

تعهد بانک‌ها به حفظ اسرار مشتریان و عملیات تبدیل دارایی‌ها به اوراق بهادار

علی زارع*

جعفر جمالی**

چکیده

بانک‌ها به مناسبت حرفه خود به اسرار زیادی از مشتریان آگاهی می‌یابند. از دیرباز اسرار بانکی به عنوان اسرار حرفه‌ای محسوب شده و بانک‌ها متعهد به حفظ اطلاعات مشتریان خود می‌باشند. در حقوق انگلیس وظیفه رازداری بانک‌ها، یک وظیفه قراردادی و به گونه‌ای است که حتی اگر در قرارداد تصریح نشده باشد، به عنوان تعهد ضمنی و به استناد عرف جزو قرارداد و از شرایط آن محسوب می‌گردد. در عین حال در سال‌های اخیر پارلمان انگلیس قلمرو حفظ اطلاعات و داده‌های اشخاص را با وضع قانون گسترش داده است. در کشورهای دارای نظام حقوقی نوشته مانند فرانسه، سوئیس، آلمان، مصر، لبنان و ایران، منبع و نیروی الزام‌آور این تعهد عمدتاً ناشی از قانون است. در این کشورها نیز وظیفه محرمانه نگاه داشتن اطلاعات مشتریان مطلق نیست، و استثنائاتی بر آن وارد شده است. از این رو به حکم قانون، مراجع قضایی، دعوی بین بانک و مشتری، مبارزه با پولشویی، تبادل اطلاعات بین بانک‌ها، و مانند آن، بانک برای اجرای الزام قانونی، یا تسهیل انجام وظایف ناشی از قانون، و همین‌طور وظایف نظارتی مبارزه با جرایم و پولشویی، این تعهد برداشته می‌شود. در اغلب کشورها برای نقض تعهد رازداری علاوه بر جبران مدنی، مجازات کیفری نیز وضع شده است. در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن، که مستلزم انتقال مطالبات بانکی است، مشتری و ارکان این عملیات (مطابق قواعد عمومی قراردادها) حق دارند تا به پرونده وام‌ها و اطلاعات مشتریان آگاهی یابند، این ضرورت با وظیفه محرمانه بودن اطلاعات بانکی در تعارض است و یکی از مسایل دشوار تبدیل به اوراق بهادار کردن به‌شمار می‌آید. بحث در مورد راه‌حل نظری جمع این دو الزام که حقوقدانان را قانع کند، پایان نیافته است. به نظر می‌رسد برای حل تعارض بین حفظ اسرار حرفه‌ای، و علم مشتری و بازیگران معاملات تبدیل به اوراق بهادار کردن، به موضوع معامله، در عمل چاره آن است که فرم‌های بانکی اصلاح گردد و شرط رضایت مدیون برای انتقال مطالبات و معاملات تبدیل به اوراق بهادار کردن در قراردادهای ارائه تسهیلات به مشتریان در اسناد بانکی مربوط گنجانیده شود. نهایت آنکه قانونگذار باید تدبیری اساسی بیندیشد و دادن اطلاعات برای تبدیل به اوراق بهادار کردن (به اشخاص دارای تعهد امانتداری اسرار مشتریان) را از وظیفه رازداری بانک‌ها استثناء کند.

واژگان کلیدی

تعهد حفظ اسرار بانکی مشتریان، تبدیل به اوراق بهادار کردن، حریم خصوصی، امنیت اطلاعات، تعهد ضمنی.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، دکترای تخصصی حقوق تجارت
Email: alizare@srbiau.ac.ir

** دانش‌آموخته واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی، دکترای حقوق خصوص
Email: jafar.jamali@gmail.com

مقدمه

موضوع مقاله حاضر بررسی تعهد حفظ اسرار بانکی مشتریان به عنوان "اسرار حرفه‌ای" در ارتباط با عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن است.^(۱) راز به چیزی گفته می‌شود که معروف یا ظاهر یا همگانی نباشد (محمدالشورابی، ۲۰۰۲، ص ۱۵۴۲). اما در مورد اینکه چه اطلاعاتی اسرار بانکی تلقی می‌شوند، نظرات یکسان نیست. بیشتر نویسندگان اعتقاد دارند که منظور از اطلاعات سری افراد، اطلاعاتی است که محدود است؛ مانند مبلغ اعتباراتی که مشتری گشایش کرده، سررسید دیون وی، ارقام ترازنامه، تقاضای بازپرداخت پیش از موعد بدهی‌هایش و اینکه شخصی نزد بانک حساب دارد یا خیر (محمدالشورابی، ۲۰۰۲، صص ۱۵۴۳-۱۵۴۲). منظور از افشای اطلاعات مشتریان هم مطلع نمودن اشخاصی است که صلاحیت دسترسی و آگاهی از اطلاعات مورد نظر را ندارند (شکری و دیگران، ۱۳۷۶، ص ۸۱).^(۲)

به طور معمول بانک بنا بر حرفه‌ای که دارد، به اسرار زیادی از مشتریان، و تعهدات مالی آنها آگاهی پیدا می‌کند. از گذشته دور، اسرار بانکی^۱ در زمره اسرار حرفه‌ای^۲ به

شمار آمده‌اند. از نظر حقوقی رازداری حرفه‌ای تعهد اشخاصی است که در اجرای وظایف خود و یا به مناسبت آن، به وقایع شخصی افراد آگاهی پیدا کرده‌اند، مبنی بر اینکه آن را خارج از مواردی که قانون معین کرده، آشکار نسازند. پزشکان، جراح‌ها، داروسازان، ماماها، قانونی و غیره دارای وظیفه رازداری شناخته می‌شوند. همین وظیفه اشخاص دیگری که به مناسبت شغل خود و یا به مناسبت حرفه و مأموریت (دائمی یا موقت) در حالتی امین قرار می‌گیرند، مانند وکیل، سردفتر و رهبران مذهبی، بار می‌شود و اینها هم وظیفه دارند تا اسراری که نزد آنان گشوده می‌شود، حفظ نمایند.^۳

مشتریان بانک‌ها تمایل ندارند که اطلاعات مربوط به حساب‌ها، معاملات و مراودات بانکی آنان در اختیار دیگران قرار گیرد، و حتی ممکن است افشای این اطلاعات به مشتری صدمه بزند، و در رقابت‌های تجاری و تعامل اجتماعی برای او گران تمام شود. همین جنبه‌ها موجب شده تا حقوقدانان اسرار بانکی^۴ را از جمله رازهایی بدانند که افشای آنها (بدون رضایت مشتری) ممنوع است.

2. Secret professionnel
3. Cornu, Vocabulaire Juridique
4. Le secret bancaire

1. Le secret bancaire



در دوره کنونی که نقش بانکها در زندگی اقتصادی، اجتماعی و کسب و کارها گسترش یافته و فناوری اطلاعات سرعت، مدت و امکانات ارائه خدمات بانکی را افزایش داده، اهمیت حفظ اسرار بانکی دوچندان است و جنبه دیگری نیز پیدا کرده است. اطلاعات مشتریان بانک در معرض خطر سرقت اطلاعات و افشاء از طریق گشایش غیرقانونی شبکه اطلاعاتی بانک، با نفوذ نفوذگران^۵ است. فناوریهای نوین اطلاعات، همانطور که برای انجام امور راههای بهتر، سریعتر و کارآمدتری فراهم آوردهاند، امکان سوءاستفاده از فناوری برای سرقت یا افشای اطلاعات را افزایش دادهاند (سادوسکای و دیگران، ۱۳۸۴، ص ۱۳). از آنجا که همگام با توسعه روزافزون فناوری اطلاعات، ابزارها و شیوههای تهاجمی نیز به سرعت گسترش یافته و به توان تخصصی، پیچیدگی و تعداد نفوذگران روز به روز افزوده می شود، می توان گفت بانک علاوه بر آنکه نباید اطلاعات مشتری را افشاء کند، وظیفه مراقبتی دیگری نیز دارد و آن حراست از حریم خصوصی اطلاعاتی مشتری است. از اینروست که امروزه گفته می شود فناوری اطلاعات و ارتباطات، قواعد سنتی حاکم بر رسیدگی های

قضایی را دستخوش تحولات اساسی کرده است. در دنیای کنونی چالشها و جرائم مربوط به محیطهای مجازی ابعاد جهانی دارد، و به ویژه حقوق کیفری، حقوق بین الملل خصوصی و حقوق بازرگانی را به شدت تحت تأثیر قرار داده، و در موضوع بحث ما مسائل مربوط به تضمین، حفظ و صحت دادهها بر تعهدات سنتی حقوق خصوصی در زمینه قراردادهای افزوده شده است (حسن بیگی، ۱۳۸۴، صص ۱۵-۱۴). جدای از سرعت فوق العادهای که در فضای مجازی برای انتقال اطلاعات فراهم شده، مسئله جاسوسی رایانه ای، سابوتاژ و مانند آن از هم مشکلات امنیتی دادههای بانکی است. تا جایی که حریم خصوصی در جامعه اطلاعاتی از موضوعات مهم حقوق فناوری اطلاعات به شمار می آید. حریم خصوصی اطلاعاتی^۶ به معنای "حق اولیه افراد در محرمانه ماندن و جلوگیری از تحصیل، پردازش و انتشار دادههای شخصی مربوط به ایشان" است (اصلانی، ۱۳۸۴، ص ۲۸). البته دایره حریم خصوصی اطلاعاتی بسیار گسترده است و از جمله شامل اسرار تجاری نیز می گردد (بند ۴ ماده یک قانون متحدالشکل اسرار تجاری ۱۹۸۵ اسرار تجاری).^(۳)



6. Information privacy

5. Hackers

افشای غیر منصفانه داده‌های تجاری و اقتصادی موجب نقض رقابت سالم اقتصادی و زیان مادی و معنوی تجاری می‌گردد. ممنوعیت افشای اطلاعات بانکی مشتریان، در عین حال یکی از نگرانی‌هایی است که در بحث تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌ها مطرح می‌گردد (جمالی، ۱۳۸۸، بخش نخست).^(۴) در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن (که با انتقال مطالبات بانکی همراه است) اشخاص متعددی به اطلاعات محرمانه مربوط به دارایی‌های مالی (مطالبات بانکی)، قراردادهای تضمین‌ها و دیگر اطلاعات و اسناد بانکی مربوط نیاز دارند. با توجه به اصل محرمانه بودن اطلاعات مشتریان بانک‌ها، پرسش این است که:

۱. تعهد بانک در خصوص حفظ اسرار مشتریان به چه معناست؟ و حدود و قلمرو اعمال آن کدام است؟
۲. از آنجا که علی‌الاصول فروش مطالبات بانکی مستلزم ارائه اطلاعات حساب‌ها به خریدار مطالبات است، آیا این اقتضا را می‌توان با وظیفه بانکی حفظ اسرار مشتریان جمع نمود؟

۱- مبنا و منبع تعهد بانک

در این بخش، نخست مبانی تعهد رازداری، و سپس نیروی الزام‌آور و منبع این

وظیفه را بررسی می‌کنیم و سپس به لزوم حفظ اسرار حرفه‌ای (بانکی) در قوانین و قواعد کشورهای مختلف اشاره می‌کنیم.

۱-۱- مبنا و منبع تعهد

گفتیم که در این مورد بانک اولاً به عنوان یک شخص ارائه‌کننده خدمات حرفه‌ای متعهد حفظ اطلاعات مشتریان و امانتداری اسرار آنان است. ثانیاً بانک وظیفه دارد اسناد مشتریان را به گونه‌ای حفاظت کند که حریم خصوصی اطلاعاتی و داده‌های شخصی، تجاری و اقتصادی آنان از دستبرد نفوذگران در امان بماند.

۱-۱-۱- طرح موضوع: تعهد رازداری

به‌ویژه مربوط به اشخاصی است که بنا به وظیفه خود در جریان اسرار و اطلاعات شخصی افراد قرار می‌گیرند. (قرآن مجید) (اصلانی، ۱۳۸۴، ص ۳۰ به بعد) (Raynaud, 1995, p.176).^(۵) بانک‌ها بنا به طبیعت حرفه خود از این دسته اشخاص محسوب می‌شوند. بانک مکلف به حفظ اسرار حرفه‌ای است، و در صورت افشای آن و نقض این تعهد مسئولیت دارد. کاملاً طبیعی است که هر شخصی شدیداً تمایل داشته باشد تا وضعیت مالی او از دیگران پوشیده بماند، خواه اشخاص دیگر بیگانه باشند یا از اعضای خانواده او. از نظر مشتری اطلاعات بانکی تنها

دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد و در نظام‌های مختلف حقوقی منبع و نیروی الزام‌آور این تکلیف از منابع گوناگونی نشئت می‌گیرد.

۱. قانون. نظام‌های حقوقی بر لزوم حفظ حریم خصوصی تأکید ورزیده و رازداری حرفه‌ای را از اصول و قواعد اساسی دانسته‌اند. در قوانین عادی بیشتر کشورهای دارای حقوق نوشته و اخیراً در قوانین و مقررات کشورهای دارای نظام کامن‌لا (به‌ویژه در مورد حفظ داده‌های مشتریان در مراودات الکترونیکی)، موضوع لزوم حفظ اسرار حرفه‌ای تصریح شده است. در این موارد نیروی الزام‌آور وظیفه رازداری ناشی از قانون است (Data Protection Act, 1984 Eng)

۲. قرارداد. (شرط صریح یا ضمنی) کامل‌ترین شکل آن است که مشتری با شخصی که خدمات حرفه‌ای ارائه می‌کند، قرارداد عدم افشا منعقد نماید. معمول چنین است که مشتریان شرط محرمانه بودن اطلاعات را در قرارداد با بانک درج کنند. اما نبود چنین شرطی

اختصاص به خود مشتری دارد و دیگران نباید از آنها آگاهی یابند، و در این مورد تفاوتی نمی‌کند که مشتری تاجر باشد یا غیر تاجر. عرف و رویه عملی بانکداری هم این دیدگاه مشتری را تأیید می‌کند. بنابراین، بانک می‌باید جعبه اسرار مشتریان باشد و اسراری را که به مناسبت فعالیت‌های بانکی دریافت می‌دارد (مانند اطلاعات راجع به وضعیت مشتریان و معاملات آنها) حفظ کند. این رویه مسلّم و عرف تقریباً در همه کشورها جاافتاده و تثبیت شده است. اساس التزام بانک به رازداری در واقع طبیعت عملیات بانکداری است، که به اقتضای آن، رابطه بین بانک و مشتری بر پایه اعتماد صاحب اسرار به امانتداری بانک استوار است. اعتماد مشتری بر این است که بانک اقدامات و اوضاع مالی مشتری او را پوشیده نگاه خواهد داشت. با توجه به این وضعیت باید به این پرسش پاسخ داده شود که منبع این تعهد چیست؟ و به چه استنادی بانک مسئولیت دارد؟

۱-۲-۱- منبع و نیروی الزام‌آور

تعهد: در صنعت بانکداری لزوم حفظ اسرار بانکی، به عنوان اصلی مسلّم پذیرفته شده است. با این همه، در مورد حدود و قلمرو آن، و ضمانت اجراهای نقض این تعهد

در اسناد فیما بین از مسئولیت بانک نمی‌کاهد. تکلیف به حفظ اسرار در عقود منعقد شده با بانک مفروض است، و نیازمند به تصریح در قرارداد نمی‌باشد. در واقع آنچه را که بانک راجع به مشتری درمی‌یابد به توافق فیما بین اضافه می‌کند، هر چند در مورد رازداری بین آنان توافق صریحی نباشد (Brex v. Smith, 146) (A. 34, 36(N. J. 1929). بنا بر این تا هنگامی که اطلاعات مشتری اختصاصی و شخصی تلقی شود، تعهد لزوم رازداری بانک باقی است. وظیفه حفظ اسرار از نظر عرف و رویه بانکداری تکلیفی مسلم است، و در صورت عدم درج صریح این شرط در قرارداد به عنوان شرط ضمنی جزو قرارداد آنان به حساب می‌آید. بانکی که اطلاعات مشتریان را افشاء می‌کند و بدین وسیله موجبات زیان آنان را فراهم می‌آورد، به استناد همین شرط ضمنی، مسئولیت خواهد داشت Electronic Communication (Privacy Act of 1986).

۳. عرف و رویه عملی همان‌گونه که ملاحظه شد، در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی تکلیف رازداری را عمدتاً تکلیفی مبتنی عرف (مسلم حرفه‌ای و تجاری) می‌دانند. در این مورد چنین استدلال می‌شود که در زندگی تجاری موقعیت بسیاری از طرح‌ها و پروژه‌ها مستلزم حفظ اطلاعات مربوط به آنهاست. در زندگی معمولی نیز اشخاص عادی مایل به افشای اطلاعات مربوط به داری‌های خود نیستند و همین عمومیت، تمایل و خواست اشخاص، مبنایی است که "عرف" بانک را به حفظ اسرار ملتزم می‌داند. اگر عرف مبنا باشد، در نظام‌هایی که به صراحت برای افشای اسرار بانکی مجازاتی وضع نشده، تعیین مسئولیت کیفری بانک با توجه به مجازات‌های مقرر برای افشای اسرار حرفه‌ای موضوع مناقشه قرار می‌گیرد (Gulphe, 1948, p.9). زیرا اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها اقتضا دارد که کسی جز به نص کیفر نشود. وانگهی در امور کیفری اصل تفسیر

مضیق اعمال می‌شود که اجازه اعمال مجازات از طریق قیاس را نمی‌دهد. با توجه به این وضعیت نظر درست بر این قرار گرفت که بانک از جمله اشخاصی است که همانند پزشکان، ماماها و داروسازان^۷ به حکم ضرورت^۷ امین اسرار واقع می‌شود. قانونگذاران برای افشای اسراری که به اقتضای وظیفه و حرفه چنین اشخاصی در اختیار آنان قرار می‌گیرد و یا بدان آگاهی می‌یابند، مسئولیت مدنی و مجازات کیفری در نظر گرفته‌اند (ماده ۳۷۸ قانون جزای فرانسه، ماده ۳۰۰ قانون جزای آلمان، ماده ۴۵۸ قانون جزای لوگزامبورگ، مواد ۱۶۲ و ۳۲۰ قانون جزای سوئیس).^(۷)

۱-۲-۱- حقوق تطبیقی

مرور وظیفه محرمانه نگاه داشتن اطلاعات مشتریان در نظام‌های حقوقی مختلف، درک بهتر این تعهد را میسر می‌سازد.

۱-۲-۱-۱- حقوق اروپایی: در حقوق اروپایی (هم در کشورهای دارای نظام حقوقی

کامن لا و هم در قلمرو حقوق نوشته) از لزوم حفظ اسرار بانکی حمایت می‌شود. بسیاری از نظام‌های حقوقی از جمله انگلیس تعهدات خشکی را بر بانک‌ها و دیگر نهادهای مالی به دلیل در اختیار داشتن اطلاعات مالی حساس و لزوم سری نگاه داشتن اطلاعات بار می‌کنند (Data Protection Act, 1984, ch. 35, ((Eng) – Tournier v. Natl provincial and Union Bank of England [1924] 1 KB 461 (C. A. 1923). در قلمرو قضایی کامن لا، گذشته از وجود یک تعهد کلی برای حفظ اسرار، اخیراً تعهدات قانونی بیشتری به ویژه راجع به حمایت از داده‌ها، وضع شده است.

۱-۲-۱-۱-۱-۱- نظام کامن لا: وظیفه محرمانه نگاه داشتن اطلاعات در حقوق انگلیس ریشه در کامن لا و انصاف دارد. این وظیفه در بادی امر از شرط ضمنی در قرارداد بانک و مشتری آن ناشی می‌شود. در عرف تجاری هم به همین طریق چنین شرطی در قراردادهای تجاری وارد می‌شود (O'Donovan, 2005, p.85). مطابق کامن لا (انگلیس) وظیفه محرمانه بودن ناشی از رابطه قراردادی بین بانک و مشتری است. این وظیفه شامل همه اطلاعاتی که بانک در طول رابطه خود و مشتری به دست آورده

7. Confident necessaire

می‌گردد. از این‌رو، جبران خسارت ناشی از نقض تعهد حفظ اسرار بانکی، مبنای قراردادی دارد. وظیفه محرمانه نگاه داشتن اطلاعات مطلق نیست. کامن‌لای انگلیسی برای رهایی از این تکلیف چهار استثناء مقرر داشته است.^(۸) افشایی که صراحتاً یا به طور ضمنی توسط مشتری مجاز دانسته شده است و این افشا به نفع بانک ضرورت داشته باشد، در زمره موارد استثناست. هیچ یک از چهار معافیت مقرر جوازی برای افشای اطلاعات مشتری، به منظور تبدیل به اوراق بهادار کردن نیست و این وضعیت نیاز بانک در عملیات مذکور را برطرف نمی‌سازد. به علاوه، برای تعیین قلمرو قراردادی مربوط به افشای اطلاعات می‌باید مستندات وام اصلی ملاحظه گردد. این استثناهای قراردادی را می‌توان به اطلاعاتی محدود کرد که به طور مستقیم به توافقنامه وام مربوط است. و یا می‌توان به اطلاعات عام تجاری مربوط به وام‌گیرنده که غیرمرتبط با توافقنامه اما حساس است، توسعه داد.

در حقوق انگلیس وظیفه حفظ اسرار بانکی مشتریان محدود به سه اصل دانسته شده است:

۱. وظیفه محرمانه نگاه داشتن اطلاعات مشتریان تا حدودی

اعمال می‌شود که اطلاعات محرمانه هستند.

۲. در مورد اطلاعات بی‌اهمیت و بی‌فایده اعمال نمی‌شود.
۳. در پاره‌ای از موارد برای حفظ منافع عمومی، ممکن است افشای اسرار مشتریان ضرورت داشته باشد.

برای مسئولیت بانک، لازم نیست اطلاعات عمداً افشا شده باشند، بلکه تصادفی بودن افشای اطلاعات برای مسئول دانستن بانک کافی است. در بیشتر موارد هم افشای اطلاعات تصادفی است. بانک‌ها مکلف‌اند ترتیبی اتخاذ نمایند که زمینه افشای تصادفی اطلاعات از بین برود. در حقوق امریکا هم، وظیفه رازداری اطلاعات مشتریان بر بانک‌ها تکلیف شده است.

با مرور ریشه‌های مقررات محرمانگی بانک‌های خارجی و امریکایی و تطبیق آنها در می‌یابیم که مفاهیم امریکایی و خارجی محرمانه بودن، دارای مبنایی مشترک است (Newcomb, 1988). در ایالات متحده وظیفه محرمانه بودن اطلاعات با چالش‌های متعددی مواجه شده است. یکی از مهم‌ترین بحث‌ها این بوده که اساساً "رابطه بانک با مشتری رابطه ساده بدهکار بستانکار است به

consciences نشئت می‌گیرد. در حقوق آمریکا قوانین و مقرراتی بسیاری وضع شده که این وظیفه را پوشش می‌دهد و استثنائات زیادی هم بر آن دارد (قانون حریم خصوص مصوب ۱۹۷۴).^(۹)

۱-۲-۱-۲- نظام حقوقی نوشته:

حفظ اسرار بانکی، در حقوق سوئیس جایگاه بسیار ویژه‌ای دارد. تا جایی که تدوین مقررات در زمینه "اسرار بانکی" از ابتکارات قانونگذار سوئیس، با تصویب قانون بانکداری ۱۹۳۴، زمانی که نازی‌ها مبادرت به توقیف و مصادره اموال اشخاص می‌کردند، به شمار آمده است.^(۱۰)

رویکرد سوئیس در مورد اسرار بانکی این است که از حق مشتریان بانک برای محرمانه ماندن اطلاعات آنان به شدت حمایت می‌کند. و تعهد بانک بر حراست از این حق مشتری را لازم‌الاجرا می‌داند (Moller, 1970, pp.11-13). تا جایی که به موجب قانون بانکداری فدرال سوئیس مصوب سال ۱۹۳۴، برای نقض عمدی تعهد حفظ اسرار بانکی مجازات حبس و جریمه مقرر گردید. به موجب ماده ۴۷ این قانون:

- چنانچه مدیران، کارکنان، مدیر تصفیه، ارزیاب، ناظر کمیسیون بانکی یا اعضای مؤسسه حسابرسی یا کارکنان آن،

رابطه امانی. مسئله ادغامها و دادن اطلاعات به شرکت‌های بیمه، (O' Donovan, 2005, p.86). این موضوع که آیا شرکت‌ها نیز همانند افراد دارای حق بهره‌مندی از حریم خصوصی^۸ برخوردارند یا نه و اینکه آیا این وظیفه اختصاص به بانک‌ها دارد یا شرکت‌های تأمین مالی، شرکت‌های ساختمانی^۹، تعاونی‌های اعتبار نیز مشمول این فعالیت می‌شوند یا خیر؟ از نمونه‌های چالش‌های محرمانگی اطلاعات هستند. وانگهی در ایالات متحده، تعیین مرز وظیفه افشای اطلاعات و جریان آزاد اطلاعات که در بازارهای مالی اعمال می‌شود، با وظیفه محرمانه بودن نیاز به بررسی‌های دقیق دارد (O' Donovan, 2005, p.93).

چنان‌که پروفیسور اوگلیو^{۱۰} می‌گوید: رابطه بانک و مشتری بیش از آنکه رابطه آمر و عامل باشد، نوعی امانتداری است که به نفع هر دو طرف اعمال می‌شود. وظیفه رازداری ناشی از قانون یا قرارداد است، و بانک مکلف است آن را برای تأمین منافع طرفین به‌کار بندد. هرگاه بین طرفین قراردادی نباشد، وظیفه محرمانه بودن مبتنی بر انصاف است که از مفاهیم good و fair dealing

8. Privacy
9. Building Societies
10. Ogilvie

سری را که در اختیار آنان قرار گرفته و یا به واسطه عمل خود، یا رابطه کارمندی به آن (اطلاعات مشتری) آگاهی یافته‌اند، افشا کنند، و همین‌طور هرکس دیگری را تحریک کرده تا تعهد حرفه‌ای حفظ "اسرار" را نقض کنند، به مجازات حداکثر ۶ ماه حبس یا جریمه‌ای که بیش از ۵۰/۰۰۰ فرانک نباشد، محکوم می‌شوند.

- چنانچه خطاکار از روی غفلت چنین عملی را مرتکب شده باشد، به مجازات جریمه‌ای که بیش از سی هزار فرانک نباشد محکوم می‌گردد.

- نقض سری بودن، حتی هنگامی که عمل یا رابطه استخدامی پایان یافته یا دارنده راز دیگر در صنعت بانکی کار نمی‌کند نیز باقی است (مواد ۱۶۲ و ۳۲۰ قانون جزای سوئیس).

قانونگذار فرانسوی نیز در بند ۴ ماده ۱۹ قانون دوم دسامبر ۱۹۴۵، اشخاصی را که به هر نحو در اداره یا نظارت بر بانک‌ها مشارکت دارند، متعهد به حفظ اسرار شناخته است.^(۱۱) ماده ۵۷ قانون شماره ۴۶ ۱۹۸۴ فرانسه که در مورد مؤسسات اعتباری و نظارت بر آنها در ۲۴ سپتامبر ۱۹۸۴ انتشار یافت، مقرر می‌دارد: هر عضو هیأت مدیره یا هیأت نظارت و هر شخصی که به هر نحو در

مدیریت موسسه اعتباری مشارکت دارد یا در چنین مؤسسه‌ای کار می‌کند، متعهد به حفظ اسرار حرفه‌ای مطابق شرایط و مشمول کیفرهای مقرر در ماده ۳۷۸ از قانون جزا می‌باشد.^(۱۲)

قانونگذار فرانسوی تنها به وضع اصول کلی تعهد حفظ اسرار حرفه‌ای برای همه مؤسسات اعتباری اکتفا کرده و حدود این التزام را تعیین نکرده است. از این‌رو برای درک چارچوب این تعهد باید به آثار حقوقدانان مراجعه و به بررسی رویه قضایی آن کشور پرداخت (Bordes, p.140, n.19).

۱-۲-۱-۳- حقوق کشورهای اسلامی: مصر و لبنان: در بین کشورهای اسلامی مصر و لبنان در این مورد پیشرو محسوب می‌شوند. از این‌رو بررسی حقوق این دو کشور در زمینه حفظ اسرار بانکی مفید است.

مصر: نخستین قانونی که در مصر به "اسرار حرفه‌ای" پرداخت، قانون شماره ۲۰۵ سال ۱۹۹۰ راجع به محرمانه بودن حساب‌های بانکی بود. این قانون به موجب قانون شماره ۸۸ سال ۲۰۰۳ راجع به جایگاه بانک مرکزی و نظام پولی و بانکی نسخ شد. اما قواعد مربوط به حفظ اسرار حساب‌ها که در قانون ۲۰۵ سال ۱۹۹۰ آمده بود، عیناً و

بدون تغییر به مواد ۹۷ تا ۱۰۱ قانون سال ۲۰۰۳ منتقل گردید.

ماده ۱۲۴ قانون شماره ۸۸ سال ۲۰۰۳ بر مجازات حداقل یک سال حبس و جریمه از ۲۰ هزار جینه تا پنجاه هزار جینه برای متخلفان از مواد ۹۷ و ۱۰۰ این قانون تصریح دارد.

مشتری همچنین بابت خساراتی که به وی وارد شده، حق دارد علاوه بر مجازات‌های کیفری فوق، خواستار جبران مدنی شود.

حقوق لبنان: در لبنان برای جذب

سرمایه‌های خارجی و برآوردن اهداف اقتصادی در تاریخ ۱۹۵۶/۰۹/۰۳ قانونی به تصویب رسید که از آن به عنوان قانون اسرار بانکی (قانون سربه‌المصارف) یاد می‌شود. قانون اسرار بانکی تعهد صریحی را تحت عنوان رازداری بر بانک‌ها به نفع مشتریان بار نمود. قانون اسرار بانکی لبنان با الهام از قانون سوئیس در مورد اسرار بانکی اصولاً بانک‌ها را به حفظ مطلق اسرار مشتریان ملزم نموده است. (الناشف و الهندی، ۲۰۰۰، ج ۱، ۱۰۳) در عین حال، این قانون هم استثنائات محدودی دارد.^(۱۳) البته، قانونگذار لبنان در سال ۱۹۵۶، در هنگام وضع قانون اسرار بانکی به حمایت قانونی از اموال حاصل از روش‌های غیر مشروع توجه نداشته است.

پاره‌ای از کشورها از اسرار بانکی به این دلیل حمایت می‌کنند که دارایی‌های غیرمشروع حاصله در نتیجه معاملات مواد مخدر و پولشویی را جذب کنند. این عملکرد موجب شده تا گاهی حفظ اسرار بانکی به طریقی برای مشروع کردن و شستشوی اموال نامشروع تبدیل شود.

حقوق ایران: در حقوق ایران با استقراء

در قوانین گوناگون می‌توان به اصل مسلم لزوم حفظ اسرار حرفه‌ای در مورد بانک‌ها دست یافت.^(۱۴) بند ۱۰ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی نیز با صراحت از لزوم (و تکلیف بانک‌ها بر) حفظ اسرار حرفه‌ای مشتریان سخن گفته است. در نظم کنونی حقوق ما گاهی تخلف از وظیفه امانتداری و افشای اسرار حرفه‌ای مشتری، با ضمانت اجرای کیفری نیز همراه است. برای نمونه ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی می‌گوید:

اطبا و جراحان و ماماها و داروفروشان و کلیه کسانی که به مناسبت شغل یا حرفه خود محرم اسرار می‌شوند، هرگاه در غیر از موارد قانونی، اسرار مردم را افشاء کنند، به سه ماه و یک روز تا یک سال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند.

در تفسیر ماده ۶۴۸ حقوقدانان تصریح می‌کنند که کارمندان بانک‌ها از جمله کسانی هستند که به مناسبت شغل خود محرم اسرار می‌شوند و در صورت افشای اطلاعات محرمانه مشتریان بر اساس ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی مجازات خواهند شد (کشاوری، ۱۳۷۶، ص ۸۱).

قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲ نیز بیان می‌دارد که:

" به منظور حمایت از رقابت‌های مشروع و عادلانه در بستر مبادلات الکترونیکی، تحصیل غیرقانونی اسرار تجاری و اقتصادی بنگاه‌ها و مؤسسات برای خود و یا افشای آن برای اشخاص ثالث در محیط الکترونیکی جرم محسوب و مرتکب به مجازات مقرر در این قانون خواهد رسید" (ماده ۶۴ قانون تجارت الکترونیکی).

متخلفین از ماده ۶۴ قانون تجارت الکترونیکی و هرکس در بستر مبادلات الکترونیکی به منظور رقابت، منفعت و یا ورود خسارت به بنگاه‌های تجاری، صنعتی، اقتصادی و خدماتی با نقض حقوق قراردادهای استخدامی مبنی بر عدم افشای اسرار شغلی یا دستیابی غیرمجاز، اسرار تجاری آنان را برای خود تحصیل نموده و یا برای اشخاص ثالث افشا نماید به حبس از

شش ماه تا دو سال و نیم و جزای نقدی معادل پنجاه میلیون (۵۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال محکوم خواهد شد.

۲- ماهیت و قلمرو تعهد حفظ اسرار بانکی

در این بخش نخست ماهیت حقوقی و سپس قلمرو این تعهد را بررسی می‌کنیم:

۱-۲- ماهیت حقوقی تعهد

تردیدی نیست که بانک امین اسرار تلقی شده و با توجه به حرفه، فلسفه فعالیت، و شخصیت بانک مشتری آن را امین اسرار و طرف اعتماد خود قرار می‌دهد. اما چنین رابطه‌ای را نمی‌توان عقد ودیعه و امانت به معنای خاص دانست. زیرا اگرچه پذیرفته شده که بسیاری از "اسرار تجاری" دارای ارزش اقتصادی هستند، اما در مجموع دشوار است که بتوان اسرار حرفه‌ای را مالی به حساب آورد،^(۱۵) که نزد بانک سپرده شده است. تعهد بانک وظیفه‌ای است مسلم از نظر قانون یا عرف، که مبنای اعتماد مشتری به بانک قرار گرفته و تعامل بانک و مشتری بدون تصریح هم بر آن شکل می‌گیرد. پس می‌توان گفت که بانک براساس قانون و تعهدی که در قبال مشتری دارد، مکلف به حفظ اسرار است. اما در صورتی که در قانون

باید بر براءت متهم دانست. افزون بر آن، با توجه به ماده ۶۴۸ می‌توان گفت "افشای اسرار حرفه‌ای" در قانون مجازات ما عنوان خاص مجرمانه دارد (مسعودی، ۱۳۷۸).

برای پاسخ به این پرسش‌ها به دو گونه می‌توان استدلال کرد:

۱. چنانچه مسئولیت و تعهد بانک را ناشی از قرارداد بدانیم، در این مورد قاعده این است که عدم انجام قرارداد خود تقصیر است و زیان دیده نیازی به اثبات تقصیر بانک ندارد. با این تحلیل، اگر اطلاعات مشتری برملا شد، این بانک است که باید ثابت کند که افشای سرّ ناشی از رویدادی بوده که دفع آن خارج از حیطه اقتدار بانک، یا به واسطه عذر قانونی بوده است، و از این‌رو نباید او را مقصر دانست.

از آنجا که بانکداری در قلمرو بازرگانی قرار دارد، این تحلیل با اصول حقوق تجارت که از جمله بر تقویت اعتماد، اعتبار و گردش ثروت استوار است، مطابقت دارد. در این عرصه اسرار تجاری و حرفه‌ای افراد، مبنای اعتبار آنان است. و اغلب از دارایی‌های معنوی آنان و رموز کار آنان به شمار می‌رود. تجار مایل نیستند که رقبا و طرف‌های مذاکره با آنها از اسرار بانکی‌شان آگاه باشند. از این‌رو مبنای رابطه خود را با بانک

یا عرف حدود تعهد و اجرای آن روشن نباشد، تکلیف چیست؟ یک راه حل آن است که برای تبیین نحوه اجرای این تعهد، حدود و شیوه محافظت بانک از اطلاعات مشتری گفته شود که این رابطه نوعی امانت عام است و از نظر مدنی می‌توان قواعد و احکام راجع به امانت را برای آن در نظر گرفت. درست است که موضوع عقد ودیعه، سپردن مالی نزد دیگری است تا آن را نگه دارد - و در اینجا این عناصر وجود ندارد - اما با تحلیل قصد طرفین در این تعامل نمی‌توان انکار کرد که در اینجا هم نوعی امانت و یا دقیق‌تر اعتماد به امانتداری بانک در نظر طرفین مشاهده می‌شود.

البته با توجه به این تحلیل، نقض تعهد حفظ اسرار حرفه‌ای را نباید از نظر کیفی خیانت در امانت و مشمول مواد ۶۷۳ و ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی دانست، زیرا عناصر این جرم را ندارد. وانگهی در امور کیفی اصل تفسیر مضیق، و تفسیر به نفع متهم اعمال می‌شود و هیچ‌کس مجازات نمی‌گردد، مگر به موجب نص صریح قبلی که عمل را جرم تلقی کرده باشد. در حالی که عنصر مادی خیانت در امانت، عدم استرداد "مال" موضوع امانت است. در اینجا "مالی" سپرده نشده است. پس در صورت تردید، اصل را



به گونه‌ای تنظیم می‌کنند که بانک تعهد به پوشیده ماندن اطلاعات می‌کند، و در صورت افشا مسئولیت و تقصیر بانک محرز است. مگر آنکه بانک ثابت کند افشای اسرار مربوط به کوتاهی و یا عهدشکنی وی نبوده است. از این روست که دادگاه‌ها و حقوقدانان انگلیسی عذر اتفاقی بودن افشای اطلاعات را نمی‌پذیرند.

۲. در تحلیل ماهیت تعهد بانک گفتیم که در این تکلیف می‌توان نوعی رابطه امانی ملاحظه کرد. و از لحاظ مدنی می‌توان احکام راجع به امانت را در مورد آن جاری کرد. بدین ترتیب بانک مکلف است همچون امینی متعارف و دلسوز حداکثر کوشش خود را برای حفاظت از داده‌ها و اسرار مشتری به عمل آورد. در صورتی که با وجود همه تدابیر بانک، به دلیل نفوذ نفوذگران یا رویدادی غیر قابل پیش‌بینی، اطلاعات مشتری آشکار گردد، نباید او را ضامن دانست. بانک هنگامی ضامن است که تعدی و تفریط کرده باشد. پس مشتری برای دریافت خسارت باید تعدی و تفریط بانک را اثبات نماید. می‌دانیم که امانتداری اشخاصی مانند وکیل، پزشک، رهبران مذهبی، و بانک‌ها مبنی بر نوعی احسان بوده و این رابطه از تعاملات مبنی بر مسامحه تعبیر

می‌شود.^{۱۶} به بیان رساتر در حقوق ایران مسئولیت بانک را باید مسئولیت امین تعبیر کرد. در این صورت بار اثبات تقصیر بر عهده مشتری است که راز او بر ملا شده است.

۳. تعبیر دیگر آن است که مسئولیت بانک را از نوع مسئولیت مدنی قهری و مبتنی بر تقصیر بدانیم. در این صورت تقصیر بانک باید اثبات شود. مشتری زیان دیده باید اثبات کند که اطلاعات افشا شده، این افشا موجب زیان‌دهی شده و سبب آن کوتاهی بانک بوده است.

۴. در صورتی که اطلاعات مشتری به شکل الکترونیکی باشد، ممکن است اسرار الکترونیکی به دو طریق آشکار شود:

نخست آنکه کارمندی که اطلاعات را دریافت کرده، آن را اظهار کند. از آنجا که بانک مکلف به حسن اختیار کارمندان و مراقبت مستمر از آنهاست و مراقبت متضمن تجهیز سامانه کامپیوتری به برنامه‌های امنیتی شدید برای بازداشتن کارکنان از دستیابی به اطلاعات غیرمجاز از مشتریان است، بانک ضامن است.

شکل دوم حالتی است که اشخاص ثالث با گشودن سامانه الکترونیکی به شکل غیرقانونی^{۱۱} به اطلاعات دسترسی می‌یابند.

11. Hackers

سوم، در صورتی که به واسطه قصور مشتری در حفظ "رمز" خود، یا نحوه ورود و خروج از سامانه، نفوذ عملی گردد، بانک ضامن نخواهد بود. البته بانک باید هشدارهای لازم را در این خصوص به مشتری ارائه کند و امکانات ورود و خروج حفاظت شده را فراهم آورد.

چهارم، در صورتی که نفوذ در شبکه به دلیل تقصیر بانک باشد، بانک مسئولیت دارد. پنجم، از آنجا که بانک شخص حرفه‌است، تقصیر بانک را باید از مصادیق تقصیر سنگین تلقی کرد.

۲-۲- قلمرو تعهد: اساس التزام بانک به رازداری و حفظ اسرار حرفه‌ای مشتریان خود را عرف و رویه مسلّم حرفه بانکداری دانستیم و گفتیم که بدون تصریح قانونگذار و طرفین هم، چنین تکلیفی به استناد عرف و یا به عنوان شرط ضمنی بر رابطه طرفین حکومت دارد. در بسیاری از کشورها این تکلیف در قوانین تصریح شده و یا در قراردادهای مشتری و بانک شرط می‌شود. اما مصادیق اسرار بانکی، ذینفع تعهد، متعهد رازداری، و محدوده وظیفه بانک گاهی نیاز به بررسی دقیق‌تری دارد.

در این مورد هم بانک مسئولیت دارد، زیرا بانک مکلف است شبکه خود را در برابر نفوذ ایمن نگاه دارد و برای منتفی کردن این خطر مستمراً بر امنیت شبکه نظارت و آن را تقویت کند (عزه، ۲۰۰۵، ص ۱۰۷). مگر آنکه اثبات شود، نفوذ به گونه‌ای بوده که هیچ مدیر متخصص متعارف و دلسوز امنیت اطلاعات شبکه، نمی‌توانست مانع آن شود.

با توجه به بیان فوق، و در پاسخ این پرسش که اگر سامانه اداری بانک توسط نفوذگران گشوده شود و اطلاعات مشتری سرقت شده و یا آشکار گردد، بانک در چه صورت ضامن است، می‌توان گفت که:

اول، بانک متعهد است، همچون امینی دلسوز، از اطلاعات در حدود عرف محافظت کند. یعنی با استفاده از نرم‌افزارهای امنیتی، سامانه خود را به گونه‌ای ایمن سازد که عرفاً غیرقابل نفوذ باشد. و این مراقبت را دائماً و مستمراً اعمال و برنامه‌های ایمنی شبکه را به روز کند.

دوم، با توجه به توسعه روزافزون امکانات و تعداد نفوذگران، در صورتی که به رغم تدارک بانک شبکه بانک گشوده شده و اطلاعات درز کند، به گونه‌ای که عرفاً تقصیری متوجه بانک نباشد، ضامن نخواهد بود.

۲-۲-۱- مصادیق اسرار بانکی،

ذینفع تعهد و متعهد رازداری: روشن کردن این نکته که منظور از اطلاعات محرمانه چیست؟ چه اشخاصی متعهد به رازداری و چه کسانی ذینفع این حق می‌باشند؟ قلمرو تعهد حفظ اسرار مشتریان را روشن می‌سازد.

- چه اطلاعاتی محرمانه است؟ در

مقدمه این نوشتار مفهوم کلی رازداری بیان شد، اکنون جا دارد روشن کنیم که مصادیق اصلی اسرار بانکی مشتریان چیست و افشای کدام اطلاعات ممنوع است. به نظر می‌رسد: نمونه‌های بارز اسرار بانکی مشتری نزد بانک را می‌توان به قرار زیر دانست:

تمامی حساب‌ها، سپرده‌ها، امانات، محتویات صندوق‌های امانات، و همین‌طور معاملات راجع به این موارد محرمانه است. اطلاع از حساب‌ها و امانات فوق، یا اظهارنظر راجع به آنها به طور مستقیم یا غیرمستقیم ممنوع است. تفاوت نمی‌کند که حساب‌های مشتریان عادی باشد یا جاری، مدنی باشند یا تجاری. نوع حساب هرچه باشد، صرف‌نظر از ماهیت آن محرمانه است. محرمانه بودن شامل ضمانت‌نامه‌های بانکی و اسناد اعتباری و تمامی انواع سپرده‌ها می‌شود، چه موارد یاد

شده در چارچوب عملیات بانکی به بانک تسلیم گردیده باشند و یا مانند اوراق مالی و اسناد تجاری به عنوان امانت به بانک سپرده شده باشد (السید قرمان، ۲۰۰۵، ص ۱۰۳).

جمع معاملات: سری بودن اختصاص به حساب‌ها و سپرده‌های بالا ندارد و شامل جمع معاملات راجع به این حساب‌ها، سپرده‌ها، امانات، و صندوق‌های امانات می‌شود، خواه این اعمال با گشایش حساب انجام شوند یا انعقاد قرارداد یا اجاره صندوق امانات، و یا با بیرون کشیدن از حساب‌ها یا سپردن در آن، قفل کردن آن یا استرداد ودیعه، قرض کردن یا تضمین حساب‌ها و اوراق بانکی. همین‌طور است اطلاعاتی که در زمان ورود مشتری به خزانه صندوق اماناتی که اجاره کرده و یا در زمان خروج از آن حاصل می‌شود. در محرمانه بودن اطلاعات مشتری تفاوت نمی‌کند که حساب با کارمزد پول داخلی باشد یا خارجی، و بالاخره وظیفه محرمانه بودن صرف‌نظر از جنسیت مشتری وجود دارد (محمدالشورابی، ۲۰۰۲، صص ۱۵۴۳-۱۵۴۲).

- چه اشخاصی متعهد حفظ اسرارند؟

افشای اطلاعات از سوی تمامی اشخاص، و دستگاه‌هایی که قانون به آنها اختیار کسب اطلاعات یا تحویل اوراق یا دریافت اظهاراتی

مشارکت و همکاری با بانک، از حساب‌ها و اسرار تجاری مشتری بانک آگاه شوند، مشمول این ممنوعیت قرار دارند. در همین مورد دو مسئله را پاسخ می‌گوییم.

۱. می‌توان پرسید که آیا در حقوق کشور ما تنها "بانک‌ها" چنین وظیفه‌ای دارند یا اینکه مؤسسات مالی و اعتباری و صندوق‌های قرض‌الحسنه هم می‌باید رازدار مشتریان باشند؟

در لزوم تبعیت از این تعهد تفاوتی نمی‌کند که بانک مؤسسه باشد یا شرکت. کیفیت تصدی بانک به فعالیت بانکداری هم بر این تعهد اثری ندارد. زیرا آنچه در این التزام برجسته است، طبیعت عملیات و رابطه بین صاحب راز و کسی است که امین قرار گرفته است. البته تنها بانک یا مؤسسه طرف قرارداد با مشتری چنین تعهدی دارد. پس قاعده کلی این است که اشخاصی که به واسطه حرفه خود (به عنوان بانک یا مؤسسه اعتباری) امین اسرار واقع می‌شوند، متعهد حفظ اسرارند و تفاوت نمی‌کند که قالب شخص حقوقی و عنوان مجوز او چه باشد.

مقصود از بانک شخص حقوقی، رئیس هیئت‌مدیره، مدیر، مدیران ارشد که دارای اختیار تصمیم‌گیری هستند، کارکنان (یعنی همه کارکنان و کارگزارانی که از آنها خواسته

را داده که محرمانه می‌باشند، مطابق احکام مقرر در قوانین و مقررات یا عرف مسلم بانکداری هر کشور ممنوع است، و ممنوعیت یاد شده حتی در صورت پایان یافتن رابطه بین مشتری و بانک به هر دلیلی، پابرجاست (ماده ۹۷ قانون شماره ۸۸ مورخ ۲۰۰۳ مصر).

رؤسا و اعضای هیئت‌مدیره بانک‌ها، و مدیران یا کارگزاران آنها، از دادن، یا کشف هر نوع اطلاعات، یا اظهارات راجع به مشتریان بانک‌ها یا حساب‌های آنها، یا سپرده‌ها، و امانات مختص به آنها یا معاملات ایشان راجع به موارد یاد شده و نیز همراهی با غیر در کسب اطلاع بر آنها، به جز آنچه به موجب قانون تجویز یا استثنا شده، ممنوع است (ماده ۹۷ قانون شماره ۸۸ مورخ ۲۰۰۳ مصر).

این ممنوعیت بر تمامی کسانی که به حکم حرفه یا وظیفه یا نمایندگی به طور مستقیم یا غیرمستقیم بر اظهارات و اطلاعات مورد اشاره آگاهی می‌یابند، تسری می‌یابد. ممنوعیت افشا شامل همه کارکنان بانک مانند نگهبان و راننده و منشی هم می‌شود و لازم نیست اطلاع به واسطه وظیفه او، تحصیل شده باشند. بلکه اشخاص مشمول حکم قانون، به هر دلیل که به واسطه

می‌شود تا وظیفه بانکی را انجام دهند) و کسانی است که به مناسبت اعمالی که در بانک بر عهده می‌گیرند، به اطلاعات دست می‌یابند، ولو آنکه از نظر مقررات و عرف اداری نیاپستی به این اطلاعات دسترسی داشته باشند مانند خدمتگزاران و کارکنان و وابستگان در هر رده‌ای که باشند.

۲. به طور معمول اطلاعات مشتریان از سوی کارمندان بانک افشا می‌شود. پس چرا بانک بایستی مسئول جبران خسارت افشای راز از جانب دیگری (کارمند بانک) باشد؟ حقوقدانان در پاسخ می‌گویند: تعهد بانک در مقابل مشتری در واقع تعهد به حفظ صداقت و امانتداری کارمندان بانک هم می‌باشد و بانک مسئول اعمال کارمندان خود هم هست. زیرا کارکنان در بانک و به نام بانک فعالیت می‌کنند. اینکه مسئولیت ناشی از اقدامات کارکنان متوجه بانک شود، در حقوق ما مانندهایی دارد (ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی). منتهی در این مورد بانک می‌تواند به نوبه خود برای جبران زیان پرداخت‌شده به کارمند خاطی رجوع نماید. بند ج ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور در خصوص مسئولیت بانک در چنین مواردی صراحت دارد (مسعودی، ۱۳۸۷، ص ۹۷).

- اسرار چه اشخاصی باید حفظ شود: ذینفع تعهد

باید توجه داشت که بانک‌ها وظیفه دارند تا اسرار "مشتریان" خود را حفظ کنند. به سخن دیگر، شخص باید مشتری بانک باشد (محمد الشورابی، ۲۰۰۲، ص ۱۵۴۵)، نه اینکه ثالث تلقی شود. التزام بانک تنها به حفظ اطلاعات خود "صاحب سر" می‌باشد، و آن شخصی است که با بانک ارتباط برقرار کرده، از طریق آن عملیات بانکی انجام می‌دهد، اسرار را نزد بانک تودیع و بانک را از آنها مطلع نموده و بر پوشیده باقی ماندن اسرار خود، به بانک اعتماد کرده است. صاحب این حق مشتری است و حفظ اسرار به نفع مشتری انجام می‌شود. بانک نمی‌تواند مدعی شود که مشتری خود باید موضوع را پوشیده نگاه می‌داشت.

لزومی ندارد که عمل تکرار شود تا شخص مشتری تلقی شود و یا لازم نیست که مشتری سابقه تعامل با بانک داشته باشد، یا بانک مشتری را بشناسد. در عین حال، هنگامی شخص وصف مشتری پیدا می‌کند که بانک او را پذیرفته باشد، بدین معنی که بانک با انجام عملیات بانکی توسط شخصی که ارتباط پیدا کرده موافق باشد. در نتیجه، سارق چک، یا مشتری سابق که پس از بستن

حساب خود در بانک مبادرت به صدور چک از محل حساب بسته کرده، مشتری محسوب نمی‌شود.

۲-۲-۲- استثنائات وارد بر تعهد

بانک برای محرمانه نگاه داشتن اطلاعات قانونگذار در پاره‌ای موارد افشای اطلاعات و اظهارات خاصی را در مورد حساب‌ها، سپرده‌ها، و امانات مشتریان، مجاز دانسته است. مانند جایی که مشتری رضایت داده و یا براساس مبانی و مصالحی که بر مصلحت سری بودن اطلاعات مشتریان برتری دارد، افشاء ضرورت یابد.

روشن است که هرگاه مشتری به بازگویی اسرار خود رضایت دهد، وظیفه بانک برداشته می‌شود. اما موارد دیگری هم برشمرده شده که استثنا بر تعهد رازداری خوانده می‌شود: افشایی که برای پیشگیری از جرایم تروریستی، و مبارزه با پولشویی انجام می‌شود، به عنوان استثناء پذیرفته شده است. در صورتی که تبادل اطلاعات برای استحکام معاملات و خدمات بانکی و به ویژه ایجاد اعتبار برای بانک، ضروری باشد، خارج از تعهد محرمانگی قرار می‌گیرد. در رویه بانکی هم پذیرفته شده که اطلاعات مربوط به مشتریان (وضعیت مالی و تسهیلات آنان) آزادانه بین بانک‌ها تبادل شود.

در بسیاری از کشورها مانند ایالات متحده، افشای پاره‌ای از اطلاعات و آمار اقتصادی در مورد اشخاص حقوقی تکلیف شده است. در این مورد در واقع دو مصلحت باهم برخورد می‌کند: تعهد رازداری از یکسو و مصلحت و اهمیت اطلاع‌رسانی و افشای اطلاعات در بازارهای مالی و پولی و حمایت از انتشار آمارهای درست و جریان آزاد اطلاعات در عرصه اقتصادی از سوی دیگر. در این مورد کدام مصلحت را باید اصل قرارداد، به نظر می‌رسد به جز در مواردی که قانون صراحت دارد، امانتداری اطلاعات اشخاص را باید ترجیح داد و تأمین جریان آزاد اطلاعات و آمار را تا حدی مجاز دانست که تجاوز به حریم خصوصی اشخاص تلقی نشود. با بیان این مقدمه رؤوس موارد استثناء شده را مرور می‌کنیم.

- در صورت رضایت مشتری: از آنجا که حفظ اسرار مشتری در جهت تأمین مصالح وی انجام می‌شود، با اجازه و رضایت صاحب سر می‌توان در حدود اذنی که داده، اطلاعات بانکی را افشا کرد. چه، اصل این است که هرکس در اقدامات خود مصلحت خویش را در نظر می‌گیرد.

در همین زمینه قانونگذار مصر در بند یک ماده ۹۷ (قانون مصوب ۲۰۰۳) می‌گوید:

اطلاع غیر بر حساب‌ها، سپرده‌ها و امانات و تجهیزات، و اطلاعات راجع به صندوق‌های امانات اشخاص، سری است، مگر با اجازه کتبی صاحب حساب یا سپرده یا امانت یا صندوق امانت، و یا اجازه وصی و ورثه در مورد برخی از این اموال و یا با اجازه قائم‌مقام قانونی یا وکیل دارای اختیار در انجام این کار. چنین استثنایی برای رعایت مصلحت شخص (مشتری) منطقی است، و افشای اطلاعات آن مجاز است. برای جلوگیری از هر نوع سوء استفاده تأکید شده که رضای صاحب حساب باید کتبی بوده و به موجب آن مشتری برای بانک روشن سازد که راجع به کدام حساب و چه اطلاعاتی باید به نماینده او تسلیم شود.

مقصود از محدودیت‌های افشای اطلاعات به رضایت مشتری حمایت از بانک در حالتی است که بین بانک و مشتری راجع به چارچوب اختیار و عمل به اذن مشتری اختلاف بروز می‌کند. بر این اساس، اجازه شفاهی و تلفنی مجاز نیست. اما ارسال رضایتنامه با وسائل ارتباطی مکتوب مانند فاکس یا تلکس به شرطی که صحت امضای مشتری احراز شود، مجاز است. (السیدقرمان، ۲۰۰۵، ص ۱۰۶).

– بنا به امر محکمه یا دستور دادستان: یکی دیگر از مواردی که بانک مکلف به ارائه اطلاعات مشتریان می‌باشد، در صورتی است که مراجع قضایی خواه ضمن حکم قطعی و یا به موجب استعلام در مراحل تحقیق چنین دستوری صادر کرده باشند. این استثنا در بند یک ماده ۹۷، و ماده ۹۸ قانون شماره ۸۸ سال ۲۰۰۳ مصر تصریح شده است. مطابق این بند افشای اطلاعات بنا به حکم قضایی (دادگاه استیناف) مجاز دانسته شده است.

در پاره‌ای موارد کسب اطلاعات بانکی می‌تواند در کشف جرایم و به ویژه جرایم مربوط به مبارزه با موادمخدر، تروریسم و پولشویی و مجازات عاملان آنها مؤثر باشد. افشای اطلاعات به درخواست دادستان هم مجاز دانسته شده است.^(۱۷)

– تبادل اطلاعات بین بانک‌ها: تبادل اطلاعات مشتریان، تسهیلات دریافتی آنان، میزان بدهی‌ها، سررسید دیون و اعتبار آنان بین بانک‌ها امری منطقی و در جهت تقویت نظم اقتصادی و مالی کشور است. وانگهی بانک‌ها از اشخاصی هستند که دارای تعهد حفظ اسرار بوده، و برای انجام وظایف قانونی خود نیاز به اطلاعات مشتریان دارند. بنا به همین استدلال و برای تأمین مصالح

شده است: این اشخاص هم متعهد به عدم افشای اطلاعات و اظهاراتی هستند که در اجرای وظیفه و در حین رسیدگی دریافت می‌کنند. طبیعی است که از این بابت نیز به مشتری زیانی وارد نمی‌شود و برعکس، تسلط بر اطلاعات برای سیاست‌های پولی و اعتباری و نظم اقتصادی کشور با اهمیت است.

- در مورد صدور گواهی عدم پرداخت چک بنا به درخواست صاحب حق

گواهی عدم پرداخت بانک در صورتی صادر می‌شود که مشتری چکی را صادر کرده، اما چک مذکور پرداختنی نباشد. در این صورت افشای همه اطلاعات موردنظر برای صدور گواهی عدم پرداخت مجاز است. زیرا اولاً مشتری در واقع با صدور چک به طور ضمنی این اجازه را به بانک داده و رضایت داده تا اطلاعات حساب وی در صورت عدم پرداخت به دارنده چک داده شود و ثانیاً با توجه به مقررات چک در خصوص صدور گواهی عدم پرداخت، صادرکننده با صدور چک پرداخت نشدنی به زیان خویش اقدام کرده است و باید عواقب آن را تحمل کند.

- **دعوای بین بانک و مشتری: تعهد**
بانک به حفظ رازهای مشتری شامل مواردی نیست که افشای تمامی یا بعضی از اظهارات

اقتصادی فوق، تبادل اطلاعات بین بانک‌ها از مواردی است که از وظیفه رازداری مستثنای شناخته شده است. کما اینکه در مورد اشخاص حرفه‌ای دیگر مانند مشورت پزشک با همکار خود راجع به بیماری کسی که به وی مراجعه کرده افشای راز دانسته نمی‌شود (ماده ۹۹ قانون شماره ۸۸، سال ۲۰۰۳، بانک مرکزی مصر).^(۱۸)

- افشاء به موجب قانون، برای ادای وظیفه شخص ضرورت داشته یا از خصایص انجام وظیفه او باشد.

اشخاصی مانند بازرس، حسابرس، یا ناظر قانونی برای انجام وظایف و رسیدگی‌های خود مطابق قانون نیاز دارند تا به اطلاعات مشتریان دسترسی پیدا کنند. از این‌رو، کسب اطلاعات از جانب اشخاص یاد شده، در حدودی که برای انجام وظیفه لازم است، مجاز دانسته شده است.

مقصود از بازرس حساب، بازرس حساب خود بانک است. دلیل این تجویز آن است که بازرس هم ملتزم بر حفظ اسرار است و این امر ضروری برای مشتری ندارد. در مورد اشخاصی که از سوی بانک مرکزی مطابق قانون بر فعالیت بانک نظارت دارند، و از ویژگی‌های انجام این وظیفه کسب چنین اطلاعاتی است، هم افشای اطلاعات مجاز



خاص مشتری، در دعوای قضایی که راجع به این معاملات بین بانک و مشتری گشوده می‌شود، برای اثبات حق بانک ضرورت می‌یابد (السیدقرمان، ۲۰۰۵، صص ۱۱۰-۱۰۹).

شرایط افشای اطلاعات در این مورد به قرار زیر است:

(۱) "دعوای قضایی" بین مشتری و بانک مطرح باشد. پس در شکایت‌های اداری و تحقیق درباره آنها بانک نمی‌تواند از این حق استفاده کند.

(۲) اطلاعات و اظهاراتی که افشا می‌شود راجع به این دعوی و لازمه اثبات آن باشد.

— اعلام عملیاتی که متضمن

پولشویی است: در ایالات متحده قانون اسرار بانکی ۱۹۷۰^{۱۲} نهادهای مالی در امریکا امریکا را ملزم نمود تا با مؤسسات دولتی برای کشف و جلوگیری از پولشویی همکاری کنند. این قانون به طور خاص ثبت معاملات نقدی و گزارش فعالیت‌های مظنون به پولشویی، فرار مالیاتی یا فعالیت‌های دیگر محرمانه را ضروری دانست. قانون پولشویی مصر به شماره ۸۰ سال ۲۰۰۲ نیز بانک‌ها را

ملزم به گزارش موارد مظنون به پولشویی به بانک مرکزی آن کشور نموده است.

۲-۳- تطبیق عملی وظیفه رازداری

بانکی: اصل آن است که بانک اطلاعاتی را که کسب می‌کند، پوشیده نگاه می‌دارد تا اینکه صاحب راز این التزام را بردارد. البته دیدیم که این اصل مطلق نمانده است: در مواردی از نظر قانونی بانک برای تأمین مصلحتی بالاتر و ارزشمندتر از مصلحت صاحب اسرار، وظیفه دارد تا راز مشتری را افشا کند. یا اینکه افشای اطلاعات در برابر صاحب سر برای تأمین مصلحت بانک در دعوای بین این دو لازم می‌آید. این امکان هم وجود دارد که با رضایت خود مشتری اطلاعات بانکی افشا گردد:

۲-۳-۱- اصل عدم افشای اطلاعات:

اصل آن است که بانک نباید اسرار مشتری یا اطلاعاتی را که درباره مشتری به دست می‌آورد، افشا نماید (الشورابی، ۲۰۰۲، ۱۵۴۵ و بعد).

۱. در صورتی که یکی از کارمندان بانک موجودی حساب مشتری را به متقاضی تلفنی اعلام کند، بانک مسئول است، حتی اگر متقاضی اطلاعات در تلفن ذکر کرده باشد که دارنده چک مشتری مذکور است.

۲. بانک حق ندارد اطلاعات مشتریان را افشا کند، ولو آنکه این اطلاعات از دسته اطلاعاتی باشد که بانک‌ها برای مصلحت عمومی و مصلحت اعتباری بین خود تبادل می‌کنند، پس تا هنگامی که این اطلاعات و تبادل آنها دارای وصف "سری" باشد، پخش آن بین مردم مجاز نیست.

۳. در صورتی که مشتری به بانک اجازه داده باشد که اطلاعات واجب‌الکتمان را به نفع او بیان دارد، بانک می‌تواند این اطلاعات را افشا کند. باید توجه شود که در چنین حالتی افشای اطلاعات باید در حدود اذن انجام شود.

۴. اطلاعات از کسانی که خود صاحب راز آنها را به‌عنوان مدیر فعالیت‌های خود استخدام کرده (مانند نماینده دارای اختیار برای مدیریت حساب وی یا مدیر حساب‌های او) پنهان نمی‌شود. این افراد می‌توانند اطلاعات بانکی مشتری را دریافت دارند، ولی حق ندارند آن را بدون اذن مشتری در خارج از حدود وظیفه خود به کار گیرند.

۵. در صورتی که مشتری شخص اعتباری باشد، اطلاعات از نماینده قانونی یا قضایی یا قراردادی این شخص اعتباری مخفی نمی‌شود. سهامداران و شرکای شخص حقوقی حق ندارند از طریق بانک در مورد اعمال شرکت درخواست اطلاعات کنند. اما مدیر تصفیه شرکت را می‌توان در معنای مدیرانی دانست که از حق اطلاع از اسرار شرکت برخوردارند. بازرسان حساب تنها در حدودی که برای انجام وظیفه و تسهیل اعمال آنان برای نظارت لازم است، حق دسترسی دارند.

۶. بستانکاران مشتری نمی‌توانند به اطلاعاتی که به‌عنوان اسرار اعتبارشده، دسترسی پیدا کنند. البته، در صورتی که این اشخاص دستور توقیف اموال وی نزد بانک را از مرجع صالح دریافت کنند، بانک حق دارد اطلاعاتی را که برای توقیف لازم است، در اختیار ثبت یا دادگاه قرار دهد. دلیل اعمال اصل ممنوعیت در قبال بستانکاران آن است که آنان حق نظارت بر اعمال بدهکار خود را ندارند.

۷. همسر مشتری (زن یا شوهر) نمی‌تواند بر اسرار طرف دیگر اطلاع حاصل کند.

۸. ضامن مشتری حق کسب اطلاع ندارد، مگر آنکه مقدار دین مورد ضمانت معین نباشد، که در این صورت، ضامن حق دارد راجع به تعیین میزان دین یادشده از بانک استعلام کند. بانک مکلف است امکان بررسی موضوع را با ارائه مستندات فراهم آورد.

۹. در صورتی که بانک دیگری، با بانک (امین اسرار) مشتری، شریک شود، یا بانک ثالث، بانک مشتری را در عمل خاصی وکیل قرار دهد. به استناد عادت یا طبیعت عملیات مانند اعتبارات اسنادی حق کسب اطلاع از پاره‌ای اطلاعات مربوط را دارد.

۱۰. وصی یا قیم مشتری بانک حق دارند از رابطه مشتری تحت قیمومت یا وصایت با بانک آگاه شوند، حتی اگر اطلاعات مورد درخواست، مربوط به پیش از تعیین قیم یا وصی باشد. اما در صورتی که خود شخص تحت وصایت یا قیمومیت مأذون در اداره اموالش باشد، تنها خود او حق دارد اطلاعات را کسب نموده و مدیریت اموال را عهده‌دار شود.

۱۱. در صورتی که صاحب حساب چند نفر باشند، و حساب جمعی (مشترک) با تضامن جمعی باشند، هر کدام از شرکا می‌تواند بر هر آنچه که به او تعلق دارد، آگاهی یابد. زیرا هر کدام رابطه مستقیمی با بانک دارد، و گویی هر یک به تنهایی افتتاح حساب کرده است. البته شریک مذکور نمی‌تواند از معاملات خاص شرکای دیگر آن حساب کسب اطلاع کند. پس به عنوان قاعده کلی می‌توان گفت در شکلی که اسرار بین

عده‌ای از اشخاص مشترک است، هیچ‌کدام نمی‌تواند مانع دیگری شود.

۱۲. اصل آن است که ورثه مشتری دارای همان حقوق مشتری هستند، مگر آنکه مشتری پیش از مرگ بر بانک شرط کرده باشد که بانک پاره‌ای از اطلاعات وی را به ورثه او ندهد. در این صورت بانک مکلف به رعایت منعی است که مشتری پیش از مرگ مقرر داشته است.

۲-۳-۲- افشا بنا به امر قانونی

در صورتی که قانون بانک را ملزم به افشا در برابر شخص یا مرجعی کرده باشد، بانک ملزم به تبعیت است.

۳- حفظ اسرار بانکی در عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن

در معاملات تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌ها، مطالباتی که دارای جریان نقدینگی منظم و هموار باشند، بسته‌بندی و دسته‌بندی شده و به عنوان سبدهای از دارایی‌های مالی به یک بنگاه واسطی واگذار می‌گردند. که بنگاه با مقصود معین خواننده می‌شود، در این عملیات از طرفی مؤسسه اعتباری که مطالبات خود را واگذار می‌کند (بانی عملیات)، مطابق قانون، قرارداد یا عرف

برای تحلیل وام‌ها و تسهیلات، به اطلاعات محرمانه نیاز دارند. مؤسسات رتبه‌بندی به دلایل متعددی اصرار دارند تا بنگاه‌های شرکتی که سهام و اوراق بدهی آنها در بورس فهرست و عرضه می‌شود، حساب‌های رسیدگی شده سالانه خود را که از سوی مقام عمومی یا (مؤسسات رسمی حسابرسی) بازرسی شده، ثبت نمایند. پس بدهکار بودن بنگاه‌های شرکتی، اطلاعات عمومی خواهد بود. به ویژه در اروپا، در بازار اوراق قرضه، احتمال عمومی شدن اطلاعات بیشتر است. در صورتی که بعد از تبدیل به اوراق بهادار کردن وام‌گیرنده‌ای از پرداخت بدهی تبدیل به اوراق بهادار شده قصور ورزد، وضع مشکل‌تر خواهد بود. همچنین این مؤسسات اطلاعات مشتری، اعتبار وی، وثایق وام، طرح موضوع سرمایه‌گذاری بانک و غیره را باید بررسی کنند. افشای این اطلاعات علی‌الاصول با وظیفه رازداری بانک یا مؤسسه اعتباری همخوانی ندارد.

در حقوق انگلیس گفته می‌شود که "تعهد محرمانه بودن اطلاعات مشتریان" خواه قراردادی باشد یا منطبق بر اصول کامن‌لا، احتمال دارد که افشای اطلاعات مربوط به قصور در بازپرداخت بدهی‌های مشتری و آثار این قصور با وظیفه محرمانه

بانکی متعهد به حفظ اسرار حرفه‌ای مشتریان است. از سوی دیگر در معاملات تبدیل به اوراق بهادار کردن اشخاص متعددی که ارکان عملیات نامیده می‌شوند، درگیر می‌شوند. این اشخاص برای ادای وظیفه حرفه‌ای خود به اطلاعات محرمانه مربوط به دارایی‌های اصلی (سبد مطالبات واگذار شده) نیاز دارند، به طور مثال بنگاه واسط و مدیران آن، مؤسسات رتبه‌بندی مسئول ارزشیابی معامله و اوراق بهادار حاصله، بانک‌های مسئول فراهم آوردن تسهیلات نقدشوندگی و پشتیبان اوراق تجاری، تراستی دارندگان اوراق بهادار با پشتوانه دارایی، و متصدی وصول مطالبات و ارائه خدمات (که توسط بنگاه واسط برای ارائه خدمات و انجام اقدامات اجرایی مربوط به دارایی‌های وام، منصوب می‌شود). همگی به اطلاعات فوق نیاز دارند (Albrecht, p.16).

اشخاص یاد شده خود در برابر عموم سرمایه‌گذاران مسئول‌اند، و در واقع ارکان عملیات، و فعالان در بازارهای سرمایه به اتکای بررسی‌ها و گزارش‌های آنان، در سرمایه‌گذاری یا تضمین یا معاملات درگیر می‌شوند. نمونه این اشخاص مؤسسات رتبه‌بندی هستند. مؤسسات رتبه‌بندی، به منظور رتبه‌بندی اعتباری معاملات توریق و



بودن تعارض پیدا کند. به علاوه، گاهی بانی تمایل به تأخیر در عمومی شدن چنین قصوری دارد، تا بتواند با وام‌گیرنده، پیش از آنکه سایر بستانکاران از ناتوانی وی آگاه شوند، مذاکره کند. در این حالت بانی تصمیم به عدم افشای هویت وام‌گیرنده قاصر می‌گیرد و تنها، مبلغ قصور را افشا می‌کند. البته ممکن است او صرفاً نام قاصر را به تراستی منصوب مطابق سند تراست^{۱۳} اظهار کند و همین را اطلاع دهد. از آنجا که بانی به عدم افشای اطلاعات وام‌گیرندگان و فراهم‌آوردن نقدشوندگی اصرار دارد، در عمل بررسی این اطلاعات، توسط تراستی انجام می‌شود و او به هویت بدهکاران اصلی آگاه می‌گردد، و یا اینکه بازرسان حساب بیرونی "بانی" که از نظر حرفه‌ای وظیفه محرمانه بودن برای آنان الزامی است، به اطلاعات یادشده رسیدگی می‌کنند. بنگاه واسط، و مؤسسات رتبه‌بندی نیز اطلاعات گسترده سبد و اطلاعات هر وام را دریافت خواهد داشت. اما فهرست واقعی وام‌گیرندگان تنها به تراستی داده می‌شود.

گفتیم که مستندات اصلی وام شرکتی می‌باید برای اطلاع از هر نوع محدودیت قراردادی، افشا و مرور شوند. در صورتی که

13. Deed or Indenture

محدودیت‌های مورد اشاره مانع از افشای اطلاعات حتی به تراستی شوند، دارایی‌های مذکور فاقد شایستگی^{۱۴} برای تبدیل به اوراق بهادار خواهند بود. برای حل مشکل خروج پاره‌ای از مطالبات از دایره دارایی‌های شایسته تبدیل به اوراق بهادار کردن^(۱۹) (جمالی، ۱۳۸۸)، به نظر می‌رسد که بانک‌های متقاضی تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌های خود در آتیه می‌باید برای استاندارد کردن ارزیابی و شرایط افشای مستندات گام‌های فوری برداشته و بر این کار اقدام کند.

فرجام

با توجه به توسعه فناوری‌های اطلاعات و نقش رو به گسترش آنها در زندگی اشخاص و مراودات اجتماعی، اهمیت حفظ حریم خصوصی و به ویژه حریم خصوصی اطلاعاتی، اسرار تجاری و رازهای حرفه‌ای اشخاص، اهمیت دو چندان یافته است. به نظر می‌رسد تدوین مقررات جامعی (علاوه بر مقررات موجود) برای حفظ داده‌ها و حریم خصوصی اشخاص در این مورد ضرورت دارد.

بانک‌ها که به مناسبت حرفه خود به اسرار زیادی از معاملات، حساب‌ها و مراودات تجاری مشتریان خود آگاهی می‌یابند، وظیفه

14. Ineligible

دارند تا اسرار مشتریان خود را حفظ، و از افشای اطلاعات به غیر پرهیز کنند. نقض این تعهد مسئولیت مدنی، و کیفری به همراه دارد.

پانوشتها

خارج کند و ارکان عملیات را مشمول تعهد حفظ اسرار حرفه‌ای قرار دهد.

عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌ها، که انتقال مطالبات در کانون آن قرار دارد، مستلزم ارائه اطلاعات راجع به سید مطالبات، تضمین‌ها، شرایط مالی و بدهکاران آنها به خریدار، و ارکان عملیات است. این امر در بسیاری موارد با "تعهد حفظ اسرار مشتریان" در تعارض است.

۱- دو نوع اسرار بانکی معرفی شده است: ۱. اسرار بانکی به عنوان اسرار حرفه‌ای. منظور اسراری است که مطابق قانون یا عرف اهل حرفه ملزم به حفظ آن اسرار مشتریان خود می‌باشد. ۲. اسرار بانکی در معنای آنچه قانون سوئیس مقرر داشته و قانونگذار لبنان از آن تبعیت نمود، و مطابق آن تحت هیچ عنوان اطلاعات مشتری افشا نمی‌شود. که منظور این مقاله نیست. مورد اخیر در سوئیس متأثر از اوضاع و احوالی است که نازی‌ها در زمان تصویب قانون سوئیس از نظر مصادره اموال برخی افراد به وجد آورده بودند. این روش برای پاره‌ای افراد به‌ویژه از نظر مالیانی جذاب است و موجب جذب سرمایه‌های خارجی می‌شود. بسیاری از کشورها به این روش واکنش نشان داده‌اند. به طور مثال ایالات متحده قانون اسرار بانکی ۱۹۷۰ را وضع نمود. امروز با توجه به شرایط پس از یازده سپتامبر تقریباً "در همه کشورها موارد استثنای افشای اطلاعات در مبارزه با پولشویی و تروریسم وضع شده است.

راه حل عملی برای فعالیت‌های آتی بانک‌ها و حل تعارض یاد شده آن است که در زمان تنظیم رابطه قراردادی مشتری و بانک، موافقت و رضایت وام‌گیرنده با انتقال مطالبات بانک و تبدیل بدهی‌های وی به اوراق بهادار اخذ گردد. برای انجام این کار لازم است فرم‌های بانکی اصلاح و رضایت مذکور در قرارداد درج و شرط شود. راه حل دیگر آن است که افشای اطلاعات تنها در برابر اشخاصی (از ارکان عملیات) صورت گیرد که خود تحت الزام و تعهد به حفظ اسرار حرفه‌ای می‌باشند. در نهایت، لازم و اصولی است که قانونگذار این مورد را از قلمرو اصل محرمانه بودن اطلاعات مشتریان

۲- بنا بر این اگر پزشکی در مورد بیماری بیمار خود مشورت نماید، و به این واسطه دیگری (پزشک همکار) را از اسرار مرتبط با اسرار مربوط به بیمار آگاه سازد، عملش جرم نیست.

۳- در بند ۴ ماده یک قانون متحدالشکل اسرار تجاری ۱۹۸۵ اسرار تجاری چنین تعریف شده است:

"Trade secret" means information, including a formula, pattern, compilation, program device, method, technique, or process, that: (i) derives independent economic value, actual or potential, from no being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy

۴- عملیات تبدیل به اوراق بهادار کردن، فرآیندی برای تأمین مالی ساختار یافته فعالیت‌های اقتصادی است که به موجب آن مطالبات یک موسسه اعتباری یا بنگاه اقتصادی توسط "بانی" عملیات، گردآوری و بسته‌بندی شده، به یک بنگاه یا مقصود معین یا "بنگاه واسط" منتقل می‌گردند. بنگاه واسط برای تأمین مالی پرداخت ثمن خرید سبد یاد شده، و به پشتوانه سبد مطالباتی که خریداری کرده اوراق بهادار منتشر می‌کند. منابع حاصل از پذیره‌نویسی عمومی و یا عرضه اختصاصی اوراق بهادار با پشتوانه دارایی و فروش آن‌ها صرف بازپرداخت بدهی‌های بنگاه واسط به بانی یا فروشنده سبد می‌شود. اوراق بهاداری که در این فرآیند انتشار می‌یابند، نسبت به جریان نقدینگی وصولی مربوط به سبد مطالبات دارای "حق وثیقه" یا سهم مشارکت می‌باشند. به همین جهت اوراق حاصل این فرآیند را "اوراق بهادار با پشتوانه دارایی" می‌گویند. خدمات جمع‌آوری و وصول سبد مطالبات،

به طور معمول، توسط همان مؤسسه واگذارکننده مطالبات یا بانی عملیات انجام می‌شود و او را متصدی وصول و خدمات راجع به مطالبات می‌نامند. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: (جمالی، ۱۳۸۸، بخش نخست).

۵. در قرآن کریم، منبع اساسی حقوق اسلامی، منع تجسس در امور شخصی و حریم خصوصی افراد تصریح شده است. در سنت نیز سرچشمه‌های فقه اسلامی (معصومین) رازداری، و حفظ اسرار دیگران را ستوده، و افشای اسرار مردم را مذموم دانسته‌اند. اهمیت این دستور تا حدی است که گاهی ریختن آبروی مؤمنان همسنگ گرفتن جان آنان تلقی شده است. "حرمة مؤمن کحرمة دمه".

لزوم احترام به حریم خصوصی افراد، حق مصون ماندن قلمرو زندگی فردی از مداخله و تعرض دیگران، و منع سایرین از آگاهی بر اطلاعات حیات فردی اشخاص از دیرباز مورد توجه علمای حقوق بوده است. حقوقدانان برای توجیه و بیان مبنای نظری لزوم رعایت حریم خصوصی افراد، از نظریه "حقوق فطری"، "قرارداد اجتماعی"، "نظریه اخلاقی" و مانند آن استفاده کرده‌اند.

افشای اسرار تجاوز به آزادی شخص و حقوق مربوط به آن تعبیر می‌شود. به همین دلیل قانونگذاران به التزام حفظ اسرار بانکی به عنوان ابزاری برای ترغیب فعالیت‌های بانکی دانسته‌اند که عموماً "به شکوفایی اقتصادی منجر شده و در جهت مصالح اقتصاد بین‌المللی است".

۶. در حقوق امریکا در مورد مبنای تعهد بانک نظرات گوناگونی ارائه شده، از آن جمله است: ۱. رابطه بدهکار بستانکار ساده ۲. برخی می‌گویند رابطه بین مشتری و بانک دو جنبه دارد: رابطه مربوط به پول سپرده شده مشتری با بانک رابطه ساده بدهکار بستانکار است ولی رابطه بین بانک و مشتری جنبه دیگری هم دارد که در مقابل آن بانک وظیفه امانی دارد. قانون از این حق پشتیبانی می‌کند و حقوقدانان برای توجیه این رابطه آن را قراردادی دانسته‌اند که از طریق یا شروط صریح و یا ضمنی، وظیفه محرمانگی ضمنی، ایجاد می‌شود.

۷. برای نمونه به ماده ۳۷۸ قانون جزای فرانسه، ماده ۳۰۰ قانون جزای آلمان، ماده ۴۵۸ قانون جزای لوکزامبورگ، ملاحظه گردد. مواد ۱۶۲ و ۳۲۰ قانون جزای سوئیس مراجعه شود.

۸. این استثنائات که در پرونده *Tournier (1924) v. Natl provincial and Union Bank of England* مطرح گردید:

عبارت‌اند از: (۱) وقتی بانک به موجب قانون ملزم به افشای اطلاعات باشد. (۲) در مواردی که بانک موظف به افشای اطلاعات باشد. (۳) هرگاه منافع بانک افشای اطلاعات را ایجاب نماید. (۴) وقتی که مشتری خود به افشای اطلاعات رضایت دهد.

۹. در حقوق امریکا: قانون حریم خصوصی بانکی ایالات متحده در سال ۱۹۷۰ برای مبارزه با پولشویی وضع شد. قانون حریم خصوص مصوب ۱۹۷۴ (Privacy Act of 1984) افشای اطلاعات شهروندان توسط مؤسساتی که بنا به وظیفه به اطلاعات

شهروندان دسترسی می‌یابند، را ممنوع نمود. حقوق امریکا برای اشخاصی که به مناسبت حرفه خود امانین اسرار قرار می‌گیرند یک وظیفه و تعهد برای محرمانه نگه داشتن اطلاعات (confidentiality) شناخته شده است که سهل‌انگاری در انجام آن به عنوان عدم رعایت وظایف امانتداری (Breach of Fiduciary Duties) این وظایف عبارت‌اند از وفاداری (loyalty)، حفظ اسرار (Confidentiality) و رفتار شرافتمندانه (Honest Dealing). رجوع شود به: افراسیابی، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، دوره جدید شماره ۸ (شماره پیاپی ۱۷۷) قابل پیگیری است. در زمینه حمایت از اسرار تجاری نیز در سال ۱۹۸۵ قانونی تحت عنوان قانون متحدالشکل اسرار تجاری در ایالات متحده با هدف حمایت از اسرار تجاری در تجاری به تصویب رسید. قانونگذار امریکایی در ارتباطات الکترونیکی نیز با وضع قانون حریم خصوصی ارتباطات الکترونیکی در ۱۹۸۶ از حریم خصوصی افراد حمایت کرده است.

۱۰. پیش از تصویب قانون اسرار بانکی سوئیس، این قاعده در عرف و رویه عملی آن کشور رواج داشت. نخستین کانتونی که به اصل محرمانه بودن اسرار بانکی عمل کرد، کانتون بال در سال ۱۸۹۹ بود. سپس به دیگر کانتون‌ها هم گسترش یافت، تا اینکه به قانون فدرال سوئیس ۱۹۳۴ و ماده ۴۷ آن منتهی شد.

11. " Tous ceux qui, a un titre quelconque, participant soit a la direction, l'administration ou au contrôle des banques

nationalisées soit au contrôle des banques non nationalisées”

12. Tout membre d'un conseil d'administration et selon le cas, d' Um conseil de surveillance et toute personne qui a' un titre quelconque participe a' la direction conseil ou a' la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci est tenu un secret

conditions et les peines prévues a l'article 378 du code pénal outre les cas ou la loi prévoit. Le secret professionnel ne peut être oppose ni a la commission bancaire, a la banque de France, nid autorité Judiciaire a lysant dans le cadre d'une procédure une pénale

۱۳- در حقوق لبنان تنها چهار حالت برای رفع سری بودن بانکداری به شرح زیر لحاظ گردیده است:

اجازه مکتوب مشتری، ورثه و یا وصی او، افلاس و ورشکستگی مشتری، در دعوای بین بانک و مشتری در مورد معاملات بانکی، و در حالت دارا شدن غیر مشروع ناعادلانه.

۱۴- مواد ۱۲ و ۳۰ قانون راجع به کارشناسان رسمی- ماده ۳۰ قانون وکالت، و ماده ۸۱ آیین‌نامه لایحه

قانونی استقلال کانون وکلای دادگستری - ماده ۲۳۲ قانون مالیات‌های مستقیم- ماده ۲۹ قانون مطبوعات

ماده ۲۰ قانون مربوط به کیفر بزه‌های راه‌آهن، ماده ۸ قانون مربوط به رسیدگی به دارایی وزراء و کارمندان

دولت اعم از کشوری و لشکری و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها مصوب ۱۳۷۷/۱۲/۱۹ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی.

۱۵- البته ارزش اطلاعات به نوع آن بستگی دارد و بسیاری از اسرار تجاری را عده‌ای مال به حساب آورده‌اند، زیرا پاره‌ای از اسرار تجاری به عنوان مالکیت معنوی تحلیل می‌شوند.

۱۶- اصولاً در جایی که قصد احسان وجود دارد، بر نیکوکاران سخت‌گیری نمی‌شود: "و ما علی المحسنین من سیل"

۱۷- ماده ۹۸ قانون ۲۰۰۳، مصر و ماده ۹۷ همان قانون، و به ویژه در مورد جرائم موضوع قانون شماره ۸۰ سال ۲۰۰۲ راجع به پولشویی افشای اطلاعات به دستور دادستان را پیش‌بینی کرده است.

۱۸- به موجب ماده ۹۹ قانون شماره ۸۸ سال ۲۰۰۳ بانک مرکزی قواعد تبادل اطلاعات و اظهارات راجع به بدهی‌های مشتریان و تسهیلات اعتباری اعطایی به آنها را وضع کرده است. استثنای مورد بحث منطقی به نظر می‌رسد. زیرا چنین اطلاعاتی برای سلامت اعطای اعتبار و رعایت احتیاط‌های لازم برای اقتصاد کشور لازم است. وانگهی شخصی که به چنین اطلاعاتی دسترسی می‌یابد، خود دارای وظیفه حفظ اسرار بانکی است. و بالاخره اینکه چنین استثنایی مضر به حال مشتریان نیست.

۱۹- هر دارایی مالی (حق دینی) که در طول زمان جریان نقدینگی ایجاد کند، دارای قابلیت تبدیل به اوراق بهادار کردن است. این تعریف قلمرو دارایی‌های مالی قابل تبدیل به اوراق بهادار کردن را به شدت

- گسترش می‌دهد. اما به طور سنتی، دارایی‌های مالی که از عناصر زیر برخوردار باشند، به اوراق بهادار تبدیل می‌شوند: دارای جریان نقدینگی منظم و هموار باشند، به گونه‌ای که از آن دارایی‌ها، در طول زمان، جریان نقدینگی مستمری ایجاد شود؛ مطالبات از کیفیت مطلوب و بالایی برخوردار باشند؛ تنوع و ترکیب مطالبات به گونه‌ای باشد که مخاطرات سید کمتر گردد؛ ترکیب مطالبات به گونه‌ای باشد که بتوان بر پایه مطالبات منظور شده، اوراق میان‌مدتی منتشر کرد. البته در تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌های "گردان"، سررسید بی‌اهمیت است؛ بازپرداخت بستانکاری‌ها دوره‌ای باشد (نه یکباره) تا جریان نقدینگی هموار و کافی برای پرداخت به سرمایه‌گذاران فراهم گردد؛ دارایی‌های (مطالبات) موضوع تبدیل به اوراق بهادار کردن می‌باید همگون باشند؛ ترکیب مطالبات و قراردادهای اصلی مربوط به گونه‌ای باشد که حتی اگر بانی تبدیل به اوراق بهادار کردن ورشکست شود، در روند عملیات خللی پدید نیاید؛ مطالبات باید قابل انتقال باشند؛ تداوم عملکرد دارایی‌ها، و ادعا نسبت به مدیون، مستقل از وجود بانی باشد. به طور مثال قراردادهای اصلی مطالبات نباید انجام فعلی توسط بانی را ضروری بدانند، یا بستگی خاصی به شخصیت بانی داشته باشند.
۲. جمالی، جعفر، (۱۳۸۸)، *تبدیل به اوراق بهادار کردن دارایی‌ها و سرمایه‌گذاری مشترک در حقوق مالی*، پایان‌نامه دکتری، واحد علوم و تحقیقات تهران دانشگاه آزاد اسلامی
۳. جورج سادوسکای و دیگران، (۱۳۸۴)، *راهنمای امنیت فناوری اطلاعات*، شورای عالی اطلاع‌رسانی، ترجمه مهدی میردامادی و دیگران.
۴. حسن‌بیگی، ابراهیم، (۱۳۸۴)، *حقوق و امنیت در فضای سایبر*، تهران، مؤسسه فرهنگی مطالعات و تحقیقات بین‌المللی ابرار معاصر تهران، چاپ نخست.
۵. صفایی، سیدحسین، (۱۳۷۵)، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، تهران، نشر میزان، چاپ اول.
۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، *عقود معین (۴)*، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه‌های دین، شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنامه، تهران، انتشارات مدرس، چاپ دوم.
۷. کشاورز، بهمن، (۱۳۷۶)، *مجموعه محشای تعزیرات*، تهران، گنج دانش، ج ۲.
۸. مسعودی، علیرضا، (۱۳۷۸)، *حقوق بانکی*، انتشارات پیشبرد با همکاری علمی شرکت تابان خرد، (همراه با ویرایش)، چاپ اول.

منابع عربی

۹. السیدقرمان، عبدالرحمن (۲۰۰۵)، *سریه الحاسات المصرفیه* (الجديد في القانون التجاره ابحاث منتقاه و مهدها من الفقهاء و القضاة العرب)، القاهرة
۱۰. الهندی خلیل و انطوان الناشف، (۲۰۰۰)، *العمليات المصرفیه و السوق المالیه*، لبنان، طرابلس، المؤسسة الحديثه للكتاب، ج ۱، ۲ و ۳
۱۱. زیاد ندیم حماده، (۲۰۰۷)، *تبيين الاموال و السريه المصرفیه* (الجديد في اعمال المصارف من الوجهتين القانونيه و الاقتصاديه)، منشورات الحلبي الحقوقيه، بيروت، الطبعة الاولى، الجزء الثالث.
۱. اصلانی، حمیدرضا، (۱۳۸۴)، *حقوق فناوری اطلاعات*، تهران، نشر میزان، چاپ اول

منابع فارسی

١٢. عزه حمادالحاج سليمان، (٢٠٠٥)، *النظام القانونى للمصارف الالكترونيه*، منشورات الحبللى الحتوقيه، الطبعة الاولى.
١٣. فتحي، حسين، (٢٠٠٥)، عثمان، *التوريق المصرفى للديون الممارسه و الاطار القانونى*، (الجديد فى القانون التجارى أبحاث منتقاه و مهدها من الفقها و القضاة العرب الى الاستاذة سميحه القليوبى).
١٤. محمد الشورابى، عبدالحميد و محمد عبدالحميد الشورابى، *اداره المخاطر الائتمانيه من وجهتى النظر المعرفيه و القانونيه*، منشاه المعارف، جلال حزي و شركاه، الاسكندريه
21. Gorge P.Moller, (1970), *Banking & Economic Confidentiality under Swiss Law*, The Swiss, Practicing Law Institute.
22. Guelph P., (1948), *Le Secret Professionnel du Banquier en Droit Français et en Droit Compare*.
23. James O'Donovan, *Lender Liability*, (2005), Thomson, Sweet and Maxwell.
24. J.L. Rives Lang et N. Contamine Raynaud, (1995) *Droit Bancaire*, Dalloz.
25. Patrick D.Dolan & C.Vanleer Davis III, (2006) *Securitized: Legal and regulatory issues*, *Law Journal Press*, New York.
26. Pelma Jacinth Rajapakse, (Dec. 2004) *Residential Mortgage Securitization in Australia*, Thesis, School of Law Griffith University, Queensland, Australia.
27. S. L. Schwarcz, B. Markell and L. L. Broome, (2004) *Securitization Structured Finance and Capital Market*, LexisNexis.
28. Spiro V. Bazinas, An international legal regime for receivables financing: UNCITRAL's contribution, 8 *Duke Journal of Comparative and International law*.
29. Thierry Granier et Corynne Jaffaux, (2004), *La Titrisation: Aspects Juridique et Financier*, Economica, Paris, 2 edition.
30. Vinod Kothari, (2006) *Securitization: The Financial Instrument of the Future*: John Wiley & Sons(Asia) pte Ltd.
31. Vinod Kothari, (2003), *Securitization, Asset Reconstruction & Enforcement of Security Interests*, Academy of Financial Services.
15. Albrecht Thomas W. and Sarah J. Smith, Corporate loan securitization selected legal and regulatory issues,8 *Duke Journal of Comparative International Law*
16. Bordas F., *Droit Professionnels des Établissements de Crédit*, Juris – Classeur, banque et crédit.
17. Bryan A. Garner a (editor in Chief), *Black Law Dictionary*, Thomson, West,8 edition
18. Cranston Road, (2007), *Principles of Banking Law*, Oxford University Press, Second edition.
19. Dan forth Newcomb, *United States Litigation and foreign bank Secrecy: The Origins of Conflicts*, New York Law School, Journal of international and comparative Law, 1988, 9'47.
20. Gerard Cornu, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, Presses Universitaires de France