

Justice. Les citoyens et les chemins pour arriver à la justice³⁵⁴

Justice. The Walkers and The Ways³⁵⁶

Jaime Octávio Cardona Ferreira³⁵⁵
Jaime Octávio Cardona Ferreira³⁵⁷

Rezumat:

Ideea de Justiție este greu de definit și poate fi analizată sub diferite aspecte. Aceasta este în strânsă legătură cu noțiuni precum drept, lege, jurisdicție. Medierea le poate fi alăturată ca o nouă cale de realizare a justiției.

Abstract:

The idea of Justice is difficult to define and can be analyzed from various aspects. This is closely related to notions such as law, law jurisdiction. Mediation may be joined as a new way of achieving justice.

Keywords: justice, walkers, right, jurisdiction, reasonable term, procedural equity, the social peace, transaction, concession, conciliation

Pour parler de Justice, je dois me demander d'abord ce qui est la Justice.

Au contraire de ce qu'il puisse sembler, à mon avis, c'est difficile de trouver une définition facile ou suffisamment claire.

To speak of Justice, I must to begin by knowing what Justice is.

Contrary to what may seem, in my opinion, it is difficult to find a definition that is easy or clear enough.

³⁵⁴ Celui-ci est le texte que j'ai préparé et emmené au magnifique colloque organisé par la Section Portugaise de l'Agrouement Européen des Magistrats pour la Médiation et par l'Association Syndicale des Juges Portugais, à l'Université Lusíada de Lisbonne, le 23 septembre 2010.

³⁵⁵ Ancien Président de la Cour Suprême de Justice du Portugal Président du Conseil des Juges de Paix Professeur à l'Université Lusíada de Lisbonne Administrateur du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation

³⁵⁶ His is the text that I prepared and took to the wonderful colloquium organized by the Portuguese Section of the European Association of Magistrates for Mediation and the Syndical Association of Portuguese Judges, at University Lusíada of Lisbon, on 23 September 2010. However, given its length, and despite the kindness of the former Chairman, I voluntarily abdicated to exhibit significant part of the text.

³⁵⁷ Former President of the Supreme Court of Portugal President of the Courts of Peace. Professor at the University Lusíada of Lisbon (Invited). Administrator of the Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation

La Justice est plus pour réaliser que pour définir.

Toutefois, je ne peux pas cesser de chercher quelques lignes d'orientation.

Avant tout, en langage commun, même avec des personnes qui se consacrent à ces sujets, il est fréquent quelque confusion dans les mots. C'est habituel en France³⁵⁸ et, même au Portugal, elle apparaît trop de fois. Je me rapporte au fait apparent que Justice et juridiction signifient la même chose, ce qui ne correspond pas à la vérité, même si cette confusion démontre la perception de l'importance sociale de la juridiction, ainsi identifiée comme Justice. En vérité, **la Justice est une valeur et, la juridiction est un chemin, même si c'est un chemin privilégié pour la Justice.**

II

Dans mes nostalgiques temps de jeune magistrat judiciaire, je me demandais ce qu'était la Justice. Bien que n'ayant pas du temps pour enquêter et définir, comme qu'empiriquement j'ai toujours senti - plus que j'ai réfléchi – que je faisais un **acte juste** chaque fois que je réussissais à décider, dans la mesure du possible pacifiquement, un différend entre des citoyens comme moi. Et aujourd'hui, après m'avoir jubilé, parce que je me refuse d'arrêter de travailler dans la Justice à laquelle je continue à appartenir, j'ai déclenché dans mes pensées l'idée d'essayer de définir ce qui est la Justice.

La Justice est presque un rêve, c'est une valeur, un objectif, la cause-finale de tous ce qui travaillent dans **la vie sociétariaire de relation, dans les secteurs les plus variés**. Il y a de la Justice ou il n'en a pas, quand un **professeur** approuve ou réprovoque un élève, même s'il applique toujours les règlements. Il y a de la Justice ou il n'en a pas, quand un **médecin** cherche à bien comprendre, ou non, un malade, même

Justice is more for to accomplish than to define.

However, I must to search for some lines of orientation. First of all, in the common language, even people who dedicate themselves to these issues, it is often some confusion in the words. This confusion is common in France³⁵⁹ and even in Portugal, she has appeared too much. I refer myself to a supposed appearance of that Justice and jurisdiction mean the same, which is not true, despite this confusion evidences the perception of the social importance of jurisdiction, thus identified with Justice. In fact, **Justice is a value, and, jurisdiction is a Way, even if the privileged Way to Justice.**

II

In my nostalgic times of young judicial magistrate, I asked myself what Justice was. Although I had no time to research and to define, as that empirically I always felt - more than that I thought - that I did a **just act** whenever I could decide, so far as possible peaceful, a dispute between citizens my fellow creatures. And today, after I have jubilated, because I refuse myself to stop working in Justice to witch I continue to belong, I found myself trying to define what Justice is.

Justice is almost a dream, is a value, an objective, the final cause of all who work **in the associated life of the relation, in the most varied sectors**. There is Justice or not, when a **teacher** approves or disapproves a student, always applying the same regulations. There is Justice or not, when a **doctor** tries to understand well, or not, a patient, even when prescribing appropriate drugs, etc. etc. there is Justice or not when a

³⁵⁸ Par exemple, Michèle Guillaume - Hofnung, La Médiation, Que sais-je ?

³⁵⁹ For example, Michèle Guillaume - Hofnung, La Médiation, Que sais-je?

quand il prescrit les remèdes ajustés, etc., etc., il y a de la Justice ou il n'en a pas quand un Juge décide convaincu, ou non, une cause, même s'il applique des normes pertinentes.

De toute façon, le sens commun de l'idée de Justice, pour le fait qu'ici importe, se réfère aux différends de caractère juridique.

Je suis amené à penser que finir un procès n'est pas, encore, faire de la Justice, bien que ce soit un acte fondamental pour cet effet, notamment à la lumière du délai raisonnable³⁶⁰. Mais le début du délai raisonnable coexiste avec celui de l'équité processuelle et, il se dirait, celle - la s'insère dans celui-ci³⁶¹.

Étant certain, à mon avis, que l'équité de que parlent ces normes est un principe de caractère de processus³⁶², il fait appel à l'égalité de traitement, à la correction, à l'indépendance, à l'impartialité, au dévouement du Juge, au droit au contradictoire, etc., et tout ceci signifie la réalisation d'une raison qui n'est pas une fin en elle même, mais d'une série de procédures tenant à ce que la solution soit correcte.

Pour Justice, ont été déjà essayés d'innombrables concepts. Pour moi, beaucoup plus, qu'un concept, ce qui m'inquiète c'est qu'il parvienne, qu'il se réalise, avec des personnes concrètes et des cas concrets.

Mais, je dois trouver un élément motivateur et la racine matérielle de la valeur.

Cet élément est la Personne humaine.

« L'Homme est la mesure de toutes les choses », a dit Pitágoras. Et je pense

Judge decides convincingly or not a cause, even when applying pertinent norms.

Anyway, the common sense of the idea of Justice, for the effect that it matters here, refers to the differences of legal character.

I tend to think that to finish a process is not; yet, to do Justice, although it is a fundamental act for this purpose, namely in light of the principle of reasonable term³⁶³. But the principle of reasonable term coexists with the one of procedural equity, and would be said, that one is inserted in these.³⁶⁴

While it is true, in my view, that the equity of that these rules speak is a principle of procedural nature³⁶⁵, it appeals to the equality of treatment, the correction, independence, impartiality, dedication of the Judge, to the right to the contradictory, etc., and all this means the accomplishment of a reasonableness that is not an end in itself, but a series of tending procedures to which the solution is correct.

Of Justice, innumerable concepts have been tried. For me, more, much more than a concept, I am concerned that he happens, that takes place before concrete people and concrete cases.

But, I have to find a motivator element and root material of value.

This element is the human Person. "The Man is the measure of all the things," said Pythagoras. And I think that we can add anything. To have an act

³⁶⁰ Pour que qu'il ne soit plus possible de dire, comme le Prince D. Pedro, dans l'aube du XV siècle, « ceux qui tard gagnent, restent des perdants » : Os Filhos de D. João I, 396, Livro de JP Oliveira Martins.

³⁶¹ Article 47 de la Lettre des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne ; article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; article 20, n. § 4 de la Constitution de la République Portugaise.

³⁶² Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil, 95.

³⁶³ So that is no longer possible to say, as the Prince D. Pedro, at the dawn of the century XV, "aquelles que tarde vencem, ficam vencidos": Os Filhos de D. João I, 396, Livro de JP Oliveira Martins.

³⁶⁴ Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Convention of Human Rights art. 6, Constitution of the Portuguese Republic art.20, paragraph 4.

³⁶⁵ Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil, 95.

que nous pourrions ajouter quelque chose. **Pour y avoir un acte juste, ce n'est pas de l'homme abstrait que nous devons parler. L'homme abstrait n'existe pas.** C'est une abstraction. Cela peut servir pour parler de Justice académiquement, comme essence, comme idée. **Mais où la Justice se réalise vraiment, ou non, c'est dans les cas concrets,** c'est devant les personnes concrètes d'âme, faites de chair et os. **Chaque homme, chaque personne, est un être unique ! Chaque personne est une « humanité individuelle »,** comme a dit le mozambicain Mia Couto, dans l'enrichissement qu'il a apporté à la langue portugaise³⁶⁶. **Chaque personne privée de Justice est la personne pour qui les Chemins de la Justice doivent être faits.**

Ainsi, c'est en fonction de la Personne humaine que la valeur Justice a du significat.

D'autre part, je dois concevoir que **Loi, Droit et Justice sont des choses différentes.** Très brièvement, la **Loi** est la norme, la règle (« **dura lex sed lex** »). **Droit** est un ensemble de motivations du devoir être, depuis la règle, aux options éthiques, aux valeurs morales et religieuses, à la culture en générale, en sorte aux facteurs qui m'amènent à considérer quelque chose vraie ou fausse socialement, **rectum ou non** et, à partir d'ici, le « **directum** » latin, d'où sont survenus **Direito, Droit, Derecho, Diritto**, etc.; et **Justice**, la valeur pour laquelle doit compter, de manière primatiale, le **Droit** plus que la petite règle.

Pour écourter des raisons, je vais chercher, des idées que je considère déterminantes aux nouveaux et aux vieux temps, seulement pour apporter quelques perspectives, notre Roi D. Dinis, avec la sensibilité du poète, déjà en plein Moyen-âge (finaux du XIII siècle débuts du XIV siècle) disait que la Justice « pacifique la vie »³⁶⁷. Beaucoup plus

just, it is not of the abstract man that we should talk. The abstract man does not exist. It is an abstraction. It may serve to speak of Justice academically, as essence, as an idea. **But where Justice is done, or not, is in the concrete cases,** is before the real people of soul, flesh and blood made. Each man, each person is a unique being! Each person is an "individual humanity," as said the Mozambican Mia Couto, in the enrichment that he given to the Portuguese language³⁶⁸. **Each person deprived of Justice is the main Walker for whom the Ways of Justice must be done.**

Therefore, it is in function of the human Person that the value Justice has meaning.

On the other hand, I have to understand that **Law, Right Justice is different things.** Very briefly, **Law** is the norm, the rule ("dura lex sed lex"). **Right** is a set of motivations of the duty to be, since the rule, to the ethical options, to the moral and religious values, to the culture in general, in short to the factors that lead me to consider right or wrong socially, **rectum or non rectum** and from there the "**directum**" Latin, whence came **Direito, Droit, Derecho, Diritto**, etc.; and Justice, the value for which to count, primarily, more the Right than the small.

To shorten reasons, I will go to search, to the news and the olds times, ideas that I consider crucial.

Just to mention some perspectives, our King D. Dinis, with the sensitivity of the poet, already in full middle Ages (late thirteenth century / early fourteenth century) said that Justice "pacifies life"³⁶⁹. Much later, in 1776, when drafting its Constitution, the North Americans

³⁶⁶ Chaque Homme est une Race, page 9.

³⁶⁷ Rui de Pina, ut Ruy de Albuquerque et Martin de Albuquerque, Histoire do Direito Português, I, 516.

³⁶⁸ Cada Homem é uma Raça, pág. 9

³⁶⁹ Rui de Pina, ut Ruy de Albuquerque e Martin de Albuquerque, História do Direito Português, I, 516

tard, en 1776, à l'élaboration de sa Constitution, les nord américains ont distingué « the pursuit of happiness » comme droit inaliénable, à côté des droits à la vie et à la liberté.

Déjà dans nos jours, Paul Ricoeur a écrit que « l'horizon de l'acte de juger est finalement plus que la sécurité, la *paix sociale* »³⁷⁰.

D'ici, je pars pour un essai du concept de la valeur **Justice**:

- Justice est et existe;
- dans la réalisation de la **paix de bien-être ou, du moins, de tranquillité**;
- **à travers** la reconnaissance de ce qui appartient à chaque personne;
- **équitablement**;
- conformément à la perspective **éthique**;
- et la **circonstance** du cas **concret**.

Sur ceci, qui prendrait beaucoup de temps et beaucoup d'espace à distinguer, je dirais seulement le suivant.

La **paix** de que je parle doit être une paix sentie comme un bien. Elle ne peut pas être, ni est, la prétende paix nihiliste des cimetières à la mode caustique de Voltaire ou la prétende paix du silence de l'oppression. C'est la paix de la tranquillité et du bien-être.

La « *suum quique tribuere* » d'Aristote apparaît ici comme **moyen** et non comme fin.

Le Droit est l'essence de la pondération: équitablement.

Mais la **perspective déterminante doit être l'éthique**.

Et le contexte est le concret.

Deux brèves observations sur **l'éthique**.

D'une part, dans les milieux du XX siècle, un illustre Enseignant de l'Université de Coimbra, L. Cabral de Moncada, a écrit deux volumes sur Philosophie du Droit et de l'État et, dans un certain moment du 2.° Volume (p 293), a écrit ceci:

distinguished "the pursuit of happiness" as an inalienable right, alongside of the rights to the life and the freedom.

Already in our time, Paul Ricoeur wrote that "the horizon of the act of judging is finally more than security, the social peace".³⁷¹

From here, I go for an attempt of idea of the value **Justice**:

- Justice is and exists
- in the accomplishment of **peace of welfare or, at least, peace of mind**
- **through** the recognition of what each person belongs
- **rightfully**
- according to the **ethical** perspective
- and the **circumstances** of the **concrete** case.

On this, that would take too much time and much space to particularize, I will only say the following.

The **peace** that I speak must be a peace felt as blessing. Can not be, nor it is, the alleged peace of the nihilistic cemeteries in the caustic Voltaire way or the alleged peace of the silence of the oppression. It's peace of the tranquility and well-being.

The "suum quique tribuere" of Aristotle appears here as a **mean** and not as an end.

The Right is the essence of the ponderation: rightfully.

But the **determinative perspective has to be the ethics**.

And the context is the concrete.

Two brief remarks about the **ethics**.

On one side, in the mid-twentieth century, a distinguished Professor at the University of Coimbra, L. Cabral de Moncada, wrote two volumes about Philosophy of Law and the State where, at certain point of the Volume 2. ° (p. 293), wrote this:

³⁷⁰ Le Juste, 167.

³⁷¹ O Justo, 167.

« Le droit... doit premièrement se naturaliser citoyen de la république de l'Éthique, s'il veut réussir ce minimum de validité et d'efficacité qui lui sont nécessaires pour pouvoir accomplir sa mission socialement».

D'autre part, permettez- moi que je rappelle ici que le sujet principale du plus récent Congrès des Juges Portugais a consisté - **mes hommages à qui a eu l'idée et il l'a mise en pratique** - dans l'Engagement Éthique des Juges Portugais (Principes pour la Qualité et la Responsabilité). D'Éthique, beaucoup s'est dit. Mais ce qui importe ici de souligner c'est que ceux qui sont les « Gardiens de Promesses », dans les mots d'Antoine Garapon, ont assumé, ont revendiqué non des droits ou des privilèges mais, oui, des devoirs éthiques de conduite et de fonctionnement.

Ceci signifie que les Juges portugais ont lancé les bases de ce que j'ai écrit à l'occasion dans un petit texte ou j'ai considéré que ceci pourrait et devrait être la base d'une **Lettre des Droits Fondamentaux des Citoyens Portugais face aux chemins de la Justice**.

Ce qui vient d'être disposé signifie que les Chemins de la Justice, pour qu'ils le soient, ils doivent pouvoir conduire à la Justice, doivent viabiliser de la Justice, comme dans l'Antiquité Classique ou tous les chemins allaient pour Rome.

III

Encore sur la Justice, je dois reconnaître qu'en parlant de quelque chose concernant concrètement des personnes, je ne peux pas laisser d'assumer que les contenus évaluatifs changent avec les temps et les espaces.

Si je dois **combattre par ce que je crois**, je ne peux pas également laisser de reconnaître que ni tous pensent ou ont pensé comme moi. Ou qu'ils viendront à penser.

La médiation est normalement présentée comme une émanation de l'autonomie privée. Et elle l'est.

“The right ... must first become naturalized citizen of the Republic of Ethics, if you want to get that minimum of validity and

effectiveness that it is necessary in order to fulfill socially its mission.”

On other side, allow me to recall here that the strong theme of the most recent Congress of the Portuguese Judges consisted - **honors to whom had the idea and put it into practice!** - **The Ethical Commitment** of the Portuguese Judges (Principles for Quality and Responsibility). Of Ethics, much has been said. But the important thing to note here is that those who are the “Keepers of Promises,” in the words of Antoine Garapon, had assumed, had claimed no rights or benefits or privileges, but rather the duty of behavior and ethical functioning.

This means that the Portuguese Judges have laid the foundations of that, in a short essay that I wrote at the time, I considered that could and should be the basis of a **Charter of Fundamental Rights of the Portuguese Citizens face to the ways of Justice**.

What finishes staying tacked means that the Ways of Justice, for to them be, they must lead to Justice they must to make viable Justice, as in Classic Antiquity were all paths lead to Rome.

III

Still about Justice, I must admit that, talking about something related to concrete human beings, I can only assume that the valuation contents change with the times and spaces.

If **I must fight for what I believe**, identically I cannot leave to recognize that nor all had thought or think like me. Or will come to think.

Ceci signifie que, si la valeur, comme **continent**, est éternelle et universelle, son **contenue** n'est pas ni éternelle ni universelle. Comme a dit Alain Supiot, « les conceptions de la justice changent, évidemment, d'une époque pour l'autre et d'un pays pour l'autre »³⁷².

Mais je dois chercher à contribuer pour ce que je considère un progrès permanent.

En conséquence assume spéciale importance la signification des affirmations de François Ost³⁷³, selon lequel le défi qui se présente aujourd'hui au juriste consiste « **à rompre avec le passé, mais en se soutenant en même temps en lui** », pour « **donner un avenir à l'avenir** ».

IV

En parlant de Justice, je ne peux pas laisser de faire une brève référence à son inverse, l'injustice.

Comme a très bien reflété A. P. Barbas Homem, en parlant d'injustice, je parle du « limite du Droit »³⁷⁴.

De toute façon, si j'ai, du Droit, un conditionnant éthique, il est difficile de concevoir Droit en excluant l'idée de Justice³⁷⁵.

Mais, avec la loi, l'antinomie peut déjà arriver.

« J'illustre » le cas avec l'article n.º 203 de la Constitution de la République Portugaise (le Tribunal, à vrai dire, le Juge est sujet à la loi). Toute loi ? Même si elle conduit à l'injustice ?

Nous ne pouvons pas prendre le nuage par Junon. Ce problème est apparent mais il ne peut pas cesser pour cela d'être éclairci.

C'est assemblable avec le n.º 2 de l'article n.º 8 du C. Civil: « Le devoir d'obéissance à la loi ne peut pas être éloigné sous excuse

This means that, if the value, as a **continent** is universal and eternal, its **content** is neither eternal nor universal. As Alain Supiot said, "the conceptions of Justice change, evidently, from one era to another and from one country to another."³⁷⁶

But I must look for to contribute to what I consider a permanent improvement.

From there the meaning of the affirmations of François Ost³⁷⁷, whereby the challenge that now presents to the jurist consists to "**break with the past, but relying on it at the same time**", to "**give a future to the future.**"

IV

Speaking of Justice, I cannot leave make a brief reference to its opposite, the injustice.

As well reflected A. P. Barbas Homem, speaking of injustice, I speak of "limits of Right"³⁷⁸

Anyway, if I have, of the Right, an ethical conditioning, it is hardly conceivable Right excluding the idea of Justice.³⁷⁹

But, with law, already antinomy can happen.

"I illustrate" the case with art. 203 of the Constitution of the Portuguese Republic (the Court is valid to say, the Judge is subject to law). Any law? Even if it leads to injustice?

We can not take the cloud for Juno. This problem is apparent, but nor therefore, can fail to be clarified.

It is connected with Art. 8, second paragraph, of the C. Civil: "The duty of obedience to the law can not be removed under the pretext of their content being

³⁷² Homo Juridicus, 19.

³⁷³ Le Temps du Droit, 227.

³⁷⁴ Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne, de Vol. XXXIX, n.º 2

³⁷⁵ Alain Supiot, Homo Juridicus, 18

³⁷⁶ Homo Juridicus, 19.

³⁷⁷ O Tempo do Direito, 227.

³⁷⁸ Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXIX, n.º 2

³⁷⁹ Alain Supiot, Homo Juridicus, 18

que son contenu soit injuste ou immoral ». Ou, dirais-je, son résultat ?

Celui-là est une de ces ordres légaux qu'un minimum de sensibilité commune et juridique répudie de suite.

Mais comment ?

La solution est simple, et ne résiste pas à une investigation minimale.

Le contexte de l'article § 8 du Code Civil n'a rien à voir avec un Code Civil mais, oui, avec un Statut des Juges.

En effet, à partir de 1977, à travers la Loi n.° 85/77, du 13.12, l'article § 3 du Statut des Magistrats Judiciaires a réglementé la thématique de l'article n° 8 du Code Civil et a exclu l'inacceptable article n. § 2. Et telle nouvelle orientation a été confirmée par l'actuel Statut des Magistrats Judiciaires (article n.° 3 de la Loi n. § 21/85, du 30.07).

Donc, le n.° 2 de l'article 8 du Code Civil est dérogée.³⁸⁰

Ceci concerne la notion d'**État de Droit**. C'est impossible de confondre État de Droit avec État de Lois. Ce qu'il faut c'est, en distinguant loi de Droit, **distinguer État de Loi (qui sont, par nature, tous) des États de Droit** qui sont ceux qui se fondent non seulement dans les lois mais, plus, dans les principes éthiques de la Justice.³⁸¹

Mais, si je peux et je dois me baser dans une idée d'éthique pour transformer **l'abstraction du Droit dans le concret que doit être la Justice, je ne peux pas confondre cette orientation avec conduite arbitraire**. Je ne peux pas, simplement dire: quoique les lois le disent, je ne vais pas par là et je ne vais pas parce que la solution ne me plaît pas. Je dois trouver une base de soutien, qui garantisse **sécurité**, dans la mesure où la même sécurité soit un des facteurs de

unjust or immoral." Or, I would say, its result?

This is of such legal orders that a minimum of common sensitivity and juridical at once repudiates.

But how?

The solution is simple, and does not resist to a minimum of research.

The context of the article 8 of the Civil C. nothing has to see with a Civil C. but, yes, with a Statute of Judges.

Indeed, as early as 1977, through the Law No. 85/77 of 12/13, art. 3 of the Statute of Judicial Magistrates regulated the thematic of art. 8 § Civil C. and excluded that unacceptable No. 2. And this new approach was confirmed by the current Statute of Judicial Magistrates (Article 3 of Law No. 21/85, of 07/30).

Therefore, paragraph 2 of art. 8° Civil C. is repealed.³⁸²

This has to do with the notion of **State of Right**. It is unmistakable State of Right with State of Laws What it is necessary is, distinguishing the law from Right to **distinguish State of Law (which are, by nature, all) from States of Rights** which are the ones that are rooted not only in laws but, more, on ethical principles of Justice.³⁸³

But if I can and I must base myself in an idea of ethics to transform the **abstraction of the Right in the concrete that has to be the Justice, I can not confuse this orientation with arbitrariness**. I can not, purely and simply, to say: no matter how hard the laws say it, for there I will not go because I dislike the solution. I have to find a support base that ensures **security**, insofar as the proper

³⁸⁰ Article 7, n. § 2 du Code Civil

³⁸¹ Sur le sujet, par exemple, António Cândido de Oliveira, « Estado de Direito sem Adjectivos », in *Scientia Iuridica* - volume LVIII, 2009, n.° 320, p 645 et suivantes.

³⁸² Art.° 7°, n.° 2 do C. Civil

³⁸³ On the subject, for example, António Cândido de Oliveira, *Estado de Direito Sem Adjectivos*, in *Scientia Iuridica* – Tomo LVIII, 2009, n.° 320, pág. 645 e segs.

Justice, malgré que non la sécurité par la sécurité qui peut même empêcher de la Justice.

Néanmoins, si je dispose d'une « magna carta », d'une Constitution qui reflète et qui forme un État de Droit, je trouverais en elle les principes qui me guideront dans l'interprétation et dans l'application de la loi, principalement de l'article 203° (respect par la loi) et 204° (qui soit conforme à la Constitution) - malgré, que dans l'extrême je puisse même trouver quelque norme formellement de la Constitution qui ne soit pas conforme aux principes constitutionnels.

Dans une brève référence concrète à l'actuelle Constitution de la République portugaise, me suffisent les **articles n.º 1 (dignité de la personne humaine), n.º 2 (État de Droit), n.º 16 (prévalence des droits fondamentaux à la lumière de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme)**, etc., etc., etc., pour réfléchir ce que je prétends dire.

En conclusion: c'est dans la Constitution que je trouve les limites à l'application des lois, faut dire plus **dans les principes que dans les règles littérales elles-mêmes**.

D'ailleurs, l'article 203 lui-même de la Constitution de la République Portugaise est exemple de ce que je veux dire dès que je réussisse à voir la portée de la norme au - delà du littéralisme. C'est qu'il n'y a pas une « loi ». Il y en a trop et de plus en plus. Donc l'article 203 de la Constitution de la République Portugaise ne se reporte pas à chaque loi. Il se reporte au Droit.

V

C'est le moment d'une brève synthèse de ce que j'ai écrit jusqu'ici, à propos de Justice, de Personnes et de Chemins.

Importants sont les Personnes humaines avec faim et soif de Justice. C'est à cause d'eux qu'existent des Chemins de Justice et c'est relativement à eux que les respectives attitudes doivent être prises.

security is one of the factors of Justice, although not security by security that even can to impede Justice.

Therefore, if you have a "magna carta" of a Constitution that reflects and mold a State of Law, I find on her the principles that will be guiding me in the interpretation and enforcement of the law, mainly of arts. 203 (respect for the law) and Article 204 (which is consistent with the Constitution) – although, in the extreme, I will be able to find any formal norm of the Constitution which does not is conform to constitutional principles.

In a brief specific reference to the current Constitution of the Portuguese Republic, is enough for me the arts. 1 (human dignity), 2 (State of Law), 16 (prevalence of fundamental rights in light of the Universal Declaration of Human Rights) etc... etc... etc... to reflect what I intend to say.

In conclusion: it is in the Constitution that I find the limits to the application of laws, it is noted that **in the principles surplus than in the proper literal rules**.

Besides, the proper art. 203§ of the CRP is example of what I intent to say as long as we can see the scope of the norm beyond literalism. Is that there is not a "law". There is too much and each time more. Therefore the art. 203 of the C.R.P. does not report to each law. It reports to the Right.

V

It's time for a brief summary of what I mentioned to until here, by the way of Justice, Ways and Walkers.

Walkers are the Human being with hunger and thirst of Justice. It is for them that there are any Ways of Justice and it is about them that their attitudes should be taken.

Justice c'est la valeur qui constitue la finalité, l'objectif de tous les Chemins que les Personnes devront suivre quand ils auront besoin d'elle.

Le Droit est, pour moi, le « moyen de transport » le plus ajusté, quand il est mis en perspective, conditionné, dignifié par l'éthique.

Les **Travailleurs des Chemins**, sont ceux qui doivent aider les Personnes qui marchent, selon les Chemins, ce sont eux qui agissent, pour servir qui marche, soient des Juges, le Parquet, des Avocats, des Fonctionnaires de Justice, des Solliciteurs ou des Médiateurs.

Qu'est ce qui manque?

Les Chemins. Disons, alors, un mot sur **les Chemins**.

VI

Le Chemin principal pour la Justice est intégré par la juridiction, dont la fonction basique consiste à dire le Droit.

En rigueur, la juridiction est, à son tour, intégrée par **plusieurs ordres juridictionnels**, comme il résulte, clairement de l'article 209 et suivants de la Constitution de la République Portugaise et, soyons ou non d'accord, avec l'article 217 de la même Magna Carta et, expressément, avec l'article 66° du Code de la Procédure Civile.

Parmi les ordres juridictionnelles, la plus courante des personnes et de ces différends c'est la judiciaire, à laquelle se reportent des lois d'organisation et de fonctionnement, la Loi n.° 3/99, du 13.01 et la Loi n.° 52/2008, du 28.08.

Au Portugal, la juridiction est sûrement le principal Chemin pour la Justice.

Mais, devant un monde où l'inconvenance envers l'éthique et le Droit a atteint des proportions et des diversifications aussi graves et aussi diverses, seront **mal les États qui ne comprennent pas qu'ils sont nécessaires plusieurs Chemins pour les Personnes, selon les circonstances**.

C'est dans cette perspective qu'apparaissent ou resurgissent plusieurs

Justice is the value which is the goal, the goal of any paths that Walkers have to follow when, of it, needs.

Right is, for me, the "means of transport" more suitable, when viewed, conditioned, ennobled by ethics.

The **Workers' ways**, are those who should help the Walkers, as the Ways, are those, who act in them, to serve the Walkers, are Judges, Prosecutors, Lawyers, Solicitors, Justice clerks, Mediators.

What is missing?

The Ways. So let's say, then, a word about **Ways**.

VI

The main Way for Justice is integrated by the jurisdiction, whose basic function is to say the Right.

Strictly speaking, the jurisdiction is, in turn, integrated for some jurisdictional orders, as clearly follows from the art. 209 et seq. of the CRP and, agrees with it or not, of the of the same Magna Carta art. 217 and, expressly, of the CPC art. 66.

Among the jurisdictional orders, the one that more says to the ordinary people and their disputes is the judicial one, laws of organization and functioning, the Law 3 / 99, of. 13/01 and Law 52 / 2008, of 28.08.

Surely, in Portugal, the jurisdiction is the main path for Justice.

But, before a world where the disrespect for Law and ethics has reached such serious proportions and diversifications and so diverse, **badly of the States that did not understand that according to circumstances several Paths for Walkers are necessary**.

It is in this perspective, that appears or reappears several paths called "extra-judicial" or, in another reading, "extra - jurisdictional."

Significantly – in other words, **pointing to the harmonization and to a common**

Chemins dits « extrajudiciaires » ou, dans une autre lecture, « extra juridictionnels ».

Significativement - c'est-à-dire, **s'orientant pour l'harmonisation et pour l'objectif commun, Justice** – c'est le même article de la Constitution; l'actuel n.°202, exactement celui qui mieux réfléchi la **réserve constitutionnelle de juridiction** reconnue aux Tribunaux, ça vaudrait dire aux Juges, de décider des conflits juridiquement réglables que, comme je disais, depuis la révision de 1989³⁸⁴ c'est le même article qui, dans son n.° 4, prescrit que « la loi pourra institutionnaliser des instruments et des formes de composition non juridictionnelles de conflits », dans une claire assumption de l'auto composition de différends³⁸⁵.

Nonobstant, tandis qu'en 1982, les Tribunaux Arbitraux³⁸⁶ commençaient à intégrer l'actuelle liste constitutionnelle des Tribunaux, en 1997 ça a été la fois de cette même liste commencer à référer les Tribunaux de Paix (actuel article 209). Les deux ont **des spécificités qui les distinguent** des judiciaires comme, encore davantage, des autres Tribunaux.

Se conclu d'ici qu'en étant des Tribunaux, les Arbitraux et les Tribunaux de Paix **ne sont pas**, ne peuvent pas être, des Chemins non juridictionnels.

Au Portugal, le même doit se dire de la **conciliation** elle-même qui est, dans cette origine, un acte typiquement des Juges. D'ailleurs, à mon avis, **la conciliation est un acte aussi noble, du Juge, que le jugement**. Espérons que ce soit toujours, assumé comme tel.

En ne parlant pas d'actes sans grand sens autonome pour ce qui maintenant et ici plus importe, comme la négociation ou la transaction, que reste-t'il comme Chemin significatif non juridictionnel?

La médiation.

goal, Justice - is the same article of the CRP, the actual 202, exactly the one that best reflects the constitutional reserve of jurisdiction recognized to the Courts, is valid to say to the. Judges, to decide disputes legally adjustable that, since the 1989³⁸⁷ revision, I said, is the same article that, in its paragraph 4, prescribes that "the law will be able to institutionalize instruments and forms of composition non-judicial of conflicts," in a clear assumption of auto composition of disputes³⁸⁸.

However, while, in 1982, the Arbitration Courts³⁸⁹ had started to integrate the current constitutional list of Courts, in 1997 was the turn of this same list to start to refer to the Justices of the Peace (now art. 209). Ones and others have **specificities that distinguish** them from the judicial court as, even more, of other Courts.

It follows from this that, being Courts, the Arbitration Courts and the Justices of the Peace **are not**, cannot be, non-judicial Paths.

In Portugal, the same must be said of the conciliation that is, in this root, an act typically of the Judges. In fact, in my view, **the conciliation is a so noble act of the Judge, as the judgment**. May it be so, always, assumed as such.

Not speaking about acts without great autonomous sense for what, here and now, is more relevant, as the negotiation or the transaction, which stays as significant Path non-judicial?

The mediation.

³⁸⁴ Antérieur article 205.

³⁸⁵ Cfr. VG. Jorge Miranda et Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 30

³⁸⁶ Sur Arbitrage, article de l'auteur dans *O Direito*, 2009, II, 271 et suivantes.

³⁸⁷ Previous Article 205

³⁸⁸ Cfr. V.g. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 30

³⁸⁹ About Arbitration article of author, *O Direito*, 2009, II, 271 e segs.

VII

Très génériquement la médiation consiste à l'intervention d'un **tiers** (le *Juge est aussi un tiers mais le médiateur ne décide pas et se tient à l'écart, aussi, du décideur*), **c'est à dire, de quelqu'un qui se place, pas nécessairement dans le milieu, mais près des intéressés** et qui cherche que malgré qu'ils disent ce qu'ils veulent sur le conflit (que sera le problème immédiat), aussi, qu'ils parlent, qu'ils soulagent l'âme sur ce qui est **sous-jacent** - conflit - (la vieille image de **l'iceberg**) et trouvent là une marge d'accord qui ne se limite pas à un profit de la cause. Ceci, qui est correct, a beaucoup de psychanalytique et, au contraire de ce que j'ai déjà lu, **je ne crois pas que cela s'éloigne d'une conciliation bien faite** à la lumière de ce que dans la transaction apparente (qu'en respectant à une cause juridictionnelle) intègre une idée de notre loi (**article 1248 du C. Civil**):

1 - Transaction est le contrat à partir duquel les parties préviennent ou finissent un conflit à travers de concessions réciproques.

2 - Les concessions **peuvent impliquer la constitution, la modification, ou l'extinction de droits différents du droit controversé.**

Ce type de **Chemin de la Justice (et non simple technique d'accords)** que, surtout dans une grande partie du XX siècle était très éloigné des situations communes, avait déjà été en vigueur au Portugal face à **un remarquable Régiment de 1519**, signé par le roi Manuel I, où n'était pas utilisé le mot médiation, mais où il l'a prescrivait dans un savoureux Portugais de ces temps, dit «Ordnation et Régiment des **concertateurs de demandes**» - d'ailleurs Régiment de Juges de Paix³⁹⁰.

³⁹⁰ Dias Ferreira « Novíssima Reforma Judiciária Annotada », année de 1892, p 54: « L'institution des juges de paix, comme [médiateurs], c'est à dire, comme des concertateurs de demandes ou de *desavindos*, a entre nous une existence de siècles, parce que cela date du temps

VII

Mediation consists very generically of the intervention of a third (*Judge is also a third but the mediator does not decide and is obvious, too, the decision maker*), that is, someone who stands, not necessarily in the middle, but next to the interested parties and search that, beyond of saying what they want about the dispute (which is the immediate problem), they talk, unload the soul of what is **underlying** - conflict - (the old image of **the iceberg**) and find there a range of understanding that is not limited to earns of cause. This, that is right it has plenty of psychoanalytic and, contrary to what I have read, **I do not believe that it is moved away from a well done conciliation** and made in the light of what in the seemed transaction (which, respecting to a jurisdictional causes) integrates an idea of our law (**article 1248 of the Civil C.**):

1 - Transaction is a contract whereby the parties to prevent or end a dispute through reciprocal concessions.

2 - The **concessions may involve the constitution, modification, or extinction of rights diverse of the controverted right.**

This type of **Way of Justice (and not merely technique of agreements)** that, mainly in a large extent of the twentieth century was far away from the common situations, already in force in Portugal face to a **remarkable Regiment of 1519**, signed by King Manuel I, where was not used the word mediation, but it was prescribed in a tasty Portuguese of those times, said, "Ordnation and Regiment of the **Arbitrators of demands**" – by the way Regiment of the Judges of the Peace.³⁹¹

³⁹¹ Dias Ferreira "Novíssima Reforma Judiciária Annotada", year de 1892, page. 54: "The institution of the Judges of the Peace, as [avindores], this is, as arbitrators of demands as between us an existence of centuries, therefore it dates of the time of King Manuel, who gave them a regiment in

Disait le Roi référant - «que nos sujets vivent dans la paix et la tranquillité et évitent des demandes et des conflits quand ils peuvent et quand ils les auront qu'elles ne durent pas beaucoup de temps à cause de beaucoup et de grands inconvénients que d'elles suivent (traduction) ».

Il fait appel à qu'ils aient de la Justice, «par concert d'hommes bons et vertueux».³⁹²

Ce Régiment prescrivait déjà des éléments fondamentaux de la médiation, conjuguée avec des Juges de Paix, et ne serait pas fait par qui, éventuellement, ferait le respectif jugement et elle serait préservée par le principe de la confidentialité, en se prescrivant des peines, qui pourraient aller jusqu'au bannissement, si telle n'était pas respectée.

De nos jours, les idées sur médiation sont en train d'avoir une grande implémentation des deux côtés de l'Atlantique, malgré qu'avec des *nuances*, comme une importante contribution pour la Justice, en s'interconnectant avec la juridiction, comme il est souhaitable et objectif basique.

Si nous voulons penser un peu dans la déjà tellement parlé, et non décidé, crise des juridictions - malgré qu'on y travaille beaucoup - nous devons reconnaître qu'en plus d'autres facteurs (comme les lois de procédure, notamment la civile, dépourvues de vraie rupture !), il y a des raisons générales de caractère social.

Les anciens remparts des juridictions, comme les religions, les écoles, les familles, les amitiés, que faisaient-ils? Que font-ils encore dans quelques cas?

Médiation. Pacification. Concertation: bien faire, rectum, comme il faut.

King says that it seeks that "our subjects live in peace and quiet and to avoid claims and disputes as much they can be and when will have them that they do not last long time for many and great inconveniences that if of them they follow."

He makes appeals that they have Justice, "for concert of good and virtuous men."³⁹³

This Regiment already prescribed fundamental elements of the mediation, conjugated with Judges of Peace, namely, it would not be made by who, eventually, make the respective judgment and it would be safeguarded by the principle of confidentiality, prescribing penalties, which could go to exile, if this was not respected.

In our time, the ideas of mediation are to have great implementation of the two sides of the Atlantic, albeit with *nuances*, as an important contribution to Justice, linking himself to the jurisdiction, as is desirable basic objective.

If we want to think a little about on the already too much spoken, and unresolved crisis of jurisdictions - although of the to much that, on them worked - we must recognize that, in addition to other factors (such as procedural laws, particularly civil law, devoid of true rupture!), there are general reasons of a social character.

The ancient defenses of the jurisdictions, such as religions, schools, families, friendships, they were doing? What they still do in some cases?

Mediation. Pacification. Conciliation: to put right, rectum, as it must be.

du roi D. Manuel, qui lui a donné régiment en 1519, en accordant la demande que lui avait été faite en 1481 par les cortes d'Elvas ».

³⁹² Avec le texte de ce remarquable Régiment, Pessoa Vaz, de «Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial»; et, de l'auteur de cette communication, « Justiça de Paz », de Coimbra Editora, de 2005.

1519, granting to the request that in 1481 the courts of Elvas had made".

³⁹³ With the text of this remarkable Regiment, Pessoa Vaz, " Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial"; and the author of this communication, "Justiça de Paz", Coimbra Editora, 2005.

Avec les crises de ces institutions et l'impréparation des juridictions, principalement en matière de procédure - et, certainement, avec d'autres raisons - s'est accentuée la, d'ailleurs, endémique « crise de la Justice ».

Il faut réinventer des Chemins harmoniques. Sont dans ce sens les orientations du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne.

La médiation souffre, au Portugal, d'une faible divulgation et d'une présentation controversée. Notamment, elle n'est pas, ni peut être une hypothétique concurrente des juridictions. Il faut harmoniser, et ne pas viabiliser des oppositions déconnectées.

La médiation fait tout le sens, comme en France, dans la généralité des Tribunaux, pour le moins depuis la législation de 1995, en pouvant être réalisée dans tous les Tribunaux judiciaires de 1^o instance et de 2^o instance (voyons le livre de Béatrice Brenneur, Justice et Médiation, à cette époque Juge **du Travail** de la Cour d'Appel de Grenoble); comme dans des matières criminelles; mais toujours avec la possibilité et la normal intervention des Juges. Ce sont les Juges qui doivent détenir le dernier mot concernant les accords négociés et, dans le secteur des droits **indisponibles**, plus que normal, cela est indispensable. Et, avec ceci les utilisateurs de la médiation gagnent du temps et de la paix. Et les Juges aussi gagnent du temps pour se consacrer aux causes plus complexes. Et les médiateurs gagnent des objectifs.

Ce colloque est plus une grande opportunité. Nous sommes dans une phase **où la victoire de l'harmonisation est possible dans l'intérêt des justiciables**. Tout sans préjudice de la fonction de chacun. Je n'ai aucun doute d'assumer **que la fonction la plus difficile et la plus exigeante est, dans un Pays comme le Portugal** qui, constitutionnellement et bien, privilégie le principe de la **séparation de Pouvoirs**, est comme je disais, celle du **Juge** auquel la Constitution attribue la fonction de décideur des différends juridiques, avec

With the crisis of those institutions and the unpreparedness of the jurisdictions, mainly procedural – and, certainly, other reasons – the endemic “crisis of Justice” as, indeed, accentuated.

There are harmonics Paths to reinvent. In this sense are the guidelines of the Council of Europe and the European Union.

Mediation suffers, in Portugal, with scarce divulgation and controversial presentation. Namely, it is not, nor can it be alleged competitor of the jurisdictions. Should be harmonized, and not to make possible disconnected oppositions.

Mediation makes all the sense, as in France, in the generality of the Courts, at least since of 1995 legislation, can be performed in any judicial Courts of a lower court and the 2nd instance (see the book of Béatrice Brenneur, Justice et Médiation, then **Judge of the Labour** Cour d'Appel de Grenoble), as in criminal matters, but always with the possibility of normal intervention of the. They are the Judges who must hold the last word about the mediated agreements, and the sector of the **inalienable rights**, more than normal, it is indispensable. And, with this, the mediated save time and peace. And save time the Judges to engage in more complex causes. And the mediators earn objectives.

This colloquy is another great opportunity. We are in a **stage where the victory of harmonization is possible in the interests of people who look for Justice**. All without prejudice of the role of each one. I have no doubt in assuming that **the function more difficult and more demanding is, in a country like Portugal** that, constitutionally, and well, privileges the principle of **the separation of powers**, I said, is the Judge to whom the Constitution assigns the role of decider of legal disputes, with constitutional assumption of the call **reserve of jurisdiction. But this does not prevent,**

assomption constitutionnelle de l'appelée **réserve de juridiction. Mais cela n'empêche pas, ni retire aucune importance aux médiateurs** qui peuvent et doivent être les compagnons de Chemin (compagnons de route) des justiciables, en les écoutant, en les approchant et en essayant de les mener vers la paix.

C'est cet esprit qui se cherche à reprendre dans l'aube du XXI siècle. **Non un nouveau paradigme de Justice mais, oui, des paradigmes renouvelés de Chemins de la Justice.**

Va dans ce sens la Décision - Cadre (2001/220/JAI) de l'Union Européenne (du Conseil) du 15.03.2001, concernant la médiation pénale, **qui ne l'exclut pas de toute phase de la procédure ni de l'action du Juge**, ce qui la rend privée de révision (avant même d'être faite...) la Loi 21/2007, du 12.06.

Va aussi dans ce sens la **Directive 2008/52/CE**, du 21.03.2008, de l'Union Européenne concernant la médiation civile et familiale, **dont les considérants sont beaucoup plus importants et généraux que ses normes restreintes, et qui ont donné origine à la transposition pour le Droit interne Portugais, à travers la Loi 29/2009, du 29.06**, avec l'addition des articles 249-A, 249-B, 249 - C et 279-A au Code de la Procédure Civile.

Naturellement, quand on parle de médiation, nous devons faire attention à l'idiosyncrasie du Peuple et au contexte juridique national.

D'une part, nous sommes un Peuple qui peut reconnaître des déficiences à la juridiction mais, d'une manière générale, on désire un Juge pour dire le dernier mot dans ses questions juridiques³⁹⁴. Le Juge est le vrai « gardien de promesses », comme l'a appelé Antoine Garapon, comme j'ai déjà référé.

Mais la médiation est parfaitement conciliable avec la juridiction et toutes les deux ont clairement des avantages

nor remove any importance to the mediators that can and should be the companions of the Way (compagnons de route) of the people who look for Justice, listening to them, approaching them and trying to bring them peace.

It is in this spirit that we seek to retake at dawn of the XXI century. **Not a new paradigm of Justice, but rather renewed paradigms of Paths of Justice.**

Goes in this direction the Decision (2001/220/JHA) of the European Union (of the Council) of 15.03.2001, about **criminal mediation, which does not exclude them from any stage of the process or the action of the Judge**, which makes devoid of review (long before being made ...) the Law 2 / 2007 of 12.06.

Also goes in this direction the **Directive 2008/52/EC** of 21.03.2008, of the European Union about civil and familiar mediation, **whose motives are much more important and general of that its reduced norms, and that they led to the transposition into Portuguese internal law, through Law 29/2009, of 29.06**, with the addition of articles 249-A, 249-, 249 - and 279-C of the CPC.

Naturally, when talking of mediation, it should be taken into account the idiosyncrasies of the People and the national legal context.

On the one hand, we are a People who can recognize deficiencies of the jurisdiction but in general, want a Judge to be given the final word in their legal issues³⁹⁵. The Judge is the real "keeper of promises," as called Antoine Garapon, already mentioned.

But mediation is perfectly reconciliable with the jurisdiction and both only have to gain in favor of the Walker,

³⁹⁴ Faria Costa, Bulletin de la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra, vol. LXI, 91 et suivantes.

³⁹⁵ Faria Costa, Bol. da Fac. De Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXI, 91 e segs.

en faveur des Personnes, ce que je ne me fatigue pas de répéter il y a des années.

La médiation est normalement présentée comme une émanation de **l'autonomie privée**. Et elle l'est.

Néanmoins, nous devons tous avoir conscience, à cet égard, dans l'ordre juridique portugaise, principalement de deux aspects.

D'une part, il faut distinguer, comme j'ai déjà rapporté, des situations de droits **disponibles** et, d'autre part, **d'indisponibles**.

Dans le champ des droits disponibles, les intéressés peuvent même réaliser des **titres exécutoifs** dans la mesure de l'article 46. n.º 1 d) du Code de la Procédure Civile.

Mais **indisponibles** sont presque tous les droits, notamment, dans le **Droit de Famille**³⁹⁶ et dans une grande partie du **Droit du Travail**. Et, donc, dans ce contexte, l'intervention du Juge est, juridiquement, indispensable. Mais, curieusement, ces deux champs sont ceux où à mon avis, la médiation peut être plus utile. Problème? Solution extrêmement simple: « marier » l'intervention de la juridiction et de la médiation, comme, d'ailleurs, s'est fait en matière de Droit de Famille.

D'autre part, la formation de la volonté personnelle libre et éclaircie est un principe d'intérêt et d'ordre public de l'autonomie privée elle-même. Ou, dans un autre versant, considérons les mots de Carlos da Mota Pinto³⁹⁷: « cette autonomie, ce pouvoir d'autodétermination dans les relations avec les autres personnes, suppose nécessairement l'égalité ou la parité de la situation juridique des sujets ».

Mais rien de ceci n'empêche la médiation.

which for years I never get tired of repeating.

Mediation is usually presented as an emanation of **the private autonomy**. And it is.

However, we must all be aware, in this regard, in the Portuguese legal system, especially, of two aspects.

On the one hand, we must distinguish, as I mentioned, situations of rights **available** and, however, **unavailable**.

In that field, the interested ones can take to be enforceable **executive titles** in the extent of art. 46 paragraph 1 d) of the CPC.

But almost all are **unavailable rights**, particularly in Family Law³⁹⁸ and to a large extent of the **Labor Law**. And so, in this context, the intervention of the Judge is, legally, indispensable. But, curiously, these two fields are those in which, in my view, mediation may be more useful. Problem? Extremely simple solution: "marry" the court's intervention and of the mediation, as, indeed, was done in the field of family law.

On the other hand, free and informed formation of self-will is a principle of public interest and private autonomy. Or, in another aspect, it must be noted in the words of Carlos Mota Pinto³⁹⁹: "this autonomy, this power of self determination in relationships with the others, necessarily assumes the equality or parity of the legal status of subjects."

But none of this precludes the mediation.

³⁹⁶ Voir article 1774 du C. Civil (Loi n.º 61/2008, de 31.10); Loi Tutélaire Éducative, article 42º (Loi n.º 166/99, de 14.09); Tribunaux de Famille et Mineurs (Décret Loi n.º 314/78, « ex vi » de la Loi n.º 133/99, de 28.08, art.º 147 - D).

³⁹⁷ Teoria Geral do Direito Civil, 3ème édition, 42.

³⁹⁸ V.g. art.º 1774 do C. Civil (Lei n.º 61/2008, de 31.10); Lei Tutelar Educativa, art.º 42º (Lei n.º 166/99, de 14.09); Tribunaux de Família e Menores (DL n.º 314/78, "ex vi" da Lei n.º 133/99, de 28.08, art.º 147- D).

³⁹⁹ Teoria Geral do Direito Civil, 3.º ed., 42.

Ce que tout ceci fait - je le souligne une fois encore - est conseiller, « imposer » l'harmonisation entre la juridiction et la médiation. L'une et l'autre ont seulement des avantages avec cette harmonisation et, **plus important, c'est le citoyen qui gagne.**

Quelque chose qui va plus loin que la médiation pénale, réductrice dans sa portée, privée de révision, soit à propos d'intervention appropriée du Juge, soit à propos de la dimension du procès⁴⁰⁰.

VIII

Finally, a few words concerning of **the transposition of the Directive of the European Union (mediation) 2008/52/CE**, pour le Droit national portugais.

La transposition de cette Directive, n'étant pas exemplaire, constitue une bonne base de travail pour une effective harmonisation entre juridiction et médiation.

Cette transposition a été l'objet de la Loi 29/2009, du 29.06 et, dans la partie qui intéresse pour cet effet - avec des suppléments aux articles 249 -A, 249 - B, 249 - C et 279 - A au Code de la Procédure Civile - est entrée en vigueur en 30.06.2009 (article 87 n. ° 2 de la dite loi).

Dans ce contexte, la Loi 29/2009, indépendamment de tous autres objectifs⁴⁰¹, a eu l'aptitude de transposer, pour le Droit interne, plus que les règles, les **principes** de la Directive de 2008, principalement en ce qui concerne:

a) la médiation pré juridictionnelle⁴⁰²;

b) la suspension de délais de caducité et de prescription s'il y a utilisation préalable de systèmes de médiation prévus en Ordonnance du Gouvernement;

What does all this – one more time I emphasize it - is to advise, “impose” the harmonization between jurisdiction and mediation. One and another only win with this harmonization and, more important, wins the citizen Walker.

Something that goes beyond mediation, reducer in its scope, devoid of revision, either in connection with the proper intervention of the Judge, either of the dimension of the process.⁴⁰³

VIII

Finally, a few words concerning of **the transposition of EU Directive (mediation) 2008/52/EC**, for the Portuguese national law.

The transposition of that Directive, not being exemplary, is a good basis of work for effective harmonization between jurisdiction and mediation.

That implementation was subject of the Law 29/2009, of 29.06 and, in the part that matters for this purpose - with additions of the arts. 249 – A, 249 – B, 249 - C and 279 – to the CPC - entered into force in 30.06.2009 (Article 87 paragraph 2 of that law).

In this ambit, the Law 29/2009, regardless of any other objectives⁴⁰⁴, had the scope to transpose into national law, rather than the rules, **the principles** of the Directive of 2008, particularly with respect:

a) to the pre-judicial mediation;⁴⁰⁵

b) to the suspension of limitation and prescription terms if there is prior use of mediation systems provided by order in council of the Government;

⁴⁰⁰ Loi n. ° 21/2007, du 12.06. De l'auteur, dans « O Direito », 2007, V, 1014 et suivantes.

⁴⁰¹ D'ailleurs, son contenu basique est survenu sur le procès d'inventaire.

⁴⁰² Ce que la loi appelle « pré - judiciaire »

⁴⁰³ Law 21/2007, de 12.06. Of the author, at O Direito, 2007, V, 1014 and Fwd.

⁴⁰⁴ In fact, the basic content focuses on the inventory process.

⁴⁰⁵ To what the law calls “pre - judicial”

c) l'expresse possibilité des parties de solliciter **homologation** d'accord négocié par un Juge, **dans n'importe quel Tribunal compétent en raison de la matière**⁴⁰⁶, ce qui présente un caractère d'urgence; remarquons qu'en s'agissant de droits **indisponibles**, il faut comprendre que l'importance juridique de l'accord manque, nécessairement, d'homologation juridictionnelle;

d) la **confidentialité** des sessions de médiation - sauf en ce qui respecte les termes de l'accord - et sauf dans des circonstances exceptionnelles, notamment quand il soit en cause **l'intégrité physique ou psychique de quelqu'un**;

e) la médiation à laquelle **la Professeuse Paula Costa et Silva appelle « intra procédé »**⁴⁰⁷, au cours de quelque procès, par l'initiative du Juge et en considérant **la non opposition expresse d'aucune partie**, à mon avis nécessairement antérieure au début des actes de médiation;

f) la possibilité **des parties d'opter par la médiation**, même au cours d'un procès juridictionnelle, avec **suspension d'instance** et avec ultérieure sujétion à l'homologation conformément au régime transactionnel.

Il peut arriver un problème formel qui peut résulter du contexte des dites normes, c'est la prévision d'une ordonnance par le n.º 2 de l'article 249-A et par le n.º 2 de l'article n.º 249 - B du Code de la Procédure Civile qui n'existe pas encore, **malgré que cette normativité soit en vigueur depuis le 30 juin 2009** (article 87 n.º 2 de la Loi 29/2009).

Indépendamment du devoir d'insister pour la publication formelle de tel ordonnance - il se remarque **que la Loi 29/2009 a déjà été modifiée 2 fois, mais non en relation aux normatifs ici en**

c) to the express the possibility of the parties – it is valid to say, **any of the parties - requires the homologation** of the mediated agreement by the Judge, **in any Court having jurisdiction in due to the matter**,⁴⁰⁸ which is of urgent character, it should be noted that, in the case of **inalienable** rights, must be understood that the legal relevance in the agreement requires, necessarily, of jurisdictional homologation;

d) to the **confidentiality** of mediation sessions - except as to the terms of the agreement - and save in exceptional circumstances, namely when the **physical or psychic integrity of someone** is in cause;

e) to the mediation that **Mrs. Professor Doctor Paula Costa e Silva calls “intra procedural”**⁴⁰⁹ **in the course of any process by initiative of the Judge** and not presuppose **the express opposition of some of the parties**, in my view necessarily prior to the start of the mediation acts;

f) to the possibility **of the parties opt for mediation**, even **in the course** of legal proceedings, with the suspension of instance and subsequent submission to the homologation in accordance with the transactional regimen.

Formal problem that can result from the context of the referred norms is the provision of an order in council under paragraph 2 of art. 249-A and by the paragraph 2 of art. No. 249 - B of the CPC, which not yet exists, **despite that normativity is in force since 30 of June of 2009** (Article 87 paragraphs 2 of Law 29/2009).

Nevertheless it must insist on the formal publication of such ordinance - note **that the Law 29/2009 has been**

⁴⁰⁶ Remarquons qu'il n'y a aucun conditionnant territoriale.

⁴⁰⁷ Cadernos de Direito Privado, 28, 31.

⁴⁰⁸ Note that there is not a territorial constraint.

⁴⁰⁹ Cadernos de Direito Privado, 28, 31.

cause (Loi 1/2010, du 15.01 et Loi 44/2010, du 03.09) – il faut constater deux réalités processuelles:

a) Dès lors, **tel ordonnance n'est pas conditionnant de l'applicabilité générale des dites normes**. Quand c'est le cas, le législateur doit le dire comme, l'a fait, par exemple exactement à propos de la normativité successorale concernant la même loi, n.° 1 de l'article 87, dans la rédaction de la Loi 44/2010⁴¹⁰, étant certain qu'aux normes en cause, ne se reporte pas le n.° 1 mais, oui, le n.° 2 de cet article 87.

La matière objet d'ordonnance seulement concerne, la dite loi:

- dans le cas de **médiation « pré-judiciaire », à la suspension de délais de caducité et de prescription**, sans nécessité de préalable présentation de pétition juridictionnelle, **si est utilisé un système prévu (vaut dire, reconnu)** dans tel ordonnance: cfr. numéros 2 et 5 de l'article 249-A du Code de la Procédure Civile et rapport du décret - loi n.° 295/2009, du 13.10, qui a pris les articles 249-A/249-B/249-C et 279-A du Code de la Procédure Civile pour le Code de la Procédure du Travail (**article 27 - A du Code de la Procédure du Travail**);

- dans le cas de **demande d'homologation juridictionnelle d'accord préalable**, l'ordonnance prévue seulement importe pour la **présentation par voie électronique**: n.° 2 du mentionné article 249 - B.

L'absence de l'ordonnance citée est importante et doit être pourvue parce que, malgré des prévisions du Droit de Famille et Tutélaire, du Droit du Travail, des Tribunaux de Paix, les normes de médiation organisationnelles adviennent aujourd'hui, en Droit de Famille, d'une

amended two times, but not about the normative at issue (Law 1 / 2010 of 15.01 and Law 44/2010, of 3.09) - must be held two procedural realities:

a) **Since soon, such ordinance is not conditioning of the general applicability of the referred norms**. When it is the case, the legislator must say it as, for example, made exactly to the purpose of the successional normativity concerning to the same law, paragraph 1 of art. 87, as amended by Law 44/2010⁴¹¹, given that, to the rules in question, does not relate to in paragraph 1 but, yes, paragraph 2 of art. 87.

The subject matter of order in council only respects, as to the said law:

- In the case of **“pre-judicial” mediation, the suspension of the terms of caducity and prescription**, without prior presentation of jurisdictional petition, **if used system provided (it is valid to say, recognized)** in such ordinance: cf. paragraphs 2 and 5 of art. 249-A of the CPC and report DL N. 295/2009, of 13.10, which brought the art. 249-A/249-B/249-C and 279-A for the CPC to the CPT (**Article 27 - A of the CPT**);

- If the **case of request of jurisdictional homologation of prior agreement**, the foreseen ordinance would only is important **for the electronic submission**: paragraph 2 of cited art. 249 - B.

The lack of the referred ordinance is important and must be resolved because, despite of predictions of Family Law and Guardianship, of Labor Law, of the Justices of the Peace, the organizational rules of mediation arise today, in Family

⁴¹⁰ 1. « la présente loi prend effet 90 jours après la publication de l'Ordonnance mentionnée dans le n. § 3 de l'article 2

⁴¹¹ 1. “The present law shall take effect 90 days after publication of the order in council referred to in paragraph 3 of art. 2”

Ordonnance⁴¹² et, en Droit de Travail, d'un simple Protocole⁴¹³.

En distinguant « l'intention du législateur » de « l'intention législative »⁴¹⁴, nous avons pensé de considérer l'absence de cette Ordonnance subvenue, du moins en partie, par l'Ordonnance 237/2010, du 29.04, face à l'article 2 du règlement qui a approuvé des normes concernant des cours de médiation. Mais, en repensant le sujet, ce serait une interprétation trop forcée. **Nous espérons et nous souhaitons qu'à la publication de ce texte, l'Ordonnance manquante existe et soit déjà en vigueur**⁴¹⁵.

Un dernier mot concernant la transposition de la Directive, en ce qui respecte les Tribunaux de Paix.

D'une part, j'ai comme sur que le régime processuel civil rapporté, tel qu'il est aujourd'hui, en principe **n'a rien à voir avec la médiation et les conséquents accords obtenus pendant la procédure dans les Tribunaux de Paix**. Cette thématique est une des spécificités de la juridiction de paix, régie par une **législation spéciale, avec les caractéristiques, les causes, le régime et des conséquences spécifiques** et sans des omissions qui, manqueraient éventuellement de réglementation et qui ne devraient pas être réglementées conformément à cette législation spéciale - que, comme on sait, préfère à la générale - actuellement la Loi 78/2001, du 13.07, aujourd'hui en phase de révision mais sans rien qui contredise cette perspective ; d'ailleurs, le régime de la Loi 78/2001 **ne s'oppose pas** à l'essence de la Directive de 2008.

Autre chose, c'est ce qui concerne la médiation pré - juridictionnelle; ici,

Law, of a Dispatch⁴¹⁶ and, in Labour Law, a simple protocol.⁴¹⁷

Distinguishing "intent of the legislator" of "legislative intent,"⁴¹⁸ we thought considering the lack of that ordinance supplied, at least in part, by Order in Council 237/2010, of 29.04, face to art. 2 of the regulation who approved the norms about mediation courses. But, rethink the subject, it would be an interpretation too forced. **We hope and wish that, when this text is published, the missing ordinance already exists and it is in force.**⁴¹⁹

One last word concerning the transposition of the Directive, in what respects to the Justices of the Peace.

On the one hand, I'm sure that the regimen of civil procedure referred, as it now is, **has nothing to see with mediation and subsequent agreements reached intra procedimental in the Justices of the Peace**. This thematic is one of the specificities of the jurisdiction of the peace, ruled by **special legislation**, with the characteristics, causes, regimen and own consequences and without omissions that, eventually lacked of regulation and should not be regulated as such special legislation - which, of course, prefer to the general - currently the Law 78/2001, of 13.07, now under review but without nothing that contradicts this view, indeed, the regimen of the Law 78/2001 is **not** opposed to the essence of the Directive of 2008.

Another thing, is what concerns to the pre-jurisdictional mediation; here,

⁴¹² Ordonnance du Secrétaire d'État de la Justice n.° 18778 du Journal de la République, 2.eme série, du 22.08.2007 (traduction).

⁴¹³ Protocole, avec des Partenaires Sociaux, de 2006.

⁴¹⁴ Article 9 n.° 1 du C Civil

⁴¹⁵ Cette Ordonnance à été publiée le 20 mai 2011.

⁴¹⁶ Dispatch of the Secretary of State for Justice No 18778 at D. R., 2.Ş série, de 22.08.2007

⁴¹⁷ Protocol, with Social Partners, 2006.

⁴¹⁸ Art.° 9 n.° 1 do C Civil

⁴¹⁹ Became the Ordinance 203/2011, of 20.05.

oui, il faut sans doute admettre l'applicabilité du régime général dans la possibilité d'intervention du Juge de Paix pour homologation, dans la mesure de sa compétence matérielle, comme s'écoule du n. ° 2 de l'article 249 - B du Code de la Procédure Civile, applicable en vertu de l'article 63 de la Loi 78/2001⁴²⁰.

Ce qui j'ajoute ici - parce que je ne peux pas confondre l'interprétation et l'application des lois avec une simple lecture - en rendant compatible le Code de la Procédure Civile avec la Loi 78/2001, c'est que « **l'unité du système juridique** » (advenu du n° 1 de l'article 9 du Code Civil) m'oblige à réfléchir qu' en ce qui concerne les Tribunaux de Paix, la compétence en raison de la valeur - art.° 8 de la Loi 78/2001 - jusqu'à la valeur du ressort judiciaire de la 1.ere instance⁴²¹ - détient, dans les Tribunaux de Paix, une importance semblable a la compétence matérielle, d'ici la circonstance du Juge de Paix ne pas pouvoir intervenir relativement a la médiation, quand elle dépasse, inclusivement dans des termes de valeur, sa compétence. **C'est le sens de l'article n.° 16° de la Loi n.° 78/2001**⁴²².

En ce qui concerne l'incompétence territoriale, simplement formelle et circonstancielle, elle est éloignée par la logique du n.° 2 de l'article 249-B du Code de la Procédure Civile.

IX

En conclusion:

Si le mur de Berlin est tombée, nous devons éviter et éliminer les « petits

yes, we must admit the applicability of the general regimen of the possibility of intervention by the Judge of the Peace for being required the homologation, in the extent of its substantive jurisdiction, as follows from n. 2 of art. 249 - B of the CPC, for force of Article 63 of the Law 78/2001⁴²³. What **I add here** - because I can not confuse the interpretation and application of laws with simple reading – making compatible the CPC with the Law 78/2001, is that “**the unity of the legal system**” (command of paragraph 1 of art. 9 to the Civil C) makes me think that, with respect to the Justices of the Peace, the competence due to the value - Art. 8 of Law 78/2001 – until the value of the judicial competence of the 1st instance⁴²⁴ - has, in the Justices of the Peace, one importance of similar meaning to the substantive jurisdiction, hence the fact that the Judge of the Peace can not intervene on the mediation that exceed, in terms of value, its competence. **It is the meaning of the Law N. 78/2001, art. 16.**⁴²⁵

Already the territorial incompetence, apart from purely formal and circumstantial, is deflected by the logic of paragraph 2 of art. 249-B of the CPC.

IX

Concluding:

If the Berlin Wall fell, we must avoid and eliminate the “low wall” that,

⁴²⁰ Application subsidiaire du Code de la Procédure Civile dans les Tribunaux de Paix, à propos de ce qui n'est pas incompatible avec la Loi 78/2001, parce que la Loi 78/2001 ne prévoit pas de la médiation pré - juridictionnelle.

⁴²¹ Valeur, que pour les Tribunaux de Paix, j'attends et je souhaite que cela augmente.

⁴²² « Le service de médiation est compétent pour négocier tous les litiges, même qu'exclus de la compétence du Tribunal de Paix, avec l'exception de ceux qui aient pour objet des droits indisponibles

⁴²³ Subsidiary application of CPC in the Justices of the Peace, in what is not incompatible with Law 78/2001, because the Law 78/2001 does not provide pre-judicial mediation.

⁴²⁴ Value that, for the Justices of the Peace, I hope and wish to increase.

⁴²⁵ “The mediation service is competent to mediate any disputes, although excluded of the jurisdiction of the Justice of the Peace, except as they concern inalienable rights”

murs » que, parfois, se lèvent entre nous et empêchent les options correctes. Il faut que nous nous préoccupions tous, notamment Juges et médiateurs, **chacun dans sa fonction**, seulement avec les Personnes qui marchent sur les Chemins de la Justice, les citoyens qui ont besoin de la paix du bien-être.

L'harmonisation est facile et la normativité est ouverte dans le bon sens, malgré manquant de compléments et de perfectionnements, comme tout ce qui est humain.

Si tous se donnent les mains en faveur du Citoyen, il dira certainement, à la bonne manière portugaise :

« Bem hajam » Bien à vous (traduction)!

Et tous resteront en bonne paix.

sometimes, arises between you and they prevent the right options.

That we all must to worry, namely Judges and mediators, **each one in its function**, exclusively with the Walker of the Paths of Justice, the citizen in need of peace of well-being.

Harmonization is easy and normativity is open in the right direction, though lacking in additions and improvements, like everything that is human.

If we all join hands in favor of the Walker, surely he will say, in the good Portuguese way:

“Bem hajam”!

And everyone will be in good peace.