



<http://www.diva-portal.org>

This is the published version of a chapter published in *Artikelsamling 2014*.

Citation for the original published chapter:

Lindholm, J. (2014)

Idrottens rättsliga särart

In: Krister Malmsten (ed.), *Artikelsamling 2014* (pp. 131-145). Stockholm: Svensk idrottsjuridisk förening

Idrottsjuridisk skriftserie

N.B. When citing this work, cite the original published chapter.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-97626>

Idrottens rättsliga särart

I2

JOHAN LINDHOLM¹

Inledning

Hänvisningar till idrottens särart förekommer i en rad sammanhang.² Sådana hänvisningar inbegriper, i grova ordalag, ett påstående om att idrott som företeelse har vissa särdrag som skiljer den från andra samhällsliga företeelser. Ett exempel på detta är *Webster*-domen där den internationella skiljedomstolen för idrott, CAS, uttalade att det hör till den idrottsliga verksamhetens särart att den involverar en känslig balans av kolliderande värden och intressen.³

Hänvisningar till idrottens särart är som sådana förhållandevis okontroversiella, trots att de sällan tydligt anger vilka idrottens särdrag är, eller kanske just därför. Ibland är emellertid hänvisningar till idrottens särart förenade med anspråk om att idrotten med hänsyn till sin särart ska behandlas annorlunda än andra samhällsliga företeelser. Med "annorlunda" avses i dessa sammanhang närmast undantagslöst att idrotten ska behandlas mer fördelaktigt än andra samhällsliga företeelser. I den mån hänvisningar till idrottens särart är förenade med sådana anspråk på positiv sär-

-
1. Juris doktor, docent i rättsvetenskap. Verksam vid juridiska institutionen och Idrottshögskolan vid Umeå universitet. E-mejl: johan.lindholm@jus.umu.se. Författaren vill rikta ett stort tack till Anderz Andersson som kommit med kloka synpunkter på ett utkast till artikel.
 2. Se t.ex. kommissionen, Vitbok om idrott, KOM (2007) 391 slutlig, avsnitt 4.1; Europeiska radet, Ordförandeskapets slutsatser, Nice den 7–9 december 2000, bilaga IV (Nicedeklarationen); Motion 2009/10:Kr203 Idrottens särart.
 3. CAS 2007/A/1298–1300, *Webster*, punkt 67 ("the Panel finds that the specificity of sport is a reference to the goal of finding particular solutions for the football world which enable those applying the provision to strike a reasonable balance between the needs of contractual stability, on the one hand, and the needs of free movement of players, on the other hand, i.e. to find solutions that foster the good of football by reconciling in a fair manner the various and sometimes contradictory interests of clubs and players.").

behandling finns det anledning att granska dem närmare, vilket också är syftet med denna artikel.

En positiv behandling av idrott kan ta sig olika uttryck. Det kan till exempel handla om att idrotten i politiskt hänseende ges ett större eller annat inflytande än andra samhällseliga företeelser eller att idrotten på förmånligare villkor än andra företeelser kommer i åtnjutande av samhällseliga resurser och funktioner.⁴ En särbehandling av idrotten med hänsyn till dess särart kan också vara ett politiskt mål eller värde. Till exempel uttalade Europeiska rådet i Nicedeklarationen att Europeiska unionen måste ta hänsyn till den sociala, kulturella och utbildningsmässiga funktion som är inherent i idrott och som gör den speciell.⁵

Denna artikel tar dock sikte på idrottens *rättsliga* särart. Med detta avses att de rättsliga reglernas tillämpning på idrotten jämfört med andra samhällseliga företeelser på olika sätt begränsas eller, för att låna Andersons terminologi, att rättsreglerna gentemot idrotten tillämpas med särskild "ömhet".⁶ Frågan om idrottens rättsliga särart kan utan att överdriva beskrivas som idrottsjuridikens "heliga graal". Denna artikel kan inte uttömmande besvara denna svåra och komplexa fråga, men kan förhoppningsvis bidra till en fortsatt diskussion.

En diskussion om idrottens rättsliga särart kan ta olika utgångspunkter. En sådan utgångspunkt är om idrotten på grund av sina särdrag *bör* behandlas annorlunda än andra företeelser. Det är inte utgångspunkten för denna artikel vilken i stället ska granska om idrotten i rättsligt hänseende *faktiskt* behandlas annorlunda än andra samhällseliga företeelser och, i så fall, på vilket sätt. Artikelns ska alltså vederlägga om det i gällande rätt finns stöd för idrottens rättsliga särart. I Sverige saknas med några få undantag lagstiftning som specifikt reglerar idrott och även förarbetena innehåller få referenser till idrotten. Utredningen av gällande rätt utgår därför i huvudsak från rättspraxis.

4. Se härom t.ex. den långa debatten om idrottsföreningars och IdrottsAB:s skyldighet att i samband med idrottsevenemang betala för polisbevakning.

5. Declaration on the specific characteristics of sport and its social function in Europe, of which account should be taken in implementing common policies, punkt 1 ("take account of the social, educational and cultural functions inherent in sport and making it special ...").

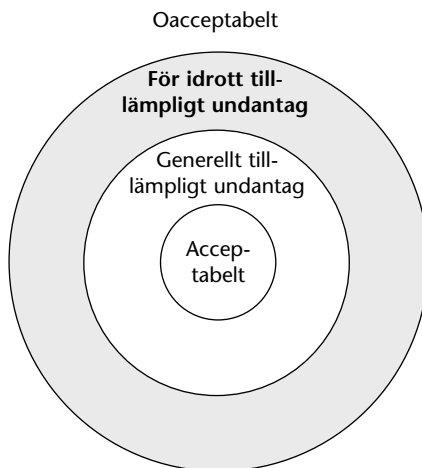
6. Jack Anderson, *Modern Sports Law* (Hart Publishing, Oxford 2010), s. 237.

När är det fråga om rättslig särbehandling?

För att det ska vara fråga om att idrotten rättsligt särbehandlas måste, för det första, den situation som granskas vara föremål för rättslig reglering och, för det andra, tillämpningen av dessa regler på idrottsliga förhållanden avvika från vad som gäller enligt huvudregeln. Det kan inte heller vara fråga om tillämpning av ett generellt tillämpligt undantag. Frågan blir om det bortom detta existerar ett särskilt för idrotten tillämpligt undantag från rättens "normala" tillämpning, det vill säga hur den tillämpas på andra samhällsliga företeelser.

Med detta synsätt är det möjligt att bortse från många omständigheter som annars kunde tas till intäkt för idrottens rättsliga särart. Till exempel, att det som sådant är tillåtet att spela ishockey är inget uttryck för idrottens rättsliga särart då det faller utanför det område som är föremål för rättslig reglering. Inte heller är det förhållandet att tacklingar på ishockeyrinken inte föranleder straffrättslig prövning ett uttryck för idrottens rättsliga särart då var och en kan med ansvarsbefriande verkan samtycka till att bli tacklad, såväl i som utanför en idrottslig situation. Om vi håller oss till samma exempel kan däremot idrottens rättsliga särart sökas i det förhållandet att även sådana våldsammare kontakter som enskilda normalt inte kan samtycka till i viss utsträckning ändå går straffria om de inträffar i samband med ishockeyspel.

Som utvecklas nedan har jag i praxis och doktrin identifierat fyra huvudsakliga argument för en rättslig särbehandling av idrotten. Ett första argument är att idrotten som verksamhet totalt sett är positiv för samhället och att det därför ligger i samhällets intresse att göra avsteg från rättens "normala" tillämpning i den mån den omöjliggör den idrottsliga verksamheten. Ett andra argument är att idrottsutövarna bör kunna "ge allt" och att de rättsliga förväntningarna på vad som utgör ett rimligt beteende i motsvarande mån bör anpassas. Ett tredje argument är att den idrottsliga verksamheten har en starkare ideell och personlig karaktär än många andra samhällsliga företeelser. Ett fjärde och avslutande argument är att idrotten åtnjuter en rätt att själv reglera sin verksamhet. Nedan diskuteras i tur och ordning i vilken utsträckning dessa argument finner stöd i gällande rätt.



Argument I: Den nettopositiva idrottens nödvändiga delar

INLEDNING

Ett lättbegripligt och intuitivt vettigt argument för idrottens rättsliga särart är att samhället måste ta det goda med det onda: i den mån en tillämpning av de rättsliga reglerna skulle omöjliggöra den idrottsliga verksamheten måste samhället antingen göra avsteg från reglernas "normala" tillämpning eller acceptera att verksamheten försvinner.⁷ Annorlunda uttryckt kan idrottens rättsliga särart från detta perspektiv beskrivas som att idrottssektorns samhällsbidrag överstiger de intressen som ligger till grund för rättsreglerna i sådan grad att verksamhetens bevarande vid en avvägning bör få företräde framför en sedvanlig tillämpning av rättsreglerna.⁸

Detta argument är bland annat vanligt förekommande på straffrättens område genom Jareborgs teori om socialadekvans. Denna teori utgör en "slasktratt" eller "säkerhetsventil" som gör det "möjligt att fria från ansvar i en rad fall ... där det framstår som orimligt och oavsiktligt att straffrättsligt ingripande skall ske".⁹ Jareborg menar att det är teorin om socialadekvans som i första hand bör användas för att utröna om straffrättsligt ansvar ska utgå för idrottsvåld då den i större utsträckning än samtyckesreglerna kan ligga till grund för strafffrihet.¹⁰

Det finns ett visst stöd för socialadekvansteorin i svensk rättspraxis, till exempel i Högsta domstolens dom i NJA 1997 s. 636¹¹:

Vid sidan om de ansvarsfrihetsgrunder som regleras i 24 kap BrB finns det ett utrymme för tillämpning av oskrivna regler om ansvarsfrihet när det föreligger en kollision mellan ett straffskyddat intresse och något annat intresse som bör sättas före. En beteckning som används i detta sammanhang är social adekvans.

7. Jfr Bertil Bengtsson, Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv (Norstedts, Stockholm 1962), s. 79 (konstaterar att vissa idrottsliga verksamheter har gemensamt "att deras utövning trots en del riskabla inslag godtages av rättsordningen och i viss utsträckning rentav gynnas av statsmakterna").

8. Anders Lindstedt m.fl., Idrottsjuridik (Natur och kultur, Stockholm 1976), s. 179; Krister Malmsten, "Idrottsnorm som juridisk standard", Svensk Juristtidning 1997 s. 241, s. 248; Krister Malmsten, "Culpavariabler vid idrottskador", Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling 2000 s. 122, s. 122 (i en straffrättslig kontext).

9. Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt (Lustus, Uppsala 2005), s. 290–291.

10. Ibid. s. 296.

11. Målet gällde straffansvar för omskärelse av pojkar utan bedövning.

NETTOPOSITIVITETSKRITERIET

Argumentet ovan bygger på att två kriterier är uppfyllda. Ett första kriterium som måste vara uppfyllt är att idrottens positiva påverkan på samhället överstiger dess negativa. Med andra ord, för att förtjäna ett särskilt skydd måste idrotten lämna ett tydligt nettopositivt bidrag till samhället. Omvänt kan man säga att staten både kan och bör ingripa, ytterst genom rätten, om idrottens negativa påverkan på samhället överstiger den positiva.¹² Det andra kriteriet, som behandlas nedan, är att den ifrågasatta företeelsen är genuint nödvändig.

Vad mer specifikt består då idrottens samhällsnytta av? Längre tillbaka i tiden ansågs idrottens bidrag till samhället vara att upprätthålla befolkningens kondition och förmåga att försvara sig, inte minst i en krigssituation.¹³ I en mer modern kontext kan fyra samhällsbidrag urskiljas. För det första menar många att idrotten bidrar till att upprätthålla folkhälsan, vilket, i sin tur, leder till en friskare och mer produktiv allmänhet.¹⁴ Ett annat, vanligt stöd för idrottens särart är, för det andra, dess bildnings- eller fostransfunktion, det vill säga att idrotten bidrar till att utveckla de unga utövarnas värden, karaktär och moral.¹⁵ Vilka värden mer exakt som avses är ofta oklart, men det inkluderar bland annat tolerans, ärlighet, rättvisa (fair play) och regel efterlevnad.¹⁶ För det tredje pekar många på idrottens sociala betydelse för deltagarna, i synnerhet för marginaliserade grupper av individer.¹⁷ Det fjärde och avslutande bidrag som idrotten ger samhället är också socialt men på ett något annorlunda sätt: idrottens bidrag till allmänhetens förströelse.¹⁸ I en mer vidsträckt bemärkelse

-
12. Jonathan Nirmark, "Straffansvar under kampsportsutövning", Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling 2012 s. 115, s. 124; Miranda Pedersen, "Idrottsvåld – ingen rättslig angelägenhet?", Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling 2009 s. 145, s. 169.
 13. Se Michael Foster, *Crown Cases* (uppl. 3, E & R Brook, London 1792), s. 259–260 (menar att ett dödsfall som orsakats i samband med idrott är straffrättsligt ursäktligt eftersom det rör sig om "manly diversions, they tend to give strength, skill, and activity, and may fit people for defense, public as well as personal, in time of need") (moderniserad stavning).
 14. SOU 2008:59, s. 146–147; Johannes Harlevi, "Hjältar eller brottslingar – straffansvar för våld under idrottsutövande?", Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling 2008 s. 181, s. 191; Malmsten (2000), s. 122; Lindstedt m.fl. (1976), s. 179; Pedersen (2009), s. 169; David Thorpe m.fl., *Sports Law* (uppl. 2, Oxford University Press, Melbourne 2013), s. 106.
 15. SOU 2008:59, s. 147.
 16. Se Peter Gill, "Våld och värdedidaktik i kamp- och kontaktidrotter", Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling 2008 s. 127; Lindstedt m.fl. (1976), s. 179.
 17. SOU 2008:59, s. 147. Jfr Pedersen (2009), s. 169.
 18. Harlevi (2008), s. 191; Malmsten, Krister, "Idrottsvåld – regelkonformitet och rättsenlighet", i *Skuld och ansvar – straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelsson*, Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala vol. 2 s. 192, s. 201. Se dock SOU 2008:59, s. 147 (det faktum att idrotten är positiv som förströelse motiverar inte att staten ger ekonomiskt stöd).

kan argumentet förstås som att idrotten bidrar till att "avhålla medborgarna från andra, ur samhällssynpunkt, icke önskvärda aktiviteter".¹⁹ Av EU-domstolens praxis följer mer allmänt att idrottens samhällsnytta inte endast är begränsad till aktivt deltagande i amatöridrott utan att även professionell idrott fyller ett viktigt, samhälleligt syfte.²⁰

Det är förstås inte möjligt att kvantifiera idrottens samhällseffekter, varken de positiva eller de negativa, utan det blir i praktiken fråga om en mycket grov uppskattning. Detta innebär dock inte att nettopositivetskriteriet är meningslöst. Det är utan större svårigheter möjligt att föreställa sig en idrott som är förenad med så stora skador eller skaderisker för människor, djur eller natur att dess negativa konsekvenser klart överstiger de positiva. Om någon utvecklade en idrott som gick ut på att slå ihjäl motståndaren så bör de tillämpliga straffrättsliga reglerna upprätthållas, trots att det därmed i praktiken blir omöjligt att utöva den aktuella idrotten.²¹

NÖDVÄNDIGHETSKRITERIET

Att idrotten bidrar till samhället är nödvändigt men inte tillräckligt för att med stöd av detta argument undandra den från rättsreglernas "normala" tillämpning. Därutöver krävs att den idrottsliga verksamheten som är föremål för bedömning till följd av sin natur måste utövas eller organiseras på det aktuella sättet.²² Inom idrott finns ett antal sådana nödvändiga företeelser av varierande art.

Mest uppenbart kan det inte förväntas att själva det sätt på vilket idrotten utövas förändras på ett sätt som medför att det i praktiken inte längre är fråga om samma idrott. Detta illustreras väl av amerikansk konkurrensrättslig praxis kring idrottsutrustning. Amerikanska domstolar har i ett antal mål haft att ta ställning till om den som utvecklat förbättrad idrottsutrustning på konkurrensrättslig grund kan kräva att de idrottsliga aktörer som organiserar en viss idrott tillåter utövarna att använda

19. Malmsten (1985), s. 201.

20. Se mål C-325/08, *Bernard*, punkt 39 ("Domstolen har, vad avser proffsidrott, redan haft tillfälle att förklara att med hänsyn till den beaktansvärda sociala betydelse som idrottsverksamheten och, särskilt fotbollen, har inom unionen, ska målet att uppmuntra rekryteringen och utbildningen av unga spelare anses som ett berättigat mål ...").

21. Se härom t.ex. den numera upphävda lag (1969:612) om förbud mot professionell boxning och lag (2006:1006) om tillståndsplikt för vissa kampsportsmatcher.

22. Jfr Margareta Bergström, "Ett exempel på avhandlingsämne inom den idrottsrelaterade juridiken", *Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling 1997* s. 12, s. 13 ("Det måste vara något med verksamhetens art som har gjort att den inte ansetts lämpad att vara föremål för juridisk granskning.").

denna utrustning. Så har till exempel skett inom golf där de ansvariga amerikanska organisationerna förbjudit spel med bollar som flyger rakare än vanliga golfbollar, golfklubbor som ger mer spin på bollen och golfskor som förbättrar golfspelarens sving. Dessa förbud begränsade allvarligt utvecklarnas möjlighet att marknadsföra och sälja sina produkter, men befanns ändå konkurrensrättsligt acceptabla med hänvisning till att spelets natur skulle förändras om spel med utrustningen godkändes.²³ Liknande hänsyn torde kunna göras gällande även i Europa. Till exempel kan de behöriga förbunden definiera egenskaperna för vad som utgör en godkänd tennisboll men däremot inte bestämma att den måste vara av ett särskilt märke.²⁴

På ett liknande sätt finns det anledning att neka konståkare, backhoppare, höjdhoppare och liknande idrottsutövare att på upphovsrättslig grund neka andra idrottsutövare från att använda de tekniker och rörelser som de utvecklat då detta ofta skulle vara direkt oförenligt med själva idén om idrottslig tävlan. Halgreen menar att syftet med idrottslig tävlan är att utövarna "genom hårt arbete, talang och uthållighet ska sträva för att bli det bästa han eller hon kan bli oavsett om det innebär att 'kopiera' andra utövares tekniker eller framföranden".²⁵

Det är emellertid inte enbart spelregler som är nödvändiga för den idrottsliga verksamheten, det finns också vissa nödvändiga organisatoriska aspekter. Ett sådant förhållande är att idrottsliga aktörer, till skillnad från aktörer inom andra sektorer, inte vill och inte kan förväntas vilja eliminera sina konkurrenter. Tvärtom är de idrottsliga aktörerna många gånger beroende av konkurrenternas existens för sina egna idrottsliga och ekonomiska framgångar, mest tydligt i det att verksamheten förutsätter att det finns någon att tävla mot. Utifrån detta kan idrottssektorn beskrivas som styrd av konkurrerande samarbete ("coopetition"). Detta får till exempel betydelse vid tillämpning av konkurrensbestämmelserna. Frågan har bland annat diskuterats av Åhman som sammankopplar de tävlandes ömsesidiga beroende av varandra med värdet av idrottslig tävlan på lika villkor och, i sin tur, de ekonomiska förutsättningarna: "De svagare aktörerna måste därför hjälpas ekonomiskt för att kunna upprätthålla en tillräcklig, sportslig konkurrenskraft."²⁶

23. Se t.ex. *Polara Enterprises v. USGA*, C-78-1320-RHS (D. Ca 1984); *Gilder v. PGA Tour*, 936 F.2d 417 (9th Cir. 1991); *Weight-Rite Golf v. USGA*, 766 F. Supp. 1104 (M.D. Fla. 1991).

24. Jfr kommissionens agerande i ett ärende avseende det danska tennisförbundets sponsoravtal. IP/98/355.

25. Lars Halgreen, *European Sports Law – a Comparative Analysis of the European and American Models of Sport* (Thomson, Köpenhamn 2004), s. 351 (min översättning).

26. Åhman, Hans-Erik, "TV-rättigheter från konkurrensrättsliga utgångspunkter", *Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling 2000* s. 167, s. 169.

Förutom existensen av konkurrenter finns det andra förhållanden inom idrotten förutan vilka idrottslig tävling skulle vara omöjlig. Detta kommer till exempel till uttryck i EU-domstolens dom i *Delière*. Målet gällde en judoutövare som väckt talan mot det belgiska judoförbundet för att de beslutat att inte ta ut henne till en internationell judotävling. En av de frågor som EU-domstolen skulle besvara var om kravet på uttagning av det nationella förbundet för deltagande i internationella tävlingar var förenligt med EU-rätten.²⁷ EU-domstolen svarade att en begränsning av antalet deltagare är "ofrånkomlig vid genomförandet av en internationell tävling på hög nivå, vilket måste medföra antagande av vissa regler eller av vissa uttagningskriterier [och kan därför] inte i sig anses utgöra en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster som är förbjuden ...".²⁸

Det finns således goda skäl för att göra avsteg från de rättsliga reglernas "normala" tillämpning när detta i praktiken skulle omöjliggöra den idrottsliga verksamheten, men det finns också goda skäl för att begränsa detta till förhållanden som är genuint outhärliga. Det är tämligen lätt att det går inflation i vad som är nödvändigt för idrottens genomförande. Till exempel, eftersom det är sant att det inom idrott måste finnas motståndare att tävla mot, kan det tyckas ligga nära till hands att det också måste finnas ett gott eller i vart fall relativt jämbördigt motstånd. I linje med detta påpekar Gardiner m.fl. att en av idrottsindustrins särdrag är att allmänheten tappar sitt intresse för idrotten om en deltagare är mycket bättre än de andra och utgången därigenom blir förutsebar.²⁹ Det finns ett visst stöd för detta påstående³⁰, men det finns enligt mitt förmenande en för rättsliga sammanhang viktig skillnad mellan, å ena sidan, förhållanden förutan vilka den idrottsliga verksamheten är omöjlig och, å andra sidan, förhållanden förutan vilka allmänintressant och kommersiellt framgångsrik idrottslig tävling är svår eller till och med omöjlig. Medan företeelser av det förra slaget måste accepteras om vi önskar behålla idrott som fenomen måste de senare vägas mot andra intressen.³¹

27. Förenade målen C-51/96 & C-191/97, *Delière*, punkterna 2, 16.

28. *Ibid.*, punkt 64.

29. Simon Gardiner m.fl., *Sports Law* (uppl. 4, Cavendish, London 2012), s. 222.

30. För en diskussion kring det vetenskapliga stödet för olika teorier om vad som driver åskådarnintresset, se Johan Lindholm, "The Problems with Salary Caps under European Union Law: The Case Against Financial Fair Play", *Texas Review of Entertainment & Sport Law* vol. 12(2) s. 189 (2011), s. 207–208.

31. T.ex. som utvecklas omedelbart nedan är intresset av att upprätthålla rättvisa tävlingsförhållanden ett viktigt idrottsligt särdrag som kan motivera.

Argument II: Tävlingsiver och vikten av att kunna "ge allt"

Något som åtminstone kan framstå som ett gränsfall i detta hänseende är i vad mån utövare har rätt att "ge allt" för att maximera sin idrottsliga prestation. Det kan nämligen befaras att vissa idrotter skulle i grunden förändras om rätten tillämpades på ett sätt som avskräcker utövare från att "ge allt".³² Denna fråga får framför allt rättslig relevans när domstol har att ta ställning till om en utövare som i sin iver att maximera sin idrottsliga prestation orsakat sakskada eller personskada ska hållas straffrättsligt eller skadeståndsrättsligt ansvarig. Det är naturligt, sannolikt ofrånkomligt, att det i vissa idrotter ibland ouppsåtligen uppkommer skada.³³ Att utövarna i sin tävlingsiver ibland kan komma att överskrida vad som är tillåtet i idrotten är i viss mån även inbyggt i idrotten, till exempel genom reglerna om tävlingsbestraffning. Frågan blir då om det mot bakgrund av idrottens resultatnriktade natur är lämpligt och möjligt att avvika från de gängse ansvarsnormerna. Ytterst handlar detta om de rättsliga krav som vi ställer på människor att ta hänsyn till sin omgivning.

Detta var en av de centrala frågorna i NJA 1993 s. 149.³⁴ Målet gällde huruvida en golfspelare var ersättningsskyldig för den skada som uppstod när han av misstag "hookat" en golfboll, slagit den "out-of-bounds" och därvid träffat en bil parkerad på en närliggande parkeringsplats. Justitierådet Munck, som var skiljaktig i målet, menade att "[e]n enskild spelare som söker slå bollen i den för spelet gällande spelriktningen, d.v.s. som regel mot greenen, och som även i övrigt följer de för spelet gällande reglerna och anvisningarna bör i allmänhet ha fog för att räkna med att han inte kan drabbas av ersättningsansvar gentemot ägare eller nyttjare av någon sådan till banan hörande anläggning som nu har nämnts för det fall att sakskada skulle komma att vållas av en förlupen golfboll". Högsta domstolens övriga ledamöter ansåg dock att "[d]å sporten innehåller farliga moment bör utövaren anpassa sitt spel härefter" och att den aktuella golfspelaren kunde förväntas "undvika skadan genom att välja en annan spelriktning, i närmare överensstämmelse med banans riktlinje från utslagsplatsen, även om det kunde ha kostat honom ett slag". Att majoriteten kommer till denna slutsats bygger dock på att den skadade var en

32. Jfr Knight v. Jewett, 834 P.2d 696 (Cal. 1992) (USA), s. 710 ("even when a participant's conduct violates a rule of the game and may subject the violator to internal sanctions prescribed by the sport itself, imposition of legal liability for such conduct might well alter fundamentally the nature of the sport by deterring participants from vigorously engaging in activity that falls close to, but on the permissible side of, a prescribed rule.").

33. Jfr Bengtsson (1962), s. 99.

34. Målet har bl.a. kommenterats av Jan Rebane & Märten Schultz, "Fore! Om skadestånd vid golfspel (och annan idrott)", Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling 2009 s. 252.

utomstående tredje man. Även majoriteten framstår som villig att "frånga den vanliga culpanormen" i en situation där skadan drabbat en annan deltagare, dels då "en skadelidande som själv deltagit i spelet anses ha accepterat en viss skaderisk", dels då "i relationen mellan två deltagare i ett spel, själva kampmomentet kan bidra till att ursäkta ett felslag i tävlingsivern".

Av detta avgörande framgår att intresset av att maximera det idrottsliga resultatet inte i allmänhet motiverar avvikelse från rättens "normala" tillämpning, men att det kan finnas anledning att göra en sådan avvikelse när skada oavsiktligt uppkommer mellan utövare. Denna slutsats finner stöd i annan rättspraxis där varianter av denna argumentation förekommer förhållandevis ofta, i synnerhet när det gäller straffrättsligt ansvar för personskador som uppstår i samband med kontaktsporter. Till exempel har Hovrätten för Övre Norrland i en dom uttalat att straffrättsligt ansvar för våld i samband med idrottsutövning inte ska utgå för "större våld än spelreglerna tillåter eller som annan typ av våld än dessa regler, men som ändå i spelets ofta snabba och hetsiga natur är förståeligt och får anses falla inom gränserna för det samtycke" som utövarna lämnat genom att delta.³⁵ I linje med detta konstaterar Graae att tränare och funktionärer, till skillnad från idrottsutövare, inte kan undvika straffrättsligt ansvar med åberopande av förmildrande omständigheter så som "det hurtige spil og de impulsive reaktioner ...".³⁶

Argument III: Idrottens ideella och personliga karaktär

Ett annat argument för att avvika från rättsreglernas "normala" tillämpning är den idrottsliga verksamhetens ideella och personliga karaktär. Till exempel har Bergström uttalat att idén om idrottens rättsliga särart vilar på föreställningen "att verksamheten rör sig inom en personlig sfär, som inte behöver rättsskydd".³⁷ I linje med detta framförs till stöd för idrottens särart att den i många fall bedrivs i ideell form, genom ideella insatser och för andra syften än maximal ekonomisk vinst. Att vissa rättsregler endast är tillämpliga på ekonomisk verksamhet och att sådan idrottslig verksamhet som är helt ideell därför faller utanför utgör förstås inte ett utslag för idrottens rättsliga särart. Det som måste undersökas är om idrottens ideella och personliga karaktär på andra sätt får konsekvenser för rättstillämpningen.

35. HovR:n för Övre Norrlands dom i mål B 237/82.

36. Bjørn Graae, "Straf og idræt", i *Idræt & Jura*, s. 91 (Nyt Juridisk Forlag, København 1997), s. 97.

37. Bergström (1997), s. 13.

Till exempel finns det två avgöranden av Högsta domstolen där rätten sammankopplade idrottens ideella karaktär med att förhållandena inom idrottsföreningar är av personlig karaktär. NJA 1990 s. 687 gällde huruvida domstol på materiell grund kan pröva en orienteringsklubbs beslut att utesluta en medlem. Härvid fann Högsta domstolen att "[d]en ideella inriktning och det personliga inslag som präglar idrottsföreningars verksamhet utgör emellertid ett så starkt skäl för att föreningarna själva bör få avgöra frågan, huruvida en medlem avvikit från en förenings regler på sådant sätt att han bör uteslutas ur föreningen, att det inte är lämpligt att sådana frågor generellt skulle vara underkastade domstols prövning ...".

Dessa argument upprepades av en minoritet av Högsta domstolens ledamöter i NJA 2001 s. 511. Målet gällde ett anspråk om utbetalning av prispengar till ägaren av en häst som vunnit ett lopp men därefter befunnits dopad. Hästägaren valde att lösa den efterföljande konflikten med arrangörerna genom att väcka talan om betalning vid allmän domstol varvid domstolarna hade att pröva huruvida de över huvud taget kunde pröva ett sådant mål. I sin skiljaktiga mening kopplar två av Högsta domstolens ledamöter samman idrottens ideella form med deltagarnas privatliv:

Prövning av tvister inom idrott och annan sport har brukat anses i princip förbehållen idrottsrörelsen själv, d.v.s. i praktiken vederbörande idrottsförening eller andra organ på högre nivå inom rörelsen; sådana frågor anses alltså som regel inte kunna prövas materiellt av domstol. Skälet härtill är den ideella inriktning som präglar idrottslivet och det personliga inslag som i allmänhet föreligger. Idrottsutövande utgör en del av privatlivet och lämpar sig därmed i princip inte för domstolsprövning.

Denna typ av argumentation kring idrottens ideella och personliga karaktär bygger i stor utsträckning på den organisatoriska modell som den svenska idrottsrörelsen historiskt använt sig av och som i många hänseenden påminner om den som används i övriga europeiska länder. Det är därför i detta sammanhang relevant att beakta att svensk idrott över tid förändrats, till exempel genom en ökad kommersialisering, och att de ideella och personliga inslagen inte är lika framträdande inom alla idrotter och på alla nivåer. I vad mån det är relevant och riktigt att på denna grund anpassa rättsreglernas tillämpning beror på hur den specifika idrottsliga verksamheten är organiserad och det relativa förhållandet av ideella och ekonomiska inslag. Detta finner stöd i Högsta domstolens dom i NJA 1998 s. 717 som liksom det

ovannämnda målet gällde huruvida domstolar kan överpröva en ideell förenings beslut att utesluta en medlem. Därvid konstaterade rätten att intresset av att undandra denna typ av beslut domstolsprövning med hänsyn till idrottens ideella och personliga inslag "inte har samma betydelse i föreningar där det ekonomiska intresset träder i förgrunden".³⁸

Av detta följer att argumentet tappar i bärighet allteftersom ekonomiska intressen får större betydelse i många idrottsliga verksamheter. Förhållandena inom idrotten har förändrats tämligen radikalt under senare tid – och fortsätter kontinuerligt att förändras – inte minst till följd av idrottens kommersialisering och professionalisering.³⁹ Denna utveckling gör det tilltagande svårt att beskriva verksamheter i termer av ideella och personliga, snarare än ekonomiska och yrkesmässiga, och detta påverkar i sin tur argumentets bärighet.⁴⁰

Detta påverkade utgången i det ovannämnda NJA 2001 s. 511. En majoritet av Högsta domstolens ledamöter fann att "om den som ostridigt är berättigad till ett pris inte erhåller detta, kan han ... driva in priset på rättslig väg", låt vara att denne genom sitt deltagande är på "ett avtalsliknande sätt bunden av den bedömning som kommer att göras av tävlingsfunktionärerna" och att domstolar därför endast bör åsidosätta denna bedömning om den "måste anses stå i uppenbar strid mot tävlingsreglementet eller stadgad praxis eller om det annars föreligger särskilda skäl ..."

Sammanfattningsvis finns det alltså ett utrymme för att med hänsyn till idrottens ideella och personliga karaktär göra avvikelser från rättens "normala" tillämpning, i vart fall vad gäller idrottsliga situationer som saknar ekonomiska konsekvenser, men att detta utrymme minskat och tilltagande minskar i takt med idrottens kommersialisering.

38. NJA 1998 s. 717.

39. Se härom t.ex. Krister Malmsten, "Konfliktlösning inom idrottsrörelsen", Svensk Juristtidning, 1995 s. 496, s. 500.

40. Jfr NJA 2001 s. 511 (minoriteten i HD bestående av JustR:n Gregow och Lennander, "Vad som här kan tänkas utgöra grund för domstolsprövning av en sådan tvist, som alltså gäller tävlingsresultat, är att tävlandet med hästen utgjort led i en yrkesmässig verksamhet i förening med att prissumman uppgått till ett förhållandevis stort belopp. Det kan då framstå som naturligt att Superbus, i likhet med yrkesutövare i allmänhet, kan få sitt anspråk på betalning för den ifrågasvarande prestationen prövat av domstol. Det ideella och personliga inslaget har i en sådan situation också till stor del minskat.").

Argument IV: Idrottens självständiga normbildning

Diskussionen om idrottens ideella och personliga karaktär hänger nära samman med den grundlagsstadgade föreningsfriheten enligt vilken enskilda har rätt att sluta sig samman för allmänna eller enskilda syften.⁴¹ Ur föreningsfriheten härleder vissa att idrottsrörelsen åtnjuter en rätt till autonomi eller självbestämmande⁴² vilket omfattar anspråk på att de normer som idrottsrörelsen etablerar ska eller bör vara fredade från rättslig inblandning. Denna argumentation är inte helt utan värde, men å andra sidan finns det dock knappast någon som ur föreningsfriheten påstår sig kunna härleda ett absolut och totalt undantag från rättsregler⁴³, och det är svårt att avgöra när och i vilken utsträckning betydelse ska läggas vid föreningsfriheten vid en avvägning gentemot motstående intressen. Det är också välkänt att de normsystem som privata rättssubjekt skapar, till exempel *lex sportiva*, till syvende og sidst får sin bindande rättsliga verkan genom en traditionell rättsordning.⁴⁴ De idrottsliga aktörerna kan överenskomma om vissa rättigheter och skyldigheter dem emellan och att tvister ska prövas av idrottsliga instanser, men huruvida denna överenskommelse är rättsligt bindande, till exempel om en av parterna inte längre vill finna sig bunden vid den, är ytterst en rättslig fråga.

Ett relaterat men enligt mitt förmenande mer övertygande argument fokuserar på kvaliteten i idrottens självreglering. Kvalitetsargumentet innebär i korthet att det i en idrottslig kontext inte finns samma behov av rättsskydd som inom andra verksamheter eftersom de idrottsliga aktörerna etablerat normer och institutioner som erbjuder ett motsvarande, tillräckligt och i vissa fall till och med bättre skydd. Således har vissa anförut att idrotten i tillräcklig utsträckning identifierar och straffar icke-önskvärdt beteende, att den preventiva effekten är tillräcklig och att statlig inblandning innebär onödigt dubbelbestraffning.⁴⁵ Möjligen kan liknande tankar anas i Högsta domstolens dom i det ovan diskuterade NJA 2001 s. 511, där minoriteten som ett argument mot domstolsprövning av dylika idrottsärenden anförde att "idrottens egna organ måste anses bäst lämpade att pröva tillämpning" av idrottens regelverk.⁴⁶

41. Regeringsformen, 2 kap. 1 §.

42. Se t.ex. Malmsten (1995), s. 497.

43. Se Bergström (1997), s. 12–13; Preben Stuer Lauridsen, "Foreningsret", i *Idræt & Jura* s. 21 (Nyt juridisk forlag, København 1997), s. 37; Pedersen (2009), s. 147.

44. Se Foster, Ken, "Is there a Global Sports Law?", *Entertainment Law*, vol. 2(1) s. 1 (2003), s. 11–12.

45. Se Lindstedt m.fl. (1976), s. 180–181.

46. Min kursivering.

Till skillnad från en argumentation som vilar uteslutande på föreningsfriheten är kvalitetsargumentet uttryck för en villkorad frihet under ansvar där den centrala frågan blir om idrottens normer och institutioner i det enskilda fallet är av tillräckligt god kvalitet. Detta kan liknas vid den approach som amerikanska domstolar tagit till straffrättsligt ansvar ("the American rule"): om idrottens regler och sedvanor är rimliga ska utövarna inte hållas ansvariga för de skador de orsakar, men motsatsvis kan de hållas ansvariga när reglerna och sedvanorna är orimliga.⁴⁷

Det kan ifrågasättas om en sådan villkorad frihet över huvud taget är ett uttryck för idrottens rättsliga särart. I den mån kraven som ställs på de idrottsliga normerna motsvarar dem som gäller andra privata rättssubjekt är det inte fråga om någon särbehandling av idrotten. Möjligen kan detta beskrivas som att de idrottsliga normerna i större utsträckning än andra icke-rättsliga normer presumeras vara av tillräcklig kvalitet. Slutligen bör det nämnas att bedömningen inte är statisk utan att vad som utgör tillräckligt god kvalitet förändras över tid. Liksom vad gäller idrottens personliga och ideella karaktär är det i detta sammanhang relevant att beakta idrottens kommersialisering: de kvalitetskrav som ställs på idrottens normerande och konfliktlösande system ökar i takt med de ekonomiska värden som står på spel.⁴⁸

Sammanfattning och slutsatser

Idrottens rättsliga särart är varken ett tomt uttryck eller bara en allmän politisk målsättning utan också en rättslig verklighet. Det är dock viktigt att klargöra vad som avses med uttrycket och på vilket sätt det är relevant. Det rör sig inte om en rättslig princip eller regel som kan ges en legal definition. Det är inget trumfkort som isolerar den idrottsliga verksamheten från rättslig inblandning eller från rättsreglernas "normala" tillämpning. Jag har funnit begränsat stöd för idén att idrotten i större utsträckning än andra samhällsliga företeelser åtnjuter en rätt att reglera sin egen verksamhet.

47. *People v. Fitzsimmons*, 34 N.Y.S. 1102 (1895) (USA), s. 1108–1109 ("if the rules of the game and the practices of the game are reasonable, are consented to by all engaged, are not likely to induce serious injury, or to end life, if then, as a result of the game, an accident happens, it is excusable homicide."). Se också Mark James, *Sports Law* (uppl. 2, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2013), s. 141; Christo Lassiter, "Lex Sportiva: Thoughts Towards a Criminal Law of Competitive Contact Sport", *Saint John's Journal of Legal Commentary* vol. 22 s. 35 (2007), s. 65–66; Matthew J. Mitten m.fl., *Sports Law and Regulation – Cases, Materials, and Problems* (uppl. 2, Aspen Publishers, New York 2009), s. 924–925.

48. Jfr Normann Rudi, "Noen utvalgte prinsipielle rettsspørsmål", *Svensk Idrottsjuridisk Förenings artikelsamling* 2012 s. 169, s. 170.

Idrottens rättsliga särart ska snarast betraktas som ett samlingsnamn för de argument som kan anföras för att avvika från rättsreglernas "normala" tillämpning till idrottens fördel. Huruvida det är relevant och framgångsrikt att använda dessa argument beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Till exempel ligger det i vissa av dessa arguments natur att de huvudsakligen är relevanta inom specifika rättsområden.

I detta sammanhang har graden av kommersialisering och professionalisering stor betydelse. De skäl som i praxis framförts för att gentemot idrottslig verksamhet tillämpa rättsregler med särskild ömhet framstår alltså som legitima i förhållande till idrottslig verksamhet där de ekonomiska inslagen är obefintliga, men mer tveksamt i verksamhet som bedriver eller påverkar kommersiella intressen. Från idrottsrörelsens perspektiv är det i detta hänseende problematiskt att det är så svårt att skilja de två från varandra. Argument om idrottens rättsliga särart torde, enligt mitt förmenande, få större genomslag om den mindre kommersiella verksamheten tydligare kan särskiljas från den mer kommersiella.

Mot denna bakgrund framstår det första argumentet för idrottens rättsliga särart som det starkaste. I den mån en idrottslig företeelse är genuint oumbärlig för den idrottsliga verksamhetens existens kan en avvikelse motiveras med att samhällsintresset av att bevara den idrottsliga verksamheten överstiger de konkurrerande samhällsintressen som ligger bakom övriga rättsregler. Det bör dock noteras att Sverige inte uteslutande och självständigt kan bestämma vad som utgör ett samhällsintresse och den relativa vikten av olika samhällsintressen. Det kan ifrågasättas om Sverige någonsin varit helt suverän i detta hänseende, men efter EU-inträdet har det åtminstone blivit tydligare att så inte är fallet.