[AZA 0/2]
2A.356/2000

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

13 novembre 2000

Composition de la Cour: MM. les Juges Wurzburger, président,
Müller et Zappelli, suppléant. Greffière: Mme Dupraz.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par
X._____, né le 2 mars 1971, et dame X._____, tous les deux représentés par Me Cornelia Seeger Tappy, avocate à Lausanne,

contre
l'arrêt rendu le 10 juillet 2000 par le Tribunal administratif du canton de Vaud, dans la cause qui oppose X._____ au Service de la population du canton de V a u d;

(art. 7 al. 1 et 10 al. 1 LSEE: autorisation de séjour)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Ressortissant tunisien né le 2 mars 1971, X._____ a séjourné en Suisse sans autorisation au cours de l'année 1989. Il a été refoulé en Tunisie le 21 septembre 1989. Il est revenu en Suisse le 7 avril 1990 et y a épousé, le 8 mai 1990, Y._____, ressortissante suisse née le 20 juin 1948. Il s'est alors vu octroyer une autorisation de séjour à l'année valable jusqu'au 8 mai 1991.

B.- Le 10 octobre 1991, le "Bezirksanwaltschaft" de Zurich a condamné X._____ à quatorze jours d'arrêts sous déduction de trois jours de détention préventive avec sursis pendant un an et à 500 fr. d'amende pour conduite sans permis de conduire et contravention à la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (actuellement loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes; loi sur les stupéfiants; LStup; RS 812. 121). Le 22 juin 1992, le Tribunal de police du district de Lausanne l'a condamné à vingt jours d'emprisonnement et à 500 fr. d'amende pour contravention à la loi sur les stupéfiants, violation simple des règles de la circulation, vol d'usage d'un véhicule automobile et conduite d'un véhicule automobile malgré un retrait de permis. Le 28 août 1992, le Juge informateur de l'arrondissement de Lausanne a condamné l'intéressé pour vol d'usage et conduite d'un véhicule malgré un retrait de permis, la peine étant absorbée dans celle infligée le 22 juin 1992 par le Tribunal de police du district de Lausanne. Le 21 décembre 1993, le Tribunal correctionnel du district de Lausanne (ci-après: le Tribunal correctionnel) a condamné X._____ à quinze mois d'emprisonnement sous déduction de deux
cent dix-huit jours de détention préventive et à 200 fr. d'amende pour vol, infraction grave et contravention à la loi sur les stupéfiants, violation simple et grave des règles de la circulation routière, vol d'usage et conduite sans permis; il a également ordonné l'expulsion du territoire suisse de l'intéressé pour la durée de cinq ans avec sursis pendant cinq ans. Le 28 mars 1994, la Commission de libération du canton de Vaud a accordé la libération conditionnelle à X._____.

C.- Le 24 juin 1994, l'Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers du canton de Vaud (ci-après: l'Office cantonal) a décidé de prolonger l'autorisation de séjour de X._____, tout en lui adressant "un très sérieux et dernier avertissement".

Le 18 août 1994, l'Office fédéral des étrangers (ci-après: l'Office fédéral) a prononcé à l'encontre de l'intéressé une interdiction d'entrée en Suisse et au Liechtenstein valable dès le 1er novembre 1994 et pour une durée indéterminée. Le 22 août 1994, l'Office fédéral a décidé de refuser son approbation à la délivrance d'une autorisation de séjour à X._____ et a imparti à l'intéressé un délai de départ échéant le 31 octobre 1994.

Le 12 septembre 1996, la femme de X._____ est décédée.

Le 9 décembre 1996, le Département fédéral de justice et police a rejeté le recours de l'intéressé contre la décision de l'Office fédéral du 22 août 1994. L'Office fédéral a alors fixé à X._____ un délai de départ échéant le 28 février 1997.

Le 19 mars 1997, le Tribunal de police du district d'Yverdon a condamné X._____ à quatorze jours d'arrêts et à 100 fr. d'amende pour conduite malgré un retrait de permis, violation simple d'une règle de la circulation.
Le 17 juillet 1997, l'intéressé a été refoulé en Tunisie.

D.- Le 11 avril 1998, X._____ a épousé à Tunis dame X._____, ressortissante suisse née le 10 août 1964 au Maroc.
Il a alors demandé une "autorisation d'entrée en Suisse" pour vivre auprès de sa femme (regroupement familial).
Le 1er juillet 1998, l'Office cantonal a refusé l'autorisation d'entrée, respectivement de séjour, sollicitée. Sur recours, le Tribunal administratif du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal administratif) a confirmé cette décision par arrêt du 18 décembre 1998.

E.- Le 19 avril 1999, le Tribunal correctionnel a condamné X._____ à deux ans d'emprisonnement sous déduction de cent douze jours de détention préventive pour infraction grave à la loi sur les stupéfiants et complicité d'infraction à l'art. 23 al. 1 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; RS 142. 20); il a également révoqué le sursis à l'expulsion octroyé par le jugement précité du 21 décembre 1993 et ordonné l'arrestation immédiate de l'intéressé. Sur recours, ce jugement a été confirmé le 10 juin 1999 par la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

F.- Le 10 février 2000, X._____ a adressé à l'Office cantonal une requête par laquelle il a demandé de lever toute interdiction d'entrée en Suisse qui pourrait subsister et d'autoriser son entrée et son séjour en Suisse. Il invoquait essentiellement la naissance, le 6 décembre 1999, de son fils Z._____.

Le 21 février 2000, le Service de la population du canton de Vaud (ci-après: le Service cantonal), autorité désormais compétente en la matière, a rejeté cette requête considérée comme une demande de réexamen, en se fondant notamment sur l'art. 10 al. 1 lettres a et b LSEE.
L'intéressé a alors porté sa cause devant le Tribunal administratif qui, par arrêt du 10 juillet 2000, a rejeté son recours et confirmé la décision du Service cantonal du 21 février 2000.

G.- Agissant par la voie du recours de droit administratif, X._____ et dame X._____ demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, de réformer l'arrêt du Tribunal administratif du 10 juillet 2000 en ce sens qu'une autorisation de séjour soit accordée à X._____; à titre subsidiaire, ils demandent que l'arrêt du Tribunal administratif du 10 juillet 2000 soit annulé et que la cause soit renvoyée au Tribunal administratif, subsidiairement au Service cantonal, pour complément d'instruction et nouvelle décision. Ils requièrent leur audition et celle de trois témoins.
Ils sollicitent l'assistance judiciaire partielle, soit limitée aux frais de justice.

Le Tribunal administratif conclut au rejet du recours.
Le Service cantonal se réfère à l'arrêt attaqué. L'Office fédéral 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 125 II 497 consid. 1a p. 499).

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 LSEE, 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 p. 83).

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).

X._____ est marié avec une Suissesse. 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'intéressé relevant du fond (ATF 124 II 289 consid. 2b p. 291).

b) D'après l'art. 103 lettre a OJ, quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir.

La qualité pour recourir est donnée au justiciable touché plus que quiconque ou que la généralité des administrés dans ses intérêts économiques, matériels ou idéaux. En principe, seul peut former un recours de droit administratif celui qui apparaît formellement atteint, c'est-à-dire celui qui a participé à la procédure devant l'instance inférieure et dont les conclusions déposées alors ont été totalement ou partiellement écartées (ATF 118 Ib 356 consid. 1a p. 359).

La qualité pour recourir de X._____ ne fait pas de doute. En revanche, il convient de dénier la qualité pour agir à dame X._____ qui n'a pas participé à la procédure devant le Tribunal administratif. Ainsi, le recours est irrecevable dans la mesure où il émane de dame X._____.

c) 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.- Le recourant reproche au Tribunal administratif d'avoir statué sans avoir procédé à son audition ni à celle de quatre témoins dont sa femme. Il considère que l'autorité intimée a commis une violation de son droit d'être entendu qui aurait entraîné une constatation incomplète des faits pertinents.

a) Le droit d'être entendu, garanti constitutionnellement, comprend le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, le droit de produire 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 influer sur la décision à rendre (ATF 124 II 132 consid. 2b p. 137 et la jurisprudence citée). Au surplus, la jurisprudence admet que le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 124 I 208 consid. 4a p. 211).

b) Dans son recours cantonal, l'intéressé faisait essentiellement valoir la naissance de son fils, sa rupture avec les stupéfiants et le milieu de la drogue ainsi que la renonciation, dans le jugement précité du 19 avril 1999, à une mesure d'expulsion; il se référait à des pièces sur ces deux derniers points. Il demandait aussi les auditions susmentionnées, sans toutefois préciser sur quoi il désirait qu'elles portent ni ce qu'il voulait prouver par là.

Le 10 avril 2000, le Tribunal administratif a fait savoir aux parties qu'il ne procéderait pas aux auditions requises, les éléments du dossier permettant de contrôler l'exercice du pouvoir d'appréciation du Service cantonal. Compte tenu des circonstances, il pouvait s'estimer suffisamment renseigné par les pièces du dossier dont il disposait pour écarter les auditions sollicitées par une appréciation anticipée des preuves. D'ailleurs, il a notamment pris en considération les événements survenus depuis son arrêt du 18 décembre 1998, soit le jugement précité du 19 avril 1999 et la naissance du fils du recourant, et il a procédé à une pesée des intérêts en présence. Ainsi, l'autorité intimée n'a pas violé le droit d'être entendu de l'intéressé ni établi les faits de façon manifestement inexacte ou incomplète, de sorte que les griefs du recourant doivent être rejetés.

c) Vu ce qui précède, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans l'arrêt entrepris. Il doit par conséquent rejeter la requête d'auditions présentée par l'intéressé.

4.- Le recourant se plaint de violations des art. 7 al. 1 LSEE et 8 CEDH, estimant que le refus de lui délivrer une autorisation de séjour est disproportionné et procède d'un excès du pouvoir d'appréciation. Il invoque des circonstances familiales. Il fait aussi valoir que, dans son jugement du 19 avril 1999, le Tribunal correctionnel aurait voulu lui laisser une chance de faire ses preuves en Suisse.

a) On peut douter que le recourant puisse se prévaloir de l'art. 8 par. 1 CEDH. En effet, 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). Or, un tel lien est exclu dans le cas particulier, puisque l'intéressé est en détention (ATF 118 Ib 145 consid. 4b p. 152; cf. aussi l'arrêt non publié du 8 mai 2000 en la cause Stocker, consid. 4c). De toute façon, la pesée des intérêts qui doit intervenir au regard de l'art. 7 LSEE n'est pas différente de celle à opérer selon l'art. 8 CEDH.

b) Selon l'art. 7 al. 1 LSEE, le droit du conjoint étranger d'un ressortissant suisse à l'octroi et à la prolongation d'une autorisation de séjour s'éteint lorsqu'il existe un motif d'expulsion. D'après l'art. 10 al. 1 LSEE, l'étranger peut être expulsé de Suisse notamment s'il a été condamné par une autorité judiciaire pour crime ou délit (lettre a) ou si sa conduite, dans son ensemble, et ses actes permettent de conclure qu'il ne veut pas s'adapter à l'ordre établi dans le pays qui lui offre l'hospitalité ou qu'il n'en est pas capable (lettre b). Cependant, l'expulsion n'est ordonnée que si elle paraît appropriée à l'ensemble des circonstances (art. 11 al. 3 LSEE) et qu'elle respecte le principe de la proportionnalité (ATF 116 Ib 113 consid. 3c p. 117); pour apprécier ce qui est équitable, l'autorité doit tenir compte notamment de la gravité de la faute commise par l'étranger, de la durée de son séjour en Suisse et du préjudice qu'il aurait à subir avec sa famille du fait de l'expulsion (art. 16 al. 3 du règlement d'exécution du 1er mars 1949 de la LSEE - RSEE; RS 142. 201).

Le refus d'octroyer une autorisation de séjour au conjoint étranger d'un ressortissant suisse condamné pour crime ou délit, respectivement le refus de la prolonger, suppose de même une pesée des intérêts en présence (ATF 120 Ib 6 consid. 4a p. 13). Cela résulte en particulier de la référence, contenue dans l'art. 7 al. 1 LSEE, à un motif d'expulsion de l'art. 10 al. 1 LSEE.
Pour procéder à cette pesée des intérêts, l'autorité de police des étrangers s'inspire de considérations différentes de celles qui guident l'autorité pénale. Ainsi, la décision du juge pénal d'ordonner ou non l'expulsion d'un condamné étranger en application de l'art. 55 CP, ou de l'ordonneren l'assortissant d'un sursis, respectivement la décision que prend l'autorité compétente de suspendre l'exécution de cette peine accessoire, est dictée, au premier chef, par des considérations tirées des perspectives de réinsertion sociale de l'intéressé; pour l'autorité de police des étrangers, c'est en revanche la préoccupation de l'ordre et de la sécurité publics qui est prépondérante. Il en découle que l'appréciation faite par l'autorité de police des étrangers peut avoir pour l'intéressé des conséquences plus rigoureuses que celle de l'autorité pénale (ATF 120 Ib 129 consid. 5b p. 132 et la jurisprudence citée).

Lorsque le motif d'expulsion est la commission d'une infraction, la peine infligée par le juge pénal est le premier critère lorsqu'il s'agit d'évaluer la gravité de la faute et de procéder à la pesée des intérêts. 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 prolongation 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.

c) En l'espèce, il existe au moins un motif d'expulsion, puisque l'intéressé s'est rendu coupable de "crime ou délit" (art. 10 al. 1 lettre a LSEE). Dès lors, il convient d'examiner si l'arrêt attaqué est justifié sur la base des intérêts en présence.

Le recourant, qui a été refoulé en Tunisie en 1989 après avoir séjourné irrégulièrement en Suisse, y est revenu en 1990 et n'a pas tardé à adopter un comportement délictueux qui lui a valu différentes condamnations à partir du 10 octobre 1991. C'est le Tribunal correctionnel qui lui a infligé les peines privatives de liberté les plus lourdes:
quinze mois et deux ans d'emprisonnement par jugements des 21 décembre 1993 et 19 avril 1999. Ces peines sanctionnaient en particulier des infractions graves à la loi sur les stupéfiants.
Dans le jugement précité du 19 avril 1999, il a été retenu que l'intéressé avait mis sur le marché quelque 315 g d'héroïne et 50 g de cocaïne, soit des quantités de drogue impressionnantes selon les termes du Tribunal correctionnel.
Or, il s'agit d'un domaine où la jurisprudence se montre particulièrement rigoureuse (cf. ATF 122 II 433 consid. 2c p. 436). La protection de la collectivité publique face au développement du marché de la drogue constitue incontestablement un intérêt public prépondérant justifiant l'éloignement de Suisse d'un étranger qui s'est rendu coupable d'infraction grave à la loi sur les stupéfiants. Les étrangers qui sont mêlés au commerce des stupéfiants doivent donc s'attendre à faire l'objet de mesures d'éloignement (arrêt non publié du 26 février 1998 en la cause Mustafa, consid. 5b). Par ailleurs, la durée du séjour du recourant en Suisse n'est pas déterminante. Il est arrivé en Suisse le 7 avril 1990 et a été refoulé en Tunisie le 17 juillet 1997, mais il a passé une partie de ce temps en détention. De plus, il est incarcéré depuis le 19 avril 1999. Au demeurant, il n'y a pas lieu de prendre en considération le temps qu'il a passé irrégulièrement en Suisse. En outre, on ne saurait suivre l'intéressé dans sa façon de comprendre le jugement susmentionné du 19 avril 1999. Certes, le Tribunal correctionnel a dit que le recourant lui avait donné le sentiment de vouloir tirer un trait sur son passé et semblait avoir rompu définitivement
avec la drogue. Toutefois, le Tribunal correctionnel a aussi relevé la gravité des infractions commises par

l'intéressé, la récidive, la réitération en cours d'enquête et les renseignements de moralité défavorables.
Enfin, il a estimé "superfétatoire d'ordonner une nouvelle mesure d'expulsion vu la décision administrative d'interdiction d'entrée et de séjour en Suisse frappant l'accusé". Ce n'est donc pas pour laisser une chance à l'intéressé de faire ses preuves en Suisse que le Tribunal correctionnel a renoncé à prononcer son expulsion. Par ailleurs, l'argument que le recourant tire de la naissance de son fils n'est pas décisif. Il n'est pas exclu que cet enfant l'aide un jour à trouver un certain équilibre, mais il s'agit en l'état d'un élément d'autant plus hypothétique que l'intéressé a toujours vécu en prison depuis que son fils est né. Quant à la situation de la femme du recourant, le Tribunal administratif l'a déjà examinée dans son arrêt du 18 décembre 1998. Il a alors retenu, à juste titre, qu'en épousant l'intéressé, sa femme avait accepté le risque de devoir vivre sa vie de couple à l'étranger. Au surplus, elle savait que ce ne serait pas sans incidence pour l'enfant qu'elle avait eu d'un mariage antérieur.

d) Il apparaît dès lors que l'intérêt public qu'il y a à éloigner de Suisse le recourant l'emporte sur l'intérêt privé de ce dernier et de sa famille à pouvoir vivre ensemble dans ce pays.

Ainsi, l'autorité intimée a procédé à une pesée des intérêts en présence qui n'est pas critiquable. Elle n'a pas violé le droit fédéral ni excédé son pouvoir d'appréciation.

5.- Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Les conclusions des recourants étaient dénuées de toutes chances de succès, de sorte qu'il convient de leur refuser l'assistance judiciaire partielle (art. 152 al. 1 OJ).

Succombant, les recourants doivent supporter les frais judiciaires, qui seront fixés compte tenu de leur situation financière (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ), et n'ont pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours dans la mesure où il est recevable.

2. Met à la charge des recourants un émolument judiciaire de 500 fr.
3. Communique le présent arrêt en copie à la mandataire des recourants, au Service de la population et au Tribunal administratif du canton de Vaud, ainsi qu'à l'Office fédéral des étrangers.

_____
Lausanne, le 13 novembre 2000 DAC/mnv

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

La Greffière,