[AZA 0]
2A.77/2000

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

8 mai 2000

Composition de la Cour: MM. et Mme les Juges Wurzburger,
président, Hartmann, Hungerbühler, R. Müller et Yersin.
Greffière: Mme Dupraz.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par
X._____, née le 31 janvier 1953, représentée par Me Patrick Stoudmann, avocat à Lausanne,

contre
l'arrêt rendu le 19 janvier 2000 par le Tribunal administratif du canton de Vaud, dans la cause qui oppose la recourante à l'Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers du canton de V a u d;

(art. 7 LSEE: autorisation de séjour
au titre du regroupement familial)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Ressortissante française, née en 1953, X._____ a rencontré en 1994 Y._____, ressortissant suisse, qui est incarcéré depuis décembre 1996 et s'est vu infliger une condamnation à quinze ans de réclusion par le Tribunal criminel du district de Lausanne. X._____ et Y._____ se sont mariés le 14 juillet 1998 à Z._____.

B.- Le 21 mai 1999, X._____ a déposé une demande d'autorisation de séjour au titre du regroupement familial.
Par décision du 3 août 1999, l'Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers du canton de Vaud (ci-après: l'Office cantonal) a rejeté la demande qu'il estimait abusive.

C.- Par arrêt du 19 janvier 2000, le Tribunal administratif du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal administratif) a rejeté le recours déposé par X._____ contre la décision de l'Office cantonal du 3 août 1999 et confirmé ladite décision. Il a notamment retenu que le mariage des époux X._____ et Y._____ n'existait que formellement et que X._____ ne saurait bénéficier de la protection prévue à l'art. 8 CEDH.

D.- Agissant par la voie du recours de droit administratif, X._____ demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif du 19 janvier 2000, une autorisation de séjour lui étant accordée et, subsidiairement, d'annuler l'arrêt précité, le dossier de la cause étant renvoyé à l'autorité intimée pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants. X._____ requiert une mesure d'instruction et sollicite l'assistance judiciaire.
Le Tribunal administratif conclut au rejet du recours, en se référant à l'arrêt attaqué. Le Service de la population du canton de Vaud, dont l'Office cantonal fait partie, s'en remet aux déterminations de l'autorité intimée. Au nom du Département fédéral de justice et police, l'Office fédéral des étrangers propose de rejeter le recours.

Considérant en droit :

1.- Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF

124 II 499 consid. 1a p. 501).

a) Selon l'art. 100 al. 1 lettre b ch. 3 OJ, le recours de droit administratif n'est pas recevable en matière de police des étrangers contre l'octroi ou le refus d'autorisations auxquelles le droit fédéral ne confère pas un droit.
D'après l'art. 4 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142. 20), les autorités compétentes statuent librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi ou le refus d'autorisations de séjour ou d'établissement.
En principe, l'étranger n'a pas de droit à l'octroi d'une autorisation de séjour. Ainsi, le recours de droit administratif est irrecevable, à moins que ne puisse être invoquée une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité, accordant le droit à la délivrance d'une telle autorisation (ATF 124 II 361 consid. 1a p. 363/364).

D'après l'art. 7 al. 1 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour. Selon la jurisprudence, pour juger de la recevabilité du recours de droit administratif, seule est déterminante la question de savoir si un mariage au sens formel existe (ATF 124 II 289 consid. 2b p. 291).

La recourante est mariée avec un Suisse. Le recours est donc recevable au regard de la disposition précitée, le point de savoir s'il faut délivrer une autorisation de séjour à l'intéressée relevant du fond (ATF 124 II 289 consid. 2b p. 291).

b) Au surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, le présent recours est en principe recevable en vertu des art. 97 ss OJ.

2.- D'après l'art. 104 OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, sous réserve de l'art. 105 al. 2 OJ, (lettre b). Le Tribunal fédéral vérifie d'office l'application du droit fédéral, qui englobe notamment les droits constitutionnels des citoyens (ATF 124 II 517 consid. 1 p. 519; 123 II 385 consid. 3 p. 388), sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 114 al. 1 in fine OJ). En revanche, lorsque le recours est dirigé, comme en l'espèce, contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans cette décision, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 105 al. 2 OJ). La possibilité de faire valoir des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve est dès lors très restreinte. Seules sont admissibles les preuves que l'instance inférieure aurait dû retenir d'office et dont le défaut d'administration constitue une violation de règles essentielles de procédure (ATF 121 II 97 consid. 1c p. 99).
En outre, le
Tribunal fédéral ne peut pas revoir l'opportunité de l'arrêt entrepris, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen en la matière (art. 104 lettre c ch. 3 OJ).

3.- La recourante requiert la production par les Etablissements de la plaine de l'Orbe des rapports des visites qu'elle a effectuées à son mari depuis qu'il est détenu.
Elle ne justifie cependant pas cette demande portant sur un point qui n'est au demeurant pas contesté. L'autorité de céans s'estime suffisamment renseignée pour juger en l'état du dossier, de sorte qu'il y a lieu d'écarter la réquisition d'instruction présentée par l'intéressée.

4.- a) Selon l'art. 7 al. 1 LSEE, le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour; après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il a droit à l'autorisation d'établissement; ce droit s'éteint lorsqu'il existe un motif d'expulsion. Quant à l'art. 7 al. 2 LSEE, il prévoit que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse n'a pas droit à l'octroi ou à la prolongation de l'autorisation de séjour lorsque le mariage a été contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers et notamment celles sur la limitation du nombre des étrangers.
D'après la jurisprudence, le fait d'invoquer l'art. 7 al. 1 LSEE peut être constitutif d'un abus de droit en l'absence même d'un mariage contracté dans le but d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement

des étrangers, au sens de l'art. 7 al. 2 LSEE, (ATF 121 II 97 consid. 4a p. 103).

b) Il y a abus de droit notamment lorsqu'une institution juridique est utilisée à l'encontre de son but pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 121 II 97 consid. 4 p. 103 et les références citées). L'existence d'un éventuel abus de droit doit être appréciée dans chaque cas particulier et avec retenue, seul l'abus de droit manifeste pouvant être pris en considération (ATF 121 II 97 consid. 4a p. 103).

L'existence d'un abus de droit découlant du fait de se prévaloir de l'art. 7 al. 1 LSEE ne peut en particulier être simplement déduit de ce que les époux ne vivent plus ensemble, puisque le législateur a volontairement renoncé à faire dépendre le droit à une autorisation de séjour de la vie commune (cf. ATF 118 Ib 145 consid. 3 p. 149 ss). Le législateur voulait en effet éviter qu'un étranger ne soit livré à l'arbitraire de son conjoint suisse. En particulier, il n'est pas admissible qu'un étranger se fasse renvoyer du seul fait que son conjoint suisse obtient la séparation effective ou juridique du couple. Il ne faut pas non plus que le conjoint étranger, par peur d'un renvoi, soit empêché de demander lui-même la séparation au juge (ATF 118 Ib 145 consid. 3c p. 150). Pour admettre l'existence d'un abus de droit, il ne suffit pas non plus qu'une procédure de divorce soit entamée; le droit à l'octroi ou à la prolongation d'une autorisation de séjour subsiste en effet tant que le divorce n'a pas été prononcé, car les droits du conjoint étranger ne doivent pas être compromis dans le cadre d'une telle procédure. Enfin, on ne saurait uniquement reprocher à des époux de vivre séparés et de ne pas envisager le divorce. Toutefois, il y a abus de droit lorsque le conjoint étranger invoque un mariage n'existant plus que formellement dans le seul but d'obtenir une autorisation de séjour, car ce but n'est pas protégé par l'art. 7 al. 1 LSEE (ATF 121 II 97 consid. 4a p. 103/104).

c) Au regard de ce qui précède, le mariage de la recourante avec un Suisse n'apparaît pas comme tel constitutif d'un abus de droit. Reste à savoir si le fait d'invoquer l'art. 7 al. 1 LSEE, qui tend à protéger une véritable communauté conjugale (cf. ATF 121 II 97 consid. 3b p. 101), pour obtenir une autorisation de séjour constitue, en l'espèce, un abus de droit.

Dans son mémoire de recours au Tribunal administratif, l'intéressée s'est référée à un pourvoi en nullité déposé par son mari au Tribunal fédéral. L'autorité de céans a statué sur ce cas le 21 février 2000 et retenu que Y._____ avait été condamné à quinze ans de réclusion sous déduction de sept cent huitante-six jours de détention préventive par jugement du Tribunal criminel du district de Lausanne du 3 février 1999. Ces précisions par rapport aux constatations de fait de l'arrêt attaqué peuvent être prises en compte dans le cadre fixé par l'art. 105 al. 2 OJ (ATF 123 II 49 consid. 5a p. 51).

Ainsi, le 21 mai 1999, lorsque la recourante a demandé pour la première fois une autorisation de séjour au titre du regroupement familial avec Y._____ - objet du présent litige -, elle savait que son mari serait incarcéré jusqu'en 2011 ou au moins jusqu'en 2006, au cas où il bénéficierait de la libération conditionnelle, et qu'une véritable communauté conjugale ne pourrait exister entre eux qu'à ce moment-là (cf. arrêt non publié du 8 juillet 1997 en la cause Novoa et consorts, consid. 1c). Même si, selon ses dires, l'intéressée rend visite à son mari quatre fois par mois - une visite prolongée étant accordée une fois tous les deux mois - et maintient avec lui des contacts téléphoniques et épistolaires quasi permanents, elle ne peut pas se prévaloir, depuis son mariage ni dans un avenir proche, d'une véritable communauté conjugale que l'art. 7 al. 1 LSEE a pour but de protéger. Cette disposition tend en effet à permettre et assurer juridiquement la vie commune en Suisse (arrêt non publié du 11 août 1998 en la cause Ehrensperger, consid. 4c), soit la vie auprès de l'époux suisse domicilié en Suisse et non pas le séjour en Suisse du conjoint étranger pour visiter son époux suisse en détention ainsi que pour attendre sa sortie de
prison et préparer sa réinsertion sociale.
Ce qui vient d'être dit est valable dans le cas particulier, où il s'agit de l'octroi d'une première autorisation de séjour.

En revanche, l'interruption de la vie commune due à une condamnation pénale ne justifierait pas forcément le refus de la prolongation d'une autorisation de séjour.

La recourante fait valoir que l'autorisation de séjour requise lui permettrait d'être plus proche de son mari et améliorerait sa situation financière. Le fait de faciliter, notamment financièrement, les visites d'une étrangère à son mari suisse en détention n'est toutefois pas, comme on vient de le voir, un but protégé par l'art. 7 al. 1 LSEE. Ceci vaut spécialement dans le cas particulier où l'intéressée pourrait aménager sa vie en tenant compte des visites qu'elle effectue aux Etablissements de la plaine de l'Orbe.
D'après le dossier, elle exerçait un emploi saisonnier à V._____, dans le W._____, au moment du dépôt de la demande d'autorisation de séjour querellée; elle pourrait chercher un travail et un logement en France à proximité de la frontière suisse afin de faciliter ses visites à son mari.

Il apparaît donc que, dans le cas présent, la requête tendant à obtenir une autorisation de séjour en invoquant l'art. 7 al. 1 LSEE sort du cadre de cette disposition légale.

Au demeurant, l'art. 8 par. 1 CEDH n'est d'aucune utilité pour la recourante dans la mesure où une autorisation de séjour fondée sur cette disposition présuppose une relation étroite et effective entre un étranger et une personne de sa famille ayant un droit de présence en Suisse (ATF 125 II 633 consid. 2e p. 639). Un tel lien est exclu dans le cas particulier, puisque le mari suisse de l'intéressée est détenu (ATF 118 Ib 145 consid. 4b p. 152; cf. aussi l'arrêt non publié du 15 octobre 1996 en la cause Misini, consid. 3b).

Au surplus, la recourante, qui se trouve dans une situation financière précaire - dont il sera d'ailleurs tenu compte dans le présent arrêt (cf. consid. 5 ci-dessous) -, ne donne aucune indication sur ses éventuelles possibilités de travailler en Suisse et de subvenir ainsi à ses besoins.
On aurait dès lors pu craindre qu'elle ne tombe à la charge de l'assistance publique si elle avait obtenu l'autorisation de séjour requise.

5.- Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté.

La recourante a demandé l'assistance judiciaire. On peut admettre, sur la base du dossier, que sa situation financière ne lui permet pas d'assumer les frais de la présente procédure; par ailleurs, ses conclusions n'étaient pas dépourvues de toute chance de succès. Il convient donc d'agréer sa demande, soit de renoncer à percevoir des frais judiciaires, de désigner Me Patrick Stoudmann à titre d'avocat d'office et d'allouer à celui-ci une indemnité de ce chef (art. 152 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours.

2. Admet la demande d'assistance judiciaire.

3. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.
4. Désigne comme avocat d'office de la recourante Me Patrick Stoudmann, avocat à Lausanne, et dit que la Caisse du Tribunal fédéral lui versera une indemnité de 1'000 fr. à titre d'honoraires.

5. Communique le présent arrêt en copie au mandataire de la recourante, à l'Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers et au Tribunal administratif du canton de Vaud, ainsi qu'au Département fédéral de justice et police.

_____

Lausanne, le 8 mai 2000 DAC/mnv

Au nom de la IIe Cour de droit public
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:

Le Président,

La Greffière,