
Un droit d'asile pour les lanceurs d'alerte

Catherine Teitgen-Colly



Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Édition électronique

URL : <http://revdh.revues.org/2631>

ISSN : 2264-119X

Référence électronique

Catherine Teitgen-Colly, « Un droit d'asile pour les lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 17 novembre 2016, consulté le 16 janvier 2017. URL : <http://revdh.revues.org/2631> ; DOI : 10.4000/revdh.2631

Ce document a été généré automatiquement le 16 janvier 2017.

Tous droits réservés

Un droit d'asile pour les lanceurs d'alerte

Catherine Teitgen-Colly

Introduction

- 1 Un colloque consacré aux lanceurs d'alerte ne peut ignorer la demande si pressante de protection internationale de ceux qui en sont devenus dans le monde les figures emblématiques : Edouard Snowden et Julian Assange. Les révélations de l'un comme de l'autre ont créé une véritable onde de choc internationale, certains évoquant même un « 11 septembre diplomatique » à propos du *cablegate*, c'est-à-dire la publication sur le site web Wikileaks de plus de 250 000 télégrammes de la diplomatie américaine portant sur la période allant de 1966 à mars 2010¹.
- 2 Journaliste de nationalité australienne, Julian Assange est un cofondateur de l'association Wikileaks, site web créé en 2006 qui, diffusa pendant près d'un an à partir du 28 novembre 2010, d'abord par l'intermédiaire de médias partenaires qui les ont filtrés², puis en intégralité le 2 septembre 2011, des documents notamment classés « secrets » et « confidentiels » de la diplomatie américaine rendant compte de faits de corruption et de scandales bancaires dans divers pays, notamment en Afrique, ainsi que de très graves violations des droits de l'homme à Guantanamo, des exactions commises en Irak, enfin de la guerre en Afghanistan. Au-delà de la maîtrise du réseau Internet et des techniques de chiffrement avancé des données pour protéger les échanges des services de renseignement, cette diffusion a été possible par le recours à la communauté des internautes, militants et simples lecteurs mais aussi et d'abord par l'approvisionnement en données par des informateurs, notamment par Chelsea Manning, alors militaire de l'armée américaine sous le nom de Bradley Manning.
- 3 Analyste de nationalité américaine qui a travaillé pour la CIA (2007-2009) et pour le compte de la NSA (National Security Agency) dans plusieurs entreprises sous-traitantes, Edward Snowden a, quant à lui, révélé en juin 2013 depuis Hong-Kong, par l'intermédiaire

de la presse américaine - le Guardian US et le Washington Post -, les documents confidentiels de la NSA faisant état de l'espionnage des communications téléphoniques et des conversations électroniques de millions de citoyens, y compris des citoyens américains (programme de cyber surveillance PRISM)³. Ses révélations ponctuelles poursuivies à un rythme régulier dans des médias ensuite diversifiés (Le Monde, El Mundo, ProPublica, The New-York Times, Der Spiegel, ainsi que Wikileaks) rendent compte du caractère massif d'une surveillance opérée par les Etats-Unis mais qui implique aussi de nombreux autres pays et mettent en cause des personnalités de haut rang du monde politique et économique. La NSA a de son côté confirmé en décembre 2013 l'importance de ces divulgations qui portent sur 1,7 millions de documents, soit la plus importante fuite de données de l'histoire du renseignement américain, dont plus de 30 000 documents ultraconfidentiels, « les clefs du royaume ».

- 4 Permis par la mondialisation qui caractérise la société de l'information et par la maîtrise complète du numérique que possèdent leurs auteurs, les alertes qu'ont voulu sonner Julian Assange et Edouard Snowden rendent compte d'un complet changement d'échelle : les alertes ne sont plus bornées au cadre d'une administration ou d'une entreprise, ou même d'un état, mais sont portées sur la scène internationale et prennent de ce fait une dimension mondiale en même temps qu'immédiate.
- 5 Assange et Snowden sont depuis traqués et leurs fuites devenues de véritables sagas. Sous le coup d'un mandat d'arrêt européen émis par les autorités suédoises et fondé sur des faits d'agression sexuelle et de viol qu'il conteste⁴, Assange a été placé en détention en Angleterre, puis assigné à résidence⁵. Les recours qu'il a formés contre cette décision n'ayant pas abouti⁶ et craignant que l'exécution de ce mandat ne conduise la Suède à son extradition vers les États-Unis, il a obtenu le 16 août 2012 que l'Équateur lui accorde l'asile dans son ambassade à Londres où il réside depuis. Quant à Snowden, craignant que la Chine ne décide de l'extrader en application de l'accord d'extradition liant Hong-Kong aux États-Unis⁷, il a embarqué vers Moscou le 23 juin 2013 par un avion de la compagnie Aeroflot auprès de laquelle une réservation d'un vol pour La Havane aurait été prise mais, après annulation de son passeport, il a dû rester à Moscou. Après un mois passé dans la zone de transit de l'aéroport et l'absence de réponse à sa demande d'asile formulée auprès de 21 pays, la Russie, qui n'a pas d'accord d'extradition avec les États-Unis, lui a accordé l'asile.
- 6 Au-delà de la différence de leur activité, Julian Assange et Edward Snowden se trouvent aujourd'hui dans une situation voisine. Ils font l'un comme l'autre l'objet de poursuites auxquelles ils tentent d'échapper en faisant appel à la protection d'États censés partager les valeurs qu'ils défendent. Julian Assange fait état des poursuites engagées contre lui par les autorités américaines pour « espionnage, conspiration visant à espionner, vol ou compromission de propriété (sic) du gouvernement états-uniens, violation de la loi sur la fraude informatique, et conspiration générale » et qui peuvent lui valoir une condamnation à « l'emprisonnement à vie ou pire » par les tribunaux militaires américains⁸. Il dénonce également la violence des actions menées contre lui (les appels à son exécution et à son enlèvement, les poursuites judiciaires depuis plus de cinq ans sans possibilité de se défendre, les campagnes de diffamation, les menaces physiques répétées, les fouilles et le harcèlement de ses avocats, la surveillance permanente dont il fait l'objet dont celle de ses communications électroniques...) ainsi que contre son organisation⁹. Edward Snowden a fait quant à lui l'objet d'un mandat d'arrêt provisoire sous le chef d'inculpation d'espionnage, vol et utilisation illégale de biens gouvernementaux de la

part des autorités américaines¹⁰. D'ores et déjà, Manning, l'informateur principal de WikiLeaks, a été condamné en août 2013 par un tribunal militaire américain à 35 ans de réclusion criminelle pour espionnage, fraude et vol de documents diplomatiques et militaires confidentiels, et exclu de l'armée pour déshonneur.

- 7 Parce que leurs révélations emportent violation et trahison des secrets les plus protégés (comme le secret défense), ces lanceurs d'alerte sont poursuivis et considérés comme des traîtres pour avoir dénoncé, pour Snowden, une surveillance de masse mettant en cause le droit à la vie privée, et pour Assange, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Loin de viser la satisfaction d'intérêts personnels, leurs alertes respectives s'inscrivent dans le cadre d'un combat fondamentalement politique pour la défense des libertés et de la démocratie. Traîtres pour les uns, le lanceur d'alerte n'est-il pas pour d'autres « une nouvelle icône de la démocratie »¹¹ ? Certains ne voient-ils pas dans Snowden, Assange et Manning « des personnages exemplaires qui font exister un nouvel art politique - une manière différente de comprendre ce que résister veut dire »¹² ? Des figures emblématiques de la « désobéissance citoyenne »¹³ ? Dont l'action mérite d'être soutenue¹⁴ et qui s'est d'ailleurs vue largement honorée¹⁵ ? Ne doivent-ils pas dès lors bénéficier de la protection qu'ils sollicitent au titre de l'asile auprès d'Etats notamment européens qui ont proclamé avec force leur attachement à ce droit ? Pourtant l'exercice même de ce droit leur est refusé (I) alors qu'ils satisfont aux conditions requises notamment en France pour se voir reconnaître l'asile (II).

I- Le droit d'asile entravé

- 8 La protection dont bénéficient Snowden de la part de la Russie et Assange de la part de l'Équateur constitue d'incontestables bouées de sauvetage. Il s'agit là pourtant de la forme la plus archaïque de l'asile puisque dépendant de la faveur du Prince (§1), un véritable pis-aller face aux refus des États, notamment de l'Union européenne et en particulier de la France, de garantir à ces lanceurs d'alerte le droit de demander asile, un droit que pourtant les États consacrent (§2).

§1- L'asile, une faveur du Prince

- 9 La faveur du Prince s'exprime différemment à l'égard de l'un et de l'autre. Tandis qu'Assange s'est vu accorder l'asile diplomatique par l'Équateur, Snowden bénéficie d'un asile gracieux en Russie.

A- Un asile diplomatique dans l'ambassade d'Équateur à Londres pour Assange

- 10 L'asile diplomatique, parfois appelé asile politique, est accordé par un Etat accréditant à une personne dans les locaux diplomatiques réservés à ses représentants dans l'Etat accréditaire¹⁶. Assez abondante et consacrée par le droit international latino-américain¹⁷, cette pratique a pourtant été très discutée dès les XVII et XVIIIème siècle¹⁸. Il a été notamment relevé que cet asile déroge à la souveraineté de l'État accréditaire. Par ailleurs, l'immunité qu'il offre, fondée sur l'inviolabilité des locaux diplomatiques, est sujette à caution car si la convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 lie l'inviolabilité des locaux à l'accomplissement de la mission diplomatique, l'asile ne figure pas parmi ces missions. L'inviolabilité des locaux diplomatiques rend seulement l'asile

possible. Il s'impose donc comme un fait à l'État territorial accréditaire mais non comme un droit de l'État accréditant. Par ailleurs, cet asile reste limité aux locaux diplomatiques et ne protège pas son bénéficiaire en dehors de ceux-ci. Si celui-ci décide d'en sortir pour quitter l'État accréditaire qui le poursuit, sa sortie est subordonnée à l'octroi par cet État d'un sauf conduit ainsi qu'en a jugé la Cour internationale de justice (CIJ) en 1951 dans l'affaire Haya de la Torre¹⁹. En bref, la décision unilatérale de l'État accréditant de donner asile n'est pas opposable à l'État accréditaire. Toutefois ce dernier ne peut se prévaloir de sa compétence territoriale pour surmonter l'inviolabilité des locaux diplomatiques afin de s'emparer le cas échéant de celui qui s'y réfugie. Seule la voie diplomatique peut être empruntée.

- 11 C'est un tel asile que Julian Assange a sollicité auprès de l'ambassade d'Équateur afin d'échapper à l'exécution du mandat d'arrêt européen émis à son encontre par les autorités suédoises et qu'il conteste car il y voit une opération de diversion menée pour le compte des États-Unis afin d'obtenir son extradition par la Suède et le juger pour son implication avec Wikileaks ; ce risque d'extradition étant étayé par le refus des autorités suédoises de lui fournir des garanties de non refoulement. De leur côté, les autorités britanniques ne lui ont pas accordé le sauf- conduit lui permettant de quitter le pays au motif que d'une part, l'asile diplomatique est, selon l'avis précité de la CIJ, une pratique qui doit être confinée aux pays latino-américains, or l'ambassade équatorienne est située sur le sol britannique, d'autre part, pèse sur elles, comme sur tout État de l'Union, l'obligation d'exécuter ce mandat d'arrêt en renvoyant Assange en Suède, enfin, des poursuites ont été engagées par elles pour violation par l'intéressé d'une assignation à résidence antérieure. Reclus dans les locaux de l'ambassade, Julian Assange fait l'objet depuis 2012 d'une surveillance continue, au demeurant fort coûteuse²⁰, notamment par les forces de police postées aux abords de l'ambassade sans pouvoir y pénétrer. À la suite de la plainte déposée auprès du groupe de travail des Nations-unies sur sa détention arbitraire (GTDA) et fondée d'une part, sur les conditions de sa détention initiale dans une prison londonienne (sa mise à l'isolement et la durée de sa détention) et sur l'assignation à résidence qui l'a suivie, d'autre part, de sa réclusion plus de trois ans dans l'ambassade d'Équateur), ce groupe a rendu un avis le 5 février 2016 concluant au caractère arbitraire de cette détention et a invité les autorités britanniques à le libérer immédiatement ainsi qu'à l'indemniser des dommages subis²¹. La Grande-Bretagne et la Suède ont toutefois immédiatement contesté ces conclusions et fait part de leur intention de ne pas y donner suite en rappelant qu'il ne s'agit que d'un avis dépourvu de force obligatoire. La surveillance policière permanente autour de l'ambassade a toutefois été levée²².

B- Un asile gracieux en Russie pour Snowden

- 12 Aujourd'hui comme hier, l'asile peut être une faveur²³. Modalité de l'exercice de la souveraineté de l'État sur son territoire qu'aucune règle internationale n'encadre, l'asile gracieux, encore dit régalien, est accordé de manière discrétionnaire, et donc précaire, pour des motifs qui peuvent être les plus divers, motif personnel, politique, économique, humanitaire ou autres. C'est là la forme la plus ancienne de l'asile, celle dont bénéficièrent par exemple dans la France de l'Ancien Régime, Hugo Grotius, dans celle de la Révolution, l'américain Thomas Paine et l'allemand Anarchasis Cloots (tous deux élus à la Convention en 1792), ou au XIXème, des polonais, dont Chopin, fuyant leur pays après l'écrasement par les russes de l'insurrection polonaise, ou encore au XXème siècle, d'anciens chefs d'État (comme le shah d'Iran), des dictateurs déchus (comme Duvalier en

Haïti), des opposants politiques notoires (comme l'ayatollah Khomeiny), voire des groupes de personnes dans le cadre d'opérations de régularisation menées à des fins humanitaires dans des situations de guerre (ressortissants libanais entre 1975 et 1980, victimes de la guerre en ex-Yougoslavie à partir de 1992).

- 13 Snowden a bénéficié d'une telle faveur de la part des autorités russes à l'issue de son atterrissage à Moscou et après l'annulation de son passeport par les autorités américaines et l'échec de ses multiples demandes d'asile auprès d'autres Etats, notamment de l'Union européenne²⁴. Un permis de séjour temporaire lui a finalement été accordé, puis le 1er août 2014 un permis de résidence de trois ans. La France s'est en revanche refusée à faire usage à son égard de la prérogative souveraine d'asile qu'elle a d'ailleurs inscrite dans la Constitution lors de la révision constitutionnelle de novembre 1993 ayant pour objet même le droit d'asile²⁵. De manière inutile au demeurant car il s'agit d'un droit de l'Etat inhérent à sa souveraineté, le nouvel article 53-1 de la Constitution dispose que « les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté pour son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la France pour un autre motif ». Répondant à la demande engagée devant les autorités consulaires françaises en Russie afin de bénéficier d'un visa pour solliciter l'asile en France, le ministre de l'intérieur indique dans un communiqué du 5 juillet 2013 que « la France a reçu, comme beaucoup d'autres pays, par l'intermédiaire de son ambassade à Moscou, une demande d'asile de M. Snowden. Compte tenu des éléments d'analyse juridique et de la situation de l'intéressé, il n'y sera pas donné suite », réponse écartant implicitement l'octroi d'un asile gracieux. Deux ans plus tard, Assange qui, sans avoir entrepris de véritables démarches pour obtenir l'asile, avait fait état dans une lettre adressée au président de la République le 2 juillet 2015 de « l'appel inattendu du gouvernement français » par la voix de la ministre de la justice, Christiane Taubira, relayée par d'autres personnalités pour que lui soit octroyé l'asile, s'est vu opposer une réponse quasiment identique. Le communiqué de presse qui émane cette fois de l'Elysée indique qu'« un examen approfondi fait apparaître que compte-tenu des éléments juridiques et de la situation matérielle de M. Assange, la France ne peut pas donner suite à sa demande »²⁶ ; il ajoute toutefois que « la situation de M. Assange ne présente pas de danger immédiat. Il fait en outre l'objet d'un mandat d'arrêt européen ». Au-delà du refus d'un asile gracieux, ces deux communiqués de presse par leur formulation rendent compte d'une méconnaissance du droit de demander asile.

§2- La méconnaissance du droit de demander asile

- 14 Le droit d'asile n'est plus aujourd'hui seulement un droit de l'Etat, expression de sa pleine et entière souveraineté, il est devenu dans le contexte de promotion des droits de l'homme qui caractérise le dernier demi-siècle une protection de substitution instituée en faveur des ressortissants d'Etats qui se voient privés de la protection de leur pays d'origine. Conçu désormais comme un droit subjectif, le droit d'asile, qui n'est pas un droit inconditionné à l'asile (infra II), implique en revanche le droit de demander asile, c'est-à-dire d'accéder aux procédures d'asile (A), un droit dont l'accès est refusé à Snowden et Assange (B).

A- Le droit de demander asile, corollaire du droit d'asile

- 15 Des 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) affirme que « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en

d'autres pays » mais elle est dépourvue, du moins en France de valeur juridique²⁷ et le Pacte relatif aux droits civils et politiques qui vise à lui donner en tant qu'engagement juridique international une véritable portée juridique l'ignore. Mais il est vrai qu'entretiens la convention de Genève relative au statut de réfugié du 28 juillet 1951 a mis en place une protection des réfugiés. Si, soucieuse de respecter la souveraineté des États (puisque les États ne l'auraient pas signée), elle ne leur impose pas d'obligation positive d'asile par l'octroi d'un droit au séjour à ceux répondant aux critères d'éligibilité à la qualité de réfugié, elle pose néanmoins une double garantie essentielle tenant à un principe d'une part, d'immunité pénale en cas d'entrée ou séjour irrégulier sur le territoire d'un État partie (article 31), d'autre part, de non refoulement vers un pays à risque pour leur vie ou leur liberté pour l'un des motifs justifiant leur reconnaissance potentielle comme réfugié (article 33)²⁸ soit des « principes cardinaux » du droit des réfugiés conduisant notamment à reconnaître à tout demandeur d'asile un droit au séjour provisoire le temps du traitement de sa demande (sous réserve du cas où un autre État membre de l'Union européenne est désigné comme l'État responsable de son traitement). Par ailleurs le droit interne de la plupart des États comme le droit dérivé de l'Union européenne posent le principe d'un droit au séjour de ceux à qui est reconnue la qualité de réfugié, élargissant ainsi indirectement la portée de la convention de Genève qui devient une convention sur l'asile, ce qu'un certain nombre d'États ne voulaient pas lors de son adoption.

- 16 Opposable aux États qui ont ratifié cette convention, le droit de demander asile est consacré dans le cadre européen. La convention de Schengen, prenant acte des obligations souscrites par les États parties au titre de la Convention de Genève, en même temps qu'elle pose un principe de responsabilité d'un seul d'entre eux pour le traitement de cette demande (article 30), leur fait obligation d'« assurer le traitement de toute demande d'asile déposée par un étranger sur le territoire de l'une d'elles » (article 29-1) ; demande définie comme « toute demande présentée par écrit, oralement ou autrement, par un étranger [...] en vue d'obtenir sa reconnaissance en qualité de réfugié conformément à la convention de Genève ». Ce principe est repris par le droit de l'Union : tandis que la Charte des droits fondamentaux consacre le droit d'asile comme un droit fondamental « garanti dans le respect des règles de la convention de Genève [...] et conformément au traité instituant l'Union européenne » (article 18), le traité renvoie au droit dérivé, en l'occurrence au Règlement Dublin III et à la directive « Procédure » du 26 juin 2013²⁹ lesquelles définissent les procédures permettant aux demandeurs d'exercer leur droit de demander asile dans le cadre d'un régime d'asile européen désormais commun. Au titre des « Principes de base et garanties fondamentales », la directive « Procédure » consacre son article 6 à l'accès aux procédures pour faire alors obligation aux États membres de « [veiller] à ce que les personnes qui ont présenté une demande de protection internationale aient la possibilité concrète de l'introduire dans les meilleurs délais » et de lever les obstacles au dépôt d'une demande. À cette fin, elle précise, au-delà de l'obligation faite aux États de déterminer les autorités responsables du traitement des demandes, les lieux de dépôt des demandes et les délais de leur traitement, qu'« une demande de protection internationale est réputée introduite à partir du moment où un formulaire est présenté par le demandeur ou, si le droit national le prévoit, un rapport officiel est parvenu aux autorités compétentes de l'État membre concerné », disposition qui traduit la volonté de ne pas entraver le dépôt d'une demande par un formalisme qui contrarierait la mise en œuvre du droit de demander asile. Par ailleurs ce droit d'asile est

garanti par des clauses de souveraineté et humanitaire qui permettent aux États parties de traiter de demandes qui en principe leur échappent en application des critères de détermination de l'État responsable ; faculté devenue pour les cours européennes une obligation de procéder à l'examen de la demande en cas de défaillance systémique de la procédure d'asile ou des conditions d'accueil des demandeurs d'asile³⁰.

- 17 De son côté, le Conseil constitutionnel en France a consacré en 1993 un droit absolu de demander l'asile en se fondant sur le principe de valeur constitutionnelle de « respect du droit d'asile » énoncé à l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 ; droit dont la valeur constitutionnelle l'a alors conduit à juger contraire à la Constitution la stipulation de la convention de Schengen qui, posant le principe de responsabilité d'un État déterminé pour assurer le traitement d'une demande d'asile, privait le demandeur du droit de déposer une demande d'asile en France et d'y séjourner provisoirement à cette fin³¹ ; décision qui motiva ensuite la révision de la Constitution³². Le Conseil d'État a, à son tour, entendu protéger par le référé-liberté la liberté fondamentale que constitue à ses yeux « le droit constitutionnel d'asile qui a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié »³³.
- 18 Comment dès lors opposer à Snowden et Assange en des termes voisins et de manière laconique « des éléments juridiques » apparus dans l'examen de leur demande ainsi que « leur situation matérielle » justifiant qu'il ne soit pas donné suite à leur demande d'asile³⁴, c'est à dire leur donner une réponse de portée générale qui exclut l'octroi d'un éventuel asile gracieux mais s'élargit au-delà puisqu'elle ne permet pas à Snowden de voir la procédure d'asile qu'il a engagée auprès du consulat et donne des motifs identiques de refus à Assange, ce de manière anticipée puisqu'il n'a pas déposé formellement une demande d'asile. Particulièrement sibyllins, ces communiqués n'évoquent pas expressément la question de l'entrée sur le territoire de ces demandeurs, voire d'un visa d'entrée - Snowden a formé sa demande en transit dans la zone internationale de l'aéroport de Moscou et Assange fait part de sa quête d'asile depuis l'ambassade d'Equateur à Londres - mais la réponse du ministre de l'intérieur la règle pour Snowden et celle du Président de la République va dans le même sens pour Assange. Ces refus qui font obstacle au déroulement de la procédure légale d'asile donnant compétence l'OFPPA (sous le contrôle de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'État³⁵) pour procéder à l'examen au fond des demandes de la qualité de réfugié pose évidemment problème au regard du droit d'asile.

B- Les obstacles à l'accès aux procédures d'asile

- 19 En effet, le code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile (ceseda) qui « régit l'entrée et le séjour des étrangers en France » ainsi que « l'exercice du droit d'asile », précise dans son article L.111-2 que « ses dispositions s'appliquent sous réserve des conventions internationales » et donc au premier chef de la convention de Genève relative au statut de réfugié qui constitue l'instrument de référence en matière de protection au titre de l'asile. Certes, cette convention laisse aux États le soin de déterminer leurs procédures d'asile mais elle s'est montrée consciente de la difficulté qu'il y a pour des personnes qui fuient leur pays de présenter les documents d'entrée en principe exigés d'un étranger et a pris la peine de consacrer un principe d'immunité pénale pour protéger ceux qui parviendraient à accéder au territoire mais seraient en situation irrégulière (article 31-2), principe qui s'ajoute à l'autre principe cardinal du droit des réfugiés qu'est le principe de non-refoulement (article 33-1). Le Conseil d'État en a pris acte en jugeant en 1985 que la

réserve des conventions internationales (énoncée aujourd'hui à l'article L.111-2 du *ceseda*) « vise en particulier la convention de Genève [...] dont les stipulations font obstacle à ce que les documents [requis à l'entrée] puissent être exigés des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugié », ce qui a pour conséquence qu'aucune disposition du droit interne « n'a à dispenser expressément les personnes pouvant prétendre au bénéfice de la convention de Genève de la présentation des documents exigés »³⁶. Le législateur, prenant acte de cette jurisprudence confirmée par la jurisprudence constitutionnelle³⁷, l'a consacrée en insérant en 1993 au sein de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) un article 31 bis (devenu l'article L.741-3 du *ceseda*) aux termes duquel « l'admission ne peut être refusée au seul motif que l'étranger est démuné des documents et des visas mentionnés à l'article 5 de [cette] ordonnance ». Le Conseil d'État, par ailleurs, a jugé que « le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié et de demeurer en France le temps nécessaire à l'examen de cette demande »³⁸, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon le fondement au vu duquel ce statut de réfugié est sollicité.

- 20 Le même respect de la convention de Genève justifierait de s'en tenir s'agissant de l'octroi du statut de réfugié aux quatre conditions qu'elle pose et d'observer alors qu'une seule a trait à la situation matérielle de la personne qui sollicite l'asile, à savoir qu'« elle se trouve hors du pays dont elle a la nationalité [...] ou si elle n'a pas de nationalité, se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence principale » (article 1 A-2). En aucun cas, elle n'exige que le demandeur soit sur le territoire du pays où il sollicite l'asile. Vigilant dans l'application de la convention de Genève, le Conseil d'Etat s'est refusé à admettre des motifs d'entrée sur le territoire conduisant indirectement à subordonner la reconnaissance de la qualité de réfugié à des conditions qu'elle ignore. Il a ainsi censuré un refus d'entrée en France au titre de l'asile motivé par l'absence de demande d'asile formulée par un demandeur dans un pays tiers sûr par lequel il avait transité, cette obligation étant étrangère aux conditions posées par la convention de Genève³⁹.
- 21 L'on sait cependant comment, peu à peu, les obstacles sur le parcours des demandeurs d'asile ont été multipliés tant par le droit interne que par le droit européen de l'asile au point que le simple accès aux procédures d'asile est devenue un véritable parcours du combattant en même temps que la question centrale du droit de l'asile et comment la vigilance même des juges tend à s'émousser. Ainsi a-t-on vu se développer des visas de transit aéroportuaire (VTA) sans que le juge administratif ne s'alarme de l'atteinte qui en résulte pour le droit d'asile⁴⁰. Plus gravement encore, il a été jugé que « si le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter en France la qualité de réfugié, les garanties attachées à ce droit fondamental reconnu aux étrangers se trouvant sur le territoire de la République n'emportent aucun droit à la délivrance d'un visa en vue de déposer une demande d'asile en France »⁴¹. Le droit fondamental de solliciter l'asile en France se verrait ainsi réservé selon la formulation même qu'il emploie « aux étrangers se trouvant sur le territoire de la République » ; réserve qui tranche avec la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel comme du Conseil d'État⁴². Nul doute pourtant que c'est là ajouter une condition nouvelle de présence sur le territoire ignorée de la convention de Genève et qui affecte gravement le droit d'asile et met même en cause son principe même, puisque le droit d'y demander asile se voit soumis à autorisation, l'octroi d'un visa ; visa de surcroît dont l'octroi est discrétionnaire et dont l'éventuel encadrement par des « orientations générales » ne constitue pas une réelle garantie

puisqu'un demandeur d'asile ne peut s'en prévaloir devant le juge administratif⁴³. On relèvera par ailleurs que la disposition législative autorisant le ministre de l'immigration à refuser, contre l'avis de l'OFPRA, l'entrée sur le territoire aux demandeurs d'asile à la frontière au motif que leur présence constitue « une menace grave à l'ordre public » (art. L. 213-8-1, al. 7 ceseda) est également contestable en ce qu'elle ajoute une condition que la convention de Genève ne prévoit pas et qui ne figure pas non plus dans les clauses fondant l'exclusion de la protection internationale⁴⁴. Sans qu'il soit nécessaire de rappeler ici le contexte de suspicion croissante et plus général qui pèse sur les demandeurs d'asile, suspicion encore renforcée par la montée du terrorisme, du moins faut-il noter la gravité du déplacement peu à peu opéré du traitement de la demande à l'accès aux procédures, et à l'accès au territoire. Particulièrement préoccupant s'agissant des cohortes de demandeurs en exil sur les routes de l'Europe qui rendent compte davantage d'un renoncement au droit d'asile que d'« une crise des réfugiés » car de tels flux ne sont pas sans précédent et ont été traités autrement, ce déplacement trouve une illustration également exemplaire dans le cas de Snowden et d'Assange dès lors qu'ils satisfont très certainement aux conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié.

II- Le droit à l'asile refusé

- 22 Les alertes éthiques déclenchées par Snowden et d'Assange sont en effet de nature à leur ouvrir droit à la qualité de réfugié (§ 1) sans que leur combat présente des caractères susceptibles de les en exclure (§2).

§1- La reconnaissance de la qualité de réfugié

- 23 Deux des trois fondements de la reconnaissance de la qualité de réfugié⁴⁵ en France peuvent être mobilisés par les lanceurs d'alerte à l'appui de leur demande d'asile⁴⁶ : d'une part, un fondement constitutionnel (A), d'autre part, le fondement le plus classique et le plus usuel que constitue, tant en droit qu'en fait, la convention de Genève dont le droit de l'Union européenne fait « la pierre angulaire du régime international de protection des réfugiés »⁴⁷.

A- La qualité de réfugié au titre de la Constitution

- 24 En ouvrant droit à la qualité de réfugié à « toute personne persécutée pour son action en faveur de la liberté », l'article L.711-1 du CESEDA renvoie implicitement à l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et plus largement à la conception républicaine de l'asile développée dès la Révolution⁴⁸. Non évoqué dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en dépit des tentatives de Robespierre de l'y inscrire, l'asile est en revanche consacré par la Constitution de 1793 qui, en proclamant en son article 120 que « le peuple français donne asile aux étrangers bannis pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans » l'érige en devoir de la République, devoir à l'égard de ceux qui combattent en faveur de la liberté mais dont ne sauraient bénéficier les tyrans. Renouant plus tard avec cette tradition républicaine, la Constitution de 1946 est allée plus loin dans son Préambule car en énonçant que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République », il a transformé ce devoir de l'Etat en un droit à l'asile ; droit réservé à ceux qui souscrivent aux valeurs de la République et qui, comme les débats parlementaires le précisent,

s'engagent dans une action pour les défendre⁴⁹. C'est avec la loi Chevènement du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile que ce droit d'asile des combattants de la liberté s'est vu doter d'une pleine portée puisqu'ouvrant désormais droit à la qualité de réfugié. L'exposé des motifs de la loi qui ne souffre aucune ambiguïté compte ainsi au titre des principes communs à l'ensemble des français, « la protection de la République à ceux et celles qui risquent leur vie pour que prennent corps dans leur pays, les valeurs républicaines proclamées jadis en France dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Il s'agit d'un instrument au service de la conquête de la liberté ainsi que le relève encore le ministre de l'intérieur lors de la présentation du projet de loi à l'Assemblée nationale : « il va de soi que ce combat concerne la liberté républicaine telle que nous la concevons qui lie indissolublement les libertés individuelles et la liberté politique permettant l'exercice de la citoyenneté ».

- 25 Il ne fait guère de doute que les actions menées par Snowden et Assange s'inscrivent dans le cadre d'un tel combat. Snowden déclare pour sa part en quittant Hawaï en mai 2013 « je ne peux, en mon âme et conscience, laisser le gouvernement américain détruire la vie privée, la liberté d'Internet et les libertés essentielles des gens du monde entier avec ce système énorme de surveillance qu'il est en train de bâtir secrètement »⁵⁰. Il entend alors dénoncer le mensonge d'Etat en rapportant la preuve. C'est la raison pour laquelle, précise-t-il, il s'est fait embaucher par la société Booz Allen Hamilton. Dans un échange en direct avec des internautes sur le site du Guardian, il indique que « le gouvernement américain ne pourra pas étouffer (cette affaire) en m'emprisonnant ou en me tuant », « la vérité est en marche et ne pourra pas être arrêtée »⁵¹. Assange explique quant à lui son objectif de faire de WikiLeaks « l'organe de renseignements le plus puissant du monde ». Il veut assurer en divulguant sur ce site de manière anonyme non identifiable et sécurisé « des documents témoignant d'une réalité sociale et politique, voire militaire qui nous serait cachée, afin d'assurer une transparence planétaire ». Par ses révélations, il entend fustiger « la duplicité » des gouvernants et mettre en évidence la gravité des violations des droits de l'homme commises. Quand il revendique collecter les données sans les trier, il entend par cette méthode même être un défenseur de la liberté. Agissant selon des modalités différentes, Snowden comme Assange veulent s'acquitter d'un devoir moral en rompant le silence par la révélation des secrets les mieux gardés et promouvoir la liberté et la démocratie. L'un et l'autre défendent leur action de whistleblower ; ils ont voulu siffler la fin de partie et que leurs révélations permettent de rompre avec les pratiques qu'ils dénoncent. L'alerte n'est pas lancée sans objectif de changement. Snowden déclare ainsi qu'« ils n'ont pas compris mon objectif, je n'essaye pas de mettre la NSA à terre, j'essaie d'améliorer la NSA » et il déclare toujours dans le Washington Post en décembre 2013 « en ce qui concerne ma satisfaction personnelle, la mission est déjà accomplie...j'ai déjà gagné »⁵². Que l'action soit jugée gratifiante par son auteur ne met évidemment pas en cause la finalité du combat menée. Quant à Assange, il rappelle que « Gardienne d'une Constitution qui oblige la France à accueillir les combattants pour la liberté menacés de mort, d'une Constitution qui oblige le monde à ouvrir les yeux par la noblesse d'une telle exigence, elle a ouvert une voie qui, je l'espère, ne se refermera pas » et souligne alors qu'en l'accueillant, la France accomplira « un geste humanitaire mais aussi probablement symbolique, en envoyant un encouragement à tous les journalistes et lanceurs d'alerte qui, sur cette planète risquent leur vie au quotidien pour permettre à leurs concitoyens de faire un pas de plus vers la vérité »⁵³.

- 26 Au-delà de leur combat politique, Snowden et Assange peuvent se prévaloir des persécutions requises pour bénéficier d'un asile constitutionnel⁵⁴. Aux mesures de représailles et atteintes à leurs droits et libertés dont ils ont fait directement l'objet du fait de ce combat à commencer par le retrait de passeport, mesures portant atteinte à leur droit à la libre circulation⁵⁵, s'ajoutent en effet la menace omniprésente d'une répression à venir aux États-Unis, particulièrement lourde si l'on en juge à celle dont Manning a déjà fait l'objet (35 ans de prison)⁵⁶ et, bien qu'induite par leur exil, des restrictions et privations de droits dans leur lieu d'exil particulièrement importantes pour Assange puisque ses conditions de vie très éprouvantes du fait de son confinement depuis quatre ans dans un lieu exigu, de l'impossibilité d'accéder à des soins médicaux à l'extérieur de ce lieu, de la privation du droit à une vie familiale et privée, ont été qualifiés par les instances onusiennes de détention arbitraire. La qualité de réfugié pourrait par ailleurs leur être reconnue sur le fondement de la convention de Genève.

B- La qualité de réfugié au titre de la convention de Genève

- 27 La convention de Genève de 1951 relative au statut de réfugié subordonne en son article 1, A, 2 la reconnaissance de la qualité de réfugié à quatre conditions : des craintes personnelles de persécution, des motifs déterminés de craintes au nombre de cinq (race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social, opinions politiques), un départ du pays d'origine ou du pays de résidence habituelle, le fait de ne pouvoir ou vouloir se réclamer de la protection de ce pays. L'application de cette convention aux lanceurs d'alerte appelle quelques précisions s'agissant des deux premières conditions relatives aux craintes et aux motifs de persécution.
- 28 Les craintes de persécution et les persécutions qu'elle ne définit pas ont vu leur contenu précisé par la directive « qualification » de l'Union européenne. Au-delà de l'élément subjectif de la crainte qu'est le sentiment de peur, la crainte doit pour être prise en compte reposer sur un élément objectif, c'est-à-dire être « fondée » sur des éléments « pertinents » (articles 4 et 5). Les persécutions sont, quant à elles, constituées au premier chef par toute « violation grave des droits fondamentaux de l'homme » (article 9) mais comprennent aussi une diversité de mesures « suffisamment graves pour affecter un individu d'une manière comparable » à ces violations. Au-delà des menaces et mesures de représailles attentatoires à leurs droits et libertés déjà évoquées, le risque de condamnation à des peines particulièrement lourdes à l'issue des poursuites engagées par la justice américaine est de nature à fonder l'octroi du statut de réfugié car si les risques de sanction liés à la simple application de la loi pénale n'y ouvrent pas en principe droit, à l'instar d'autres mesures de caractère général⁵⁷, le HCR rappelant lui-même que « le réfugié est une victime - ou une victime en puissance - de l'injustice et non une personne qui cherche à fuir la justice »⁵⁸, il ressort pourtant tant de ses recommandations que de la jurisprudence des États et du droit de l'Union européenne que la loi pénale peut dans son application être source de persécutions lorsqu'elle conduit à une peine d'une sévérité disproportionnée⁵⁹. Cette disproportion de la sanction s'apprécie au vu de la législation du pays d'origine et des applications qui en sont normalement faites, mais aussi, ainsi qu'y invite le HCR, des législations et pratiques d'autres États ainsi que les principes énoncés par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme⁶⁰. Par ailleurs, l'on peut aussi s'interroger sur le principe même de telles sanctions et porter attention à la revendication d'une immunité pour objection de conscience pour ces lanceurs d'alerte qui entendent par leurs actes rappeler les obligations internationalement souscrites par

les États en matière de droits de l'homme. À cet égard, mérite d'être relevée l'invitation des rapporteurs de l'ONU et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur la liberté d'expression lors de l'inculpation d'Edward Snowden par la justice américaine pour considérer qu'« une personne liée à un État qui, obligée de garder certaines informations confidentielles, divulgue des informations relevant selon elle de violations des droits de l'homme (« whistleblowers ») ne devrait pas être soumise à des sanctions juridiques, administratives ou disciplinaires tant qu'elle a agi de bonne foi, conformément aux normes internationales »⁶¹, c'est donc le principe même d'une sanction qui est ici contesté au regard de l'objectif poursuivi de respect des droits de l'homme.

- 29 Pour être prises en compte, ces craintes de persécution doivent toutefois se rattacher à l'un des cinq motifs énoncés par la convention de Genève. Parmi ceux-ci, le motif de craintes tenant à « des opinions politiques », formule qui ne préjuge ni du lieu d'expression de ces opinions ni des canaux utilisés pour les exprimer ni de leur contenu positif ou négatif (refus d'appuyer une cause ou de s'engager dans une action comme l'est un refus d'enrôlement dans une armée ou une désertion⁶²) paraît évidemment le plus pertinent pour les lanceurs d'alerte d'autant que la directive « qualification » l'entend largement en considérant comme telle « en particulier, les opinions, les idées ou les croyances dans un domaine lié aux acteurs de la persécution potentiels [...], ainsi qu'à leurs politiques et à leurs méthodes, que ces opinions, idées ou croyances se soient ou non traduites par des actes de la part du demandeur » (art. 10-1, e). Si cette définition invite à considérer les craintes de persécution éprouvées par des lanceurs d'alerte comme Snowden et Assange dans le cadre du combat qu'ils mènent au nom des droits de l'homme et pour la défense de la démocratie comme répondant à cette condition, la jurisprudence ne l'entend pourtant pas nécessairement ainsi si l'on en juge à la dissociation introduite par le Conseil d'État en 1993 dans sa décision *Mac Nair* entre le motif politique qui fonde l'action entreprise et celui qui doit nourrir les craintes de persécution. Ainsi a-t-il jugé à propos d'un détournement d'avion opéré par les *Black Panthers* afin d'attirer l'attention mondiale sur le problème de la ségrégation raciale aux États-Unis et procurer des fonds à leur mouvement, qu'« en admettant que ce détournement d'avion ait pu avoir un motif politique, cette circonstance ne saurait impliquer que les poursuites auxquelles ce crime expose ses auteurs soient constitutives d'une persécution du fait d'opinions politiques au sens de l'article 1 A 2 de la convention de Genève »⁶³. Le Conseil d'État s'en tient donc à la cause immédiate et directe des craintes de persécution, à savoir les risques de poursuites judiciaires sans se soucier des motifs politiques qui ont pu fonder l'action entreprise. Mais la disproportion par rapport à l'infraction commise peut ici aussi révéler la volonté des autorités du pays non pas de punir l'auteur de l'infraction pour transgression de la loi pénale mais de le sanctionner pour un des motifs conventionnels, notamment pour un motif politique. La sanction apparaît alors par sa disproportion même un moyen déguisé de persécution politique pouvant ouvrir droit au statut.
- 30 Au-delà du motif politique, le motif de conscience, bien que non évoqué par la convention de Genève, est parfois retenu pour fonder l'éligibilité au statut de réfugié. Le Haut-commissariat pour les réfugiés y invite en prenant en compte, au nom de « l'évolution des idées », l'objection de conscience en cas d'engagement militaire et en préconisant la reconnaissance de la qualité de réfugié à un déserteur dont l'accomplissement du service militaire a requis « sa participation à une action militaire contraire à ses convictions politiques, religieuses ou morales ou à des raisons de conscience valables »⁶⁴. Pour le HCR, la sanction pour désertion ou insoumission constitue en elle-même une persécution

« lorsque le type d'action militaire auquel l'individu en question ne veut pas s'associer est condamné par la communauté internationale comme étant contraire aux règles de conduite les plus élémentaires ». Il rappelle à cet égard aux États qu'ils sont « libres d'accorder le statut de réfugié aux personnes qui ont des objections à l'égard du service militaire pour d'authentiques raisons de conscience ». Cette prise en compte du motif de conscience est confirmée par la jurisprudence⁶⁵ ainsi que désormais par le droit de l'Union européenne qui, par l'article 9-2 de la directive « qualification », compte parmi les actes de persécution « [...] e) les poursuites ou sanctions pour refus d'effectuer le service militaire en cas de conflits lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes relevant du champ d'application des motifs d'exclusion visés à l'article 12, paragraphe 2 ».

- 31 L'on peut être tenté de voir là une piste à explorer pour ouvrir le statut de réfugié aux lanceurs d'alerte, objet de poursuites pénales pour avoir considéré qu'il était de leur devoir moral de révéler certains secrets d'État, tel Snowden refusant pour des raisons de conscience de s'associer dans l'exercice de son activité professionnelle à une surveillance généralisée mettant en cause le droit à la vie privée, ou Assange dénonçant des crimes de guerre et plus largement des actions contraires aux règles du droit tant international qu'interne des droits de l'homme et condamnées par la communauté internationale. Si « l'évolution des idées » pourrait plaider en faveur de l'extension du motif de conscience, au-delà de la désertion ou de l'insoumission des militaires, à ces lanceurs d'alerte dont l'action s'apparente à divers égards à celle d'objecteurs de conscience, telle ne semble pas être l'orientation de la jurisprudence européenne récente. En effet, appelée pour la première fois à interpréter l'article 9-2 e) précité de la directive « qualification » à propos de la demande de statut de réfugié d'un ressortissant américain poursuivi pénalement pour avoir déserté lors de la guerre en Irak, demande qui était fondée sur son opposition à cette guerre qu'il jugeait illégale car portant atteinte à la population civile, la CJUE, après avoir interprété avec une certaine souplesse cette disposition en en permettant l'application au cas de commission « plausible » de crimes de guerre sans exiger du demandeur d'asile qu'il rapporte la preuve de leur commission, a limité fortement la portée de cette interprétation en l'écartant en cas de validation par la communauté internationale de l'action militaire en cause⁶⁶, ou d'un engagement volontaire du militaire concerné ou encore d'abstention de recourir aux procédures d'objection de conscience existantes comme il en existe dans l'armée américaine⁶⁷.
- 32 Quoiqu'il en soit du fondement constitutionnel, voire conventionnel, sur lequel le statut de réfugié peut être accordé aux deux lanceurs d'alerte, c'est en toute hypothèse sous réserve de ne pas tomber sous le coup d'une clause d'exclusion.

§2- La levée des obstacles à l'octroi du statut de réfugié

- 33 A priori, et sous réserve de l'examen particulier de leur cas, rien en l'état ne paraît justifier l'application à Snowden ou Assange d'une des clauses d'exclusion figurant dans la convention de Genève, notamment en raison du caractère politique des infractions qui leur sont reprochées pour le déclenchement de ces alertes éthiques.

A- L'inapplicabilité des clauses d'exclusion

- 34 Prévu comme des clauses d'exception par la convention de Genève⁶⁸ et reprises à l'article 12 de la directive « qualification » et à l'article L-711-14 du Ceseda, ces clauses

d'exclusion ont une portée qui dépasse la protection conventionnelle puisqu'elles s'appliquent à toute personne satisfaisant aux conditions d'éligibilité au statut de réfugié indépendamment du fondement de ce dernier, et donc aussi bien au titre de l'asile constitutionnel⁶⁹ que conventionnel. Parce qu'elles privent de la protection au titre de l'asile un demandeur remplissant pourtant les conditions d'éligibilité à la qualité de réfugié, elles sont d'interprétation stricte. Le caractère subsidiaire de cette protection explique, en premier lieu, l'exclusion du demandeur qui bénéficie d'une protection effective d'un organisme international autre que le HCR (article 1 D de la convention de Genève) ou d'un autre Etat (article 1 E) car la protection sollicitée au titre du statut de réfugié est alors inutile. Est également exclu celui qui paraît indigne de la protection sollicitée (article 1 F). Tel est le cas de celui dont il y a « des raisons sérieuses de penser » qu'il a commis soit un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux en la matière (article 1 F a), ou un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant sa demande du statut de réfugié (article 1 F b), ou encore des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies (1 F, c).

- 35 Ni Snowden ni Assange ne relèvent en l'état d'une exclusion fondée sur le bénéfice d'une autre protection puisqu'ils ne bénéficient ni de la protection d'une organisation internationale ni d'une protection nationale au sens de l'article 1 D qui exige que la personne se voit reconnaître dans le pays où elle « a établi sa résidence [...] les droits et obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays » ou « des droits équivalents » selon la formule plus extensive de la directive « qualification » (article 12, 1, b), possession qui doit être effective⁷⁰. Il va de soi que ni l'asile gracieux permis à Snowden en Russie, ni l'asile diplomatique offert à Assange par l'Equateur ne satisfont à ces conditions. Une exclusion pour l'un des motifs d'indignité visés à l'article 1 F ne paraît pas davantage envisageable, leur action étant évidemment étrangère aux hypothèses visées à l'article 1 F a) ou c), et ne relevant pas non plus de la clause d'exclusion de l'article 1 F b) car les infractions qui leur sont reprochées constituent non plus des crimes graves de droit commun mais des infractions de caractère politique. Visant à éviter que le statut de réfugié ne soit un moyen pour un criminel d'échapper à la justice de son pays, en bref, de garantir son impunité⁷¹, cette clause d'indignité de l'article 1 F, b) pose une condition tenant non seulement à la gravité du crime commis mais aussi à sa nature - il doit s'agir d'un crime de droit commun -, conditions qui en limitent l'application.
- 36 La notion de crime grave de droit commun n'est pas définie par la convention de Genève, mais son sens est éclairé par la version anglaise de cette convention qui use de l'expression « serious non political crime », renvoyant en cela à une distinction classique et essentielle en droit de l'extradition entre infraction de droit commun et infraction politique. La jurisprudence en matière d'extradition a précisé la notion d'infraction politique que ni le droit international ni les textes internes ne définissent en relevant d'abord qu'une infraction peut être politique par nature, c'est-à-dire par son objet (critère objectif) - ainsi de « celles portant atteinte à l'ordre politique qui sont dirigées contre la constitution du gouvernement et contre la souveraineté, qui troublent l'ordre établi par les lois fondamentales de l'Etat et la distribution des pouvoirs »⁷² comme le sont les crimes contre la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat tels que la trahison, l'espionnage ou l'intelligence avec l'ennemi, l'insurrection, etc.⁷³, elle peut également être politique par son mobile (critère subjectif) - il en va ainsi des infractions de droit commun

connexes à une infraction politique par nature ou commises dans un but politique⁷⁴. Les infractions reprochées aux lanceurs d'alerte sont de cette nature.

B- Le caractère politique des infractions liées au déclenchement d'une alerte éthique

- 37 Certes la jurisprudence relative à l'extradition ou à l'exclusion du statut de réfugié au titre de l'article 1 F b) ainsi que des textes de plus en plus nombreux, ont renoncé à qualifier de « politique » des infractions d'une extrême gravité ; la fin politique d'une activité ne pouvant justifier l'emploi de n'importe quel moyen. Ainsi la convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 que la France a ratifiée en 1987 dépolitise les actes commis dans le cadre d'une activité terroriste qui portent atteinte à la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ainsi que tout acte grave contre les biens. De même la décision - cadre adoptée le 13 juin 2002 par l'Union européenne relative à la lutte contre le terrorisme déqualifie les actes qui « par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de gravement intimider une population, de contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, ou de gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale ».
- 38 Si dans la liste des actes ainsi dépolitisés figurent notamment des actes comme le « fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plateforme fixée sur un plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables », et donc notamment des actes commis par voie numérique, ceux-ci n'ont évidemment guère à voir avec ceux de lanceurs d'alerte qui, comme Snowden ou Assange, entendent par la diffusion numérique de données ou de révélations alerter l'opinion publique sur la gravité des atteintes portées aux droits de l'homme afin qu'il y soit mis un terme tant elles heurtent de plein fouet les principes fondant les démocraties. Explicitant la clause d'exclusion de l'article 1 F b), la directive « qualification » de l'Union européenne consacre expressément le principe de déqualification de certaines infractions politiques qu'ignorait pourtant la convention de Genève en disposant que « les actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique, pourront recevoir la qualification de crimes graves de droit commun » (art -12-2, b) mais elle limite le champ de la dépolitisation aux actes portant atteinte à la vie des personnes ou à leur intégrité par une référence à la cruauté des faits commis et préserve donc malgré tout l'exception contenue dans l'article 1 F b) en faveur des crimes politiques⁷⁵. En jugeant qu'« il y a lieu de tenir compte non seulement de leur gravité mais aussi des objectifs poursuivis par leurs auteurs et du degré de légitimité de la violence mise en œuvre » pour conclure à l'application de l'article 1 F b), le Conseil d'État bien qu'il soit moins précis s'inscrit dans la même ligne⁷⁶.
- 39 Parce que politiques, les infractions qui fondent les poursuites engagées par les autorités américaines à l'encontre de Snowden et d'Assange ne sauraient donc être dépolitisées et justifier leur exclusion de la qualité de réfugié. Ils ne devraient pas davantage se voir refuser ce statut sur le fondement d'une autre disposition introduite subrepticement dans

la directive « qualification » au détour d'un article 14 intitulé « Révocation, fin du statut de réfugié ou refus de le renouveler » et transposé à l'article L 711-6 du cesda au terme duquel ce statut peut être refusé (ou non renouvelé) lorsqu'« il y a des raisons sérieuses de considérer que la présence en France de la personne concernée constitue une menace grave pour la sûreté de l'Etat » ou encore lorsque « la personne concernée a été condamnée en dernier ressort en France soit pour un crime, soit pour un délit constituant un acte de terrorisme ou puni de dix ans d'emprisonnement, et sa présence constitue une menace grave pour la société »⁷⁷. En effet, la présence sur le sol français de Snowden comme d'Assange ne saurait constituer une menace grave pour la sûreté de l'Etat et ils n'ont pas par ailleurs fait l'objet de condamnations pénales. Ils ne sauraient donc se voir opposer cette clause, et ce d'autant moins que la CJUE s'est rendue à l'évidence de l'incompatibilité d'une telle disposition, très directement inspirée dans sa formulation de la double réserve assortissant le principe de non- refoulement posée par la convention de Genève (art. 33-2), mais ayant pour objet, non plus d'autoriser l'éloignement d'un réfugié ou plus largement d'un demandeur d'asile, mais de le priver d'une telle qualité⁷⁸.

- 40 Particulièrement soucieux de leur éventuelle extradition vers les Etats-Unis, notamment Assange en raison du mandat d'arrêt européen émis à son encontre par les autorités suédoises en 2010, mandat dont il n'a pas obtenu l'annulation par les juridictions de ce pays ni la levée pourtant sollicitée à l'issue de l'avis du groupe onusien sur la détention arbitraire⁷⁹, les deux lanceurs d'alerte en sont normalement préservés en raison du caractère politique des infractions qui leur sont reprochées ainsi que prévu par la convention d'extradition entre la France et les États-Unis⁸⁰. Mais ils peuvent l'être également, non pas au titre du principe de non refoulement vers un pays à risque posé à l'article 33-1 de la convention de Genève⁸¹ car il vise « exclusivement l'expulsion ou le refoulement, mesures administratives juridiquement différentes de l'extradition »⁸², mais au titre des « principes généraux du droit applicables aux réfugiés [...qui] font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis de quelque manière que ce soit, par un État qui lui reconnaît cette qualité, aux autorités de son pays d'origine », ce qui inclut l'extradition⁸³. Si cette protection n'est pas absolue puisqu'elle est assortie d'une double réserve par transposition de celles figurant à l'article 33-2 de la convention de Genève, ni Assange ni Snowden ne sont susceptibles d'être visés car « il n'y a pas de raisons sérieuses de [les] considérer comme un danger pour la sécurité de [la France] » et ils n'ont par ailleurs pas « fait l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave » constituant « une menace pour la communauté de [ce] pays ». S'il est vrai que pour pouvoir se prévaloir de cette protection contre l'extradition, il faut que leur soit reconnue la qualité de réfugié, l'on rappellera qu'à l'occasion de recours en annulation contre de tels décrets fondés sur la violation du principe de non refoulement des réfugiés, cette qualité peut leur être reconnue par le Conseil d'État qui est alors contraint de faire droit à l'examen de leur demande et en dehors de la procédure d'asile relevant normalement de l'OFPPA sous le contrôle de la Cour nationale du droit d'asile⁸⁴. S'il y a là un moyen pour ces lanceurs d'alerte d'obtenir qu'il soit statué sur leur cas, la voie n'est cependant pas sans risques.

Conclusion

- 41 « Nulle part où se cacher », tel est le nom du livre que le journaliste Glenn Greenwald a publié pour rendre compte des techniques de surveillance généralisée dévoilées par

Snowden tandis que celui-ci évoquait « une surveillance omniprésente contre laquelle il n'y a aucun refuge ». Dans leur fuite personnelle qui prend des allures de chasse à l'homme, voire de siège s'agissant de l'ambassade d'Equateur à Londres, ces deux lanceurs d'alerte font eux-mêmes directement l'expérience de la société de surveillance dans leurs lieux de réclusion où ils sont exposés s'agissant d'Assange aux violations des droits de l'homme inhérentes à une telle société.

- 42 La colère américaine qui s'exerce contre eux et dont rend compte la gravité des accusations émises à leur rencontre - espionnage, trahison - comme la résistance des Etats notamment européens à l'examen au fond de leur demande d'asile ne peuvent que conduire à s'interroger sur l'ampleur de la déstabilisation provoquée par leur action. En effet, au-delà de la raison d'Etat qui conduit déjà les Etats à s'emmurer face à l'arrivée jugée toujours trop massive de réfugiés et ici à faire prévaloir la défense de leurs intérêts nationaux, géopolitiques, économiques et diplomatiques, en bref la *Realpolitik* sur le respect du droit⁸⁵, les Etats n'expriment-ils pas par ce refus d'asile à ces deux lanceurs d'alerte leur opposition à une fuite qui en réalité les menace directement en ce qu'elle exprime leur refus d'appartenance à une communauté nationale non respectueuse de ces droits de l'homme qui sous-tendent la société internationale depuis la seconde guerre mondiale⁸⁶ ? N'est-il pas dès lors temps de prendre en compte la spécificité de leur action et sa légitimité dont atteste d'ores et déjà l'évolution du droit et des pratiques et leur offrir la protection à laquelle ils ont droit⁸⁷ ? Le refus d'un droit d'asile qui constitue, selon la formule de Robert Badinter, « le premier et le dernier des droits de l'homme », ne saurait être une réponse, fondée et a fortiori pérenne, à une révolte qui, salutaire pour la démocratie, ne devrait pas se taire.

NOTES

1. Il s'agit de câbles diplomatiques du département d'État et de plus de 250 ambassades et consulats américains à travers le monde. Environ 90 % des télégrammes diplomatiques couvrent une période allant de 2004 à mars 2010, les autres remontent jusqu'à 1966. Selon la classification du département d'État, environ 7 % de ces documents sont classifiés « secret » et 40 % « confidentiel », les autres ne sont pas classifiés. Sur ces révélations, voir https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9v%C3%A9lations_de_t%C3%A9l%C3%A9grammes_de_la_diplomatie_am%C3%A9ricaine_par_WikiLeaks.

2. The New York Times The Guardian, Der Spiegel, Le Monde, El País sont les cinq premiers organes de presse qui ont avec leurs 120 journalistes participé à l'édition des documents bruts transmis par WikiLeaks. Ses informations ont été partagées par plusieurs milliers de sites miroirs comme Reporters sans frontière, Libération ou encore Médiapart qui a créé le site FrenchLeaks.

3. Le film Citizenfour, du nom du pseudonyme utilisé par Snowden pour signer son premier e-mail en janvier 2013, retrace la genèse de l'affaire Snowden. Il a été réalisé par Laura Poitras, journaliste américaine qui, accompagnée de Glenn Greenwald, a reçu les révélations de Snowden alors à Hong-Kong. Voir également Michaud Quentin et Kempf Olivier, L'affaire Edward Snowden, une rupture stratégique, Fayard, 2014.

4. Une enquête judiciaire a été initiée contre lui en rapport avec ces allégations mais il n'a pas été formellement mis en accusation. Il a par ailleurs été relevé que ce mandat a été délivré en août 2010, soit juste après la publication des journaux de guerre en Afghanistan (juillet 2010).
5. Avec port d'un bracelet électronique et obligation de se présenter tous les jours aux autorités de police.
6. Tant l'appel interjeté contre cette décision devant la Haute Cour que son recours formé devant la Cour suprême ont été successivement rejetés en 2011 et 2012.
7. Snowden a quitté Hawaï pour Hong-Kong en mai 2013. Un traité d'extradition est en vigueur entre Hong-Kong et les Etats-Unis, mais Pékin a le droit d'opposer son veto.
8. Lettre adressée au président de la République François Hollande, le 2 juillet 2015, publiée dans le journal *Le Monde* du 4 juillet 2015 sous le titre « Monsieur Hollande, accueillez- moi en France ».
9. WikiLeaks a parallèlement fait l'objet de mesures d'intimidation et de représailles : suspension temporaire de son activité en octobre 2011, attaques informatiques répétées, blocus financier des banques et des dons à l'organisation, tentatives d'infiltrations successives, inscription sur la liste des organisations terroristes, surveillance permanente des communications. Par ailleurs les journalistes auraient fait l'objet de menaces physiques et de poursuites judiciaires pour espionnage.
10. Une plainte a été déposée en Virginie où se trouve le siège de la société Booz Allen Hamilton qui l'employait.
11. Lochak Danièle « L'alerte éthique : entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, p. 2236.
12. Lagasnerie Geoffroy (de), *L'art de la révolte*, Snowden, Assange, Manning, Fayard 2015, p. 13.
13. Bourdon William, *Petit manuel de désobéissance citoyenne*, JC Lattès, 2014.
14. Le Parlement européen s'est prononcé en septembre 2015 en faveur de l'octroi par l'Union européenne et les gouvernements des Etats membres de l'asile aux lanceurs d'alerte » qui dénoncent des pratiques de surveillance abusives » Il a adopté le 29 octobre 2015 une résolution de cinquante articles condamnant à nouveau la surveillance des citoyens européens par les services secrets européens et américains et invitant, à l'issue d'un amendement, les Etats membres à « cesser toute action judiciaire contre Edward Snowden et à lui accorder leur protection, et donc d'empêcher qu'il soit extradé ou livré à des pays tiers, en reconnaissance de son statut de lanceur d'alerte et de défenseur des droits humains internationaux ».
15. De nombreux prix leur ont par ailleurs été décernés dont la liste est donnée sur Wikipédia (« Assange » et « Snowden »).
16. Sur cette forme d'asile, voir Alland Denis et Teitgen-Colly Catherine, *Traité du droit de l'asile*, PUF, 2002, §18 et s.
17. Convention de la Havane de 1928 (art. 17), Convention de Montevideo de 1933 (art. 3), *Traité sur l'asile et le refuge politique* de 1935 (art. 1), etc.
18. Il est défendu par Grotius, *Droit de la guerre et de la paix* (1625) et Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1759) mais contesté par Bulamaqui, *Principes du droit politique* (1715).
19. Chef d'une rébellion militaire au Pérou, Haya de la Torre avait trouvé refuge dans l'ambassade colombienne de Lima. Lui ayant accordé l'asile pour un délit qu'elle jugeait politique, la Colombie estimait qu'un sauf conduit devait lui être délivré par les autorités péruviennes pour lui permettre de quitter le Pérou sans risque d'arrestation.
20. En octobre 2015, son coût était chiffré à plus de 12 millions de livres sterling, soit près de 17 millions d'euros.
21. La disproportion de ces mesures a notamment été relevée. Le professeur et avocat Max Andenæs, membre du GTDA en 2015, a souligné à cet égard que d'autres moyens de procédure moins restrictifs pouvaient être mis en œuvre et qu'avant d'émettre un mandat d'arrêt européen, les autorités suédoises auraient pu, suivant la pratique courante, entendre Assange dans une salle

d'entretien de la police britannique, enfin une fois réfugié à l'ambassade, des protocoles « d'assistance mutuelle » auraient permis de l'interroger par liaison vidéo afin qu'il réponde aux allégations portées contre lui. Il s'est également insurgé contre la réaction des autorités britanniques et suédoises à cet avis du GTDA (« Mads Andenæs, du Groupe de Travail de l'ONU sur la Détention Arbitraire, explique le cas Assange », http://www.pravdareport.com/world/europe/15-03-2016/133811-assange_lawyer-0/

22. Le Monde, 7 février 2016.

23. Sur l'asile gracieux, voir Alland Denis et Teitgen-Colly Catherine, *op.cit.*, § 141 et s.

24. Lors de son atterrissage à Moscou, il a sollicité immédiatement l'asile auprès d'un diplomate de l'ambassade d'Equateur présent à l'aéroport. Il a également été fait état d'une tentative d'exfiltration vers l'Islande ainsi que d'un appel lancé par le Département de la Justice des États-Unis auprès du Danemark, de la Norvège, de la Suède et de la Finlande afin de l'interpeller en cas d'atterrissage sur leur sol. Par ailleurs, certains des médias ayant publié des articles sur ses révélations ont fait l'objet de mesures de représailles.

25. « Les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».

26. Cette lettre a été publiée par le journal Le Monde du 4 juillet 2015.

27. CE, 18 avril 1951, Élections de Nolay.

28. En vertu de l'article 33 « Défense d'expulsion et de refoulement », Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

29. Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (JOUE L180/31, 29 juin 2013) ; Directive 2013/32/UE du Parlement et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (JOUE L 180/60, 29 juin 2013).

30. CEDH, GC, 21 janvier 2011, MSS c/.Belgique et Grèce ; CJUE, GC, 21 décembre 2011, N.S. c/ SSHD & ME et a. c/ ORAC.

31. CC n° 93-325 DC du 13 août 1993 : « Considérant que le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande ; que [...] l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes [...] un droit fondamental à caractère constitutionnel » (cons. 84). Il censure alors la disposition qui prévoit que « lorsque l'admission au séjour a été refusée dans ce cas [d'application de la convention de Schengen, le demandeur d'asile ne peut saisir l'office français de protection des réfugiés et apatrides d'une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié » au motif « qu'en privant ainsi les étrangers concernés de faire valoir leur droit, le législateur a méconnu les principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés » (cons. 86).

32. Le nouvel article 53-1 de la Constitution permet à la France de conclure « avec les Etats européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile ». En cette occasion, le Constituant a souhaité réaffirmer au même article le pouvoir souverain de l'Etat d'accorder l'asile « pour tout motif » (*supra*).

33. CE 12 janvier 2001, Mme Hyacinthe, n° 229039.

34. Si le directeur de l'équipe de défense d'Assange a indiqué qu'il s'était borné dans sa lettre au Président de la République du 2 juillet 2015 à réagir à l'appel de la ministre de la justice et de personnalités à l'accueillir en France et n'a « déposé aucune demande d'asile en France » tandis que Me Eolas dans un article publié sur son blog « Non la France n'a pas refusé l'asile à Snowden », 5 juillet 2013 souligne que la réponse donnée à Snowden porte sur un refus de visa, les deux communiqués de presse du Président de la République et du ministre de l'intérieur indiquent expressément leur refuser « l'asile ».

35. Art L.721-2 et L.731-2 du cesda sous réserve de la responsabilité conférée à un autre Etat de l'Union européenne par le règlement Dublin III.

36. CE, 27 septembre 1985, France Terre d'asile.

37. CC, n° 92-307 DC du 25 février 1992 où le Conseil juge que les stipulations de la convention de Genève font obstacle à ce que les documents relatifs aux conditions d'entrée et de séjour ainsi que les garanties de rapatriement prévues par l'ordonnance du 2 novembre 1945 « puissent être exigées des personnes qui, demandant à entrer sur le territoire français, peuvent prétendre à la qualité de réfugié politique ».

38. Ils constituent, en outre, une liberté fondamentale « au sens de l'article L-521-2 CJA ». En ce sens CE, 2 mai 2001, Min.int. c/ Dziri, n° 232997 ; CE réf.12 janvier 2001, Mme Hyacinthe, n° 229 039, AJDA 2001, 589.

39. En ce sens, CE, Ass. 8 déc.1996, Rogers, n° 160856 où le Conseil d'Etat censure pour erreur de droit le refus d'entrée opposé par le ministre de l'intérieur à un demandeur fondé sur le fait qu'il n'ait pas présenté sa demande dans un pays signataire de la convention de Genève par lequel il avait transité.

40. En se bornant à juger qu'il répond « à des nécessités d'ordre public tenant à éviter, à l'occasion d'une escale ou d'un changement d'avion, le détournement du transit aux seules fins d'entrée en France » et « ne porte par elle-même aucune atteinte au droit d'asile, ni au droit à la vie ou à la protection contre les traitements inhumains ou dégradants » (CE, 18 juin 2014, Anafe et Gisti, n° 366307). Il s'agit pourtant d'une interception administrative qui « maquille un refoulement, formellement interdit par l'article 33 de la Convention de Genève » (C. Lantero, « De la validation du VTA par le Conseil d'Etat à la condamnation du refus de visa par le TA de Nantes », La Revue des droits de l'homme [En ligne], ADL 2 octobre 2014) et justifierait la même condamnation de la Cour de Strasbourg que celle exprimée à propos des interceptions en mer (CEDH, G.C. 23 février 2012, Hirsi Jamaa et autres c. Italie).

41. CE, O, 9 juillet 2015, n° 391392, annulation de l'ordonnance de référé liberté du tribunal de Nantes du 13 juin 2015 qui enjoignait la délivrance sous astreinte par le consulat français de Beyrouth de visas de court séjour à des syriens réfugiés au Liban.

42. CC 13 août 1993 préc ; CE réf.12 janvier 2001, Mme Hyacinthe.

43. CE, O, 9 juillet 2015, n° 391392, préc à propos d' « orientations générales » concernant les demandes syriennes. Voir plus largement sur ces orientations (CE, Sect. 4 février 2015, n° 383267 ; CE, 23 mars 2015, n° 348143).

44. Il est notable que l'article 1 F de la convention ne retienne pas une telle menace parmi les clauses d'exclusion de la protection qu'il institue mais vise seulement à l'article 1, F b, « les crimes graves de droit commun commis avant d'y être admis comme réfugié » (CE, 21 mai 1997, Pham, n° 148997 et CE 25 sept. 998, Rajkumar, n° 165525).

45. La protection dite « subsidiaire » instituée au côté du statut de réfugié dans le cadre du régime d'asile européen commun est également accessible mais son obtention est subordonnée à des conditions précises et le statut qu'elle offre reste de bien moindre qualité que celui de réfugié.

46. Le cesda fait état en son article L.711-1 d'un troisième fondement : le placement sous mandat strict du HCR (article 6 et 7 des statuts du HCR).

47. Point 4 de la directive dite « qualification » (directive n° 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (JOUE L 337/9, 20 décembre 2011).
48. Sur cet asile « constitutionnel » et son évolution, voir Alland Denis et Teitgen-Colly Catherine, op.cit. § 130 et s.
49. Voir notamment M. Coste-Floret qui rappelle que « nous venons de prendre les armes pour battre le fascisme dans le monde. Nous n'entendons pas faire de notre pays le refuge de tous les fascistes impénitents », débats Ass. Constituante du 28 août 1946, JO, 29 août, p. 3369.
50. Voir « Snowden », Wikipédia.
51. Le Monde du 22 juin 2013.
52. Ces propos sont cités par Bourdon William, Petit manuel de la désobéissance civile, J-C Lattès, 2014, p. 76.
53. J Assange écrit à F. Hollande : Le Monde préc 4 juillet 2015.
54. La convention de Genève n'exige pour sa part que des « craintes de persécution ».
55. Ce droit comporte notamment « le droit de quitter tout pays y compris le sien », droit protégé par divers instruments tant internationaux (PIDCP, CEDH, CDF, etc.) que nationaux. Certes ce droit n'est pas absolu et des motifs d'ordre public peuvent fonder une telle mesure, en particulier le risque de fuite du titulaire du passeport mais ce risque paraît difficilement opposable à Snowden et Assange qui ont quitté leurs pays respectifs.
- Sur la révocation du passeport de Snowden, voir P. Weil, "Citizenship, Passports, and the Legal Identity of Americans : Edward Snowden and Others Have a Case in the Courts", Yale Law Journal Forum, 565 (2014).
56. La lourdeur des réquisitions du procureur Joe Morrow a été relevée - 60 ans d'emprisonnement - et la sévérité de la condamnation prononcée ainsi que les très mauvaises conditions de cette détention. Voir Lagasnerie Geoffroy (de), op.cit. p. 15.
57. Par exemple des condamnations pour trafic d'armes, pour fraude électorale, pour pratiques abortives (notre ouvrage, op.cit. p. 356). Le même principe prévaut pour les craintes de poursuites liées à des actes de désertion ou d'insoumission ou encore d'abandon de poste par des fonctionnaires.
58. Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés, UNHCR, 1979, 2ème ed. 2011, § 60 et s. § 167.
59. L'article 9-2 de la directive « qualification » retient notamment comme « actes de persécution » : « [...] c) les poursuites ou sanctions qui sont disproportionnées ou discriminatoires, d) le refus d'un recours juridictionnel se traduisant par une sanction disproportionnée ou discriminatoire, e) les poursuites ou sanctions pour refus d'effectuer le service militaire en cas de conflits lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes relevant du champ d'application des motifs d'exclusion visés à l'article 12, paragraphe 2 ».
60. Guide préc. § 59 et 60.
61. Voir http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/06/22/edward-snowden-inculpe-pour-espionnage-aux-etats-unis_3434725_651865.html#ZfO54S5fxOjsaYPF.99
62. Insoumission - ainsi par exemple à propos du refus d'un ressortissant irakien de cautionner les violations des droits de l'homme commises par l'armée irakienne dont il a été témoin (CRR, 7 juin 1992, Loay) ou pour un ressortissant de l'armée albanaise refusant d'être mobilisé dans l'armée yougoslave qui combat son peuple (CRR, SR, 25 avril 1997, Memeti, n° 299837).
63. CE Ass 18 avril 1980, Mac Nair, n° 13915, AJDA 1980, 609.

64. UNHCR, op.cit. § 170. Voir également « les Principes directeurs sur la protection internationale n° 10 : Demandes de statut de réfugié liées au service militaire dans le contexte de l'article 1 A 2 de la convention de 1951 et /ou Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugié ».
65. CRR, SR, 29 janvier 1993, Djukic ; CE, 24 mars 1997, Trailovic, n° 150927.
66. En l'espèce, alors que l'avocat général avait souligné que le secrétaire général des Nations-Unies, Kofi Annan, avait fait observer que l'invasion de l'Irak le 16 septembre 2004 était contraire à la charte des Nations-unies, la Cour a jugé que l'intervention en Irak s'était déroulée dans un cadre international du fait des résolutions et du mandat du Conseil de sécurité et qu'était dès lors « peu plausible la thèse selon laquelle un militaire de l'un de ces Etats pourrait être amené à commettre de tels crimes [de guerre] ».
67. CJUE, 26 février 2015, Shepherd, T. Racho, « Un accès restreint au statut de réfugié pour le déserteur », La Revue des droits de l'homme [en ligne], Actualités Droits-Libertés, en ligne le 9 mars 2015.
68. La convention stipule que « Les dispositions [de cette Convention] ne seront pas applicables aux personnes... » ; suit alors l'énoncé des clauses d'exclusion.
69. En ce sens CRR, 17 déc.1999, n° 316876. Ces clauses s'appliquent également à la protection subsidiaire et sont alors élargies doublement au vu de « raisons sérieuses de penser » d'une part, par extension de la clause de l'article 1 f b), à la commission par le demandeur d'un crime grave de droit commun en quelque lieu que ce soit, et donc le cas échéant dans le pays d'accueil, d'autre part au cas où la « présence » sur le territoire (selon l'article 17-1 de la directive « qualification ») ou « l'activité » (selon la formule plus restrictive en France de l'article L.712-2 du cesda) « constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat », toutes notions vagues et non définies et qui révèlent un passage du champ pénal au champ policier.
70. CE, 3 novembre 2004, n° 240632.
71. Il ne saurait s'agir par cette clause d'exclure un demandeur du statut de réfugié au vu de la qualification donnée de l'agissement en cause par le système juridique qui le poursuit. Ainsi la gravité du crime s'apprécie indépendamment de ce dernier.
72. CA Grenoble 13 janvier 1947, JCP G 1947, II, 3664, note Magnol.
73. En France, celles-ci sont regroupées au livre IV du Code pénal, intitulé « Infractions contre la Nation, l'État et la paix publique ».
74. L'extradition est également prohibée pour les infractions purement militaires, infractions qui ne sont également pas définies, mais l'on s'accorde à considérer comme telles la violation d'obligations militaires selon la loi de l'Etat requis comme l'insoumission, la désertion, l'abandon de poste, la désobéissance à un supérieur, en bref des infractions commises par des militaires en relation avec leurs fonctions et souvent motivées par des raisons de conscience.
75. Il apparaît donc excessif de considérer que la directive s'en tiendrait au critère exclusif de la gravité du crime qui « conduit à une dépolitisation systématique des infractions graves commises dans un but politique », en ce sens V. Chetail, « Les relations entre le droit de l'extradition et le droit des réfugiés », in Asile et extradition - Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié, Chetail Vincent et Laly-Chevalier Caroline (dir.) Bruylant, 2014, p. 82.
76. CE, 28 février 2001, Silva Handari Dewage.
77. Cet article transpose l'article 14 de la directive en y apportant quelques modifications dont la substitution d'une simple faculté de faire à l'obligation initialement prévue.
78. Elle a ainsi jugé que « si le soutien à une association terroriste peut autoriser la révocation du titre de séjour d'un réfugié au titre des « raisons impérieuses liées à la sécurité nationale ou à l'ordre public », cette révocation « ne prive pas l'intéressé de son statut de réfugié », (CJUE, 24 juin 2015, Aff. C-373/13). Voir Teitgen-Colly (C.) Etude « Réfugiés et protection subsidiaire » in Dictionnaire permanent du droit des étrangers, Ed. Législatives.

79. Avis n° 54/2015 adopté le 5 février 2016 par le Groupe de travail sur la détention arbitraire. Les Etats membres de l'Union ont l'obligation d'exécuter un tel mandat, le pouvoir exécutif n'intervenant au demeurant pas dans cette procédure exclusivement judiciaire. De surcroît, la CJUE, appelée à statuer sur l'articulation du mandat d'arrêt européen avec le droit de demander asile, a relevé, dans sa première décision en la matière, que parmi les motifs de non-exécution de ce mandat énumérés aux articles 3 et 4 de la décision cadre n° 2002/584/JAI du 13 juin 2002, « ne figure pas l'existence d'une demande d'asile ni d'une demande d'octroi de statut de réfugié ou de protection subsidiaire » (CJUE, 21 octobre 2010, IB, 306/09). Elle a toutefois rappelé depuis que les Etats de l'Union sont tenus dans son exécution au respect des droits fondamentaux dans l'Etat d'accueil et a admis une exception non prévue par la décision-cadre fondée sur ce respect, précisément en cas de détention présentant un risque réel de traitements inhumains ou dégradants (CJUE 5 avril 2016, Aranyosi n° C-404/15 et Caldaru, C-659/15 PPU. La réponse de la Cour était d'autant plus attendue que la Cour constitutionnelle allemande s'était prononcée le 15 décembre 2015 contre l'exécution d'un mandat d'arrêt européen pour violation de la dignité européenne, en se fondant sur le respect de l'identité constitutionnelle allemande, manifestant ainsi une certaine défiance à l'égard du régime juridique de ce mandat d'arrêt).

80. Cette convention de 1909 reconnaît qu'un Etat ne peut être contraint d'extrader un individu pour des infractions à caractère politique (article 6). Un nouveau traité d'extradition du 23 avril 1996 non encore ratifié reprend cette interdiction et y ajoute une clause de « dépolitisation » de certaines infractions graves en relation avec le terrorisme.

81. Selon l'article 33-1, « Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

82. Cass. Crim, 21 sept. 1984.

83. CE, Ass. 1er avril 1988, Bereciartua Echarri, n° 85234.

84. Ce qui n'empêche pas l'Office et la CNDA d'être saisis, parallèlement à la contestation de la procédure d'extradition devant le Conseil d'Etat, d'une demande de la qualité de réfugié, à charge pour la CNDA en cas de refus de cette qualité par le Conseil d'Etat « d'apprécier, par une décision qui se substitue à celle de l'Office et à la date à laquelle il statue, si l'intéressé justifie de la qualité de réfugié ou a droit au bénéfice de la protection subsidiaire, au vu de l'ensemble des éléments relatifs à sa demande, y compris ceux résultant notamment des constatations et appréciations du juge de l'extradition » (CNDA, grande formation, 20 juillet 2016, n° 14029688).

85. L'on garde évidemment en mémoire la déroute rocambolesque, si elle n'était aussi grave, imposée à l'avion du Président de la République, Evo Morales, alors qu'il rentrait de Moscou en Bolivie en raison du risque que Snowden y ait pris place car le président Morales s'était dit prêt à accueillir sa demande d'asile. Si l'ouverture de l'espace aérien est un droit de l'Etat souverain sur son territoire, une telle interdiction opposée après décollage de l'avion et approbation au préalable de son plan de vol, qui a conduit l'avion à faire escale à Vienne, a constitué une pratique sans précédent suscitant les plus vives protestations dans toute l'Amérique latine que n'ont pas taries les « regrets » exprimés par le ministre français des affaires étrangères.

86. Voir en la matière la réflexion particulièrement stimulante de G. de Lagasnerie, *op.cit.*

87. Dans son avis sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 26 mai 2016, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a recommandé « s'agissant de la garantie effective du droit d'alerte [...] - le droit d'asile des lanceurs d'alerte » (Recommandation n° 4).

RÉSUMÉS

Les alertes lancées par Edouard Snowden et Julian Assange s'inscrivent dans le cadre d'un combat fondamentalement politique pour la défense des libertés et de la démocratie. Alors qu'ils sont poursuivis en raison de ce combat, ne doivent-ils pas bénéficier de la protection qu'ils sollicitent au titre du droit d'asile ? Les protections nationales provisoires accordées à Edouard Snowden par la Russie et à Julian Assange par l'Equateur dans son ambassade à Londres, pour essentielles qu'elles soient, constituent la forme la plus archaïque de l'asile puisque dépendant de la faveur du Prince. A l'instar d'autres Etats, la France s'est, pour sa part, refusée à user de cette prérogative souveraine et donc inconditionnée ainsi qu'il ressort des réponses qu'elle a adressées respectivement à ces deux lanceurs d'alertes en quête d'asile. Mais au-delà d'un asile gracieux, ces réponses au demeurant presque identiques rendent implicitement compte d'obstacles au droit de solliciter la qualité de réfugié, clef d'un véritable asile. Pourtant le droit d'asile est consacré comme un droit de valeur constitutionnelle en France et comme un droit fondamental dans l'Union européenne ; droit qui, s'il n'emporte pas un droit absolu à l'asile, comporte du moins celui de demander l'asile, c'est-à-dire en France d'accéder à la procédure légale qui conduit l'OFPRA, sous le contrôle de la Cour nationale du droit d'asile et du Conseil d'Etat, à examiner le bien-fondé de ces demandes. Illustrant une nouvelle fois les obstacles mis en amont de l'examen au fond des demandes d'asile, les refus opposés à Snowden et Assange sont d'autant plus préoccupants qu'ils paraissent éligibles à la qualité de réfugié à titre constitutionnel et à titre conventionnel. Ces refus d'asile à deux figures emblématiques de la défense des droits de l'homme et de la démocratie attestent une nouvelle fois du triomphe de la raison d'Etat, celle qui fait toujours prévaloir la défense des intérêts nationaux géopolitiques, économiques et diplomatiques. Mais ils rendent compte aussi de la crainte qu'inspire une aussi ample dénonciation par ces lanceurs d'alerte de pratiques nationales en complète rupture avec le respect des droits de l'homme et de la démocratie. C'est dire les enjeux essentiels qui s'attachent à leur protection et l'urgente nécessité de la garantir.

The alerts issued by Edouard Snowden and Julian Assange are part of a fundamentally political struggle for the defense of freedoms and democracy. While they are being prosecuted because of this fight, should they not benefit from the protection they seek under the right of asylum ? The provisional national protections granted to Edward Snowden by Russia and to Julian Assange by Ecuador, in his embassy in London, essential as they are, constitute the most archaic form of the asylum, depending on the favor of the Prince. Like other states, France, for its part, refused to use this sovereign prerogative and therefore unconditioned, as it emerges from the replies that it addressed respectively to these two whistleblowers as Asylum seekers. But beyond a graceful asylum, these almost identical answers implicitly account for obstacles to the right to apply for refugee status, the key to a true asylum. Yet the right of asylum is enshrined as a right of constitutional value in France and as a fundamental right in the European Union ; A right which, if it does not entail an absolute right to asylum, at least includes the right to seek asylum, that is to say in France, to accede to the legal procedure which leads OFPRA, under the supervision of the National Court of Asylum and the Council of State, to examine the merits of these applications. Snowden and Assange are all the more disturbing because they appear to be eligible for refugee status on constitutional and other grounds, conventional. These refusals of asylum to

two emblematic figures of the defense of human rights and democracy attest once again to the triumph of reason of State, which always prevails in defense of national geopolitical, economic and diplomatic interests. But they also reflect the fear inspired by such widespread denunciation by these whistleblowers of national practices in complete breach with respect for human rights and democracy. That is to say the essential stakes involved in their protection and the urgent need to guarantee it.

INDEX

Keywords : asylum seekers, right to asylum, graceful asylum, diplomatic asylum, constitutional asylum, conventional asylum, refugee status, exclusion clause, extradition.

Mots-clés : lanceurs d'alerte, droit d'asile, droit de demander asile, droit à l'asile, asile gracieux, asile diplomatique, asile constitutionnel, asile conventionnel, statut de réfugié, clause d'exclusion, extradition.

AUTEUR

CATHERINE TEITGEN-COLLY

Catherine Teitgen-Colly est Professeure à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (ISJPS)