

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2711/2009-PE

ATA/275/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 mai 2012

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur C _____

représenté par Me Pietro Rigamonti, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 août 2011 (JTAPI/966/2011)

EN FAIT

1. Monsieur C_____, né le _____ 1970, est ressortissant tunisien. Il est arrivé en Suisse en mars 1999 et a déposé une demande d'asile que l'office fédérale des migrations (ci-après : l'ODM) a rejetée par décision du 26 juin 2001. L'intéressé a recouru contre cette décision.
2. Le 12 décembre 2002, M. C_____ a épousé à Genève Madame J_____, née en 1959, de nationalité suisse. A la suite du mariage, il a bénéficié d'une autorisation de séjour au titre de regroupement familial. Il a dès lors retiré le recours déposé contre le refus d'asile.
3. Les époux ont cessé de faire vie commune en octobre 2005.
4. Par décision du 7 août 2006, l'office cantonal de la population (ci-après : l'OCP), a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de M. C_____, au motif que le mariage n'existait plus que de manière formelle et qu'il ne pouvait plus se prévaloir d'un droit au séjour, sous peine de commettre un abus de droit.
5. Cette décision a été confirmée sur recours le 7 février 2007 par la commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après : la CCRPE) devenue le 1^{er} janvier 2009 la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), devenue depuis 1^{er} juin 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) qui a retenu que la reprise de la vie commune était exclue et que l'intéressé ne pouvait pas se prévaloir d'une intégration socioprofessionnelle particulière. Il n'avait pas d'attaches familiales en Suisse, toute sa famille résidant en Tunisie.
6. Le 26 octobre 2007, M. C_____ a sollicité auprès de l'OCP l'octroi d'une autorisation de séjour pour traitement médical.

Le 22 juillet 2005, en voulant prendre le bus, il avait été victime d'une chute avec mauvaise réception sur l'épaule, ce qui avait entraîné une impotence fonctionnelle. Il avait été opéré le 14 juillet 2006 aux hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG), mais l'intervention n'avait pas produit le résultat escompté. Une nouvelle intervention était prévue pour le 14 novembre 2007, et il devait être ensuite suivi médicalement. Il devait en outre être à disposition de l'assurance invalidité (ci-après : l'AI) car il avait déposé une demande de prestations le 4 août 2006. Il recevait de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après : SUVA) un montant de CHF 4'436,10.- par mois.
7. Le 27 novembre 2007, le Docteur Rolf M. Anner, médecin traitant de M. C_____, a établi un rapport à l'attention de l'ODM. Il en ressortait que l'intéressé était dans l'impossibilité de bouger le bras droit et prenait des doses

importantes de morphine comme antidouleur. Il était suivi aux HUG et une amélioration du problème de l'épaule prendrait environ six mois. Il souffrait également d'un état anxio-dépressif en relation avec sa situation de vie difficile. Il était souhaitable que l'équipe des HUG qui l'avait opéré une deuxième fois le suive régulièrement jusqu'à la guérison de son épaule.

8. Dans un rapport du 5 novembre 2008, l'ODM a indiqué à l'OCP qu'il existait en Tunisie des infrastructures et un personnel médical apte à traiter les problèmes de santé de l'intéressé. Ce pays bénéficiait notamment d'un réseau exceptionnellement dense de services de soin primaire accessibles à 90% de la population, impliquant la présence d'omnipraticiens (médecins généralistes) sur l'ensemble du territoire national. Le pays était également bien nanti en matière de traitement orthopédiques : il comptait quelque deux cent orthopédistes confirmés, une autre centaine en formation et seize services universitaires.
9. Par décision du 24 juin 2009, l'OCP a refusé de donner une suite favorable à la demande d'autorisation de séjour de M. C_____, au motif que le traitement médical invoqué ne se justifiait pas selon le pronostic de son médecin traitant et, qu'aucun motif déterminant n'imposait la poursuite de son séjour en Suisse. Il était probable qu'il rencontrerait des difficultés à son retour en Tunisie, mais sa situation ne se distinguait pas de celle de bon nombre d'autres étrangers devant regagner leur pays après un séjour en Suisse. L'OCP a également prononcé le renvoi de Suisse de M. C_____, retenant que l'exécution du renvoi était possible, licite et raisonnablement exigible. Un délai de départ au 20 août 2009 lui était imparté.
10. Par courrier daté du 27 juillet 2009, M. C_____ a recouru contre la décision précitée qu'il avait reçue le 1^{er} juillet 2009, auprès de la CCRA, en concluant à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour pour traitement médical, subsidiairement à son admission provisoire ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure. Il persistait dans les explications fournies à l'appui de sa demande en précisant qu'à la suite de sa seconde opération le 16 novembre 2007, son état s'était aggravé avec l'apparition de douleurs chroniques au membre supérieur droit. Sa mobilité était très restreinte avec une persistance des douleurs au moindre mouvement. Il souffrait également d'un état dépressif sévère, associé au syndrome douloureux chronique de l'épaule droite, et était suivi par les services psychiatriques des HUG. Son médecin traitant estimait absolument nécessaire la poursuite du traitement en Suisse.

Sa demande de rente AI était toujours à l'examen. Le 6 février 2009, la SUVA avait annoncé qu'elle se déterminerait en juin 2009 sur l'octroi d'une rente d'invalidité, elle attendait toutefois le résultat des mesures de réadaptation professionnelle qui dépendaient de l'AI, avant de se prononcer. Par ailleurs, le rapport de l'ODM du 5 novembre 2008 ne précisait pas ce qu'il entendait par réseau de soins primaires. Rien n'indiquait que la Tunisie, pays en voie de

développement, était en mesure d'offrir sur tout le territoire national des services psychiatriques de la qualité de ceux offerts à Genève. Faute d'un traitement suffisant, la dépression sévère dont il souffrait pourrait devenir inguérissable. Un renvoi prématuré dans son pays aurait non seulement pour conséquences d'aggraver, mais encore de le priver de ses droits fondamentaux dans la procédure AI. Les mesures de réinsertion professionnelles impliquaient des stages dans ses ateliers de réadaptation qui ne se trouvaient que sur le territoire national Suisse. Il continuait de percevoir les prestations de la SUVA et remplissait ainsi les conditions financières posées à la délivrance d'une autorisation de séjour pour traitement médical.

Diverses pièces, notamment un rapport du 1^{er} septembre 2008 de la Clinique romande de réadaptation, où il avait séjourné du 12 au 19 août 2008 pour une évaluation multidisciplinaire étaient produites. Selon ce dernier document, l'état de santé physique du recourant ne nécessitait aucune mesure spécifique et il ne devait pas s'attendre à une quelconque amélioration par un traitement chirurgical. Il n'y avait en outre pas d'indication à la poursuite de la physiothérapie ambulatoire. Sur le plan psychiatrique, il poursuivait un traitement psychotrope et un suivi était en cours auprès des HUG. Au vu de l'absence d'amélioration tant sur le plan subjectif qu'objectif, et d'une participation jugée faible, il était rentré à son domicile le 29 août 2008. Un rendez-vous était prévu aux HUG début octobre 2008.

11. Dans ses observations du 5 novembre 2009, l'OCP a conclu au rejet du recours en relevant que les arguments soulevés et les documents produits par le recourant n'étaient pas de nature à modifier sa position. S'agissant du traitement psychiatrique, la Tunisie disposait également d'infrastructures et d'un personnel médical aptes à traiter et à suivre le type de pathologie du recourant. L'éventualité d'obtenir des mesures de réinsertion professionnelle impliquant des stages dans des ateliers spécialisés ne permettait pas non plus l'octroi, respectivement le renouvellement, d'une autorisation de séjour. Au demeurant, le recourant était toujours dans l'attente d'une décision de l'AI et il était impossible de prévoir quand celle-ci allait intervenir, conformément à une lettre de son avocat du 7 octobre 2009. Or, l'examen de la demande de prestations AI par les autorités cantonales compétentes n'était pas déterminante quant à l'exécution du renvoi du recourant. En effet, les démarches administratives que ce dernier pouvait encore être appelé à effectuer étaient susceptibles d'être accomplies par l'intermédiaire de son mandataire en Suisse. L'OCP était toutefois disposé, si cela était nécessaire pour la procédure d'AI en cours, à préavis favorablement l'octroi d'un visa ordinaire au recourant.
12. Entendu par la CCRA à l'audience du 16 mars 2010, le recourant a déclaré qu'il se rendait une fois par mois chez le Dr Anner qui le suivait de manière générale pour son état de santé. Pour le suivi spécialisé il se rendait deux fois par

mois aux HUG, auprès du Dr Rosselat. Il bénéficiait d'un traitement médicamenteux « antidépresseurs, antidouleurs, etc ». En Tunisie, il avait encore sa mère, deux frères et trois sœurs. Il n'avait pas de famille en Suisse. Concernant sa demande AI, il allait être convoqué pour une expertise. La SUVA lui versait une rente d'invalidité de 13%, soit environ CHF 600.- par mois. Il bénéficiait d'une aide de la part de l'Hospice général de CHF 200 à 300.- par mois. Selon les avis des médecins traitants, il n'y avait pas d'amélioration possible concernant son bras. Il recourait quotidiennement aux antidouleurs. Lors de cette audience, le conseil du recourant a sollicité que ce dernier soit admis au bénéfice d'un permis humanitaire.

13. Par courrier du 31 mars 2010, la CCRA a demandé au recourant de produire un certificat médical détaillé sur son traitement médicamenteux.
14. Le même jour, la CCRA a par ailleurs demandé à la SUVA de lui indiquer à quel stade se trouvait l'examen de la demande de rente AI déposé par M. C. _____ et dans quel délai une décision pouvait être rendue sur ladite demande.
15. Dans sa réponse du 7 avril 2010, la SUVA a indiqué qu'elle s'était déjà déterminée sur l'octroi d'une rente invalidité en faveur de M. C. _____ et que cette dernière était allouée depuis le 1^{er} juillet 2009. Cette décision avait fait l'objet d'une opposition et la procédure était en cours.
16. Par courrier du 29 avril 2010, le conseil du recourant a envoyé à la CCRA un certificat médical complémentaire des HUG, attestant que le traitement reçu par le recourant consistait en la prise d'antidépresseurs. Concernant le courrier envoyé à la SUVA, une expertise psychiatrique était programmée pour le 28 mai 2010 à Lausanne et des mesures de réadaptation seraient mises en œuvre une fois la procédure AI terminée. Enfin, il a indiqué que cette procédure était contentieuse.
17. Par courrier du 2 juin 2010, la CCRA a invité le recourant à lui faire parvenir une copie de la décision de rente AI et de son opposition, ainsi qu'une copie de l'expertise psychiatrique effectuée le 28 mai 2010.
18. Par pli du 8 juin 2010, le conseil du recourant a répondu à la commission qu'aucune décision de rente AI n'avait été prononcée et que l'expertise psychiatrique effectuée le 28 mai 2010 n'avait pas été rendue.
19. Entendu par le TAPI à une audience de comparution personnelle du 23 août 2011, le recourant a déclaré en substance qu'il ignorait l'état d'avancement de son opposition auprès de l'AI. Depuis l'audience du 16 mars 2010, il avait eu des contacts avec sa famille en Tunisie, notamment sa mère et ses quatre sœurs. Il était retourné dans son pays en avril 2011 pour un séjour de deux mois. Durant ce séjour il avait pris ses médicaments et il s'y sentait mieux qu'à Genève même s'il

était toujours stressé et dormait mal. Depuis quatre mois, il ne consultait plus son psychiatre à Belle-Idée. Son médecin traitant ne lui prescrivait que des médicaments pour dormir. Il souhaitait rester en Suisse pour y être soigné tout en sachant qu'il ne pourrait jamais guérir. Comme il avait eu son accident en Suisse, il estimait que sa vie était ici. Il voulait vivre dans ce pays grâce aux prestations versées à la suite de son accident. Le seul traitement qu'il suivait consistait à prendre des antidouleurs.

20. Par jugement du 23 août 2011, notifié au recourant le 22 septembre 2011, le TAPI a rejeté le recours.

L'intéressé ne suivait pas un traitement particulier pour le syndrome douloureux chronique dont il souffrait à l'épaule droite. D'après le rapport de la Clinique romande de réadaptation du 1^{er} septembre 2008, son état de santé physique ne nécessitait aucune mesure spécifique et il ne devait pas s'attendre à une quelconque amélioration par un traitement chirurgical. Le rapport de l'ODM du 5 novembre 2008 confirmait que la Tunisie était bien nantie en matière de traitements orthopédiques. S'agissant de l'état dépressif dont était également atteint le recourant, le traitement prescrit était des médicaments pour dormir. Par ailleurs, selon le rapport précité de l'ODM, la Tunisie disposait d'infrastructures et d'un personnel aptes à traiter et à suivre le type de pathologie du recourant. Le recourant avait enfin conservé de fortes attaches avec la Tunisie où il s'était rendu dernièrement et où il pourrait compter sur le soutien de sa famille. L'exécution du renvoi du recourant, était possible, licite et raisonnablement exigible.

21. Par pli recommandé du 24 octobre 2011, M. C_____ a recouru contre le jugement précité, qui lui avait été notifié le 25 septembre 2011, auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Principalement, il a conclu à l'annulation du jugement attaqué ainsi qu'à celle de la décision de l'OCP du 24 juin 2009, à la délivrance d'une autorisation de séjour au motif de traitement médical ou pour cas individuel d'extrême gravité, et subsidiairement, renvoyer la procédure au TAPI pour qu'il statue à nouveau, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations pour qu'il se prononce sur la demande d'admission provisoire du M. C_____. Il a persisté dans l'argumentation déjà développée dans ses précédentes écritures

Les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour au sens de l'art. 33 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE - RS 823.21), étaient remplies son état de santé nécessitait une mesure spécifique, à savoir une intervention chirurgicale sur son épaule droite et celle-ci devrait être effectuée par les équipes qui l'avaient déjà opéré. Selon le rapport de l'ODM du 5 août 2008 la Tunisie disposait de possibilités de soin relativement avancées en psychiatrie et orthopédie pour autant toutefois que le traitement ait lieu dans une des grandes villes de Tunisie, alors que l'intéressé était originaire d'une région qui ne figurait pas dans la liste des villes répertoriées dans ce rapport. En interprétant

de manière aussi restrictive l'art. 33 let. a OLE, l'autorité intimée avait violé le droit. Le département fédéral des affaires étrangères, dans des conseils publiés sur son site internet et adressés aux voyageurs qui désiraient se rendre en Tunisie affirmait, que la situation politique était encore instable et que les tensions sociales étaient réelles. Le département recommandait de se faire soigner en Europe dans des cas de blessure grave. Son renvoi contreviendrait ainsi à l'art. 3 de la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'homme des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101).

Par ailleurs, l'autorité intimée ne pouvait pas clore l'instruction sans avoir pris connaissance de tous les rapports concernant son état de santé, en particulier « l'expertise psychiatrique à Lausanne et un rapport d'un psychiatre auquel le médecin traitant l'avait adressé », voir ordonné une expertise orthopédique et psychiatrique. D'après l'art. 83 de la loi fédérale sur les étrangers, du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), l'autorité intimée n'avait pas la compétence pour se prononcer sur sa demande d'admission provisoire. En outre, il devait être mis au bénéfice d'une autorisation de séjour à titre humanitaire puisque il remplissait les conditions posées par l'art. 31 al. 1 de l'ordonnance réglant l'admission, le séjour et l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), vu sa situation individuelle d'extrême gravité.

Deux certificats du Dr Anner datés des 19 août et 20 octobre 2011 confirmant qu'il n'y avait aucune évolution notable de l'état de santé du recourant, tant sur le plan psychique que physique, étaient joints au recours.

22. Le 8 novembre 2011, l'OCP a présenté ses observations en concluant au rejet du recours. Les conditions posées par l'art. 33 OLE étaient cumulatives et devaient être examinées de manière attentive. Il ressortait des dernières pièces du dossier que M. C_____ ne suivait plus de traitement particulier nécessitant un suivi régulier sous contrôle médical, ce que celui-ci avait confirmé lors de son audition devant le TAPI le 23 août 2011. Les moyens financiers nécessaires au traitement et au séjour de l'intéressé n'étaient pas assurés dans la mesure où il faisait appel à l'assistance de l'hospice général. De plus, il ressortait du dossier que le recourant n'entendait pas retourner en Tunisie. L'étranger qui sollicitait une autorisation de séjour pour traitement médical ne bénéficiait d'aucun droit à l'obtenir. Dite autorisation ayant été refusée, l'OCP avait prononcé le renvoi de Suisse du M. C_____ en application de l'art. 66a LEtr (remplacé depuis le 1^{er} janvier 2011 par l'art. 64 al. 1 let. c LEtr). Rien ne s'opposait à l'exécution du renvoi selon l'art. 83 LEtr.
23. Le 28 octobre 2011, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.

24. Par courrier daté du 8 novembre 2011, la chambre administrative a accordé au recourant un délai au 2 décembre 2011 pour formuler toute requête complémentaire.
25. Par pli recommandé du 29 novembre 2011, le recourant a transmis à la chambre administrative un extrait du casier judiciaire vierge ainsi qu'un extrait de l'office des poursuites attestant qu'il faisait l'objet des actes de défaut de biens. La précarité de sa situation financière était liée à son état de santé qui ne lui permettait pas de travailler.
26. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1.. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. A titre liminaire, le recourant se plaint d'une violation du droit d'être entendu, le TAPI ayant clos l'instruction du recours sans avoir pris connaissance de l'expertise psychiatrique qui était prévue à Lausanne et du rapport d'un psychiatre auquel le médecin traitant avait l'adressé.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; 127 III 576 consid. 2c p. 578 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; 130 I 425 consid. 2.1 p. 428 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C.402/2008 du 27 juin 2008 consid. 3.2 ; 2P.205/2006 du 19 décembre 2006 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/655/2010 du 21 septembre 2010 et les réf. citées).

Dans le cadre de la procédure devant le TAPI, l'intéressé a eu l'occasion de présenter sa position, de produire des pièces et de former des réquisitions de preuve. Il affirme aujourd'hui que les expertises susmentionnées étaient

nécessaires, mais sans indiquer concrètement ce qu'elles auraient véritablement pu apporter de plus que celles produites et ses propres explications par rapport à son état de santé. Cet argument sera donc écarté.

3. L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la LEtr et de ses ordonnances d'exécution – en particulier OASA, a entraîné l'abrogation de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20), ainsi que de l'OLE, entre autres. La demande objet de la présente procédure ayant été déposée avant l'entrée en vigueur de la LEtr, la LSEE est applicable en l'espèce, conformément à l'art. 126 al. 1 LEtr.
4. Pour pouvoir résider en Suisse, tout étranger doit être au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement, sauf dans les cas où la loi l'en dispense (art. 1a LSEE).
5. Les art. 31 à 36 OLE régissent les conditions de séjour en Suisse des étrangers sans activité lucrative (écoliers, étudiants, curistes, rentiers et enfants placés). En application de l'art. 33 OLE, des autorisations de séjour peuvent être accordées à des personnes devant suivre un traitement médical, lorsque :
 - a. la nécessité du traitement est attestée par un certificat médical ;
 - b. le traitement se déroule sous contrôle médical ;
 - c. les moyens financiers nécessaires sont assurés.

Ces conditions étant cumulatives (directives de l'ODM, anciennement IMES ; directives et commentaires, entrée, séjour et marché du travail/directives LSEE, 3e éd., 3 mai 2006, n° 52), il faut, pour que l'autorisation de séjour puisse être délivrée, que l'étranger réponde à chacune de celles-ci. Par ailleurs, même dans l'hypothèse où les conditions prévues à l'art. 33 OLE seraient réunies, l'étranger n'a pas un droit à la délivrance (ou au renouvellement) d'une autorisation de séjour, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit (ATF 130 II 281 consid. 2.1, ATF 127 II 161 consid. 1a p. 164 et jurispr. cit.). Ce que n'est pas le cas en l'espèce.

6. En l'espèce, l'examen du dossier permet de constater que si l'état de santé du recourant peut requérir un suivi médical de longue durée, les contrôles et traitements médicaux nécessaires ne doivent pas impérativement être pratiqués en Suisse. Il ressort du certificat du 20 octobre 2011 du Dr Anner qu'à ce jour aucune évolution notable n'était à signaler concernant M. C_____, tant sur le plan psychique que physique. Il ressort en outre du dossier que le recourant ne suit plus de traitement particulier nécessitant un suivi régulier sous contrôle médical. La Tunisie dispose d'infrastructures et d'un personnel médical aptes à traiter et à suivre de traitements orthopédiques et psychiatrique dont est atteint le recourant.

Les médicaments prescrits à ce dernier (antidouleurs et antidépresseurs) sont disponibles dans son pays. Le fait d'être originaire d'une région de Tunisie qui ne figure pas dans la liste des villes répertoriées dans le rapport de l'ODM et de rencontrer des difficultés matérielles pour se déplacer chaque mois pour des soins dans différentes villes citées dans ce rapport, n'est pas un argument suffisant. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le seul fait d'obtenir en Suisse des prestations médicales supérieures à celles offertes dans le pays d'origine ne suffit pas à justifier une exception aux mesures de limitation (ATF 128 II 200 consid. 5.3, p. 209 ; ATA/116/2012 du 28 février 2012 ainsi que jurisprudence et doctrine citées). En outre, l'exception aux mesures de limitation n'a pas non plus pour but de soustraire l'étranger aux conditions de vie de son pays d'origine. On ne saurait dès lors tenir compte des circonstances générales (économiques, sociales ou sanitaires) affectant l'ensemble de la population restée sur place (ATF 123 III 125 consid. 5b/dd p. 133), circonstances auxquelles le recourant serait également exposé en cas de retour dans son pays d'origine (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.206/2000 du 24 juillet 2000 consid. 1c).

Par ailleurs, une autorisation de séjour pour traitement médical en Suisse ne peut être octroyée que dans la mesure où les moyens financiers nécessaires sont assurés (art. 33 let. c OLE). Or, le recourant doit faire appel à l'assistance de l'hospice général et lui-même a admis qu'il ne jouissait pas d'une autonomie financière. Au surplus, l'extrait de l'office des poursuites du 10 novembre 2011 atteste qu'il fait objet d'actes de défaut de biens.

Au vu de ce qui précède, les conditions cumulatives de l'art. 33 OLE n'étant pas remplies, le refus d'autorisation de séjour est fondé.

7. Depuis le 1er janvier 2008, le statut juridique des étrangers en Suisse est régi par la LEtr et ses ordonnances d'exécution, notamment OASA, pour autant qu'il ne soit pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (cf. art. 2 al. 1 LEtr).

Dès lors que la procédure de renvoi cantonale a été déclenchée par la décision de l'OCP du 24 juin 2009, elle est entièrement soumise à la LEtr et à ses dispositions d'exécution (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C_2918/2008 du 1er juillet 2008 ; ATA/637/2010 du 14 septembre 2010 ; ATA/378/2010 du 1er juin 2010).

Aux termes de l'art. 64 al. 1 let. c LEtr, tout étranger dont l'autorisation est refusée, révoquée ou qui n'est pas prolongée après un séjour autorisé est renvoyé de Suisse.

8. Il convient d'examiner s'il se justifie d'inviter l'OCP à proposer à l'ODM d'admettre provisoirement le recourant en raison du caractère impossible, illicite

ou inexigible de l'exécution du renvoi (ATA/116/2012 du 28 février 2012, ATA/793/2010 du 16 novembre 2010 ; ATA/637/2010 du 4 septembre 2010).

Contrairement à ce qu'a allégué le recourant, un étranger ne peut pas solliciter directement une admission provisoire auprès de l'ODM. Selon la jurisprudence, l'admission provisoire n'est pas une autorisation de séjour, mais un simple statut qui règle la présence de l'étranger en Suisse, lorsque le renvoi de ce dernier n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigé. Il appartient à l'ODM de statuer sur l'admission provisoire (art. 83 al. 1 LEtr). Celle-ci « peut » être proposée par les autorités cantonales, mais pas par l'étranger lui-même qui n'a aucun droit à une admission provisoire (art. 83 al. 6 LEtr ; ANDREAS ZÜND/LADINA ARQUINT HILL, op. cit. n^o. 8.103 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2011 du 3 août 2011 consid. 2.2 ; 2D_56/2010 consid. 3.2, destiné à la publication).

9. L'exécution du renvoi n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son état de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces Etats (art. 83 al. 2 LEtr).

En l'espèce, le recourant ne prétend pas que l'exécution de son renvoi serait impossible. Il dispose la nationalité Tunisienne et il est en possession des documents d'identité nécessaires pour voyager, ou en mesure de les obtenir, comme cela a été le cas lors de ses voyages en Tunisie ces dernières années et ce, même lors de la période tendue liée au « printemps arabe ». Il a donc la possibilité de sortir légalement de Suisse pour se rendre dans son pays d'origine, de sorte que l'exécution de son renvoi n'est pas impossible au sens de cette disposition.

10. Le renvoi d'un étranger dans son Etat d'origine ou dans un Etat de provenance ou dans un Etat tiers n'est pas licite lorsqu'il est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (art. 83 al. 3 LEtr).

Le recourant soutient que l'exécution de son renvoi est illicite au motif qu'il contreviendrait à l'art. 3 CEDH. Le retour en Tunisie serait de manière certaine de nature à mettre concrètement et sérieusement en danger sa vie et sa santé à brève échéance. De plus, une nouvelle intervention chirurgicale pour stabiliser son épaule droite ainsi qu'un suivi psychiatrique auprès d'une unité universitaire telle que la clinique spécialisée des HUG étaient nécessaires.

C'est méconnaître la portée de l'art. 83 al. 3 LEtr. Au sens de cette disposition, la mesure de renvoi est illicite lorsque la Suisse contraint un étranger à se rendre dans un pays où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté est menacée de sérieux préjudices en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques, ou encore d'où il risquerait d'être contraint de se rendre dans un tel pays (art. 3 et 5 al. 1 de la loi sur l'asile - LAsi - RS 142.31 ; Arrêt du Tribunal

administratif fédéral E-2119/2011 du 21 avril 2011, consid. 7.1). Il s'agit donc d'abord de l'étranger reconnu réfugié, mais soumis à une clause d'exclusion de l'asile. L'art. 83 al. 3 LEtr vise également l'étranger pouvant démontrer qu'il serait exposé à un traitement prohibé par l'art. 3 CEDH ou l'art. 3 de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Conv. torture - RS 0.105 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-7712/2008 du 19 avril 2011, consid. 6.1 ; Message du Conseil fédéral à l'appui d'un arrêté fédéral sur la procédure d'asile [APA], du 25 avril 1990, in : FF 1990 II 624). Concernant le défaut de traitement médical approprié dans le pays de renvoi, ce n'est que dans des situations exceptionnelles, en raison de « considérations humanitaires impérieuses », que la mise à exécution d'une décision d'éloignement d'un étranger peut emporter violation de l'art. 3 CEDH (arrêt CourEDH Emre contre Suisse du 22 mai 2008 § 88). Ainsi, le fait que la situation d'une personne dans son pays d'origine serait moins favorable que celle dont elle jouit dans le pays d'accueil n'est pas déterminant du point de vue de la disposition précitée (arrêt Emre déjà cité § 91, voir aussi arrêt 2D_67/2009 du 4 février 2010, consid. 6 et la jurisprudence citée).

11. L'intéressé n'a présenté aucun élément précis tendant à démontrer qu'il encourrait personnellement un danger pour son intégrité physique en cas de retour en Tunisie. Il n'a pas davantage démontré qu'il existait un risque concret et sérieux qu'il soit poursuivi et exposé à une peine ou à un traitement prohibé par l'art. 3 CEDH. Il est d'ailleurs retourné dans son pays sans qu'un tel risque ne se produise.
12. Au terme de l'art. 83 al. 4 LEtr, l'exécution du renvoi d'un étranger dans son pays d'origine ne peut être raisonnablement exigée lorsqu'elle le mettrait concrètement en danger, par exemple en cas de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale.

L'exécution du renvoi des personnes suivant un traitement médical en Suisse, n'est inexigible que dans la mesure où celles-ci 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 (S. GABRIELLE, Droit aux soins et rationnement, Berne 2002, p. 81 s. et 87). 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 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 existant en Suisse (JICRA 1993 n° 38 p. 274 s.).

En l'espèce M. C_____, s'est rendu au début de l'été 2011 auprès de sa famille en Tunisie pour une période de deux mois. Il a pu y poursuivre son traitement médicamenteux et bénéficier du soutien de ses proches et de sa famille. Aucun autre élément ne permet de retenir que l'exécution du renvoi de M. C_____ ne serait pas raisonnablement exigible au sens de l'art. 83 al. 4 LEtr.

13. Dans son mémoire de recours, le recourant a également invoqué le bénéfice de l'art. 31 al. 1 OASA, soit d'une autorisation de séjour à titre humanitaire, demande qu'il avait déjà formulée lors de son audition personnelle du 16 mars 2010 devant le TAPI. Toutefois, ni cette dernière juridiction ni la chambre de céans ne sont compétentes pour traiter une telle demande initiale, ce que les conseils du recourant n'ont pu ignorer. Les conclusions prises à cet égard devant la chambre administrative sont irrecevables. Il n'y a pas lieu de les transmettre d'office à l'OCP, les conseils du recourant ne pouvant se prévaloir d'une quelconque inadvertance.
14. Compte tenu de ce qui précède, le recours sera rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Le recourant étant au bénéfice de l'assistance juridique, aucun émoulement ne sera perçu (art. 12 du règlement sur le frais, émoulements et indemnités en procédure administrative du juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette le recours du 24 octobre 2011 interjeté par Monsieur C_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 août 2011 dans la mesure sa recevabilité ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émoulement ;

dit que, les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Pietro Rigamonti, avocat du recourant, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de la population, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.