2A.561/1999
[AZA 0]

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

12 avril 2000

Composition de la Cour: MM. et Mme les Juges Wurzburger, président,
Hartmann, Betschart, Yersin et Berthoud, suppléant.
Greffière: Mme Revey.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par

A._____, représenté par Me Nicolas Charrière, avocat à Fribourg,

contre
l'arrêt rendu le 12 octobre 1999 par le Tribunal administratif du canton de Fribourg, dans la cause qui oppose le recourant au Département de la police du canton de Fribourg;

(art. 8 CEDH: refus d'une autorisation de séjour)

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

A.- A._____, ressortissant marocain né en 1969, est entré en Suisse en 1990. Le 26 avril 1991, il a épousé une ressortissante suisse et a obtenu de ce fait une autorisation de séjour. Un enfant, prénommé K._____, est né de cette union le 10 juin 1991.

Le 12 janvier 1994, le Tribunal criminel de la Sarine a condamné l'intéressé à quinze mois d'emprisonnement avec sursis pendant quatre ans pour actes d'ordre sexuel commis en février ou mars 1993 avec une enfant âgée d'à peine plus de cinq ans au moment des faits. Il a considéré l'infraction comme particulièrement sordide et a retenu une responsabilité pleine et entière. Un risque de récidive ne pouvant être exclu, le tribunal a astreint l'intéressé à se soumettre au traitement médical préconisé par l'expert psychiatre consulté. Par ailleurs, il a pris note que A._____, qui imputait partiellement la commission de l'infraction à la consommation de haschisch et d'alcool, s'engageait à cesser de s'adonner à la drogue.

A la suite de ce jugement, le Département de la police du canton de Fribourg (ci-après: le Département cantonal) a refusé, par décision du 13 avril 1994, de renouveler l'autorisation de séjour de l'intéressé.

B.- A._____ a déféré ce refus devant le Tribunal administratif du canton de Fribourg le 24 mai 1994.

En mars 1995, l'intéressé a été dénoncé pour voies de fait. L'affaire a toutefois pu se régler dans une audience de conciliation le 7 mai 1995, le dommage causé a été réparé et la plainte retirée.
Par détermination adressée au Tribunal administratif le 16 mai 1995, A._____ a indiqué vivre séparé de son épouse et avoir pris un nouveau domicile avec son fils. Il a en outre reconnu avoir interrompu la thérapie imposée par le juge pénal, malgré l'avis du praticien. Il a toutefois informé l'autorité le 30 mai 1995 de la reprise de ce traitement.

Le 2 décembre 1996, l'intéressé a signalé que son épouse, sous tutelle et entièrement assistée, avait entamé une procédure de divorce et donné naissance à un enfant issu d'une relation extraconjugale. A._____ a

déclaré de plus avoir dû interrompre son traitement médical depuis le début 1996 en raison de changements intervenus au Centre psychosocial.

Le divorce des époux A._____ a été prononcé le 3 juin 1997 et l'autorité parentale sur l'enfant K._____ confiée au père, un droit de visite étant réservé à la mère.

Le 14 novembre 1997, l'intéressé a affirmé que son traitement médical, repris le 6 février 1997, se poursuivait régulièrement.

Par ordonnance pénale du 3 juin 1998, le Juge d'instruction du 4e ressort du canton de Fribourg a reconnu A._____ coupable d'infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants pour avoir consommé du haschisch en 1996 et 1997. Il a néanmoins renoncé à prononcer une peine.

Par courrier du 24 août 1999, A._____ a révélé être au chômage depuis décembre 1997.

Statuant le 12 octobre 1999, le Tribunal administratif a rejeté le recours de A._____, considérant que son comportement justifiait son éloignement de Suisse, que l'on pouvait exiger de K._____ qu'il le suive au Maroc et que les relations personnelles de l'enfant avec sa mère pouvaient être organisées de manière appropriée, malgré la distance.

C.- Agissant le 15 novembre 1999 par la voie du recours de droit administratif, A._____ demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif du 12 octobre 1999 et, principalement, de renouveler son autorisation de séjour, subsidiairement, de renvoyer le dossier aux autorités cantonales pour nouvelle décision. En annexe, il dépose une attestation du 27 octobre 1999 du Service de l'aide sociale de la Ville de Fribourg, selon lequel son droit aux allocations de chômage prendra fin le 30 novembre 1999 et qu'il ne dispose pas d'économie.

L'autorité intimée se réfère à son arrêt et conclut au rejet du recours. Le Département cantonal propose d'examiner attentivement l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101). L'Office fédéral des étrangers se prononce pour l'admission du recours.

D.- Par ordonnance présidentielle du 7 décembre 1999, l'effet suspensif a été conféré au recours.

E.- Le 1er mars 2000, l'intéressé a déposé de nouvelles pièces.

Considérant en droit :

1.- Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 125 II 293 consid. 1a p. 299 et les arrêts cités).
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 289 consid. 2a p. 291, 361 consid. 1a p. 363 et les arrêts cités).

b) 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 cependant 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; 120 Ib 1 consid. 1d p. 3, 6 consid. 1 p. 8, 16 consid. 3a p. 21 et 257 consid. 1c p. 259).

Le Tribunal fédéral considère comme relations familiales propres à conférer le droit à une autorisation de séjour en vertu de l'art. 8 CEDH, avant tout les relations entre époux, ainsi que celles entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun (ATF 120 Ib 257 consid. 1d p. 261).

En l'espèce, le recourant est le détenteur de l'autorité parentale sur son fils, qui a la nationalité suisse. Il vit sous le même toit que lui depuis la séparation des époux en 1995 et pourvoit au quotidien à son entretien et à son éducation. Selon un rapport du 5 mars 1999 de l'Office cantonal des mineurs, pris en considération par le Tribunal cantonal et figurant au dossier, leur relation est "bonne", K._____ se montrant "très attaché à son père qui est sa principale personne de référence". Tous deux entretiennent donc des liens étroits et effectifs, de sorte que le présent recours est recevable sous l'angle de l'art. 8 CEDH.

Dans ces conditions, il est superflu d'examiner si le recours est recevable en vertu de l'art. 7 LSEE.

2.- a) Conformément à l'art. 104 lettre a 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. Le Tribunal fédéral revoit d'office l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen (ATF 125 III 209 consid. 2 p. 211; 122 IV 8 consid. 1b p. 11). Comme il n'est pas lié par les motifs que les parties invoquent, il peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par le recourant ou, au contraire, confirmer l'arrêt attaqué pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (art. 114 al. 1 in fine OJ; ATF 121 II 473 consid. 1b p. 477 et les arrêts cités, voir aussi ATF 124 II 103 consid. 2b p. 109).

En revanche, lorsque le recours est dirigé, comme en l'occurrence, contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans la décision, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 104 lettre b et 105 al. 2 OJ; 125 II 633 consid. 1c p. 635).
b) Déposées après l'échéance du délai de recours (art. 106 OJ) et sans qu'un second échange d'écritures n'ait été ordonné (art. 110 al. 4 OJ), les pièces du recourant transmises le 1er mars 2000 ne peuvent être prises en considération.

3.- a) La protection découlant de l'art. 8 CEDH n'est pas absolue. En effet, une atteinte à 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 loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté politique, 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".

b) La question de savoir si, dans un cas particulier, 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.

Lorsque l'intéressé a enfreint l'ordre public, il faut tenir compte en premier lieu de la gravité des actes commis ainsi que de la situation personnelle et familiale de l'expulsé. Il convient ensuite d'examiner si l'on peut exiger des membres de la famille qui ont un droit de présence en Suisse qu'ils suivent l'étranger dont l'autorisation de séjour est refusée. Pour trancher cette question, l'autorité ne doit pas statuer en fonction des convenances personnelles des intéressés, mais prendre objectivement en considération leur situation personnelle et l'ensemble des circonstances. Si l'on ne peut exiger des membres de la famille pouvant rester en Suisse qu'ils partent à l'étranger, cet élément doit entrer dans la pesée des intérêts mais n'exclut pas nécessairement, en lui-même, un refus de l'autorisation (ATF 122 II 1 consid. 2 p. 6; 120 Ib 129 consid. 4b p. 131).

Ainsi, selon la jurisprudence applicable au conjoint étranger d'un ressortissant suisse, une condamnation à deux ans de privation de liberté constitue la limite à partir de laquelle, en général, il y a lieu de refuser l'autorisation de

séjour lorsqu'il s'agit d'une demande d'autorisation initiale ou d'une requête de renouvellement d'autorisation déposée après un séjour de courte durée (ATF 120 Ib 6 consid. 4b p. 14 se référant à l'arrêt Reneja, ATF 110 Ib 201). Ce principe vaut même lorsque l'on ne peut pas - ou difficilement - exiger de l'épouse suisse de l'étranger qu'elle quitte la Suisse, ce qui empêche de fait les conjoints de vivre ensemble d'une manière ininterrompue. En effet, lorsque l'étranger a gravement violé l'ordre juridique en vigueur et qu'il a ainsi été condamné à une peine d'au moins deux ans de détention, l'intérêt public à son éloignement l'emporte normalement sur son intérêt privé - et celui de sa famille - à pouvoir rester en Suisse. Toutefois, les circonstances particulières de l'infraction, sa bonne intégration et le développement positif de sa personnalité depuis l'exécution de la peine peuvent justifier d'octroyer ou de renouveler son autorisation de séjour même si la limite des deux ans est dépassée
(arrêt non publié du 16 décembre 1996 en la cause B.-M.). En outre, ce principe ne peut être appliqué sans autre discussion, lorsque la durée du séjour en Suisse de l'intéressé est longue. A l'inverse, le refus de l'autorisation peut être fondé même lorsque le seuil des deux ans n'est pas atteint, par exemple lorsque le risque de récidive ne peut être raisonnablement écarté.

En l'occurrence, l'intéressé ne se prévaut pas de ses liens avec son conjoint, mais avec son enfant. Toutefois, comme on l'a vu, il vit avec son fils, sur lequel il exerce l'autorité parentale, et une relation forte s'est établie entre eux, si bien qu'un renvoi du recourant dans son pays d'origine entraînerait également le départ de l'enfant.

Dans ces conditions, la décision attaquée n'entrave pas simplement l'exercice du droit de visite d'un parent sur son enfant, mais s'oppose à leur vie commune, de sorte que la jurisprudence précitée relative au seuil des deux ans peut s'appliquer par analogie.

4.- a) En l'espèce, le recourant a été condamné le 12 janvier 1994 à quinze mois d'emprisonnement avec sursis pendant quatre ans pour actes d'ordre sexuel avec une enfant âgée d'à peine plus de cinq ans au moment des faits. En mars 1995, il a encore fait l'objet d'une plainte pour voie de faits, retirée ultérieurement. Enfin, il a également été reconnu coupable d'avoir consommé du haschisch en 1996 et 1997, sans qu'une peine n'ait été prononcée.

Même si la limite des deux ans susmentionnée n'est pas atteinte par la première condamnation, le comportement du recourant pèse lourd dans la balance des intérêts. En effet, il s'agit d'un délit d'ordre sexuel avec un enfant, particulièrement grave par nature. Certes, cette infraction a été commise au début 1993 et n'a jamais été répétée, de sorte que le pronostic favorable ayant motivé l'octroi du sursis peut être consolidé. Toutefois, le recourant s'est à nouveau adonné au haschisch, en dépit de son engagement à y renoncer, et n'a pas suivi la thérapie imposée avec toute l'assiduité requise.

b) D'un autre côté, le recourant avait accompli en Suisse un séjour de neuf ans, soit relativement long, lorsque l'autorité intimée a statué. S'agissant de sa situation financière, il a fait le 6 février 1996 l'objet d'un acte de défaut de biens, versé au dossier, pour une somme de981. 70 fr. encore à payer en novembre 1999. Il ressort cependant des courriers du Service de l'aide sociale de la Ville de Fribourg des 20 août et 27 octobre 1999, respectivement figurant au dossier et annexé au recours, qu'il n'a pas recouru aux prestations financières de l'assistance publique, en tout cas jusqu'à la décision attaquée. Enfin, sous l'angle professionnel, s'il est au chômage depuis décembre 1997 - ce que le Service précité attribue pour l'essentiel à la précarité de son statut -, il avait régulièrement travaillé jusqu'alors. Dans ces conditions, son intégration en Suisse paraît relativement bonne.

Cet élément ne conduit cependant pas à lui accorder une autorisation de séjour, étant donné la gravité de l'infraction commise et son comportement ultérieur. Comme l'a retenu de plus le Tribunal cantonal, il dispose au Maroc, où il a passé la plus grande partie de sa vie, d'une famille nombreuse avec laquelle il entretient de bonnes relations, de sorte qu'il ne devrait pas éprouver trop de difficultés à se réintégrer.

c) Il reste à examiner sa situation sous l'angle de ses liens avec K._____.

aa) Dans des cas déterminés, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 8 CEDH ne s'opposait pas au refus de l'autorisation de séjour à une étrangère invoquant à cette fin ses liens avec son enfant suisse né pendant un mariage fictif avec un ressortissant suisse. L'enfant n'avait pas d'attaches particulières avec la Suisse en dehors de sa mère, son père juridique n'ayant jamais eu de contact avec lui, et son jeune âge lui permettait de s'adapter à un nouvel environnement. Dans ces conditions, rien ne s'opposait à ce qu'il suive sa mère à l'étranger (ATF 122 II 289 consid. 3 p. 296 concernant un enfant de deux ans de mère yougoslave et, dans des circonstances identiques, arrêt non publié du 23 juillet 1999 en la cause C. traitant d'un enfant de six ans de mère marocaine). En revanche, le droit à une autorisation de séjour fondé sur l'art. 8 CEDH a été reconnu à la mère autrichienne d'un enfant de nationalité suisse, sur lequel elle exerçait l'autorité parentale, âgé de cinq ans et né du mariage avec un ressortissant suisse dissous par le divorce (arrêt non publié du 7 décembre 1998 en la cause K.-V.).

bb) En l'espèce, K._____ a toujours vécu en Suisse et avait plus de huit ans lorsque l'autorité intimée a statué. Selon un rapport de l'Office cantonal des mineurs du 13 octobre 1997, également pris en compte par le Tribunal cantonal et figurant au dossier, il fréquente l'école primaire et s'est bien assimilé dans son quartier. D'un autre côté, selon le rapport susmentionné dudit Office du 5 mars 1999, K._____ s'est rendu chaque été au Maroc, avec son père tout d'abord, puis seul pour une partie des vacances. Bien accueilli dans la famille de son père, il a appris les bases de la langue arabe et vit ces séjours très positivement. Toutefois, toujours d'après ce document, ni le père ni l'enfant n'envisagent de s'installer dans ce pays.

K._____ a ainsi atteint un degré d'intégration en Suisse relativement élevé en comparaison des causes précitées. Son cadre de vie principal reste celui où il a grandi et il n'est pas douteux qu'un séjour durable au Maroc l'exposerait à des difficultés d'adaptation, compte tenu des différences matérielles et culturelles.

En outre, K._____ n'est pas issu d'un mariage fictif et a noué dans notre pays d'autres liens familiaux que celui, prépondérant, qui l'unit à son père. A cet égard, selon le rapport susmentionné du 13 octobre 1997, l'enfant entretient une "relation privilégiée" avec son oncle maternel. Ses attaches avec celui-ci, ainsi qu'avec ses grands-parents maternels sont "à maintenir, voire à favoriser encore plus, car elles peuvent contribuer à un développement harmonieux de K._____ (...); il faut tenir compte également du fait que K._____ a grandi entouré de ces personnes-là". Surtout, K._____ a conservé des liens étroits et effectifs avec sa mère, qui bénéficient également de la protection de l'art. 8 CEDH. Le rapport précité du 5 mars 1999 atteste qu'il la rencontre régulièrement, souvent à l'initiative du père, qu'il l"'aime beaucoup" et qu'il lui est très attaché. Le maintien de cette relation constitue ainsi un facteur important de son équilibre. Enfin, encore faut-il souligner que K._____ a une demi-soeur depuis 1996, même si l'on ignore l'intensité de ses liens avec elle.

Or, en cas de départ de K._____ à destination du Maroc, ces attaches familiales et sociales seraient sinon totalement rompues, du moins fortement distendues, compte tenu de la situation financière de ses parents, qui ne peuvent assumer des voyages fréquents entre les deux pays. Par conséquent, dès lors qu'un départ entraînerait le relâchement, voire la rupture des relations qui forment l'essentiel de son cadre de vie et constituent des éléments importants de son équilibre et de son développement, on ne saurait exiger de l'enfant qu'il quitte la Suisse.

En conclusion, dans la mesure où le départ de l'enfant ne peut pas être imposé, l'intérêt privé du recourant et de son fils à séjourner ensemble en Suisse l'emporte sur l'intérêt public à éloigner l'intéressé. Cependant, ce droit subsistera seulement tant que le recourant bénéficiera de l'art. 8 CEDH et que la pesée des intérêts penchera en faveur de sa présence en Suisse. En particulier, une nouvelle condamnation pénale pourrait entraîner la révocation de l'autorisation.

d) Le recours étant de toute façon bien fondé en vertu de l'art. 8 CEDH, il est inutile d'examiner l'arrêt entrepris sous l'angle de l'art. 7 LSEE.

5.- Vu ce qui précède, le recours doit être admis, l'arrêt attaqué annulé et le dossier renvoyé au Département cantonal pour qu'il délivre au recourant l'autorisation de séjour adéquate. Etant donné l'issue du recours, le présent arrêt doit être rendu sans frais (art. 156 al. 2 OJ), de sorte que la demande d'assistance judiciaire pré-

sentée par le recourant devient sans objet. Il y a lieu d'allouer des dépens au recourant (art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal f é d é r a l,

1. Admet le recours et annule l'arrêt attaqué, la cause étant renvoyée au Département de la police du canton de Fribourg pour qu'il délivre au recourant l'autorisation de séjour adéquate.

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

3. Dit que le canton de Fribourg versera au recourant une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.

4. Constate que la demande d'assistance judiciaire est devenue sans objet.

5. Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, au Département de la police et au Tribunal administratif du canton de Fribourg, ainsi qu'au Département fédéral de justice et police.

_____

Lausanne, le 12 avril 2000
RED/elo

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

La Greffière,