

## LA PRELAZIONE TRA DIRITTO CIVILE E DIRITTO AMMINISTRATIVO CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA POSSIBILE VIOLAZIONE DELLA CONCORRENZA (TRASCRIZIONE DELLA SPIEGAZIONE TRATTA DALL'OPEN DAY DEL CORSO DI MAGISTRATURA ORDINARIA 2026-2027)

Il tema della **prelazione nel diritto civile e nel diritto amministrativo**, con particolare riferimento alla possibile violazione del **principio di concorrenza**, costituisce un banco di prova privilegiato delle considerazioni svolte nella parte introduttiva dell'open day e del **metodo sistematico che caratterizza le spiegazioni del corso**.

La **prelazione** è disciplinata sotto forma di **prelazione legale**, ma non trova una disciplina completa nel diritto positivo. Nell'ambito del **contratto di somministrazione**, il cosiddetto **patto di preferenza** è stato, infatti, qualificato come un contratto nominato, ma non tipico, volendosi con ciò alludere al fatto che il contratto è menzionato dalla legge, ma il relativo regime non è disciplinato compiutamente. Alcune questioni sono, pertanto, inevitabilmente rimesse alla ricostruzione sistematica dell'interprete.

Si tratta di una traccia che, ove somministrata in sede concorsuale, potrebbe sollevare numerose questioni problematiche e presentarsi sotto molteplici forme. Potrebbe essere affrontata nell'ambito del **procedimento di formazione del contratto**, esaminandone le analogie e le differenze rispetto al **contratto preliminare**, all'**opzione**, alla **prenotazione** e ad altri istituti. Potrebbe riguardare il rapporto tra prelazione e **concorrenza**, anche nell'ambito del **diritto amministrativo**. Potrebbe sollevare, inoltre, questioni di ampio respiro sistematico in relazione all'**opponibilità del contratto**, sicché il tema della prelazione potrebbe essere proposto anche con riferimento alla materia della trascrizione.

**Molte delle questioni pratiche e sistematiche sollevate dal contratto devono essere ricostruite dall'interprete.** È, quindi, un tema rispetto al quale la qualità dell'elaborato può fare nettamente la differenza, distinguendo un tema ordinario da un tema capace di ambire al superamento del concorso con voti molto elevati.

La **prelazione** presenta una disciplina sotto forma di **prelazione legale**. Le singole ipotesi specifiche di prelazione legale sono informate da rationes diverse, ma è possibile ricavare, dalla lettura complessiva e combinata delle relative disposizioni, un minimo comune denominatore. La prelazione consiste nel **diritto a essere preferiti, a parità di condizioni, nella conclusione di un contratto**, quando e se il soggetto interessato decida di stipularlo. I principi di fondo ricavabili dalle norme sulle prelazioni legali sono, dunque, due. Il primo è quello della **parità di condizioni**. Il secondo riguarda la limitazione dell'**autonomia negoziale** del soggetto contraente, non sotto il profilo della scelta se contrarre o meno, che resta integralmente libera, ma soltanto sotto il profilo dell'individuazione del contraente, quando e se si decida di contrarre. La prelazione non limita, quindi, il se e neppure il quando della contrattazione, ma soltanto la scelta del contraente. Numerose questioni relative alla prelazione restano insolute alla luce del dato normativo. Occorre individuare la **causa della prelazione** e stabilire se sia possibile una **prelazione volontaria**, al di fuori dei casi previsti dalla legge. Deve verificarsi se sia meritevole di tutela un contratto con il quale una delle parti si autovincola a esercitare la propria autonomia contrattuale nella direzione necessaria di scegliere un determinato soggetto, e non altri, quando e se deciderà di contrarre. Occorre, inoltre, stabilire se il **contratto di prelazione volontaria** sia opponibile ai terzi, se sia suscettibile di trascrizione e quale natura presenti. Deve verificarsi se esso possa essere ricondotto a schemi tipici, con il vantaggio di poterne applicare il relativo regime normativo, oppure se debba essere qualificato come **contratto atipico**. In quest'ultimo caso, in assenza di un regime normativo prestabilito, occorre confrontarsi con i limiti propri del contratto atipico. Tali limiti non consistono soltanto nella necessità che il contratto non sia illecito e non contrasti con le norme dell'ordinamento, ma anche nella sua sottoposizione al giudizio di **meritevolezza di tutela**, previsto dall'**art. 1322, secondo comma, c.c.** Il tema della prelazione può, pertanto, essere ricostruito in modi diversi e con livelli qualitativi

differenti. L'analisi deve muovere da un inquadramento storico, sistematico e comparatistico. Tale inquadramento non offre soltanto all'elaborato un maggiore spessore culturale, ma consente anche di comprendere meglio le questioni oggetto di indagine. Gli argomenti si ripropongono, infatti, con le medesime problematiche in ambiti storico-comparatistici diversi e questa tecnica permette di assimilarli e di ricordare più agevolmente anche le questioni di dettaglio. Sul piano storico, la prelazione risale al cosiddetto **diritto dei retratti**, comparso per la prima volta nel **diritto romano classico**. In Gaio si trova un primo riferimento alla prelazione e alla possibilità, per il prelazionario, di esercitare il cosiddetto **retrato**. Quando il concedente la prelazione, decidendo di contrarre, non rispetta il vincolo derivante dalla prelazione, il prelazionario, ove si tratti di una prelazione prevista dalla legge, può esercitare il **diritto di riscatto**. Esso è un **diritto potestativo** mediante il quale il prelazionario può surrogarsi e sostituirsi al contraente con il quale il concedente, in violazione della prelazione, ha concluso il contratto. La fase di massimo sviluppo della prelazione si colloca, tuttavia, nel **diritto medievale** e nel **diritto intermedio**, in relazione alla cosiddetta **proprietà gentilizia di matrice germanica**. Nel diritto intermedio iniziò a consolidarsi l'esigenza di mantenere la proprietà fondiaria in capo a determinate famiglie. Il diritto di prelazione divenne lo strumento attraverso il quale perpetuare la proprietà all'interno delle famiglie, secondo il modello della **proprietà gentilizia**. In questo modo si evitava che un componente della famiglia potesse vendere al di fuori del contesto familiare il fondo, che all'epoca costituiva il principale strumento di ricchezza. Un'inversione di tendenza si verificò con la caduta dell'**ancien régime** per effetto della **Rivoluzione francese**. In tale rinnovato contesto, furono eliminati gli ostacoli alla circolazione giuridica, tra i quali rientrava la stratificazione di vincoli sulla proprietà, la della cosiddetta **manomorta** sui fondi familiari. Essa ostacolava la circolazione giuridica, ma assolveva la funzione di perpetuare il potere dell'aristocrazia. Con la Rivoluzione francese tale principio fu rovesciato e si iniziò a valorizzare l'importanza della **circolazione dei beni giuridici**. Parallelamente, il **codice civile italiano del 1865** non prevedeva la prelazione, neppure quella legale. Non contemplava il **retrato successorio**, che sarebbe comparso nel **codice civile del 1942**, né la prelazione relativa ai fondi commerciali o la **prelazione culturale**. Un'ulteriore inversione di tendenza si verificò quando si comprese che, in alcuni casi, la prelazione poteva assolvere funzioni importanti in relazione alle cosiddette **proprietà disaggregate**. Ed esempio, non ammettere la **prelazione societaria** può, in alcuni casi, determinare situazioni di stallo nella gestione delle società. Un ragionamento analogo vale per i beni ereditari. Mantenere compatta la **comunione ereditaria** può facilitare anche la circolazione, poiché l'ingresso di estranei nelle quote ereditarie può determinare conflitti maggiori rispetto a quelli risolvibili all'interno di un nucleo familiare omogeneo. Nel **codice civile del 1942** iniziarono, quindi, a comparire diverse fattispecie di **prelazione legale**, assistite da uno strumento particolarmente forte: il **retrato**, quale forma di tutela coattiva delle ragioni del prelazionario. Un'evoluzione analoga si registra, mutatis mutandis, nei diversi ordinamenti giuridici. Anche in Francia, che aveva rappresentato il cuore della svolta costituita dalla Rivoluzione francese, nel **Code Napoléon** e nella legislazione speciale furono progressivamente introdotte nuove ipotesi di prelazione legale. Nel diritto tedesco si rinviene la disciplina comparatisticamente più completa della prelazione. Essa contempla non soltanto la **prelazione legale** e la **prelazione volontaria obbligatoria**, ammissibile anche nell'ordinamento italiano, ma anche la **prelazione volontaria a efficacia reale**, suscettibile di trascrizione e, quindi, opponibile ai terzi. Tale efficacia non riguarda soltanto le ipotesi disciplinate dalla legge, ma anche quelle derivanti dall'autonomia negoziale delle parti. L'istituto della prelazione legale non è sconosciuto neppure al diritto inglese e, più in generale, al sistema di **common law**. Sul piano sistematico, la prelazione è diretta a proteggere un interesse qualificato del prelazionario: l'**interesse a essere preferito** rispetto agli altri e a beneficiare del vantaggio derivante dalla preferenza. Al contempo, la prelazione non elimina la libertà del concedente in ordine all'**an** e al **quando** della contrattazione. Essa realizza un equilibrio tra la **libertà di alienazione**, che resta integra, e la tutela dell'interesse del soggetto preferito.

L'inquadramento sistematico deve, pertanto, muovere dal concetto di **autonomia negoziale**. Secondo la definizione più accreditata, riconducibile a **Pietro Rescigno**, l'autonomia negoziale consiste nel darsi una regola da sé e, quindi, nell'autoimporsi una regola.

L'autonomia negoziale può orientarsi in molteplici direzioni. Essa comprende la libertà di concludere o non concludere il contratto e la libertà di scegliere il contraente. Tali libertà possono essere comprese dalla stessa autonomia negoziale. La stessa autonomia negoziale può, in alcuni casi, limitare se stessa: il soggetto potrebbe esercitare una determinata libertà negoziale, ma decide di autolimitarla. Occorre, quindi, stabilire fino a che punto tale autolimitazione sia possibile.

Esistono **limiti positivi all'autonomia negoziale**. Il **contratto preliminare** costituisce l'esempio per definizione, poiché da esso nasce un **obbligo di contrarre**. Dopo avere stipulato il contratto preliminare, una parte non può più sottrarsi liberamente alla stipulazione del contratto definitivo, poiché la controparte può ottenere l'**esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto**, ai sensi dell'**art. 2932 c.c.**

Gli obblighi positivi di contrarre non derivano soltanto dal contratto preliminare. Il **contratto imposto al monopolista legale** e l'**assicurazione obbligatoria** rappresentano ipotesi di contratto imposto. Chi esercita, ad esempio, un servizio di linea è obbligato a contrarre con chi paga il biglietto e non può scegliere il contraente, né decidere liberamente se e quando contrarre. Si determina, pertanto, una limitazione particolarmente intensa dell'autonomia negoziale.

Esistono ipotesi di limitazioni legali, come quella riguardante il monopolista, e ipotesi di limiti positivi alla libertà di contrarre derivanti dalla stessa autonomia negoziale, come nel caso del contratto preliminare.

Vi sono, inoltre, **limiti negativi alla libertà di contrarre**, che riguardano la libertà di scegliere con chi contrarre. Anche tali limiti possono avere una matrice legale. Ne costituiscono esempi la **prelazione legale** e le ipotesi di **incapacità speciali previste dalla legge**, che impediscono la conclusione di determinati contratti con particolari soggetti.

I limiti negativi alla libertà di contrarre sotto il profilo della scelta del contraente possono derivare anche dall'autonomia negoziale. Tra questi rientra la **prelazione volontaria**, che pone le questioni sistematiche più complesse.

La prelazione volontaria non limita la scelta relativa al se e al quando contrarre, ma incide soltanto sull'individuazione del contraente.

La **causa della prelazione** consiste nell'assicurare al prelazionario una posizione di preferenza rispetto a tutti gli altri. Sotto il profilo della **causa in concreto**, occorre tuttavia individuare anche l'interesse che muove il concedente la prelazione.

L'interesse del prelazionario è facilmente comprensibile, poiché egli acquista una posizione che gli altri non hanno. Se il fondo corneliano, al quale è interessato, sarà un giorno venduto, il concedente dovrà preferirlo agli altri. In caso contrario, si produrranno le conseguenze derivanti dalla violazione della prelazione.

Meno immediata è l'individuazione dell'interesse del concedente. La prelazione può certamente essere onerosa: il concedente attribuisce il diritto di prelazione e il prelazionario gli corrisponde un prezzo. In tale ipotesi, l'interesse del concedente è rappresentato dal corrispettivo.

Non è, tuttavia, necessario che vi sia un corrispettivo. La prelazione solleva, quindi, questioni problematiche anche in ordine all'inquadramento della prestazione, poiché potrebbe configurarsi come una **prestazione di mera cortesia**, collocata al di fuori del mondo del diritto.

L'interesse del concedente potrebbe essere sorretto anche da un **interesse patrimoniale indiretto** o empirico. Attraverso la prelazione potrebbe, inoltre, realizzarsi una **donazione indiretta** in favore del prelazionario.

Sotto il profilo causale possono, quindi, configurarsi diverse gradazioni: un **contratto gratuito atipico**, un **contratto liberale** oppure una **prestazione di mera cortesia**, collocata al di fuori del campo del diritto.

Anche sul piano comparatistico si individuano due strumenti fondamentali attraverso i quali disciplinare la prelazione.

La forma di tutela più intensa dell'interesse del prelazionario gli attribuisce uno strumento particolarmente forte per far valere la propria pretesa: il **riscatto**, quale diritto potestativo a esercizio giudiziale. Attraverso una **sentenza costitutiva**, il prelazionario può surrogarsi nella posizione contrattuale del terzo al quale il concedente ha alienato il bene in violazione della prelazione.

Può, tuttavia, configurarsi una protezione meno intensa. Nell'ordinamento italiano essa caratterizza la **prelazione volontaria**. In caso di violazione, il prelazionario può azionare lo strumento **risarcitorio** e quello **risolutorio**, chiedendo la risoluzione per inadempimento del contratto di prelazione.

Occorre, inoltre, verificare se il sistema offra strumenti attraverso i quali rafforzare la posizione del prelazionario volontario.

Le principali ipotesi di prelazione legale sono la **prelazione del coerede**, la **prelazione agraria**, la **prelazione urbana del conduttore**, la **prelazione sui beni culturali**, la **prelazione nell'impresa familiare** e la **prelazione societaria**.

Si tratta di ipotesi di prelazione legale perché previste dalla legge. Esse danno luogo a forme di efficacia reale della prelazione, attraverso il **retratto successorio** o, nel caso della prelazione societaria, mediante la possibilità per la società di rendere inopponibile l'alienazione a terzi non preceduta dal rispetto della prelazione inserita nello statuto.

Le finalità perseguite dal legislatore nelle singole ipotesi sono diverse. Il minimo comune denominatore consiste, tuttavia, nella scelta di considerare alcuni soggetti maggiormente meritevoli di tutela, fino al punto di attribuire loro il vantaggio derivante da una **prelazione legale**.

Si ritiene che il **coerede** meriti di esercitare la prelazione; che il **conduttore del fondo rustico**, quale soggetto che lo valorizza, meriti la prelazione; che lo Stato debba poter esercitare la prelazione in relazione ai **beni culturali**, anche per evitare la dispersione del patrimonio culturale mediante il trasferimento dei beni all'estero. Le finalità cambiano, ma le ragioni di fondo sono simili: alcuni soggetti sono considerati maggiormente meritevoli di tutela rispetto agli altri, fino al punto di essere assistiti da una tutela particolarmente intensa.

Tutto questo non ricorre nella **prelazione volontaria**.

Tra le caratteristiche generali della prelazione vi è la necessità, quando si decide se contrarre, di indirizzare al prelazionario una proposta definita **denuntiatio**. Secondo la prospettiva che raccoglie maggiori consensi, essa costituisce una vera e propria **proposta contrattuale**, con tutte le conseguenze che ne derivano quanto alla necessità di rispettare una determinata forma, corrispondente alla forma del contratto, ad esempio quando esso abbia a oggetto beni immobili, e quanto agli effetti conseguenti all'accettazione.

Se la **denuntiatio** è qualificabile come proposta e non come mero **invito a offrire**, secondo la tesi alternativa, l'esercizio della prelazione determina già la conclusione del contratto. Alla prelazione legale si accompagna, inoltre, il **retratto** quale strumento di tutela coattiva.

La **prelazione volontaria**, invece, nasce da un accordo ed è disciplinata soltanto attraverso il **patto di preferenza** previsto dall'**art. 1566 c.c.** Tale patto si inserisce nell'ambito del **contratto di somministrazione**, che è un contratto d'impresa, e si iscrive nel più ampio genere dei **contratti limitativi della concorrenza** e dei **patti limitativi della concorrenza**, ai quali si riferisce anche l'**art. 2596 c.c.**

Oltre alla peculiarità di inserirsi in un settore particolare dell'ordinamento, il patto di preferenza costituisce un contratto nominato, ma non tipico, se per contratto tipico si intende un contratto dotato di una disciplina completa. Molti aspetti, infatti, non sono disciplinati dall'**art. 1566 c.c.**

Per queste ragioni si pone il problema della natura della **prelazione volontaria**.

Fino agli anni Settanta del secolo scorso è rimasto dominante, in giurisprudenza e in dottrina, l'orientamento che riconduceva la prelazione al **contratto preliminare**. L'autore che più di altri ha accostato la prelazione al preliminare è stato Messineo.

La prelazione volontaria veniva ricondotta a un **contratto preliminare unilaterale condizionato**. Il contratto preliminare è un contratto dal quale sorge un obbligo di contrarre. Nel caso del preliminare unilaterale, l'obbligo di contrarre sorge soltanto in capo a uno dei contraenti.

Secondo tale costruzione, il contratto preliminare sarebbe sottoposto a una **condizione sospensiva**, costituita dalla decisione se e quando contrarre. Nel momento in cui il soggetto decide di contrarre, la condizione si avvera e diviene attuale l'obbligo unilaterale derivante dal preliminare. Prima di tale momento, l'obbligo non opera, perché la condizione non si è ancora avverata.

Questa ricostruzione offriva notevoli vantaggi e proprio per questa ragione aveva riscosso grande successo anche in giurisprudenza. Ricondurre la prelazione volontaria, quale contratto non compiutamente disciplinato, al paradigma del preliminare significava poter applicare la disciplina di quest'ultimo.

In base all'**art. 1351 c.c.**, la forma della prelazione avrebbe dovuto essere la stessa prevista per il contratto definitivo. In base all'**art. 2932 c.c.**, in caso di inadempimento della prelazione sarebbe stata possibile la **tutela in forma specifica**, mediante una sentenza idonea a costituire il contratto anche in presenza dell'inadempimento del contraente all'obbligo derivante dal preliminare.

A partire dal 1996, un ulteriore vantaggio sarebbe consistito nella possibilità di **trascrivere il contratto di prelazione**, rendendolo così opponibile ai terzi.

La riconduzione della prelazione al preliminare, tuttavia, non va oltre una mera assonanza, perché la prelazione si distingue dal preliminare sotto diversi profili.

Il primo profilo riguarda il limite posto all'**autonomia negoziale**. Nella prelazione esso non consiste in un obbligo di contrarre, ma incide soltanto sulla scelta del contraente.

Si potrebbe sostenere che la previsione di una condizione sospensiva consenta di superare tale differenza. Tuttavia, si potrebbe obiettare che si tratterebbe di una **condizione meramente potestativa**, riconducibile alla formula «se vorrò», che il codice disciplina come nulla.

Anche ammettendo che tale obiezione possa essere superata, permane un ulteriore profilo di profonda differenza.

Il **contratto preliminare**, secondo la ricostruzione di Adolfo di Majo, è un **contratto preparatorio**. Tale espressione indica un contratto che presenta un duplice profilo di definitività in senso lato. Da esso sorge, anzitutto, un obbligo di contrarre suscettibile di tutela in forma specifica. Esso presenta, inoltre, un ulteriore tratto di definitività sul piano contenutistico, perché il preliminare ha già un contenuto prestabilito.

La prelazione, invece, non presenta un contenuto già determinato. Il concedente può attribuire la prelazione sul fondo cornelianiano, ma non necessariamente indica anche il prezzo al quale il fondo sarà venduto.

Anche sotto questo profilo, il raffronto con il preliminare non supera la mera assonanza.

Dagli anni Settanta in poi la giurisprudenza ha mutato orientamento e ha cessato di ricondurre la prelazione al preliminare. Ciò ha determinato il problema di individuare la disciplina applicabile alla prelazione, una volta venuto meno il rassicurante riferimento al regime già prestabilito del contratto preliminare.

È stata così prospettata l'assimilazione della prelazione al **contratto di opzione**.

L'opzione è il contratto con il quale un soggetto attribuisce a un altro il **diritto potestativo di concludere il contratto mediante una propria manifestazione di volontà**. Dall'opzione deriva un vincolo ancora più intenso di quello derivante dal preliminare.

Dal preliminare sorge un obbligo, ma a esso deve seguire un'ulteriore manifestazione di volontà di entrambe le parti. L'obbligo è assistito dalla tutela in forma specifica, ma tale tutela è derogabile dalla volontà delle parti, secondo quanto previsto dall'**art. 2932 c.c.**

Il contratto di opzione fa sorgere un vincolo particolarmente intenso, perché offre all'opzionario la possibilità di concludere il contratto con una propria manifestazione di volontà.

Anche l'accostamento della prelazione all'opzione, tuttavia, non appare convincente. Nell'opzione esiste un vincolo a contrarre che non ricorre nella prelazione. Inoltre, analogamente a quanto rilevato nella distinzione tra prelazione e preliminare, l'opzione è un contratto preparatorio dotato di un contenuto prestabilito, mentre la prelazione non prestabilisce il contenuto del futuro contratto.

Secondo un'altra ricostruzione, la prelazione potrebbe essere qualificata come **patto di non contrarre**, o **pactum de non contraendo**. La prelazione consisterebbe nel patto con il quale un soggetto si impegna a non contrarre con altri quando e se deciderà di contrarre.

Questa ricostruzione si avvicina maggiormente alla struttura della prelazione, ma la riduce a un aspetto non esaustivo degli effetti complessivamente prodotti dall'istituto. Essa non è, pertanto, in grado di ricomprendere tutti gli effetti derivanti dalla prelazione.

È stato anche proposto l'accostamento al **contratto normativo**. Tuttavia, lo stesso contratto normativo non trova una compiuta disciplina nel diritto positivo e costituisce, a sua volta, una figura da ricostruire sul piano sistematico. Non vi sarebbe alcun vantaggio nel ricondurre una figura priva di disciplina legislativa a un'altra figura parimenti non disciplinata. Tale profilo differenzia questa tesi da quelle che riconducevano la prelazione al preliminare o all'opzione, per i quali esiste una disciplina normativa.

Il contratto normativo, inoltre, riguarda non l'individuazione del contraente, ma la determinazione del contenuto del futuro contratto. Anche sotto questo profilo sussiste una differenza fondamentale tra i contratti preparatori, che prestabiliscono il contenuto del futuro accordo, e la prelazione, che al momento della sua concessione non prestabilisce alcun contenuto.

La soluzione prevalente in giurisprudenza è il risultato di tale percorso argomentativo e del confronto tra le ragioni favorevoli e contrarie alle diverse tesi ricostruttive.

Dalla prelazione discendono due obblighi distinti: un **obbligo positivo** e un **obbligo negativo**.

L'obbligo positivo consiste nel favorire il prelazionario se e quando si decida di contrarre. L'obbligo negativo consiste nel non contrarre con altri se non dopo avere consentito al prelazionario di esercitare la propria prelazione.

L'obbligo negativo presenta la particolarità di sorgere contemporaneamente alla sua eventuale violazione, perché, nel momento in cui viene violata la prelazione, è violato anche l'obbligo negativo di non contrarre con i terzi.

La premessa di questa ricostruzione giurisprudenziale è che la prelazione costituisca un **contratto atipico**. Essa deve, pertanto, essere sottoposta al controllo previsto dall'**art. 1322, secondo comma, c.c.**, attraverso il **giudizio di meritevolezza**.

Ciò pone l'ulteriore problema di stabilire se la prelazione sia sempre un contratto meritevole di tutela. Tale questione non si pone rispetto alla **prelazione legale**, perché il giudizio di meritevolezza è già stato effettuato dal legislatore. I soggetti destinatari della prelazione legale sono stati ritenuti maggiormente meritevoli di tutela rispetto agli altri.

Nella prelazione volontaria manca, invece, il vantaggio costituito da un giudizio di meritevolezza già svolto dal legislatore.

Assumono, a questo riguardo, rilievo alcune considerazioni proprie dell'**analisi economica del diritto**.

La prelazione, specialmente quando è assistita dal recesso, ma anche quando non lo è, limita notevolmente la libertà di autodeterminazione. Essa non incide sulla scelta se e quando contrarre, ma condiziona la scelta del contraente.

Si potrebbe ritenere che, qualora il prelazionario offra le stesse condizioni di un altro soggetto, non vi sia alcuno svantaggio. Le conseguenze sono, tuttavia, più complesse se valutate sul piano dell'analisi economica del diritto.

La prelazione può creare un'insidia per il **mercato concorrenziale**, determinando una tensione con i **principi della concorrenza**.

Si pensi a una casa di cura che attribuisca la prelazione a un'impresa produttrice di dispositivi medici, impegnandosi ad acquistare da essa tutti i dispositivi di cui avrà bisogno.

Qualora un altro produttore scopra un dispositivo innovativo capace di evitare l'infarto del miocardio, la casa di cura non potrebbe acquistarlo da tale soggetto, perché si è vincolata ad acquistare i dispositivi medici, quando deciderà di farlo, dal soggetto al quale ha concesso la prelazione.

Il riflesso di tale operazione è la depressione della concorrenza. L'**ubi consistam della concorrenza** risiede, infatti, nella possibilità per chi realizza prodotti di qualità di riuscire a venderli.

Un ragionamento analogo può svolgersi nel settore dell'informazione, nel quale il **pluralismo informativo** costituisce il fondamento di un'informazione democratica. Si pensi alla concessione di prelazioni soltanto in favore di alcuni grandi network dell'informazione.

Da un punto di vista strettamente economico, qualsiasi ostacolo al traffico giuridico può falsare il libero gioco del mercato.

L'esistenza di una prelazione può tenere lontani i possibili acquirenti, i quali potrebbero non voler assumere il rischio, nel caso di prelazione legale, di un eventuale retratto o, nel caso di prelazione volontaria, di dover risarcire il danno.

In caso di violazione della prelazione volontaria, il danno non è risarcibile soltanto dal concedente. Anche il terzo che sia a conoscenza della prelazione può essere chiamato a risarcire il danno. Il possibile acquirente può, pertanto, non voler assumere tale rischio e mantenersi lontano dal soggetto che abbia già concesso una prelazione.

La prelazione determina, inoltre, un innalzamento dei cosiddetti **costi transattivi**.

È necessario effettuare la denuntiatio. Di conseguenza, anche qualora il prelazionario decida di non esercitare la prelazione, il contratto potrà essere concluso dopo un periodo molto più lungo rispetto a quello normalmente necessario. Vi sono soggetti che non intendono attendere e anche il tempo costituisce un costo transattivo.

Rilevano, inoltre, le esigenze di riservatezza. La prelazione non consente di mantenere riservata una trattativa. Il concedente, se non vuole violare la prelazione, deve effettuare la denuntiatio e, nel farlo, deve rendere note le condizioni delle trattative instaurate con un soggetto che potrebbe non voler comparire.

Si tratta di considerazioni che consentono di comprendere e assimilare la questione.

L'esperienza, anche alla luce del formante giurisprudenziale relativo alla **prelazione agraria**, dimostra che la prelazione può determinare una depressione del mercato, con il conseguente calo dei prezzi.

Sarebbe, tuttavia, ingenuo e superficiale ritenere, alla luce di tali considerazioni, che la prelazione produca sempre e soltanto effetti negativi e una violazione del mercato concorrenziale.

La prelazione può produrre anche effetti positivi. Tali effetti ricorrono nelle ipotesi di prelazione legale dirette a evitare le cosiddette **proprietà disaggregate** o **proprietà disomogenee**, nelle quali l'eterogeneità della compagine potrebbe costituire essa stessa un ostacolo ai traffici.

Se i coeredi non riescono a trovare un accordo, e la difficoltà di raggiungerlo è già elevata tra parenti, l'ingresso di soggetti estranei può aumentare ulteriormente la complessità. Il bene potrebbe, quindi, non essere più venduto e cessare di circolare.

Alla luce di tali considerazioni, il **filtro della meritevolezza** assume un'importanza centrale.

Esso deve realizzare un bilanciamento tra interessi contrapposti: da una parte, l'interesse del prelazionario, che può essere meritevole di tutela, a essere preferito rispetto ai terzi; dall'altra, l'interesse del concedente a non vedere limitata per ragioni futili la propria libertà negoziale.

Una limitazione ingiustificata della libertà negoziale si rifletterebbe non soltanto a danno del concedente, ma anche a danno della concorrenza e potrebbe favorire la creazione di monopoli.

Nella giurisprudenza contemporanea, sulle orme della dottrina più autorevole, in particolare di Bianca e Perlingieri, il filtro della meritevolezza viene inteso come controllo di non contrasto con i **valori della Costituzione**, tra i quali assume rilievo anche la **libertà di iniziativa economica**.

Un ulteriore profilo sistematico riguarda la possibilità di ammettere una **prelazione temporalmente illimitata**.

La questione è controversa e ha dato luogo a un fondamentale contrasto tra due tesi.

La tesi favorevole alla validità della prelazione illimitata nel tempo si fonda, anzitutto, sull'assenza di una norma che stabilisca espressamente il contrario.

Un secondo argomento valorizza la differenza rispetto ad altre disposizioni che pongono limiti ai vincoli privi di durata.

Assume particolare rilievo l'**art. 1379 c.c.**, relativo al **divieto di alienazione**. Tale disposizione stabilisce che il vincolo con il quale un soggetto si obbliga a non alienare il bene a terzi è valido

soltanto se è sorretto da un interesse meritevole di tutela e se è contenuto entro convenienti limiti di tempo.

Nella prelazione, tuttavia, non ricorre un divieto di alienazione, ma un vincolo meno intenso. Non sarebbe, pertanto, possibile applicare l'**art. 1379 c.c.** alla prelazione volontaria.

Considerazioni analoghe riguardano il **patto di preferenza nella somministrazione**.

La disciplina del patto di preferenza stabilisce che esso non può avere una durata superiore a cinque anni. Qualora sia prevista una durata maggiore, essa si riduce a cinque anni, secondo una forma specifica di reazione all'eventuale violazione del limite.

Secondo la tesi favorevole alla prelazione temporalmente illimitata, neppure tale disposizione può avere portata espansiva. Essa avrebbe natura settoriale, perché collocata nella disciplina del contratto di somministrazione.

Il contratto di somministrazione è un **contratto d'impresa** e la relativa disciplina deve essere letta nella prospettiva dei **vincoli alla concorrenza** e dei **patti limitativi della concorrenza**. Si tratterebbe, pertanto, di una norma eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica.

Tali argomentazioni sono plausibili e suggestive, ma trascurano la differenza tra **regole** e **principi**.

Se le singole regole vengono lette atomisticamente, si potrebbe effettivamente giungere alla conclusione favorevole all'ammissibilità di una **prelazione temporalmente illimitata**. Approfondendo, tuttavia, la ricostruzione del sistema, emerge che tale conclusione non può essere accolta.

Esaminando il sistema normativo in una visione d'insieme, è possibile leggere in combinato disposto una serie di norme dalle quali si ricava un principio di ampio valore sistematico e, quindi, generalizzabile: il **principio della temporaneità dei vincoli**.

Assumono rilievo l'**art. 1379 c.c.**, l'**art. 1331 c.c.** in materia di **contratto di opzione**, che rimette al giudice la possibilità di determinare la durata del vincolo quando essa non sia stata prevista dalle parti, l'**art. 1566 c.c.** relativo al **patto di preferenza** e l'**art. 2596 c.c.** sui **patti limitativi della concorrenza**.

Dalla lettura congiunta di tali norme, che operano in ambiti differenti, riguardando l'opzione, il patto di preferenza, il divieto di alienazione e i patti limitativi della concorrenza, si ricava un principio più ampio e dotato di portata espansiva, secondo il quale l'ordinamento guarda con disfavore ai **vincoli illimitati**.

Il disfavore riguarda le ipotesi nelle quali un soggetto, esercitando la propria autonomia negoziale, finisce di fatto per annientarla, esercitandola in modo tale da non poterla più esercitare in futuro.

In questa prospettiva, merita di essere ulteriormente inquadrato l'**art. 1379 c.c.**, che costituisce la norma paradigmatica in materia ed è suscettibile di una duplice lettura.

Secondo una prima lettura, più tradizionale, l'**art. 1379 c.c.** rappresenterebbe una norma eccezionale e, pertanto, non suscettibile di applicazione analogica. In conformità all'orientamento tradizionale, la ratio del divieto di alienazione consisterebbe nella tutela della **circolazione dei beni**.

Il soggetto non può vincolarsi perpetuamente a non alienare non perché l'ordinamento intenda proteggere lui, ma perché intende proteggere la circolazione. Se fossero ammessi vincoli perpetui di non alienazione, i beni non circolerebbero.

L'ordinamento, sulle orme della **Rivoluzione francese**, della caduta dell'**ancien régime** e del superamento della **manomorta**, intende liberare la circolazione dagli ostacoli e tutelare i traffici giuridici, secondo un'impostazione riscontrabile anche nell'ordinamento tedesco.

L'**art. 1379 c.c.**, tuttavia, non è interpretabile soltanto in questa prospettiva. La sua ratio può essere individuata anche sotto un diverso angolo visuale: la norma vuole evitare che un soggetto eserciti la propria **autonomia negoziale** fino al punto di annientarla per il futuro.

Vincolandosi perpetuamente a non alienare un bene, il soggetto priva di fatto la propria autonomia negoziale di qualsiasi possibilità di espressione futura. Egli potrà continuare a godere del bene, ma tale godimento attiene all'esercizio del **diritto di proprietà** e delle relative facoltà, non all'autonomia negoziale. I poteri di disposizione, invece, risultano eliminati.



Se, alla luce dell'**art. 1379 c.c.**, l'autonomia negoziale deve essere protetta anche contro un suo esercizio avventato da parte del soggetto, la norma, secondo la migliore dottrina e, in particolare, secondo Adolfo Sacco, assume una portata espansiva e diviene un principio ispiratore, suscettibile di trovare quantomeno applicazione analogica anche al **patto di prelazione**.

Nella prelazione la limitazione è meno intensa rispetto al divieto di alienazione previsto dall'**art. 1379 c.c.**. Tuttavia, anche alla luce delle considerazioni di **analisi economica del diritto**, non può negarsi che essa determini una limitazione dell'autonomia negoziale, sia pure negativa e circoscritta alla scelta del contraente.

L'**art. 1379 c.c.**, interpretato in questa prospettiva, consente di giungere, all'esito del percorso argomentativo e non mediante un'affermazione apodittica, alla conclusione secondo cui non è ammissibile una **prelazione priva di limiti temporali**.

Un ulteriore profilo riguarda l'**inadempimento della prelazione volontaria**.

La prelazione volontaria non è opponibile ai terzi. L'**opponibilità** costituisce una categoria legale, così come la **trascrizione**. La **tipicità degli effetti della trascrizione** rappresenta una delle caratteristiche fondamentali della relativa disciplina.

Assume inoltre rilievo l'**art. 1372 c.c.**, secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, nonché il **principio di relatività del contratto**, che depongono nel senso della non opponibilità ai terzi della prelazione volontaria.

Quando la prelazione volontaria viene violata, non essendo possibile opporla ai terzi, esercitare il recesso o trascriverla, opera una tutela di carattere risarcitorio.

Occorre stabilire che cosa debba essere risarcito, chi debba risarcire e in che modo il danno debba essere quantificato.

In linea di principio, è tenuto al risarcimento il soggetto che ha concesso la prelazione e successivamente l'ha violata.

Non è, tuttavia, necessario che sia l'unico responsabile, poiché è possibile un **concorso solidale nella responsabilità risarcitoria**, ai sensi dell'**art. 2055 c.c.**

La giurisprudenza, anche attraverso un recente arresto delle **Sezioni Unite**, ammette pacificamente la responsabilità solidale anche quando essa si fonda su titoli differenti.

Può, pertanto, concorrere una **responsabilità contrattuale** del concedente la prelazione con una **responsabilità extracontrattuale** del terzo al quale il bene sia stato alienato, qualora quest'ultimo fosse a conoscenza della precedente prelazione.

Si tratta di una fattispecie definita **responsabilità risarcitoria da contratto**, poiché un soggetto è chiamato a rispondere in via aquiliana, ai sensi dell'**art. 2043 c.c.**, per avere concluso un contratto.

Il terzo risponde in via aquiliana perché, pur essendo a conoscenza dell'esistenza della prelazione, ha ugualmente concluso il contratto. Non risponde a titolo contrattuale, poiché non ha mai avuto rapporti contrattuali con il prelazionario, ma a titolo extracontrattuale.

Mutatis mutandis, un fenomeno analogo ricorre nel caso della **doppia vendita immobiliare**, che rappresenta l'ipotesi paradigmatica di responsabilità del terzo per avere concluso un contratto e averlo trascritto per primo, pur avendolo stipulato per secondo.

Più complessa è la questione relativa all'oggetto del risarcimento.

Si immagini che il fondo corneliano venga venduto al prezzo di cento, mentre il suo valore di mercato sia pari a duecento. Si potrebbe sostenere che debba essere risarcita la differenza di valore, poiché, se la prelazione fosse stata rispettata, il prelazionario avrebbe acquistato il bene al prezzo al quale esso è stato venduto al terzo. Per acquistare sul mercato un fondo analogo, nella stessa zona e con le medesime caratteristiche, il prelazionario dovrebbe invece pagare duecento.

Il ragionamento appare coerente sul piano matematico. Il problema consiste, tuttavia, nel fatto che non è possibile sapere con certezza se la prelazione sarebbe stata effettivamente esercitata, poiché la scelta spettava esclusivamente al prelazionario.

Secondo Bianca, fautore di questa tesi, occorre decurtare dal risarcimento le probabilità di mancato esercizio della prelazione.

Tale soluzione pone, tuttavia, il problema pratico di individuare quelle probabilità, non essendo possibile compiere un'introspezione psicologica diretta a stabilire se il prelationario avrebbe realmente esercitato il proprio diritto.

Per questa ragione, nelle prelazioni predisposte da avvocati o studi legali particolarmente avvertiti viene normalmente inserita una **clausola penale**, in forza della quale, in caso di violazione della prelazione, è dovuta una somma predeterminata.

Occorre inoltre verificare se esista nel sistema uno strumento capace di rafforzare la posizione del prelationario volontario fino ad assimilarla a quella del prelationario legale, che può esercitare il retratto.

Tale possibilità è offerta dall'istituto della **condizione**.

È ritenuta ammissibile la cosiddetta **condizione di inadempimento**, ossia una condizione avente a oggetto proprio l'inadempimento del contratto.

L'inserimento di una condizione di inadempimento consente di beneficiare della **tutela reale** offerta dall'istituto della condizione. La **retroattività reale della condizione** collocherebbe, di fatto, il prelationario volontario nella stessa curva di indifferenza, secondo la terminologia dell'analisi economica del diritto, del prelationario legale.

La questione relativa alla possibile violazione della concorrenza da parte della prelazione assume un rilievo ancora maggiore nel **diritto amministrativo**.

Tutte le considerazioni relative alle possibili distorsioni anticoncorrenziali della prelazione acquistano particolare importanza nella materia dei **contratti pubblici** e delle **concessioni**, ossia nell'ambito della cosiddetta **evidenza pubblica**.

Quando una pubblica amministrazione stipula un contratto di appalto o di concessione, rivolgendosi all'esterno per acquisire ciò di cui ha bisogno, non opera come un normale contraente.

La più compiuta sistemazione del concetto di evidenza pubblica si deve a **Massimo Severo Giannini**. L'**evidenza pubblica** è il procedimento che circonda la fase di conclusione del contratto da parte della pubblica amministrazione e ha la funzione di rendere evidenti le ragioni che inducono l'amministrazione a concludere il contratto con un determinato soggetto anziché con un altro.

Le finalità sottese al concetto di evidenza pubblica sono mutate nel tempo.

In origine prevaleva una concezione cosiddetta **contabilistica dell'evidenza pubblica**, derivante dalla collocazione della relativa disciplina nelle normative sulla **contabilità di Stato** degli anni Venti del secolo scorso.

La procedura serviva a evitare che i pubblici funzionari colludessero con operatori economici, ricevendo tangenti, o che, nella migliore delle ipotesi, sprecaessero il denaro pubblico.

La funzione era quella di garantire il **buon andamento**, assicurando che il denaro pubblico, appartenente alla collettività, fosse speso dall'amministrazione con oculatezza. La fase di formazione del contratto doveva, pertanto, essere circondata da specifiche garanzie.

Tale concezione dell'evidenza pubblica è successivamente mutata, soprattutto con l'adozione delle prime **direttive comunitarie** negli anni Settanta del secolo scorso, seguite da quelle degli anni Novanta e, da ultimo, del 2014.

Le direttive comunitarie hanno iniziato a leggere diversamente il procedimento di formazione del contratto da parte della pubblica amministrazione, secondo una prospettiva **proconcorrenziale**.

La funzione delle norme che circondano la fase di conclusione del contratto da parte della pubblica amministrazione, sottoponendola a un regime pubblicistico differente da quello applicabile ai privati, è divenuta quella di aprire i mercati e favorire l'operatore migliore, tutelando anche la **libertà di stabilimento** e la **libera prestazione dei servizi**.

Più recentemente, la fase dell'evidenza pubblica ha assunto anche la funzione di garantire il rispetto del **principio del risultato**.

Non si tratta soltanto di aprire il mercato e di svolgere la gara per la gara, come se essa costituisse di per sé l'obiettivo. Lo Stato non è uno Stato banditore e non deve limitarsi a svolgere gare, ma deve operare come committente.

La pubblica amministrazione deve rivolgersi all'esterno quando ha bisogno di qualcosa e deve farlo nei confronti del soggetto capace di offrirle la prestazione qualitativamente migliore al prezzo inferiore.

La concezione contabilistica, quella proconcorrenziale e quella fondata sul principio del risultato non si sono reciprocamente sostituite. Esse costituiscono tre diverse anime dell'**evidenza pubblica** e continuano a convivere all'interno dello stesso concetto.

Sono necessarie norme pubblicistiche a garanzia dell'esercizio dell'**autonomia negoziale della pubblica amministrazione**.

Sarebbe, tuttavia, errato considerare la procedura di evidenza pubblica come una fase esclusivamente pubblicistica. Già Massimo Severo Giannini faceva riferimento a **procedimenti paralleli**.

Vi è una fase pubblicistica, sottoposta a regole di validità, la cui violazione determina l'illegittimità del provvedimento amministrativo di aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

Parallelamente opera la necessità di rispettare **regole di condotta**, la cui violazione dà luogo a una responsabilità di carattere risarcitorio e, segnatamente, a una **responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione**.

In questo contesto si pone il problema dell'ammissibilità della concessione di una prelazione.

Se la prelazione può distorcere il mercato quando è concessa da privati, occorre stabilire se essa sia ammissibile quando a concederla è una pubblica amministrazione.

La soluzione non è scontata.

La giurisprudenza tradizionalmente dominante del **Consiglio di Stato** ha ritenuto ammissibile la prelazione.

Secondo tale orientamento, l'attribuzione della prelazione a un soggetto non viola la trasparenza quando essa sia indicata nel bando di gara e sia, quindi, conosciuta da tutti i partecipanti.

Chi partecipa alla gara è consapevole e si assume il rischio che la propria offerta, pur risultando la migliore, possa essere pareggiata dal prelazionario.

Il prelazionario può esercitare la prelazione offrendo le stesse condizioni proposte dal soggetto risultato aggiudicatario.

Sotto il profilo del **buon andamento**, non vi sarebbe alcuna differenza per la pubblica amministrazione, poiché il prelazionario le offrirebbe il medesimo servizio, realizzerebbe la stessa concessione o fornirebbe lo stesso bene oggetto dell'appalto alle condizioni risultanti dalla gara.

Il prezzo sarebbe determinato dal mercato attraverso la gara e la prelazione si limiterebbe a recepirne il risultato.

Sulla base di questo ragionamento, la disciplina dei contratti pubblici, compreso il **codice del 2023**, ha conservato un istituto i cui prodromi erano già presenti nella cosiddetta **legge Merloni**.

La legge Merloni, adottata in seguito agli eventi di Tangentopoli, aveva fortemente irrigidito la normativa relativa alla fase di conclusione del contratto da parte della pubblica amministrazione e aveva già previsto la **finanza di progetto**.

La finanza di progetto è una tecnica economica che consente alla pubblica amministrazione di beneficiare del **know-how dei privati** e delle loro risorse finanziarie.

I privati promuovono un progetto, apportano la maggior parte dei fondi e sono successivamente deputati alla sua gestione, ottenendo come contropartita la remuneratività derivante dal progetto stesso.

La **finanza di progetto** è stata oggetto di una disciplina particolarmente puntuale anche nel codice del 2023.

Essa si inserisce nel più ampio concetto di **partenariato pubblico-privato**, che consente ai privati di collaborare con la pubblica amministrazione nell'esercizio di funzioni pubbliche e nella gestione di servizi pubblici.

Benvenuti definiva tale fenomeno come **demarchia**, ossia come compartecipazione dei privati all'esercizio delle funzioni pubbliche insieme alla pubblica amministrazione.

La finanza di progetto è stata disciplinata dal codice del 2023 e dal correttivo del 2024, attribuendo al promotore del progetto un **diritto di prelazione**.

La **finanza di progetto** si articola in tre fasi.

La prima fase è costituita dalla proposta formulata dal **promotore**. Tale proposta non vincola la pubblica amministrazione, che resta libera, nell'esercizio della propria discrezionalità, di portarla avanti oppure di ritenerla non idonea.

Soltanto quando la pubblica amministrazione ritenga il progetto conveniente prende avvio la seconda fase, costituita da una **gara pubblica** e, quindi, da una procedura di **evidenza pubblica**. Alla gara partecipano soggetti terzi, i quali si confrontano nel classico procedimento competitivo proprio dell'evidenza pubblica.

All'esito della gara, uno dei partecipanti risulta aggiudicatario della concessione relativa al progetto di finanza, che rientra nel più ampio concetto di **concessione** e di **partenariato pubblico-privato**, avendo offerto le migliori condizioni di prezzo e di qualità per la realizzazione del progetto.

La disciplina della finanza di progetto prevede, tuttavia, che il proponente, anche qualora non abbia partecipato alla gara, possa esercitare il **diritto di prelazione** e subentrare all'aggiudicatario, offrendo le medesime condizioni da quest'ultimo proposte.

Il legislatore italiano ha costantemente ritenuto ammissibile tale meccanismo, dalla **legge Merloni** degli anni Novanta fino alla disciplina del 2024. L'Unione europea ha, invece, assunto una posizione diametralmente opposta.

In sede di redazione del **codice dei contratti pubblici**, la commissione speciale istituita presso il **Consiglio di Stato** aveva già individuato il possibile contrasto con il diritto dell'Unione europea e aveva proposto di non attribuire al promotore un diritto di prelazione, ma un **punteggio premiale**.

La questione fondamentale è che al proponente deve essere riconosciuto un vantaggio. In mancanza di un'utilità, infatti, nessun soggetto sarebbe incentivato a predisporre una proposta di finanza di progetto, considerato che l'elaborazione del progetto comporta dei costi.

Affermare l'inammissibilità della prelazione, come ha recentemente fatto la **Corte di giustizia dell'Unione europea** nel caso **Urban Vision** del 2026, significherebbe, secondo alcuni, determinare la morte dell'istituto della finanza di progetto.

Tale conclusione non è, tuttavia, necessaria. Già alcuni componenti della commissione del Consiglio di Stato avevano rilevato che al promotore deve essere riconosciuta una forma di compensazione per i costi sostenuti, ma che tale compensazione non deve necessariamente consistere nella prelazione. Essa può essere rappresentata da un **punteggio premiale**, commisurato agli sforzi compiuti per predisporre il progetto.

La Corte di giustizia ha ritenuto la normativa sulla finanza di progetto prevista dal codice del 2023 in contrasto con il diritto dell'Unione europea, direttamente efficace e, quindi, suscettibile di disapplicazione.

La disciplina viola, anzitutto, la **libertà di stabilimento**. Nelle concessioni di rilevanza europea, il concessionario può provenire da un altro Stato membro. La concessione, essendo un contratto di durata, determina per definizione il radicamento del concessionario in un altro Paese dell'Unione europea e integra, quindi, il concetto di stabilimento.

La disciplina viola soprattutto il **principio di concorrenza**.

Secondo la Corte di giustizia, non è possibile sostenere, come aveva fatto il Consiglio di Stato, che la concorrenza non sia violata per il solo fatto che il prezzo sia determinato dal mercato attraverso la gara.

Il prezzo costituisce, infatti, un elemento centrale della procedura di evidenza pubblica. Consentire al prelazionario di effettuare una valutazione a buste aperte significa permettergli di formulare la propria valutazione di convenienza soltanto dopo avere conosciuto il progetto risultato aggiudicatario, sia sotto il profilo qualitativo sia sotto quello economico.

Un simile meccanismo riduce la gara a un adempimento meramente burocratico, perché attribuisce a un soggetto il vantaggio non della prima mossa, ma della **mossa finale**.

Il prelazionario può conoscere il modo in cui il progetto sarebbe realizzato, la relativa qualità e il costo, e decidere soltanto in quel momento se subentrare all'aggiudicatario ed eseguire direttamente il progetto.

Secondo la Corte di giustizia, tale meccanismo non è ammissibile.

Si pone, pertanto, il problema delle sorti della finanza di progetto, che per lungo tempo ha conosciuto un'evoluzione particolarmente favorevole, ma che, per effetto di questa pronuncia, rischia di diventare un istituto privo di concreta applicazione.

Da una parte, è necessario incentivare il soggetto che predispone il progetto; dall'altra, deve essere rispettato il principio affermato dalla Corte di giustizia. Il **diritto di prelazione** deve, quindi, considerarsi ormai escluso.

L'unica possibilità resta quella, già prospettata da alcuni componenti della commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato in sede di redazione del nuovo codice dei contratti pubblici, di attribuire al soggetto che propone il progetto un **punteggio premiale**, quale compensazione dei costi sostenuti per la sua predisposizione.