2A.428/2000
[AZA 0/2]

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

Séance du 9 février 2001

Présidence de M. le Juge Hartmann, juge présidant.
Présents: MM. et Mme les Juges Betschart, Hungerbühler,
Müller et Yersin. Greffier: M. Langone.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par
N._____, représenté par Me Jean-Pierre Moser, avocat à Lausanne,

contre
la décision prise le 20 juillet 2000 par le Département fédéral de justice et police;

(art. 8 CEDH; autorisation de séjour; droit de visite)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- De nationalité marocaine, N._____ est entré en Suisse en 1990 et s'est marié le 3 septembre 1990 avec une compatriote, titulaire d'une autorisation d'établissement.
Il a obtenu de ce fait une autorisation de séjour pour vivre auprès de son épouse. Les époux se sont séparés au cours de l'année 1993.

N._____ a entretenu une relation extra-conjugale avec une Suissesse, R._____, laquelle a donné naissance, le 5 décembre 1993, à un enfant prénommé J._____. Il a reconnu cet enfant le 11 février 1994, à la suite d'une action en paternité intentée par la mère dudit enfant.
J._____ se trouve sous l'autorité parentale et la garde de la mère. N._____ a, semble-t-il, quitté R._____, dès qu'il a appris qu'elle était enceinte. Par convention du 13 juin 1994, il s'est toutefois engagé à contribuer à l'entretien de son fils jusqu'à la majorité.

Par décision du 16 février 1995, les autorités de police des étrangers du canton de Vaud ont refusé de renouveler l'autorisation de séjour de N._____, au motif qu'il vivait séparé de sa femme. L'intéressé a recouru contre cette décision.

En septembre 1995, l'autorité tutélaire compétente a formellement instauré un droit de visite surveillé en faveur de N._____: celui-ci était autorisé à voir son fils un dimanche par mois. Les relations entre les parents étant conflictuelles, les conditions d'exercice du droit de visite ont dû être quelque peu réaménagées par la suite.

Le 22 novembre 1995, le Tribunal civil du district de Lausanne a prononcé le divorce des époux N._____.

Le 19 septembre 1996, le Tribunal administratif du canton de Vaud a admis le recours formé par N._____ et annulé la décision du 16 février 1995, considérant que l'intéressé avait fait tout son possible pour voir régulièrement son fils, en dépit de l'opposition de la mère de son enfant.
Les autorités de police des étrangers vaudoises ont dès lors prolongé l'autorisation de séjour de N._____, sous réserve d'approbation de l'autorité fédérale compétente.

B.- Par décision du 24 mars 1997, l'Office fédéral des étrangers a refusé de donner son approbation à la prolongation d'une autorisation de séjour en faveur de N._____ et prononcé le renvoi de Suisse.

L'intéressé a recouru contre cette décision auprès du Département fédéral de justice et police.

N._____ a exercé plus ou moins régulièrement son droit de visite sur son fils entre 1994 et octobre 1998, date à laquelle il a cessé de voir son enfant.

L'autorité tutélaire compétente a décidé, le 1er juillet 1999, de retirer, dans l'intérêt de l'enfant, l'exercice du droit de visite pour une durée indéterminée, la possibilité étant toutefois offerte à l'enfant de solliciter la reprise de cet exercice au cas où il souhaiterait entrer à nouveau en contact avec son père. Le 2 août 1999, N._____ a recouru contre cette décision auprès de l'autorité compétente et déposé en même temps une requête de mesures provisionnelles tendant au rétablissement d'un droit de visite pour la durée de la procédure de recours. Cette requête a été rejetée par décision incidente du 1er septembre 1999, qui a été confirmée successivement sur recours, en dernier ressort par le Tribunal fédéral. La procédure de recours au fond est toujours pendante.

Statuant le 20 juillet 2000, le Département fédéral de justice et police a confirmé la décision de l'Office fédéral des étrangers du 24 mars 1997. Il a retenu en substance que N._____ ne pouvait déduire de l'art. 8 CEDH un droit au renouvellement de son autorisation de séjour, du moment qu'il n'entretenait pas avec son fils de relations étroites et effectivement vécues.

C.- Agissant par la voie du recours de droit administratif, N._____ demande au Tribunal fédéral, principalement, d'annuler la décision du 20 juillet 2000 du Département fédéral de justice et police.

Celui-ci conclut au rejet du recours.

D.- Par décision présidentielle du 16 octobre 2000, l'effet suspensif au recours a été accordé.

Considérant en droit :

1.- 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 126 I 81 consid. 1a; 126 II 425 consid. 1 et les arrêts cités).

b) Le recourant se réclame de l'art. 8 CEDH vis-à-vis de son fils, J._____, de nationalité suisse, pour demeurer en Suisse.

Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille et obtenir ainsi une autorisation de séjour.
Encore faut-il que la relation entre l'étranger et une personne de sa famille ayant le droit de s'établir en Suisse (en principe nationalité suisse ou autorisation d'établissement) soit étroite et effective (ATF 124 II 361 consid. 3a p. 366; 122 II 1 consid. 1e p. 5, 289 consid. 1c p. 292).

L'art. 8 CEDH s'applique notamment lorsqu'un étranger peut faire valoir une relation intacte avec son enfant (légitime ou naturel) bénéficiant du droit de résider en Suisse, même si ce dernier n'est pas placé sous son

autorité parentale ou sous sa garde du point de vue du droit de famille; un contact régulier entre le parent et l'enfant, par exemple par l'exercice du droit de visite, peut cas échéant suffire (ATF 120 Ib 1 consid. 1d p. 3; 119 Ib 81 consid. 1c p. 84; 118 Ib 153 consid. 1c p. 157).

c) En l'espèce, le recourant a eu avec une Suissesse un enfant qu'il a reconnu, mais sur lequel il n'a pas l'autorité parentale. Il ne vit pas avec son fils, mais l'a vu plus ou moins régulièrement entre 1994 et octobre 1998. Il prétend avoir tenté de rendre visite à son fils même au-delà d'octobre 1998, mais avoir trouvé porte close. Dans la mesure où l'arrêt attaqué a des incidences sur ses liens avec son fils, le recourant peut se prévaloir de l'art. 8 CEDH.
Le recours est donc recevable à cet égard.

2.- La protection découlant de l'art. 8 CEDH n'est pas absolue. En effet, une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale est possible selon l'art. 8 par. 2 CEDH, "pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui". La question de savoir si, dans un cas d'espèce, les autorités de police des étrangers sont tenues d'accorder une autorisation de séjour fondée sur l'art. 8 CEDH doit être résolue sur la base d'une pesée de tous les intérêts privés et publics en présence (ATF 122 II 1 consid. 2 p. 5/6; 120 Ib 1 consid. 3c p. 5, 22 consid. 4a p. 25).

En ce qui concerne les intérêts publics, il faut retenir que la Suisse mène une politique restrictive en matière de séjour des étrangers pour assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidante, ainsi que pour améliorer la situation du marché du travail et assurer un équilibre optimal en matière d'emploi (cf. art. 16 LSEE et 1er de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 [RS 823. 21; OLE]). Ces buts sont légitimes au regard de l'art. 8 par. 2 CEDH (ATF 120 Ib 1 consid. 3b p. 4 et 22 consid. 4a p. 24/25). Seuls des liens familiaux forts dans les domaines affectif et économique sont propres à faire passer ces objectifs au second plan (ATF 120 Ib 1 consid. 3c p. 5). Il est également essentiel d'examiner s'il existe, dans un cas d'espèce, d'autres motifs d'éloigner ou de tenir éloigné l'intéressé, notamment si celui-ci a commis des infractions aux dispositions pénales ou de police des étrangers (ATF 122 II 1 consid. 2 p. 5/6).

S'agissant de l'intérêt privé à obtenir une autorisation de séjour d'un étranger disposant d'un droit de visite sur son enfant bénéficiant du droit de résider en Suisse, il faut constater que le parent peut en principe exercer ce droit même s'il vit à l'étranger, au besoin en aménageant les modalités de ce droit quant à sa fréquence et à sa durée.
A la différence de ce qui se passe en cas de vie commune, il n'est ainsi pas indispensable que le parent au bénéfice d'un droit de visite et l'enfant vivent dans le même pays. Il faut prendre en considération l'intensité de la relation entre le parent et l'enfant, ainsi que la distance qui séparerait l'étranger de la Suisse au cas où l'autorisation de séjour lui serait refusée (ATF 120 Ib 22 consid. 4a p. 25). A cet égard, il convient toutefois de relever que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la possibilité pour un ressortissant marocain d'exercer son droit de visite sur son enfant résidant aux Pays-Bas était plutôt théorique (arrêt du 21 juin 1988 en la cause Berrehab, Série A, vol. 138, p. 14, par. 22/23). Par ailleurs, lorsque l'autorité n'entend pas expulser l'intéressé, mais refuser de renouveler son autorisation de séjour à l'échéance, cet élément doit également entrer dans la pesée des intérêts, s'agissant d'une atteinte moins grave à la garantie de la vie familiale. En effet, dans ce cas, l'intéressé ne peut plus résider durablement en Suisse, alors que, s'il est expulsé, il doit non seulement quitter la Suisse, mais encore ne plus y pénétrer (art. 11 al. 4 LSEE; ATF 120 Ib 6 consid. 4a p. 13).

3.- a) En l'espèce, le recourant est père d'un enfant suisse, né hors mariage, qu'il a reconnu quelques semaines après la naissance. Il aurait quitté R._____, dès qu'il a appris la grossesse de celle-ci. Il n'a donc jamais vécu sous le même toit que son fils, qui est placé sous l'autorité et la garde de la mère. Il s'est complètement désintéressé de son fils jusqu'à ce qu'il le reconnaisse. Par convention du 13 juin 1994, le recourant s'est toutefois engagé à contribuer à l'entretien de son fils, obligation qu'il respecte.

Ce n'est que plusieurs mois après la naissance de son fils qu'il s'est manifesté en lui rendant visite pour la première fois.

A partir de septembre 1995, l'autorité tutélaire compétente a accordé au recourant un droit de visite surveillé - relativement limité - en l'autorisant à ne voir son fils qu'une fois par mois, vu les mauvaises relations entre les parents. Il était prévu d'octroyer un droit de visite plus large, dès que les relations entre les parents se seraient normalisées. Il ressort de la décision attaquée qu'entre 1994 et octobre 1998, le recourant n'a exercé son droit de visite sur son fils que sporadiquement, soit moins d'une vingtaine de fois. Le recourant fait valoir que l'exercice de son droit de visite sur son enfant a été entravé par la mère, avec laquelle il entretient des rapports conflictuels.
Il affirme qu'il n'a pas pu rendre visite à son fils aussi souvent qu'il l'aurait souhaité, par la faute de la mère.
Certes, il ressort du dossier que la mère a au moins une fois empêché le père d'exercer son droit de visite sur l'enfant en ne se présentant pas avec celui-ci le jour prévu.
Mais le fait est que, dès octobre 1998, le recourant n'a plus exercé son droit de visite. On ignore les raisons précises pour lesquelles le recourant n'a plus eu de contacts avec son fils dès cette date. D'après le recourant, il se serait rendu au domicile de l'enfant même après octobre 1998, mais il aurait toujours trouvé porte close, ce qui n'est pas contesté par l'autorité intimée.

Dans ces conditions, on ne saurait certes qualifier d'étroites les relations qu'entretient le recourant avec son fils. Force est toutefois de reconnaître que le recourant n'a pas vraiment eu la possibilité de tisser des liens familiaux forts avec son fils. Quoi qu'il en soit, il semble que le recourant se soit efforcé de maintenir des contacts directs avec son fils, même après octobre 1998.

Il a en tout cas activement réagi lorsque, par décision du 1er juillet 1999, l'autorité tutélaire compétente lui a retiré le droit de visite à l'égard de son fils pour une durée indéterminée: il a en effet recouru le 2 août 1999 contre cette décision et sollicité, en vain, le rétablissement de son droit de visite au titre de mesures provisionnelles.
Contrairement à ce qui ressort de la décision attaquée - dont les constatations de fait peuvent être revues d'office par le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 OJ) -, la procédure de recours sur le fond est toujours pendante. En l'occurrence, la question est de savoir si les autorités fédérales en cause étaient ou non fondées, au regard de l'art. 8 CEDH, à refuser au recourant l'autorisation de demeurer en Suisse, l'empêchant ainsi de participer à la procédure judiciaire portant sur le droit de visite et, le cas échéant, de renouer des relations avec son fils, voire de développer une vie familiale en Suisse.

b) Dans une affaire assez semblable au cas d'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la mesure d'expulsion prononcée par les autorités des Pays-Bas à l'encontre d'un travailleur turc, divorcé, dont l'enfant était placé sous la garde de la mère résidant aux Pays-Bas apparaissait comme disproportionnée, quand bien même le père n'avait pas toujours eu des contacts fréquents avec son fils. La Cour a pris en considération le fait que le père avait introduit une procédure relative au droit de visite à l'égard de son fils et que cette procédure était toujours pendante au moment où l'expulsion a été exécutée. Selon la Cour, les autorités nationales avaient préjugé de l'issue de la procédure relative aux droit de visite en ayant ordonné le renvoi de l'intéressé; elles avaient dès lors privé le père de participer à une telle procédure, alors que sa présence était essentielle. Il a été rappelé que l'art. 8 CEDH tendait pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics; l'Etat était tenu de respecter les obligations positives et négatives inhérentes à l'art. 8 CEDH: là où l'existence d'un lien familial se trouvait établie, l'Etat devait agir de manière à permettre à ce lien de se développer. En conclusion, la Cour a considéré que, bien que prévue par la loi et poursuivant un but légitime, le renvoi de l'intéressé constituait une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale qui n'était pas, dans une société démocratique, nécessaire au bien-être économique du pays, d'autant que l'intéressé n'a jamais commis d'infractions pénales (arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause Ciliz c. Pays-Bas du 11 juillet 2000, non encore publié au Recueil des arrêts et décisions 2000-IX. Cet arrêt a été partiellement reproduit in Asyl 3/00 p. 41 s. et commenté par Martina Caroni, p. 42). Il faut donc accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Même lorsque la relation entre les parents s'est rompue, le fait d'être ensemble représente pour un parent et son enfant un

élément fondamental de la vie familiale (cf. arrêt de la CourEDH dans la cause Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, Série A, vol. 290, par. 49/50).

c) En l'occurrence, le recourant ne saurait se prévaloir de relations étroites avec son fils. Il n'est toutefois pas entièrement responsable de cette situation: il n'a en effet pas eu la possibilité de développer ses liens familiaux avec son enfant du fait du manque de coopération de la mère de celui-ci, puis du retrait du droit de visite. Or, en vertu de la jurisprudence précitée de la Cour européenne des droits de l'homme, le recourant doit être autorisé à attendre en Suisse au moins l'issue définitive de la procédure concernant l'exercice de son droit de visite. C'est le seul moyen d'assurer la coordination entre les autorités de police des étrangers et le juge civil chargé de statuer sur le droit de visite, coordination qui n'est pas (bien) réglée en Suisse (cf. Caroni, ibidem). En effet, le refus de prolonger l'autorisation de séjour du recourant et le renvoi qui en résulte préjuge de l'issue de la procédure sur l'exercice du droit de visite, en violation de l'art. 8 CEDH. Compte tenu de la distance séparant le Maroc et la Suisse et des frais de déplacement, on ne saurait en effet exiger du recourant qu'il revienne en Suisse, dans le cadre de séjours touristiques, dans le but de participer au procès et ainsi de défendre ses droits.

De même, pour le cas où il obtiendrait gain de cause dans ladite procédure et se verrait donc restituer le droit de visite, le recourant devrait être autorisé à résider en Suisse pour lui permettre de renouer, voire de développer les liens avec son fils, car la possibilité pour le recourant d'exercer depuis son pays d'origine son droit de visite sur son enfant résidant en Suisse est plutôt théorique. Bien entendu, les autorités de police des étrangers compétentes restent libres de refuser ultérieurement la prolongation de l'autorisation de séjour dans l'hypothèse où le recourant - si tant est qu'il recouvre son droit de visite - ne parviendrait pas, par sa faute, à instaurer des relations effectives et étroites avec son fils.

d) La décision attaquée doit être annulée pour violation de l'art. 8 CEDH. La mesure incriminée constitue en effet une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale du recourant qui n'est pas, dans une société démocratique, nécessaire au bien-être économique du pays. La décision attaquée apparaît d'autant plus disproportionnée au but poursuivi que le recourant réside et travaille en Suisse depuis une dizaine d'années à l'entière satisfaction de son employeur et qu'il n'a jamais subi de condamnations pénales ni n'a fait l'objet de plaintes. En résumé, compte tenu des circonstances, l'intérêt privé du recourant à rester en Suisse où réside son fils (sans compter l'intérêt de celui-ci à recevoir une contribution financière de son père) doit l'emporter sur l'intérêt public légitime à la limitation de la population étrangère.

e) Vu l'issue du présent litige, il apparaît superflu d'examiner les autres griefs d'ordre formel soulevés par le recourant

4.- (manque dans l'original)

5.- Bien fondé, le présent recours doit être admis, la décision entreprise annulée et la cause renvoyée à l'Office fédéral des étrangers, l'autorité qui a statué en première instance, pour nouvelle décision dans le sens des considérants (art. 114 al. 2 OJ). Aucun intérêt pécuniaire n'étant en cause, la Confédération n'a pas à supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 2 OJ). En revanche, elle devra verser au recourant, représenté par un mandataire professionnel, une indemnité à titre de dépens pour la procédure devant le Tribunal fédéral et devant le Département fédéral de justice et police (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

1.- a) Admet le recours et annule la décision du Département fédéral de justice et police du 20 juillet 2000.

b) Renvoie la cause à l'Office fédéral des étrangers pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

2.- Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.

3.- Dit que la Confédération versera au recourant une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens pour la procédure devant le Tribunal fédéral et devant le Département fédéral de justice et police.

4.- Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, à l'Office fédéral des étrangers et au Département fédéral de justice et police.

_____

Lausanne, le 9 février 2001 LGE/elo

Au nom de la IIe Cour de droit public
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Juge présidant,

Le Greffier,