

BVGer E-4066/2006 vom 12. September 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-09-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-4066_2006

FR: TAF E-4066/2006 du 12 septembre 2008

IT: TAF E-4066/2006 del 12 settembre 2008

Regeste

Asile et renvoi (recours réexamen)

Erwägungen

E. 2.1

En vertu de l'art. 31 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), et sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF.

E. 2.2

Les recours qui étaient pendants au 31 décembre 2006 devant l'ancienne Commission suisse de recours en matière d'asile sont traités dès le 1er janvier 2007 par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent (cf. art. 53 al. 2 phr. 1 LTAF). Tel est le cas en l'espèce, dès lors que les décisions rendues par l'ODM concernant l'asile peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 33 let. d LTAF applicable par le renvoi de l'art. 105 al. 1 de la loi fédérale sur l'asile (LAsi, RS 142.31).

E. 2.3

Le nouveau droit de procédure s'applique (art. 53 al. 2 phr. 2 LTAF).

E. 2.4

La recourante a qualité pour recourir. Présenté dans la forme et le délai prescrits par la loi (cf. art. 48 ss PA), le recours est recevable.

E. 3.1

La demande de réexamen (aussi appelée demande de nouvel examen ou de reconsidération), définie comme une requête non soumise à des exigences de délai ou de forme, adressée à une autorité administrative en vue de la reconsidération de la décision qu'elle a prise et qui est entrée en force, n'est pas expressément prévue par la PA. La jurisprudence et la doctrine l'ont cependant déduite de l'art. 4 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst), qui correspond, sur ce point, à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst., RS 101) et de l'art. 66 PA, qui prévoit le droit de demander la révision des décisions (cf. ATF 127 I 133 consid. 6 p. 137, ATF 109 Ib 246 ss ; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, p. 156 ss, spéc. p. 160 ; Ursina Beerli-Bonorand, *Die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone*, Zurich 1985, p. 171 ss, spéc. p. 179 et 185 s., et réf. cit. ; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. II, p.

947 ss.). L'ODM n'est tenu de se saisir d'une demande de réexamen que lorsqu'elle constitue une "demande d'adaptation", à savoir lorsque le requérant se prévaut d'un changement notable de circonstances postérieur au prononcé de sa décision ou, en cas d'absence de recours ou de décision d'irrecevabilité du recours interjeté contre cette décision, lorsqu'elle constitue une "demande de reconsidération qualifiée", à savoir lorsque le requérant invoque un des motifs de révision prévus à l'art. 66 PA, applicable par analogie (cf. Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile [JICRA] 2003 n° 7 consid. 1 p. 42 s., JICRA 1995 no 21 p. 199 ss, JICRA 1993 n° 25 consid. 3b p. 179). Toutefois, si la demande d'adaptation porte sur le réexamen d'un refus de l'asile (et non simplement d'une mesure de renvoi), l'art. 32 al. 2 let. e LAsi sera, en principe, applicable (cf. JICRA 1998 n° 1 consid. 6 let. a à c p. 11 ss). En outre, une demande de reconsidération qualifiée ne pourra pas être traitée comme telle lorsqu'il y a eu une décision (matérielle) sur recours ; dans ce cas, seule la procédure de révision est ouverte pour faire valoir des faits nouveaux antérieurs ou encore de nouveaux moyens de preuve, qui ne tendent pas à une nouvelle administration de preuves, relatifs à des faits antérieurs à la décision sur recours, que ceux-ci aient été invoqués sans pouvoir être établis ou qu'ils n'aient pas été invoqués par ignorance ou défaut de preuve ("nova improprement dits").

E. 3.2

Ainsi, aux conditions précitées, le destinataire d'une décision de l'ODM peut, par une "demande de reconsidération qualifiée", en demander la modification en invoquant un des motifs de révision prévus à l'art. 66 PA, applicable par analogie, notamment l'existence de faits ou des moyens de preuve "nouveaux".

E. 3.2.1

Sont "nouveaux", au sens de l'art. 66 al. 2 let. a PA, les faits qui se sont produits avant le prononcé de la décision sur recours, mais que l'auteur de la demande a été empêché sans sa faute d'alléguer dans la procédure précédente ; les preuves nouvelles, quant à elles, sont des moyens inédits d'établir de tels faits, inconnus ou non allégués sans faute, ou encore de démontrer des faits connus et allégués, mais improuvables lors de la prise de la décision de base (cf. JICRA 1995 n° 21 consid. 3a p. 207 et références citées, JICRA 1995 n° 9 consid. 5 p. 80 s., JICRA 1994 n° 27 consid. 5 p. 198 s.).

E. 3.2.2

En outre, ces faits ou preuves ne peuvent entraîner la révision ou le réexamen que s'ils sont "importants", c'est-à-dire de nature à influencer - ensuite d'une appréciation juridique correcte - sur l'issue de la contestation ; cela suppose, en d'autres termes, que les faits nouveaux soient décisifs et que les moyens de preuve offerts soient propres à les établir (cf. ATF 118 II 205, ATF 108 V 171, ATF 101 Ib 222 ; JAAC 40.4 ; JICRA 1995 n° 9 p. 81 ; Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. V, Berne 1992, ad art. 137 OJ, p. 32 ; Walter Kälin, Grundriss des Asylverfahrens, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990, p. 262 s.). Ce qui est décisif, c'est que le moyen de preuve ne serve pas à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers. Ainsi, il ne suffit pas qu'un nouveau rapport médical donne une appréciation différente des faits ; il faut des éléments de fait nouveaux, dont il résulte que les bases de la décision entreprise comportaient des défauts objectifs. Pour justifier la révision (respectivement, le réexamen) d'une décision, il ne suffit pas que le médecin ou expert tire ultérieurement, des faits connus au moment du jugement principal, d'autres conclusions que le tribunal. Il n'y a pas non plus

motif à révision (respectivement, à réexamen) du seul fait que le tribunal paraît avoir mal interprété des faits connus déjà lors de la procédure principale. L'appréciation inexacte doit être la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuve de faits essentiels pour le jugement (cf. ATF 127 V 353 consid. 5b et jurispr. cit.).

E. 3.2.3

Enfin, une demande de nouvel examen ne saurait servir à remettre continuellement en question des décisions administratives (ATF 109 Ib 246 ss consid. 4a p 250 s. ; JAAC 40.87 p. 86 notamment). En conséquence, il y a lieu d'exclure le réexamen d'une décision de première instance entrée en force lorsque le requérant le sollicite en se fondant sur des moyens qu'il aurait pu invoquer par la voie du recours contre cette décision au fond (JAAC 35.17 p. 65, JAAC 36.18 p. 50 ; Peter Saladin, *Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes*, Bâle 1979, p. 100). Si les nouveaux moyens de preuve sont destinés à prouver des faits allégués antérieurement, le requérant doit aussi démontrer qu'il ne pouvait pas les produire dans la procédure précédente. Cette impossibilité implique que le requérant a fait preuve de toute la diligence que l'on pouvait exiger d'un plaideur consciencieux pour réunir non seulement les faits, mais encore les moyens de preuve à l'appui de sa cause (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 335/05 du 12 septembre 2006 consid. 3.2 ; voir aussi arrêt du Tribunal fédéral 2A.214/2005 du 26 avril 2005 consid. 5.1). En effet, la révision (ou le réexamen) ne doit pas servir à réparer une omission qui aurait pu être évitée par un requérant diligent. On appréciera la diligence requise avec moins de sévérité en ce qui concerne l'ignorance des faits, dont la découverte est souvent due au hasard, que l'insuffisance des preuves au sujet de faits connus, la partie ayant le devoir de tout mettre en oeuvre pour prouver ceux-ci dans la procédure principale (cf. arrêt du Tribunal fédéral C 176/06 du 5 juillet 2007 consid. 3.3.2 et doctrine citée).

E. 3.2.4

La demande de reconsidération qualifiée doit suivre les règles de forme de la demande de révision. Par conséquent, à l'instar de la demande de révision, elle doit mentionner de manière précise, par des conclusions claires, les points du dispositif de la décision contestée sur lesquels elle porte, les motifs de reconsidération, ainsi que les raisons pour lesquelles ces motifs sont applicables au cas d'espèce, et enfin quels points de l'état de fait précédemment retenu doivent être modifiés ; lorsqu'elle est insuffisamment motivée, en ce sens qu'elle n'indique pas de véritables et de substantiels motifs de reconsidération, la demande est irrecevable (cf. JICRA 2003 n° 17 consid. 2c p. 104).

E. 3.3

Comme indiqué au considérant 2.1, et sous réserve de la réglementation relative aux cas visés par l'art. 32 al. 2 let. e LAsi, la personne concernée par une décision entrée en force peut également en demander la reconsidération à l'autorité de première instance, en se prévalant d'un changement notable de circonstances ; peu importe qu'elle ait fait ou non l'objet d'une décision sur recours.

E. 3.3.1

Une telle demande de réexamen tend à faire adapter par l'autorité de première instance sa décision parce que, depuis son prononcé, s'est créée une situation nouvelle dans les faits ou exceptionnellement sur le plan juridique, qui constitue une modification notable des circonstances (cf. JICRA 1995 n° 21 consid. 1b p. 203 s. et réf. cit. ; ATF 109 Ib 253 et jurispr. cit. ; cf. également Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli, *Allgemeines*

Verwaltungsrecht, 2e éd., Berne 2005, p 275 ; Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 347 ; Kölz / Häner, op. cit., p. 160 ; René Rhinow / Heinrich Koller / Christina Kiss-Peter, Öffentliches Prozessrecht und Grundzüge des Justizverfassungsrechts des Bundes, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994, p. 12 s.). Conformément au principe de la bonne foi, le requérant ne peut pas, par le biais d'une telle demande, invoquer des faits qu'il aurait pu invoquer précédemment (cf. JICRA 2000 no 5 p. 44 ss).

E. 3.3.2

La demande d'adaptation doit également être suffisamment motivée (cf. JICRA 2003 n° 7 p. 41), en ce sens que l'intéressé ne peut pas se contenter d'alléguer l'existence d'un changement de circonstances, mais doit expliquer, en substance, en quoi les faits dont il se prévaut représenteraient un changement notable des circonstances depuis la décision entrée en force ; à défaut, l'autorité de première instance n'entre pas en matière et déclare la demande irrecevable.

E. 4

En l'occurrence, le Tribunal constate qu'il n'y a jamais eu de décision matérielle finale de la part des autorités de recours compétentes (ni de la Commission suisse de recours en matière d'asile jusqu'au 31 décembre 2006 ni du Tribunal depuis cette date). En tant qu'elle vise le réexamen du refus de l'asile du 4 mai 2001, voire de la décision de rejet de la demande de reconsidération du 7 novembre 2003, la demande du 13 octobre 2005 constitue une "demande de reconsidération qualifiée" pour un motif tiré de l'art. 66 al. 2 let. a PA (production d'un nouveau moyen de preuve d'un fait antérieur à ces deux décisions, non invoqué en procédure ordinaire, mais invoqué dans la demande du 29 octobre 2003) ; elle a d'ailleurs été traitée comme telle par l'ODM. En tant qu'elle vise le réexamen de la décision d'exécution du renvoi prononcé le 4 mai 2001, voire de la décision du 28 juin 2004, en raison d'une détérioration postérieure de l'état de santé de l'intéressée, la demande doit être qualifiée de "demande d'adaptation".

E. 5

Il convient d'abord d'examiner le recours en tant qu'il conteste le rejet de la demande de reconsidération qualifiée de la décision du 4 mai 2001, voire de celle du 7 novembre 2003 en matière d'asile.

E. 5.1

Le motif de réexamen invoqué par l'intéressée dans sa demande du 13 octobre 2005 relève d'un moyen de preuve nouveau (rapport d'expertise psychologique du 19 septembre 2005) portant sur un fait antérieur allégué déjà dans sa deuxième demande de réexamen du 29 octobre 2003, à savoir sur l'événement traumatique - le viol collectif dont elle aurait été victime lors d'une perquisition policière au domicile familial en (...) 2001 - dont elle entend démontrer la réalité.

E. 5.2

Dans sa décision du 7 novembre 2003, l'ODM a considéré que cet événement traumatique, autrement dit le viol collectif prétendument subi, n'était pas établi. Cette décision sur réexamen est revêtue de la force de chose décidée, depuis la décision, rendue par la CRA le 12 janvier 2004, d'irrecevabilité du recours. Dans sa demande de réexamen du 16 juin 2004, l'intéressée n'a pris des conclusions qu'en matière d'exécution du renvoi ; elle y a toutefois produit un certificat médical, certes, incomplet et provisoire, mais faisant néanmoins état de

liens possibles entre ses troubles psychiques et le viol allégué antérieurement. Dans sa dernière demande de réexamen du 13 octobre 2005, qui conclut, cette fois-ci, à nouveau au réexamen du refus de l'asile, l'intéressée fait valoir qu'elle n'a pas pu produire l'expertise privée du 19 septembre 2005 plus tôt en raison d'un manque de ressources financières. Elle a déclaré, en substance, n'avoir pu produire ce rapport concluant quant à l'événement traumatique allégué que grâce au soutien financier d'Amnesty International, organisme avec lequel elle a été mise en contact par l'intermédiaire de l'Association U._____. Cet argument n'est juridiquement pas fondé. D'une part, ce qui importe ce n'est pas tant le fait que l'intéressée n'ait pas pu invoquer cet événement traumatique en procédure ordinaire, incapacité qui ne lui était pas imputable (cf. JICRA 2003 n° 17). Au contraire, dans la mesure où l'ODM a été saisi de plusieurs demandes de réexamen, lesquelles ont chacune fait l'objet d'une décision, la question qui se pose est celle de savoir si, compte tenu de son devoir de diligence (cf. consid. 2.2.3 ci-dessus), l'intéressée aurait dû produire ce moyen de preuve (ou un autre de valeur analogue) dans l'une des procédures de réexamen précédentes, et, cas échéant conclure également au réexamen du refus de l'asile. D'autre part, l'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine ni sa désignation sous la forme d'un rapport ou d'une expertise, mais bel et bien son contenu. A cet égard, il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 195/02 du 22 mai 2003, consid. 2.1.1 et juris. cit. ; cf. également JICRA 2002 no 18 consid. 4a/aa). Or, il ressort du dossier de la cause que le viol collectif a été allégué pour la première fois le 29 octobre 2003. La recourante a bénéficié d'un suivi médical à compter du mois d'août 2003 pour les troubles en lien avec cet événement traumatique ; d'abord auprès du docteur E._____, puis, depuis mai 2004, auprès de G._____, psychologue, au centre de consultation de l'association H._____, ensuite auprès de la doctoresse K._____ au sein du même centre, et enfin, depuis juillet 2006, au cabinet de celle-ci. Si le rapport médical du 15 juin 2004 était incomplet et provisoire, puisqu'il était établi après un mois de suivi, la recourante n'a nullement démontré qu'il lui avait été impossible de demander à l'ODM, puis à la CRA, la fixation d'un délai en vue de produire un certificat médical complémentaire concluant, à l'appui d'une nouvelle demande de réexamen du refus de l'asile. En outre, elle n'a pas démontré qu'un suivi de près de deux ans aurait été nécessaire pour permettre à son médecin traitant, la doctoresse K._____, d'établir un certificat médical complémentaire circonstancié et motivé dont elle aurait pu invoquer les résultats. Elle n'a pas non plus allégué ni établi avoir en vain sollicité la rédaction d'un tel certificat par celle-ci. Au contraire, ce n'est qu'après avoir été instamment priée de quitter le territoire suisse que l'intéressée a sollicité, par l'entremise de l'Association U._____, un entretien avec Amnesty international en vue d'une expertise privée.

E. 5.3

Aussi, l'intéressée n'a pas démontré qu'il lui avait été impossible de produire, dans des délais raisonnables, à une époque où elle était déjà représentée, un constat médical complémentaire circonstancié et motivé attestant de la compatibilité des troubles invoqués avec l'anamnèse incluant la référence à l'événement traumatique allégué. La recourante n'ayant pas fait preuve de la diligence requise, le Tribunal en conclut que le moyen de preuve déposé le 13 octobre 2005, près de deux ans après l'invocation du viol et 21 mois

après l'entrée en force, le 12 janvier 2004, de la décision du 7 novembre 2003 de rejet de la demande de réexamen, est tardif (cf. art. 67 al. 1 PA et JICRA 2000 no 5 p. 44 ss). Dans ces conditions, le Tribunal estime qu'il peut laisser indécise la question de savoir si ce moyen aurait été, en soi, propre à prouver l'existence d'une persécution passée pour des motifs d'ordre politique ou analogues exhaustivement énumérés à l'art. 3 LAsi, malgré les sérieux doutes qu'il peut exprimer à ce sujet dès lors que ce moyen semble ne pas constituer une preuve découverte subséquemment, mais tend plutôt à une nouvelle administration des preuves.

E. 5.4

Partant, le recours, en tant qu'il conteste le rejet de la demande de reconsidération qualifiée, doit être rejeté.

E. 6

Il reste à examiner le recours en tant qu'il porte sur le rejet de la demande d'adaptation de la décision du 4 mai 2001, voire de la décision du 28 juin 2004 en matière d'exécution du renvoi, présentée pour le motif tiré d'une détérioration de l'état de santé de l'intéressée.

E. 6.1

La demande de réexamen de la décision d'exécution du renvoi a été déposée le 13 octobre 2005. Le droit matériel applicable à l'époque à cette demande était constitué par l'art. 14a al. 4 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, dans sa version du 26 juin 1998 (LSEE, RO 1999 2299). La décision de l'ODM du 2 novembre 2005 est l'objet du présent recours. Entre-temps, la LSEE a été abrogée par la nouvelle loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20), entrée en vigueur le 1er janvier 2008. Ainsi, l'admission provisoire est, depuis le 1er janvier 2008, régie par l'art. 83 LEtr. Cette disposition a remplacé l'art. 14a LSEE. Bien que les définitions contenues à l'art. 83 al. 2 à 4 LEtr sur le caractère possible, licite et exigible de l'exécution du renvoi comprennent des modifications rédactionnelles par rapport à l'art. 14a al. 2 à 4 LSEE, leur contenu matériel n'a pas changé, de sorte que la jurisprudence en la matière demeure applicable (cf. Message concernant la loi sur les étrangers, du 8 mars 2002, FF 2002 3573 s. ; Message concernant la modification de la loi sur l'asile, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 4 septembre 2002, FF 2002 6403). Certes, la clause d'exclusion de l'art. 83 al. 7 LEtr, introduite durant les travaux parlementaires, semble avoir une portée différente de celle de l'art. 14a al. 6 LSEE, plus extensive, dès lors qu'elle prévoit en particulier l'exclusion de l'admission provisoire pour inexigibilité de l'exécution du renvoi lorsque l'impossibilité d'exécuter ce renvoi est dû au comportement de l'étranger ; cette question n'a toutefois pas lieu d'être définitivement tranchée dans la présente affaire comme on le verra plus loin.

E. 6.2

Compte tenu de ce changement de législation, il se pose la question de savoir quel est le droit matériel applicable à la présente cause. Selon la pratique en vigueur avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la révision totale de l'organisation judiciaire et de la modification du 16 décembre 2005 de la loi sur l'asile, fondée en particulier sur le principe de l'unité et de l'exclusivité de la procédure d'asile au-delà de l'entrée en force d'une décision de refus de l'asile et de renvoi (cf. art. 14 LAsi, dans sa teneur antérieure, et art. 44 al. 1 LAsi), les procédures de réexamen de l'exécution d'un renvoi ordonné sur la base de l'art. 44 al. 1 LAsi étaient essentiellement fondées sur le droit d'asile (cf. art. 44 al. 2 à 5 et

art. 105 al. 1 let. c et al. 4 LAsi, dans leur teneur antérieure), le droit des étrangers ne s'appliquant que subsidiairement par renvoi. On pourrait en conclure que seul le chiffre III de la modification du 16 décembre 2005 de la loi sur l'asile, relatif aux dispositions transitoires (entré en vigueur le 1er janvier 2007), est applicable au présent cas d'espèce ; selon cette disposition, les procédures pendantes à l'entrée en vigueur de cette modification sont régies par le nouveau droit (RO 2006 4762 et 4767) ; dans cette conception, le nouveau droit comprendrait également le nouvel art. 44 al. 2 LAsi, lui-même entré en vigueur le 1er janvier 2008 (RO 2007 5573), lequel renvoie désormais expressément à la nouvelle loi sur les étrangers ; ce chiffre III correspond par ailleurs à l'art. 121 al. 1 LAsi qui visait la transition entre l'ancienne loi sur l'asile du 5 octobre 1979 et la nouvelle loi sur l'asile du 26 juin 1998. Selon une autre approche, il conviendrait de tenir compte du fait que le chiffre III de la modification du 16 décembre 2005 de la loi sur l'asile est complété par le chiffre IV, relatif à la coordination avec la nouvelle LEtr, qui précise qu'à l'entrée en vigueur de cette seconde loi (intervenue le 1er janvier 2008), la LEtr est elle-même amendée par l'introduction d'un nouvel art. 126a al. 4 (RO 2006 4765 et RO 2007 5573). Cette dernière disposition prescrit que les personnes admises à titre provisoire avant l'entrée en vigueur de la modification du 16 décembre 2005 et de la LEtr sont, en principe, soumises au nouveau droit ; toute admission prononcée en vertu de l'art. 44 al. 3 LAsi restera valable. Elle constitue une exception au principe de l'art. 126 al. 1 LEtr (RO 2007 5480 et 5487) et vise les personnes ayant bénéficié précédemment d'une décision d'admission provisoire prononcée par l'ODM, que celle-ci soit entrée en force ou qu'elle ne l'ait pas encore été (en raison d'un recours en suspens contre le prononcé conjoint de refus de l'asile et de renvoi). Elle ne concerne donc pas les personnes ayant recouru contre un refus de l'asile, accompagné d'un renvoi lui-même doublé d'une mesure d'exécution dudit renvoi. On pourrait en conclure que pour ces personnes c'est la règle de l'art. 126 al. 1 LEtr qui reste applicable, dans la mesure tout au moins où l'art. 44 al. 2 LAsi, dans sa teneur entrée en vigueur le 1er janvier 2008, lequel renvoie explicitement à la LEtr (et non plus à la LSEE), ne paraît pas applicable à une procédure de réexamen d'une décision de renvoi entrée en force, elle-même rendue sous l'empire de l'ancien droit (LAsi dans sa teneur précédente et LSEE). Or, selon l'art. 126 LEtr, l'ancien droit demeure applicable aux demandes déposées avant le 1er janvier 2008 (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse [ATAF] 2008 no 1 p. 1 ss et arrêt du Tribunal fédéral 2C_38/2008 du 2 mai 2008). Enfin, même si l'on admet que l'art. 44 al. 2 LAsi, dans sa teneur du 1er janvier 2008, qui renvoie dorénavant à la LEtr (par nécessité, suite à l'abrogation de la LSEE), doit être appliqué au présent cas d'espèce, on pourrait encore en déduire que ce renvoi à la LEtr porterait non seulement sur les dispositions de fond, mais aussi sur les dispositions transitoires de cette loi, en particulier sur l'art. 126 al. 1 LEtr. Ainsi, sur la base de cette seconde approche, l'ancien droit demeurerait applicable aux demandes de réexamen de l'exécution d'un renvoi déposées avant cette date, y compris sur celles qui portent sur des décisions elles-mêmes rendues sur la base de l'art. 44 LAsi dans la version en vigueur avant le 1er janvier 2008. Cela étant, le Tribunal s'abstient de trancher définitivement cette question du droit applicable in casu. Il peut la laisser indécise, dès lors que le nouveau droit, sous réserve de l'art. 83 al. 7 LEtr, n'apporte pas de modification matérielle (cf. consid. 5.1) et que les clauses d'exclusion de l'art. 14a al. 6 LSEE et de l'art. 83 al. 7 LEtr demeurent sans incidence sur le présent cas d'espèce (cf. consid. 6.6.6). Pour des raisons de clarté, le Tribunal citera dans les considérants qui suivent, les dispositions matérielles concernées tant de la LEtr que de la LSEE.

E. 7.1

Si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée, l'Office fédéral des migrations décide d'admettre provisoirement l'étranger (art. 14a al. 1 LSEE). L'office décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée (art. 83 al. 1 LEtr). L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut quitter la Suisse, ni être renvoyé, ni dans son Etat d'origine ou de provenance, ni dans un Etat tiers (art. 14a al. 2 LSEE). L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son Etat de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces Etats (art. 83 al. 2 LEtr). L'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son Etat d'origine ou de provenance ou dans un Etat tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (art. 14a al. 3 LSEE). L'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son Etat d'origine, dans son Etat de provenance ou dans un Etat tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (art. 83 al. 3 LEtr). L'exécution ne peut notamment pas être raisonnablement exigée si elle implique la mise en danger concrète de l'étranger (art. 14a al. 4 LSEE). L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (art. 83 al. 4 LEtr).

E. 7.2

Les conditions imposant l'octroi de l'admission provisoire en vertu de l'art. 14a LSEE ou de l'art. 83 LEtr (pour impossibilité, illicéité ou inexigibilité de l'exécution du renvoi) sont de nature alternative : dès qu'il existe un empêchement conforme à l'une ou l'autre de ces conditions légales, l'exécution du renvoi ne peut plus être ordonnée et la poursuite du séjour de l'intéressé en Suisse doit être réglée par le biais d'une prolongation de l'admission provisoire (voir à ce propos la jurisprudence publiée dans JICRA 2006 n° 6 consid. 4.2. p. 54 s., JICRA 2006 n° 11 p. 112 ss, JICRA 2006 no 23 p. 227 ss, JICRA 2001 no 17 consid. 4d p. 131). En l'occurrence, la recourante requiert l'adaptation de la décision du 4 mai 2001, respectivement de la décision du 28 juin 2004 en défendant le point de vue que la détérioration de son état de santé a rendu l'exécution de son renvoi inexigible. C'est sur cette question que le Tribunal entend porter plus particulièrement son examen.

E. 7.3

L'art. 14a al. 4 LSEE, respectivement l'art. 83 al. 4 LEtr s'applique en premier lieu aux "réfugiés de la violence", soit aux étrangers qui ne remplissent pas les conditions de la qualité de réfugié parce qu'ils ne sont pas personnellement persécutés, mais qui fuient des situations de guerre, de guerre civile ou de violences généralisées, et ensuite aux personnes pour qui un retour reviendrait à les mettre concrètement en danger, notamment parce qu'objectivement, au regard des circonstances d'espèce, elles seraient, selon toute probabilité, conduites irrémédiablement à un dénuement complet, exposées à la famine, et ainsi à une dégradation grave de leur état de santé, à l'invalidité, voire à la mort (cf. ATAF 2007/10 consid. 5.1 p. 111 ; JICRA 2002 n° 11 consid. 8a p. 99). L'autorité à qui incombe la décision doit donc dans chaque cas confronter les aspects humanitaires liés à la situation dans laquelle se trouverait l'étranger concerné dans son pays après l'exécution du renvoi à l'intérêt public militant en faveur de son éloignement de Suisse (cf. JICRA 1999 n° 28 p. 170 et jurispr. citée, JICRA 1998 n° 22 p. 191).

E. 7.3.1

S'agissant plus spécifiquement des personnes en traitement médical en Suisse, l'exécution du renvoi ne devient inexigible, en cas de retour dans leur pays d'origine ou de provenance, que dans la mesure où elles pourraient ne plus recevoir les soins essentiels garantissant des conditions minimales d'existence ; par soins essentiels, il faut entendre les soins de médecine générale et d'urgence absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine (cf. Gabrielle Steffen, *Droit aux soins et rationnement*, Berne 2002, p. 81 s. et 87). L'art. 14a al. 3 LSEE (resp. l'art. 83 al. 4 LEtr), disposition exceptionnelle tenant en échec une décision d'exécution du renvoi, ne saurait en revanche être interprété comme une norme qui comprendrait un droit de séjour lui-même induit par un droit général d'accès en Suisse à des mesures médicales visant à recouvrer la santé ou à la maintenir, au simple motif que l'infrastructure hospitalière et le savoir-faire médical dans le pays d'origine ou de destination de l'intéressé n'atteint pas le standard élevé qu'on trouve en Suisse (cf. JICRA 1993 n° 38 p. 274 s.). Il ne suffit pas en soi de constater, pour admettre l'inexigibilité de l'exécution du renvoi, qu'un traitement prescrit sur la base de normes suisses ne pourrait être poursuivi dans le pays de l'étranger. En effet, ce qui compte, c'est l'accès à des soins, cas échéant alternatifs, qui, tout en correspondant aux standards du pays d'origine, sont adéquats à l'état de santé de l'intéressé, fussent-ils d'un niveau de qualité, d'une efficacité de terrain (ou clinique) et d'une utilité (pour la qualité de vie) moindres que ceux disponibles en Suisse ; en particulier, des traitements médicamenteux (par exemple constitués de génériques) d'une génération plus ancienne et moins efficaces, peuvent, selon les circonstances, être considérés comme adéquats. Si les soins essentiels nécessaires peuvent être assurés dans le pays d'origine ou de provenance de l'étranger concerné, cas échéant avec d'autres médicaments que celles prescrites en Suisse, l'exécution du renvoi dans l'un ou l'autre de ces pays sera raisonnablement exigible. Elle ne le sera plus, au sens de l'art. 14a al. 3 LSEE (resp. l'art. 83 al. 4 LEtr) si, en raison de l'absence de possibilités de traitement adéquat, l'état de santé de l'intéressé se dégraderait très rapidement au point de conduire d'une manière certaine à la mise en danger concrète de sa vie ou à une atteinte sérieuse, durable, et notablement plus grave de son intégrité physique (cf. Gottfried Zürcher, *Wegweisung und Fremdenpolizeirecht : die verfahrensmässige Behandlung von medizinischen Härtefällen*, in Schweizerisches Institut für Verwaltungskurse, *Ausgewählte Fragen des Asylrechts*, Lucerne 1992). Cela dit, il sied de préciser que si, dans un cas d'espèce, le grave état de santé ne constitue pas en soi un motif d'inexigibilité sur la base des critères qui précèdent, il peut demeurer un élément d'appréciation dont il convient alors de tenir compte dans le cadre de la pondération de l'ensemble des éléments ayant trait à l'examen de l'exécution du renvoi (cf. JICRA 2003 n° 24 consid. 5b p. 157 s.).

E. 7.4

Par décision du 28 juin 2004 revêtue de la force de chose décidée, l'ODM a considéré que la détérioration de l'état psychique de l'intéressée en 2003 était établie, mais ne constituait pas un motif d'empêchement à l'exécution de son renvoi. Partant, il convient d'apprécier si l'état de santé de celle-ci s'est détérioré depuis l'issue de cette procédure en réexamen (cf. consid. 2.2.3 et 2.3.1), soit depuis le 24 mai 2005. Si tel est le cas, il convient encore d'apprécier si son état de santé actuel permet d'admettre l'existence d'un changement notable de circonstances, justifiant la modification de la décision prise au terme de la procédure ordinaire. Autrement dit, il convient d'apprécier si l'état de santé de la recourante démontre que désormais l'exécution de son renvoi la mettrait concrètement en danger, au sens de l'art.

14a al. 4 LSEE (resp. l'art. 83 al. 4 LEtr).

E. 7.5

Les signataires du certificat médical du 15 juin 2004 posaient les diagnostics provisoires suivants : état de stress post-traumatique très probable (F43.1) et trouble mixte anxio-dépressif (F41.2). Le rapport médical du 22 octobre 2007 démontre une évolution négative de l'état de santé de l'intéressée, puisque les diagnostics sont les suivants : état de stress post-traumatique (F43.1) avec une évolution vers une modification durable de la personnalité après une expérience de catastrophe (F62.0) et un trouble dépressif récurrent, épisode actuel moyen avec syndrome somatique (F33.11). La doctoresse a d'ailleurs relevé qu'elle était le témoin d'une dégradation graduelle de l'état de la recourante. Aussi, on peut admettre une nouvelle détérioration de l'état de santé de la recourante depuis le 24 mai 2005.

E. 7.6

Il convient dès lors d'apprécier si cette détérioration conduit à admettre l'existence d'un changement notable de circonstances.

E. 7.6.1

Selon l'expert privé mandaté, I._____, la recourante souffre d'un état psychique profondément traumatisé par les sévices sexuels et corporels vécus. Cette conclusion repose en particulier sur un constat d'authenticité de ses affects et de ses émotions exprimés au cours de l'entretien et lors de la passation du test de Rorschach. Selon la doctoresse K._____, la recourante n'a pas pu bénéficier d'un traitement psychothérapeutique adéquat lui permettant d'éviter une chronicisation, voire une aggravation de son état de santé psychique, car elle n'a pas pu faire état du viol à son arrivée en Suisse. Au vu de ces observations, il apparaît que l'autorité inférieure s'écarte à tort des observations médicales en mettant la dégradation de l'état de santé de l'intéressée en relation uniquement avec le stress lié à la perspective imminente d'un renvoi. En effet, compte tenu des rapports médicaux nouvellement produits, de la gravité des troubles psychiques diagnostiqués et des liens qu'ils font entre ceux-ci et les événements vécus par l'intéressée dans son pays, il apparaît que, contrairement à ce qui avait été retenu dans le cadre des décisions de l'ODM des 7 novembre 2003 et 28 juin 2004, la détérioration de son état de santé psychique, pour laquelle la recourante a sollicité un traitement à compter de 2003, ne saurait s'expliquer par le seul stress lié à la perspective imminente d'un renvoi, abstraction faite de l'opprobre attaché à la violence sexuelle dans la culture albanaise. En effet, certes, conformément au certificat médical du 15 juin 2004, dans un tel contexte, l'idée d'un éventuel retour dans son pays d'origine ne peut être que profondément désespérante et donc aggravante de sa pathologie.

E. 7.6.2

Par ailleurs, la recourante nécessite aujourd'hui un traitement non seulement médicamenteux, mais aussi psychothérapeutique hebdomadaire indispensable, compte tenu de la gravité de ses troubles et des risques sérieux de passage à l'acte suicidaire. En effet, selon la doctoresse K._____, le pronostic sans traitement est très sombre compte tenu de la chronicisation, de l'évolution vers une modification durable de la personnalité et des risques de passage à l'acte suicidaire fréquents. La doctoresse a indiqué de manière convaincante l'existence d'idées suicidaires fréquentes chez l'intéressée et le passage à l'acte autoagressif médicamenteux par celle-ci, indications qui figurent également dans le rapport

d'expertise du 19 septembre 2005. En cas de renvoi, un suivi psychothérapeutique soutenu et régulier serait d'autant plus indispensable que son état s'aggraverait encore.

E. 7.6.3

Selon les informations à disposition de l'autorité de céans, les médicaments et les traitements nécessaires aux troubles psychiques sont, en général, disponibles en Serbie et les personnes enregistrées dans ce pays y ont accès moyennant une modique contribution, voire gratuitement. Toutefois, les institutions médicales publiques serbes se limitent souvent à fournir des médicaments et ne peuvent offrir des traitements psychothérapeutiques, tant la demande est forte en ce domaine et les médecins surchargés. Quant aux deux centres de santé qui se trouvent dans la région d'origine de la recourante, (...), l'une des plus pauvres de Serbie, leur aménagement est rudimentaire. Les médicaments manquent, l'équipement sanitaire le plus simple, comme les seringues, fait défaut et les patients doivent en général se procurer eux-mêmes le matériel nécessaire s'ils veulent être soignés (cf. International Crisis Group, Southern Serbia : in Kosovo's Shadow, 27 juin 2006 p. 1 ; [...]). De plus, la corruption discrimine les individus selon leur revenu et leur lien avec les médecins. Le secteur hospitalier public est largement financé par des paiements de la main à la main (entre patient et médecin), lequel ne donne lieu à aucun remboursement (cf. Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme [FIDH], Serbie : discrimination et corruption, les failles du système de santé, rapport alternatif au rapport présenté par le gouvernement de Serbie-Monténégro, no 416, avril 2005, pp 15, 23 ss). Dans la région d'origine de la recourante, le chômage est extrêmement élevé, en particulier dans la population albanaise (cf. [...]).

E. 7.6.4

Il appert du dossier de la cause que la recourante n'a ni formation professionnelle ni expérience professionnelle (cf. not. p.-v. de l'audition du 2.5.2001 rép. 7 s.). Elle a été contrainte de quitter son pays, rejetée par sa famille, y compris les membres de celle-ci vivant en Suisse (en particulier son frère J. _____), en raison du déshonneur lié au viol dont elle a été victime. En cas de retour en Serbie, elle ne pourrait pas compter sur le soutien de sa famille - qui, d'ailleurs vit dans la municipalité de C. _____ dans des conditions difficiles, en dépit du soutien de son frère J. _____ - et, en raison de sa probable exclusion sociale, y serait confrontée à des difficultés singulièrement accrues à trouver un travail, non seulement en raison de ses troubles psychologiques, mais aussi en raison de son statut de femme seule, qui plus est d'ethnie minoritaire albanaise (cf. Country of Return Information Project, Country sheet Serbia, août 2007, p. 36). En cas de retour en Serbie, la recourante ne serait, selon toute vraisemblance, pas en mesure d'accéder aux soins nécessaires à son état tout en se procurant par elle-même les bases économiques lui permettant de lui assurer un minimum existentiel. En outre, si elle devait retourner dans sa région d'origine - (...) - frappée d'ailleurs par une pénurie d'infrastructures spécialisées et de médecins qualifiés dans le traitement des troubles psychologiques, elle y serait confrontée non seulement au manque de moyens financiers nécessaires pour accéder au traitement psychothérapeutique régulier et médicamenteux qui lui est indispensable, mais encore aux lieux de ses souffrances.

E. 7.6.5

Aussi, compte tenu de la gravité de ses troubles psychiques actuels, du risque d'aggravation supplémentaire de son état de santé psychique en cas d'exécution de son renvoi, du

pronostic très sombre sans traitement et de l'absence de garantie d'accès à ce traitement en Serbie, un retour dans ce pays mettrait la recourante concrètement en danger, au sens explicité ci-dessus (cf. consid. 6.3). Dès lors, l'exécution de son renvoi en Serbie n'est aujourd'hui plus raisonnablement exigible au sens de l'art. 14a al. 4 LSEE (resp. l'art. 83 al. 4 LEtr).

E. 7.6.6

Enfin, il ne ressort du dossier aucun élément dont on pourrait déduire que les conditions d'application de l'art. 14a al. 6 LSEE et de l'art. 83 al. 7 let. a et b LEtr sont remplies, l'intéressée n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation pénale ni mis en danger de quelque manière que ce soit la sécurité et l'ordre publics. De même, il ressort des pièces du dossier que l'impossibilité d'exécuter le renvoi ne paraît pas due au comportement de la recourante, de sorte que la clause de l'art. 83 al. 7 let. c LEtr ne lui est pas non plus opposable (cf. Peter Bolzli, commentaire ad art. 83 LEtr, in : Migrationsrecht, Spescha, Thür, Zünd et Bolzli éd., Zurich 2008, no 7, p. 178 s. et no 23 p. 183 s.).

E. 7.7

Au vu de ce qui précède, le recours en tant qu'il conteste le rejet de la demande d'adaptation de la décision du 4 mai 2001, voire de celle du 28 juin 2004, en matière d'exécution du renvoi doit être admis. La décision de l'ODM du 2 novembre 2005 est annulée en tant qu'elle rejette la demande de réexamen en matière d'exécution du renvoi. Les chiffres quatre et cinq du dispositif de la décision du 4 mai 2001 sont annulés. L'ODM est dès lors invité à prononcer une admission provisoire en faveur de la recourante.

E. 8.1

La demande d'assistance judiciaire partielle ayant été admise, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de procédure.

E. 8.2

Conformément à l'art. 7 al. 1 et al. 4 (appliqué a contrario) du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), la partie qui obtient gain de cause a droit à des dépens pour les frais nécessaires et relativement élevés causés par le litige. Lorsqu'elle ne fait pas parvenir une note détaillée à ce sujet avant le prononcé, l'autorité de recours les fixe d'office et selon sa propre appréciation (cf. art. 14 al. 2 FITAF). En l'espèce, la recourante a eu gain de cause en tant qu'elle contestait le rejet de sa demande d'adaptation en matière d'exécution du renvoi. Il y a dès lors lieu d'allouer des dépens partiels. Ceux-ci sont calculés sur la base du décompte de prestations, d'un montant de Fr. 1'450.-, produit en annexe au recours, et d'un complément pour les frais liés à l'exécution de l'ordonnance du 27 septembre 2007 et à la réplique du 29 novembre 2007, évalués ex aequo et bono à défaut de production d'un décompte actualisé, à Fr. 300.-, soit un total de Fr. 1'750.- Compte tenu du rejet du recours en tant qu'il conteste le rejet de la demande de reconsidération qualifiée en matière d'asile, la recourante se voit attribuer la moitié des dépens ainsi calculés, soit Fr. 875.-. (dispositif : page suivante)