CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PEDRO CRUZ VILLALÓN presentate il 14 settembre 2010[1]

1. La Commissione europea, basandosi sull'art. 226 CE, contesta alla Repubblica portoghese la violazione della direttiva 2005/36/CE, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali [2], per non aver assunto i provvedimenti necessari per renderla applicabile alla professione notarile in detto paese.

2. Come nelle cause C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 e C-61/08, aventi anch'esse ad oggetto la professione notarile, nella presente causa risulta necessario stabilire preliminarmente se l'art. 45, primo comma, CE, che prevede una deroga per le attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri, risulti applicabile nella specie [3]. Tuttavia, a differenza di quanto avviene nelle cause citate, la Commissione non far valere qui l'esistenza di clausole di cittadinanza, dato che in Portogallo non esiste, in linea di principio, una simile limitazione. Il motivo del presente ricorso è da ricondursi all'esistenza di un sistema di accesso alla professione notarile portoghese diametralmente opposto a quanto richiesto dalla legislazione comunitaria, segnatamente dalla direttiva 2005/36, in materia di titoli professionali.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 settembre 2005 (GU L 255, pag. 2).

3 — È opportuno segnalare fin da subito che, sebbene il notaio di tipo latino oggetto del presente ricorso continui ad essere l'esempio più comune in Europa, tale modello coesiste nell'Unione europea con alcune varianti, la cui inclusione nell'ambito di applicazione dell'art. 45, n. 1, non è in discussione. E ciò vuoi perché il notaio appare pienamente inserito nell'amministrazione pubblica, vuoi perché il suo intervento è privo degli effetti tipici dell'autenticazione, nel senso cui ci riferiremo infra. Infine, la situazione all'interno dell'Europa si è ulteriormente differenziata negli ultimi anni in seguito alla soppressione della clausola di cittadinanza in alcuni Stati che mantengono il modello notarile latino (Italia, Spagna).

I — Contesto normativo

A — *Diritto comunitario*

3. La direttiva 89/48/CEE, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni [4], prevedeva un termine di trasposizione che, ai sensi del suo art. 12, spirava il 4 gennaio 1991.

4. L'art. 2 della stessa così recitava:

«1. La presente direttiva si applica a qualunque cittadino di uno Stato membro che intenda esercitare, come lavoratore autonomo o subordinato una professione regolamentata in uno Stato membro ospitante.

2. La presente direttiva non si applica alle professioni contemplate da una direttiva specifica che istituisca fra gli Stati membri il reciproco riconoscimento dei diplomi».

5. La professione di notaio non è stata regolata da nessuno degli strumenti cui allude il n. 2 della suddetta disposizione.

6. La direttiva 89/48 è stata modificata e codificata attraverso la direttiva 2005/36. La nuova redazione del testo mantiene il contenuto essenziale della direttiva 89/48, però il quarantunesimo «considerando» contiene una novità rispetto alla precedente direttiva e così dispone:

«La presente direttiva non pregiudica l'applicazione dell'articolo 39, paragrafo 4 e dell'articolo 45 del trattato concernenti in particolare i notai».

B — *Diritto nazionale*

7. In Portogallo la professione notarile è disciplinata dai decreti legge del Ministro della Giustizia 21 aprile 2004, nn. 26/2004 e 27/2004. Con decreto 398/2004, anch'esso datato 21 aprile 2004, il governo ha adottato il regolamento recante il regime di attribuzione del titolo di notaio. Il complesso delle disposizioni citate ha portato a termine una liberalizzazione della professione notarile portoghese, la cui funzione veniva svolta da funzionari dell'amministrazione, soggetti ad un regime di diritto pubblico.

8. All'art. 1 del decreto legge 26/2004 si sancisce che «il notaio è il giurista i cui atti scritti, redatti nell'esercizio delle sue funzioni, sono dotati di pubblica fede».

4 — Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988 (GU 1989, L 19, pag. 16).

9. Il notaio è, nel contempo, un funzionario che autentica atti giuridici ed un libero professionista che agisce in piena indipendenza ed imparzialità. Il citato art. 1 aggiunge che il carattere pubblico e privato della funzione notarile sono tra loro indissociabili.

10. Come ammesso dal Portogallo nel suo controricorso, l'autenticazione rappresenta la principale attività della professione notarile. L'autenticazione si presenta come un atto di delega dello Stato in favore del notaio, cui viene concessa la facoltà di attribuire pubblica fede. Ai sensi dell'art. 21 del decreto legge 26/2004, il simbolo che esprime l'intervento notarile è il sigillo, o il suo equivalente numerico, il cui titolare è esclusivamente il notaio. Il notaio interviene su richiesta delle parti e garantisce alle stesse la legittimità, nonché l'archiviazione e la conservazione degli atti posti in essere.

11. Ai sensi dell'art. 371 del codice civile portoghese i documenti autenticati sono dotati di forza probatoria qualificata, impugnabile solo mediante strumenti processuali straordinari (art. 372 del codice civile). Del pari, l'art. 46 della legge sul processo civile afferma che l'autenticazione attribuisce carattere esecutivo al documento.

12. In base all'art. 25 del decreto legge 26/2004, l'accesso alla professione notarile è subordinato al ricorrere di quattro condizioni: non essere interdetto dai pubblici uffici; essere titolare di una laurea in giurisprudenza riconosciuta dalla legislazione portoghese; superare un periodo di pratica ed aver superato il concorso di accesso bandito dal Consiglio del notariato.

13. Benché il notariato rappresenti una professione liberale, l'accesso alla stessa, ai sensi dell'art. 6 del decreto legge 26/2004, è soggetto ad un *numerus clausus*. Inoltre, il notaio opera in un ambito territoriale determinato, vale a dire la circoscrizione, a seguito dell'attribuzione di un'autorizzazione all'insediamento. Gli onorari notarili si calcolano sulla base di tariffari approvati dal Ministro della Giustizia, ove vengono fissati importi minimi e massimi, mentre si prevede la possibilità che determinati servizi notarili siano liberi quanto al prezzo.

II — Fasi precontenziosa e contenziosa del procedimento

14. In data 21 dicembre 2001 la Commissione ha inviato al Portogallo una lettera di diffida in ragione della mancata trasposizione della direttiva 89/48/CEE per quanto concerne la professione notarile. Il Portogallo ha risposto con lettera datata 17 giugno 2002, affermando che il governo stava elaborando una riforma legislativa in merito.

15. Il 18 ottobre 2006 la Commissione ha trasmesso al Portogallo il proprio parere motivato, richiedendo di porre fine

all'inadempimento entro il termine di due mesi. A tale parere il Portogallo ha replicato il 24 gennaio 2007, affermando che i notai portoghesi partecipano direttamente ed effettivamente all'esercizio dei pubblici poteri e che pertanto non sono soggetti né alla libertà di stabilimento, né al diritto derivato che attua tale libertà.

16. Ai fini del presente procedimento per inadempimento, il contesto normativo nazionale di riferimento è pertanto quello vigente al 18 dicembre 2006, data in cui è scaduto il termine concesso dalla Commissione allo Stato in questione nel parere motivato.

17. Il 12 febbraio 2008 la Commissione ha proposto ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 226 CE, cui hanno fatto seguito i rispettivi atti di controricorso, di replica e di controreplica tra la ricorrente e lo Stato membro convenuto. Inoltre, a sostegno della Commissione è intervenuto il Regno Unito, mentre gli interventi della Repubblica ceca, della Lituania, della Slovenia e della Slovacchia sono stati effettuati a sostegno del Portogallo.

III — Conclusioni delle parti

18. La Commissione chiede che la Corte voglia:

— dichiarare che la Repubblica portoghese, non avendo trasposto la direttiva 2005/36/CE, segnatamente per quanto riguarda l'accesso alla professione notarile, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi della direttiva stessa.

— condannare la Repubblica portoghese alle spese del procedimento.

19. Da parte sua, la Repubblica portoghese chiede che la Corte voglia:

respingere il ricorso in quanto infondato e condannare la Commissione alle spese del procedimento.

IV — Ricevibilità del ricorso

20. Il governo sloveno, in qualità di interveniente, solleva un'eccezione di irricevibilità a motivo delle disposizioni invocate dalla Commissione. A suo avviso, la Commissione ha fatto valere la violazione della direttiva 89/48 durante la fase precontenziosa del presente ricorso di inadempimento, mentre adesso, nella fase contenziosa, deduce la violazione della direttiva 2005/36, testo normativo che ha sostituito il precedente.

21. Tale eccezione non può essere accolta.

22. Secondo una reiterata giurisprudenza, la regolarità del procedimento precontenzioso costituisce una garanzia essenziale, prevista dal Trattato non soltanto a tutela dei diritti dello Stato membro di cui trattasi, ma anche per garantire che l'eventuale procedimento contenzioso verta su una controversia chiaramente definita. Solo muovendo da un procedimento precontenzioso regolare il procedimento contraddittorio dinanzi alla Corte consentirà a quest'ultima di stabilire se lo Stato membro sia effettivamente venuto meno agli obblighi precisi che la Commissione sostiene esso abbia violato [5].

23. Orbene, come ha ribadito la Corte di giustizia, anche se le conclusioni contenute nel ricorso non possono in via di principio essere estese al di là degli inadempimenti fatti valere nel dispositivo del parere motivato e nella lettera di diffida, ciononostante, allorché una modifica del diritto comunitario interviene nel corso della fase precontenziosa del procedimento «la Commissione è legittimata a far constatare un inadempimento degli obblighi che trovano la loro origine nella versione iniziale di una direttiva, successivamente modificata o abrogata, che sono stati confermati da nuove disposizioni» [6].

24. Quindi, come ha segnalato la Commissione, da un esame comparato delle dette disposizioni si evince che la direttiva 2005/36 ha rinforzato e codificato le disposizioni della direttiva 89/48. Pertanto, gli obblighi che venivano imposti agli Stati membri in conseguenza della direttiva 89/48 continuano, per la maggior parte, ad essere applicabili in forza della direttiva 2005/36.

25. Ne consegue che occorre respingere l'eccezione di irricevibilità, dato che si riferisce agli obblighi risultanti dalla direttiva 2005/36, che erano già applicabili in forza della direttiva modificata.

V — Sul motivo di inadempimento

26. Nel presente procedimento per inadempimento la Commissione addebita alla Repubblica portoghese il fatto di non aver trasposto la direttiva 2005/36 per quanto concerne la professione notarile. Da parte sua, il Portogallo eccepisce che l'art. 45, primo comma, CE trova applicazione nel caso di tale professione, sicché la citata direttiva non risulta applicabile all'attività notarile.

27. Non sembra opportuno ribadire qui, in tutta la loro estensione, gli argomenti già sviluppati dettagliatamente nelle conclusioni presentate in data odierna nelle cause

5 — Ordinanza 11 luglio 1995, causa C-266/94, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-1975, punti 17 e 18).

6 — V., tra le altre, sentenze 9 novembre 1999, causa C-365/97, Commissione/Italia (Racc. pag. I-7773, punto 36), e 5 giugno 2003, causa C-145/01, Commissione/Italia (Racc. pag. I-5581, punto 17).

C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 e C-61/08. Mi limiterò pertanto ad esporre i principali argomenti ivi formulati per procedere poi ad applicarli al caso portoghese.

A — *Sulle attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri, ai sensi degli artt. 43 e 45, primo comma, CE*

28. Dal momento che il Portogallo invoca l'art. 45, primo comma, CE per giustificare l'omessa trasposizione della direttiva 2005/36, risulta necessario soffermarsi, anzitutto, ad esaminare il contenuto di tale norma.

29. In effetti, gli artt. 43 e 45, primo comma, CE, compongono un'unità normativa partendo da una regola (la libertà di stabilimento) e da un'eccezione (attività cha partecipano all'esercizio dei pubblici poteri), che ne definiscono in tal modo l'ambito di applicazione. Dalla combinazione delle due regole risulta una norma determinante per la soluzione della presente causa. Non ci troviamo pertanto dinanzi ad una regola (l'art. 43 CE), che non viene applicata in virtù di una *deroga* (l'art. 45, primo comma, CE), ma piuttosto dinanzi ad una regola diversa: quella che determina l'ambito di applicazione della libertà di stabilimento per l'esercizio di attività che *non* presentano un nesso con la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri. È questo l'ambito di applicazione materiale della libertà garantita dal Trattato, e in tal senso deve essere intesa la posizione della Commissione quando dichiara che sono stati violati gli artt. 43 e 45 CE.

30. Laddove l'interprete giunga alla conclusione che un'attività partecipa, di fatto, all'esercizio dei pubblici poteri, è opportuno procedere ad un controllo di proporzionalità. Nel contesto delle citate disposizioni, il controllo di proporzionalità si applica, se del caso, effettuando un esame simile a quello utilizzato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza [7], che pondera: (1) l'incisività della misura adottata, da un lato e, (2), il grado di partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri dell'attività in questione, dall'altro. Quanto più diretta ed immediata risulti la partecipazione, tanto più ampio sarà il ventaglio di misure comprese nell'art. 45, primo comma, CE. Quanto più indiretta sia tale partecipazione, tanto minori saranno le misure giustificabili in base ad essa, in termini sia di quantità sia di intensità.

31. Tuttavia, la principale difficoltà interpretativa generata dagli artt. 43 e 45, primo comma, CE risiede, come prevedibile, nella precisa definizione di «pubblici poteri».

7 — V., tra le più recenti, sentenze 12 settembre 2006, causa C-196/04, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (Racc. pag. I-7995, punti 61 e segg.), e 3 ottobre 2006, causa C-452/04, Fidium Finanz (Racc. pag. I-9521, punto 46). In merito a tale principio ed al suo ruolo come regola di ponderazione nell'ambito delle libertà, v. Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2ª ed., Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, pagg. 193 e segg. e Galetta, D.-U., Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Giuffré Editore, Milano, 1998, pagg. 103 e segg.

32. Come già esposto nelle conclusioni presentate nelle cause C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 e C-61/08, sono scarsi gli elementi che si deducono dalla giurisprudenza al momento di esaminare la natura o la qualità dei «pubblici poteri» menzionati nella disposizione che qui interessa [8].

33. La definizione di ciò che costituisce i pubblici poteri, ai sensi dell'art. 45, primo comma, CE [9], deve necessariamente partire da una comprensione preliminare dell'idea di potere pubblico quale categoria comune della dottrina dello Stato, in cui si inserisce necessariamente, dal punto di vista concettuale, l'Unione europea, essendo una comunità di Stati [10].

34. In tal senso, il «potere pubblico» è anzitutto un «potere», vale a dire, la capacità di imporre una condotta conforme ad una volontà insormontabile. Secondo un'accezione pacificamente accettata, e nella sua massima espressione, tale capacità appartiene esclusivamente allo Stato, ossia all'istituzione in cui si personalizza l'ordinamento giuridico come strumento dell'amministrazione e regolamentazione della forza legittima [11]. Pertanto, il potere pubblico è il potere sovrano, qui superiorem non recognoscens in regno suo.

35. Ciò significa che nello Stato non esiste una forza legittima oltre a quella esercitata dai pubblici poteri. E questo nel caso in cui tale potere sia esercitato a beneficio dell'esistenza dello Stato e del conseguimento dei suoi fini (interesse generale), ovvero al servizio di legittime aspettative di comportamento nutrite da alcuni singoli nei confronti di altri singoli (interesse privato). In quest'ultimo caso, sempre nel rispetto delle condizioni prestabilite [12].

8 — V., tra le altre, sentenze 21 giugno 1974, causa 2/74, Reyners (Racc. pag. 631); 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione/Italia (Racc. pag. 4035); 29 ottobre 1998, causa C-114/97, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-6717); 9 marzo 2000, causa C-355/98, Commissione/Belgio (Racc. pag. I-1221); 31 maggio 2001, causa C-283/99, Commissione/Italia (Racc. pag. I-4363); 13 dicembre 2007, causa C-465/05, Commissione/Italia (Racc. pag. I-11091), e 22 ottobre 2009, causa C-438/08, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-10219).

9 — Che, peraltro, nelle diverse versioni linguistiche, si serve indistintamente di due termini che, sul piano teorico, presentano alcune sfumature, come i termini «autorità» e «pubblici poteri». Si parla di «autorità», per esempio, nelle versioni francese («l'exercice de l'autorité publique»), inglese («the exercise of official authority»), portoghese («exercício da autoridade pública»), rumena («exercitării autorității publice») e maltese («l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika»), mentre preferiscono l'espressione «pubblici poteri» le versioni spagnola, («ejercicio del poder público»), tedesca («Ausübung öffentlicher Gewalt»), italiana («esercizio dei pubblici poteri») e svedese («utövandet av offentlig makt»).

10 — Per quanto l'ultima parola nella conformazione di tale nozione debba essere riservata al diritto dell'Unione, fermo restando che la Corte di giustizia, come interprete suprema del diritto dell'Unione, deve impostare la detta definizione prendendo sempre come punto di partenza i diversi approcci nazionali alla categoria in questione. Per tutti, v. Schlag, M., *Art. 45, EU-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2. Aufl., Nomos, Baden, 2009.

11 — Per tutti, all'interno di un'estesissima bibliografia, v. Passerin d'Entreves, A.., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962.

12 — Rimane ovviamente esclusa da tale considerazione la forza monopolizzata da un altro Stato, che convive con il primo nel mutuo rispetto dei relativi ambiti di sovranità delimitati dal diritto internazionale.

36. Senza dubbio, il fine perseguito dalla forza monopolizzata ed amministrata dallo Stato costituisce un primo criterio per tracciare il limite tra i pubblici poteri e i singoli.

37. In tal senso, il criterio tradizionalmente seguito per identificare il potere pubblico è quello che si riferisce alla capacità del detto potere di imporre unilateralmente la propria volontà, cioè senza che sia necessario il consenso dell'obbligato. Invece, il singolo può fare accettare la sua volontà ad un altro singolo solo con il consenso di quest'ultimo.

38. Proseguendo in tale riflessione, dobbiamo soffermarci sulla qualità dello Stato moderno, come forma di organizzazione del potere assai più sofisticata di quelle conosciute in precedenza. Queste ultime si riducevano all'amministrazione della coercizione fisica mediante procedure di definizione delle condizioni per il suo esercizio estremamente semplificate. Ne deriva che, per poter descrivere il fenomeno dei pubblici poteri in tutta la sua complessità, risulta oggi praticamente inevitabile avvalersi di una nozione di pubblici poteri costruita sulla logica dell'ordinamento giuridico in cui tale potere opera.

39. In tale direzione, l'ordinamento giuridico rappresenta un processo di pianificazione dell'esercizio della forza legittima capace di concludersi, se del caso, con l'applicazione della forza in un caso concreto. In tale contesto, non ci dovrebbero essere inconvenienti ad ammettere che gli atti con cui l'ordinamento porta a compimento una determinata azione (là dove il processo di pianificazione dell'esercizio della forza legittima si conclude con un atto che pone fine a tale processo, che acquisisce carattere definitivo) appaiano come l'espressione più compiuta dell'ordinamento giuridico [13].

40. In base a tale impostazione, il criterio determinante per qualificare un atto come derivato dall'esercizio dei pubblici poteri sarebbe quindi costituito dalla natura del suo rapporto con l'ordinamento dello Stato. In concreto, la qualità di un'attività dovrebbe essere considerata l'espressione di una forma di partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri a partire dal criterio del suo inserimento (cioè del suo grado di appartenenza) nel detto ordinamento giuridico. Pertanto, il criterio idoneo non sarebbe quello della mera conformità dell'atto con l'ordinamento in questione bensì quello della sua incorporazione come atto dell'ordinamento [14].

13 — Sulla concezione dell'ordinamento come una successione di imputazioni riconducibili ad una prima norma positiva, espressione del potere sovrano, v., a titolo paradigmatico, Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Deuticke, Vienna, 1960.

14 — Ne deriva che l'analisi relativa a se una determinata attività partecipi o meno all'esercizio dei pubblici poteri non implica lo sforzo di attribuire l'atto in questione ad uno dei tre poteri e/o funzioni dello Stato, ossia alla funzione legislativa, esecutiva o giudiziaria, in particolare a quest'ultima, come si è potuto riscontrare negli argomenti addotti nel presente procedimento.

41. In tal senso, la giurisdizione può essere considerata l'espressione più caratteristica del potere pubblico. Con le decisioni giurisdizionali infatti, si pronuncia definitivamente il diritto e, in tal senso, l'ordinamento giuridico si confonde con esse [15]. Tuttavia, per le stesse ragioni, possiamo anche affermare che è potere pubblico quel potere i cui atti possono raggiungere tale condizione senza necessità di iurisdictio. Per cominciare, la legge è esecutiva di per sé, come lo sono anche le disposizioni amministrative o le ordinanze delle autorità della forza pubblica. Si tratta pur sempre di atti o disposizioni suscettibili di sindacato giurisdizionale, ma che, in ogni caso, non richiedono un'«autorizzazione» per produrre immediatamente i propri effetti.

42. Ciò premesso, è chiaro che nessun singolo può emanare atti giuridici capaci di imporsi ad un terzo se non attraverso l'intervento dei pubblici poteri. Essendo escluso l'uso della forza da parte dei singoli, la realizzazione del diritto del singolo richiede sempre un'autorizzazione pubblica. In tali casi, il potere pubblico non si limita ad operare una revisione di un atto capace di produrre di per sé effetti vincolanti nei confronti di un terzo, come nel caso degli atti dell'amministrazione o del governo, e del potere legislativo. Al contrario, in tali casi il potere pubblico interviene sempre come autorità costitutiva dell'obbligo che il singolo vuole far valere nei confronti di un terzo. Si tratterà quindi di obblighi che possono trarre origine da un concorso di volontà (contratto/principio dispositivo), ma l'esigenza dell'adempimento di tali obblighi non è alla portata del singolo, bensì richiede l'intervento pubblico.

43. Di conseguenza, e alla luce di tutte le suesposte considerazioni, è legittimo sostenere che, sempre con il grado di astrazione imposto dal caso di specie, tra i caratteri che identificano i pubblici poteri nelle diverse tradizioni nazionali si può far riferimento alla qualità che si traduce nella capacità di imputare un atto, una disposizione o un comportamento alla volontà dello Stato, formalizzata attraverso l'ordinamento giuridico. Si tratta infatti di un minimo comun denominatore in cui vengono a coincidere tutte le dette tradizioni, che incontrano nell'imputabilità di una volontà concreta alla volontà generale dello Stato il criterio determinante per tracciare una linea di separazione tra l'ambito del pubblico e l'ambito dei privati.

44. Le precedenti considerazioni permettono di affrontare con maggiore sicurezza la questione centrale riguardante la professione notarile.

45. Alla luce di tali elementi, deve riconoscersi che il notariato portoghese, mediante

15 — Merkl, A., *Die Lehre von der Rechtskraft*, Deuticke, Leipzig, 1923.

l'autenticazione, esercita direttamente e specificamente un'attività di carattere pubblico, nel senso che, mediante tale operazione, conferisce ai singoli in via preliminare l'autorizzazione ad esercitare un proprio diritto che, altrimenti, dovrebbe essere reclamato caso per caso. L'intervento notarile elimina la necessità di richiedere l'intervento di un altro potere pubblico quando si intenda far valere la realtà dichiarata autentica dal notaio e, pertanto, conferisce all'atto autenticato un valore giuridico qualificato, pubblico, che può essere messo in discussione solo dinanzi al giudice (come, del resto, qualsiasi altro atto dei pubblici poteri). Ovviamente, non è l'immunità dal sindacato giurisdizionale – impossibile in uno Stato di diritto – la qualità fondamentale dello status di potere pubblico, ma la presunzione legale della legittimità dei suoi stessi atti, che comporta a sua volta un certo grado di rigore quanto alle condizioni necessarie per il controllo di tali atti.

46. È ovvio che il notaio non esercita una coercizione, né impone unilateralmente alcun obbligo. Tuttavia, come abbiamo avuto modo di constatare, questo non è l'unico criterio determinante della qualità di potere pubblico. L'autenticazione conferisce pubblicità agli atti dei soggetti privati, nel senso che attribuisce a tali atti in via preliminare un valore giuridico che, senza l'intervento del notaio, gli interessati non potrebbero far valere conformemente al diritto senza richiedere l'intervento di un (altro) potere pubblico. Si tratta, se vogliamo, di un potere pubblico che si sviluppa su un terreno già prossimo a quello dei privati, che è per antonomasia il campo dell'autonomia della volontà. Tuttavia, la sua dimensione pubblica è indiscutibile se consideriamo la sua capacità di convertire in pubblico un atto meramente privato, dotandolo, in tal modo, della forza inerente ai pubblici poteri.

47. Cosa diversa è che, riconoscendo la minore intensità — se vogliamo — del collegamento di un'attività con l'esercizio dei pubblici poteri in senso stretto (inteso come il collegamento con le facoltà del potere sovrano), l'esercizio dell'attività notarile possa essere assoggettato a condizioni meno restrittive di quelle riservate al caso delle autorità coinvolte più da vicino nell'espressione della sovranità.

48. Di conseguenza, nei limiti in cui l'autenticazione risponde a tale funzione, ritengo che si tratti di un'attività che partecipa direttamente e specificamente all'esercizio dei pubblici poteri, dotando di una qualifica propria gli atti, le disposizioni e i comportamenti che altrimenti non avrebbero un valore giuridico superiore rispetto all'espressione della volontà privata.

49. Posto che l'autenticazione costituisce il nucleo indissociabile della funzione notarile nella Repubblica portoghese, si deve pertanto affermare che la professione notarile, in generale e considerata nel suo insieme, partecipa direttamente e specificamente all'esercizio dei pubblici poteri [16]

B — *Applicabilità della direttiva 2005/36 alla professione notarile*

50. Al suo quarantunesimo «considerando» la direttiva 2005/36 dichiara che «la presente direttiva non pregiudica l'applicazione dell'articolo 39, paragrafo 4 e dell'articolo 45 del trattato concernenti in particolare i notai». Il legislatore, pur con tutta l'ambiguità di tale dichiarazione, sembra implicitamente indicare che dalla risposta in merito all'inclusione dell'attività notarile nell'art. 45, primo comma, CE, deriverebbe la risposta alla questione dell'applicazione della direttiva a tale professione.

51. Nel suo ricorso, la Commissione esclude correttamente che il quarantunesimo «considerando» della direttiva 2005/36 possa valere quale criterio interpretativo dell'art. 45, primo comma, CE. Infatti, l'affermazione che la direttiva effettua in questo punto non è determinante al fine di qualificare o meno l'attività notarile come pubblico potere. Tuttavia, la Commissione ammette che quando un'attività partecipa all'esercizio dei pubblici poteri, tale «considerando» conferma che debbono trovare applicazione gli artt. 43 e 45, primo comma, CE. Pertanto, dall'atto della Commissione si deduce che, nel caso in cui un'attività, quale l'attività notarile, considerata non in astratto bensì alla luce delle circostanze concrete della fattispecie, risulti partecipare all'esercizio dei pubblici poteri, le disposizioni della direttiva 2005/36 non sono applicabili.

52. Per i motivi esposti ai precedenti paragrafi 45-48 delle presenti conclusioni, ritengo che il notariato portoghese, come configurato alla data del 18 dicembre 2006, partecipasse direttamente e specificamente all'esercizio dei pubblici poteri. Di conseguenza, condivido il parere della Commissione, dovendo concludersi che la direttiva 2005/36 non era applicabile all'attività notarile portoghese in tale data.

53. La Repubblica portoghese ha eccepito, principalmente nel corso dell'udienza, che la professione notarile è stata oggetto di varie riforme allo scopo di introdurre una maggior concorrenza nel settore. L'agente della Repubblica portoghese ha informato la Corte che il legislatore portoghese, a tale scopo, ha eliminato il carattere obbligatorio di una

16 — V. sentenza Reyners, cit.

parte assai significativa di atti giuridici che in precedenza richiedevano l'intervento notarile, atti che oggi possono compiersi anche dinanzi ad altri professionisti. Tali circostanze potrebbero, se del caso, essere sufficientemente rilevanti da poter escludere eventualmente la qualificazione dell'attività notarile effettuata nelle presenti conclusioni. Tuttavia, nel presente procedimento non è necessario esaminare tali modifiche, dal momento che la data rilevante ai fini del procedimento stesso è la data indicata dalla Commissione quale data in cui lo Stato convenuto doveva porre fine agli inadempimenti segnalati nel parere motivato. Come già sottolineato, tale data è il 18 dicembre 2006.

54. Inoltre, il fatto che nelle presenti conclusioni si ritenga che il notariato portoghese partecipi all'esercizio dei pubblici poteri non significa che sia risolto il dibattito sulla portata degli artt. 43 e 45, primo comma, CE rispetto all'attività notarile in Portogallo. Come ho sostenuto nelle mie conclusioni presentate nelle cause C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 e C-61/08, sopra citate, la constatazione del fatto che un'attività risulta partecipare all'esercizio dei pubblici poteri implica la realizzazione di un controllo di proporzionalità alla luce degli artt. 43 e 45, primo comma, CE. Tuttavia, il fatto che nel presente procedimento la Commissione abbia sollevato esclusivamente un motivo riguardante la direttiva 2005/36 esclude un'analisi della questione sulla base del criterio indicato.

55. Di conseguenza, il ricorso deve essere respinto.

VI — Sulle spese

56. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Repubblica portoghese ne ha fatto domanda, la Commissione, rimasta soccombente, va condannata alle spese.

57. Con riferimento al n. 4, prima frase, del medesimo articolo, la Repubblica ceca, la Repubblica di Lituania, la Repubblica di Slovenia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e la Repubblica slovacca, intervenienti nella presente causa, sopporteranno le proprie spese.

VII — Conclusione

58. Alla luce di quanto sopra esposto propongo alla Corte di giustizia di:

1) Respingere il ricorso.

2) Condannare la Commissione europea alle spese.

3) Condannare la Repubblica ceca, la Repubblica di Lituania, la Repubblica di Slovenia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord e la Repubblica slovacca a sostenere le proprie spese.