Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Martins, Maria Margarida do Rego da Costa Salema de Oliveira, 1954-

Recensão : "Identification of customary international law" de Omri Sender e Michel Wood

http://hdl.handle.net/11067/8749
https://doi.org/10.34628/2E0Q-XG90

Metadados

Data de Publicação	2026
Editor	Universidade Lusíada Editora
Palavras Chave	Direito consuetudinário internacional
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 35 (2026)

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-11-22T12:33:21Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

Margarida Salema d'Oliveira Martins
Centro de Estudos Jurídicos, Económicos, Internacionais e Ambientais (CEJEIA), Universidade Lusíada
margaridasom@sapo.pt
0000-0002-4086-5442

Submetido em 06/005/2026 • Aprovado em 26/05/2026 • Publicado em 26/05/2026

RECENSÃO DO LIVRO - BOOK REVIEW

IDENTIFICATION OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW,
Omri Sender / Michael Wood, Oxford University Press, Oxford 2024

Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional
Texto submetido à plataforma de deteção de similaridade e plágio Turnitin.
Os textos que constituem esta obra seguem, por decisão do respetivo autor, a antiga ou a atual grafia.
O conteúdo desta obra é da exclusiva responsabilidade do seu autor e não vincula a Fundação Minerva | Universidade Lusíada.

ISSN 2182-4118
e2183-2064

Margarida Salema d'Oliveira Martins

Recensão do livro – Book review

Identification of customary international law,

Omri Sender / Michael Wood, Oxford University Press, Oxford 2024

doi 10.34628/2E0Q-XG90

Trata-se de uma monografia de 434 páginas, elaborada por Sir Michael Wood e pelo Doutor Omri Sender. A relevância desta obra deve, desde logo, ser assinalada pela circunstância de aquele co-autor ter sido o Relator Especial da Comissão de Direito Internacional (CDI), com quase 50 anos de experiência no direito internacional adquirida em vários postos que ocupou, quer internos quer internacionais, nomeadamente como conselheiro de vários governos junto do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) e de outros tribunais internacionais, como refere Peter Tomka, juiz e antigo Presidente do TIJ, no prefácio. Quanto ao Doutor Omri Sender, académico e prático mais jovem, igualmente nas palavras de Peter Tomka, pesquisou extensivamente os arquivos da CDI e do TIJ na preparação da sua tese de doutoramento mais tarde publicada como monografia, intitulada *International Law-Making by the International Court of Justice and International Law Commission: Partnership for purpose in a Decentralizad Legal Order*.

Esta obra complementa e esclarece as Conclusões sobre a Identificação do Direito Internacional Consuetudinário, documento com 16 conclusões, incluindo comentários concisos, adotado pela Comissão de Direito Internacional (adiante CDI) em 2018, conclusões essas inclusas no final do livro (páginas 307 a 345) e disponíveis online.

Numa época em que parecia que a Comissão de Direito Internacional já teria esgotado a sua tarefa de codificação do direito Internacional costumeiro ao longo de décadas (como o direito do mar, o direito das relações diplomáticas e consulares, o direito dos tratados entre Estados, e o direito dos tratados entre Estados e organizações internacionais, o direito da sucessão de Estados, quer quanto a tratados quer quanto a propriedade, arquivos e dívidas do Estado, o direito sobre cursos de água, o direito sobre a imunidade jurisdicional dos Estados), surge este extenso trabalho que afinal lança luz sobre uma das fontes de direito internacional não escrita, não certa e usualmente tida como antiga.

Trata-se de uma obra de consulta obrigatória para especialistas e práticos do direito internacional.

A monografia sob apreciação abrange 14 capítulos, sendo o primeiro introdutório e o último de conclusões.

Na Introdução (páginas 1 a 9), os autores esclarecem que não se prendem com a substância do direito internacional consuetudinário, mas antes com a metodologia necessária para a determinação da existência e conteúdo das respetivas regras. Abordam a matéria numa ótica jurídica, limitando-se a verificar a constância das condutas e a convicção da sua necessidade jurídica, através de uma análise rigorosa e sistemática das evidências disponíveis. Embora não seja uma ciência exata, o objetivo consiste apenas em identificar as normas de direito internacional consuetudinário como atualmente existem (ver página 4).

No segundo capítulo (páginas 10 a 28), traça-se uma visão geral do costume como fonte de direito internacional, incluindo a sua longa história, a sua posição assegurada no Estatuto do TIJ e a sua continuada importância na presente era.

O direito internacional consuetudinário compreende as regras não escritas de direito internacional que resultam de uma prática geral aceite como direito. Na ausência de um órgão legislativo internacional centralizado continua a ser a principal fonte de direito internacional. As suas regras têm igual força para todos os membros da Comunidade Internacional, mesmo que não tenham tido parte ativa na sua criação (v. página 10).

O costume é a mais antiga e original fonte de direito internacional positivo (Vitória, Suárez, Grotius, Vattel). Foi inscrita no artigo 38.º, n.º 2, do Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional (adiante TPJI). O TPJI referiu-se-lhe no caso Lotus, de 1927. Críticas foram dirigidas à redação do artigo 38.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (adiante TJI) (ver páginas 11 a 17). O costume não se tornou obsoleto, apesar da profusão de acordos internacionais bilaterais e multilaterais que se foram celebrando, pois continua a ser o fundamento do sistema jurídico internacional como um todo (*pacta sunt servanda*). Mesmo em áreas altamente codificadas, o costume continua a reger matérias não reguladas nos tratados, a ter um papel na interpretação dos tratados, a aplicar-se aos Estados que não são parte nos tratados etc. Quanto à crítica de que a sua formação é lenta e morosa, verifica-se que existem costumes de formação rápida, se necessário, tendo a vantagem de não ser tão complicado formá-los nem os alterar, como sucede com os tratados, sendo adaptáveis e flexíveis. Por surgir espontaneamente, o costume acaba por refletir uma comunidade jurídica profundamente sentida (páginas 18 a 22).

O Capítulo 3 (páginas 29-52) dá conta do trabalho da CDI sobre o tópico Identificação do Direito Internacional Consuetudinário entre os anos de 2012 e 2018 e o seu acolhimento pelos Estados e outros agentes.

Começando por salientar as dificuldades encontradas para o tratamento do tema, com críticas às suas desvantagens e inutilidade, só tardiamente se reconheceu o mérito da temática, especialmente por se verificar que era tratado internamente por tribunais e governos e até por ONG's (Organizações Não Governamentais) e não por especialistas em direito internacional.

Também muitos autores secundarizaram a sua autoridade ou salientaram as dificuldades do seu conhecimento.

Analisaram-se as diferentes questões que se colocavam, desde a formação do costume, à sua prova (evidence or proof) passando pela identificação do costume, optando-se pela última, por não se levantarem problemas de tradução e ser de alcance mais prático para os aplicadores do direito internacional. Entendeu-se que questões relevantes, como a do *jus cogens*, deveriam ser tratadas separadamente.

Refere-se o debate na sexta comissão em 2018 e a adoção pela Assembleia Geral da Resolução 73/203 em 20 de dezembro de 2018.

Duas das recomendações da Assembleia Geral são:

"4. Also takes note of the conclusions on identification of customary international law, the text of which is annexed to the present resolution, with the commentaries thereto, brings them to the attention of States and all who may be called upon to identify rules of customary international law, and encourages their widest possible dissemination;

5. Acknowledges the utility of published digests and surveys of practice relating to international law, including those that make legislative, executive and judicial practice widely available, and encourages States to make every effort to support existing publications and libraries specialized in international law."

Quanto a saber qual a natureza das próprias regras de direito internacional consuetudinário, "regras de reconhecimento" ou "meta-regras", entende-se que são elas próprias regras de direito internacional consuetudinário.

O Capítulo 4 (páginas 53-78) debruça se sobre a abordagem dos dois elementos essenciais para a determinação das normas de direito internacional costumeiro, demonstrando que tal via está profundamente enraizada na prática e opinião jurídica internacionais.

A abordagem acerca dos elementos constituintes do costume (prática e *opinio juris*) obteve o apoio dos Estados, na sua prática, demonstrado num conjunto elevado de posições assumidas por estes em diversas ocasiões e documentos. Também recebeu o apoio de diferentes jurisdições nacionais que são devidamente identificadas. Descreve-se a jurisprudência do TPJI, mas sobretudo do TIJ.

Esta abordagem aplica-se a todas as áreas do direito internacional público, que se caracteriza pela sua unidade e coerência, consistindo num único sistema jurídico, não se dividindo, pois, em diferentes ramos, dispondo das suas próprias fontes de direito.

Uma abordagem uniforme tem sido seguida por tribunais internacionais especializados, como os tribunais internacionais ad-hoc para a ex-Jugoslávia e o Ruanda, o Tribunal Penal Internacional (adiante TPI), e outros, desde o Tribunal Inter-Americano de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Huma-

nos, e até o Comité Internacional da Cruz Vermelha.

Também se pretende uma abordagem rigorosa, mas flexível.

As normas consuetudinárias podem mudar para se acomodar às circunstâncias evolutivas da vida internacional, até podendo cair em desuso. Funciona aqui também a prática dos Estados e a *opinio juris*.

Quanto à doutrina, apontam-se algumas abordagens alternativas, que ou enfatizam um dos elementos constituintes sobre o outro, ou até excluem algum deles. Estas abordagens não têm sido reconhecidas nem pelos Estados nem pela jurisprudência.

O Capítulo 5 (páginas 79-99) trata do processo de verificação da prova dos dois elementos constituintes do costume internacional, ou seja, a prática geral e a aceitação dessa prática como direito (*opinio juris*).

Trata-se de matéria delicada e difícil que deve ser avaliada de acordo com as diferentes ocasiões e circunstâncias.

De acordo com as conclusões da CDI, deve-se atender ao contexto geral, à natureza da regra e às circunstâncias particulares em que a prova (evidence) em questão deve ser encontrada.

O contexto geral sobre se a regra consuetudinária existe, abrange elementos legais e factuais relativos à matéria objeto da regra.

Importa também atender à natureza da regra, como esta é enquadrada e formulada.

Quanto à prova da conduta torna-se necessária uma rigorosa inspeção, evitando ambiguidades. Por exemplo, ao entender-se a atividade legislativa como uma prática do Estado não se pode atender apenas ao texto da lei, mas também ao modo como este é interpretado e aplicado. Igualmente decisões de tribunais nacionais duvidosamente podem considerar-se como representativas da prática do respetivo Estado.

A falta de protesto do Estado em relação a uma ação concreta em particular pode ter significado.

A prova, embora não se exija a exaustividade da sua verificação, deve corresponder a uma prática suficientemente alargada, acompanhada de *opinio juris*. Por outro lado, a identificação de uma regra de direito internacional consuetudinário convida a inquirir sobre a história e a evolução dessa regra.

Cada um dos elementos constituintes do costume deve ser verificado separadamente, a fim de se poder distinguir entre uma simples prática e uma norma jurídica.

A ordem de verificação dos elementos constituintes, começando pela existência da prática geral, é obrigatória.

Quanto à possível exigência de ónus da prova, este reporta-se à existência de factos, não de direito. Um tribunal é suposto conhecer o direito - *jura novit curia*.

No Capítulo 6 (páginas 100-137) descreve-se a autoria da prática e os tipos de prática que podem propiciar a criação ou a expressão do costume internacional.

Trata-se do também chamado elemento material ou objetivo do costume internacional consistente na acumulação de atos ou inações similares praticados por sujeitos de direito internacional e que formam um padrão de comportamento suscetível de observação.

Desde logo, a prática observada pelos Estados como sujeitos primários do sistema jurídico internacional é de indubitável importância e predominância.

Saber quantos e quais estão envolvidos nessa prática e quais são a respetiva consistência geral e duração é matéria relativa. A pesquisa da prática deve ser de molde revelar a existência de uma regra de direito internacional geralmente aplicável.

Também a prática das organizações internacionais intergovernamentais pode contribuir, em determinadas circunstâncias, para a formação ou a expressão de normas de direito internacional consuetudinário. Não obstante, a questão teórica colocada consistiu em saber se a prática era a da própria organização ou a dos seus membros agindo na sua capacidade individual.

Tal relevância não se suscita no caso da União Europeia, para a qual os Estados-membros transferiram direitos soberanos. Mas pelo menos é indiscutível que a prática de organizações internacionais nas relações entre si e com os Estados podem dar origem ou traduzir regras consuetudinárias aplicáveis a tais relações.

Por outro lado, não é de excluir a prática dedutível da atuação dos órgãos de organizações internacionais.

Coloca-se também a questão de saber se não deveria relevar a prática de outros atores, sem ser Estados e organizações internacionais.

Quanto às formas da prática, entende-se genericamente que pode abranger qualquer ato ou comportamento, já que os Estados exercem os seus poderes de numerosas maneiras e não se limitam apenas a alguns tipos de conduta.

A jurisprudência dos tribunais nacionais também é tratada, podendo até ser considerada como prática do Estado (poder judicial). Também a legislação nacional, em particular a que respeita aos direitos e obrigações de direito internacional, é tida em conta. A conduta dos Estados em relação aos tratados apesar de estes serem fonte autónoma de direito internacional, pode originar uma prática criativa ou expressiva de costume internacional. O mesmo pode suceder relativamente à atuação do Estado em organizações internacionais ou outros fóruns multilaterais, ou à sua inação (omissão ou abstenção).

Aborda-se a problemática da prática confidencial que pode ser central nos ataques cibernéticos e na espionagem.

A prática do Estado deve ser avaliada no seu todo.

O Capítulo 7 (páginas 138-161) dedica-se a explicar como deve ser avaliada a generalidade da prática (geral).

Como refere a CDI, a prática relevante deve ser geral, o que significa que deve ser suficientemente ampla e representativa, bem como consistente. Desde que a prática seja geral, não é necessária uma duração específica.

Não há testes quantitativos. Deve ter-se em conta o contexto geral, a natureza da regra e as circunstâncias particulares em que deve ser encontrada a respetiva evidência.

O requisito da amplitude e representatividade não se mede necessariamente pelo número elevado de Estados envolvidos, mas concerne mais aqueles que tiveram oportunidade ou possibilidade de aplicar a regra em causa, sendo apresentados numerosos exemplos.

Quanto ao requisito da consistência, a prática a apreciar deve ser virtual ou substancialmente uniforme, no sentido de que algumas inconsistências ou contradições não são necessariamente fatais para a descoberta de uma prática geral. Aliás, uma prática inconsistente pode ser tratada como uma violação da norma e não como uma nova norma. Também pode constituir uma exceção consuetudinária admissível.

Quanto à duração, há costumes de formação rápida, sobretudo com os progressos tecnológicos (satélites em órbita da Terra, plataforma continental).

O Capítulo 8 (páginas 162-198) trata do elemento constitutivo – *opinio juris* – incluindo o seu papel e significado e como pode ser apurado.

O elemento subjetivo ou psicológico é o que tem sido mais debatido em termos teóricos e gerado maior controvérsia.

Como refere a CDI é crucial estabelecer, em cada caso, que os Estados atuaram de determinada maneira porque sentiram ou acreditaram que estavam legalmente compelidos ou habilitados a agir assim por causa de uma norma de direito internacional consuetudinário. Adotaram a prática como uma questão de direito ou submeteram-se a ela como uma questão de obrigação.

A aceitação como direito (*opinio juris*) tem a ver com a aceitação e não com o conteúdo da regra, não sendo necessária a aceitação por todos os Estados nem sequer daquele contra o qual a regra é invocada.

A evidência da *opinio juris* pode assumir variadas e vastas formas, tais como: declarações públicas proferidas em nome dos Estados; publicações oficiais, pareceres jurídicos dos governos; correspondência diplomática; decisões dos tribunais nacionais; regras de tratados; conduta relativa a resoluções adotadas por uma organização internacional ou numa conferência intergovernamental.

A falta de reação atempada a uma prática também pode ser evidência de *opinio juris*, desde que os Estados estivessem em posição de reagir e as circunstâncias apelassem a alguma reação.

O papel dos tratados e das resoluções de organizações internacionais ou conferências intergovernamentais, como evidenciando o direito internacional consuetudinário, é desenvolvido especificamente nos Capítulos 9 (páginas 199-

232) e 10 (páginas 233-251), respetivamente.

Quanto aos tratados e às resoluções não se pode inferir sem a indagação apropriada que são suscetíveis de criar por si só direito internacional consuetudinário.

Quanto às organizações internacionais que têm personalidade jurídica autónoma da dos seus membros, a elas também se aplica *mutatis mutandis* a lista de formas de evidência da *opinio juris*. Ou seja, as organizações internacionais também podem exprimir *opinio juris*, que se distingue da dos Estados.

O Capítulo 11 (páginas 252-277) ocupa-se das decisões judiciais e dos ensinamentos dos publicistas como meios subsidiários para a determinação das normas de direito internacional consuetudinário.

A jurisprudência e a doutrina constituem fontes auxiliares, como determina o artigo 38.º, n.º 1, alínea d), do Estatuto do TIJ, mas não se descortina deste preceito qual a sua importância na prática. A análise destas duas fontes é feita separadamente.

Não só devem ser consideradas as decisões dos tribunais internacionais, em particular as do TIJ, quanto à existência e conteúdo do costume internacional, mas também as dos tribunais nacionais. A autoridade de uma decisão judicial, com contraditório, tem sempre um peso superior ao da opinião doutrinária, por muito boa que esta seja.

Podem abranger órgãos não necessariamente jurisdicionalizados desde que exerçam poderes judiciais e cobrir tanto sentenças como pareceres. Recorde-se que o TIJ é o único tribunal internacional permanente de jurisdição geral.

As decisões dos tribunais nacionais podem ter um duplo papel, pois são órgãos do Estado e as suas decisões podem ser qualificadas como prática do Estado do foro e, por outro lado, podem ser meios auxiliares na determinação do costume internacional quando eles próprios investigam e se pronunciam sobre a existência e o conteúdo dessa regra costumeira.

A doutrina também pode servir de guia para a verificação da existência e conteúdo do costume internacional. Aliás, o direito internacional muito deve aos escritos dos juristas. Basta lembrar os seus fundadores (Vitória, Suárez, Gentili, Grotius, Puffendorf, Wolff e Vattel) e continuadores (Hall, Wheaton, Westlake e Oppenheim) que sistematizaram o *jus gentium* quase todo não escrito. O que, aliás, se prolonga quase até ao século XX.

Contudo, os autores não fazem a lei. E a expansão na celebração de tratados internacionais e nos casos judiciais conduziu a um decréscimo da importância da doutrina. Do outro lado da moeda, nos tempos modernos, a doutrina é chamada de novo a intervir perante a quantidade desorganizada de evidência material do costume internacional. Ou seja, o papel da doutrina não diminuiu, antes mudou.

O Capítulo 12 (páginas 278-289) refere-se a uma exceção à aplicabilidade geral do direito internacional consuetudinário, ocupando-se da intitulada "regra do objetor persistente".

As regras do direito internacional consuetudinário, pela sua natureza, têm igual força para todos os membros da Comunidade Internacional e por isso não podem estar sujeitas a qualquer direito de exclusão unilateral praticado pela vontade de qualquer um deles no seu próprio interesse.

No entanto, é geralmente aceite que um Estado que tenha persistentemente objetado à emergência de uma regra de direito internacional consuetudinário e mantenha a sua objeção depois do surgimento dessa regra, não está vinculado a ela. Este princípio, comummente designado como a "regra do objetor persistente", está contemplado nas Conclusões (15) da CDI.

Esta regra remonta às primeiras noções do sistema jurídico Internacional (Hall, Westlake, Caso do Asilo do TIJ).

Trata-se de uma espécie de válvula de escape para impedir o não cumprimento do direito internacional, permitindo ao objetor proteger os seus interesses sem ser através de meios confrontacionais. Mas a regra está sujeita a requisitos, como devendo a objeção ser claramente expressa, tornada conhecida por outros Estados e mantida de forma persistente quer na época da formação da regra quer posteriormente.

A atuação do Estado deve ser de forma a ilidir a presunção de que a regra geral é obrigatória para ele e não se pode cifrar numa única vez de protesto, devendo ser mantido de forma persistente e consistente, no contexto em causa.

Quanto a saber se a regra se aplica a uma norma de *jus cogens*, a CDI só, mais tarde, no seu trabalho relativo a "Peremptory Norms of general international law (*jus cogens*) (2022) considerou que a "regra do objector persistente" não se aplica às normas de *jus cogens*. Tal resulta da aplicação universal e superioridade hierárquica das normas de *jus cogens*.

O Capítulo 13 (páginas 289-298) trata da questão de saber se as normas do direito internacional consuetudinário particular constituem exceção à aplicabilidade geral do direito internacional consuetudinário.

As normas de direito internacional costumeiro só são aplicáveis a alguns Estados, daí que sejam direito "particular" e não "geral". Esse direito particular pode ser regional, local ou outro, aplicando-se a um número limitado de Estados. Para o efeito de determinar a existência e o conteúdo desse direito, é necessário verificar se existe uma prática geral entre os Estados envolvidos que seja aceite por e entre eles, como direito (*opinio juris*).

A CDI prefere esta expressão – direito internacional consuetudinário particular - a costume regional, costume especial ou costume local que parecem expressões redutoras.

Este direito particular não cria direitos nem obrigações para terceiros Estados, podendo ser tratado como "*lex specialis*". Mas pode generalizar-se e transformar-se em direito geral (por exemplo, o princípio "*utis possidetis juris* ").

Casos notáveis nesta matéria são desde logo o Caso do Asilo (1950) e o Caso do direito de passagem (1960) e outros.

Este direito particular não tem de surgir necessariamente entre Estados que tenham uma relação geográfica (costume não localizado).

Neste direito particular, e diversamente do que sucede com o direito geral, a parte que invoca o costume tem o ónus de provar que tal costume foi estabelecido de modo a vincular a outra parte e que houve um uso constante e uniforme praticado pelos Estados envolvidos e que tal uso é a expressão de um direito para um e de um dever para outro.

No capítulo 14 (páginas 299-301) incluem-se breves observações conclusivas.

.

(English version)

This is a 434-page monograph authored by Sir Michael Wood and Dr Omri Sender. The significance of this work must, first and foremost, be highlighted by the fact that the former co-author served as Special Rapporteur of the International Law Commission (ILC), with nearly 50 years' experience in international law gained through various positions he has held, both domestic and international, notably as an adviser to various governments before the International Court of Justice (ICJ) and other international tribunals, as noted by Peter Tomka, judge and former President of the ICJ, in the preface. As for Dr Omri Sender, a younger academic and practitioner, also in the words of Peter Tomka, he conducted extensive research in the archives of the ILC and the ICJ whilst preparing his doctoral thesis, later published as a monograph, entitled *International Law-Making by the International Court of Justice and International Law Commission: Partnership for purpose in a Decentralised Legal Order*.

This work complements and clarifies the Conclusions on the Identification of Customary International Law, a document comprising 16 conclusions, including concise commentaries, adopted by the International Law Commission (hereinafter ILC) in 2018; these conclusions are included at the end of the book (pages 307 to 345) and are available online.

At a time when it seemed that the International Law Commission had already completed its decades-long task of codifying customary international law (such as the law of the sea, the law of diplomatic and consular relations, the law of treaties between States, and the law of treaties between States and international organisations, the law of State succession, both in respect of treaties and in respect of State property, archives and debts, the law of watercourses, and the law of State immunity from jurisdiction), this extensive work has emerged, which ultimately sheds light on one of the unwritten, uncertain and usually considered ancient sources of international law.

This is an essential reference work for specialists and practitioners of international law.

The monograph under review comprises 14 chapters, the first being an introduction and the last a conclusion.

In the Introduction (pages 1 to 9), the authors clarify that they are not concerned with the substance of customary international law, but rather with the methodology required to determine the existence and content of the respective

rules. They approach the subject from a legal perspective, limiting themselves to verifying the consistency of conduct and the conviction of its legal necessity, through a rigorous and systematic analysis of the available evidence. Although it is not an exact science, the aim is simply to identify the rules of customary international law as they currently exist (see page 4).

The second chapter (pages 10 to 28) provides an overview of custom as a source of international law, including its long history, its established position in the Statute of the ICJ and its continuing importance in the present day.

Customary international law comprises the unwritten rules of international law that arise from a practice generally accepted as law. In the absence of a centralised international legislative body, it remains the principal source of international law. Its rules are equally binding on all members of the international community, even if they have not played an active part in their creation (see page 10).

Custom is the oldest and most original source of positive international law (Vitória, Suárez, Grotius, Vattel). It was enshrined in Article 38(2) of the Statute of the Permanent Court of International Justice (hereinafter the PCIJ). The PCIJ referred to it in the Lotus case of 1927. Criticism has been levelled at the wording of Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice (hereinafter ICJ) (see pages 11 to 17). Custom has not become obsolete, despite the profusion of bilateral and multilateral international agreements that have been concluded, as it remains the foundation of the international legal system as a whole (*pacta sunt servanda*). Even in highly codified areas, custom continues to govern matters not regulated by treaties, to play a role in the interpretation of treaties, to apply to States that are not parties to treaties, etc. As for the criticism that its formation is slow and protracted, it is evident that there are customs that form rapidly, if necessary, with the advantage that they are not as complicated to form or amend as treaties, being adaptable and flexible. Because it arises spontaneously, custom ultimately reflects a deeply felt legal community (pages 18 to 22).

Chapter 3 (pages 29–52) reports on the work of the ILC on the topic 'Identification of Customary International Law' between 2012 and 2018 and its reception by States and other actors.

Beginning by highlighting the difficulties encountered in addressing the subject, with criticism of its shortcomings and uselessness, the merit of the subject was only belatedly recognised, particularly as it became apparent that it was being dealt with internally by courts and governments and even by NGOs (Non-Governmental Organisations) rather than by specialists in international law.

Many authors also downplayed its authority or highlighted the difficulties in understanding it.

The various issues that arose were analysed, ranging from the formation of custom to its evidence or proof, including the identification of custom, with the latter being chosen as it did not raise translation issues and was of more practical

scope for those applying international law. It was understood that relevant issues, such as *jus cogens*, should be dealt with separately.

Reference is made to the debate in the Sixth Committee in 2018 and the adoption by the General Assembly of Resolution 73/203 on 20 December 2018.

Two of the General Assembly's recommendations are:

"4. Also takes note of the conclusions on the identification of customary international law, the text of which is annexed to the present resolution, together with the commentaries thereto, brings them to the attention of States and all those who may be called upon to identify rules of customary international law, and encourages their widest possible dissemination;

5. Acknowledges the utility of published digests and surveys of practice relating to international law, including those that make legislative, executive and judicial practice widely available, and encourages States to make every effort to support existing publications and libraries specialising in international law."

As for the nature of the rules of customary international law themselves, whether they are "rules of recognition" or "meta-rules", it is understood that they are themselves rules of customary international law.

Chapter 4 (pages 53–78) examines the approach to the two essential elements for determining the norms of customary international law, demonstrating that this approach is deeply rooted in international legal practice and opinion.

The approach regarding the constituent elements of custom (practice and *opinio juris*) has gained the support of States in their practice, as demonstrated by a large body of positions adopted by them on various occasions and in various documents. It has also received the support of various national courts, which are duly identified. The case law of the ICJ is described, but above all that of the ICJ.

This approach applies to all areas of public international law, which is characterised by its unity and coherence, consisting of a single legal system and therefore not divided into different branches, each with its own sources of law.

A uniform approach has been followed by specialised international tribunals, such as the ad hoc international tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, the International Criminal Court (hereinafter ICC), and others, ranging from the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights, to the International Committee of the Red Cross.

A rigorous yet flexible approach is also sought.

Customary norms may change to accommodate the evolving circumstances of international life, and may even fall into disuse. The practice of States and *opinio juris* also play a role here.

As for doctrine, a number of alternative approaches are highlighted, which either emphasise one of the constituent elements over the other, or even exclude one of them. These approaches have not been recognised by either States or case law.

Chapter 5 (pages 79–99) deals with the process of verifying the evidence of the two constituent elements of international custom, namely general practice and the acceptance of that practice as law (*opinio juris*).

This is a delicate and difficult matter that must be assessed according to the different occasions and circumstances.

According to the ILC's conclusions, one must take into account the general context, the nature of the rule and the particular circumstances in which the evidence in question is to be found.

The general context regarding whether the customary rule exists encompasses legal and factual elements relating to the subject matter of the rule.

It is also important to consider the nature of the rule, how it is framed and formulated.

As for evidence of conduct, a rigorous examination is required to avoid ambiguities. For example, when legislative activity is understood as a practice of the State, one cannot consider only the text of the law, but also the way in which it is interpreted and applied. Similarly, decisions of national courts can hardly be regarded as representative of the practice of the respective State.

The State's failure to object to a specific act may be significant.

The evidence, although it is not required to be exhaustive, must correspond to a sufficiently widespread practice, accompanied by *opinio juris*. On the other hand, the identification of a rule of customary international law calls for an inquiry into the history and development of that rule.

Each of the constituent elements of the custom must be verified separately, in order to distinguish between a mere practice and a legal norm.

The order of verification of the constituent elements, beginning with the existence of general practice, is mandatory.

As for the possible requirement of the burden of proof, this relates to the existence of facts, not of law. A court is presumed to know the law – *jura novit curia*.

Chapter 6 (pages 100–137) describes the authorship of the practice and the types of practice that may lead to the creation or expression of international custom.

This is also known as the material or objective element of international custom, consisting of the accumulation of similar acts or omissions carried out by subjects of international law, which form a pattern of behaviour capable of being observed.

From the outset, the practice observed by States as primary subjects of the international legal system is of undoubted importance and predominance.

Determining how many and which are involved in this practice, and what their general consistency and duration are, is a relative matter. The investigation of practice must be such as to reveal the existence of a generally applicable rule of international law.

The practice of intergovernmental international organisations may also, in certain circumstances, contribute to the formation or expression of rules of customary international law. Nevertheless, the theoretical question raised was whether the practice was that of the organisation itself or that of its members acting in their individual capacity.

Such a distinction does not arise in the case of the European Union, to which the Member States have transferred sovereign rights. But it is at least indisputable that the practice of international organisations in their relations with one another and with States may give rise to or reflect customary rules applicable to such relations.

Furthermore, one cannot rule out the practice inferable from the actions of the organs of international organisations.

The question also arises as to whether the practice of actors other than States and international organisations should not be relevant.

As for the forms of practice, it is generally understood that this may encompass any act or behaviour, since States exercise their powers in numerous ways and are not limited to just a few types of conduct.

The case law of national courts is also addressed and may even be considered as State practice (judiciary). National legislation, in particular that relating to rights and obligations under international law, is also taken into account. The conduct of States in relation to treaties, despite these being an autonomous source of international law, may give rise to a creative or expressive practice of international custom. The same may apply to the State's actions within international organisations or other multilateral forums, or to its inaction (omission or abstention).

The issue of confidential practice, which can be central to cyber attacks and espionage, is addressed.

State practice must be assessed as a whole.

Chapter 7 (pages 138–161) is devoted to explaining how the generality of the practice (general) should be assessed.

As the ILC notes, the relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently broad and representative, as well as consistent. Provided the practice is general, no specific duration is required.

There are no quantitative tests. Account must be taken of the general context, the nature of the rule and the particular circumstances in which the relevant evidence is to be found.

The requirement of breadth and representativeness is not necessarily measured by the high number of States involved, but concerns rather those that have had the opportunity or possibility to apply the rule in question, with numerous examples being provided.

As for the requirement of consistency, the practice to be assessed must be virtually or substantially uniform, in the sense that some inconsistencies or contra-

dictions are not necessarily fatal to the discovery of a general practice. Indeed, a practice that is inconsistent may be treated as a breach of the norm rather than as a new norm. It may also constitute an admissible customary exception.

As for duration, there are customs that form rapidly, particularly with technological advances (satellites in Earth orbit, the continental shelf).

Chapter 8 (pages 162–198) deals with the constitutive element – *opinio juris* – including its role and significance and how it can be ascertained.

The subjective or psychological element is the one that has been most hotly debated in theoretical terms and has generated the greatest controversy.

As the ILC notes, it is crucial to establish, in each case, that States acted in a particular manner because they felt or believed that they were legally compelled or entitled to act in that way on the basis of a rule of customary international law. They adopted the practice as a matter of law or submitted to it as a matter of obligation.

Acceptance as a rule of law (*opinio juris*) relates to the acceptance of the rule rather than its content; acceptance by all States is not required, nor even by the State against which the rule is invoked.

Evidence of *opinio juris* can take various and wide-ranging forms, such as: public statements made on behalf of States; official publications; legal opinions of governments; diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions; conduct relating to resolutions adopted by an international organisation or at an intergovernmental conference.

The lack of a timely reaction to a practice may also constitute evidence of *opinio juris*, provided that the States were in a position to react and the circumstances called for some reaction.

The role of treaties and resolutions of international organisations or intergovernmental conferences in evidencing customary international law is discussed in detail in Chapters 9 (pages 199–232) and 10 (pages 233–251), respectively.

As for treaties and resolutions, it cannot be inferred without appropriate inquiry that they are capable of creating customary international law on their own.

As for international organisations that have legal personality distinct from that of their members, the list of forms of evidence of *opinio juris* also applies to them *mutatis mutandis*. In other words, international organisations may also express *opinio juris*, which is distinct from that of States.

Chapter 11 (pages 252–277) deals with judicial decisions and the teachings of publicists as subsidiary means for determining the rules of customary international law.

Case law and legal doctrine constitute auxiliary sources, as provided for in Article 38(1)(d) of the Statute of the ICJ, but the practical significance of this provision is not immediately apparent. These two sources are analysed separately.

Not only must the decisions of international courts, in particular those of the

ICJ, be considered regarding the existence and content of international custom, but also those of national courts. The authority of a judicial decision, reached after adversarial proceedings, always carries greater weight than that of doctrinal opinion, however sound the latter may be.

They may encompass bodies that are not necessarily judicial in nature, provided they exercise judicial powers, and may cover both judgments and opinions. It should be noted that the ICJ is the only permanent international court of general jurisdiction.

The decisions of national courts may play a dual role, as they are organs of the State and their decisions may be classified as practice of the State of the forum; on the other hand , they may serve as auxiliary means in determining international custom when they themselves investigate and rule on the existence and content of that customary rule.

Legal doctrine can also serve as a guide for verifying the existence and content of international custom. Indeed, international law owes much to the writings of jurists. One need only recall its founders (Vittoria, Suárez, Gentili, Grotius, Pufendorf, Wolff and Vattel) and their successors (Hall, Wheaton, Westlake and Oppenheim), who systematised the almost entirely unwritten *jus gentium*. This, incidentally, continued almost into the 20th century.

However, authors do not make the law. And the expansion in the conclusion of international treaties and in judicial cases has led to a decline in the importance of doctrine. On the other hand, in modern times, doctrine is once again called upon to intervene in the face of the disorganised mass of material evidence of international custom. In other words, the role of doctrine has not diminished, but rather changed.

Chapter 12 (pages 278–289) refers to an exception to the general applicability of customary international law, dealing with the so-called 'rule of the persistent objector'.

The rules of customary international law, by their very nature, have equal force for all members of the international community and therefore cannot be subject to any right of unilateral exclusion exercised by any of them in their own interest.

However, it is generally accepted that a State which has persistently objected to the emergence of a rule of customary international law and maintains its objection after the rule has emerged is not bound by it. This principle, commonly referred to as the 'rule of the persistent objector', is set out in Conclusion (15) of the ILC.

This rule dates back to the earliest concepts of the international legal system (Hall, Westlake, the ICJ Case concerning the Asylum).

It acts as a kind of safety valve to prevent non-compliance with international law, allowing the objecting State to protect its interests without resorting

to confrontational means. However, the rule is subject to certain requirements: the objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently both at the time the rule is formed and thereafter.

The State's conduct must be such as to rebut the presumption that the general rule is binding upon it and cannot be limited to a single act of protest; it must be maintained persistently and consistently in the context in question.

As to whether the rule applies to a *jus cogens* norm, it was only later, in its work on 'Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*)' (2022), that the ILC considered that the 'rule of the persistent objector' does not apply to *jus cogens* norms. This stems from the universal application and hierarchical superiority of *jus cogens* norms.

Chapter 13 (pages 289–298) addresses the question of whether norms of particular customary international law constitute an exception to the general applicability of customary international law.

Norms of customary international law are applicable only to certain States, which is why they are 'particular' rather than 'general' law. Such particular law may be regional, local or otherwise, applying to a limited number of States. In order to determine the existence and content of such law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned which is accepted by and amongst them as law (*opinio juris*).

The ILC prefers this expression – particular customary international law – to regional custom, special custom or local custom, which seem reductive.

This particular law does not create rights or obligations for third States and may be treated as *'lex specialis'*. However, it may become generalised and evolve into general law (for example, the principle *of 'utis possidetis* juris').

Notable cases in this regard include, first and foremost, the Asylum Case (1950) and the Right of Passage under Indian Territory (1960), among others.

This particular right does not necessarily have to arise between States that have a geographical relationship (non-localised custom).

In this particular law, and unlike general law, the party invoking the custom bears the burden of proving that such a custom was established in a manner binding on the other party, that there was a constant and uniform practice by the States involved, and that such practice constitutes a right for one party and a duty for the other.

Chapter 14 (pages 299–301) contains brief concluding remarks.