

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

-

Quarterly Journal of Environmental Law

ANNO 2017/ NUMERO 2



G. Giappichelli editore

DIRETTORE*Editor-in-chief*

Giampaolo ROSSI

COMITATO DI DIREZIONE*Board of Editors*

Maurizio CAFAGNO, Francesco DE LEONARDIS, Andrea FARÌ, Fabrizio FRACCHIA, Stefano GRASSI, Massimo MONTEDURO, Mauro RENNA

RESPONSABILE DI REDAZIONE**Coordinator of Assistant Editors**

Omar HAGI KASSIM

COMITATO DI REDAZIONE**Assistant Editors**

Giuseppina BUIA, Sergio CANDELA, Carla CASANUEVA MURUAIS, Elena DE MERICH, Giorgia DIOTALLEVI, Eugenio FIDELBO, Annamaria GIGLI, Francesco GRASSI, Alessandro GRECO, Roberto Franco GRECO, Emanuele GUARNA ASSANTI, Antonio GUSMAI, Simona MALERBA, Giulia MENICHELLA, Calogero MICCICHE', Raffaella PIAGGESI, Francesco ROSSI, Elena TASCA, Stefano VACCARI, Marco VENTURA, Serena VINCENTI.

**COMITATO INTERNAZIONALE SCIENTIFICO
E DI REFERAGGIO****International Advisory and Peer Review Board**

Mariagrazia ALABRESE, Marcos ALMEIDA CERREDA (Spagna), Laura AMMANNATI, Annamaria ANGIULI, Marco ANTONIOLI, Francesco ASTONE, Carla BARBATI, Antonio BARONE, Antonio BARTOLINI, Auretta BENEDETTI, María Valeria BERROS (Argentina), Julien BÉTAILLE (Francia), Laura BOURIAUD (Romania), Eugenio BRUTI LIBERATI, Maria Agostina CABIDDU, Giandonato CAGGIANO, Giuseppe CAIA, Vincenzo CAPUTI JAMBRENGHI, Beniamino CARAVITA, Antonio CARULLO, Giovanni Maria CARUSO, Mauro CATENACCI, Marcello CECCHETTI, Vincenzo CERULLI IRELLI, Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, Gian Domenico COMPORTI, Guido CORSO, Pedro COSTA GONÇALVES (Portogallo), Alessandro D'ADDA, Domenico D'ORSOGNA, Maria DE BENEDETTO, Gabriella DE GIORGI, Giancandido DE MARTIN, Daria DE PRETIS, Giacinto DELLA CANANEA, Benoît DELAUNAY (Francia), Paolo DELL'ANNO, Giuliana DI FIORE, Giampiero DI PLINIO, José Manuel DIAZ LEMA (Spagna), Federico DINELLI, Elizabeth DOOLEY (Stati Uniti d'America/Gran Bretagna), Leonardo FERRARA, Giuseppe FERRARI, Gianfrancesco FIDONE, Francesco FONDERICO, Júlio César GARCIA (Brasile), Alberto GERMANÒ, Annalaura GIANNELLI, Guido GRECO, Giuseppe GRISI, Manuel GROS (Francia), Nicola GULLO, Carole HERMON (Francia), Brian JACK (Gran Bretagna), Hope JOHNSON (Australia), Alessandro LOLLI, Fernando LÓPEZ RAMÓN (Spagna), Rowena MAGUIRE (Australia), Giuseppe MANFREDI, Pierluigi MANTINI, Barbara MARCHETTI, Patrizia MARZARO, Luca MEZZETTI, Francesco MIDIRI, Giuseppe MORBIDELLI, Giulio NAPOLITANO, Danilo PAPPANO, Vera PARISIO, Mauro PENNASILICO, Johann-Christian PIELOW (Germania), Alessandra PIOGGIA, Aristide POLICE, Pierluigi PORTALURI, Barbara POZZO, Michel PRIEUR (Francia), Anikó RAISZ (Ungheria), Nicoletta RANGONE, Angelo RINELLA, Aldo SANDULLI, Maria Alessandra SANDULLI, Girolamo SCIULLO, Giovanni SERGES, Domenico SORACE, Gabriela STEIER (Stati Uniti d'America), Saverio STICCHI DAMIANI, János Ede SZILÁGYI (Ungheria), Luisa TORCHIA, Aldo TRAVI, Francesco VOLPE, Nathalie WOLFF (Francia), Luo ZHIMIN (Cina), Alberto ZITO

INDICE

Table of contents

SAGGI

- FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA, *La integración europea y el principio comunitario de integración ambiental en el ordenamiento jurídico español* Pag. 4
- JULIEN BÉTAILLE, *La banalité du positionnement de la doctrine environnementaliste française vis-à-vis de l'exigence de neutralité axiologique* Pag. 37
- MARINA SANTOS DE ALCÂNTARA - MARGARETH VETIS ZAGANELLI - SILVIA SALARDI, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica por danos ambientais: um estudo sobre o caso Samarco em Mariana (MG), Brasil* Pag. 76

NOTE E COMMENTI

- SERGIO CANDELA, *Principio di precauzione e criterio del “rischio grave e manifesto” nell’applicazione delle misure di emergenza in materia di OGM: la prospettiva della Corte di Giustizia UE* Pag. 103

OPINIONI E SEGNALAZIONI

- ANDREA FARÌ, *Complexity and perspectives of environmental codification in light of italian law experience* Pag. 147
- JAMILE BRUNIE BIEHL, RICARDO HERMANY- *O Processo de urbanização das cidades e a degradação ambiental: análise dos instrumentos jurídicos municipais de proteção ambiental no Brasil* Pag. 156

SAGGI

FRANCISCO JAVIER SANZ LARRUGA*

La integración europea y el principio comunitario de integración ambiental en el ordenamiento jurídico español

SUMARIO: 1. *Introducción o planteamiento del estudio.* – 2. *Precedentes del principio de integración ambiental en el derecho internacional.* – 3. *Recepción del principio de integración ambiental en el ordenamiento comunitario europeo. Contenido y alcance.* – 3.1. *Recepción del principio de integración ambiental en los Tratados comunitarios.* – 3.2. *Fortalecimiento del enfoque de la integración ambiental: el “Proceso de Cardiff” y la «Estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible».* – 3.3. *El principio de integración ambiental en el marco jurídico comunitario vigente.* – 3.4. *Aproximación al concepto y caracteres del principio de integración ambiental.* – 4. *Algunas prometedoras manifestaciones del principio de integración ambiental en derecho derivado de la Unión Europea y en el derecho español.* – 5. *Reflexión conclusiva.*

1. Introducción o planteamiento del estudio

Han pasado ya más de tres décadas desde la integración efectiva de España en la Comunidad Económica Europea, tras la firma en Madrid del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas el 12 de junio de 1985. Desde entonces se han producido muchas novedades – no siempre positivas – en el proceso de consolidación de lo que hoy se conoce como Unión Europea y, desde luego, bien se puede afirmar que son más las luces que las sombras las que se proyectan en panorama jurídico español. En este contexto histórico elaboramos este estudio reflexionando cómo afecta – y cómo ha afectado – a nuestro ordenamiento jurídico uno de las Disposiciones de Aplicación General recogidas en el Título II de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), más en concreto, la prevista en su artículo 11º que establece lo siguiente: «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de A Coruña (España).

Partiendo de la base de que la construcción europea es un proceso de integración económica, social y jurídica, y de que una clara manifestación de esta integración jurídica es la aplicación efectiva del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos de los Estados miembros (cfr. la clásica doctrina contenida en el asunto Costa c. ENEL de 15 de julio de 1964, as. 6/64, Rec. 1141), nos proponemos analizar aquí, de forma muy somera, la repercusión del referido precepto del Tratado de Funcionamiento que, además, dispone la obligación dirigida a las Instituciones Comunitarias de proceder a otro tipo de integración, la de tener en cuenta las exigencias de protección ambiental nada menos que en la «definición y realización» de todas las políticas (las previstas en el art. 3 y 4 del TFUE) y acciones de la Unión (contempladas en el art. 6 del TFUE), tanto las desarrolladas en el interior de la Unión Europea (cfr. Tercera Parte del TFUE) como las promovidas en su acción exterior (cfr. Quinta Parte del TFUE) y siempre a fin de lograr el desarrollo sostenible¹.

La más reconocida doctrina “ius-ambientalista” española se ha referido a esta exigencia de la “integración ambiental” de muy diversas formas: bien como un principio, el de «ubicuidad» (Martín Mateo); como uno de los caracteres del Derecho Ambiental: su «horizontalidad» (Jordano Fraga siguiendo a Prieur); como una «obligación o mandato» frente a la sostenibilidad como objetivo o proceso tendencial a largo plazo (Pernas García); como «cláusula de integración y del principio de transversalidad» (Montoro Chiner); o bien, como uno de las más destacadas características de los objetivos del Derecho Ambiental: la «horizontalidad» (Betancor Rodríguez)². No obstante, la naturaleza jurídica de esta institución es controvertida como se pone de manifiesto por parte del gran especialista en Derecho Ambiental europeo, Ludwig Krämer, para quien la integración ambiental es el más importante de todos los principios pero no es una regla jurídicamente vinculante ya que «su puesta en práctica dependerá exclusivamente de la voluntad política de las

¹ Cfr. el trabajo de S. AGUILAR FERNÁNDEZ, *El principio de integración medioambiental dentro de la Unión Europea: la imbricación entre integración y desarrollo sostenible*, en *Papers* 71 (2003), pp. 77-97.

² Cfr. la monografía de M. VERDÚ AMORÓS, *Concepto y formulación del Principio de Integración Ambiental*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008. Se trata del mas exhaustivo trabajo publicado sobre este principio del derecho ambiental en el que se puede encontrar casi todas las referencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales existentes hasta el año de su publicación. En particular, sobre el tratamiento de la doctrina española sobre el concepto de integración ambiental cfr. sus pp. 147 a 155.

instituciones comunitarias de hacerla plenamente operativa»³. Aquí seguimos, sin embargo, la opinión del profesor Betancor Rodríguez al subrayar la evidencia práctica de que, tanto el Consejo como la Comisión Europea, lo mismo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «asumen las consecuencias jurídicas obligacionales de tal principio», si bien el problema no está en su eficacia jurídica sino en «el grado de indeterminación de su contenido»⁴.

Tengo que reconocer que el «principio de integración ambiental», tal como aparece en la versión consolidada del TFUE (su art. 11), me ha llamado mucho su atención por su extraordinaria ambición y sus enormes potencialidades. Aquí interviene el principio del «desarrollo sostenible» – que se recoge con cierta profusión, tanto en el Tratado de la Unión Europea (en su Preámbulo y arts. 3, 3 y 5; 21,2, d y f), como en el propio TFUE (art. 11) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en su Preámbulo y en el art. 37). Y, es que para quienes nos dedicamos – desde hace varias décadas – al Derecho Ambiental, el principio parece presentar un enorme potencial de cara a las políticas públicas que inciden – o pueden incidir, directa o indirectamente – sobre el medio ambiente. Quienes como yo estamos convencidos de que para una ordenación jurídica-administrativa del territorio y de las actividades económicas que inciden sobre el mismo es preciso tener presente la transversalidad de la protección ambiental, tal principio abre muy interesantes expectativas.

Como tendremos ocasión de comprobar al final de este trabajo, cuya conclusión adelanto en esencia, en la aplicación práctica del principio de integración ambiental, hasta el momento presente, hay más ruido que nueces pero, sigo pensando que no debe de renunciarse a que el gran paradigma de la sostenibilidad promueva preciosos frutos para la calidad de vida de los ciudadanos y para la mejora de los intereses públicos en juego. Una vez que hayamos buceado en los precedentes históricos de tal principio – que, como veremos, se encuentran en el Derecho Internacional – (en apartado 2), haremos un recorrido histórico sobre la recepción del principio de integración ambiental en el Derecho Comunitario Europeo y su plasmación y alcance en el ordenamiento vigente (en el apartado 3). Después nos referiremos brevemente a

³ Opinión que recoge y comenta de modo crítico el profesor A. BETANCOR RODRÍGUEZ en su valioso manual de *Derecho Ambiental* (La ley, Madrid, 2014); cfr. la nota 33 de la página 461.

⁴ *Ibidem*, pp. 461 y 462.

varios temas testigo del ordenamiento comunitario donde a nuestro juicio, este principio está implantándose con prometedores resultados de cara al logro de la referida sostenibilidad ambiental (en el apartado 4). Sólo al final (en último apartado 5 conclusivo) podremos ponderar si en el marco del complejo proceso de la integración comunitaria europea, la integración ambiental – que, a su vez, procede de tal proceso – es verdaderamente consistente y valiosa.

2. Precedentes del principio de integración ambiental en el derecho internacional

El principio de integración ambiental está recogido en algunos textos normativos y, principalmente, en los de *soft law* del Derecho Internacional del medio ambiente. No obstante, su importancia ha sido remarcada por la doctrina especializada y así, en esta dirección, señala A.J. Rodrigo: «el principio de integración es quizá el principio jurídico más adecuado y específico que tiene el Derecho Internacional para contribuir al objetivo del desarrollo sostenible»⁵. Y según el mismo autor, este principio «se puede considerar en la actualidad una norma de Derecho internacional general obligatoria para todos los Estados de la que se deriva una obligación de comportamiento»⁶.

Una de las primeras manifestaciones de este principio la encontramos, por primera vez, en el Principio 13º de la Declaración de Estocolmo, aprobada con motivo de la histórica «Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano», que se celebró en la capital sueca, en junio de 1972. En este principio

⁵ Cfr. su monografía: *El desafío sostenible del desarrollo sostenible. Los principios del Derecho Internacional relativos al desarrollo sostenible*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 149. Y añade que: «es el principio que mejor sintetiza el verdadero significado de la noción de desarrollo sostenible, representa el componente fundamental de dicho concepto, es la columna vertebral del mismo y su principal herramienta jurídica porque es el principio jurídico más operativo». Cita también al gran especialista británico en derecho internacional del medio ambiente, Ph. Sands para quien dicho principio «supone la mayor contribución del desarrollo sostenible al Derecho Internacional» (*Ibidem*).

⁶ *Ibidem*, p. 150. Aunque, como expone en su trabajo, el desafío que tiene por delante este principio es «hacerlo operativo». En sus conclusiones acerca del principio de integración y de su aportación al desarrollo sostenible, tras analizar su reconocimiento, tanto en los tratados internacionales como en la jurisprudencia internacional, afirma que, al operar de forma transversal, «puede ser un buen instrumento para facilitar las relaciones entre regímenes internacionales»; sin embargo, concluye que carece de «un contenido objetivo, unívoco y fijo para todos los Estados sino que está en función del contexto y de las circunstancias en que opera» (*Ibidem*, p. 170).

se declara que: «A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un *enfoque integrado y coordinado* de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población»⁷.

Pocos años después, en la «Carta Mundial de la Naturaleza», adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 37/7, el 28 de octubre de 1982, se expresa en su apartado 2º de «Funciones» y, más concretamente, en su punto 7º, que: «En la planificación y realización de las actividades de desarrollo social y económico, se tendrá debidamente en cuenta el hecho de que la conservación de la naturaleza es parte integrante de esas actividades».

De otra parte, la «Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo», acordada con ocasión de la celebración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Rio de Janeiro en la primera quincena de junio de 1992, declara en su Principio nº 4º que: «A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, *la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo* y no podrá considerarse en forma aislada»⁸. Y, también, fruto de este Cumbre internacional, el «Programa o Agenda 21» dedica su Capítulo 8º sobre «Integrar medio ambiente y desarrollo en la adopción de decisiones»⁹.

Por último, en la «Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible» de 2002, la integración del desarrollo económico o social y la protección del medio ambiente –como pilares interdependientes y sinérgicos

⁷ El subrayado es mío.

⁸ El subrayado es mío. Es importante apuntar aquí que el «Informe Brundtland», titulado «Nuestro futuro común» y publicado en 1987, preparatorio de la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 contiene importantes referencias a la integración de las políticas ambientales en el marco del desarrollo sostenible (cfr. su nº 47). Por otra parte, el Informe pone de manifiesto que «la capacidad de anticipar y prevenir el daño ambiental exige que la dimensión ecológica de la política se considerada al mismo tiempo que las consideraciones de ordena económico, comerciales, energéticas y otras» (nº 46).

⁹ En este capítulo octavo de la Agenda se contienen las siguientes «áreas de programas»: «a) Integración del medio ambiente y el desarrollo a nivel de políticas, planificación y gestión; b) Establecimiento de un marco jurídico y reglamentario eficaz; c) Utilización eficaz de instrumentos económicos e incentivos de mercado y de otro tipo; d) Establecimiento de sistemas de contabilidad ecológica y económica integrada».

desarrollo sostenible «ha sido concebida también – como señala Rodrigo – como una responsabilidad colectiva»¹⁰.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el Comité de Derecho Internacional sobre desarrollo sostenible de la *International Law Association*, en su Informe presentado en Toronto en 2006, distingue en relación con el principio de integración tres dimensiones:

a) la “sistémica” que permite que se establezcan las relaciones entre normas y principios que regulan los aspectos económicos, sociales y ambientales del desarrollo sostenible y que, presupone un enfoque cooperativo e inclusivo entre los diferentes actores que participan en el desarrollo sostenible;

b) la “institucional” consistente en la «creación o fortalecimiento de las estructuras institucionales y de procedimientos para integrar completamente las cuestiones de desarrollo y medio ambiente en todas las esferas de adopción de decisiones»¹¹

c) la “jurídica” que se traduce en la «interrelación de normas jurídicas de ámbitos materiales diferentes con el fin de incrementar el rendimiento de las mismas en pro del desarrollo sostenible y conseguir resultados prácticos más integrados que faciliten dicho objetivo»¹².

3. Recepción del principio de integración ambiental en el ordenamiento comunitario europeo. Contenido y alcance

¹⁰ Cfr. A.J. RODRIGO, *op. cit.*, p. 160. También cita en su estudio la «Declaración de Nueva Delhi sobre los principios del Derecho Internacional relativos al desarrollo sostenible» de 2002 en la que se recoge, en su apartado 7º, el «principio de integración e interrelación, en particular, en materia de derechos humanos y objetivos sociales, económicos y ambientales».

¹¹ A.J RODRIGO, *op. cit.*, p. 152. A su vez, distingue dentro de este apartado, una «integración intra institucional» –que tiene como objetivo que cada institucional individual se asegure de que las consideraciones del desarrollo sostenible sean integradas en sus procedimientos decisionales– y una «integración interinstitucional» consistente en coordinar la actuaciones y adoptar decisiones y medidas coherentes entre las diferentes instituciones que tengan el objetivo común del desarrollo sostenible (a mayores, distingue dentro de este supuesto una integración «horizontal» y otra «vertical») (*Ibidem*, pp. 152 y 153).

¹² Se diferencia dentro de esta dimensión una «integración normativa» que consiste en «la incorporación de las consideraciones del desarrollo sostenible dentro de la redacción y contenido de las normas para incrementar su rendimiento en beneficio de tal objetivo, de la integración como herramienta del razonamiento judicial, es decir, de la posibilidad que tienen los jueces y tribunales de conseguir un resultado más integrado a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas» (A.J. RODRIGO, *op. cit.*, pp. 155-159).

3.1. *Recepción del principio de integración ambiental en los Tratados comunitarios*

El Acta Única Europea – que supuso la primera gran modificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea –, firmado en 1986 y con entrada en vigor en julio de 1987, trajo consigo la introducción al máximo nivel normativo de la regulación de la protección del medio ambiente mediante la adición al Tratado CEE del Título VII sobre «Medio Ambiente» compuesto de tres artículos: 130R, 130R y 130T. Pues bien, su art. 130 R, tras recoger los objetivos de esta acción de la Comunidad (en su apartado 1º) y establecer, en su apartado 2º, los principios que han de orientar tal acción (de «acción preventiva», de «corrección en la fuente», y «quien contamina paga») añade que «las exigencias de la protección del medio ambiente será un componente de las demás políticas de la Comunidad»¹³. Es por siguiente, la primera plasmación del principio de integración ambiental en el derecho primario comunitario.

Pocos años más tarde, en la siguiente gran reforma de los Tratados Constitutivos, la que tuvo lugar en con la aprobación en Maastricht del Tratado de la Unión Europea el 7 de febrero de 1992 (con entrada en vigor al 1 de noviembre de 1993), se reconoce expresamente – para alcanzar los fines que se propone la nueva «Comunidad Europea» – la existencia de una «una política en el ámbito del medio ambiente» (cfr. su art. 3, k). También se sigue recogiendo – ahora en el nuevo Título XVI del Tratado – la referencia al principio de integración ambiental pero, en esta ocasión, un tanto mejorado en cuanto a su nivel de exigencia, al disponer en el art. 130 R 2 *in fine* que «las exigencias de la protección del medio ambiente *deberán integrarse* en la definición y en la

¹³ Con anterioridad a esta relevante plasmación del principio de integración ambiental la doctrina recuerda que el Tercer Programa comunitario de acción en medio ambiente, aprobado e 7 de febrero de 1983, para el periodo 1982-1986, ya hay alguna referencia al principio que estamos estudiando: como recuerda M. VERDÚ AMORÓS, es la primera vez que se formula el principio de integración ambiental como principio junto con el complementario de la «globalidad»; este Programa «exige que se refuerce el carácter preventivo de la política del medio ambiente, en el marco de una estrategia global y que se tienda a integrar las preocupaciones del medio ambiente en las otras políticas comunitarias» (cfr. M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, p. 220). El subrayado es del mismo autor. Por lo que se refiere al Cuarto Programa de Acción en medio ambiente – el aprobado en 1987 para el periodo 1987 a 1992 – el repetido autor señala que «se le otorgó una mayor relevancia al principio de integración ambiental, siendo el principio central sobre el que giró el citado Programa» (*Ibidem*, p. 221).

realización de las demás políticas de la Comunidad»¹⁴. Paralelamente a la promulgación del Tratado de Maastricht – y en el marco histórico de la celebración de Cumbre de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en junio de 1992 –, se aprobó – en febrero de 1993 – el Quinto Programa comunitario de política y acción en materia de medio ambiente, titulado «Hacia un desarrollo sostenible», llamado a orientar esta política comunitaria en el periodo 1993-2000, en el que el principio de integración ambiental se va a convertir en uno de los principios básicos¹⁵.

Otro salto de escala del principio de integración ambiental se produjo con la nueva reforma del Tratado de la Unión Europea por el acuerdo firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999). Esto es así ya que ahora se introduce en la parte general del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea un nuevo art. 3 C estableciendo que: «Las exigencias de la protección del medio ambiente *deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad* a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible»¹⁶.

Por consiguiente, el principio de integración ambiental se eleva de categoría – desde la regulación específica de la política ambiental en el Tratado – proyectándose sobre todas las políticas y acciones comunitarias que se recogen en su art. 3. Va a ser, justamente en torno a la aprobación del Tratado de Ámsterdam cuando se va a producir – como vamos a comprobar – una de las etapas de la acción comunitaria más brillantes y activas en la promoción del principio de integración ambiental.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia comunitaria, señala Verdú Amorós que la primera vez en que el Tribunal de Luxemburgo se pronunció

¹⁴ El subrayado es mío. También resulta muy significativa la Declaración 12^a recogida en el Tratado sobre las «evaluaciones de impacto ambiental», en virtud de la cual: «La Conferencia toma nota de que la Comisión se compromete a elaborar estudios de evaluación del impacto medioambiental cuando formule propuestas que puedan tener repercusiones importantes en el medio ambiente».

¹⁵ En efecto, tras subrayar en su introducción «la imperiosa necesidad de tener en cuenta las consideraciones ecológicas a la hora de formular y aplicar políticas económicas y sectoriales, en las decisiones de los poderes públicos...», diseña un estrategia claramente protagonizada por el «enfoque integrado»: selección de temas ambientales prioritarios (cambio climático, acidificación, biodiversidad, agua, medio ambiente urbano, zonas costeras y residuos) y selección de sectores donde deberán integrarse las consideraciones ambientales: industria, energía, transporte, agricultura y turismo. (cfr. M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, pp. 222-233).

¹⁶ El subrayado es mío.

sobre el principio de integración ambiental fue con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de marzo de 1990¹⁷ – en relación con la solicitud por la República Helénica de la anulación de un Reglamento relativo a las condiciones de importación de productos agrarios originarios de países que habían sufrido el accidente de la Central nuclear de Chernobil –. La elección de la base jurídica del acto comunitario se realiza en esta Sentencia aplicando la teoría del “centro de gravedad” para decantarse, ante la concurrencia de objetivos ambientales y comerciales, por la base de la normativa comercial utilizada por el citado Reglamento. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18 de junio de 1996¹⁸ se hace una interpretación satisfactoria del principio de integración ambiental se reconoce la preferencia de la base ambiental de una Directiva dictada para la producción agrícola mediante la utilización de productos fitosanitarios y se anula por haberse fundamentado en la normativa agrícola. De otra parte, en el Asunto C-300/89, “Dióxido de Titanio”, el Tribunal afirmó que el hecho de que el antiguo 130R del Tratado de la Comunidad Económica Europea requiriera integrar las exigencias del medio ambiente como componente de las demás políticas implicaba que una medida comunitaria no tenía porqué basarse necesariamente en el art. 130S cuando entre sus objetivos estuviera la protección del medio ambiente¹⁹.

3.2. Fortalecimiento del enfoque de la integración ambiental: el “Proceso de Cardiff” y la «Estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible»

La etapa más ambiciosa en cuanto a la implantación del principio que estamos considerando se inició a partir del Consejo Europeo celebrado en Luxemburgo – en diciembre de 1997 – cuando, a propuesta del primer ministro sueco, se solicitó a la Comisión Europea la elaboración de propuestas para implantar el principio de integración bajo la convicción de que para lograr el

¹⁷ Asunto C-62/88, Grecia c. Consejo, Rec. I-1527 (1990). Cfr. M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, pp. 160.

¹⁸ Asunto C-303/94, Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea. Rec. I-2943. Cfr. M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, pp. 163.

¹⁹ Cfr. C. PLAZA MARTÍN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, p. 183

objetivo del desarrollo sostenible las exigencias de protección del medio ambiente deben integrarse en las políticas y actuaciones de la Comunidad. La respuesta de la Comisión a dicha solicitud llegaría en junio de 1998 con motivo de la Cumbre europea celebrada en la capital de Gales, Cardiff. En el documento de la Comisión, titulado «Colaboración para la integración – Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la UE»²⁰ aprobado en la cita Cumbre – que dio lugar a la apertura del llamado “Proceso de Cardiff”²¹ –, es donde se contemplaban las siguientes compromisos y llamamientos:

- a) El compromiso de la Comisión de velar por que sus principales iniciativas políticas integren las consideraciones medioambientales mediante la introducción de un exhaustivo mecanismo de evaluación ambiental.
- b) El compromiso de la Comisión de realizar un examen de las políticas de la Unión Europea y de preparar estrategias de actuación en sectores clave²², por ejemplo, la elaboración de indicadores políticos y de resultados y de metas indicativas.
- c) Un llamamiento para que el Consejo determine una serie de acciones prioritarias respecto a la incorporación de los requisitos medioambientales y establezca mecanismos eficaces para controlar la aplicación de la estrategia.
- d) Un llamamiento para que el Consejo Europeo examine periódicamente el estado de la integración del medio ambiente en áreas políticas clave²³.

A partir de este momento, se lograron importantes progresos en la materialización de estas directrices²⁴ y además el principio de integración

²⁰ Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 27 de mayo de 1998 con el título «Colaboración para la integración – Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la Unión Europea» (Cardiff - junio de 1998) [COM (1998) 333].

²¹ Para una valoración de este proceso cfr el trabajo colectivo de M. FERGUSON - C. COFFEY - D. WILKINSON - D. BALDOCK, *The effectiveness of EU Council Integration Strategies and Options for carrying forward the “Cardiff” Process*, IEEP, Marzo de 2001.

²² Desde la Cumbre de Cardiff se fueron presentando por la Comisión propuestas sobre integración ambiental de determinadas políticas: energía (octubre de 1998), agricultura (enero de 1999), mercado interior, industria y desarrollo (junio de 1999), pesca (en julio de 1999) y medio urbano (noviembre de 1999).

²³ El Proceso incluía a nuevos sectores clave: el transporte, la agricultura y la energía, ahora abarca también las políticas industrial, de mercado interior, desarrollo, pesca, asuntos generales y asuntos económicos y financieros.

ambiental recibió un espaldarazo con la aprobación en el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – que no forma parte del Tratado de la Unión Europea, que se acababa, de reformar a principios del 2001 por el Tratado de Niza²⁵, pero sin que los cambios afecten a nuestro tema – en cuyo Capítulo IV – relativo a la «Solidaridad» – se recoge el art. 37 sobre «protección del medio ambiente», declarando que: «Las políticas de la Unión integrarán y garantizán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad»²⁶. Por lo tanto, nos encontramos de nuevo con una expresa referencia a la integración ambiental de todas las políticas de la Unión Europea para lograr el objetivo del desarrollo sostenible.

El año 2001 fue decisivo en el proceso de integración ambiental con la adopción en el Consejo Europeo de Gotemburgo de una «Estrategia de la Unión Europea para el Desarrollo Sostenible»²⁷ y la incorporación de un tercer pilar, el ambiental (junto al del crecimiento económico y al de la cohesión social), a la Estrategia de Lisboa de 2000²⁸. Esta estrategia establece un marco político a escala de la Unión Europea (UE) para permitir el desarrollo sostenible, es decir, para responder a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras a la hora de satisfacer sus propias necesidades y el desarrollo sostenible se basa en cuatro pilares –económico, social, medioambiental y gobernanza mundial– que deben reforzarse mutuamente. Las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de todas las políticas deben examinarse de forma coordinada y tenerse en cuenta en el momento de su elaboración y adopción. Entre los principios básicos de la Estrategia se encuentra el de la «coherencia e integración de las políticas». En esta dirección, la Estrategia propone una serie de medidas ante siete tendencias insostenibles que requieren una intervención: la exclusión social y el envejecimiento

²⁴ Cfr. el apartado 47 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Helsinki (10-11 de diciembre de 1999) que proporcionó aclaraciones sobre la aplicación de la estrategia de integración ambiental.

²⁵ Su entrada en vigor se demoró hasta el 1 de febrero de 2003.

²⁶ El subrayado es mío.

²⁷ Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 15 de mayo de 2001 bajo el título «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para el Desarrollo Sostenible» [COM(2001) 264].

²⁸ La también llamada «Agenda de Lisboa» aprobada en el Consejo Europeo de Lisboa el 23 y 24 de marzo de 2000 trataba de convertir la economía de la Unión Europea en la más competitiva del mundo para 2010.

demográfico (que ya prevé la Estrategia de Lisboa), el cambio climático y la energía, los transportes, el consumo y la producción, los recursos naturales, la salud y el fomento del desarrollo sostenible en el mundo. En virtud de la Estrategia los Estados miembros habían de elaborar estrategias nacionales y dar cuenta, periódicamente, de los avances registrados²⁹. La citada Estrategia se vincula estrechamente al principio de integración, como dice Cuyás Palazón, «al propio desarrollo sostenible dando lugar a los que algunos han calificado de nueva versión ampliada (u horizontal) del principio de integración en cuanto impregna, inspira, informa y atraviesa todo el programa para la sostenibilidad desde su misma formación hasta la evaluación de sus resultados»³⁰.

La hoja de ruta ambiental de la Unión Europea hasta 2010 se inició en septiembre de 2002 con la entrada en vigor del Sexto Programa de Medio Ambiente de la Comisión³¹. En este nuevo Programa es donde el principio de integración ambiental cobra – si cabe – el máximo protagonismo³². Así es, el enfoque de la integración aparece de manera profusa a lo largo del Programa:

- a) en su Considerando 13º para subrayar que «El Programa debe promover el proceso de integración de las cuestiones en materia de medio ambiente en todas las políticas y actividades comunitarias en coherencia con el artículo 6 del Tratado, con objeto de reducir las presiones sobre el medio ambiente procedentes de diversas fuentes»;
- b) en su art. 1º – sobre el «ámbito del Programa» – para expresar un deseo: «El Programa debería fomentar la integración de preocupaciones medioambientales en todas las políticas comunitarias y contribuir a la realización del desarrollo sostenible tanto en la actual Comunidad como en la futura Comunidad ampliada» (apartado 1º);
- c) en su art. 2º – donde se recogen los principios y metas del Programa – para indicar que: «El Programa constituirá una base de la dimensión

²⁹ En el caso de España, la «Estrategia española de Desarrollo Sostenible» se aprobó por el Consejo de Ministros de 23 de noviembre de 2007. El texto completo de esta Estrategia puede consultarse en la siguiente dirección de internet: <http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/estrategia-espanola-desarrollo-sostenible/EEDSNov07editdictcm7-14887.pdf>.

³⁰ M.M. CUYÁS PALAZÓN, *Urbanismo ambiental y evaluación estratégica*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 76.

³¹ Decisión nº 1600/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente, con el título «Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos», DO L 242 de 10 de septiembre de 2002.

³² Cfr. M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, pp. 237-243.

medioambiental de la estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible y contribuirá a la integración de las preocupaciones medioambientales en todas las políticas comunitarias, en particular al establecer prioridades medioambientales para la estrategia» (apartado 1º);

d) en el mismo art. 2º se declara como cometidos general del programa que éste «fomentará la plena integración de las exigencias relativas a la protección del medio ambiente en todas las políticas y acciones comunitarias, estableciendo objetivos en materia de medio ambiente y, en su caso, metas y calendarios que deberán tenerse en cuenta en los ámbitos políticos pertinentes. Además, las medidas propuestas y adoptadas en favor del medio ambiente deberían ser coherentes con los objetivos de las dimensiones económica y social del desarrollo sostenible y viceversa» (apartado 4º)³³;

e) en cuanto a los planteamientos estratégicos, a los que se refiere el art. 3º, el Programa insiste en que «son necesarios nuevos esfuerzos para integrar las exigencias de la protección del medio ambiente en la preparación, definición y aplicación de las distintas políticas y actividades comunitarias» (apartado 3º)³⁴;

f) en el apartado de «Estrategias temáticas» (art. 4º del Programa) el 6º Programa se propone aplicar el enfoque integrado mediante la confección de una serie de estrategias sobre cuestiones fundamentales³⁵, constituyendo una

³³ Betancor Rodriguez comentando este Programa destaca que los instrumentos previsto por el mismo para lograr el objetivo de toma en consideración de la protección ambiental con las distintas políticas sectoriales son, fundamentalmente, la evaluación previa de las políticas en relación con sus efectos ambientales como requisito para su aprobación, la evaluación del impacto ambiental de proyectos y planes (evaluación estratégica), la transparencia y acceso a la información, y los controles periódicos de los efectos de las medidas a través, por ejemplo, de indicadores (Cfr. A. BETANCOR RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 465).

³⁴ En esta dirección se señala que es preciso «asegurar que las estrategias en materia de integración elaboradas por el Consejo en los diferentes ámbitos políticos se traduzcan en una actuación efectiva y contribuyan a la aplicación de las metas y de los objetivos medioambientales del Programa» y también «estudiar, antes de su adopción, si las actuaciones en los ámbitos económico y social son coherentes con los objetivos, metas y calendario del Programa y contribuyen a ellos».

³⁵ Estas Estrategias temáticas están relacionadas con los ámbito temáticos en que se concretan los objetivos y ámbitos prioritarios del Programa: «cambio climático» (cfr. art. 5º), «naturaleza y biodiversidad» (cfr. art. 6º), «salud y calidad de vida» (cfr. art. 7º), «gestión de recursos naturales y los residuos» (cfr. art. 8º), y «cuestiones internacionales» (cfr. art. 9º). Finalmente las Estrategias – presentados por la Comisión a partir de 2005 – cubrieron los siguientes materiales: protección del suelo (COM (2006) 231), medio ambiente marino (COM (2005) 504), uso sostenible de los plaguicidas (COM(2006) 372), medio ambiente urbano (COM (2005) 718), uso

aplicación del principio de integración ambiental porque con ellas se trata de alcanzar el equilibrio entre la protección ambiental y los objetivos de Lisboa de crecimiento y empleo.

Profundizando en esta dirección de aplicación del principio de prevención ambiental la Comisión Europea puso de relieve, a finales de 2003, a través de su Comunicación sobre la «Revisión de la Política Medioambiental, 2003. Consolidar el pilar medioambiental del desarrollo sostenible»³⁶, perfilando – como señala Verdú Amorós – las medidas políticas necesarias para hacer del desarrollo sostenible una realidad: «será necesario poner un énfasis especial en los tres objetivos transversales que apuntan la política ambiental: integración de las cuestiones ambientales en otras políticas, aplicación e información»³⁷. Esto es lo que se propone en el apartado 4º de la citada Comunicación donde además se contemplan los objetivos más directamente vinculados con la integración ambiental. De forma resumida puede señalarse los siguientes:

1º «Desarrollar un enfoque integrado de la elaboración de la política medioambiental» (frente al tradicional tratamiento sectorializado e individualizado de los problemas) para la cual se requiere incrementar la coherencia de las políticas y la evaluación *ex ante* de sus potenciales impactos³⁸.

2º «Aumentar la integración sectorial»³⁹ y, en particular, en que las presiones ambientales son más elevadas (transporte, agricultura, energía, industria, mercado interior, desarrollo, pesca, asuntos generales y asuntos económicos y financieros). Se insiste en la necesidad de aplicar plenamente el “proceso de Cardiff”.

3º Incrementar la integración de los Estados miembros, tanto a nivel nacional – utilizando sus respectivas estrategia de desarrollo sostenible – como en los niveles locales y regionales⁴⁰.

Haciendo balance del “Proceso de Cardiff”, a mediados de 2004, la Comisión hizo públicas sus conclusiones no muy positivas sobre el desarrollo,

sostenible y gestión de los recursos naturales (COM(2005) 170), reciclado de residuos (COM(2005) 666) y calidad del aire (COM (2009) 446).

³⁶ Cfr. Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo con referencia COM (2003) 745 final, Bruselas, 3 de diciembre de 2003.

³⁷ M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, p. 247.

³⁸ Cfr. el apartado 4.1.1. del documento COM (2003) 745 final.

³⁹ *Ibidem*, apartado 4.1.2.

⁴⁰ *Ibidem*, apartado 4.1.3.

hasta ese momento, de la integración de las consideraciones ambientales en las políticas comunitarias⁴¹. Aunque la Comisión observa algunos avances positivos en algunas materias (como las energías renovables, eficiencia energética o reforma de la Política Agrícola Común), expone las principales dificultades encontradas para la materialización práctica del principios de integración: «una falta general de coherencia», «el compromiso político podría ser más decidido», «los mecanismos de realización, aplicación y revisión pueden perfeccionarse», «se necesitan prioridades y una orientación más claras», «convendría adoptar un planteamiento estratégico de amplias miras», etc. son afirmaciones suficientemente expresivas del relativo fracaso del enfoque integrado y del principio de integración ambiental. Por su parte, la Agencia Europea de Medio Ambiente publicó su informe sobre *Integración de la política ambiental en Europa. Situación actual y marco de evaluación* (2004)⁴² proponiendo un nuevo marco de evaluación de la integración de la política ambiental (IPA), a través del análisis de seis áreas principales: compromiso político, visión y liderazgo, cultura y prácticas administrativas, evaluaciones e información en el proceso de decisión; instrumentos políticos; control de avances en materia de integración; y contexto ambiental de la IPA. Se trata en definitiva de un encomiable esfuerzo teórico, conscientes las instituciones comunitarias de la grandes dificultades para aplicar plenamente el principio de integración⁴³.

En 2006 escribía el profesor Moreno Molina con relación al «principio de integración» afirmando que, pese a la «fuerza potencial enorme» y las «formidables» consecuencias que se pueden extraer de su enunciado –llamado abiertamente a «una exigencia de “ecologización” (greening) de todo el aparato comunitario-europeo» – «las consecuencias de este principio son tan importantes que es obligado constatar que la propia Comunidad no lo ha respetado habitualmente» y que «el examen de la aplicación práctica de este

⁴¹ Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo relativo a la «Integración de las consideraciones medioambientales en otras políticas: balance del proceso de Cardiff», con referencia COM (2004) 394 final, de 1 de junio de 2004.

⁴² Hemos consultado la edición en castellano publicada en 2006 por el Ministerio de Medio Ambiente.

⁴³ Con relación España y especialmente aplicado a las Comunidades Autónomas vid. el trabajo de K. HANF - J. MEZO - A. LANAIA - F. MORATA, *Integración ambiental de las políticas en el sistema autonómico español: un reto aún no superado*, Ponencia presentada para el XI Congreso de las Asociación Española de Ciencia Política, Sevilla, septiembre de 2013.

principio es bastante doloroso»⁴⁴. Y concluía que «el principio de integración ha pasado de ser hasta la fecha una declaración de contenido teórico y carece de plasmaciones prácticas suficientemente significativas»⁴⁵.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia comunitaria, en esta etapa, el principio de integración ambiental tampoco pasó desapercibido. Este principio «ha sido utilizado – como señala Rodrigo – con frecuencia en la jurisprudencia del TJCE para atenuar las tensiones entre cuestiones económicas y ambientales y para intentar alcanzar un nivel adecuado de protección ambiental»⁴⁶, y de tal modo desempeña, además de su carácter principal, su función de regla general de interpretación tanto del Derecho Comunitario derivado como del Derecho primario. Así, en la Sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1999 en el asunto “Braathens Sverige AB” (T-346/97), el Tribunal interpretó la disposición de una Directiva sobre armonización de impuestos de hidrocarburos a la luz de las exigencias de protección ambiental⁴⁷.

Siguiendo de nuevo a Verdú Amorós⁴⁸, el principio que estamos estudiando se ha utilizado por el Tribunal de Luxemburgo como parámetro de interpretación del derecho nacional; así, por ejemplo en la STJCE de 13 de marzo de 2001⁴⁹, en el asunto “PreussenElectra”, el Tribunal tuvo en consideración – junto con otros factores – el principio de integración a la hora de examinar en qué medida la normativa de un Estado miembro, dirigida a fomentar el uso de energías renovables infringía el art. 30 del Tratado de la Comunidad Europea, en el que se prohíben las medidas de efecto equivalente a

⁴⁴ A.M. MORENO MOLINA, *Derecho Comunitario del Medio Ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 72 y 73.

⁴⁵ No obstante, el mismo autor recoge en su manual algunos ejemplos de «cierta integración, o al menos de medidas adoptadas sobre la base de políticas diferentes a la ambiental, que persiguen de manera más o menos abierta objetivos de protección del entorno» y cita los supuestos de las políticas agrícola, energética, de transportes y de la competencia (*Ibidem*, pp. 73-76).

⁴⁶ A.J. RODRIGO, *op. cit.*, p. 166. Cita el trabajo de W. SKOURIS, *L'Integration de la dimension environnementale dans les différentes politiques communautaires, illustré par des exemples tirés de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, en N. COLNERIC ET AL. (eds): *Une Communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, Berlin, BMW, 2003, pp. 497-508.

⁴⁷ Cfr. A.J. RODRIGO, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁸ Cfr. M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, pp. 166-170.

⁴⁹ Asunto C-379/98. *PreussenElektra*, de 11 de junio de 1991. Rec. 2867.

las restricciones cuantitativas a la importancia de los Estados miembros⁵⁰. El Tribunal, pese a no entra en el fondo argumentativo del principio de integración pone de manifiesto su voluntad de proceder a una interpretación de conjunto de las disposiciones sobre libre circulación de mercancías conforme a las exigencias de protección del medio ambiente⁵¹.

Por otra parte, el principio de integración ambiental también ha servido al Tribunal de Luxemburgo como parámetro de interpretación del derecho originario y derivado⁵². Así, por ejemplo, resulta particularmente interesante la STJCE de 17 de diciembre de 2002 en el asunto “Concordia Bus Filand”⁵³, en el que el Tribunal utilizó dicho principio para interpretar las disposiciones de una Directiva de contratación pública, declarando la posibilidad de que la entidad adjudicadora (autoridades locales de Helsinki) utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa.

La profesora Plaza Martín, citando a Wasmeier, señala que «cualquier norma comunitaria que no integre debidamente las exigencias del medio ambiente, en participar, si de ello de derivan efectos perjudiciales para el medio ambiente que no puedan identificarse sobre la base de razones claras e imperiosas de interés general, está sujeta a la anulación por el TJCE conforme al art. 230 del Tratado de la Comunidad Europea»; y añade la autora, que el principio de integración tiene una especial importancia «porque ha de ser respetado por los Estados miembros al ejecutar todas y cada una de las normas comunitarias en el marco de cualquier acción o política comunitaria»⁵⁴.

3.3. El principio de integración ambiental en el marco jurídico comunitario vigente

⁵⁰ Cfr. C. PLAZA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 183 y 184. Recoge el párrafo 231 de la Sentencia en la que el Tribunal afirma que el principio de integración «no es meramente programático sino que impone obligaciones jurídicas» (p. 182).

⁵¹ *Ibidem*, p. 184.

⁵² M. VERDÚ AMORÓS cita al respecto la STJCE de 14 de julio de 1998 (Asunto C-284/95).

⁵³ Asunto C-513/99, I-7213. Citada por C. PLAZA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 184 y 185. También M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, pp. 169 y 170, quien añade que la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de adjudicación de contratos de obras, de suministros y de servicios profundizó en la integración ambiental de la contratación haciendo eco de dicha doctrina jurisprudencial.

⁵⁴ C. PLAZA MARTÍN, *op. cit.*, p. 186. El trabajo citado es de M. WASMEIER, *The Integration Principle of Environmental Protection as a general Rule for interpreting Community Law* (2001), vol. 38 CMLR, pp. 159-177.

En la versión vigente del Tratado de la Unión Europea (firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009) (TUE), los objetivos de sostenibilidad y de protección ambiental aparecen profusamente plasmados en su frontispicio: así, declara el Preámbulo, que «DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pueblos, *teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible*, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la *protección del medio ambiente*, y a desarrollar políticas que garanticen que los avances en la integración económica vayan acompañados de progresos paralelos en otros ámbitos»⁵⁵; y en el art. 3º sobre objetivos – en el Título I de «Disposiciones Comunes» – establece que «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico»⁵⁶. Además hay que tener en cuenta que, según el art. 6, 1 del TUE, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados», aunque en cuanto a la formulación relativa a la «protección del medio ambiente» del art. 37, no se ha producido modificación alguna.

Y, si acudimos a la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se mantiene en todo su vigor la formulación del principio de integración ambiental tal como aparecía en el Tratado de Ámsterdam. Efectivamente, el vigente art. 11 del referido TFUE establece que: «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible»⁵⁷. Además, cabe destacar como novedad la introducción en el mismo TFUE el Título XXI sobre «Energía» disponiendo en su art. 194,1 que: «En el marco del establecimiento o

⁵⁵ Los subrayados son míos.

⁵⁶ Los subrayados son míos.

⁵⁷ Los subrayados son míos.

del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente...».

El principio de integración ambiental se mantiene plenamente reconocido, como vemos, en el Derecho primario de la Unión, pero cabe preguntarse cuál es la auténtica virtualidad del mismo en el momento presente, toda vez que el protagonismo que alcanzó a finales del siglo XX, gracias al “Proceso de Cardiff” parece haberse eclipsado. De hecho, el Profesor holandés Jan H. Jans plantea en su interesante artículo titulado: «Stop the Integration Principle», que la proliferación de los principios que aparecen en los arts. 7 (coherencia de acuerdo con la atribución de competencias), 8 (igualdad), 9 (empleo, protección social, educación, salud) y 10 (lucha contra la discriminación) del TFUE – todos ellos han de ser tenidos en cuenta – debilita a su juicio la integración ambiental y hace que sea más complejo resolver un posible conflicto de intereses entre todos ellos⁵⁸.

Acerca del uso del principio de integración por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, además de los pronunciamientos ya citados en el apartado anterior, el Profesor Betancor Rodríguez cita la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 (en el Asunto Comisión v. Austria, C-28/2009) en la que se demuestra que la integración ambiental – junto a la protección de la salud – se utilizan como pieza básica argumentativa para justificar una medida de restricción de la libertad de circulación de mercancías⁵⁹. «La integración-inserción – dice el citado autor – es un pilar esencial del entramado jurídico que normaliza las exigencias de protección ambiental que, en tanto pueden entrar en conflicto con las libertades comunitarias, pueden modular o matizarlas»⁶⁰.

Si acudimos al contenido del Séptimo Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente⁶¹, aprobado a finales del 2013 bajo el título «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (que se prolongará hasta el 2020), nos

⁵⁸ Cfr. *Fordham International Law Journal*, vol. 33, Issue 5, 2011, p. 1547.

⁵⁹ Cfr. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 462

⁶⁰ *Ibidem*, p. 461 y 462 en la nota nº 34. Se presenta esta doctrina en contraste con la discutible opinión de L. Krämer para quien, pese a que el principio de integración «es el más importante de todos», a su juicio, «es un principio y no una regla jurídicamente vinculante para todos los casos» (citado por A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 461 en la nota 33).

⁶¹ Aprobado por la Decisión nº 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013, publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea L 354 de 28 de diciembre de 2013.

llama la atención que el principio de integración sigue apareciendo, como no podía ser menos, en su contenido:

- a) en el Preámbulo para declarar primero que: «La integración medioambiental en todos los ámbitos políticos pertinentes es fundamental para reducir las presiones que sobre el medio ambiente ejercen políticas y actividades de otros sectores y para alcanzar metas medioambientales y climáticas»;
- b) al recoger entre sus objetivos – en el art. 2, 1, g) – el de «intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas»
- c) al señalar en el apartado 5º del Anexo del Programa de Acción hasta 2020 que «se ha avanzado considerablemente en la integración ambiental de los objetivos ambientales en otras políticas y actividades de la Unión»⁶².

Por su importancia a los efectos del tema objeto de estudio quiero destacar el Objetivo Prioritario nº 7 del Programa, dirigido a «intensificar la integración medioambiental y la coherencia entre políticas»⁶³ y en el que subrayamos las siguientes afirmaciones:

- 1) aun reconociendo que la integración ambiental es un requisito impuesto por el Tratado desde 1997, reconoce que los avances «no han sido suficientes para invertir todas las tendencias negativas». Y con el fin de lograr la consecución de los objetivos del 7º Programa destaca la importancia de la aplicación de las Directivas de Evaluación Ambiental Estratégica⁶⁴ y de

⁶² Más concretamente se afirma que: «Desde 2003, la política agrícola común (PAC) reformada vincula los pagos directos al cumplimiento por los agricultores de ciertos requisitos para mantener las tierras en buenas condiciones agrarias y medioambientales, y de la legislación pertinente en materia de medio ambiente. La lucha contra el cambio climático forma ahora parte integrante de la política de energía, y se está avanzando en la integración de las consideraciones relativas a la eficiencia en el uso de los recursos, el cambio climático y la eficiencia energética en otros sectores clave, como el transporte y la construcción». No obstante, en el Informe de evaluación final del Sexto Programa (recogido en la Comunicación de 31 de agosto de 2011, COM (2011) 531) la Comisión reconoce que todavía se está lejos de conseguir el reto de la integración ambiental, de manera que «las circunstancias cambiantes y la creciente interconexión de los problemas ambientales obligan a ser flexibles y a adaptarse».

⁶³ Cfr. también el informe de la AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE (AEMA), *El Medio Ambiente en Europa. Estado y perspectivas 2015. Informe de síntesis*, Copenague, 2015. En particular, vid. su Parte 3 sobre «perspectivas futuras» que comprende, su vez los capítulos 6º («una mirada a los restos de carácter sistémico a los que se enfrenta Europa») y 7º («Respuestas a los desafíos sistémicos: de la visión a la transición»).

⁶⁴ Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, DOUE L 197 de 21.7.2001.

Evaluación de Impacto Ambiental⁶⁵, de forma que «cuando se aplican correctamente, son unos instrumentos eficaces para garantizar la integración de los requisitos de protección del medio ambiente en planes, programas y proyectos» (apartado 85);

2) se reconoce a las autoridades locales y regionales un especial protagonismo ya que, en general, «son responsables de las decisiones sobre el uso de la tierra y los espacios marinos, tienen que desempeñar un papel especialmente importante en la evaluación de los impactos medioambientales y en la protección, conservación y mejora del capital natural, para reforzar asimismo la resiliencia ante los efectos del cambio climático y las catástrofes naturales» (apartado 86);

3) se hace referencia a las «redes de transportes y energía» así como la «infraestructura marítima» que «tendrá que ser compatible con las necesidades y obligaciones en cuanto a protección de la naturaleza y adaptación al cambio climático»; también se incluye la referencia a la «incorporación de la infraestructura verde en planes y programas conexos» (apartado 87);

4) el Programa prevé una serie de objetivos prioritarios con la intención de reforzar la integración, refiriéndose expresamente a la «reforma de la política agrícola común, la política pesquera común, las redes transeuropeas (RTE) y la política de cohesión» (apartado 88)⁶⁶;

5) y, con el objetivo de «intensificar la integración ambiental y la coherencia entre políticas» en Programa se propone – en su apartado 89 – garantizar para el 2020 el siguiente gran objetivo: que «las políticas sectoriales de la Unión y los Estados miembros se desarrolle y apliquen de tal forma que favorezcan la consecución de objetivos y metas pertinentes en materia de clima y medio ambiente» y más particularmente se especifican las siguientes medidas:

⁶⁵ Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente DOUE, L 26 de 28.1.2012.

⁶⁶ Se añade a este respecto que: «El éxito del VII PMA depende de que se refuerce la contribución de esas políticas a la realización de metas y objetivos relacionados con el medio ambiente. Por otro lado, las medidas dirigidas principalmente a conseguir mejoras medioambientales deben aspirar a lograr, siempre que sea posible, beneficios también para otras políticas. Por ejemplo, las actividades de restauración de ecosistemas pueden tener por objeto conseguir beneficios para hábitats y especies y secuestrar dióxido de carbono, y, al mismo tiempo, mejorar la capacidad de los ecosistemas para prestar servicios vitales a muchos sectores económicos, por ejemplo la polinización o la depuración de agua para la agricultura, y crear empleos verdes».

«i) integrar las condicionalidades e incentivos relacionados con el clima y el medio ambiente en una serie de iniciativas políticas, incluidas las reformas y revisiones de la política existente, así como en nuevas iniciativas, tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros,

ii) realizar evaluaciones *ex ante* de los impactos medioambientales, sociales y económicos de iniciativas políticas al nivel adecuado de la Unión y los Estados miembros para garantizar su coherencia y eficacia,

iii) aplicar plenamente la Directiva de Evaluación Ambiental Estratégica y la Directiva de Impacto Ambiental,

iv) utilizar la información de la evaluación *ex post* relacionada con la experiencia obtenida con la aplicación del acervo medioambiental con objeto de mejorar su consistencia y coherencia,

v) abordar los posibles compromisos en todas las políticas, con objeto de maximizar las sinergias y evitar, reducir y, en la medida de lo posible, remediar los efectos negativos no intencionados en el medio ambiente».

3.4. Aproximación al concepto y caracteres del principio de integración ambiental

Tras un largo esfuerzo de recopilación de información jurídica sobre el «principio de integración ambiental», Verdú Amorós se atreve a definir el mismo como «el principio político-jurídico constitucional estructural o megaprincipio del ordenamiento jurídico que exige la integración ambiental en cualquier ámbito sectorial del ordenamiento jurídico a fin de lograr el desarrollo sostenible»⁶⁷. Y, a continuación recoge los caracteres que se desprenden de tal definición:

a) «Su carácter político en cuanto objetivo integrante de todas las políticas» como trasunto de la horizontalidad o transversalidad propia del ambiente⁶⁸, lo cual, como dice Cuyás Palazón, «exige especiales esfuerzos de coordinación y coherencia»⁶⁹;

⁶⁷ M. VERDÚ AMORÓS, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 178-181.

⁶⁹ M.M. CUYÁS PALAZÓN, *op. cit.*, p. 80.

b) «su carácter jurídico, en cuanto a su contemplación por el derecho positivo», en tanto que está recogido en diversos textos del Derecho Internacional así como el Derecho Comunitario⁷⁰;

c) «su carácter constitucional, en cuanto a su positivación al máximo rango normativo»⁷¹;

d) «su carácter estructural, en cuanto que dota de unidad al ordenamiento jurídico»⁷², es decir, se manifiesta como un principio unificador para que los objetivos y acciones en las distintas políticas contemplen su componente ambiental;

e) «su objetivo es la consecución de la sostenibilidad»⁷³. En parecidos términos señala Cuyás Palazón que bien puede afirmarse que «el desarrollo sostenible es el fin alcanzar mientras que el principio de integración es el medio, seguramente, más adecuado para ello»⁷⁴. Y, como apuntilla Plaza Martín, este principio está «ligado indisolublemente al concepto de desarrollo sostenible»⁷⁵;

Es importante destacar, siguiendo a Cuyás Palazón que el principio de integración no puede explicarse aisladamente del desarrollo sostenible (aquél es «el instrumento para hacerlo posible y efectivo») y del de prevención «en la medida en que la práctica de la integración no persigue otro objetivo que el de prevenir, desde el mismo momento de la adopción de las grandes decisiones y actos normativos, el impacto y coste ambiental que éstas pueden conllevar y, en atención, al principio de proporcionalidad, coste-beneficio, y mejores tecnologías disponibles, aprobarlas, atemperarlas o pura y llanamente rechazarlas»⁷⁶. Un principio, concluye la autora, que «ha sido el catalizador, el

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 181-184. Aunque reconoce que el principio está en la «fase de desarrollo, que es donde verdaderamente está teniendo y dará sus frutos (...) lo cual depende de la labor de los distintos legisladores al contemplarlo en sus regulaciones así como de las distintas administraciones y tribunales encargados de aplicar y velar por el cumplimiento de este principio» (p. 182).

⁷¹ *Ibidem*, pp. 184 y 185. En el caso del ordenamiento constitucional español el autor vincula el principio de integración con el art. 45,2 de la Constitución Española de 1978: «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

⁷² *Ibidem*, pp. 185.

⁷³ *Ibidem*, pp. 185-186.

⁷⁴ M.M. CUYÁS PALAZÓN, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁵ C. PLAZA MARTÍN, *op. cit.*, p. 180.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 80.

impulsor, el factor desencadenante de una nueva estrategia en la política ambiental de la Unión que puede resultar altamente atractiva, interesante y eficaz, aunque no falta de polémica y de seguros detractores»⁷⁷.

Esta visión optimista y esperanzada el principio que consideramos contrasta con otras opiniones como la de Moreno Molina, para quien: «el principio de integración ha pasado de ser hasta la fecha una declaración de contenido teórico, y carece de plasmaciones prácticas suficientemente significativas»⁷⁸. Por su parte, el profesor Betancor Rodríguez no duda en afirmar que «la integración es el corolario de la interrelación de todas las actividades humanas con la Naturaleza. Todo tiene, de una u otra manera, con mayor o menor intensidad, un efecto ambiental, la gestión de este efecto es compleja y aún más cuando se trata de traducirlo en normas»⁷⁹; y, como «tanto este Derecho como la política de protección deben ser necesariamente holísticos, como lo que constituyen sus objetos (la Naturaleza), en cambio, los instrumentos y las técnicas de regulación, ordenación y planificación son sectoriales» (...) «la integración debería ser el sustrato de toda la gestión humana con para la Naturaleza»⁸⁰. Pero, al final, viene a concluir que, como la integración de la protección ambiental debe conjugarse con otros objetivos como los de crecimiento económico y la economía social de mercado – en el objetivo holístico del desarrollo sostenible – «el principio de integración ha sido desplazado por el del desarrollo sostenible»⁸¹. A mi juicio, no obstante, pese a reconocer que el principio de integración ambiental está muy lejos de lograr sus objetivos, pienso que hay datos del propio ordenamiento jurídico ambiental comunitario que nos abren algunas puertas, sino para el optimismo, para un sano realismo que valora la extraordinaria fuerza que contiene. Veámos en el apartado siguiente algunos destellos de tal potencialidad de la integración ambiental.

4. Algunas prometedoras manifestaciones del principio de integración ambiental en derecho derivado de la Unión Europea y en el derecho español

⁷⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁷⁸ *Derecho Comunitario del Medio Ambiente*, cit., p. 77.

⁷⁹ A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 467.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*. Y concluye apostillando que «la Unión no aspira tanto a la integración de la protección como a encarrilar la acción de la Unión hacia el objetivo estratégico señalado. La protección ambiental, y su integración, han sido devoradas por el desarrollo sostenible» (p. 467).

De forma muy sumaria deseamos apuntar en este apartado, sin ánimo de exhaustividad, algunos ejemplos de lo que, a mi juicio constituyen manifestaciones de las virtualidades del principio de integración ambiental: la técnica preventiva del «control integrado de la contaminación», la técnica de evaluación ambiental aplicada al planeamiento urbanístico y la «política marítima integrada».

En primer lugar me refiero a la llamada técnica de «control integrado de la contaminación» que se recogió en la Directiva 96/61/CE de prevención y control integrados de la contaminación (conocida por las siglas IPPC). Siguiendo a Pernas García, esta normativa responde a una nueva orientación del Derecho Ambiental comunitario de finales del siglo XX ante el fracaso del enfoque sectorial desarrollado hasta entonces para combatir la contaminación y de la política del control y sanción, de carácter meramente reactiva y basada en la consideración aislada del medio ambiente⁸². Más concretamente, siguiendo a este autor, el principio de integración despliega sus efectos desde una doble perspectiva: intrasectorial y intersectorial. El enfoque intrasectorial implica a su vez, de una parte que «el concepto de integración debe ser plenamente asumido en la propia política ambiental mediante el tratamiento conjunto de la contaminación, independientemente de cual sea su medio receptor (agua, aire, o suelo), y el abandono, al menos parcial, de la perspectiva sectorial inicial»⁸³; y de otra parte, «en el ámbito propio, más específico, de las políticas de protección de la atmósfera o de las aguas, tienen que establecerse mayores lazos de coordinación entre las estrategias de evaluación y gestión de la calidad del medio y las de prevención y control de las emisiones»⁸⁴. Y, en referido plano intersectorial, «el principio de integración debe suponer la incorporación de la variable ambiental en el desarrollo y aplicación del resto de la políticas comunitarias (transporte, industria, etc.), mediante la creación de metodologías y procedimientos adecuados de evaluación, la aplicación efectiva de estrategias en cada sector y la elaboración de indicadores de seguimiento»⁸⁵; se logra de

⁸² Cfr. *Estudio jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: la autorización ambiental integrada*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 36 y 37.

⁸³ *Ibidem*, p. 37.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁸⁵ *Ibidem*.

este modo el paso «del control global de la contaminación al control integral de la actividad industrial»⁸⁶.

En la actualidad, la prevención y control integrados de la contaminación está regulado, a nivel comunitario en la Directiva 2010/75/UE sobre emisiones industriales (sustituyendo a la Directiva 2008/1/CE que había recogido las modificaciones introducidas en la vieja Directiva 96/61/CE). En el caso de España, esta técnica de prevención y control integrados se contiene en la Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

En segundo lugar, es inevitable aludir a la técnica de evaluación ambiental que resulta indispensable para la protección del medio ambiente al facilitar la incorporación de los criterios de sostenibilidad, bien en la toma de decisiones estratégicas, a través de la evaluación de los planes y programas – que fueron regulados por la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas sobre el medio ambiente –; o bien a través de la evaluación de proyectos, garantizando de esta forma una adecuada prevención de los impactos ambientales que se puedan generar, al tiempo que establece mecanismos eficaces de corrección o compensación (regulada en la Directiva 2011/92/UE de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente que, a su vez, sustituyó a la vieja Directiva de Evaluación de Impacto ambiental de 1985 modificada en 1997, 2003 y 2009). En España, ambas normativas han sido transpuestas en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, Evaluación Ambiental⁸⁷.

Como vimos más atrás los últimos programas de acción ambiental de la Unión Europea recomendaban vivamente la utilización de estos instrumentos de evaluación ambiental para conseguir la aplicación del principio de integración ambiental. Y, en este sentido, resulta muy ilustrativo el ejemplo de la aplicación de los principios de integración y sostenibilidad sobre la nueva perspectiva ambiental del suelo. Con palabras de Cuyás Palazón en su monografía sobre «Urbanismo ambiental y evaluación estratégica»⁸⁸, «cabe reconocer al principio

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. el reciente comentario a la Ley 21/2013 en el libro coordinado por el profesor A.R. Ruiz DE APODACA, *Régimen de la Evaluación Ambiental*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

⁸⁸ Publicado en la editorial Atelier, Barcelona, 2007.

de integración la decidida incidencia que ha tenido en el emprendimiento por parte dela Comunidad Europea de una nueva política que tiene al suelo por objetivo fundamental y a sus instrumentos de planificación –ordenación territorial y urbanismo, como medios útiles y necesarios para alcanzar el fin último de la sostenibilidad⁸⁹. Además, aunque ya se ha podido deducir con facilidad, es la técnica de la evaluación ambiental estratégica el instrumento más apropiado para aplicar sobre la ordenación territorial y urbanística el principio de integración ambiental que posibilita un desarrollo territorial y urbanístico sostenible⁹⁰. En la parecida posición doctrinal se sitúa A.M. Moreno Molina cuando al analizar las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible contempla entre los principios relevantes en la configuración del urbanismo «eco-amigable» al principio de integración ambiental⁹¹; «las repercusiones del principio de integración – afirma dicho autor – en el campo de urbanismo son evidentes: la política urbanística debe “integrar” las exigencias del medio ambiente»⁹².

El profesor Moreno Molina se encarga de recordarnos varias leyes españolas en que se incorporado a nuestro ordenamiento el principio de integración que inspira las Directivas que son objeto de transposición, se trata de los grupos normativos sobre urbanismo, protección de la biodiversidad y evaluación ambiental. En efecto, es el caso, en primer lugar, de la Ley estatal del Suelo, que ahora se encuentra en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Suelo u Rehabilitación Urbana. Si bien no hay una referencia al principio de integración ambiental, implícitamente se remite al mismo al establecer en su art. 3,1 que

⁸⁹ *Ibidem*, p. 81.

⁹⁰ Cfr. el trabajo de A.M. MORENO MOLINA, *Políticas de planificación urbana, principio de integración y evaluación ambiental del planeamiento: situación actual y perspectivas de futuro*, en *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*, (Dir. F.A. CASTILLO BLANCO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 147 y ss. Es significativo el título utilizado en el apartado 2º de su trabajo: «La evaluación ambiental como manifestación procesal o procedimental del principio de integración: evaluación de proyectos y evaluación de planes» (pp. 154 y ss).

⁹¹ *Urbanismo y Medio Ambiente: las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 82-86.

⁹² *Ibidem*, p. 86. Lo cual significa, como añade el autor, de una parte que «a) la concepción y definición del instrumento de planeamiento urbanístico tienen que “tener en cuenta”, esto es, reflexionar activa y positivamente, sobre la incidencia que el plan va a tener sobre el medio ambiente y, b) identificar qué objetivos de calidad ambiental se pueden y deben incorporar en el planeamiento...».

«las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible...»⁹³. En segundo lugar, hay una referencia expresa al «principio de integración» en la vigente Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en particular, en su art. 2, e) al recoger como principio: «La *integración* de los requisitos de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y la biodiversidad en las políticas sectoriales y, en particular, en la toma de decisiones en el ámbito político, económico y social, así como la participación justa y equitativa en el reparto de beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos». Finalmente, otra de las manifestaciones relevantes de introducción del «principio de integración ambiental» en nuestro ordenamiento jurídico es con la citada Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, en donde, de una parte, se considera como uno de los objetivos de la ley «la integración de los aspectos medioambientales en la elaboración y en la adopción aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos» (art. 1,1, a), y, de otra parte, al recoger entre los principios de la evaluación ambiental el de «integración de los aspectos ambientales en la toma de decisiones» (art. 2, k).

En tercero y último lugar, la «política marítima integrada» (PMI) tiene su origen el impulso dado por la Unión Europea a partir de 2005 – con el «Libro Verde sobre una futura política marítima en la Unión Europea, a fin de desarrollar un sector próspero y sostenible»⁹⁴ – en un intento de regular y gestionar las diferentes acciones y políticas comunitarias que se relacionan con el mar, con un planteamiento estratégico y global⁹⁵. Sin que podamos abordar esta compleja política, nos limitamos a señalar siguiendo a Núñez Lozano que con ella se trata de abordar los asuntos marítimos con un planteamiento integral que debe aplicarse en todas sus dimensiones: «en cada uno de los sectores de actividad, en cada uno de los niveles de administración, en las actuaciones de

⁹³ El art. 3,2 del Texto Refundido establece además que «En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente...».

⁹⁴ Cfr. el documento COM (2005) 73 final, de 2 de marzo de 2005.

⁹⁵ Cfr. el libro colectivo dirigido por la profesora M.C. NÚÑEZ LOZANO, *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2010.

todos los agentes interesados, en los organismos de asesoramiento científico y político y en las actividades de los grupos de interés»⁹⁶; para ello «es esencial la cooperación y la coordinación, que debe operar en todos los planes y niveles, muy especialmente en lo normativo y en el procedimiento»⁹⁷.

El pilar ambiental de la PMI está plasmada en la Directiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política marítima del medio marino (también conocida como Directiva Marco sobre Estrategia Marina). Este Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino⁹⁸. Más recientemente, se adoptó en la Unión Europea la Directiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo⁹⁹. Como precedente de estas normas cabe destacar la Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2002, relativa a la gestión integrada de las zonas costeras en Europa¹⁰⁰, que persigue «equilibrar los intereses sectoriales y lograr un empleo sostenible de los recursos marítimos que se ajuste a la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea». Este grupo normativo referido a la ordenación integral de actividades marítimas y de protección del medio marino constituye a mi juicio un ejemplo paradigmático de la aplicación del enfoque de integración ambiental que estamos comentando.

⁹⁶ “La política marítima integrada de la Unión Europea”, en el libro colectivo citado en la nota precedente, pp. 25 y 26.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁹⁸ BOE nº 317, de 30 de diciembre de 2010. Sobre esta Ley cfr. el libro colectivo coordinado por E. ARANA GARCÍA - F. J. SANZ LARRUGA - Y A. NAVARRO, *La ordenación jurídica del medio marino en España: estudios sobre la Ley 41/2010, de protección del medio marino*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid 2012.

⁹⁹ En el considerando 16º de la Directiva se describen sus objetivos principales: «la ordenación del espacio marítimo puede desempeñar un papel muy útil a la hora de determinar las orientaciones relativas a la gestión sostenible e integrada de las actividades humanas en el mar, la conservación del entorno vital, la fragilidad de los ecosistemas costeros, la erosión y los factores sociales y económicos. La ordenación del espacio marítimo debe aspirar a integrar la dimensión marítima de algunos usos o actividades costeros y sus efectos y permitir finalmente una visión integrada y estratégica».

¹⁰⁰ Cfr. el trabajo de F.J. SANZ LARRUGA, *La Unión Europea y la Estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras*, en *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009, pp. 29 y ss.

Finalmente, como un botón de muestra de la riqueza de este enfoque integrado orientado a la ordenación y gestión costera¹⁰¹ – a la que he dedicado mi atención intensivamente los últimos años –, quiero recoger resumidamente las enormes consecuencias y potencialidades que derivan de base teórica de la llamada “gestión integrada” y que, a nuestro juicio, parten de los siguientes presupuestos¹⁰²:

- a) la “gestión integrada” es el punto de llegada o perfeccionamiento del sistema de gestión ambiental de la naturaleza conforme al «enfoque ecosistémico» que tiene como fase intermedia la puesta de relieve de la interdependencia entre los medios o recursos que se trata de proteger o gestionar;
- b) para lograr el desarrollo sostenible es preciso, al menos, una triple integración:
 - 1) la integración del ambiente en la planificación del territorio y la gestión específica del litoral;
 - 2) la integración de los elementos constitutivos del ambiente (aire, agua, ecosistema, paisaje, residuos, fauna, flora) y de sus interrelaciones e interacciones;
 - 3) la integración de los cuatro fundamentos del desarrollo sostenible: los factores económico, social, cultural y ambiental;
- c) la única forma de lograr una gestión integrada es partir de una visión o planteamiento global y, a su vez, para este fin se hace preciso contar con eficaces mecanismos de coordinación entre las instituciones y los agentes políticos, sociales, públicos y privados, así como con los principios de «gobernanza» o «buen gobierno» que pasan a aportar una abundante información y vías de acceso para la participación
- d) las modalidades de integración que resultan imprescindibles para la aplicación de un verdadero proceso de gestión integrada son las siguientes:

¹⁰¹ Un nuevo enfoque que ha sido asumido por nuestra mejor doctrina sobre la ordenación jurídica costera: A. MENENDEZ REXACH, *La gestión integrada del litoral*, en *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea* (Coord. M. C. NÚÑEZ LOZANO), Iustel, Madrid, 2010, pp. 135-185.

¹⁰² Ideas extraídas del trabajo de M. PRIEUR - F.G. SANZ LARRUGA, *El Protocolo sobre gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo*, en *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009, pp. 17-18.

- 1) la “integración territorial” que tenga en cuenta la interdependencia entre las partes terrestres y marítimas del litoral;
- 2) la “integración institucional”, a través de la coordinación horizontal y vertical de las autoridades públicas,
- 3) la “integración de las planificaciones y de las actuaciones” mediante las estrategias, planes y programas que se someten a una evaluación ambiental estratégica,
- 4) la “integración de la decisión”, relativa a los proyectos y actividades, concertación, decisión en común, participación de los agentes y evaluación previa de los impactos sobre el ambiente, y
- 5) la “integración fronteriza” basada principalmente en la cooperación transfronteriza y en las evaluación ambientales transfronterizas.

5. Reflexión conclusiva.

Recientemente, en el número 200, monográfico de la *Revista de Administración Pública* dedicado a «El Derecho Administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea», escribe la profesora Lozano Cutanda ofreciendo una visión panorámica del Derecho Ambiental en España, acerca de su surgimiento y desarrollo, así como de los principales problemas y desafíos que plantea actualmente la protección del medio ambiente¹⁰³. En este trabajo se pone de manifiesto la enorme importancia que ha tenido para el derecho ambiental español la incorporación del acervo jurídico europeo: «un completo sistema jurídico dirigido a la prevención de los daños ambientales» y un sucesivo realzamiento del objetivo ambiental en la Unión Europea dotándole de un acervo normativo en la materia «considerado como uno de los más avanzados y completos del mundo»¹⁰⁴. Y cita entre los principios del derecho ambiental al de «integración del medio ambiente en las demás políticas de la Unión» como uno de los más asentados que se han labrado en el ámbito del Derecho Internacional y que hoy aparece constitucionalizado en los Tratados de la Unión Europea¹⁰⁵.

¹⁰³ En su artículo titulado: *Derecho Ambiental: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo*, en *Revista de Administración Pública*, nº 200 (2016), pp. 409-438.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 422.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 425.

No cabe duda de que la crisis económica mundial ha puesto de manifiesto la necesidad de promover otro principio, el de “no regresión” o “cláusula de *standstill*” de la que también habla la profesora citada¹⁰⁶. Sin embargo, pese a la popularidad de este necesario principio de la política ambiental, he querido con esta colaboración reconocer, reivindicar la importancia que, a mi juicio y según la mayoría de los autores, tiene el principio de integración ambiental. Quizá de forma más desapercibida, menos espectacular, pero efectiva – gracias a algunas de las técnicas que promueve, orienta e inspira – va colaborando a que la integración europea sea también una verdadera integración jurídica-ambiental.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

ABSTRACT

Francisco Javier Sanz Larruga – *La integración europea y el principio comunitario de integración ambiental en el ordenamiento jurídico español*

El principio de integración es uno de los fundamentos del derecho ambiental. El ensayo analiza su significado jurídico y su alcance prescriptivo, a partir de los precedentes establecidos en el derecho internacional, siguiendo su recepción y su definición constitucional cada vez más completa en el contexto del proceso de integración europea y teniendo en cuenta también las aplicaciones concretas del principio en derecho derivado de la Unión Europea y en el sistema jurídico español. Desde el panorama general, surge cómo el principio de integración contribuye a que la integración europea sea también una verdadera integración jurídica-ambiental.

PAROLE-CHIAVE: *integración ambiental; integración europea; desarrollo sostenible; derecho ambiental; ordenamiento jurídico español.*

Francisco Javier Sanz Larruga – *European integration and the EU principle of environmental integration in the Spanish legal system*

The principle of integration is one of the foundations of Environmental Law. The essay analyzes its legal meaning, from its precedents established in International Law, continuing with its transposition and its increasingly complete constitutional definition in the context of the European integration process and also taking into account the specific applications of the principle in derived European Union Law and in the Spanish legal system. In conclusions, the principle of integration contributes to make the European integration a legal-environmental integration as well.

KEYWORDS: *environmental integration; European integration; sustainable development; environmental law; Spanish legal system.*

JULIEN BETAILLE^{*}

La banalité du positionnement de la doctrine environnementaliste française vis-à-vis de l'exigence de neutralité axiologique

RESUME: 1. *Des doctrines peu soucieuses de neutralité axiologique.* – 1.1. *Le faible souci de neutralité de la doctrine environnementaliste.* – 1.2. *Une faiblesse due à sa jeunesse et à sa recherche de légitimité.* – 2. *Des doctrines en proie avec des biais identiques.* – 2.1. *Les biais méthodologiques.* – 2.2. *Des biais répandus dans l'ensemble de la doctrine.* – 3. *La réflexivité par la mise en place de processus d'objectivation.* – 3.1. *Le recours aux processus classiques d'objectivation.* – 3.2. *L'étroitesse de la communauté scientifique.* – 3.3. *Les débats au sein de la doctrine environnementaliste.* – 4. *La réflexivité par l'exposé des méthodes.* – 4.1. *L'absence d'exposé de la posture théorique.* – 4.2. *L'absence de développements doctrinaux sur les méthodes.* – 5. *Conclusion: vers la deuxième phase de la doctrine environnementaliste.*

Au début du 20^e siècle, l'influence du positivisme va conduire, à la suite de Max Weber en sociologie, à la définition de nouvelles exigences méthodologiques¹. Il s'est agi d'«établir le caractère scientifique du savoir juridique sur un idéal de neutralité axiologique, c'est-à-dire sur l'abstention de l'expression de jugements de valeur conduisant à des évaluations de l'objet d'étude en termes de bien ou de mal, de bon ou de mauvais, de juste ou d'injuste [...]»². L'exigence de neutralité axiologique, commune aux différents courants du positivisme juridique, peut être formulée de la façon suivante: «le juriste doit décrire ce que le droit est, quels qu'en soient les fondements ou le contenu, sans rechercher à l'évaluer à l'aune d'un principe de justice, d'une idée du bien ou du mal, ou de toute autre représentation idéalisée de ce que le droit

* Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole.

¹ La quête d'objectivité a largement marqué l'histoire de la pensée juridique. Cela est notamment le cas chez un certain nombre d'auteurs français. Il en est ainsi de l'école de la méthode historique de Saleilles, de la libre recherche scientifique de Gény et de la méthode comparative de Lambert (v. P. JESTAZ – C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, pp. 141 s.). Duguit et Hauriou cherchent, de façon différente et à des degrés divers, à s'appuyer sur la sociologie naissante pour renouveler la méthode d'étude du droit (v. J.-M. BLANQUER – M. MILET, *L'invention de l'Etat – Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Odile Jacob, 2015, pp. 57 ss.). V. également la belle proposition de Henri Lévy-Bruhl en faveur d'une science du droit qu'il nommait «juristique» (H. LEVY-BRUEL, « La Science du Droit ou "Juristique" », in *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Vol. 8, 1950, pp. 123-133).

² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 24.

devrait être»³. Dans l'histoire de la pensée juridique, elle trouve sa justification dans la prescription kelsénienne selon laquelle la science du droit, pour être science, doit se contenter de décrire le droit, sans émettre de jugement de valeur à son égard⁴.

Ainsi Alexandre Viala explique-t-il l'épistémologie kelsénienne en soulignant que pour que le méta-discours des juristes «revête les caractères de la scientificité, il doit être extérieur à son objet, le droit, et se borner à le décrire à l'aide de propositions susceptibles d'être vraies ou fausses»⁵.

Cette exigence s'est peu à peu diffusée au sein de la communauté des juristes universitaires, non sans susciter *contestations et ambiguïtés*. Une fois assimilée à l'épistémologie Kelsénienne défendant la pureté de la science du droit, la portée de l'exigence de neutralité axiologique a parfois été exagérée, si bien qu'il convient également de préciser ce que celle-ci n'est pas. Il faut revenir à l'origine Weberienne de cette exigence⁶ et écarter un certain nombre de malentendus et de critiques.

De façon générale, *l'exigence de neutralité axiologique n'exclut pas la question des valeurs de l'activité des juristes*. Elle se limite à la canaliser, à imposer de traiter les valeurs d'une certaine façon. Elle ne les proscrit pas. Au delà du fait que le juriste universitaire peut toujours être, en sa qualité de citoyen, engagé en faveur de telle ou telle cause⁷, «la neutralité axiologique de l'activité scientifique n'est pas synonyme de neutralité "tout court" ou de neutralité absolue»⁸. Tout en respectant cette exigence, il y a deux façons possibles d'aborder la question des valeurs. D'une part, le juriste peut traiter de valeurs, mais il ne s'agit alors pas d'une activité "scientifique". Ainsi, «Weber ne dit pas que le savant doit "se garder de prendre position", il dit qu'en tant que savant, il ne doit pas confondre jugement de fait et jugement de valeur»⁹.

³ ID., *op. ult. cit.*, p. 111.

⁴ V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., 1960, réed. Bruylants-LGDJ, 1999, Préface de la première édition et n° 1, p. 3 et p. 9. V. également A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 172 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, pp. 36-37.

⁵ A. VIALA, *Philosophie du*, cit., p. 172.

⁶ M. WEBER, *Le savant et le politique*, regroupant les textes de deux conférences de 1917 et 1919 et intitulées respectivement *Le métier et la vocation du savant* et *Le métier et la vocation d'homme politique*, Union Générale d'Éditions, 1963.

⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., p. 25.

⁸ ID., *op. ult. cit. ibidem*.

⁹ A. BEITONE – A. MARTIN-BAILLON, « La neutralité axiologique dans les sciences sociales. Une exigence incontournable et incomprise », in *Revue du MAUSS permanente*, 18 décembre 2016.

Michel Troper explique quant à lui que le positivisme n'interdit pas «de porter des jugements moraux sur le droit positif. Il se borne à indiquer que de tels jugements ne peuvent être portés au nom de la science»¹⁰. Il y aurait ainsi, dans l'activité des juristes, une part "scientifique" se bornant à la stricte description de l'objet et une autre part qui, abordant la question des valeurs, peut avoir sa place mais ne peut pas être considérée comme "scientifique". Dans le même ordre d'idée, Xavier Magnon affirme qu'«en tout état de cause, la critique est toujours possible, à condition de la situer, d'expliciter son angle d'approche. Il appartient à la dogmatique de situer son discours critique, de préciser quel type de critique elle avance, technique, politique ou autre, et surtout de bien indiquer toute position subjective avancée, propre à son auteur»¹¹. D'autre part, certains semblent trouver un terrain de conciliation entre l'appréhension des valeurs et la scientificité du discours du juriste. Ainsi, pour Véronique Champeil-Desplats, le scientifique «peut décrire la présence de normes exprimant des valeurs dans les ordres juridiques (liberté, égalité, dignité...) (et) cela ne signifie ni qu'il y adhère, ni que ces valeurs soient vraies ou fausses. Ce qui est vrai ou faux est le fait qu'elles soient ou non énoncées dans des ordres juridiques observés»¹². En outre, Luc Heuschling remonte le chemin tracé par Max Weber et s'attache à montrer que ce dernier, en énonçant l'exigence de neutralité axiologique, n'a pas nécessairement entendu exclure tout discours savant sur la légitimité¹³: «selon la logique weberienne, il s'agit non seulement de décrire le droit (ce qui est la première étape de la connaissance de cet objet) mais encore d'expliquer pourquoi il est tel qu'il est»¹⁴, ce qui implique nécessairement d'envisager les valeurs. Luc Heuschling va même plus loin en montrant que, dans l'œuvre de

Les auteurs ajoutent également que «la préconisation de Weber n'exclut donc pas la prise en compte des valeurs (et de l'engagement du chercheur) en amont de la production de connaissance scientifique (choix de l'objet et de la méthode) et en aval du travail de recherche (utilisation des savoirs produits pour alimenter le débat public et influencer les politiques publiques). Weber insiste d'ailleurs sur l'importance de l'implication personnelle du chercheur dans le travail qu'il réalise: "car pour l'homme en tant qu'homme, rien ne vaut qui ne peut être fait avec passion" (Weber, 1917/2005, p. 20). Par contre, dans la production de connaissances, le savant doit s'imposer de distinguer rigoureusement les jugements de faits et les jugements de valeur».

¹⁰ M. TROPER, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAPP, PUF, 1989, p. 288.

¹¹ X. MAGNON, *Théorie(s) du*, cit., p. 42.

¹² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., p. 113.

¹³ L. HEUSCHLING, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », in *Jus Politicum*, n° 8, pp. 9 ss.

¹⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 24.

Weber, ce dernier avait mis sur pied, avant semble-t-il d'y renoncer, un modèle épistémologique dit de la «cohabitation transparente»¹⁵ qui permet de faire cohabiter la description scientifique avec des jugements de valeur, à la condition d'exposer, en toute transparence, les prises de position axiologiques. En somme, chez Weber, il ne s'agit pas d'interdire les jugements de valeur mais simplement de les distinguer des jugements de fait.

Voici finalement *le cœur* de l'exigence de neutralité axiologique, celui qui, selon nous, résiste à la critique. Il s'agit d'éviter à tout prix l'usurpation, éviter de faire passer des convictions personnelles pour une vérité scientifique.

Cela relèverait d'ailleurs presque de l'argument d'autorité, l'autorité convoquée en l'espèce étant la "science". En cela, l'exigence de neutralité axiologique ne relève pas d'un prétendu scientisme, mais bien plus probablement d'une démarche de probité intellectuelle.

Notre objet n'est cependant pas de passer en revue tous les éléments du débat sur l'exigence de neutralité axiologique¹⁶. En dépit des critiques qui lui ont été adressées – que celles ci portent sur l'exigence de neutralité axiologique elle-même¹⁷ ou sur ses prolongements épistémologiques¹⁸, elle demeure dans les

¹⁵ ID., *op. ult. cit.*, pp. 34 ss.

¹⁶ V. A. BEITONE – A. MARTIN-BAILLON, « La neutralité, cit.; M.-K. DAOUST, « Repenser la neutralité axiologique – Objectivité, autonomie et délibération publique », in *Revue européenne des sciences sociales*, 53-1, 2015, pp. 211 ss.

¹⁷ V. A. PAPAUX « De quelle scientificité parle-t-on en droit ? », in T. TANQUEREL – A. FLÜCKIGER (dir.), *L'évaluation de la recherche en droit – Enjeux et méthodes*, Brulyant, 2015, p. 65 ss,

¹⁸ De nombreuses critiques ne portent pas spécifiquement sur l'exigence de neutralité mais plus largement sur la fonction de description assignée par Kelsen à la science du droit. Premièrement, certaines critiques – très connues – ont attiré l'attention sur les dangers de l'absence de dimension critique. Cette absence conduit à contempler et contempler à légitimer, ce qui *in fine* n'est pas neutre. C'est le sens de la critique de Danièle Lochak (D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAPP, PUF, 1989, p. 252). En effet, l'équilibre est difficile: «la science du droit exige d'être impartial sans être pour autant contemplatif» (A. VIALA, *Philosophie du*, cit., p. 168). Néanmoins, l'exigence de neutralité axiologique n'exclut pas la critique fondée sur des valeurs, elle se contente de lui imposer la transparence et lui assigne un statut autre que scientifique. Deuxièmement, une autre critique consiste à mettre en avant, comme le rappelle Alexandre Viala, que la méthode purement descriptive prônée par Kelsen ne présente pas d'apport scientifique (A. VIALA, *Philosophie du*, cit., p. 183). Dès lors, la proposition de droit qui se limite à la description de son objet n'apporte aucune connaissance nouvelle. Troisièmement, à la suite de John Langshaw Austin, il a été possible d'affirmer que la description n'exclu pas nécessairement la prescription. Ainsi, l'activité scientifique des juristes, sous couvert de description, peut être amenée à prescrire, ce qui est contraire au programme épistémologique de Kelsen. John Langshaw Austin a en effet mis en évidence l'illusion descriptive (*descriptive fallacy*). En réalité, le constatif et le performatif ne s'opposent pas mais s'entremêlent (J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est*

faits une exigence de base de tout discours à prétention scientifique. En effet, personne ne revendique pour autant un défaut de neutralité, personne ne revendique le fait d'émettre volontairement des jugements de valeur. C'est donc bien que la prohibition des jugements de valeur est une règle implicitement acceptée et partagée par la communauté des juristes universitaires¹⁹. Dès lors, la «lutte» décrite par Kelsen reste de mise. Elle consiste en «la renonciation à l'habitude profondément enracinée de défendre au nom de la science du droit, c'est-à-dire en invoquant une autorité objective, des postulats politiques, qui n'ont qu'un caractère subjectif»²⁰. Surtout, ne nous y trompons pas. Cette lutte va bien au delà de Kelsen. Elle n'est propre ni au droit, ni au normativisme. Par exemple, pour Henri Lévy-Bruhl, «on fausse irrémédiablement la recherche scientifique dès qu'on l'entreprend avec une arrière-pensée, si généreuse soit-elle. Le savant doit se vouer au service exclusif de la vérité»²¹. Ainsi l'exigence de neutralité axiologique ne milite pas en faveur d'une école ou d'un courant de pensée particulier. Au bout du compte, «mêmes relativisées et nuancées, (les exigences de neutralité et d'objectivité) restent dans nombre de travaux épistémologiques des critères distinctifs du discours scientifique à l'égard d'autres types de discours prétendant à la vérité sur le monde social en général et sur le monde juridique en particulier»²².

Notre objet consiste en revanche, après avoir cerné les contours de cette exigence de neutralité axiologique, à y confronter le travail mené par la doctrine environnementaliste – envisagée comme la pensée des auteurs²³ universitaires prenant pour objet d'étude le droit de l'environnement –, cela en comparaison de celui d'autres catégories de doctrine. L'exigence de neutralité axiologique est

faire (How to do things with words), 1962, trad., Seuil, 1970). Autrement dit, le descriptif peut également comporter une part de prescriptif. Il y a là de quoi ébranler l'épistémologie kelsénienne (v. O. CAYLA, entrée « Austin », *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 19-20).

¹⁹ Kelsen avait d'ailleurs, à sa manière, exprimé cette idée dès la préface de la première édition de sa *Théorie pure du droit*. Il affirmait la chose suivante: «assez nombreux sont les juristes qui, tout en n'adhérant pas à la théorie pure du droit, parfois sans la citer, ou même en déclarant catégoriquement et de façon hostile la rejeter, lui empruntent cependant des thèses importantes» (H. KELSEN, *Théorie pure*, cit, Préface de la première édition, p. 3). L'exigence de neutralité axiologique en tant que condition de scientificité du discours sur le droit en fait nous semble-t-il partie.

²⁰ H. KELSEN, *Théorie pure*, cit., p. 4.

²¹ H. LEVY-BRUHL, « La Science, cit., p. 124.

²² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., p. 292.

²³ Pour des tentatives de définition de la doctrine, v. P. JESTAZ – C. JAMIN, *La doctrine*, cit.

en effet devenue, pour la doctrine environnementaliste comme pour toute autre doctrine universitaire, une question à laquelle on ne peut échapper. En effet, le discours universitaire a nécessairement une prétention scientifique, sans quoi il ne pourrait pas se distinguer des autres types de discours ayant pour objet le droit de l'environnement, par exemple celui des praticiens du droit – tels que les juges, les avocats, les juristes associatifs ou d'entreprise – ou encore des journalistes.

C'est bien le fait de s'imposer à soi-même des exigences de scientificité – parmi lesquelles celle de neutralité axiologique – qui confère au discours universitaire sa valeur et sa spécificité par rapport aux autres types de discours sur le droit.

Confronter la doctrine environnementaliste à l'exigence de neutralité axiologique ne nous conduit pas pour autant à envisager directement le point de savoir si cette doctrine parvient à atteindre ou non l'idéal de neutralité axiologique. Il s'agit d'envisager la question sous un autre angle, celui de la *comparaison entre la doctrine environnementaliste et les autres catégories de doctrine*. Cela semble pertinent dans la mesure où la neutralité axiologique de la doctrine environnementaliste est parfois, ici et là, mise en cause. Il semble que «longtemps, les civilistes ou les administrativistes n'ont daigné jeter qu'un regard dédaigneux sur ces matières jugées trop politiques, et donc peu juridiques [...].

Ainsi le droit de l'environnement est-il encore parfois considéré comme non scientifique, au motif que la doctrine se permettrait ici plus qu'ailleurs, d'avoir l'esprit critique et d'évaluer la pertinence des normes»²⁴. Il s'agit donc ici d'interroger l'existence ou l'inexistence d'une spécificité dans la façon dont le problème de la neutralité axiologique se pose à la doctrine environnementaliste comparativement à d'autres catégories de doctrine. Autrement dit, la doctrine environnementaliste est-elle axiologiquement plus ou moins neutre que les autres catégories de doctrine? Surtout, la question de la scientificité de son discours est-elle une préoccupation de la doctrine environnementaliste? Comment y fait-elle face? En réponse à ces questions, la *thèse* que nous défendons est celle de *l'absence de spécificité de la relation qu'entretient la doctrine environnementaliste avec la neutralité et la*

²⁴ M.-A. COHENDET, « Science et conscience, de la neutralité à l'objectivité », *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 76.

scientificité, par rapport à celle entretenue par les autres catégories de doctrine.

Aborder un tel sujet est difficile car sur le terrain de l'exigence de neutralité axiologique, chacun peut être pris en défaut. D'une certaine manière, la controverse portant sur l'engagement politique des juristes universitaires à propos du «mariage pour tous» en témoigne²⁵. Bien prétentieux serait celui qui affirmerait être axiologiquement neutre. La prudence est donc de rigueur.

Peut-être, justement, qu'un bon moyen d'ouvrir le débat est de *commencer par une auto-critique* afin de souligner d'emblée les limites de notre propos. D'une part, notre objet d'étude – la doctrine environnementaliste – n'a pas pu être appréhendé de façon exhaustive tant il est pléthorique. Il s'agit là d'un problème épistémologique classique qui ne doit pas pour autant paralyser. Là encore, la controverse comblera les lacunes et/ou falsifiera nos propositions.

D'autre part, et c'est ce qui est le plus délicat, pour étudier correctement un objet, encore faut-il lui être extérieur, ne pas se confondre, ne serait-ce que partiellement, avec lui²⁶. Le défi consiste ainsi à adopter un point de vue suffisamment distant pour autoriser l'observation de l'objet²⁷.

Fort de ces précautions, il convient de revenir à l'élément central de notre propos: la position de la doctrine environnementaliste face à l'exigence de neutralité axiologique comparativement aux autres catégories de doctrine.

L'exigence de neutralité axiologique pose le même type de problèmes à la doctrine environnementaliste qu'aux autres catégories de doctrine. Pour Michel Villey «c'est illusion d'espérer que la science du droit soit jamais neutre [...]. Et qu'il en ait ou non conscience, le juriste défend une cause»²⁸. Il ne s'agit pas pour autant de renoncer à cette exigence, mais simplement de prendre conscience que «tout discours, y compris celui qui se veut axiologiquement

²⁵ V. P. BRUNET – V. CHAMPEIL-DESPLATS – S. HENNETTE-VAUCHEZ – E. MILLARD, « Mariage pour tous les juristes peuvent-ils parler "au nom du Droit"? », in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 784; B. DAUGERON – A.-M. LE POURHIET – J. ROUX – P. STOFFEL-MUNCK, « Mariage pour tous, silence pour quelques-uns...: Tu patere legem quam ipse fecisti », in *Recueil Dalloz*, 2013, p. 933.

²⁶ Plus largement, il apparaît difficile à la doctrine environnementaliste de s'étudier elle-même. Une véritable étude de cette doctrine, ou de la doctrine en général, ne pourrait être effectuée qu'à partir de l'extérieur.

²⁷ Sur ces questions, v. notamment F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit », in F. CHAZEL – J. COMMAILLE (dir.) *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, pp. 67-80.

²⁸ M. VILLE, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, p. 292.

neutre, est socio-historiquement situé et déterminé par un ensemble complexe d'éléments»²⁹. C'est de cette prise de conscience dont il est ici question.

Que l'on renonce ou non à l'exigence de neutralité axiologique, qu'on la voit comme une illusion ou comme un idéal, il reste possible de dresser les mêmes constats, guidés par l'idée que *le positionnement de la doctrine environnementaliste française vis-à-vis de l'exigence de neutralité axiologique est banal: elle rencontre les mêmes difficultés et y apporte des réponses comparables, pour le meilleur comme pour le pire*. Ainsi, elle est peu soucieuse de neutralité (1) et reste en proie avec les mêmes biais méthodologiques que les autres catégories de doctrine (2). Sa réaction est également comparable à celle des autres. En effet, la doctrine environnementaliste a recours au même type de démarches réflexives, notamment par la mise en place de processus d'objectivation (3) et l'exposé qu'elle fait de ses méthodes est, comme pour d'autres catégories de doctrines, relativement limité (4).

1. Des doctrines peu soucieuses de neutralité axiologique

Le thème de la neutralité axiologique demeure l'apanage des théoriciens du droit et des spécialistes d'épistémologie juridique. En dehors d'eux, les juristes universitaires se soucient peu de neutralité axiologique. Les travaux consacrés spécifiquement à cette question sont quantitativement très faibles et ce thème est très peu présent dans les autres travaux universitaires. Ce constat n'implique pas pour autant que la doctrine – environnementaliste ou non – ne respecte pas l'exigence de neutralité, mais seulement qu'elle n'y accorde pas un intérêt important. Certes, il est sûrement logique que les travaux dédiés intégralement à ce sujet soient principalement l'œuvre de théoriciens et d'épistémologues.

Néanmoins, il est surprenant que la neutralité axiologique, et plus largement le sujet de la scientificité du discours, ne soient quasiment jamais abordés par les juristes universitaires, comme si cela était soit hors de propos, soit trop évident. Il est vrai que l'on pourrait considérer, à la suite de Jacques Chevallier, que doctrine juridique et science juridique relèvent de perspectives très différentes, seule la seconde s'astreignant au respect d'exigences de

²⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., p. 25.

scientificité³⁰. Pour autant, au delà de la scientificité, sur laquelle les approches peuvent diverger, l'exigence de neutralité axiologique relève plus largement de la probité intellectuelle.

1.1. Le faible souci de neutralité de la doctrine environnementaliste

La doctrine environnementaliste se préoccupe peu de neutralité axiologique, du moins pas davantage que les autres catégories de doctrine. Sous réserve d'inventaire exhaustif, ce thème est extrêmement peu présent dans ses travaux. Certes, le rapport entre droit de l'environnement et science a été largement exploré, notamment et principalement par la thèse d'Eric Naim-Gesbert³¹, mais il est semble-t-il toujours envisagé dans le même sens, c'est-à-dire l'apport de la science au contenu du droit de l'environnement³². Il ne s'agit pas de la question de la scientificité du discours de la doctrine sur le droit de l'environnement. Ainsi, si la doctrine s'intéresse à la science, elle semble la regarder comme extérieure à elle.

Manque d'intérêt

Si l'on revient à la question plus spécifique de la neutralité axiologique, force est de constater qu'elle n'intéresse que très peu la doctrine environnementaliste. On trouve ainsi très peu d'éléments dans les principaux manuels consacrés au droit de l'environnement³³. Pour le reste, les

³⁰ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », in *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 103.

³¹ Eric Naim-Gesbert montre la «consubstantialité scientifique en droit de l'environnement» (E. NAIM-GESBERT, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylants, 1999, p. 59).

³² Jean Untermaier, dans la Préface de la thèse d'Eric Naim-Gesbert pose la question de la valeur scientifique du droit de l'environnement: «fait-il un bon usage de la science? [...] La pertinence scientifique de la loi va-t-elle de pair avec son efficacité?» s'interroge-t-il (J. UNTERMAIER, Préface à la thèse d'Eric Naim-gesbert, *Les dimensions*, cit., p. 9).

³³ Eric Naim-Gesbert ambitionne de «comprendre» et de «penser» le droit de l'environnement mais n'aborde pas spécifiquement la question de la neutralité axiologique (E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 2^e éd., LexisNexis, 2016, pp. 3 et 21). Raphaël Romi consacre quelques développements de l'introduction de son manuel à la question de l'objectivité, sans que l'on puisse vraiment distinguer s'ils s'appliquent à la "doctrine" (R. ROMI, *Droit de l'environnement*, 9^e éd., Précis Domat, LGDJ, 2016, n° 31). Les autres manuels n'y consacrent aucun développement: v. M. PRIEUR ET AL., *Droit de l'environnement*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2016; A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 4^{ème} éd., Thémis, PUF, 2016; M. MOLINER-DUBOST, *Droit de l'environnement*, Cours, Dalloz, 2015; P. PLANCHET, *Droit de l'environnement*, Mémentos, Dalloz, 2015; J. MORAND-DEVILLER, *Droit de l'environnement*, 11^e éd., Que sais-je ?,

bibliographies des auteurs ayant reçus des mélanges ne mentionnent pas de travaux sur cette question³⁴, pas plus que le recueil d'articles publié par Michel Prieur³⁵. François Ost, qui est pourtant par ailleurs très familier des questions épistémologiques, n'aborde pas la neutralité axiologique dans l'ouvrage principal qu'il a consacré au droit de l'environnement³⁶. Ces sujets n'ont pas non plus fait l'objet d'une contribution au sein du numéro de la revue *Pouvoirs* consacré au thème «Droit et environnement»³⁷. Ce n'est pas non plus le cas dans l'ensemble des numéros de la *Revue juridique de l'environnement* depuis sa création en 1976³⁸. Il n'existe également aucune thèse consacrée à la doctrine environnementaliste³⁹. Pour finir, les tables des matières des mélanges qui ont honorés certains membres de la doctrine ne mentionnent aucune contribution sur ces sujets, à une exception près: la contribution de Marie-Anne Cohendet publiée dans les *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur* et intitulée *Science et conscience, de la neutralité à l'objectivité*⁴⁰.

Il nous semble que c'est à cette contribution – véritablement fondatrice sur ce sujet – que se limite la réflexion de la doctrine environnementaliste sur sa propre neutralité ou, plus largement, sur la scientificité de son discours⁴¹.

PUF, 2015; C. ROCHE, *L'essentiel du droit de l'environnement*, 8^e éd., Gualino, 2015.

³⁴ V. les bibliographies publiées en introduction des mélanges: *20 ans de protection de la nature: hommage en l'honneur du professeur Michel Despax*, SFDE, PULIM, 1998; *Les hommes et l'environnement, Études en hommage à Alexandre Kiss*, Editions Frison Roche, 1998; *Pour un droit commun de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007; *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deviller*, Montchrestien, 2008; *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009; *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Frison Roche, 2013; *Entre nature et humanité, Mélanges en l'honneur du Professeur Jehan de Malafosse*, LexisNexis, 2016.

³⁵ M. PRIEUR, *Droit de l'Environnement, Droit Durable*, Bruylant, 2014. Michel Prieur n'aborde pas non plus la question à l'occasion d'un bilan du droit français de l'environnement (v. M. PRIEUR, *Le droit français de l'environnement au XX^e siècle*, in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne: Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 384).

³⁶ F. OST, *La nature hors la loi – L'écologie à l'épreuve du droit*, 1995, réed., La découverte, 2003. Il n'aborde pas non plus ces questions dans l'ouvrage *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* (dir. François Ost et Serge Gutwirth, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996).

³⁷ *Droit et environnement*, Pouvoirs, n° 127, 2008.

³⁸ Exception faite de la version longue du présent article: v. J. BETAILLE, « La doctrine environnementaliste face à l'exigence de neutralité axiologique: de l'illusion à la réflexivité », in *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2016, pp. 29-59.

³⁹ V. notamment la liste des thèses dressée par Michel Prieur (M. PRIEUR ET AL., *Droit de*, cit., p. XXI s.).

⁴⁰ M.-A. COHENDET, « Science et conscience, cit., pp. 75-89.

⁴¹ Il est intéressant de noter qu'il s'agit là d'une réflexion à la fois interne et externe, Marie-Anne

1.2. *Une faiblesse due à sa jeunesse et à sa recherche de légitimité*

Jean Untermaier explique de façon convaincante le faible intérêt de la doctrine environnementaliste pour les considérations théoriques, *a fortiori* pour les questions épistémologiques. Il écrit que la doctrine «n'a manifesté jusqu'à présent qu'un intérêt modéré pour les considérations théoriques. Accaparés par les tâches assurément nécessaires de commentaire d'une production de textes parfois impressionnante, les juristes de l'environnement [...] ne pouvaient guère s'abandonner à des réflexions fondamentales en une matière à peine parvenue aujourd'hui à la maturité»⁴².

Une doctrine déjà trop accaparée

Il est donc possible de faire l'hypothèse que ce n'est pas nécessairement par manque d'intérêt mais par manque de temps que la doctrine ne s'est pas attaquée à la question de la neutralité ou de la scientificité de son discours. En effet, on ne saurait faire le reproche à cette doctrine de ne pas avoir commencé par s'intéresser à elle-même. Au confins des années soixante-dix, l'étude du droit de l'environnement était entièrement à construire. On ne parlait d'ailleurs même pas encore de droit de l'environnement. *A fortiori*, on ne pouvait envisager de «doctrine environnementaliste». Les premiers auteurs à s'être intéressés à ce droit naissant ont d'abord été des bâtisseurs: il y avait tout à étudier. Les lacunes dans l'étude du droit de l'environnement étaient nombreuses. Il a fallu par la suite systématiser la matière, en montrer la cohérence d'ensemble: cela a été chose faite par l'accompagnement des grandes réformes qui ont contribué à structurer le droit de l'environnement⁴³. Enfin, il s'est agi de verrouiller l'édifice pour empêcher sa dégradation. C'est ici qu'intervient le principe – défensif s'il en est – de non régression⁴⁴.

Cohendet étant à la fois membre de la doctrine environnementaliste et membre de la doctrine constitutionnaliste.

⁴² J. UNTERMAIER, Préface à la thèse d'Eric Naim-Gesbert, *Les dimensions*, cit., p. 11.

⁴³ V. notamment M. PRIEUR, « Commentaire de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de l'environnement », in *AJDA*, 2000, p. 1030; «Pourquoi une codification?», in *RJE*, n° spécial, 2002, p. 9; « L'environnement est entré dans la Constitution », in *RJE*, n° spécial, 2005, p. 25.

⁴⁴ Michel Prieur a présenté pour la première fois sa thèse sur la non régression lors du congrès de la fondation ICEF (International Court for the Environment Foundation) organisé à Rome le 20 mai 2010 (communication intitulée « Le nouveau principe de "non régression" en droit de l'environnement »). Ce travail a été publié pour la première fois en 2010: « De l'urgente nécessité

Ne pas ébranler sa légitimité naissante

Néanmoins, par dessus tout, il était impérieux pour la doctrine environnementaliste de commencer par légitimer cette discipline naissante et de l'affirmer sans cesse: le droit de l'environnement a reçu une définition autour de son caractère finaliste⁴⁵ et son autonomie a été défendue. C'est à ce stade qu'une autre explication peut être avancée. En effet, questionner la scientificité de la doctrine environnementaliste, cela aurait peut-être aussi été prendre le risque d'affaiblir l'étude du droit de l'environnement et, par ricochet, le droit de l'environnement lui-même.

Il semble désormais que le temps où l'on pouvait contester l'existence et la légitimité du droit de l'environnement est en passe d'être révolu. Sa place est sûrement suffisamment reconnue⁴⁶ pour que la doctrine spécialisée puisse envisager de se soucier davantage de la neutralité et de la scientificité de son discours. Cette entreprise nous semble d'autant plus utile que, comme les autres catégories de doctrine, la doctrine environnementaliste est confrontée à des biais importants.

2. Des doctrines en proie avec des biais identiques

Plusieurs éléments limitent la neutralité axiologique de la doctrine. De ce point de vue, il s'agit de montrer l'absence de spécificité environnementale. La doctrine environnementaliste fait face aux même difficultés que les autres catégories de doctrine.

2.1. Les biais méthodologiques

Véronique Champeil-Desplats a mis en avant les différents biais qui tendent à limiter – presque inéluctablement – la neutralité axiologique de la

de reconnaître le principe de "non-régression" en droit de l'environnement », in *Romanian Journal of Environmental Law*, 2010, n° 2, pp. 9-30. Cette thèse était déjà en germe dès la première édition du Précis Dalloz de *Droit de l'environnement*, lequel comporte un paragraphe intitulé « Régression ou progression du droit de l'environnement? » (M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 1^{ère} éd., Précis, Dalloz, 1984, n° 938, p. 1091).

⁴⁵ M. PRIEUR ET AL., *Droit de l'environnement*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2016, n° 9.

⁴⁶ Ce n'était par exemple pas encore le cas en 1985 quand Michel Prieur expliquait que le droit de l'environnement «tend à être reconnu par une partie de la communauté scientifique comme une nouvelle branche du droit» (M. PRIEUR, « Un nouveau départ », in *RJE*, 1985, p. 5).

doctrine⁴⁷. Ces trois biais pèsent nécessairement sur la doctrine environnementaliste.

Précompréhension

Tout d'abord, le chercheur est confronté au problème de la "précompréhension". Il est nécessairement rattrapé en amont par ses bagages pré-conceptuels⁴⁸. Son expérience et surtout sa formation influencent inéluctablement la façon dont il observe et décrit un objet. Autrement dit, le juriste se glisse naturellement «dans un entendement juridique qui, au moins dans ses grandes structurations, peut progressivement sembler fixé une fois pour toutes au point qu'il devienne pour chacun une forme de seconde nature»⁴⁹. La connaissance produite par la doctrine se fonde nécessairement sur des connaissances qui ne sont pas remises en cause. C'est ce mécanisme qui lui permet d'avancer. Elle construit surtout à la suite et non pas essentiellement contre. Par exemple, en droit de l'environnement, à la suite de Michel Prieur, les divers manuels juridiques ont repris l'idée selon laquelle le droit de l'environnement est un droit finaliste⁵⁰, un droit «pour» l'environnement, sans véritablement tenter de remettre en question cette idée⁵¹. Chacun est influencé par ses maîtres et nous n'avons pas nécessairement le réflexe de déconstruire ce qui nous apparaît comme relevant de l'évidence. Or, il ne peut y avoir, dans la science du droit comme dans toute science, aucune évidence. C'est une tâche

⁴⁷ V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., pp. 285 ss.

⁴⁸ Id., *op. ult. cit.*, p. 286.

⁴⁹ R. PONSARD, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXXI, 2015, p. 39.

⁵⁰ M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 1^e éd., Précis, Dalloz, 1984, n° 10: «le droit de l'environnement est conçu ici non de façon neutre mais comme comportant une obligation de résultat. Que serait un droit pénal qui autoriserait le meurtre et le vol? [...] l'affirmation de cette finalité conduit immédiatement à dire que l'examen du droit de l'environnement n'aboutira pas toujours à constater qu'il est conforme au but qu'on veut lui assigner. Il y aura des déviations, des détournements, des régressions, car ce droit ainsi finalisé va se heurter à des intérêts économiques qui s'abriteront derrière des règles concurrentes (droit de propriété, liberté du commerce et de l'industrie)».

⁵¹ Martine Rémond-Gouilloud, dans son essai sur *Le droit de détruire*, ne s'y oppose pas. Elle constate que l'homme s'est arrogé un droit de détruire et que le droit de l'environnement naissant initie une limitation de ce droit de détruire, même s'il comporte des faiblesses (M. REMOND-GOUILLOUD, *Le droit de détruire*, Les voies du droit, PUF, 1989). Elle conclut même en expliquant que le «sens du droit de l'environnement» est d'«assurer la pérennité de la vie» (p. 301).

difficile et fastidieuse mais il faudrait, parfois, examiner les questions avec un regard neuf, repartir en quelque sorte d'une page totalement blanche.

Contexte sociopolitique

Ensuite, le chercheur ne peut jamais faire totalement abstraction du contexte sociopolitique et ce contexte n'est jamais neutre. Véronique Champeil-Desplats rappelle les mots de Kelsen dans la préface de la première édition de sa *Théorie pure du droit* de 1934⁵². Ce dernier avait parfaitement identifié le poids du contexte lorsqu'il écrivait que «l'idéal d'une science objective du droit et de l'État n'aurait des chances de se voir généralement accepté que dans une période d'équilibre social. Aussi, rien ne paraît-il aujourd'hui plus inactuel qu'une théorie du droit désireuse de sauvegarder sa "pureté"»⁵³. Dans le domaine de l'environnement, l'ampleur de la crise écologique fait nécessairement peser un poids sur le travail des auteurs de la doctrine environnementaliste. Nombreux sont d'ailleurs ceux qui rappellent les éléments clés de cette crise dans leurs travaux.

Proximité vis-à-vis de l'objet

Enfin, le biais qui nous semble le plus intéressant est celui de la proximité du chercheur avec son objet de recherche. Le chercheur a parfois des difficultés à prendre une saine distance vis-à-vis de son objet⁵⁴. Le droit véhicule des valeurs⁵⁵ et, presque mécaniquement, la description de l'objet conduit à véhiculer ces valeurs. Le mouvement inverse peut aussi être observé. Le chercheur ne choisit souvent pas son objet par hasard : il le choisit parce qu'il porte un intérêt aux valeurs véhiculées par cet objet. Ainsi, si d'un côté le chercheur en droit de l'environnement véhicule la valeur de protection de l'environnement en décrivant le droit de l'environnement, il est aussi probable qu'il ait choisi cet objet de recherche car il est intéressé par lui, parce qu'il est sensible à la valeur de protection de l'environnement⁵⁶. Néanmoins, ce second aspect n'est pas nécessairement problématique au regard de l'exigence de neutralité axiologique.

⁵² V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., p. 289.

⁵³ H. KELSEN, *Théorie pure*, cit., Préface de la première édition, pp. 5-6.

⁵⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., p. 287.

⁵⁵ ID., *op. ult. cit.*, p. 288.

⁵⁶ Ainsi l'engagement associatif en faveur de la protection de l'environnement de certains membres de la doctrine environnementaliste est connu (v. J. UNTERMAIER, « Le "pour" de la SFDE », *infra*).

En effet «il n'est pas contraire à la neutralité axiologique que le chercheur choisisse son objet de recherche, sa méthodologie, sa problématique en fonction de son rapport aux valeurs qui trouve notamment sa source dans sa biographie, dans ses engagements, de sa "vision du monde". [...] L'existence de ce rapport aux valeurs n'implique pas la formulation de jugements de valeur»⁵⁷ dans la cadre de la description que le chercheur fait de son objet. En revanche, c'est la trop grande proximité avec l'objet qui peut être de nature à induire en erreur dans la description de l'objet. La proximité entre l'observateur et l'objet observé conduit ces deux entités à se confondre parfois partiellement.

2.2. Des biais répandus dans l'ensemble de la doctrine

De manière plus générale, le chercheur a nécessairement du mal à se détacher des valeurs. Et, si cela est vrai pour la doctrine environnementaliste, cela ne lui est pas propre. Les autres catégories de doctrine ne se détachent pas non plus des valeurs. Le chercheur, en décrivant son objet, les véhicule nécessairement. Les exemples sont légion. Celui qui étudie les droits fondamentaux ne court-il pas le risque d'être taxé de droit de l'hommisme? Le spécialiste de droit de l'Union européenne n'est-il pas naturellement conduit à défendre l'idéal politique de la construction européenne? L'histoire de la doctrine française est également riche en exemples.

Au sein de la dogmatique

En premier lieu, la doctrine constitutionnaliste de la fin du 19^e siècle s'est développée avec – voire pour – la promotion de la République. La thèse de Guillaume Sacriste a montré combien les constitutionnalistes de cette époque ont légitimé les institutions républicaines mises en place par les lois de 1875, cela contre les monarchistes⁵⁸. Selon cet auteur, «à l'état naissant, le droit constitutionnel et la politique sont indistinctement liés. Il se pourrait même qu'ils soient au moins dans une certaine mesure tout simplement confondus»⁵⁹. Les légistes de la fin du 19^e siècle n'étaient «pas seulement des techniciens du

⁵⁷ A. BEITONE – A. MARTIN-BAILLON, « La neutralité, cit.

⁵⁸ Les premiers titulaires des chaires de droit constitutionnel étaient en général des républicains (v. G. SACRISTE, *La République des constitutionnalistes, Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Presses de Sciences-Po, 2011, p. 94).

⁵⁹ G. SACRISTE, « Adhémar Esmein en son époque – Un légiste au service de la République », in S. PINON – P.-H. PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien-Lextenso, 2009, p. 10.

droit: ils justifiaient aussi le pouvoir des fractions républicaines arrivées au pouvoir»⁶⁰.

Par exemple, les théories constitutionnelles d'Adhémar Esmein «participaient pratiquement à la légitimation du régime républicain»⁶¹.

En deuxième lieu, il a été montré combien le droit administratif était empreint d'idéologie. Il véhicule la mythologie étatique, il diffuse son idéologie.

Pour Jacques Chevallier, «le droit administratif doit être considéré comme un dispositif stratégique du système de légitimation du pouvoir étatique»⁶².

En troisième lieu, de leur côté, les civilistes ont probablement eu pendant longtemps une tendance au conservatisme⁶³.

En quatrième lieu, la doctrine européeniste a longtemps été très – peut être trop – proche de son objet principal: la jurisprudence de la Cour de justice.

En effet, Jean-Claude Gautron et Sébastien Platon montrent que «la première singularité qui s'attache aux doctrines des européenistes est le rapport génétique qu'elles entretiennent avec la jurisprudence originelle de la Cour de justice des Communautés européennes»⁶⁴.

Auprès des théoriciens

En dernier lieu, les théoriciens du droit, s'ils mettent en avant l'exigence de neutralité axiologique, n'échappent pas non plus aux valeurs. C'est ainsi qu'Hans Kelsen peut défendre d'une part la neutralité axiologique dans sa *Théorie pure du droit* et, par ailleurs, promouvoir la démocratie⁶⁵. Son article sur «La garantie juridictionnelle de la Constitution» pourrait aussi être

⁶⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 11.

⁶¹ ID., *op. ult. cit. ibidem*.

⁶² J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, PUF, 1979, p. 4.

⁶³ Ainsi les civilistes du début du 20^e siècle «demeurent majoritairement des conservateurs satisfait de l'ordre social instauré par le Code» (N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, thèse, droit privé, t. 381, LGDJ, 2002, p. 58).

⁶⁴ J.-C. GAUTRON – S. PLATON, « La naissance d'une singularité doctrinale: les européenistes », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 63. Les deux auteurs ajoutent néanmoins que «dans certaines hypothèses la doctrine s'est emancipée plus ou moins largement au regard de la jurisprudence. Et surtout la doctrine a construit la théorie – et même des théories – autour de la constitutionnalisation du droit communautaire, aujourd'hui droit de l'Union».

⁶⁵ V. H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, 1931, rééd., Dalloz, 2004.

regardé comme «impur» au plan axiologique⁶⁶. En ce qui concerne la théorie du «droit objectif» de Duguit, Alexandre Viala en rappelle la critique: «son droit objectif n'est rien d'autre qu'un idéal normatif à l'aune duquel il s'octroie la possibilité de juger le droit positif en méconnaissant, ce faisant, les critères assignés à la science juridique»⁶⁷.

En définitive, il est possible d'identifier, chez les autres catégories de doctrine, les mêmes difficultés que celles qui sont rencontrées par la doctrine environnementaliste. Il ne s'agit pas pour autant d'abandonner l'exigence de neutralité axiologique sous prétexte qu'elle ferait figure d'illusion. Il faut au contraire se réjouir du fait qu'un problème identique puisse recevoir une réponse comparable. La doctrine environnementaliste peut donc s'inspirer des procédés mis en place par d'autres. Dès son origine, elle ne s'en est d'ailleurs pas privée.

En effet, si les précurseurs de la doctrine environnementaliste ne se sont pas particulièrement souciés de l'exigence de neutralité axiologique, ils ont néanmoins bâti l'essentiel en mettant en place les infrastructures nécessaires à l'organisation d'une communauté scientifique et ainsi à l'objectivation du discours sur le droit de l'environnement. Cela a ainsi ouvert la voie à la mise en place de démarches réflexives.

3. La réflexivité par la mise en place de processus d'objectivation

Prendre au sérieux l'exigence de neutralité axiologique passe essentiellement – pour la doctrine environnementaliste comme pour les autres catégories de doctrine – par le recours à des démarches relevant de la réflexivité.

Il s'agit pour le chercheur de pratiquer une «réflexion se prenant elle-même pour objet»⁶⁸. Une démarche réflexive est ainsi celle qui est «propre au retour de la conscience sur elle-même»⁶⁹. Adopter une telle démarche nécessite de subir et d'examiner les critiques, ce qui vient alimenter de façon plus générale l'auto-critique du chercheur et sa réflexion sur lui-même. Ce type de

⁶⁶ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice constitutionnelle) », in *Revue de droit public*, 1928, p. 197.

⁶⁷ A. VIALA, *Philosophie du*, cit., p. 167.

⁶⁸ Entrée « Réflexivité » in CNRTL – CNRS-ATILF, www.cnrtl.fr.

⁶⁹ Entrée « Réflexif » in *Dictionnaire historique de la langue française*, dir. Alain Rey, Le Robert, 2006.

démarche contribue classiquement à l'objectivation du discours. Ainsi «depuis Bachelard, l'objectivité n'est plus considérée comme une donnée brute, mais comme un processus, à savoir un processus d'objectivation. Ce processus est soumis à un contrôle collectif qui exige du scientifique de procéder à un travail critique, autoréflexif sur les conditions mêmes de production de son discours et sur les résultats auxquels il parvient»⁷⁰. On peut retenir que «la connaissance objective est finalement celle qui résiste et survit aux objections des autres scientifiques concurrents dans le champ» ou encore que l'objectivité est «un produit collectif – le produit d'une résistance aux objections»⁷¹.

Là encore, la doctrine environnementaliste ne se distingue pas particulièrement des autres. Elle a mis en place les mêmes processus d'objectivation. Néanmoins, l'étroitesse de la communauté scientifique du droit de l'environnement pose des difficultés singulières, limitant ainsi leur capacité d'objectiver les discours. On constate également que les débats de la doctrine environnementaliste présentent un certain nombre de caractéristiques qui, sans être spécifiques à cette catégorie de doctrine, sont parfois regrettables au regard de l'intérêt que représente le débat.

3.1. *Le recours aux processus classiques d'objectivation*

La difficulté de répondre à l'exigence de neutralité axiologique a classiquement été contournée par la mise en place de processus d'objectivation⁷².

Ici encore, la doctrine environnementaliste ne fait pas figure d'exception, d'autant plus que cette mise en place a contribué du même coup à renforcer sa légitimité universitaire. Qu'il s'agisse de la création de revues scientifiques, de sociétés savantes ou encore de l'insertion de la doctrine spécialisée au sein d'une communauté scientifique plus large, l'ensemble de ces processus sont des moyens classiques pour favoriser l'objectivation du discours, notamment en créant un cadre d'expression de la critique.

Un lieu d'expression

Tout d'abord, la création en 1976 de la *Revue juridique de l'environnement* – première revue française consacrée au droit de

⁷⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., p. 289.

⁷¹ ID., *op. ult. cit.*, p. 291.

⁷² ID., *op. ult. cit.*, p. 292.

l'environnement – a permis de donner au débat scientifique un lieu d'expression, un peu à l'image de ce qui a été fait avec la *Revue du droit public et de la science politique* en 1894⁷³. En effet, il s'est agi de mettre en œuvre un support destiné à recevoir les publications scientifiques, ce qui était de nature à diffuser les recherches menées et à en rendre possible l'évaluation et la critique par les autres membres de la communauté. Alors certes, on pourrait *a posteriori* montrer que la *Revue juridique de l'environnement* avait un parfum axiologique⁷⁴. Néanmoins, son histoire a montré qu'elle avait avant tout été depuis une quarantaine d'années un outil décisif au service de la connaissance. La promesse de Michel Prieur de «sortir le droit de l'environnement de la clandestinité» et d'aider «à une meilleure connaissance de ce droit nouveau» a été largement tenue⁷⁵.

Un outil collectif

Ensuite, la doctrine environnementaliste s'est dotée d'une organisation – «association scientifique sans but lucratif»⁷⁶ – lui permettant de rassembler sa communauté et d'en organiser les activités collectives. Ainsi, la *Société française pour le droit de l'environnement*, créée en 1974, a pour objet premier de contribuer à «une meilleure connaissance du droit de l'environnement»⁷⁷. A cette fin, elle peut mener «tous travaux scientifiques et notamment participer à des enseignements et des recherches, susciter ou organiser la formation de groupes d'études, la constitution de documentation, la réunion de colloques». Il s'agit donc d'un outil au service de l'étude du droit de l'environnement, comme il en existe pour les autres catégories de doctrine. Il faut en particulier noter qu'outre l'organisation de colloques et de séminaires, cette association attribue

⁷³ F. LARNAUDE, « Notre programme », in *RDP*, 1894, p. 3.

⁷⁴ Michel Prieur, en ouverture du premier numéro de la revue, explique que «la création de la première revue juridique en langue française, spécialisée dans les problèmes d'environnement, était attendue par tous ceux qui pensent que la protection de la nature et la lutte contre les pollutions et nuisances sont devenues une ardente obligation» (M. PRIEUR, « Pourquoi une revue juridique de l'environnement? », in *Revue juridique de l'environnement*, n° 1, 1976, p. 3).

⁷⁵ ID., *op. ult. cit.*, p. 3 et p. 4.

⁷⁶ Article 1^{er} des statuts de la *Société française pour le droit de l'environnement* (disponible sur www-sfde.u-strasbg.fr).

⁷⁷ Article 3 des statuts de la *Société française pour le droit de l'environnement*. L'article ajoute que la *Société française pour le droit de l'environnement* a pour objet de contribuer à «un développement du droit de l'environnement en tant qu'instrument de protection et de défense de la nature, du cadre de vie et de la qualité de la vie», ce qui pourrait être considéré comme un objet non pas purement descriptif mais axiologique. Dans la conception du positivisme sociologique, la science du droit n'a pas pour objet le «développement» du droit mais simplement sa description.

un prix de thèse. Ce prix participe à la mise en valeur de la jeune doctrine, notamment en affichant la validation de leur travail par leurs pairs. Il contribue tout à la fois à encourager la production de connaissances nouvelles et à renforcer la légitimité académique des auteurs des thèses primées.

Une soumission

Enfin, la doctrine environnementaliste s'inscrit, comme les autres catégories de doctrine, dans une communauté scientifique plus large, celle des juristes universitaires en général. Elle se soumet ainsi, comme les autres, à une évaluation extérieure, que ce soit par la publication de travaux dans des revues généralistes ou par la soumission aux institutions universitaires d'évaluation.

3.2. L'étroitesse de la communauté scientifique

Les processus d'objectivation rencontrent néanmoins des limites qui sont liées à l'étroitesse de la communauté scientifique formée par la doctrine environnementaliste.

Le fonctionnement des processus d'évaluation

Tout d'abord, cela affecte nécessairement le fonctionnement des revues scientifiques. La *Revue juridique de l'environnement* est souvent considérée comme la revue de référence dans ce domaine. Cela est nous semble-t-il d'autant plus le cas depuis qu'elle pratique l'examen des propositions d'articles "en double aveugle". Indispensable, ce type d'examen rencontre cependant rapidement ses limites dans une communauté scientifique étroite. En effet, il n'est peut-être pas si difficile que cela pour un évaluateur de reconnaître l'auteur d'un article, ne serait-ce que par son sujet, son style ou sa bibliographie. Il reste qu'en dépit de cette limite, il est intéressant de noter que la *Revue juridique de l'environnement* pratique effectivement un tel examen, là où d'autres revues, jouissant d'une grande notoriété, ne pratiquent pas ce type d'examen.

Ensuite, l'étroitesse de la communauté scientifique affecte nécessairement le fonctionnement des processus institutionnels d'évaluation de la recherche. Le faible nombre de spécialistes du droit de l'environnement conduit à ce que les membres de la doctrine environnementaliste soient souvent évalués par des non spécialistes de leur matière, ce qui génère parfois des frustrations. Néanmoins, on peut aussi avancer que l'inverse n'est pas plus satisfaisant: lorsqu'un membre de la doctrine environnementaliste est évalué par

un autre membre de cette doctrine, le résultat n'est pas plus satisfaisant dans la mesure où les deux membres risquent fortement de se connaître compte tenu du faible nombre de spécialistes de la matière. Cette question relève cependant de ce que nous pourrions appeler un faux problème. Nous y reviendrons : le véritable problème ne se situe pas là mais au niveau du faible exposé des méthodes par les membres de la doctrine.

Enfin et plus largement, l'étroitesse de la communauté limite dans l'absolu la quantité et l'intensité des débats qui sont susceptibles de s'y dérouler.

Cela est regrettable dans la mesure où ils présentent de grands intérêts sur le plan de la neutralité axiologique. La dialectique de l'argumentation et de la contre-argumentation conduit à une objectivation du discours de la doctrine. On sait en effet que le caractère scientifique des propositions de droit ne tient pas tant à leur vérifiabilité qu'à leur falsifiabilité⁷⁸. Le dialogue entre proposition et falsification est donc indispensable. Or, moins les participants sont nombreux, moins le dialogue a de chances d'être fécond.

Objectivation des travaux de lege ferenda

Le débat présente encore d'autres vertus. Il permet même de conférer un certain degré d'objectivité à des recherches qui ne se limitent pas au terrain de la description, mais sont de type normative⁷⁹, c'est-à-dire qui comprennent des jugements, des évaluations ou des préconisations, qui ne se limitent pas à la description de l'être. Relèvent de cette catégorie les travaux dits *de lege ferenda*, c'est-à-dire qui se prononcent sur la loi que l'on souhaiterait voir adoptée. Ce type de travaux, parfois mal perçu, est assez présent en droit de l'environnement, comme dans d'autres domaines⁸⁰. Du moins, certains membres de la doctrine émettent parfois des propositions, voire proposent de nouveaux textes. On peut par exemple citer les propositions de Laurent Neyret «pour mieux sanctionner les crimes contre l'environnement»⁸¹. Michel Prieur a

⁷⁸ V. P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », in P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Ed. Thémis, Montréal, 2007, p. 15.

⁷⁹ Par exemple, l'économie est une science descriptive mais aussi normative. Elle peut avoir un objet «prescritif» (J. TIROLE, « Pour une économie du bien commun », in *Revue des deux mondes*, 2017, p. 140).

⁸⁰ Ce type de travail, qui relève en réalité de l'expertise, n'est pas propre au droit. Il est très largement pratiqué, notamment par les scientifiques ou par les sociologues dans le cadre de l'élaboration de politiques publiques.

⁸¹ L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, pp. 305 ss.

aussi pris plusieurs fois l'initiative de diriger la rédaction de propositions de textes, notamment en 2008 avec le *Projet de Convention relative au statut international des déplacés environnementaux*⁸² et plus récemment en 2017 avec le projet de *Pacte international relatif au droit des êtres humains à l'environnement*⁸³. Ainsi les frontières entre science, doctrine, expertise et conseil sont parfois troubles. Il reste que l'exigence de neutralité axiologique n'interdit pas à la doctrine d'effectuer des propositions de réforme, mais c'est à la condition que ce travail fasse l'objet d'un débat public. Ainsi, «si les groupes de recherche soumettent leurs énoncés normatifs à un examen critique ouvert, il n'y a pas violation de la neutralité axiologique»⁸⁴. En effet, «si l'on recherche véritablement l'objectivité normative, on doit accorder à ses "interlocuteurs" le droit de parole, l'examen libre et critique des thèses présentées. Ou encore, on doit présenter ses idées dans un lieu public, ouvert à la discussion»⁸⁵. Dans ces conditions, les propositions peuvent être discutées, critiquées et ainsi objectivées. Par exemple, le *Projet de Convention relative au statut international des déplacés environnementaux* a fait l'objet d'un véritable débat, en France⁸⁶, mais aussi au plan international. Les commentaires effectués à son sujet ont été nombreux, notamment grâce à la traduction et à la diffusion du projet qui a permis d'élargir la communauté scientifique de référence. Cela a d'ailleurs conduit à réviser le projet et à en produire plusieurs versions successives. Alors, certes, ce type de travaux n'est pas nécessairement considéré comme "scientifique" selon la conception de la science que l'on retient, mais il s'agit d'un travail d'expertise fondé sur des connaissances scientifiques et objectivé par le débat.

En définitive, si l'étroitesse de la communauté scientifique du droit de l'environnement limite l'effet des processus classiques d'objectivation, il n'est

⁸² J.-P. MARGUENAUD – M. PRIEUR – G. MONEDIAIRE – J. BETAILLE – B. DROBENKO, J. – J. GOUGUET – J.-M. LAVIEILLE – S. NADAUD – D. ROETS, « Projet de Convention relative au statut international des déplacés environnementaux », in *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2008, pp. 381 ss.

⁸³ M. PRIEUR – J. BETAILLE – M.-A. COHENDET – H. DELZANGLES – J. MAKOWIAK – P. STEICHEN, « Projet de Pacte international relatif au droit des êtres humains à l'environnement », in *Revue juridique de l'environnement*, 2017, pp. 380-397.

⁸⁴ M.-K. DAOUST, « Repenser la neutralité axiologique – Objectivité, autonomie et délibération publique », in *Revue européenne des sciences sociales*, 53-1, 2015, p. 217.

⁸⁵ ID., *op. ult. cit.*, p. 221.

⁸⁶ V. J. BETAILLE, « Des "réfugiés écologiques" à la protection des "déplacés environnementaux": éléments du débat juridique en France », in *Hommes et Migrations*, n° 1284, 2010, pp. 144-153.

pas certain que cela soit complètement de nature à expliquer la faiblesse quantitative des débats au sein de la doctrine environnementaliste.

3.3. Les débats au sein de la doctrine environnementaliste

En premier lieu, les débats au sein de la doctrine environnementaliste paraissent faibles au plan quantitatif. Les membres de cette doctrine semblent souvent retenir des points de vue similaires, du moins conciliables. Ce type d'appréciation est évidemment très subjectif. Néanmoins là encore, il ne nous semble pas s'agir d'une spécificité environnementale. Peut-être regrettions nous un manque de débat à l'heure où, pourtant, les nouvelles technologies le facilitent sans cesse⁸⁷.

En deuxième lieu, la doctrine environnementaliste nous semble marquée par ce que l'on pourrait appeler des «débats de niche», c'est-à-dire tellement spécifiques et/ou techniques que seuls ceux qui écrivent dans ce domaine sont véritablement en mesure de les suivre, d'y participer et d'y porter la contradiction.

En troisième lieu, certains débats ne nous semblent qu'indirectement juridiques. Par exemple, on peut regretter que le débat sur la personification juridique de la nature soit parfois abordé sous un angle qui, sous couvert de porter sur le droit, est peut-être davantage philosophique ou axiologique⁸⁸.

Des débats défensifs

En dernier lieu, une autre caractéristique des débats de la doctrine environnementaliste marque de nouveau sa recherche de légitimité. Les débats auxquels elle prend part sont davantage orientés vers l'extérieur plutôt qu'internes à cette doctrine. On débat peu entre environnementalistes, mais on débat beaucoup – du moins régulièrement – avec l'extérieur. Les «grands» débats se cristallisent ainsi pour la plupart autour de la défense du droit de l'environnement contre le reste de l'univers juridique en quelque sorte. Par exemple, ont tour à tour été défendus: la possibilité de qualifier le droit de

⁸⁷ V. le réseau social «Academia» qui permet de soumettre un projet d'article à la critique d'autres chercheurs (www.academia.edu).

⁸⁸ Certains auteurs ont su limiter leur analyse aux aspects purement juridiques (v. C. D. STONE, « Should trees have standing? Towards legal rights for natural objects », in 45 *South California Law Review* 450 (1972); J.-P. MARGUÉNAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Dalloz*, 1998, p. 205).

l'environnement de discipline juridique contre ceux qui la contestent⁸⁹, les droits environnementaux face aux critiques des spécialistes des droits de l'homme⁹⁰, la Charte de l'environnement contre l'avis de certains constitutionnalistes⁹¹, la protection de l'environnement face à l'hostilité du Conseil d'Etat⁹² ou encore l'autonomie du droit de l'environnement vis-à-vis du droit de l'urbanisme⁹³.

L'ensemble de ces débats témoigne du fait que la doctrine environnementaliste a été jusqu'à présent essentiellement tournée vers la légitimation de son objet. Il s'est agi de faire une place au droit de l'environnement et par là même à une doctrine environnementaliste. Ces débats ont également probablement eu le mérite d'unifier la doctrine environnementaliste. Néanmoins, ils ont le défaut de la détourner d'une partie de son rôle, à savoir la critique de son propre objet et des travaux portant sur cet objet.

En définitive, si la doctrine environnementaliste utilise les mêmes processus d'objectivation que les autres catégories de doctrine, ici comme ailleurs, ces processus rencontrent des limites. Néanmoins, ces limites ne s'expliquent pas par le fait que l'on parle ici d'une doctrine ayant tel ou tel objet – en l'occurrence le droit de l'environnement – mais plutôt par le fait qu'il s'agisse d'une communauté scientifique étroite, jeune et en recherche de

⁸⁹ V. M. PRIEUR ET AL., *Droit de*, cit., p. 11. V. *contra* R. DRAGO, « La protection du voisinage et de l'environnement », in *Travaux de l'association H. Capitant*, PPS, 1979, p. 457.

⁹⁰ Pour un exposé de ces débats, v. A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, 4^{ème} éd., Thémis, PUF, 2016, p. 57-58. V. en particulier R. PELLOUX, *Vrais et faux droits de l'homme*, RDP, 1981, p. 67; J. RIVERO, *Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme*, RTDH, 1990, p. 323; F. BOUYSSOU, « L'environnement : nouveau droit de l'homme ou droit liberticide? », in *Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 535; M. GROS, « Un droit peut-il en chasser un autre? », *AJDA*, 2004, p. 897.

⁹¹ V. M.-A. COHENDET, « La Charte et le Conseil constitutionnel: point de vue », in *RJE*, n° spécial, 2005, p. 112-113 ; M. PRIEUR, « La Charte de l'environnement: droit dur ou gadget politique? », in *Pouvoirs*, n° 127, p. 62. V. *contra* B. MATHIEU, « La Charte et le Conseil constitutionnel: point de vue », in *RJE*, n° spécial, 2005, p. 131; « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », CCC, n° 15, 2003, p. 246.

⁹² V. F. CABALLERO, « Le Conseil d'Etat, ennemi de l'environnement? », in *RJE*, 1984, p. 3; M. PRIEUR, « Pas de caribous au Palais-Royal », in *RJE*, 1985, p. 137. La réponse du Conseil d'Etat a attendu 27 ans: J.-M. SAUVE, « *Y a-t-il des caribous au Palais-Royal ? (Suite)* », intervention du 14 mai 2012.

⁹³ V. P. LE LOUARN, « Le droit de l'environnement est-il soluble dans le droit de l'urbanisme? », in *Droit de l'environnement*, 2002, p. 2.

légitimité, trois qualités qui ne sont pas propres à la doctrine environnementaliste.

L'absence de spécificité de la doctrine environnementaliste dans la manière de répondre à l'exigence de neutralité axiologique est aussi valable lorsque l'on se tourne du côté de la réflexivité produite par l'exposé des méthodes.

4. La réflexivité par l'exposé des méthodes

Au delà de la mise en place de processus d'objectivation, la réflexivité est favorisée par l'exposé des méthodes, seul à même de permettre une véritable discussion. C'est en effet cet exposé qui permet de véritables critiques et évaluations. Il est ainsi indispensable à une démarche réflexive et à la satisfaction de l'exigence de neutralité axiologique. Xavier Magon explique ainsi que «l'objectif de neutralité est indirectement réalisé par l'indication de la méthode d'interprétation utilisée pour parvenir à telle ou telle interprétation possible d'un énoncé. Le choix de méthode est subjectif. Néanmoins, le seul fait d'indiquer qu'il s'agit d'un choix et de préciser quelles vont en être les conséquences sur l'interprétation introduit une objectivité indirecte et de second degré.

L'objectivité repose alors sur l'énoncé des critères de la subjectivité⁹⁴. Cet énoncé des méthodes permet de s'assurer de la présence d'une méthode et, surtout, ouvre la voie à la critique de cette méthode.

Pour bien comprendre, il suffit de se rappeler qu'en l'absence d'un tel exposé des méthodes, cela réduit considérablement le risque de critique pour l'auteur. En effet, seul un petit nombre de personnes, ceux qui ont déjà étudié le même objet que lui, peuvent porter des critiques circonstanciées. En revanche, les autres membres de la communauté – ne connaissant pas assez l'objet étudié – ne peuvent utilement participer au débat⁹⁵. En l'absence d'exposé des méthodes, le spécialiste de la protection juridique des chiroptères ne peut être véritablement évalué que par un autre spécialiste de la protection juridique des chiroptères... Dès lors, on comprend mieux pourquoi le fonctionnement des processus institutionnels d'évaluation de la recherche génère parfois des

⁹⁴ X. MAGNON, *Théorie(s) du*, cit., p. 41.

⁹⁵ On sait qu'à l'inverse de ce qui existe dans le champ juridique, les articles publiés en sciences "dures" consacrent une très large partie de leurs développements à l'exposé des méthodes.

frustrations parmi les chercheurs en droit ayant un objet très spécialisé. Ainsi, si l'évaluation peut parfois paraître arbitraire, ce n'est pas parce qu'elle a été faite par un non spécialiste de l'objet, c'est parce qu'en l'absence d'exposé des méthodes, l'évaluateur n'avait pas grand chose à évaluer. Et dans ce cas là, la subjectivité risque effectivement de reprendre le dessus.

4.1. L'absence d'exposé de la posture théorique

Eric Millard l'a affirmé clairement: «l'aveu (théorique) en tant qu'élucidation par les juristes eux-mêmes de leurs postures théoriques est une condition de l'évaluation de leurs discours savants [...] et par conséquent du débat entre juristes»⁹⁶. Ainsi, l'existence et l'exposé d'une posture théorique – c'est-à-dire la désignation de la théorie du droit à laquelle on adhère – est une condition de l'évaluation par les pairs. En l'absence d'exposé de la posture théorique et même plus largement des cadres de référence de l'auteur, la critique risque de demeurer l'apanage des seuls détenteurs de la connaissance de l'objet étudié, les non spécialistes n'ayant pas voix au chapitre. De plus, sans exposé de la posture théorique, il est impossible d'évaluer la cohérence interne du discours de l'auteur.

La doctrine environnementaliste, largement influencée par les méthodes traditionnelles de la dogmatique juridique, ne fait pas figure d'exception par rapport aux autres catégories de doctrine. De manière générale, rares sont les travaux qui se réfèrent à une posture théorique particulière telle que – schématiquement et de façon non exhaustive – le jusnaturalisme, le positivisme normativiste, le positivisme réaliste ou encore la théorie dialectique du droit⁹⁷. Si l'on examine le rapport de la doctrine environnementaliste à la théorie et à la philosophie du droit⁹⁸, il est possible de distinguer quatre catégories de travaux.

Quatre rapports à la théorie du droit

⁹⁶ E. MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », in *VIème congrès français de droit constitutionnel*, Montpellier, 2005, disponible sur www.droitconstitutionnel.org, p. 5.

⁹⁷ Pierre Brunet constate qu'«en tant que “programme”, la “vraie” science du droit prescrite par la métascience positiviste correspond à un idéal qui intéresse assez peu la grande majorité de juristes» (P. BRUNET, « Questions sur ce que pourrait décrire une science du droit », in *Analisi e Diritto*, 2014, p. 273).

⁹⁸ Par ailleurs, certains travaux ont recours à la philosophie générale, mais cela ne revient pas à s'infliger une posture théorique. Par exemple, Hans Jonas ou Jürgen Habermas sont des philosophes qui sont souvent cités par la doctrine environnementaliste.

En premier lieu, certains travaux se positionnent en faveur d'une posture théorique déterminée. Cela ne veut pas dire qu'ils participent nécessairement à développer cette théorie comme le font les théoriciens du droit mais au moins qu'ils y adhèrent dans leurs grandes lignes et qu'ils s'y réfèrent, de manière plus ou moins distanciée selon les cas. Il nous semble que les auteurs qui procèdent ainsi sont peu nombreux. A notre connaissance et sous réserve d'être démentis, Marie-Anne Cohendet adhère à une posture normativiste, même si elle est aussi critique⁹⁹ et Eric Naim-Gesbert à une posture jusnaturaliste¹⁰⁰. Nous nous sommes également référés au normativisme¹⁰¹.

En second lieu, d'autres travaux, s'ils fréquentent régulièrement la théorie du droit, n'en choisissent pas pour autant clairement une posture théorique. Ainsi leurs auteurs ne courront-ils pas le risque d'être évalués à l'aune de la cohérence interne de leur pensée. Leurs travaux font allusion aux théories du droit et les utilisent, mais ne s'y soumettent pas. Ces auteurs sont un peu plus nombreux. Ils ont en commun de recourir à la théorie ou à la philosophie du droit sans en faire une posture théorique au service de l'étude du droit de l'environnement¹⁰². Sans prétendre à l'exhaustivité, il en va par exemple ainsi – là encore sous réserve d'être contredit par eux – de certains travaux de Gérard Monédiaire¹⁰³, de Jochen Sohnle¹⁰⁴, de Eric Naim-Gesbert¹⁰⁵, de Jessica

⁹⁹ V. M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Cours, LGDJ, n° 10, 17).

¹⁰⁰ Pour Eric Naim-Gesbert, «le droit est ce qui est juste» (E. NAIM-GESBERT, *Droit général*, cit., p. 11) et «l'origine du droit qui prescrit (plus ou moins purement) est à rechercher dans la nature» (E. NAIM-GESBERT, « Du droit naturel de l'environnement. Pour une Pax Natura puisée à la source cicéronienne », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jehan de Malafosse*, LexisNexis, 2016, p. 107). Par ailleurs, la recherche des «fondements» du droit de l'environnement par Jacqueline Morand-Deviller nous semble proche d'une démarche jusnaturaliste, même si l'auteure n'y fait pas référence (v. J. MORAND-DEVILLER, « Le juste, cit., p. 323).

¹⁰¹ J. BETAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne: illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse, droit, Limoges, 2012, pp. 51-63. Autocritique: notre recours à la théorie normativiste du droit peut selon nous faire l'objet de deux critiques. D'une part, il peut apparaître opportuniste. En effet, elle est retenue essentiellement parce qu'elle comporte, contrairement à la théorie réaliste, une distinction nette entre normes et faits, ce qui préserve la possibilité de penser l'écart entre les deux et ainsi d'envisager l'effectivité. D'autre part, comme pour tous les travaux qui assument une posture théorique, on pourra lui reprocher de ne pas respecter en tout point les implications de la posture choisie.

¹⁰² L'ouvrage de François Ost *La nature hors la loi – L'éologie à l'épreuve du droit* (cit.) apparaît inclassable. Il s'agit en quelque sorte d'un essai de philosophie portant sur le droit de l'environnement.

¹⁰³ V. G. MONEDIAIRE, « Banalité des catastrophes environnementales, émergence du désastre »,

Makowiak¹⁰⁶, de Laurent Fonbaustier¹⁰⁷, de Guillaume Bonnel¹⁰⁸, d'Adélie Pomade¹⁰⁹ ou de Nicolas Huten¹¹⁰.

En troisième lieu, en dépit de la propension du droit de l'environnement pour le conceptualisme¹¹¹, la majorité des travaux ne se positionnent ni de près ni de loin par rapports aux "grandes" théories du droit. Cela ne veut pas dire qu'ils abandonnent pour autant toute ambition "théorique". Du moins, tout dépend du sens que l'on donne au mot "théorie". Leur approche relève alors de la dogmatique juridique, laquelle ambitionne principalement de produire des théories sur le droit en proposant des systématisations. La dogmatique correspond à ce que Jacques Chevallier appelle le «point de vue doctrinal» par opposition au «point de vue scientifique»¹¹². Les thèses de doctorat relèvent le

in J.-M. LAVIEILLE – J. BETAILLE – M. PRIEUR (dir.), *Les catastrophes écologiques et le droit: échecs du droit, appels au droit*, Bruylant, 2012, p. 72.

¹⁰⁴ V. J. SOHNLE, « Le paradigme postpositiviste ou révélation d'une méthode spécifique dans l'application du droit international de l'environnement », in *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 1998, pp. 262-285 et pp. 449-463.

¹⁰⁵ De nombreux travaux d'Eric Naim-Gesbert utilisent la philosophie du droit davantage que la théorie du droit (v. notamment ses éditions à la *Revue juridique de l'environnement*). Sur cette distinction entre philosophie et théorie du droit, v. M. TROPER, *La philosophie du droit*, 3^e éd., Que sais-je?, PUF, 2011, p. 10.

¹⁰⁶ Jessica Makowiak met par exemple à profit les travaux de François Ost sur le temps (v. J. MAKOWIAK, « A quels, cit., p. 264).

¹⁰⁷ Laurent Fonbaustier a, à notre connaissance, fait référence au moins une fois au réalisme juridique, sans nécessairement en faire une «posture théorique»: v. L. FONBAUSTIER, « La Charte de l'environnement au prisme du contentieux (Rapport de synthèse de la matinée) », in *Environnement*, 2012, dossier 27, n° 5.

¹⁰⁸ G. BONNEL, *Le principe juridique écrit et le droit de l'environnement*, thèse, droit, dact., Limoges, 2005.

¹⁰⁹ Elle ne se réfère clairement à aucune posture théorique particulière alors que l'on aurait pu s'y attendre compte tenu des conclusions théoriques de l'auteure (A. POMADE, *La société civile et le droit de l'environnement: Contribution à la réflexion sur les théories des sources du droit et de la validité*, thèse, droit, bibl. droit privé, LGDJ, 2010).

¹¹⁰ Nicolas Huten ne nous semble pas affirmer clairement de posture théorique particulière (v. N. HUTEN, *La protection de l'environnement dans la Constitution française*, Paris 1, dactyl., 2011, pp. 60-62).

¹¹¹ V. A. VAN LANG, *Droit de*, cit., p. 5.

¹¹² «Le point de vue doctrinal conduit l'analyste à être partie prenante au processus de production du droit, de plusieurs manières différentes : par un travail d'interprétation, qui vise à démêler l'écheveau de significations, à dégager de l'enchevêtrement des textes certains fils conducteurs, à dénouer les contradictions éventuelles qu'ils recèlent ; par un effort de systématisation, qui permet d'établir les chaînons manquants entre les productions juridiques singulières, en dégageant des principes communs ; par la production enfin de nouvelles représentations, qui ont force agissante, en contribuant à faire évoluer le droit positif. [...]. Le point de vue scientifique conduit au contraire l'analyste à se placer en position d'extériorité par rapport au droit. Son ambition n'est pas

plus souvent de cette catégorie lorsqu'elles ont pour objectif de systématiser un pan du droit de l'environnement. En relève également de nombreux travaux¹¹³ ou essais portant sur le droit de l'environnement¹¹⁴.

En dernier lieu, beaucoup de travaux ne comportent aucune dimension théorique, qu'elle que soit la définition qu'on en retienne. Ils sont «positivistes» dans le sens péjoratif du terme. Il s'agit de commentaires sans grand relief du droit positif, des nouvelles réformes, de la jurisprudence. Là encore, ce n'est absolument pas propre au droit de l'environnement. L'instabilité normative rend nécessaire ce type de travaux, et la demande éditoriale est forte, d'autant plus pour le droit de l'environnement en raison de son développement rapide et des attentes qu'il suscite dans la société.

L'attitude – majoritaire – qui consiste à ne pas se positionner clairement vis-à-vis des "grandes" théories du droit est également valable en ce qui concerne l'exposé des méthodes utilisées proprement dites.

4.2. L'absence de développements doctrinaux sur les méthodes

La doctrine environnementaliste partage également avec les autres catégories de doctrine le fait de s'interroger assez peu sur ses méthodes et, surtout, de ne pas les exposer. Tout se passe comme si les questions de méthodes relevaient de l'évidence, notamment pour les auteurs qui adoptent une attitude de dogmatique juridique. En n'exposant pas ses méthodes, la doctrine,

d'apporter une contribution au fonctionnement de l'ordre juridique, d'intervenir dans les processus de production du droit, de produire de la normativité, mais seulement d'analyser le phénomène juridique» (J. CHEVALLIER, « Doctrine ou science? », in *AJDA*, 2001, p. 603).

¹¹³ Sans prétendre à l'exhaustivité et selon un choix totalement subjectif, on mentionnera par exemple: P. BILLET, « La Charte va-t-elle renouveler les principes du droit de l'environnement ou ceux-ci ont-ils disparu à l'exception d'un seul, le principe de précaution? », in *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial, 2005, p. 231; Y. JEGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », in *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 23; J. MAKOWIAK, « A quels ..., cit.; G. J. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *Recueil Dalloz*, chron., 1995, p. 299; G. MONEDIAIRE, « Sur la nature du droit de la nature », in *Caesura, Canoas*, n° 4, 1994, p. 65; J. MORAND-DEVILLER, « La mutation des sources du droit de l'environnement », in *Revue de droit d'Assas*, n° 6, oct. 2012, p. 62; F. OST, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », in *Droit et Société*, 1995, p. 281; J. UNTERMAIER, « Nous n'avons pas assez de droit! Quelques remarques sur la complexité du droit en général et du droit de l'environnement en particulier », in *Les hommes et l'environnement – Etudes en hommage à Alexandre Kiss*, Frison Roche, 1998, p. 499; A. VAN LANG, « Principe de précaution: exorciser les fantasmagories », in *AJDA*, 2015, p. 510.

¹¹⁴ V. par exemple M. REMOND-GOUILLOUD, *Le droit de*, cit.

environnementaliste ou non, pratique ce que Pierre Lascoumes observait en 1994, à savoir «le silence continu de la plupart des scientifiques sur les limites de leurs savoirs»¹¹⁵. Olivier Jouanjan constate quant à lui qu'«un nombre considérable de discours juridiques sont produits sans considération de méthode, ni de préoccupation épistémologique»¹¹⁶. Ainsi, les questions de méthode ont «quasiment disparu des manuels de droit public»¹¹⁷. De ce point de vue, la véritable ligne de partage ne se situe pas entre la doctrine environnementaliste et les autres catégories de doctrine. Elle se situe en revanche entre les juristes soucieux de méthode et les autres.

Des doctrines peu méthodiques

Autrement dit, les environnementalistes ne sont pas moins méthodiques que les autres, ils le sont tout aussi peu. De nouveau, il faut y insister, en l'absence d'exposé des méthodes utilisées, il n'est pas possible d'être véritablement évalué et on se condamne ainsi à la subjectivité d'une évaluation n'ayant pas de prise sur l'objet étudié. Or, à l'instar de la plupart des manuels juridiques, ceux qui sont consacrés au droit de l'environnement ne comportent qu'extrêmement peu de réflexions méthodologiques. La même remarque est peut-être également valable pour les thèses de doctorat¹¹⁸, du moins il pourrait être intéressant de l'évaluer.

Notre sentiment est que souvent, les thèses reprennent implicitement la méthode classique, laquelle se limite souvent à définir les termes du sujet et à déterminer une problématique. Il est peu fréquent qu'une place spécifique soit accordée aux problèmes de méthode¹¹⁹. Plus largement, rares sont les auteurs

¹¹⁵ P. LASCOUMES, *L'éco-pouvoir*, La découverte, 1994, p. 301.

¹¹⁶ O. JOUANJAN, « De la vocation de notre temps pour la science du droit: modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », in *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, p. 143.

¹¹⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du*, cit., p. 20.

¹¹⁸ ID., *op. ult. cit.*, p. 23.

¹¹⁹ Par exemple, Adélie Pomade ou encore Simon Jolivet n'accordent pas de place spécifique à la méthode dans l'introduction de leur thèse, même si cela ne veut évidemment pas dire que leur travail n'est pas méthodique. V. A. POMADE, *La société*, cit.; S. JOLIVET, *La conservation de la nature transfrontalière*, bibl. Droit public, Mare & Martin, 2015. Nicolas Huten développe davantage les aspects méthodologiques. Il ambitionne ainsi de construire une «analyse théorique éclairée par l'histoire et la philosophie du droit» (N. HUTEN, *La protection*, cit., p. 71). Autocritique: nous avons développé spécifiquement deux questions méthodologiques. Il s'agissait d'une part d'envisager comment appréhender un objet qui était considéré comme n'étant pas juridique, à savoir l'effectivité et, d'autre part, d'expliquer la manière dont des illustrations pouvaient être utilisées au service de la démonstration générale sans constituer une démonstration par l'exemple qui aurait été, en tout état de cause, particulièrement contestable (v. J. BETAILLE,

qui ont développé des recherches sur les questions méthodologiques dans le domaine du droit de l'environnement. François Ost semble avoir un projet épistémologique spécifique à ce domaine lorsqu'il écrit qu'*«il s'agirait de développer un savoir interdisciplinaire et critique du milieu»¹²⁰* mais cet aspect n'est pas ensuite développé, du moins pas dans ses ouvrages de droit de l'environnement¹²¹. Quant à Serge Gutwirth, il défend le thème du «pluralisme des vérités»¹²², thème qui a été appliqué au droit français de l'environnement avec la thèse d'Eric Naim-Gesbert¹²³. Il ne représente cependant pas véritablement un discours portant sur la méthode permettant la connaissance du droit de l'environnement, mais un discours sur la science en général qui peut être appliqué au droit de l'environnement¹²⁴.

Des méthodes parfois discutables

Par ailleurs, la doctrine environnementaliste, comme les autres catégories de doctrine, utilise parfois des méthodes discutables. On l'illustrera par un exemple récent. Dans le cadre d'un projet de recherche portant sur les écocrimes et l'écocide, des jugements de fait – autrement dit la description de réalités factuelles – ont été confiés à des journalistes chargés de remonter des filières de trafics illicites¹²⁵. Un tel travail est extrêmement intéressant et la

Les conditions, cit., pp. 28-34 et pp. 41-50).

¹²⁰ F. OST, « Avant propos », in F. OST – S. GUTWIRTH (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

¹²¹ On sait combien la question des méthodologies est importante dans la théorie du droit de François Ost: v. F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau – pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2002, pp. 449 ss.

¹²² S. GUTWIRTH, « Sciences et droit de l'environnement: quel dialogue? », in F. OST – S. GUTWIRTH (dir.), *Quel avenir*, cit., p. 33.

¹²³ E. NAIM-GESBERT, *Les dimensions*, cit., p. 31.

¹²⁴ V. S. GUTWIRTH – E. NAIM-GESBERT, « Science et droit de l'environnement: réflexions pour le cadre conceptuel du pluralisme de vérités », in *RIEJ*, 1995, n° 34, pp. 33-98.

¹²⁵ Selon Laurent Neyret, les journalistes sont des enquêteurs qui permettent de «bien connaître les mensurations de cette réalité». Le travail journalistique a permis de «mettre en évidence la réalité en la matière et donc donner prise à une équipe de chercheurs» (intervention orale de Laurent Neyret au cours de la table ronde « Le droit et la justice peuvent-ils sauver l'environnement? » organisée dans le cadre des Etats généraux de la recherche sur le droit et la justice le 1^{er} février 2017; retransmission vidéo disponible sur https://webcast.in2p3.fr/videos-le_droit_et_la_justice_peuvent_ils_sauver_l_environnement, consulté le 16 février 2017). Dans l'avant-propos de l'ouvrage regroupant cette recherche, Laurent Neyret explique cette démarche de la façon suivante «une bonne compréhension de la légitimité et de l'efficacité du droit pénal en matière environnementale supposait de confronter la théorie à la pratique. De manière inédite pour un groupe de recherche en droit, une équipe de journalistes du Monde, [...] a accepté de mener l'enquête dans près de dix pays pour mettre au jour les leviers de la criminalité

qualité du travail journalistique, comme doctrinal, n'est pas ici en cause¹²⁶. Il a de grands mérites, notamment en permettant d'incarner le travail de recherche à travers des exemples, ce qui contribue certainement à une meilleure diffusion de la recherche. En cela, il peut s'agir d'un outil pertinent de communication.

Néanmoins, il ne nous semble pas pouvoir constituer l'assise d'un travail "scientifique", en dépit de l'estime que nous avons pour ses auteurs. L'utilisation de "descriptions" journalistiques nous semble critiquable. On comprend qu'il soit difficile, pour un juriste, de mener des enquêtes de terrain. En effet, non seulement cela ne fait pas partie de nos habitudes, mais, surtout et c'est ce qui compte au plan scientifique, le juriste ne dispose pas de la formation nécessaire à une telle enquête. Alors certes, «être scientifique, ce n'est pas prétendre couper le droit du monde, c'est au contraire se donner les moyens de comprendre, avec toute l'objectivité possible, les relations entre les règles de droit et les éléments qui déterminent leur création et leur application»¹²⁷. Pour autant, d'autres solutions s'offrent au juriste sans avoir besoin de solliciter le travail journalistique. Au delà du fait que de nombreux travaux produits par d'autres disciplines sont disponibles pour fonder nos analyses, deux options sont possibles: soit investir le champ sociologique pour se former à sa méthode¹²⁸, soit confier ces enquêtes à des sociologues avant d'en exploiter les résultats¹²⁹. Ceci renvoie évidemment à la question plus large du travail interdisciplinaire. Si ce dernier n'est pas nécessairement évident à mettre en

environnementale. Leur travail a permis de remonter plusieurs filières illégales, allant de la contrebande de bois de rose à l'exploitation illégale de mines d'étain, en passant par le trafic de déchets électroniques et le trafic de tigres sauvages. Le résultat de ces enquêtes a fait l'objet d'une publication dans le journal *Le Monde* dans une série intitulée "Écocide", début 2015» (L. NEYRET, « Avant-propos », in L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylants, 2015, pp. XV-XVI).

¹²⁶ Le journal *Le Monde* a publié, début 2015, une série de reportages consacrés aux écocrimes. http://www.lemonde.fr/planete/visuel/2015/01/24/ecocide-episode-1-le-bois-qui-saigne_4527270_3244.html (consulté le 16 février 2017).

¹²⁷ M.-A. COHENDET, « Science et conscience, cit., p. 78.

¹²⁸ Certains chercheurs disposent d'une double formation en droit et en sociologie comme cela est le cas de Pierre Lascoumes ou encore de Gérard Monédiaire, ce dernier étant titulaire d'un doctorat en droit (*Le commerce de détail sédentaire dans les politiques d'aménagement de l'espace*, thèse, Université de Limoges, 1989) et d'un doctorat en sociologie (*Des jardins ouvriers: clamours sur, murmures dans*, thèse, Université des sciences sociales de Grenoble, 1984).

¹²⁹ V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme: approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS – D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 14.

place, en tout état de cause, les jugements de fait produits par des journalistes ne permettent pas, de notre point de vue, de fonder "scientifiquement" une recherche. Au moins convient-il de signaler cet élément comme une limite méthodologique de la recherche et non comme un de ses points forts.

En définitive, il est possible de constater l'absence de spécificité environnementale en ce qui concerne l'exposé des méthodes. La doctrine environnementaliste, si elle ne fait pas abstraction des méthodes, ne nous semble pas les développer plus particulièrement que d'autres catégories de doctrine.

5. Conclusion: vers la deuxième phase de la doctrine environnementaliste

La relation qu'entretient la doctrine environnementaliste avec la neutralité axiologique ne lui est pas spécifique. Elle est largement comparable à celle des autres catégories de doctrine. En effet, la doctrine environnementaliste rencontre les mêmes biais méthodologiques que les autres et la façon dont elle y répond ne diffère pas notablement. Elle a recours, de façon plus ou moins satisfaisante, à deux types de démarche réflexive, que ce soit par la mise en place de processus d'objectivation ou pour l'exposé de ses méthodes.

Au delà de ces enseignements, l'examen de l'attitude de la doctrine environnementaliste face à l'exigence de neutralité axiologique a permis de souligner les difficultés qu'elle rencontre et quelques unes de ses insuffisances au regard de l'idéal de neutralité. Sur l'ensemble de ces affirmations, nous espérons vivement être contredits, mais aussi bien compris. Il ne s'agit pas de porter atteinte à la légitimité de la doctrine environnementaliste, ni d'aucune autre, bien au contraire. A certains égards la doctrine environnementaliste fait figure d'exemple et, demain, elle gagnera encore en légitimité si elle s'interroge davantage sur ses pratiques.

L'achèvement d'une première phase de légitimation

L'ensemble des développements précédents nous renseigne en outre sur l'état actuel de la doctrine environnementaliste. Au seuil de franchir le cap de la quarantaine, elle est en passe d'achever une première phase et d'en ouvrir une deuxième. Du moins, c'est ce que nous suggère un certain nombre d'éléments tirés de l'histoire comparée des différentes catégories de doctrine. Il est ainsi susceptible de se dérouler en droit de l'environnement la même évolution que ce

qu'ont connu d'autres disciplines juridiques : le temps a joué en faveur d'une plus grande distance par rapport à l'objet étudié. A l'image de la doctrine environnementaliste, il a été difficile pour la doctrine civiliste de trop mettre en cause son objet d'étude. Ainsi a-t-on pu noter «l'impossibilité pour la doctrine, dans le contexte qui est le sien au XIX^e siècle, de fonder son rôle sur la contestation systématique du Code civil. Si les auteurs ne renoncent pas pour autant à la critique technique et à la controverse, ils choisissent de lier leur rôle au monument que constitue le Code Napoléon»¹³⁰. La doctrine constitutionnelle, quant à elle, après avoir traversé une première phase de construction, au cours de laquelle elle a légitimé son objet, a ensuite ouvert une seconde phase, une sorte de tournant critique. Dans l'entre-deux-guerres, les constitutionnalistes sont passés de la légitimation de la III^e République à la critique des excès du parlementarisme. La doctrine administrativiste, elle aussi, a connu un tournant important avec l'arrivée des Hauriou et Duguit. Chacun à leur manière, ils ont tenté d'ouvrir une nouvelle phase en interrogeant la scientificité du droit public¹³¹, notamment en y important des méthodes sociologiques. En ce qui concerne le droit européen, alors qu'au départ, il y avait parfois «fusion» entre jurisprudence et doctrine¹³², au fil du temps, «la doctrine européeniste a su s'émanciper, dans une certaine mesure, de la jurisprudence»¹³³. L'objet étudié est ainsi mis à une distance plus raisonnable.

La construction d'une doctrine juridique semble d'abord passer par une phase où la dimension idéologique est à certains égards marquée. Il s'agit, pour exister, de légitimer d'abord l'objet étudié au milieu du concert des disciplines existantes. Faire sa place, à l'instar des premiers constitutionnalistes s'émancipant des romanistes et civilistes de l'époque. Il en va de même en droit administratif où la doctrine a «joué un rôle essentiel dans la consolidation du droit administratif, en forgeant le tissu conceptuel qui était indispensable pour asseoir sa légitimité»¹³⁴. Mais le droit administratif montre aussi que, par la suite, le poids de l'idéologie s'estompe. Ainsi «la disparition, après 1930, des controverses théoriques sur les fondements du droit administratif révèle que la

¹³⁰ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, thèse, droit privé, t. 381, LGDJ, 2002, p. 59-60.

¹³¹ V. J.-M. BLANQUER – M. MILET, *L'invention de l'Etat – Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Odile Jacob, 2015, p. 47.

¹³² J.-C. GAUTRON – S. PLATON, «La naissance», cit., p. 68.

¹³³ ID., *op. ult. cit.* p. 71.

¹³⁴ J. CHEVALLIER, «Doctrine ou», cit., p. 603.

construction idéologique de celui-ci est achevée: rayonnant à travers tout le droit administratif, l'idéologie est désormais inapparente et inavouée»¹³⁵. Le droit de l'environnement n'en est pas encore à ce stade – la pression du contexte est trop forte – mais il pourrait y parvenir. Son idéologie intrinsèque serait tellement assimilée que l'on ne la remarquerait même plus.

Avant cela, une hypothèse est que cette première phase de légitimation ouvre sur une autre, une phase de controverses. La tenue de ce colloque sur un tel sujet – la doctrine environnementaliste – en est peut-être un signe. Pour amplifier la démarche de réflexivité, encore faut-il s'autoriser à se regarder dans un miroir.

Nous ne connaissons pas encore les caractéristiques essentielles de cette deuxième phase de la doctrine environnementaliste. Pour l'heure, on ne peut formuler que des vœux. Ces vœux ne sont d'ailleurs pas nécessairement propres au droit de l'environnement. Ils ont été formulés ailleurs pour d'autres disciplines. Par exemple, Jacques Chevallier a invité la doctrine du droit administratif à dépasser, sans y renoncer, le point de vue dogmatique. Selon lui, «un regard plus distancé porté sur le droit administratif, à partir d'un point de vue d'extériorité, apparaît désormais comme un complément indispensable. Ce n'est en effet qu'en quittant les chemins bien balisés de la dogmatique juridique, c'est-à-dire en mettant le droit administratif “à distance”, en le posant comme objet d'étude, qu'on peut prendre la mesure des mutations en cours»¹³⁶. Xavier Magnon a également plaidé en faveur d'un «moment épistémologique du droit - constitutionnel»¹³⁷.

L'ouverture d'une nouvelle phase plus méthodique et plus théorique

En quoi consisterait cette nouvelle phase ? Elle serait davantage marquée par le débat mais surtout plus méthodique et plus théorique. Plus méthodique d'une part, il s'agirait d'approfondir la réflexion sur les méthodes, sur leurs forces et leurs faiblesses, sur leurs points communs par rapports aux autres disciplines et sur leurs spécificités. Cela impliquerait également de s'interroger davantage sur l'apport doctrinal. Cette question, en particulier, ne se posait pas nécessairement dans la première phase puisqu'il y avait alors tout à construire.

¹³⁵ J. CHEVALLIER, « Les fondements, cit., p. 32.

¹³⁶ J. CHEVALLIER, « Doctrine ou, cit., p. 603.

¹³⁷ X. MAGNON, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXXI, 2015, p. 13.

On l'a mentionné, il fallait combler les lacunes doctrinales en étudiant tel ou tel objet alors inédit. Mais désormais, progressivement, va se poser la question d'effectuer une deuxième thèse ou un nième article sur ces mêmes objets, de les retravailler sous un angle nouveau. Fatalement, la question de l'apport doctrinal deviendra plus aiguë. La doctrine environnementaliste de demain y perdra peut-être en spontanéité mais elle y gagnera encore davantage en légitimité. Cela ne veut pas pour autant dire renoncer à être critique, mais simplement mieux fonder la critique. Comme le défend Xavier Magnon, «un discours critique n'est possible que pour autant que celui-ci repose sur un cadre conceptuel et méthodologique conscient et formalisé»¹³⁸. L'exigence de neutralité axiologique a parfois bon dos.

Elle est parfois passée pour le paravent d'une vision purement descriptive du droit. Pourtant, la question n'est pas de savoir s'il convient d'être critique ou non¹³⁹ mais plutôt sur quelles bases émettre la critique, une critique purement axiologique n'ayant pas beaucoup d'intérêt. Il reste que concevoir une méthodologie qui fasse une juste place à la critique est un travail qui, s'il est mené par d'autres¹⁴⁰, ne l'est pas encore par la doctrine environnementaliste.

Plus théorique d'autre part, parce que la première l'était peu. Cela impliquerait d'approfondir les réflexions sur les postures théoriques, sur les théories du droit utilisées. Il s'agirait également de développer les théories existantes et d'en construire de nouvelles. Cette nouvelle phase a peut-être d'ailleurs déjà commencé, du moins en ce qui concerne la «théorie»¹⁴¹. Eric Naim-Gesbert suggère ainsi la construction d'une «théorie générale du droit de l'environnement»¹⁴². L'idée est séduisante, même s'il s'agirait plus probablement d'en construire plusieurs et non pas une. Le «pluralisme des vérités» y autorise.

N'en doutons pas, les idées d'un «droit naturel de l'environnement» et d'une théorie générale qui serait «une prescription du visible, et par suite, une

¹³⁸ ID., *op. ult. cit.*, p. 14.

¹³⁹ V. M.-A. COHENDET, «Science et, cit.

¹⁴⁰ V. entre autres le dossier intitulé *De la possibilité d'un discours constitutionnel critique* coordonné par Xavier Magnon, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXXI, 2015, p. 13.

¹⁴¹ L'apparition d'une chronique de «théorie du droit» dans la *Revue juridique de l'environnement* est un autre signe du début de cette nouvelle phase (v. *Revue juridique de l'environnement*, 2016, p. 306).

¹⁴² E. NAIM-GESBERT, «Pour une théorie générale du droit de l'environnement», in *Revue juridique de l'environnement*, 2014, pp. 5-6.

pensée de ce qui s'éclaire des rapports de l'homme à la nature à la lueur du juste» donnera lieu à de beaux débats. Un tel programme jusnaturaliste ravivera des débats classiques¹⁴³ mais en suscitera aussi de nouveaux. Pour s'en faire une idée, il suffit de rappeler que «derrière cet ordre juste réputé objectif et donné par la nature, se cache toujours un ordre arbitraire créé par des hommes dont l'intérêt est de couvrir une subjectivité qu'ils n'assument pas en se servant du masque de la nature qui se révèle, dès lors, d'une commode plasticité»¹⁴⁴. Nul doute qu'il y aura ici matière à discussion, notamment du point de vue de la neutralité axiologique¹⁴⁵.

Les dangers du relativisme ou l'impératif méthodologique

Quelles que soient les caractéristiques exactes de cette nouvelle phase, nous l'espérons emprunte de rigueur et de probité. La véritable différence ne se situe pas entre telle ou telle catégorie de doctrine mais entre ceux qui pensent pouvoir faire l'économie de la question des méthodes et ceux qui y attachent de l'importance, quelles que soient ces méthodes ou les postures théoriques adoptées.

Les dangers que représente le relativisme en tant que renoncement à «la norme du vrai»¹⁴⁶ nous rappellent l'importance de rechercher la neutralité axiologique, non seulement en tant qu'exigence scientifique mais aussi de probité, au service de l'émancipation de chacun.

¹⁴³ Pour une présentation synthétique du jusnaturalisme et de ses objections v. A. VIALA, *Philosophie du*, cit., p. 140 s. et p. 157 s.; E. MILLARD, *Théorie générale*, cit., pp. 37-42.

¹⁴⁴ A. VIALA, *Philosophie du*, cit., p. 147.

¹⁴⁵ Les partisans du droit naturel «jugent les phénomènes juridiques en fonction de principes qui leur paraissent supérieurs et transcendants. Il va sans dire qu'une pareille attitude n'est pas conciliable avec l'observation dégagée de tout parti pris qui doit être la première démarche du savant» (H. LEVY-BRÜHL, «La Science», cit., p. 125).

¹⁴⁶ «Le relativisme a des effets épistémologiques destructeurs dans la mesure où il conduit à renoncer à la norme du vrai. Mais il a aussi des effets sociaux et politiques dévastateurs. En développant une conception relativiste, en renonçant à l'idée de vérité objective, les auteurs qui refusent de distinguer jugement de fait et jugement de valeur, nuisent en fait à l'émancipation des dominés puisqu'ils privent ces derniers de l'arme que constitue la critique scientifique de l'état des choses» (A. BEITONE – A. MARTIN-BAILLON, «La neutralité», cit.).

RESUME

Julien Bétaille – *La banalité du positionnement de la doctrine environnementaliste française vis-à-vis de l'exigence de neutralité axiologique*

Confrontée à l'exigence de neutralité axiologique, comprise comme le rejet de tout jugement de valeur, la doctrine environnementaliste ne fait pas preuve d'une particulière originalité.

Elle porte peu d'intérêt à cette exigence, son discours est inéluctablement affecté par les mêmes biais que ceux qui touchent les autres catégories de doctrine et elle y apporte aussi des réponses comparables. Elle met d'une part en place des processus d'objectivation dont la portée est limitée en raison de l'étroitesse de la communauté scientifique du droit de l'environnement. D'autre part, elle expose peu ses méthodes et sa posture théorique alors même que ces deux éléments seraient de nature à améliorer sa réflexivité. Mais là encore, on ne peut déceler aucune véritable spécificité de la doctrine environnementaliste par rapport aux autres. Elle apparaît donc ni plus ni moins critiquable que les autres au regard de l'exigence de neutralité axiologique.

Au delà, une première phase de la doctrine environnementaliste s'achève probablement, phase qui ressemble d'ailleurs à ce qu'ont connu d'autres catégories de doctrine, entre défense de son objet et recherche de légitimité. Il s'agit désormais d'ouvrir une nouvelle phase que nous souhaiterions à la fois plus théorique et plus méthodique.

MOTS-CLES: *neutralité axiologique; doctrine environnementaliste; catégories de doctrine; processus d'objectivation; réflexivité.*

Julien Bétaille – *The banality of the position of French environmental law scholars' community facing the axiological neutrality requirement*

Facing the axiological neutrality requirement, understood as the rejection of any value judgment, environmental law scholars' community

(ELSC) don't particularly have an original attitude comparing with other legal scholars' communities focused on different areas.

ELSC didn't really care about neutrality. Its talk is inevitably affected by the same bias than those which affects other scholars. The responses given to this issue are also equivalent. On the one hand, ELSC implemented objectification's processes but those are limited because of the smallness of the environmental law scholars' community. On the other hand, ELSC exposes sparsely its methods and its theoretical view, whereas those two would improve its reflexivity. But, here also, it is not possible to find any specificity comparing with scholars working in other areas. ELSC is no more no less questionable than other scholars in terms of axiological neutrality.

Hereafter, a first phase of ELSC is probably finishing, a phase which is comparable to the one which has been passed through by other kind of scholars' communities, a phase marked by the defense of its object and the search of academic legitimacy. It is now time to open a new phase that we would like more theoretical and more methodical.

KEYWORDS: *axiological neutrality; environmental law scholars' community; legal scholars' communities; objectification's processes; reflexivity.*

MARINA SANTOS DE ALCÂNTARA¹

MARGARETH VETIS ZAGANELLI²

SILVIA SALARDI³

Responsabilidade penal da pessoa jurídica por danos ambientais: um estudo sobre o caso Samarco em Mariana (MG), Brasil

TABLE OF CONTENTS: 1. *Introdução*. – 2. *Dificuldade e aporias no binômio responsabilidade penal e de entes*. – 3. *Dano ambiental: noções gerais*. – 3.1. *Características do dano ambiental*. – 4. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais*. – 4.1. *Lei de crimes ambientais, nº 9.605 de 1998*. – 4.2. *Instituto da desconsideração da personalidade jurídica*. – 5. *Contextualização do caso Samarco*. – 5.1. *Síntese dos crimes praticados pela Samarco*. – 5.2. *Situação atual*. – 6. *Conclusão*.

1. *Introdução*

A legislação ambiental brasileira é uma das mais completas e vastas do mundo, sendo composta na atualidade por diversos tipos de normas jurídicas: leis, decretos e resoluções, e em todos os níveis da Federação: União, Estados e Municípios, que visam garantir à sociedade, aos órgãos ambientais e ao *Parquet* a eficácia e a celeridade para processar e punir as pessoas físicas ou jurídicas que cometem infrações contra o meio ambiente.

Embora à luz do ordenamento jurídico o meio ambiente possua relevância, as infrações à legislação ambiental perpetradas por pessoas físicas ou jurídicas são cada vez mais rotineiras em todo o território brasileiro. Assim, o arcabouço de normas - em sua maior parte de conteúdo qualitativo - não tem sido suficiente para garantir a tutela do meio ambiente.

Considerando a problemática da efetividade da tutela do meio ambiente no território brasileiro, este trabalho possui por intento a análise dos conceitos de dano ambiental e de responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais, no sentido de fazer uma abordagem crítica e pontual sobre a

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: marinaalcantara7@gmail.com.

² Doutora em Direito (UFMG). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: mvetis@terra.com.br.

³ Pesquisadora de Filosofia do Direito e Bioética da Universidade de Milão-Bicocca. E-mail: silvia.salardi@unimib.it .

tragédia socioambiental⁴ provocada pela ruptura da barragem de rejeitos de Fundão, da mineradora Samarco, localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, em Minas Gerais, em 5 de novembro de 2015, que provocou diversos efeitos no ambiente e nas formas de vida das comunidades atingidas ao longo do Rio Doce e pela costa do Estado do Espírito Santo.

Por meio de pesquisa exploratória com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, descreve as medidas de fiscalização que podem ser adotadas no Brasil pelo poder público, com fulcro na legislação vigente, cumulada com as hipóteses legais que preveem condenações aos infratores. A seguir, descreve os danos e crimes ambientais cometidos no caso Samarco, levando em consideração o que foi noticiado na mídia e os laudos efetivos, bem como a responsabilização por estes danos, e os crimes em espécie aos quais os agentes foram denunciados pelo Ministério Público.

O trabalho assinala o impacto do caso Samarco a um ecossistema, considerando que mais de 26 meses após o pior desastre socioambiental da história do país, milhares de ações sobre a tragédia de Mariana em face da Samarco e de outros responsáveis pela poluição de quilômetros de rios e devastação de povoados se arrastam na Justiça entre centenas de recursos, que se estendem também a punições administrativas. E ainda, enfatiza a importância de que as normas de proteção ambiental possam ser efetivadas no Brasil, no sentido de inibir que outros desastres ambientais ocorram no país.

Diante disso, o estudo busca apresentar uma análise crítica e pontual sobre o desastre ocasionado pelo rompimento da barragem de Fundão e suas consequências socioambientais. O estudo ressalta que não obstante os efeitos e a responsabilidade desta tragédia ainda estejam sendo avaliados, os danos causados ao meio ambiente e às populações atingidas são incomensuráveis, acarretando para muitas das vítimas, sentimentos de dor e de impunidade.

Antes de entrar no mérito da análise estritamente jurídica das questões ambientais para em seguida, aplicar as reflexões efetuadas ao paradigmático caso do desastre ambiental de Bento Rodrigues, é oportuno retomar alguns marcos fundamentais de análise conceitual e do percurso histórico da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. À este tema será dedicada a próxima seção.

⁴ É considerada atualmente a maior tragédia ambiental do Brasil.

2. *Dificuldade e aporias no binômio responsabilidade penal e de entes*

A história da responsabilidade penal da pessoa jurídica é muito antiga. O antigo brocado latino *societas delinquere non potest*, acompanhado pela ideia da necessidade de um *animus* doloso para a atribuição de responsabilidade criminal, por um bom tempo, contribuiu em conjunto para a difusão da concepção individualista sobre manter uma separação entre responsabilidade jurídica e criminal. Em particular, a propagação no século XVII da concepção individualista abriu as portas para duas formas de lidar com a pessoa jurídica atribuível sob as duas teorias históricas: realista e da ficção. Como foram concebidas a responsabilidade penal e a pessoa jurídica à luz de tais teorias? A teoria da ficção, de acordo com a concepção de Savigny exclui a atribuição de responsabilidade para pessoas jurídicas por atos ilícitos dolosos ou culposos dos seus representantes. Sendo a pessoa jurídica uma ficção, necessita de uma relação de representação que permite a atribuição da vontade do indivíduo à pessoa jurídica. Esta última pode ser obrigada somente através de atos negociais e não ilícitos. Aqueles que seguiram e seguem essa teoria não podem deixar de excluir a relação entre responsabilidade penal e pessoa jurídica (OTT, 2003).

Nesta concepção se baseou, por exemplo, as cortes americanas do século XVIII para sustentar o dogma *no soul to damn, no body to kick*. Na Europa, a doutrina francesa tradicional, como a maioria das italianas, faziam apelação para reforçar o princípio *societas delinquere non potest*. Diversa é a posição. para aqueles que defendem a um outro grupo de teorias: os realistas. À luz destas teorias, a pessoa jurídica é inteiramente capaz, tem uma vontade distinta daquela dos indivíduos; ela atua através de órgãos cujos atos não se enquadram no modelo de representação da pessoa física, mas somente através de uma parte. Em consequência são imputáveis à pessoa jurídica esses atos postos no lugar da pessoa física como órgão, no âmbito das suas competências (OTT, 2003, p. 7).

O legado de uma e da outra teoria no pensamento dos juristas modernos ajudou a colocar um véu de obscuridade sobre o tema objeto de nossa análise, contribuindo diretamente ou indiretamente ao reforço da *societas delinquere non potest*. Se as teorias da ficção têm contribuído para excluir qualquer relação entre responsabilidade penal e pessoa jurídica; as teorias realistas contribuíram para confundir as ideias tanto porque conduziram ao princípio de que o objeto de disciplina normativa é conduzido não por um indivíduo, mas por um super-

homem, quanto porque não esclarecem que tipo de responsabilidade pode vir atribuída à pessoa jurídica: pessoal, objetiva, etc.

O problema básico de todas as teorias que se enquadraram em um ou em outro formato é a definição do conceito de pessoa jurídica *per relationem* à pessoa física. Este método de definição de pessoas jurídicas, dependente da definição do que a pessoa física é ou não é, já encontra-se superado pela tese kelseniana que define a pessoa jurídica como expressão unitária de um complexo de normas, que é de uma ordem... que regula o comportamento de uma pluralidade de homens (KELSEN, 1962, p. 320).

As possibilidades abertas por essa teoria e subsequentes remodulações permitiram-na alcançar em muitos países do mundo⁵, a partir dos anos 90 do século passado, uma disciplina jurídica destinada a punir infracções penais contra o meio ambiente cometidas por pessoas jurídicas entendidas como entes ou sociedades de responsabilidade limitada, que por longo tempo permaneceram sem *reо*.

A configuração de origem kelseniana, com alterações posteriores, permitiu na verdade enxergar as pessoas jurídicas de um novo modo em relação às teorias tradicionais. Na verdade, lançou luzes a esse quadro jurídico incorporado pelo conceito de pessoa jurídica, refere-se a comportamentos dos indivíduos, ou melhor, de uma pluralidade de indivíduos. O "conjunto" de indivíduos organizados para atingir determinados fins é a principal característica dos entes. Diante de tal fenômeno, a responsabilidade muda e é articulada de forma diferente. As categorias de responsabilidade que entram em jogo são, ao lado da responsabilidade pessoal, também a objetiva e indireta,. O caráter objetivo de tal responsabilidade, mitigado através do elemento negligente, é dificilmente superável. Quando se estabelece que a entidade como um todo e , portanto, não o administrador individualmente deve se submeter a uma sanção penal, é quase certo que as repercussões de tais sanções serão sentidas mesmo pelos indivíduos que não têm nada a ver com o crime. A responsabilidade da instituição, nesse caso, nunca é pessoal em sentido estrito, mas objetiva, muitas vezes na subcategoria da responsabilidade indireta: a instituição é responsável e todos os indivíduos que dela dependem sofrerão as

⁵ Por exemplo, na França em 1994 foi introduzida no Código Penal a responsabilidade penal das pessoas morais ; na Itália o legislador introduziu em 2001 o Decreto Legislativo n. 231 intitulado «Disciplina da responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas, das sociedades e das associações ainda privadas de personalidade jurídica».

consequências da sanção , sejam eles os autores materiais de ilícitos ou não (também porque muitas vezes o autor real não é identificável). Existe apenas um caso em que a responsabilidade pode se dizer pessoal, aquele em que a instituição nasceu com fins ilícitos, por exemplo uma organização criminosa: se pode supor, neste caso, que todos os sujeitos que trabalham para e na instituição conheçam a ilegalidade de seus atos.

A revisão do conceito de pessoa jurídica contribuiu para o que tem sido denominado “urgência da prática”, ou seja, os sempre mais frequentes e catastróficos danos ambientais, impõe, nos anos 90 do século passado em muitos países europeus e além, a virada para a responsabilidade penal das instituições, embora não sempre com escolhas sem ambiguidade.⁶ É a partir desse período que não somente se começa a temer os danos financeiros e sociais determinados, por exemplo, pelo fracasso das sociedades, mas o *punctum dolens* das atividades de muitas empresas e sociedades se tornam precisamente temidas pelas repercussões negativas de certas atividades, muitas vezes ilegais, na saúde humana, devido a danos ao meio ambiente ou por produtos defeituosos. Não se pode permitir que aqueles que realizam tais atividades sejam declarados irresponsáveis e sujeitos a sanções civis ou administrativas que não envolvam todos os efeitos da sanção penal em termos de estigmatização e, portanto, afetam a reputação das instituições. E é assim que, também no Brasil, em 1998, se aprova uma Lei que prevê, a partir do ditame constitucional, uma responsabilidade penal de pessoas jurídicas. No entanto, isso não impediu a ocorrência de um dano ambiental catastrófico em 2015, que será levado em consideração nos parágrafos seguintes. Primeiro, no entanto, é importante abordar o conceito de dano ambiental no sistema jurídico brasileiro.

3. Dano ambiental: noções gerais

O dano ambiental surge da violação a um direito juridicamente protegido, ferindo a garantia constitucional, inserida no artigo 225 da Carta Magna de 1988, que assegura à coletividade um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos seguintes termos:

⁶ É o caso do legislador italiano que qualifica como ‘administrativa’ a responsabilidade no título dado ao decreto legislativo, inobstante a disciplina seja intrínseca de elementos penalísticos (Conforme SALARDI, 2005).

«Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 2016)».

Para isso, não basta que certo comportamento altere negativamente ou prejudique o meio ambiente, é preciso que haja uma norma que proíba determinada atividade ou proteja certo bem ambiental.

Assinala Antunes (ANTUNES, 2010, p. 248) os aspectos culturais e ideológicos que cercam a relação entre o ser humano e a natureza que, segundo ele, é uma dicotomia necessária «[...] para que o modo de produção capitalista pudesse justificar a apropriação da matéria prima, para que pudesse justificar a transformação das realidades naturais em proveito da indústria e da acumulação de capital».

Nesse sentido, o filósofo francês Luc Ferry (2009) assim dispõe:

«Pois o homem é, por excelência o ser da antinatureza. É de fato a sua diferença específica em relação aos outros seres, inclusive os que parecem mais próximos deles: os animais. É por isso que ele escapa aos ciclos naturais que ele tem acesso à cultura e mesmo acesso à moralidade que supõe um ser para a lei e não somente para a natureza. É por não estar limitada pelo instinto ou pelos processos biológicos que a humanidade possui uma história, que as gerações se sucedem mas não se assemelham em tudo ao passo que o reino animal observa uma perfeita continuidade. (FERRY, 2009, p. 37)».

Todavia, uma mudança de paradigma em relação a tutela ambiental se tornou perceptível a partir da década de 1980, tendo como marco inicial a promulgação da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente n. 6.938 de 31 de agosto de 1981, que passou a definir meio ambiente como «o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas» (art.3º, I).

Nessa esteira, José Afonso da Silva, citado por Luís Paulo Sirvinskas (2011), conceitua meio ambiente como «a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas».

Vale lembrar que a Lei n. 6.938/81 sofreu forte influência internacional, oriunda da Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, Suécia, no ano de 1972. Também foi influenciada pela experiência legiferante norte americana, especialmente pela lei do ar puro, pela lei da água limpa e pela criação do estudo de impacto ambiental, todos da década de 1970.

No entanto, na definição adotada em nossa legislação, não existe a concepção expressa do que é, ou em que se constitui o dano ambiental. Tal desconforto conceitual encontrado em termos legais não ocorre somente no Brasil, como afirma Polido (2005, p. 25):

«A dificuldade demonstrada quando da utilização de termos legais nem sempre precisos não constitui privilégio da legislação brasileira, pois em todo o mundo o problema é encontrado. Prova disso está impressa na definição dada pelo Conselho da União Europeia, ao termo meio ambiente: A combinação de elementos cujas complexas inter-relações estabelecem o marco e as condições da vida, tal como são ou como são percebidos, pelos indivíduos e pela sociedade».

Ademais, nota-se que o legislador, por meio da Lei n. 6.938/81, vincula poluição e degradação ambiental, ao destacar que a poluição é consequência da degradação, sendo essa última resultado de qualquer atividade que, direta ou indiretamente, afete o meio ambiente.

Outros doutrinadores arriscaram-se a adentrar nessa seara e elaborar uma conceituação para dano ambiental. Em vista disso, muito esclarecedores são os ensinamentos de Morato Leite, Dagostin e Schimidtz (2002, p. 467):

«Toda lesão a algum bem que seja juridicamente protegido configura-se um dano. Qualquer diminuição ou alteração de um bem destinado à satisfação de um interesse, deve ser evitada tanto em seu aspecto patrimonial quanto no extrapatrimonial, devendo haver reparação integral. Ora, se o meio ambiente é um bem protegido juridicamente, e sua definição legal é amplíssima, pode-se dizer que toda alteração nociva a qualquer dos muitos elementos que o compõem, constitui-se em dano ambiental».

Embora a Lei 6.938/81 tenha oferecido um norte ao tentar definir os conceitos de poluição e degradação ambiental, criando meios para a concretização do dano ambiental, para se entender seu alcance é necessário compreender a complexidade do meio ambiente, este conjunto de elementos

essenciais à vida, onde a degradação de apenas um componente poderá colocar em risco o perfeito funcionamento do todo.

Na atualidade, pode-se concluir que ainda não há um conceito preciso para dano ambiental, Milaré (2011) salienta que o conceito de dano ambiental, assim como o de meio ambiente, é aberto, ou seja, sujeito a ser complementado casuisticamente, de acordo com cada realidade concreta que se apresente ao intérprete. O conceito de dano ambiental deve atingir as lesões de caráter patrimonial e extrapatrimonial, como também devem abranger não apenas o meio ambiente natural, com também o artificial, cultural e o meio ambiente do trabalho.

3.1. Características do dano ambiental

Considerando a abstração do conceito legal de meio ambiente definido pela Lei n. 6.938/81, a doutrina apontou algumas particularidades comuns a esse instituto. Uma das correntes que se manifesta sobre o tema é a trazida por Edis Milaré, que indica como características do dano ambiental: a pulverização de vítimas, a difícil reparação e a difícil valoração do dano ambiental e ecológico.

A diferença entre o dano ambiental e o chamado dano comum ou tradicional, consiste no fato de que, enquanto o último atinge um determinado indivíduo ou um grupo de vítimas, aquele atinge, necessariamente uma coletividade difusa de vítimas, «mesmo quando alguns aspectos particulares da sua danosidade atingem individualmente certos sujeitos» (MILARÉ, 2001, p. 423).

Outra característica do dano ambiental é a difícil reparação. O art. 225, §3º da CF determina que:

Art. 225: §3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar o dano.

Sobre o assunto, assinala Antunes (2010, p. 252):

«Aquele que tenha sido condenada por crime contra o meio ambiente não está isento da obrigação de reparar o dano causado como, também, não estará isento de pena se, após ter causado o dano ambiental, resolver repará-lo. A sanção administrativa tem

uma função eminentemente repressiva e pedagógica. É exercida para que o poluidor e a sociedade saibam que não é admissível a prática de ilícitos ambientais».

Ocorre que, na maior parte dos casos, a reestruturação do meio ambiente ao seu *status quo ante* é muito difícil ou até mesmo impossível e a mera reparação pecuniária é sempre insatisfatória e inapta a recompor o dano.

O que se observa atualmente é que a sociedade tem dado muita ênfase à reparação do dano ambiental. Entretanto, não resta dúvida que nesta matéria devemos concentrar esforços na prevenção.

Por fim, o dano ao meio ambiente é de difícil valoração. Esta característica é consequência direta da anterior, tendo em vista a dificuldade de se estabelecer parâmetros financeiros de reparação. Nem sempre é possível quantificar o dano ambiental. Isso ocorre porque os recursos naturais não têm valor econômico, e além dos danos de ordem material, pode-se pleitear também a reparação por danos morais ambientais.

4. Responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 173, §5º, que os crimes cometidos por pessoas jurídicas deviam ter suas penas cumpridas de acordo com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica ou até mesmo contra a economia popular. O legislador constituinte também se preocupou em dedicar um capítulo para o meio ambiente, onde no artigo 225, §3º, afirma que as condutas atentatórias ao meio ambiente seriam passíveis de uma sanção penal, abrangendo inclusive às pessoas jurídicas.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 inaugura a tutela constitucional do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988). Pela primeira vez, o direito ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, ganhou status constitucional, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, caput, da CF).

Segundo os ensinamentos de Edis Milaré (2009, p.144):

«De fato, a Carta Brasileira erigiu o meio ambiente à categoria de um daqueles valores ideias da ordem social, dedicando-lhe, a par de uma constelação de regras

esparsas, um capítulo próprio que, definitivamente, institucionalizou o direito ao meio ambiente saudável como um direito fundamental do indivíduo».

O aumento cada vez mais maior de atos de degradação ambiental, praticados principalmente por grandes empresas, assim como a conscientização da população em relação a necessidade de realização do desenvolvimento econômico sustentável, associado a uma noção de meio ambiente como direito difuso e transindividual, exigiram uma tutela mais eficiente deste bem jurídico.

A partir da nova ordem constitucional instituída em 1988, o meio ambiente passou a ser tratado como direito fundamental, de caráter difuso, transindividual, indivisível, cuja titularidade pertence a todos os seres humanos, tendo sido a matéria disciplinada pelo artigo 225 da CF/88.

«Art. 225, caput. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988)».

No parágrafo 3º do art. mencionado, está previsto que «as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar o dano» (BRASIL, 1988).

Na esfera ambiental, portanto, um dano pode gerar a seu causador responsabilidade criminal, civil e administrativa, sem que a punição em duas ou até mesmo nas três esferas configure *bis in idem*. É importante ressaltar, porém, que a tríplice responsabilidade ambiental é permitida, mas não necessária. Isto é, somente haverá sanção em todas as esferas se o fato configurar infração administrativa e infração penal e também gerar o dever de indenizar.

De acordo com entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, tal dispositivo constitucional teria iniciado no Brasil o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, mesmo com a expressa previsão constitucional admitindo a responsabilização penal da pessoa jurídica, o tema gerou controvérsia e polêmica entre os doutrinadores brasileiros, havendo aqueles que defendem que a Constituição (BRASIL, 1988) não previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas tão somente a sua responsabilidade administrativa.

É certo que a Constituição Federal, em duas situações, cuidou da responsabilidade da pessoa jurídica (crimes econômicos e ambientais – CF, artigos 173, §5º e 225, §3º). Por enquanto, apenas no que concerne aos crimes ambientais o assunto foi regulamentado (Lei 9605/1998, art. 3º). Contudo, até hoje a doutrina discute se essa responsabilidade tem ou não caráter penal (GOMES; GARCÍA; BIANCHINI, 2007).

Conforme Bittencourt (2000, p.165) complementa:

«A conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria Geral do Crime, é produto essencialmente do homem, repudiando não só a hipótese de a conduta ser atribuída à pessoa jurídica, mas também a interpretação de que a Constituição teria dotado a pessoa jurídica de responsabilidade penal».

Nesse *interim*, aqueles que acreditam na inexistência de previsão constitucional a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, interpretam a disposição constitucional segundo o entendimento de Walter Coelho (1998, p.48), o qual afirma que, o § 3º do artigo 225 relaciona sanções penais às pessoas físicas e sanções administrativas às pessoas jurídicas.

Ainda que, nem a lei nem a Constituição Federal vinculem a responsabilidade da pessoa jurídica à da pessoa física, parte da doutrina, bem como o Superior Tribunal de Justiça (STJ), adotavam a Teoria da Dupla Imputação Necessária, segundo a qual a pessoa jurídica somente poderia integrar o polo passivo de uma ação em litisconsórcio necessário com uma pessoa física, conforme se depreende do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura no Recurso em Mandado de Segurança nº 27.593-SP:

«Com efeito, esta Corte assentou o entendimento no sentido de que, nos crimes ambientais, é necessária a dupla imputação, pois não se admite a responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio».

Não obstante a divergência de posicionamentos referente ao tema, prevalece entre os juristas brasileiros a aceitação da previsão constitucional de responsabilização penal da pessoa jurídica. Nessa esteira, Castelo Branco (2001, p.59) sustenta:

«Não há dúvida de que o propósito dos dispositivos constitucionais foi o de determinar que as pessoas jurídicas, independentemente da responsabilidade individual de seus dirigentes, incorram, também, numa responsabilização civil, administrativa ou penal, pelos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e a economia popular e contra o meio ambiente».

Afirma Fernando Galvão que o Poder Constituinte Originário fez a opção política de responsabilizar o ente coletivo pela prática de crime, buscando demonstrar que essa nova perspectiva de responsabilidade se apoia, dogmaticamente, em uma nova perspectiva do Direito Penal (GALVÃO, 2002).

Dessa forma, podemos concluir que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma grande inovação ao admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, que passou a ser disciplinada pela Lei 9.605/98.

4.1. *Lei de crimes ambientais, nº 9.605 de 1998*

Diante das inúmeras mudanças geoclimáticas bem como a crescente degradação da natureza, não resta dúvida da real necessidade de se estabelecer uma proteção adequada e eficiente para conservação ambiental. Em vista disso, tornou-se necessária a criação de uma legislação destinada a cuidar de forma mais meticulosa da tutela penal e administrativa do meio ambiente, para assim, completar o sistema do direito ambiental brasileiro.

Por conseguinte, foi criada a Lei n. 9.605, de fevereiro de 1998, que regulamenta a responsabilidade penal e administrativa da pessoa jurídica, permitindo também a responsabilização da pessoa física autora e coautora da infração. A promulgação da Lei de Crimes Ambientais demonstra um certo amadurecimento da sociedade brasileira em termos de consistência ambiental pois, pela primeira vez em nossa legislação, o crime ambiental passou a ser tipificado com possibilidade de sanção a quem agride o meio ambiente.

De acordo com o artigo 21 da Lei n. 9.605/98, as sanções cabíveis à pessoa jurídica são: multa; restritivas de direitos; e, prestação de serviços à comunidade. Em certos casos há, ainda, a possibilidade de substituição de penas de prisão por penas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade, caso em que a punibilidade é extinta mediante a apresentação de laudo que comprove a recuperação do dano ambiental.

Dessa forma, os casos que não puderem ser solucionados na esfera administrativa ou civil, poderão ter a interferência penal. Logo, tratando-se de crimes ambientais, poderá haver, se necessário, as três de formas de responsabilidade cumulativamente, porém, cada uma determinando formas de sanção distintas.

É importante lembrar que, no que se refere aos crimes ambientais, sua proteção consiste mais na eminência do perigo do que no próprio dano em si, destacando-se o princípio da prevenção do direito ambiental, de modo a antecipar a proteção e garantir a segurança do meio ambiente.

Nestes termos, o perigo pode ser classificado em concreto, abstrato ou presumido, onde «nem sempre é possível encaixar o direito criminal ambiental, delineado pela Constituição Federal, nos preceitos do direito penal tradicional, tendo em vista suas características peculiares» (FIORILLO; CONTE, 2012).

Ademais, a categoria de crimes ambientais abrange, além dos danos causados a fauna e a flora, os danos que afetam o patrimônio cultural e urbano e até mesmo aqueles que impedem de alguma forma a fiscalização que seria feita por parte da administração pública, sendo todos passíveis de pena pelas normas reguladas na Lei de Crimes Ambientais.

4.2. Instituto da desconsideração da personalidade jurídica

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem como objetivo à suspensão temporária da pessoa jurídica, para que os seus sócios, gerentes e administradores, possam ser responsabilizados judicialmente. De acordo com Flávio Tartuce «permite ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidades dos sócios» e, ainda explica o mesmo autor que «o escudo, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador» (TARTUCE, 2012, p. 148).

Ocorre que, no direito brasileiro, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, é mais utilizado no âmbito do Direito Civil, onde se retira o manto da pessoa jurídica, para se atingir os bens dos sócios devedores ou que cometem fraudes.

Porém, no que tange aos crimes ambientais, essa desconsideração é tratada no art. 4º da lei 9.605/98 (BRASIL,), que estabelece o seguinte: «Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo

ao resarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente». Mostrando que, quando trata de crimes contra o meio ambiente os responsáveis pela empresa podem ser penalizados pelos danos cometidos no exercício de suas funções.

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

«AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública ambiental, em fase de execução – Desconsideração da personalidade jurídica – Inclusão dos sócios no polo passivo da demanda – Previsão contida no artigo 4º da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) – Dispositivo de índole civil – Aplicação da teoria menor – Desnecessidade de comprovação de abuso ou fraude – Recurso não provido. [...] O agravo, contudo, não merece provimento. No presente caso, estamos adstritos à delimitação do objeto pretendido, no caso, o pedido de afastamento da decisão que manteve o decreto de desconsideração de personalidade jurídica e redirecionamento da execução aos sócios. [...] Analisados os autos detidamente, não se constata desacerto na decisão proferida. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica em matéria ambiental está disciplinada no artigo 4º da Lei 9.605/1998 Lei de Crimes Ambientais, *in verbis*: “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao resarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. *Com efeito, em demandas que tenham por objeto a proteção do meio ambiente, as entidades jurídicas podem ser desconsideradas sempre que a personalidade for óbice ao resarcimento dos danos causados, alcançando-se as pessoas físicas por ela responsáveis*. Adota-se, pois, a teoria menor da desconsideração, sendo admitida de forma objetiva, ou seja, sem se perquirir eventual conduta dolosa ou culposa dos sócios e/ou dos administradores. [...] Evidente, portanto, que, em matéria ambiental, o ordenamento jurídico optou pela proteção desse patrimônio em detrimento da proteção à personalidade das pessoas jurídicas. Em adição, importa remarcar que, embora a regra da desconsideração da personalidade jurídica esteja disciplinada na Lei de Crimes Ambientais, o dispositivo é de índole civil, aplicando-se, pois a demandas dessa natureza. Portanto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em matéria ambiental tem inteira aplicação no caso dos autos, uma vez que há evidência de que a “a empresa vem dificultando o cumprimento do julgado”, conforme destacado pelo MM. Juízo a quo (fl. 23). Assim, acertada a decisão do juízo monocrático que determinou o redirecionamento do cumprimento de sentença aos sócios, inexistindo, pois, situação apta a justificar a reforma da decisão agravada. (TJ-SP - AI: 20080875220168260000 SP 2008087-52.2016.8.26.0000, Relator: Magalhães Coelho, Data de Julgamento: 29/02/2016, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/03/2016)».

Portanto, se os entes personificados cometem delitos ambientais de forma consciente e por vontade própria, visando a garantia de interesses particulares, pode-se concluir que é absolutamente plausível figurarem no polo passivo de uma ação penal.

5. Contextualização do caso samarco

Em novembro de 2015, a vida dos moradores do município de Mariana/MG, foi marcada pelo rompimento das barragens de Fundão e Santarém, pertencentes à mineradora Samarco S/A, que transbordaram, despejando milhões de metros cúbicos de rejeitos minerais na foz do Rio Doce.

Criadas para receberem os rejeitos advindos do processo de extração de minério de ferro pela mineradora Samarco S/A, as barragens de Fundão e Santarém estavam localizadas em um complexo que, ironicamente, se chamava “Alegria”.

De acordo com relatório preliminar do IBAMA (2015), a barragem de Fundão continha 50 milhões de m³ de rejeitos de minério de ferro, sendo que houve um vazamento de 34 milhões de m³ desses rejeitos, que foram lançados no meio ambiente.

A princípio, a lama atingiu a barragem de Santarém, resultando em uma onda de lama tóxica, que percorreu 55km no rio Gualaxo do Norte até desaguar no rio do Carmo, «os rejeitos percorreram outros 22 km até seu encontro com o rio Doce. Através do curso deste, foram carreados até a foz no Oceano Atlântico, chegando no município de Linhares, no estado do Espírito Santo» (IBAMA, 2015, p. 3).

Como consequência do rompimento da barragem, resumidamente, tem-se que: 19 pessoas morreram (G1, 2016); o povoado de Bento Rodrigues foi destruído; diversas comunidades foram afetadas pela lama; comunidades indígenas e tradicionais afetadas na pesca e outros usos tradicionais da água; mais de 600 refugiados - refugiar: retirar-se para lugar em que haja segurança, proteção, segundo Houaiss (2009, p. 1633);

impactos econômicos em cidades dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo (queda da arrecadação); desemprego; impacto ambiental incalculável.

O Ministério Público Federal de Minas Gerais, denunciou as empresas Samarco, Vale e BHP Billiton, além de 22 funcionários da alta cúpula da empresa, pelo rompimento da barragem de Fundão.

Os denunciados respondem pelos crimes de suspeita de homicídio com dolo eventual (quando se assume o risco de matar), inundação, desabamento, lesões corporais graves e crimes ambientais em decorrência da tragédia (EL PAÍS, 2017).

No início de 2016, a União e os Governos de Minas Gerais e do Espírito Santo assinaram um acordo de indenização com a Samarco, a Vale e a BHP que determina a destinação de R\$20 bilhões ao longo de quinze anos para a população atingida e a recuperação da bacia do rio Doce. Acordo contestado pelo Ministério Público e que havia sido suspenso pelo Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, para Medeiros e Alcadipani (2013a) os prejuízos sociais são muito maiores do que os econômicos, em se tratando de crimes corporativos, além disso, há uma grande dificuldade de mensuração de tais prejuízos, visto que são imateriais e que esses custos nem sempre são revelados para que não ocorra um impacto negativo nos negócios envolvidos.

5.1. *Síntese dos crimes praticados pela samarco*

Dante das considerações gerais já feitas ao longo deste trabalho, podemos afirmar que, hoje em dia, no que se refere à responsabilidade criminal por danos ambientais, a jurisprudência brasileira é pacífica. Assim, passemos a analisar algumas das infrações praticadas pela Samarco, de acordo com o laudo preliminar do IBAMA.

Segundo o Auto de Infração 19-E de 12/11/2015 do IBAMA, houve: «carreamento de rejeito de mineração e perecimento de espécimes da biodiversidade (fauna e recursos pesqueiros) na área diretamente afetada e ao longo do rio Doce, em decorrência do rompimento da barragem de Fundão»

(IBAMA, 2015, p. 1), configurando-se o crime previsto no artigo 33 da Lei de Crimes Ambientais: «Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras» (BRASIL. Lei 9.605/98, artigo 33).

Já Auto de Infração 9082395-E de 12/11/2015 do IBAMA relata a seguinte conduta: «Lançar resíduos sólidos e líquidos (rejeito de mineração de ferro) nas águas do rio Doce, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou atos normativos» (IBAMA, 2015, p. 1).

Conforme o Auto de Infração 24-E de 12/11/2015 do IBAMA, a Samarco foi autuada por: «Causar poluição hídrica com carreamento de rejeitos de mineração procedentes do sistema de deposição da barragem Fundão, causando necessária interrupção do abastecimento público de água da comunidade do município de Governador Valadares/MG» (IBAMA, 2015, p. 1).

Por fim, o Auto de Infração 21-E de 12/11/2015 do IBAMA descreve a seguinte prática: «Causar poluição no rio Doce, nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, por meio do lançamento de rejeito de mineração de ferro, provocando a mortandade de animais ao longo do rio e resultando em risco à saúde humana» (IBAMA, 2015, p. 1).

Das condutas enunciadas, pode restar configurado o crime do artigo 54 da Lei de Crimes Ambientais: «Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora» (Brasil. Lei 9.605/98, artigo 54), duplamente qualificado pela «poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade» (Brasil. Lei 9.605/98, artigo 54, § 2, inciso III) e por ser resultante de «lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos» (Brasil. Lei 9.605, 1998, artigo 54, § 2, inciso V).

Nesse caso, pode haver, ainda, aumento da pena⁷, tendo em visto que houve dano irreversível ao meio ambiente, bem como a morte de 19 pessoas. A Samarco pode responder também, pelo crime tipificado no artigo 69-A da Lei

⁷ Previsto no artigo 58 da Lei 9.605/98.

9.605/98⁸, se for comprovado que, durante o licenciamento (inicial ou renovação de licenças) das barragens, a empresa apresentou estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso.

Esses são apenas algumas das infrações cometidas pela Samarco S/A, na esfera ambiental. Ao todo, o IBAMA aplicou 24 Autos de Infração à mineradora, relacionados ao rompimento da barragem.

Além disso, sete pessoas foram indiciadas pela Polícia Civil, e 22 pessoas foram denunciados pelo MPF, por crimes de homicídio qualificado, dolo eventual e poluição de água potável, dentre elas, Ricardo Vescovi, atual ex-presidente da empresa, que em razão aos fatos, foi afastado do cargo (SOUZA, 2016).

Durante as apurações sobre as causas da tragédia, entre dezembro de 2015 e janeiro de 2016, através de gravações obtidas com autorização judicial, foi possível apurar conversas entre funcionários da Samarco, a respeito de quais informações deveriam ou não repassar à polícia durante as visitas dos agentes ao local da tragédia (EL PAÍS, 2017).

Segundo matéria publicado no portal de notícias El País, as gravações também demonstraram que:

«[...] ex-diretores da mineradora combinaram uma estratégia de reforçar a tese de que tremores de terra na região teriam causado a ruptura da barragem, tirando assim o foco da imprensa das alterações estruturais feitas pela empresa na barragem que rompeu - investigações apontaram posteriormente que foram essas mudanças no reservatório a causa da tragédia».

Com efeito, a responsabilidade criminal pelo dano decorreu da imprudência de empregados, ou mesmo da decisão deliberada da direção da pessoa jurídica em não promover ações de segurança. O rompimento das barragens pode ser considerado consequência da incúria da empresa em não gastar com precauções. Portanto, não há dúvidas de que houve dolo eventual, pois a empresa assumiu os riscos em nome dos lucros.

⁸ Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

5.2. Situação atual

As informações obtidas até o momento dão conta de que: a ação penal movida contra a Samarco, que ficou suspensa durante cinco meses, foi retomada no início de novembro de 2017, todavia, o material produzido a partir de diálogos transcritos de chats e e-mails corporativos foi anulado pelo juiz da ação (EL PAÍS, 2017).

A Samarco recorreu de todos os 24 Autos de Infração aplicados pelo IBAMA. Através de levantamento averiguou-se que:

«[...] 22 [autos de infração] ainda estão na primeira instância administrativa do órgão e outros dois na segunda; se perder nas duas instâncias, a empresa ainda pode recorrer à Justiça, somando suas penalidades à longa lista de multas do Ibama ainda não pagas devido ao grande número de recursos disponíveis». (BEDINELLI, 2017)

Ao todo foram 68 multas aplicadas pelo IBAMA e governos dos estados de MG e ES, que totalizam 552 milhões de reais. Até o momento, apenas a entrada de uma multa, parcelada em 59 vezes, foi paga.

Além disso, milhares de ações judiciais contra a Samarco, de pessoas que afirmam terem sido afetadas pelo rompimento da barragem, foram temporariamente suspensas na Justiça comum de Minas Gerais, em julho, para que o Judiciário analise um pedido da empresa (BEDINELLI, 2017).

A mineradora quer que a Justiça aplique uma medida chamada de Incidente de Demanda Repetitiva nos processos, fazendo com que todas as causas tenham a mesma solução, independentemente da demanda (BEDINELLI, 2017).

6. Conclusão

Este estudo intentou analisar a problemática do dano ao meio ambiente e a responsabilidade aplicada às pessoas jurídicas que cometem crimes ambientais, levando-se em consideração o caráter de indisponibilidade vinculado ao meio ambiente, que não pode restar prejudicado, uma vez que está ligado diretamente à sobrevivência e qualidade de vida dos seres.

Dante da importância deste tema, bem como o aumento da degradação ambiental, provocado em grande escala pelas indústrias, se tornou indispensável

a tutela penal, trazida pela Constituição e pela Lei nº 9.605 de 1998, que atuam em conjunto com o direito civil e administrativo, formando a tríplice responsabilidade.

Uma das principais atividades que geram riqueza ao país é a mineração, porém são muitos os impactos negativos ocasionados por elas, reforçando com isso a necessidade da efetiva tutela penal para coibir e controlar seu exercício, evitando que a economia caminhe à frente do meio ambiente.

Neste sentido, passamos a análise do rompimento da barragem de Fundão em Minas Gerais, que gerou uma onda de lama residual, atingindo cerca de setecentos quilômetros ao longo de diversos municípios dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo.

Durante sua trajetória até o mar do Espírito Santo, trouxe consequências ambientais e sociais extremamente graves e onerosas, tais como contaminação de rios, alteração na qualidade e quantidade de água, bem como a suspensão do abastecimento; destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa; mortandade de animais de produção e impacto à produção rural e ao turismo; a morte de 19 pessoas; isolamento de áreas habitadas; desalojamento de comunidades pela destruição de moradias e estruturas urbanas; fragmentação de habitats; restrições à pesca; mortandade de animais domésticos; mortandade de fauna silvestre; dificuldade de geração de energia elétrica pelas hidrelétricas atingidas; além da sensação de perigo e desamparo da população em diversos níveis.

O MPF de Minas Gerais denunciou as empresas Samarco, Vale, e BHP Billiton, além de 22 funcionários. O recebimento da denúncia representa um certo avanço no que diz respeito à responsabilidade penal de empresas que causam danos ao meio ambiente. Porém, até o momento, não houve nenhuma condenação, e a empresa Samarco pagou cerca de 1% do valor das multas ambientais que foram aplicadas (BEDINELLI, 2017).

Em detrimento disso, a lama de rejeitos da Samarco levou consigo 19 vidas, destruiu completamente o vilarejo de Bento Rodrigues, ceifou a vida e o ecossistema do Rio Doce, além de tantos outros danos morais e psicológicos que dificilmente serão reparados.

Diante do exposto, o que temos é a impunidade e a morosidade da Justiça em oferecer uma resposta satisfatória aos milhares de atingidos pelo rompimento da barragem de Fundão. Todos esses acontecimentos refletem um conceito conhecido como injustiça ambiental (LEROY, 2011, p. 1):

«Entendemos por *injustiça ambiental* o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis». (Declaração de princípios disponível em: <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229>)

A análise dos inúmeros casos de injustiça ambiental existentes no país nos convida a olhar a questão ambiental de forma conectada à questão social e econômica. Além de mostrar a ligação entre essas três categorias, ela aponta o mercado neoliberal como sendo o núcleo gerador da insustentabilidade (LEROY, 2011).

De acordo com Medeiros e Alcadipani (2013a), essa perspectiva quantitativa, ligada a um consumismo em detrimento de sentimentos humanísticos é também uma característica da sociedade unidimensional, que submete a vida a uma repressão e escravidão em troca de um padrão de vida mais próspero. Logo, há uma valorização monetária, material e quantitativa em detrimento de fatores qualitativos, humanos e sociais.

Diante das inúmeras mudanças geoclimáticas bem como a crescente degradação da natureza, não resta dúvida da real necessidade de se estabelecer uma proteção adequada e eficiente para conservação ambiental. Em vista disso, tornou-se necessária a criação de uma legislação destinada a cuidar de forma mais meticulosa da tutela penal e administrativa do meio ambiente, para assim, completar o sistema do direito ambiental brasileiro.

Deste modo, conforme foi evidenciado, a Lei de Crimes Ambientais reordenou a legislação ambiental brasileira no que se refere às infrações e punições. Uma das maiores inovações do mencionado diploma normativo foi determinar que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras da infração.

Por outro lado, embora na atualidade o estado brasileiro possua um conjunto de leis ambientais consideradas excelentes, estas nem sempre são adequadamente aplicadas, por inexistirem recursos e capacidades técnicas para executar a lei plenamente em todas as unidades federativas. Assim, não obstante os avanços representados pela legislação específica, o Brasil carece de mecanismos de fiscalização e apuração dos crimes contra o meio ambiente.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL' AMBIENTE

- SAGGI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

Além disso, para a eficácia da legislação ambiental, é necessário mais do que apenas a normatização de vias de comando e controle. São necessárias outras políticas públicas, como ações junto às comunidades na conscientização e divulgação de projetos educacionais, com investimentos nos aspectos direcionados para a sustentabilidade, mudança de hábitos de consumo e modos de vida. Um meio ambiente saudável e equilibrado é direito de todos os cidadãos, logo, é um dever de todos divulgar e lutar pela aplicação das Leis que protegem o meio ambiente.

RESUMO

Marina Santos De Alcântara, Margareth Vetus Zaganelli, Silvia Salardi-*Responsabilidade penal da pessoa jurídica por danos ambientais: um estudo sobre o caso Samarco em Mariana (MG), Brasil*

O presente artigo aborda a responsabilidade penal da pessoa jurídica por meio do estudo do caso Samarco, considerado o maior desastre ambiental ocorrido no Brasil, provocado pela ruptura da barragem de rejeitos de Fundão da Samarco Mineradora, que afetou cerca de setecentos quilômetros ao longo do Rio Doce e dos municípios dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. Para o desenvolvimento deste trabalho foi utilizado metodologia de natureza exploratória, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O trabalho apresenta uma análise crítica e pontual sobre o desastre ocasionado pelo rompimento da barragem de Fundão e suas consequências socioambientais, assinalando que não obstante os efeitos e a responsabilidade desta tragédia ainda estejam sendo avaliados, os danos causados ao meio ambiente e às comunidades atingidas são incomensuráveis.

PALAVRAS-CHAVE: *dano ambiental; responsabilidade penal da pessoa jurídica; Samarco Mineradora .*

ABSTRACT

Marina Santos De Alcântara, Margareth Vetus Zaganelli, Silvia Salardi-*Criminal liability of corporations for environmental damages: the case study of Samarco in Mariana (MG), Brasil*

The paper investigates the criminal liability of corporations in relation to environmental damages in Brasil. After a brief conceptual and historical framework, the focus is on the legal features of penal liability of corporations in the Brasilian constitutional and legislative system. This legal analysis frames the considerations made in the last part of the paper in relation to the worst environmental tragedy in the history of Brasil: The Bento Rodrigues dam disaster occurred on November 5th, 2015.

KEYWORDS: *environmental damage; criminal liability of corporations;*

Samarco mining.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BEDINELLI, Talita. *Samarco pagou só 1% do valor de multas ambientais por tragédia de Mariana.* El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/08/politica/1502229456_738687.html> Acesso em: 26 nov. 2017.
- BRANCO, Fernando Castelo. *A pessoa jurídica no processo penal.* São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em: 22 de nov. de 2013.
- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 18 nov. 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. In: Diário Oficial da União. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 23 nov. 2017.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL' AMBIENTE

- SAGGI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

BRASIL. *Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão*, em Mariana, Minas Gerais. In: *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA*. Minas Gerais, 2015.

Disponível em:
http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias_ambientais/laudo_tecnico_preliminar.pdf. Acesso em: 23 nov. 2017.

COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. 2.ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

FERRY, Luc. *A nova Ordem Ecológica: a árvore, o animal e o homem*. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes ambientais*. São Paulo, Saraiva, 2012. p.25.

GALANTER, Marc. *The radiating effects of courts. Empirical theories of courts*, p. 117-42, 1983.

GALVÃO, F. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Centro de estudos e aperfeiçoamento funcional, 2002.

GOMES, L.F.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; BIANCHINI, A. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. v.1, 1962

LEROY, Jean Pierre. *Declaração de princípios* disponível em <http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=229>. Acesso em: 23 nov. 2017

MEDEIROS, C. R. O. ALCADIPANI, R. *Crimes Corporativos Contra a Vida e Necrocorporações*. XXXVII Encontro da ANPAD. Anais. 2013B.

Disponível em:
http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_EOR908.pdf
Acesso em: 24 nov. 2017.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL' AMBIENTE

- SAGGI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORATO LEITE, José Rubens; DAGOSTIN, Cristiane Camilo; SCHIMIDTZ, Luciano Giordani. *Dano Ambiental e Compensação Ecológica*. In: BENJAMIN, Antonio Herman (org.) *10 Anos da ECO – 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002.

OTT, Walter, *Jenseits von Fiktions-und Realitätstheorie: Die juristische Person als institutionelle Tatsache*, Sonderdruck aus: "Neuere Tendenzen im Gesellschaft", *Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag*, eds. von H.C. von der Crone, R.H. Weber, R. Zaech, D. Zobl, Schultess, Zürich, 2003.

POLIDO, Walter. *Seguros para riscos ambientais*. São Paulo: RT, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente: breves considerações à lei n. 9605, de 12/02/1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALARDI, Silvia, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: problemi vecchi e nuovi*, in *Cassazione Penale*, 2005, 11: 3584-3598.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, M; M. Polícia pede prisão preventiva de ex-presidente da Samarco e mais 6 por tragédia. *Valor Economico*. 25 Fev. 2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/4450942/policia-pede-prisao-de-ex-presidente-da-samarco-e-mais-6-por-tragedia>: Acesso em: 20 nov. 2017.

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NOTE E COMMENTI

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Terza Sezione), 13 settembre 2017, causa C-111/16

Segue nota di Sergio Candela

Testo della sentenza:

[...]

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 34 del regolamento (CE) n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati (GU 2003, L 268, pag. 1), nonché degli articoli 53 e 54 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare (GU 2002, L 31, pag. 1).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. Giorgio Fidenato e dei sigg. Leandro e Luciano Taboga, accusati di avere messo a coltura la varietà di mais geneticamente modificato MON 810, in violazione della normativa nazionale che vieta tale coltivazione.

Contesto normativo

Regolamento n. 1829/2003

3 I considerando da 1 a 3 del regolamento n. 1829/2003 sono così formulati:

«(1) La libera circolazione degli alimenti e dei mangimi sicuri e sani costituisce un aspetto essenziale del mercato interno e contribuisce in modo significativo alla salute e al benessere dei cittadini, nonché alla realizzazione dei loro interessi sociali ed economici.

(2) Nell'attuazione delle politiche comunitarie dovrebbe essere garantito un elevato livello di tutela della vita e della salute umana.

(3) Al fine di proteggere la salute umana e animale, gli alimenti e i mangimi che contengono organismi geneticamente modificati o sono costituiti o prodotti a partire da tali organismi (...) dovrebbero essere sottoposti a una valutazione della sicurezza tramite una procedura comunitaria prima di essere immessi sul mercato comunitario».

4 Ai sensi dell'articolo 1, lettere a) e b), di tale regolamento, quest'ultimo ha in particolare l'obiettivo, conformemente ai principi generali stabiliti dal regolamento n. 178/2002, di fornire la base per garantire un elevato livello di tutela della vita e della salute umana, della salute e del benessere degli animali, dell'ambiente e degli interessi dei consumatori in relazione agli alimenti e mangimi geneticamente modificati, garantendo nel contempo l'efficace funzionamento del mercato interno nonché di istituire procedure comunitarie per l'autorizzazione e la vigilanza degli alimenti e dei mangimi geneticamente modificati.

5 L'articolo 34 di detto regolamento, intitolato «Misure d'emergenza», così dispone:

«Quando sia manifesto che prodotti autorizzati dal presente regolamento o conformemente allo stesso possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente (...), sono adottate misure conformemente alle procedure previste agli articoli 53 e 54 del regolamento [n. 178/2002]».

Regolamento n. 178/2002

6 I considerando 20 e 21 del regolamento n. 178/2002 sono così formulati:

«(20) Per garantire la tutela della salute nella Comunità ci si è avvalsi del principio di precauzione, creando ostacoli alla libera circolazione degli alimenti e dei mangimi. È pertanto necessario adottare una base uniforme in tutta la Comunità per l'uso di tale principio.

(21) Nei casi specifici in cui vi è un rischio per la vita o per la salute, ma permane una situazione di incertezza sul piano scientifico, il principio di precauzione costituisce un meccanismo per determinare misure di gestione del rischio o altri interventi volti a garantire il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità».

7 Ai sensi dell'articolo 6 di tale regolamento:

«1. Ai fini del conseguimento dell'obiettivo generale di un livello elevato di tutela della vita e della salute umana, la legislazione alimentare si basa sull'analisi del rischio, tranne quando ciò non sia confacente alle circostanze o alla natura del provvedimento.

2. La valutazione del rischio si basa sugli elementi scientifici a disposizione ed è svolta in modo indipendente, obiettivo e trasparente.

3. La gestione del rischio tiene conto dei risultati della valutazione del rischio, e in particolare dei pareri dell'Autorità [europea per la sicurezza alimentare] di cui all'articolo 22, nonché di altri aspetti, se pertinenti, e del principio di precauzione laddove sussistano le condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, allo scopo di raggiungere gli obiettivi generali in materia di legislazione alimentare di cui all'articolo 5».

8 L'articolo 7 di tale regolamento, intitolato «Principio di precauzione», così dispone:

«1. Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio.

2. Le misure adottate sulla base del paragrafo 1 sono proporzionate e prevedono le sole restrizioni al commercio che siano necessarie per raggiungere il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità, tenendo conto della realizzabilità tecnica ed economica e di altri aspetti, se pertinenti. Tali misure sono riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole a seconda della natura del rischio per la vita o per la salute individuato e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica e per realizzare una valutazione del rischio più esauriente».

9 L'articolo 53 del regolamento n. 178/2002, rubricato «Misure urgenti per alimenti e mangimi di origine comunitaria o importati da un paese terzo», è formulato nei termini seguenti:

«1. Quando sia manifesto che alimenti o mangimi di origine comunitaria o importati da un paese terzo possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente che non possa essere adeguatamente affrontato mediante misure adottate dallo Stato membro o dagli Stati membri interessati, la Commissione, agendo di propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro, secondo la procedura di cui all'articolo 58, paragrafo 2, adotta immediatamente, in funzione della gravità della situazione, una o alcune delle seguenti misure:

a) nel caso di alimenti o mangimi di origine comunitaria:

- i) sospensione dell'immissione sul mercato o dell'utilizzazione dell'alimento in questione;
 - ii) sospensione dell'immissione sul mercato o dell'utilizzo del mangime in questione;
 - iii) determinazione di condizioni particolari per l'alimento o il mangime in questione;
 - iv) qualsiasi altra misura provvisoria adeguata;
- b) nel caso di alimenti o mangimi importati da un paese terzo:
- i) sospensione delle importazioni dell'alimento o del mangime in questione da tutto il paese terzo interessato o da parte del suo territorio ed eventualmente dal paese terzo di transito;
 - ii) determinazione di condizioni particolari per l'alimento o il mangime in questione in provenienza da tutto il paese terzo interessato o da parte del suo territorio;
 - iii) qualsiasi altra misura provvisoria adeguata.

2. Tuttavia, in casi urgenti, la Commissione può adottare in via provvisoria le misure di cui al paragrafo 1, previa consultazione dello Stato membro o degli Stati membri interessati e dopo averne informato gli altri Stati membri.

(...».

10 L'articolo 54 di tale regolamento, rubricato «Altre misure urgenti», così prevede:

«1. Qualora uno Stato membro informi ufficialmente la Commissione circa la necessità di adottare misure urgenti e qualora la Commissione non abbia agito in conformità delle disposizioni dell'articolo 53, lo Stato membro può adottare misure cautelari provvisorie. Esso ne informa immediatamente gli altri Stati membri e la Commissione.

2. Entro dieci giorni lavorativi, la Commissione sottopone la questione al [comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali] ai fini della proroga, modificazione od abrogazione delle misure cautelari provvisorie nazionali.

3. Lo Stato membro può lasciare in vigore le proprie misure cautelari provvisorie fino all'adozione delle misure comunitarie».

11 Ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, di detto regolamento:

«La Commissione è assistita da un comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali, (...) composto da rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione. [Tale] comitato è articolato in sezioni destinate a trattare tutte le questioni pertinenti».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

12 Con decisione del 22 aprile 1998, concernente l'immissione in commercio di granturco geneticamente modificato (*Zea mays L. Linea MON 810*) a norma della direttiva 90/220/CEE del Consiglio (GU 1998, L 131, pag. 32), la Commissione ha autorizzato l'immissione in commercio del mais MON 810.

13 L'11 aprile 2013 il governo italiano ha chiesto alla Commissione di adottare, secondo la procedura prevista all'articolo 53 del regolamento n. 178/2002, le misure d'emergenza di cui all'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 dirette a vietare la coltivazione di tale mais. A fondamento della sua domanda, tale governo ha prodotto studi scientifici realizzati dal Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura (CRA) e dall'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA).

14 Nella sua risposta in data 17 maggio 2013, la Commissione ha affermato che, dopo avere effettuato una valutazione preliminare degli elementi che le erano stati sottoposti, riteneva che non fosse accertata l'urgenza di adottare misure ai sensi degli articoli 53 e 54 del regolamento n. 178/2002.

15 Tuttavia, al fine di procedere a un'analisi più approfondita degli elementi scientifici forniti da tale Stato membro, il 29 maggio 2013 la Commissione ha chiesto all'Autorità europea per la sicurezza alimentare di valutare tali elementi di prova entro la fine del mese di settembre 2013.

16 Con un decreto del 12 luglio 2013, Adozione delle misure d'urgenza ai sensi dell'art. 54 del regolamento (CE) n. 178/2002, concernente la coltivazione di varietà di mais geneticamente modificato MON 810 (GURI n. 187, del 10 agosto 2013), il governo italiano ha vietato la coltivazione della varietà MON 810 di mais geneticamente modificato.

17 Il 24 settembre 2013 l'Autorità europea per la sicurezza alimentare ha emesso l'opinione scientifica n. 3371, nella quale si afferma che il gruppo di lavoro sugli organismi geneticamente modificati (in prosieguo: gli «OGM») non aveva identificato, nella documentazione fornita dal governo italiano a supporto delle misure di emergenza relative al mais MON 810, alcuna nuova evidenza basata sulla scienza che giustificasse le misure di emergenza richieste. Di

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE

- NOTE E COMMENTI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

conseguenza, tale gruppo ha considerato che le sue precedenti conclusioni sulla valutazione del rischio relativo al mais MON 810 rimanevano applicabili.

18 Dal fascicolo presentato alla Corte e dalle precisazioni fornite dalla Commissione in udienza risulta che quest'ultima ha informato il comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali della notifica, da parte del governo italiano, delle misure cautelari provvisorie adottate da quest'ultimo, senza tuttavia sottoporle un progetto di decisione ai fini della proroga, modificazione o abrogazione delle misure cautelari provvisorie nazionali, conformemente all'articolo 54, paragrafo 2, del regolamento n. 178/2002.

19 In tale contesto, il sig. Fidenato e i sigg. Leandro e Luciano Taboga sono imputati dinanzi al Tribunale di Udine (Italia) per avere messo a coltura, in data non specificata, una varietà di mais geneticamente modificato, ossia la varietà MON 810, in violazione della normativa nazionale.

20 Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Udine ha emesso, in data non precisata, un decreto penale di condanna contro gli interessati.

21 Questi ultimi hanno proposto opposizione avverso tale decreto eccependo l'illegittimità della normativa nazionale sul fondamento della quale esso è stato adottato, per il motivo che tale normativa viola l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 nonché gli articoli 53 e 54 del regolamento n. 178/2002.

22 In tali circostanze, il Tribunale di Udine ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, ai sensi del 1° comma dell'[articolo 54, paragrafo 1], del [regolamento] n. 178/2002, la Commissione è obbligata qualora venga sollecitata da uno Stato membro, anche se valuta che non sussistano, per determinati alimenti o mangimi, motivi di rischio grave e manifesto per la salute umana, animale e dell'ambiente, ad adottare delle misure di emergenza ai sensi dell'[articolo] 53 del [regolamento] n. 178/2002.

2) Se, qualora la Commissione comunichi allo Stato membro sollecitante la sua valutazione contraria alle richieste dello stesso, valutazione che concettualmente inibisce la necessità di adottare misure

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

di emergenza e per tale motivo non adotta le misure di emergenza ai sensi dell'[articolo] 34 del [regolamento] n. 1829/2003 richieste dallo stesso Stato membro, lo Stato membro sollecitante è autorizzato, ai sensi dell'[articolo 53] del [regolamento] n. 178/2002, ad adottare misure di emergenza provvisorie.

3) Se considerazioni legate al principio di precauzione che esulino da parametri di rischio grave e manifesto per la salute dell'uomo, animale o per l'ambiente nell'utilizzo di un alimento o mangime, possano giustificare l'adozione di misure di emergenza provvisorie da parte di uno Stato membro ai sensi dell'[articolo] 34 del [regolamento] n. 1829/2003.

4) Se è chiaro e manifesto che la Commissione europea ha valutato che non esistono le condizioni sostanziali per adottare misure di emergenza per un alimento o un mangime, confermate poi in seguito da Opinione scientifica dell'[Autorità europea per la sicurezza alimentare], e tali valutazioni sono state trasmesse allo Stato membro sollecitante in forma scritta, lo Stato membro può continuare a mantenere vigenti le sue misure provvisorie di emergenza e/o rinnovare la vigenza di tali misure di emergenza provvisorie, qualora sia esaurito il periodo provvisorio per cui erano state poste».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

23 Con la prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, in combinato disposto con l'articolo 53 del regolamento n. 178/2002, debba essere interpretato nel senso che la Commissione è tenuta ad adottare misure di emergenza, ai sensi di quest'ultimo articolo, qualora uno Stato membro la informi ufficialmente, in conformità all'articolo 54, paragrafo 1, di quest'ultimo regolamento, circa la necessità di adottare tali misure, quando non sia manifesto che un prodotto autorizzato dal regolamento n. 1829/2003 o conformemente allo stesso può presentare un rischio grave per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente.

24 I regolamenti nn. 1829/2003 e 178/2002 sono entrambi volti, in particolare, ad assicurare, per quanto concerne gli alimenti, un livello elevato di tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori, garantendo al contempo l'efficace funzionamento del mercato interno.

25 Inoltre, come risulta dal considerando 1 del regolamento n. 1829/2003, sebbene la libera circolazione degli alimenti e dei mangimi sicuri e sani costituisca un aspetto essenziale del mercato interno, un divieto o una limitazione della coltivazione di OGM autorizzati ai sensi del regolamento n.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE

- NOTE E COMMENTI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

1829/2003 e iscritti nel catalogo comune in attuazione della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole (GU 2002, L 193, pag. 1) possono essere decisi da uno Stato membro nei casi espressamente previsti dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 6 settembre 2012, Pioneer Hi Bred Italia, C-36/11, EU:C:2012:534, punti 63 e 70).

26 Nel novero di tali eccezioni rientrano, in particolare, le misure adottate in applicazione dell'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003.

27 Come risulta dal tenore dell'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, quando sia manifesto che prodotti autorizzati da tale regolamento o conformemente allo stesso possono comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente, sono adottate misure conformemente alle procedure previste agli articoli 53 e 54 del regolamento n. 178/2002. A tale proposito si deve ricordare che l'articolo 53 del regolamento n. 178/2002 riguarda le misure urgenti che possono essere adottate dalla Commissione, mentre l'adozione di siffatte misure da parte degli Stati membri è disciplinata dall'articolo 54 di detto regolamento.

28 Di conseguenza, qualora non sia accertato che un prodotto autorizzato dal regolamento n. 1829/2003 o conformemente allo stesso può manifestamente comportare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente, la Commissione non è tenuta, in applicazione dell'articolo 34 di tale regolamento, in combinato disposto con l'articolo 53 del regolamento n. 178/2002, ad adottare misure di emergenza, ai sensi di tali articoli.

29 La circostanza che l'adozione di tali misure sia stata richiesta da uno Stato membro non incide sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione a tale riguardo.

30 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, in combinato disposto con l'articolo 53 del regolamento n. 178/2002, dev'essere interpretato nel senso che la Commissione non è tenuta ad adottare misure di emergenza, ai sensi di quest'ultimo articolo, qualora uno Stato membro la informi ufficialmente, in conformità all'articolo 54, paragrafo 1, di quest'ultimo

regolamento, circa la necessità di adottare tali misure, quando non sia manifesto che un prodotto autorizzato dal regolamento n. 1829/2003 o conformemente allo stesso può presentare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente.

Sulle questioni seconda e quarta

31 Con le questioni seconda e quarta, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, in combinato disposto con l'articolo 54 del regolamento n. 178/2002, debba essere interpretato nel senso che uno Stato membro, dopo avere informato ufficialmente la Commissione circa la necessità di ricorrere a misure di emergenza, e qualora quest'ultima non abbia agito in conformità delle disposizioni dell'articolo 53 del regolamento n. 178/2002, può, da un lato, adottare tali misure a livello nazionale, e, dall'altro, mantenerle in vigore o rinnovarle, finché la Commissione non abbia adottato, ai sensi dell'articolo 54, paragrafo 2, di quest'ultimo regolamento, una decisione che ne imponga la proroga, modificazione o abrogazione.

32 In proposito si deve ricordare che l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 autorizza uno Stato membro ad adottare misure di emergenza ai sensi di tale articolo, purché vengano rispettate, oltre alle condizioni sostanziali indicate in tale articolo, le condizioni procedurali previste all'articolo 54 del regolamento n. 178/2002 (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2011, Monsanto e a., da C-58/10 a C-68/10, EU:C:2011:553, punti da 66 a 69).

33 Ai sensi dell'articolo 54, paragrafo 1, di tale regolamento, qualora uno Stato membro informi ufficialmente la Commissione circa la necessità di adottare misure urgenti e qualora la Commissione non abbia agito in conformità delle disposizioni dell'articolo 53 del richiamato regolamento, tale Stato membro può adottare misure cautelari provvisorie.

34 Le condizioni procedurali sono precise al paragrafo 1 del citato articolo 54, che impone agli Stati membri, da una parte, di informare «ufficialmente» la Commissione circa la necessità di adottare misure urgenti e, dall'altra, qualora la Commissione non abbia agito in conformità delle disposizioni dell'articolo 53, di informare «immediatamente» la Commissione e gli altri Stati membri in merito alle misure cautelari provvisorie nazionali che sono state adottate. Pertanto, alla luce del carattere di urgenza dell'intervento dello Stato membro interessato e dello scopo di tutela della salute perseguito dal regolamento n. 1829/2003, l'articolo 54, paragrafo 1, del regolamento n.

178/2002 deve essere interpretato nel senso che impone che l'informazione della Commissione in esso prevista intervenga, in caso di urgenza, non oltre il momento dell'adozione delle misure urgenti da parte dello Stato membro interessato (sentenza dell'8 settembre 2011, Monsanto e a., da C-58/10 a C-68/10, EU:C:2011:553, punto 73).

35 L'articolo 54, paragrafo 3, del regolamento n. 178/2002 prevede peraltro che le misure urgenti adottate dagli Stati membri possano essere lasciate in vigore fino all'adozione delle misure dell'Unione europea.

36 La menzione, in tale articolo, del mantenimento in vigore di tali misure deve essere intesa nel senso che ricomprende anche il rinnovo di dette misure laddove esse siano state adottate temporaneamente. Infatti, da un lato, da tale regolamento non risulta che il legislatore dell'Unione abbia inteso limitare gli strumenti attraverso i quali lo Stato membro interessato è autorizzato a mantenere in vigore le misure adottate e, dall'altro, un'interpretazione opposta sarebbe tale da costituire un ostacolo alla gestione del rischio che gli alimenti o i mangimi di origine comunitaria o importati da un paese terzo possono comportare per la salute umana, la salute degli animali o l'ambiente.

37 Tuttavia, come sottolineato dalla Corte al punto 78 della sentenza dell'8 settembre 2011, Monsanto e a. (da C-58/10 a C-68/10, EU:C:2011:553), alla luce dell'economia del sistema previsto dal regolamento n. 1829/2003 e del suo obiettivo di evitare artificiali disparità nell'affrontare un rischio grave, la valutazione e la gestione di un rischio grave e manifesto competono, in ultima istanza, esclusivamente alla Commissione e al Consiglio dell'Unione europea, sotto il controllo del giudice dell'Unione.

38 Ne risulta che, nella fase dell'adozione e dell'attuazione da parte degli Stati membri delle misure di emergenza di cui all'articolo 34 del regolamento 1829/2003, fintantoché non sia stata adottata alcuna decisione al riguardo a livello dell'Unione, i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di tali misure nazionali sono competenti a valutare la legittimità di tali misure alla luce delle condizioni sostanziali previste dal citato articolo 34 e di quelle procedurali di cui all'articolo 54 del regolamento n. 178/2002, e l'uniformità del diritto dell'Unione può essere garantita dalla Corte nell'ambito del procedimento di rinvio

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

pregiudiziale, in quanto un giudice nazionale, quando nutre dubbi in merito all'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, può o deve, conformemente all'articolo 267, secondo e terzo comma, TFUE, deferire una questione pregiudiziale alla Corte (sentenza dell'8 settembre 2011, Monsanto e a., da C-58/10 a C-68/10, EU:C:2011:553, punto 79 e giurisprudenza citata).

39 A tale proposito va rilevato che dalle osservazioni scritte presentate alla Corte dalla Commissione risulta che a livello dell'Unione non è stata adottata nessuna decisione, contrariamente a quanto disposto dall'articolo 54, paragrafo 2, del regolamento n. 178/2002, al fine di prorogare, modificare o abrogare detta misura cautelare provvisoria nazionale.

40 Orbene, da tale disposizione risulta che, entro dieci giorni lavorativi, la Commissione sottopone la questione al comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali, istituito dall'articolo 58, paragrafo 1, di tale regolamento, secondo la procedura di cui all'articolo 58, paragrafo 2, del predetto regolamento, ai fini della proroga, modificaione o abrogazione delle misure cautelari provvisorie nazionali.

41 Per contro, quando la Commissione ha adito il comitato permanente per la catena alimentare e la salute degli animali ed è stata adottata una decisione a livello dell'Unione, le valutazioni di fatto e di diritto relative a tale fattispecie, contenute in una tale decisione, vincolano tutti gli organi dello Stato membro destinatario di quest'ultima, conformemente all'articolo 288 TFUE, ivi compresi i giudici nazionali chiamati a esaminare la legittimità delle misure adottate a livello nazionale (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2011, Monsanto e a., da C-58/10 a C-68/10, EU:C:2011:553, punto 80 e giurisprudenza citata).

42 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, si deve rispondere alle questioni seconda e quarta dichiarando che l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, in combinato disposto con l'articolo 54 del regolamento n. 178/2002, dev'essere interpretato nel senso che uno Stato membro, dopo avere informato ufficialmente la Commissione circa la necessità di ricorrere a misure di emergenza, e qualora quest'ultima non abbia agito in conformità delle disposizioni dell'articolo 53 del regolamento n. 178/2002, può, da un lato, adottare tali misure a livello nazionale, e, dall'altro, mantenerle in vigore o rinnovarle, finché la Commissione non abbia adottato, ai sensi dell'articolo 54, paragrafo 2, di quest'ultimo regolamento, una decisione che ne imponga la proroga, modificaione o abrogazione.

Sulla terza questione

43 Con la terza questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, in combinato disposto con il principio di precauzione, debba essere interpretato nel senso che conferisce agli Stati membri la facoltà di adottare, ai sensi dell'articolo 54 del regolamento n. 178/2002, misure di emergenza provvisorie sul solo fondamento di tale principio, senza che siano soddisfatte le condizioni previste all'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003.

44 A tale proposito si deve osservare che l'articolo 7 del regolamento n. 178/2002 definisce il principio di precauzione nel settore della legislazione alimentare. Secondo il paragrafo 1 di tale articolo, qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che l'Unione persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio.

45 L'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 elenca invece, come ricordato al punto 27 della presente sentenza, le condizioni in presenza delle quali un prodotto autorizzato da tale regolamento o conformemente allo stesso può essere oggetto di misure di emergenza, definendo così con precisione il livello di rigore al quale è soggetta l'adozione di tali misure.

46 Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 78 delle sue conclusioni, sebbene il principio di precauzione, come formulato all'articolo 7 del regolamento n. 178/2002, rimanga un principio generale della legislazione alimentare, il legislatore dell'Unione ha fissato all'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 una regola precisa ai fini dell'adozione di misure d'emergenza secondo le procedure di cui agli articoli 53 e 54 del regolamento n. 178/2002.

47 Certamente, come osservato dalla Corte al punto 71 della sentenza dell'8 settembre 2011, Monsanto e a. (da C-58/10 a C-68/10, EU:C:2011:553), le condizioni previste dall'articolo 54, paragrafo 1, del regolamento n. 178/2002 alle quali è subordinata l'adozione delle misure di emergenza devono essere interpretate tenendo conto, in particolare, del principio di precauzione, allo scopo di garantire un elevato livello di

tutela della vita e della salute umana, assicurando al contempo la libera circolazione di alimenti e di mangimi sicuri e sani, che costituisce un aspetto essenziale del mercato interno.

48 Tuttavia, tale principio non può essere interpretato nel senso che consente di eludere o modificare, in particolare rendendole meno stringenti, le disposizioni previste all'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003.

49 A tale proposito occorre sottolineare che, come è stato ricordato al punto 38 della presente sentenza, i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla legittimità delle misure nazionali di emergenza previste all'articolo 34 di tale regolamento sono competenti a valutare la legittimità di tali misure alla luce delle condizioni sostanziali previste dal citato articolo e di quelle procedurali di cui all'articolo 54 del regolamento n. 178/2002.

50 Si deve peraltro constatare che, come ha osservato in sostanza l'avvocato generale al paragrafo 68 delle sue conclusioni, le misure provvisorie di gestione del rischio che possono essere adottate sul fondamento del principio di precauzione e le misure di emergenza adottate ai sensi dell'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 non sono soggette al medesimo regime. Infatti, dall'articolo 7 del regolamento n. 178/2002 discende che l'adozione di tali misure provvisorie è subordinata alla condizione che a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico. Per contro, l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 consente di ricorrere alle misure di emergenza quando sia «manifesto» che prodotti autorizzati da quest'ultimo regolamento possono comportare un rischio «grave» per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente.

51 A tale proposito, ai punti 76 e 77 della sentenza dell'8 settembre 2011, Monsanto e a. (da C-58/10 a C-68/10, EU:C:2011:553), la Corte ha dichiarato che le espressioni «[in modo] manifesto» e «grave rischio», ai sensi dell'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, devono essere intese come riferite a un serio rischio che ponga a repentaglio in modo manifesto la salute umana, la salute degli animali o l'ambiente. Questo rischio deve essere constatato sulla base di nuovi elementi fondati su dati scientifici attendibili. Infatti, misure di tutela adottate in forza del predetto articolo 34 non possono essere validamente motivate con un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente. Al contrario, siffatte misure di tutela, nonostante il loro carattere provvisorio e ancorché rivestano un carattere

preventivo, possono essere adottate solamente se fondate su una valutazione dei rischi quanto più possibile completa tenuto conto delle circostanze specifiche del caso di specie, che dimostrano che tali misure sono necessarie.

52 Si deve inoltre osservare che, come indicato dall'avvocato generale ai paragrafi da 74 a 76 delle sue conclusioni, la differenza tra il livello di rischio richiesto dall'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, da un lato, e dall'articolo 7 del regolamento n. 178/2002, dall'altro, dev'essere intesa tenendo conto dell'attuazione procedurale di tali disposizioni, ossia l'applicazione dell'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 ai prodotti da esso autorizzati e dell'articolo 7 del regolamento n. 178/2002 all'insieme del settore della legislazione alimentare, ivi compresi i prodotti che non sono mai stati oggetto di una procedura di autorizzazione.

53 Di conseguenza, per evitare che l'articolo 7 del regolamento n. 178/2002 riduca il grado di incertezza richiesto dalla regola dettata dall'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 per adottare misure di emergenza, una siffatta applicazione autonoma del principio di precauzione, come formulato all'articolo 7 del regolamento n. 178/2002, senza che siano rispettate le condizioni sostanziali previste all'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 ai fini dell'adozione di misure di emergenza previste da quest'ultimo articolo, non può essere ammessa.

54 In considerazione di quanto precede, occorre rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, in combinato disposto con il principio di precauzione come formulato all'articolo 7 del regolamento n. 178/2002, dev'essere interpretato nel senso che non conferisce agli Stati membri la facoltà di adottare, ai sensi dell'articolo 54 del regolamento n. 178/2002, misure di emergenza provvisorie sul solo fondamento di tale principio, senza che siano soddisfatte le condizioni sostanziali previste all'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003.

Sulle spese

55 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da

altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

1) L'articolo 34 del regolamento (CE) n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati, in combinato disposto con l'articolo 53 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, dev'essere interpretato nel senso che la Commissione europea non è tenuta ad adottare misure di emergenza, ai sensi di quest'ultimo articolo, qualora uno Stato membro la informi ufficialmente, in conformità all'articolo 54, paragrafo 1, di quest'ultimo regolamento, circa la necessità di adottare tali misure, quando non sia manifesto che un prodotto autorizzato dal regolamento n. 1829/2003 o conformemente allo stesso può presentare un grave rischio per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente.

2) L'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, in combinato disposto con l'articolo 54 del regolamento n. 178/2002, dev'essere interpretato nel senso che uno Stato membro, dopo avere informato ufficialmente la Commissione europea circa la necessità di ricorrere a misure di emergenza, e qualora quest'ultima non abbia agito in conformità delle disposizioni dell'articolo 53 del regolamento n. 178/2002, può, da un lato, adottare tali misure a livello nazionale e, dall'altro, mantenerle in vigore o rinnovarle, finché la Commissione non abbia adottato, ai sensi dell'articolo 54, paragrafo 2, di quest'ultimo regolamento, una decisione che ne imponga la proroga, modificazione o abrogazione.

3) L'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003, in combinato disposto con il principio di precauzione, come formulato all'articolo 7 del regolamento n. 178/2002, dev'essere interpretato nel senso che non conferisce agli Stati membri la facoltà di adottare, ai sensi dell'articolo 54 del regolamento n. 178/2002, misure di emergenza provvisorie sul solo fondamento di tale principio, senza che siano soddisfatte le condizioni sostanziali previste all'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003.

SERGIO CANDELA*

Principio di precauzione e criterio del «rischio grave e manifesto» nell'applicazione delle misure di emergenza in materia di OGM: la prospettiva della Corte di Giustizia UE

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* – 2. *Il contesto normativo.* 2.1. *La Direttiva n. 2015/412/UE.* – 3. *I precedenti giurisprudenziali.* – 4. *L'applicazione del principio di precauzione in materia di OGM.* – 5. *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Terza Sezione) del 13 settembre 2017 – 5.1. L'interpretazione del principio di precauzione.* – 5.2. *L'orizzonte applicativo del principio di precauzione in materia di OGM: considerazioni in chiave sistematica relative alla connessione con il diritto dell'ambiente. Riflessioni conclusive.*

1. *Considerazioni introduttive*

Il presente contributo si propone di analizzare la portata e i contenuti della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 13 settembre 2017 in tema di OGM, alla luce di una cognizione del contesto normativo di riferimento, dei precedenti giurisprudenziali e degli indirizzi dottrinali. L'attenzione sarà focalizzata sull'interpretazione che la pronuncia della CGUE in commento propone circa il rapporto tra il principio di precauzione e le misure di emergenza in materia di OGM, in relazione al criterio del carattere non solo «grave» ma anche «manifesto» del rischio. Nella parte conclusiva verranno sviluppate brevi osservazioni in chiave sistematica.

Il tema relativo agli OGM ha rappresentato, nel tempo, un fertile terreno per l'instaurazione di un dibattito giuridico-scientifico che ha coinvolto le istituzioni a più livelli (comunitario, nazionale e sub-nazionale), nonché porzioni rilevanti della società civile, dall'imprenditoria ai singoli consumatori finali.

È innegabile come un tale confronto abbia rappresentato la premessa per un ulteriore affinamento di principi, come quello di precauzione, che,

* Dottore in Giurisprudenza, Università del Salento.

inizialmente sviluppati nel seno del diritto dell'ambiente, hanno trovato una loro estensione in settori diversi¹.

Preliminarmente occorre evidenziare come dal punto di vista giuridico si sia assistito, soprattutto a livello comunitario, ad una progressiva apertura nei confronti di quelle forme di agricoltura definita transgenica, seppur in un quadro di profonda cautela².

In tale contesto, la scienza non sempre è riuscita a fornire risposte univoche sui temi riguardanti la gestione dei potenziali rischi ambientali e sanitari connessi all'utilizzo dei prodotti OGM; ed è per tale motivo che le istituzioni europee, nel fronteggiare il dubbio e il rischio, hanno privilegiato un approccio di tipo precauzionale, cercando peraltro forme di armonizzazione e di bilanciamento tra valori economici, da un lato, e relativi all'ambiente e alla salute, dall'altro³.

Il contributo delle scienze naturali e biotecnologiche costituisce, dunque, un necessario fronte di dialogo con le scienze di matrice giuridica, economica e sociale al fine di delineare una disciplina regolativa che abbia come tratto specifico e peculiare la reale incidenza degli organismi geneticamente modificati sulla salute e sul benessere dell'uomo, nonché sulle risorse naturali e ambientali.

Un simile dibattito si colloca all'interno di un processo già delineato da tempo, e in continuo sviluppo, teso all'evoluzione e all'arricchimento di un dialogo autenticamente transdisciplinare⁴.

¹ G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in questa Rivista, n. 1/2015, pp. 12-13.

² A. LUPO, *Sostenibilità del settore agro-alimentare, biotecnologie e food safety nell'Unione Europea: il paradigma degli organismi geneticamente modificati*, in questa Rivista, n. 1/2015, p. 54.

³ L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 7 ss.; G. BOSSIS, *Les OGM, entre liberté des échanges et précaution*, in *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2001, p. 255 ss.; F. GIAMPIETRO, *Rischio ambientale e principio di precauzione nella direttiva sugli OGM*, in *Ambiente*, 2001, p. 951 ss.; A. GRATANI, *La strategia precauzionale e le biotecnologie*, in *Ambiente*, 2001, p. 1045 ss.; R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, p. 725 ss.

⁴ I. PRIGOGINE – I. STENGERS, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, edizione italiana a cura di Pier Daniele Napolitani, Torino, Einaudi, 1981, in cui gli Autori sostengono: «È morta e sepolta l'antica alleanza, l'alleanza animista, ed insieme ad essa sono morte tutte le altre che ci volevano soggetti volontari, coscienti, dotati di progetti, chiusi in una identità stabile e in usi ben stabiliti, cittadini del mondo, di un mondo fatto per noi. È morto e sepolto il mondo finalizzato, statico ed armonioso che la rivoluzione copernicana distrusse quando lanciò la Terra negli spazi

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

Da ultimo, uno studio della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, pubblicato nel febbraio del 2018, ha rilevato come gli OGM abbiano rese superiori e non comportino maggiori rischi per la salute umana, animale e ambientale; in particolare, le coltivazioni di mais transgenico contribuirebbero a

infiniti. Ma il nostro mondo non è nemmeno il mondo della “moderna alleanza”. Non è il mondo silenzioso e monotono, abbandonato dagli antichi incantesimi, il mondo-orologio sul quale ci era stata assegnata la giurisdizione. La natura non è fatta per noi, essa non è abbandonata alla nostra volontà [...] È ormai tempo che ci assumiamo i rischi dell'avventura umana. Ma se oggi possiamo farlo è perché, ormai, solo così possiamo partecipare al divenire culturale e naturale, perché questa è la lezione che ci impartisce la natura, se vogliamo davvero ascoltarla. Il sapere scientifico sbarazzato dalle fantasticerie di una rivelazione ispirata, soprannaturale, può oggi scoprirci essere ascolto poetico della natura e contemporaneamente processo naturale nella natura, processo aperto di produzione e di invenzione, in un mondo aperto, produttivo e inventivo. È ormai tempo per nuove alleanze, alleanze da sempre annodate, per tanto tempo misconosciute, tra la storia degli uomini, delle loro società, dei loro saperi e l'avventura esploratrice della natura». V. altresì F. OST, *La nature hors la loi. L'écoologie à l'épreuve du droit*, Parigi, La Découverte, 1995: per l'Autore non è sufficiente un dibattito tecnico tra giuristi per risolvere le controversie riguardanti il diritto dell'ambiente; la crisi ecologica mette in gioco tutti, l'uomo e la natura; in questo senso, l'Autore traccia una linea mediana tra le teorie che non si interrogano sulla complessità dei rapporti tra uomo e natura e quelle che, definite di “profonda ecologia”, sacralizzano la natura, non lasciando spazio al pensiero e all'azione razionali; al di là della natura-oggetto, manipolabile secondo volontà, e della natura-oggetto intoccabile e sacra, l'Autore ipotizza una terza via, una natura-progetto che inscrive l'uomo nella complessità delle interazioni con il suo ambiente e definisce un'etica della responsabilità sociale del nostro comune avvenire. Cfr. ancora S. GUTWIRTH – I. STENGERS, *Le droit à l'épreuve de la résurgence des commons*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 42/2016, pp. 306-343; sotto altra prospettiva, sul dialogo tra economia e natura, F. BOERO, *Economia senza natura. La grande truffa*, Torino, Codice edizioni, 2012, in cui l'Autore sostiene: «L'economia si riferisce alle nostre attività, a come produciamo e consumiamo acquisendo crediti e contraendo debiti. L'economia della natura ha a che fare con attività simili, perché anche in natura ci sono produttori e consumatori, e i sistemi naturali funzionano in modo simile a quelli economici. O sarà il contrario? Chi c'era prima? Noi o il resto della natura? La risposta è ovvia: il resto della natura. [...] L'ecologia studia fenomeni naturali, l'economia fenomeni artificiali. Ma l'artificiale può permettersi di coniare leggi e regole differenti da quelle naturali? Conoscere l'economia della natura (e quindi l'ecologia) potrebbe essere utile per capire l'economia? Io penso di sì. Tuttavia non è previsto l'insegnamento dell'ecologia (l'economia della natura) nei corsi di laurea in economia (dell'uomo), e gli economisti pensano che l'ecologia sia qualcosa di alieno alle loro necessità formative. [...] l'uomo fa parte della natura e le regole che inventa sono alla fine soggette alle regole della natura. [...] Siamo parte della natura, e non possiamo essere così arroganti da credere che sia lì al nostro servizio e che possiamo fare tutto quello che ci pare. Mi spiace, il mondo non funziona così. Dobbiamo conoscere la natura, dobbiamo rispettarla e adattarci ai suoi ritmi e alle sue leggi. Dobbiamo imparare tali leggi e dobbiamo costruire le nostre nel rispetto delle sue. Perché vengono prima [...] Il mondo non è stato messo lì per soddisfare i nostri bisogni. Siamo di passaggio, e dobbiamo obbedire alle regole del gioco. Regole che purtroppo non sono insegnate a scuola né all'università. Economisti, ingegneri e tanti altri non conoscono le leggi della natura, perché non fanno parte dei loro programmi formativi». V. infine, su questi problemi, M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «arie naturali protette»*, in *GiustAmm.it*, n. 6, 2014, pp. 1-44 (<http://www.giustamm.it/>).

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

ridurre la presenza di insetti dannosi poiché conterrebbero percentuali inferiori di sostanze tossiche contaminanti gli alimenti e i mangimi animali⁵.

Da più parti del mondo scientifico si sono levate voci critiche sulle conclusioni cui è giunto il gruppo di studio della Scuola Superiore Sant'Anna; a testimonianza della realtà magmatica che caratterizza il contesto in cui vengono condotti gli studi scientifici, basti citare uno studio del 2016 che giungeva a conclusioni non propriamente in linea con quello sopra citato⁶.

Sul punto si tornerà nel prosieguo del presente contributo, ma è opportuno sin d'ora evidenziare come l'analisi delle ricadute riguardanti la messa a coltura, l'utilizzo e la commercializzazione degli organismi geneticamente modificati, se limitata ai soli "effetti diretti" sulla salute umana, non possa considerarsi del tutto compiuta e appagante.

La liquidità del confine tra il tema degli OGM e quelli della diversità alimentare e della biodiversità in generale, infatti, rende necessario valutare adeguatamente anche gli "effetti indiretti" sulla salute, derivanti di riflesso dagli impatti degli organismi geneticamente modificati sul benessere degli ecosistemi⁷.

⁵ E. PELLEGRINO – S. BEDINI – M. NUTI – L. ERCOLI, *Impact of genetically engineered maize on agronomic, environmental and toxicological traits: a meta-analysis of 21 years of field data*, in *Scientific reports*, n. 8/2018. L'indagine sugli effetti della coltivazione di mais transgenico, pubblicata su *Scientific Reports*, copre un periodo di 21 anni di coltivazione mondiale, tra il 1996 - anno di inizio della coltivazione del mais transgenico - e il 2016; infatti, lo studio raccoglie i risultati di ricerche condotte negli Stati Uniti, in Europa, Sud America, Asia, Africa e Australia, e paragona le varietà transgeniche con le parentali non transgeniche. L'obiettivo dello studio è quello di dimostrare che il mais transgenico è notevolmente più produttivo (5,6-24,5%), non ha effetto sugli organismi non-target (cioè non bersagli della modifica genetica), tranne la naturale diminuzione del "Braconide parassitoide" dell'insetto dannoso target "*Ostrinia nubilalis*" e contiene concentrazioni minori di micotossine (-28,8%) e fumonisine (-30,6%) nella granella, ovvero nei chicchi del mais. Lo studio applica le moderne tecniche matematico-statistiche di meta-analisi su risultati provenienti da studi indipendenti, per trarre conclusioni più forti rispetto a quelle ottenute da ogni singolo studio. La meta-analisi si è basata su 11.699 osservazioni che riguardano le produzioni, la qualità della granella (incluso il contenuto in micotossine), l'effetto sugli insetti target e non-target, i cicli biogeochimici come contenuto di lignina negli stocchi e nelle foglie, perdite di peso della biomassa, emissione di CO₂ dal suolo.

⁶ R. MESNAGE ET AL., *An integrated multi-omics analysis of the NK603 Roundup-tolerant GM maize reveals metabolism disturbances caused by the transformation process*, in *Scientific reports*, n. 6/2016.

⁷ R. SAIJA, *Gli organismi geneticamente modificati nel diritto dell'Unione Europea: il ruolo del principio di precauzione ed il controverso rapporto tra Autorità e Libertà*, in *Revista Electrónica de Direito*, n. 2/2017. Tra i rischi connessi all'utilizzo degli OGM sono contemplati i danni alla biodiversità con la possibile perdita delle varietà agricole tradizionali, il cambiamento degli equilibri ecologici, la tossicità e resistenza antibiotica degli alimenti contenenti OGM. Tra le argomentazioni a favore dei prodotti OGM vanno menzionati il miglioramento delle specie

2. *Il contesto normativo*

In un contesto caratterizzato da una stretta interrelazione tra le criticità riguardanti la messa a coltura e la commercializzazione dei prodotti OGM con le tematiche più generali concernenti la sicurezza alimentare, la salute umana e il benessere ecosistemico, la scienza ha assunto col tempo una dimensione di primo piano nel tentativo di comporre, all'interno delle politiche comunitarie, la dialettica tra gli obiettivi economici e di promozione del libero mercato e quelli tesi alla salvaguardia della salute e della vita dell'uomo, nonché alla protezione del patrimonio ambientale.

Con l'Atto Unico Europeo, la protezione della salute venne ricompresa tra gli obiettivi fondamentali dell'Unione attraverso anche il conferimento di specifiche competenze in capo alla Comunità, tese a garantire un elevato livello della salute umana; tale orientamento è stato poi consolidato con il Trattato di Maastricht e con il Trattato di Amsterdam.

Ne conseguì una proliferazione di interventi normativi, cui si cercò di dare una razionalizzazione; chiari esempi, in questo senso, furono il Libro Verde sui "Principi generali della legislazione in materia alimentare dell'Unione europea"⁸ e il Libro Bianco sulla sicurezza alimentare⁹.

Il Regolamento comunitario n. 178/2002, al centro della riforma istituzionale nel settore agroalimentare, ha riconosciuto la garanzia di un livello elevato di protezione della salute umana e dei consumatori quale obiettivo principale della legislazione alimentare.

La nuova disciplina di settore, fondata sull'analisi del rischio, ha delineato la centralità del dato scientifico quale tratto di unione tra la necessità di garantire la sicurezza alimentare e le istanze provenienti dalla realtà economica,

vegetali, l'incremento della produttività in agricoltura, il miglioramento del contenuto nutrizionale degli alimenti e una risposta alle problematiche relative alla *food security*: cfr. J. CLIVE, *Global Status of Commercialized Biotech/GM Crops*, 2013, in *International Service for the Acquisition of Agri-biotech Application (ISAAA), Brief* n. 46, Itacha, OMC, in <http://www.isaaa.org>.

⁸ V. la Comunicazione della Commissione COM(97) 176 def., sui Principi Generali della Legislazione in materia alimentare nell'Unione Europea – Libro Verde della Commissione, 30 aprile 1997, Bruxelles.

⁹ Commissione delle Comunità Europee, Libro Bianco sulla sicurezza alimentare, COM(1999) 719 def., 12 gennaio 2000, Bruxelles.

volte alla libera circolazione delle merci sul mercato¹⁰; la sussistenza di un rischio potenziale legittima l'adozione di misure precauzionali tese alla gestione del rischio, nonché ad impedire il verificarsi di documenti per la salute umana e per il bene-ambiente.

Con riferimento agli OGM, già le prime direttive, la n. 90/219/CEE e la n. 90/220/CEE, espressero l'esigenza di codificare dei criteri atti a valutare i rischi collegati all'utilizzo delle biotecnologie per il benessere umano e ambientale, in condizioni di incertezza scientifica.

All'incompletezza delle prime direttive posero rimedio la Direttiva n. 2001/18/CE¹¹, il Regolamento n. 1829/2003, il Regolamento n. 178/2002 e la Direttiva n. 2015/412/CE.

La procedura di autorizzazione dei prodotti contenenti organismi geneticamente modificati nell'Unione Europea comprende una serie di controlli volti al rispetto del principio di precauzione¹², al fine di tutelare soprattutto la salute pubblica e l'ambiente¹³; in particolare, gli OGM possono essere rilasciati nell'ambiente o immessi in commercio soltanto a seguito di una valutazione dei

¹⁰ A. LUPO, *Sostenibilità*, cit., p. 59; l'Autrice afferma che «è attraverso la valutazione scientifica dei pericoli e della loro probabilità di verificarsi in un determinato contesto, che si consente – a livello politico – l'adozione di atti normativi finalizzati a ridurre il rischio ad un livello, per così dire, socialmente accettabile».

¹¹ Tale Direttiva descrive gli elementi da considerare, i principi e le metodologie da applicare nella valutazione degli effetti potenzialmente negativi per la salute umana e l'ambiente, derivanti da prodotti OGM.

¹² L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2004, pp. 300 ss.

¹³ Regolamento CE n. 1829/2003, considerando 1-3: «(1) La libera circolazione degli alimenti e dei mangimi sicuri e sani costituisce un aspetto essenziale del mercato interno e contribuisce in modo significativo alla salute e al benessere dei cittadini, nonché alla realizzazione dei loro interessi sociali ed economici. (2) Nell'attuazione delle politiche comunitarie dovrebbe essere garantito un elevato livello di tutela della vita e della salute umana. (3) Al fine di proteggere la salute umana e animale, gli alimenti e i mangimi che contengono organismi geneticamente modificati o sono costituiti o prodotti a partire da tali organismi (qui di seguito denominati «alimenti e mangimi geneticamente modificati») dovrebbero essere sottoposti a una valutazione della sicurezza tramite una procedura comunitaria prima di essere immessi sul mercato comunitario». Regolamento CE n. 178/2002, considerando 20-21: «(20) Per garantire la tutela della salute nella Comunità ci si è avvalsi del principio di precauzione, creando ostacoli alla libera circolazione degli alimenti e dei mangimi. È pertanto necessario adottare una base uniforme in tutta la Comunità per l'uso di tale principio. (21) Nei casi specifici in cui vi è un rischio per la vita o per la salute, ma permane una situazione di incertezza sul piano scientifico, il principio di precauzione costituisce un meccanismo per determinare misure di gestione del rischio o altri interventi volti a garantire il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità».

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

rischi per la salute umana e per il benessere delle risorse naturali, avendo come punto centrale di analisi il dato scientifico¹⁴.

Il rilascio dell'autorizzazione determina il divieto di adottare misure più restrittive se le stesse non sono supportate da nuove prove scientifiche.

Il regime di autorizzazione è pertanto disciplinato dalla direttiva 2001/18/CE¹⁵, riguardante l'emissione di OGM nell'ambiente, così come integrata dal Regolamento n. 1829/2003, che disciplina la commercializzazione e la coltivazione di alimenti e mangimi geneticamente modificati¹⁶.

Inoltre, il Regolamento n. 178/2002 stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa le procedure nel campo della sicurezza alimentare.

L'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 prevede che siano adottate «misure conformemente alle procedure previste dagli articoli 53 e 54 del regolamento (CE) n. 178/2002» solo quando sia «*manifesto*» che prodotti autorizzati dal Regolamento o conformemente allo stesso possono comportare un rischio «grave» per la salute umana, per la salute degli animali o per l'ambiente (corsivi aggiunti).

¹⁴ Regolamento CE n. 178/2002, articolo 6: «Analisi del rischio – 1. Ai fini del conseguimento dell'obiettivo generale di un livello elevato di tutela della vita e della salute umana, la legislazione alimentare si basa sull'analisi del rischio, tranne quando ciò non sia confacente alle circostanze o alla natura del provvedimento. 2. La valutazione del rischio si basa sugli elementi scientifici a disposizione ed è svolta in modo indipendente, obiettivo e trasparente. 3. La gestione del rischio tiene conto dei risultati della valutazione del rischio, e in particolare dei pareri dell'Autorità di cui all'articolo 22, nonché di altri aspetti, se pertinenti, e del principio di precauzione laddove sussistano le condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, allo scopo di raggiungere gli obiettivi generali in materia di legislazione alimentare di cui all'articolo 5».

¹⁵ Direttiva 2001/18/CE, in particolare gli articoli 4,6,7,8 e 9.

¹⁶ T.M. MOSCHETTA, *La coltivazione degli OGM tra "flessibilità" e "coerenza" del mercato interno dell'Unione Europea*, in questa Rivista, n. 3/2016, pp. 125-134. La richiesta di autorizzazione prevede una procedura che coinvolge le istituzioni dell'Unione europea e i singoli Stati membri; in tale contesto assume un ruolo fondamentale l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA) che effettua una valutazione del rischio fondata su parametri scientifici riconosciuti (v. Regolamento CE n. 178/2002). La centralizzazione della fase della valutazione del rischio viene mitigata dal coinvolgimento degli Stati membri mediante la previsione di scambi di informazioni e pareri tra le autorità competenti (v. articolo 31 del Regolamento CE 1829/2003). Una volta conclusa la fase della valutazione del rischio, le istituzioni dell'Unione europea sono tenute ad adottare le relative decisioni mediante la procedura di comitologia che dovrebbe garantire la partecipazione degli Stati membri in ogni fase di autorizzazione degli OGM (v. art. 7 del Regolamento CE n. 1829/2003); si attiva, pertanto, una procedura che vede la Commissione nel ruolo attivo di promotrice di un progetto di misure che vengono sottoposte al Comitato di regolazione, con un possibile coinvolgimento del Consiglio. Il ruolo svolto dagli Stati membri e l'articolazione su più livelli decisionali opera nel senso di bilanciare i diversi interessi coinvolti.

Gli articoli 53 e 54 del Regolamento 178/2002, richiamati dal succitato articolo 34 del Regolamento 1829/2003, compongono il quadro normativo riguardante l'adozione e la predisposizione delle summenzionate misure urgenti, disciplinando ruoli e meccanismi di attuazione tra competenze comunitarie e nazionali.

In materia di OGM, un progressivo accentramento dei processi decisionali in seno alle istituzioni comunitarie, a discapito delle istanze propugnate dagli Stati membri, ha di fatto prodotto il ricorso, da parte degli stessi Stati membri, a misure di emergenza che limitassero e, in alcuni casi, vietassero la coltivazione e commercializzazione di OGM sul proprio territorio¹⁷.

La previsione di clausole di salvaguardia, che consentano agli Stati membri di adottare misure più restrittive, sono un portato generale della legislazione comunitaria¹⁸; a tal riguardo, basti menzionare l'articolo 114 del TFUE, ma soprattutto, in materia ambientale, gli articoli 114, paragrafo 10 e 191, paragrafo 2, del TFUE.

In materia di OGM, le misure di carattere derogatorio (rispetto alla legislazione generale prevista in ambito comunitario) possono essere adottate dai singoli Stati membri giusta quanto disposto dall'articolo 23 della Direttiva 2001/18/CE¹⁹ e dall'articolo 34 del Regolamento CE n. 1829/2003, in combinato disposto con gli articoli 53 e 54 del Regolamento CE n. 178/2002: l'art. 34, come si è visto, nell'esigere l'esistenza di un rischio «grave» e «manifesto» per giustificare l'adozione di misure d'emergenza, non fa espresso riferimento al dato scientifico quale elemento caratterizzante i profili del rischio da valutare²⁰.

In realtà, e sul punto si avrà modo di tornare in seguito, la Corte di Giustizia ha optato comunque per una valutazione delle misure cautelari in

¹⁷ Id., *op. ult. cit, ibidem*. In materia di OGM, si sono registrate, nel tempo, fasi di rottura tra le posizioni dell'Unione europea e quelle degli Stati membri; ciò ha condotto ad una minore implementazione del modello delineato dai Regolamenti in oggetto, nonché ad un forte accentramento dei processi decisionali in seno alle istituzioni comunitarie.

¹⁸ Id., *op. ult. cit, ibidem*. Le clausole c.d. di salvaguardia costituiscono un elemento essenziale per la realizzazione del mercato comune, il cui corretto funzionamento non può prescindere da un adeguato riconoscimento dei livelli di protezione della salute e dell'ambiente garantiti dai singoli Stati membri.

¹⁹ Id., *op. ult. cit, ibidem*. Dalla lettera di questa disposizione si evince la necessità di una valutazione scientifica dei rischi connessi alla commercializzazione dei prodotti quale elemento essenziale atto a giustificare l'adozione delle misure di salvaguardia.

²⁰ Id., *op. ult. cit, ibidem*. Le misure in questione possono essere adottate dalla Commissione europea su propria iniziativa o su richiesta di uno Stato membro; quest'ultimo può inoltre rendere operative misure cautelari provvisorie, a fronte dell'inerzia della Commissione.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

questione con riferimento alle evidenze scientifiche disponibili; ha specificato, infatti, che l'articolo 34 ha ad oggetto l'esistenza di un serio rischio che minacci in modo manifesto lo stato di salute dell'uomo, degli animali e delle risorse naturali, solo se supportato dalla presenza di dati scientifici attendibili; quel che si richiede, dunque, è, una valutazione (dei rischi) quanto più completa possibile, non rilevando approcci fondati su supposizioni non scientificamente corroborate²¹.

È di tutta evidenza, dunque, l'approccio "scientifico" adottato dalla Corte di Giustizia al fine di valutare la congruità delle misure di emergenza introdotte dai singoli Stati²².

2.1 *La Direttiva n. 2015/412/UE*

Prima di affrontare gli aspetti della Direttiva n. 2015/412/UE che riguardano specificamente la questione OGM, è opportuno segnalare che la Direttiva ha ad oggetto il più ampio tema concernente la sicurezza alimentare.

Infatti, il Considerando 2 della Direttiva, richiamando il quadro normativo regolante la materia, si prefigge gli obiettivi del raggiungimento e del mantenimento di un livello uniforme ed elevato di protezione della salute, dell'ambiente e dei consumatori su tutto il territorio dell'Unione, indicando il principio di precauzione quale presupposto imprescindibile²³.

²¹ In tal senso, CGUE, 8 settembre 2011, C-58/10 e C-68/10, *Monsanto e a. c. Italia*; in precedenza, v. CGCE 9 settembre 2003, C-236/01, *Società Monsanto Agr. It. C. Presidenza del Consiglio dei Ministri*. I requisiti legittimanti le misure di emergenza sono: a) la produzione di nuove prove e risultanze scientifiche; b) la necessità giustificata da un problema specifico dello Stato membro richiedente la misura (CGCE, 21 gennaio 2003, causa C-12/99, *Germania c. Commissione*, punti 80-81). Con riferimento all'articolo 114, par. 5, TFUE, riguardante l'adozione di misure derogatorie nazionali, la Corte ha avuto modo di affermare che la legittimità delle misure nazionali deve essere strettamente collegata alla valutazione delle evidenze scientifiche dedotte dallo Stato membro (CGCE, 13 settembre 2007, C-439/05 e C-454/05P, *Austria c. Commissione*).

²² Le deroghe all'applicazione delle autorizzazioni riguardanti i prodotti OGM sono consentite solo alla luce di nuove evidenze scientifiche e non possono essere basate su preoccupazioni generiche relative alla percezione dell'opinione pubblica sui rischi connessi alla messa a coltura e distribuzione degli stessi.

²³ Direttiva 2015/412/UE, Considerando 2: «in conformità di tale quadro normativo, per ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio dell'Unione, ciascun OGM destinato alla coltivazione deve essere sottoposto ad una valutazione del rischio ai sensi dell'allegato II della direttiva 2001/18/CE, tenendo conto degli effetti diretti e indiretti, immediati e differiti, nonché degli effetti cumulativi a lungo termine, sulla salute umana e l'ambiente. Tale valutazione del rischio fornisce pareri scientifici volti a orientare il processo decisionale ed è seguita da una decisione relativa alla

Dunque, come specificato anche nel Considerando 14, la Direttiva n. 2015/412/UE non altera il quadro normativo delineato dalle precedenti disposizioni (Direttiva 2001/18/CE e Regolamento n. 1829/2003) ma presenta profili di complementarietà con le stesse²⁴.

La Direttiva n. 2015/412/UE consente agli Stati membri di richiedere la limitazione dell'efficacia territoriale delle autorizzazioni rilasciate dalle istituzioni dell'Unione riguardanti esclusivamente la coltivazione di OGM; tale limitazione non riguarda, pertanto, l'immissione in commercio e l'importazione di OGM e può essere richiesta sia nella fase di adozione delle autorizzazioni stesse, sia in una fase successiva, sul fondamento di motivazioni concernenti le politiche agricole/ambientali.

È stato così introdotto uno strumento di flessibilità, teso a garantire un elemento di autonomia nelle scelte degli Stati membri riguardanti la coltivazione di OGM sui propri territori, garantendo di fatto una gestione a più livelli, nazionale e comunitario, dei procedimenti di autorizzazione²⁵.

Si evidenzia una separazione tra i profili procedurali riguardanti le autorizzazioni alla commercializzazione degli OGM (caratterizzate da una forte centralità decisionale delle istituzioni comunitarie, nonché dal preponderante rilievo dei dati scientifici disponibili come base delle future scelte) e le autorizzazioni relative alla coltivazione di OGM, dal momento che nelle procedure autorizzative per la coltivazione sono presenti aspetti di gestione del

gestione del rischio. L'obiettivo di tale procedura di autorizzazione è garantire un elevato livello di tutela della vita e della salute umana, della salute e del benessere degli animali, dell'ambiente e degli interessi dei consumatori, assicurando al contempo l'efficace funzionamento del mercato interno. È opportuno raggiungere e mantenere un livello uniforme ed elevato di protezione della salute, dell'ambiente e dei consumatori su tutto il territorio dell'Unione. È opportuno tenere sempre conto del principio di precauzione nel quadro della direttiva 2001/18/CE e della sua successiva attuazione».

²⁴ Il Considerando 14 della Direttiva n. 2015/412/UE dispone che uno Stato membro dovrebbe basare l'adozione di misure di gestione del rischio su considerazioni «riguardanti obiettivi di politica ambientale legati a impatti che sono distinti e complementari rispetto alla valutazione dei rischi per la salute e l'ambiente valutati nel contesto delle procedure di autorizzazione di cui alla direttiva 2001/18/CE e al regolamento (CE) n. 1829/2003, come il mantenimento e lo sviluppo di pratiche agricole che combinano al meglio la produzione e la sostenibilità degli ecosistemi o il mantenimento della biodiversità locale, compresi taluni habitat ed ecosistemi, o determinati tipi di caratteristiche naturali e paesaggistiche, nonché funzioni e servizi ecosistemici specifici», garantendo pertanto una valutazione scientifica uniforme in tutta la Comunità, rispetto ai rischi degli OGM sulla salute umana e dei consumatori, nonché sul benessere dell'ambiente.

²⁵ T.M. MOSCHETTA, *La coltivazione*, cit., pp. 120-123.

rischio confacenti alle caratteristiche e alle specificità socio-economiche di ciascun Stato membro²⁶.

Naturalmente, un profilo di problematicità riguarda la linea di confine tra commercializzazione e coltivazione o, più propriamente, le ricadute che tali limitazioni alla coltivazione dei prodotti OGM possono avere sulla commercializzazione di questi ultimi, in particolare, e sulla regolamentazione del libero mercato comunitario, in generale.

3. I precedenti giurisprudenziali

La connessione tra il discorso relativo agli organismi geneticamente modificati e i più ampi ambiti riguardanti la sicurezza alimentare, la salute dell'uomo e degli animali e il benessere ecosistemico rende opportuno richiamare preliminarmente la sentenza della Corte di Giustizia CE del 9 settembre 2003, nella causa C-236/01 (*Monsanto Italia*), riguardante l'interpretazione del concetto di “equivalenza sostanziale” degli alimenti non contenenti organismi geneticamente modificati, ma comunque prodotti a partire dagli OGM, con quelli tradizionali.

Già in quell'occasione, la Corte ha adottato una concezione restrittiva del principio di precauzione, proponendo un'interpretazione della nozione di “equivalenza sostanziale” mirante ad evitare che l'incertezza scientifica sulla sicurezza di un prodotto possa comportare l'introduzione di misure che pregiudichino gli scambi commerciali²⁷.

In linea con questo indirizzo, la Corte di Giustizia ha aderito ad un approccio “temperato” al principio di precauzione, esigendo una valutazione del

²⁶ ID., *op. ult. cit. ibidem*.

²⁷ CGCE, 9 settembre 2003, C-236/01, *Società Monsanto Agr. It. C. Presidenza del Consiglio dei Ministri*, punto 84, in cui la Corte ha stabilito: «l'art. 3, n. 4, primo comma, del regolamento n. 258/97 dev'essere interpretato nel senso che la mera presenza, all'interno di nuovi prodotti alimentari, di residui di proteine transgeniche a determinati livelli non osta a che tali prodotti alimentari siano considerati come sostanzialmente equivalenti a prodotti alimentari esistenti e, pertanto, non osta al ricorso alla procedura semplificata per l'immissione sul mercato di detti nuovi prodotti alimentari. Ciò tuttavia non vale qualora le conoscenze scientifiche disponibili all'epoca della valutazione iniziale permettano di individuare l'esistenza di un rischio di effetti potenzialmente pericolosi per la salute umana. Spetta al giudice del rinvio verificare se sia soddisfatta tale condizione». Sul punto, A. LUPO, *Sostenibilità*, cit., p. 67, in cui l'Autrice afferma che la decisione «colloca in una sorta di “limbo”, tra i prodotti che non presentano rischi per la salute e gli OGM, i prodotti e gli ingredienti alimentari a partire da OGM, ma che non li contengono».

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

rischio approfondita e rigorosa e giustificando l'adozione di misure limitative, sulla base del principio di precauzione, quando risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza del rischio ma persista la possibilità di un danno reale per la salute nell'eventualità di realizzazione del rischio stesso²⁸.

Ne consegue che la valutazione del rischio non può fondarsi su supposizioni non ancora scientificamente corroborate.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato ripreso anche in occasione di altre pronunce della Corte comunitaria in tema di OGM.

In particolare, la sentenza della Corte di Giustizia CE dell'8 settembre 2011 (C-58/10 e C-68/10) ha avuto modo di specificare che ai fini dell'adozione di misure urgenti, l'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 impone agli Stati membri di dimostrare, oltre all'urgenza, l'esistenza di una situazione tale da comportare un rischio non solo «grave», ma anche «manifesto» per la salute umana, degli animali e per il benessere dell'ambiente²⁹.

Questi precedenti sono stati tenuti ben presenti dalla Corte nella più recente pronuncia del 13 settembre 2017 (C-111/16)³⁰. In particolar modo, la

²⁸ CGUE, 2 dicembre 2014, C-41/02, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 52, in cui la Corte ha stabilito: «Il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive, qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito a causa della natura insufficiente, non concludente o imprecisa dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute degli uomini o degli animali o per l'ambiente nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse». Una decisione di vietare la commercializzazione di un prodotto alimentare arricchito, la quale, d'altronde, costituisce l'ostacolo più restrittivo agli scambi aventi ad oggetto prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri, può essere adottata soltanto qualora l'asserito rischio reale per la salute risulti sufficientemente dimostrato in base ai dati scientifici più recenti disponibili al momento dell'adozione di siffatta decisione. In un contesto del genere, la valutazione del rischio che lo Stato membro deve effettuare ha ad oggetto il grado di probabilità degli effetti nocivi per la salute umana derivanti dall'aggiunta di determinate sostanze nutritive ai prodotti alimentari e la gravità di tali effetti potenziali.

²⁹ CGUE, 8 settembre 2011, C-58/10 e C-68/10, *Monsanto e a. c. Italia*, punti 2 e 3 del Dispositivo: «[...] 2) L'art. 34 del regolamento n. 1829/2003 autorizza uno Stato membro ad adottare misure urgenti soltanto alle condizioni procedurali enunciate all'art. 54 del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 28 gennaio 2002, n. 178 [...] 3) Ai fini dell'adozione di misure urgenti, l'art. 34 del regolamento n. 1829/2003 impone agli Stati membri di dimostrare, oltre all'urgenza, l'esistenza di una situazione in grado di comportare un rischio che ponga a repentaglio in modo manifesto la salute umana, la salute degli animali o l'ambiente».

³⁰ CGUE, 13 settembre 2017, C-111/16, *Fidenato e a. C. Italia*, punti 32 e 47: «In proposito si deve ricordare che l'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003 autorizza uno Stato membro ad adottare misure di emergenza ai sensi di tale articolo, purché vengano rispettate, oltre alle condizioni sostanziali indicate in tale articolo, le condizioni procedurali previste all'articolo 54 del regolamento n. 178/2002 (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2011, *Monsanto e a.*, da C-58/10 a C-68/10, EU:C:2011:553, punti da 66 a 69). [...] Certamente, come osservato dalla Corte

sentenza del settembre 2017 richiama quella del settembre 2011 sul concetto di rischio «grave» e «manifesto»³¹, anche se già nella sentenza *Monsanto* del 2003 la Corte di Giustizia CE aveva fornito l'interpretazione del concetto di rischio³².

In un'ottica più generale, occorre segnalare anche la sentenza del 6 settembre 2012 (C-36/11, *Pioneer c. Italia*) e la sentenza dell'8 maggio 2013 (C-542/12, *Fidenato c. Italia*).

4. *L'applicazione del principio di precauzione in materia di OGM*

al punto 71 della sentenza dell'8 settembre 2011, *Monsanto e a.*, le condizioni previste dall'articolo 54, paragrafo 1, del regolamento n. 178/2002 alle quali è subordinata l'adozione delle misure di emergenza devono essere interpretate tenendo conto, in particolare, del principio di precauzione, allo scopo di garantire un elevato livello di tutela della vita e della salute umana, assicurando al contempo la libera circolazione di alimenti e di mangimi sicuri e sani, che costituisce un aspetto essenziale del mercato interno».

³¹ CGUE, 13 settembre 2017, C-111/16, *Fidenato e a. C. Italia*, punto 51; CGUE, 8 settembre 2011, C-58/10 e C-68/10, *Monsanto e a. c. Italia*, punti 76 e 77 in cui la Corte afferma: «a tale riguardo occorre considerare che le espressioni “[in modo] manifesto” e “grave rischio” devono essere intese come atte a riferirsi a un serio rischio che ponga a repentaglio in modo manifesto la salute umana, la salute degli animali o l’ambiente. Questo rischio deve essere constatato sulla base di nuovi elementi fondati su dati scientifici attendibili. Infatti, misure di tutela adottate in forza dell’art. 34 del regolamento n. 1829/2003 non possono essere validamente motivate con un approccio puramente ipotetico del rischio, fondato su semplici supposizioni non ancora accertate scientificamente. Al contrario, siffatte misure di tutela, nonostante il loro carattere provvisorio e ancorché rivestano un carattere preventivo, possono essere adottate solamente se fondate su una valutazione dei rischi quanto più possibile completa tenuto conto delle circostanze specifiche del caso di specie, che dimostrino che tali misure sono necessarie».

³² CGCE, 9 settembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia Spa e a. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e a.*, punto 107: «Siffatte misure di tutela, nonostante il loro carattere provvisorio e ancorché esse rivestano un carattere preventivo, possono essere assunte solamente se fondate su una valutazione dei rischi quanto più possibile completa tenuto conto delle circostanze particolari del caso di specie, che dimostrino che tali misure sono necessarie a garantire, ai sensi dell’art. 3, n. 1, primo trattino, del regolamento n. 258/97, che i nuovi prodotti alimentari non presentino rischi per il consumatore. In ordine all’onere della prova che grava sullo Stato membro interessato ai sensi dell’art. 12, n. 1, del regolamento n. 258/97, va rilevato che tale disposizione richiede che tale Stato abbia “motivi fondati” per ritenere che l’uso di un nuovo prodotto alimentare presenti rischi per la salute umana o per l’ambiente».

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

In materia di OGM, il principio di precauzione, che ne ispira la regolazione giuridica, è richiamato dall'articolo 1 della direttiva 2001/18/CE³³, nonché dall'articolo 7 del Regolamento n. 178/2002³⁴.

Il contesto applicativo del principio di precauzione è caratterizzato dall'incertezza scientifica ed è per tale motivo che il tema riguardante gli OGM costituisce un terreno fertile per affrontare le modalità applicative del principio stesso, rappresentando quest'ultimo la premessa giuridica del trattamento di un ambito così delicato.

Dal punto di vista giuridico, il principio di precauzione permette di adottare una tecnica legislativa di tutela rafforzata atta a tutelare un determinato valore prima che se ne verifichi la lesione³⁵, perseguendo il necessario obiettivo di armonizzazione tra valori fondamentali, quali la libertà economica e in generale i diritti di ordine economico e il diritto alla salute e all'ambiente.

L'impostazione in materia di OGM, resa evidente dalla fissazione dei criteri per la valutazione dei rischi potenziali per la salute umana, la salute animale e l'ambiente, si evince dall'analisi della Direttiva n. 2001/18/CE (parzialmente modificata dalla direttiva n. 2015/412/CE), dal Regolamento CE n. 178/2002 e dal Regolamento CE n. 1829/2003³⁶.

Il dibattito relativo agli OGM rientra in quello più ampio e generale concernente la sicurezza alimentare e la definizione di "alimento sicuro". In base al combinato disposto tra l'articolo 4, paragrafo 1 e l'articolo 3, paragrafo 1 del Regolamento CE n. 1829/2003, i prodotti alimentari derivanti da OGM, per

³³ Direttiva 2001/18/CE, articolo 1: «Nel rispetto del principio precauzionale, la presente direttiva mira al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri e alla tutela della salute umana e dell'ambiente quando: - si emettono deliberatamente nell'ambiente organismi geneticamente modificati a scopo diverso dall'immissione in commercio all'interno della Comunità, - si immettono in commercio all'interno della Comunità organismi geneticamente modificati come tali o contenuti in prodotti».

³⁴ Regolamento 2002/178/CE, articolo 7: «Principio di precauzione - Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio [...]».

³⁵ P. BORGHI, *Il rischio alimentare e il principio di precauzione*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE (diretto da), *Trattato di diritto agrario*, vol. III, *Il diritto agroalimentare*, UTET, Torino, 2011, pp. 53-72.

³⁶ La ratio di tali discipline regolative è il raggiungimento e mantenimento di un livello uniforme ed elevato di protezione ambientale su tutto il territorio comunitario; nondimeno è possibile evidenziare l'importanza delle esigenze economiche alla base di tale complesso normativo.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

considerarsi “non a rischio”, debbono risultare sicuri dal punto di vista tossicologico e nutrizionale³⁷.

A tale scopo, risulta funzionale e decisiva l’analisi del rischio, che si articola «nelle fasi della valutazione (*risk assessment*), gestione (*risk management*) e comunicazione (*risk communication*)»³⁸.

L’obiettivo consiste nell’individuazione dei rischi riguardanti gli effetti diretti e indiretti, immediati e differiti, che i prodotti OGM determinano sulla salute umana e sul benessere degli ecosistemi.

Per quanto qui rileva, la fase applicativa del principio di precauzione è quella concernente la valutazione del rischio, nonché l’eventuale neutralizzazione dello stesso.

Ma il punto intorno al quale svolgere una riflessione riguarda più propriamente il livello di prova scientifica necessaria a giustificare l’adozione di misure precauzionali, secondo meccanismi decisionali volti al bilanciamento tra interessi non sempre allineati.

Una soluzione sarebbe l’adozione del concetto di “equivalenza sostanziale”³⁹; tale criterio è richiamato nell’allegato II della Direttiva 2001/18/CE che, in materia di valutazione del rischio, contiene un riferimento alle «caratteristiche accertate dell’OGM ed il suo uso» che «devono essere confrontati con quelli propri dell’organismo non modificato da cui l’OGM è stato ricavato e col suo uso in situazioni corrispondenti». Nella stessa direzione, occorre citare l’articolo 4, paragrafo 1 del Regolamento CE n. 1829/2003, in base al quale i prodotti OGM non possono differire da quelli che intendono sostituire.

A tal riguardo, è opportuno sottolineare una differenza di fondo.

In ambito comunitario, l’equivalenza riguarda il confronto delle caratteristiche del prodotto OGM con quelle dell’entità non modificata, teso

³⁷ Regolamento CE n. 1829/2003, articolo 3, paragrafo 1 e articolo 4, paragrafo 1.

³⁸ A. LUPO, *Sostenibilità*, cit., p. 72.

³⁹ R. SAIJA, *Gli organismi*, cit., pp. 4-9. Alcuni Paesi, come gli USA, basano la regolamentazione degli OGM sul concetto di equivalenza sostanziale, dal quale discende l’analogia di trattamento tra il prodotto OGM e quello che non lo è, in caso di corrispondenza delle caratteristiche dei prodotti stessi. Al contrario, il principio di precauzione impone una valutazione di tipo cautelare volta a dar rilievo primariamente ai potenziali pericoli derivanti da un prodotto OGM, senza che sia necessario attendere la certezza scientifica sul verificarsi del danno a seguito del loro utilizzo; A. LUPO, *Sostenibilità*, cit., pp. 73-74; G. GALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, Giappichelli, 2006; R. PARDOLESI, *Il principio di precauzione a confronto con lo strumentario dell’analisi economica del diritto*, in G. COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione, responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2016.

all'identificazione dei potenziali effetti negativi generati dalla modifica genetica; al contrario, l'interpretazione di equivalenza fornita dai Paesi produttori di OGM legittima una presunzione di equivalenza, salvo prova contraria, tra i prodotti OGM e quelli convenzionali.

In ambito comunitario, l'operatività del principio di precauzione consegue alla provata difformità tra OGM e prodotto convenzionale, sebbene tale principio sia stato progressivamente declinato secondo criteri più oggettivi, nonché scientificamente più rigorosi.

In ogni caso, la nozione di equivalenza⁴⁰ pone non pochi dubbi interpretativi, poiché trascura elementi privi di uno stringente valore scientifico, ma altrettanto importanti; il riferimento è alle valutazioni etiche, ambientali, sociali e culturali.

D'altra parte è opportuno sottolineare come i giudizi scientifici risentano delle metodologie valutative adottate, giungendo alla formulazione di analisi non univoche perché basate su variabili non sempre rispondenti a canoni di astratta obiettività⁴¹.

⁴⁰ Cfr. il Regolamento CE n. 178/2002, considerando 19, e la Direttiva 2001/18/CE, considerando 9, 57 e 58. Secondo A. LUPO, *op. cit.*, p. 75, «l'identità sostanziale non comporta, di per sé, una valutazione dei rischi, ma rappresenta un approccio volto a confrontare il nuovo prodotto alimentare con il suo equivalente tradizionale, al fine di verificare se esso debba essere sottoposto a una valutazione dei rischi per quanto riguarda in particolare la sua composizione e le sue proprietà specifiche». V. sul punto R. SAIJA, *op. cit.*, pp. 10-11, secondo cui «il tratto che accomuna il principio di precauzione agli OGM ed allo stesso tempo la ragione che ha ispirato i decisori europei ad ispirarsi ad esso nella regolazione di questa materia è che in entrambi i casi l'approccio è di carattere interdisciplinare, e la regolazione giuridica ha carattere *multilevel*. Il principio in esame, infatti, vede la luce come concetto-precezzo che funge da guida nell'agire dell'uomo e solo molti anni dopo trova uno sbocco nella scienza giuridica. Le radici sociologiche e filosofiche di esso possono essere rintracciate verso la fine degli anni settanta nell'opera di Hans Jonas che, nel tentativo di separare nettamente uomo e natura, mette in luce come effetto distorsivo di tale progetto sia quello di concentrare eccessivamente ogni cura e attenzione più sull'essere umano che non sulla natura in cui egli necessariamente deve vivere. Questo squilibrio di cura per l'uomo, a discapito della natura, fa gravare proprio sull'essere umano ogni responsabilità sui futuri effetti del proprio modo di operare. È così che sorge la preoccupazione per le generazioni future e la conseguente necessità di comportarsi in modo prudente per evitare che gli sviluppi tecnologici abbiano l'effetto di prosciugare le risorse naturali a scapito di chi ancora deve nascere. È questa l'idea di fondo di carattere etico che sta alla base del principio di precauzione, che si attaglia perfettamente al discorso in materia di OGM, il cui utilizzo indiscriminato rischia di sacrificare, restringendo il discorso al campo dell'agricoltura e dell'alimentazione, le risorse indispensabili per assicurare la vita umana anche nei secoli a venire [...].» Cfr. infine M.A. LA TORRE, *Bioetica delle biotecnologie e questione ambientale*, in L. CHIFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 215 ss.

⁴¹ A. LUPO, *op. cit.*, p. 75; R. SAIJA, *Gli organismi*, *op. cit.*, pp. 6-8.

Inoltre, alcuni filoni dottrinali sostengono l'inefficacia e la scarsa oggettività del criterio dell'equivalenza in quanto fortemente influenzato da istanze di matrice politico-economico, dal momento che allo stato non è possibile identificare i reali effetti dei prodotti OGM sull'uomo e sull'ambiente⁴².

5. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Terza Sezione) del 13 settembre 2017

La sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nella causa C-111/16, a seguito di un rinvio pregiudiziale proposto, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale di Udine con decisione del 10 dicembre 2015, si inserisce nel filone di decisioni giurisprudenziali che hanno, nel tempo, segnato un percorso all'interno del delicato tema riguardante la messa a coltura e commercializzazione dei prodotti OGM, in particolar modo in relazione ai profili riguardanti la salute dell'Uomo e degli animali, nonché il benessere ecosistemico e delle risorse naturali.

Il procedimento penale, oggetto di rinvio pregiudiziale, ha visto coinvolti soggetti accusati di aver messo a coltura la varietà di mais geneticamente modificato MON 810, in violazione del decreto che proibiva tale coltivazione⁴³.

In particolare, la sentenza in discorso ha come oggetto l'interpretazione dell'articolo 34 del Regolamento CE n. 1829/2003 relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati, nonché degli articoli 53 e 54 del Regolamento CE n. 178/2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare e istituisce l'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare (EFSA).

Ricostruendo sommariamente la vicenda, occorre preliminarmente ricordare che, con la Decisione del 22 aprile 1998 concernente l'immissione in commercio di granturco geneticamente modificato a norma della Direttiva

⁴² L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013; R. SAIJA, *op. cit.*, pp. 4-9. Le conoscenze sugli OGM e sui relativi effetti sono incomplete; a ciò si aggiunga la commistione tra mondo scientifico e produttivo, dal momento che in molti casi la ricerca scientifica è condotta dalle stesse multinazionali produttrici di OGM.

⁴³ Decreto del Ministero della Salute di concerto con il Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali e con il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare – Decreto di adozione delle misure d'urgenza ai sensi dell'art. 54 del Regolamento (CE) n. 178/2002 concernenti la coltivazione di varietà di mais geneticamente modificato MON 810 del 12 luglio 2013.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE

- NOTE E COMMENTI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

90/220/CEE del Consiglio, la Commissione ha autorizzato l'immissione in commercio della varietà di mais geneticamente modificato, MON810.

In data 11 aprile 2013, il Governo italiano ha chiesto alla Commissione di adottare, secondo le procedure previste dall'articolo 53 del Regolamento n. 178/2002, le misure d'emergenza di cui all'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 dirette a vietare la coltivazione del MON810⁴⁴.

Successivamente, la Commissione, in data 17 maggio 2013 e a seguito di una verifica preliminare degli elementi forniti, si è espressa nel senso della mancanza di urgenza nel procedimento di adozione delle misure previste dagli articoli 53 e 54 del Regolamento n. 178/2002; in ogni caso, al fine di procedere ad un'analisi più attenta dei dati forniti dal Governo italiano, la Commissione, in data 29 maggio 2013, ha chiesto all'EFSA di valutare tali elementi di prova entro la fine del mese di settembre 2013.

Il Governo italiano, con il succitato decreto del 12 luglio 2013, ha vietato la coltivazione della varietà MON 810 di mais geneticamente modificato.

L'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare, in data 24 settembre 2013, ha affermato che il gruppo di lavoro sugli OGM non aveva identificato, nella documentazione trasmessa dal governo italiano a supporto delle misure di emergenza adottate, alcuna nuova evidenza basata su dati scientifici che giustificasse le stesse misure di emergenza (opinione scientifica n. 3371).

In tale contesto, i soggetti che avevano coltivato la varietà di mais geneticamente modificato MON 810 sono stati imputati dinanzi al Tribunale di Udine per violazione della normativa nazionale.

Il G.I.P del Tribunale di Udine ha emesso decreto penale di condanna contro gli interessati; questi ultimi hanno, poi, proposto opposizione avverso tale decreto, eccependo l'illegittimità della normativa nazionale poiché la stessa violerebbe l'art. 34 del Regolamento n. 1829/2003, nonché gli articoli 53 e 54 del Regolamento n. 178/2002.

Il Tribunale di Udine, decidendo la sospensione del procedimento, ha sottoposto alla Corte di Giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:

- se la Commissione, sebbene valuti l'insussistenza di rischi gravi e manifesti per la salute umana, sia obbligata, ai sensi dell'articolo 54, comma 1,

⁴⁴ A fondamento di tale richiesta, il Governo italiano ha prodotto studi scientifici realizzati dal Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura (CRA) e dall'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA).

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

paragrafo 1 del Regolamento 178/2002, ad adottare delle misure di emergenza (articolo 53 del Regolamento n. 178/2002) qualora uno Stato membro ne solleciti l'applicazione;

- se lo Stato membro, nonostante una valutazione contraria da parte della Commissione, sia autorizzato ad adottare misure di emergenza provvisorie;

- se considerazioni legate al principio di precauzione, che esulino da parametri di rischio grave e manifesto per la salute umana e animale o per l'ambiente nell'utilizzo di un alimento o mangime, possano giustificare l'adozione di misure di emergenza provvisorie da parte di uno Stato membro ai sensi dell'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003;

- se lo Stato membro, nonostante la valutazione contraria della Commissione confermata dall'EFSA, possa continuare a mantenere vigenti le misure di emergenza provvisoria, o rinnovarne la vigenza.

La Corte ha deciso nel senso che, in base all'interpretazione del combinato disposto tra l'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 e l'articolo 53 del Regolamento n. 178/2002, la Commissione non è tenuta ad adottare misure di emergenza, su richiesta di uno Stato membro, quando non sia «manifesto» che un prodotto autorizzato dal Regolamento n. 1829/2003 o conformemente allo stesso possa rappresentare un «grave» rischio per la salute umana; inoltre, secondo la Corte, l'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 in combinato disposto con l'articolo 54 del Regolamento n. 178/2002 deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro, dopo aver informato la Commissione, può adottare misure di emergenza provvisorie e mantenerle in vigore o rinnovarle fino a quando la Commissione non decida sulla proroga, modifica o abrogazione delle stesse.

5.1 *L'interpretazione del principio di precauzione*

Uno degli aspetti più interessanti della pronuncia della Corte concerne appunto l'interpretazione dell'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 nella prospettiva del principio di precauzione delineato dall'articolo 7 del Regolamento n. 178/2002.

La Corte affronta questo tema statuendo che l'articolo 54 del Regolamento n. 178/2002 non consente agli Stati membri di adottare misure di emergenza provvisorie *sul solo fondamento del principio di precauzione*, senza che siano soddisfatte le condizioni *ex articulo 34* del Regolamento n. 1823/2003

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

(cfr. il punto 54 della sentenza: «il principio di precauzione come formulato all'articolo 7 del Regolamento n. 178/2002, dev'essere interpretato nel senso che non conferisce agli Stati membri la facoltà di adottare, ai sensi dell'articolo 54 del Regolamento n. 178/2002, misure di emergenza provvisorie sul solo fondamento di tale principio, senza che siano soddisfatte le condizioni sostanziali previste all'articolo 34 del regolamento n. 1829/2003»).

L'articolo 7 del Regolamento n. 178/2002 definisce il principio di precauzione nel settore della legislazione alimentare; in particolare, il paragrafo 1 di tale articolo stabilisce che, in presenza di circostanze specifiche e di valutazioni delle informazioni disponibili, qualora venga individuata la possibilità di effetti nocivi per la salute umana, comunque in un quadro di incertezza scientifica, nondimeno possano essere adottate misure provvisorie di gestione del rischio necessarie al fine di garantire il livello di tutela della salute che l'Unione persegue (in attesa di ulteriori informazioni scientifiche che consentano una valutazione più esauriente del rischio).

È di tutta evidenza come il menzionato articolo 7 aderisca perfettamente alla nozione di precauzione classicamente intesa.

Ad ogni modo, sebbene l'articolo 7 comprenda un concetto di precauzione generale, secondo la Corte esso deve rapportarsi con la specificità delle normative sugli OGM, ed in particolare con l'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003, che definisce chiaramente le condizioni in presenza delle quali un prodotto autorizzato da tale Regolamento o conformemente allo stesso può essere oggetto di misure di emergenza; ne discende una precisa delimitazione del livello di rigore al quale è soggetta l'adozione di tali misure⁴⁵.

Ciò conduce, come già sostenuto dalla Corte nella precedente sentenza dell'8 settembre 2011 (*Monsanto e a.*)⁴⁶, a ritenere che le condizioni *ex articulo 54*, paragrafo 1, del Regolamento n. 178/2002 alle quali è subordinata l'adozione

⁴⁵ CGUE, 13 settembre 2017, C-111/16, *Fidenato e a. C. Italia*, punto 45: «[...] sebbene il principio di precauzione rimanga un principio generale della legislazione alimentare, il legislatore dell'Unione ha fissato all'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 una regola precisa ai fini dell'adozione di misure d'emergenza secondo le procedure di cui agli articoli 53 e 54 del Regolamento n. 178/2002».

⁴⁶ CGUE, 8 settembre 2011, C-58/10 e C-68/10, *Monsanto e a. c. Italia*, in cui la Corte afferma che le condizioni previste dall'articolo 54 del Regolamento n. 178/2002 «[...] devono essere interpretate tenendo in considerazione la formulazione di tale disposizione, ma altresì le finalità del regolamento n. 1829/2003 nonché il principio di precauzione, allo scopo di garantire un elevato livello di tutela della vita e della salute umana, assicurando al contempo la libera circolazione di alimenti e di mangimi sicuri e sani, che costituisce un aspetto essenziale del mercato interno».

delle misure di emergenza devono essere interpretate nella prospettiva del principio di precauzione (allo scopo di garantire un elevato livello di tutela della vita e della salute umana) "mitigato" dalla necessità di garantire la libera circolazione di alimenti e mangimi sicuri e sani, che rappresenta un aspetto ineludibile del mercato interno.

A tal proposito, la Corte rileva che l'operatività del principio di precauzione non può eludere o modificare le disposizioni previste dall'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003.

Ciò rappresenta un punto di fondamentale importanza, se si considera che le misure provvisorie di gestione del rischio fondate sul principio di precauzione e le misure di emergenza previste dall'articolo 34 sono soggette ad un diverso regime.

Infatti, l'articolo 7 del Regolamento n. 178/2002 (avente ad oggetto il principio di precauzione) subordina l'adozione delle misure provvisorie alla valutazione delle informazioni disponibili, sebbene in un contesto di incertezza scientifica, concernenti la potenzialità di effetti dannosi per la salute umana; di contro, l'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 richiama per gli OGM il concetto di «rischio grave» e «manifesto» per la salute umana dei prodotti autorizzati dallo stesso Regolamento, come presupposto imprescindibile per l'adozione delle misure d'emergenza in discorso.

Il rischio deve essere fondato su nuovi elementi e dati scientifici attendibili; di conseguenza, le misure di tutela *ex articolo 34* del succitato Regolamento non possono essere supportate da un approccio puramente ipotetico a un rischio non scientificamente accertato, bensì devono essere adottate soltanto in presenza di una valutazione (dei rischi) quanto più completa possibile tesa a dimostrarne la necessità.

La differenza tra il livello di rischio richiesto dall'articolo 34 (Regolamento n. 1829/2003), da un lato, e dall'articolo 7 (Regolamento n. 178/2002), dall'altro, deve essere intesa tenendo presente che il primo è *lex specialis* che si applica ai soli prodotti autorizzati dal Regolamento n. 1829/2003, mentre il secondo è *lex generalis* che regolamenta tutto il settore concernente la legislazione alimentare.

Per tale motivo, nel pensiero della Corte, non può essere ammessa un'applicazione del principio di precauzione in materia di OGM che non tenga conto delle limitazioni previste dall'articolo 34 in discorso.

5.2. L'orizzonte applicativo del principio di precauzione in materia di OGM: considerazioni in chiave sistematica relative alla connessione con il diritto dell'ambiente. Riflessioni conclusive.

Affrontare il tema-problema della disciplina degli OGM presuppone la consapevolezza dei profili di connessione dello stesso, in chiave sistematica, con il diritto dell'ambiente.

La necessità di protezione ambientale e la soddisfazione dei bisogni alimentari hanno, nel tempo, sperimentato rapporti di conflittualità, ma anche di contemperamento e, in alcuni casi, di sinergia; la tematica relativa agli OGM rappresenta un esempio in cui le istanze di protezione ambientale possono confliggere con i bisogni connessi alle problematiche alimentari⁴⁷. Se, da un lato, la coltivazione e la commercializzazione dei prodotti OGM pongono a rischio valori come la biodiversità e la diversità alimentare⁴⁸, d'altra parte le modalità di coltivazione che utilizzano la tecnologia di genetica modificata consentono una produzione più ampia rispetto alle normali colture tradizionali, assolvendo all'urgenza del bisogno alimentare di quelle porzioni di pianeta che soffrono condizioni di sottoalimentazione⁴⁹.

La conflittualità tra ambiente ed alimentazione tende ad emergere o, viceversa, ad attenuarsi a seconda che le colture tradizionali e quelle tese alla produzione di prodotti OGM vengano concepite in termini di alternatività o, al contrario, di complementarietà.

Inn termini generali, i modelli di produzione e consumo del cibo possono sviluppare interessanti sinergie con i criteri e i paradigmi di tutela ambientale.

Secondo una recente proposta dottrinale, una “federazione” tra diverse discipline gravitanti nell’orbita delle scienze giuridiche, ambientali e alimentari permetterebbe la nascita di un modello integrato di studi, il c.d. *agroecological*

⁴⁷ G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, cit., pp. 7 ss.

⁴⁸ ID., *op. ult. cit.*, p. 9; L. PAOLONI, *Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità*, Torino, Giappichelli, 2005; A. LUPO, *op. cit.*, pp. 50 ss.

⁴⁹ Viene in rilievo il problema della sicurezza alimentare nell’accezione della cosiddetta *food security*. Sul punto, P. BORGHI, *Bioteconomie, tutela dell'ambiente e tutela del consumatore nel quadro normativo internazionale e nel diritto comunitario*, in *Rivista di diritto agrario*, 2001, I, pp. 365 ss; L. PAOLONI, *La Food security nei programmi della PAC*, in L. COSTATO – P. BORGHI – L. RUSSO – S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale*, Atti del Convegno di Ferrara, 6-7 Maggio 2011, Jovene, Napoli, 2011; A. LUPO, *op. cit.*, pp. 70 ss; R. SAIJA, *Gli organismi*, *op. cit.*, *passim*.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
- NOTE E COMMENTI -
ANNO 2017 / NUMERO 2

law, in grado di armonizzare i diversi profili afferenti all'agricoltura, all'alimentazione, all'ecologia e al diritto⁵⁰.

L'intento dichiarato di realizzare uno studio congiunto con la previsione di uno scambio di informazioni tra vari settori può comportare «un arricchimento complessivo»⁵¹; chiaro esempio di ciò è l'introiezione del principio di precauzione, elaborato e sviluppato nell'ambito del diritto dell'ambiente, all'interno del diritto dell'alimentazione.

In questa direzione, non può non evidenziarsi la natura sistemica dello stesso diritto dell'ambiente, desumibile dalla definizione giuridica di “ambiente”, a sua volta deducibile dall'articolo 5, comma 1, lett. c) del d. lgs. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente); quest'ultima disposizione definisce “impatti ambientali” gli «effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità [...]; territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati»⁵².

Se l'ambiente in senso giuridico rappresenta il sistema di relazioni tra fattori ecologici e sociali, allora il diritto dell'ambiente dovrebbe occuparsi dell'ambiente come sistema⁵³.

⁵⁰ Sul punto, M. MONTEDURO, *From Agroecology and Law to Agroecological Law? Exploring Integration between Scientia Ruris and Scientia Iuris*, in M. MONTEDURO – P. BUONGIORNO – S. DI BENEDETTO – A. ISONI (eds.), *Law and Agroecology: A Transdisciplinary Dialogue*, Springer, Heidelberg-Berlin, 2015, pp. 57 ss.; ID., *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, in questa *Rivista*, n. 1/2015, pp. 88 ss.

⁵¹ G. ROSSI, *op. cit.*, p. 13.

⁵² D.lgs. 152/2006, articolo 5, comma 1, lett. c), così come modificato dall'articolo 2 del d. lgs. n. 104/2017. A giudizio di chi scrive, la novella del 2017 non sembra discostarsi, nella sostanza, dal testo previgente (sul quale v. M. MONTEDURO, *La notion juridique d'environnement vue par le législateur italien*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 2/2016, pp. 269 e ss.), che definiva “ambiente” il «sistema di relazioni fra i fattori antropici, naturalistici, chimico-fisici, climatici, paesaggistici, architettonici, culturali, agricoli ed economici». L'ambiente in senso giuridico, comprendendo in sé l'ambiente in senso ecologico e l'ambiente in senso sociale, risulta essere un (meta)sistema complesso di relazioni tra fattori.

⁵³ Secondo M. MONTEDURO, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, cit., pp. 101 ss., «[...] il diritto dell'ambiente dovrebbe occuparsi [...] dunque, (i) dei presupposti essenziali di struttura per l'esistenza del sistema, (ii) dei principi e delle regole fondamentali di flusso per il funzionamento e l'evoluzione del sistema, (iii) nonché delle trasformazioni che le singole componenti subiscono quando, anziché essere considerate isolatamente, sono inserite nella dinamica delle relazioni con altre componenti all'interno del sistema; il diritto dell'ambiente non dovrebbe invece “invadere” con regole di dettaglio il dominio della regolazione specifica dei fattori singoli, *ex se* considerati, nel caso in cui essi costituiscano de iure condito l'oggetto di discipline differenziate sul piano normativo».

L'alimentazione non è, in questa prospettiva, un tema estraneo al diritto dell'ambiente: l'alimentazione è infatti uno di quei *fattori* che rientrano nella definizione giuridica di *ambiente* come sistema di interrelazioni, assumendo di conseguenza rilievo per il diritto dell'ambiente⁵⁴.

Il portato sistematico della definizione di "ambiente" e il carattere «federativo»⁵⁵ del diritto dell'ambiente sopra evidenziati sembrano presupporre il modello concettuale dei sistemi socio-ecologici⁵⁶, che includono i sistemi ecologici e i sistemi sociali⁵⁷; questi ultimi, infatti, «si configurano come dei subsistemi i cui meccanismi di inscindibile interazione e reciproca influenza si svelano soltanto quando essi vengono integrati e studiati come "parti" del "tutto" rappresentato da meta-sistemi che li includono, qualificabili appunto come sistemi socio-ecologici»⁵⁸.

Il ruolo svolto dall'alimentazione all'interno dei sistemi socio-ecologici emerge dalla rilevanza del cibo quale «legante che correla la vita alla scala individuale, alla scala sociale e alla scala ecologica», mentre la «diversità

⁵⁴ ID., *op. ult. cit.*, pp. 111 ss.; cui adde ID., *Ambiente e alimentazione*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2017, pp. 311 ss.

⁵⁵ ID., *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, cit., p. 94.

⁵⁶ J. HINKEL - P.W.G. BOTS - M. SCHLÜTER, *Enhancing the Ostrom social-ecological system framework through formalization*, in *Ecology and Society*, 2014, Vol. 19, Issue 3, pp. 51 ss; F. BERKES - J. COLDING - C. FOLKE (eds.), *Navigating social-ecological systems: building resilience for complexity and change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁵⁷ La teoria dei SES (*Social-Ecological Systems*) muove dall'assunto secondo cui i sistemi ecologici (eco-sistemi) e i sistemi sociali (socio-sistemi) sono biunivocamente interdipendenti e inseparabili. Sul punto, cfr. M. MONTEDURO, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, cit., pp. 91 ss. «[...] i sistemi socio-ecologici si presentano come sistemi complessi, dinamici, non-lineari, con equilibri multipli, soggetti a mutamenti caotici più che regolari e graduali, con attributi non uniformi, ma differenziati e distribuiti in base alle diverse scale spaziali e variabili in base ai diversi orizzonti temporali nonché ai diversi livelli di complessità [...]»; v. altresì M. MONTEDURO - S. TOMMASI, *Paradigmi giuridici di realizzazione del benessere umano in sistemi ecologici ad esistenza indisponibile e ad appartenenza necessaria*, in Aa.Vv., *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi* (Atti del 9° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 8-9-10 maggio 2014, in ricordo di Giovanni Gabrielli), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, *passim*, nonché M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza»*, cit., *passim*.

⁵⁸ M. MONTEDURO, *Diritto dell'ambiente e diversità alimentare*, cit., pp. 92-100. L'ambiente in senso giuridico non si esaurirebbe negli eco-sistemi né nei socio-sistemi singolarmente considerati, ma assumerebbe la struttura di «meta-sistema (socio-ecologico) di sistemi (ecologici e sociali)»; la prospettiva del diritto dell'ambiente sarebbe appunto quella di garantire la perpetuazione delle condizioni di possibilità ed esistenza dei sistemi socio-ecologici.

alimentare» quale valore rilevante per il diritto dell'ambiente si correla alle «implicazioni reciproche tra vita e diversità, e tra alimentazione e vita»⁵⁹.

La necessità di prendere in considerazione anche i cosiddetti “effetti indiretti” sulla salute umana, scaturenti dagli impatti dei prodotti OGM su valori presupposti alla salute quali la biodiversità o la diversità alimentare, è la dimostrazione di come la tutela della salute e la protezione dell'ambiente siano in un rapporto di necessaria continenza, nel senso che assicurare le condizioni di esistenza dell'essere umano presuppone il mantenimento di determinati livelli di benessere ecosistemico⁶⁰.

Deve conclusivamente rilevarsi che, nella sentenza in commento, la Corte sembrerebbe aver in parte depotenziato l'operatività del principio di precauzione in materia di OGM.

Infatti, in alcuni passaggi della sentenza, in particolare nel punto 52, la Corte afferma che l'attuazione del principio di precauzione, previsto dall'articolo 7 del Regolamento n. 178/2002, dovrebbe rispettare i vincoli procedurali imposti dall'articolo 34 del Regolamento n. 1829/2003 nel caso di applicazione di misure di emergenza autorizzate sulla base del Regolamento del 2003; dunque, il principio di precauzione, pur riconosciuto come principio di ordine generale nel settore della legislazione alimentare, nel caso dei prodotti autorizzati dal Regolamento n. 1829/2003 viene ristretto nei limiti della cornice regolativa delineata dal Regolamento stesso.

Sembrerebbe che il principio di precauzione, la cui nascita ed evoluzione si deve al diritto internazionale dell'ambiente, operi nel contesto delle succitate normative secondo un differente regime, che pone al centro il carattere estremo – *id est* «manifesto», aggettivo peraltro carico di ambiguità – di un rischio già «grave», rendendo non più sufficiente una situazione di obiettiva e significativa incertezza scientifica circa il verificarsi di un potenziale pericolo per il bene primario che viene in questione: il carattere «manifesto», infatti, se posto in *et* con il connotato della gravità e sganciato dal riferimento alla irreversibilità del danno potenziale, tende evidentemente a ridurre il campo di operatività del principio di precauzione.

⁵⁹ ID., *op. ult. cit.*, pp. 111 ss. Viene in rilievo «il rapporto diritti/doveri legati al cibo e diritti/doveri relativi alla vita».

⁶⁰ In altri termini, se i prodotti OGM pongono a rischio la diversità biologica o la diversità alimentare e, dunque, gli ecosistemi e i servizi ecosistemici, potrebbero al contempo pregiudicare quanto meno in termini di “effetti indiretti” la stessa salute dell'uomo.

Dal tenore letterale delle disposizioni esaminate e dall'interpretazione proposta dalla Corte, emerge come gli OGM coinvolgano ambiti particolarmente complessi, come appunto la sicurezza alimentare, la salute umana e animale e il benessere degli ecosistemi; in tal senso, il quesito da porsi è se una "rimodulazione" in un perimetro più angusto del principio di precauzione preluda alla configurazione di una nuova concezione del principio stesso secondo i più restrittivi canoni sopra citati, ossia l'esistenza di un rischio "grave e manifesto", anche per ciò che concerne il diritto dell'ambiente in generale (oltre al tema degli OGM), e se tale limitazione possa venire in rilievo in quei settori del diritto che hanno introiettato, nel tempo, tale principio per derivazione dal diritto dell'ambiente (oltre al diritto alimentare, si pensi al diritto farmaceutico, veterinario, etc.)

Affrontare la materia relativa agli OGM, infatti, significa fondamentalmente adottare un approccio di tipo integrato tra ambiti (ambientale, alimentare, agrario, economico e sociale): ciò dovrebbe implicare, simmetricamente, il riconoscimento di un'operatività sistematica e non già "a macchia di leopardo" del principio di precauzione.

Risolvere settorialmente le criticità connesse al richiamo del principio di precauzione espone, di contro, al rischio di concepire soluzioni scarsamente funzionali e, probabilmente, prive di solide fondamenta giuridiche.

ABSTRACT

Sergio Candela – *Principio di precauzione e criterio del “rischio grave e manifesto” nell’applicazione delle misure di emergenza in materia di OGM: la prospettiva della Corte di Giustizia UE*

La sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 13 settembre 2017 affronta il problema dell’applicazione delle misure di emergenza in materia di alimenti e mangimi geneticamente modificati.

In particolare, l’applicazione di tali misure di emergenza è subordinata a una limitazione procedurale che pone al centro l’esistenza di un rischio «grave» e «manifesto» scientificamente fondato.

Uno degli aspetti più interessanti della sentenza in commento riguarda il rapporto tra il principio di precauzione e il criterio del “rischio grave e manifesto” constatato sulla base di nuovi elementi fondati su dati scientifici attendibili.

PAROLE-CHIAVE: *misure di emergenza; alimenti e mangimi geneticamente modificati; rischio grave e manifesto; principio di precauzione; dati scientifici attendibili.*

Sergio Candela – *The precautionary principle and the criterion of “serious and evident risk” in the application of emergency measures concerning GMOs: the perspective of the European Court of Justice*

The judgment of the European Court of Justice of 13 September 2017 addresses the problem of the emergency measures concerning the genetically modified food and feed.

In particular, the implementation of the emergency measures in question is subject to procedural constraints focused on a «serious» and «evident» risk scientifically based.

In this regard, one of the most interesting aspects of the aforementioned judgment concerns the relationship between the precautionary

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE

- NOTE E COMMENTI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

principle and the criterion of “serious and evident risk” on the basis of new evidence founded on reliable scientific data.

KEYWORDS: *emergency measures; genetically modified food and feed; serious and evident risk; precautionary principle; reliable scientific data.*

OPINIONI E SEGNALAZIONI

ANDREA FARI*

Complexity and perspectives of environmental codification in light of Italian law experience¹.

SOMMARIO: 1. Complexity - 2. Environmental law and codification in Italy - 3. Criteria to evaluate a codification in light of Italian experience - 4. Contribution to debate on environmental codification. Critical remarks and perspectives

1. Complexity

The codification of Environmental Law has many complexities and difficulties which depend, even before the coding itself, on the nature of environmental legislation.

The transversal nature of the environmental protection leads to the impossibility to clearly distinguish the environmental sector from other contiguous areas of law. Hence, it could be not effortless establishing sharp boundaries from the discipline of agriculture, energy production, land and urban planning, landscape, as well as, first and foremost, health protection.

Environmental regulation is also closely related to the technical and scientific disciplines that describe and establish criteria and parameters for evaluating the impact of human activities on natural elements. Without such a scientific knowledge, it would be almost impossible to understand the deep meaning of environmental requirements, such as the limits and standards imposed for some polluting phenomena. Furthermore, the role of technical disciplines is crucial to the extent that environmental regulation needs to change constantly due to the speed of technological evolution.

A further issue is the considerable information asymmetry that lawmakers have to face.

On one hand, the legislator might not be adequately aware of the technical and technological complexity of some industrial sectors, whereby the controlled subject certainly has much more information than the controller.

On the other hand, information asymmetries are significant with reference to territorial specificities, as a consequence of the close relationship between environmental law and the territorial autonomies which have

* Assistant Professor at Roma Tre University and Lumsa University.

¹The article reports the lecture given by the author within the International Conference on the Translation and Publication of the Environmental Codes of Various Countries, held in Beijing on 21 october 2017.

legislative powers and administrative functions (such as the Italian Regions). The abovementioned aspects entail additional complexity in laying environmental norms and administrative procedures down. It often occurs, in the whole European context, and not only in Italy, that decisions taken from the above encounter the territorial opposition of citizens and sometimes even of municipalities and Regions.

Though the contrast is also at the statutory level, as it is evidenced, for instance, by the recent 2017 Italian Environmental Impact Assessment Act, which has been challenged before the Constitutional Court by ten out of the twenty Italian Regions.

2. Environmental law and codification in Italy

Environmental law in Italy has emerged progressively.

There has been a historic fragmentation of the environmental discipline in Italy depending on the way the environmental interest came to light.

In our legal system, a practice – not positive – was to lay environmental regulation down whenever a specific emergency occurred, caused by extraordinary environmental and territorial conditions (such as floods, earthquakes or other environmental disasters). Actually, all the legislative interventions adopted under emergency conditions have been problematic, even though they have marked the moment of the transition to greater awareness and attention on these issues by the decision-making bodies.

Another important aspect in all the European countries, particularly felt in the Italian experience, is the ever-increasing impact of the European environmental standards, the implementation of which has frequently affected the national legal framework. The abovementioned European discipline has increased the complexity of the production of environmental legislation by creating different and sophisticated standards not always distinguished by high-quality legal examples.

Environmental law codification in Italy has been very peculiar.

On the basis of a law of delegation of 2004, in 2006, the Government has adopted the Legislative Decree no. 152, which is now commonly referred to as the "Environmental Code". It is actually the result of two separate and contextual operations. On a hand, a combination of pre-existing environmental disciplines and, on the other, the implementation of the new European disciplines. These operations have realized a melting between different disciplines of different ages and with different backgrounds.

However, the Legislative Decree no. 152/2006 is not a real Code, in fact it is entitled "environmental rules". There is no structure and code setting, as well as no other features that will be highlighted below.

For instance, during the drafting operations, there has been a logical reversal of the ordinary codification steps. Notwithstanding the fact that each code moves firstly from the provision of the general principles, in the specific case the general principles were incorporated in the text later, in 2008. .

It is not even a true Consolidated Text of the Laws because it does not gather in itself all the environmental regulations of the Italian law. It is a text of unification of environmental norms, which until now, 11 years after its approval, has been a particularly important experience, but with some lights and some shadows.

3. Criteria to evaluate a codification in light of italian experience

It would be impossible to describe all the positive and negative aspects of the Italian environmental codification in one seminar. It would be more interesting pointing out those, which in my opinion, are the most relevant criteria for evaluating a codification operation. Thus, I am going to describe some examples of what has happened in Italian law. This would be an element of knowledge and assessment of the regulatory experience in my country and, on the other hand, it can suggest more effective solutions to the legislator who wanted to begin a coding work today.

A first standard for assessing an environmental code is its completeness.

At the end of my speech, you will be able to understand why I think this is a dubious effectiveness tool.

However, Legislative Decree no. 152/2006 is not a text that encompasses all environmental areas and all environmental regulations. Indeed, it is particularly incomplete. For instance, it misses the law of protected natural areas, as well as the electromagnetic pollution regulation. Furthermore, there is no mention of the renewable energies, the discipline of major accident incidents and many waste sectoral disciplines. Even a series of general authorizations have remained outside the code, such as the Single Environmental Authorization, recently provided for small companies. In addition, the code lacks the entire issue of the environmental management organization. Farther the provisions which regulates the functioning of both the Ministry of the Environment and the Environmental Agencies, recently reformed, remain outside the Code.

A second criterion of assessment is the stability of the environmental rules over time.

It is a general evaluation standard for any regulatory provision, but in particular for a code. A rule contained in a code is supposed to have a significant stability over time, so it can be seen as a point of reference through ages.

Under this perspective, the experience of the Italian code is not a very positive one, because the Legislative Decree no. 152/2006 has been amended many times and in sectoral disciplines too. For instance, the discipline on environmental impact assessment has been deeply altered in 2010 and then in 2017, implementing – it should be highlighted – the corresponding changes in European discipline. Waste discipline has also been deeply altered in 2010. It is going to change deeply again thanks to the EU package on the circular economy that will be approved by the end of the year. The discipline of the Integrated Environmental Authorization was only inserted in 2010. This means that the same regulatory merger is still in progress and cannot be considered definitive.

In addition, we have to mention all those specific norms which, not entering into the scope of the environmental code, modify its application within specific sectors or circumstances (the last aspect can be considered as closely linked to the completeness of the code).

Another element of evaluation is the simplification.

We should wonder whether, compared to the past, the introduction of a code can create a simplification of the rules and the administrative procedures governed by these rules. For example, in the Italian legal system, this assessment is hard to accomplish because sometimes the inclusion in the Environmental Code has led to facilitation for operators and simplification of the system - such as in the case of EIA -, while in other areas this simplification has had much less clear effects - such as in the waste sector.

A further important parameter of evaluation of a code is whether it contains many referrals to secondary legislation, and therefore to governmental implementation rules.

From this point of view, the Legislative Decree n. 152/2006 is an example of consistent referral to secondary legislation. The regulation of many aspects is then postponed by the Environmental Code to the implementation by Ministerial Decrees, which may have a regulatory nature or not.

This is a matter of double value because - on one hand - rather than the heavy norms of ordinary laws-, it allows a faster update of the technical aspects, but, on the other hand, the more referrals to secondary legislation are put in the Code, the weaker the overall effect will be on the completeness of the reconnaissance of all environmental rules.

An important element of evaluation of a coding work is the relationship between the rules on the administrative activity and the rules on to the administrative organization.

Inside the Italian Environmental Code there are no rules on the administrative organization.

This issue, in my view, is particularly important not just in order to give an opinion about the coding work but also in order to produce truly effective environmental standards. At the end of my speech, I am going to express some considerations in this regard.

Another issue, perhaps an obvious one, is that one of drafting. Environmental rules, whether inserted in a code or outside it, are particularly complex, as they include a technical-scientific content.

From this point of view, the Italian experience - but probably the whole European experience too - is certainly improvable, because usually when a legal rule arises from a very specific technical and scientific requirement, its overall coordination, but also its draft, is not particularly effective.

A further more issue is about the overall clarity.

It should be wondered whether the rules system as a whole, inside a code, provides the interpreter with clear guidelines and includes all the detail rules that an operator / administration is required to comply with.

This clarity of the system can be reached only if there is a clear overview.

Without a clear strategy in the environmental regulation policy, no coding work could ever be effective.

In Italy, this approach has been overlooked for sure, as the legislator usually has intervened in environmental matters in an unorganized and contingent way.

4. Contribution to debate on environmental codification. Critical remarks and perspectives

While drawing my conclusions, I would like to rise in the debate some critical remarks, which are not just rhetorical questions, but are points I think that should be discussed, as the different national experiences do not seem to give any clear answer.

First of all, is the completeness really an important standard for a code?

In my view, the completeness of an environmental code is a utopia. The wideness, the detail level and the transversality of the environmental subject will never allow the writing of a complete environmental code.

Perhaps, it would be more appropriate to codify the principles and general rules which are common to environmental law institutes (authorization, EIAs, etc.), as a code does not necessarily have to deal with sectoral disciplines.

In this sense, the gaps in the Italian legal system are also the results of the gaps in the European regulation, which has so far treated in sectorial way transversal institutions, such as environmental impact assessments.

It is necessary to build the general institutes of environmental law around the general principles.

Thus, a coding work can be the most appropriate moment to question which can be classified as the general institutes of environmental law, distinguishing them from the sectoral disciplines and, inside them, which are the general rules that are more stable over time, and which ones instead may remain outside the code due to their detail character.

I want to give you more food for thought by asking if it is possible “to code” and “to reform” at the same; also, if inserting a new discipline into a code is possible or if in a code can only be inserted stable disciplines, already tested in the Italian legal system.

From this point of view, the Italian experience can be an interesting case of study, because the rules that were already in place worked and still work better, while the ones that were later insert in the code have been changed many times.

A further point, which I have already mentioned, is the relevance of administrative organization.

One might argue whether or not it should be included in a code. European environmental rules do not affect the organizational aspects because each Member State has its own administrative organization and it is foreseeable that it will continue to be so in the future.

Actually, however, I believe that no environmental regulation can be effectively implemented – or even written - unless it is tailored to the administration that has put it into place. The greater is the correspondence between the administrative organization and the rules set by the code, the greater is the effectiveness of the code.

Finally, an aspect on which I hope that meeting opportunities such as these can be useful for confrontation and future developments is the relationship between environmental law and other branches of law.

I believe that there is a need for greater coordination between environmental law and other pre-existing disciplines, which have more consolidated categories and rules and legal frameworks. In this, Italian and European law certainly have to work a lot.

Think of civil law and the issue of contracts and the importance that contractual rules may have in managing environmental responsibilities, or the issue of ownership in relation to waste discipline and the circular economy/sharing economy; or the importance of coordinating the specificity of environmental administrative regulation with criminal law, as recently realized in Italian law after the approval of the new legislation on environmental crimes, that has lead to an increased the attention on the importance of close dialogue

between a new discipline such as the environmental one and one as consolidated as criminal law.

At the end of my speech, I do not think it is possible not to mention the importance of rules on the production of environmental standards. It is difficult to deny that the stability of environmental rules also depends on the way in which the rules are produced.

It is important to ensure a broad (but proceduralized and controlled) participation of public and private stakeholders in the production of rules (especially technical and sectoral rules). This must be done to fill information asymmetries that the public entity alone could not fill and to ensure (where possible) sharing and compliance by the subjects involved.

Finally, a statutory instrument in general, but codification in particular, requires a comprehensive view and a strong and shared environmental policy strategy.

Without a comprehensive view and a strong strategy, environmental standards are too fragile before stakeholders' interest, especially where they are representative of the important interests of the manufacturing and industrial world. A code, in order to guarantee the stability of the rules and their generality and abstractness, must be able to withstand timely modification requests which, in case of special events or specific conditions of the market and of the economy, are requested by the individual interest groups.

Under this perspective, environmental legal discipline is still weak, and the Italian experience is exemplified but not different from the overall European one. Consider, for example, the package of circular economy directives that was withdrawn by the European Commission in its first version, since many stakeholders judged it too ambitious.

If the goal of coding is to ensure the proper environmental discipline through stability and authority, the environmental rules must be effective and efficient.

I hope that these considerations just briefly exposed will contribute to the debate on how to achieve these goals.

ABSTRACT

Andrea Farì - Complexity and perspectives of environmental codification in light of italian law experience

The article examines Italian codification of Environmental Law in his complexity and difficulties. The transversal nature of the environmental protection has led to the impossibility to clearly distinguish the environmental sector from other contiguous areas of law. The article describes the progressive emergence of environmental law in Italy and the struggles in regulating by disjointed regulation. It underlines how it has been an historic fragmentation of the environmental discipline in Italy depending on the way the environmental interest came to light, with the laying down of environmental regulation whenever a specific emergency occurred. Both, this and the ever-increasing impact of the European environmental standards, have had frequently affected the national legal framework. In his conclusion the Author consider how there is a need for greater coordination between environmental law and other pre-existing disciplines, which have more consolidated categories and rules and legal frameworks.

KEYWORDS: *Environmental law codification; regulation drafting; European Environmental law; Italian Environmental law; Environmental principles.*

Andrea Farì – Complessità e prospettive della codificazione ambientale alla luce dell'esperienza legislativa italiana

L'articolo descrive le difficoltà occorse nel processo di codificazione ambientale in Italia, evidenziandone complessità e criticità. Parte di queste è dovuta alla natura trasversale del diritto ambientale che ha reso difficile distinguere tra i settori afferenti tale disciplina e quelli tipicamente oggetto di altre disposizioni legislative. Ciò ha condotto ad una particolare frammentazione della disciplina ambientale, aggravata dalla circostanza dell'adozione emergenziale di provvedimenti normativi in materia, dettati

appunto dalle esigenze contingenti e quindi privi di coordinamento con la disciplina pregressa. A ciò si aggiunga la sempre maggiore estensione della disciplina di derivazione europea che ha contribuito ad aumentare la complessità del quadro normativo. Conclude l'autore soffermandosi sui necessari accorgimenti da adottare nel *drafting* normativo, primo fra tutti quello, forse scontato ma osservato raramente, di considerare e coordinare le norme di riforma e/o codificazione con quelle, già consolidate, presenti nell'ordinamento.

PAROLE-CHIAVE: *Codificazione ambientale; drafting normativo; diritto europeo dell'ambiente; diritto ambientale in Italia; i principi del diritto dell'ambiente.*

JAMILE BRUNIE BIEHL*

RICARDO HERMANY**

***O Processo de urbanização das cidades e a degradação ambiental:
análise dos instrumentos jurídicos municipais de proteção ambiental no
Brasil******

RESUMO: Considerações iniciais. – 1. O processo de urbanização e degradação ambiental. – 2. A importância do planejamento municipal como forma de controle a degradação ambiental no Brasil. – 3. O plano diretor e o zoneamento como instrumentos de planejamento e proteção ambiental. – Conclusão.

Considerações iniciais

A ocupação humana dentro de cidades é um processo natural que se dissemina com à própria concepção da evolução humana. A fragilidade dos homens, o dever de proteger a família e prover o sustento a todos que de si dependiam tornou a forma de ocupação dos espaços naturais um modelo intervencionista decorrente das necessidades antropológicas do homem, visando atender as premissas de convivência e segurança. No entanto, neste processo, deixou-se de considerar a importância da ordenação dos espaços como meio de conservação do patrimônio natural. Dessa forma, a qualidade de vida que se

* Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul – UCS; Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera LFG; Pós-Graduada em Direito Ambiental pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico; Juíza Leiga e Sócia advogada na empresa Ambientali - Assessoria Jurídica Ambiental; E-mail: jamilebiehl@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa; Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa; Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC; Consultor *ad hoc* da CNM – Confederação Nacional de Municípios (Brasil); Investigador da AEDREL – Associação de Estudos em Direito Regional e Local (Portugal) e do OIRESP – Observatório Internacional de la Regulación de las Entidades del Sector Público (Espanha); Advogado; E-mail: hermany@unisc.br.

*** O presente texto está amparado na dissertação defendida pela autora Jamile Brunie Biehl, em março de 2018, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado – da UCS – Universidade de Caxias do Sul, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil, intitulada: “A eficácia dos instrumentos jurídicos de proteção das áreas de restrição ambiental no município de Montenegro / Rio Grande do Sul”.

busca hoje dentro das cidades deve decorrer de um processo multidimensional, no qual se entrega o poder decisório local novamente as cidades, para atender as necessidades da população.

A expansão urbana irregular dentro dos municípios – leia-se sem planejamento prévio – dá ensejo a formação de espaços não-sustentáveis, os quais permitem práticas informais de sobrevivência, sem aplicação e observância de regras urbanísticas e de fiscalização, o que culmina nos mais diversos níveis de degradações ambientais. A ausência de efetiva fiscalização torna o sistema político conivente com esta prática, permitindo, dentro de outros costumes inconstitucionais, que todo o ônus desta negligência recaia sobre a população diante da omissão estatal.

Cumpre salientar que os municípios brasileiros são entes federativos com autonomia financeira, administrativa e política, detendo atribuições consagradas pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 30, onde se observa que é de competência municipal legislar sobre assuntos de interesse local. Desse modo esses entes locais podem produzir lei observando as limitações constitucionais, havendo a necessidade de que estas regras – registre-se que se trata de uma peculiaridade do federalismo brasileiro e se tratam efetivamente de normas jurídicas – estejam em consonância com a Carta Constitucional.

Os gestores públicos municipais devem estar atentos e vincularem-se aos aspectos mais essenciais e peculiares da população quando do planejamento e organização dos municípios, com vistas a assegurar uma estrutura que se coadune a realidade efetiva das populações. O que se observa na prática é que nos processos de planejamento urbano – quando existem – a atuação do poder público municipal pouco se vincula aos aspectos locais, deixando ao longo dos anos de ter compromisso com as realidades sociais do município, o que torna ineficaz a aplicação da lei.

Neste sentido que os instrumentos jurídicos existentes e positivados em nosso sistema devem ser utilizados em larga escala para assegurar a sustentabilidade dentro dos municípios. Os instrumentos jurídicos municipais são institutos do ordenamento legal, de caráter geral, colocados à disposição do município para concretização das diretrizes do Estatuto da Cidade – norma federal que insere os princípios que norteiam a ocupação do solo e o planejamento urbano –, com vistas a manter o desenvolvimento socioeconômico local.

O poder público, com tais premissas, almeja harmonizar uma máxima, perante as quais com a maior efetividade plausível, concilie a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações, presentes e futuras, com o menor desprendimento de recursos possíveis, o que é facilmente alcançado utilizando-se dos meios legais a disposição da gestão municipal, conforme será visto a seguir. A partir destas premissas surge a seguinte problemática de pesquisa, que é vetor central deste texto: de que forma os instrumentos jurídicos municipais – plano diretor e zoneamento - podem auxiliar na proteção ambiental local?

Para responder a esse questionamento utilizou-se o método dedutivo, pois a conclusão já está implícita no decorrer do estudo, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica observando diversas obras para a realização da análise. A estratégia metodológica inicia com a compreensão do processo de organização e degradação ambiental, para posteriormente verificar a importância do planejamento municipal como forma de controle e, por fim, analisar o plano diretor e o zoneamento como instrumentos de planejamento e proteção ambiental.

1. O processo de urbanização e degradação ambiental

A natureza humana, em sua disposição, tende a aglomerar-se em determinados locais para manutenção e garantia de sua sobrevivência. O que chamamos hoje de cidades formou-se ao longo dos tempos por um processo evolutivo desencadeado pela necessidade da população de viver em coletividade (MUMFORD, 1998). As cidades ou os espaços urbanos utilizados com vistas à ocupação, para um determinado organismo urbano, não possuem uma extensão homogênea. O desenho das ruas, avenidas, densidades, dimensão, disposição e volume das construções apresentam variações diversas que decorrem basicamente da área e da forma de construção sobre os territórios pelo processo de urbanização que nele ocorreu.

O homem, em seu contexto histórico, sempre optou por habitar em territórios nos quais havia maiores condições de sobrevivência, com a existência de recursos hídricos e alimentos próximos, para garantir segurança, locomoção, e manutenção de vida (RECH; RECH, 2010). Ademais, diante da necessidade de convivência e do desejo deste em construir um local ideal para viver, estabeleceu a ocupação de seu espaço geográfico de modo informal, excluindo e

segregando para fora de seu perímetro tudo que era indesejado dentro da sua comunidade (RECH; RECH, 2010). Os municípios, por sua vez, «nasceram pela força do poder natural e local das cidades, que tiveram como essência de sua origem a necessidade de convivência, a segurança e o bem-estar dos cidadãos» (RECH; RECH, 2010, p. 25).

Registre-se que as cidades foram sendo construídas naturalmente sem planejamento ou idealizações específicas, bem como sem a previsão de grandes expansões, o que se deu por processos naturais evolutivos através da exploração das condições naturais de cada local a ser povoado. Em que pese ser imprescindível afirmar que a formação das cidades sempre foi determinante para o desenvolvimento humano, traduzindo-se em uma forma de organização social e segurança eminentes (PEREIRA, 2008), ao longo da história seu crescimento se deu de forma muito rápida e desordenada já que nos primórdios não se imaginava à proporção que os territórios tomariam e o quanto isso influenciaria para o meio ambiente em que estavam inseridos.

Conforme dispõe Rolnik (2001), a grande mácula do crescimento desordenado das cidades pode ser traduzida não exatamente por falta de planejamento, mas sim como uma «opção de planejamento, de políticas urbanas e práticas políticas que construíram um modelo excludente» em virtude da ideia de que o crescimento econômico seria capaz de financiar o desenvolvimento urbano, que se encontrava em expansão (ROLNIK, 2001, p. 24).

O hábito de explorar recursos ambientais para organização em prol e a serviço sempre das necessidades humanas, ainda que remota em algumas ocasiões, permanece intrínseco e constitui-se numa pauta atual e permanente. Em verdade, nem sempre a cidade foi concebida como uma preocupação básica humana, isto é, com os valores espirituais visando o homem no contexto urbano e a melhoria de suas condições de vida, mas sim em termos funcionais e racionais lógicos de uso e gozo dos territórios (MUKAI, 2002, p. 16).

Deste modo, todas as relações dentro das cidades deram-se de modo privatista e foram conduzidas sobre o viés do interesse das classes dominantes, não priorizando condições de interesse público, gerando sempre opções não sustentáveis de uso e ocupação do solo. Mesmo com o passar dos anos, infelizmente, o atual modelo de cidades pouco avançou no que diz respeito a esta concepção centralizadora e privatista, ampliando o projeto das Ordenações sem considerar uma finalidade epistêmica e sustentável aos territórios, fabricando misérias em suas periferias, intensificando o caos e gerando formas

improvisadas de urbanização. Notadamente as periferias e a área rural das cidades continuam sem regras de ocupação mesmo após o advento do Estatuto da Cidade no Brasil, que impôs ao poder público o dever de planejamento de todo o território do município (RECH; RECH, 2010).

O atual perímetro urbano dos municípios é, em verdade, a tradução da linha imaginária que substituiu os antigos muros das cidades que protegiam estas áreas dos malfeiteiros e controlavam as ocupações pelos campões. Estes novos muros – o que na verdade o perímetro urbano representa na contemporaneidade – deixam de fora dos limites da cidade as pessoas de baixa renda que não tem condições de adquirir uma moradia digna de acordo com as normas urbanísticas estabelecidas (RECH; RECH, 2010). Esta exclusão social praticada através dos muros – de antes e de hoje –, mantém a tradição de que determinadas classes sociais sejam afastadas do convívio social dos grupos mais influentes, sendo este pacto de exclusão historicamente aceito e praticado, ainda que silenciosamente.

Este modelo excludente de crescimento – mesmo que antigo e enraizado na cultura dos povos – gera não somente impactos sociais marcantes, bem como interferências no meio biótico, nos ecossistemas, nas áreas de preservação permanente e nas zonas de restrição ambiental dos municípios, culminando igualmente em inúmeras consequências negativas e impactando diretamente o ciclo natural dos territórios, que perde a capacidade de se restabelecer após sistemáticos distúrbios sofridos.

Na geração de periferias e expansões irregulares dentro dos municípios não há proteção ao meio ambiente, desenvolvimento equilibrado, tampouco regras de ocupação sustentável com observância mínima aos padrões de saneamento básico. As inúmeras catástrofes ambientais e recorrentes desequilíbrios nos ciclos naturais, que ocorrem frequentemente a menor oscilação climática, apontam claramente tal situação.

Para evitar a expansão irregular dos municípios e estancar a continuidade deste ciclo de segregação, o homem deve internalizar uma consciência ecológica no sentido de perceber que em nada se diferencia da natureza, sendo dependente dela, compondo-a como essência desta própria como membros de uma comunidade natural. A manutenção da própria vida do homem deve considerar a proteção da natureza, do ecossistema em que vive, constatando que a violação do meio natural é antes de tudo uma verdadeira representação de ato de violação e degradação humana em sua forma mais

intima (RECH; RECH, 2016).

O homem compõe a diversidade biológica, sendo este um ciclo sagrado da existência, de forma que a apropriação absoluta sem precedentes, irracional e insustentável do espaço em que vive gera o desequilíbrio do meio. O equilíbrio ou a sustentabilidade é regra fundamental e obrigatória da existência, porquanto compõe as leis da natureza e intangível de ser transgredida pela racionalidade humana (OTSU, 2006), devendo o ser humano estar em sintonia com seu próprio ciclo, sua ordem natural e com as leis naturais que regem o planeta.

Assim, em que pese a moradia, segurança, alimentação e transporte sejam condições atuais inerentes a sobrevivência humana, todos os recursos utilizados para garantia de sua manutenção devem ser primordialmente considerados perante uma postura ética de relação do homem com a natureza. Isso significa o respeito aos limites e ciclos biológicos, a racionalidade ecológica, e a ciência de que o esgotamento dos recursos naturais coincide com a própria fragilização de um modelo de racionalidade econômica (FARIAS, 2014).

As leis naturais são princípios lógicos, precisos e transgredíveis, devendo todas as demais áreas científicas e preceitos técnicos nortearem-se numa racionalidade ambiental, em que os municípios resguardem espaços para a preservação da biodiversidade, garantido a harmonização de espaços verdes com a ocupação urbana, a fim de manter um ambiente ecologicamente equilibrado em meio a ocupação do homem.

Em função da desorganização que existe, e sempre existiu, nas cidades e no modelo de geração de periferias, é que se evidencia a urbanização irregular. O equilíbrio entre o natural e o construído é sempre a melhor opção. O urbanismo consiste na organização e regulação das cidades pelo poder público em zonas e atividades de acordo com as condições e cultura de cada local, sendo que é pouquíssimo observado em zonas que já se encontram com atividades instaladas dentro dos municípios. Denota-se que as melhores localidades ficam restritas a população com maior poder aquisitivo, porquanto, as periferias, repletas de violações aos direitos fundamentais dos cidadãos, não apresentam condições mínimas de infraestrutura e qualidade de vida, são os espaços que restam aos moradores que estão as margens das expectativas sociais.

Ainda que a formação das cidades / processo de urbanização da forma que ocorreu auxiliou em fatores fundamentais ao homem, leia-se segurança e

desenvolvimento (PEREIRA, 2003), a expansão deu-se de forma muito rápida, intensa, desordenada e primitiva, passando a interferir nos aspectos mais primordiais do meio ambiente, o que notadamente repercutiu na vida das pessoas. É impossível conceber que se constate progresso como seres humanos desconsiderando a natureza como fator determinante para a harmonia e desenvolvimento dos municípios.

Neste sentido, Rech (2010) afirma que um projeto científico de expansão urbana deve compor a organização e planejamento de uma cidade, visando atender as necessidades mais fundamentais humanas, condições adequadas de mobilidade e proteção ambiental. Para o autor: «um projeto de cidade deve constituir no resultado de um trabalho científico, aqui definido como estudo epistemológico dos princípios, das hipóteses e dos resultados as diversas ciências ou áreas do conhecimento» (RECH; RECH, 2010, p. 38). São estas as premissas essenciais que norteiam a análise do planejamento municipal e os respectivos instrumentos de controle para minimizar a degradação ambiental no Brasil.

2. A importância do planejamento municipal como forma de controle a degradação ambiental no Brasil

A qualidade de vida da população nos municípios está intimamente ligada ao ambiente, sendo neste conceito indiscutível a importância da tutela ambiental. O equilíbrio entre a qualidade de vida oferecida por um meio ambiente saudável e a obtida pelos meios artificialmente construídos deve ser alcançado através de um planejamento prévio, preciso e sério, com respeito aos limites da natureza e às áreas passíveis e não passíveis de expansão urbana. Para Rech, «o planejamento efetivo é o objetivo da participação popular, cabendo ao Poder Público a gestão científica do processo, o que na realidade não tem ocorrido» (RECH; RECH, 2012, p. 78).

Considerando que a expansão das frentes de atuação de indústrias é constante, o esgotamento dos locais já urbanizados e daqueles com possibilidades de ocupação, gera tendências de expansão nem sempre planejadas ou desejadas (MACEDO, 2004). Assim, os municípios tornam-se rapidamente espaços modificados, massificados, mal planejados, com problemas estruturais e de transporte, prejudicando o meio ambiente e tornando

impossível aos ecossistemas existentes regenerar-se das agressões sofridas, por ser permitido e aceito utilizar-se ao extremo os limites dos recursos naturais.

Partindo-se da premissa que o meio ambiente é considerado sob uma ótima de comunidade mundial e sem limites territoriais, os alcances de todas as práticas ilícitas não possuem fronteiras, o que exige uma cooperação difusa no que diz respeito ao controle do esgotamento natural. A tutela ambiental deve iniciar-se dentro dos bairros, das comunidades, municípios e gradativamente ser alargada para uma dimensão global, devendo as ações locais se coadunar e harmonizar sempre com os princípios ambientais e os parâmetros mundiais, considerando a existência de uma concepção de cidadania em uma dimensão planetária, bem como reconhecendo a importância da educação ambiental nos mais diversos níveis do conhecimento, com vistas a formar cidadãos ativos e conscientes dentro de suas comunidades.

A importância da utilização de medidas de proteção em nível municipal é evidente, eis que a gestão dos instrumentos existentes deve coadunar-se a realidade fática, cultural e social, perante a qual se legitimam a incidência em sua ordem jurídica, sob pena de tornarem-se inócuas. Nesse sentido que se torna primordial a adoção de políticas públicas municipais, que sejam dotadas de efetividade por estarem próximas as realidades locais de cada comunidade, o que evidencia as deficiências e potencialidades de cada município a serem sanadas primordialmente (HESSE, 1991).

É na concretização de ações de interesse local que se evidencia a importância da gestão ambiental e das políticas públicas municipais, que possuem a função de buscar a internalização das externalidades através de normas jurídicas e planejamento estratégico. Neste sentido, o plano diretor – que é lei de competência municipal – é o instrumento que norteia as bases de atuação do poder público, uma vez que busca organizar as atividades desenvolvidas na sociedade, maximizando seus benefícios e evitando que elas interfiram umas nas outras, através de uma eficiente gestão pública municipal.

Como forma de assegurar um (meio) ambiente sustentável, que não comprometa o desenvolvimento econômico e social dos municípios, a gestão ambiental e a utilização de políticas públicas apresentam-se como ferramenta de planejamento destes territórios, bem como instrumento determinante do próprio desenvolvimento de determinado espaço artificial / natural, onde não anulam a possibilidade de expansão urbana e industrial dos territórios, sendo que apenas neutralizam seus efeitos. Os municípios dependem da tutela do patrimônio

natural com vistas a garantir a sustentabilidade e o meio ambiente da sustentabilidade do seu uso pelo próprio espaço.

Ainda, é necessário que o poder público assegure a toda população acessibilidade, mobilidade e serviços básicos de sustentabilidade, que se dá por um planejamento municipal preciso de todos seus atos, que não esgotem o patrimônio ambiental de cada local (RECH; RECH, 2010, p. 222). Sobre o dever-poder de preservação ambiental por parte do Estado, Marin e Lucile (2011) entendem que, em decorrência do princípio da indisponibilidade do bem ambiental, restou estabelecido o princípio da intervenção estatal obrigatória em defesa do meio ambiente, conforme preconizado no artigo 225 da Constituição Federal Brasileira, que determina que o meio ambiente deve ser protegido pelo Estado, com atuação conjunta dos entes federados – competência comum dos três níveis - com vistas a garantir uma sadia qualidade de vida.

Para tanto, a Educação Ambiental a ser instituída mediante políticas públicas é imprescindível, pois não há como o Estado responsabilizar-se pela defesa do meio ambiente se a sociedade não se conscientiza, pela educação, da indisponibilidade do patrimônio ambiental. Neste processo, há um reconhecimento de valores e clarificações de conceitos, objetivando o desenvolvimento das habilidades e modificando as atitudes da população em relação ao meio, para entender e apreciar as inter-relações entre os seres humanos, suas culturas, seus meios biofísicos e as cidades construídas.

No processo de desenvolvimento sustentável com vistas à minimização dos impactos socioeconômicos de diferentes regiões, de conscientização sistemática e gradativa da população, o planejamento se faz imprescindível. A inexistência de planejamento para a implementação de políticas públicas ocasiona a falta de efetividade do plano diretor, em nível municipal. Na realidade, planejam-se apenas os grandes empreendimentos e os grandes centros, ocupados pelos habitantes mais elitizados dos municípios, ignorando os aspectos sociais e ambientais que são alicerces do direito urbanístico sustentável e os aspectos sociais de cada comunidade. As consequências de uma urbanização sem planejamento são inúmeras e conhecidas, pois de sua ausência surgem os mais diversos problemas de ocupação urbana e rural irregulares, levando caos nos municípios formados a partir de ocupação desordenada (RECH; RECH, 2015), com a potencialização dos efeitos da miséria, da degradação do meio ambiente e da criação de grandes periferias, sem saneamento básico e infraestrutura.

Deste modo, as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas no Estatuto da Cidade, como normas gerais de direito urbanístico, constituem-se em normas balizadoras e indutoras da aplicação dos instrumentos de política urbana previstos nesta lei. A prática do planejamento urbano serve mais do que para estabelecer modelos ideais de funcionamento aos municípios, possuindo uma função de correção dos desequilíbrios das ordens causadas pela urbanização, constituindo-se em importante instrumento de transformação social, a partir de dados e informações precisas, com diagnósticos locais.

Os municípios e as cidades representam os loci onde estão os empregos, as mercadorias, a sede do governo municipal, as praças públicas e demais serviços públicos (escolas, hospitais, cartórios), as opções culturais, os restaurantes e os principais espaços de lazer (SEGUIN, 2002b, p. 3). Conforme dispôs Prestes (2008), o direito à cidade é um conceito em construção, cuja dimensão constitucional decorre do Estado Socioambiental Democrático de Direito, ressaltando que «o direito fundamental à cidade decorre da simbiose do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 CF), do direito à política urbana (BRASIL, 1988, artigo 182 e artigo 183) do direito à gestão democrática e do direito à moradia (artigo 6º da Constituição Federal)».

O plano diretor é o principal instrumento de planejamento de política urbana, instituído pela Constituição Federal e enumerado no Estatuto da Cidade em seus artigos 39 a 42. Sua relevância reside na presença, em seu texto, de um mecanismo mais sistematizado e eficiente do que os demais instrumentos de política urbana (parcelamento, edificação compulsória, IPTU progressivo no tempo, desapropriação, entre outros). Este instrumento está sujeito a inúmeros requisitos de validade e diretrizes norteadoras (SILVA, 1997), possibilitando e exigindo a participação de toda a população e de especialistas das mais diversas matérias em seu processo de implementação e elaboração de planos e projetos urbanísticos, se destacando, ainda, por permitir organizar o crescimento, o funcionamento e o planejamento dos territórios, sempre com a observância da tutela ambiental em todos seus atos.

No Estatuto da Cidade, aponta-se que o plano diretor é a lei fundamental para a política de desenvolvimento e expansão urbana (BRASIL, 2001), pois orienta o planejamento das áreas de seu território, selecionando certas regiões específicas para a instalação de cada atividade, conforme os interesses e possibilidades de cada local (NUSDEO, 2001, p. 158), resguardando para tanto as áreas de proteção permanente, áreas de interesse

local e social como meio de concretização da Gestão Ambiental e crescimento ordenado dos municípios.

O artigo 40 do Estatuto da Cidade aponta para a necessidade de no processo de formulação do plano diretor e na fiscalização de sua implementação ser viabilizada a participação social, utilizando-se, por exemplo, de audiências públicas e debates com participação da população. Ou seja, não basta apenas à interpretação dos princípios do direito urbanístico, sendo imprescindível observar os instrumentos que o poder público municipal (competente para a execução da política urbana conforme artigo 182, caput, CF) utiliza para enfrentar os problemas de desigualdade social e territorial dos municípios causados pelo adensamento econômico, social e urbanístico acelerado (SARAIVA, 2014).

É o plano diretor instrumento apto para definir os contornos necessários para que a propriedade urbana cumpra sua função social, o que ocorre quando esta mostra-se em consonância com as exigências fundamentais de ordenação dos municípios expressas no Plano Diretor, o que implica no atendimento das necessidades da população de qualidade de vida, justiça social e desenvolvimento das atividades econômicas, com base nas diretrizes urbanísticas.

O território não é apenas o resultado da superposição de um conjunto de sistemas naturais e de coisas criadas pelo homem, devendo ser compreendido como território usado, utilizado por uma dada população, com suas características mais peculiares e internas. Assim, o território é o chão e mais a população, isto é, uma identidade, o fato, a cultura e o sentimento dos cidadãos de pertencer a um dado espaço, sendo a base do trabalho, da residência, das trocas materiais e espirituais e da vida sobre os quais ele influi (SANTOS, 2012).

Assim, a análise do plano diretor e, notadamente, a temática dos zoneamentos – ênfase ambiental – é na prática uma das dimensões da atribuição de sentido ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito do cidadão à cidade. O espaço urbano no território brasileiro e suas interfaces com a cidadania mostram-se temas da mais relevante agenda das políticas públicas, seja no campo legislativo seja em relação ao aprimoramento administrativo alicerçado nos critérios de governança democrática.

3. O plano diretor e o zoneamento como instrumentos de planejamento e proteção ambiental

Tendo em vista a contextualização já apresentada, tem-se que a real efetivação de uma política de desenvolvimento urbano sustentável pelo Estatuto da cidade se dá no âmbito municipal, eis que nestes territórios se tem uma melhor visualização, controle das dificuldades e potencialidades de cada parcela de terra. Logo, o planejamento da expansão urbana dos municípios através do uso do plano diretor se faz imprescindível para corrigir as distorções de crescimento desordenado, desigualdades sociais, degradação ambiental e possíveis efeitos negativos sobre o meio ambiente. (SILVA, 1997).

Assim sendo, o Estatuto da Cidade previu o plano diretor como um instrumento determinante, voltado à qualidade de vida dos cidadãos, ao apontá-lo como ferramenta a ser utilizada para a construção de um novo modelo de município. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal de Vereadores, de iniciativa do Prefeito Municipal, «é a lei municipal fundamental para a política de desenvolvimento e expansão urbana» (BRASIL, 2001). Portanto, este aproxima as diretrizes urbanas às realidades locais, o que deve ser periodicamente revisto com o escopo de garantir sua efetividade na gestão municipal, considerando as necessidades e mutações culturais ao longo dos tempos.

Sua natureza jurídica, atualmente, é de um instrumento de planejamento municipal e sua implementação é obrigatória em municípios com mais de vinte mil habitantes e os integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. Trata-se de requisito para o poder público utilizar o instrumento de parcelamento ou da edificação compulsória, do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo ou desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida, integrantes de áreas de especial interesse turístico, bem como em áreas elencadas como de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Nesse sentido, para a implementação do plano diretor em determinado município existe um conjunto de critérios pautados por variados fatores a serem observados, nos quais o gestor público não é o único responsável por sua observação estendendo-se a responsabilidade para a sociedade civil, que deve participar ativamente dos atos de planejamento municipal, tornando tal

ferramenta extremamente eficaz na evolução socioambiental dos cidadãos e do ambiente.

No processo de planejamento, consideram-se os recursos naturais disponíveis, ainda que se trate de um instrumento diferente do zoneamento ambiental. No processo de implementação, extrai-se inicialmente um diagnóstico perante o qual neste ato é realizado um vasto levantamento de todos os dados, informações e estatísticas que tornem a visualização do território segura e precisa, conforme a realidade local. Para tanto, realiza-se tal estudo por uma equipe multidisciplinar, levando em consideração as contribuições que cada ciência do saber pode dar ao processo.

Deste modo, no processo de desenvolvimento sustentável com vistas à minimização dos impactos socioeconômicos de diferentes regiões, o planejamento local se faz imprescindível. As consequências de uma urbanização sem planejamento são inúmeras, conhecidas e estendem-se progressivamente a proporções maiores a cada ano, visto que através de sua falta ou ineficácia que surgem os mais diversos problemas de ocupação urbana e rural, levando ao caos nos municípios decorrentes da ocupação desordenada (RECH; RECH, 2015).

Todas as técnicas destinadas a fazer o diagnóstico e prognóstico da realidade, bem como definir princípios e diretrizes básicas, devem ser traduzidas em normas de direito, no plano diretor, visto que a administração pública- in casu local - está vinculada a expressa autorização legislativa. A lei é o principal instrumento de planejamento da gestão pública, e como tal, assim, deve ser tratada. O plano diretor atende a todas estas expectativas, porquanto previsto em lei e na medida certa para cumprir as normas e diretrizes gerais de planejamento urbanístico (RECH; RECH, 2015).

Ainda, inserido no conceito de planejamento municipal, o investimento em políticas públicas de educação ambiental é de suma importância em todos os níveis de aprendizado, com o escopo de conscientizar a população sobre a indisponibilidade dos recursos naturais e a relação entre a qualidade de vida população e os padrões de qualidade e proteção ambiental.

Diante disso, as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas no Estatuto da Cidade como normas gerais de direito urbanístico são - em especial para os municípios - as regras balizadoras e indutoras da aplicação dos instrumentos de política urbana regulamentadas na lei. A prática do planejamento urbano por meio da utilização do plano diretor, serve mais do que para estabelecer modelos ideais de funcionamento dos municípios, pois possui a

função de correção dos desequilíbrios das desordens causadas pela urbanização, sendo um importante instrumento de transformação social, a partir da dimensão constitucional decorrente do Estado Socioambiental Democrático de Direito.

A população que já se encontra majoritariamente instalada nos municípios, deve cada vez mais ter acesso a uma vida digna através da concretização de políticas públicas nos espaços locais, em um meio ambiente equilibrado, a serem asseguradas através do plano diretor por meio da implementação de um planejamento urbano. Trata-se com isso de assegurar condições dignas de vida a todos os cidadãos, buscando um desenvolvimento sustentável a partir destes espaços geológicos. Objetiva-se, com a utilização de tais ferramentas, uma democratização nas escolhas prioritárias de cada parcela da sociedade civil, bem como a participação democrática de toda a população no processo de gestão sustentável dentro do meio ambiente urbano municipal.

Assim, é notório que o plano diretor passou a exigir a participação de toda a sociedade civil em seu processo de implementação, bem como possibilitou essa atuação em lei. Os planos e projetos urbanísticos a serem assegurados pelos planos diretores devem ser elaborados por especialistas das mais diversas áreas, devendo exaurir-se em estudos e discussões pela sociedade civil e profissionais de diferentes ramos.

Necessário frisar ainda, nesta dimensão, a importância do zoneamento ambiental para a elaboração do plano diretor do município pois se trata de premissa básica e representa uma ferramenta fundamental, eis que se constitui em complemento ao planejamento territorial com vistas a proteção do meio ambiente e desenvolvimento sustentável do território. Por priorizar a promoção e proteção ambiental veda que os bens naturais imprescindíveis ao equilíbrio e qualidade de vida dos municípios, fiquem subordinados exclusivamente ao desenvolvimento econômico e urbano.

No mesmo sentido do plano diretor, o zoneamento ambiental também possui um papel indispensável, na medida em que é o instrumento jurídico de ordenação do uso e ocupação do solo, perante o qual consiste na repartição do território municipal visando a destinação da terra e seu uso, estipulando a qualificação do solo no que diz respeito ao seu ordenamento em urbano, de expansão urbana, urbanizável e rural, e ainda, dividindo o território do município em zonas de utilização, no que diz respeito a sua finalidade e zonas de aproveitamento (SILVA, 2002).

As primeiras normas brasileiras que estabeleceram as regras de zoneamento surgiram com o intuito de proteger a saúde humana, destaque para a Lei n.º 5.027, de 14 de junho de 1966, que instituiu o Código Sanitário do Distrito Federal e foi um dos primeiros diplomas legais a tratar do zoneamento urbano. O artigo 6º da referida norma determinou a divisão do território do Distrito Federal em três áreas: a) a área metropolitana; b) as áreas dos núcleos satélites; e c) área rural. (ANTUNES, 1999). Estes parâmetros estabeleceram uma racionalidade das atividades de saúde pública e de produção à comunidade. Em função da natureza de cada uma das áreas, as políticas adotadas no campo da saúde pública teriam um determinado conteúdo, tendo por meta determinados objetivos e resultados que abrangiam temáticas de direitos coletivos concernentes ao meio ambiente comum.

Deste contexto, historicamente, o zoneamento ambiental originou-se nas sociedades industrializadas e urbanizadas e na necessidade do estabelecimento de áreas com destinação especial (ANTUNES, 1999). Em que pese este estar positivado no ordenamento jurídico brasileiro há algum tempo, representando o mais antigo e disseminado instrumento de organização territorial no Brasil, até pouco não era devidamente utilizado pelos gestores públicos municipais, eis que não se destinava a promover a qualidade de vida e moradia a toda população do território dos municípios, mas sim, assegurava o favorecimento determinados grupos específicos, com maior poder aquisitivo de vida (VILLAÇA, 1995).

Em que pese a Constituição Federal não trazer um conceito propriamente dito de zoneamento, este pode ser buscado através do artigo 9º da Lei n.º 6.938 de 1981, inciso II, que define o zoneamento ambiental como «um instrumento da política nacional do meio ambiente». Ademais, no próprio artigo 225 da Constituição Federal, existem preceitos no sentido de apontar a adoção de determinados padrões de zoneamento ambiental, como no inciso III, do § 1º, e o § 4º, do mesmo artigo, sendo exemplos imediatos de zoneamentos.

Desse modo, o conceito de zoneamento ambiental é uma ideia contemporânea as disposições urbanísticas, desencadeado através do planejamento de grandes cidades industriais, perante as quais surgiram a necessidade de definir determinados espaços urbanos para finalidades específicas, sem degradar o meio ambiente, a qualidade dos municípios e a preservar mobilidade urbana. Trata-se, portanto, de uma verdadeira ferramenta de ação, da qual não possui o objetivo único e exclusivo de delimitar espaço

protegidos pelo poder público para determinados fins, mas sim, notadamente, tutelar áreas de interesse ecológico e ambiental, evidenciando, ao mesmo tempo, seu aspecto de instituto da política nacional do meio ambiente, a luz do artigo 9º, inciso VI, da lei 6.938/91.

No processo de desenvolvimento sustentável, com vistas à minimização dos impactos socioeconômicos em diferentes regiões com características peculiares a cada uma delas, a utilização do zoneamento ambiental se faz imprescindível para mitigar tais avanços sobre áreas de interesse especial a população. A implementação do zoneamento ambiental não é exercício discricionário do poder público motivado pela conveniente e oportunidade em sua instauração, tratando-se de um poder vinculado - um verdadeiro poder-dever - onde a tutela ambiental representa um dever da sociedade civil e do poder público.

Diante da observância dos principais problemas comuns a todos os municípios brasileiros, denota-se que as causas originais dizem respeito a sua degradação socioambiental decorrentes da atividade humana sobre o meio. As consequências de uma urbanização sem planejamento são inúmeras e conhecidas, visto que através de sua não observância que surgem os mais diversos problemas de ocupação urbana e rural, levando ao caos nos municípios provenientes da ocupação desordenada (RECH; RECH, 2015).

Evidencia-se que nos territórios onde há degradação ambiental existe a degradação humana, eis que a qualidade de vida da população está intimamente relacionada ao equilíbrio socioambiental da comunidade. A aplicação dos meios de organização e reorganização dos espaços urbanos / territórios dentro dos municípios considera neste processo os critérios técnico-jurídicos estabelecidos em lei a fim de alcançar efetivamente as disposições da política urbana preconizada na Constituição Federal (RECH; RECH, 2016).

A qualidade de vida da população está intimamente ligada a utilização e observação de um zoneamento ambiental que respeite espaços que assegurem a sustentabilidade do meio urbano. A sensibilidade para percepção das necessidades e possibilidades de crescimento e desenvolvimento adequado da população municipal, tanto no que diz respeito a questões ambientais quanto às questões sociais e econômicas, é um desafio que cabe ao gestor de cada município atender. A sensibilidade ecológica, o investimento em novas formas de solidariedade, uma vida menos esfacelada, menos dilacerada, mais

harmoniosa e equilibrada é meio imprescindível para alcançar um crescimento ordenado e saudável (LIPOVETSKY; SERROY, 2011).

Conclusão

No decorrer do presente estudo, as questões sobre expansão urbana e degradação ambiental foram analisadas e relacionadas aos impactos ambientais decorrentes da expansão informal de zonas urbanas sobre áreas de restrição e interesse ambiental dentro dos municípios. Considerou-se, nesse sentido, a relação entre a exigência de normas de planejamento urbano e a eficácia destas disposições na tutela específica destes territórios, somado ao papel do poder público.

Extraiu-se das bibliográficas consultadas que a rápida urbanização que acompanhou o desenvolvimento socioeconômico do Brasil não decorreu de um planejamento urbano adequado, sendo formado por aglomeração urbana, o qual foi responsável por inúmeros problemas percebidos até os dias atuais. Em especial dentro dos centros urbanos e incrementado pela produção irregular nos municípios pela população de baixa renda que se abrigou nas cidades em busca de emprego e renda, as características básicas dessas ocupações foram ocupação irregular do solo urbano, ausência de infraestrutura e precariedade das moradias construídas.

O levantamento sobre o processo de urbanização e a degradação ambiental, o papel do direito urbanístico na formação de espaços sustentáveis, e a importância do planejamento municipal como forma de controle a degradação ambiental demonstram que a transformação da gestão urbana – ambiental é urgente. Isso porque a tradição brasileira no que diz respeito aos processos de planejamento urbano são autoritárias e em sua maioria de caráter meramente formal, deixando de considerar as contribuições da população diretamente afetada pelos empreendimentos e atividades que são realizadas e implementadas nos municípios por de autorizações do gestor público inúmeras vezes com intercorrência de patologias corruptivas que, por corte metodológico não puderam ser abordadas neste texto.

Restou claro, neste contexto, que ao município, possuidor de autonomia e responsabilidade para a gestão dos assuntos locais, compete, por intermédio dos gestores municipais, executar a política de desenvolvimento urbano, fazendo-se cumprir a legislação e diretrizes que ordenam o pleno

desenvolvimento das funções sociais do município. Essencial é a participação da sociedade civil em todo processo de elaboração, implementação e execução das premissas constantes nos instrumentos municipais de planejamento urbano, com vistas a assegurar o bem-estar de seus moradores, possuindo como diretriz o desenvolvimento sustentável.

Em sequência - considerando a importância do planejamento municipal para o controle de crescimento desordenado e insustentável dos municípios - passou-se a abordar os instrumentos de proteção municipal para mitigação dos impactos ambientais sobre zonas de interesse socioambiental, notadamente pelo uso do plano diretor e o zoneamento ambiental. O Estatuto da cidade, seguindo as diretrizes da Constituição Federal de 1988, estabelece os parâmetros para o gerenciamento urbano, destacando o plano diretor como a ferramenta mais eficiente para o planejamento urbano com vistas à formação sustentável dos municípios. Dessa forma, o objetivo da política de desenvolvimento urbano é justamente o pleno de desenvolvimento das funções sociais da cidade e dos municípios, ainda o bem-estar de seus habitantes.

Nesse sentido, o plano diretor é o instrumento potencialmente capaz de integrar a dimensão ambiental no âmbito da gestão urbana, em virtude de seu caráter estratégico, participativo e indutor/diretivo do próprio princípio da função social da propriedade urbana. Em conjunto com a realização de estudos técnicos por profissionais de diferentes áreas e implementação de zoneamento ambiental municipal, constitui-se em importante mecanismo a disposição do poder público e da sociedade civil para desenvolvimento de territórios sustentáveis, compondo o conceito de equilíbrio humano e sadia qualidade de vida da população.

O zoneamento ambiental, nesse mesmo contexto, possui diferenciada relevância, sendo o principal instrumento estabelecido na lei 6.938/81 que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, com vistas à proteção da qualidade ambiental e, sobretudo, da vida. Aliado aos princípios do direito urbanístico, atua nos problemas decorrentes dos intensos processos de urbanização, perante os quais busca-se não apenas garantir a não exaustão dos recursos naturais, bem como a qualidade de vida a população e o cumprimento da função social da propriedade. Tais instrumentos – plano diretor e zoneamento, juntos - são propulsores do próprio desenvolvimento socioeconômico de determinado espaço artificial, eis que a falta de controle,

organização e ordenamento do espaço geram ausência de condições adequadas para o desenvolvimento socioeconômico do local.

Por intermédio do zoneamento ambiental, realizam-se divisões de territórios em áreas onde se autorizam determinadas atividades ou restringe-se o exercício de outras de modo absoluto ou relativo em decorrência das características ambientais e socioeconómicas do local. Com a instituição de diferentes zonas, o poder público estabelece regimes especiais de uso e ordenação do solo com vistas a alcançar a melhoria e recuperação da qualidade ambiental e do bem-estar da população.

Portanto, seja o plano diretor, sejam os zoneamentos, é fundamental que haja uma efetiva integração entre poder público e sociedade civil para que o espaço local seja efetivamente qualificado como capaz de concretizar os princípios ambientais previstos na Carta Constitucional, que neste ano de 2018 completa 30 anos de vigência no Brasil. O caminho para a efetivação da função social da propriedade urbana, para a construção de planos diretores alicerçados de fato na participação popular e para os zoneamentos que de fato sejam integradores da sociedade em todas as suas dimensões ainda é longo e capaz de inserir na agenda prioritária, políticas públicas e estudos voltados a um Município Socioambiental Democrático de Direito.

RESUMO

Jamile Brunie Biehl, Ricardo Hermány – *O Processo de urbanização das cidades e a degradação ambiental: análise dos instrumentos jurídicos municipais de proteção ambiental no Brasil*

Por motivos de sobrevivência e necessidade, de convívio social, as cidades sempre se formaram por aglomeração humana próximas aos recursos naturais. Tal prática ensejou a formação de espaços urbanos irregulares e não planejados, que progressivamente expandiram apropriando-se do patrimônio natural dos territórios de forma ilimitada. Utilizando a estratégia metodológica dedutiva e bibliográfica o estudo parte da compreensão do processo de urbanização e degradação ambiental, analisando os instrumentos jurídicos de proteção ambiental – Plano diretor e Zoneamento. Observando que a Constituição Federal Brasileira dotou de autonomia os municípios para que estes conduzissem práticas locais de planejamento, desenvolvimento e ordenação de uso do solo.

PALAVRAS-CHAVE: *Degradação Ambiental; Planejamento Municipal; Plano Diretor; Proteção Ambiental; Zoneamento.*

Jamile Brunie Biehl, Ricardo Hermány – *The process of urbanization of cities and the environmental degradation: analysis of municipal legal instruments for environmental protection in Brazil*

For reasons of survival and need for social life, cities have always been formed by human agglomeration close to natural resources. This practice led to the formation of irregular and unplanned urban spaces that progressively expanded by appropriating the natural heritage of the territories

in an unlimited way. Using the deductive and bibliographic methodological strategy, the study starts with an understanding of the process of urbanization and environmental degradation, analyzing the legal instruments of environmental protection - Master Plan and Zoning. It is noted that the Federal Constitution provided the Municipalities with autonomy to conduct local planning, development and land use planning practices.

KEYWORDS: *Environmental Degradation; Environmental Protection; Municipal Planning; Master Plan; Zoning.*

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BANUNAS, Ioberto Tatsch. **Poder de polícia ambiental e o município**: guia jurídico do gestor municipal ambiental orientador legal do cidadão ambiental. Porto Alegre: Saluna, 2003.
- FARIAS, André Brayner. Ética para o meio ambiente. In: TORRES, João Carlos. **Manual de ética**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- HALL, Peter. **Ciudades del mañana**: história del urbanismo em el siglo XX. Traducción de Consol Feixa. Barcelona: Ediciones Del Serbal, 1996.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo**: respostas a uma sociedade desorientada. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Processo Ambiental, Efetividade e as Tutelas de Urgência. **Veredas do Direito**: v. 7, n. 13/14, ago.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL' AMBIENTE

- OPINIONI E SEGNALAZIONI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

2011.

Disponível

em:

<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/17>>.

Acesso em: 04 jul. 2016.

MACEDO, Silvio Soares. **Paisagem, litoral e formas de urbanização:** subsídios para um projeto de gestão: Projeto Orla. Brasília: MMA e MPO, 2004.

MOREIRA, Helion França. **O Plano Diretor e as funções sociais da cidade.** Disponível em: <http://www.cprm.gov.br/publique/media/plano_diretor_helion.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2017.

MUKAI, Toshio. **Direito urbano-ambiental brasileiro.** 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Dialética, 2002.

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história.** Tradução de Neil da Silva. 4. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OSÓRIO, Letícia Marques; MENEGASSI, Jaqueline (Org.). **Estatuto da cidade e reforma urbana:** novas perspectivas para as cidades brasileiras. Porto Alegre: Fabris, 2002.

OTSU, Roberto. **A sabedoria da natureza.** São Paulo: Ágora, 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Portela. **A função social da propriedade urbana.** Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Potyara. A. P. **Política Social:** temas e questões. São Paulo: Cortez, 2008.

PRESTES, Vanêscia Buzelato. **Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Direito) –

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL' AMBIENTE

- OPINIONI E SEGNALAZIONI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Porto Alegre, 2008.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. **Cidade Sustentável:** direito urbanístico e ambiental – instrumentos de planejamento. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016.

_____. **Direito urbanístico:** fundamentos para construção de um Plano Diretor sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: Educs, 2010.

_____. **Direito urbanístico.** Caxias do Sul: EDUCS, 2015.

ROLNIK, Raquel (Coord.). **Estatuto da cidade:** guia para implementação do estatuto da cidade. Brasília: Câmara de deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito Urbanístico e Estatutos das Cidades. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 30, n. 63. 2007.

SANTOS, Milton. **Por uma nova globalização:** do pensamento único a consciência universal. 22. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SARAIVA, Hemily Samila da Silva. Direito urbanístico e desenvolvimento sustentável. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 19, n. 3926, 1abr.2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59453/alguns-conceitos-de-direito-urbanistico/2>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental:** nossa casa planetária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito urbanístico brasileiro.** 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL' AMBIENTE

- OPINIONI E SEGNALAZIONI -

ANNO 2017 / NUMERO 2

SORRENTINO, Marcos et al. Educação Ambiental como política pública.
Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 31, n. 2, 2005.

VILLAÇA, Flávio. **Desenvolvimento Físico:** Territorial, Crise do planejamento
urbano. **Revista Perspectiva**, v. 9, n. 2, abr./jun. 1995.