PEDRO CRUZ VILLALÓN
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2010. szeptember 14.[1]

1. Az Európai Bizottság az EK 226. cikk alapján azt kifogásolja, hogy a Portugál Köztársaság megszegte a szakmai képesítések elismeréséről szóló 2005/36/EK irányelvből[2] eredő kötelezettségeit, mivel nem hozta meg az ahhoz szükséges intézkedéseket, hogy az a közjegyzői szakmára is alkalmazható legyen Portugáliában.

2. Hasonlóan a szintén a közjegyzői szakmával foglalkozó C-47/08. sz., C-50/08. sz., C-51/08. sz., C-53/08. sz., C-54/08. sz. és C-61/08. sz. egyesített ügyekhez, ebben az ügyben is azt kell előzetesen megvizsgálni, hogy a jelen ügyben alkalmazható-e az EK 45. cikk első bekezdése, amely eltérésről rendelkezett a közhatalom gyakorlásához kapcsolódó tevékenységek tekintetében[3]. Azonban az említett ügyektől eltérően a Bizottság nem az állampolgársági kikötés fennállását kifogásolja, mivel Portugáliában elvileg nincs ilyen jellegű korlátozás. A jelen kereset jogalapja az, hogy a közjegyzői szakma megkezdésére való jogosultságot szabályozó portugál rendszer teljesen ellentétes a szakmai képesítésekre vonatkozó közösségi szabályozással, konkrétan a 2005/36 irányelvvel.

1 – Eredeti nyelv: spanyol.

2 – A 2005. szeptember 7-i 2005/36/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 2005., L 255., 22. o.).

3 – Itt szükséges megjegyezni, hogy noha az ezen keresetek tárgyát képező latin típusú közjegyzői modell továbbra is a legelterjedtebb Európában, az Európai Unióban emellett más típusú közjegyzői modellek is léteznek, amelyek nem tartoznak az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá. Ennek oka lehet akár az, hogy a közjegyző teljesen betagozódik a közigazgatási rendszerbe, vagy az, hogy közreműködésének nincs hitelesítő hatása abban az értelemben, ahogy arra a továbbiakban hivatkozni fogok. Végezetül az európai helyzet az utóbbi években még inkább sokrétűvé vált azáltal, hogy néhány, latin közjegyzői modellt működtető államban eltörölték az állampolgársági kikötést (Olaszország, Spanyolország).

I – Jogi háttér

A – *A közösségi jog*

3. A legalább hároméves szakoktatást és szakképzést lezáró felsőfokú oklevelek elismerésének általános rendszeréről szóló 89/48/EGK irányelv[4] által, annak 12. cikkében meghatározott átültetési határidő 1991. január 4-én járt le.

4. Az irányelv 2. cikke így rendelkezett:

„(1) Ezt az irányelvet a tagállamok minden olyan állampolgárára alkalmazni kell, aki önálló vállalkozóként vagy munkavállalóként egy másik tagállamban kíván egy szabályozott szakmát gyakorolni.

(2) Ez az irányelv nem vonatkozik azokra a foglalkozásokra, amelyekkel az oklevelek tagállamok általi kölcsönös elismeréséről szóló külön irányelv foglalkozik."

5. A közjegyzői szakmára nézve nem létezik olyan szabályozás, amelyre a fent hivatkozott rendelkezés (2) bekezdése utal.

6. A 89/48 irányelvet hatályon kívül helyezte és kodifikálta a 2005/36 irányelv. Az új szövegezés megőrizte a 89/48 irányelv lényegét, azonban új (41) preambulumbekezdése így rendelkezik:

„Ez az irányelv nem előzi meg a Szerződés 39. cikkének (4) bekezdése és 45. cikke alkalmazását, mindenekelőtt a közjegyzők vonatkozásában."

B – *A nemzeti jog*

7. Portugáliában a közjegyzői szakmát a 2004. április 21-i 26/2004 és 27/2004 igazságügy-miniszteri törvényrendeletek szabályozzák. A kormány a szintén 2004. április 21-i 398/2004 rendelettel fogadta el a közjegyzői kinevezés rendjére vonatkozó szabályozást. E rendelkezések összessége megvalósította a portugál közjegyzői szakma liberalizálását; szerepüket korábban a közjogi szabályrendszer alá tartozó közigazgatási tisztviselők töltötték be.

8. A 26/2004 törvényrendelet 1. cikke kimondja, hogy „a közjegyző az a jogász, akinek a tevékenysége gyakorlása során megszerkesztett és írásba foglalt dokumentumai közhitelesek".

4 – Az 1988. december 21-i tanácsi irányelv (HL 1988., L 19., 16. o.; magyar nyelvű különkiadás 5. fejezet, 1. kötet, 337. o.).

9. A közjegyző emellett jogügyleteket hitelesítő tisztviselő, és teljesen függetlenül és pártatlanul eljáró független szakember is. Az 1. cikk hozzáteszi, hogy a közjegyzői tevékenység köz- és magánjellege szétválaszthatatlan.

10. Miként Portugália is elismerte válaszbeadványában, a hitelesítés a közjegyzői szakma fő tevékenysége. A hitelesítés egy olyan hatáskör-átruházási jogi aktus, amelyben az állam közhitelességi jogosítványt adományoz a közjegyző számára. A 26/2004 törvényrendelet 21. cikke alapján a közjegyzői tevékenységet a bélyegző vagy az ennek megfelelő azonosítószám szimbolizálja, amelynek kizárólagos tulajdonosa a közjegyző. A közjegyző a felek kérelmére jár el, és biztosítja számukra a törvényességet, valamint az általa hitelesített okiratok irattárban való elhelyezését és megőrzését.

11. A portugál Código Civil (polgári törvénykönyv) 371. cikke szerint a hitelesített dokumentumok olyan minősített bizonyítóerővel rendelkeznek, amelyet csak különleges eljárás keretében lehet megtámadni (a Código Civil 372. cikke). Ugyanakkor a polgári eljárásról szóló törvény 46. cikke kimondja, hogy a hitelesítés folytán a dokumentum végrehajthatóvá válik.

12. A 26/2004 törvényrendelet 25. cikke értelmében a közjegyzői szakma megkezdésének négy feltétele van: alkalmasság a közfeladatok ellátására; a portugál jog által elismert jogi diploma; a gyakorlati idő megszerzése; a Közjegyzői Kamara által meghirdetett versenyvizsga sikeres letétele.

13. Jóllehet a közjegyzői hivatás szabad tevékenység, a 26/2004 törvényrendelet 6. cikke értelmében a szakma megkezdésére *numerus clausus* irányadó. A közjegyző emellett egy meghatározott földrajzi területen jár el, a bíróság illetékességéhez igazodó körzetben, helyhez kötődő engedély birtokában. A közjegyző díjazását az Igazságügyi Minisztérium által elfogadott osztályozás szerint számítják ki, ebben kerül meghatározásra a legalacsonyabb és a legmagasabb összeg, ugyanakkor lehetőség van arra is, hogy meghatározott közjegyzői szolgáltatások szabadárasak legyenek.

II – A pert megelőző eljárás és a peres eljárás

14. A Bizottság 2001. december 21-én felszólító levelet küldött Portugáliának, arra való hivatkozással, hogy az elmulasztotta a 89/48/EK irányelv átültetését a közjegyzői szakma vonatkozásában. Portugália a 2002. június 16-i válaszlevelében azzal érvelt, hogy a kormány éppen egy jogalkotási reformot készít elő e tekintetben.

15. A Bizottság 2006. október 18-án indokolással ellátott véleményt küldött Portugáliának, amelyben felszólította, hogy két hónapos

határidőn belül szüntesse meg a kötelezettségszegést. Portugália 2007. január 24-én kelt levelével válaszolt e levélre, és azzal érvelt, hogy a portugál közjegyzők közvetlenül és ténylegesen is részt vesznek a közhatalom gyakorlásában, és ezért nem tartoznak a letelepedési szabadság, és az ezt a szabadságot kimunkáló másodlagos jogszabályok hatálya alá sem.

16. A kötelezettségszegés megállapítása iránti eljárás szempontjából releváns nemzeti jogszabályi háttér a 2006. december 18-án hatályos szabályozás, mivel a Bizottság indokolással ellátott véleményében a tagállam számára előírt határidő ezen a határnapon járt le.

17. A Bizottság 2008. február 12-én kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetet nyújtott be a Bírósághoz az EK 226. cikk értelmében, majd ezt követte az ellenkérelem, a válasz és a viszonválasz a felperes és az alperes tagállam részéről. Emellett az Egyesült Királyság beavatkozóként lépett fel, a Bizottságot támogatva, míg a Cseh Köztársaság, Litvánia, Szlovénia és Szlovákia beavatkozóként Portugáliát támogatta.

III – A felek kérelmei

18. A Bizottság annak megállapítását kéri a Bíróságtól, hogy:

– a Portugál Köztársaság megszegte az említett irányelvből eredő kötelezettségét, mivel nem ültette át a 2005/36 irányelvet, különösen a közjegyzői szakma tekintetében,

– a Portugál Köztársaságot kötelezze a költségek viselésére.

19. A Portugál Köztársaság azt kéri a Bíróságtól, hogy:

a keresetet mint megalapozatlant utasítsa el, és a Bizottságot kötelezze a költségek viselésére.

IV – A kereset elfogadhatósága

20. A szlovén kormány mint beavatkozó a Bizottság által hivatkozott jogszabályok alapján elfogadhatatlansági kifogást emelt. Álláspontja szerint a Bizottság a jelen kötelezettségszegés megállapítása iránti kereset benyújtását megelőző eljárásban a 89/48 irányelv megsértésére hivatkozott, míg a peres eljárásban már az annak helyébe lépő 2005/36 irányelv megsértését kifogásolta.

21. Ez a kifogás nem fogadható el.

22. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint a pert megelőző eljárás szabályszerűsége nemcsak az érintett tagállam jogai védelmének lényeges, a Szerződésben előírt biztosítéka, hanem annak is, hogy az esetleges peres eljárás tárgya világosan körülírható legyen. Kizárólag egy szabályszerű, pert megelőző eljárás alapján ítélheti meg a Bíróság az előtte folyamatban lévő kontradiktórius eljárásban, hogy a tagállam valóban megszegte-e azokat a pontosan megfogalmazott kötelezettségeket, amelyeknek megszegésére a Bizottság hivatkozik[5].

23. Amint azt a Bíróság több alkalommal megállapította, a kereseti kérelmek főszabály szerint nem terjeszkedhetnek túl az indokolással ellátott vélemény következtetéseiben és a felszólító levélben hivatkozott kötelezettségszegéseken, azonban abban az esetben, ha a közösségi jogot a pert megelőző eljárás során módosították, „a Bizottságnak a későbbiekben módosításra vagy hatályon kívül helyezésre került irányelv eredeti szövegén alapuló, de az új rendelkezések által is fenntartott kötelezettségek megszegésének megállapítására irányuló keresete elfogadható”[6].

24. Mindazonáltal, amint arra a Bizottság is rámutatott, az említett rendelkezések összehasonlító vizsgálatából az derül ki, hogy a 2005/36 irányelv megerősítette és kodifikálta a 89/48 irányelv rendelkezéseit. Következésképpen a 89/48 irányelvben a tagállamok számára előírt kötelezettségek többsége a 2005/36 irányelv értelmében továbbra is fennáll.

25. A fentiekből következik, hogy az elfogadhatatlansági kifogást el kell utasítani, mivel azokra a 2005/36 irányelvből eredő kötelezettségekre hivatkozik, amelyek már a hatályon kívül helyezett irányelv értelmében is teljesítendők voltak.

V – A kötelezettségszegés alátámasztására felhozott jogalapról

26. A jelen keresetben a Bizottság azt kifogásolja, hogy a Portugál Köztársaság nem ültette át a 2005/36 irányelvet a közjegyzői szakma vonatkozásában. Portugália arra hivatkozik, hogy az EK 45. cikk első bekezdése irányadó az említett szakmára, amelyre tekintettel a hivatkozott irányelvet nem kell alkalmazni a közjegyzői tevékenységre.

27. Nem szükséges itt teljes terjedelmükben megismételni azokat az érveket, amelyeket részletesen kifejtettem a C-47/08. sz., C-50/08. sz., C-51/08. sz., C-53/08. sz, C-54/08. sz. és C-61/08. sz. egyesített

5 – A C-266/94. sz., Bizottság kontra Spanyolország ügyben 1995. július 11-én hozott végzés (EBHT 1995., I-1975. o.) 17. és 18. pontja.

6 – Lásd többek között a C-365/97. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1999. november 9-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-7773. o.) 36. pontját és a C-145/01. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2003. június 5-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-5581. o.) 17. pontját.

ügyekben a mai napon ismertetett indítványomban. Ezért az ott kifejtett főbb érvelési irányvonalak bemutatására fogok szorítkozni, a továbbiakban a portugál ügyre alkalmazva azokat.

A – *Az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése értelmében vett, közhatalom gyakorlásához kapcsolódó tevékenységekről*

28. Mivel Portugália az EK 45. cikk első bekezdésére hivatkozással igyekszik igazolni a 2005/36 irányelv átültetésének hiányát, elsősorban e rendelkezés tartalmát kell megvizsgálni.

29. Az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése tulajdonképpen egy szabályból (letelepedés szabadsága) és egy kivételből (közhatalom gyakorlásához kapcsolódó tevékenységek) álló szabályozási egységet alkot, meghatározva ezáltal saját hatályát. A két rendelkezés közötti összefüggés eredményezi a jelen ügy megoldása során irányadó szabályt. Erre figyelemmel nem csupán egy olyan szabályról van szó (EK 43. cikk), amelyhez alkalmazási kivétel (EK 45. cikk első bekezdése) kapcsolódik, hanem egy más típusú szabályról: olyanról, amely a közhatalom gyakorlásában részt nem vevő tevékenységek kifejtése tekintetében határozza meg a letelepedés szabadságának hatályát. Ilyen a vizsgált szabadság Szerződésben biztosított hatálya is, és eszerint kell értelmezni a Bizottság álláspontját, amelyben az EK 43. cikk és EK 45. cikk megsértésére hivatkozik.

30. Amennyiben a jogalkalmazó arra a következtetésre jut, hogy egy tevékenység valóban kapcsolódik a közhatalom gyakorlásához, el kell végeznie az arányossági tesztet. A hivatkozott rendelkezések összefüggésében az arányossági teszt alkalmazása adott esetben a Bíróság ítélkezési gyakorlatában alkalmazotthoz[7] hasonló vizsgálat révén történik, amely 1) egyrészről az alkalmazott intézkedés hatását mérlegeli, másrészről pedig azt, hogy 2) a szóban forgó tevékenység milyen mértékben képez részvételt a közhatalom gyakorlásában. Minél közvetlenebb és közelibb ez a részvétel, annál több fajta intézkedés tartozik az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá. Minél kevésbé közvetlen, annál kevesebb fajta, illetve enyhébb intézkedés igazolható a vizsgált rendelkezés értelmében.

31. Mindazonáltal az EK 43. cikkből és az EK 45 cikk első bekezdéséből fakadó legfőbb értelmezési nehézség előreláthatóan a „közhatalom" meghatározásában rejlik.

7 – A legutóbbi ítéletek közül lásd a C-196/04. sz., Cadbury Schweppes és Cadbury Schweppes Overseas ügyben 2006. szeptember 12-én hozott ítélet (EBHT 2006., I-7995. o.) 61. és azt követő pontjait és a C-452/04. sz. Fidium Finanz ügyben 2006. október 3-án hozott ítélet (EBHT 2006., I-9521. o.) 46. pontját. Az arányosság elvéről és annak a szabadságokkal kapcsolatos mérlegelésben betöltött szerepéről lásd Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2. kiadás, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, 193. és azt követő oldalak, valamint Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milánó, 1998, 103. és azt követő oldalak.

32. A C-47/08. sz.; C-50/08. sz.; C-51/08. sz.; C-53/08. sz.; C-54/08. sz. és C-61/08. sz. egyesített ügyekben ismertetett indítványomban előadottak szerint az ítélkezési gyakorlatban nem sok támpontot találunk az EK-Szerződés említett rendelkezésében szereplő „közhatalom" természetének és minőségének vizsgálatához[8].

33. Az EK 45. cikk első bekezdése szerinti értelemben vett közhatalom jelentésének meghatározása során[9] elkerülhetetlenül a közhatalom eszméjének mint az államelmélet általános kategóriájának bizonyos fajta *előzetes megértéséből* kell kiindulnunk, amelybe fogalmilag szükségszerűen az Európai Unió mint az államok közössége is beletartozik[10].

34. Ebben az értelemben a „közhatalom" mindenekelőtt „hatalom", vagyis egy ellenállhatatlan akaratnak megfelelő magatartásra való kötelezés képessége. Általánosan elfogadott értelmezés szerint és legtágabb értelmében véve, ezzel a képességgel kizárólag az állam, vagyis az az intézmény rendelkezik, amely a jogrendet mint a törvényes kényszer igazgatásának és irányításának eszközét testesíti meg[11]. A közhatalom tehát az uralkodó hatalma, *qui superiorem non recognoscens in regno suo.*

35. Ez azt jelenti, hogy az államban csak a közhatalom által irányított törvényes kényszer létezik. Ez pedig vagy az állam létezését és céljainak (közérdek) elérését szolgálja, vagy az egyes magánszemélyek mások magatartása tekintetében támasztott jogos elvárásainak (magánérdek) érvényesülését biztosítja. Utóbbi esetén mindig tiszteletben kell tartani az előzetesen meghatározott feltételeket[12].

8 – Lásd többek között a 2-74. sz. Reyners-ügyben 1974. június 21-én hozott ítéletet (EBHT 1974., 631. o.); a C-3/88. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1989. december 5-én hozott ítéletet (EBHT 1989., 4035. o.); a C-114/97. sz., Bizottság kontra Spanyolország ügyben 1998. október 29-én hozott ítéletet (EBHT 1998., I-6717. o.); a C-355/98. sz., Bizottság kontra Belgium ügyben 2000. március 9-én hozott ítéletet (EBHT 2000., I-1221. o.); a C-283/99. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2001. május 31-én hozott ítéletet (EBHT 2001., I-4363. o.); a C-465/05. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2007. december 13-án hozott ítéletet (EBHT 2007., I-11091. o.) és a C-438/08. sz., Bizottság kontra Portugália ügyben 2009. október 22-én hozott ítéletet (EBHT 2009., I-10219. o.).

9 – E fogalomnak számtalan változata létezik, amelyek egyébként különbségtétel nélkül két olyan kifejezést alkalmaznak, amelyek elméletben különböző jelentésbeli árnyalatokat fejeznek ki, ezek az „autoridad" és a „poder público" kifejezések. Az „autoridad" használatos a francia („l'exercice de l'autorité publique"), az angol („the exercise of official authority"), a portugál („exercício da autoridade pública"), a román („exercitării autorității publice") és a máltai („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika") változatban, míg a spanyol („ejercicio del poder público"), a német („Ausübung öffentlicher Gewalt"), az olasz („esercizio dei pubblici poteri") és a svéd („utövandet av offentlig makt") változat a „poder público" kifejezést részesíti előnyben.

10 – Jóllehet e fogalom jelentésének meghatározása során az utolsó szónak az uniós jogot kell illetnie, ismeretes, hogy a Bíróság mint az uniós jog legfőbb értelmezője valamely fogalom-meghatározás kialakítása során mindig a vizsgált fogalom különböző nemzeti megközelítéseiből indul ki. Lásd többek között Schlag, M., „Art. 45", *EU-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2. kiadás, Nomos, Baden, 2009.

11 – Lásd többek között, egy terjedelmes szakirodalom részeként Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torinó, 1962.

12 – Nyilvánvalóan figyelmen kívül marad az a kényszer, amelyet egy másik állam sajátít ki magának, és amely párhuzamosan fennáll az első állam által alkalmazott kényszerrel, feltéve, hogy azok tiszteletben tartják a szuverenitás nemzetközi jog által meghatározott területeit.

36. Az állam által irányított és az ő monopóliumát képező hatalom célja kétségtelenül az egyik fő szempont a közhatalom és az egyének közötti határvonal meghúzása során.

37. Ebben az értelemben a közhatalom meghatározása során hagyományosan alkalmazott feltételek közül a legalapvetőbb a közhatalom egyoldalú akaratérvényesítő képessége, amelyhez nincs szükség a kötelezett beleegyezésére. Ezzel ellentétben egy magánszemély kizárólag a másik magánszemély beleegyezésével fogadtathatja el akaratát a másikkal.

38. Ezt a gondolatmenetet követve tekintetbe kell venni azt, hogy a modern állam egy sokkal kifinomultabb hatalmi rendszer formáját ölti, mint a korábban ismert államok. Ez utóbbiak a fizikai kényszer igazgatására korlátozódtak, amelyhez az annak alkalmazására vonatkozó rendkívül egyszerű feltételek meghatározására irányuló eljárásokat alkalmaztak. Erre figyelemmel ahhoz, hogy a közhatalom jelenségét teljes komplexitásában megérthessük, ma már gyakorlatilag elengedhetetlen olyan közhatalom-fogalmat használni, amely az adott ország jogrendjének logikáján alapul.

39. E gondolatmenet szerint a jogrendszer a törvényes hatalomgyakorlás szabályozásának azon folyamatát testesíti meg, amely, adott esetben, az említett hatalom konkrét esetben történő alkalmazásával zárulhat. Így kénytelenek vagyunk elfogadni, hogy a rendszer által végső alkalmazott aktusok – vagyis amikor a törvényes hatalomgyakorlás folyamata olyan aktushoz vezet, amely véglegesen lezárja ezt a folyamatot – tűnnek a jogrend legteljesebb kifejeződésének[13].

40. E felvetés alapján annak meghatározása során, hogy egy aktus a közhatalomból ered-e, az lesz a meghatározó szempont, hogy az milyen jellegű kapcsolatban áll az állam jogrendjével. Pontosabban, egy tevékenység attól függően minősül a közhatalom gyakorlásában résztvevő tevékenységnek, hogy mennyire ágyazódik be – milyen mértékben *kapcsolódik* – az említett jogrendszerbe. Éppen ezért nem az említett rendszernek való puszta megfelelés a szempont, hanem az, hogy hogyan illeszkedik a jogrendbe mint annak aktusa[14].

13 – A jogrendszert a szuverén hatalmat kifejező alapvető pozitív szabályhoz visszavezető betudások sorozatának tekintő felfogásról lásd például Kelsen, H., Reine Rechtslehre, 2. kiadás, Deuticke Kiadó, Bécs, 1960.

14 – Ebből következően annak vizsgálatához, hogy egy meghatározott tevékenység részt vesz-e a közhatalom gyakorlásában vagy sem, nem szükséges azt besorolni a három hatalmi ág és/vagy állami funkció, vagyis a törvényhozás, a végrehajtás vagy az igazságszolgáltatás – különösen ez utóbbi – alá, amint ez a jelen eljárásban kifejtett ellenérvekből is kitűnik.

41. Ebből a szempontból az igazságszolgáltatás tekinthető a közhatalom legjellemzőbb megnyilvánulásának. Döntéseivel valójában véglegesen megállapítja a jogot, és így azok tulajdonképpen összevegyülnek a jogrenddel[15]. Ugyanakkor erre a megközelítésre figyelemmel azt is mondhatnánk, hogy az minősül a közhatalom gyakorlójának, akinek aktusai *iurisdictio* nélkül is rendelkeznek ezzel a státusszal. Először is a törvény saját jogán minősül végrehajthatónak, csakúgy, mint a közigazgatási rendelkezés vagy a bűnüldöző szervek parancsa. Olyan aktusokról és rendelkezésekről van szó, amelyekkel szemben helye van bírósági felülvizsgálatnak, azonban sohasem szükséges „felhatalmazás" ahhoz, hogy azonnal kifejtsék joghatásukat.

42. Az előbbiekből kiindulva egyértelmű, hogy egyetlen magánszemély sem képes a közhatalom közreműködése nélkül harmadik személyt kötelező jogi aktusok megtételére. Arra figyelemmel, hogy a magánszemélyek nem alkalmazhatnak kényszert, saját jogaik érvényesítése során mindig szükségük van a közhatalom felhatalmazására. A közhatalom feladata ezekben az esetekben nem korlátozódik arra, hogy *felülvizsgáljon* egy önmagában harmadik személy tekintetében kötőerővel bíró joghatás kiváltására alkalmas aktust, mint például a közigazgatás, a kormány vagy a jogalkotó hatalom aktusai esetében. Éppen ellenkezőleg, a közhatalom ezekben az esetekben úgy jár el mint a magánszemély által harmadik személlyel szemben érvényesíteni kívánt kötelezettséget keletkeztető hatóság. Így tehát olyan kötelezettségekről van szó, amelyek akarategységből (szerződés/rendelkezés elve) eredhetnek, de a magánszemély azok teljesítését állami beavatkozás nélkül nem kényszerítheti ki.

43. Éppen ezért és az előzőekben kifejtettekből következően, az absztrakció adott esetben megkövetelt szintjére figyelemmel megállapítható, hogy a különböző nemzeti tradíciók által a közhatalom tekintetében számon tartott jellemzők között megtalálható az a képessége is, hogy egy aktust, rendelkezést vagy magatartást az állam jogrendszeren keresztül kifejezett akaratának tulajdonítson. Ez pedig valójában az említett tradíciók legkisebb közös nevezője, azok ugyanis a köz- és magánszféra közötti választóvonal kijelölése során meghatározó szempontnak tekintik egy konkrét akaratnak az állam akaratával történő azonosítását.

44. A fenti megfontolások alapján valamivel nagyobb biztonsággal közelíthetjük meg a közjegyzői tevékenység esetében felmerülő központi kérdést.

45. E tényeket tekintve el kell fogadni, hogy a portugál közjegyzőség a hitelesítés révén

15 – A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Deuticke Kiadó, Lipcse, 1923.

közvetlenül és sajátos módon közhatalmi jellegű tevékenységet folytatnak, abban az értelemben véve, hogy ezzel megelőlegezik a magánszemélyeknek a saját jogaik gyakorlásához szükséges felhatalmazást, amelyet utóbbiaknak egyébként esetenként kellene igényelniük. A közjegyző közreműködése felmentést biztosít a közhatalom egy másik gyakorlója közreműködésének szükségessége alól a közjegyző által hitelesnek minősített valóságelem érvényesítése során, és ezáltal olyan hivatalos, minősített jogi kötőerővel ruházza az okiratot, amelyet – mint egyébként minden más közhatalmi aktust – kizárólag bíróság előtt lehet vitatni. Nyilvánvalóan nem a bírósági felülvizsgálat alóli mentesség a közhatalmi jelleg meghatározó ismérve, az egyébként is lehetetlen egy jogállamban, hanem az adott szerv aktusai jogszerűségének minősített vélelme, és következésképpen bizonyos fokú szigorúság az azok felülvizsgálatához szükséges feltételek megállapítása során.

46. Nyilvánvaló, hogy a közjegyző nem alkalmaz kényszert, és nem is ír elő egyoldalúan semmilyen kötelezettséget. Mindazonáltal, láthattuk, hogy nem ez az egyetlen szempont a közhatalmi minőség megállapításakor. A hitelesítés hivatalos jelleget kölcsönöz a magánszemély okiratainak, oly módon, hogy előzetesen jogi kötőerővel ruházza fel azokat, amelyért a közjegyző közreműködése nélkül a magánszemélyeknek szükségszerűen egy (másik) közhatalmat gyakorló szervhez kellene folyamodniuk annak érdekében, hogy azokat a jognak megfelelően érvényesíthessék. Fogalmazhatunk úgy is, hogy a közhatalom ezen formája a magánszemélyekhez közelebb eső területen bontakozik ki, amelyet a szó szoros értelmében az önálló akaratnyilvánítás jellemez. Azonban figyelemmel a hitelesítés azon jellemzőjére, hogy a tisztán magánjellegű aktusokat hivatalos aktussá alakítja, és ezáltal a közhatalomra jellemző kötőerővel ruházza fel azokat, megkérdőjelezhetetlenné teszik közhatalmi jellegét.

47. Más kérdés, hogy amennyiben elfogadjuk, hogy szigorú értelemben véve a közhatalom gyakorlásához lazább kapcsolat fűzi (a szuverén hatalom jogosítványaihoz való kötődése folytán), a közjegyzői tevékenység gyakorlása során kevésbé szigorú feltételek lehetnek irányadók, mint a szuverenitás kifejezésében nagyobb szerepet játszó hatóságok esetében.

48. Következésképpen, és amennyiben a hitelesítés közhatalmi funkciónak tekinthető, úgy vélem, hogy olyan tevékenységről van szó, amely közvetlen és sajátos részvételt jelent a közhatalom gyakorlásában, mivel jellegzetes minőséggel ruház fel olyan okiratokat, rendelkezéseket és magatartásformákat, amelyek egyébként annyi jogi kötőerővel bírnának, mint egy egyéni akarat kifejeződései.

49. Amennyiben a hitelesítés a közjegyzői tevékenység elválaszthatatlan, központi elemét képezi a Portugál Köztársaságban, meg kell állapítani, hogy a közjegyzői szakma általában és egészében tekintve közvetlen és sajátos részvételt jelent a közhatalom gyakorlásában.[16]

B – *A 2005/36 irányelv közjegyzői szakmára való alkalmazhatósága*

50. A 2005/36 irányelv (41) preambulumbekezdésében kimondja, hogy „ez az irányelv nem előzi meg a Szerződés 39. cikkének (4) bekezdése és 45. cikkének első bekezdése alkalmazását, mindenekelőtt a közjegyzők vonatkozásában". A jogalkotó ezen nyilatkozat minden kétértelműsége ellenére hallgatólagosan kimondja, hogy a közjegyzői tevékenységnek az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá tartozására vonatkozó kérdésre adandó válasz *elvezet* az irányelv közjegyzői szakmára való alkalmazhatóságának kérdésére adandó válaszhoz.

51. A Bizottság keresetében helyesen zárta ki annak lehetőségét, hogy a 2005/36 irányelv (41) preambulumbekezdése az EK 45. cikk első bekezdésének értelmezési paramétereként szolgáljon. Az irányelv megállapítása ezen a ponton valójában a közjegyzői tevékenység közhatalomként, vagy annak ellenkezőjeként való minősítése szempontjából nem meghatározó. A Bizottság azonban elismeri, hogy a preambulumbekezdés megerősíti azt, hogy ha egy tevékenység a közhatalom gyakorlásához kapcsolódik, akkor az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdését kell alkalmazni. A Bizottság keresetéből az következik tehát, hogy abban az esetben, ha a közjegyzőkéhez hasonló tevékenység – nem elvont szinten, hanem az eset konkrét körülményeinek ismeretében – a közhatalom gyakorlásához kapcsolódik, nem lehet a 2005/36 irányelvet alkalmazni.

52. A jelen indítvány 45–48. pontjában kifejtett érvek alapján úgy vélem, hogy a portugál közjegyzőség a 2006. december 18-i állapot szerint, közvetlenül és sajátosan kapcsolódott a közhatalom gyakorlásához. Egyetértek tehát a Bizottsággal, és arra kell következtetni, hogy az említett időpontban a 2005/36 irányelv nem volt alkalmazható a közjegyzői szakmára.

53. A Portugál Köztársaság – elsősorban a tárgyalás folyamán – arra hivatkozott, hogy számos reformot valósított meg a közjegyzői szakmát illetően azzal a céllal, hogy nagyobb hatáskört biztosítson e tevékenységnek. A Portugál Köztársaság képviselője arról tájékoztatta a Bíróságot, hogy e célkitűzés elérése érdekében a portugál jogalkotó a korábban

16 – Lásd a már hivatkozott Reyners-ügyben hozott ítéletet.

közjegyzői közreműködést igénylő jogi aktusok jelentős részénél eltörölte a kötelező jelleget, így most már azokban más szakmák képviselői is eljárhatnak. Ezek a körülmények adott esetben kellőképpen relevánsak ahhoz, hogy esetlegesen ki lehessen zárni a közjegyzői tevékenységnek a jelen indítványban foglalt minősítését. Mindazonáltal a jelen eljárásban ezekkel a változásokkal nem kell foglalkozni, mivel az eljárás szempontjából irányadónak tekintendő időpont az a Bizottság által meghatározott határidő, amellyel az alperes tagállamnak meg kellett volna szüntetnie az indokolással ellátott véleményben megjelölt kötelezettségszegést. Ahogy korábban már említettük, ez az időpont 2006. december 18. volt.

54. Ugyanakkor az a tény, hogy a jelen indítvány szerint a portugál közjegyzőség kapcsolódik a közhatalom gyakorlásához, nem jelenti egyúttal az arról folyó vita lezárását, hogy az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya kiterjed-e a Portugáliában végzett közjegyzői tevékenységre. A C-47/08. sz., C-50/08. sz., C-51/08. sz., C-53/08. sz., C-54/08. sz. és C-61/08. sz. egyesített ügyekben ismertetett és fent hivatkozott indítványomban kialakított álláspontom szerint annak megállapítása, hogy egy tevékenység kapcsolódik-e a közhatalom gyakorlásához, együtt jár az arányossági vizsgálat elvégzésével az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése értelmében. Mindazonáltal az a tény, hogy a jelen eljárásban a Bizottság kizárólag a 2005/36 irányelvre vonatkozó egyetlen jogalapra hivatkozik, kizárja az ügynek a hivatkozott szempont alapján történő vizsgálatát.

55. Következésképpen a keresetet el kell utasítani.

VI – A költségekről

56. Az eljárási szabályzat 69. cikkének 2. §-a alapján a Bíróság a pervesztes felet kötelezi a költségek viselésére, ha a pernyertes fél ezt kérte. A Bizottságot, mivel pervesztes lett, a Portugál Köztársaság kérelmének megfelelően kötelezni kell a költségek viselésére.

57. Ugyanezen cikk 4. §-a első bekezdésének megfelelően a Cseh Köztársaság, a Litván Köztársaság, a Szlovén Köztársaság, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királysága és a Szlovák Köztársaság mint a jelen perbe beavatkozó tagállamok maguk viselik saját költségeiket.

VII – Végkövetkeztetések

58. A fenti indokok alapján azt javaslom, hogy a Bíróság:

1) utasítsa el a keresetet;

2) az Európai Bizottságot kötelezze saját költségeinek viselésére;

3) a Cseh Köztársaságot, a Litván Köztársaságot, a Szlovén Köztársaságot, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királyságát és a Szlovák Köztársaságot kötelezze saját költségeinek viselésére.