

Collection dirigée par Samantha Besson et Nicolas Levrat

Le juge en  
droit européen  
et international

*The Judge in  
European and  
International Law*

Ouvrage édité par Samantha Besson et  
Andreas R. Ziegler

Avec la collaboration de  
Fatimata Niang

**LGDJ**  
lextenso éditions

Schulthess § 2013  
ÉDITIONS ROMANDES

# Table des matières

<b>Sommaire</b>	<b>V</b>
<b>Table des matières</b>	<b>IX</b>
<b>Liste des contributeurs</b>	<b>XVII</b>
<b>Avant-propos</b>	<b>1</b>
<b>Introduction</b>	<b>3</b>
<b>De quelques considérations philosophiques sur la justice internationale</b>	<b>15</b>
<i><b>Ou comment dépasser l'amour impossible entre droit international et justice internationale</b></i>	<b>15</b>
Introduction	15
I. Le concept de justice internationale	19
II. La philosophie générale de la justice internationale	22
A. Droit judiciaire international	23
B. Discrétion judiciaire internationale	31
III. La philosophie spéciale de la justice internationale	34
A. Justice internationale et sources du droit international	34
B. Justice internationale et légitimité du droit international	37
Conclusions	40
<b>IÈRE PARTIE</b>	<b>43</b>
<b>LE JUGE EN DROIT INTERNATIONAL</b>	
<b>THE JUDGE IN INTERNATIONAL LAW</b>	
<b>Multilevel Judicial Governance in European and International Economic Law</b>	<b>45</b>
Introduction	45
I. From Good Governance to Judicial Governance	46
II. Competing Models of Multilevel Judicial Governance in Europe	48
III. Multilevel Judicial Protection of Transnational Rule of Law in IEL	52
IV. Legitimately Diverse 'Constitutional Methodologies' of the CJEU, the	

EFTA Court and the ECtHR	55
A. Judicial Methodologies applied by the CJEU	58
B. Judicial Methodologies applied by the EFTA Court	60
C. Judicial Methodologies applied by the ECtHR	61
D. The Judicial Task of Administering Justice and Enforcing 'Public Reason'	62
<b>The ICJ Facing Self-determination: Drawing Lessons for the Role of the Court</b>	<b>65</b>
Introduction	65
I. The ICJ dealing with Self-determination	67
A. The Two-pillar Approach	68
B. An Evolutive Approach	71
II. Drawing Lessons for the Role of the Court	75
A. Judicial Law-making and its Challenges	75
B. Between Politics and Morality: on Finding a Way for Self-determination	77
C. Which Self-determination? An Intuition upon the Value of Individuals	80
Conclusion	84
<b>'Words, Words, Words... Where are the Values?': Assessing the International Judge and <i>Jus Cogens</i></b>	<b>87</b>
Introduction	87
I. Background: <i>Jus Cogens</i> and the ICJ	89
II. The International Judge and <i>Jus Cogens</i> : an Assessment	92
A. The International Judge, a Necessity for <i>Jus Cogens</i> ?	92
B. The International Judge, Translator-Interpreter of the Requirements of Social Solidarity?	98
Conclusion	103
<b>Le juge international et les nécessités militaires</b>	<b>105</b>
Introduction	105
I. Le concept de nécessité militaire en DIH	106
II. L'absence du juge : des causes endogènes au principe ?	110
III. Établissement des faits et légitimité du juge international	114
IV. Nécessités militaires, <i>jus contra bellum</i> et droits de l'homme : des risques pour la légitimité du juge international	117
<b>Judges Facing the Challenge of Multilingual International Criminal Courtrooms</b>	<b>123</b>
Introduction	123

I. The International Judge's Working Place	124
A. Legal Provisions Regulating the Language Question	126
B. Multilingualism in the Courtrooms of International Criminal Tribunals	131
II. The Judge's Role with regard to Courtroom Interpretation	132
A. The Judge as a Guardian of Language Rights	133
B. The Judge Appreciating the Interpreters's Work	135
C. Interviewing Techniques	136
D. Pragmatic Aspects in Courtroom Interpretation	137
E. Multilingualism in the Courts's Deliberation Room	138
Conclusion	139
<b>International Judicial Law-making and the Sources Thesis - Judicial Law's Validity in Question</b>	<b>141</b>
Introduction	141
I. The Legal Positivist Sources Thesis	143
A. Legal Positivism	143
1. The Basic Tenets	143
2. Inclusive versus Exclusive	144
B. The Sources Thesis	145
1. Definition	145
2. Reasons in Support	145
II. International Judicial Law-making	146
A. Judicial Law-making	146
1. Judges as Law-makers	146
2. Judicial Law-making Explained	147
B. International Judicial Law-making	148
1. International Courts as Law-makers	148
2. The Relevance of International Judicial Law-making	150
III. International Judicial Law-making and the Sources Thesis	151
A. Judicial Law-making and the Sources Thesis	151
1. Dworkin's Challenge	151
2. Raz's Defence	152
B. International Judicial Law-making and the Sources Thesis	154
1. The Complication at the International Level	154
2. A Way Out?	156
Conclusion	160

<b>II<sup>E</sup> PARTIE</b>	<b>161</b>
<b>LE JUGE EN DROIT EUROPÉEN</b>	
<b>THE JUDGE IN EUROPEAN LAW</b>	
<b>Participation à l'Union européenne et règlement juridictionnel des différends</b>	<b>163</b>
Introduction	163
I. Différends entre un Etat membre et un Etat tiers	164
II. Différends entre deux Etats membres	167
<b>La cohérence dans le raisonnement des juges européens</b>	<b>173</b>
Introduction	173
I. Des différentes approches de la cohérence	175
A. La cohérence épistémique	176
1. La cohérence normative	177
2. La cohérence issue d'une pondération	178
3. La cohérence comme intégrité	179
B. La cohérence constructive	180
II. De la cohérence dans le raisonnement judiciaire	181
A. Le raisonnement judiciaire cohérent	181
1. La notion de raisonnement judiciaire	181
2. L'objet du raisonnement judiciaire	182
B. Les mécanismes d'un raisonnement judiciaire cohérent	184
III. Du raisonnement des juges européens	185
A. Un système juridique unional ?	186
B. Le concept de système juridique	187
1. Les caractéristiques d'un système juridique	188
2. Le contenu d'un système juridique	190
Conclusion	192
<b>De quelques contraintes européennes sur le juge suisse</b>	<b>193</b>
Introduction	193
I. De l'examen de la méthode	195
A. La Cour de justice souveraine en son royaume	195
B. Le Tribunal fédéral déferent hors de son prétoire	198
II. Des fondements de la méthode	200
A. L'application uniforme de l'ALCP, fondement discutable de l'interprétation prescriptive de son article 16 par. 2	201

B. Le pragmatisme méthodologique du Tribunal fédéral : fondement ou limite à la liberté interprétative du juge suisse ?	203
Conclusion	206
<b>Between European Legal Pluralism and the Use of Transnational Precedent in European Private Law Adjudication</b>	<b>209</b>
Introduction	209
I. Definitions	212
A. The Structure of European Private Law	212
B. European Private Law Adjudication	215
II. Legal Pluralism	216
A. Classic Legal Pluralism	216
B. The Legal Pluralism Debate in European Constitutional Law	218
1. Constitutional Pluralism as Response to the Theory of the Unity of Law 219	
2. Pluralism as Lack of Hierarchy: Distinct but Interacting Legal Systems and EU Law as Inter-institutional Interactions	221
a) Distinct but Interacting Legal Systems	221
b) EU Law as Inter-institutional Interactions	222
C. European Private Law's Pluralism	224
1. Monism	224
2. Law as Market	225
Concluding Remarks – Which Model for European Private Law ?	227
<b>L'influence du droit européen des clauses abusives dans le prétoire national</b>	<b>229</b>
Introduction	229
I. Les apports de l'influence européenne	230
A. L'influence européenne sur le juge national des clauses abusives	230
1. La création d'un juge des clauses abusives ?	230
2. L'augmentation du nombre d'affaires	232
3. L'augmentation des pouvoirs du juge	233
a) La qualification plus autonome de « clause abusive »	233
b) L'appréciation d'office du caractère abusif ?	235
B. L'influence européenne sur la jurisprudence nationale des clauses abusives	239
1. L'influence indirecte et l'influence directe	239
2. L'effet direct horizontal de la directive 93/13 ?	240
3. L'interprétation conforme à la directive 93/13	241
II. Les limites de l'influence européenne	242
A. Les limites posées par le juge national	243

1. Le dialogue entre le juge national et le juge européen : un début difficile	243
2. L'interprétation non conforme	245
B. La limite posée par la directive 93/13	246
1. L'harmonisation minimale	246
2. Harmonisation minimale <i>versus</i> interprétation conforme	247
<b>III<sup>E</sup> PARTIE</b>	<b>253</b>
<b>LE JUGE ET LES DROITS DE L'HOMME</b>	
<b>THE JUDGE AND HUMAN RIGHTS LAW</b>	
<b>Le rôle du juge dans la hiérarchisation entre droit international économique et droits de l'homme</b>	<b>255</b>
Introduction	255
I. Fondements théoriques	257
II. Libéralisation du commerce des services	260
A. Conflit normatif <i>versus</i> interaction de régimes	261
B. Libéralisation du commerce des biens <i>versus</i> droits humains au sein de l'OMC	262
C. Libéralisation du commerce des biens <i>versus</i> droits humains aux niveaux régional et national	263
III. Commerce des services et droits économiques et sociaux	267
A. Conflit normatif <i>versus</i> interaction de régimes	268
B. Libéralisation du commerce <i>versus</i> droits de l'homme devant les tribunaux	271
C. Commerce des services à l'aide des droits de l'homme?	273
IV. Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce <i>versus</i> droits humains	274
A. Conflit normatif <i>versus</i> interaction de régimes	275
B. Règles de protection de la propriété intellectuelle <i>versus</i> droits de l'homme	276
Conclusion	277
<b>The Judge at the European Court of Human Rights : 'Moral Reading of Human Rights' or Just 'Reading of Moral Rights'? A Critique of Letsas</b>	<b>281</b>
Introduction	281
I. 'Moral Reading of Human Rights'(...)?	284
A. The Specific Argument on ECHR Rights	284
B. The General Argument on Human Rights	289
II. (...) or Just 'Reading of Moral Rights'?	293

---

A. Back to the Basics	293
B. A Moral <i>Tabula Rasa</i> ?	296
Conclusion	298
<b>The Attitude of four Supreme Courts towards the European Court of Human Rights: Strasbourg has spoken...</b>	<b>301</b>
Introduction	301
I. Impact of the ECtHR Case Law on the Case Law of four Domestic Courts	303
A. The Dutch Supreme Court between Monism and the Ban on Constitutional Review	305
B. The UK Supreme Court and the Mirror Principle	308
C. The Docility of the Belgian Constitutional Court	312
D. The German Federal Constitutional Court split between Dualism and Openness	315
E. Comparative Overview	318
II. Limits to Impact of the ECtHR Case Law	319
A. Beyond the 'Minimum Standard' and the Margin of Appreciation	320
B. Unclear or Inconsistent ECtHR Case-law	321
C. Unwilling to Follow ECtHR Case-law	322
Conclusion	324