

vyprovokované zabití v německém trestním právu

JUDr. Jaromír Hořák, Právnická fakulta UK v Praze

1. Úvodem

Souvislost mezi předchozím chováním oběti a trestným činem je zřídka tak různorodá jako v jednotlivých případech úmyslných usmrcení. Poškozený se většinou terčem smrtícího útoku nestává náhodně, nýbrž na základě určitých individuálních předpokladů. Mezi *viktimogenní faktory* patří např. příslušnost ke skupině osob, která je s ohledem na povolání či způsob života riziková (policisté, noční hlídači, listonoši či naopak prostitutky nebo kriminální recidivisté). Mnohem častěji však oběť participuje na vzniku předeliktní situace jako účastník interpersonálního konfliktu.¹ Příznačná je skutečnost, že mezi oběťmi úmyslných usmrcení figurují ze čtyř pět² osoby, k nimž má pachatel určitý vztah, ať se již jedná o pouhé chvilkové známé z restaurace, znesvářené sousedy nebo rodinné příslušníky či obchodní partnery. Konflikty, jež posléze vyvrcholí usmrcením jednoho z jejich účastníků, nabývají opět nesmírné variability, od náhodných afektivních srážek v alkoholovém opojení až pod dlouhodobou vzájemnou nenávist, doprovázenou stupňujícími se fyzickými útoky. Zejména však nese oběť trestného činu za vznik konfliktu v jednotlivých případech různý díl odpovědnosti. *Specifickou skupinu tvoří ti poškození, kteří se cílem útoku stali v důsledku svého vlastního protiprávního či alespoň morálně*

¹ Viz např. VERNEROVÁ, E.: Vybrané viktimologické problémy. Československá kriminalistika. Roč. XVIII/1985, str. 304 a násl.; ZAPLETAL, J.: Úmyslná usmrcení. Praha, VÚK, 1980, str. 24 a násl., str. 38 a násl.

² Jak uvádí koncem sedmdesátých let Zapletal, cit. dílo, str. 40; Dnes (2008) může být podíl náhodných obětí vražd o jen málo větší, viz např. ZÁHORSKÁ, J.: Psychologická intervence při vyšetřování trestných činů. Praha: Portál, 2007, str. 62

zavrženíhodného chování, zpravidla vůči pachateli či jemu blízkým osobám. Jedná se o případy tzv. *viktimologického zavinění* v užším slova smyslu, kdy je reakce pachatele na zlé nakládání ze strany usmrcené osoby do jisté míry lidsky pochopitelná, neboť poškozený svým jednáním aktivně a vědomě útočil na hodnoty společností uznávané a chráněné (zejm. život, zdraví, lidská důstojnost a svoboda) a úmyslně působil pachateli či jiným osobám fyzické či duševní utrpení.

Trestní právo jednotlivých zemí bere na tzv. *provokaci* pachatele ze strany poškozeného (míněno v nejširším smyslu) obvykle zřetel. Činí tak ovšem s různou intenzitou a důsledností skrze velmi rozmanitě řešená ustanovení obecné a zvláštní části trestních zákonů. V případech úmyslných usmrcení spadá jen část jednání vyvolaných příkořím ze strany usmrcené osoby do rámce přiměřené nutné obrany, tedy jednání *dovoleného*, které odvrací bezprostředně hrozící či trvajícím útok na život a zdraví. Vedle *beztrestnosti* osob jednajících v nutné obraně však trestní zákony zpravidla *mírněji* posuzují takové skutky, při nichž sice okolnosti vylučující protiprávnost dány nebyly, pachatel však proti životu poškozeného útočil z pohnutek či po vlivem emocí do jisté míry ospravedlnitelných. Takové situace mohou být pokryty ustanoveními o obecných polehčujících okolnostech či pravidly pro ukládání trestu pod dolní hranici příslušné trestní sazby. Dále se v trestních zákonech objevují speciální ustanovení o mírnějším postihu pachatelů, kteří vykročili z mezí *nutné obrany*, zejména měl-li takový exces podobu zkratkovité reakce ve zmatku, úleku či strachu. Velmi často však zákonodárce volí ještě navíc *diferencovanou úpravu deliktů* ve zvláštní části trestního zákona, kde se *provokace* poškozeného stává jedním

z rozlišujících znaků mezi méně závažnými a závažnějšími typy deliktů, spočívajících v úmyslném usmrcení člověka.³

Určitým způsobem kvalifikované viktimologické zavinění jako znak mírněji trestného deliktu (zpravidla na bázi pojmové dichotomie *vražda -zabití*), se často objevuje ve spojení se znakem tzv. *ospravedlnitelného afektu*, tzn. vzhledem k okolnostem obecně pochopitelného silného rozrušení pachatele těsně před spácháním a v době spáchání trestného činu. Znaky *afektu a provokace* se v jednotlivých platných i historických úpravách úmyslného usmrcení různě kombinují a nalézáme je v odlišných vzájemných vztazích. V některých cizích úpravách jsou privilegované skutkové podstaty *zabití* založeny výhradně na znaku *ospravedlnitelného afektu* (§ 76 platného znění rakouského tr. zákoníku), avšak s tím, že judikatura jako typický podnět vedoucí u pachatele k afektu akceptuje právě provokaci ze strany poškozeného, byť ta nemusí být v zákonném ustanovení výslovně zmíněna. Časté jsou úpravy, kdy privilegované ustanovení výslovně požaduje na sebe kauzálně navazující provokaci a afekt, jak je tomu i v německé úpravě, zkoumané blíže v tomto příspěvku.⁴ Třetí možností je vzájemná nezávislost obou znaků, které obstojí jako důvody mírnějšího postihu vedle sebe. Jde o širší řešení, které snáze umožňuje zohlednit pohnutku pachatele, nezávisle na příliš zužujícím psychologickém kritériu *ospravedlnitelného afektu*.⁵

K naposledy uvedenému typu úpravy se přiklonili i tvůrci návrhu nového trestního zákoníku z roku 2008 v ust. § 139

³ Blíže k systematické úmyslných usmrcení viz např. EYSSELT, E.: Úmyslná usmrcení. Právník, č. 1/1948, str. 1 až 21; či ESER, A.: Die vorsätzlichen Tötungstatbestände, Eine reformpolitisch-rechtvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse, Zeitschrift für die Gesamte strafrechtswissenschaft, sv. 92 (1980), str. 495 a násl.

⁴ S navzájem se podmiňujícími znaky provokace a afektu počítá i anglický *Homicide Act* z roku 1957, k tomu blíže viz např.: HOŘÁK, J.: Úmyslná usmrcení v právu anglosaských zemí, In: FENYK, J.: Pocta Dagmar císařové k 75. narozeninám. LexisNexis: Praha, 2007, str. 38 a násl.

⁵ Jde o řešení poměrně málo časté, nikoli však nevhodné. Právě k němu se uchýlil Anselm von Feuerbach ve vlivném návrhu Bavorského trestního zákoníku z roku 1813. Blíže viz WACHENFELD, F.: Mord und Totschlag sowie die vorsätzliche Körperverletzung mit tödlichem Ausgange in der Gesetzgebungen seit der Mitte des 18. Jahrhunderts. Marburg, 1890, str. 64 a násl.

odst. 1 pojednávajícím o zabití.⁶ Navrhované ustanovení reaguje na kritiku dosavadního jednotného typu skutkové podstaty vraždy, který nevystihuje neobyčejnou pestrost skutků, jimiž jsou tyto trestné činy páčány.⁷ Nová privilegovaná skutková⁸ podstata dle ust. § 139 odst. 1 osnovy počítá (oproti podstatně přísněji trestné vraždě, viz § 138 odst. 1 a 2 osnovy) s trestem odnětí svobody *od tří do osmi let* pro toho, kdo úmyslně usmrtí jinou osobu v silném rozrušení, strachu, úleku nebo zmatku anebo *v důsledku předchozího zavrženíhodného jednání poškozeného*. Důvodová zpráva, vycházející z výsledků odborné konference pořádané katedrou trestního práva PFUK, odkazuje na zahraniční právní úpravy postihu typově méně závažných případů úmyslných usmrcení, konkrétně na příslušná ustanovení trestních kodexů Švýcarska, Rakouska a Polska. Žádná z těchto zahraničních úprav však shodou okolností není založena na znaku *provokace* pachatele usmrcenou osobou, který by byl výslovně uveden v zákoně, nýbrž jsou jim vlastní řešení na bázi tzv. *afektdeliktu*, pod nějž ovšem většina vyprovokovaných zabití *de facto* spadá. Ze sousedních zemí toliko trestní zákoník Německa (StGB) obsahuje v § 213 samostatné zákonné ustanovení o *tzv. méně závažném případě zabití*, jehož pachatel byl k činu pohnut v důsledku zlého nakládání či urážky poškozeného. Německé řešení je systematicky odlišné od českého návrhu, neboť přísně vzato nepředstavuje privilegovanou skutkovou podstatu a především podmiňuje aplikaci mírnější trestní sazby koincidencí a příčinným vztahem mezi provokací a afektem. Vzhledem k tomu, že v trestním právu platném v moderní době na území České republiky (na rozdíl od Slovenska⁹) mírněji trestné případy

⁶ Viz sněmovní tisk č. 410/0 dostupný na www.psp.cz

⁷ Viz např. MUSIL, J.: Český trestní zákon potřebuje diferencovanější skutkovou podstatu úmyslného usmrcení. Trestní právo č. 10/2004, str. 10-14; srov. HOŘÁK, J.: Úmyslná usmrcení *de lege ferenda*, AUC-Iuridica, č. 2/2007, str. 133 až 141

⁸ K otázce klasifikace skutkových podstat viz diskuzi mezi T. Gřivnou a J. Říhou v časopise Trestní právo č. 6/2003, 3/2004, 4/2004

⁹ Uherský trestní zákon z roku 1878 počítá v ust. § 281 s mírnějším postihem pro úmyslné zabití spáchané ve velkém rozčilení, jež bylo způsobeno tím, že zabitá osoba pachateli nebo jeho „příslušníkům“ bezprávně těžce

vyprovokovaných úmyslných usmrcení dosud nikdy výslovně upraveny nebyly, je německá judikatura a nauka, vážící se k ust. § 213 StGB, nejbližším zdrojem inspirace, pokud jde o rozličné otázky a případné aplikační nesnáze, jež se zavedením nového deliktu v českém trestním právu mohou vzniknout.¹⁰

Německá právní úprava je již tradičně charakterizována diferenciací mezi závažnějšími a méně závažnými formami úmyslných usmrcení. I když platné řešení, pocházející z roku 1941, užívá stejně jako historické německé úpravy pojmového rozlišení mezi *zabitím* (Totschlag) a *vraždou* (Mord), jde o řešení založené na kritériích zformulovaných odlišně a i v mezinárodním srovnání z řady důvodů ojedinělé. Přes uvedený pojmový dualismus lze totiž z hlediska typologie právních úprav hovořit o tzv. modifikované trojstupňovosti (tripartici).¹¹ Jde o poměrně komplikovaný model, kdy vedle pojmově navzájem odlišené základní a kvalifikované formy téhož deliktu (vražda vs. zabití) existuje ještě tzv. *méně závažný případ zabití*, jako od základního typu deliktu pojmově neodlišená privilegovaná forma (§ 213 StGB). Zároveň je však u některých případů základního typu (Totschlag) zvláštní klauzulí předpokládána stejná trestnost jako u nejzávažnější formy daného deliktu (§ 212 odst. 2 StGB). Vedle této třístupňové struktury existuje v německém právu jako další samostatný delikt specifický typ homicidia, a to *usmrcení na žádost* (§ 216 StGB).¹²

ublížila nebo je těžce urazila a zabití bylo v tomto rozčlenění ihned vykonáno. Jednalo se o úpravu inspirovanou v té době novým německým StGB a tehdejšími neschválenými rakouskými osnovami. Blíže k právněhistorickému vývoji ve střední Evropě viz HOŘÁK, J.: Úmyslná usmrcení v ospravedlnitelném afektu. Vyjde v časopise Trestní právo, č. 9/2008 a č. 10/2008

¹⁰ Tento text je určen českým čtenářům. Proto zde záměrně neužívám německé formy citací a kromě zkratky StGB (Strafgesetzbuch) neužívám obvyklých německých zkratk. Judikaturu z téhož důvodu cituji podle spisových značek, na jejichž základě ji lze dohledat v přísl. internetových databázích, např. od spol. C.H. Beck.

¹¹ ESER, Die vor..., schema na str. 507

¹² Na rozdíl od českého trestního zákona nezná německý StGB zvláštní privilegovanou skutkovou podstatu výslovně postihující usmrcení novorozeného dítěte matkou v rozrušení způsobeném porodem. Ust. § 217 StGB, jež se týkalo zabití nemanželského dítěte svobodnou matkou, bylo ze zákona vypuštěno jako obsoletní v roce 1998. Podobně byla již v roce 1969 zrušena zvláštní ustanovení o souboji. Případy spadající u nás pod ust. § 220 tr. zák. se v Německu řeší právě v rámci zde zmiňované druhé alternativy méně závažného případu zabití dle §

Platné znění relevantních ustanovení německého zákona je následující:

§ 211 **Vražda**

- (1) Vrah bude potrestán trestem odnětí svobody na doživotí.
- (2) Vrahem je ten, kdo pro pouhé potěšení, za účelem pohlavního uspokojení, ze ziskovosti nebo z jiných nízkých pohnutek, zákeřně nebo surově nebo obecně nebezpečnými prostředky nebo za účelem usnadnění nebo zakrytí jiného trestného činu usmrtí člověka.

§ 212 **Zabití**

- (1) Kdo jiného usmrtí, aniž by byl vrahem, bude jako pachatel zabití potrestán trestem odnětí svobody v trvání nejméně pěti let.
- (2) V obzvlášť závažných případech necht' je uložen trest odnětí svobody na doživotí.

§ 213 **Méně závažný případ zabití**

Byl-li pachatel zabití bez vlastní viny vyprovokován k hněvu a tím na místě stržen k činu zlým nakládáním nebo těžkou urážkou způsobenou jemu nebo jeho rodinnému příslušníku usmrcenou osobou, nebo jde-li z jiných důvodů o případ méně závažný, bude trest uložen v rozmezí od jednoho roku do deseti let odnětí svobody.

213 StGB. V souvislosti s problematikou úmyslného usmrcení připomeňme ještě ust. § 33 StGB o beztrestnosti toho, kdo překročí meze nutné obrany ve zmatku, strachu nebo z leknutí (srov. obdobně např. čl. 16 odst. 2 švýcarského tr. zákoníku, § 3 odst. 2 kodexu rakouského či § 29 odst. 3 pův. návrhu nového tr. zákoníku). K někdejšímu ust. § 217 StGB viz např. BINDING, K.: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Erster Band. Leipzig 1902, str. 31 a násl., k souboji dle někdejšího ust. § 201 a násl. StGB tamtéž, str. 70

2. Charakter ust. § 213 StGB a jeho vztah k dalším ustanovením

Ustanovení § 213 StGB o takzvaném méně závažném případě zabití („minder schwerer Fall des Totschlags“) zahrnuje v sobě dvě varianty. První z nich je založena na kombinaci požadavku kvalifikovaného afektu a provokace usmrcenou osobou. Pokud jde o druhou alternativu ust. § 213 StGB, tvoří ji *generální klauzule*, která dává soudu možnost mírněji postihnout i jakýkoli „jiný méně závažný případ“ zabití („...oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor..“). V německé trestněprávní nauce a judikatuře nepanuje úplná shoda, zda se v případě ust. § 213 StGB jedná v poměru k zabití dle ust. § 212 StGB o privilegovanou skutkovou podstatu, tzn. zda jde o samostatný mírněji trestný typ deliktu *určitého druhu* (podobně jako je vražda dle ust. § 211 skutkovou podstatou kvalifikovanou vůči ust. § 212). Převážná většina komentářů a učebnic i ustálená judikatura obvykle konstatují, že ust. § 213 StGB není, na rozdíl od např. usmrcení na žádost dle § 216 StGB, privilegovanou skutkovou podstatou, ale jedná se o pouhé *pravidlo pro ukládání trestu* (Strafzumessungsregel) za trestný čin zabití dle ust. 212 StGB. Zastánci tohoto pojetí odkazují na znění § 213, v němž je řeč o „pachateli zabití“ (Totschläger). Zároveň samo vyprovokované zabití je v zákoně výslovně uvedeným *typickým příkladem* (Regelbeispiel) méně závažného zabití, na něž se vztahuje snížená trestní sazba.¹³

Uvedené rozlišování mezi privilegovanou skutkovou podstatou a pravidlem pro ukládání trestu, má, jak dále

¹³ Viz WACHENFELD, F.: Die Tötungsdelikte, Berlin 1909, str. 50; dále viz např. HORN, E.: in RUDOLPHI, H.-J. et al.: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2, München, 2003, str. 51, marg. 2, str. 55, marg. 8; ARZT, G.-WEBER, U.: Strafrecht. Besonderer Teil. 3. vyd. Bielfeld, 1988, str. 67, 69 JÄHNKE, B. et al: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkom. Sv. 5, 11. vyd., Berlin, 2001, str. 136

uvidíme, zásadní význam pro řešení celé řady otázek při aplikaci zkoumaného ustanovení. Akceptujeme-li předpoklad, že ust. § 213 StGB představuje toliko upřesnění ustanovení o zabití (§ 212), plyne z toho, že se toto ustanovení zásadně nevztahuje k trestnému činu vraždy (přísněji trestnému typu úmyslného usmrcení, upravenému ve zvláštní skutkové podstatě v ust. § 211 StGB). Německé trestní právo tak dle uvedeného výkladu nezná „vyprovokovanou vraždu“ – tedy situaci, kdy by pachatel svým jednáním naplnil skutkovou podstatu vraždy dle § 211 StGB, avšak vzhledem k okolnostem uvedeným v ust. § 213 StGB by se na něj vztahovala tam uvedená nižší trestní sazba. Řešení otázky, zda je či není ust. § 213 privilegovanou skutkovou podstatou, má rozhodující význam pro posouzení, zda se k okolnostem v něm uvedeným může vztahovat omyl pachatele ve smyslu ust. § 16 odst. 2 StGB. Dále jde o délku promlčecí doby, která by v případě správnosti uvedeného výkladu činila stejně jako u zabití dvacet let, zatímco jde-li o samostatný delikt, činila by promlčecí doba s ohledem na mírnější trestní sazbu jen deset let (viz ust. § 78 odst. 3 StGB). Hledíme-li na ust. § 213 jako na de facto třetí odstavec ust. § 212 o tr. činu zabití, má to i řadu důsledků procesních, např. pokud jde o důvody uvalení vyšetřovací vazby ve smyslu ust. § 112 odst. 3 StPO nebo o přípustnost povolení obnovy řízení podle ust. § 363 StPO.¹⁴

Existují ovšem názory, podle nichž vyprovokované zabití ve smyslu 1. alternativy ust. § 213 StGB je privilegovanou skutkovou podstatou, tzn. samostatným deliktem *sui genesis* v rámci úmyslných usmrcení (Tötungsdelikte).¹⁵ Kritici prve popsání výkladu poukazují zejména na skutečnost, že zatímco v případě generální klauzule dle 2. alt. ust. § 213 závisí hodnocení skutku jako méně závažného případu ve vztahu k ust.

¹⁴ ZWIEHOFF, J.: Die Provozierte Tötung. Baden-Baden: Nomos V., 2001, 1. vyd., str. 6 a násl.

¹⁵ O privilegované skutkové podstatě hovoří výslovně i některá rozhodnutí Spolkového soudního dvora (viz rozhodnutí BGH ve věci 1 StR 659/90 a 1 StR 212/92).

§ 212 StGB na úvaze soudce, je vyprovokované zabití dle 1 alt. mírněji trestné vždy, jsou-li dány okolnosti v zákoně uvedené.¹⁶ Účel pravidel pro ukládání trestu (*Strafzumessungsregel*) však spočívá v tom, že se soudci otevírá prostor pro úvahu, zda lze vzhledem ke všem okolnostem v projednávaném případě postupovat mírněji, než v případech typově průměrných. I z tohoto důvodu část nauky namítá, že ust. § 213 se přinejmenším „chová jako zvláštní skutková podstata“.¹⁷

Gabriele Zwiehoffová ve své monografii popisuje diskuzi o charakteru zkoumaného ustanovení z hlediska německého systému znaků trestného činu. Podle této autorky je rozhodující, zda okolnost provokace a na ní navazujícího silného afektu snižuje z hlediska zákona toliko tzv. viny pachatele („Schuld“), tedy míru eticky-normativního odsouzení, resp. „vytýkatelnosti“ jednání konkrétnímu pachateli či zda se okolnosti ve smyslu 1. var. § 213 uplatňují (oproti prostému zabití dle § 212) již v rovině tzv. bezpráví („Unrecht“). Subjektivní složka bezpráví může být odstupňována z hlediska nehodnotnosti („Unwert“) motivu a představ pachatele.¹⁸ Zwiehoffová zdůrazňuje, že pro privilegované skutkové podstaty je typická právě snížená míra bezpráví („geminderters Unrecht“) ve srovnání se skutkovou podstatou základní. Autorka klade ust. § 213 v jeho provokační alternativě do kontextu s okolnostmi ve smyslu ust. § 33 StGB o beztrestnosti excesu z nutné obrany vlivem strachu, zmatku či leknutí a ust. § 199 StGB o eventuelní beztrestnosti vzájemných urážek. Jde o případy tzv.

¹⁶ JÄHNKE, str. 136 i ARZT-WEBER, str. 69, s tím nesouhlasí E. HORN, str. 55 a také W. Middendorf in: MIDDENDORF, W.: Probleme um § 213 StGB, In: GÖPPINGER, H.- BRESSER, P., H.: Tötungsdelikte. Bericht ueber die XX. Tagung der Gesellschaft für die gesamte Kriminologie vom 4. bis 6 Oktober 1979 Köln, Enke Verlag: Stuttgart, 1980, str. 133 a násl.

¹⁷ GEILEN, G.: Provokation als Privilegierungsgrund der Tötung? –Kritische Betrachtung zu § 213 StGB, In: JESCHECK, H.-H. (ed.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin 1977str. 358, srov. ARZT-WEBER str. 37, 67, 69

¹⁸ V češtině o tom viz ŘÍHA, J.: Příspěvek k pojetí viny. In: Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám. Aspi: Praha, 2008, str. 289

omluvných důvodů (Entschuldigungsgründe, srov. § 35 odst. 1 StGB)¹⁹, kdy sice jednání pachatele není dovolené (na rozdíl od nutné obrany, atd.), nelze mu je však s ohledem na mimořádnou situaci nejen vytýkat, ale vzhledem k jeho motivům a představám o charakteru vlastního jednání je zároveň dána i nižší míra bezpráví. Dle G. Zwiehoffové jsou právě spřízněností s citovanými případy odůvodněny závěry o charakteru ust. § 213 StGB jako privilegované skutkové podstatě, neboť vůči prostému zabití dle § 212 StGB předpokládá nižší míru viny pachatele i nižší míru bezpráví. Na rozdíl od excesu z nutné obrany ve smyslu ust. § 33 StGB však provokace ze strany poškozeného nezmírňuje uvedené znaky trestného činu natolik, aby byl pachatel zcela beztrestný, ale vede toliko k mírnějšímu trestu.²⁰ Jde o pojetí, jež ze znaků uvedených v ust. § 213 StGB klade větší důraz na příkoří ze strany usmrcené osoby, než na kvalifikovaný afekt pachatele. Se závěry Zwiehoffové obsáhle polemizuje Hartmut Schneider, jenž upozorňuje na zásadní rozdíly mezi excesem intenzivním z nutné obrany, který odvrací bezprostředně hrozící či trvající útok, a jednáním ve smyslu ust. § 213 StGB, jež má charakter v afektu provedeného odvetného „protiútku“ (Gegenangriff). Dle Schneidera nelze zkoumané ustanovení systematicky vztahovat k uvedeným omluvným důvodům, ale lze mu přiznat zmírňující efekt toliko v rovině shovívavějších nároků společnosti na chování člověka v mimořádné situaci

¹⁹ Vzhledem k okolnostem (např. leknutí, panika v případě dle § 33 StGB) pachateli nelze jednání vytýkat („vorwerfen“), neboť chybí znak tzv. viny. Jednání však přesto není právním řádem schvalováno a je proti němu dovolena nutná obrana. K problematice tzv. omluvných důvodů a jejich odlišení od tzv. důvodů ospravedlňujících (okolnosti vyluč. protiprávnost v obvyklém slova smyslu) viz ŘÍHA, J.: Příspěvek, str. 286, 288, 291 a násl.

²⁰ ZWIEHOFF, str. 19 a násl., srov. ARZT-WEBER, str. 37, HORN, str. 56, marg. 12; k německému systému znaků trestného činu v češtině brilantní studii: ŘÍHA, J.: Změníme s novým trestním zákoníkem též systém znaků trestného činu? Navrhovaný trestní zákoník z pohledu německého systému znaků trestného činu - srovnávací studie. AUC Iuridica, č. 4/2002, str. 21 a násl.; a dále viz i výše citované novější dílo téhož autora. ke znaku tzv. bezpráví, str. 289

(*Zumutbarkeit*), tedy v oblasti viny. Klíčový je požadavek určité obecně lidské pochopitelnosti reakce pachatele.²¹

G. Zwiehoffová však upozorňuje i na právně historický kontext, neboť někdejší ust. § 177 pruského trestního zákoníku z roku 1851 postrádalo generální klauzuli 2. varianty § 213 StGB a dopadalo právě jen na případy, kdy pachatel jednal v afektu vyprovokovaném chováním poškozeného. Slova „*oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor*“ nebyla obsažena ani v původní osnově dosud platného říšského kodexu z roku 1871 zpracované H. von Friedbergem²² a vyprovokované zabití v ní mělo jednoznačně charakter privilegované skutkové podstaty, jak tomu bylo ostatně i v řadě starších kodifikací menších německých států.²³ Jako privilegovaná skutková podstata bylo vyprovokované zabití v počátečních dekádách účinnosti Říšského trestního zákoníku vnímáno i judikaturou a prve uvedené pojetí se začalo prosazovat až od konce dvacátých let minulého století.²⁴

3. Základní znaky jednání poškozeného ve smyslu ust. § 213 StGB.

Německý trestní zákoník užívá pro jednání, jímž poškozený způsobil hněv, resp. afekt pachatele ve smyslu § 213 StGB, jednak pojmu *Mißhandlung*, jenž je v daném kontextu, jak se domnívám, vhodné do češtiny překládat jako „zlé nakládání“²⁵; druhou alternativou chování poškozeného je „těžká urážka“

²¹ SCHNEIDER, H.: Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung (§ 213 StGB), In EGG, R. (ed.): Tötungsdelikte – mediale Wahrnehmung, kriminologische Erkenntnisse, juristische Aufarbeitung, Kriminologie und Praxis, sv.36, Wiesbaden, 2002, str. 206-207

²² Heinrich von Friedberg (1813-1895), německý právník a politik, hlavní tvůrce pruského tzv. Severo-německého trestního zákoníku z roku 1870, který byl po sjednocení Německa v roce 1871 převzat celou říší.

²³ ZWIEHOFF, str. 10 a násl.

²⁴ ZWIEHOFF, str. 17

²⁵ český výraz „týrání“ je, mám za to, příliš úzký, vyvolává totiž přednostně asociaci déle trvajících *mučení*, což v daném kontextu není přesné

(*schwere Beleidigung*), přičemž v obou alternativách směřuje takové jednání proti pachateli nebo jeho rodinnému příslušníku.²⁶ Co vše lze pod pojmy zlého nakládání a těžké urážky podřadit, je předmětem obsáhlé judikatury a úvah teorie, přičemž však bývá všeobecně zdůrazňováno, že míra závažnosti, resp. negativní charakter provokujícího chování poškozeného musí být v odpovídajícím poměru k mimořádnému významu objektu trestného činu zabití, jímž je lidský život.²⁷ Z tohoto důvodu by tedy zkoumané ustanovení mělo být vykládáno spíše *restriktivně*. Obecně vzato, musí mít příkoří takovou intenzitu, aby se reakce pachatele, jenž se, vyprovokován, nechal hněvem strhnout k útoku na život poškozeného, jevila lidsky přinejmenším pochopitelná či do určité míry ospravedlnitelná. Z výše uvedeného je zřejmá povinnost soudu přihlídnout ke všem okolnostem a nuancím konkrétního případu.²⁸

„Zlým nakládáním“ se rozumí úmyslný *fyzický* útok²⁹ takového rázu, jenž je s to u člověka oprávněně způsobit silný pocit, bolesti, hněvu, pokoření či jiných myslitelných forem silného afektu. Není však třeba, aby jednání poškozeného bylo možno kvalifikovat jako trestný či jiný protiprávní čin podle příslušného zákona, ba nezáleží ani na tom, zda se např. útok proti fyzické integritě pachatele poškozenému podařilo dokonat, či zda zůstalo toliko u pokusu.³⁰ V praxi se může jednat o nepřebornou škálu forem násilí od políček a kopanců

²⁶ Pojem rodinný příslušník (*Angehöriger*) je zde použit ve smyslu výkladového pravidla ust § 11 odst. 1 StGB, jež obsahuje výčet takových osob pachatelů různým způsobem příbuzných a sešvagřených. Jde o pojem užší, než je „osoba blízká“ ve smyslu § 89 odst. 8 tr. zákona, neboť se vztahuje toliko na příbuzné v linii přímé, sourozence, partnery těchto osob, dále na snoubence, manžely a druhy pachatele, včetně partnerství homosexuálů. Nezáleží však na tom, zda manželství či partnerství, event. jiný obdobný vztah dosud trvá, či zda postižená osoba byla v takovém vztahu k pachateli zabití v minulosti, viz JÁHNKE, str. 137

²⁷ Viz např. rozhodnutí Spolkového soudního dvora (BGH) ve věci sp. zn. 3 StR 394/97 či rozhodnutí téhož soudu ve věci 4 StR 248/97

²⁸ Viz např. rozh. BGH ve věci sp. zn. 2 StR 547/89; srov. HORN, str. 53, marg. 3

²⁹ Delikt ve smyslu § 213 StGB lze (spíše teoreticky) spáchat i opomenutím ve smyslu tzv. nepravého omisivního deliktu. Uvádí se případ hádky manželů na palubě lodí, kdy manželka nejprve pachatele urazí ve smyslu cit. ustanovení a poté spadne přes palubu. Pachatel v rozčilení odmítne splnit svou zvláštní, zákonem předpokládanou povinnost a ženě pomoci. Viz HORN, str. 51, marg. 3

³⁰ Viz rozh. BGH sp. zn. 4 StR 37/95 či rozh. sp. zn. 2 StR 384/99); Usmrcená osoba se takového jednání nemusí dopustit sama, ale může navést prostředníka, viz HORN, str. 53, marg. 4

až po ozbrojené útoky. Jednání ve smyslu ust. § 213 StGB tak může mít podobu excesu z nutné obrany a to z povahy věci především excesu *extenzivního*, kdy útok provokující osoby již netrvá. Oproti zkratkovitým reakcím v nutné obraně, jež exkulpuje ust. § 33 StGB, je ust. § 213 StGB v poměru subsidiarity.³¹

Podstatně obtížnější je z pochopitelných důvodů výklad a vymezení pojmu „těžká urážka“, jež zahrnuje útoky poškozeného na čest a lidskou důstojnost pachatele (či jeho příbuzného³²). V žádném případě se nejedná jen o útoky verbální, ale může jít o jakékoli projevy, kterými poškozený pachatele urazí, zneuctí či poníží (např. nejrůznější druhy šikany, závažné porušování domovní svobody, za určitých podmínek partnerská nevěra, viz níže). Jde o jednání budoucí oběti proti cti a důstojnosti pachatele, které je vedeno úmyslem jej psychicky zranit.³³ Jednání musí být vědomé a objektivně existující. Pokud oběť urážku „tak nemyslela“, popř. se pachatel ohledně urážlivého jednání poškozeného mýlil, o provokaci ve smyslu ust. § 213 StGB se dle ustálené judikatury jednat nebude (k tomu viz níže). Podobně jako v případě fyzického násilí, ani zde není třeba, aby se poškozený svým jednáním dopustil protiprávního činu.³⁴

Zásadní otázky se týkají intenzity výše uvedených jednání. Podle ustálené judikatury se za „těžkou urážku“ ve smyslu zkoumaného ustanovení považuje „každé běžnou míru

³¹ ZWIEHOFF, str. 20, 22

³² V dalším textu nebudu již ze stylistických důvodů na tuto alternativu zpravidla znovu upozorňovat a bude zahrnuta *mutatis mutandis* implicitně všude tam, kde je řeč o poškozeném.

³³ SCHNEIDER, str. 208; JÄHNKE; str. 137; Bernd Müssig však uvažuje i o nedbalostním jednání poškozeného, popř. zcela bez zavinění. Uvádí případ řidiče automobilu, který nešťastnou náhodou srazí dítě a vzápětí je sám zabit pachatelem- otcem dítěte, jednajícím v silném rozrušení. Takový případ však bude spíše zahrnutelný pod 2. variantu § 213 StGB, viz MÜSSIG, B.: Mord und Totschlag. Köln: C. Heymanns, 2005 str. 317

³⁴ To je zpochybňováno částí nauky. H. Schneider uvažuje o tom, zda by „těžká urážka“ neměla být vždy subsumovatelná pod některou ze skutkových podstat trestných činů uvedených v ust. § 185 a násl. StGB, viz SCHNEIDER, str. 209

překračující příkoří" (*Kränkung*).³⁵ Má-li být určitý případ zabití hodnocen jako mírněji trestný, je zřejmě nutné, aby chování poškozeného vykazovalo určitý mimořádný charakter. Pro posouzení provokujícího jednání poškozeného je tedy rozhodující otázka, zda lze obdobné jednání považovat za mimořádně zlé, zlomyslné či morálně zavrženíhodné dle měřítek ve společnosti obecně zažitých, tak aby bylo možno na reakci pachatele hledět s určitou shovívavostí v porovnání s jinými pachateli zabití. Musí jít navíc o chování oběti, které pachatel sám nevyprovokoval, resp. nezavinil.³⁶

Na druhé straně je však třeba zdůraznit, že se v případech mírněji trestných vyprovokovaných zabití z podstaty věci nejedná o reakci pachatele, která by byla proporcionální ve vztahu k porušenému právnímu statku, tzn. lidskému životu. Opačný závěr by znamenal postavit např. verbální útok na osobní čest pachatele či jemu blízké osoby na roveň usmrcení člověka ve smyslu nutné obrany. Vyprovokované jednání ve smyslu ust. § 213 StGB je vždy protiprávní a nedovolené, je však do jisté míry omluvitelné v rovině viny (*Schuld*) a vykazuje zřejmě i nižší míru nehodnotnosti motivů a představ pachatele (*Unwert*) v rovině bezpráví (*Unrecht*).³⁷

Starší německá judikatura vycházela z morálních hledisek a představ 19. století o „spravedlivém hněvu“ a předpokládala útok poškozeného na hodnoty, které jsou buržoazní společnosti obzvláště posvátné, jako je manželství, osobní čest a pověst, ale i náboženská víra a veřejný pořádek. Mnohé okolnosti, jež mohl soud v dobách vilémovského císařství, výmarské republiky či ještě v padesátých letech hodnotit jako provokaci, oprávněně vyvolávající spravedlivý hněv, dnes působí absurdně. Říšský nejvyšší soudní dvůr např. za vysoce urážlivé označil

³⁵ JÄHNKE, str. 137, cituje přísl. judikaturu

³⁶ HORN, str. 52, marg. 4, JÄHNKE, str. 138

³⁷ K diskusi o tom viz MIDDENDORF, str. 136 a násl.

„zkažení rány“, kdy poškozený pachateli - lovci na čekané schválně vyrušil či odehnal zvěř. Pod 1. variantu ust. § 213 StGB týž soud podřadil i ubití zloděje, který byl okradeným dopaden při činu, ba dokonce i usmrcení osoby, jež v přítomnosti snoubenky pachatele spáchala hrubou neslušnost (např. obnažující se exhibicionista). Ochrana cti dívek a žen se vůbec těšila zvláštní pozornosti tehdejší judikatury i teorie: „ve spravedlivém hněvu“ byl probodnut poškozený, který na veřejnosti vyslovil „nestoudnou“ poznámku o manželce pachatele, za stejných okolností přišel o život i nešťastník, který v přítomnosti pachatele flirtoval s jeho dospívající dcerou, ba dokonce i „kuplířka“, která dospělé dceři jiného z pachatelů doručila vzkaz k intimní schůzce, atd. Zvrácený kolorit vykazují rozhodnutí z období Třetí říše: za nesmazatelnou urážku, do jisté míry ospravedlňující zabití, považovala tehdejší justice např. „poničením uniformy příslušníka SA“³⁸

Přístup novější judikatury pochopitelně odráží hluboké společenské a kulturní změny, k nimž během 20. století v Německu došlo. Zejména od konce sedmdesátých let se rozhodovací praxe soudů při výkladu ust. § 213 StGB snaží reagovat na nejnovější podněty z lékařských oborů a psychologie do té míry, že je kritizována za užívání až příliš psychologizující argumentace. Úměrně tomu vzrostl význam znaleckých posudků. Oproti starší judikatuře Spolkový soudní dvůr v posledních třech desetiletích zdůrazňoval ani ne tak objektivní okolnosti provokujícího jednání, jako spíše jeho dopad na psychiku pachatele, přičemž je požadavek *hněvu* (Zorn), vzbuzeného poškozeným, vykládán spíše v širším smyslu silného hnutí mysli, zřejmě bez důsledného rozlišování mezi tzv. afekty stenickými (vzteky, rozhořčení) a afektů

³⁸ Ke staré judikatuře Říšského soudního dvora a úvahám teorie před druhou světovou válkou obsáhle viz GEILEN, str. 370 a násl.

astenickými (strach, ponížení, hluboké zklamání, zoufalství), jež by dle názorů nauky měly spíše spadat pod důvody aplikace 2. var. § 213 StGB.³⁹ Typické chování poškozeného ve smyslu cit. ust. může u pachatele dle novější judikatury i nauky vyvolat náhlé zpochybnění vyznávaných hodnot, bolestný pocit ztráty životní perspektivy, nezvladatelný stres, atd. Jako příkoří ze strany poškozených se v judikatuře objevují rozmanitá jednání od náhlých napadení mezi hosty restaurace, přes různé druhy šikany, až po tzv. sousedský teror a samozřejmě domácí násilí. Chování poškozeného by mělo být způsobilé pachatele natolik vyvést z rovnováhy, aby se spáchání trestného činu jevílo v kontextu jeho osobnosti něčím zcela mimořádným (persönlichkeitsfremd).⁴⁰

Právě vyvrcholení **konfliktů mezi manžely** či intimními partnery tvoří nejtypičtější kasuistiku úmyslných usmrcení dle ust. § 213 StGB.⁴¹ Změny ve společnosti převládajících názorů na funkci manželství, partnerskou věrnost a genderové role vůbec vedly právě zde k markantním proměnám judikatury. Ctihodní soudci Říšského soudního dvora ještě kolem roku 1930 se shovívavostí ve smyslu cit. ust. hleděli na pachatele, jemuž jeho zákonitá manželka „drze odmlouvala“; jiná nešťastnice „vedla nevhodné a utrhačné řeči“, další oběť „pohrdlivě dupala podpatkem“ a jedna zabitá žena zašla dokonce tak daleko, že svému muži „hrozila pohrabáčem“.⁴² *Favor viri*, tedy shovívavost ve prospěch manžela uplatňovala starší judikatura i v případech usmrcení nevěrné manželky, a to i v případech, kdy by dnešní soudy užití zmírňujícího ustanovení bezesporu odmítly, nejen s ohledem na nedostatek

³⁹ ESER, A.: Renaissance des § 213 StGB: Der „minder schwere Fall des Totschlags“ im Lichte der Rechtsprechung. In: MÜLLER, E.(ed.): Festschrift für Wolf Middendorf zum 70. Geburtstag, Gieseking, 1986, str. 75

⁴⁰ ESER, Renaissance..., str. 76

⁴¹ K historickým souvislostem se v tomto ohledu obsáhle vyjadřuje W. MIDDENDORF, str. 133 a násl., kde upozorňuje především na dřívější trestnost cizoložství, přetrvávající až donedávna v trestních zákonech řady států.

⁴² GEILEN, str. 364

příčinné souvislosti (viz níže). V jedné věci z roku 1935⁴³, se např. jednalo o statkáře, který se dozvěděl o nevěře manželky tři dni před spácháním trestného činu. Po prvotním rozčílení se pachatel záhy uklidnil a byl zřejmě ochoten věc ignorovat. Po dvou dnech však zjistil, že nevěra manželky nezůstala mezi obyvateli vesnice utajena. Újma na jeho občanské cti pachatele natolik rozčílila, že poškozenou usmrtil ranou z revolveru. Oproti tomu judikatura Spolkového soudního dvora minimálně od sedmdesátých let nevěru jednoho z partnerů samu o sobě odmítá uznat za chování, kterým by poškozený pachatele provokoval ve smyslu 1. alt. § 213 StGB. Takovou provokací není ani otevřené přiznání nevěry, ledaže by bylo doprovázeno závažným úmyslným ponižováním pachatele, např. narážkami na jeho fyzickou a sexuální nedostačivost. Dokonce ani je-li nevěrný partner překvapen pachatelem *in flagranti directum*, nelze to samo o sobě považovat za „těžkou urážku“ ve smyslu citovaného ustanovení, ledaže by takové setkání bylo úmyslně zinscenováno poškozeným s cílem pachatele urazit a ponížit. Nauka i judikatura zdůrazňuje, že při hodnocení nevěry poškozeného, popř. i pachatele je třeba brát ohled na celkový ráz jejich partnerského soužití.⁴⁴

Při hodnocení míry vitkimologického zavinění (zejména ve smyslu urážek dle § 213 StGB) záleží dle ustálené judikatury na jeho objektivním charakteru, tzn. je třeba vycházet z měřítek ve společnosti obecně uznávaných. Nebude tedy v zásadě záležet na zvláštní přecitlivělosti, vztahovačnosti či popudlivosti pachatele, který reaguje nepřiměřeně na malý podnět.⁴⁵ Na druhou stranu je však judikatura za určitých podmínek ochotna vzít v úvahu svéráz prostředí, v němž pachatel, popř. poškozený vyrostli, popř. dosud žijí. Při

⁴³ GEILEN, str. 366

⁴⁴ SCHNEIDER, str. 210, kde poukazuje i na rozdíly mezi manželstvím, které trvá již jen formálně, popř. tzv. „otevřeným soužitím“, v němž jsou sexuální vztahy k dalším osobám a priority tolerovány, a vztahem, který je pachatelem vnímán jako výlučný a trvalý, v němž je citově silně angažován, atd. Srov. i GEILEN, str. 368, 369,

⁴⁵ JÄHNKE, str. 139

úvaze o subsumpci jednání pachatele zabití pod ust. 213 StGB proto soudy ještě v padesátých letech vycházely ze stavovského rozdělení společnosti a braly ohled na morální představy a normy různých vrstev obyvatelstva (např. při posuzování úmyslných usmrcení spáchaných na zaostalém agrárním venkově apod.). Novější judikatura je ochotná přihlížet k odlišným normám prostředí, v němž se pachatel pohybuje, typicky u přistěhovalců ze zemí Blízkého Východu a Afriky. Např. ve věci sp. zn. 3 StR 342/81 Spolkový soudní dvůr konstatoval, že nalézací soud pochybil, nezohlednil-li, že pachatel vyrostl na tureckém venkově, jehož hodnoty a sociální normy dosud sdílí a proto pro něj odchod jeho manželky k jinému muži představoval nesnesitelnou pohanu a ztrátu cti v očích turecké komunity.⁴⁶

Judikatura dále zastává názor, že při hodnocení slovních útoků ve smyslu „těžké urážky“ dle § 213 StGB je nutno brát ohled např. na skutečnost, že jsou ve styku mezi pachatelem a jeho blízkými osobami včetně poškozeného běžná silně vulgární oslovení, sprostá mluva, soustavné nadávání a vzájemné spílání, což však uvedené osoby vzhledem k jejich všeobecně nízké sociální a kulturní úrovni v rámci svých mezilidských vztahů již za žádnou zvláštní újmu nepovažují. Výrazy a oslovení, která by podle běžných měřítek bylo možné považovat za „těžkou urážku“ ve smyslu cit. ust. StGB tak v uvedeném kontextu ztrácejí svůj silně dehonestující charakter (viz rozhodnutí BGH ve věci 1 StR 834/80). Myslitelné jsou však i případy opačné, kdy samy o sobě mírné slovní narážky mohou mít s ohledem na další okolnosti charakter příkoří ve smyslu ust. § 213 StGB. Např. ve věci projednávané u Spolkového soudního dvora pod sp. zn. 4 StR 27/83 šlo o případ muže, který v silném afektu usmrtil svou manželku, která jej během celých pěti hodin před spáchaním trestného činu nepřetržitě okřikovala a opakovaně jej označovala výrazy „nemehlo“ a

⁴⁶ Srov. MIDDENDORF, str. 135; S postupnou integrací turecké menšiny do německé společnosti však shovívavost judikatury zřejmě klesá: srov. např. rozh. sp. zn. 1 StR 56/97

„ubožáku“⁴⁷ nalézací soud dospěl k závěru, že uvedené výrazy nejsou obecně vzato nijak zvlášť urážlivé a proto skutkový stav neopravňuje užití zmírňujícího ustanovení § 213 StGB. Spolkový soudní dvůr však konstatoval, že se při hodnocení závažnosti provokujícího chování poškozeného ve smyslu citovaného ustanovení nelze zaměřit toliko na více či méně urážlivý charakter jednotlivých invektiv či nadávek. Rozhodující je, zda chování poškozeného jako celek bylo s to u pachatele vyvolat oprávněný hněv, resp. silné napětí a stres, vedoucí k chvilkové ztrátě sebeovládání.⁴⁸

Ani jednání, které je podle obecně přijímaných měřítek značně agresivní či urážlivé, nemusí vždy být považováno za provokaci ve smyslu § 213 StGB, pokud je pachateli znám zvláštní nezaviněný duševní stav poškozeného. Lze připomenout např. rozhodnutí Spolkového soudního dvora ve věci 1 StR 43/87, kde se jednalo o pachatele, který usmrtil svoji duševně nemocnou manželku. Dlouhodobě psychiatricky léčená poškozená se v ranních hodinách pravidelně dostávala do stavů silné deprese, kdy svého manžela slovně urážela a obviňovala z nevěry a dalších prohřešků a někdy na něj silně křičela. Poté, co poškozená požila lékaři předepsaný prostředek na uklidnění, vždy se utišila a svému muži se omlouvala. V den spáchání trestného činu poškozená opět „vyváděla“, silně na obviněného křičela a vulgárně jej urážela. Došlo k pranici, při níž obviněný svou manželku úmyslně zadusil polštářem. Spolkový soudní dvůr se ztotožnil s názorem nalézacího soudu, že 1. alt. § 213 StGB nelze aplikovat, neboť obviněnému bylo známo, že poškozená jedná pod vlivem duševní choroby a její urážky nelze brát vážně. Soud zohlednil, že obviněný věděl, že si poškozená v době, kdy na něj slovně útočila, dosud nevzala lék na uklidnění.

⁴⁷ Nejde o přesný překlad německých výrazů „Miststück“ a „Versager“, ale mým odhadem zhruba o jejich české ekvivalenty. Tzn. že jde o označení sice negativní, ale nikoli obzvlášť vulgární.

⁴⁸ HORN, str. 55, 57; JÄHNKE, str. 138

Konflikt, který vyvrcholil útokem pachatele proti životu poškozeného, nelze dle judikatury hodnotit bez ohledu na předchozí vývoj jejich vzájemných vztahů. Z tohoto hlediska lze za provokaci ve smyslu ust. § 213 StGB považovat i podnět sám o sobě malicherný, kterým však vyústilo předchozí dlouhodobé závažné napadání či týrání ze strany poškozeného vůči pachateli (typicky v případech dlouhodobého domácího násilí apod.).⁴⁹ V těchto případech tzv. „poslední kapky“ (*letzter Tropfen* viz rozhodnutí BGH ve věci 2 StR 522/78) musí soud zkoumat právě charakter předchozích konfliktů, zda odůvodňuje míru zlobného afektu pachatele a umožňuje jeho reakci hodnotit jako vyprovokované zabití.⁵⁰ Jak soudy shledaly, nestačí v takových případech konstatovat toliko dlouhodobou vzájemnou nenávist či déle trvající konfliktní atmosféru např. v partnerském soužití. Předchozí provokující chování ze strany poškozeného musí mít charakter konkrétních závažných útoků, příkoří či urážek vůči pachateli či jeho rodinnému příslušníku.⁵¹ Ve věci vedené pod sp. zn. 2 StR 104/96 Spolkový soudní dvůr zrušil rozhodnutí nalézacího soudu v případě muže, který ranou nožem usmrtil svého souseda v bytovém domě poté, co poškozený obviněnému vyhrožoval a šlehal na jeho dveře elektrickým kabelem, což způsobovalo velký rámus. Pachatel vzal kuchyňský nůž a se slovy „teď už toho mám plné zuby“ se vyřítit ven z bytu na již odcházejícího poškozeného, kterého vzápětí bodnutím do srdce usmrtil. Nalézací soud odmítl šlehání kabelem na dveře hodnotit jako „zlé nakládání“ či „těžkou urážku“ ve smyslu ust. § 213 StGB. Spolkový soudní dvůr však ve svém rozhodnutí poukázal na předchozí historii vztahů mezi pachatelem a poškozeným, kdy poškozený na pachatele soustavně verbálně i fyzicky útočil, vyhrožoval mu a porušoval jeho domovní svobodu. Bušení kabelem

⁴⁹ ESER, *Renaissance...*, 73 a násl.

⁵⁰ srov. MIDDENDORF, str. 136

⁵¹ JÄHNKE, str. 139

na dveře tak bylo jen příslovečnou poslední kapkou, která u pachatele celkem oprávněně vyvolala silný hněv.

4. Příčinná souvislost

Nezbytným znakem vyprovokovaného zabití je vzájemná příčinná souvislost mezi chováním poškozeného a jím vyvolaným afektem pachatele na jedné straně a tímto afektem a v něm pachatelem spáchaným jednáním (útokem proti životu poškozeného) na straně druhé. Požadovanou příčinnou souvislost lze přiblížit na následujícím schématu tří na sebe navazujících předpokladů:

- 1) Pachatel si je vědom ublížení ze strany poškozeného.
- 2) Toto vědomí u pachatele vyvolá silné hnutí mysli (afekt), které omezuje racionální myšlení.
- 3) Tento afekt u pachatele vyvolá vůli ke spáchání trestného činu.

Lze si ovšem představit, že vedle viktimologicky zaviněného afektu mohou v době spáchání trestného činu spolupůsobit v mysli pachatele i další podněty, emoce či postoje (dlouhodobá nenávisť, celková frustrace, obecný sklon k užívání násilí, touha osvobodit se z disharmonického partnerského vztahu, ale i ohled na majetkový prospěch a další sobecké pohnutky atd.). Mnohdy je motivace k útoku na poškozeného výslednicí celé řady psychologických faktorů, z nichž si pachatel většinu ani neuvědomí, popř. je v době po spáchání trestného činu ze svého vědomí vytěsnil. Roli, jakou hrál v konkrétním případě afekt ve vztahu k dalším podnětům, objasňují soudní znalci z příslušných oborů.⁵²

⁵² Blíže viz např. BLAU, G.: Die Affekttat zwischen Empirie und normativer Bewertung. In: JESCHECK, H.-H., VOGLER, T.: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, de Gruyter: Berlin, 1989,

Dle převážné části nauky nemusí být afekt vzešlý z provokace poškozeného sice jediným podnětem ke spáchání trestného činu, musí však být podnětem rozhodujícím.⁵³ Judikatura Spolkového soudního dvora však zaujímá stanovisko, podle něž pro aplikaci 1. alt. ust. § 213 StGB postačí, nemá-li afekt vedle dalších podnětů podružnou úlohu, tzn. uplatní-li se paralelně s nimi. Obvykle záleží na tom, jak soud interpretuje znalecké posudky z oboru psychiatrie či klinické psychologie.⁵⁴

Např. ve věci sp. zn. 4 StR 48/04 Spolkový soudní dvůr vyhověl opravnému prostředku staršího muže, který v afektu usmrtil svou o 17 let mladší družku poté, co mu poškozená sdělila, že je jí při pohledu na obviněného „na blití“, obviněný již „není chlap“, je příliš starý, poškozenou „otravuje“. Dále poškozená bezprostředně před spácháním trestného činu obviněnému sdělila, že si našla jiného muže, který je fyzicky přitažlivější a „lepší v posteli“, tento nový muž byl dle vyjádření poškozené již na cestě do jejího bytu a proto poškozená obviněného vyzvala, aby se sbalil a konečně vypadl, neboť u ní doma již nemá co pohledávat. Podle vyjádření soudních znalců - psychologů vedla pachatele ke spáchání trestného činu směs motivů (Motivbündel), a to jak silný hněv vyvolaný ponižujícími výroky ze strany poškozené, tak i obava ze ztráty přístřeší. Pachatel byl nalézacím soudem odsouzen za zabití dle ust. § 212 odst. 1 StGB s tím, že podmínky dle 1. alt. ust. § 213 StGB nejsou dány, neboť afekt vyvolaný urážkami ze strany poškozené nebyl rozhodující okolností, jež pachatele vedla ke spáchání trestného činu.

str. 109 a násl. ; K problematice tzv. afektdeliktů viz HOŘÁK, J.: Úmyslná usmrcení v ospravedlnitelném afektu. Vyjde v časopise Trestní právo, č. 9/2008 a č. 10/2008

⁵³ JÄHNKE, str. 142

⁵⁴ Viz ARZT-WEBER, str. 29, 30

Spolkový soudní dvůr však poukázal na vyjádření znalců, že výroky poškozené byly s ohledem na strukturu osobnosti obviněného s to vyvolat u něj silný pocit pokoření („eine extreme Demütigung und Entwertung“) a tím pádem i silný afekt narušující racionální uvažování. Dle Spolkového soudního dvora ze závěrů soudních znalců neplyne, že by tento afekt jako okolnost, jež pachatele vedla k útoku na poškozenou, hrál podružnou roli vedle dalších motivů. Proto i s ohledem na zásadu in dubio pro reo bylo třeba při ukládání trestu postupovat dle ustanovení o vyprovokovaném zabití. Naopak v rozhodnutí sp. zn. 4 StR 248/97 Spolkový soudní dvůr odmítl zrušit rozsudek nalézacího soudu v trestní věci muže, který zardousil svojí manželku poté, co mu žena během bouřlivé hádky vyhrožovala udáním na policii. Soud zohlednil skutečnost, že žena sama hádku vyvolala a obviněného hrubě napadala, shledal však, že motivem, jenž pachatele vedl k útoku na život poškozené, nebyl afekt způsobený uvedenými urážkami, ale obava z oznámení na policii a z výkonu trestu odnětí svobody, z nějž byl obviněný nedávno podmíněčně propuštěn. K tomu, aby soud vyloučil použití zmírňujícího ustanovení, dle judikatury zásadně nestačí toliko paušálně konstatovat, že u pachatele nad oprávněným hněvem z utrpěného příkoří „převládaly sobecké motivy“ (viz rozh. BGH sp. zn. 2 StR 558/87).

Nauka výklad zastávaný soudy odmítá jako příliš široký a zdůrazňuje, že afekt způsobený příkořím ze strany budoucí oběti by měl být v každém případě aplikace zkoumaného ustanovení dominujícím faktorem při spáchání trestného činu. Gerd Geilen připouští existenci dalších motivů, ale vyžaduje, aby uvedený afekt vždy hrál přinejmenším roli „jiskry v sudu prachu“. Afekt ve smyslu ust. § 213 StGB musí být takové intenzity, aby nejen potlačil zábrany pachatele k útoku na lidský život, ale zároveň zatlačil do pozadí všechny ostatní

jeho pocity. Jinak nelze pachateli dobrodiní mírnějšího postihu přiznat.⁵⁵

Dle G. Zwiehoffové nejsou otázky ohledně dalších motivů, emocí či pohnutek pachatele dokonce vůbec na místě. Zwiehoffová je přesvědčena, že názor judikatury je založen za závažným nepochopení samotného smyslu ust. 1. alt. § 213 StGB. Zákonodárce dle této autorky vycházel z poznání, že určité útoky proti osobní integritě, ať už fyzického nebo verbálního charakteru, jsou s to i u osob, které jinak zachovávají normy společnosti, vyvolat okamžitá prudká hnutí mysli, při nichž si je pachatel sice vědom nepřijatelnosti svého jednání, není však situaci schopen plně racionálně vyhodnotit a může zkratkovitě zareagovat primitivní agresí, jíž by se za běžných okolností nikdy nedopustil. Na rozdíl od judikatury Zwiehoffová vychází z předpokladu nutnosti spontánní, bezprostřední reakce na chování poškozeného, při níž si pachatel ani nemůže stihnout eventuelní jiné pohnutky či motivy uvědomit. Táž autorka dále porovnává 1. alt. ust. § 213 StGB s privilegovanou skutkovou podstatou usmrcení na žádost dle ust. § 216 odst. 1 StGB, jež se vztahuje na pachatele, který byl k usmrcení jiné osoby „pohnut její výslovnou a vážně míněnou žádostí“.⁵⁶ Na rozdíl od vyprovokovaného zabití nepanují ohledně ust. § 216 StGB žádné pochybnosti o tom, že žádost poškozeného musí být zcela rozhodující pohnutkou k jednání pachatele.⁵⁷

5. Spontánnost reakce pachatele?

⁵⁵ GEILEN, str. 362, 363; ZWIEHOFF, str. 34; JÄHNKE, str. 142

⁵⁶ ZWIEHOFF, str. 33

⁵⁷ Wolf Middendorf si v rovině teoretické klade otázku, jak se má situace v případech, jež anglosaská teorie označuje jako „misdirected retaliation“. Lze dobrodiní mírnějšího postihu upřít např. pachateli který byl na učilišti soustavně brutálně šikanován několika „mazáky“. V inkriminovaný den je jimi opět zbit a ponižován. Pachatel ve stavu hlubokého rozrušení záhy po incidentu potká poškozeného, který jej urazí celkem nevinným úsměškem...; srov. MIDDENDORF, str. 136

Dikce ust. § 213 StGB vyžaduje, aby byl pachatel hněvem „na místě stržen k činu“ (*..auf der Stelle zur Tat hingerissen worden*). Jak zdůrazňuje nauka, má tato podmínka zúžit dopad zkoumaného ustanovení jen na ty případy, v nichž se spáchání trestného činu jeví jako do určité míry pochopitelná, konkrétní situací podmíněná, bezprostřední reakce pachatele na příkoří ze strany poškozeného. Dopustil-li se pachatel trestného činu pod dojmem křivd, k nimž došlo v minulosti, nelze podle výše uvedeného názoru zkoumané ustanovení aplikovat. Judikatura však citovaný požadavek zákona vykládá až překvapivě volně. Dle řady rozhodnutí Spolkového soudního dvora nelze souhlasit s názorem, že by ke skutku muselo dojít bezprostředně po provokujícím chování poškozeného. Rozhodující je otázka, zda pachatel v době spáchání zabití stále ještě jedná v afektu způsobeném provokací poškozeného. Afekt přitom dle judikatury ani nemusí přetrvat v nezměněné intenzitě. Teprve když afekt opadne natolik, že již pachateli nebrání v racionálním uvažování, přerušuje se motivační a psychologická souvislost mezi spácháním zabití a provokací. Nepovažuje se tedy za vyprovokované zabití ve smyslu citovaného ustanovení, pokud pachatel poškozeného ztratí na delší dobu z očí a teprve při dalším setkání se rozpomene na minulá příkoří.⁵⁸

Typickým příkladem je v tomto ohledu rozhodnutí ve věci sp. zn. 1 StR 286/94, v němž se Spolkový soudní dvůr zabýval kauzou dvacetiletého muže, který se ráno dozvěděl o tom, že jeho matku surově zbil její podnapilý druh, což obviněného velmi rozčílilo. Teprve když se v odpoledních hodinách s druhem matky setkal, zaútočil na něj nejdříve slovně a posléze jej pobodal nožem. Nalézací soud odmítl skutkový stav subsumovat pod 1. alt. ust. § 213 StGB s odůvodněním, že pachatel zaútočil na poškozeného až po značné časové prodlevě

⁵⁸ HORN, str. 55; JÄHNKE, str. 142, marg. 12; MIDDENDORF, str. 136-137

poté, co získal vědomost o příkoří způsobeném jemu blízké osobě. Spolkový soudní dvůr tento úzký výklad cit. ust. odmítl a konstatoval, že ust. § 213 StGB *nevyžaduje nutně spontaneitu*, tzn. bezprostřední časovou návaznost jednání pachatele na provokující jednání poškozeného. Dle soudu je pro kvalifikaci skutku podle ust. § 213 rozhodující, zda v okamžiku spáchání trestného činu u pachatele dosud přetrvával silný pocit ublížení, způsobený předchozím chováním poškozeného. Spolkový soudní dvůr užívá termínu „motivačně psychologické souvislosti“ (motivationspsychologischer Zusammenhang). Časový odstup několika hodin mezi způsobením příkoří pachateli a spácháním trestného činu může sice být v řadě případů závažným argumentem proti existenci uvedené souvislosti, v žádném případě ji však *a priori* nevylučuje. Rozhodující je dle soudu vždy otázka, zda provokace ze strany poškozeného byla v konkrétním případě motivem trestného činu nebo přinejmenším jedním z jeho motivů a zda silný afekt, způsobený chováním poškozeného a narušující racionální uvažování pachatele, přetrvával⁵⁹ (z nejnovější judikatury srov. např. věc sp. zn. 5 StR 134/07).

Teorie uvedenou interpretaci odmítají někteří představitelé nauky a tvrdí, že jde o výklad vyloženě odporující znění zákona. Judikatura se dle těchto kritiků příliš upíná na psychologické subjektivní kritérium přetrvávajícího afektu, a to na úkor podmínek objektivních. Hartmut Schneider poukazuje na skutečnost, že zákonodárce užil dvou na sebe navazujících znaků („na místě“ a „stržen“), jež výslovně zužují dopad zkoumaného ustanovení jen na okamžité reakce pachatele.⁶⁰ Opačný výklad, zastávaný judikaturou, považuje autor za „bezbřehý“. Lze si např. klást otázku, zda

⁵⁹ S odkazem na přetrvávající afekt neodmítly soudy přiznat dobrodiní mírnějšího postihu ani pachateli, který se po konfliktu se svým sousedem ve společných prostorách domu nejprve odebral do svého bytu a teprve po chvíli, ozbrojen, zazvonil u dveří poškozeného. Viz ZWIEHOFF, str. 33, pozn. 88, z nejnovější judikatury srov. např. i věc sp. zn. 5 StR 134/07).

⁶⁰ SCHNEIDER, str. 216, ZWIEHOFF, str. 32

lze jako vyprovokované zabití posoudit případ, kdy se pachatel delší dobu, třeba i řadu let, „užírání“ a nosí v sobě křivdu ze strany poškozeného, aby jednoho dne při setkání s poškozeným „explodoval“. H. Schneider takový výklad výslovně připouští⁶¹, spíše by se však jednalo o „jiný méně závažný případ zabití“ ve smyslu 2. varianty ust. § 213 StGB

6. „Vyprovokovaná provokace“?

Ust. § 213 StGB konečně požaduje, aby pachatel nezavinil chování poškozeného, jímž jej poškozený k činu vyprovokoval. Opět se zde nutně nejedná o zavinění v trestněprávním smyslu. Tak jako soud zkoumá odůvodněnost hněvu pachatele, musí paralelně zjišťovat, zda pachatel sám poškozenému k jeho provokujícímu chování nezavdal příčinu. Jde o rub a líc téže mince: o otázku, zda sám poškozený nebyl ke svému jednání ve smyslu § 213 StGB. vyprovokován pozdějším pachatelem zabití. Je zřejmé, že nutnost posoudit míru závažnosti vzájemně způsobených příkoří a urážek mezi pachatelem a poškozeným klade v praxi na německé soudy při dokazování nemalé nároky a je jednou z příčin skepse a kritiky samotné existence zkoumaného ustanovení. Pro soudy nebývá lehké stanovit, zda a do jaké míry mezi předchozím chováním pachatele a chováním poškozeného existuje souvislost. Právě proto hraje zásadní roli posouzení všech okolností konkrétního případu. Německá nauka i judikatura zdůrazňují, že „zavinění“ pachatele ve vztahu k chování poškozeného ve smyslu § 213 StGB není možno spatřovat v každém jednání, které je s pozdějším provokujícím jednáním poškozeného v příčinné souvislosti.⁶²

⁶¹ SCHNEIDER, str. 216; srov. ARZT-WEBER, str. 69, marg. 163

⁶² JÄHNKE, str. 141, 142; srov. MIDDENDORF, str. 136, 137

Např. v rozhodnutí ve věci 1 StR 43/87 se jednalo o případ pachatele, který se v lednu roku 1984 dopustil manželské nevěry. Navrhl manželce rozvod, ta však nesouhlasila a došlo k zdánlivému usmíření. Manželka obviněného se však k události v nadcházejících měsících stále vracela a obviněnému jeho pochybení vyčítala, což obviněný po delší dobu trpělivě snášel, a to i přesto, že jej manželka pravidelně v noci probouzela, silně plakala a spílala obviněnému vulgárními výrazy. Dne 13. 12. 1984 poškozená opět slovně napadla obviněného, který byl na odchodu do práce, otázkou, zda „jde zase za tou svou kurvou“. Na to se obviněný na poškozenou vrhl a zardousil ji. Nalézací soud vyloučil užití 1 alt. § 213 StGB s odůvodněním, že obviněný sám chování poškozené zavinil svou manželskou nevěrou. Tuto argumentaci však Spolkový soudní dvůr v citovaném rozhodnutí odmítl. Zdůraznil přitom význam bezprostřední souvislosti mezi jednáním pachatele a chováním poškozené na jedné straně a na druhé straně poměrně volnou souvislost mezi chováním poškozené v den spáchání trestného činu a někdejší manželskou nevěrou obviněného, k níž došlo před necelým rokem a za niž se obviněný poškozené omluvil. Pachatel zabití nese dle citovaného rozhodnutí za provokující chování oběti odpovědnost tehdy, pokud jí k takovému chování v daném okamžiku zaval dostatečnou příčinu. Rovněž podle rozhodnutí ve věci 3 StR 499/83 je dobrodiní ust. § 213 vyloučeno jen tehdy, pokud se odpovědnost pachatele „vztahuje bezprostředně na chování poškozeného, jež vyvolalo trestný čin“. Nelze je tedy a priori vyloučit pouhým odkazem na předchozí, jakkoli časově vzdálená provinění pachatele vůči pozdější oběti (viz podobně i např. rozhodnutí ve věci 4 StR 663/80). Obdobně v rozhodnutí sp. zn. 2 StR 558/87 Spolkový soudní dvůr označil za chybnou argumentaci nalézacího soudu, který v odůvodnění odsuzujícího rozsudku uvedl, že jednání obviněného vůči jeho agresivní družce-alkoholičce nelze posuzovat jako vyprovokované zabití ve smyslu cit. ust., neboť

obviněný sám v minulosti nepodnikl nic k urovnání jejich partnerského soužití a naopak svým vlastním způsobem života ke zneužívání alkoholu u poškozené přispíval. Spolkový soudní dvůr konstatoval, že východiskem pro uložení trestu je odpovědnost pachatele za konkrétní trestný čin, nikoli jeho trestněprávně irelevantní chování před jeho spácháním. Toto chování má z hlediska použití zmírňujícího ust. § 213 StGB význam jen tehdy, pokud mezi ním a chováním poškozeného existuje zřejmá souvislost, z níž lze dovodit odpovědnost pachatele za vzniklou konfliktní situaci.

Naopak v rozhodnutí ve věci 1 StR 135/75 Spolkový soudní dvůr zdůraznil, že v případě posouzení, zda je možno aplikovat 1. alternativu ust. § 213 StGB, nelze hledět toliko na události, jež bezprostředně předcházely spáchání trestného činu, ale význam mohou mít i ústrky, jichž se pachatel vůči budoucí oběti dopustil v minulosti. Typický případ spoluzavinění pachatele na chování poškozeného projednával Spolkový soudní dvůr pod sp. zn. 1 StR 212/92 . Jednalo se o věc obviněného, který s silným afektu usmrtil svou manželku poté, co mu tato několik hodin hlasitě spílala těmi nejvulgárnějšími výrazy i jej fyzicky napadala. Spolkový soudní dvůr se ztotožnil se závěrem soudu nalézacího, který vyloučil užití ust. § 213 StGB v jeho 1. alternativě s ohledem na předchozí dlouhodobé asociální chování obviněného, který sám manželku opakovaně slovně i fyzicky napadal, vyskytoval se často pod silným vlivem alkoholu a pěstoval četné mimomanželské sexuální vztahy, ač byl jinak na manželce po hmotné stránce závislý. V daném případě soudy sice vzaly v úvahu, že to byla poškozená, kdo začal konkrétní hádku, jež skončila spácháním zabití, avšak zároveň přihlédly ke skutečnosti, že obviněný sám hádku stupňoval a hrubými invektivami a posměšky provokoval další agresivní chování poškozené.

Aby bylo možno vyloučit dobrodiní aplikace ust. § 213, musí se v případě chování pachatele, jež předcházelo provokaci ze strany poškozeného, jednat o překročení významných sociálních norem (násilí, ponižování, urážky, atd.). Jestliže byl poškozený podnícen k hrubému příkoří či urážkám vůči pachateli např. toliko jeho nešikovností, nelze hovořit o zavinění pachatele ve výše uvedeném smyslu.⁶³ Pokud provokace poškozeného směřuje vůči rodinnému příslušníku pachatele, nebude na rozdíl od výše popsaného zavinění pachatele soud hledět na eventuelní podíl příbuzného na vzniku konfliktu, za předpokladu, že jsou další podmínky aplikace 1 alt. ust. § 213 StGB splněny. Jako v jiných případech, kdy je afekt pachatele reakcí na příkoří způsobené rodinnému příslušníku, je však i zde třeba zkoumat, zda pachatel skutečně jednal ve „spravedlivém hněvu“ vyvolaném provokací oběti zabití a nehledal v konfliktu mezi svým příbuzným a poškozeným toliko vhodnou záminku k útoku na poškozeného.⁶⁴

Konečně typickými případy, kdy judikatura odmítá pachatelům přiznat dobrodiní dle ust. § 213 StGB, jsou zabití, jež pachatel spáchal sice v silném rozrušení způsobeném příkořím ze strany poškozených, avšak v souvislosti se svou vlastní trestnou činností. V rozhodnutí ve věci 5 StR 213/95 se Spolkový soudní dvůr ztotožnil se závěrem nalézacího soudu o nemožnosti použití ustanovení o vyprovokovaném zabití u muže vietnamské národnosti, který obchodoval s ilegálně dováženými tabákovými výrobky. Pachatele navštívil v jeho stánku jiný Vietnamec a s výhrůžkami po něm požadoval podíl ze zisku z prodeje pašovaných cigaret jako tzv. výpalné. To pachatele velmi rozčílilo a poškozeného probodl nožem. Soud odmítl aplikovat ust. § 213 StGB ve smyslu jeho 1. alternativy, neboť

⁶³ ESER, *Renaissance...*, str. 72

⁶⁴ JÄHNKE, str. 139

vydírání ze strany poškozeného nesměřovalo proti cti, osobní integritě pachatele či jiným zákonem chráněným hodnotám, ale toliko proti jeho čistě hmotným zájmům v rámci páchaní trestné činnosti.

Částí nauky bývá připomínáno, že vyprovokované zabití dle § 213 StGB je především tzv. *afektdelikt*em spáchaným ve stavu silného hněvu, který při zachovalém vědomí protiprávnosti do značné míry ovlivňuje motivaci pachatele a racionální volbu jeho chování. Eckhard Horn v komentáři proto navrhuje řešit výše uvedenou otázku způsobem analogickým k případům „*actio libera in causa*“. Dle tohoto pojetí nestačí, aby pachatel toliko zavinil provokující chování oběti. Aby bylo možné vyloučit aplikaci ust. § 213, musí mít pachatel již předem představu o tom, že by oběť mohla určitým způsobem reagovat a vyprovokovat jej k útoku na její život.⁶⁵

7. Kolize ust. § 213 a § 211 StGB

Za nejproblematictější rys pojetí vyprovokovaného zabití dle § 213 StGB lze bezesporu považovat praktickou kolizi podmínek aplikace tohoto trestnost zmírňujícího ustanovení se znaky kvalifikované skutkové podstaty vraždy dle § 211 StGB. Vražda je dle platného německého trestního kodexu oproti prostému zabití (dle § 212 StGB definovanému jako úmyslné usmrcení člověka) vymezena výčtem kvalifikujících znaků (přítěžujících okolností, viz naše ust. § 219 odst. 2 tr. zák.), které z pohledu zákonodárce zvyšují nebezpečnost pachatele⁶⁶ natolik, že je mu nutno (výlučně a *obligatorně!*) uložit trest odnětí svobody na doživotí. Jedná o okolnosti

⁶⁵ HORN, str. 53, marg 4

⁶⁶ Tato úprava je kritizovaným pozůstatkem tzv. trestního práva pachatele (*täterbezogene Verbrechenlehre*, *Täterstrafrecht*) v rámci tzv. dualistické teorie, uplatňující se zejména v období nacionálního socialismu. Blíže viz zde již citovanou studii *J. Říthy*.

charakterizující motiv pachatele: zvláštní zvrácenost-vyhledávání vzrušení při zabíjení (*Mordlust*), uspokojení pohlavního chtíče, zničitost, snaha zakrýt jiný trestný čin nebo „jiná nízká pohnutka“. Druhý okruh znaků vymezující tr. čin vraždy zahrnuje způsob usmrcení oběti: zákeřně (*heimtückisch*), se zvláštní surovostí, krutě (*grausam*) či pomocí prostředků obecně nebezpečných (*mit gemeingefährlichen Mitteln*). Pozornému čtenáři je ihned patrné, že v konkrétních případech úmyslných usmrcení může velice snadno (a často!) docházet k současnému výskytu okolností, jež by měly vést k uložení *doživotního trestu* za vraždu, spolu s okolnostmi zakládajícími důvod posouzení skutku pachatele dle ust. § 213 StGB, podle nějž je pachatel ohrožen trestem odnětí svobody *od jednoho roku do pěti let* (stejná horní hranice jako tr. činu krádeže dle § 242 odst. 1 StGB!). Jak má být dle německého trestního zákoníku spravedlivě posouzena situace, kdy byl pachatel nejprve ve smyslu § 213 vyprovokován těžkým příkořím ze strany poškozeného, jehož právě pod vlivem silného afektu usmrtí způsobem, který německá judikatura tradičně hodnotí jako „krutý“ či „zákeřný“ ve smyslu znaku tr. činu vraždy? Zcela absurdně působí, jestliže na jedné straně německá judikatura považuje touhu pachatele po pomstě („*Rachsucht*“) za „jinou nízkou pohnutku“ ve smyslu vraždy dle § 211 StGB a zároveň zde existuje mnohem mírněji trestná forma po objektivní stránce téhož deliktu, vymezená právě jako jednání v odplatě (byť pod vlivem nezbytného stenického afektu) za předchozí útoky zabitého vůči pachateli či jemu blízké osobě. Podobně se může za určitých okolností i usmrcení nevěrné manželky jevit zároveň jako skutek vyprovokovaný chováním poškozené a jako skutek spáchaný z chorobné žárlivosti, již lze rovněž považovat za nízkou pohnutku.⁶⁷

⁶⁷ JÄHNKE, str. 136; ARZT-WEBER, str. 67; srov. GEILEN, str. 384, pozn. 60

Pro lepší pochopení uveďme, že problém kolize citovaných ust. neexistoval v německé právní úpravě po dobu účinnosti § 211 StGB v jeho původním znění z roku 1871, jež bylo nahrazeno výše citovanou platnou úpravou až ve čtyřicátých letech 20. stol. Až do roku 1941 totiž německé trestní právo odlišovalo základní formu úmyslného usmrcení (zabití, Totschlag) od přísněji trestného deliktu vraždy pomocí znaku *premeditace* - rozmyslu (*Überlegung*). Starší úprava se proto s kolizí mezi vraždou a vyprovokovaným zabitím v zásadě nepotýkala, neboť jako kritéria pro vymezení vraždy užívala psychologického znaku předchozího uvážení činu pachatelem, jež se v pojetí tehdejší judikatury pojmově vylučovalo s afektem ve smyslu § 213 StGB. Znění ust. § 213 StGB nebylo změnám zákonné definice vraždy nijak přizpůsobeno a zůstává prakticky nezměněno od účinnosti Říšského trestního zákoníku z roku 1871.⁶⁸

Výše popsanou kolizi mezi znaky uvedenými v obou citovaných ustanoveních řešila německá judikatura od padesátých let jednoznačně ve prospěch subsumpce pod skutkovou podstatu tr. činu vraždy, a to na základě již zmíněného systematického výkladu vztahu mezi ust. § 211 až § 213 StGB navzájem, podle nějž se ust. § 213 k trestnému činu vraždy vůbec nevztahuje. Stručně vyjádřeno, je nejprve třeba zkoumat, zda není dán některý ze znaků vraždy dle § 211 (rozlišení mezi vraždou a zabitím dle § 212) a teprve při absenci těchto znaků je třeba zjišťovat, zda v rámci skutkové podstaty zabití není třeba aplikovat zmírňující ustanovení § 213 StGB. V případě existence některého ze znaků vraždy dle tohoto výkladu již podřazení skutku pachatele pod jiný trestný čin nepřipadá v úvahu a uložený trest lze s ohledem na jednání pachatele

⁶⁸ viz § 177 pruského trestního zákoníku z roku 1851 Toto ustanovení ovšem postrádalo „generální klauzuli“ a dopadalo právě jen na případy, kdy pachatel jednal v afektu vyprovokovaném chováním poškozeného. Slova „oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor“ byla zákonodárcem připojena právě v trestním kodexu z roku 1871 a z vyprovokovaného zabití se tak stala toliko v zákoně konkrétně uvedená subspecies mírněji trestného jednání ve vztahu k ust. § 212 StGB. K původnímu znění zákona viz např. BINDING, cit. dílo, str. 27 a násl.

v afektu korigovat nanejvýš jen dle obecného ust. § 21 StGB o snížené přičetnosti.

Uvedený přístup judikatury začal být záhy kritizován naukou, neboť v praxi vede k již naznačené absurdní situaci, kdy velmi podobná okolnost může být v jednom konkrétním případě vyložena jako nízká pohnutka a v případě následujícím jako pouhá reakce v afektu na předchozí zavrženíhodné chování poškozeného. Poměrně malá odchylka ve skutkových zjištěních soudu tak může znamenat rozdíl mezi doživotním trestem (do r. 1959 dokonce trestem smrti!) a trestem odnětí svobody docela mírným (šest měsíců až pět let dle znění platného do r.1998).⁶⁹ Právem je poukazováno na to, jak obtížné je za této situace s ohledem na velkou rozmanitost konkrétních skutků dodržovat rozhodovací praxi v mezích zásady *de similibus idem est iudicium*.⁷⁰ Gerd Geilen v 70. letech upozornil na skutečnost, že po druhé světové válce oproti dřívějšímu výrazně ubylo případů kvalifikovaných soudy dle § 213.⁷¹ Za jednu z příčin vedle hodnotových posunů ve společnosti považoval právě skutečnost, že soudy nyní kvalifikují řadu dříve podle tohoto ustanovení posuzovaných úmyslných usmrcení jako vraždy, byť dřívější judikatura právě jednání spáchaná v afektu z okruhu vražd vylučovala. Geilen považuje postoj judikatury, ignorující v případě existence znaků vraždy i eventualitu užití ust. § 213 StGB, za neodůvodněný, každopádně však kritizuje obrovský skok mezi mírou trestní represe u vraždy na jedné straně a vyprovokovaným zabitím na straně druhé. Geilen zdůrazňuje smysl ust. § 213, jímž chtěl zákonodárce původně privilegovat všechny osoby, jež úmyslné usmrcení spáchaly v silném ospravedlnitelném hnutí mysli a klade si otázku, zda je možno klonit se tak jednoznačně k formálně systematickému

⁶⁹ Srov. ARZT-WEBER, str. 67

⁷⁰ „případy obdobné mají být posuzovány obdobně“

⁷¹ GEILEN, str. 384, ovšem Zwiehoffová, cit. dílo, str. 2, uvádí, že od 80. let je až v jedné třetině případů úmyslných⁷¹ Srov. ARZT-WEBER, str. 67
usmrcení 1. var. ust. § 213 StGB buď aplikována a nebo zvažována.

výkladu, zpřísnujícímu trestní represí v mnoha případech tak závratně. Není zřejmé, zda z hlediska normativního lze okolnosti podmiňující odpovědnost pachatele za vraždu dle § 211 StGB tak jednoznačně nadřazovat důvodům vedoucím k jeho mírnějšímu postihu. Vyvozuje závěr o nutnosti změny platné německé právní úpravy.⁷²

8. Omyl pachatele ohledně charakteru chování poškozeného

K navzájem odlišným závěrům dochází judikatura a část nauky pokud jde o otázku, jak posuzovat případy, kdy pachatel jedná ve skutkovém omylu ohledně urážek či provokací ze strany poškozeného. Ve vztahu k provokujícímu chování jde zejména o případy skutkového omylu pozitivního, kdy si pachatel jako urážku či příkoří mylně vyloží jednání poškozeného, které ve skutečnosti takový charakter nemělo, např. proto, že jako urážka vůbec nebylo míněno, mělo charakter nehody či žertu nebo nesměřovalo proti pachateli. Pachatel se může mýlit jak co do samotné existence urážlivého chování poškozeného, tak i co do jeho zamýšlené intenzity. Nejedná se však o situace, kdy by pachatel útokem reagoval na nicotný podnět: V uvedených případech, pokud by představa pachatele odpovídala skutečnosti, jednalo by se o hrubý útok na jeho osobu či jemu blízké osoby ve smyslu § 213 StGB (např. budoucí oběť omylem vychrstne nádobu s nečistotou do tváře pachatele, poškozený z žertu dělá posunky a vyráží nejapné pazvuky, o nichž se pachatel mylně domnívá, že mají zesměšnit jeho tělesný defekt, atd.). Zatímco někdejší Říšský soudní dvůr na takové situace analogicky aplikoval ustanovení 16 odst. 2 StGB o omylu, Spolkový soudní dvůr ve svých rozhodnutích již v padesátých letech zaujal stanovisko, že uvedené případy pod 1. alternativu ust. § 213 StGB podřadit nelze. Podle názoru soudu

⁷²GEILEN, str. 383 až 388

předpokládá citované ustanovení *skutečnou* urážku nebo příkoří (2 StR 170/51, 1 StR 104/86) a toliko putativní provokace tuto podmínku nespĺňuje. Jako argument se poněkud absurdně uváděl i odkaz na požadavek cit. ust. ohledně toho, že pachatel sám provokaci nesmí zavinit.⁷³ V případě putativní provokace nebylo dle názoru judikatury možné o splnění této podmínky rozhodnout. V citovaném rozhodnutí z roku 1986 soud ovšem jako hlavní důvod pro nepoužití § 213 uvedl nutnost vykládat toto ustanovení co nejvíce restriktivně, a to s ohledem na mimořádný význam objektu tohoto trestného činu, lidského života.⁷⁴ V jiném rozhodnutí z konce osmdesátých let (3 StR 479/87, srov. i 3 StR 49/86) Spolkový soudní dvůr konstatoval, že objektivní stránka 1 alternativy ust. § 213 StGB vyžaduje ze strany poškozeného provokující chování *vědomé* a že tudíž citované ustanovení nelze aplikovat pro případ, kdy pachatel v hněvu usmrtil svou manželku, jejíž slovní poznámky si mylně vyložil jako přiznání její nevěry a výsměch své sexuální nedostačivosti. Argumentace soudu přitom zdůrazňuje charakter ust. § 213, jež není privilegovanou skutkovou podstatou ve smyslu samostatného, mírněji trestného deliktu, ale toliko ustanovení upravujícím podmínky ukládání trestu za zabití dle předchozího ust. § 212 StGB. Z tohoto důvodu v uvedených případech nelze aplikovat ust. § 16 odst. 2 StGB o skutkovém omylu pozitivním ohledně znaků skutkové podstaty méně závažného trestného činu. Dle judikatury se ve výše popsaných případech jedná toliko o omyl o „okolnostech mimo skutkovou podstatu“ (*außertatbestandmäßige Umstände*).⁷⁵

Toto pojetí však není částí nauky považováno za argumentačně uspokojivé. Logicky lze totiž poukázat na skutečnost, že i když akceptujeme závěry Spolkového soudního dvora ohledně nemožnosti užití ust. § 16 odst. 2 StGB,

⁷³ ARZT-WEBER, str. 69, marg. 163

⁷⁴ Srov. ARZT-WEBER, str. 69, pozn. 9

⁷⁵ Srov. HORN, str. 52

neexistuje rozdíl co do motivu a psychického rozpoložení pachatele, který jedná v afektu způsobeném skutečným ublížením ze strany poškozeného, a pachatelem, který je o takovém ublížení mylně přesvědčen. Zdůraznit je třeba význam silného afektu, jenž je v případě ust. § 213 StGB *conditio sine qua non*, pro nějž však objektivní existence provokace ze strany poškozeného nemá žádný význam.⁷⁶ Johann Glatzel odmítá závěry judikatury z hledisek forenzně - psychiatrických. Zdůrazňuje, že z hlediska psychologického je rozdíl mezi subjektivně pocíťovaným a objektivně existujícím příkořím sotva postižitelný.⁷⁷ Souhlasné stanovisko s judikaturou zaujal např. K. R. Maatz. Je sice zajedno s A. Eserem a G. Geilenem pokud jde o charakter ust. § 213 StGB, jenž se blíží skutkové podstatě samostatného deliktu, avšak jde-li o závěry pro trestnost pachatelů, poukazuje na výjimečný charakter tohoto ustanovení. Z hlediska kriminálně politického není dle Maatze možné v případě skutkového omylu ve výše uvedených případech postupovat dle 1. alternativy ust. § 213 z toho důvodu, že by i vzhledem k dikci ust. § 16 odst. 2 StGB v praxi nebylo možno rozlišit mezi zaviněným a nezaviněným omylem a vedlo by k privilegování některých pachatelů zcela v rozporu s účelem ust. § 213 StGB.⁷⁸ Jak uvádí i H. Schneider, 1. alternativa ust. § 213 StGB předpokládá jednání v takovém vysokém stupni rozrušení, jemuž se pachatel s ohledem na příkoří ze strany poškozeného nemohl nijak vyhnout (*neodvratitelný afekt*). Tato podmínka by nebyla dána u pachatelů, kteří vlastním zaviněním podleli omylu o okolnostech, které ve skutečnosti neexistovaly.⁷⁹ Zdá se však, že hlavní důvody pro výše uvedené

⁷⁶ SCHNEIDER, str. 218 až 219, ZWIEHOFF, str. 23 až 25, souhlasně i ESER, A. In: SCHÖNKE; A. - SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch. Kommentar, C.H. Beck: München, 1991, str. 1547, marg. 12, srov. i ESER, *Renaissance...*, str. 73 a násl.

⁷⁷ GLATZEL; J.: Privilegierung versus Dekulpation bei Tötungsdelikten, Strafverteidiger roč. 1987, str. 553, 555, citován K. R. Maatzem in: MAATZ, K.- R., : Der Minder schwere Fall des Totschlags - Versuch einer normativ - ethischen Reduktion des § 213 StGB, In: ESER, A. (ed.): Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin: Festschrift für Hanskarl Salger zum Abschied aus dem amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln, Heymann, 1995, str. 100; SCHNEIDER, str. 218, GEILEN, str. 375;

⁷⁸ MAATZ, str. 96, 100 až 101; s názorem K. R. Maatze souhlasí i JÄHNKE, str. 140, 141

⁷⁹ SCHNEIDER, str. 218 a násl.

stanovisko judikatury jsou kriminálně politické: jak uznává H. Schneider, v případě opačného postupu, navíc při zachování zásady *in dubio pro reo*, by odkaz na omyl ohledně chování poškozeného byl k dispozici jako účelová obhajoba prakticky všem pachatelům situačních deliktů proti životu a zdraví.

V uvedené souvislosti se poukazuje na ústavněprávní požadavek rovnosti i proporcionality trestu, kdy výše uvedený postup soudů staví na roveň ty pachatele, kteří jednali v omylu ohledně jim způsobeného příkoří či urážek, těm pachatelům, kteří svou oběť usmrtili ve smyslu ust. § 212 StGB, aniž byli jakkoli provokováni.⁸⁰ Tomuto názoru lze ovšem oponovat poukazem na obrovské rozpětí trestní sankce v případě zabití posledně citovaného ustanovení, jež se ve smyslu jeho odst. 1 a 2 pohybuje v rozmezí pěti let a doživotního trestu odnětí svobody. Dále je třeba mít na zřeteli generální klauzuli obsaženou v 2. alternativě ust. § 213 StGB, tzn. že s přihlédnutím ke všem okolnostem může být výše popsané jednání v omylu ohledně provokace kvalifikováno jako „jiný méně závažný případ zabití“, a to především z důvodů silného rozrušení (afektu) pachatele v době spáchání trestného činu, jak ostatně uznal i Spolkový soudní dvůr v již citovaném rozhodnutí 1 StR 104/86.⁸¹

9. Závěr

Smyslem tohoto příspěvku je zprostředkovat na základě německé odborné diskuze k ust. § 213 StGB českému čtenáři základní představu o výkladových úskalích „provokační alternativy“ mírněji trestného deliktu *zabití*, který by měl do našeho platného práva vstoupit se schválením trestního

⁸⁰ MAATZ, str. 101

⁸¹ Viz SCHNEIDER, str. 219

zákoníku v podobě uvedené v ust. § 139 odst. 1 osnovy z roku 2008. I přes systematické odlišnosti navrhované české koncepce lze ve výše popsaných úvahách německé teorie a soudů spatřovat *mutatis mutandis* potenciální inspiraci pro výklad citovaného ustanovení nového kodexu. Domnívám se, že tvůrci osnovy nepochybili, jestliže zavrženíhodné jednání usmrcené osoby jako polehčující znak nespojili úzce s podmínkou afektu, ale uplatnili tyto dva znaky odděleně. Provokační alternativa tak bude s to obsáhnout i předem uvážená jednání, k nimž se pachatel odhodlal až např. po delší době v důsledku trvajících nesnesitelných příkoří ze strany usmrceného (viz typicky případy dlouhodobě týraných žen). Z uvedeného důvodu je rovněž na ust. § 139 osnovy zapotřebí hledět důsledně jako na *lex specialis* k základní skutkové podstatě vraždy dle ustanovení předchozího, a to včetně její přísnější trestné formy dle § 138 odst. 2 a 3 osnovy. Pojem „zavrženíhodného jednání poškozeného“ v českém návrhu je co do obsahu potenciálně velmi široký a je založen na akcentovaném *normativně-etickém* hledisku. I při jeho výkladu lze k německé praxi přihlížet jako k určitému inspirujícím vodítku, zejména pokud jde o základní rámec a zásady, zejména ohledně požadavku mimořádného charakteru jednání poškozeného, jeho intenzity a příčinné souvislosti s trestným činem. Z hlediska teorie trestního práva hmotného může být nová úprava úmyslných usmrcení (i s ohledem na znění § 138 osnovy) podnětem k zcela zásadní diskuzi nejen o přísl. ustanoveních zvláštní části, ale o samotných základech trestní odpovědnosti (zavinění, předchozí uvážení pachatele, význam jeho afektu, přičetnost, otázky nutné obrany, nemluvě o speciální problematice usmrcení na žádost). Určitá úskalí však nová úprava bude přinášet zřejmě i z hlediska trestněprávně procesního. Stručný nástin německých zkušeností s ustanovením uvedeného typu má proto, jak se domnívám, svou opodstatněnost.

Tento článek je jedním z výstupů výzkumného záměru č. 156607, přijatého k financování Grantovou agenturou Univerzity Karlovy v roce 2007 po názvem „Úmyslná usmrcení: srovnávací trestněprávní a kriminologická studie“

Hořák, J.

Vyprovokované zabití v německém trestním právu

SOUHRN

Článek reaguje na znění § 139 odst. 1 návrhu nového trestního zákoníku, jež zavádí novou privilegovanou skutkovou podstatu zabití, která má postihovat nižším trestem mimo jiné i případy, při nichž pachatel poškozeného usmrtil v důsledku jeho předchozího zavrženíhodného jednání. Autor příspěvku se nejprve zmiňuje o různých typech tzv. viktimologického zavinění a uvádí jednotlivé způsoby zohlednění takových situací v trestních zákonech v případech úmyslných usmrcení. Aby čtenářům přiblížil možná výkladová a aplikační úskalí navrhované úpravy, představuje ust. § 213 německého StGB zahrnující rovněž tzv. vyprovokované zabití („provozierte Tötung“). Následující text upozorňuje na klíčové otázky, týkající se tohoto deliktu, jež často velmi rozporupně zodpovídá německá judikatura a trestněprávní nauka. Ke klíčovým problémům, o nichž je v článku podrobně pojednáno, patří sama systematika deliktů úmyslných usmrcení, otázky příčinné souvislosti mezi provokací a trestným činem či otázky omylu pachatele. Text obsahuje četnou kasuistiku z německé soudní praxe.

Hořák, J.

Provoked manslaughter in German criminal law

SUMMARY

This article reacts to article No. 139 paragraph 1 of the draft of the new penal code, which introduces a new privileged factum of *manslaughter*, which is intended to hold offenders liable to lower punishments for example in the cases, when the offender killed the aggrieved following previous contemptible conduct of the aggrieved person. The author of the article first mentions the various types of the so-called victimological culpability and mentions the individual ways in which such situations are taken into account in penal codes in the cases of intentional slaughter. In order to bring the possible interpretation and application pitfalls of the intended draft nearer to the readers, he presents the regulation of article No. 213 of the German StGB, which also includes the so-called provoked manslaughter („provozierte Tötung“). The following text draws attention to the key issues relating to this tort, which are frequently answered by the German judiciary and criminal science in a very inconsistent way. The key problems, which are mentioned in detail in the article, include the system itself of torts of intentional slaughter, the question of causal relations between provocation and a criminal act, or the question of error on the part of the offender. The text contains numerous case reports from the German legal practice.

Hořák, J.

Provozierte Tötung im deutschen Strafrecht

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel reagiert auf die Fassung des § 139 Abs. 1 des Entwurfs des neuen Strafgesetzbuches, das den neuen privilegierten Tatbestand – *die Tötung* – einführt, der eine mildere Strafe unter anderem auch in Fällen vorsieht, in denen der Täter den Geschädigten infolge dessen vorhergehenden verwerflichen Handlung getötet hat. Der Autor des Beitrags erwähnt zuerst verschiedene Typen des sog. viktimologischen Verschuldens und führt einzelne Arten der Berücksichtigung solcher Situationen in Strafgesetzen in Fällen vorsätzlicher Tötung auf. Um den Lesern mögliche Klippen bei der Auslegung und Anwendung der vorgeschlagenen Regelung näher zu bringen, stellt er § 213 des deutschen StGB vor, der die sog. provozierte Tötung („provozierte Tötung“) einschließt. Der nachfolgende Text macht auf Schüsselfragen aufmerksam, die dieses Delikt betreffen und die die deutsche Judikatur sowie die Strafrechtskunde sehr widersprüchlich beantworten. Zu den Schlüsselproblemen, die im Artikel detailliert behandelt werden, gehören die eigentliche Systematik der vorsätzlichen Tötungsdelikte, der kausale Zusammenhang zwischen Provokation und Straftat sowie Fragen eines Irrtums des Täters. Der Text enthält eine umfangreiche Kasuistik aus der deutschen Gerichtspraxis.