתיות ומשפטיות אשר מוכיחות, לטענתם, כי יסודות העבירות שבהן הורשע - אינם מתקיימים.

ריזקאן אשר שימש רב, מקובל ומנהיג קהילה, לא נאות להכיר בחטאיו, לקבל אחריות על מעשיו, להתחרט, לילך בנתיב התשובה; הוא בשלו. אם לא צלחה דרכו בראשונה, ניסה בערעור לסלול דרך שונה, ובה תוספת מכאוב למתלוננת ולבני משפחתה.

2. כמפורט בחוות דעתו של חברי השופט הנדל, ניצל ריזקאן את מעמדו כרב, ואת השפעתו הרבה על צאן

מרעיתו, כדי להונות את המתלוננת ולבצע בה את זממו. כבר במפגש הראשון ביניהם אמר לה ריזקאן, כי היא מיועדת לו מן 'השמיים'; בפגישה נוספת הציג לה 'מכתב מהשמיים', שבו נכתב כי נועדה להיות אשתו, ולפיכך עליה להיטהר בטבילה בים, ובספירת 'שבעה נקיים'. המתלוננת פעלה על-פי הדרכתו של ריזקאן, טבלה בים, המתינה 'שבעה נקיים', ולאחר שעשתה ככל אשר הורה אותה, הגיעה לבית הכנסת שלו, שם ביצע בה את זממו: חיבק, נישק, מצץ את לשונה, וחדר עם איבר מינו לאיבר מינה. בהמשך, הזמינה ריזקאן לביתו בשעה שרעייתו נעדרה מן הבית, ושוב, חזר על אותם מעשים: חיבוק, נישוק, מציצת לשון, וחדירה. כששאלה אותו המתלוננת לפרש מעשיו, השיבה ריזקאן, "שככה נכנסים להריון ושצריך להיות לו עוד זוג תאומים ואשתו כבר לא יכולה ללדת". עוד הסביר לה ריזקאן, שהדבר יצילה מגזירת מוות שנגזרה עליה. על שני האירועים הללו, נוסף אירוע בבית הכנסת, שבו, 'מפאת קוצר הזמן', הספיק ריזקאן לבצע בה מעשים מגונים בלבד.

3. אחר הדברים האלה, שב ריזקאן והזמין את המתלוננת לביתו, אך היא שלחה לו פתק באמצעות אביה, ובו כתבה שלא תוכל לבוא מחמת מחזור חודשי שקיבלה. חרף זאת, הזמינה ריזקאן לביתו בהמשך אותו שבוע, ומשהטיל גורל שהעלה כי היא אכן בימי נידתה, שלחה לטבול בים כדי להיטהר. המתלוננת הלכה עם אחותה אל חוף הים, ובהיותן שם התקשרה לריזקאן והודיעה לו שאינה מעוניינת לטבול. ריזקאן שידל אותה לעשות כן, אולם המתלוננת נותרה בשלה. בהמשך, הגיעה המתלוננת לביתו של ריזקאן, והוא החתים אותה על כך שהכל נעשה בהסכמתה. הוא ביקש ממנה לעלות על כתפיו ולרקוד עמו, אך המתלוננת סירבה לעשות כן, וסיפרה לו כי לא טבלה בים. ריזקאן הטיל גורל, שהראה כביכול כי חרף נידתה מורה 'רצון שמיים' שעל שניהם להיות 'יחד'. הוא אמר למתלוננת להיכנס לחדר השינה שלו, שם החל לחבקה ולנשקה, למשש את גופה, ולמצוץ את לשונה. במיטתו, החדיר את אבר מינו לאבר מינה במטרה לקרוע את קרום הבתולים. במהלך ניסיונות החדירה, אמר לה ריזקאן שתחשוב על הבבא-סאלי.

4. ארבעת האירועים הקשים שתוארו לעיל בתמצית, ופורטו בהרחבה בחוות דעתו של חברי, מראים כיצד ניצל ריזקאן את מעמדו והשפעתו התורנית-רוחנית על המתלוננת, כדי לקיים עמה יחסי-מין. ביטויים מיסטיים והלכתיים לרוב, נשמעו מפיו של ריזקאן, ומכוחם הדרוך את המתלוננת והובילה ליעדי הנלוזים. בכלל זאת, חזר ריזקאן וסיפר למתלוננת על כך שנראתה בחלומו כשהיא לבושה בשמלת כלה וראשה כרות; לפי פתרון חלומו, אם לא 'תתחבר' עמו ותינשא לו, תמצא את המתלוננת את מותה. כמו כן, ניסה ריזקאן ליצוק נופך מיסטי למציצת לשונה של המתלוננת, וכינה זאת 'נשיקת שפתיים'. אלה ועוד אחרים כמותם, מראים כיצד השתמש ריזקאן במעמדו ועשה בשררתו, כדי להשיג את מטרותיו.

5. בשנת 2016, נחקק סעיף 347 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק), שבו נקבע, כי "כהן דת הבועל אישה או העושה מעשה סדום באדם, שמלאו להם שמונה עשרה שנים, במהלך התקופה שבה ניתן להם ייעוץ או הדרכה על ידו או סמוך לאחר מכן, בהסכמה שהושגה תוך ניצול תלות נפשית ממשית בו, שמקורה בייעוץ או בהדרכה שניתנו להם על ידו, דינו - מאסר ארבע שנים". סעיף זה, נכנס אמנם לתוקף רק לאחר שהתרחשו האירועים מושא הליך זה, וריזקאן גם לא הורשע על-פיו, אך ניתן ללמוד ממנו על יחסו של המחוקק למעמדו המיוחד של כהן דת, וליכולתו לנצל את תלותם הנפשית של חסידיו-מאמיניו, לצורך השגת מאווייו המיניים. בענייננו, אין מדובר במעשים שבוצעו תוך ניצול המעמד לבדו, וחברה לו גם מרמה, אשר הביאתנולפתחו של סעיף 345(א)(2). על-פי הסעיף הזה, בעילת אישה בהסכמה שהושגה במרמה תחשב לאינוס. במסגרת דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 125) (יחסי מין תוך ניצול תלות נפשית ממשית במסגרת ייעוץ או הדרכה של כהן דת), התשע"ו-2016, שבמסגרתה נחקק לימים סעיף 347 לחוק, הבחין המחוקק בין ניצול של כהן דת לבדו, לבין ניצול שיש עמו מרמה:

"יודגש כי על מקרים שבהם הסכמת מקבל הייעוץ כה פגומה עד כי אין ביכולתו לגבש הסכמה כלל, ובמקרים שבהם כהן

הדת השיג את הסכמת מקבל הייעוץ במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה, ימשיכו לחול עבירות המין הנוגעות לעניין (אינוס, מעשה סדום ומעשים מגונים) הקבועות בחוק היום. כך, למשל, מקרה שבו כהן דת הציג את המעשים המיניים במקבל הייעוץ כחלק מהטיפול בו יכלול בעבירות המין החמורות" (ה"ח הכנסת 628, 81).

על ההבחנה בין סעיף 347ב לחוק לסעיף 345(א)(2) לחוק, עמד השופט ע' פוגלמן בע"פ 2454/18 שיינברג נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (6.12.2018).

#### הסכמה שהושגה במרמה

6. בסעיף 345(א)(2) לחוק נקבע, כי בעילה "בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה", באה בכלל 'אינוס'. כפי שהראה חבריהשופט הנדל, בפסיקה נקבעו שלוש קטגוריות שונות ביחס למרמה לגבי מהות המעשה: (א) מרמה אשר בעטיה נפגעת העבירה כלל לא הבינה, שהמעשה שהסכימה לביצועו הוא בעל הקשר מיני; (ב) מצבים שבהם הבינה המתלוננת, כי הסכימה לעשות מעשה בעל הקשר מיני, אולם בעטיה של המרמה הוטעה לחשוב "שכל כולו תחום במהות אחרת - טיפולית, אומנותית, מיסטית וכדומה, דהיינו סברה כי המעשה אינו בא לספק הנאה מינית" (ע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לחוות דעתה של השופטת ארבל (25.5.2009) (להלן: עניין פחימה)); (ג) מצבים שבהם הבינה המתלוננת, כי מדובר ביחסי-מין, וכי מטרתו של הגבר להגיע לסיפוק מיני, אך היא רומתה ביחס למטרה ולתועלת שתשיג כתוצאה מיחסי-המין. בעוד שביחס לשתי הקטגוריות הראשונות קיימת הסכמה בפסיקה, לפיה הן עולות כדי השגת הסכמה במרמה, הקטגוריה השלישית שנויה במחלוקת (עניין פחימה).

7. באי-כוחו של ריזקאן, טוענים כטענה חלופית, כי העניין דנן חוסה תחת הקטגוריה השלישית. לדידם, המתלוננת "הבינה את הקשרו המיני של המעשה, וידעה כי אחת ממטרותיו של הגבר בבצעו אותו היא מינית, אלא שמבחינתה, ניתנה ההסכמה על בסיס מטרה אחרת של המעשה - שאותה הסיקה בעקבות מעשה המרמה של הגבר שכן בענייננו המתלוננת רצתה שהגזירה שהוטלה עליה לכאורה תוסר וסברה כי 'החיבור' הוא זה שיש בכוחו להסירה" (פסקה 69 לעיקרי טיעון). נטען אפוא כי המתלוננת הבינה שמדובר במעשים בעלי אופי מיני, וכי אחת ממטרותיו של ריזקאן היתה מינית, אלא שהיא רומתה ביחס למטרה שלשמה בוצעו המעשים - 'הינצלותה מפורענות שנגזרה עליה'. בנסיבות הללו, שבהן מתייחסת הרמיה למטרה שלשמה בוצעו המעשים ולא למהותם, טוענים באי-כוחו של ריזקאן שאנו מצויים בגדרי הקטגוריה השלישית, אשר לא נתקבלה בפסיקתו של בית משפט זה. כחברי השופט הנדל, סבורני, כי אין לקבל טענה זו. גם אם המתלוננת אכן הבינה בשלבים מסוימים שהמעשים הם בעלי הקשר מיני, והסכימה לביצועם לצורך הסרת 'הגזירה' - הרי שמתחומה של הקטגוריה השניה לא יצאנו. הקטגוריה השניה עוסקת במצבים שבהם המתלוננת הסכימה לביצועו של מעשה מיני והיתה מודעת להיותו כזה, אלא שהיא הוטעה לחשוב, שבנסיבות, תחום היה המעשה המיני במהות אחרת. בענייננו, הוטעה המתלוננת לחשוב כי המעשים המיניים שלעשייתם הסכימה, תחומים במהות מיסטית. אסביר.

8. פעמים שאותה פעולה טכנית, תישא משמעויות ומהויות שונות, אשר כל אחת מהן תגדיר את הפעולה באופן שונה, ותעניק לה צביון אחר. המחשה לכך ניתן למצוא בדברי התלמוד (בבלי, ברכות יג, א), אשר מבחין בין אדם שקורא את פסוקי קריאת שמע במטרה להתפלל, לבין אדם שמבצע אותה פעולה וקורא את הפסוקים במטרה להגיה את הספר שממנו הוא קורא. הראשון יוצא ידי חובת מצוות 'קריאת שמע', כיוון שפעולתו מוגדרת כ'קריאה'; השני אינו יוצא ידי חובתו, משום שפעולתו מוגדרת כהגהה. הנה לנו, פעולה המבוצעת באותו אופן בדיוק - קריאת פסוקים

מסוימים מן הספר - אשר מוגדרת באופנים שונים כתלות בתכלית שלשמה היא נעשית, ובמהות שהוטבעה באותה פעולה.

9. כפי שהראה חברי השופט הנדל, במוקד בחינת עבירת האינוס, נדרשים אנו לברר אם הסכימה האישה למעשה הבעילה. העדר הסכמה מצדה, משמעו ביצוע הבעילה באינוס. סעיף 345(א)(2), מורנו כי לא די בהסכמתה הפורמלית של האישה למעשים הטכניים שבוצעו בה, אלא נדרשת הסכמה למעשים על-פי המהות שהוצגה לה, עובר לקבלת הסכמתה. כך, כשם שברי לכל, כי הסכמה שהושגה בכפייה - אינה הסכמה; כך גם כאשר הוטעתה המתלוננת לחשוב כי היא מסכימה למעשה בעל מהות מסוימת, אך בפועל בוצע בה מעשה שלו מהות שונה - הסכמתה לאו הסכמה היא.

10. בעניין דנן, גם אם בשלב מסוים הבינה המתלוננת כי המעשים שאותם נתבקשה לעשות, הריהם מעשים מיניים; מבחינת אופיים ומהותם סברה המתלוננת כי הללו הם מעשים מיסטיים שלא נועדו לצורך הנאה וסיפוק מיני, לבטח לא כתכלית עצמאית. מעמדו של ריזקאן, ההוראות שנתן לה, ותלייתן בגזירות שמיים ובגורלות, גרמו למתלוננת לחשוב, כי אין מדובר במעשים בעלי מהות מינית אשר מטרתם הבלעדית לספק לו, או לה, הנאה מינית. עדות המתלוננת מלמדת, כי היא לא חוותה את האירועים כבעלי מהות מינית; היא בכתה במהלכם, חשה כאב, וניסתה להימנע מטבילה בים, חרף הפצרותיו של ריזקאן. המתלוננת ביצעה את המעשים בבחינת 'אם גזירה היא נקבל'. המתלוננת גם לא שעתה לבקשתו של ריזקאן, לעלות על כתפיו ולרקוד עמו. לא היו שניים ל'טנגו' המושחת הזה. המתלוננת לא היתה אלא חומר בידיו של ריזקאן, אשר עשה במושגים התורניים שהכיר, ובסמכותו הרוחנית - קרדום לחפור בהם. ריזקאן השתמש כל העת במושגים הלכתיים של 'קניין', טומאה וטהרה, גורלות, גזירות וחלומות, על מנת ליצור רושם כאילו מדובר במעשים בעלי משמעות דתית-מיסטית. המתלוננת, שהיא ובני-ביתה השתייכו לקהילתו של ריזקאן וסרו למרותו, פעלה על-פי הדרכתו ובהתאם לעצתו. היא עשתה כן, גם כשהורה לה לפעול בניגוד להוראות ההלכה, אמר על טמא שהוא טהור, ו'פסק' כי היא מותרת לו, הגם שהיתה מצויה במחזור חודשי. הסכמתה של המתלוננת כוונה אפוא לבעילה, לחיבוק ולנישוק, באצטלה רוחנית-מיסטית; לא לפעולות אשר תכליתן הבלעדית נועדה להסב לריזקאן סיפוק מיני.

11. אכן, כטענת באי-כוחו של ריזקאן, המעשים המיניים נעשו לשם מטרה שקרית - 'ביטול הגזירה'. ברם, צודק חברי השופט הנדל כי קיומה של מטרה שלמענה נעשו המעשים, כשלעצמה, אינה מציבה אותנו מוכנית (אוטומטית) בגדרי הקטגוריה השלישית. דעת לנבון נקל, כי לכל טיפול פסיכולוגי, רפואי וכד' - ישנה מטרה מסוימת שלשמה הוא נעשה, כשלטיפול עצמו, אין ערך אינטרינזי-עצמאי. מקובלת עלי בהקשר זה קביעתו של חברי, כי השאלה המרכזית העומדת על הפרק היא, האם בוצעו המעשים כחלק מן האקט הטיפולי, אם לאו. לשם כך, עלינו לברר האם המטרה המרומה שלשמה בוצע המעשה, משפיעה על מהותו של המעשה המיני ומלבישה אותו בלבוש שונה; או שמא היא חיצונית למעשה, נלווית לו, וכדבריו של המשנה לנשיאה א' ריבלין, אינה מתייחסת "למהות המינית הבסיסית של המעשה", ותכליתה "ליצור תמריץ לאישה ליתן את הסכמתה" (עניין פחימה, פסקה 12). ככל שהמטרה משפיעה על מהות המעשה, הרי שהוא נכנס לקטגוריה השנייה, אולם ככל שהמטרה חיצונית לו, מצויים אנו בגדרי הקטגוריה השלישית. הדוגמה שהציג חברי - הסכמה לקיים יחסי-מין, לשם מטרה שקרית שהאישה לא תפוטט מעבודתה - ממחישה היטב את סוג המקרים שבהם המטרה שלשמה בוצעו המעשים היא חיצונית להם, ואינה משפיעה על מהותם. במצבים הללו - המעשה עומד בפני עצמו, והמטרה בפני עצמה.

12. בנדון דידן, הוצגו המעשים המיניים על-ידי ריזקאן, ככאלו שאמורים לקדם מטרה מסוימת, ביטולה של גזירת מוות. ברם, כאמור, אותה מטרה לא היתה חיצונית למעשים שבוצעו, אלא היא השפיעה על המהות המיסטית שאותה ביקש ריזקאן ליצוק לתוכם. כאמור לעיל, המטרה והמעשים חברו יחדיו, החזות המיסטית צבעה את המעשים והאירועים

ועיצבה אותם. כך, למשל, באירוע האחרון, ביקש ריזקאן מהמתלוננת לחשוב על הבבא-סאלי בעת ניסיונו לקרוע את קרום הבתולים שלה, כשלאורך הדרך עשה שימוש בגורלות, חלומות, וכיוצא באלו מרעין ביטן. המעשים אכן היו מיניים, וייתכן שהמתלוננת גם הבינה זאת בשלב מסוים, אך הם נעשו באצטלא מיסטית-רוחנית אשר העניקה להם מהות אחרת.

13. משהגעתי לכלל מסקנה, כי העניין דן חוסה תחת הקטגוריה השניה, שוב אין אני נדרש לטעת מסמרות בשאלה שהתעוררה בפסיקה, אם הקטגוריה השלישית עולה כדי הסכמה שהושגה במרמה לגבי מהות המעשים, אם לאו. שאלה זו תיוותר לעת מצוא.

14. כאמור, אני מסכים לדברי חברי, השופט נ' הנדל; הן לעניין הכרעת הדין, הן לגבי גזר הדין.

ש ו פ ט

#### השופט י' וילנר:

1. אני מצטרפת לחוות דעתו המקיפה של חברי, השופט נ' הנדל, ואבקש להוסיף בקצרה מספר הערות:

2. ראשית, אציין כי אני מסכימה לניתוח שהציג חברי ביחס ל"קבוצה השלישית" של מקרי המרמה לגבי מהות המעשה המיני, כפי שזו הוצגה על-ידי השופטת ע' ארבל בע"פ 5097/07 פחימה נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(1) 830 (2009). אף אני סבורה, כחברי, כי, הלכה למעשה, עיקר המחלוקת שהתגלעה בין שופטי ההרכב בעניין פחימה הסתכמה במישור העובדתי גרידא, וכי על-פי פירושה של השופטת ארבל לעובדות המקרה אשר נדון שם - נראה כי אלה באו בגדר ה"קבוצה השנייה" - שעניינה במרמה המייחסת למעשה המיני מהות או תועלת טיפולית, מיסטית, דתית וכדומה. עוד אעיר כי הקבוצה השנייה כוללת, לדידי, אף את אותם מקרים בהם הסכמתה של האישה למעשה המיני ניתנה אמנם בשל מרמה ביחס לתועלת הטיפולית שתצמח ממנו, אך לצד זאת היא היתה גם מודעת למטרה מינית שנלוותה למעשה מבחינת העושה. נדמה, אפוא, כי אין מקום ליצור קבוצה נפרדת, שלישית, הכוללת למעשה תתי-קטגוריות המצויות ממילא בתוככי הקבוצה השנייה המתוארת. מכל מקום, אני מסכימה עם חברי, השופט נ' הנדל, כי אין לשלול מלכתחילה קיומם של מקרים אשר לא יבואו בגדר הקבוצה השנייה, ואשר למרות זאת יהא מקום להגדירם כאינס במרמה, ומן הראוי להותיר את ההכרעה בנדון לנסיבות המתאימות - ככל שאלה תתעוררנה בעתיד.

3. שנית, אני מסכימה לעמדת חברי, השופט נ' הנדל, בכל הנוגע לערעור על גזר הדין, וסבורה כי יש לדחות מכל וכל את טענות המערער בנדון. תמצית המסכת העובדתית המתוארת בחוות דעותיהם של חברי מדברת בעד עצמה, ומבהירה את החומרה היתרה הטמונה במעשים שביצע המערער בנפגעת. במעשיו ניצל המערער ניצול ציני את מעמדו הדתי והקהילתי, את תמימותה של הנפגעת, ואת האמון שרחשה לו; פגע בה ושב ופגע בה; תוך שהוא רומס ברגל גסה את טובתה והאוטונומיה שלה על גופה. אף תסקיר נפגעת העבירה שהוצג לפנינו מלמד על השמות שעשה המערער בגופה ובנפשה של הנפגעת. כל זאת עשה המערער תחת כסות רוחנית-דתית של שמירה על "טהרה" כביכול, אך לשם

סיפוק מאוייו הנלוזים, אשר ברי כי הם עומדים בסתירה חזיתית למול הערכים שבשמם התימר הוא לפעול. מעשים מעין אלה מחייבים ענישה מחמירה והולמת, המבטאת את החומרה הרבה הטמונה בהם, ולפיכך, אין כל ממש בטענות המערער לפיהן עונש המאסר שהושת עליו מחמיר יתר על המידה.

לסיום, יש לקוות שהנפגעת תאזור כוחות גוף ונפש לשקם את חייה ולמצוא מזור למכאובים הקשים שהסב לה המערער.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ז באלול התש"ף (16.9.2020).

ש ו פ ט ש ו פ ט ש ו פ ט ת

---