

Et si le nouveau décret sur les conditions d'affectation des terres du domaine national était entaché d'illégalité !

Le 16 septembre 2020, Son Excellence Monsieur le Président de la République a signé le décret n° 2020-1773 modifiant le décret n° 72-1288 du 27 octobre 1972 relatif aux conditions d'affectation des terres du domaine national comprises dans les communes.

Ce décret a été pris sans un travail préalable de mise en harmonie avec la loi 2013-10 portant code général des collectivités territoriales (CGCT). Le nouveau décret confie au gouverneur le pouvoir d'approbation de délibérations foncières que ce code ne lui reconnaît pas. Selon ce nouveau décret, "au-delà de 50 ha, la délibération ne peut être approuvée que par le gouverneur de région territorialement compétent par acte réglementaire (...)". Le pouvoir d'approbation entre dans le cadre de l'exercice d'un contrôle de légalité.

Or, le gouverneur n'est pas habilité à exercer un tel contrôle au regard de l'article 270 du CGCT qui renvoie aux conditions dans lesquelles, les représentants de l'Etat doivent exercer le contrôle de légalité. La principale condition est donnée par l'article 243 du CGCT qui identifie les représentants de l'Etat compétents pour exercer ce contrôle de légalité sur chaque niveau de collectivité territoriale.

Selon cet article, "les actes pris par les collectivités territoriales sont transmis au représentant de l'Etat auprès, du département ou de la commune (...)". Et l'article 271 précise clairement le représentant de l'Etat compétent auprès de chaque échelle de collectivité territoriale et le gouverneur n'est nulle part cité parmi ces autorités. L'article 271 souligne que "le **préfet** représente l'Etat auprès du département, de la ville, de la commune chef-lieu de département et de toutes autres communes qui lui seront rattachées par décret. Le **sous-préfet** représente l'Etat auprès des autres communes de son arrondissement". Le gouverneur n'est pas cité parmi les représentants de l'Etat devant exercer le contrôle de légalité sur les actes pris par les collectivités territoriales.

Selon toujours ce nouveau décret "dès que la superficie est comprise entre 10 et 50 ha, seul le Préfet du département dans lequel est géographiquement localisée l'assiette, approuve la délibération". Or, le Préfet, selon les dispositions de cet article 271 du CGCT, n'a pas une compétence d'approbation sur toutes les communes de son département.

Conformément à la hiérarchie des normes, ce nouveau décret ne peut pas ranger la loi mais doit se ranger derrière la loi. Pour donner au gouverneur le pouvoir d'exercer ce contrôle, la loi 2013-10 portant CGCT devra au préalable être révisée en vue de le désigner parmi les autorités habilitées à exercer un pouvoir d'approbation sur les délibérations notamment foncières.

Dans le cas contraire, tout acte administratif qu'il prendra ne serait pas valable. Un acte administratif doit être signé par l'autorité compétente. Or le gouverneur n'est pas compétent pour prendre de tels actes d'approbation. Un décret ne peut pas lui attribuer ce pouvoir, il peut juste organiser le pouvoir que lui a déjà octroyé la loi.

L'exemple le plus illustratif nous a été donné par l'ancien code des collectivités locales (loi n° 96-06 du 22 mars 1996). Lorsque cette loi avait attribué au gouverneur le pouvoir de contrôle de l'égalité sur les régions, le décret 72-636 du 29 mai 1972 relatif aux attributions des chefs de circonscriptions administratives, a automatiquement été modifié pour le conformer à cette loi et à son décret d'application (96-228 du 22 mars 1996). C'est cette démarche qui est bonne et qui devait être adoptée dans ce cas d'espèce. Il fallait d'abord reformer la loi avant de préciser les détails dans un décret.

Si un gouverneur signe un arrêté pour approuver une délibération sur la base de ce décret n° 2020-1773, il aurait commis une incompétence *ratione materiae*, c'est-à-dire l'inaptitude légale à prendre un acte dans un domaine qui n'est pas le sien, dans une matière qui ne relève pas de ses attributions. Il aurait empiété en tant qu'autorité supérieure sur les compétences d'un de ses subordonnés (préfet ou sous-préfet). Le texte de base (code général des collectivités territoriales) a clairement procédé à la répartition exclusive des compétences d'approbation entre le préfet et le sous-préfet.

Dans la jurisprudence, la violation des règles de compétence est sévèrement sanctionnée par le juge administratif. En effet, il s'agit de règles d'ordre public, ce qui signifie que l'incompétence de l'auteur de l'acte contesté est un moyen d'annulation qui doit être soulevé d'office par le juge et cela même si les parties ne l'ont pas invoqué. En conclusion, pour que ce décret soit légal, il faudra en amont modifier l'article 271 de la loi 2013-10 portant Code Général des Collectivités Territoriales dans le sens d'une part d'intégrer le gouverneur parmi les représentants de l'Etat exerçant le contrôle de légalité sur les actes des collectivités territoriales et d'autre part permettre au Préfet d'étendre, le cas échéant, son pouvoir d'approbation sur toutes les autres communes de son département.

Enfin, ce nouveau décret ne vise que l'article 2 du décret 72-1288 sur les conditions d'affectation et garde un silence sur les conditions de désaffectation. Or pour maintenir le parallélisme des formes, l'article 8 du décret 72-1288 devra aussi être modifié. Cet article dispose que la délibération de désaffectation n'est exécutoire qu'après avoir été approuvée par le sous-préfet.

Kader Fanta NGOM
Conseil Juridique
Expert Foncier

