2A.19/2000
[AZA 0]

IIe COUR DE DROIT PUBLIC
****

28 février 2000

Composition de la Cour: MM. et Mme les Juges Wurzburger, président,
Yersin et Meylan, suppléant. Greffière: Mme Rochat.

_____

Statuant sur le recours de droit administratif
formé par
N._____, représenté par Me Alexandre Bernel, avocat à Lausanne,

contre
l'arrêt rendu le 10 décembre 1999 par le Tribunal administratif du canton de Vaud, dans la cause qui oppose le recourant au Service de la population du Département des institutions et des relations extérieures du canton de vaud,

(art. 8 CEDH: autorisation de séjour)

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

A.- N._____, ressortissant brésilien, a séjourné et travaillé illégalement en Suisse de 1985 à 1991. Le 2 avril 1992, il a épousé à Lausanne P._____, ressortissante portugaise au bénéfice d'un permis d'établissement. Une fille, J._____, née le 21 novembre 1993 est issue de cette union.

En raison de son mariage et dans l'ignorance de son séjour illégal antérieur, N._____ a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour, régulièrement renouvelée depuis lors.

Après avoir travaillé dans la restauration, N._____ a ouvert sans autorisation un salon de massages à Neuchâtel; il se prostituait et utilisait les services de plusieurs personnes. Il prétend avoir cessé cette activité en 1996. Toutefois, le 14 juin 1998, il a été interpellé par la police municipale de Zurich pour avoir pratiqué la prostitution et pour défaut d'autorisation de travail. De 1994 à 1997, il a également exploité plusieurs magasins d'habits, mais sans succès. Il se trouve au chômage depuis juin 1997 et sa situation financière est lourdement obérée.

B.- Sur le plan pénal, N._____ a été condamné le 23 novembre 1992, pour ivresse au volant, à trois jours d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans et à une amende de 300 fr.

Par jugement du 27 octobre 1998, le Tribunal correctionnel de Lausanne a condamné l'intéressé pour tentative de meurtre passionnel sur la personne de son épouse, abus de confiance et contravention à la loi fédérale sur les stupéfiants (LFStup; RS 812. 121) à la peine de 18 mois d'emprisonnement avec sursis pendant cinq ans et a ordonné son expulsion du territoire suisse pour une durée de cinq ans, avec sursis pendant cinq ans.

Une nouvelle enquête pénale instruite d'office contre N._____ et son épouse pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, en l'occurrence leur propre fille, s'est soldée par une ordonnance de non-lieu du 14 juillet 1999.

Les époux sont séparés depuis mi-1995 et une procédure de divorce, actuellement suspendue, a été ouverte en 1996. Par décision du 20 mai 1999, la Justice de paix a retiré aux époux le droit de garde sur leur fille J._____ et attribué ce droit au Service de protection de la jeunesse.
Une lettre de ce service du 17 septembre 1999 atteste qu'il existe entre l'enfant et son père une relation réelle, solide et tout à fait positive.

C.- Par décision du 17 mai 1999, l'Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers (actuellement:
le Service de la population) a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de N._____ en relevant que les motifs d'intérêt public au renvoi de ce dernier étaient prépondérants par rapport au maintien des liens réguliers qu'il entretenait avec sa fille.

N._____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif. Il faisait notamment état d'une attestation du Service de psychiatrie de liaison du Département universitaire de psychiatrie de l'Université de Lausanne du 29 avril 1999, d'où il résulte qu'il est suivi depuis février 1997 en raison d'une tentative de suicide, mais qu'il n'avait plus présenté de trouble du comportement et avait fait preuve d'une présence régulière auprès de sa fille. Il a également produit un certificat médical établi le 13 septembre 1999 par le Département de médecine interne du CHUV, attestant qu'il est suivi dans le contexte d'une maladie chronique d'un stade avancé, nécessitant une prise en charge thérapeutique importante, qu'un traitement a été mis en route associant des médicaments que l'on ne trouve actuellement que dans les pays développés, et que tout arrêt de cette médication entraînerait pour le patient une péjoration de sa maladie, qui pourrait être fatale en l'espace de quelques mois.

Par arrêt du 10 décembre 1999, le Tribunal administratif a rejeté le recours. Il a notamment retenu que la durée de la peine prononcée par le Tribunal correctionnel ne justifiait pas forcément une expulsion administrative, mais qu'un éventuel renouvellement de l'autorisation de séjour ne pouvait toutefois être pris en considération, faute d'éléments favorables au recourant. L'importance de ses dettes rendaient en effet théorique un hypothétique assainissement de sa situation financière et l'on pouvait donc craindre qu'il ne tombe durablement à charge des services sociaux.
N'ayant pas non plus tout entrepris pour obtenir la garde de son enfant, l'intéressé ne pouvait guère revendiquer sérieusement la protection de l'art. 8 CEDH; la prostitution à laquelle il s'adonnait était d'ailleurs incompatible avec cette protection. La juridiction cantonale a aussi estimé que l'intérêt du recourant à pouvoir se faire soigner en Suisse ne paraissait pas davantage devoir l'emporter, dans la mesure où rien ne l'empêchait d'organiser son départ et de prévoir son approvisionnement en médicaments.

D.- Agissant par la voie du recours de droit administratif, N._____ conclut, avec dépens, principalement à la réforme de l'arrêt du Tribunal administratif du 10 décembre 1999 en ce sens qu'une autorisation de séjour lui est accordée et, subsidiairement, à l'annulation de cet arrêt avec renvoi de la cause pour complément d'instruction. Il a également présenté une demande d'assistance judiciaire.

Le Tribunal administratif a renoncé à présenter des observations et se réfère aux considérants de son arrêt. Le Service de la population déclare s'en remettre entièrement aux déterminations du Tribunal administratif.

E.- L'effet suspensif a été attribué au recours à titre superprovisoire.

Le 1er février 2000, le recourant a produit deux pièces nouvelles, datées du 27 janvier 2000, à savoir le procès-verbal de l'audience de jugement dans la procédure de divorce qui sépare les époux et la lettre adressée le même jour par le juge du divorce à l'issue de cette audience, ordonnant une expertise sur la capacité éducative des deux parents.

Considérant en d r o i t:

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 cité).

a) Selon l'art. 100 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 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. 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 et les arrêts cités, 361 consid. 1a p. 363).

b) En vertu de l'art. 17 al. 2 LSEE, l'étranger dont le conjoint est au bénéfice d'une autorisation d'établissement a, aussi longtemps que les époux vivent ensemble, droit à l'octroi et au renouvellement d'une autorisation de séjour, puis, après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, à la délivrance d'une autorisation d'établissement. Ce droit n'existe toutefois pas lorsque l'intéressé tombe sous le coup d'un motif d'expulsion.

Il est en l'espèce constant que le recourant vit séparé de son épouse au bénéfice d'un permis d'établissement, de sorte qu'il ne saurait, pour cette raison déjà, se prévaloir de cette disposition.

c) Le recourant fonde son recours sur l'art. 8 CEDH.

Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par cette disposition 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. 1 c p. 259).

Dans le cas particulier, l'enfant J._____ bénéficie de l'autorisation d'établissement de sa mère (art. 17 al. 2 LSEE). Le recourant peut ainsi se prévaloir de sa relation avec sa fille pour invoquer l'art. 8 CEDH, dans la mesure où il est établi que cette relation est réelle et étroite. A cet égard, il est en effet sans importance que le recourant n'ait, à l'époque, pas contesté le retrait de la garde prononcé par la Justice de paix, car il a maintenu la relation avec sa fille par l'exercice de son droit de visite (ATF 120 Ib 1 consid. 1d p. 3 et les arrêts cités).

Le recours est donc recevable sous l'angle de l'art. 8 CEDH.

d) Lorsque, comme en l'espèce, la décision attaquée émane d'une autorité judiciaire au sens de l'art. 105 al. 2 OJ, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans l'arrêt entrepris, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou qu'ils aient été établis au mépris de règles essentielles de procédure.

Dans ce cas, la possibilité d'alléguer des faits nouveaux ou de faire valoir de nouveaux moyens de preuve est 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. En particulier, on ne saurait tenir compte des modifications ultérieures de l'état de fait, qui ne pouvaient pas être prises en considération par la juridiction inférieure (ATF 121 II 97 consid. 1c p. 99 et les références citées).

Le recourant a produit, après le dépôt du recours, deux pièces nouvelles destinées à établir qu'une expertise a été ordonnée par le juge du divorce au sujet des capacités éducatives des époux. Il s'agit-là cependant d'un fait nouveau, qui, en vertu des principes ci-dessus rappelés, ne peut être pris en considération; les pièces destinées à l'établir doivent, en conséquence, être retranchées du dossier.

e) Le recours respectant par ailleurs les formes légales, il y a lieu d'entrer en matière dans cette mesure.

2.- a) Le droit au respect de la vie familiale garanti par l'art. 8 CEDH n'est pas absolu. Selon le paragra-

phe 2 de cette disposition, il peut en effet être porté atteinte à ce bien juridique si cette atteinte est prévue par une loi et si elle apparaît nécessaire dans une société démocratique pour assurer la sécurité nationale, l'ordre et la tranquillité publics, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions, la sauvegarde de la santé et de la morale ainsi que des droits de libertés d'autrui.
S'agissant de déterminer si un étranger peut se voir refuser l'octroi ou la prolongation d'une autorisation de séjour en dépit des relations qu'il entretient avec un ou plusieurs membres de sa famille ayant droit de présence en Suisse, il y a lieu de procéder à une balance des intérêts (ATF 120 Ib consid. 3c p. 5; 6 consid. 4a p. 13).

En ce qui concerne l'intérêt privé à l'octroi d'une autorisation de séjour, un droit de visite peut en principe être exercé même si le parent intéressé vit à l'étranger, au besoin en aménageant les modalités de ce droit pour ce qui touche à sa fréquence et à sa durée. A la différence de ce qui se passe en cas de vie commune, il n'est pas indispensable que le parent au bénéfice d'un droit de visite et l'enfant vivent dans le même pays. Dans ce cas, 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 et les références citées).

En l'espèce, le départ du recourant pour son pays d'origine rendrait sans doute très difficile, voire illusoire le droit de visite. Toutefois, au vu de l'ensemble des circonstances mentionnées ci-après, ainsi que du comportement du recourant sur le plan professionnel, qui l'empêche notamment de participer financièrement à l'entretien de sa fille, l'intérêt privé ne saurait l'emporter sur l'intérêt public à son éloignement de Suisse.

b) Lorsque l'étranger a gravement enfreint l'ordre juridique en vigueur, ce qui est en principe le cas lorsqu'il a été condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans, voire à une peine plus sévère encore, l'intérêt public à son éloignement prime, en règle générale, son intérêt privé, respectivement celui des membres de sa famille, à ce qu'il puisse demeurer en Suisse. A cet égard, il est en principe sans importance qu'une expulsion prononcée par le juge pénal ait été suspendue en raison du bon comportement de l'intéressé ou que ses chances de resocialisation apparaissent éventuellement meilleures en Suisse qu'à l'étranger; il n'en pourrait aller différemment que si tout risque de récidive pouvait désormais être raisonnablement exclu (arrêt du 25 juillet 1995 en la cause Hoteit, consid. 3, publié in Pra 1996/95 p. 296 ss). Cette référence à une quotité de peine de deux ans n'a cependant qu'un caractère indicatif. Le renvoi d'un étranger peut en effet se justifier même lorsque cette quotité n'est pas atteinte. La jurisprudence se montre ainsi particulièrement sévère lorsque l'intéressé a commis une grave infraction contre l'intégrité corporelle ou a été impliqué dans des affaires de trafic de stupéfiants; dans ce cas, même si la
peine qu'il a encourue de ce chef n'atteint pas la quotité précitée, il ne pourra en principe être renoncé à une expulsion que s'il existe des circonstances très particulières et que le risque de récidive puisse être raisonnablement écarté.

c) Dans le cas particulier, le recourant a été condamné à la peine de 18 mois d'emprisonnement avec sursis pour tentative de meurtre passionnel. Il s'agit d'une atteinte grave à l'intégrité corporelle, même si l'infraction a été commise dans un contexte conjugal particulièrement perturbé.
A cela s'ajoute le fait que, par son comportement, le recourant a manifesté à plusieurs reprises qu'il ne voulait pas ou n'était pas capable de s'adapter à l'ordre établi dans notre pays. Non seulement il a, avant son mariage, séjourné et travaillé en Suisse des années durant sans autorisation, mais encore il a, à Neuchâtel, ouvert un salon de massages, alors que son statut de police des étrangers ne le permettait pas et s'est adonné lui-même à la prostitution, tout en utilisant les services d'autres personnes encore. Bien qu'il proclame avoir cessé ce type d'activités dès 1996, il n'a pas hésité, en 1998, à exercer de nouveau la prostitution, cette fois-ci dans le canton de Zurich. Dans ces circonstances, le fait qu'il a été condamné à une peine d'emprisonnement inférieure à deux ans n'est pas déterminant (voir arrêt précité du 25 juillet 1995, consid. 3a, publié in Pra 1996 195 p. 296 ss).

Enfin le Tribunal administratif a souligné à juste titre qu'il existait des motifs d'assistance publique pour refuser le renouvellement de l'autorisation sollicitée. Quant à l'argument que tire le recourant du risque que représenterait pour sa santé un renvoi dans son pays d'origine, il n'est pas déterminant dans le cadre de la présente procédure mais devra, cas échéant, être examiné dans le cadre d'un renvoi hors de Suisse.

3.- a) Au vu de ce qui précède, le recours se révèle mal fondé et doit être rejeté.

b) Le recourant a présenté une demande d'assistance judiciaire en alléguant qu'il était dans le besoin au sens de l'art. 152 al. 1 OJ. Si cette condition paraît certes remplie, il n'en demeure pas moins que le recours était manifestement dépourvu de chances de succès, de sorte que l'assistance judiciaire doit être refusée pour ce motif. Il y a lieu dès lors de mettre les frais judiciaires à la charge du recourant en tenant compte de sa situation financière (art. 153, 153a al. 1 et 156 al. 1 OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

1.- Rejette le recours.

2.- Rejette la demande d'assistance judiciaire.

3.- Met un émolument judiciaire de 500 fr. à la charge du recourant.

4.- Communique le présent arrêt en copie au mandataire du recourant, au Tribunal administratif et au Service de la population du Département des institutions et des relations extérieures du canton de Vaud, ainsi qu'au Département fédéral de justice et police.

_____

Lausanne, le 28 février 2000 ROC/elo

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

La Greffière,