

DISSENTING OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEN

The reason for my dissent is that, in my respectful view, the Court's decision proceeds on a mistaken appreciation of the question presented by the World Health Organization (WHO). In the result, due effect has not been given to the distinction between preliminary issues and the merits, as the distinction applies in relation to the question which has been asked: the ground of the Court's preliminary holding which led to its decision not to give the requested advisory opinion belongs to the merits. That ground is less a reason for not answering the question than an answer to it; no further finding needs to be made in order to provide an answer.

* *

First, as to the meaning of the WHO's question. Contrary to an impression which could be created by the title of the case, it has not been contended that it is "within the scope of [its] activities", within the meaning of Article 96, paragraph 2, of the Charter, for the Organization to address the question of the legality of the use of nuclear weapons as a matter standing by itself, or, as the Court puts it, to seek "an opinion on the legality of the use of nuclear weapons in general" (Advisory Opinion, para. 28). The reference in the question to "international law" does not suffice to suggest an intention to raise an issue unconnected with the responsibilities of the WHO.

The Court could, I think, place a more reasonable interpretation on the question. As is indicated by the opening reference to "the health and environmental effects", the WHO is not asking whether the use by a State of nuclear weapons in war or other armed conflict would be a breach of its obligations under some branch of international law unrelated to the scope of the Organization's activities, but only whether such use would be a breach of the obligations of the State under international law in so far as it would also be a breach of its obligations under the Constitution of the Organization. The Court has, I think, too lightly dismissed the references in the question to "the health and environmental effects" and to "the WHO Constitution".

In essence, the WHO's question is grounded in the specific issue whether the use of nuclear weapons by a member State would give rise to a breach of its obligations both under international law and under the Constitution of the WHO, and not, as the Court considers, in the more general issue of the legality of the use of nuclear weapons considered

OPINION DISSIDENTE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

La raison de mon dissentiment tient, qu'il me soit permis de le dire, à ce que la décision de la Cour procède d'une appréciation erronée de la question posée par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS). Il en résulte que l'on n'a pas attaché l'importance qu'il fallait à la distinction entre points préliminaires et fond, telle que cette distinction se présente par rapport à la question posée: le motif de la décision préliminaire de la Cour qui l'a amenée à ne pas donner l'avis demandé relève du fond. C'est moins un motif pour ne pas répondre qu'une réponse à la question; il n'est pas nécessaire d'aller plus loin pour fournir une réponse.

* *

Quel est, en premier lieu, le sens de la question posée par l'OMS? Contrairement à ce que pourrait donner à penser l'intitulé de l'affaire, nul n'a soutenu qu'il entrerait «dans le cadre de [l']activité» de l'OMS, au sens de l'article 96, paragraphe 2, de la Charte, de présenter la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires comme se suffisant à elle-même ou, comme le dit la Cour, de demander «un avis sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires en général» (avis consultatif, par. 28). Il n'est pas possible de déduire d'une référence au «droit international» dans la question que l'on a eu l'intention de soulever un problème sans rapport avec les attributions de l'OMS.

La Cour pourrait, je crois, interpréter plus raisonnablement la question. Comme l'indique la mention qui figure au début de cette question et concerne les «effets des armes nucléaires sur la santé et l'environnement», l'OMS ne demande pas si l'utilisation d'armes nucléaires par un Etat au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé constituerait une violation de ses obligations au regard d'un domaine du droit international sans lien avec les activités de l'Organisation; elle demande seulement si cette utilisation constituerait une violation des obligations de l'Etat au regard du droit international dans la mesure où elle constituerait aussi une violation de ses obligations au regard de la Constitution de l'OMS. La Cour a, je crois, écarté trop légèrement les références que contient la question aux «effets des armes nucléaires sur la santé et l'environnement» et à la «Constitution de l'OMS».

La question de l'OMS porte essentiellement sur le point de savoir si l'utilisation d'armes nucléaires par un Etat membre constituerait une violation de ses obligations tant au regard du droit international qu'au regard de la Constitution de l'OMS et non pas, comme la Cour l'estime, sur le problème général de la licéité de l'emploi d'armes nucléaires envi-

apart from the question whether such use would also constitute a breach of the State's obligations under the Constitution of the WHO.

*

Second, as to the competence of the WHO to ask for an advisory opinion as to whether some specified conduct of a member State (in this case, the use of nuclear weapons) would breach its obligations under the Constitution of the WHO.

The Court correctly holds that the duties of the WHO in relation to any situation do not depend on the legality of the causes producing that situation. Thus, in order to determine what are its functions in relation to a given situation, the WHO is not justified in requesting an advisory opinion on the subject of the legality of the causes which produced the situation. The WHO would have to deal with the resulting situation regardless of whether or not the State which produced it did so in breach of its obligations under the Constitution of the Organization. A different question is whether, in order to determine what are the rights and obligations between itself and a member State, the WHO has competence to request an advisory opinion as to whether, in producing a situation calling for action by the WHO, that member State may have breached its obligations under the Constitution of the WHO. Is the WHO competent to request an advisory opinion as to whether there is such a breach?

In the course of carrying out its activities, the WHO can be confronted with the constraining effects of the conduct of a member State. If that conduct constitutes a breach by that State of its obligations under the Constitution of the WHO, the latter could take or initiate appropriate remedial measures to remove any resulting impediment to the carrying out of its activities. Hence, a legal question as to whether there has been such a breach can arise "within the scope of [WHO's] activities".

The WHO can consequently present a question to the Court, as it is doing, as to whether some specified conduct of a State (in this case, the use of nuclear weapons) would be a breach of its obligations under the Constitution of the Organization.

*

Third, as to the proposition that the Court's holding concerns the merits.

A question whether some specified conduct of a State would be a breach of its obligations under the Constitution of the WHO raises two issues: (i) Does the obligation exist? (ii) If the obligation exists, does the specified conduct constitute a breach of it?

sagé indépendamment de la question de savoir si cet emploi constituerait une violation des obligations de l'Etat au regard de la Constitution de l'OMS.

*

J'en viens, en deuxième lieu, à la compétence de l'OMS relativement à une demande d'avis consultatif sur le point de savoir si un certain comportement de la part d'un Etat membre (en l'espèce l'utilisation d'armes nucléaires) contreviendrait aux obligations que la Constitution de l'OMS impose à cet Etat.

La Cour dit à juste titre que les mesures que doit prendre l'OMS dans une situation donnée ne dépendent pas de la licéité des causes qui sont à l'origine de cette situation. Ainsi, pour déterminer quelles doivent être ses fonctions dans une certaine situation, l'OMS n'est pas fondée à demander un avis consultatif sur la licéité des causes qui sont à l'origine de cette situation. Il lui incomberait de faire face à cette situation sans rechercher si l'Etat qui l'a provoquée a violé ou non les obligations qui découlent de la Constitution de l'OMS. Une autre question qui se pose est la suivante : s'agissant de déterminer les droits et obligations respectifs de l'Organisation et d'un Etat membre, l'OMS peut-elle demander un avis consultatif pour savoir si, en causant une situation qui contraint l'Organisation à intervenir, cet Etat membre a contrevenu aux obligations que lui impose la Constitution de l'OMS? L'OMS a-t-elle compétence pour solliciter un avis consultatif sur le point de savoir s'il y a eu ou non violation?

Dans le cours de ses activités, l'OMS peut se voir confrontée aux conséquences difficiles du comportement d'un Etat membre. Si ce comportement constitue une violation des obligations de cet Etat au regard de la Constitution de l'OMS, celle-ci pourrait prendre ou adopter les mesures de redressement voulues pour éliminer tout obstacle éventuel à l'exercice de ses activités. Il en résulte qu'une question juridique sur le point de savoir s'il y a eu ou non violation peut se poser «dans le cadre de [l']activité» de l'OMS.

L'OMS peut par conséquent poser à la Cour, comme elle le fait, une question relative au point de savoir si un certain comportement de la part d'un Etat (en l'espèce l'utilisation d'armes nucléaires) constituerait une violation des obligations de cet Etat au regard de la Constitution de l'Organisation.

*

Je vais examiner en troisième lieu la proposition d'après laquelle la décision de la Cour concerne le fond.

La question de savoir si un certain comportement d'un Etat constituerait une violation de ses obligations au regard de la Constitution de l'OMS soulève deux problèmes: i) L'obligation existe-t-elle? ii) Si l'obligation existe, le comportement dont il s'agit constitue-t-il une violation?

If the obligation exists, the answer to the question will be in the affirmative or in the negative depending on whether the specified conduct is or is not found to be a breach of the obligation.

However, if the Court finds that the obligation itself does not exist, then *ex hypothesi* the specified conduct could not be a breach of any obligation under the Constitution of the WHO. This alone suffices to yield an answer to the question — a negative answer, but an answer all the same.

From its analysis of the Constitution of the WHO, the Court concludes that the Organization has no competence to address the question of the legality of the use of nuclear weapons. That implies a finding that, under the Constitution of the WHO, a member State has no obligation not to use weapons, such as nuclear weapons, which could result in health and environmental effects, for, if a member State had such an obligation, the WHO would have had some competence to address a question of the legality of a use of weapons which might have occurred in breach of that constitutional obligation.

If a member State has no obligation under the Constitution of the WHO not to use weapons (such as nuclear weapons) which could result in health and environmental effects, it follows that, in using such weapons, it is not in breach of any obligation under that Constitution. This is an answer to the WHO's question. The Court's holding therefore concerns the merits of the question which is actually asked.

*

Obviously, this approach is based on a certain view of the distinction between merits and preliminary issues. What might be a general criterion for identifying the merits? To borrow from the field of contentious litigation,

“the merits of a dispute consist of the issues of fact and law which give rise to a cause of action, and which an applicant State must establish in order to be entitled to the relief claimed” (*Anglo-Iranian Oil Co., Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 148, Judge Read, dissenting).

The case at bar is, of course, a case within the Court's advisory jurisdiction, and caution is appropriate; but that basic approach appears transposable. It is implicit in paragraph 16 of the Court's decision. This, in my opinion, recognizes that to give an affirmative answer to the question in this case the Court would have to be satisfied that, as a matter of law, member States have an obligation under the WHO Constitution not to create health and environmental effects through the use of weapons in war or other armed conflict, and that, as a matter of fact, the use of nuclear weapons would create such effects. The issue whether a State has such an obligation would therefore form part of the merits (see the gen-

Si l'obligation existe bien, la réponse à la question sera affirmative ou négative selon que le comportement de l'Etat sera ou non considéré comme une violation.

En revanche, si la Cour estime que l'obligation elle-même n'existe pas, il en résulte par hypothèse que le comportement dont il s'agit ne saurait constituer une violation au regard de la Constitution de l'OMS. Cela suffit pour qu'une réponse soit fournie à la question — une réponse négative mais une réponse tout de même.

Ayant analysé la Constitution de l'OMS, la Cour conclut que l'Organisation n'a pas compétence pour poser la question de la licéité de l'utilisation des armes nucléaires. Cela revient à dire que la Constitution de l'OMS n'impose pas aux Etats membres l'obligation de ne pas employer des armes, comme les armes nucléaires, pouvant avoir des effets sur la santé et l'environnement car, si les Etats membres avaient cette obligation, l'OMS aurait été habilitée à poser une question sur la licéité d'une utilisation d'armes ayant éventuellement contrevenu à cette obligation constitutionnelle.

Si, aux termes de la Constitution de l'OMS, un Etat membre n'a pas l'obligation de ne pas recourir à des armes (comme les armes nucléaires) pouvant avoir des effets sur la santé et l'environnement, il en résulte que l'utilisation de ces armes ne viole aucune obligation imposée par cette Constitution. C'est là une réponse à la question posée par l'OMS. La décision de la Cour concerne donc le fond de la question qui lui est adressée.

*

Cette approche se fonde manifestement sur une certaine conception de la distinction à faire entre le fond et les points préliminaires. Quel critère général adopter pour définir ce qu'est le fond? Pour reprendre une formule tirée du domaine contentieux :

«le fond d'un différend comprend les points de fait et de droit qui donnent lieu à une cause d'action et qu'un Etat demandeur doit établir pour avoir droit à la réparation demandée» (*Anglo-Iranian Oil Co., exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, opinion dissidente de M. Read, p. 148).

L'affaire en cause relève certes de la compétence consultative de la Cour et il convient d'être prudent, mais cette conception de base paraît transposable. Cela résulte implicitement du paragraphe 16 de la décision de la Cour. Celui-ci, d'après moi, reconnaît que, pour répondre affirmativement à la question posée en l'espèce, la Cour devrait constater qu'en droit les Etats membres ont l'obligation, imposée par la Constitution de l'OMS, de ne pas utiliser au cours d'une guerre ou d'un autre conflit armé des armes pouvant avoir des effets sur la santé et l'environnement et qu'en fait l'emploi d'armes nucléaires entraînerait de tels effets. Le problème de savoir si un Etat est bien tenu par une telle obligation relèverait

eral reasoning in *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*, pp. 82-83; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, pp. 44-46, and Judge Morelli, dissenting, at pp. 110-112; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, pp. 226 ff., Judge Morelli, concurring; and *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 19, para. 7).

* *

The conclusion reached above is that the WHO can present a question to the Court, as it is doing, as to whether some specified conduct of a State would be a breach of its obligations under the Constitution of the Organization. The suggested obligations may not exist and thus there may not be a breach of any obligations. This would mean that, on the merits, the answer to the question is "No"; but this would not affect the competence of the WHO to ask the question.

The implication of the Court's decision is that member States do not have an obligation under the Constitution of the WHO not to use nuclear weapons. It follows that the use of such weapons by a member State would not "be a breach of its obligations under international law including the WHO Constitution", to use the terms of the question as construed above.

This means that the Court is giving an answer to the question asked by the WHO; it is not really declining to answer the question. The reader of the Court's decision would not think that the Court needs to do anything more in order to provide an answer. Whether the Court answers in the negative or in the affirmative, expressly or impliedly, correctly or incorrectly, it can only answer by presupposing that the WHO has the competence to ask the question. This is what the Court denies. I am respectfully of another view.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEN.

donc du fond (voir le raisonnement exposé dans *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77, p. 82-83; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 44-46, et opinion dissidente de M. Morelli, p. 110-112; Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, opinion individuelle de M. Morelli, p. 226 et suiv., et Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 19, par. 7).*

* *

La conclusion à laquelle on est parvenu plus haut est que l'OMS peut poser à la Cour, comme elle le fait, une question sur le point de savoir si un certain comportement de la part d'un Etat constituerait une violation des obligations de cet Etat au regard de la Constitution de l'OMS. Il se peut que ces obligations n'existent pas et qu'elles ne puissent donc pas être violées. Cela signifierait que, sur le fond, la réponse à la question serait «non», mais cela serait sans influence sur l'aptitude de l'OMS à poser la question.

La décision de la Cour implique que la Constitution de l'OMS n'impose pas aux Etats membres l'obligation de ne pas recourir aux armes nucléaires. Il en résulte que l'utilisation de telles armes par un Etat membre ne constituerait pas «une violation de ses obligations au regard du droit international, y compris la Constitution de l'OMS», pour reprendre les termes de la question telle qu'elle est interprétée plus haut.

Cela signifie que la Cour répond à la question que l'OMS lui a adressée, qu'elle ne refuse pas réellement d'y répondre. Le lecteur de la décision de la Cour n'ira pas penser que la Cour doit faire autre chose pour apporter une réponse. Que la Cour réponde par l'affirmative ou par la négative, expressément ou implicitement, correctement ou erronément, elle ne peut répondre que si elle présume que l'OMS a la compétence voulue pour poser la question. Or c'est ce que la Cour dénie. Je me permets d'avoir un autre avis.

(Signé) Mohammed SHAHABUDEEN.