

GROOTBOOM: SOCIALE GRONDRECHTEN EN MAATSCHAPPELIJKE DOELEN TEN OVERSTAAN VAN DE RECHTER

Maurice Adams*

Een gangbare classificatie van grondrechten is die tussen vrijheids- en politieke rechten enerzijds (ook wel klassieke grondrechten genoemd) en sociale, economische en culturele rechten anderzijds. Over de eerste categorie wordt meestal gezegd dat die vooral bescherming bieden tegen de overheid: in de rechtsvrije ruimte die door dergelijke grondrechten wordt gecreëerd moet de overheid wegblijven. Het kunnen waarmaken van de maatschappelijke doelen die in de tweede categorie grondrechten worden verwoord, zou daarentegen een actief ingrijpen van de overheid vergen.¹

Classificaties maken het mogelijk beter zicht te krijgen op wat zo typisch lijkt aan hetgeen erdoor in beeld wordt gebracht. Hinderlijk is echter dat diezelfde classificaties ook als oogkleppen kunnen fungeren. Zo valt over sociale grondrechten nogal eens te beluisteren dat die geen rechtswerking kunnen hebben: ze zouden te vaag of te algemeen geformuleerd zijn. En volgens sommigen zouden sociale grondrechten hoe dan ook geen rechtens afdwingbare rechten behoren te creëren. Het zijn immers eerder politieke instructienormen, en de scheiding der machten indachtig gaat de rechter daar niet over. Op de website van de rijksoverheid over onze Grondwet wordt, zonder nadere toelichting, de toon aldus gezet: 'Sociale grondrechten zijn meestal niet afdwingbaar bij de rechter, maar klassieke grondrechten wel.'²

Dergelijke algemene uitspraken doen wat mij betreft geen recht aan het dynamische potentieel van sociale grondrechten.

Illustratief in dit verband is de zaak *Grootboom*, die in 2000 door het Zuid-Afrikaanse Constitutioneel Hof werd beslecht.³

Mevrouw Irene Grootboom woonde met haar gezin en naaste familie in een krot van twintig vierkante meter in een sloppenwijk nabij Kaapstad. Haar leefomstandigheden waren zo lamenteus – er was stromend water noch riolering, nauwelijks elektriciteit, amper bescherming tegen de striemende Kaapse winterregens – dat ze verhuisde naar een stuk privégrond in de streek. Daar werd ze op gezag van de rechter al snel van verwijderd, waarbij tevens het daar door haar opgerichte krot werd vernietigd. Ze verkaste vervolgens naar een nabijgelegen sportterrein, met weinig meer dan een plastic zeil als huisvestingsmateriaal.

Het geval wil dat mevrouw Grootboom al jaren op een gemeentelijke wachtlijst stond voor gesubsidieerde huisvesting. Samen met honderden lotgenoten klaagde ze de lokale, provinciale en centrale overheid aan omdat die niet zouden voldoen aan de verplichtingen die in met name de eerste twee leden van artikel 26 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet staan opgenomen:

'(1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.'⁴

Lid 1 van artikel 26 is behoorlijk affirmatief opgesteld en lijkt een direct opeisbaar subjectief recht op huisvesting te creëren,

terwijl lid 2 vooral een overheidsinspanning definieert, gekwalificeerd door beschikbare publieke middelen.

Uiteindelijk kwam de zaak bij het Zuid-Afrikaanse Constitutioneel Hof. Dat ontwikkelde een redelijkheidstest die kan dienen als leidraad bij beantwoording van de vraag onder welke voorwaarden de overheid door een huisvestingsprogramma aan haar constitutionele verplichtingen kan voldoen.⁵ Zo moet een dergelijk programma omvattend, samenhangend en gecoördineerd zijn.⁶ Het moet bovendien op evenwichtige en flexibele wijze voorzien in de huisvestingsbehoeften op korte, middellange en lange termijn. Er moeten passende personele en financiële middelen voor beschikbaar worden gesteld en het programma moet zowel qua opzet als uitvoering redelijk zijn. Verder moet het op relatief korte termijn verlichting brengen voor diegenen die zich in een wanhopige en urgente situatie bevinden. En ten slotte moet het transparant zijn en de inhoud ervan aan het publiek bekend worden gemaakt. Ten aanzien van mevrouw Grootboom stelde het hof dat de overheid tekort was geschoten in haar constitutionele zorgplicht zoals opgenomen in artikel 26.

Al snel was er wereldwijde aandacht voor de zaak *Grootboom*, waarschijnlijk ook door de nogal enthousiaste omarming ervan door de veelgelezen en -geprezen Amerikaanse constitutionalist Cass Sunstein:

'What is most important [...] is the Constitutional Court's adoption of a novel and highly promising approach to judicial protection of socio-economic

rights. The ultimate effects of the approach remain to be seen. But by requiring reasonable programs, with careful attention to limited budgets, the Court has suggested the possibility of assessing claims of constitutional violations without at the same time requiring more than existing resources will allow.¹⁷

Sunstein meende dat het hof een mooie balans had gevonden tussen enerzijds de taak van democratisch verkozen instituties (beleid maken) en anderzijds wat de rechter vermog (verklaringen voor recht geven).⁸

Wat valt er voor ons van *Grootboom* te leren? De Zuid-Afrikaanse politieke context is natuurlijk specifiek. Er is sinds 1996 een ambitieuze grondwet die de breuk met het verleden onder apartheid markeert en die de transformatie naar een inclusieve samenleving moet faciliteren.⁹ Maar bovendien is de armoede er endemisch. De publieke financiën vermogen er echter, dus ook wat de bestrijding van de armoede betreft, veel minder dan in behoorlijk wat lidstaten van de Europese Unie. Dat hield de Zuid-Afrikaanse rechter echter niet tegen, want *Grootboom* drukt ons met de neus op het feit dat de inspanningsverplichtingen die volgen uit sociale grondrechten en maatschappelijke doelen ook via rechterlijke weg handen en voeten kunnen worden gegeven. Het pad dat het Zuid-Afrikaanse Constitutioneel Hof heeft gekozen – een loutere verklaring voor recht geven, inclusief het

ontwerpen van een redelijkheidstest – is er slechts één voorbeeld van. De starre dichotomie tussen klassieke en sociale grondrechten die hierboven in de eerste twee alinea's werd geschetst getuigt van een vorm van juridische gezichtsvernaauwing.¹⁰

Het is verleidelijk om te vergelijken met de rechtspraak inzake *Urgenda*.¹¹ De verschillen zijn legio,¹² maar overeenkomsten zijn er eveneens. Beide casus zijn in ieder geval een interessante illustratie van de dynamische mogelijkheden die het recht te bieden heeft wat betreft het realiseren van sociale grondrechten en maatschappelijke doelen. In vergelijking met *Urgenda* is *Grootboom* echter een voorzichtige uitspraak. Bij de civiele route die in het geval van *Urgenda* werd gekozen was namelijk niet alleen sprake van een onrechtmatigheidsverklaring – met alle mogelijke consequenties voor de overheid van dien – maar ook van een concreet CO₂-reductiebevel. Kan dat verschil verklaard worden door de financiële mogelijkheden die de respectievelijke overheden hebben om daadwerkelijk iets te betekenen in het realiseren van maatschappelijke doelen?

Zowel *Grootboom* als *Urgenda* worden door sommigen onder de noemer van rechterlijk activisme gebracht, een frase die dan meestal pejoratief bedoeld is: de rechter moet zich gedragen als mond van de wet en vooral in zijn hok blijven!¹³ Daarmee reduceer je die rechter echter tot een negentiende-eeuws relic. Ik durf de stelling wel

aan dat een dynamische rechter een niet te onderschatten spilfunctie heeft, indien we in een steeds complexere wereld het recht als organisatievorm van maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen op een behoorlijke wijze willen doen functioneren.

Hoe dan ook, indien je als overheid dynamische reacties van de rechter wilt vermijden, moet je geen beleidsbeloftes doen die je vervolgens niet waarmaakt.¹⁴ Een functioneel systeem van *checks and balances* doet dan namelijk onvermijdelijk schuren. En dan kan het wat de staatkundige verhoudingen betreft inderdaad best spannend worden. Dat laat legitieme en genuanceerde discussies over de juiste positie van de rechter vis-à-vis het politieke en beleidsdomein onverlet.¹⁵ Die zijn in het geval van *Urgenda* dan onlosmakelijk verbonden met onder meer de vraag of het aansprakelijkheidsrecht en rechterlijke wetgevingsbevelen de juiste weg zijn om maatschappelijke problematiek te remediëren, of met de vraag of we constitutionele rechtspraak nu eindelijk maar eens beter moeten verankeren. *Grootboom* biedt juist wat deze vragen betreft een fascinerende casus om aan te spiegelen.

Ten slotte: dat er meer nodig is dan een rechterlijke interventie om sociale grondrechten reëel te maken, moet ook duidelijk zijn. De beleidsmakende overheid blijft de meest cruciale actor in dezen.

Mevrouw Irene Grootboom overleed in 2008. Dakloos. ■

* Prof.dr. M. Adams is hoogleraar Encyclopedie van het recht aan Tilburg Law School. In het voorjaar van 2018 was de auteur 'TPR visiting chair' aan de rechtenfaculteit van de Universiteit Stellenbosch (Zuid-Afrika).

1 Bij deze ambities past ook een aangepast taalgebruik: grondrechten uit de eerste categorie worden veelal in affirmatieve taal 'erkend', terwijl grondrechten uit de tweede categorie 'voorwerp van zorg der overheid' zijn. Zie bijvoorbeeld enerzijds art. 8 lid 1 (vrijheid van vereniging) en art. 9 lid 2 (vergadering en betoging) Grondwet en anderzijds art. 19 lid 1 (werkgelegenheid), art. 20 lid 1 (bestaanszekerheid en welvaart) en art. 22 lid 2 (woongelegenheid) Grondwet. Soms voegt men aan deze tweedeling ook nog de zogenaamde collectieve rechten toe, maar daar gaat het in deze bijdrage niet over.

2 www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/grondwet-en-statuut/grondwet.

3 Constitutional Court (Zuid-Afrika) 4 oktober 2000, CCT 11/00 (*Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*). Zie www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html.

4 Lid 3 van datzelfde artikel luidt: 'No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.' Constitutioneel gezien is dit een bijzondere bepaling, aangezien die zich tevens op private actoren richt. In het geding in de zaak *Grootboom* was tevens art. 28 lid 1 onder c van de Zuid-Afrikaanse Grondwet relevant, dat voorziet in onder meer het recht op onderdak ('shelter') voor kinderen.

5 Zie vooral par. 39-44 van het arrest.

6 Par. 54 van het arrest: 'The [housing] programme is not haphazard but represents a systematic response to a pressing social need. It takes account of the housing shortage in South Africa by seeking to build a large number of homes for those in need of better housing. The programme applies throughout South Africa and although there have been difficulties of implementation in some areas, the evidence suggests that the state is actively seeking to combat these difficulties.' De term 'gecoördineerd' verwijst naar de benodigde samenwerking tussen lokale, provinciale en nationale overheid.

7 C. Sunstein, 'Social and Economic Rights? Lessons from South Africa', *Constitutional Forum* (11) 2001, afl. 4, p. 123-131. Sunstein schrijft tevens: 'What is most striking about this ruling is the distinctive and novel approach to socio-economic rights, requiring not shelter for everyone, but sensible priority-setting, with particular attention to the plight of those with the greatest need' (p. 127).

8 Kritiek was en is er ook, zeker in Zuid-Afrika zelf. Mensen in acute nood zoals mevrouw Grootboom worden door de gekozen benadering namelijk niet geholpen. Huisvesting is er immers niet direct door opeisbaar. Wordt daardoor de kern van het grondrecht op huisvesting niet al te zeer aangetast, zo luidt dan de vraag. Zie hierover bijvoorbeeld Th. Roux, 'Understanding *Grootboom* – A Response to Cass R. Sunstein', *Constitutional Forum* (12) 2002, afl. 2, p. 142-151; D. Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford: Oxford University Press 2007; S. Liebenberg, *Socio-Economic Rights. Adjudication under a Transformative Constitution*, Claremont: Juta 2010.

Het beeld van de toepassing van de redelijkheidstest in latere zaken is overigens diffuus: soms omarmend, soms zuinigjes. Zie de literatuur in deze voetnoot.

9 Karl Klare heeft in deze context de term 'transformative constitutionalism' gemunt: K. Klare, 'Legal Culture and Transformative Constitutionalism', *South African Journal on Human Rights* (14) 1998, afl. 1, p. 146-188.

10 Hierover ook E.M.H. Hirsch Ballin, 'Hoofdstuk 1 – Grondrechten', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet* (webeditie 2021; zie www.nederlandrechtsstaat.nl).

11 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

12 Zo was de directe impact van het ontbreken van huisvesting(sbeleid) voor mevrouw Grootboom direct voelbaar. Milieuvontreiniging is even reëel, maar verloopt sluipend: de directe impact is alleen op termijn voelbaar.

13 L. Bergkamp, 'Rechtsvinding in de moderne rechtsstaat', *NJB* 2016, afl. 3, p. 193-194. Hierover in de Zuid-Afrikaanse context én genuanceerd: D.M. Davis, 'The Case against the Inclusion of Socio-Economic Demands of a Bill of Rights except as Directive of Principles', *South African Journal on Human Rights* (8) 1992, afl. 4, p. 475-490.

14 Zoals een niet-actieve overheid eveneens dynamische reacties van de rechter kan verwachten.

15 Zie bijvoorbeeld G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter. Over de draagrijke leegheid van de Trias Politica', *AA* 2016, afl. 1, p. 26-33 (AA20160026) en L. Besselink, 'Rechter en politiek. Machtenscheiding in de Urgenda-zaak', *TvCR* 2020, afl. 1, p. 128-151. Zie verder het recente themanummer van *Ars Aequi* getiteld 'De rechter in de trias politica' (oktober 2020).