

Civil Liability Arising from Phishing (Unauthorized Internet Withdrawal) of Bank Accounts: Jurisprudential and Legal Perspectives

Morteza Motahari Fardi ¹

Ali Motahari Fard ²

(Received on: 13-12-2022 Accepted on: 23-06- 2023)

Abstract

The issue of civil liability stemming from damages in banking services has been a recurring topic of discussion. The increasing sophistication of criminal methods targeting bank accounts, coupled with the insufficient enhancement of security measures by banks and a lack of public awareness to prevent exploitation by criminals, results in significant harm to banking service customers. The attribution of responsibility for compensating these damages becomes a matter of contention in the courts. Legal disputes include issues such as the criminal's responsibility, the bank's responsibility, joint responsibility of both parties, and responsibility based on establishing fault and the cause of the damage. In this context, there are general and specific laws, along with specific directives and jurisprudential rules, that determine civil liability arising from these damages. This paper focuses on phishing attacks on bank accounts while addressing the aforementioned legal disputes. The authors posit that the objective responsibility of banks in phishing cases is rooted in public funds and trade union requirements governing bank contracts, regardless of the availability of the primary culprit. The research methodology employed is descriptive-analytical, drawing on library sources.

Keywords: Phishing, Internet Fraud, Theft, Bank, Civil Liability, Damage, Central Bank Circular.

1. Postdoctoral Researcher, University of Tehran, Tehran, Iran (corresponding author) motaharifardmorteza@gmail.com

2. Ph.D. student in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Tabriz University, Tabriz, Iran motaharifardali@gmail.com

مسئولیت مدنی ناشی از فیشینگ (تخلیه غیرمجاز اینترنتی) حساب های بانکی از منظر فقه و حقوق

مرتضی مطهری فرد^۱

علی مطهری فرد^۲

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۹/۲۲ تاریخ پذیرش ۱۴۰۲/۰۴/۰۲)

چکیده

مسئولیت مدنی ناشی از خسارت در خدمات ارائه شده توسط بانک ها، همواره محل بحث بوده است. رشد کمی و کیفی روش های مجرمانه ی سوء استفاده از حساب های بانکی و عدم ارتقای قابل توجه مشخصه های امنیتی متناسب توسط بانک ها، در کنار فقدان اطلاعات عمومی کاربران برای عدم سوء استفاده مجرمان، خسارت سنگینی را به مشتریان خدمات بانکی وارد می کند. مسئولیت جبران این خسارت ها در محاکم، محل نزاع است. مسئولیت مجرم، مسئولیت بانک، مسئولیت تضامنی این دو، مسئولیت بر اساس احراز تقصیر و سبب در خسارت و ... از جمله این نزاعات حقوقی است. در این زمینه، قوانین عمومی و خاص و همچنین بخشنامه های مصرحی وجود دارد که در کنار تعدادی از قواعد فقهی، مسئولیت مدنی ناشی از این خسارات را معین می کند. در این نگاره با تأکید بر فیشینگ حساب های بانکی، به موارد فوق پرداخته شده است. فرضیه و نظریه نگارندگان، مسئولیت عینی بانک ها در فیشینگ بنا به وجوه عمومی و الزامات صنفی حاکم بر قراردادهای بانک هاست، فارغ از این که مجرم اصلی در دسترس باشد یا خیر. روش تحقیق، توصیفی - تحلیلی مبتنی بر منابع کتابخانه ای است.

کلیدواژه ها: فیشینگ، کلاهبرداری اینترنتی، سرقت، بانک، مسئولیت مدنی، خسارت، بخشنامه بانک مرکزی.

۱. پژوهشگر پسا دکتری دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول) motaharifardmorteza@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران motaharifardali@gmail.com

یکی از چالش‌های عصر تکنولوژی، بروز جرایم سایبری و دشواری تطبیق موضوعات مرتبط با آن در قواعد حقوقی و مسئولیت‌هاست. این چالش در مورد جرم تخلیه غیرمجاز حساب‌های بانکی نیز محسوس است که در تعیین مسئول جبران خسارات، بین بانک‌ها، مشتریان و مقامات قضایی، به اختلاف نظر منجر شده است. بانک‌ها معتقدند فقط مجرم اصلی، مسئولیت کیفری و مدنی دارد و اگر بنا بر تعیین مسئولیت بر مبنای تقصیر باشد، این، مشتری است که بابتی مبالغه‌آمیز و بی‌دقتی، در دام الکترونیکی مجرم افتاده است. از طرفی برخی معتقدند در فقدان دسترسی به مجرم اصلی، مسئولیت مدنی متوجه بانک است؛ زیرا در تأمین امنیت کافی مبادرت نداشته که جرم، قابلیت تحقق پیدا کرده است.

اهمیت و ضرورت حل این اختلاف نظر و چالش از آنروست که بانک‌ها، نهادی عمومی و سرنوشت‌ساز در اقتصاد هر کشور هستند و میزان مسئولیت‌پذیری بانک‌ها، به طور مستقیم با امنیت روانی و اقتصادی، میزان صیانت از حقوق مدنی افراد، اعتماد و سهم مشارکت مردم در آن جامعه و همچنین عدالت قضایی مرتبط است.

در این زمینه برای واکاوی نظرات، نیازمند مطالعه قواعد عمومی مسئولیت در فقه و حقوق هستیم که با توجه به بخشنامه‌های صادر شده از سوی بانک مرکزی و مقام دادستانی کل کشور، تحلیل این مسأله از منظر تفسیر قوانین موضوعه نیز حائز اهمیت خواهد بود.

در زمینه ماهیت قرارداد بانک‌ها با مشتریان و مسئولیت‌های ناشی از عوامل مختلف، کارهای فراوانی انجام شده است. برخی از این موارد که ارتباط نزدیکی با این نوشتار دارند، عبارتند از:

۱. مقاله «بررسی تطبیقی تعهدات بانک در تراکنش‌های الکترونیکی وجوه» نوشته عبداللہی و سید احمدی سجادی که با تأکید بر انواع عقود بین بانک و مشتریان (قرض، وکالت و انتقال طلب) به محدوده تعهدات بانک پرداخته‌اند. این تحقیق علیرغم نکات مثبت فراوان، به جنبه عمومی قرارداد بانک با مشتریان و خصوصاً به کیفیت انطباق مسئولیت بانک در قالب انواع مسئولیت‌ها نپرداخته است.

۲. مقاله «تحلیل مسئولیت حقوقی بانک انتقال دهنده در انتقال الکترونیکی وجوه» نوشته عبداللہی که ضمن احصای سلسله عوامل موثر در انجام تراکنش بانکی، با تأکید بر تعهد

به نتیجه در قرارداد بانک مبدأ تراکنش با مشتریان، آن را دارای مسئولیت محض می‌شمارد. این مقاله نیز جنبه عمومی قراردادهای مزبور را مورد کاوش قرار نمیدهد و فقط از جنبه تفسیر قراردادی - قانونی به حل مسأله می‌پردازد.

۳. مقاله «تحلیل مسئولیت بانک‌ها در قبال مشتریان؛ موانع و راهکارها» نوشته سیدمصطفی محقق داماد و یاسر مرادی که با تغییر فرض از نظریه تقصیر و سببیت به نظریه استناد و انتساب در صدد توسعه مسئولیت بانک در قبال خسارات هستند، به نحوی که مشتریان بانک‌ها، وارد فرآیند احصای اسباب و علل متعدد موجب خسارت نشده و به سهولت به جبران خسارت خود برسند. جنبه نوآوری تحقیق حاضر نسبت به مقاله مذکور، پرداختن به جنبه عمومی قراردادهای بانک با مشتریان، استناد به قواعد فقهی و تمرکز بر خسارت ناشی از فیشینگ است.

۱. تعریف فیشینگ و انطباق بر عناوین مجرمانه

فیشینگ روشی است که طی آن، مجرمان با تمسک به روش‌هایی از قبیل ایجاد وب سایت‌های جعلی، درگاه‌های پرداخت جعلی، ربات‌های بدافزار و غیره، اطلاعات حساب‌ها و کارت‌های بانکی را از شخص دریافت کرده و پس از آن به تخلیه حساب مورد نظر بدون اطلاع و رضایت شخص می‌پردازند (کلاهبرداری فیشینگ چیست؟، ۱۳۹۲/۱۱/۲، نشر در سایت پلیس فتا به نشانی:

(no-back#/۳۸۸۱/www.cyberpolice.ir/news

فیشینگ، رابطه مستقیم با امنیت حساب‌ها و سرویس‌های خدمات داشته و همواره یک خلأ امنیتی، مجرم را به فکر این بزه می‌اندازد. یکی از متداول‌ترین روش‌های تخلیه غیرمجاز حساب، سوءاستفاده از رمز دوم ایستا است که سعی می‌شود در این مقاله با تأکید بر این روش، کلیات مسئولیت بانک‌ها، مشتریان و مجرمین واکاوی شود. نحوه رفتار مجرمین و چگونگی زیان به بزه دیده، منطبق بر ارکان جرم کلاهبرداری است که عناصر آن، توسل به فریب، بردن مال غیر و رضایت ظاهری بزه دیده در اعطای مال است. به نظر می‌رسد عنصر سوم، یعنی رضایت ظاهری در اعطای مال به واسطه فریب در جرم مذکور مصداق ندارد و عنوان مجرمانه سرقت، منطقی‌تر می‌باشد؛ چراکه شخص، راضی به اعطای اطلاعات حساب و کارت خود شده، نه مال خود. به هر روی، عنوان مجرمانه، چه سرقت اینترنتی باشد و چه

کلاهبرداری اینترنتی و یا دسترسی غیرمجاز به سامانه های رایانه ای حفاظت شده و ... تفاوتی در مسئولیت جبران خسارت بزه دیده نمی کند. همین مسأله، بیشتر مورد اختلاف است.

۲. تحلیل مسئولیت مدنی به اعتبار انواع مسئولیت

موضوع مسئولیت مدنی، بروز خسارت است. برای بانک ها چند نوع مسئولیت قابل تصور است که با بررسی آنها در نهایت به کیفیت مسئولیت مدنی بر مبنای آن می توان پرداخت. تفکیک این مسئولیت ها از این جهت فایده دارد که هر یک در غیاب دیگری با شرایطی می تواند به شناخت مسئول جبران خسارت کمک کند و تجمیع این جهات احراز مسئولیت، به قوت استدلال منجر خواهد شد.

۱-۲. مسئولیت صنفی

آن دسته از مسئولیت ها که با عضویت در یک نظام صنفی ایجاد می شود، مسئولیت صنفی است. مسئولیت صنفی در واقع مسئولیتی است که ناظر بر حدود و حقوق افراد و ساختار تشکیلات سازمان های صنفی و امور مرتبط با آنها پدید می آید (خسروی، ۱۳۹۲: ۹). این مسئولیت ها می تواند در اثر قواعد و الزامات قانونی باشد و یا در اثر ضروریات فرامتنی برای حفظ و افزایش سرمایه اجتماعی برای پایدار ماندن یک شرکت باشد، به گونه ای که روابط بین یک شرکت بزرگ را با سهامداران، مشتریان، دولت و نمایندگی های آن برای رسیدن به مزیت های مشترک کلان و خرد سامان دهد (sanil, ۲۰۱۷: ۴). مراد از صنف، معنای عام آن است. طبق قسمت دوم قانون پولی و بانکی کشور، بانک مرکزی تعیین کننده غالب مسئولیت های صنفی بانک های عامل است. جای تردید نیست که بانک ها با تأسیس خود، به نوعی این شرایط صنفی را پذیرفته اند و این مسئولیت صنفی که از قواعد آمره قلمداد می شود به عنوان شرط ضمن عقد با کلیه مشتریان آنها ملحوظ است. با توجه به اختلاف محاکم در استناد به این مسئولیت، برای شناسایی مسئول جبران خسارات لازم است بخشنامه بانک مرکزی در این باره و همچنین بخشنامه دادستانی کل کشور موشکافی شود:

در این باره، بخشنامه ای از سوی بانک مرکزی به شماره ۹۸/۱۶۳۵۷۵ در تاریخ ۱۳۹۸/۵/۱۴ صادر شد که مسبوق به تذکرات سابق بانک مرکزی به بانک های عامل مبنی بر الزام به امنسازی حساب های مشتریان و خدمات ارائه شده اینترنتی - بخشنامه شماره ۹۷/۱۸۶۷۱۷

مورخ ۹۷/۶/۱ و بندهای ۱ و ۳ بخشنامه شماره ۹۸/۵۱۶۹۱ مورخ ۹۸/۲/۲۱- بوده است. بر اساس این بخشنامه، آسیب پذیری امنیتی خدمات بانکی، جواز انتساب مسئولیت جبران خسارت به بزه دیدگان است و احراز این امر در مرجع قضایی کفایت می‌کند. دادستانی کل کشور نیز به دنبال این بخشنامه، تأیید مسئولیت بانک‌های عامل برای جبران خسارت را در دادسرا کافی دانست. با این حال، در عمل، بیشتر بانک‌ها زیر بار پرداخت خسارت نمی‌روند. از این رو، لازم است ماهیت این بخشنامه، جایگاه قانونی و ضمانت اجرای آن بیان شود.

از منظر صنفی، بخشنامه بانک مرکزی به منزله الزامات صنفی است و لازمه حق اشتغال یک بنگاه، نهاد، شرکت و ... تبعیت از اصول صنفی است. در مورد تبعیت نکردن بانک‌های عامل از افزایش امنیت خدمات بانکی، قواعد صنفی، حکم به الزام بانک عامل به پرداخت خسارت یاد شده می‌دهد، درحالی‌که بالاتر از آن، یعنی تشکیک در حق ادامه فعالیت آن نیز دور از منطق است.

از منظر حاکمیتی، بخشنامه بانک مرکزی و به دنبال آن، بخشنامه دادستانی کل کشور در معنای اعم، حکم قانون را داراست. جهت تنقیح این امر و میزان قابل استناد بودن آن لازم است به تفکیک، جایگاه قانونی آن واکاوی شود:

بخشنامه‌های مذکور، مشمول عنوان قانون عاماند. قانون عام در مقابل قانون خاص است و مراد از قانون خاص، مصوبات مجلس شورای اسلامی (قانون عادی) و قانون اساسی یا همه بررسی است.

بخشنامه‌ها عموماً به دو دسته «تعلیمات اداری» و «عمومی» تقسیم می‌شوند. اگر بخشنامه اخیر را مصداق عمومی بدانیم برای محاکم لازم‌الاتباع خواهد بود. احراز اینکه بخشنامه، عمومی است یا خیر، بدین صورت است که مخاطب و کیفیت ابلاغ آن (ابلاغ به ادارات مرتبط و یا ابلاغ عمومی) تعیین شده باشد. ابلاغ عمومی، تعیین‌کننده عمومیت بخشنامه یاد شده است. صرف اینکه مقام دادستانی در تکمیل یا تأیید بخشنامه بانک مرکزی (که در ظاهر بخشنامه‌ای اداری به نظر می‌رسد)، بخشنامه‌ای خطاب به دادستان‌های کل کشور صادر می‌کند، به گونه‌ای که بزه دیدگان در آن ذینفع هستند، خبر از وجود ضمانت اجرای عمومی و بالتبع، ماهیت عمومی این بخشنامه و بخشنامه سابق می‌کند. در واقع، گویی در نهادهای فراتر از صنوف (اجتماع بانک مرکزی و بانک‌های عامل)، تصمیمی اتخاذ شده و

بدین طریق ابلاغ می‌شود.

بخشنامه‌های مذکور منطبق بر اصل تبعیت قانون تالی از عالی است. در قانون اساسی و قوانین عمومی کشور، تعارض ماهوی با این بخشنامه‌ها رویت نمی‌شود. در مبحث بررسی مسئولیت مدنی و بررسی نظریات چهارگانه مسئولیت مدنی، مویدات قانونی مبنی بر مشروعیت ماهوی این بخشنامه‌ها وجود دارد که بدان اشاره خواهد شد. به لحاظ شرعی نیز در مباحث پیشرو گفته خواهد شد که مسئولیت بانک‌ها در جبران خسارت بزه‌دیدگان، هم مطلوبیت دارد و هم ضرورت. تنها خدش‌های که می‌توان بدان وارد کرد مسئول دانستن بانک‌ها قبل از صدور حکم نهایی در دادگاه است که به استناد دلایل زیادی، این نقد نیز مردود است. اول اینکه یکی از علل کفایت احراز مقام داسرا برای معرفی مسئول جبران خسارت، این است که مقام داسرا فی الواقع، موضوع را به معنای امر ترافعی قلمداد نکرده و دادرسی نمی‌کند، بلکه بر آنچه یک نظام صنفی درباره واحدهای صنفی خود و حمایت از مشتریان تدارک دیده، جنبه اجرایی می‌بخشد. از این رو، قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری در این جرم خاص نادیده گرفته نمی‌شود. همچنین بخشنامه مذکور به اقتضائات مختلف (از جمله کثرت پرونده و بزه‌دیده، اطاله فرایند دادرسی چنین پرونده‌هایی به دلیل پیوستگی با جرایمی چون پولشویی، احراز قطعی بستر وقوع جرم و سهم بانک‌ها در این بستر و ...)، یکسان بودن این ضعف بستر در مورد همه مصادیق جرایم واقع شده و ...) در صدد حمایت از طرف ضعیف‌تر دعوی برآمده که این رویکرد حمایتی متناظر اقدامات حمایتی و تأمینی است. دلیل سوم اینکه شناسایی مباشر جرم (در تعقیب کیفری) طی فرایند دادرسی و صدور حکم نهایی در این پرونده‌ها که جنبه عمومی امر است مطابق با موازین دادرسی انجام می‌شود و لزومی ندارد جنبه خصوصی جرم، معطل مانده و سالها طول بکشد.

بخشنامه‌های مذکور از طرق تعریف شده قانونی، گذشته و ابلاغ شده است. با استناد به بند الف ماده ۱۰ و ماده ۱۱ قانون پولی و بانکی و ماده ۱۴ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه، بانک مرکزی مسئول تنظیم سیاستهای پولی و اعتباری کشور و نظارت بر آنهاست. همچنین با استناد به ماده ۳۷ قانون پولی و بانکی و ماده ۷ آیین‌نامه فصل پنجم قانون عملیات بانکی بدون ربا مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۷، بانک‌های عامل در این راستا ملزم به تمکین همه جانبه از بانک مرکزی خصوصاً بخشنامه‌های صادره از سوی آن هستند و مستند به بند ج ماده ۳۵ قانون

پولی و بانکی کشور، در صورت تخلف از آیین نامه های صادره، مسئول خسارات ناشی از آن هستند.

بخشنامه های مذکور از سنخ قواعد حقوقی امری الزام آورند، نه تکمیلی. تفاوت این دو در این است که قواعد امری به وسیله دولت (حکومت) جهت استقرار نظم و عدالت، تضمین شده و تراضی بر خلاف آن امکان پذیر نیست، ولی در قوانین تکمیلی، تراضی بر خلاف آن، ضمانت یاد شده را منتفی می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۵۸ و ۱۵۹). روشن است که ضرورت امنیت سپرده های بانکی، جزء بدیهیات عقلی است و هیچ یک از عقلا بر خلاف آن تراضی نمی کنند. پس ضرورت دارد که مسئولیت امنیت حساب ها به موجب قانون توسط بانک تضمین شود و این امر، مجرای تراضی دیگری نیست. همچنین هیچگونه تراضی در این زمینه رخ نداده است.

از نگاه قضایی نیز می توان این بخشنامه ها را تحلیل کرد. مراد از جایگاه قضایی بخشنامه ها این است که آیا دادرس می تواند به استناد آنها رأی صادر کند یا خیر؟ همچنین آیا دادرس می تواند تفاسیر خود از قوانین عادی و اساسی را بر بخشنامه های صریح مذکور ارجح بداند یا خیر؟

در اصل ۱۶۶ قانون اساسی آمده است: «احکام دادگاه ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن، حکم صادر شده است». در اصل ۱۶۷ نیز آمده است: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزد».

دادرس، حق استنکاف از احقاق حق با استناد به بخشنامه ها را ندارد. این موضوع در مواد عمومی قوانین مربوط به دادرسی مدنی، از جمله ماده ۳ نیز تصریح شده است؛ زیرا آنها هم به منزله قانون اند. البته در جایی که قوانین موضوعه عمومی، به موضوعی اشاره صریحی نکرده اند، دادرس وظیفه دارد برای فصل خصومت و احقاق حق، به آنها استناد کرده و حکم صادر کند، مشروط به اینکه خلاف شرع نباشد.

در موضوع حاضر که بانک ها موظف به پرداخت غرامت حاصل از تخلیه غیرمجاز اینترنتی حساب مشتریان می شوند حتی دادرس می تواند بدون وجود قانون صریح و به استناد نظم

عمومی، حکم صادر کند، حال آنکه بخشنامه‌های مذکور، این امر را تسهیل و متقنتر کرده است. برای دریافت مفهومی رابطه نظم عمومی با مسئولیت خسارت یادشده، بایستی رابطه حقوقی مشتری با بانک‌های عامل و نیز مسئولیت قراردادی تحلیل شود.

۲-۲. مسئولیت قراردادی

بر اساس تعریف و قواعد مسئولیت قراردادی (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۷۸)، قرارداد بین مشتری و بانک، ایجاد مسئولیت می‌کند. هرچند مسئولیت قراردادی خود گونه‌ای از مسئولیت مدنی است، از حیث اینکه در ارتباط بین بانک و مشتریان، ماهیتهای مختلفی قابل فرض است، بهتر است به طور مستقل به آن اشاره شود. بین مسئولیت قراردادی و مسئولیت صنفی بانک‌ها، اشتراکاتی وجود دارد. مهمترین اشتراک این است که قرارداد بانک‌ها با مشتریان خود، یک قرارداد دوجانبه ایزوله نیست و الزامات صنفی بانک‌ها لاجرم باید به عنوان شروط قهری در قراردادها منظور شود.

رابطه حقوقی مشتری و بانک بر اساس نوع قرارداد آنها قابل تحلیل است؛ اگر قرارداد بانک و مشتری را عمومی بدانیم بایستی در دعاوی تعیین مسئولیت، حکم به حاکمیت بخشنامه‌ها و قوانین عمومی کنیم و اگر آن را قراردادی خصوصی تلقی کنیم باید تک تک قراردادهای اشخاص با بانک‌ها را مطالعه کرده و حکم کنیم.

اگر قرارداد بانک‌ها با مشتریان، خصوصی تلقی میشد، طبیعتاً بانک‌ها به این امر استناد می‌کردند که اگر عدم ارتقای امنیت نرم‌افزاری و سخت‌افزاری، یک عامل بزه خیز یا خسارت‌زا برای حساب‌های بانکی تلقی می‌شود، این امر نباید موجب چشم‌پوشی از سهم بی‌مبالاتی مشتری در افشای اطلاعات کارت بانکی شود؛ زیرا عامل بیشتر درز اطلاعات بانکی مشتریان این است که آنها اطلاعات عمومی در مورد روش‌های سوءاستفاده مجرمین از حساب خودشان را ندارند. برای مثال، درگاه‌های اینترنتی جعلی را از اذیل تشخیص نداده یا نسبت به ایمیل‌ها، تماس‌ها و بدافزارهای مشکوک حساس نمی‌شوند. در کشاکش این اثبات تقصیر، مسئولیت مدنی نیز ثابت میشد. نکته قابل توجه این است که قرارداد بانک‌ها، چه ودیعه قلمداد شود، چه عقد قرض و اقدام به انتقال طلب و چه وکالت در پرداخت و یا حتی عقدی غیرمعین، تعهد به نتیجه و تضمین آن به واسطه شروط ضمن عقد (ارادی یا قانونی) که ناشی از عمومی بودن زمینه قراردادهاست، می‌تواند در آن معتبر باشد (عبداللهی و سیداحمدی

سجادی، ۱۳۹۳: ۱۰۱). مراد از تعهد به نتیجه در این قراردادها، تمامی تعهداتی است که غرض و مقاصد سپرده‌گذاری مشتریان نزد بانک‌ها را محقق می‌کند. تأمین امنیت سپرده‌ها از آن قبیل است.

روشن است که قرارداد مشتریان با بانک‌ها از سنخ قراردادهای عمومی است؛ زیرا بانک‌ها، شریان‌های پولی و مالی هر جامعه نظام‌مند هستند. اگر از دیدگاه نظام‌مندی بدان نگریسته شود بایستی نظم عمومی جامعه در آن ملحوظ باشد. نظم عمومی اقتصادی، اصلی است که در رابطه بین بانک و مشتری نمود قابل توجهی دارد. بانک‌ها ارائه‌دهنده خدمات پولی و مالی هستند که در این امر انحصار دارند. «اصولاً هرگاه خدمتی عمومی در عمل یا به حکم قانون در اختیار نهادی بود، خدمت مذکور باید در راستای منافع عمومی اعمال گردد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۹۵/۱)، نه طبق خواست خودش. در این راستا نظم عمومی اقتصادی، اهمیت می‌یابد.

نظم عمومی اقتصادی در دو قالب حمایتی و هدایتی در جوامع تجویز می‌شود. در نظم عمومی حمایتی، قواعد عمومی به توازن ضعف و قوت متعاملین کمک کرده و مانع اجحاف یکی بر دیگری می‌شود (صفایی، ۱۳۸۲: ۵۵؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۶۷/۱). بانک‌ها در مقابل اغلب مشتریان از توان و تمکن اقتصادی و اطلاعاتی بالاتری برخوردارند. از این رو، نظم اقتصادی حمایتی، مانع از تأثیر استضعافی این تفاوت سطح در قرارداد می‌شود. نظم عمومی هدایتی نیز بدین منظور ملحوظ می‌شود که اقتصاد کشور و توزیع ثروت عادلانه و موثر بودن سیاست‌های اقتصادی دولت، همگی در قالب قراردادها به سامان مطلوب برسد (همان). لذاست که بانک‌ها و بیمه‌ها و بورس با افراد حقیقی، قراردادهایی در چارچوب ضوابط نظم عمومی اقتصادی منعقد می‌کنند که به وضوح، اراده دولت‌ها در آن قابل مشاهده است.

با وجود آنچه در مورد نظم عمومی اقتصادی بیان شد مسئولیت مدنی بانک‌ها در مقابل خسارت دیدگان تخلیه غیرمجاز اینترنتی نیز تابع نظم عمومی خواهد بود. از این رو، بانک‌ها مجاز نخواهند بود به سراغ اثبات و انکار سهم تقصیر خود یا مشتریان در این بزه و خسارت آن بروند؛ زیرا مجرای اینگونه طرح دعاوی و دفاعیات، مبتنی بر تقصیر طرفین در قراردادهای خصوصی است. روشن است که وارد کردن شروط تحدید مسئولیت بانک‌ها در قراردادهای متحد الشکل آنها با مشتریان، به دلیل وجود قواعد آمره متعدد نیز باطل است.

۳-۲. مسئولیت مدنی خارج از قرارداد

مسئولیت مدنی ناشی از فعل زیان بار یا ناشی از نقض قرارداد است و یا مسئولیت خارج از قرارداد. هدف اصلی مسئولیت مدنی، جبران زیان زیان دیده است و دیگر اهداف، جنبه فرعی دارند (رهپیک، ۱۳۹۵: ۳۱). برخی از قواعدی که ایجاد مسئولیت مدنی می کنند عبارتند از: ۱. تصرف بدون استحقاق؛ ۲. ایفای ناروا؛ ۳. اداره مال غیر؛ ۴. غصب (تصرف نامشروع عمدی)؛ ۵. اتلاف (از بین بردن مال به صورت مستقیم و مباشرتی)؛ ۶. تسبیب (از بین بردن مال با واسطه)؛ ۷. استیفا (استفاده از مال یا عمل دیگری بدون قرارداد) (همان: ۲۲).

با توجه به توضیحات پیش گفته، برای جعل مسئولیت مدنی برای بانک هایی که از رمز دوم چند بار مصرف (ایستا) که از مصادیق آسیب پذیری تلقی می شود، استفاده می کنند، باید محوره های ذیل را پیگیری کنیم. مسئولیت مدنی در قالب چهار حالت یا محور به تناسب موضوع، قابل مطالعه است:

۲-۳-۱. تقصیر

در نظریه تقصیر، مسئولیت تنها با احراز تقصیر ایجاد می شود. از این رو، اصل بر عدم مسئولیت است و بار اثبات مسئولیت مقصر بر عهده زیان دیده است و مقصر، حق دفاع از خود بابت رد انتساب تقصیر به خود را دارد (رهپیک، ۱۳۹۵: ۴۷). متفاهم عرفی از تقصیر، تعدی و تفریطی است (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۵۰/۲) که مغایر با مقررات، عرف و قرارداد باشد (درویان، ۱۳۸۷: ۱۲۰)؛ خواه عمداً یا به علت بیاحتیاطی باشد (امامی، ۱۳۷۸: ۵۸۷/۱). قانون مدنی نیز در مواد ۹۵۲ و ۹۵۳ همین مضمون را داراست.

نظریه تقصیر در این زمینه، دچار اختلال است. بسیاری از خسارات بانکی تابع عواملی متعدد است که تعیین سهم تقصیر آنها آسان نیست (کریمی و مرادی، ۱۳۹۶: ۱۳۵). همچنین پیچیدگی عوامل زیان دیدگی در عصر جدید از کارایی این نظریه می کاهد. از این رو، غالباً زیان دیده نخواهد توانست تقصیر مقصر را اثبات کند. در آسیب پذیری حساب های بانکی ای که با رمز دوم ایستا خدمات ارائه می دهند، این مسأله به وضوح مورد چالش قرار می گیرد. این که حد قابل تصویری بابت امنیت قابل قبول حساب بانکی به سختی قابل تعریف است و روش های مجرمانه و همچنین عکس العمل حفاظتی در مقابل آنها، همواره در حال بروزرسانی است، نظریه تقصیر را ناکارآمد کرده و غیر قابل استناد می کند؛ چرا که همواره زیان دیده موفق

به اثبات تقصیر نخواهد شد و جبران خسارت وی عقیم خواهد ماند. این در حالی است که وجدان که از ملازمات نظریه تقصیر است این امر را تقبیح می‌کند (Walker, ۱۹۸۰: ۱۱۰). علاوه بر این، سطح تسلط و شناخت مدعی (مشتری) و مدعی علیه (بانک) نسبت به واقعه انجام شده و همچنین توان مالی استخدام وکیل تخصصی برای آنها برابر نیست. لذا اثبات یا انکار ادعا برای طرفین به یک میزان سهولت و یا صعوبت ندارد (قنبری، ۱۳۹۱: ۱۳۷). حق این است که نظریه تقصیر، جوابگوی احقاق حق در بسیاری از موارد دعاوی با بانک‌ها نخواهد بود. این عوامل در پرونده‌های زیادی در محاکم آمریکا و انگلستان ملحوظ شده است (Kilonz, ۲۰۰۷: ۳۳۷).

۲-۳-۲. فرض تقصیر

این نظریه به لحاظ ماهوی، فرقی با نظریه تقصیر ندارد و از این جهت به حمایت زیان‌دیده آمده که بار اثبات عدم تقصیر بر عهده فاعل (ارائه دهنده خدمات بانکی) گذاشته شده است (رهپیک، ۱۳۹۵: ۴۸). این نظریه نیز در مورد مسئولیت مدنی بانک‌ها در بروز زیان ناشی از فیشینگ حساب‌ها ناکارآمد است؛ زیرا مشکل اصلی، وظیفه اثبات تقصیر نیست، بلکه دشواری امکان انتساب تقصیر است. دشواری مذکور از این جهت است که زیان‌دیدگی ناشی از فیشینگ، امری تخصصی بوده و رشد کیفی روش‌های آن نسبتاً نامحدود است. قوانینی که بدین بیان در صدد تعیین ضامن برآمده‌اند، نیز ناکارآمد هستند. از جمله این قوانین، ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیکی مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷ است که بیان می‌دارد: «هرگاه در بستر مبادلات الکترونیکی در اثر نقص یا ضعف سیستم مؤسسات خصوصی و دولتی، به جز در نتیجه قطع فیزیکی ارتباط الکترونیکی، خسارتی به اشخاص وارد شود، مؤسسات مزبور، مسؤول جبران خسارات وارده می‌باشند، مگر اینکه خسارات وارده، ناشی از فعل شخصی افراد باشد که در این صورت جبران خسارات بر عهده این اشخاص خواهد بود». این ماده به جای حل مسأله، طرح مسأله می‌کند. به تعبیر مختصر، اگر سیستم بانکی دچار نقص و ضعف باشد، ضامن است، مگر اینکه فعل شخص، موجب خسارت شده باشد. این‌که مراد از نقص و ضعف چیست و میزان تأثیر این سبب، تامه تلقی شده یا متداخل با تقصیر صاحب حساب بانکی؟ در صورت تداخل تأثیر نقص و ضعف سیستم بانکی با تقصیر شخص (صاحب حساب)، چه کسی ضامن است و به چه میزان؟ هیچ‌یک در این ماده، به درستی تفکیک و تعیین نشده است.

۳-۳-۲. مسئولیت مطلق یا ایمنی

مراد از مسئولیت مطلق آن است که شخص (در اینجا بانک) به هیچ وجه حتی با وجود علت خارجی نتواند از مسئولیت مبرا شود (رهپیک، ۱۳۹۵: ۴۹). به نظر می‌رسد این مقدار از مسئولیت در مورد بانک‌ها در قوانین موضوعه و قراردادها پذیرفته نشده باشد. پس بررسی آن دارای مطلوبیت نیست.

۴-۳-۲. مسئولیت عینی

مسئولیت عینی با حذف مبنای تقصیر، راهی رو به جلو برای حمایت از زیان دیده بوده که بر اساس آن، اثبات عدم تقصیر و یا رعایت احتیاط‌های لازم، تأثیری در مسئولیت ندارد. البته اثبات وجود علت خارجی، رابطه مفروض سببیت را از میان می‌برد و این، تنها راه نفی مسئولیت از فاعل است (رهپیک، ۱۳۹۵: ۴۹).

فرضیه مختار در این مقاله این است که مسئولیت بانک‌ها در قالب مسئولیت عینی، قابل تصور است. جهت اثبات مسئولیت عینی و جعل قاعده حقوقی باید از نگرش مقنن در موارد مشابه کمک بگیریم. قوانین ذیل، هدف مقنن در مواجهه با مسئولیت را به خوبی روشن می‌نماید:

الف: قانون پولی و بانکی، مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸

در بند ج ماده ۳۵ این قانون آمده است: «هر بانک در مقابل خساراتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود مسئول و متعهد جبران خواهد بود». آنچه در این قانون، محمل تطبیق برای خسارات ناشی از فیشینگ قرار می‌گیرد اطلاق عبارت «عملیات آن (بانک)» است که قیدی اعم از تقصیر، انتساب و ... در آن نیست. به نظر می‌رسد مراد مقنن این است که سازوکارهای بانکی که موجب خسارت می‌شود برای بانک، ضمانآور است؛ اعم از اینکه این سازوکارها، اعمال اقتصادی قراردادهای خسارت‌زای بانک باشد یا تعبیه سیستم‌هایی که دارای تدابیر حفاظتی کافی نیست. البته با اینکه این ماده به تنهایی می‌تواند بر مبنای مسئولیت عینی، مستند حکم مراجع قضایی باشد، به طرزی ناروا به فراموشی سپرده شده است (میرشکاری، ۱۳۹۳: ۶۸). از این رو، به جای آنکه در تعارض قانون عام (مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی) با قانون خاص (ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی)، عام را تخصیص زده و قانون خاص را مبنا قرار دهند، قانون خاص را با قوانین عام تفسیر کرده و در واقع کنار می‌زنند.

ب: قانون حمایت از مصرف‌کننده، مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵

این قانون شامل کالا و خدمات عرضه شده است (ماده ۱) و از جهت شمول بر بانک‌ها و موسسات مالی اشکالی بر آن وارد نیست (ماده ۱۶). تبصره ماده ۲ قانون مذکور بیان می‌دارد: «چنانچه خسارات وارده ناشی از عیب یا عدم کیفیت باشد و عرضه‌کنندگان به آن آگاهی داشته باشند، علاوه بر جبران خسارت، به مجازات مقرر در این قانون محکوم خواهند شد». این عبارت در قانون مذکور، اتکای ضمان را بر عیبی می‌داند که ناشی از قصور ارائه‌دهنده خدمات است که در صورت تقصیر، مستحق مجازات نیز هست. خدمات ارائه شده بانکی نیز نمی‌تواند از شمول این قانون خارج باشد؛ زیرا بانک موظف به ارائه خدمت حفظ و حراست از مبالغ سپرده شده توسط مشتریان است. این وظیفه در اساسنامه‌های بانک‌ها به صورت مصرح یا ضمنی و لزومی آمده است، هرچند به طور کلی، هدف این قانون می‌تواند این باشد که مشتری نیازی به استناد به رابطه قراردادی و تقصیر ارائه‌دهنده خدمات نداشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸۳). طبق این قانون، خسارت دیده بایستی عیب خدمات ارائه شده را در مرجع رسیدگی اثبات کند که از حیث بار اثبات، نزدیک به نظریه فرض تقصیر است (درحالی‌که به اثبات سبب عیب، نیازی ندارد). از این رو، به طور کلی این قانون بر مسئولیت عینی منطبق است. توضیح اینکه عیب در خدمات، ناشی از قصور یا تقصیر است که موجب بروز خسارت می‌شود. قانون مذکور، ارائه‌دهنده خدمت را را به صورت پیش فرض، مسئول جبران خسارت می‌داند و با اثبات علم و یا احتمال بروز خسارت ناشی از خدمت ارائه شده، تقصیر ثابت و در غیر این صورت، دستکم قصور ثابت می‌شود و همین برای جبران خسارت زیان‌دیده کافی است. یکی از مویندات عقلایی این رویکرد مقنن این است که برای مثال در کشور انگلستان در حمایت از مصرف‌کننده از حساب بانکی از راه دور، چنین رویه‌ای اتخاذ شده است (Cartwright, ۲۰۰۴: ۱۳۸)؛ یعنی در صورتی که از کارت بانکی، سوءاستفاده شده و پرداخت متقلبانه‌ای انجام شده باشد، مسئولیت آن بر عهده بانک بوده و بانک باید اثبات کند که این پرداخت، متقلبانه نبوده است (السان، ۱۳۸۸: ۱۳۶).

به استناد برخی از اصول حقوقی، استماع دعوای جلوگیری از حدوث خسارت به صرف احتمال خسارت هم درست است. در این صورت، شخص دریافت‌کننده خدمات بانکی و یا دارنده حساب می‌تواند به طرفیت بانک جهت افزایش امنیت حساب بانکی خود طرح دعوای

کند، حتی اگر هنوز حسابش هک نشده و خسارتی (از جانب سرقت و کلاهبرداری اینترنتی) ندیده باشد. برای اثبات این نظریه، اصول ذیل می‌تواند مورد استناد قرار گیرد:

اصل اول: اقدامات احتیاطی: طبق این اصل، مالک یا متولی موظف است از خطرات احتمالی ناشی از امر خود احتراز کند، در غیر این صورت، افراد در معرض خطر می‌توانند علیه وی اقامه دعوی کنند. البته باید بین اصل احتیاط و پیشگیری تمایز قائل شد؛ زیرا در اصل پیشگیری، اقدامات در جهت عدم وقوع خطری قابل پیش بینی است، ولی در اصل احتیاط، خطر می‌تواند حتی غیرقابل پیش‌بینی باشد (Buffelan-Ianore et Iarribu-Terneyre, ۲۰۱۰: ۵۰۶ - به نقل از: حیاتی، ۱۳۹۳: ۱۸۸). ضمن آنکه در اقدامات احتیاطی، «احتمالی بودن» خطر بدان موضوعیت می‌بخشد و «قطعی بودن» خطر آن را تخصصاً از شمول مسئولیت خارج می‌کند (همان: ۱۸۸). اصل اقدامات احتیاطی، مفهومی قریب به قاعده فقهی «وجوب دفع ضرر محتمل» دارد (ر.ک: نراقی، ۱۳۷۵: ۴۱۴؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱۷؛ آخوند خراسانی، ۱۴۲۳: ۳۹۱؛ حکیم، ۱۴۱۸: ۵۰۰).

پذیرفتن مسئولیت مبتنی بر لزوم اتخاذ اقدامات احتیاطی در قوانین ایران سابقه داشته است. از جمله مواد قانونی که مبتنی بر اصل احتیاط تصویب شده، ماده ۵۱۹ قانون مجازات اسلامی است. در این ماده در مورد دیوار و به طور کلی بناهای حادثه‌زا سخن گفته شده که مالک و یا متولی آن موظف به رفع، اصلاح و آگاه سازی برای جلوگیری از آسیب است. با دقت در این دسته مواد قانونی می‌توان متوجه شد که مقنن به مسئولیت مبتنی بر لزوم اتخاذ اقدامات احتیاطی توجه داشته و این رویکرد، در تفسیر قوانین و آیین‌نامه‌های مرتبط با فیشینگ حساب‌های بانکی نیز می‌تواند لحاظ شود. حساب‌های بانکی، وقتی مسلح به تدابیر حفاظتی کافی نباشند و بانک‌ها با تمکن از اصلاح و رفع آسیب‌پذیری آنها، اقدامی انجام ندهند و آسیب‌پذیر بودن آنها توسط خود بانک‌ها به نحو مقتضی و متناسب با اطلاعات و شرایط مشتریان به اطلاع آنها نرسد، موجبات ضمان را برای بانک حاصل می‌کند. جالب توجه این‌که طبق نظریه مسئولیت معاملاتی (transaction liability approach)، حتی اگر بانک‌ها ثابت کنند که شخص ثالثی در طراحی سامانه‌های بانکی و امنیت آنها قصور کرده، باز خود مسئول اعمال او هستند (United National Commission in International Commerce Law, ۲۰۱۴: ۶۲).

اصل دوم: الزام به دفع خطر

در قوانین زیادی، اصل الزام به دفع خطر مورد استفاده قرار گرفته است، به گونه‌ای که می‌توان

آن را از ملحوظات مهم مقنن در تقنین برشمرد. برای نمونه، بند ۱۴ ماده ۵۵ قانون شهرداری ها، این نهاد را ملزم به اتخاذ تدابیری برای حفظ شهر از خطراتی همچون حریق، سیل، سقوط دیوارهای شکسته و هر آنچه موجب زحمت و خسارت ساکنین است، می کند. همچنین تبصره ۲ ماده ۵۲۲ مجازات اسلامی عرضه می دارد که «نگهداری هر وسیله یا شیء خطرناکی که دیگران را در معرض آسیب قرار دهد و شخص، قادر به حفظ و جلوگیری از آسیب رسانی آن نباشد، مشمول حکم تبصره (۱) این ماده است»؛ یعنی اقدام وی، تقصیر محسوب شده و او ضامن است. این ماده در صدد بیان این نکته است که بین ضمان و عدم توانایی نگهداری وسایل خطرزا، ملازمه وجود دارد.

برای دریافت ملاک از ماده حاضر و استفاده از آن پیرامون نگرش قانون گذار ایران به مسئولیت خسارت ناشی از تخلیه حساب های بانکی می توان گفت: هرکس توانایی امری را نداشته، ولی آن را بپذیرد در برابر خسارات آن امر، مسئول است. تنظیر آن با مسئولیت بانک ها بدین صورت می شود که فقدان کفایت بانک برای نگهداری از سپرده های بانکی و در عین حال پذیرفتن مسئولیت نگهداری از آنها موجب ضمان است. واضح است اینکه خطر ایجاد شده، ناشی از فعل باشد یا ترک فعل ناشی از عهد سابق و یا قانون، تفاوتی نخواهد داشت. برای ادراک بهتر مطلب در قالب تمثیل می توان گفت: وسایلی که موضوع ماده ۵۲۲ بوده و البته منشأ خطر هستند، به منزله سیستم های حفاظت بانک می باشند که به نوعی در بروز آسیب و خسارت سهیم است. از این رو، به مسئولیت عینی، نظریه خطر نیز گفته می شود. طبق این نظریه، اثبات تقصیر در ضمان، مداخلت ندارد و زیان دیده مستند به محیط خطری که منسوب به افعال خوانده است بدون اثبات تقصیر و آسان تر، به خسارت خود می رسد (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۰۱).

اصل سوم: استماع دعوای دفع خطر قبل از حدوث

اقامه دعوای قبل از حدوث خطر در مواردی تجویز و توسط مقنن پذیرفته شده است. این موارد مبتنی بر این است که اولاً فضای ایجاد خطر، دارای مظنه قابل توجه باشد و ثانیاً حق احساس امنیت برای ذینفع به رسمیت شناخته شود. برای مثال، ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی در مورد خوف زوجه از تضرر در خانه زوج، یکی از مواد قانونی است که مظنه حدوث خطر را موجب حق اقامه دعوای برای افراد در معرض آن می داند.

در تخلیه غیرمجاز حساب های بانکی، مقنن قادر خواهد بود با ملاک در مظنه خطر بودن و حق احساس امنیت برای مشتریان، استماع دعوی دفع خطر قبل از حدوث آن را صحیح دانسته و در راستای آن قانون تصویب کند.

۳. راه حل ها و قواعد فقهی

۱-۳. مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلِيهِ الْغَرَمُ

فارغ از بحث پیرامون اینکه تقصیری که موجب ورود خسارت شده، با چه کیفیتی و به چه کسی (بانک یا مشتری) اشاره داشته و وی را مسئول و ضامن میدانند، برخی از قواعد فقهی می تواند مسئول ادای خسارت را تعیین کند. یکی از این قواعد، قاعده فقهی «مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلِيهِ الْغَرَمُ» است. بر اساس این قاعده، آنکه نفع می برد، در صورت لزوم، ضامن نیز خواهد بود. این قاعده در مجاری متعددی مورد استفاده واقع شده است، از جمله مسئولیت دیون وارث (صدر، ۱۴۲۰: ۵/۳۹ و ۲۷/۸)، مسئولیت راهن نسبت به عین مرهونه (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۳/۲۴۸) و مسئولیت مشاغلی که امین نیز تلقی می شوند در برابر خسارات (مکارم شیرازی، ۱۴۲۹: ۲/۲۳۲). این قاعده هنگامی در مسئولیت مدنی کاربرد دارد که ادای خسارت به زیان دیده از سوی مقصر اصلی، ممکن نباشد، چه به دلیل مجهول بودن وی و چه معسور بودن الزام وی به ادای خسارت (قزوینی و مسعودیانزاده، ۱۳۹۳: ۸۴)، چنانکه در مورد خسارات وارد شده از طرف تماشاگران مسابقات ورزشی، باشگاه ها مسئول هستند (تبصره ۳ ماده ۸۷ مقررات انضباطی فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران). روشن است که بانک ها، انتفاع زیادی از محل سپرده های بانکی دارند. اساساً بانک، یک موسسه انتفاعی است که با اصالت کسب سود در وهله اول، اقدام به جذب سپرده کرده و به دنبال آن، به خدمات بانکی و اعطای وام و ... اقدام می کند (مجتهد، ۱۳۸۰: ۱۰۳). نشانه های این انتفاع در مظاهر سخت افزاری و نرم افزاری بانک ها، سرمایه گذاری ها، تسهیلات و امکانات تخصیص یافته به اعضای شاغل در آن و ... قابل مشاهده است. پس رکن اول استناد مسئولیت ادای خسارت زیان دیده به بانک ها محقق است. البته شرایط گفته شده نیز بایستی بر شرایط ادای خسارت ناشی از فیشینگ حساب های بانکی قابل تطبیق باشد. در تخلیه حساب های بانکی، معمولاً مجرمین از خطوط تلفن و مشخصات کارت های افراد مستمند و ضعیف و بی سواد بهره می جویند و به فرض آنکه آی پی اینترنت آنها، vpn نبوده

و قابل شناسایی باشد، اشخاص شناسایی شده، بی اطلاع از جرم و از دسته افراد نام برده هستند که توان ادای خسارت را نخواهند داشت. لاجرم با اصرار زیان‌دیده و به استناد قانون محکومیت‌های مالی، به حبس خواهند رفت. این در حالی است که حبس این افراد، نه کمکی به استیفای خسارت می‌کند و نه مجرم اصلی در معرض اجرای عدالت (حبس) قرار گرفته است. این رویکرد که ادای خسارت بر عهده مجرم اصلی یا اشخاص بی اطلاع فوق‌الذکر باشد و بانک، مسئولیتی در قبال خسارت نداشته باشد، موجب خواهد شد مشتریان از سپرده‌گذاری به بانک‌ها امتناع کرده و این، خلاف امنیت اقتصادی جامعه است. از این رو، جعل مسئولیت ادای خسارت برای بانک‌ها دست کم تا دستگیری مجرم اصلی، اقدامی منطقی بوده و بر قاعده فقهی مذکور نیز منطبق است.

۳-۲. قاعده الزعیم غارم

محور دومی که به لحاظ فقهی می‌توان بر اساس آن، بانک‌ها را مسئول ابتدایی خسارت حاصل از فیشینگ تلقی کرد، قاعده فقهی «الزَعِيمُ غَارِمٌ» است. طبق این قاعده، زعیم، متعهد است طبق زمان و مکانی که متعهد شده، مال ضمانت شده را و یا تَن مَكْفُول عنه را تسلیم مضمون له نماید (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۷۹). فارغ از اینکه این قاعده بر چه ادله‌ای مبتنی بوده و محتوای آن و شرایط جریان آن چیست، مهمترین جنبه استفاده از این قاعده، دقت در لفظ «الزَعِيم» است. زعیم، معنایی موسع دارد و نباید به علت اینکه عرف امروز، زعیم را رئیس یا حاکم منتسب به حکومت تلقی می‌کند، آن را بدان مفاهیم، محدود و منحصر کرد (ر.ک: حسینی، ۱۳۹۴: ۱۵۳). زعیم به معنای متکفل و کفیل یک شیء یا امر است (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۶۴/۱). امروزه بانک‌ها، زعیم نگهداری اموال نقدی مشتریان هستند که یکی از انگیزه‌های صاحبان وجوه از مراجعه به بانک‌ها همین است (موسویان، ۱۳۸۱: ۵۲). چه‌بسا در کنار انگیزه‌های مبتنی بر منافع عقود تعاملی بین بانک‌ها و مشتریان، مهمترین رسالت بانک‌ها، حفظ و حراست از اموال نقدی مشتریان است. از این رو، به نوعی بانک، زعیم و کفیل در موضوع اموال نقدی است. بنابراین در صورت ثبوت ضمان ناشی از تلف یا اتلاف، مسئولیت متوجه بانک‌ها خواهد بود. البته این حکم به این معنا نیست که در تخلیه مجرمانه حسابهای بانکی، مسئولیتی متوجه مجرم نباشد، بلکه مراد این است که مشتری می‌تواند برای دریافت غرامت به زعیم (در اینجا یعنی بانک) مراجعه کند و این بانک است که متحمل عسر و حرج پیگیری ادای غرامت از سوی

مجرم اصلی خواهد بود.

نتیجه

مسئولیت بانک در خسارت ناشی از فیشینگ، هم منشأ قراردادی دارد و هم منشأ قانونی. لازمه مفاد چنین قراردادی بین یک مشتری و یک شخصیت حقوقی عمومی باید بدون نیاز به تصریح، تضمینکننده امنیت مادی و معنوی مشتریان نیز باشد. از سوی دیگر، قوانین متعددی درباره این مسئولیت برای بانک، ارشادات روشنی دارند. فارغ از منشأ این مسئولیت، مشتری نباید ملزم به اثبات تقصیر بانک باشد، بلکه مسئولیت بانک در این حالات، عینی است و باید به صرف استناد و عاملیت بانک، مسئولیت آن ثابت باشد. همه اینها مانع از این نیست که بپذیریم مسئولیت مدنی ناشی از فیشینگ حساب های بانکی در وهله اول، بر عهده مجرم اصلی است، منتها به دلیل سختی و زمانبر بودن تعقیب وی، ناگزیر بایستی به مسئولیت بانک حکم داد. از این رو، با موضوعیت فوریت در جبران خسارت، بانک باید خسارت را جبران کرده و خود در دعوایی جداگانه، به مجرم و مسببین مراجعه کند. از منظری دیگر، بانک که به قدر کافی امنیت حساب های بانکی و خدمات ارائه شده را بالا نبرده، مسئول پرداخت خسارت ناشی از فیشینگ است که حتی بی دقتی و بی مبالاتی صاحب حساب بانکی در استفاده از خدمات بانکی نیز مانع این مسئولیت نخواهد بود. این امر بر اساس نظریه مسئولیت عینی در راستای حمایت از مشتری، طبق قوانین عمومی و خاص در این زمینه تأیید می گردد، البته در بخشنامه بانک مرکزی و به دنبال آن، دادستانی کل کشور نیز تصریح شده است. از نظر فقهی نیز محمل این مسئولیت در دو قاعده «الزعیم غارم» و «من له الغنم فعلیه الغرم» وجود دارد. به طور کلی، امنیت اقتصادی جامعه در گرو تنقیح مسئولیت نهادها در قبال ریسکهای سپردهگذاری است. در غیر این صورت، سیاستهای اقتصادی در قبال پول و اعتبار توسط جامعه، دنبال و پشتیبانی نمی شود. بنابراین در تعیین تکلیف خسارات ناشی از فیشینگ، نباید مباحث مسئولیت مدنی در سطح شخصی و قرارداد محور بین بانک ها و مشتریان ملاک قرار بگیرد.

منابع

۱. امامی، سید حسن. (۱۳۷۸ش). حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
 ۲. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن الحسین. (۱۴۲۳ق). کفایة الأصول، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
 ۳. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵). الحاشیة علی استصحاب القوانين، قم: المؤتمر العالمی.
 ۴. درودیان، حسنعلی. (۱۳۸۴ش). جزوه حقوق مدنی ۴، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
 ۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۴ش). حقوق تعهدات، تهران: انتشارات گنج دانش.
 ۶. حکیم، محمدتقی. (۱۴۱۸). الاصول العامة فی فقه المقارن، قم: مجمع جهانی اهل بیت (علیهم السلام).
 ۷. حلی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴). تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسة آل البيت (علیهم السلام).
 ۸. خسروی، مجید و خسروی، میلاد. (۱۳۹۲ش). حقوق نظام صنفی، تهران: ادبستان.
 ۹. رهییک، حسن. (۱۳۹۵ش). حقوق مسئولیت مدنی و جبران ها، تهران: خرسندی.
 ۱۰. السان، مصطفی. (۱۳۸۸ش). جنبه های حقوقی بانکداری اینترنتی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
 ۱۱. صدر، سید محمد. (۱۴۲۰ق). ماوراء الفقه، بیروت: دارالاضواء.
 ۱۲. صفایی، سید حسین. (۱۳۸۲ش). دورة مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.
 ۱۳. فراهیدی، خلیل بن احمد. (۱۴۱۰ق). کتاب العین، قم: منشورات الهجرة.
 ۱۴. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۲ش). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار.
 ۱۵. —. (۱۳۷۶ش). حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
 ۱۶. —. (۱۳۷۹ش). وقایع حقوقی، تهران: انتشارات دادگستر.
 ۱۷. مجتهد، احمد و حسن زاده، علی. (۱۳۸۰ش). پول و بانکداری، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
 ۱۸. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ش). قواعد فقه (ج ۲)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
 ۱۹. موسوی بجنوردی، محمد حسن. (۱۳۷۱ش). القواعد الفقهیة، قم: اسماعیلیان.
 ۲۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۹ش). قواعد فقهیة، قم: مدرسه علی بن ابی طالب.
 ۲۱. نراقی، محمد مهدی. (۱۳۷۵ش). عواید الايام، قم: بوستان کتاب.
- مقالات:
۲۲. حسینی، سید هادی، «مسئولیت تبعی دولت در جبران ضررهای بلاجبران وارده به شهروندان»، مجله تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۲۸، تابستان ۱۳۹۴ش.
 ۲۳. حیاتی، علی عباس. «مفهوم اصل احتیاط» و جایگاه آن در مسئولیت مدنی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره ۲، پیاپی ۴۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ش.
 ۲۴. علوی قزوینی، سید علی و مسعودیان زاده، سید ذبیح الله، «قاعده من له الغنم فعليه الغرم»، فصلنامه پژوهش های اندیشه حقوقی، دوره جدید، شماره ۱، پیاپی ۴، زمستان ۱۳۹۳ش.
 ۲۵. قنبری، حمید، «معکوس نمودن بار اثبات دعوی مبنای مسئولیت در رابطه بانک و مشتری در بانکداری الکترونیکی»، پژوهش های پولی - بانکی، شماره ۱۲، تابستان ۱۳۹۱ش.
 ۲۶. کاتوزیان، ناصر، «حمایت از زیان دیده و مسئولیت تولیدکننده در حقوق فرانسه»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، ۱۳۸۴ش.
 ۲۷. کریمی، عباس و مرادی، یاسر، «مسئولیت مدنی بانک ها در عقود مشارکتی»، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره ۲۱، ۱۳۹۶ش.
 ۲۸. عبدالحی، محبوبه و سیداحمدی سجادی، سید علی، «بررسی تطبیقی تعهدات بانک در تراکنش های الکترونیکی وجوه»، پژوهش های حقوق تطبیقی، شماره ۱۸، ۱۳۹۳ش.
 ۲۹. عبدالحی، محبوبه، «تحلیل مسئولیت حقوقی بانک انتقال دهنده در انتقال الکترونیکی وجوه»، دانشنامه حقوق اقتصادی، شماره ۱۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۶ش.
 ۳۰. محقق داماد، سید مصطفی و مرادی، یاسر، «تحلیل مسئولیت بانک ها در قبال مشتریان: موانع و راهکارها»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال هجدهم، شماره ۷۲، زمستان ۱۳۹۷ش.
 ۳۱. موسویان، سید عباس، «طراحی سپرده های جدید در بانکداری بدون ربا»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، شماره ۷، پاییز

۱۳۸۱ش.

۳۲. میرشکاری، عباس، «مسئولیت مدنی بانک‌ها»، فصلنامه رأی، شماره ۲، ۱۳۹۲ش.

قوانین:

۳۳. آیین‌نامه فصل پنجم قانون عملیات بانکی بدون ربا، مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۷؛

۳۴. بخشنامه بانک مرکزی مورخ ۱۳۹۸/۵/۱۴؛

۳۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛

۳۶. قانون آیین دادرسی مدنی؛

۳۷. قانون تجارت الکترونیک مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۱۷؛

۳۸. قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴/۴/۱۱؛

۳۹. قانون مدنی؛

۴۰. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۳/۷/۱۵؛

۴۱. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱؛

۴۲. قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه؛

۴۳. مقررات انضباطی فدراسیون فوتبال جمهوری اسلامی ایران.

۴۴. Cartwright, P, Banks, Consumers and Regulations, Bloomsbury: Hart Publishing, ۲۰۰۴.

۴۵. Walker, D. M. The Oxford companion to law, Clarendon: Oxford press, ۱۹۸۰.

۴۶. Kilonz, Kethi, D. An Analysis of the Legal Challenges Posed by Electronic Banking, Kenya Law Review, ۳۲۳۲, ۱
۲۰۰۷.

۴۷. Buffelan- Lanore et Larribu- Terneyre, Droit civil, les obligations. ۱۲ ed, sirey. ۲۰۱۰.

۴۸. United National Commission in International Commerce Law, UNCITRAL Legal Guide on Electronic funds Transfers, ۱۹۸۷. www.uncitral.org/uncitral/en/publications.html. Last visit: ۲۰۱۴.

۴۹. Sanil, Hishan, The Concept of Corporate Social Responsibility (CSR), A Review of Literature, Journal of Computational and Theoretical Nanoscience, September ۲۰۱۷, See At: <https://www.researchgate.net/publication/۳۲۰۷۶۴۱۱۹>.