

**= Breves notas sobre as propostas de resolução 49/XIII/2.<sup>a</sup> - “Aprova o Acordo Económico e Comercial Global entre a União Europeia e os Estados - membros, por um lado, e o Canadá, por outro, assinado em 30 de outubro de 2016” e 50/XIII/2.<sup>a</sup> - “Aprova o Acordo de Parceria Estratégica entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados - membros, por outro, assinado em Bruxelas, em 30 de outubro de 2016” =**

A Comissão de Negócios Estrangeiros e Comunidades Portuguesas remeteu ao Sindicato dos Magistrados do Ministério Público pedido de parecer relativo às propostas de resolução que aprovaram o Acordo Económico e Comercial Global entre a União Europeia e os Estados - membros, por um lado, e o Canadá, por outro; bem como o Acordo de Parceria Estratégica entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados - membros, por outro.

Segundo parecer do SMMP – Sindicato dos Magistrados do Ministério Público<sup>i</sup>, são grandes as reservas que estes acordos colocam, nas matérias de regulação laboral, ambiental, agrícola, soberania alimentar, direitos do consumidor. Se atualmente, nestas matérias, o direito da UE consagra níveis de proteção e de segurança razoáveis, com a aplicação do CETA tais níveis virão a ser reduzidos para harmonização das exigências europeias com o menor grau de proteção conferido pelas leis canadianas.

Um dos aspetos mais contestados destes tratados refere-se às cláusulas de arbitragem (ISDS - Investor State Dispute Settlement). No seu âmbito, os Estados e as corporações acordam que os conflitos entre si serão resolvidos, não nos tribunais nacionais, mas por um grupo de árbitros escolhidos. Este mecanismo atribui às corporações o poder de demandar os Estados, não sendo o inverso possível. Nestes termos, por exemplo, estão consagrados procedimentos de compensação às corporações quando estas se considerem lesadas em virtude da aplicação de políticas nacionais que tenham um impacto negativo nas suas expectativas de lucro.

Como resultado das fortes críticas ao ISDS, este mecanismo de protecção ao investimento foi sujeito a uma reforma, passando a denominar-se ICS (Investment Court

System), o qual apresenta algumas melhorias mas que, de forma nenhuma, dão resposta às questões fundamentais que esta justiça paralela coloca. No CETA, os árbitros, em número de 15, são nomeados pelo período de 5 ou de 6 anos, renovável por uma vez. Os árbitros podem manter outras funções e profissões para além da de árbitro. Na verdade, o facto de manterem outras funções remuneradas não é considerado impedimento para o desempenho de funções de árbitro. Os árbitros, tal como os profissionais liberais, recebem honorários que são fixados pela mesma comissão que os nomeia.

O facto de, contrariamente ao que sucede com juízes de carreira, os árbitros não estarem obrigados à exclusividade de funções, levanta dúvidas sobre a sua imparcialidade na decisão de questões que envolvem montantes indemnizatórios que podem chegar a ser maiores do que o PIB de certos países.

Concretamente, entendeu o CETA chamar de tribunal a esta comissão de árbitros que resolve litígios privadamente e fora do escrutínio público.

Esta maquilhagem da justiça privada das grandes corporações para a forma de tribunais é, parece-nos, abusiva, pois tribunais são os órgãos de soberania que administram a Justiça em nome do povo. As audiências dos tribunais e as suas decisões são públicas e o seu modo de constituição foi escolhido coletivamente em processo constituinte, legal e democrático. Este processo dista, em tudo, quer da negociação reservada do CETA que lhes dá enquadramento, quer das decisões que um grupo de árbitros escolhidos e sem obrigações de conduta profissional venha a tomar.

Para se compreender o que pode estar em causa com as comissões de árbitros no âmbito dos acordos de investimento, veja-se o que já nos revela a experiência de outros casos de arbitragem. De acordo com os dados disponíveis, 66% dos Estados demandados são de economias consideradas em vias de desenvolvimento. Em 70% dos casos submetidos a arbitragem em 2012, os investidores obtiveram vencimento de causa contra os Estados demandados. Em 27% dos casos foi alcançada uma solução por acordo, mas os resultados dos acordos permanecem secretos.

Os fundamentos alegados pelas corporações para exigirem indemnizações dos Estados também são cada vez mais amplos. Se a protecção do investimento nos acordos de livre comércio visava, fundamentalmente, garantir a estabilidade do investimento privado ante as possibilidades de expropriação, hoje já se consideram fundamentos de violação dos

acordos de investimento a alteração de medidas fiscais, dos quadros legais nacionais, das políticas de subsídio ao investimento.

E se o vigor da atuação das grandes corporações sobre os Estados é particularmente visível em Estados com economias mais vulneráveis - que acabam por ficar reféns de obrigações de compensação por várias gerações -, nem só os Estados com economias em vias de desenvolvimento ficam reféns dos mecanismos de arbitragem. Foi ao abrigo dos procedimentos de arbitragem que a Alemanha se viu, inicialmente, obrigada a indemnizar a Vattenfall em mais de 5 mil milhões de euros contra a decisão de encerramento de centrais nucleares. Atualmente o montante indemnizatório cifra-se em 3,2 mil milhões de euros.

A adoção, no âmbito do CETA, destes mecanismos privados de resolução de litígios, com consequências que podem onerar as populações dos países intervenientes durante várias gerações, foi feita sem discussão pública e com muito pouca informação disponível.

Neste particular ressaltamos também a complexidade do hermético articulado e seus anexos, que afastam o cidadão comum da sua compreensão.

\*

---

<sup>i</sup> O SMMP publicou, em 14 de Novembro de 2014 , um editorial sobre o TTIP cujo texto pode ser acedido aqui: <http://www.smp.pt/wp-content/Editorial-Grande-Mercado-Transatlantico.pdf>

## ***Editorial***

### **Grande Mercado Transatlântico: vergar e quebrar a própria espinha.**

*“Que são os impérios sem Justiça senão grandes bandos de salteadores? E que são os bandos de salteadores outra coisa senão pequenos impérios?”*

**Agostinho de Hipona, De Civitas Dei**

A MEDEL<sup>1</sup> destacou, no seu mais recente apelo “*A democracia exige tribunais, juízes e procuradores independentes*”, que os ataques aos direitos humanos, sociais, culturais e económicos podem surgir do poder económico e financeiro.

Parece ser isso que se antecipa com as negociações que estão a levar à criação da Zona de Livre Comércio Transatlântica, pondo em pé de igualdade multinacionais e Estados soberanos ao prever a instituição de tribunais arbitrais especiais para resolver conflitos entre empresas e Estados, o que – no mesmo apelo – se prenuncia como permitindo às primeiras desrespeitar leis democraticamente aprovadas que defendem os direitos dos cidadãos.

Apesar da profusão de acrónimos e sucedâneos (TTIP, GMT, ZLCT, AMI, APT, TABD, TABC, ACS, TISA, AGCS...), o que se sabe sobre o acordo de livre comércio e investimento entre a União Europeia e os Estados Unidos da América, denominado Parceria Transatlântica para o Comércio e o Investimento, e sobre as respectivas negociações, é exactamente o seguinte: os governos que negociam não querem que se saiba nada ou querem que se saiba pouco.

O Tribunal de Justiça da União Europeia já veio advertir num recente acórdão<sup>2</sup> que há limites para tanto secretismo, embora os *facilitadores* continuem a argumentar que as negociações de acordos internacionais exigem secretismo, descrição e confidencialidade, como se a verdade fosse pesada de mais para o povo ou o escrutínio democrático fosse uma maçada. Bom mesmo (!) seria apenas saber dessas negociações quando já não fosse possível evitar o risco de serem afectadas milhões de vidas de trabalhadores, consumidores e cidadãos da União Europeia.

O receio do pior acentuou-se quando na edição do jornal *Público* de 29 de Outubro de 2014<sup>3</sup> e depois na de 2 de Novembro de 2014<sup>4</sup> se constatou que *facilitadores* e *executantes* da estratégia do governo nacional, em

---

<sup>1</sup> <http://www.smmp.pt/?p=27596>

<sup>2</sup> [http://www.alde.eu/uploads/media/judgment\\_03072014.pdf](http://www.alde.eu/uploads/media/judgment_03072014.pdf)

<sup>3</sup> <http://www.publico.pt/politica/noticia/governo-portugues-enfrenta-alemanha-e-comissao-europeia-em-defesa-de-acordo-transatlantico-1674441>

nome do *consequimento* e do *sucesso* das negociações, não só ponderavam a inclusão de uma cláusula arbitral nas “*prioritárias*” negociações da *Parceria Transatlântica para o Comércio e o Investimento*, como subscreveram com outros uma carta que defendia a inclusão de mecanismos jurídicos de protecção do investimento nas negociações do TTIP (a controversa cláusula ISDS – *Investor-State Dispute Settlement*), significando essa cláusula a instituição de mecanismos de arbitragem que alguns já vieram apelidar de *tribunais secretos*.

De facto, estas instâncias arbitrais do ISDS não estão sujeitas ao enquadramento legal de um Estado de direito democrático, como o estão os tribunais relativamente aos conselhos superiores, além de que podem decidir sem recurso, não têm forçosamente de fazer aplicar legislação democraticamente aprovada nos parlamentos ou por instituições cuja composição é resultante de eleições, nem estão vinculadas a realizar audiências públicas, como os tribunais. Aceitar que os Estados se sujeitem a este tipo de decisões de conflitos, que não seriam válidas segundo as suas próprias leis, é cooperar contra si próprio e vestir a pele de cordeiro ao próprio lobo.

O pudor ainda fez hesitar os *facilitadores* na confissão. Porém, a carta<sup>5</sup> existe e, como diz o sensato provérbio jurídico, *verba volant, scripta manent...*

Que dizer?

Negociar e subscrever, com palaciano amparo epistolar, a inclusão de uma cláusula de arbitragem que facilita a instituição de um tribunal extraordinário é uma atitude grave e atentatória do Estado de Direito democrático e da soberania de um qualquer Estado que não seja exíguo, por estar a ser feita à revelia do povo que legitima esse Estado e onde a soberania ainda se deveria enraizar.

Não deveriam os governantes de um Estado ou mesmo os meros executores da sua política agir em função da salvaguarda do bem-estar dos seus cidadãos e não em função dos interesses oportunistas dos mercados e do seu apetite pelo lucro?

Afinal, o que se esconde nas negociações deste TTIP?

Ele vai enriquecer os cidadãos comuns ou vai enriquecer as multinacionais?

Não parece difícil a resposta se a garantia da protecção do investimento dessas multinacionais tiver como dispositivo avançado um tribunal secreto e uma justiça excepcional - *à la carte* - feita à medida dos direitos superiores dos investidores.

Um tribunal secreto e excepcional, de arbitragem externa, que ultrapassa os tribunais dos Estados, não terá outro propósito que não a defesa da cartilha neoliberal e a garantia da ganância das multinacionais.

Esse tribunal dará às multinacionais privilégios com força de lei, terá o poder de sancionar os Estados, com a vantagem de não ter que prestar contas aos eleitores, não ter que se sujeitar às regras do jogo democrático ou enfrentar a contestação popular ou os «danos colaterais» que constituirão as suas vítimas.

---

<sup>4</sup> <http://www.publico.pt/politica/noticia/portugal-esta-a-liderar-a-negociacao-do-tratado-transatlantico-1674861?page=3>

<sup>5</sup> <http://blogs.ft.com/brusselsblog/files/2014/10/ISDSLetter.pdf>

No balanço, porque é que só a protecção do investimento nas negociações do TTIP merece um mecanismo jurídico e judiciário tão excepcional como o de um tribunal secreto?

Se os direitos do investimento têm essa garantia e os direitos económicos, sociais e, enfim, humanos (!) dos povos vinculados a esses acordos pelos seus próprios governos não a têm, então é de suspeitar, segundo um elementar princípio de precaução, que os riscos de desregulação da protecção laboral, alimentar, da privacidade, da finança ou da saúde - com a “imperiosa” necessidade da sua privatização -, do medicamento, da liberdade de acesso à internet, da energia, da cultura, dos direitos de autor, dos recursos naturais, do ensino, do acesso às profissões, do acesso aos equipamentos públicos ou da possibilidade de viajar ou emigrar, são riscos sérios e eminentes a que agora se tem que acrescentar o temor de as multinacionais poderem processar Estados (membros da UE) em tribunais especiais por promulgarem leis que perturbem as suas previsões de lucros ou por não abrirem os sectores de interesse geral à privatização ou à lógica do mercado sem reversão. Nada vai poder escapar às multinacionais.

É certo que, por fundamentalismo maniqueísta, não se devem diabolizar essas unidades económicas, como agora também se designam as empresas multinacionais. Sem dúvida que as empresas proporcionam emprego, criam riqueza e ajudam a desenvolver um país, se tiverem responsabilidade social. Mas reduzidas como hoje estão a dispositivos financeiros dirigidos a sustentar o valor accionista que tem que crescer a qualquer preço, a vertigem do lucro e dos dividendos também faz dessas unidades fonte de desemprego, de redução da coesão social e económica e muitas vezes de ruína ecológica.

Pela manipulação da linguagem ou pelas epístolas sofisticadas, os *facilitadores* saturam o espaço público com a crença insidiosa na racionalidade dos pressupostos com que justificam a negociação de uma cláusula que protege o investimento com um tribunal secreto.

Os *facilitadores* sabem certamente que essa justiça excepcional é um poder intrusivo, cuja proposta tem uma armadilha ideológica e inibidora que convém à «*justiça-para-o-mercado*», essa sim, a justiça que importa aos *facilitadores* e a quem os inspira, uma justiça que eles gostariam que se esquecesse da Constituição - ou da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - e a substituísse pelas leis do mercado, abandonando de vez a certeza de que *ainda haja juízes em Berlim*.

Os *facilitadores* ocultam, afinal, a mais impiedosa luta ideológica, política ou social dos que querem vergar os interesses do Estado aos interesses privados empresariais, encorajando, em nome da “*oportunidade extraordinária*” e das “*potencialidades enormes para Portugal*”, o consentimento na expropriação de direitos.

O TTIP e a cláusula ISDS são mecanismos jurídicos de salvaguarda do espírito dessa ideologia do empreendedorismo, que afinal está preenchida de poderes selvagens, avessos ao risco e à concorrência. O insuspeito Peter Thiel<sup>6</sup>, correndo o risco de ser honesto, veio recentemente confessar que capitalismo e competição são quase incompatíveis!

---

<sup>6</sup> <http://www.philomag.com/lepoque/dialogues/peter-thiel-pierre-manent-et-si-la-verite-etait-scandaleuse-10228>

Depois da crise financeira de 2008, seria catastrófico, por demasiado ingénuo, persistir no erro de pensar que os governos podem controlar o comportamento dos mercados.

Porém, vergar-se a esses interesses e até garantir-lhes a sua defesa contra quem lha oferece parece-nos verdadeiramente sinistro por, nada mais, nada menos, ser o próprio Estado quem mima o mercado ao entregar-lhe as “armas” que o hão-de ferir de morte. Não se trata apenas de proteger o investimento, mas trata-se efectivamente de fortalecer as multinacionais, caindo sem grande criatividade, nem ingenuidade sincera, na velha história do *cavalo de tróia*.

Começa assim a evidenciar-se aquilo que se conjecturava: a soberania popular, tal como a justiça social ou a justiça exercida em nome do povo, constituem os mais sérios dilemas do neoliberalismo, que procura por todos os meios deslegitimar a ideia de justiça, as competências do Estado na promoção do bem comum ou a defesa do interesse público. O novo paradigma e a nova ordem assentarão assim noutros dogmas: liberdade, desigualdade, indiferença aos cidadãos, aos consumidores e aos trabalhadores, inimizade à justiça pública ou ao exercício da democracia, tidos por obstáculos supérfluos ao livre mercado.

Vemos que o contexto do mundo de hoje não é favorável à justiça pública como função do Estado, como vemos que também não é favorável ao próprio Estado.

À justiça pública enfraquece-se a vocação de garante de estabilização das expectativas sociais e de instrumento de regulação social por excelência para a envolver no mesmo processo de diluição da soberania do Estado, ora através da delegação de prerrogativas do poder público a entidades privadas, administrativas ou arbitrais, ora através da minimização das funções públicas em nome de uma eficácia de cunho empresarial e de mercado. **É um contexto que condiciona independência e autonomia das magistraturas e das funções que desempenham** e, como tal, não é favorável a uma instituição como o **Ministério Público**, que tem na autonomia a sua qualidade legitimadora e que reclama o reconhecimento social e político dessa qualidade para se sustentar.

No jogo de sombras que envolve as negociações do TTIP, percebemos que não são desejáveis magistraturas autónomas e independentes.

Porém, ainda que sejam esses os sinais sérios, precisos e concordantes, não sabemos que lugar irá ocupar qualquer das magistraturas na sociedade do ultraliberalismo tardio, se entretanto não vier a ser superado.

Os desafios do futuro podem ser um de dois e conviver em simultâneo e em tensão:

Um tem que ver com a deslegitimação das instituições e com a desconfiança sobre os seus rituais, que conduzem ao desgaste, à fragmentação e à redução da importância simbólica e institucional das magistraturas, empurradas para um estado de temor existencial, próprio deste tempo líquido, desregulado e em contínua transição, fenómeno que acompanha a perda de importância dos Estados-Nação e da soberania associada, com o desgaste da autoridade que lhe está associada e que está a reduzir a política a pouco ou nada, compreendendo-se nesse contexto a justiça como actividade política *lato sensu*. Esse está sendo o desenlace dos piores dilemas com que se confronta o neoliberalismo, a que acima aludimos.

Outro tem que ver com a possibilidade de resistência a esse cenário de desagregação social e institucional e que implica uma resistência assumida colectivamente ou individualmente pelos magistrados enquanto

defensores de redutos civilizacionais como a dignidade humana, o interesse público e sobretudo o Estado de direito democrático enquanto fundamento de legitimidade e enquanto razão da respectiva legitimação funcional e política, correspondendo, assim, ao lado do direito justo e à promoção do seu respeito, como se cada vez fosse mais verdadeiro o ensinamento de *Lacordaire*, para quem, numa sociedade desigual, é o direito justo que liberta e a liberdade que oprime: "*Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta*".

Se, como no apelo da MEDEL, os perigos para a democracia e para uma justiça independente e comum podem vir do poder económico, vemos agora que eles também podem vir dos que negociam em nome dos Estados e ter neles um verdadeiro amparo, fazendo *con-fundir* Estado e poder económico-financeiro e dando justificação ao supostamente improvável: os Estados, por acção dos governos, vergam e partem a espinha à soberania dos povos para a substituírem, longe do escrutínio democrático, pelos direitos supremos e inalienáveis dos investidores.

Necessário é que magistrados e cidadãos se mobilizem para não se condenarem à condição simples do protesto e lamentarem as lições tardias.

14 de Novembro de 2014  
A Direcção do SMMP





## BIG TRANSATLANTIC MARKET: YIELD AND BOW DOWN

MEDEL's opinion on the construction of a international investment court for TTIP – proposal of the European Commission from 16.09.2015 and 12.11.2015

*“Remove justice and what are kingdoms but gangs of criminals on a large scale? What are criminal gangs but petty kingdoms?”*  
Augustine of Hippo, *De Civitas Dei*

### 1. Context

In its most recent appeal “Democracy requires independent courts, judges and prosecutors”, MEDEL pointed out that the attacks on human, social, cultural and economic rights could come from the economic and financial power.

This seems to be what can result from the negotiations leading to the creation of the Transatlantic Free Trade Area, which may put multinational corporations at the same level as sovereign States.

Despite the profusion of acronyms and alike (TTIP, BMT, TFTA, MAI, TPA, TABD, TABC, TISA, GATS...), all that is publicly known about the free trade and investment agreement between the European Union and the United States of America, known as Transatlantic Trade and Investment Partnership (hereinafter (TTIP)), and its negotiations, is exactly this: the negotiating governments do not want citizens to know or know very little.

In one of its recent judgments<sup>1</sup>, the Court of Justice of the European Union has already warned that such secrecy has its limits, although facilitators continue to argue that negotiations for international agreements require secrecy, discretion and confidentiality, as if the truth is too much for the people to handle or the democratic scrutiny is a nuisance. MEDEL believes that it is unacceptable if these negotiations were known only

---

<sup>1</sup> [http://www.alde.eu/uploads/media/judgment\\_03072014.pdf](http://www.alde.eu/uploads/media/judgment_03072014.pdf)

when the risk of affecting the lives of millions of workers, consumers and citizens of the European Union could no longer be avoided.

Increasingly, media has revealed that not only facilitators and those executing the strategy of the national governments considered including an arbitration clause in the “priority” negotiations on TTIP, but, together with others, they also signed a letter defending the inclusion of legal investment protection mechanisms in the TTIP negotiations (the controversial Investor-State Dispute Settlement Clause), all this with a view to achieving successful negotiations.

This clause is about establishing arbitration mechanisms that has been already called “secret courts”.

In fact, these ISDS arbitration mechanisms fall outside the legal framework of democratic Rule of Law states. Besides, they can decide without appeal, are not obliged to enforce legislation adopted by parliaments or institutions whose composition is determined by democratic elections, and, unlike the courts, they do not need to conduct public hearings. To accept that States shall be bound by this type of dispute decisions, which would not be valid under their own laws, would mean to co-operate against ourselves and dress the wolf in a sheepskin coat.

## **2. The installation – as proposed by the EU-Commission – of a court for capital investments in the framework of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) is to be rejected**

MEDEL cannot identify any legal basis nor need for such a court.

The presumption, obviously connected with the proposal of creating an international court for capital investment, that national courts of the EU member states cannot grant effective legal protection to foreign investors, lacks objective grounds. If the EU Commission had detected weaknesses in an EU member state, these weaknesses should have been declared and clearly defined to the national legislator. Then it would be the function of the legislator and the judiciary to establish corrections inside the well-examined national and European system of legal protection. Only in this way the right to legal protection, to which any subject in the European Union is entitled to, can be guaranteed.

The creation of special courts for specific groups of subjects is a wrong way.

### **a. Detailed Evaluation**

The Investment Court System (ICS ) planned by the EU Commission, embedded in a system of mediation and consultation, shall be competent for claims of violations of the investor’s protection clause (art. 1 no. 1 of the TTIP).

At the same time, in the definition of the draft, investments include every type of rights including stock shares, shares of companies, copyrights, mobile goods and debt claims (Chapter II, definition x2).

The legal protection of investment ranges therefore from civil law beyond the general administrative law to the social and tax laws.

The Commissions proposal would lead to a situation in which the ICS had competence for jurisdiction in these areas in order to grant the comprehensive protection of investors. They shall be able to appeal to the ICS if they had losses by means of violation of the investors' protection clause (art.1 no.1).

## b. Lack of legislation competence

MEDEL doubts seriously the competence of the European Union for the establishment of a court for capital investments.

The installation of the ICS would oblige the European Union and the member states to submit to the jurisdiction of the ICS, and to apply international procedural law chosen by the plaintiff (art. 6 no. 5, 2; art. 7 no.1).

Decisions of ICS would be binding (art. 30 no. 1).

With the ICS not only the legislative power of the Union and the member states would be restricted, but also the established court systems within the member states and the European Union would have to be modified. MEDEL avers that there is no legal basis for such a modification by the Union. .

As the European Court held in his opinion 1/09 from 8.3.2011 regarding the installation of the European Patent Court, the Union offers a "complete system of rights of appeal and procedures that shall guarantee the control of lawfulness of the institutions' activities" (see motivation no.70).

Analogous to the planned Patent Court, which was examined there, the ICS would be a court standing "outside the institutional and judicial framework of the Union" (motivation no. 71).

It would be, like the Patent court, "an institution that would be provided with an own legal personality by international law".

Therefore a decision of the ICS violating Union law would neither be object of a procedure regarding the violation of EU contracts, nor could it lead to "whatsoever financial responsibility of one or more member states"(see motivation no. 88).

Therefore the ICS would "withdraw the competence for interpretation and application of Union law from the courts of the member states and the European court and from the latter the competence to respond to questions of preliminary rulings submitted by the national courts and therewith distort the competences assigned by treaty to the organs of the Union and to the member states, who are essential to protect the nature of Union law" (see motivation no.89).

MEDEL does not see any justification for the installation of a special court for investors.

The member states, as constitutional states establish and guarantee access to law by means of public national judiciary to all subjects.

It is the member states' task to assure access to law for all and to guarantee - by appointing the adequate facilities to the courts - that access is ensured also to foreign investors. The composition of an ICS therefore is the wrong way to provide for legal certainty.

## c. Independence of the magistrates

Neither the prospected procedure for the nomination of the ICS' magistrates, nor their statutes are in conformity with the international requirements of independence of courts.

The ICS appears, against this background, not as an international court but as a perpetual arbitration body.

The Magna Carta for Judges from the CCJE (17.11.2010) requires the independence of judges under professional and financial aspects, guaranteed by law (2010/3, lit.3). Decisions about selection, appointment and career have to be based on objective criteria and to be taken by the organ that has to safeguard independence (lit.5).

Both criteria are not met by the ICS.

For the decision-making of the ICS not only questions of civil law play a decisive role but also questions of administrative, labour, social and tax law.

The selection of ICS' judges from among the experts of international public law and international investment law with experience in settling international trade disputes (art. 9 no. 4) reduces considerably the stock of candidates and neglects the indispensable expertise in the respective national law sectors. The candidates for judges are restricted to a circle of persons who already occupy the international arbitration bodies to a large extent<sup>2</sup>.

## 3. A political and judicial bow must be stopped

To negotiate and, based upon endorsement letters from the inside, to subscribe to the inclusion of an arbitration clause which facilitates the establishment of a special court is a serious and disrespectful attitude towards the democratic Rule of law and the sovereignty of any State, because all this is being done without involving the people who legitimize the same States and should still be the origin of sovereignty.

Should not the rulers of a State or even the mere executors of their policy act to safeguard the well being of their citizens instead of advancing the opportunistic interests of the markets and their appetite for profit?

After all, what do these TTIP negotiations conceal?

---

<sup>2</sup> This impression is intensified by the fact that the selection procedure is not yet precisely delineated. It will depend from the independence of the selection committee and its distance to the international arbitration bodies to what extent the selection of the best qualified national jurists with special experience in the interested law sectors will be assured. This is - at least actually - not guaranteed. Even the mandate period of six years with the option of a further period, a basic salary retainer fee<sup>2</sup> of ca. 2.000 Euro a month for first instance judges and 7.000 for appellation courts as well as expenses in case of de facto assignment (art. 9 no. 12 and art. 10 no. 12) arise doubts whether the criteria for professional and financial independence of these judges of an international court are satisfied.

Will it enrich ordinary citizens or multinational corporations?

The answer does not seem difficult, if with the guarantee to protect the investment of such multinational corporations a secret court comes as an advanced instrument, and an exceptional *à la carte* justice, tailor-made for the investors' higher rights.

A secret, special, private arbitration tribunal overriding the States' courts is established for no other purpose than to defend the neo-liberal cartel and guarantee multinational corporate greed.

This tribunal shall grant multinational corporations legally binding privileges; it shall have the power to punish States and, at the same time, it shall have the advantage of not being accountable to the voters, as well as of not having to comply with the rules of the democratic game or face the popular uproar or its victims who will be seen as "collateral damage".

On balance, why is it only the protection of investors which, according to TTIP negotiations, deserves a legal and judicial mechanism as exceptional as a secret court?

If the investment rights are thus guaranteed, and the economic, social and human rights of the people bound by such agreements by their own governments are not, then according to a basic principle of precaution, we have grounds to suspect that there is a serious and significant risk of regulation and existing levels of protection in areas like labour, food, privacy, finance or health – with the "pressing" need for the privatization of the latter –, medication, internet freedom, energy, culture, copyrights, natural resources, education, access to professions, access to public facilities or the possibility of travelling or emigrating being undermined.

Add to this the fear that multinational corporations may sue States (EU Member States) in special tribunals for enacting laws that upset their profit forecasts or for not opening up the sectors of general interest to privatization or to the irreversible logic of the market and it becomes visible why nothing will escape from multinational corporations.

There is no doubt that companies generate employment opportunities, create wealth and help to develop a country, if they are companies with corporate social responsibility. Nowadays, however, in case they are just financial instruments aimed at sustaining the shareholder value that has to increase at any price, and the irresistible desire for profit and dividends, they are also a source of unemployment, as well as a tool for weakening the social and economic cohesion and, frequently, causing ecological ruin.

By using language of manipulation or sophisticated letters, *facilitators* instil into the public the insidious belief that the prerequisites for the negotiation of a clause that protects the investment through a secret tribunal are rational.

*Facilitators* do certainly know that this special justice is an intrusive power, whose proposal sets an ideological and inhibiting trap suited to the "*justice-for-the-market*", a type of justice that matters to the *facilitators* and inspires them; a justice, they would wish would be forgetful of the Constitution or the Charter of Fundamental Rights of the European Union and replace it by the laws of the market, thus completely abandoning the certainty that there *are still judges in Berlin*.

Actually, *facilitators* hide the most ruthless ideological, political or social battle fought by those who want to place private business interests ahead of State interests by encouraging acceptance of the expropriation of rights, in the name of the “*extraordinary opportunity*” and the “*huge potential for national States*”.

The TTIP and the ISDS clause are legal mechanisms to protect the underlying spirit of that ideology of entrepreneurship, which in the end encompasses a set of wild powers resistant to risk and competition.

In the wake of the 2008 financial crisis, it would be catastrophic – because it would be too naive – to persist in making the mistake of thinking that governments can control the behaviour of the markets.

But to yield to those interests and even ensure their defence against whom offers it to them seems to be truly sinister for the sole reason that it is the State itself that indulges the market with the “weapons” that will cause deadly damage to it.

It's not just a question of protecting the investment, but also of strengthening multinational corporations, and thus one falls into the old tale of the *Trojan Horse* without being both particularly creative and sincerely naive.

Popular sovereignty, as well as social justice or justice administered on behalf of the people are the most serious dilemmas of neoliberalism, which seeks by all means to delegitimize the idea of justice, as well as the powers of the State to promote the common good or the public interest.

The new paradigm and the new order will thus be based on other dogmas, such as freedom, inequality, and indifference to citizens, consumers and workers, hostility to public justice or to the practice of democracy, because they are considered unnecessary obstacles to the free market.

In the same way that the context of today's world does not favour public justice as a function of the State, it does not favour the State itself.

The vocation of public justice for stabilizing social expectations and for being a social regulation instrument par excellence is undermined either by delegating public sector powers to private, administrative or arbitral entities, or by minimizing public functions in the name of business and market effectiveness, with a view to involving it in that same process of dilution of State sovereignty.

**The independence and autonomy of the judiciary as well as of its duties are conditioned by this context** and, as such, the latter does not favour institutions such as the Judiciary (**Judges and Prosecutors**), legitimized by its independence and autonomy and which invokes the social and political recognition of this quality as its foundations.

In the future we will be facing one of two challenges, but they can occur simultaneously and cause tension.

The first challenge is delegitimization of the institutions and the mistrust of their rituals leading to worn-out judiciaries as well as to their fragmentation and their diminishing symbolic and institutional significance.

Judiciaries are hereby pushed into a state of existential anxiety, typical of these ephemeral, deregulated and ever-changing times.

This is a phenomenon accompanying the loss of importance of the nation-states and the associated sovereignty entailing the erosion of the inherent authority and which is reducing politics to virtually nothing. Within that framework justice is understood as political activity *lato sensu*.

The second one is about the possibility of resisting those scenarios of social and institutional disintegration. This implies that being defenders of civilizational references, such as human dignity, public interest, and in particular the democratic rule of law – as a source of legitimacy and underlying motive of their functional and political legitimation, thus corresponding to the just law and the promotion of its respect, as if *Lacordaire* would be increasingly right in his teaching, whereby in an unequal society is a just law which sets free and freedom which oppresses: “*Between the strong and the weak, between the rich and the poor, between the lord and the slave, it is freedom which oppresses and the law which sets free*” –, magistrates assume individually or collectively a resistance.

If the economic power can pose dangers for democracy, as well as for an independent and common justice, those negotiating on behalf of the States and having a true support can also pose a danger, thus *con-fusing* State with economic and financial power – one merging into the other – and justifying the supposed improbability: through government action, States yield and, away from democratic scrutiny, subordinate popular sovereignty to the elementary and inalienable investor rights.

Magistrates and citizens need to mobilize to not be condemned to a simple form of protest and regret the lessons that come too late.

21 March 2016

The CA of MEDEL