

MLJ

مجله حقوق پزشکی

دوره پانزدهم، شماره پنجاه و ششم، ۱۴۰۰

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مقاله پژوهشی

امکان سنجی فقهی رفع محدودیت زمانی سقط جنین آنانسفال

عاطفه آجری آیسک^۱، فاطمه رضایی^{۲*}

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه بیرجند، بیرجند، ایران.

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: آنانسفالی یکی از ناهنجاری‌های جنینی است که بر اثر نقص بسته شدن لوله‌ی عصبی در ناحیه‌ی سر جنین ایجاد می‌شود. این بیماری اغلب در دوره بارداری و گاهی پس از تولد، منجر به مرگ جنین یا نوزاد می‌شود و لذا به عنوان ناهنجاری مغایر با حیات، از موارد جواز سقط جنین قبل از ۴ ماهگی است. مع‌الوصف با عنایت به محدودیت جواز مذکور تا قبل از ولوج روح و سن چهار ماهگی جنین، در صورت تشخیص دیر هنگام این بیماری با ممنوعیت شرعی و قانونی سقط مواجه می‌شویم. نگارش حاضر با عنایت به علم و قطع به نابودی این جنین‌ها، به دنبال امکان‌سنجی فقهی و حقوقی جواز سقط چنین جنین‌هایی پس از چهار ماهگی است.

مواد و روش‌ها: این پژوهش با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی نگاشته شده و جمع‌آوری داده‌ها نیز بر با استفاده از روش کتابخانه‌ای و با مراجعه به کتب و منابع فقهی، حقوقی و پزشکی صورت گرفته است. **یافته‌ها:** از میان بیماری‌های جنینی غیرقابل درمان، ابتلا به بیماری آنانسفالی که عبارت از معلولیت در ساختار فیزیولوژیک مغز است، به عنوان یکی از موارد ناهنجاری‌های جنینی که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر می‌شود، مشمول قانون سقط درمانی می‌شود. در این میان، یکی از مسائلی که زنان باردار دارای جنین‌های ناهنجار با آن رو به رو هستند، اخذ مجوز سقط جنین فقط تا موعد ۴ ماه است. مشکلات ناشی از این امر، در مادران دارای جنین آنانسفال قابل توجه است. با عنایت به قطعیت علم پزشکی در عدم قابلیت حیات این جنین‌ها حتی پس از تولد، مسئله گذر از این محدودیت زمانی برای اخذ مجوز سقط پس از ۴ ماهگی از مسائل قابل توجه است. پשתوانه‌های فقهی قوانین در نظام حقوقی ایران، محقق را ناگزیر از فحص ادله قابل استفاده در فقه اسلامی به منظور دست‌یابی به راهکارایی مبتنی بر ادله عقلی و نقلی در این زمینه می‌نماید. **ملاحظات اخلاقی:** در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

نتیجه‌گیری: یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که با استناد به ادله‌ای چون قیاس اولویت (قیاس با مرگ مغزی) و بهره‌گیری از مفاد قاعده لاضرر و لاجرح تمسک می‌توان حکم به جواز سقط جنین آنانسفال حتی بعد از موعد ۴ ماه را اثبات کرد.

اطلاعات مقاله

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۲/۲۸

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۷/۱۵

تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۰۷/۲۷

واژگان کلیدی:

آنانسفالی

مرگ مغزی

قیاس اولویت

قاعده لاضرر

قاعده لاجرح

* نویسنده مسؤول:

فاطمه رضایی

آدرس پستی: ایران، مشهد، دانشگاه

فردوسی مشهد، گروه فقه و مبانی

حقوق اسلامی.

کد پستی: ۹۱۶۴۶-۹۷۹۶۸

تلفن: ۵۱-۳۳۴۱۰۳۶۳

پست الکترونیک:

rezaeirezaei.fa@mail.um.ac.ir

۱. مقدمه

که تطبیق رویکرد علمی به این مسئله با ضروریات قانونی و فقهی مورد بازنگری قرار گیرد. البته بدیهی است این مهم خود نیازمند به مذاقه و بحث مبنایی در خصوص استنادات و دلالت‌های قانونی و شرعی است.

۲. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۳. مواد و روش‌ها

در مقاله حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی به بررسی داده‌ها و اطلاعاتی که به روش کتابخانه‌ای و از منابع فقهی، حقوقی و پزشکی جمع‌آوری شده‌اند، پرداخته می‌شود.

۴. یافته‌ها

با عنایت به قطعیت علم پزشکی در عدم قابلیت حیات جنین‌های آنانسفال حتی پس از تولد، مسئله گذر از این محدودیت زمانی برای اخذ مجوز سقط پس از ۴ ماهگی از مسائل قابل توجه است که در ادامه مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

۵. بحث

۵-۱. سقط درمانی از نظر فقه و قانون

در زمینه سقط جنین، نزاع مخالفان و موافقان آن همچنان ادامه دارد و دلایل و تئوری‌های مختلفی در جهت توجیه مشروعیت یا ممنوعیت سقط از طرف آنان مطرح شده است. اگرچه اغلب این نظرات که طیفی از حالت جواز مطلق تا ممنوعیت مطلق را در برمی‌گیرند، برخاسته از فرهنگ و تمدن جوامع غربی است، اما بسیاری از آنها در رویکردهای دینی نیز قابل تأمل هستند. تئوری تقدس حیات، تئوری آزادی اراده مادر، تئوری ارزش سرمایه و تئوری هویت ناطق یا شخص‌انگار از آن جمله می‌باشند (۳، ۴).

از نظر فقهی ظاهر این است که از بین بردن جنین، حتی قبل از دمیده شدن روح در آن حرام باشد، اگرچه بنظر می‌رسد بر

امروزه گسترش پیشرفت‌های علم پزشکی در حوزه‌های گوناگون، امکان پیشگیری از بیماری‌های مختلف را ایجاد کرده است. با توجه به اهمیت توالد و تناسل در جوامع و سنجش میانگین رشد جمعیت بویژه در برخی از جوامع به اصطلاح پیر، حمایت‌های پزشکی از مادر و جنین یکی از شاخه‌های قابل توجه است. از همین رو، یکی از حوزه‌های مهم در علم پزشکی حاضر، نظارت بر سلامت مادران و نوزادان و حتی مراحل قبل از تولد در مرحله جنینی است. معاینه‌های تخصصی در حین بارداری امکان جلوگیری از تولد نوزادان با شرایط جسمانی ناپایدار و حیات غیرمستقر را فراهم آورده و از این طریق افزون بر خانواده‌ها به جوامع نیز در اصلاح نسل و توسعه سلامت جنینی کمک شایان نموده است. اهمیت برخی از بیماری‌های دوران بارداری به اندازه‌ای است که قوانین به تأسی از شرع مقدس و علی‌رغم احترام قابل توجه شریعت به حیات انسانی در این دوران، اجازه سقط جنین به منظور حمایت از مادر و اجتماع را با رعایت شرایط مقرر صادر می‌کند. یکی از این موارد، بیماری آنانسفالی، به عنوان شایع‌ترین و شدیدترین شکل ناهنجاری از دسته نقایص لوله عصبی Neural Tube Defects (NTDs) است (۱) که در اثر بسته نشدن نوروپور قدامی به وجود می‌آید و نوزاد دارای این ناهنجاری به علت عدم تشکیل کاسه سر و مغز، قبل از تولد یا لحظاتی پس از تولد، می‌میرد (۲).

مبتنی بر این نتیجه اثبات شده، سقط جنین‌های مبتلا به این بیماری، پس از تأیید حدوث آن وفق مراتب مندرج در ماده واحده سقط درمانی، از موارد موجه، شناخته شده و اجازه سقط آن صادر می‌گردد. صدور این جواز به معنای توجه شارع و قانون‌گذار به تالی فاسد ناشی از بارداری و تولد اینگونه جنین‌ها است. با این وجود، محدودیت‌های قانونی منبث از شرع مقدس موجب تحمیل بارداری و حتی تولد چنین نوزادانی در مواردی است که تشخیص آن پس از چهار ماهگی بوقوع می‌پیوندد. با عنایت به عدم امکان حیات مستقر برای این نوزادان، تحدید جواز سقط در چارچوب معیار قانونی پیش‌گفته چندان صحیح به نظر نمی‌رسد. لذا ضروری است

و معتقدند در صورتی که تشخیص بیماری در جنین قطعی باشد و نگهداری چنین فرزندی موجب حرج باشد سقط جنین قبل از دمیده شدن روح جایز است. ولی بنا بر احتیاط، دیده آن باید پرداخته شود. البته مادر می‌تواند تحمل عسر و حرج را ترجیح دهد (۱۶).

یکی از ناهنجاری‌هایی که تحت شرایط مذکور، جواز سقط آن داده می‌شود، آنانسفالی است. لیکن همانطور که مذکور افتاد، جواز سقط، محدود به چهار ماه اول بارداری است، در حالی که به نظر می‌رسد در خصوص سقط جنین آنانسفال، نباید محدودیت زمانی قائل شد و هر زمان که این ناهنجاری تشخیص داده شود، بر مبنای دلایل فقهی که در ادامه، پس از شناسایی این ناهنجاری، مطرح می‌شود، بایستی قائل جواز سقط بود.

۵-۲. مفهوم‌شناسی آنانسفالی

اختلال لوله عصبی، به عنوان اختلال شایع مادرزادی در نوزادان شامل آنومالی‌های مغزی نظیر آنانسفالی، آنسفالوسل و هیدرانسفال و آنومالی‌های مربوط به نخاع نظیر مننژوسل، میلو مننژوسل و اسپینابیفیدا می‌باشد که شایع‌ترین و شدیدترین نوع آنومالی‌های مغزی، آنانسفالی است.

آنانسفالی (Anencephaly) به عنوان ناهنجاری جنینی برای اولین بار توسط کمپبل و همکارانش با استفاده از سونوگرافی ترنس ابدومینال (Trans abdominal) تشخیص داده شد. (۱۷) این بیماری که بر اثر نقص بسته شدن لوله‌ی عصبی، بین روزهای ۲۳ تا ۲۶ حاملگی ایجاد می‌شود (۱۸)، باعث می‌شود که در هنگام تولد مخ به صورت توده‌ی بافت تحلیل رفته‌ای نمایان می‌گردد. این نقص تقریباً همیشه تا قسمت باز طناب نخاعی در ناحیه‌ی گردنی ادامه دارد (۱۹، ۲۰).

نوزادانی که مبتلا به آنانسفالی هستند، بدون پیشانی و بخش قدامی مغز متولد می‌شوند. این قسمت که بزرگترین بخش مغز است، بخش هماهنگ‌کننده مغز و مسئول قوای شناختی و تفکر است. این نوزادان معمولاً نابینا، ناشنوا، ناتوان از احساس درد و دچار سطح بالای اختلال شناختی و درکی می‌باشند (۲۱). علاوه بر این سقف جمجمه و پوست سر در این

خلاف قواعد است؛ زیرا هنوز، جنین، انسان دارای روح نیست و بر این کار قتل صدق نمی‌کند (۵)؛ لکن به دلیل روایاتی (۶)، که در حرمت اسقاط جنین صراحت دارد، برخلاف قاعده از نص تبعیت نموده به حرمت اسقاط جنین حکم می‌شود. روایات مزبور، مبین این امر هستند که مبدأ نشو و تکون انسانی از همان آغاز یعنی مرحله نطفه است و میان مرحله نطفه و با مراحل بعدی به لحاظ حکم تکلیفی یعنی اسقاط جنین تمایزی نیست؛ هر چند به لحاظ حکم وضعی و مقادیر دیه تفاوت وجود دارد. همچنین به مقتضای اطلاق روایات، رضایت زن یا شوهر یا هر دو در حکم تکلیفی و حرمت اسقاط جنین مداخلیتی ندارد (۵). اگرچه در دوره قبل از ولوج روح در فقه اهل سنت اختلاف‌نظرهایی وجود دارد ولی تمامی فقهای قدیم و معاصر شیعه در همه مراحل جنینی قائل به تحریم اسقاط جنین هستند. لیکن بعد از دمیده شدن روح، اسقاط جنین به اتفاق مذاهب مختلف، حرام و موجب عقوبت است؛ زیرا جنین پس از دمیده شدن روح در او، از حیات انسانی برخوردار بوده و با از بین بردنش قتل انسان زنده محسوب و مشمول ادله تحریم قتل نفس می‌شود.

در کنار حکم اولیه حرمت اسقاط جنین حکم ثانویه جواز آن در شرایطی وجود دارد که در قانون سقط درمانی پیش‌بینی شده است. به موجب این قانون، سقط جنین در موارد بیماری جنین که به علت عقب افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر است و همچنین در موارد بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز شمرده شده و مجازات و مسؤولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود.

بنابراین، اختلالات و ناهنجاری‌های جنینی که در اکثر نظام‌های حقوقی به عنوان عامل جواز سقط جنین محسوب می‌شود، در این قانون نیز تحت شرایطی مجاز شمرده شده است. در فقه امامیه در کنار فقهایی که سقط به این دلیل را مجاز نمی‌دانند (آیات عظام بهجت (۸)، اراکی (۹)، خمینی (۱۰))، اما فقهایی هم هستند (آیات عظام خامنه‌ای (۱۱))، سیستمی (۱۲)، مکارم شیرازی (۱۳)، فاضل لنکرانی (۱۴) و صانعی (۱۵))، که به جواز آن با شرط عسر و حرج رأی داده‌اند

نوزادان وجود ندارد (۲۲، ۲۳) و فقط قسمت قاعده‌ای استخوان‌های فرونتال، پاریتال و اکسی‌پیتال به چشم می‌خورند. در این نوزادان، هیچ کدام از دو نیمکره‌های مغز وجود ندارد (۲۳) و اثری از مخچه دیده نمی‌شود و یا ممکن است فقط به صورت زوایدی دیده شوند. بقیه‌ی نسوج مغز دچار تغییر شکل شده، با یک استرومای آنژیوماتو در هم آمیخته‌اند. کوچکی حفره‌ی چشم موجب برآمدگی کره‌ی چشم‌ها می‌گردد، که به چشم قورباغه توصیف شده است (۲۴). اسکلر صورت به انحاء مختلف تغییر شکل می‌یابد و کام سخت معمولاً ناهنجار است. گاهی کام شکری (۲۵، ۲۶) و صورت دوتایی جلب توجه می‌کند. برخی از مبتلایان دچار خمیدگی ستون مهره‌ها به عقب هستند. ناهنجاری قفسه‌ی صدری، جداره‌ی شکم، جهاز هاضمه و سیستم ادراری تناسلی و به طور کلی نقص اندام‌های داخلی مثل کلیه و قلب نیز در این افراد نسبتاً شیوع بیشتری دارند (۲۷).

در بررسی میکروسکوپی نسج مغز، می‌توان جزایری از آپاندیم، کورونید و نسج هم‌بندی را مشاهده نمود که با عروق خونی ظریفی در هم آمیخته‌اند. قطعاتی از الیاف و سلول‌های گلیال را همراه با معدودی از نورون‌ها می‌توان یافت. ساقه‌ی مغز در بیست و پنج درصد موارد وجود دارد ولی کاملاً تغییر شکل یافته است و اثری از الیاف هرمی دیده نمی‌شود. تکثیر عروق و کولوبوم را در شبکه‌ی برخی از مبتلایان می‌توان دید، ممکن است زوایای اطاق قدامی چشم تغییر یافته و قسمت پروگزیمال عصب باصره دچار آتروفی باشد. در بسیاری از موارد ارتباط چشم‌ها و سیستم اعصاب مرکزی با هم برقرار نمی‌شود. در واقع تمامی استخوان‌های مجسمه غیرطبیعی هستند. قلب، ریه‌ها، کلیه‌ها و بخصوص آدرنال‌ها دچار هیپوپلازی هستند در حالی که تیموس معمولاً بزرگ است. لب قدامی غده‌ی هیپوفیز تقریباً همیشه وجود دارد و در بیست و پنج درصد از آن‌ها قسمتی از لب خلفی نیز یافت می‌شود (۲۸).

به طور کلی سه نوع آنانسفالی وجود دارد: نوع اول آن که هولوآنانسفالی (holoanencephaly) نامیده می‌شود، شایع‌ترین نوع آنانسفالی است که در آن مغز به طور کلی

وجود ندارد. این نوزادان، بیش از یک روز زنده نمی‌مانند (۲۹). نوع دوم که یک شکل نادر از آنانسفالی است، مرونوآنانسفالی (meroanencephaly) نام دارد که در آن بافت مغزی، به صورت بسیار نارس و استخوان‌های مجسمه به صورت غیرطبیعی و کامل شکل نیافته، وجود دارد (چکیده). خط وسط مجسمه دچار نقایصی است؛ به طوری که از آن بافت‌های غیرطبیعی عروق مغزی خارج شده است. این بافت‌ها دارای طیف گسترده‌ای از یک پرده نازک تا یک توده از بافت‌های مغزی کاذب متفاوت است (۳۰). در برخی از بیماران، این بافت‌های مغزی در قسمت‌هایی دیگری از بدن نظیر بافت‌های ریه و غدد فوق کلیوی دیده شده است (۲۹). نوع سوم که شدیدترین نوع آنانسفالی است، کرانیوآشیزیس (craniorachischisis) نام دارد که در آن هم مجسمه و هم ستون فقرات، دارای بافت‌های غیرطبیعی عروق مغزی (cerebrovasculosa) و عروق نخاعی (medullovasculosa) هستند. مضافاً اینکه به دلیل نقایصی که در استخوان مجسمه و ستون فقرات وجود دارد، بافت‌های عصبی، بدون پوشش و قابل مشاهده هستند. در واقع این دسته از مبتلایان، علاوه بر آنومالی‌های مغزی، دچار آنومالی‌های نخاعی نیز هستند (۳۱).

علت دقیق آنانسفالی ناشناخته است. شیوع این بیماری در نواحی مختلف جغرافیایی کاملاً متفاوت است (۳۲) و عوامل ژنتیکی، نژادی، قومی، تغذیه‌ای و جنسی در پیدایش آن کاملاً دخیل هستند (۳۳). و برخی نیز، شواهدی غیرمستقیم از وراثت را نیز نام برده‌اند (۳۴). بالاترین میزان ابتلا به این بیماری در بریتانیا و ایرلند و کمترین آن در آفریقا و جنوب آمریکا گزارش شده است (۳۵). این ناهنجاری در میان سفیدپوستان بیشتر از سیاهان (۶ برابر) (۲۳) و در جنین با جنسیت مونث بیشتر از مذکر است (۳۶). میزان آنانسفالی در هند ۱/۸ (۳۷) و سنگاپور ۰/۵۴ در هر ۱۰۰۰ نفر است (۳۸)؛ در ایالات مختلف آمریکا میزان بروز این ناهنجاری ۱-۲ در هر ۱۰۰۰ نفر گزارش شده است (۳۹). در چین ۱۰/۴ (۴۰) و در ایران ۱۲ نفر از هر ۱۰۰۰۰ نفر مبتلا به این ناهنجاری

می‌شوند (۴۱). در حالی که در نیجریه ۳ و غنا ۸ نفر از هر ۱۰۰۰۰ نفر تخمین زده می‌شود (۳۹).

با توجه به این آمار، سالیانه در دنیا، سی و شش هزار الی چهل و شش هزار جنین به این شکل متولد می‌شود (۴۲). هیچگونه درمانی برای این اختلال وجود ندارد و پیش‌آگهی آن، مرگ است و در دسته بیماری‌های کشنده است، به طوری که در اکثر موارد جنین مبتلا مرده به دنیا می‌آید و در مواردی که نوزادان آنانسفال زنده به دنیا می‌آیند اندکی پس از تولد به دلیل ایست قلبی تنفسی می‌میرند و به همین دلیل عملیات خاصی برای احیا و زنده ماندن آنها انجام نمی‌شود (۴۳).

تحقیقات و مطالعات انجام شده نشان می‌دهد که اسید فولیک میزان بروز نقایص لوله عصبی را به میزان قابل توجهی کاهش می‌دهد. از این رو مصرف اسید فولیک به زنانی که در سنین باروری قرار دارند، خصوصا از یک ماه قبل و تا یک ماه پس از بارداری توصیه می‌شود (۴۴، ۴۵).

در خصوص تشخیص بیماری باید گفت، در نود درصد موارد می‌توان با سونوگرافی و اندازه‌گیری آلفا-فتو-پروتئین (AFP) در سرم مادر که افزایش یافته و ادامه‌ی این اندازه‌گیری‌ها در حول و حوش هفته‌ی یازدهم تا پانزدهم حاملگی به تشخیص دست یافت (۲۴، ۴۶، ۴۷).

همان‌طور که بیان شد بخش قابل توجهی از جنین‌های مبتلا به این بیماری در ماه‌های اول بارداری قابل تشخیص هستند و تا قبل از چهارماهگی جنین، مجوز سقط آن داده می‌شود. اما، همان‌طور که گفتیم ده درصد موارد مشمول ضریب خطای تشخیص پزشکی می‌باشند. همچنین در برخی موارد با مراجعه دیرنگام مادران، تشخیص بعد از چهارماهگی صورت می‌گیرد. در چنین شرایطی، با عنایت به محدودیت زمانی سقط قانونی تا قبل از چهارماهگی، مسئله سقط آن در موارد مذکور با چالش قانونی روبرو می‌شود. نظر به مبتنی بودن قوانین به احکام فقهی ضروری است که این شرایط با رعایت قواعد استنباط احکام مورد سنجش قرار گیرد.

البته در فرضی که به دلیل تقصیر پزشک، ناهنجاری‌های مجاز برای سقط جنین تشخیص داده نمی‌شود و در فرضی که پزشک از اطلاع دادن بیماری ژنتیکی جنین به مادر خودداری

کرده باشد و در نتیجه به دنبال عدم سقط از سوی مادر، فرزند معلول متولد شود، این عمل او به حق قانونی مادر نسبت به سقط درمانی لطمه می‌زند. همچنین خودداری از انجام آزمایش‌های لازم و تفسیر نادرست از آزمایش‌های انجام شده هم می‌تواند عنصر تقصیر را محقق سازد (۴۸) و موجب مسئولیت مدنی برای پزشک باشد. دعاوی که در این حالت علیه پزشک شکل می‌گیرد، نخستین بار در حقوق آمریکا، با پرونده رو علیه وید (Roe v. Wade) تحت عنوان دعاوی تولد ناشی از خطا (wrongful birth) مطرح شد. در این دعاوی که از سوی والدین علیه پزشک مطرح می‌شود، والدین مدعی هستند اگر خطای پزشکی نبود، مادر با خاتمه دادن به بارداری از تولد فرزند معلول جلوگیری می‌کرد (۴۹).

در این دعاوی، مادر و غالبا والدین، مدعی هستند که پزشک در ارائه اطلاعات لازم، قبل از زایمان کوتاهی کرده است. در بیشتر این پرونده‌ها، زن ادعا می‌کند که او بچه‌ای با ناهنجاری ژنتیکی جدی به دنیا آورده در حالی که پزشک در مورد احتمال وقوع چنین امری هیچ خطاری نداده بود. درحالی که اگر به نحو درستی به او هشدار داده شده بود او گزینه خاتمه بارداری را انتخاب می‌کرد. در ابتدا رویه قضایی این دعاوی را به دلیل عدم احراز رابطه سببیت رد می‌کردند. از نظر آنها سبب اصلی تولد فرزند معلول، نزدیکی و حاملگی و وراثت ژنتیکی است نه تقصیر پزشک (۵۰). آنها این‌گونه استدلال می‌کردند که بر فرض که معلولیت زیان باشد، این زیان قبل از تولد و در حالت جنینی در اثر عوامل ژنتیکی رخ داده است. پزشک فقط مسبب تولد بوده است و تولد زیان نیست (۵۱).

اما تحولات پزشکی و علمی و تغییر نگرش‌های فرهنگی و رویه‌های اجتماعی مرتبط با تولید مثل این رویکرد را تغییر داد (۵۰). دادگاه‌ها پذیرفتند که مسبب اختلالات ژنتیکی نوزاد، پزشکی است که از روی اهمال و سهل‌انگاری، وی را آگاه از گزینه‌های موجود در ارتباط با باروری نکرده است (۵۰).

در کشور ما نیز به موجب قانون سقط درمانی حق سقط جنین معلول تحت شرایطی به مادر داده شده است. در نتیجه چنانچه در نتیجه تقصیر پزشک به این حق، آسیبی وارد شود،

که ملاک و علت این نهی، بی‌احترامی به والدین است، علت حکم که همان ایذا باشد در زدن به صورت قوی‌تری وجود دارد (۵۵) و در نتیجه به طریق اولی، آن نیز مورد نهی شارع است.

مهمترین دلیل حجیت قیاس اولویت اجماع است (۵۴). البته برخی از اصولیان قیاس را از باب الفاظ حجت می‌دانند و معتقدند که قیاس اولویت از باب ظهور دلیل در ظواهر کلام حجت است و در نتیجه تخصصاً از مفهوم قیاس اصطلاحی که مورد نهی قرار گرفته خارج می‌شود (۵۶).

ضوابط حجیت قیاس اولویت عبارت است از اینکه اولاً نسبت به علت و مناط حکم، قطع وجود داشته باشد. ثبوت علت به قدری دارای اهمیت است که حتی برخی مدعی هستند که قیاس اولویت از جمله قیاس منصوص‌العله است (۵۷). در واقع این ضابطه اساسی‌ترین شرط حجیت قیاس اولویت است. دومین شرط دلیل اولویت، قطع به تامه بودن علت است (۵۸). بر اساس این ملاک، چنانچه علاوه بر علت کشف شده، خصوصیات دیگری در ترتب حکم تأثیرگذار باشد، ثبوت آن علت حتی به نحو شدیدتر نمی‌تواند موجب ثبوت حکم گردد. برخی از اصولیون علاوه بر ثبوت علت و انحصار علت، وجود آن در فرع با حجتی قطعی را سومین ملاک حجیت قیاس اولویت می‌دانند (۵۷). از دیگر شرایط حجیت اولویت، قطع به اقوی بودن علت در فرع است (۵۹).

الغای خصوصیت را نیز می‌توان به عنوان یکی دیگر از ضوابط اعتبار دلیل اولویت نام برد (۶۰). از آنجا که در قیاس اولویت، حکم از مورد مذکور به مورد مسکوت، تعدی می‌کند، در نتیجه لزوم الغای خصوصیت، امری واضح به نظر می‌رسد. از این جهت موارد متعددی را می‌توان نام برد که اولویت، به دلیل امکان اختصاص حکم به محل رد شده است (۶۱، ۶۲).

شناسایی قیاس اولویت، از آن جهت صورت پذیرفت که امکان‌سنجی جواز سقط جنین‌های آنانسفال - که فاقد تکامل مغزی هستند و از حیث وجود ضربان قلب مشمول حکم حیات قرار گرفته‌اند و در نتیجه سقط آنها پس از چهار ماهگی به جهت حفظ حرمت حیات انسانی ممنوع دانسته شده است - را در تطبیق و قیاس با جواز اهدای عضو از بیماران مرگ

والدین حق طرح دعوای مسئولیت علیه او را به منظور مطالبه خساراتی از قبیل درد و رنج جسمانی ناشی از زایمان، هزینه‌های پزشکی انجام شده و هزینه زایمان، هزینه‌های زندگی فرزند معلول در صورت زنده ماندن وی (۵۱) و آزردهای روحی روانی ناشی از معلولیت فرزند و مرگ وی در موارد اختلالات مغایر با حیات خواهند داشت.

البته پزشک می‌تواند با اثبات این موضوع که تمام احتیاط‌های یک پزشک متعارف را انجام داده و بی‌اطلاعی از بیماری جنین ناشی از محدودیت‌های موجود در علم پزشکی بوده است، خود را از خطر مسئولیت برهاند (۴۸).

به هر دلیلی اگر تا قبل از چهار ماهگی، ابتلای جنین به آنانسفالی تشخیص داده نشود، به نظر می‌رسد که پس از آن نیز باید مجوز سقط داده شود که در ادامه به بررسی ادله آن پرداخته می‌شود.

۵-۳. ادله جواز سقط جنین مبتلا به بیماری آنانسفالی

۵-۳-۱. قیاس اولویت

یکی از ادله مورد استناد برای جواز سقط جنین‌هایی پس از چهار ماهگی، استفاده از قیاس اولویت از طریق تطبیق این موضوع با جواز قطع حیات نباتی در بیماران مرگ مغزی است.

اولویت از ماده «ولی» مشتق شده است و مصدر جعلی «ولی» می‌باشد. اولویت در لغت در معانی زیادی هم‌چون برتری، رجحان، تفوق، افضلیت، سبقت و تقدم به کار رفته است (۵۲). قیاس اولویت در اصطلاح قیاسی است که در آن به دلیل اقوی و اشد بودن وجود علت در فرع، حکم از اصل به فرع سرایت داده می‌شود و حکم آن استنباط می‌گردد. بنابراین، در مواردی که علت حکم اصل در فرع به صورتی قوی‌تر موجود باشد، حکم اصل نیز به طریق اولی بر فرع جاری می‌شود و به آن سرایت می‌کند (۵۳). به عبارتی دیگر عبارت است از اولویت حکم در فرد غیرمذکور نسبت به فرد مذکور به جهت معنای مناسبی که مقصود از حکم است (۵۴). به عنوان مثال می‌توان به آیه ۲۳ سوره اسراء اشاره کرد: «لا تقل لهما اف» به این ترتیب که از اف گفتن به پدر و مادر نهی شده، و از آن جا

مغزی که در حقیقت فاقد فعالیت مغزی هستند، مورد بررسی قرار دهیم. در این خصوص، با توجه به اینکه بحث ما بر این مبنا استوار است که مرگ مغزی را مرگ واقعی بدانیم، مقدماً لازم است توضیحاتی را پیش از ورود به بحث ارائه کنیم.

قانون‌گذار ایران در ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی قانون پیوند اعضا در مورد مرگ مغزی این تعریف را ارائه کرده است: «مرگ مغزی عبارت است از قطع غیرقابل بازگشت کلیه فعالیت‌های مغزی کورتیکا (قشر مغز)، ساب‌کورتیکال (لایه زیر قشر مغز) و ساقه مغزی به طور کامل». در واقع می‌توان گفت مرگ مغزی به معنای آسیب و تخریب غیرقابل جبران نیم‌کره‌ها و ساقه مغز است به طوری که کلیه فعالیت‌های ساقه و قشر توأمان و به صورت دائمی نابود شده باشد و این امر توسط معاینات تخصصی و متوالی به تأیید برسد (۶۳). در این حالت است که از نظر پزشکی فرد مبتلا به مرگ مغزی مرده تلقی می‌شود و تپش قلب و حرکات ارگان‌های بدن، ناشی از حیات وی نیست. از این رو به وسیله دستگاه تنفس مصنوعی برای او تنفس ایجاد می‌کنند تا حیات عضوی و سلولی را تا مدتی تداوم بخشند (۶۴). در واقع تنها با توقف قلب و ریه نیست که می‌توان حکم به مرگ کرد، بلکه می‌توانیم حالتی را مرگ تلقی کنیم که فقط سلول‌های مغز حیات خود را از دست داده باشند.

از مهم‌ترین دلایلی که قائلین به تلقی مرگ برای مبتلایان مرگ مغزی به آن استناد می‌کنند حقیقت عرفیه است، با این توضیح که تعیین مصداق موضوعی مرگ در صلاحیت عرف خاص جامعه پزشکی است؛ چرا که این موضوع کاملاً علمی و تخصصی است در نتیجه از حیطه تعریف و تشخیص عرف عام کاملاً خارج است. البته به سخنان متخصصان و اهل خبره زمانی می‌توان اعتماد کرد که به طور جزمی و یقینی بدون آنکه در آراء آنان اختلافی باشد تصریح به مرگ مغزی داشته باشند (۶۵، ۶۶). در پاسخ به این سوال که آیا می‌توان عرف خاص جامعه پزشکی را مرجع و ملاک تعیین موت قرار داد یا نه؟ و در صورتی که پاسخ مثبت باشد حدود و ثغور آن تا کجاست، موضوعات و متعلقات احکام شرعی را به دو گروه تقسیم می‌کنند:

دسته اول آن موضوعاتی هستند که مثل تعیین قبله تأسیس خود شارع می‌باشند. دسته دوم مثل ضرر یا حرج از امور امضائی هستند که شارع آن‌ها را با حد و مرزهایش از عرف گرفته است. حکم قسم اول که روشن است، به این دلیل که این موضوعات را شارع به وجود آورده پس حکم آن‌ها نیز جزء اختیارات خود او است. اما قسم دوم خود دو بخش دارد: بخش اول موضوعاتی که معیار تشخیص آن‌ها عرف است و بخش دوم موضوعاتی هستند که برای تشخیص و درک آن‌ها باید به اهل خبره و متخصص مراجعه نمود (۶۷، ۶۸). ویژگی بخش دوم در این است که این موضوعات قابل تشکیک نیستند و حول محور وجود و عدم می‌چرخند. بنابراین تشخیص آن‌ها نیازمند دقت علمی است. مرگ نیز از این قبیل است (۶۹). لذا با توجه به اینکه حیات و موت، حقیقت شرعی نیستند، برای ارائه تعریف دقیقی از این دو پدیده، در این روزگار باید از دانش جدید پزشکی استفاده نمود (۷۰).

از جمله دلایل دیگر بر تلقی مرگ برای مرگ مغزی این است که صرف ضربان قلب نمی‌تواند دلیل بر حیات باشد؛ از آنجا که مرکز فرماندهی بدن مغز است کلیه اعمال ارادی و غیرارادی بدن را تنظیم می‌کند پس با نابودی آن گویی شخصیت حقیقی و حقوقی انسان از بین خواهد رفت. بر همین اساس است که در اسلام سقط جنین قبل از ولوج روح علی‌رغم وجود ضربان قلب در جنین با توجه به شرایطی چون خطر جانی برای مادر جایز است. پس همان طور که ضربان قلب جنین نمی‌تواند دلیل ولوج روح باشد، صرف زدن قلب در انتهای زندگی دلیل بر وجود روح نیست (۷۱). لذا می‌توان این‌گونه استدلال نمود که روح به واسطه مغز در بدن تصرف می‌کند و مغز را مرکز فعالیت‌های خود قرار می‌دهد، بنابراین چنانچه مراکز عالی مغز نابود شود، اثر روح در بدن نیز از بین می‌رود، چون با مرگ مراکز عالی مغز، استعداد و قابلیت لازم برای تصرف روح در بدن زائل می‌گردد (۷۲) و با فساد و متلاشی شدن کامل مغز زهوق روح نیز تحقق می‌یابد. اما باید خاطر نشان کرد که مهم‌ترین استدلال عقلی در ارتباط با مرده تلقی کردن فرد مبتلا به مرگ مغزی، بازگشت‌ناپذیری است تا آنجا که در ادبیات جهانی پزشکی هیچ نمونه‌ای از احیای چنین

افرادی گزارش نشده است؛ و همین ویژگی دلیل تمایز مرگ مغزی و مفاهیمی چون کما و زندگی نباتی است (۷۳).
قانون‌گذار ایران اگرچه به مرده دانستن مبتلایان به مرگ مغزی، تصریحی ندارد اما با دقت در واژه‌های به کار رفته توسط قانون‌گذار در «قانون پیوند اعضای بیماران فوت شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم است»، می‌توان دریافت که قانون‌گذار مرگ مغزی را مرگ یا در حکم آن می‌داند؛ و در غیر این صورت جواز برداشت و پیوند اعضای افراد مبتلا به مرگ مغزی منطقی نخواهد بود (۷۴).

علاوه بر مقدمات مذکور، این نکته را نیز باید خاطرنشان ساخت که می‌توان گفت انسان قبل از تولد (جنین) در خیلی موارد شبیه انسان بعد از تولد است. هرچند شاید بتوان به تفاوت‌هایی در این جهت که جنین در برخی موارد پایین‌تر از نوع انسان تلقی شده است اشاره کرد؛ اما به طور قطع عکس آن صادق نیست. به عنوان مثال چنانچه شخصی به طور عمدی جنینی را حتی بعد از ۴ ماهگی و ولوج روح از بین ببرد قصاص بر او ثابت نمی‌شود حال آنکه در مورد قتل عمد انسان، حکم او قصاص خواهد بود (۷۵).

با تأمل در مباحث فوق می‌توان گفت، چنانچه ملاک در پایان یافتن زندگی انسان که نسبت به جنین مصداق کامل‌تری از نوع بشر است را از کار افتادن مغز وی بدانیم، پس می‌توان نتیجه گرفت ملاک آغاز زندگی انسانی و استمرار آن در حقیقت شروع به کار کردن مغز می‌باشد و نه تپش قلب یا به کار افتادن سایر اعضای بدن. این معیار در موارد مربوط به سقط درمانی نیز مورد پذیرش است، زیرا جنین در قبل از ملاک چهار ماهگی مطرح شده در شرع مقدس، از تپش قلب برخوردار است، اما سقط جنین در این دوره با رعایت شرایط مقرر جایز دانسته شده است.

به بیانی دیگر، در مقایسه بین جنین و انسان کامل می‌توان نتیجه گرفت، چنانچه از کار افتادن مغز انسان در حالی که سایر اعضای وی از فعالیت حیاتی برخوردار هستند، مساوی با مرگ وی تلقی می‌شود، پس در مورد جنینی که مغز او تشکیل نشده و در فرمان‌دهی سیستم حیاتی وی هیچ نقشی ندارد به طریق اولی همین حکم ثابت است. در حقیقت، وقتی

در افرادی که استقلال در وجود دارند و تمام اعضایشان غیر از مغز حیات دارد قائل به عدم حیات می‌شویم در جنینی که حیات استقلال ندارد بلکه زندگیش متوقف بر حیات مادر است و فاقد مغز نیز می‌باشد و یا اگر مغز به صورت ناقص تشکیل شده فاقد فعالیت است، به طریق اولی باید قائل به عدم حیات باشیم. اساساً به همین دلیل است که جنین‌های مبتلا به بیماری آنانسفالی اکثراً در همان دوران بارداری و بعضاً پس از جدا شدن از بدن مادر به دلیل ایست قلبی-تنفسی از بین خواهند رفت.

در نتیجه با توجه به اینکه افراد آنانسفال، فاقد مغز (brain absent) هستند و مرگ آنها حتمی و قریب‌الوقوع است، باید آن را در حکم مرگ مغزی گرفت (۷۶، ۷۷). پس حکم شرعی آن مطابق با قیاس اولویت این جنین است که چون در مرگ مغزی حکم به جواز جداسازی دستگاه از این مبتلایان می‌کنیم با توجه به شرایط مذکور در فوق به طریق اولی در مورد جنین‌های آنانسفالی می‌توانیم حکم به جواز سقط آن‌ها بدهیم. بنابراین، مستنبط از این قیاس اولویت، می‌توان دریافت که حکم به جواز سقط جنین مبتلا به آنانسفالی که فاقد مغز است، حتی بعد از ۴ ماهگی بلامانع خواهد بود.

۵-۳-۲. قاعده لاضرر

بر طبق قاعده لاضرر به عنوان یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی، هر حکم شرعی که زیان‌بار باشد تشریع نشده است (۷۸).

ضرر در لغت به معنای سختی، در تنگنا قرار گرفتن و کاستی است که نقطه مقابل نفع است (۷۹). در مورد معنای اصطلاحی ضرر و تفاوت آن با ضرار با عنایت به اختلاف‌نظرات فراوان در این خصوص (۸۰) می‌توان گفت ضرر به معنای کاستی و نقص در جان یا مال است و ضرار به معنای در تنگنا و در فشار قرار دادن دیگری است (۸۱). در نتیجه مقصود شریعت از عبارت لاضرر و لاضرار فی‌الاسلام این است که نقص در جان و مال دیگران ایجاد کردن و آنان را تنگنا قرار دادن، فعلی است که با روح شریعت در تضاد است.

بر طبق نظریه‌ای که مفهوم لاضرر را نهی از ضرر زدن به دیگران (۸۲) می‌دانند، هم‌چنین کسانی که لاضرر را، نفی

زیان غیرقابل تدارک (۸۳) می‌دانند هیچ پیوندی بین این قاعده و سایر ادله احکام شرعی وجود ندارد. حال آنکه در مقابل این دو دیدگاه، مشهور فقها که منظور از لاضرر را نفی حکم ضرری می‌دانند، معتقدند لاضرر بر احکام اولیه، حاکم است (۸۴) و حکم اولیه، اعم از وجوب یا حرمت را برمی‌دارد. نکته دیگری که در باب قاعده لاضرر اهمیت دارد این است که این قاعده به غیر از خسارت‌های مالی، آسیب‌های معنوی و فشارهای روحی را نیز شامل می‌شود. همان‌طور که اشاره شد ضرر معمولاً در مورد آسیب‌های مالی و جانی استعمال می‌شود، بر خلاف ضرار که اغلب در دشواری و ناراحتی به کار برده می‌شود و پیامبر با عبارت «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» ایجاد هرگونه خسارت مالی، جانی و روحی را نهی فرموده‌اند. در واقع ماجرای سمره بن جندب، ورود خسارت مالی یا جانی برای صاحب‌خانه نبود، بلکه نوعی مزاحمت روانی و سبب سلب آسایش و امنیت روانی از آن خانواده بود (۸۱).

با کنار هم چیدن مقدمات مذکور به این نتیجه می‌رسیم که بر طبق قاعده لاضرر که حاکم بر قواعد اولیه است، می‌توان در صورت حصول شرایط و دلائلی، حکم وجوب حفظ جنین را برداشت و حکم به جواز سقط جنین حتی پس از ۴ ماهگی را جایگزین آن نمود. استناد به قاعده لاضرر برای اثبات حکم فوق بدین صورت است که وقتی پزشک، قطع به این مسئله دارد که جنین مبتلا به آنانسفالی سرنوشتی محکوم به عدم و نابودی دارد، و از طرفی تنها عامل فعالیت برخی از اندام‌های جنین مذکور از جمله تپش قلبش وابسته به مادر است و از وی تغذیه می‌کند، و با علم به اینکه این تحلیل جسمی برای مادر مضر است و از طرفی مصلحت مهم‌تری چون حفظ جان جنین در آن وجود ندارد، در نتیجه با حکم به نگه داشتن جنین دارای بیماری آنانسفالی، در واقع بدون جهت، ضرر تحلیل جسمی را به مادر تحمیل خواهیم کرد. اگرچه این نکته مجدداً قابل تأکید است که این ضرر در صورتی که حداقل احتمال اینکه جنین به انسانی کامل تبدیل خواهد شد، وجود داشته باشد از باب قاعده ترجیح اهم بر مهم، قابل اغماض است، اما آنچه که مسئله مذکور را با سایر موارد متمایز

می‌کند علم و قطع به عدم به ثمر نشستن چنین جنین‌هایی است.

مضافاً اینکه مادران دارای جنین آنانسفالی، معمولاً قادر به وضع حمل به شکل طبیعی نخواهند بود و مجبور به وضع حمل به صورت جراحی سزارین خواهند شد (۸۵). پس با حکم به نگهداری جنین آنانسفالی در واقع حکم به آسیب زدن مادر بدون هیچ منفعت و مصلحتی را صادر می‌کنیم. چرا که از طرفی باعث از بین رفتن قوای جسمانی مادر شده و از طرف دیگر عمل جراحی سزارین که دارای مضرات و خطراتی برای مادر است را به وی تحمیل می‌کنیم. از این رو در کشورهایی که سقط جنین جنین‌هایی مجاز است ولی والدین رضایت به آن نمی‌دهند، به دلیل عوارض جسمانی که به دنیا آوردن چنین جنین‌هایی برای مادران دارد، تأکید می‌شود که باید به والدینی که در برابر سقط جنین مقاومت می‌کنند، در مورد عوارض حاملگی‌های آنانسفالیک نظیر سزارین تحمیلی، پلی هیدورآمنیوس و تبعات مربوط به آن، خونریزی و... اطلاع‌رسانی شود و بر این نکته تأکید شود که این خطرات برای نگه داشتن فرزندی است که امیدی به زنده بودن او نیست (۸۶).

زبان‌ها و تبعات ناشی از نگه داشتن جنین آنانسفال به حدی است که در کشورهایی نظیر برزیل که سقط جنین معلول و نابهنجار ممنوع است، با حکم دیوان عالی این کشور، از سقط جنین آنانسفال به دلیل اجماع بین‌المللی پزشکان بر کشنده بودن و عدم قابلیت زنده بودن چنین نوزادانی و زبان‌های جسمانی و روانی تولد چنین نوزادانی، جرم‌زدایی شد (۸۷).

آنچه که در اینجا مهم‌تر به نظر می‌رسد این است که نگهداری بی‌جهت چنین جنینی برای مادر، علاوه بر اینکه از نظر عقلی کاری عبث و هزینه‌بردار است، بیش از آسیب‌های جسمانی دربردارنده‌ی آسیب‌های جبران‌ناپذیر روحی خواهد بود، به این دلیل که تولد چنین نوزادی بدون داشتن جمجمه و تشکیل مغز موجبات ناراحتی والدین بالاخص مادر را فراهم می‌کند و همان‌طور که قبلاً گفتیم قاعده لاضرر در مورد ضررهای غیرجسمانی نیز جاری است و حکم ضرری را برمی‌دارد.

۵-۳-۳. قاعده لاجرح

مراد از این قاعده در اصطلاح فقهی این است که تکالیفی که در آن حرج وجود دارد و موجب مشقت و سختی برای مکلف است از وی ساقط است و به تعبیر دیگر در دین سختی و دشواری وجود ندارد و خداوند احکامی که حرجی باشد وضع نکرده است و هر حکم و تکلیف حرجی و سخت و دشوار را برداشته است (۸۹). عسر در اصطلاح بر معنای عرفی آن یعنی سختی شدید است (۸۳). فقها در خصوص معنای اصطلاحی حرج مانند معنای لغوی آن، حرج را به تنگنا و ضیق و سختی معنا نموده‌اند، اما در این که معنای حرج مطلق ضیق و سختی است یا سختی که قابل تحمل نباشد، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (۹۰).

در واقع تکلیف حرجی اگر به صورت ما لایطاق است که از بحث قاعده لاجرح خارج است؛ اما چنانچه به صورت مالایطاق نباشد ممکن است سختی آن منجر به اختلال نظام شود؛ به عنوان مثال در مسئله مورد بحث عوامل بسیاری چون ایجاد سختی‌ها و مشکلات برای والدین در نگه داشتن جنین‌های مبتلا به بیماری‌های خاص بالاخص بیماری‌هایی که قطعاً منجر به مرگ خواهند شد منجر به اختلال نظام زندگی آنان می‌گردد؛ علاوه بر اینکه هزینه‌های بدون دلیل برای خانواده ایجاد شده و در کنار آن بر دولت‌ها نیز مشکلات و هزینه‌های غیرقابل توجیهی بار می‌کند. حال با توجه به اینکه بر مبنای قاعده نفی اختلال در نظام، که یکی از قواعد مسلم حاکم بر فقه اجتماعی است، شارع مقدس حکم موجب اختلال زندگی مردم را تشریع نکرده است (۹۱)، می‌توان نتیجه گرفت که سقط جنین مورد نظر، بلامانع خواهد بود. چرا که به موجب این قاعده، اگر موضوعی به حکم اولیه، سبب اختلال در نظام زندگانی انسان شود، آن حکم اولیه که در بحث ما حرمت سقط جنین آنانسفال پس از چهار ماهگی است، برداشته می‌شود؛ اگرچه عقل محض نیز به قبح اختلال در نظام زندگی انسان حکم می‌کند و اختلال نظام را دارای مفسده لزومی می‌داند (۹۲). قسم سوم تکالیفی هستند که نه امر به مالایطاق هستند و نه موجب اختلال نظام می‌شوند ولیکن منجر به ضرر به نفوس و اموال و اعراض می‌شوند، این دسته داخل در قاعده

لاضرر می‌شوند. و اما قسم چهارم تکالیفی هستند که فقط ایجاد سختی می‌کنند اما منجر به سه مشکل فوق نمی‌شوند (۹۳). با توجه به این تقسیم‌بندی، عدم سقط جنین‌های آنانسفال، چنانچه ضرری داشته باشد توسط قاعده لاضرر مرتفع می‌شود، و اگر شامل هیچکدام از این موارد هم نباشد می‌توان سختی آن را که اعم از جسمانی و روحی-روانی است به وسیله قاعده لاجرح منتفی ساخت. شایان ذکر است که قاعده لاجرح منحصر در حرج جسمانی نیست؛ به این دلیل که اولاً حرج به معنای مشقت و سختی اعم از جسمانی و غیرجسمانی است (۸۳). ثانیاً بهترین دلیل بر امکان چیزی وقوع آن در خارج می‌باشد؛ در ابواب مختلف فقه مواردی از حرج‌های غیرجسمانی وجود دارد که فقها با تمسک به قاعده مذکور این گونه حرج‌ها را از مکلف برداشته‌اند. به عنوان مثال در مورد زنی که شوهر او مفقود نیست، ولی در مکانی زندانی شده است که امکان رجوع به وی وجود نداشته باشد می‌فرمایند: می‌توان به جهت قاعده لاجرح قائل به جواز طلاق شد (۹۴). ثالثاً آیاتی در قرآن (احزاب: ۳۷، نساء: ۶۵) وجود دارد که واژه حرج در مشقت و سختی جوانحی استعمال شده است (۹۵).

بی‌شک بار روانی ناشی از انتظار مرده‌زایی و داشتن تولد نوزادی که حتی دیدن تصاویر آن ناراحت‌کننده است (۸۷) موجب حرج مادر و به موجب قاعده لاجرح مرتفع است.

۶. نتیجه‌گیری

از میان بیماری‌های جنینی غیرقابل درمان، ابتلا به بیماری آنانسفالی که عبارت از معلولیت در ساختار فیزیولوژیک مغز است، به عنوان یکی از موارد ناهنجاری‌های جنینی که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص‌الخلقه بودن موجب حرج مادر می‌شود، مشمول قانون سقط درمانی می‌شود. در این میان، یکی از مسائلی که زنان باردار دارای جنین‌های ناهنجار با آن روبه‌رو هستند، اخذ مجوز سقط جنین فقط تا موعد ۴ ماه است. مشکلات ناشی از این امر، در مادرانی که جنین آنها فاقد مغز است قابل توجه است. با عنایت به قطعیت علم پزشکی در عدم قابلیت حیات این جنین‌ها حتی پس از تولد، مسئله گذر از

۸. سهم نویسندگان

نویسندگان این پژوهش، معیارهای استاندارد نویسندگی بر اساس پیشنهادات کمیته بین‌المللی ناشران مجلات پزشکی را دارا هستند.

۹. تضاد منافع

پژوهش حاضر تضاد منافع ندارد.

این محدودیت زمانی برای اخذ مجوز سقط پس از چهار ماهگی از مسائل قابل توجه است. پشتوانه‌های فقهی قوانین در نظام حقوقی ایران، محقق را ناگزیر از فحص ادله قابل استفاده در فقه اسلامی به منظور دست‌یابی به راهکارایی مبتنی بر ادله عقلی و نقلی در این زمینه می‌نماید.

بر این اساس، با استفاده از مبنای قائلین به تلقی مرگ برای افرادی که دچار مرگ مغزی شده‌اند، می‌توان از قدرت استدلالی قیاس اولویت که نزد فقهای امامیه حجت است، به منظور جواز صدور حکم سقط جنین در خصوص جنین‌های مبتلا به به بیماری آنانسفالی پس از موعد ۴ ماه بهره برد؛ با این توضیح که اگر در افرادی که حیات در آن‌ها استقرار یافته و دارای حیات استقلالی هستند در صورتی که فقط فعالیت مغزی آن‌ها متوقف شود قائل به مرگ آن‌ها باشیم پس به طریق اولی برای جنینی که اصلاً حیات آن استقرار نیافته و فعالیت برخی اندام‌های او وابسته به حیات مادر است و فاقد مغز و فعالیت مغزی است، باید قائل به عدم حیات و جواز سقط آن شویم.

هم‌چنین می‌توان به مفاد قاعده لاضرر و لاجرم استناد جست. با این تفسیر که با توجه به اینکه علم پزشکی یقین به نابودی جنین‌های آنانسفالی دارد، نگهداری جنین به غیر از اینکه عقلاً امری عبث و بیهوده است، ضررهای جانی و جسمانی نیز بر مادر تحمیل می‌کند، که قاعده لاضرر در اینجا می‌تواند راهگشای این معضل باشد و حکم وجوب حفظ جنین را از میان بردارد. از طرفی بی‌شک بار روانی ناشی از انتظار مرده‌زایی و تولد چنین نوزادی بدون داشتن جمجمه و تشکیل مغز موجب حرج مادر است و می‌توان حکم به جواز سقط جنین آنانسفال حتی بعد از موعد ۴ ماه را اثبات کرد.

۷. تقدیر و تشکر

نویسندگان از کلیه اشخاصی که در زمینه پژوهش حاضر به ما یاری رسانده‌اند، تشکر و قدردانی را دارند.



شکل ۱: عکس از جنین مبتلا به آنانسفالی (۲۳)

References:

1. Afshar M, Kianfar S. Prevalence of Neural Tube Defects and Related Risk Factors in Birjand Maternity Hospitals During the Years 1375-79. *Journal of Gorgan University of Medical Sciences*. 2005;6(4):45-51. (Persian).
2. Campbell LR, Dayton DH, Sohal G. Neural tube defects: a review of human and animal studies on the etiology of neural tube defects. *Teratology*. 1986;34(2):171-87.
3. Rasekh M. Life conflict: An Overview of Abortion Theories. *Journal of Legal Research*. 2004;38:168-205. (Persian).
4. Granchi JR. The wrongful birth tort: a policy analysis and the right to sue for an inconvenient child. *South Texas Law Review*. 2001;43:1261-87.
5. Tal'ati MH. Population Incrasing, Birth-Control and Abortion: Juridical-Legal Principles and Views. Qom: Bustan Book; 2004. (Persian).
6. Horr Ameli M. Wasael al-Shia. Qom: Al al-Beit; 1995. (Arabic).
7. Koleini AJM. Al-Kafi. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamia; 1986. (Arabic).
8. Behjat MT. Stifta'at. Qom: Ayatollah Behjat Office; 2007. (Persian).
9. Rouhani Ali Abadi M, Noghani F. Medical Jurisprudence. Tehran: Teimurzadeh; 1999. (Persian).
10. Khomeini R. Tozih al-Masael. Qom: Jame' Modarresin Hoze Elmie; 2003. (Persian).
11. Khamene'i A. Ajvab al- Stifta'at. Tehran: Hoda International Publication; 1960. (Arabic).
12. Mahmoodi M. New Issues from the Perspective of Jurists. Tehran: Yaran; 2004. (Persian).
13. Alian Nejadi Damghani A. Medical Rules in Accordance to the Verdicts of Ayatollah Makarem Shirazi. Qom: Imam Ali School; 2007. (Persian).
14. Rashedi L. New Stifta'at of Maraje Taqlid. Tehran: Payam Edalat; 2009. (Persian).
15. Sane'i Y. Medical Stifta'at. Qom: Meysam Temar; 2005.
16. Mousavi Bojnoordi M. The Juridical Rules. Tehran: Majd; 2006. (Persian).
17. Campbell S, Johnstone F, Holt E, May P. Anencephaly: early ultrasonic diagnosis and active management. *The Lancet*. 1972;300(7789):1226-7.
18. O'rahilly R, Müller F. Human embryology & teratology. New York: Wiley-Liss; 1992.
19. Sadler TW. Langman's Medical Embryology. Translated By: Bahadori M. Tehran: Chehr Publications; 1991. (Persian).
20. Moore KL. Human Fetal Development. Translated By: Fazel A, Habibi H, Foroughi M. Tehran: Bibliographic Institute; 1992. (Persian).
21. Anencephaly. Available at: in.gov/isdh/files/anencephaly.pdf. 2020.
22. Obeidi N, Russell N, Higgins JR, O'Donoghue K. The natural history of anencephaly. *Prenatal Diagnosis: Published in Affiliation With the International Society for Prenatal Diagnosis*. 2010;30(4):357-60.
23. Saheb SH, Shepur MP, Desai SD, Thomas ST, Haseena S. Anencephaly. *Journal of Pharmaceutical Sciences and Research*. 2012;4(3):1755-7.
24. Moore L. Anencephaly. *Journal of Diagnostic Medical Sonography*. 2010;26(6):286-9.
25. Botto LD, Moore CA, Khoury MJ, Erickson JD. Neural-tube defects. *New England journal of medicine*. 1999;341(20):1509-19.
26. Eslavath A, Diddi R, Valabhaneni K. Anencephaly: a 3 years study. *IOSR Journal of Dental and Medical Sciences*. 2013;12(2):12-5.
27. Jones KL. Smith's recognized patterns of human malformation. Philadelphia: Elsevier Saunders; 2006.
28. Goodman RM, Gorlin RG. Atlas of Congenital Anomalies in Children. Translated By: Eshtiaghi R, Baligh N, Arzaqoli Beigi Kh. Tehran: Futurists Publication; 1990. (Persian).
29. Isada NB, Qureshi F, Jacques SM, Holzgreve W, Tout MJ, Johnson MP, et al. Meroanencephaly: Pathology and prenatal diagnosis. *Fetal diagnosis and therapy*. 1993;8(6):423-8.
30. Khan IA, Firdaus U, Ali SM, Asghar I. Newborn with meroanencephaly: Surviving all odds. *Journal of pediatric neurosciences*. 2016;11(3):228.
31. Murlimanju B, Naveen N, Vishal K, Maligi A. Craniorachischisis totalis. *Journal of neurosciences in rural practice*. 2010;1(1):54-5.
32. Loncarek K, Mustac E, Frkovic A, Prodan M. Prevalence of anencephaly in the region of Rijeka, Croatia. *European journal of epidemiology*. 2001;17(3):241-4.

33. Anencephaly. Available at: <https://www.fetalhealthfoundation.org/fetalsyndromes/anencephaly/>. 2020.
34. Shaffer LG, Marazita ML, Bodurtha J, Newlin A, Nance WE. Evidence for a major gene in familial anencephaly. *American journal of medical genetics*. 1990;36(1):97-101.
35. Melnick M, Myrianthopoulos NC, Christian JC. The effects of chorion type on variation in IQ in the NCPP twin population. *American Journal of Human Genetics*. 1978;30(4):425-33.
36. Timson J. The sex ratio in anencephaly. *Genetica*. 1970;41(1):457-65.
37. Mahadevan B, Bhat BV. Neural tube defects in Pondicherry. *The Indian Journal of Pediatrics*. 2005;72(7):557-9.
38. Tan K, Tan S, Tan K, Yeo G. Anencephaly in Singapore: a ten-year series from 1993-2002. *Singapore medical journal*. 2007;48(1):12-5.
39. Wyszynski DF. Neural tube defects: from origin to treatment. Oxford: Oxford University Press; 2005.
40. Zhang Z, Chang H, Li Y, Zhang T, Zou J, Zheng X, et al. MicroRNAs: potential regulators involved in human anencephaly. *The international journal of biochemistry & cell biology*. 2010;42(2):367-74.
41. Golalipour MJ, Najafi L, Keshtkar AA. Prevalence of anencephaly in Gorgan, northern Iran. *Arch Iran Med*. 2010;13(1):34-7. (Persian).
42. Eshtiaghi R. Incomplete Embryos and Abortion, Proceedings of the Second Seminar of Islamic Perspectives on Medicine. Mashhad: Mashhad University of Medical Sciences; 1996. (Persian).
43. Turnpenny PD, Ellard S. Emery's elements of medical genetics. Translated By: Mohseni Meibodi A, Mansouri Z, Zarei Moradi Sh, Haratian K. Tehran: Human Center for Medical Science Publishing; 2013. (Persian).
44. Eftekhari T, Ghanbari Z, HAGH EF. Neural tube defect in alive neonates: incidence rate and predisposing factors. *Tehran University Medical Journal*. 2008;66(3):191-5. (Persian).
45. Kondo A, Kamihira O, Ozawa H. Neural tube defects: prevalence, etiology and prevention. *International Journal of Urology*. 2009;16(1):49-57.
46. Joó JG, Beke A, Papp C, Tóth-Pál E, Csaba A, Szigei Z, et al. Neural tube defects in the sample of genetic counselling. *Prenatal Diagnosis: Published in Affiliation With the International Society for Prenatal Diagnosis*. 2007;27(10):912-21.
47. Cedergren M, Selbing A. Detection of fetal structural abnormalities by an 11–14-week ultrasound dating scan in an unselected Swedish population. *Acta obstetricia et gynecologica Scandinavica*. 2006;85(8):912-5.
48. Afshar Quchani Z, Izanloo M. Possibility demand of birth and life damages and pillar of liability (Comparative study). *Comparative Law Review*. 2014;5(1):21-35. (Persian).
49. Frasca RR. Negligent beginnings: Damages in wrongful conception, wrongful birth and wrongful life. *Journal of Forensic Economics*. 2006;19(2):185-205.
50. Chamallas M, Wiggins JB. The measure of injury. New York: New York University Press; 2010.
51. McDonough B. Wrongful Birth: A Child of Tort Comes of Age. *Cincinnati Law Review*. 1981;50:65-74.
52. Dehkoda A. Dictionary. Tehran: University of Tehran; 1998. (Persian).
53. Makarem Shirazi N. Anwar al-Osoul. Qom: Imam Ali ibn Abi Taleb School; 2007. (Arabic).
54. Najafi Isfahani MR. Vaqayat al-Azhan. Qom: Al al-beyt Institute; 1993. (Arabic).
55. Tabatabaei M. Mafatih al-Osoul. Qom: Ahl al-beyt Institute; 1879. (Arabic).
56. Mozaffar M. Osoul al-Fiqh. Qom: Institute of Islamic Publication (Jame'eye Modarresin); 2009. (Arabic).
57. Heydari A. Osoul al-Estenbat. Qom: Lojneh Edareh Hoze Elmie; 1960. (Arabic).
58. Haeri Esfahani M. Al-Fosol al- Qaraviyeh. Qom: Dar al-Olom al- Islamieh; 1984. (Arabic).
59. Hakim M. Mesbah al-Menhaj. Qom: al-Menar Institute; No Date. (Arabic).
60. Ardebili A. Majma' al-Faede va al-Borhan. Qom: Islamic Publications Office affiliated to Qom Theological Seminary; 1983. (Arabic).
61. Golpayegani MR. Al-Hasar and al-Sad. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim; 1993. (Arabic).
62. Rouhani S. feqh Al-Sadeq. Qom: Dar al-Ketab - School of Imam Sadeq; 1992. (Arabic).
63. Mohammadi Hamdani A. Organs Transplantation and Related Estefta'at of Ten Jurisprudential Legal Theses on New Issues. 1st ed. Tehran: Jungle Publications; 2008. (Persian).

64. Goudarzi F, Kiyani M. Forensic Medicine. Tehran: Samt; 2014. (Persian).
65. Makarem Shirazi N. Medical Ruling. Qom: Imam Ali ibn Abi Taleb School; 2008. (Persian).
66. Nouri Hamadani H. One Thousand and One Jurisprudence Issues (Estefta'at Collection). Qom: The Promised Mahdi; 2005. (Persian).
67. Naraqi MA. Mostanad al-Shi'i fi Ahkam al-Shari'ah. Qom: Ahl al-beyt Institute; 1994. (Arabic).
68. Sabzevari SA. Mohazzab al-Ahkam. Qom: Al-Manar Institute; No Date. (Arabic).
69. Mortazavi SM. Organs Transplantation and Brain Death in the Mirror of Jurisprudence. Mashhad: Nasim Rezwan; 2014. (Persian).
70. Masjed Sarayi H, Nazari A. Basics of Sentence of Life and Death in the Phenomenon of Brain Death from the Perspective of Jurisprudence of Islamic Religions. *Fiqhe Moqaran*. 2017;10:55-83. (Persian).
71. Asefi MM. Organs Transplant of Brain Deads. *Fighe- e- Ahl- e – Bait*. 2002;31:3-44. (Persian).
72. Mohseni MA. Al-Fiqh and Paranormal Issues. Qom: Book Garden; 2005. (Persian).
73. Abbasi M, Calhorna Golkar M. Brain Death; Neither Certain Death nor Life; A Special Situation in the Light of New Biomedical Technologies. *Medical Law*. 2013;24:47-64. (Persian).
74. Hatami AA, Mas'udi N. The Legal Consequences of Brain Death. *Legal Studies*. 2010;2:61-83. (Persian).
75. Montazeri HA. Al-Ahkam al-Shar'iyeh. Qom: Tafakkor; 1993. (Arabic).
76. Ahmad F. Anencephalic infants as organ donors: beware the slippery slope. *CMAJ: Canadian Medical Association Journal*. 1992;146(2):236.
77. Harrison MR. Organ procurement for children: the anencephalic fetus as donor. *Lancet (London, England)*. 1986;2(8520):1383-6.
78. Khomeini R. Bada'ee al- Dorar fi Qaedeye Nafy al-Zarar. Qom: Institute for Organizing and Publishing Imam Khomeini's Works; 1994. (Arabic).
79. Ibn- e- Manzour JM. Lisan al-Arab. Beirut: Dar al-Fekr; 1994. (Arabic).
80. Sistani SA. La Zarar Rule. Qom: Ayatollah Sistani's office; 1994. (Arabic).
81. Khomeinii R. Al-rasael. Qom: Esmaelian; 1990. (Arabic).
82. Shari'at Esfahani F. La Zarar Rule. Qom: Islamic Publications Office affiliated to Teachers community of Qom Theological Seminary; 1990. (Arabic).
83. Naraqi MA. Avaed al-Ayyam. Qom: Publications of the Islamic Advertising Office of Qom Seminary; 1996. (Arabic).
84. Ansari M. Faraed al- Osoul. Qom: Islamic Publications Office affiliated to Teachers community of Qom Theological Seminary; 1995. (Arabic).
85. Dommergues M, Benachi A, Benifla JL, des Noëttes R, Dumez Y. The reasons for termination of pregnancy in the third trimester. *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*. 1999;106(4):297-303.
86. Ekmekci E, Gencdal S. What's Happening When the Pregnancies Are Not Terminated in Case of Anencephalic Fetuses? *Journal of clinical medicine research*. 2019;11(5):332.
87. Diniz D. Selective abortion in Brazil: the anencephaly case. *Developing World Bioethics*. 2007;7(2):64-7.
88. Mingati VS, Góes WPD, Costa IGd. The anencephalic fetus abortion and the constitutional issue. *Journal of Human Growth and Development*. 2012;22(2):133-41.
89. Bojnordi M. Jurisprudential Rules. Tehran: Orouj Institute; 1981. (Persian).
90. Fazel Lankarani MJ. La Haraj Rule. Qom: Publications of the Jurisprudential Center of Aeme Athar; 2006. (Persian).
91. Khorsandian MA, Sharaei E. Principles of the Rule of Denial of System Disruption in Islamic Jurisprudence and Subject Law. *Jurisprudence and Principles of Islamic Law*. 2016;1(49):104-83. (Persian).
92. Mozaffar MR. Al-Manteq. Najaf: Ismailian Press Institute; 2009. (Arabic).
93. Makarem Shirazi N. Al-Qavaed Al-Feqhiye. Qom: School of Amir al-Mo'menin; 1991. (Arabic).
94. Tabatabaei Yazdi M. Takmele Orvat Al-Vosqa. Qom: Davari Bookstore; 1994. (Arabic).
95. Sobhani J. Al-Rasa'el Al-Arba'. Qom: Imam Sadegh Institute; 1995. (Arabic).



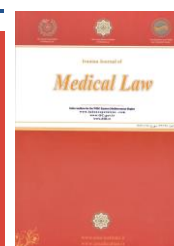
The Iranian Association
of Medical Law

MLJ

Medical Law Journal

2021; 15(56): e50

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>



ORIGINAL ARTICLE

Jurisprudential feasibility of eliminate the time limit of anencephalic abortion license

Atefeh Ajori Aysak¹ , Fatemeh Rezaei^{2*}

1. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, University of Birjand, Birjand, Iran.

2. Ph.D. Student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad, Mashhad, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Received: 18 March 2020

Accepted: 6 October 2020

Published online: 19 October 2021

Keywords:

Anencephaly

Brain Death

Analogy of Priority

La Zarar Rule

La Haraj Rule

* Corresponding Author:

Fatemeh Rezaei

Address: Department of Jurisprudence
and Principles of Islamic Law, Ferdowsi
University of Mashhad, Mashhad, Iran.

Postal Code: 91646-97968

Telephone: 51-33410363

Email: rezaeirezaei.fa@mail.um.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aim: Anencephaly is one of the fetal malformations caused by neural tube defects in the fetal head. It often results in the death of a baby or a baby during pregnancy and sometimes after birth. Therefore, the disease, as opposed to anomalies in life, is one of the cases of abortion before 4 months of age. However, given that abortion licenses are limited in time (up to the ensoulment at four months of age), we may face legal and legal bans on abortion if we diagnose this disease late. The present study seeks to assess the jurisprudential and legal feasibility of abortion of such embryos after four months, considering the science and termination of death of these embryos after this time.

Materials and Methods: This research has been prepared by descriptive analytical method and its data has been collected by Library Tool.

Results: Among the incurable fetal diseases, anencephaly, which is a defect in the physiological structure of the brain, is one of the cases of fetal abnormalities that make it difficult for the mother due to retardation or deformity, subject to abortion law. Is treated. One of the problems that pregnant women with abnormal fetuses face is getting an abortion permit for only 4 months. The resulting problems are significant in mothers with anencephaly fetus. Given the certainty of medical science in the inability of these embryos to survive even after birth, the issue of overcoming this time limit for obtaining an abortion permit after 4 months is a significant issue. The jurisprudential support of the laws in the Iranian legal system makes the researcher inevitably examine the arguments that can be used in Islamic jurisprudence in order to achieve a solution based on rational and narrative arguments in this field.

Ethical considerations: In order to organize this research, observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

Conclusion: This study shows that by invoking reasons such as the analogy of priority (analogy with brain death) and the application of la zarar and la haraj rules, it is possible to prove the ruling on the permission of anencephaly abortion even after 4 months.

© Copyright (2018) Iranian Association of Medical law, Tehran, Iran.

Cite this article as:

Ajori Aysak A, Rezaei F. Jurisprudential feasibility of eliminate the time limit of anencephalic abortion license. *Medical Law Journal* 2021; 15(56): e50.