

השמיים הם הגבול הנזיקי – 75 שנה לאמנת ורשה

אושרית סיסו ואיתי אפטר*

א. מבוא

ב. דיני התעופה בישראל – רקע

ג. שלוש הקושיות: מיהו מוביל? מיהו נוסע? ומהי תאונה?

ד. "כשלי הנזק" באמנה

1. התיישנות

2. אחריות מוחלטת

3. תקרת הפיצוי

ה. מה נשתנה בין טיסות פנים לטיסות חוץ

ו. דיני תעופה "ישראליים" – אלטרנטיבות

ז. סיכום

א. מבוא

"ברוכים הבאים לטיסה מספר 1929 לוורשה העוצרת בהאג, גואדלהרה, גואטמלה ומונטריאול, נא הדקו את החגורות. מרגע ההמראה אנא השתדלו שלא למות, ליפול, להחליק או אפילו לשבת על מסטיק.¹ כל נזק שכזה אינו מכוסה על ידי פקודת הנזיקין, שכן זו אינה חלה.² שתהייה לכם טיסה נעימה ורגועה."³

אם יחפוץ הנוסע התמים לברר איזו מערכת דינים חלה על אירוע נזיקי במהלך טיסה, נכונה לו משימה לא פשוטה. בשונה מן העיסוק הרב שלו זוכה התחום בעולם,⁴ דיני התעופה טרם נדונו באופן ממצה בפסיקה או בכתיבה האקדמית בישראל, זאת חרף חשיבות הסוגיה לכל אדם שמשתמש בשירותי התעופה, בין בנסיעה פנים ארצית או בינלאומית. זאת ועוד, אף אם נגיע לידי מסקנה כי על המקרה חלים הסדרי אמנת ורשה⁵ – אותם בחרה ישראל לקלוט כמעט כלשונם, תוך דחיית תחולתה של פקודת הנזיקין – עלולים אנו

¹ ת"ק (ת"א) 4297/04 סבו נ' אל איטליה (לא פורסם, 09.09.2004). אף שכשנדונה שאלה זו בפסיקה התעלם בית המשפט, משום מה, מהאמנה. אמנם מדובר בפיקנטריה אך לדעתנו, כפי שנראה בהמשך, יש בכך כדי להדגים את אי-התמודדותן של הערכאות השיפוטיות עם מגבלות האמנה.

² פקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח תשכ"ח 266. לפי הוראות ס' 2 וס' 10 לחוק התובלה האווירית, התש"ס-1980, ס"ח 197, אמנת ורשה היא שתחול באירועים נזיקיים בתובלה אווירית ו"לא כל דין אחר".

³ זוהי כמובן הודעה דמיונית, המבוססת על הודעות הברכה המקובלות בחברות התעופה לאחר העלייה למטוס.

⁴ מבדיקה במאגר LexisNexis שנערכה במהלך חודש נובמבר 2005 עולה כי בעשור האחרון בלבד פורסמו לפחות מאה מאמרים העוסקים באמנת ורשה.

⁵ אמנת לאיחוד כללים מסוימים בדבר תובלה בינלאומית באוויר, כ"א 244, כרך 8, עמוד 479 (נפתחה לחתימה ב-1929) (להלן: אמנת ורשה). לנוסח העברי ראו: URL: www.tourism-law.co.il/warsaw.ht .

למצוא עצמנו נבוכים לנוכח תוכנם של הסדרים אלו, אשר, כפי שנראה להלן, ניתן לראותם כהסדרים כושלים.⁶

רשימה זו תיפתח בסקירה קצרה – ממעוף הציפור – של דיני התעופה החלים בישראל, תוך התמקדות באמנת ורשה על תיקוניה השונים. מתוך הבנה שפסיקת בתי המשפט צריכה לעמוד בקנה אחד עם תכלית האמנה – מטרת מנסחיה והרציונלים שבבסיסה – נסקור בקצרה את ההיסטוריה החקיקתית שהובילה ליצירתה. נמשיך ונדון בשלוש הקושיות המתעוררות תדיר בשאלת תחולת האמנה: האחת, מיהו "המוביל", שעליו רובצת האחריות לנזק.⁷ השנייה, מיהו "הנוסע"⁸ שכלפיו קמה חבות בנוזיקין. השלישית, מתי אירוע נזיקי ייחשב ל"תאונה".⁹ אם תתקבל תשובה חיובית לשלוש השאלות המקדימות הללו, או אז תחול האמנה. ואולם זו תהא רק נחיתה ביניים קצרה. עיקר מסענו יתמקד בשלושת הכשלים העיקריים העולים אינטואיטיבית מקריאת האמנה: תקופת ההתיישנות בת השנתיים,¹⁰ משטר האחריות המוחלטת לנוזקי גוף ורכוש¹¹ והגבלת אחריות ה"מוביל" לתקרת פיצוי.¹² ספק אם ההגדרות וההסדרים השונים שבאמנה, שלידתם ב-1929, בתקופה שבה מטוסים נבנו מעץ והניווט נעשה בעזרת מצפן,¹³ מתאימים לזמננו שלנו שבו המטוסים מתקדמים וחברות התעופה הן תאגידי ענק. בה בעת, המשפט הנוזקי ודיני הביטוח לא קפאו על שמריהם בשבעים וחמש השנים האחרונות. בגלל הקושי הטמון בהסדרי האמנה, מחריפה שאלת תחולתם לא רק על טיסות בינלאומיות, אלא גם על טיסות בשמי הארץ. כן שבה ועולה השאלה אם ראוי לקבוע תחולה ייחודית לדיני האמנה באופן שיוציא דינים שיוריים ישראלים, המקובלים גם במדינות העולם בהקשרים אחרים. על תשובות לשאלות אלה להתחשב בתהליכי הגלובליזציה ובשאיפה לאזן בין הצורך בהרמוניה בדינים הבינמדינתיים לבין זכותם של אזרחי מדינת ישראל לקבל פיצוי הולם לנוזקיהם.

ב. דיני התעופה בישראל – רקע

דיני התעופה בישראל מורכבים ברובם מנורמות בינלאומיות, שנקלטו בחוק התובלה האווירית.¹⁴ דרך קליטתן משלבת בין שתי הגישות הקיימות לקליטת אמנות: ההפניה המפורשת לנוסח האמנה ו"תרגום משפטי" לחלק מסעיפיה.¹⁵ עם סעיפי האמנה נקלטו בחוק גם פרוטוקולים שונים שנחתמו במהלך השנים עד 1975. פרוטוקולים אלו מתקנים במידת-מה את האמנה המקורית אך שומרים על עקרונותיה הבסיסיים.¹⁶ בבואם לפרש את החוק הקולט, בתי המשפט צריכים להיות ערים לעובדה שאמנם לפניהם

⁶ ביטוי זה מושאל מדיני הנוזיקין לצורך המחשת הבעייתיות הכרוכה באופי ההסדרים. מלבד זאת יש להם השפעה אינהרנטית על שאלת קבלת הפיצויים וגובהם.

⁷ ס' 19 לאמנת ורשה.

⁸ שם, ס' 3.

⁹ שם, ס' 17.

¹⁰ שם, ס' 129(1).

¹¹ שם, ס' 17, 18.

¹² שם, ס' 22.

¹³ P. S. Dempsey, *International Air Cargo and Baggage Liability and The Tower of Babel*, 36 Geo. Wash. In'tl L. Rev. (2004) 239, 245.

¹⁴ חוק התובלה האווירית.

¹⁵ ר' לפידות, א' בן נפתלי, י' שני "חובת קליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי (נייר עמדה)" **מכון קונקורד** (תשס"ד).

¹⁶ פרוטוקול האג, כ"א 244 כרך 8 בעמוד 479 (1955). אמנת גואדלחרה, כ"א 891 כרך 26 בעמוד 585. ארבעת הפרוטוקולים של מונטריאול מ-1975 כתבי אמנה 1225 כרך 39.

חוק ישראלי, אך מקורו במישור הבינלאומי. היבט בינלאומי זה מחייב מבט השוואתי הבוחן את פרשנותם של מושגי האמנה במדינות העולם השונות החתומות עליה.¹⁷ בתי המשפט בארץ מכירים בדרך כלל בחיוניות פירוש האמנה תוך התייחסות לאופייה הבינלאומי ולמטרותיה כפי שעמדו לנגד עיני המנסחים.¹⁸ למרות זאת, רק לעתים רחוקות נראה כי בתי המשפט פונים לפרש את הנוסח הצרפתי המקורי – כנהוג בבתי משפט אחרים בעולם¹⁹ – אף שלכאורה ישנה הלכה המורה לעשות כן.²⁰ בתי המשפט מצהירים כי מטרתם הנה להבטיח איחוד כללים והרמוניה פרשנית בינלאומית,²¹ ואולם אם הצהרה זו אינה מגובה בפנייה לטקסט המקורי, עלול הפער בין הרטוריקה לבין הפרקטיקה הנוהגת לקעקע את יסודות מבנה האמנה.²²

מקורה של האמנה בוועידה שהתכנסה בשנות העשרים של המאה הקודמת, בראשיתה של התפתחות התעופה האזרחית. לנגד עיני מנסחי האמנה עמדו שתי מטרות יסוד: האחת, איזון בין ההגנה על חברות התעופה הצעירות לבין האינטרסים של הנוסעים בכלי התעופה. השנייה, איחוד כללים בין משטרי הנויקין במדינות השונות.²³ ישנה מחלוקת באשר לעצם המעמד שיש להקנות למטרות אלו בפרשנות האמנה.²⁴ כמו כן בבואנו לפרש את האמנה כיום, לא ברור אם מוצדק להגן על המוביל האווירי המאורגן, המבוסס והמבוטח, באותה המידה כבעבר; ייתכן שדווקא הנוסעים, כיחידים, זקוקים ליתר הגנה.²⁵ אשר

17 א' רייך "גלובליזציה ומשפט – השפעת המשפט הבינלאומי על המשפט המסחרי בישראל ביובל הבא" מחקרי משפט י"ז (תשס"ב-2001) 17, 64. על בית המשפט להימנע מנטייתו הטבעית לפנות לכוונת המחוקק הישראלי. זאת הואיל ופנייה להיסטוריה החקיקתית המקומית לא תועיל לפרשנות ראויה. גישה זו של פנייה למחוקק מקובלת במשפט הישראלי מאז ומעולם. למרות זאת נבחר כי מדובר באמנה בינלאומית שאומצה במסגרת של חקיקה ישראלית ולפיכך עליה גם להיות מותאמת ל"משפט הארץ". עם זאת, במקרה הנדיר שבו הפרשנות הבינלאומית נוגדת במובהק את תקנת הציבור הישראלית, תועדף כמובן נקודת המבט המקומית. לעניין זה ניתן ללמוד מגישתו של בית המשפט בנוגע לאכיפת פסקי חוץ בכפוף לתקנת הציבור בישראל. רק לעתים נדירות לא ייאכפו פסקי חוץ מטעמי תקנת הציבור. ראו: ע"א 4949/03 בולוס נ' **Globe Master** (לא פורסם, 03.03.2005).

ראו גם: Zicherman v. Korean Air Lines 116 U. S. 629 (1996). לפנייה לכוונת המחוקק לצורך פרשנות החוק ראו: בג"ץ 187/77 קופטש נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 309 (1977), ע"א 8932/02 פקיד שומה תל אביב נ' טאומן, פ"ד נח(1) 625 (2003).

18 ע"א 20/83 דדון נ' אייר פרנס, פ"ד לח(3) 805, 785 (1984). אם כי חשוב לציין שבתי המשפט לא רואים בפסיקה הזרה נורמה מחייבת, אלא רק כלי עזר לצורך פרשנות האמנה.

19 Supernant v. Air Canada [1973] C. A. 107; TWA v. Franklin 466 U. S. 243 (1984); למרות זאת חשוב לציין שאין זה המצב תמיד וכי יש בתי משפט באצות הברית שפונים דווקא לתרגום האמנה לשפה האנגלית. ראו:

D. Stanculescu, "Recovery for Mental Harm Under Article 17 of the Warsaw Convention: An Interpretation of the Warsaw Convention: An Interpretation of Leisons Corporolle," 8 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. (1985) 339, 340.

20 ד"ר 36/84 טייכנר נ' איר פראנס פ"ד מא(1) 589 (1987). ואולם לרוב לא נעשה שימוש במקור הצרפתי לשם פרשנותה של האמנה. למשל, ת"א (קריות) 6290/02 מנגוני נ' אל-על תק-של 9241 (1)2004; בר"ע (ת"א) 21294/99; בר"ע (ת"א) 1158/04 אלאיטליה נ' לבנוני תק-מח 1088 (1)2005.

21 פרשת טייכנר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 614.

22 55495/03 שעשוע נ' ק.ל.מ., תק-של 10671 (3)2004 (2004). אפשר, למשל, לחשוב על מצב שבו בית משפט גרמני יפרש את התרגום הגרמני לאמנה כך שהמשמעות שתקבל תהיה שונה מהמשמעות שתקבל מפרשנות הנוסח העברי לאמנה.

23 פרשת טייכנר, לעיל ה"ש 20, פס' 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו דאז) ברק. אחידות הכללים היוותה מגמה עליונה הואיל והיו ערב רב של הסדרים במדינות העולם השונות. כך למשל, מרבית המדינות בקונטיננט אפשרו לחברות התעופה/למובילים להסיר אחריות בכרטיס לכל פציעה או מוות. זאת בעוד במשפט המקובל חב המוביל חובת זהירות מוגברת כלפי הנוסע. T. A. Weigand, "Accident, Exclusivity, and Passenger Disturbances Under the Warsaw Convention", 16 Am. U. Int'l L. Rev. (2001) 891, 898.

24 לחילוקי הדעות בעניין האחידות ראו את פרשת טייכנר, לעיל ה"ש 20, גישותיהם השונות של השופטים ברק ולוין. ראו גישתו של בית המשפט הסקוטי לחשיבותו של איחוד הכללים: Hammond v. Bristow Helicopters Scot CS 80 (Scottish Ct of Sessions, 13 Nov. 1998).

25 L. B. Zerner, "Notes & Comments: Tseng v. El Al Israel Airlines and Article 25 of the Warsaw Convention: A Cloud Left Uncharted", 14 Am. U. Int'l L. Rev. (2004) 1245, 1262.

למטרה השנייה, לא כולם סבורים כי האחדת הנורמות בכל המדינות צריכה להיות מלאה.²⁶ אחדות בלא פשרות בעייתית ולו משום שחוקי המדינות הנם דינמיים. עם זאת, שינויי העתים אין משמעם כי עלינו לזנוח מטרות מקוריות אלו מניה וביה. נדרשת אפוא מציאת נקודת איזון מודרנית.

הצורך בנקודת איזון מודרנית בא לידי ביטוי מובהק בבואנו לפרש את המונחים שבהם עושה האמנה שימוש. אף שחלפו מעל שבעה עשורים מאז נחתמה האמנה, אין קונצנזוס בישראל או במדינות העולם בדבר משמעות המונחים המהווים תנאי לתחולתה. המחלוקת העיקרית נסבה על הגדרת שני השחקנים המרכזיים, המוביל והנוסע, והאירוע הנוזקי שבו הם מעורבים (תאונה). מחלוקת זו אינה עיונית גרידא; החשיבות הטמונה בעצם המשגה נובעת מעקרון ייחוד העילה הקבוע באמנה.²⁷ אירוע שאינו נכנס בדלת אמותיה של האמנה לא יהיה בר פיצוי כלל, משל ייחוד העילה קבע הסדר שלילי.²⁸ אמנם הלכה זו שנויה במחלוקת בקרב הקהילה השיפוטית העולמית, אך בהחלט ניתן לזהות הלך רוח שיפוטי שכזה בפסיקות השונות.²⁹ להגדרת שלושה מונחים אלו נודעת אפוא חשיבות לא מבוטלת.

ג. שלוש הקושיות: מיהו מוביל? מיהו נוסע? ומהי תאונה?

המשותף לשלושת המונחים הנו היעדר הגדרה מפורשת באמנה או בחוק. אין בדרך כלל קו אחיד שמנחה את בתי המשפט הנזקקים לפרשנות המונחים הללו. הבחינה במרבית המקרים נעשית לפי הנסיבות והתשתית העובדתית של כל מקרה לגופו.³⁰ על פי האמנה, המוביל הוא הנושא באחריות לנזק. לפיכך כדי להטיל אחריות, על בית המשפט להגדיר אם הנתבע הוא המוביל לצורכי האמנה.³¹ ברור למדי שחברת התעופה נחשבת למוביל,³² ואולם ישנם מקרים שבהם מבקש הניזוק להיפרע מגורמים הקשורים יחד עם המוביל, בין במישרין ובין בעקיפין, לנזק.³³ נראה שהמגמה היא להכניס תחת כנפי המונח סוכני נסיעות למיניהם.³⁴ אך האם יש להוציא מגדרו גורמים כגון הנהלת שדה התעופה וחברות אבטחה, שמעניקות שירות עקיף לנוסעים?³⁵ נראה שלעניין זה בתי המשפט מגדירים תחילה את תכלית האמנה ורק לאחר מכן

²⁶ ראו לעיל הי"ש 23.

²⁷ ס' 24 לאמנת ורשה. מעוגן גם בס' 10 לחוק התובלה האווירית.

²⁸ בש"א (נצרת) 1818/03 אל על נ' דויד תק-מח 2004(3) 395, פס' 23 לפסק הדין (2004).

²⁹ לדיון במגמות השונות הקיימות בפסיקה האמריקנית ראו: R. Coleman, "Commentary: I saw Her Duck: Does Article 17 of the Warsaw Convention "Cover" Injuries or Accident?", 7 Geo. Mason L. Rev. (1998) 191, 198.

³⁰ בר"ע (ת"א) 21294/99 טיולי הגליל בע"מ נ' ימין נינט, תק-מח 1999(3) 65535 (1999).

³¹ כמעוגן בס' 19 לאמנת ורשה ובסעיפים רבים ושונים באמנה.

³² הצעת חוק פיצוי וסיוע לנוסעים עקב עיכוב או דחייה בטיסה, תשס"ה-2004, הי"ח 2788. מתוך אתר הכנסת [URL:www.knesset.gov.il/privatelaw/plaw_display.asp](http://www.knesset.gov.il/privatelaw/plaw_display.asp). אמנת גודלאחרה מסדירה מצב שבו המוביל לפי החוזה איננו המוביל הפועל. כך, למשל, ס' 2 לאמנה קובע כי שניהם יהיו כפופים יחדיו לכללי אמנת ורשה. יחד אתו ס' 7 קובע כי ניתן להגיש, לפי בחירת התובע תביעה נגד המוביל בפועל או המוביל לפי החוזה או נגד שניהם יחדיו. ראו לעניין זה גם: ת"א (חיפה) 16343/01 ד"ר לורבל נ' איבריה (לא פורסם, 15.02.2005).

³³ יש לציין כי לעתים הניזוק הוא שטוען כי הנתבע הנו המוביל לצורכי האמנה, וישנם מקרים שבהם הנתבע הוא שמעוניין לחסות תחת כנפי האמנה וליהנות מהגבלת האחריות ומתקרת הפיצוי. דוגמה לכך היא טענת רשות שדות התעופה בע"א 192/83 אל על נ' נעמת, פ"ד לח(4) 57 (1984).

³⁴ ת"א (ת"א) 44735/03 וייס נ' הדקה ה-90 (לא פורסם, 25.03.2004), לגישה הפוכה ראו: ת"ק (פ"ת) 3490/04 בלדינגר נ' השטיח המעופף (לא פורסם, 02.03.2005).

³⁵ ת"ק (ת"א) 13026/02 שניידר נ' אל-על (לא פורסם, 24.10.2003). במקרה זה נקבע שהואיל ורשות שדות התעופה היא תאגיד סטטוטורי, אין הוראות האמנה חלות. ראו גם לעניין פרשנות צרה של המונח ואי-החלתו על חברות אבטחה: J. G. Sams, "Recent Developments In Aviation Law: 2003 SMU Air Law Symposium", 68 J. Air L. & Com. (2003) 731, 745. ניתן גם להעלות שאלה בעניין אחריות נותני השירותים העקיפים למטוס, כמו, למשל, רשויות

מחליטים במקרה הנדון אם תחול אחריות על הנתבע.³⁶ דרך שונה ננקטה בנוגע לשאלה מיהו "נוסע", שאלה שמתעוררת במקרים נדירים יחסית. היא יכולה להתעורר, לדוגמה, בנוגע לצנחנים, אנשי צוות המטוס והטייסים. במקרה שבו נדונה שאלת האחריות לפגיעתו של צנחן, החליט בית המשפט להימנע מהחלת האמנה, לאחר עיון מילוני במונח "נוסע" שלכאורה אינו כולל צנחנים וכן בהגדרת הצניחה בתקנות הטיס. בכך הסתמך בית המשפט על מקורות מקומיים. את רכיב התכלית שאב בית המשפט מפרשנות בינלאומית שעסקה במטרת האמנה וקבע כי במרכזה עמד הרצון להסדיר פעולות רגילות של העברת נוסעים ממקום למקום ולא פעולות של ספורט אתגרי.³⁷ שאלת תחולת האמנה על אנשי צוות אוויר עדיין לא נדונה בפסיקה. לאור פסקי הדין שניתנו בעניינם של הצנחנים קשה לדעת מה ייפסק, אם כי ניתן לשער שבתי המשפט יכריעו כי האמנה לא באה להסדיר אחריות מעבידים לעובדיהם ולכן אין להחילה אלא על "נוסעים", במשמעות העיקרית של מונח זה. עם זאת, כאמור, המתודולוגיה הפרשנית לוטה מעט בערפל.

מחלוקת קשה התעוררה גם באשר להגדרת המונח "תאונה".³⁸ אמנם בפסק הדין המנחה, שניתן בארצות הברית, נקבע כי תאונה הנה "מאורע או התרחשות בלתי רגילים או בלתי צפויים החיצוניים לנוסע", ואולם גם הגדרה זו עמומה ופתוחה למניפולציות.³⁹ בישראל מפורש מונח "התאונה" בצורה רחבה המאפשרת להתייחס למגוון מקרים המתרחשים במהלך התובלה האווירית. כך לדוגמה חטיפת מטוס אייר פרנס לאנטבה נחשב לתאונה שאירעה בתוך כלי הטיס.⁴⁰ לעומת זאת, בית הלורדים הכריע במקרה דומה כי מאחר שהנוזק עצמו לא התרחש במטוס, אין מדובר בתאונה.⁴¹ יש הטוענים כי הגדרות שיפוטיות אלו אינן עומדות במבחן מטרת מנסחי האמנה. לשיטתם של אלה, מהטייטה המקורית ברור כי כוונתם הייתה להתמקד בפיצוי בגין אירועים שקשורים ישירות לנוזק שגרם כלי הטיס או מי ממפעיליו.⁴² לעניות דעתנו ייתכן שזו אמנם הייתה הכוונה המקורית ואולם לא נראה שמנסחי האמנה חזו מאורעות כגון חטיפת מטוסים, ולכן לא נתנו עליהם את דעתם, ועל כל פנים לא בהכרח צריך להגביל את שיטת הפרשנות

התעופה, מכון הבדק, מכון התקנים וגורמים אחרים האמונים על התחזוק השוטף של כלי הטיס. למשל, בת"א (י-ם) 748/94 **בכר נ' השילוח**, תק-מח (1)2001, 3441 (2001) הוטלה אחריות על מכון הבדק, יבואנית של ציוד כלי טיס ונידונה הטלת אחריות על מנהל התעופה (אם כי לא הוטלה אחריות). לעניין זה ראו גם תקנות הטיס (מכון בדק, מכון הסמכה ואחזקה עצמית), תשל"ט-1979, ק"ת 950.

36 ראו, למשל, פרשת וייס, לעיל ה"ש 34. במקרה זה ניסה בית המשפט ליישב בין ס' 20 לאמנה לס' 19, ומכאן הגיע למסקנה שמטרת האמנה אינה לפטור את סוכני המוביל מאחריות, כלומר האחריות מוטלת הן על המוביל והן על סוכניו.

37 ת"א (חיפה) 147/01 **דן נ' כימניר** (לא פורסם, 02.03.2003); ת"א (ת"א) 2474/86 **נצר נ' כנפונית**, פ"מ תשנ"ד (2) 441, 486 (1994). אסון הצונאמי שאירע באסיה מעלה מצבים רבים נוספים שבהם הגדרה מעורפלת לא תהיה לנו לעזר. כך, למשל, חברי משלחות סיוע שנוסעות במטוסים לאזורי אסון, ניצולים שמובאים במטוסים למקומות מבטחים ושאלות רבות נוספות. מלבד שאלת הנוסעים במטוס ללא כרטיס עולה שאלה בנוגע למצב שבו הכרטיס לא מכיל את כל הפרטים לפי ס' 1)3 לאמנה ובנוגע להשלכות היעדר הכרטיס על תקפות האמנה. בארצות הברית נקבע שאפילו במצב של חוסר הודעה על גב הכרטיס בדבר תחולת האמנה היא בכל זאת תחול במלואה. לדיון נרחב בעניין, ראו: P. S. Bechky, "Mismanagement and Misinterpretation: U. S. Judicial Implementations of the Warsaw Convention in Air Chan v. Korean Airlines 490 Disaster Litigation", 60 J. Air L. & Com. (1994-1995) 455, 511-517 U. S. 122 (1989).

38 ס' 17 לאמנת ורשה.

39 Air France v. Saks 470 U. S. 392 (1985). לאימוצה של ההלכה בארץ ראו: פרשת דויד, לעיל ה"ש 28. במקרה זה נדחתה אחריות חברת התעופה לפטירה במהלך הטיסה עקב מחלת "פקת הורידים" (DVT). פסיקה זו התבססה, ברוח ההרמוניה הפרשנית הבינלאומית, על פסיקתו של בית הלורדים בנושא. ראו: Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation (2003) 3 WLR 956.

40 פרשת דדון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 797. גם בתי משפט בארצות הברית ובצרפת נוקטים גישה דומה ומגדירים מעשי טרור כתאונות בכפוף לאמנה. ראו: J. McKay, "The Refinement of the Warsaw System: Why the 1999 Montreal Convention Represents the Best Hope for Uniformity", 34 Case Western Res. J. Int'l L. (2002) 73, 78.

41 Sidhu v. British Airways (1997) 1 All. E R 193. במקרה זה נקבע כי קבוצת נוסעים שנחטפה והוחזקה בשבי על ידי הכוחות העיראקים בנחיתת ביניים בכוויית לא תפוצה מאחר שלא מדובר בתאונה.

42 Weigand, לעיל ה"ש 23, בעמ' 911-919.

לכוונתם הסובייקטיבית. מכאן שהפרשנות הראויה היא זו שמביאה בחשבון מגוון עכשווי ורחב יותר של אירועים נזיקיים אפשריים, ככל שהחלת האמנה תביא לידי פתרון צודק.⁴³

יהיו שיאמרו כי אף לו הייתה בנמצא הגדרה מדויקת של המונחים, הרי בתי המשפט היו מוצאים דרכם לפרשנות ייחודית בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו. עם זאת, נראה כי המגמה של בתי המשפט, כאשר הם בוחנים אמנה בינלאומית, היא לתת פרשנות אחידה ורחבה למושגים המופיעים בה, בלי להיגרר, פרט למקרים מיוחדים, לפרשנות מקומית.⁴⁴ על כן הגדרה מפורשת תסיר במעט את העמימות המאפיינת את אמנת ורשה ותוכל לחסוך הן לבית המשפט והן למתדיינים זמן שיפוטי יקר ערך. הגדרה מדויקת יותר תאפשר לבתי המשפט ברחבי העולם לפעול יחדיו כדי להעניק משמעות אחידה למונחים השונים; כך תוגשם מטרת האחידות ויקטן התמריץ לתור אחר פורום שיפוטי נוח יותר למי מהצדדים. נדגיש כי לגישתנו אין לנסח הגדרות קשיחות יתר על המידה, כדי לאפשר גמישות הנדרשת במצבים חריגים. עם זאת יש לשאוף להגדרה שיהיה ניתן לפרשה בצורה אחידה ככל האפשר, בהתאם לרוח העקרונות שיוסכמו בין הצדדים לאמנה.⁴⁵

גם בהנחה ש"יבוא לציון גואל" ותגבש תשובה מוסכמת לשלוש הקושיות, עדיין לא נוכל להמריא בלב שקט. זאת מאחר שגם אם נצליח ליישם את ההסדר הקבוע באמנה באופן עקיב ואחיד, ניתקל בשלושה כשלים מהותיים בתוכן ההסדרים, שאותם ניתן לכנות "כשלי הנזק".

ד. "כשלי הנזק" באמנה

כמצוין במבוא, שלושת הקשיים המושכים אליהם את עיקר הביקורת הם תקופת ההתיישנות הקצרה, החלת משטר של אחריות מוחלטת על המובילים והגבלת תקרת הפיצוי. להלן נבחן קשיים אלו לאור הרציונליים שעמדו בבסיס האמנה ונעסוק במידת התאמתם לשנות האלפיים. על בסיס ביקורת זו, תוך בחינת התכליות הראויות, נניח את היסודות אשר ישמשו אותנו לבניין אלטרנטיבות לדיני התעופה הקיימים.

1. התיישנות

תקופת ההתיישנות הקבועה באמנת ורשה הנה של שנתיים בלבד,⁴⁶ בעוד חוק ההתיישנות קובע תקופה של שבע שנים.⁴⁷ הטעם לקביעת תקופה קצרה זו נעוץ בהכרה של המייסדים כי ישנו מגוון רחב של חוקי

⁴³ כמובן, אין כוונתנו להרחבה קיצונית מדי של ההלכה, וראו לעניין זה את הביקורת שמובאת שם על הרחבת מושג התאונה, וכן על הרחבת תחולת האמנה והאחריות הנוזקית של חברת התעופה, והחלתה גם על סכסוכים אלימים בין נוסעים בטיסה (ואף במקרה אחד על הטרדה מינית של נוסעת על ידי נוסע אחר). נשאלת אכן השאלה כיצד נמנע הרחבה קיצונית של ההלכה. ככל הנראה יהיו אלו הערכאות השיפוטיות שיישארו בנטל הצמצום. תשובה אפשרית אחת שהפסיקה יכולה לתת הנה החלתם של כללי הנוזקין הרגילים בכלל והלכת "מבחן הצפיות" בפרט. כך בפרשת שניידר, לעיל ה"ש 35, הוחלה הלכת הצפיות כדי לבדוק את אחריותה של חברת התעופה לנזק שנגרם למזוודה שנגנבה ממסוע בשדה התעופה.

⁴⁴ פרשת דדון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 801. במקרה זה הכריע בית המשפט כי נזק נפשי כלול באמנה וזאת לפי התפתחויות בנושא במשפט הישראלי.

⁴⁵ א' רייד "חוק המכר (מכר טובין בין-לאומי) תשל"א-1971: 'וישן מפני חדש תוציא' "מחקרי משפט י"ד (תשנ"ז) 1, 36. יש לציין כי בתי המשפט האמונים על פרשנות האמנה נדרשים לפרשנות שתביא בחשבון עקרונות המשותפים לכלל הצדדים לאמנה ולהימנע ממילוייה בתוכן מקומי.

⁴⁶ ס' 29 לאמנת ורשה. גם בהסדר הנוגע לסחר ימי בינלאומי קבועה תקופת ההתיישנות של שנה. לדיון בכללים אלו ראו: ע"א Zegluga Polska v Banco Exterior 3552/01 (לא פורסם, 28.02.2005).

⁴⁷ ס' 15 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112. אם כי לפי ס' 6(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ס-1980, ס"ח 964, תקופת ההתיישנות לתביעות בגין נזק ממוצרים פגומים עומדת על שלוש שנים. בנוגע לעורכי דין אין כל תקופת

התיישנות במדינות העולם ולכן נוצר הצורך לקבוע תקופה אחידה.⁴⁸ אף שעל פי סעיף התיישנות מוענק שיקול דעת לבית המשפט המקומי,⁴⁹ יש כנראה לפרשו בצמצום כנותן רשות בידי השופט להכריע אילו פעולות מצדו של התובע מהוות אקט של פתיחת הליך התביעה.⁵⁰ בית המשפט אף פסק מפורשות כי סעיף זה אינו מהווה כלי להארכת תקופת התיישנות, אם כי קיימת דעת מיעוט הגורסת שאמנת ורשה אינה שוללת את חלותם של דיני התיישנות המקומיים.⁵¹ דעה זו גורסת כי אם מתעורר מקרה שבו שאלת התיישנות איננה חד-משמעית, הרי יש לפרש אותה באופן המקדם את זכויות הפרט, וכך גם באשר לסעיף התיישנות באמנה.⁵² עם זאת, התפיסה הרווחת בשיח השיפוטי היא כי מדובר בהתיישנות מהותית הגוברת על התיישנות הדיונית הקבועה בחוק התיישנות.⁵³ בתי המשפט מכירים בבעייתיות הכרוכה בתקופת התיישנות הקצרה, אך מפנים את פתרון הבעיה למחוקק.⁵⁴ בידי בתי המשפט נתונה האפשרות להסיר את מחסום התיישנות באמצעות קבלת טענות דיוניות מקומיות. דוגמה לטענה כזו יכולה להיות חישוב תקופת התיישנות בתביעות קטינים מעת שהגיעו לגיל 18.⁵⁵ עם זאת מהפסיקה עולה שזו אינה המגמה.⁵⁶ בנוסף, קיימת הסכמה בינלאומית באשר לקביעת תקופת התיישנות. בהסכם החדש ביותר, המתקן את אמנת ורשה, הוחלט שלא לשנות את תקופת התיישנות הקצרה הקבועה באמנה.⁵⁷ נראה כי קביעת תקופה זו – הקצרה מזו הנוהגת בדין הנוזקי הכללי⁵⁸ – נועדה להגן על המוביל האווירי⁵⁹ מתוך מגמה להקהות (או לאזן) את משקלו של היתרון שמעניק לנוסע משטר האחוריות המוחלטת הקבוע באמנה.⁶⁰ עם זאת, עולה השאלה אם אמצעי זה – תקופת התיישנות – הוא האמצעי הראוי להשגת תכלית זו. כידוע, ארבעת הטעמים העיקריים להתיישנות הם: שכחה ומחילה, הזכות לסיום מהיר של ההליך, הבטחת בירור האמת (אשר נהפך לקשה יותר ככל שהזמן עובר בשל הקושי לשמור על הראיות), והרצון התועלתני להבטיח ודאות וסדר משפטיים (המוביל לעידוד הצדדים להגיש תביעותיהם בסמוך למועד

התיישנות. ראו, לדוגמה, עליע 2/72 וינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כז(2) 314, 318; עליע 18/84 פלוני נ' פרקליט המדינה, פ"ד מד(1) 353, פ"ס 16 לפסק דינו של השופט אלון (1990); עליע 6045/02 בינשטוק נ' ועד מחוז ת"א לשכת עורכי הדין, תק-על 2003(4) 34 פ"ס 3 לפסק דינו של השופט אור (2003).

R. L. Buckler, R. I. Fisher, "Case Comment: The Time Bomb in the Warsaw Convention: Gal v. Northern Mountain Helicopters and a Review of the Law on Article 29", 34 U.B.C.L. Rev. (2001) 553, 565

ס' 29(2) לאמנת ורשה.

Kahn v. TWA 82 A. D. 2d. 696, 443 N. Y. S. 2d (1981).

ראו את המחלוקת בפרשת טייכנר, לעיל ה"ש 20, בין שופטי הרוב לשופט המיעוט (השופט ברק) בסוגיה.

כך טען תובע בבית משפט קנדי לפי Ordon Estate v. Grail [1998] 3 S. C. R. 437 (אם כי פסק דין זה לא עוסק באמנת ורשה).

פרשת דדון, לעיל ה"ש 18, בע' 807; ת"א (מחוזי ת"א) 1285/96 כימניר נ' המוסד לביטוח לאומי ראו דבריו של השופט סטרשנוב בפ"ס 8 לפסק הדין (לא פורסם, 09.04.2000); פרשת טייכנר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 609; פרשת טיולי הגליל, לעיל ה"ש 30; בש"א (הרצליה) 269/03 עיט- שירותי תעופה נ' עיזבון המנוח ברק ליאור ז"ל, תק-של 2004(3) 1990 פ"ס 3 לפסק דינה של השופטת שליו (2004). לדיון מעמיק בסוגי התיישנות השונים בישראל ראו ע"א 1254/99 המאירי נ' הכשרת יישוב, פ"ד נד(2) 535 (2000).

ת"א (חיפה) 29370/99 עוזרי אלי נ' רשות שדות התעופה פ"ס 8 לפסק הדין של השופט לבנוני (לא פורסם, 18.03.2001).

ס' 10 לחוק התיישנות. דוגמה נוספת: עיתוי העלאת טענת התיישנות "בהזדמנות הראשונה". ראו לעניין זה: ע"א 3599/94 שמעון יופיטר ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נ(5) 423 (1997).

ת"א (ת"א) 40217/03 לפיד נ' British Airways (לא פורסם, 17.12.2003).

ס' 35 להסכם מונטריאול שנחתם ב-1999. ישראל טרם הצטרפה אליו. תזכיר חוק בנדון נמצא בהכנה URL:www.jus.uio.no/lm/air.carriage.unification.convention.montreal.1999/doc

תקופה שבדרך כלל תהיה קצרה יותר מהתקופה הכללית של שבע שנים. ראו י' גלעד "התיישנות בנוזקי: הצעה לשינוי החוק" משפטים י"ט(1) (תשמ"ט), 385, 369.

פרשת טייכנר, לעיל ה"ש 20, פ"ס 21 לפסק הדין.

ס' 19 לאמנת ורשה.

התרחשות האירוע המהווה את עילת תביעתם).⁶¹ שני טעמים נוספים, המועלים בספרות,⁶² הם מהירות התנועה והחיים בעידן המודרני, שבהם חייב כל אדם לדעת מהן זכויותיו ומהם חובותיו; והאינטרס הציבורי שזמנו המצומצם של בית המשפט ייוחד לטיפול בבעיות ההווה ולא בעניינים שאבד עליהם הקלח. ספק אם יש אלמנט ייחודי בנוק התעופתי שמצדיק הבחנה בינו ובין סוגים אחרים של נזק לעניין תקופת ההתיישנות לאור מטרות אלו.

לדעתנו יש מקום לשקול מחדש תקופת התיישנות קצרה זו, ולו רק מן הטעם שבתחומים אחרים בדיני הנוזקי, שבהם מוכרת אחריות מוחלטת, נקבעה תקופת התיישנות ארוכה יותר.⁶³ כך, למשל, בנוגע לנפגעי תאונות דרכים, חרף העובדה שקיימת אחריות מוחלטת, הרי בדרך כלל אין הגבלת התיישנות מיוחדת לתביעות אלו.⁶⁴ דרך אחת לפתרון הבעייתיות תהיה שינוי סעיף ההתיישנות באמנה וזאת מתוך הכרה בצורך לאחד את הכללים הבינלאומיים. דרך שנייה יכולה להיות קביעת חריג לעניין זה בדין המקומי הישראלי והחלתו על מקרים שבהם כל השחקנים המעורבים הם ישראלים בלבד.⁶⁵ הדרך השלישית האפשרית הנה שבותי המשפט יכירו במרכיבי זמן שונים בהליך התביעה והתגבשות הנוק באופן שימנע קיפוח של זכות התביעה המהותית.⁶⁶

2. אחריות מוחלטת

שיטת האחריות הקבועה באמנה – ובחוק הישראלי שקלט אותה – היא שיטה של אחריות מוחלטת.⁶⁷ מגמה זו מוכרת גם בנוגע להסדרי אחריות אחרים החיצוניים לפקודת הנוזקי,⁶⁸ כגון חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הזונח את עקרון האשם. ודוק: בשני המקרים מדובר באחריות מוחלטת, אם כי יש הרואים בהכרה באשם התורם המעוגן באמנה אמצעי המקשה במידת-מה את אחריות המוביל.⁶⁹ ביסוד ההסדר ניצב הרצון למנוע מצב שבו ייוותרו ניזוקים בלא פיצוי בשל הקושי להוכיח אשם, ולחלופין הרצון להחיש פיצוי לנפגעים כדי שלא ייפלו לנטל על החברה עד שיוכחו את אחריותו של המזיק.⁷⁰ נראה שרציונל זה תואם את האירועים הנוזקיים העלולים להתרחש בהובלה האווירית, שבהם לעתים יקשה על הנוסע

61 ז' יהודאי, דיני התיישנות בישראל: תוך זיקה למשפט האנגלי והאמריקני (כרך א, 1991).

62 שם.

63 גלעד, לעיל ה"ש 58, בעמ' 387.

64 חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 780 (להלן: חוק הפלת"ד). החריג היחיד לעניין זה הוא תקופת ההתיישנות הקצרה לעניין תביעות לפיצויים עקב תאונות דרכים שאירעו בשטחי יהודה שומרון ועזה אשר עליהן חל הדין המנדטורי. לדיון בעניין זה ראו ע"א 6860/01 **חמאדה נ' המאגר הישראלי לביטוח** (לא פורסם, 26.03.2003); ע"א (ב"ש) 1003/04 **היימנר נ' כדורי** (לא פורסם, 22.06.2005).

65 ראו דיון להלן בהסדרים מקומיים אפשריים בפרק ה להארה, בעיקר בטקסט הנלווה להערות שוליים 121-133.

66 בין השאר יוכלו בתי המשפט להקפיד על העלאת טענת ההתיישנות בהזדמנות הראשונה ולקבל טענות שהנוק בגין התביעה התגבש מאוחר יותר. אין מדובר בצעד יוצא דופן ובתי המשפט נוקטים אותו כאשר צודק לאפשר לתובע לממש את זכותו המהותית לתבוע. ראו לדוגמה רע"א 5902/04 **הבנק הבינלאומי נ' צבי פרידנברג**, תק-על 2004 (3), 714 (2004).

67 ראו פרק שלישי לאמנת ורשה, ובייחוד ס' 18-19, וכן את הפסיקה המפרשת סעיפים אלו, למשל בר"ע (ת"א) 224/02 **קיבריש טורקיש איירליינס נ' קוגן אביאל**, תק-מח 2004 (1) 3127 (2004) וגם פרשת אלאיטליה, לעיל ה"ש 20.

68 לדוגמה, חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ס-1980, ס"ח 86. מ"ע ראזק "היקף תחולת הוראות פקודת הנוזקי על חוק האחריות למוצרים פגומים", תש"ס-1980 **הפרקליט ל"ו** (תשמ"ד) 444. נציין שבשנים האחרונות הלך רוח זה זוכה לעדנה מחודשת בדיון המתעורר בשאלת הטלת אחריות מוחלטת במקרים של רשלנות רפואית. ראו "דיוויס" תקרה לפיצוי נפגעי רשלנות רפואית" מתוך "אתר המשפט הרפואי" URL: www.med-law.co.il/news%202.htm.

69 יש אף הטוענים, לפי ס' האשם התורם באמנת ורשה (ס' 21) כי לא מדובר באחריות מוחלטת של ממש אלא בגרסה מתונה יותר של אחריות קפידה. ראו ס' 5 לעמדת המדינה ברע"א 3207/03 **אריה נ' רודי זן** (עותק שמור במערכת, להלן: "עמדת המדינה"). ראו לעניין זה גם ס' 20-21 לאמנה.

70 לעניין תאונות דרכים, ראו א' ריבלין **תאונות דרכים – סדרי הדין וחישוב הפיצויים** (מהדורה שלישית, תש"ס) 7.

להוכיח את אשמת המוביל, למשל במקרה של אבדן כבודה או התרסקות מטוס,⁷¹ ובעמדו לנוכח סבך מערכות דינים מדינתיים המקימים אחריות לא כל שכן. מאידך גיסא, כפי שנראה בהמשך, הגבלתה של תקרת הפיצויים לא מתיישבת עם הרציונל מכיוון שלעתים קרובות נשארים הנוסעים בלא פיצוי מספיק.⁷²

הפסיקה קבעה כי אמנת ורשה יוצרת חזקת אחריות מוחלטת של המוביל, אשר איננה דורשת הוכחה, כל עוד אירע הנזק במהלך תובלה אווירית.⁷³ נדגיש, כי אחריות המוביל חלה על נזקי הגוף של הנוסעים ונזקים שנגרמו לכבודה או למטען.⁷⁴ נטל ההוכחה מוטל על המוביל להראות שהנזק אירע שלא באשמתו.⁷⁵ בפסיקה ישנה הקפדה יתרה על חובתו של המוביל, המעוגנת באמנה, להוכיח כי "נקט את כל האמצעים הדרושים" כדי למנוע את הנזק. בתי המשפט מציבים רף הוכחה גבוה ואינם מסתפקים בהצהרה סתמית של המוביל על פעולותיו למניעה עתידית של הנזק או על כוונה בעלמא.⁷⁶ יצוין כי בהסכם מונטריאול, אשר טרם אומץ בישראל,⁷⁷ התקבל שינוי לפיו גם אם יוכיח המוביל שנקט את כל האמצעים למניעת נזק גופני או מוות עדיין תחול עליו האחריות המוחלטת.⁷⁸ עם זאת, המוביל יכול להוכיח שהניזוק תרם ברשלנותו לנזק וכך לפטור את עצמו באופן חלקי או מלא מהאחריות כלפיו.⁷⁹ שינוי זה משקף, כך נראה, את הפערים שביכולת ההוכחה של הצדדים השונים, ואפשר שגם במבנה שוק הביטוח.

כאמור, השתתת האחריות המוחלטת נועדה להקל על הנוסע בבואו להיפרע מאת המזיק, הוא חברת התעופה.⁸⁰ עם זאת, אין לשכוח כי מדובר בחלק מעסקת "תן וקח". בתמורה להסכמתם של המובילים לקבל על עצמם הסדר זה נקבעה ההתיישנות בת השנתיים ותקרת הפיצויים. משמעותה של תקרה זו היא ויתור של הנוסע, במודע או שלא במודע, על הסיכוי לקבל פיצויים ריאליים, בכל דרך שהיא, בגין אירוע נזקי.⁸¹ בשקלול הכולל אפוא לא ברור אם האמנה אכן מגיעה לאיזון שבו זכויות הנוסעים זוכות למשקל הראוי.

3. תקרת הפיצוי

באמנה נקבעה תקרת הפיצוי שישלם המוביל לניזוק, בהתקיים שאר התנאים.⁸² התקרות מוגדרות לפי "זכויות משיכה מיוחדות" (זמ"מ – SDR)⁸³ שערך המוניטרי נקבע על ידי קרן המטבע הבינלאומית.⁸⁴ כיום

71 נציין שיש לסייג את ההשוואה להסדר שנקבע לעניין תאונות דרכים וזאת לאור חובת הביטוח המוטלת על המזיק הפוטנציאלי. ראו פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש] תש"ל-1970, נ"ח 15, עמ' 320.

72 י' גלעד "אחריות חמורה למוצרים" מחקרי משפט ח (תש"ן) 179, 181.

73 פרשת אלאיטליה, לעיל ה"ש 20, פס' ה לפסק הדין; פרשת קיבריש טורקיש, לעיל ה"ש 67, פס' ז לפסק הדין.

74 ס' 17-19 לאמנת ורשה. ס' 17 עוסק באחריות למוות, פציעה או כל חבלה גופנית. ס' 18 עוסק בהיזקים ואבדן של כבודה או מטען. ס' 19 עוסק בנזק מחמת איחור לנוסעים, לכבודה או למטען.

75 שם, ס' 20. ראו גם ר' סיבל משפט בינלאומי (תשס"ג) 515.

76 פרשת שעשוע, לעיל ה"ש 22; פרשת מנגנוני, לעיל ה"ש 20, פס' 19 לפסק הדין; בר"ע (ירושלים) 2193/00 איבריה נתיבי אוויר נ' שפר סטולמן, תק-מח 32000 (3) 38622 (2000).

77 ראו התיישנות לכך בהמשך ההארה, בפרק האלטרנטיבות.

78 Dempsey, לעיל ה"ש 13, בעצ' 312. ראו לעניין זה: הודעה לעיתונות מיום ה 28/05/1999 של ארגון התעופה האזרחי הבינלאומי URL: www.icao.int/cgi/goto_m.pl?/applications/search

79 ס' 21 לאמנת ורשה.

80 פרשת קיבריש טורקיש, לעיל ה"ש 67.

81 I. H. Ph. Diederiks-Verschoor *Introduction to Air Law* (The Hague, 6th ed., 1997) 68.

82 ס' 22 לאמנת ורשה.

83 לשון המונח בשפה האנגלית: "Special Drawing Rights".

עומדת התקרה על כ-16,000 זמ"מ לנזק גופני לנוסע ו-17 זמ"מ לכל קילוגרם מטען.⁸⁵ קשה למצוא עוררין בפסיקה או בספרות על תקפותם של שאר ההסדרים הקבועים באמנה,⁸⁶ אך ישנה מחלוקת באשר לצורך בהגבלת תקרת הפיצויים.⁸⁷ דיווחי המלומדים מראים כי בעולם המעשה הושגה אחידות כמעט מלאה בקרב מאה וחמישים המדינות החתומות על האמנה בעניין הסדרי ההתיישנות, אחריות המובילים במשותף ושאלות של סמכות שיפוט, אך לא הושגה אחידות בסוגיית תקרת הפיצוי. חוסר אחידות זה בא, למשל, לידי ביטוי בתשובה על השאלה אם נזק נפשי הנו בר-פיצוי לפי האמנה. בעוד בפסיקה הישראלית הוכר נזק נפשי על פי האמנה, הפסיקה האמריקנית והסקוטית בעקבותיה, נמנעו מלהחילה על נזק שכזה.⁸⁸ יש הטוענים כי מצב זה אירוני שכן המטרה העיקרית של האמנה הייתה דווקא לאחד בין ההסדרים המקומיים בנושא.⁸⁹

ביקורת על קביעת תקרת הפיצוי נשמעה הן בנוגע לנזקי רכוש והן בנוגע לנזקי גוף. נטען כי ההסדר לעניין הפיצוי בגין מטען שניזוק נמדד לפי משקלו ומתעלם מאופיו ומערכו.⁹⁰ בכך מחטיא אופי ההסדר את מטרת פסיקת הפיצויים הנוזקיים, כלומר השבת המצב לקדמותו.⁹¹ לדוגמה, נוסעת אשר אבדה לה טבעת זהב יקרת ערך במהלך הטיסה תוכל להשתפות רק עד גובה התקרה, כלומר סכום מזערי, בלא אפשרות לרכוש לעצמה טבעת חדשה. כך המצב גם בנוגע למוות או פציעה. במקרים אלו חשיבותו של הפיצוי הראוי אף גבוהה יותר משום שערך החיים עליון ולעתים קרובות נדרשים סכומי כסף גבוהים לטיפולים רפואיים עקב פציעות למיניהן.⁹² נראה כי במקרים לא מעטים הגבלת התקרה עלולה להביא לידי כך שהניזוק יפוצה רק באופן חלקי אולי אף אפסי לעומת שוויו של המטען,⁹³ ובאופן בלתי מספק לעומת נזק הגוף שנגרם.

בארצות הברית, הואיל והוראות האמנה אינן חלות על טיסות פנים,⁹⁴ הובעה בפסיקה מורת רוח מחוסר השוויון באשר לגובה הפיצוי שנפסק בטיסות בתוך המדינה לעומת טיסות בינלאומיות.⁹⁵ טענה זו לעניין חוסר השוויון נשמעה גם ביפן, הפעם בנוגע להבדלים בין הפיצויים שנפסקו באירועים נזיקיים מקומיים שלא בתחום התעופה לבין אלו שנפסקו באירועים תעופתיים בינלאומיים. בדומה לכך, בישראל ניתן להעלות טענה דומה לעניין ההבדלים בין פיצויים תעופתיים ובין אלו שנפסקים בתאונות דרכים כשגם שם נקבע הסדר של אחריות מוחלטת.⁹⁶ טענה חוסר שוויון זו נכונה גם בנוגע לאירועים נזיקיים שבהם

84 -ב- 05.08.2005 היה ערכו של 1 ₪ שווה 0.15 זמ"מ. לערך המוניטרי העכשווי ראו אתר קרן המטבע הבינלאומית: [URL:www.imf.org/external/np/fin/rates/rms_mth.cfm?reportType=CVSDR](http://www.imf.org/external/np/fin/rates/rms_mth.cfm?reportType=CVSDR)

85 צו התובלה האווירית (זכויות משיכה מיוחדות), תשל"ט-1978, ק"ת 169.

86 אף שכפי שהראינו ניתן בכל זאת לטעון שיש לשקול שינויים מהותיים בהם.

87 למרות זאת ניתן לראות אינדיקציה להסכמה להסדר כזה בהצעת חוק פיצוי וסיוע.

88 McKay, לעיל ה"ש 40, בעמ' 98. ראו פרשת דדון, לעיל ה"ש 18, בעמ' 801 ופרשת דויד, לעיל ה"ש 28, בפס' 23 לפסק הדין.

89 Coleman, לעיל ה"ש 29, בעמ' 196. ראו גם: (Block v. Air France, 386 F. 2d 323, 327 (5th Cir. 1967)).

90 ת.ח.ה. ריטריסקי, אחריות חברות התעופה לנוזקי נוסעים, [URL:www.nfc.co.il/archive/003-D-5967-18/05/2004-00.html?tag=10-23-49](http://www.nfc.co.il/archive/003-D-5967-18/05/2004-00.html?tag=10-23-49)

91 י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית (מהדורה ראשונה, ג. טדסקי עורך, תשל"ז) 571-572. ראו גם ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281, 296 (1981); ע"א 5610/93 זלסקי נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה, פ"ד נא(1) 68, 81-80 (1997).

92 כך, למשל, בעבר, כשתקרת הפיצויים עמדה על \$8,300 בלבד, נפסק סכום זה בלבד לטובתו של אדם שנפצע קשה מאוד בתאונה אף שנוזק לטיפולים רפואיים מורכבים ויקרים ועל אף פציעותיו הקשות. ראו: Ross v. Pan Am 85 N.E. 2D (N. Y. 1949) 880.

93 ריטריסקי, לעיל ה"ש 90.

94 בכך נדון בפרק ה' לרשימתנו.

95 McKay, לעיל ה"ש 40, בעמ' 97.

96 חוק הפלתי"ד.

מעורבים כמה גורמים האחראים לנזק ואולם רק אחד מהם הוא המוביל לפי האמנה. במצב זה ניתן לראות את השוני הניכר שבין היקף הפיצוי שנדרש לשלם כל אחד מהמזיקים.⁹⁷ באיטליה נקבע כבר לפני למעלה מעשרים שנה שתקרת הפיצוי מנוגדת לזכותו החוקתית של האדם לקבל פיצוי הולם עבור נזק ולפיכך בטלה בשל אי-חוקתיותה.⁹⁸ נראה כי בתי המשפט ערים לכך שכיום, כשחברות התעופה המודרניות חזקות מבחינה כלכלית, הרציונל המקורי, אשר שאף להגן עליהן מפני תביעות נזיקין ולעודד בכך את תחום התעופה, איבד מחשיבותו. ניתן אף לומר שכיום, בניגוד לעבר, יכולות החברות לבטח את עצמן וכך לפזר את הפגיעה הכלכלית הצפויה.⁹⁹ מעניין לראות שלכלל מסקנה דומה הגיעו בתי המשפט בארצות הברית בשאלת בחינתו של הסדר הגבלת האחראיות של בעלי אוניות.¹⁰⁰ למרות כל זאת בל נשכח שעדיין יש הטוענים כי בגלל הסיכון שמציב הטרור האווירי לשוק התעופה הבינלאומי אין לבטל את תקרת הפיצוי או לשנות את הסכומים הקיימים, וזאת כדי למנוע מחברות תעופה את החשש להשתתף בשוק הבינלאומי.¹⁰¹

נראה שכבר מתחילת הדרך הכירו המדינות החתומות, ובראשן ארצות הברית, בצורך לחשוב מחדש על עניין תקרת הפיצוי. כך, למשל, בפרוטוקול האג, שנחתם כשבע שנים לאחר אמנת ורשה, הוכפל הסכום המקסימלי.¹⁰² למרות זאת ניכר הצורך לשקול פתרון מקיף יותר המצמצם את הגבלת האחריות. כיום קיימים ארבעה הסדרים עיקריים ברוח זו. שניים מהם מהווים הסכמים פרטיים בין מובילי תעופה, הסדר המתאפשר מכוחה של האמנה,¹⁰³ והשניים האחרים הם הסכמים בין מדינות שונות ברחבי העולם.¹⁰⁴ אך אליה וקוץ בה; במישור ההסכמים הפרטיים כשם שהמובילים הסכימו להסדרים אלו כך הם יכולים לחזור בהם מהסכמתם, עם פקיעת ההסכם. כל עוד המדיניות אינה עלי ספר החוקים, אין דרך לוודא כי החברות תמשכנה לראות עצמן מחויבות לה. בד בבד במישור הבינלאומי מספר המדינות הקשורות בהסכמים הבינלאומיים הוא מועט יחסית, עובדה אשר מקשה למצות את מלוא יתרונות ההסכמים בקרב מדינות רבות.¹⁰⁵

בבואנו לבחון את המשפט הרצוי, עלינו, כך נראה, לשקול הן את האחידות והן את הצורך שלא לפגוע ביכולת ענף התעופה להתקיים, אך גם את חשיבותם המשפטית של ערך חיי האדם וזכות האדם

97 בפרשת שניידר, לעיל ה"ש 35, חויבה אל על לפצות את התובע בסכום של 749 ₪ בגין נזק משמעותי למוזודה, וזאת לעומת רשות שדות התעופה שהואיל ונקבע כי איננה מוביל חויבה בפיצוי בסכום של 4701 ₪.

98 ראו ה"ש 58 לעיל.

99 Zerner, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1261.

100 הסדר זה הנו הסדר המצמצם את חבות בעלי האוניות לשווי האונייה (נוסף על שווי המטען) שעליה התרחש האירוע הנוזקי, והוא קיים במשפט האמריקני מ-1851. לדיון מעמיק ראו: M. A. White, *The 1851 Shipowner's Limitation of Liability Act: Should the Courts Deliver the Final Blow?* 24 N. Ill. U. L. Rev. (2004) 821.

101 G. T. Hill, *Comment: Terror in the Sky: Does Terrorism Return Airlines to an Infant Industry? Does the Warsaw Convention Liability Limit Fly High Again to Protect Vulnerable Airlines*, 19 Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J. (1997) 633, 667.

102 ס' 11 לפרוטוקול האג.

103 ההסכמים שבהם מדובר הנם הסכם בין חברות תעופה יפניות מ-1992 והסכם בין חברות התעופה הגדולות בעולם החברות ב-IATA. ראו: Mckay, לעיל ה"ש 40, בעי' 82-86. היוזמה היפנית הייתה משמעותית להתפתחותם של ההסדרים שהסירו את מגבלות האחריות בהיותה היוזמה האמיתית הראשונה שקבעה כללים שכאלו בצורה כה מוחלטת ומפורשת. לדיון מעמיק בהשלכותיה של היוזמה ובעומד מאחוריה ראו: N. K. Baden, *Comments: The Japanese Initiative On the Warsaw Convention*, 61 J. Air L. & Com. (1996) 437.

104 הסכם מונטריאול, שעליו חתומות כיום 65 מדינות ובענייניו נדון בהרחבה בהמשך, ראו הטקסט הנלווה לה"ש 134, ותקנות הקהילה האירופית. נציין שחברות התעופה ישראליות הסכימו לקבל עליהן תקנות אלו. רייד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 36.

105 שם, בעמ' 37.

לקניין.¹⁰⁶ מלבד זאת יש לבחון אם ההסדר באמנה עולה בקנה אחד עם דיני הנזיקין העוסקים, לפי תפיסה רווחת, בהרתעה ובהפנמת הנזק כחלק משיקולים רחבים יותר של צדק, הגינות ויעילות כלכלית.¹⁰⁷ לעניות דעתנו על ישראל לשקול ברצינות את הצטרפותה להסכם מונטריאול,¹⁰⁸ או לפחות להסיר את תקרת האחריות של מובילים ישראלים כלפי אזרחיה.¹⁰⁹ טענה זו רלוונטית במיוחד לשאלת החלת האמנה והוראותיה על טיסות בשמי הארץ.

כאן המקום להבהיר כי גם אם הסכם מונטריאול עדיין אינו חל רשמית בישראל הרי חברות התעופה הישראליות, גם חברת אל-על (המרכזית שבהן), מחויבות לפצות לפי ההוראות המעוגנות בו אם מתרחש נזק במהלך טיסה בין המדינות החתומות.¹¹⁰

ה. מה נשתנה בין טיסות פנים לטיסות חוץ

מכוח סעיף 5 לחוק התובלה האווירית הוחלו הוראותיה של אמנת ורשה גם על טיסות פנימיות בתוך הארץ. המחוקק הכיר בעובדה שכוונתה המקורית של האמנה הייתה לחול רק על טיסות בינלאומיות ובכל זאת בחר להחילה גם על טיסות פנים. נראה כי לנגד עיני המחוקק עמד הרצון להשוות את התנאים בין המוביל הבינלאומי לבין זה המקומי, תוך מתן האפשרות לשר התחבורה להתקין צווים הסוטים בעניינים מסוימים ומוגדרים מהוראות האמנה.¹¹¹ הסיבה לכך איננה עולה מפורשות מדברי ההסבר לחוק אך ייתכן שהטעם לכך נעוץ בתחושת המחוקק כי אין זה הוגן להטיל אחריות בלתי מוגבלת על המוביל המקומי. טענה נוספת עשויה להיות השאיפה לקדם את החברות המקומיות העוסקות בתעופה וזאת בדומה לרציונלים הכלליים לאמנה במישורה הבינלאומי.

נדמה כי בפסיקה אין חולק על תחולתה של האמנה, בשינויים המחויבים, על טיסות פנים.¹¹² בתי המשפט מכירים בכך שמדובר בהלכה מקומית וייחודית לישראל בלבד ולא מחילים אותה על נוסעים שטסו בטיסות פנימיות בארצות הברית אף שמדובר בנוסעים ישראלים שרכשו את הכרטיסים בארץ.¹¹³ אפילו במקרים שבהם חומרת הנזק או הפגיעה הייתה בולטת, בחרו בתי המשפט שלא לסטות מהחלטה המקומית של האמנה והעדיפו שלא לפנות לפקודת הנזיקין. כך במקרה שבו נהרג אדם בתאונת טיס

¹⁰⁶ תקרת האחריות עולה לגרום לתחושה קשה בקרב משפחות הניזוקים הנספים בתאונות אוויריות. אלו יחשבו כי החוק רואה את ערך החיים של יקיריהם כבעל ערך נמוך יותר מזה של הנפגעים בתאונות אחרות. ראו פרשת דויד, לעיל ה"ש 28, וגם: M. Pucciarelli, *Compensating Victims of Aviation Disasters: Establishing Uniform and Equitable Remedies for Accident Over Water*, 24 *Fordham Int'l L. J.* (2001) 889, 939.

¹⁰⁷ ע"א 407/89 צוק אור נ' קאר סקוירטי פ"ד מח(5) 661, 698 (25.10.1994). במקרים רבים ברור שאי-תשלום מתאים עבור הנזק יחטיא מטרות אלו במיוחד אם נתייחס לסכומים הנמוכים יחסית הקבועים באמנה. לעניין חשיבותה של ההרתעה בדיני הנזיקין ראו בהקשר אחר ל' אבו "האם יש כסף אחר המוות? בעקבות שינוי הלכת השנים האבודות" הארת דין א(2) (תשס"ה) 145, 149.

¹⁰⁸ הסכם מונטריאול מבטל את תקרת הפיצוי, ראו: Article 21 to the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal, 28 May 1999).

¹⁰⁹ נציין שהמדינה הביעה נכונות להצטרף להסכם זה וכי תזכיר חוק בעניין זה נמצא בהכנה. ראו עמדת המדינה, לעיל ה"ש 69.

¹¹⁰ זאת במקרה שכרטיס הטיסה מונפק במדינה החתומה על ההסכם. כך, למשל, עלולים להיווצר מצבים בעייתיים שבהם באותה טיסה חלים משטרים נזיקיים שונים על נוסעים ישראלים: האחד קנה את הכרטיס בישראל ואז תחול על עניינו אמנת ורשה ואילו השני קנה את הכרטיס במדינה אחרת, שהיא צד להסכם מונטריאול ומחייבת החלת הוראות הסכם זה, שאז תחולנה על עניינו הוראות ההסכם. נודה ללשכה המשפטית של חברת "אל-על" על הבהרה זו.

¹¹¹ ס' 5 להצעת חוק התובלה האווירית, תש"ס-1980, ה"ח 1412, 3871.

¹¹² ת"ק (ת"א) 9520/93 עזרא נ' ישראיר (לא פורסם, 18.01.2004). הנאמר כפוף להערותינו, לעיל ליד ה"ש 71, לעניין פרשנות המונח "נוסע". השינויים המחויבים הנם בהתאם להוראות צווי שר התחבורה, בהתאם לס' 8 לחוק.

¹¹³ ת"א (ת"א) 2009/97 פישמן נ' United Airlines (לא פורסם, 28.07.2002).

מקומית, במקרה שבו הוחמר מצבו הבריאותי של תינוק עקב טעות של חברת התעופה, וכן באירוע שבו הופלה לרעה תובע ערבי בעת הבדיקה הביטחונית לפני הטיסה.¹¹⁴ נציין שלעניין זה קיימת גישה הפוכה בפסיקה האמריקנית ושם נקבע שהאמנה תחול לפי מקום היציאה בשים לב ליעד המקורי.¹¹⁵ בית המשפט האמריקני ציין כי זהו המצב בדרך הכלל במרבית המדינות החתומות על האמנה.¹¹⁶

לדעתנו החלה פנימית של האמנה בעייתית מארבעה טעמים. הטעם הראשון הוא, שמדובר באמנה בינלאומית שלא התיימרה להסדיר אירועים נזיקיים פנים ארציים.¹¹⁷ השני, דומה כי ההתפתחות שחלה בחוסנו של עולם התעופה לא פסחה על החברות המקומיות במדינת ישראל ולפיכך הביקורת שהפנינו כלפי תוכן האמנה יפה גם כאן. השלישי, אין אנו יכולים להתעלם מהנעשה במחוזות זרים, שם תחולת האמנה תלויה באלמנט בינלאומי; בעת שיהיו מעורבים אלמנטים מקומיים בלבד יחול הדין המקומי. לדוגמה, מקרה שבו אזרח ישראלי מושפל על ידי אנשי ביטחון ישראלים בשדות תעופה בתל אביב ובקריית שמונה, אין טיעון רציני בזכות החלה של אמנה בינלאומית עליו.¹¹⁸ הרביעי, נראה שאי-החלת האמנה במישור הפנימי יהווה תמריץ, כפי ששימש בארצות הברית, לפתיחת דיון מקומי בקשר לתוקפם של הצידוקים להגבלת האחריות של מובילים בטיסות בינלאומיות.¹¹⁹ פתיחת הגישה לדיני הנוזקין במישור הפנימי עשויה לעודד את המחוקק לשקול שוב את עמדתו באשר להגבלת האחריות במישור הבינלאומי.

משסקרנו בקצרה מקצת הקשיים העולים מן הדין המצוי, הגיעה העת לפנות לדיון בחלופות האפשרויות שהן בבחינת דין רצוי.

1. דיני תעופה "ישראליים" – אלטרנטיבות

בפרק זה נעמוד על אפשרויות שונות לתיקון המצב הקיים, במישור הכללי. לעניות דעתנו, האפשרות הטובה ביותר בהקשר זה היא להעלות לדיון בינלאומי את ביטול האמנה ולשקול ברצינות החלפתה בהסדר מתאים לזמננו שלנו והוגן יותר כלפי הנוסעים,¹²⁰ זאת מאחר שאין הצדקה אמיתית אף לאחד מההסדרים המעוגנים בה. ייתכן שיהיו שיציעו כי על ישראל לסגת חד-צדדית מן האמנה,¹²¹ אך פתרון זה – שניתן

¹¹⁴ פרשת עיט, לעיל ה"ש 53, פס' 1.2. לפסק הדין (תאונת הטיסה) וראו גם בש"א (ירושלים) 5998/01 **ארקיע קווי תעופה נ' קופת חולים כללית** תק-מח 2002(2) 3944 (2002) וגם ת"א (חיפה) 18147/98 **תלאוי נ' ארקיע קווי תעופה** (לא פורסם, 18.12.2003) (הפליה בעת הבדיקה הביטחונית).

¹¹⁵ כך נקבע לעניין נוסעת שהתכוונה לנסוע מוונקובר שבקנדה לניו יורק שבארצות הברית ואז בשל מזג אוויר סוער קנתה כרטיס אוטובוס לסיאטל שבארצות הברית וממנה טסה לניו יורק. איתרע מזלה והמטוס התרסק. נפסק שחלה אמנת ורשה בשל הכוונה המקורית לנסוע בנסיעה בינלאומית. ניתן אף לומר שהיה אפשר להחיל את אמנת ורשה גם על נוסעים שנספו באירועי ה-11/09 לו היה מעורב במסעם יעד או מוצא בינלאומי. ראו לעניין המקרה שתואר והחלת האמנה גם על מקרים דומים: L. Moore, *The World Trade Center – Terrorist Airline Destruction: Will This be the First Test of the War Between the Montreal Liability Convention's Article 21(2)(A) and 21(2)(B)*, 68 J. Air L. & Com. (2003) 699, 702-703.

¹¹⁶ Reed v. Forwood 555 F. 2d 1079; 1977 U. S. App. LEXIS 13660

¹¹⁷ ס' 1 לאמנת ורשה מציין מפורשות כי מטרתה לחול על תובלה בינלאומית גרידא.

¹¹⁸ פרשת תלאוי, לעיל ה"ש 114.

¹¹⁹ R. L. Rubin, *The Warsaw Convention: Capping the Value of Life?*, 12 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* (1998) 189,191

¹²⁰ כך, למשל, הסכם מונטריאול שבו נדון בהמשך.

¹²¹ ראו לעניין זה ס' 39 לאמנה העוסק באפשרות להסתלק מן האמנה. אנו אמנם מדגישים כי מדובר בצעד חריג מאוד שעלול לגרום לקשיים חמורים בתובלה האווירית לישראל, אך עם זאת חשוב לזכור שמרבית חברות התעופה קשורות, כאמור בה"ש 96 לעיל, בהסכם המסיר את מגבלת האחריות וכי ארצות הברית פעלה בצורה דומה לאחר שהכירה בכך שכרוכה בעייתיות רבה בהסדר הפיצוי ומתוך רצון להגן על אזרחיה. ראו: F. Lyall, *Essay: The Warsaw Convention*

לכנותו קל אך קיצוני – אינו ריאלי ואינו רצוי. שוק התובלה האווירית הנו בינלאומי, ולכן כל פעולה חד-צדדית של ישראל תקשה עליה ועל חברות התעופה הישראליות במישור הבינלאומי. עם זאת, קושי זה לא יתעורר אם תבוטל תחולת האמנה במישור המקומי הישראלי. כפי שהדגמנו בפרק הקודם, יש מקום לשקול את שינוי ההלכה – בין בדרך פסיקה ובין בדרך חקיקה – כך שעל אירועים נזיקיים שכל כולם "כחול-לבן" יחול החוק המקומי הישראלי. עד שינוי כזה, נראה כי יש מקום לשקול את החלופות הבאות, המהוות, למצער, פתרון במישור המקומי.¹²²

פתרון אפשרי אחד, שעלה בפסיקה, מאפשר החלת דינים מקומיים לצד החלת הוראות האמנה. כך במקרה אחד קבע בית המשפט כי כרטיס הטיסה מהווה הסכם בין הצדדים וממנו ניתן לגזור את תנאי ההתקשרות.¹²³ לפיכך הוחלה חובת תום הלב על המוביל וסוכניו שהפרתה מקימה זכות לתרופות וסעדים.¹²⁴ נבחין שלפי דיני החוזים והתובלה גם בלא כרטיס טיסה נכרת חוזה – ולו בדרך ההתנהגות – ולכן גם בטיסה בלא כרטיס יחולו חובות אלו, כל זאת בכפוף לכללי האמנה.¹²⁵ עוד נציין שלעתים בית המשפט אף מרחיק לכת ובוחר לבחון את המקרה במשקפיים חוזיות תוך התעלמות מוחלטת מהאמנה, למשל כאשר הוא מוצא שטענות הצדדים לעניין אינן ממצות.¹²⁶

סוג שני של צעדים מקומיים שניתן לנקוט הנו להטיל על המובילים, לפחות על אלו המקומיים, חובה סטטוטורית לבטח את הנוסעים מפני אפשרות של אירוע נזיקי. מדובר בהסדר חוזי המעוגן בכרטיס הטיסה הכולל ביטוח נוסעים. יצוין כי לפני שיאומץ הסדר זה יש לנתח את גמישויות הביקוש וההיצע כדי לוודא שחלק הארי של עלות הביטוח לא יגולגל על הנוסע. אם יקבע המחוקק חובת ביטוח שכזו, יוכל בית המשפט לפנות להסדר הביטוחי בעת הצורך.¹²⁷

מסלול שלישי לפנייה לדין המקומי יוציא את האירוע מגדרי התחום האווירי. כך, למשל, נוכל לפנות לדין המקומי במקרה של נוסע שחוזה השפלה מצד איש צוות או דייל,¹²⁸ או במקרה של מוביל שכפה

67, *Cutting the Gordian Knot and the 1995 Intercarrier Agreement*, 22 Syracuse J. Int'l L. & Com. (1996) 73.

¹²² כך, למשל, אימוץ הסכם מונטריאול הבינלאומי יביא ככל הנראה לידי החלתו במישור המקומי באמצעות חוק התובלה האווירית, כפי שעוגנו כל הפרוטוקולים הנוספים לאמנת ורשה. ראו ס' 1 לחוק התובלה האווירית.

¹²³ ראו הניתוח של השופטת ערקובי בפרשת וייס, לעיל ה"ש 34.

¹²⁴ ס' 39 וס' 61 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, ס"ח 118.

¹²⁵ ס' 8 לצו התובלה האווירית (כרטיס לתובלת פנים), תשכ"ט-1969, ק"ת 1608. מעניין לראות שבמקומות אחרים בעולם השאלה החוזית כמעט אינה עולה מאחר שההנחה היא שהאמנה, או ההסדרים החליפיים לה, תמיד תחול במקרה של טיסות בינלאומיות. שאלה אחרת שמתעוררת בקשר לנסיעה בלא כרטיס היא השלכתה על הגבלת האחריות של המוביל האווירי כשהדעה השלטת היא שהיעדר מסירת כרטיס בזמן ובמקום שמאפשרים לנוסע לדעת מראש על הגבלת האחריות תגרום להסרתה. בדרך כלל אכן מוחלת האמנה על מקרים שבהם נוסעים משתפים בטיסה בלא כרטיס כשהחוקה היא שהנוסע הוא נוסע לכל דבר ויש חוזה משתמע בין הצדדים, אם כי כאמור דיני האמנה ולא דיני החוזים המקומיים הם החלים. דיני האמנה הם אלו שלאורם תיבדק השאלה אם סיפק המוביל מספיק מידע על הגבלת האחריות. לדיון מעמיק בנושא זה ראו: T. Sweeney, *The Requirement of Notice in the Warsaw Convention*, 61 *J. Air L. & Com.* (1995-96) 391.

¹²⁶ ת"א (ת"א) 68984/03 קורן נ' ארקיע (לא פורסם, 19.12.04). במקרה זה אמר בית המשפט במפורש כי הוא בוחר להתעלם מהוראות האמנה משום שהצדדים לא טענו לתחולתה. להתעלמות מהאמנה בפסיקה ראו גם: ת"א (באר שבע) 4840/03 לוי הלן נ' גלאקסי נסיעות תק-של 2004(3), 10239 (2004). מעניין לציין שבית המשפט פתח צוהר למסלול דומה של תביעות חוזיות חלופיות גם בהקשר של פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. ראו ע"א 3765/95 אכרם חוסיין נ' ד"ר שלמה טורם פ"ד (5) 573, 589 (1996). עם זאת חשוב להדגיש כי בית המשפט לא הכריע במקרה זה והשאיר את השאלה ב"צריך עיון". גם הערכאות הנמוכות נקטו גישה דומה. ראו ת"א (חיפה) 20863/98 עזבון המנוחה יעל רובין נ' מדינת ישראל פס' 15 (לא פורסם, 15.03.1998); ת"א (חי') 161/92 ליכטברון נ' אמקור תק-מח 397 (3) 98 (1998), פס' 37; בש"א (בי"ש) 7529/00 ד"ר פלוטקין נ' מיימון שרון פס' 8 (לא פורסם, 29.01.2001).

¹²⁷ ע"א 5757/97 אליהו נ' חמאדה פ"ד נג(5) 849, 858 (1999). בפסק דין זה נדונה שאלת חבות מכוח ביטוח חובה לנזק שנגרם מנפילת חלק ממכשור טכני שהיה מבוטח.

¹²⁸ פרשת תלאוי, לעיל ה"ש 114, ס' 33 לפסק הדין.

על הנוסע תשלום מהותי נוסף במהלך הטיסה עצמה.¹²⁹ בפסיקה אף הוצע להכפיף את האמנה לחוקי היסוד וכך לבחון את הוראותיה בהתאם לפסקת ההגבלה.¹³⁰ ניתן לומר שגישה זו חותרת תחת עקרון ייחוד העילה הקבוע באמנה ובחוק התובלה האווירית.¹³¹ כמו כן במישור הבינלאומי גישה זו מנוגדת לרעיון איחוד הכללים. למרות זאת לדעתנו במקרים מתאימים, שבהם החלת האמנה תביא לידי קיפוח הניזוק, יש מקום לשקול היזקקות לחוקי היסוד, ולו באמצעות פרשנות, וזאת כחלק מהגישה המכירה בזווית מקומית לפרשנות האמנה.¹³²

סוג רביעי של צעדים מקומיים שראוי לשקול הנו החלת "עקרון הפרוטקטיביות", לפיו לישראל הזכות להגן על האינטרסים של אזרחיה.¹³³ כך, למשל, ניתן להצדיק את הקביעה האמריקנית כי בטיסות לארצות הברית או ממנה לא יהיה עישון, ולו כדי להגן על צוות דיילי האוויר.¹³⁴ לפיכך יוחל הסדר שבמסגרתו יתאפשר לאזרחים ישראלים לתבוע פיצויים מחברות תעופה זרות ומקומיות תוך החלתו של הדין הישראלי ולא של דין האמנה. אנו מודעים לכך שצעד זה יכול להביא לידי רגיעה של מובילים זרים מפני טיסה לישראל. כדי למנוע מצב זה מן הראוי להגיע להסכמה עם המובילים השונים, אשר חלקם כבר הביעו נכונות עקרונית לקבל עליהם הסדר שאינו מגביל את אחריותם לנזק.¹³⁵

הבעייתיות הגדולה של הסדרים מעין אלו היא שיש בהם פגיעה ברצינות איחוד הכללים המהותי ליישום אמנות בינלאומיות. לפיכך נראה שהפתרון המועדף כיום ברמה הבינלאומית הנו הפתרון שכבר הוזכר בהקשר אחר, היינו הצטרפות בהקדם האפשרי למדינות החתומות על הסכם מונטריאול. הסכם זה מבטל את תקרת הפיצויים ומאפשר לניזוק לתבוע את המוביל לפי הדין המקומי.¹³⁶ בניגוד למעגן באמנת ורשה, הניזוק יכול לתבוע גם באזור מגוריו העיקרי בכפוף לכך שלמוביל תהיה שם נציגות אם הנזק שבו מדובר כרוך בפגיעה או במוות.¹³⁷ פתרון זה אמנם אינו מושלם ומשאיר על כנו הסדרים בעייתיים, שבהם דנו לעיל, כגון תקופת ההתיישנות הקצרה¹³⁸ והיעדר הגדרה מדויקת של המונח תאונה אווירית.¹³⁹ כך אין גם להתעלם מהפגיעה באיחוד הכללים הנובעת מקיומו של הסדר מקביל. יש הטוענים כי ניתן היה להסתפק בהגדלת תקרת האחריות בלבד בלי לערער את ההסדר המקובל ברחבי העולם.¹⁴⁰ עם זאת, למרות

129 ת"א (ת"א) 10330/05 זוקי נ' אל על (לא פורסם, 28.07.05).

130 שם, ס' 34 לפסק הדין. אפשר לומר שמדובר בפגיעה בזכויות הקבועות בחוקי היסוד - כמו, למשל, הזכות לכבוד האדם - והכוללות זכות לפיצוי או לומר שבחוק כלולה גם הזכות לשוויון בין נפגעי תאונות אוויריות לנפגעי תאונות רגילות. ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

131 ס' 10 לחוק התובלה האווירית, וס' 24 לאמנת ורשה שבהם דנו לעיל.

132 כך, למשל, כאמור לעיל, נקבע בפרשת דדון, לעיל ה"ש 18, שהאמנה כוללת גם נזק נפשי במקרה של אירוע חטיפת מטוסים. ראו גם הלך הרוח בפסיקה האמריקנית, McKay, לעיל ה"ש 40, בע' 97.

133 עיקרון זה מכונה בספרות "the nationality passive principle" ולפיו מדינה יכולה להפעיל סמכותה במקרים שבהם יש פגיעה באינטרסים של אזרחיה שלה גם אם מדובר במעשים שהתבצעו מחוץ לשטחה הטריטוריאלי. ראו: K. Burmeister, *Jurisdiction, Choice of Law, Copyright, and the Internet: Protection against Framing in an International Setting*, 9 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* (1999) 625, 637. לעניין זה ראו גם ההסדר בארצות הברית בעניין זה: (1987) 421 *RESTAT FOREIGN REL THIRD*.

134 *Prohibition Against Smoking on Scheduled Flights* 49 U. S. C. 41706 (1994).

135 ראו ה"ש 88 לעיל והטקסט המתלווה אליה.

136 ראו ה"ש 107 לעיל.

137 *Id.* at Article 31.

138 *Id.* at Article 35.

139 *Id.* at Article 17.

140 L. Moore, *Domicile and the Death of the Warsaw System: The Revenge of Komlos*, 19 *Wis. Int'l L.J.* (2000) 1, 15.

הביקורת האפשרית הן ברמה הבינלאומית והן ברמה המקומית, נראה כי לעת עתה זהו הפתרון המתאים ביותר ויהיה בו מחד גיסא כדי להקל על הניזוקים לקבל פיצוי ראוי ומאידך גיסא כדי להגביר את הוודאות בקרב מובילים לצורך תכנון ביטוחי של צעדיהם.

ז. סיכום

מהסקירה הקצרה שערכנו בתחילת הדרך עלה כי המחוקק הישראלי פעל כעמיתיו ברחבי העולם ואימץ חקיקה המאמצת לתוך הדין המקומי את אמנת ורשה. מהרקע ההיסטורי של אמנה זו עלה כי כוונתם של המייסדים הייתה לאזן בין האינטרסים של הגורמים השונים המשתתפים בשוק התובלה האווירית. בד בבד נעשה מאמץ ליצור כלל אחיד ומשותף שיחול על כל אירוע ניזקי אווירי. מצאנו כי הפסיקה הישראלית מכירה בדרך כלל ברעיונות אלו ופועלת בדווקנות לפי הוראות האמנה. הראינו כי כללי האמנה מעוררים קשיים לא מעטים. הצענו כמה אלטרנטיבות לפתרון כשלי האמנה. חלקן מתמקדות בהסדרים מקומיים פנימיים שיבטיחו פיצוי ראוי לנוסע הישראלי וחלקן עוסקות בהצטרפות להסדרים בינלאומיים קיימים שמקלים על הנוסע בבואו להיפרע מן המוביל.

רשימה זו אינה חולקת על הצורך ברגולציית התעופה הבינלאומית או על כך ש"פעילות מסחרית, חוצה גבולות, זקוקה להסדרה משפטית החוצה גבולות".¹⁴¹ אלא שכשם שיש ערך להאחדת כללים במישור הבינלאומי, כן יש ערך להתאמת הדין לערכי מדינת ישראל וצרכיה.¹⁴² יתרון של אמנות בינלאומיות הוא בקביעת סטנדרטים מוסכמים לטיפול בסוגיות שונות, ואולם יש לבחון באופן פרטני אם ההסדר שנקבע באמנה הוא אכן ראוי ומתאים לדין הישראלי המודרני. הואיל ועסקינן במשפט המסחרי, יש חשיבות להגנה הן על התאגידים הרלוונטיים והן על ציבור הצרכנים.¹⁴³ כשם שחברות התעופה התפתחו במרוצת השנים, כך גם התפתחה ההכרה בזכויותיו של הצרכן הישראלי והבינלאומי. באופן דומה, גם המשפט הניזקי הושפע מההתפתחויות הללו. נראה שכיום, כ-75 שנה לאחר פגישת הנציגים בוורשה, הגיעה העת להצטרף ל-65 המדינות¹⁴⁴ אשר בחרו להתאים את ההסדרים התעופתיים לשנות האלפיים ולהתקדם לקראת פתרון בסוגיית תקרת הפיצוי באמנה. מלבד זאת, יש כמובן לשקול את פיתוחם של דיני תעופה ישראלים-מקומיים שיצמצמו את הפגיעה בכל הבוחר להשתתף בטיסה בשמי הארץ.

141 רייד, לעיל ה"ש 45, בעמ' 19.

142 שם, בעמ' 70-71.

143 שם.

144 בהתאם לרשימה המופיעה באתר הארגון הבינלאומי לתעופה האזרחית URL: www.icao.int/cgi/goto_m.pl?applications/search