مسألة ۶ إذا لم يكن الإتيان إيقابا كالتفخيذ أو بين الأليتين فحده مائة جلدة ، من غير فرق بين المحصن و غيره و الكافر و المسلم إذا لم يكن الفاعل كافرا و المفعول مسلما، و إلا قتل كما مر، و لو تكرر منه الفعل و تخلله الحد قتل فى الرابعة، و قيل فى الثالثة، و الأول أشبه.

المساله تحتوى على فروع ثلاثه

الاول حد التفخيذ ماه جلده و لا دخل للاحصان فيه

الثانى قتل الكافر اذا تفاخذ مع المسلم

الثالث قتل المتفاخذ اذا حد ثلاث مرات بل فى الرابعه

اما الجلد فى التفخيذ فالروايات الوارده على انواع ثلاثه

منها ما يذكر فيها التفخيذ و لايصرح بحكمه و هى صحيحه الحسين بن سعيد:

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ قَالَ قَرَأْتُ بِخَطِّ رَجُلٍ أَعْرِفُهُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ ع وَ قَرَأْتُ جَوَابَ أَبِي الْحَسَنِ ع بِخَطِّهِ هَلْ عَلَى رَجُلٍ لَعِبَ بِغُلَامٍ بَيْنَ فَخِذَيْهِ حَدٌّ فَإِنَّ بَعْضَ الْعِصَابَةِ رَوَى أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِلَعِبِ الرَّجُلِ بِالْغُلَامِ بَيْنَ فَخِذَيْهِ فَكَتَبَ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ وَ كَتَبَ أَيْضاً هَذَا الرَّجُلُ وَ لَمْ أَرَ الْجَوَابَ مَا حَدُّ رَجُلَيْنِ نَكَحَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ طَوْعاً بَيْنَ فَخِذَيْهِ مَا تَوْبَتُهُ فَكَتَبَ الْقَتْلُ وَ مَا حَدُّ رَجُلَيْنِ وُجِدَا نَائِمَيْنِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ فَكَتَبَ مِائَةُ سَوْطٍ(وسائل۲۸ص۱۵۴)

حيث سال عن التفخيذ فلعن الفاعل و لم يصرح بحكمه

و منها ما ورد فى المجردين تحت لحاف واحد و حكم بالحد ماه كصحيحه ابى عبيده»

كلينى عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ كَانَ عَلِيٌّ ع إِذَا وَجَدَ رَجُلَيْنِ فِي لِحَافٍ وَاحِدٍ مُجَرَّدَيْنِ جَلَدَهُمَا حَدَّ الزَّانِي مِائَةَ جَلْدَةٍ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (وسائل۲۸ص۸۹)

و منها ما ظاهره الضرب اذا كانا مجردين فى لحاف واحد بلا تصريح بالتفخيذ و الحد و مقدر الضرب الا ان المفهوم منه بقرينه ما فيه من بيان حد الثقب ان المراد من المجردين المتفاخذان كصحيحه ابى بصير:

كلینی عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ(بن محمد بن عیسی) عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِی بَصِیرٍ عَنْ أَبِی عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ یَقُولُ إِنَّ فِی کِتَابِ عَلِیٍّ ع إِذَا أُخِذَ الرَّجُلُ مَعَ غُلَامٍ فِی لِحَافٍ مُجَرَّدَیْنِ ضُرِبَ الرَّجُلُ وَ أُدِّبَ الْغُلَامُ وَ إِنْ کَانَ ثَقَبَ وَ کَانَ مُحْصَناً رُجِمَ (وسائل۲۸ص۱۵۹)

و منها ما ورد فی التفخیذ و ان حده حد الزانی المستفاد منها ماه جلده و هی مرفوعه الواسطی:

کلینی عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَی عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ(یحیی بن عمران) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ هَارُونَ (مجهول)عَنْ أَبِی یَحْیَی الْوَاسِطِیِّ(غیر ثقه) رَفَعَهُ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلَیْنِ یَتَفَاخَذَانِ قَالَ حَدُّهُمَا حَدُّ الزَّانِی فَإِنِ ادَّعَمَ أَحَدُهُمَا عَلَی صَاحِبِهِ ضُرِبَ الدَّاعِمُ ضَرْبَةً بِالسَّیْفِ أَخَذَتْ مِنْهُ مَا أَخَذَتْ وَ تَرَکَتْ مَا تَرَکَتْ یُرِیدُ بِهَا مَقْتَلَهُ وَ الدَّاعِمُ عَلَیْهِ یُحْرَقُ بِالنَّارِ (وسائل۲۸ص۱۱۵۹)

فان قوله علیه السلام اذا ادعم فالقتل یوجب حمل حد الرانی هنا علی الجلد فان القتل و الرجم فی الزنا فی الدخول بشرائطه

و منها ما هو ظاهر فی التفخیذ و الحد دون القتل و معلوم ان الحد دون القتل معناه الجلد کروایه سلیمان بن هلال الصحیحه بسند الصدوق:

الطوسی باسناده عن الحسین بن سعید عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ(الجوهری واقفی قیل بوثاقته) عَنْ عَبْدِ الصَّمَدِ بْنِ بَشِیرٍ عَنْ سُلَیْمَانَ بْنِ هِلَالٍ(مجهول)

و سند الصدوق: الصدوق بإسناده عن حماد عن حریز عن أبی عبدالله علیه السلام

قَالَ سَأَلَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع فَقَالَ جُعِلْتُ فِدَاکَ الرَّجُلُ یَنَامُ مَعَ الرَّجُلِ فِی لِحَافٍ وَاحِدٍ فَقَالَ ذَوَا مَحْرَمٍ فَقَالَ لَا قَالَ مِنْ ضَرُورَةٍ قَالَ لَا قَالَ یُضْرَبَانِ ثَلَاثِینَ سَوْطاً ثَلَاثِینَ سَوْطاً قَالَ فَإِنَّهُ فَعَلَ قَالَ إِنْ کَانَ دُونَ الثَّقْبِ فَالْحَدُّ وَ إِنْ هُوَ ثَقَبَ أُقِیمَ قَائِماً ثُمَّ ضُرِبَ ضَرْبَةً بِالسَّیْفِ أَخَذَ السَّیْفُ مِنْهُ مَا أَخَذَهُ قَالَ فَقُلْتُ لَهُ فَهُوَ الْقَتْلُ قَالَ هُوَ ذَاکَ قُلْتُ فَامْرَأَةٌ نَامَتْ مَعَ امْرَأَةٍ فِی لِحَافٍ فَقَالَ ذَوَاتَا مَحْرَمٍ قُلْتُ لَا قَالَ مِنْ ضَرُورَةٍ قُلْتُ لَا قَالَ تُضْرَبَانِ ثَلَاثِینَ سَوْطاً ثَلَاثِینَ سَوْطاً قُلْتُ فَإِنَّهَا فَعَلَتْ قَالَ فَشَقَّ ذَلِکَ عَلَیْهِ فَقَالَ أُفٍّ أُفٍّ أُفٍّ ثَلَاثاً وَ قَالَ الْحَدَّ (وسائل۲۸ص۹۰)

فالمستفادم من مجموع الروايات ان الحد فيما دون الثقب ليس برجم و لا قتل بلا فرق بين الفاعل و المفعول و اطلاق ما ظاهرها الحد فی مطلق المجردين يقيد بما فی صحيحه حريز من الفرق فی المجردين بين الفعل اما بالثقب و اما دونه و بين عدم الفعل حيث فيه الضرب ثلاثين

و اما القتل اذا كان احد المتفاخذين كافرا فلاخلاف فيه و ان لم يكن هناک نص عليه الا انه الفتوی المشهور بل يمكن ادعاء الاجماع عليه و فی الرياض لانه من الهتک و قد مر ان الهتک لو كان موجبا للقتل فيجب قتل المسلم الذی سلط الكافر علی نفسه اذا كان هناک فاعلا و مفعولاو المفعول المسلم نعم قيل انه من باب الحكم فی الزنا فان حد التفخيذ حد الزنا ماه جلده و قد مر ان الكافر الزانی بالمسلم حكمه القتل مطلقا بلا فرق بين احصانه و عدمه و بما ان حد التفخيذ حد الزنا فيعلم حاله من الحكم فی الزنا و لكن الاصل الاجماع

و اما القتل مع التكرارفی الثالثه فلصحيحه يونس:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍعَنْ صَفْوَانَ عَنْ يُونُسَ عَنْ أَبِی الْحَسَنِ الْمَاضِی ع قَالَ أَصْحَابُ الْكَبَائِرِ كُلِّهَا إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِمُ الْحُدُودُ مَرَّتَيْنِ قُتِلُوا فِی الثَّالِثَةِ (وسائل۲۸ص۲۳۴)

و اما القتل فی الرابعه فليس فی خصوص الفواط نص الا انه ورد فی الزنا القتل فی الرابعه فی صحيحه ابی بصير:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِی بَصِيرٍ قَالَ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع الزَّانِی إِذَا زَنَى يُجْلَدُ ثَلَاثاً وَ يُقْتَلُ فِی الرَّابِعَةِ يَعْنِی جُلِدَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ (وسائل۲۸ص۲۰)

و مقتضی الجمع بين روايه يونس و ابی بصير و ان كان تخصيص صحيحه يونس فی الزنا الا ان الفتوی من الاصحاب فی اللواط ايضا فی الرابعه فيعلم انهم الحقوا اللواط بالزنی و حكموا فيه بالقتل فی الرابعه و هذا مقتضی درء الحدود بالشبهات